

DIE ZULÄSSIGKEIT VON TRIPLE-NET-MIETVERTRÄGEN

MATTHIAS KOOPS

Matthias Koops

Die Zulässigkeit von Triple-Net-Mietverträgen

Matthias Koops

Die Zulässigkeit von Triple-Net-Mietverträgen

**Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur
Übertragbarkeit von Triple-Net-Mietverträgen
unter besonderer Berücksichtigung der
Erhaltungslast im englischen und deutschen
Gewerberaummietrecht**

Tectum Verlag

Matthias Koops

Die Zulässigkeit von Triple-Net-Mietverträgen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Übertragbarkeit von Triple-Net-Mietverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Erhaltungslast im englischen und deutschen Gewerberaummietrecht

Zugl. Diss., Universität zu Köln 2013

Umschlagabbildung: © Fotografie des Autors

© Tectum Verlag Marburg, 2013

ISBN 978-3-8288-5864-0

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch
unter der ISBN 978-3-8288-3210-7 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	1
Kapitel 1 Einführung.....	5
I. Bedarfsfeststellung.....	5
1) Wandel des Immobilienmarktes	5
2) Vorrang des Ertragswertes	6
3) Einfluss ausländischer Investoren.....	7
II Zielsetzung der Untersuchung	8
Kapitel 2	
Die Systematik der Gewerberaummieta in England und Deutschland...	11
I. England	11
1) Historische Entwicklung des Grundstücksrechts	11
2) Estates in Land	13
a) Estate in fee simple absolute in possession (Freehold Estate)	14
b) Term of Years Absolute (Leasehold Estate).....	16
c) Licence	20
3) Die Gewerberaummieta im englischen Recht	20
a) Einordnung als Business Tenancy.....	21
b) Gesetzliche Vorschriften	22
c) Security of Tenure	23
d) Grundsatz der Vertragsfreiheit	27
e) Verhaltenskodex und Vertragsmuster	28
II. Deutschland.....	31
1) Formen der gewerblichen Nutzungsüberlassung.....	32
2) Gesetzliche Vorgaben.....	33
3) Praxisüblicher Vertragsinhalt.....	35

Kapitel 3

Die Erhaltungslast in der deutschen und englischen Gewerberaumiete im Rechtsvergleich	39
I. Begriff der Erhaltungslast	39
1) Die Erhaltungslast im deutschen Mietrecht	39
a) Instandhaltung	40
b) Instandsetzung	42
c) DIN 31051	43
d) Der subjektive Fehlerbegriff	44
2) Repairing Obligations in der englischen Miete	45
II. Die mietrechtliche Erhaltungslast in England und Wales	48
1) Gesetzliche Regelungen	48
2) Der Grundsatz “caveat lessee”	50
3. Die Doctrine of Implied Terms im Common Law	51
a) Voraussetzungen	52
b) Implied Obligations des Vermieters	57
(1) Recht auf Ausübung des ungestörten Besitzes	57
(2) Gemeinschaftsflächen und -anlagen	58
(3) Haftung für Planungsfehler und Verkehrssicherung	60
(4) Kostentragung durch den Mieter	62
(5) Business Efficacy als Auffangtatbestand	63
c) Implied Obligations des Mieters	63
(1) Die Doctrine of Waste	63
(2) Tenant-like-manner	67
4) Vertragsgestaltung in der mietrechtlichen Praxis	69
a) Die vertragliche Zuweisung der Erhaltungsverpflichtung	69
(1) Zuweisung der Erhaltungslast bei Single-Tenant-Objekten	70
(2) Multi-Tenant-Objekte und Service Charges	73
b) Zeitliche und räumliche Faktoren der Erhaltungsverpflichtung	77
c) Qualität der Erhaltungsverpflichtung	78
d) Sachuntergangsrisko	79

e)	Schönheitsreparaturen	80
f)	Konstruktionsbedingte Mängel	83
g)	Versicherung	84
h)	Marktstandards und Muster	84
(1)	Der Code for Leasing Business Premises in England and Wales	85
(2)	Der Mustervertrag der Law Society of England and Wales	87
3)	Rechte der Parteien bei Verletzung von Erhaltungspflichten	88
a)	Ansprüche des Vermieters bei Pflichtverletzung des Mieters	88
(1)	Vertragserfüllung	88
(2)	Der Leasehold Property Repairs Act 1938	90
(a)	Anwendungsbereich	90
(b)	Kündigung des Mietverhältnisses	91
(c)	Schadensersatz	92
(3)	Ersatzvornahme	93
b)	Ansprüche des Mieters bei Pflichtverletzung des Vermieters	94
(1)	Vertragserfüllung	94
(2)	Schadensersatz	95
(3)	Zwangsverwaltung	97
(4)	Ersatzvornahme	98
(5)	Fristlose Kündigung	99
6)	Reformbestrebungen	100
a)	Gesetzliche Verpflichtung zur Erhaltung des Mietgegenstandes	101
b)	Qualität der Erhaltungspflicht	103
c)	Allgemeingültige Obhuts- und Sorgfaltspflichten des Mieters	104
d)	Anspruch auf Vertragserfüllung	105
e)	Bedeutung für die Gewerberaummieta	106
7)	Exkurs: Die mietrechtliche Erhaltungslast in den USA	106
III.	Die mietrechtliche Erhaltungslast in Deutschland	107
1)	Die gesetzliche Erhaltungspflicht in der Mieta	108
a)	Das Äquivalenzverhältnis im gesetzlichen Leitbild	108
b)	Gewährleistungsansprüche des Mieters	110

2)	Vergleich zu Erhaltungsregelungen in anderen Dauernutzungs- verhältnissen.....	110
a)	Pacht.....	111
b)	Immobilienleasing.....	113
c)	Erbbaurecht	114
d)	Zwischenergebnis	116
3)	Die Erhaltungslast als Entgelt	118
a)	Die Hauptleistungspflichten im Äquivalenzverhältnis	119
b)	Die Entgelttheorie des BGH.....	121
c)	Würdigung der Entgelttheorie im Schrifttum	123
(1)	Zustimmende Auffassung.....	123
(2)	Ablehnende Haltung	126
d)	Kritische Würdigung	129
(1)	Kein Widerspruch gegen gesetzgeberischen Willen	129
(2)	Differenzierung nach Nutzungsart und Nutzungsumfang	130
(3)	Bestimmbarkeit des kalkulatorischen Ansatzes	132
(4)	Systematik in der Vertragsgestaltung	134
(5)	II. Berechnungsverordnung und Kostenmietprinzip	135
(6)	Ausdrückliches Votum des BGH.....	137
e)	Zwischenergebnis	137
4)	Individualvertragliche Abreden zur Erhaltungslast.....	137
5)	Abwälzung der Erhaltungslast durch Formularvertrag.....	141
a)	Anwendungsbereich.....	141
(1)	„Stellen“ der AGB.....	142
(2)	Einbeziehung der AGB.....	142
(a)	Einbeziehung des Vertragswerkes.....	143
(b)	Überraschende Klauseln	143
(3)	Prüfungsmaßstab von AGB	145
(4)	Folgen nicht einbezogener und unwirksamer AGB	147
b)	Die formularmäßig vereinbarte Erhaltungsverpflichtung im Einzelfall.....	150
(1)	Instandhaltung	150

(2)	Instandsetzung.....	152
(3)	Schönheitsreparaturen	153
(4)	Dach und Fach	157
(5)	Gemeinschaftsflächen und -anlagen.....	159
c)	Zwischenergebnis	162
6)	Beurteilungsmaßstab der Inhaltskontrolle für Wohn- und Geschäftsraum.....	163
a)	Die Rechtslage vor 2005.....	164
b)	Rechtsprechung des BGH in 2005 und 2008	166
c)	Kritische Würdigung der Rechtsprechung.....	167
(1)	Vereinzelte gesetzliche Privilegierung des Wohnraummieters.....	168
(2)	Keine allgemeine Gleichstellung von Wohn- und Gewerberaummieter.....	169
(3)	Widerspruch zu anderen Bereichen der Erhaltungslast.....	171
(4)	Geltung des Übermaßverbotes	173
(5)	Kalkulierbarkeit der Pflichtenverschiebung	175
(6)	Beibehaltung der Äquivalenz	176
d)	Zwischenergebnis	177

Kapitel 4

	Der Triple-Net-Lease – Herkunft, Definition und Inhalt	179
I.	Der Triple-Net-Lease in der internationalen Praxis	179
II.	Inhalt und Begriffsdefinition des Triple-Net-Lease.....	181
1)	Der FRI-Lease in England und Wales	182
a)	Begriffsbestimmung.....	182
b)	Musterklauseln eines FRI-Lease	184
(1)	Erhaltungsverpflichtung	185
(2)	Sachuntergangsrisiko und Versicherung.....	187
(3)	Mietzahlung	189
(4)	Anpassung der Miete	190
(5)	Vertragsdauer	192
2)	Der Triple-Net-Lease in den USA	194

a)	Begriffsbestimmung	194
b)	Vertragstypisierung	195
(1)	Gross Lease	196
(2)	Single-Net-Lease	197
(3)	Double-Net-Lease	197
(4)	Triple-Net-Lease	197
c)	Musterklauseln eines Triple-Net-Lease	198
(1)	Triple-Net-Klausel	199
(2)	Zuweisung der Erhaltungsverpflichtung.....	201
(3)	Sachuntergangsrisiko und Versicherung	203
(4)	Anpassung der Miete	204
(5)	Vertragsdauer	205
d)	Zwischenergebnis	205
3)	Definitionsversuche im deutschen Rechtsraum	206
a)	Zivilrechtliche Betrachtung	206
b)	Bewertungsrechtlicher Ansatz	207
c)	Stellungnahme.....	209
4)	Einheitliche Festlegung des Triple-Net-Konzeptes	210
a)	Erhaltungspflichten.....	210
b)	Versicherung	211
c)	Gewährleistung	211
d)	Lastentragung.....	212
e)	Miete	212
f)	Vertragsdauer.....	212
III.	Vorteile und Risiken des Triple-Net-Lease für die Vertragsparteien ...	213
1)	Mieter	213
2)	Vermieter	214
3)	Projektentwickler	215
4)	Kapitalgeber	215

Kapitel 5

Die Zulässigkeit des Triple-Net-Lease in Deutschland	217
I. Individualvertragliche Vereinbarung	217
1) Übernahme der Erhaltungsverpflichtung	217
a) Verstoß gegen Treu und Glauben	218
b) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	219
c) Wucherähnliches Geschäft	219
2) Ausschluss der Gewährleistung	221
3) Abwälzung der laufenden Lasten	222
a) Bestimmbarkeit der Betriebskostenabrede	223
b) Mehrbelastungsklauseln	225
4) Zwischenergebnis	227
II. Formularvertragliche Vereinbarung	227
1) Vereinbarkeit des Triple-Net-Lease mit dem deutschen Mietrecht	228
a) Verschuldensunabhängige Haftung des Mieters	228
b) Verlust von Gewährleistungsansprüchen	229
c) Transparenz der Kostentragungsverpflichtung	230
d) Zwischenergebnis	231
2) Der Triple-Net-Lease als Preisabrede	231
3) Der Triple-Net-Lease im Vergleich zum Immobilienleasing	233
a) Beschaffungscharakter	234
b) Vertragslaufzeit	236
c) Sach- und Erhaltungsrisiko	238
(1) Erhaltungsverpflichtung	238
(2) Sachuntergangsrisiko	239
(3) Gewährleistungsrechte	240
d) Entgelt	242
e) Stellungnahme	244
4) Das Triple-Net-Konzept als Leitbild im erweiterten Sinne	246
a) Vergleich zum Sale-and-Lease-Back-Vertrag	247
b) Besondere Interessenlage des Mieters an der Immobilie	250

(1)	Single-Tenant-Objekte	251
(2)	Immobilien-Projektentwicklung	252
(3)	Sale-and-Lease-Back	253
(4)	Typischer Adressatenkreis für den Triple-Net-Lease	253
c)	Potentielle Anwendungsbereiche für den Triple-Net-Lease	256
(1)	Einkaufs- und Factory-Outlet-Zentren (Betreiberimmobilien)	257
(2)	Industrie- und Großhandelsimmobilien	258
(3)	Hotelimmobilien	258
d)	Zwischenergebnis	260
5)	Unmittelbare Abwälzung der Erhaltungslast	261
a)	Überraschende Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB	261
b)	Verstoß gegen die Regelbeispiele des § 307 Abs. 2 BGB	264
(1)	Abweichungen vom wesentlichen Grundgedanken: § 307 Abs. 2 Ziffer 1 BGB	265
(2)	Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Ziffer 2 BGB	268
c)	Verstoß gegen die Generalklausel gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	270
d)	Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	271
e)	Interessenabwägung	271
(1)	Beherrschbarkeit des Risikos	273
(2)	Versicherbarkeit des Risikos	275
(3)	Berücksichtigung des Adressatenkreises	277
(4)	Kompensation der Benachteiligung	279
(5)	Berücksichtigung der Vertragstypik im Einzelfall	281
f)	Übertragung auf das Triple-Net-Konzept	282
(1)	Instandhaltung und Instandsetzung	283
(2)	Erneuerung	283
(3)	Schönheitsreparaturen	284
6)	Umlage der Erhaltungskosten auf den Mieter	285
a)	Erhaltung des Mietgegenstandes im Inneren	286
b)	Umlage von Erhaltungskosten außerhalb des Mietgegenstandes	286
7)	Übernahme des Verwendungsrisikos	290
a)	Nutzbarkeit im öffentlich-rechtlichen Sinn	291

b)	Ausschluss der Haftung für Umweltmängel.....	292
8)	Zwischenergebnis	293
III.	Schlussfolgerung und Ausblick	294
 Kapitel 6		
	Zusammenfassende Thesen	297
 Literaturverzeichnis.....		
		303
I.	Deutsche Literatur.....	303
II.	Englische Literatur	315

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
All ER	All England Law Reports
Az.	Aktenzeichen
BauR	Baurecht
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landgericht
BB	Betriebsberater
BeckOF	Beck'sche Online-Formulare
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrKV	Betriebskostenverordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BPF	British Property Federation
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
CA	Court of Appeal
Ch	Law Reports, Chancery Division
Ch.	Chapter
Cl.	Clause
DIN	Norm des Deutschen Instituts für Normung e. V.
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
EGLR	Estate Gazette Law Reports
ER	English Reports, 1220–1865

ErbbauRG	Gesetz über das Erbbaurecht
EStG	Einkommensteuergesetz
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FRI	Full Repair and Insurance
FS	Festschrift
GuT	Gewerbemiete und Teileigentum
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. M.	herrschende Meinung
HeizKV	Heizkostenverordnung
HLR	Housing Law Reports
i. d. S.	in diesem Sinne
II. BV	II. Berechnungsverordnung
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench Division 1901–1952
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LGR	Knights Local Government Reports
Ltd.	Limited
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. V. a.	mit Verweis auf
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
No.	Number
OLG	Oberlandesgericht
para.	paragraph
PD	Law Reports, Probate Division 1875–1890
QB	Law Reports, Queen’s Bench Division
QBD	Law Reports, Queen’s Bench Division 1875–1890
RGZ	amtliche Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RG	Reichsgericht
RICS	Royal Institute of Chartered Surveyors
Rz	Randziffer
S.	Seite
Sec.	Section
v.	versus
Vorbem.	Vorbemerkung
WLR	Weekly Law Reports
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

Für Christine, Paulina und Clara!

Kapitel 1 Einführung

I. Bedarfsfeststellung

1) Wandel des Immobilienmarktes

Die Immobilie als unbewegliches Gut erfährt durch die Globalisierung zunehmend einen Wandel von einer regional gebundenen Anlageform zu einem internationalen Investitionsgut, was unter anderem auch auf eine zunehmende Verbriefung der Sachwerte und deren Handel an den internationalen Kapitalmärkten zurückzuführen ist¹. Das klassische Bild des Vermieters, der zugleich als Eigentümer ein langfristiges Interesse an einer ertragreichen und gut erhaltenen Immobilie hat, wird verdrängt durch ein Kapitalanlagesystem, welches die Immobilie zu einem schnell zu handelnden Gut transformiert, zunehmend mit internationalem Hintergrund auf der Investorenseite². Die persönliche Bindung des Vermieters als Grundstückseigentümer an seine Immobilie tritt in den Hintergrund. Stattdessen werden die Immobilien immer häufiger durch sogenannte Objekt- oder Zweckgesellschaften gehalten, die wiederum Bestandteil eines komplexen Firmengeflechts oder Fondsportfolios sind. Das zeigt auch die Einführung der deutschen Real Estate Investments Trust, bei denen die Immobilie im Eigentum einer Gesellschaft steht, deren Gesellschaftsvermögen am Kapitalmarkt eingeworben und gehandelt wird³.

Bei Immobilientransaktionen findet ein Wechsel auf Vermieterseite nicht zwingend durch die Veräußerung der Immobile als „Asset-Deal“ statt⁴. Vielmehr besteht auch die Möglichkeit, die Objektgesellschaft selbst und nicht das Grundeigentum zu veräußern, welches bei Beachtung bestimmter Vorgaben zu einer Ersparnis der Grunderwerbsteuer führt⁵. Bei diesen sogenannten „Share-Deals“ wechselt daher nicht der Vermieter im rechtlichen, gleichwohl aber im wirt-

1 Rottke, S. 26; van Kann/van Kann, Rz. 4 f.

2 Lettau/Telyatnykov, NJOZ 2009, 1573.

3 Zimmermann, BKR 2006, 299; van Kann/van Kann, Rz. 122.

4 Kespohl, GWR 2012, 99.

5 Kespohl, GWR 2012, 99.

schaftlichen Sinne durch Übereignung der Gesellschafteranteile auf den Erwerber⁶. In der Folge ändert sich am heutigen Immobilienmarkt die Person des – zumeist wirtschaftlichen – Vermieters in immer kürzeren Abständen mit der Konsequenz, dass die Immobilie ihren Ruf als langfristiges Kapitalanlagemittel einbüßen wird. An die Stelle der langfristigen Vermögensbildung rückt ein kurz- bis mittelfristiges Gewinninteresse⁷. Eine solche Interessenverlagerung setzt allerdings voraus, dass die Mietzahlung möglichst unbelastet erfolgt und der Mieter im Rahmen des gesetzlich Zulässigen bei der Bewirtschaftung und Erhaltung des Gebäudes weitestgehend mit in Anspruch genommen wird. Das ermöglicht dem Vermieter das Unternehmen „Gewerbeimmobilie“ mit einer möglichst sicheren Rendite an den Kapitalmärkten zu ver- und betreiben.

In diesem Zusammenhang spielt auch immer häufiger der Begriff des Triple-Net-Lease eine Rolle, der seinen Ursprung im angelsächsischen Rechtsraum hat und aufgrund der zunehmenden Bedeutung der aus diesen Ländern stammenden Investoren auch in der deutschen Immobilienwirtschaft Einzug hält⁸. Dieses Vertragsmodell verlagert nahezu alle Kostenrisiken auf den Mieter, sodass der Vermieter in der Folge die Mietzahlung quasi als Reinertrag betrachten kann⁹.

2) Vorrang des Ertragswertes

In einem sich so schnell entwickelnden Markt besteht die Gefahr, dass die Erhaltung der Gebäudesubstanz an Bedeutung verliert, denn der Wert wird im Bereich der Gewerbeimmobilien vorrangig durch den Ertragswert und nicht mehr durch den Sachwert bestimmt¹⁰. Die

6 Siehe van Kann/Saemann/Schlüter, Rz. 145 für eine Übersicht der möglichen Veräußerungs- und Emissionsformen.

7 Piazzolo in Rottke/Rebitzer, S. 693 für eine durchschnittliche Investitionszeitspann von ca. 4 Jahren; van Kann/van Kann, Rz. 109 mit einer Einschätzung von 5 bis 7 Jahren.

8 Siehe exemplarisch van Kann/Ott, Rz. 445; Sailer in Kippes/Sailer, S. 525; Schneiders/Kolb in Rottke/Rebitzer, S. 338.

9 Möser, NZM 2003, 425.

10 Brühl/Jandura in Rottke/Rebitzer, S. 197 f.; Beyerle in Kippes/Sailer S. 37; Stapenhorst, NZM 2007, 17; Schneehain/Stütze, NZM 2010, 881; van Kann/Windorfer, Rz. 973, 990 f.: Die Bewertung der Immobilie wird mittels der soge-

Kaufpreise, zu denen gewerbliche Immobilien gehandelt werden, ermitteln sich üblicherweise über die erzielbaren Jahresmieten in Verbindung mit einem entsprechenden Multiplikator, dessen Höhe vor allem durch die Lage der Immobilie beeinflusst wird¹¹. Der Sachwert avanciert zur Nebensache und Mängel an der Gebäudesubstanz dienen bestenfalls als Korrektiv bei der endgültigen Kaufpreisfindung.

Bei einem solchen Modell bekommt der Mietvertrag als wertbestimmender Faktor zunehmend den Charakter eines Finanzierungsinstrumentes für den Vermieter¹². Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass dieser ein gesteigertes Interesse einerseits an einem hohen Mietertrag und andererseits an einem niedrigen Risiko im Hinblick auf die Lasten am Erhalt der Immobilie hat. Muss er von seinem Jahresrohertrag Abschläge aufgrund nicht umlegbarer Kosten vornehmen oder Rückstellungen für nicht übertragene Erhaltungspflichten bilden, so schlägt sich dies in der Bemessung des potentiellen Verkaufspreises und damit dem Wert der Immobilie nieder¹³.

3) Einfluss ausländischer Investoren

Durch internationale Investitionsmodelle, sei es durch den Handel verbriefter Werte am Kapitalmarkt oder durch zielgerichtete Investitionen institutioneller Anleger, kehren zunehmend Einflüsse aus dem internationalen Mietrecht auf den deutschen Markt ein. Ursache hierfür dürfte die auch in der Immobilienwirtschaft zunehmende Anzahl von Investitionen und Transaktionen mit ausländischen Investoren sein, die den deutschen Immobilienmarkt als Investitionsgut entdeckt haben¹⁴. Während des letzten Immobilienbooms in den Jahren 2004 bis 2006¹⁵ betrug der Anteil an ausländischen Investoren auf dem deutschen Immobilienmarkt beachtliche 76 Prozent, wobei Investoren aus

nannten Discounted Cash Flow Analyse durch Gegenüberstellung der in der Immobilie vorhandenen Einnahmen und Kosten vorgenommen.

11 Brühl/Jandura in Rottke/Rebitzer, S. 198; van Kann/van Kann, Rz. 76.

12 Siehe Darstellung bei Dastis, ZfIR 2012, 169 für den Bereich der Projektentwicklung.

13 Van Kann/Windorfer, Rz. 1000.

14 Lettau/Telyatnykov, NJOZ 2009, 1573; Piaolo in Rottke/Rebitzer, S. 693.

15 Angabe des Zeitraumes aus Lettau/Telyatnykov, NJOZ 2009, 1573.

England und den USA dominierten¹⁶. Durch die im Jahr 2008 ausgelöste Subprime-Krise¹⁷, die ihren Ursprung im US-amerikanischen Immobilienmarkt hatte, ist dieser Anteil zwar deutlich geschrumpft, wurde aber im 2. Quartal 2012 immerhin noch mit 32 Prozent eingeschätzt¹⁸.

Diese ausländischen Investoren legen ihr Geld vorwiegend direkt oder über Fonds in deutsche Immobilien an¹⁹. Die hiermit verbundenen Vorstellungen und Hoffnungen im Zusammenhang mit der durch die Vermietung erwirtschafteten Rendite entstehen in der Regel jedoch vor einem anderen mietrechtlichen Grundverständnis. Insbesondere bei Investoren aus dem angelsächsischen Rechtskreis bestehen grundlegend verschiedene gesetzliche und marktwirtschaftliche Rahmenbedingungen, die nicht ohne Weiteres auf den deutschen Immobilienmarkt übertragen werden können. Begriffe wie Triple-Net-Lease oder Full-Repair-and-Insurance-Lease, wie sie in angelsächsisch geprägten Rechtsgebieten durchaus geläufig sind, müssen sich an den streng kodifizierten Vorgaben des deutschen Mietrechts messen lassen und stoßen insbesondere im Bereich der Erhaltungslast auf erheblichen Widerstand²⁰.

II Zielsetzung der Untersuchung

Durch die anhaltende Internationalisierung der Immobilienmärkte und der Zunahme sogenannter Cross-Border-Geschäfte, die ausländisches Kapital in den deutschen Immobilienmarkt einbringen, entstehen naturgemäß Spannungen zwischen den Vorstellungen der Kapitalgeber und dem hiesigen Recht der Gewerberaummiete. Dabei sieht sich die Rechtsberatung regelmäßig vor einem möglicherweise unauflösbaren Konflikt, wenn die Vorgaben für die Vertragsgestaltung im Einzelnen die Verhandlung eines Triple-Net-Lease zum Ziel haben, denn das Mietrecht in Deutschland genießt den Ruf eines allzu mie-

16 Van Kann/van Kann, Rz. 6, 85 m. w. N.

17 Zur Darstellung von Phasen und Folgen der Krise siehe Brinkmann/Leibfried/Zimmermann, IRZ 2008, 333; Flatow, NZM 2010, 605.

18 BNP Paribas Real Estate: Marktbericht Investmentmarkt Deutschland, 2. Quartal 2012.

19 Van Kann/van Kann, Rz. 109.

20 Möser, NZM 2003, 425.

terfreundlichen Systems, das sich mit den zuweilen optimistischen Renditevorstellungen der Investoren nur schwer vereinbaren lässt und sich negativ auf die Attraktivität des hiesigen Anlagemarktes auswirkt²¹. Dies trifft zweifellos auf den Markt für Wohnimmobilien zu, der insbesondere unter dem Licht eines sozialen Mieterschutzes zu betrachten ist. Aber auch im Bereich der Gewerbeimmobilien herrscht insbesondere aufgrund zweier BGH-Entscheidungen aus den Jahren 2005²² und 2008²³ Aufruhr dahingehend, ob durch die Anwendung des Rechtes über Allgemeine Geschäftsbedingungen im Zusammenhang mit den Grundsätzen zu Wohnraumietverträgen und deren Übertragung auf die Gewerberaumiete der Handlungsspielraum der Parteien weiter eingeschränkt wird.

Die nachfolgende Untersuchung soll einerseits mögliche Auswege aus diesem Konflikt für die Vertragsgestaltung aufzeigen und andererseits ein allgemeingültiges Verständnis für den Begriff des Triple-Net-Lease schaffen, der in der Praxis nicht selten falsch verstanden wird²⁴. Hierfür ist es jedoch erforderlich, die Ursprünge des Triple-Net-Lease und die in diesem Vertragstyp zugrunde liegende Motivation herauszuarbeiten und zunächst dem deutschen Rechtssystem gegenüber zu stellen, bevor eine eingehende Untersuchung zur Übertragbarkeit dieses Vertragstyps in das deutsche Recht erfolgen kann.

Da der Triple-Net-Lease entgegen anderslautender Darstellung²⁵ seine Wurzeln im englischen Rechtssystem hat, wird der nachstehende Ländervergleich auf die Systematik der Gewerberaumiete und insbesondere der Erhaltungslast auf England und Deutschland begrenzt. Das US-amerikanische Mietrecht variiert zwar innerhalb der einzelnen Bundesstaaten, entstammt in seiner Systematik jedoch im Grundsatz ebenfalls dem englischen Common Law²⁶. Ein vom Royal Institute

21 Piazolo in Rottke/Rebitzer, S. 692.

22 BGH NZM 2005, 504.

23 BGH NJW 2008, 3772.

24 Siehe Kapitel 4, Ziffer II 4) zu den bisherigen Definitionsversuchen in Deutschland.

25 So Söhlke, S. 197, der die Herkunft des Triple-Net-Lease in den USA sieht.

26 Hay, Rz. 451.

of Chartered Surveyors²⁷ erstellter Überblick über die internationalen Mietstrukturen zeigt überdies, dass das Konzept des Triple-Net-Lease vorrangig im englischen Rechtsraum als Standard für die Vermietung von Gewerberäumen angesehen werden kann, wenngleich hier ein anderer terminus technicus zur Anwendung kommt. Die Bedeutung des Triple-Net-Lease wird schlussendlich auch anhand des Code for Leasing Business Premises in England and Wales²⁸ sowie praxisüblicher Vertragsmuster der Law Society of England and Wales²⁹ belegt.

27 Research Paper No. 26 „International Leasing Structures“ des Royal Institutes of Chartered Surveyors (RICS) aus dem Jahr 1993.

28 In der Fassung von 2007 unter <http://www.leasingbusinesspremises.co.uk> [abgerufen am 03.05.2013]

29 So beispielsweise Section 5 des Standard Business Lease der Law Society of England and Wales (whole of building), in Abbey & Richards, Appendix 3.

Kapitel 2

Die Systematik der Gewerberaummiete in England und Deutschland

In England ist die Gewerberaummiete im Gegensatz zum deutschen Mietrecht nur oberflächlich durch gesetzliche Vorschriften geregelt. Das marktwirtschaftliche Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage prägt vorwiegend den Inhalt der Mietverträge und belässt dadurch den Parteien bei der Entwicklung von verschiedenen Mietvertragstypen einen nahezu vollständig freien Gestaltungsspielraum. Dem steht in Deutschland aus englischer Sicht eine strenge Kodifizierung des Mietrechts gegenüber, was zwar vom Grundsatz her das Prinzip der Vertragsfreiheit für den Bereich der gewerblichen Miete nicht gänzlich ausschließt. Allerdings werden hier durch das BGB die gesetzlichen „Grundspielregeln“ vorgegeben, welche den Parteien bei individualvertraglicher Gestaltung weniger, bei Verwendung von Formularverträgen hingegen wesentlich engere Grenzen auferlegen.

Wer sich von der Sichtweise des deutschen Rechts heraus mit dem englischen Grundstücksrecht und der Immobiliarmiete auseinanderzusetzen beabsichtigt, sieht sich einem grundverschiedenen Verständnis der Beziehungen zwischen einem Grundstück und der hieran möglichen Nutzungsrechte beider Rechtsordnungen ausgesetzt. Dieses unterschiedliche Verständnis hat wesentlichen Einfluss auf das jeweilige länderspezifische System der Miete.

I. England

1) Historische Entwicklung des Grundstücksrechts

In England herrscht gegenüber Deutschland ein grundverschiedenes Verständnis im Grundstücksrecht. Nach deutschem Recht kann die Berechtigung zur Nutzung eines Grundstücks entweder aus Eigentum oder einem gewährten Besitzrecht hergeleitet werden. Das Besitzrecht wiederum kann dinglichen oder, wie im Fall der Miete, schuldrechtlichen Ursprungs sein. Eine solche Differenzierung zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Nutzungsrecht ist dem englischen Recht in Bezug auf die Nutzung von Grund und Boden hingegen fremd. Das

englische Rechtssystem kennt lediglich unterschiedlich starke Nutzungsrechte, die sogenannten estates in land basierend auf der Doctrine of Tenures³⁰. Dieses feudalistisch geprägte System hat seine Ursprünge in der Eroberung Englands durch William I. und der damit verbundenen Beanspruchung sämtlichen Grundeigentums für die Krone³¹. Der König gewährte sogenannte Tenures an einzelne Untergebene, die sich um die Dienste zugunsten der Krone verdient gemacht hatten. Diese wiederum konnten weitere Sub-Tenures begründen und damit das Nutzungsrecht weitergeben.

Die Tenure regelt die Beziehung zwischen Lehnsherrn und Vasallen, vor allem aber die Gegenleistung, welche vom Vasallen für die Gewährung des Nutzungsrechtes zu erbringen ist. In der Regel wurden Kriegsdienste (Knight/Military Tenure), spirituelle und kirchliche Leistungen (Spiritual Tenure) oder Naturalabgaben, beziehungsweise ein monetäres Entgelt (Socage/Monetary Tenure) verlangt. Wer als Vasall seine Dienste gegenüber seinem Lehnsherrn erbracht hatte, konnte über das ihm gewährte Lehen frei verfügen und war berechtigt, dieses als „freier Mann“ zu verlassen, was dann in der Folge als Free Tenure bezeichnet wurde³².

*No freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his freehold, or liberties, or free customs, or be outlawed or exiled, or any other wise destroyed; nor will we not pass upon him, nor (condemn him) but by lawful judgement of his person of the law of the land.*³³

Dem stand das Unfree Tenure oder Villeinage (später Copyhold) gegenüber, welches durch den Vasallen als Landlord an den Tenant (in der Regel Leibeigene) wiederum gegen Leistung eines Entgelts gewährt wurde³⁴. Die Tenants unter einem Unfree Tenure waren jedoch nicht berechtigt, das Land zu verlassen³⁵. Neben Naturalabgaben und einem monetären Entgelt war der Tenant regelmäßig auch zu Arbeitsleistungen gegenüber seinem Landlord verpflichtet. Im Gegensatz

30 Smith, S. 31 ff.; von Bernstorff, S. 106.

31 Megarry & Wade, Rz. 2-002; Eisenhauer, S. 7, Smith, S. 31; Havergal, S. 1.

32 Megarry & Wade, Rz. 2-007.

33 Magna Charta 1297 Ch. 29.

34 Wonnacott, S. 17.

35 Abbott, S. 1309.

zum Free Tenure stand dem Tenant unter einem Unfree Tenure auch kein Schutz der königlichen Gerichte im Hinblick auf die Sicherung seines Nutzungsrechtes zu³⁶. Die Nutzungsberechtigung konnte ihm von seinem Landlord, dessen Rechtsprechung er ausschließlich unterworfen war, jederzeit ohne Angabe von Gründen entzogen werden³⁷. Aus diesem Rechtsverhältnis zwischen Vasall und Untergebenen entstand im späteren Sprachgebrauch das Leasehold³⁸.

Im Laufe der Jahrhunderte verlor die Erbringung von Kriegs- und spirituellen Diensten sowie Naturalabgaben als Entgelt zunehmend an Bedeutung. Seit dem 15. Jahrhundert erfolgte die Gegenleistung überwiegend durch Zahlung eines monetären Entgelts³⁹. Mit dem Tenure Abolition Act 1660, welcher die Formen der Tenures auf Socage Tenure und dem Copyhold reduzierte und damit die Möglichkeit, neben der Entrichtung einer Miete weitere Leistungen vom Tenant zu verlangen, untersagte, hat die Bedeutung der Doctrine of Tenures weiter abgenommen⁴⁰. Mit dem Law of Property Act 1922 wurden die verbliebenen Freehold Tenures schlussendlich auf das nach heutigem Sprachgebrauch bekannte Freehold Estate reduziert⁴¹. Die Doctrine of Tenures spielt damit heute im englischen Grundstücksrecht keine Rolle mehr⁴². Dennoch hat sich an diesem feudalistischen System im Hinblick auf die Begründung von Nutzungsrechten keine grundlegende Änderung ergeben, denn nach wie vor steht das Eigentum an Grund und Boden lediglich der Krone zu⁴³.

2) Estates in Land

Während die Doctrine of Tenures die Regeln des Nutzungsverhältnisses zwischen Landlord und Tenant beschreibt, regelt die Doctrine of

36 Megarry & Wade, Rz. 2-028.

37 Megarry & Wade, Rz. 2-031.

38 Megarry & Wade, Rz. 14-002.

39 Smith, S. 31; Megarry & Wade, Rz. 2-018.

40 Tenures Abolition Act 1660, Section IV; Smith, S. 31; Megarry & Wade, Rz. 2-044 bis 2-046.

41 Law of Property Act 1922, Section 1 (1) lit. a).

42 Smith, S. 31; Megarry & Wade, Rz. 2-055.

43 Megarry & Wade, Rz. 2-055, 3-002; Smith, S. 31; von Bernstorff, S. 106.

Estates das Verhältnis vom Tenant zum Grundstück und der damit verbundenen Dauer der Nutzungsberechtigung⁴⁴.

Bedingt durch den Einfluss des feudalen Systems existierten bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts viele Formen von Estates in Land, insbesondere bei den Freehold Estates⁴⁵. Vor den Reformen der 1920er Jahre konnte etwa ein Freehold Estate in Bezug auf die Laufzeit des Nutzungsrechtes an bestimmte Faktoren, wie Lebensdauer des Berechtigten (Life Estate) oder eines Dritten (Estate pur autre vie), an besondere Ereignisse (condition subsequent) gebunden oder die Vererbbarkeit des Rechtes auf die direkte Erbfolge (Estate in fee tail) beschränkt werden. Der Law of Property Act 1925 begrenzte die ursprünglich unüberschaubare Anzahl der estates in land insgesamt auf die nachstehend Genannten⁴⁶.

(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are

(a) an estate in fee simple absolute in possession;

(b) a term of years absolute.

a) Estate in fee simple absolute in possession (Freehold Estate)

Das estate in fee simple absolute in possession, nachstehend Freehold Estate genannt, gewährt dem Nutzungsberechtigten ein zeitlich unbestimmtes Nutzungsrecht am Grundstück⁴⁷. Es bildet das stärkste Estate in Land, das nach englischem Recht an einem Grundstück begründet werden kann⁴⁸. Auch wenn der Nutzungsberechtigte, zumindest in der Theorie, sein Nutzungsrecht von der Krone ableitet, wird er nicht als Tenant, sondern als Freeholder bezeichnet⁴⁹.

44 Megarry & Wade, Rz. 2-006, 3-001; Eisenhauer, S. 9.

45 Megarry & Wade, Rz. 3-022 ff.

46 Law of Property Act 1925 Section 1 (1).

47 Megarry & Wade, Rz. 3-008.

48 Wonacott, S. 22.

49 Garner & Frith, Rz. 1.04.

Der Terminus „possession“ ist nicht dahingehend zu verstehen, dass damit auch der unmittelbare Besitz am Grundstück einhergehen muss. Possession in diesem Sinn bezieht sich lediglich auf das Recht der Nutzung, welches auch in der entgeltlichen Überlassung des Grundstückes an Dritte liegen kann⁵⁰.

*“Possession” includes receipt of rent and profits or the right to receive the same, if any.*⁵¹

Aus „absolute“ wiederum ergibt sich, dass das Freehold Estate zeitlich nicht limitiert ist⁵². Verstirbt der Freeholder, so geht das Recht auf seine direkten Erben oder nächsten Verwandte über⁵³.

Auch nach Inkrafttreten des Law of Property Act 1925 kann das Freehold Estate in seinem Bestand vom Eintritt eines auflösenden Ereignisses (conditional fee) oder vereinbarter Bedingungen (determinable fee) abhängig gemacht werden⁵⁴. Eine Qualifikation eines Nutzungsrechtes als Freehold Estate ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn der Eintritt des auflösenden Ereignisses nicht zwingend ist und damit zumindest theoretisch die Möglichkeit einer unbestimmten Laufzeit besteht⁵⁵. Das Merkmal der unbestimmten Laufzeit schließt den Heimfall des Freehold Estate zurück an die Krone nicht grundsätzlich aus. Jedoch tritt dies nur dann ein, wenn kein Erbe ermittelt werden kann⁵⁶.

Der Freeholder unterliegt keinen Restriktionen bezüglich des Umgangs mit dem Grundstück, insbesondere keinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Krone, etwa im Hinblick auf die Pflicht zur Erhaltung etwaig darauf befindlicher Gebäude⁵⁷. Die Rechte eines Freeholders werden lediglich insoweit eingeschränkt, als dass

50 Garner & Frith, Rz. 1.04.

51 Law of Property Act 1925, Section 205 (1) (xix).

52 Abbott, S. 468.

53 Megarry & Wade, Rz. 3-008.

54 Smith, S. 34.

55 Megarry & Wade, Rz. 3-062; Smith, S. 35; Abbott, S. 468.

56 Megarry & Wade, Rz. 3-005; Smith, S. 22.

57 Garner & Frith, Rz. 1.11, 1.27.