

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 463

Der Triple-Net-Mietvertrag

Typus und Gestaltungsfreiheit

Von

Stefanie Würdinger



Duncker & Humblot · Berlin

STEFANIE WÜRDINGER

Der Triple-Net-Mietvertrag

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 463

Der Triple-Net-Mietvertrag

Typus und Gestaltungsfreiheit

Von

Stefanie Würdinger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-15031-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55031-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85031-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn *Professor Dr. Wolfgang Servatius*, der durch seine stetige Bereitschaft zur Diskussion wesentlich zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen hat. Herrn *Professor Dr. Carsten Herresthal* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Stand der Arbeit ist im Wesentlichen Herbst 2014 – aktuelle Entwicklungen wurden im Rahmen des Möglichen bis Mai 2016 berücksichtigt. Die Arbeit wurde mit dem Ingeborg-Warschke-Nachwuchs-Förderpreis 2016 ausgezeichnet.

Widmen möchte ich diese Arbeit meiner Familie.

Meinen Eltern, *Maria* und *Johann-Günter Loher*, danke ich herzlich für die immerwährende und vorbehaltlose Unterstützung während meiner gesamten Ausbildungszeit. Sie haben mich stets in meinem Lebensweg bestärkt. Meinem Ehemann, Herrn *Professor Dr. Markus Würdinger*, danke ich besonders für die wertvollen fachlichen Anregungen und seine geduldige und ermutigende Unterstützung im gesamten Verlauf der Arbeit.

Ingolstadt, im Juni 2016

Stefanie Würdinger

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
-------------------------	----

Kapitel 1

Grundlegung – funktionale Betrachtung der Grundidee und Zielsetzung des Triple-Net-Mietvertragskonzeptes	20
§ 1 Regelungsgrundgedanken und -inhalte	20
I. Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung	20
II. Legislative, Judikative, Exekutive – eine Bestandsaufnahme	21
III. Kurzdefinitionen der Fachliteratur – vorläufige Begriffsbestimmung	23
IV. Der Realtypus Triple-Net-Mietvertrag	25
1. Regelungsgrundgedanken	25
a) Das Grundprofil des Triple-Net-Mietvertrags	25
aa) Auf entgeltliche Gebrauchsüberlassung gerichtetes Dauerschuldverhältnis	25
bb) Umfassende Inpflichtnahme des Triple-Net-Mieters	25
cc) Rückwirkung auf finanzieller Ebene	27
dd) Vertragsgegenstand und -laufzeit	28
b) Die Problematik der Triple-Net-(Miet-)Vertrags-Terminologie	28
2. Die einzelnen Regelungsbereiche	30
a) Die Erhaltungslast – Instandhaltung und Instandsetzung inklusive Dach und Fach	31
b) Versicherungen	33
c) Steuern und weitere Abgaben	35
d) Zwischenergebnis	36
e) Betriebs- und Nebenkosten	36
f) Behördliche Genehmigungen und Auflagen	39
g) Verkehrssicherungspflichten	40
h) Gefahrtragung, insbesondere Sachuntergangsrisiko	41
aa) Begriffsklärung	41
bb) Bestandsaufnahme: Partielle Gefahrtragung infolge der Pflichten- und Kostenübernahme	41
cc) Weitergehend: Tragung des Sachuntergangsrisikos?	42
(1) Der Triple-Net-Vertrag im engen Sinn	42

(2) Der Triple-Net-Vertrag im weiten Sinn	43
dd) Würdigung	43
ee) Grundlegung für die weitere Untersuchung: Der Triple-Net-Vertragsbegriff im engen Sinn	45
3. Erfordernis einer gesamtkonzeptionellen Würdigung	46
4. Aspekte der Vertragsgestaltung	46
a) Pflichten- und Kostenklauseln	46
b) „Caps“ bzw. „cap clauses“	50
§ 2 Anglo-amerikanischer Rechtshintergrund	51
I. Grundlegungen	51
1. Divergierende Rechtstraditionen	51
2. Anglo-amerikanische lease	52
a) Die lease als zeitlich beschränkte Eigentumsübertragung	53
b) Die lease als Vertrag	54
3. Zwischenresümee	56
II. Abgrenzungen	57
1. Bond lease	57
2. Double-Net- und Single-Net-Verträge	58
3. Gross lease	59
4. Fließendes System	59
III. Beispielklausel eines angelsächsischen Triple-Net-Vertrags	60
IV. Fazit	60
§ 3 Wirtschaftlich-funktionale Betrachtung des Triple-Net-Vertrags	61
I. Immobilienwirtschaftlicher Hintergrund – Markt- und Objektrisiken	61
II. Hauptcharakteristika und wirtschaftliche Analyse der Interessen	63
1. Primär: Sicht des Vermieters	63
a) Risikominimierung und Renditesicherung	63
b) Rechtsunsicherheit und Kontrollverlust	64
c) Geeignete Triple-Net-Vermieter	66
2. Pflichten- und Risikotragung als wirtschaftliches Potential? – Die Perspektive des Mieters	67
a) Transparenz und Kostengerechtigkeit	68
b) Synergieeffekte und Kalkulationserfordernis	68
c) „Quasi-Eigentümer“	69
d) Weitere geeignete Triple-Net-Mieter – praktische Relevanz	71
3. Dritte	72
a) Kapitalgeber	72
b) Erwerber	73
III. Fazit	73

Kapitel 2

Rechtliche Analyse 75

§ 4 Problemstellung – Vergleichende Typus- und Leitbildbetrachtungen	75
I. Vorüberlegungen zur rechtlichen Qualifikation	75
II. Dreigliedrigkeit der rechtlichen Einordnung	76
1. Normaltypischer, gesetzlich geregelter Vertrag	76
2. Atypischer Vertrag im weiteren Sinn	77
3. Vertrag sui generis	78
III. Bandbreite zu betrachtender Leitbilder – Vorgehen	78
IV. Andere Ansätze der Untergliederung der rechtlichen Einordnung	80
§ 5 Normierte Schuldverhältnisse	81
I. Der Mietvertrag	81
1. Gesetzliches Leitbild – Bruttomietkonzept	81
a) Umfassende Inpflichtnahme des Vermieters	81
b) Wertung	84
c) Konsequente Umsetzung eines geringen Pflichtenkreises des Mieters	86
d) Wertung	88
e) Beweislastverteilung	89
f) Parallelen und Divergenzen zum Triple-Net-Vertragsgedanken – einführende Überlegungen	91
2. Gesetzlich verankerte Modifizierungsmöglichkeiten	93
a) Punktuelle Modifikation im Rahmen der Heizkostenverordnung ...	93
b) Betriebskosten als Spiegel unterschiedlicher Ausdifferenzierung der Leitbilder der Wohn- und Geschäftsraummiete	95
aa) Wohnraummiete – § 556 BGB	95
bb) Die Geschäftsraummiete – Grundlegungen und fehlende Ver- weisungen	97
cc) Anknüpfungspunkt für den Triple-Net-Vertragsgedanken – Konsequenzen	98
c) Fazit	99
3. Die Rechtsprechung im Spannungsfeld der Variationsbreite des Ge- schäftsraum-Bruttomietkonzeptes	100
a) Geschäftsraummietverhältnisse als Urtyp der Formularverträge	101
b) Die Anmietung von Geschäftsräumen als Unternehmerhandeln i. S. des § 14 BGB	103
c) Grundlegungen zur Inhaltskontrolle	106

d) Leitlinien der Rechtsprechung zur Erhaltungslast – Risikosphäre und Mietgebrauch	108
aa) Das Erfordernis einer Grenzziehung – Risikosphäre und Mietgebrauch	110
bb) Sachlich-personelle Einschränkung	110
cc) Zeitliche Einschränkung	111
dd) Räumlich-gegenständliche bzw. finanzielle Einschränkung	111
ee) Zwischenergebnis	113
ff) Restriktive Auslegung und Transparenzkontrolle	114
e) Zentral: „Dach und Fach“-Klauseln	116
aa) Überraschende Klausel i. S. des § 305c Abs. 1 BGB?	116
bb) Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1, 2 BGB	117
(1) Deutung im Sinne einer grundsätzlichen Unzulässigkeit	119
(2) Alternative Deutung im Sinne einer eingeschränkten Übertragungsmöglichkeit	120
(3) Jedenfalls: Keine grenzenlose formularvertragliche Verlagerung	120
(4) Schlussfolgerungen	121
f) Kompensation infolge Mietpreisreduktion?	121
aa) Geltungsgrund: Wahlfreiheit als Individualvereinbarung?	122
bb) Ausschluss der Kontrollfähigkeit?	124
(1) Prinzipiell: Entgeltcharakter	125
(2) Dennoch: Kontrollfähigkeit	126
g) Fazit – Konturierung des Leitbildes durch die Rechtsprechung	128
4. Das Schweigen des Gesetzgebers	129
5. Der Kontext zum Triple-Net-Vertragsmodell	130
a) Derzeit keine Umsetzbarkeit des Triple-Net-Regelungsgedankens im Rahmen eines formularvertraglichen Geschäftsraummietvertrags	130
b) Bestätigung des übergeordneten Schlusses: Gegensätzlichkeit der Konzepte im Allgemeinen	132
c) Möglichkeiten der Schlussfolgerung	133
II. Der Pachtvertrag – abweichendes Leitbild, andere Gestaltungsfreiheiten? ..	134
1. Abgrenzung: Miete und Pacht	135
2. Die Erhaltung des Inventars	136
a) Der Inventarbegriff	136
b) Pflichten-, Kosten- und Risikoverteilungen gem. § 582 BGB	136
c) § 582a BGB als gesetzlich verankerte Modifizierungsmöglichkeit ..	138
3. Annäherung an den Triple-Net-Vertragsgedanken? – Die Erhaltungslast im Übrigen	139

4. Fazit	140
5. Weiterreichende gesetzliche Pächterverpflichtung beim Landpachtvertrag, §§ 585, 586 BGB	141
III. Die Leihe	142
1. Erhaltungspflicht des Entleihers vs. reiner Kostentragung	143
2. Unterschiedliche Ausdifferenzierung des Verantwortungsgefüges	145
IV. Zusammenschau und Wertung	146
1. Zusammenschau der gesetzlichen Konzeption der Pflichten-, Kosten- und Risikoverteilung – Wechselspiel der Verantwortungsbereiche	146
2. Eigene Vertragstypen trotz geringer inhaltlicher Unterschiede	146
3. Kein schuldrechtliches Regelungsmodell mit Zuweisung der Hauptverantwortung an den Nutzer	147
4. Konsequenzen für das Triple-Net-Vertragsmodell	148
§ 6 Der Nießbrauch an Sachen	149
I. Gesetzliches Regelmodell	150
1. Versicherungen und Lastentragung	150
2. Die Erhaltung	151
II. Keine sachenrechtliche Verwirklichung des Triple-Net-Regelungsgedankens	153
§ 7 Der Leasingvertrag als moderner Vertragstyp	153
I. Grundlegung	153
II. Das Finanzierungsleasing	155
1. Regelungsgedanken und Ziele	155
2. Bandbreite der dogmatischen Verortung	156
a) Mietvertragliche Wurzeln – Parallele zum Operatingleasing	156
b) Würdigung der kauf-, geschäftsbesorgungs- und darlehensrechtlichen Elemente	157
c) Moderate Modifikation: Atypischer Mietvertrag	158
d) Herausragende Bedeutung der Spezifika des Finanzierungsleasings	159
e) Gesetzeslage: Lediglich Normierung einer spezifischen Konstellation	160
3. Spiegelbild der Grundproblematik des Umgangs mit neuen Vertragskonzeptionen	162
4. Konkretisierender Vergleich mit den bisher betrachteten Normstrukturtypen	165
a) Vertragsmodell mit stärkerer Verantwortung des nutzenden Vertragspartners – auch bei Orientierung an den Vorgaben der Rechtsprechung	165
b) Begrenzte inhaltliche Wertschöpfung des klassischen Finanzierungsleasings für den Triple-Net-Vertragsgedanken als solchen	169

III. Zwei-Personen-Leasingverhältnisse unter besonderer Berücksichtigung von Sale-and-lease-back-Transaktionen	171
IV. Weitere Möglichkeiten der Schlussfolgerung	174
§ 8 Seitenblick in die Schweiz	174
I. Bestandsaufnahme des gesetzlichen Regelungsmodells	175
II. Die Übertragung der Erhaltungslast	176
1. Gesetzlicher Ausgangspunkt – beschränkte Regelungsmöglichkeiten ..	176
2. Der Kompensationsgedanke	177
3. Praktische Gestaltung der erforderlichen vertraglichen Ausgewogenheit	178
a) Finanzielles Entgegenkommen: Mietzinsreduktion/Einmalzahlung ..	178
b) Mietvertragsdauer als „geldwerter Vorteil“?	178
c) Grundproblem: Praktikabilität	179
III. Die sonstigen Positionen des Triple-Net-Vertrags	180
IV. Weitere Ansatzpunkte praktischer Behelfskonstruktionen	181
1. Pachtrecht	181
2. Rohbaumiete	182
V. Fazit	183

Kapitel 3

Typologische Zuordnung und Regelungsgrenzen 186

§ 9 In sich geschlossenes Vertragskonzept versus traditionelle Leitbilder – Zusammenschau bisheriger Betrachtungen	186
§ 10 Die typologische Qualifikation	189
I. Die Schranken der Vertragsfreiheit	189
II. Vom Regelungswunsch zur Bedeutung der typologischen Verortung	191
III. Abwägung der Qualifikationsmöglichkeiten	193
1. Zu weitreichend: Der Triple-Net-Vertrag als Vertrag sui generis	194
a) Umfassendste Würdigung eines in sich geschlossenen Vertragskonzeptes	194
b) Keine Umgehung gesetzlicher Wertungen – besondere Qualität der Nähebeziehung	195
2. Die normaltypische Mietvertragsqualifikation als Ausdruck der Achtung der Leitgedanken des Gesetzgebers	198
3. Die atypische Qualifikation als Anerkennung eines in sich geschlossenen Regelungskonzeptes mit miet- bzw. pachtrechtlichen Bezugspunkten	200
IV. Aspekte der Vertragsgestaltung – Charakteristika des Triple-Net-Vertrags ..	202

Inhaltsverzeichnis	15
--------------------	----

Kapitel 4

Resümee	208
§ 11 Zusammenschau	208
Ausblick	212
Literaturverzeichnis	213
Sachwortverzeichnis	228

Einführung

In der deutschen Immobilienrechtspraxis konnte in den letzten Jahren ein zunehmendes Interesse an sogenannten Triple-Net-Mietverträgen verzeichnet werden. Nach Leasing, Franchising und Factoring¹ handelt es sich einmal mehr um eine anglo-amerikanische Vertragsgestaltung, die im Zuge globaler Wirtschaftsmärkte in den deutschen Rechtskreis importiert werden soll. Allein die vorherrschende Rechtsunsicherheit hat eine noch weiterreichende Verbreitung des Triple-Net-Mietvertrags in Deutschland bislang unterbunden.

Hauptintention der Triple-Net-Mietverträge ist die spezifische Ausgestaltung eines schuldrechtlichen Nutzungsverhältnisses. Der nutzende Vertragspartner soll mit zahlreichen Pflichten, Kosten und Risiken belegt werden, insbesondere aber mit der Verantwortlichkeit für drei zentrale Bereiche, namentlich die Erhaltungslast inklusive „Dach und Fach“, Versicherungen sowie Steuern und sonstige Abgaben. Im Gegenzug ist das zu entrichtende Entgelt „triple net“, d.h. „dreifach netto“ auszugestalten. Die vorgenannte Pflichten-, Kosten- und Risikotragung schlägt sich im Entgelt zugunsten des nutzenden Vertragspartners nieder. Diese primär rechtstatsächliche Kurzbeschreibung des Triple-Net-Mietvertragsgedankens spiegelt bereits terminologische Unschärfen wider. So existiert in Deutschland weder ein einheitliches Begriffsverständnis noch ein gesicherter Regelungskanon. Weitaus tiefer greift allerdings die Frage nach der dogmatischen Verortung sowie der damit verbundenen Problematik der formularvertraglichen Zulässigkeit dieser Vertragsgestaltung. Die damit korrelierenden Regelungsgrenzen sind weithin ungeklärt.

Umso erforderlicher erscheint eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Thematik. Abgesehen von kurzen Hinweisen und Anmerkungen zur praktischen und wirtschaftlichen Bedeutung von Triple-Net-Mietverträgen in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur² beschränkt sich die juristische Aufarbeitung bislang auf einige wenige Beiträge,³ welche vorwiegend praktische Pro-

¹ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I, S. 4; *Stoffels*, Schuldverträge, S. 7 f.; *Mack*, Neuere Vertragssysteme, S. 17 ff.; *Blumenwitz*, Anglo-amerikanisches Recht, S. 1; zur vergleichbaren Entwicklung neuer Vertragsgestaltungen in der Schweiz, *Kramer* in: *Kramer*, Neue Vertragsformen, S. 24 f.

² *Herrmann* in: Pfnür, Arbeitspapiere zur immobilienwirtschaftlichen Forschung, passim; *Sailer* in: *Kippes/Sailer*, Immobilienmanagement, S. 525; *Vogel/Wittkop* in: *Rottke/Rebitzer*, Real Estate Private Equity, S. 407, 417.

³ Speziell zu Triple-Net-Verträgen: *Moesser*, NZM 2003, 425 ff.; *Söhlke* in: *Festschrift für Pöllath und Partners*, S. 197 ff.; die Thematik zumindest ansprechend: *Hoff*,

blemstellungen aufgreifen. Eine grundlegende dogmatische Untersuchung fehlt. Diese Lücke sucht die vorliegende Arbeit zu schließen.

Das stützende Fundament bildet eine funktionale Betrachtung der Grundidee und Zielsetzung des Triple-Net-Mietvertragskonzeptes (1. Kapitel). Ausgehend von einer einführenden Begriffsbestimmung erfolgt die inhaltliche Näherung durch Herausarbeitung eines Grundprofils, eines Realtypus, welcher durch einen Blick auf die einzelnen Regelungsbereiche sowie bedeutende Aspekte der Vertragsgestaltung veranschaulicht werden soll (§ 1). Eine zentrale Rolle spielt hierbei auch der anglo-amerikanische Rechtshintergrund (§ 2). Nur der übergreifende Blick auf die Herkunft und geschichtliche Entwicklung einer Vertragsgestaltung ermöglicht es, die Regelungsziele im Einzelnen herauszuarbeiten und zugleich ein Verständnis für etwaige Probleme der Integration in das nationale Recht zu entwickeln.

Schließlich kann die Erfassung des Triple-Net-Vertragsgedankens in seiner ganzen Komplexität und Eigenständigkeit nur gelingen, wenn auch die wirtschaftlichen Zusammenhänge analysiert und einbezogen werden (§ 3). Denn diese können eine Legitimation bieten für – aus nationaler Perspektive – neuartige Vertragsgestaltungen.

Hauptziel dieser Untersuchung ist jedoch die dogmatische Verortung, mithin die typologische Zuordnung des Triple-Net-Mietvertrags. Denn diese entscheidet über die zu eröffnenden Regelungsspielräume und -grenzen und somit über die generelle formularvertragliche Zulässigkeit „deutscher Triple-Net-Mietverträge“. Diese Einbettung des Triple-Net-Mietvertrags in die Systematik des deutschen Vertragsrechts bedarf daher einer eingehenden rechtlichen Analyse (2. Kapitel) im Wege vergleichender Typus- und Leitbildbetrachtungen (§ 4).

Die thematische Nähe gebietet es, den Fokus zunächst auf normierte Schuldverhältnisse, insbesondere den Mietvertrag i. S. des § 535 BGB, den Pachtvertrag i. S. des § 581 BGB und die Leihe i. S. des § 598 BGB zu richten (§ 5). Im Wege des Seitenblicks ist der Nießbrauch i. S. des § 1030 BGB mit einzubeziehen (§ 6).

Schließlich ist dem Leasingvertrag besondere Aufmerksamkeit zu widmen (§ 7). Bei diesem erstreckt sich die Debatte um die rechtliche Qualifikation sowie die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten inzwischen über mehrere Jahrzehnte. Sie kann richtungsweisend herangezogen werden für Fragen des Umgangs mit neuartigen Vertragskonzeptionen im Allgemeinen und die Problematik der rechtlichen Einordnung spezifisch ausgestalteter Nutzungsverhältnisse im Besonderen.

ZMR 2006, 415; *Joachim* in: Festschrift für Blank, S. 221 ff.; sowie jüngst *Koops*, Triple-Net-Mietverträge, passim; einen vergleichenden Blick zur Rechtslage in der Schweiz skizzieren *Urbach/Moskric*, AJP/PJA 2008, 995 ff.

Ein Blick auf die aktuelle Rechtsdiskussion in der Schweiz soll de lege ferenda Anregungen bieten für eine Neujustierung des Umgangs mit Triple-Net-Vertragsgestaltungen auch im deutschen Recht (§ 8).

All diese Betrachtungen über Regelungsgedanken und -inhalte, wirtschaftliche Zusammenhänge und vergleichende Typus- und Leitbildbetrachtungen sind schließlich zusammenzuführen (§ 9), um die zentrale Frage dieser Arbeit zu beantworten (3. Kapitel): die Frage nach der finalen dogmatischen Verortung des Triple-Net-Mietvertrags und der damit verbundenen Eröffnung oder Unterbindung formularvertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten (§ 10). Die Überlegungen werden sich dabei zwischen der Zuordnung zu einem der betrachteten Leitbilder und der Qualifikation als atypischen Vertrag oder gar als Vertrag sui generis bewegen.

Abschließend verbleibt ein Ausblick auf die mit der Einordnung verbundenen zentralen Aspekte der Vertragsgestaltung sowie ein zusammenfassendes Resümee (4. Kapitel), in welchem die Erkenntnisse der einzelnen Abschnitte nochmals nachvollzogen und zusammengeführt werden (§ 11).