

Der Zeitmietvertrag vom Reißbrett als Zerreißprobe für § 550 BGB*

Prof. Dr. Wolfgang Hau, Universität Passau

Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2008

I. Einleitung

Anlass dazu, sich ausdrücklich mit der sog. Vermietung vom Reißbrett auseinanderzusetzen, hatte der Bundesgerichtshof erst zu einem Zeitpunkt, als das Erstellen technischer Zeichnungen mithilfe solcher Gerätschaften durch das aufkommende Computer Aided Design schon auf dem Rückzug war.¹ Den technischen Fortschritt überlebt hat das heute nostalgisch anmutende Schlagwort; überlebt haben aber leider auch die damit zusammenhängenden Sachprobleme, die sich bei der Vermietung noch zu errichtender, bei Vertragsschluss also erst im Planungsstadium befindlicher Mietobjekte ergeben.

So sinnvoll es wirtschaftlich auch sein mag, Vertragsabschlüsse bereits derart frühzeitig herbeizuführen, hat es aus kautelarjuristischer Sicht doch unverkennbar seine Tücken, eine Bindung einzugehen, solange der Mietgegenstand, der Mietzins und/oder die Parteien des Mietverhältnisses noch nicht exakt fixierbar sind.² Schwierigkeiten bereitet dabei vor allem der – auch und gerade bei der Vermietung vom Reißbrett ökonomisch durchaus nachvollziehbare – Wunsch, von vornherein eine bestimmte Vertragslaufzeit festzuschreiben;³ denn dabei gerät man allzu leicht ins Gehege mit dem Formgebot des § 550 S. 1 BGB n. F. (= § 566 S. 1 BGB a. F.). Es verwundert daher nicht, dass sich der BGH in mehreren Entscheidungen mit den Anforderungen zu befassen hatte, die im Lichte dieser Vorschrift an die hinreichende Identifizierbarkeit des Mietobjekts⁴ bzw. der Mietvertragsparteien⁵ zu stellen sind.

In neuerer Zeit ist indes eine weitere Besonderheit der Vermietung vom Reißbrett, nämlich die Bestimmung der Vertragslaufzeit, in das Zentrum der Diskussion gerückt:⁶ Es geht um die Zulässigkeit und Grenzen von Klauseln, wonach das

* Der Beitrag beruht auf dem Einführungsvortrag zum Arbeitskreis „Schriftform des Mietvertrags – Vertragsabschluss, Mietbeginn“, den der Verf. am 7. März 2008 auf dem Deutschen Mietgerichtstag gehalten hat.

¹ In der BGH-Rechtsprechung findet sich der Ausdruck, soweit ersichtlich, erstmals in BGHZ 136, 102 (107) = NJW 1997, 2813 (2814), dort noch eher beiläufig; wichtiger sodann BGHZ 142, 158 (164 ff.) = NJW 1999, 2591 (2592) = NZM 1999, 761 (762) und BGH, NJW 1999, 3257 (3258) = NZM 1999, 962 (963).

² Nachdrücklich *Leo*, MietRB 2006, 97.

³ Dazu *Ingendoh*, BTR 2006, 31.

⁴ Dazu BGHZ 142, 158 (164 ff.) = NJW 1999, 2591 = NZM 1999, 761; BGH, NJW 1999, 3257 = NZM 1999, 962; BGH, NJW 2000, 1105 = NZM 2000, 184; BGH, NJW 2006, 140 = NZM 2006, 104; BGH, NJW 2007, 3273 = NZM 2007, 443.

⁵ Dazu BGH, NJW 2006, 140 (141) = NZM 2006, 104 (105). Beachte auch *Koch/Rudzio*, ZfIR 2007, 437 (438 ff.).

⁶ Beachte vorerst nur die einschlägigen BGH-Entscheidungen: NJW 2006, 139 = NZM 2006, 54, NJW 2007, 1817 = NZM 2007, 445 und NJW 2007, 3273 = NZM 2007, 443.

Mietverhältnis eine bestimmte Zeitspanne, beispielsweise fünfzehn Jahre, laufen soll, und zwar gerechnet ab dem Zeitpunkt der künftigen Fertigstellung der Mieträume oder ihrer Übergabe an den Mieter; ein Termin wird dabei üblicherweise entweder noch überhaupt nicht genannt⁷ oder ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet.⁸ Die wirtschaftliche Relevanz dieser Vertragsgestaltung zeigt sich schon daran, dass es in den einschlägigen Entscheidungen meist um größere Projekte wie Einkaufszentren und Altenheime ging. Im Folgenden soll zunächst die rechtliche Einordnung der Vermietung vom Reißbrett skizziert werden (dazu II); näher einzugehen ist sodann auf die Vereinbarkeit übergabeabhängiger Laufzeitklauseln mit § 550 BGB (dazu III) sowie in einem Exkurs auf AGB-rechtliche Bedenken (dazu IV).

II. Rechtliche Einordnung

Die Vermietung vom Reißbrett kann, sofern denn überhaupt der Rechtsbindungswille der Parteien bereits feststeht,⁹ entweder bloßer Vorvertrag oder bereits (echter Haupt-)Mietvertrag sein. Meist wird der Vermieter auf den Abschluss eines Mietvertrags hinwirken, weil die Finanzierbarkeit des Projekts von einer endgültigen Bindung der Mietinteressenten abhängt und ihm daher mit einem womöglich erst im Klageweg durchzusetzenden Anspruch auf Mitwirkung am Hauptvertragsschluss nicht hinreichend gedient ist. Für die Vorvertragslösung müssen also, sofern die Parteien ihr Geschäft nicht ausdrücklich so bezeichnet haben, gewichtige Indizien streiten;¹⁰ die Beweislast dafür, dass ausnahmsweise nur ein Vorvertrag gewollt war, trägt derjenige, der sich darauf beruft.¹¹

Im Regelfall ist daher eher von einem Mietvertrag auszugehen,¹² wobei dem

⁷ Vgl. bspw. die Klausel im Fall BGH, NJW 2007, 1817 = NZM 2007, 445, dort zur Vermietung eines zu errichtenden Altenpflegeheims: „§ 1: (...) Der Mieter ist verpflichtet, das Mietobjekt mit Fertigstellung zu übernehmen. Als Fertigstellungstermin gilt der Zeitpunkt gemäß § 5, spätestens jedoch der Zeitpunkt der behördlichen Gebrauchsabnahme. (...) § 2: Das Mietverhältnis wird auf die Dauer von 20 Jahren fest vereinbart. Es beginnt mit dem in § 1 genannten Termin. (...) § 5: Den verbindlichen Übergabetermin wird der Vermieter spätestens vier Monate vorher dem Mieter schriftlich mitteilen.“

⁸ Vgl. bspw. die Klausel im Fall BGH, NJW 2006, 139 = NZM 2006, 54, dort zur Vermietung eines Ladenlokals in einem zu errichtenden Nahversorgungszentrum: „Das Mietverhältnis beginnt mit der Übergabe der Mieträume. Es endet nach Ablauf von 15 Jahren am darauf folgenden 30. Juni. (...) Die Übergabe der Mietfläche ist voraussichtlich im April 1996, die Eröffnung des Zentrums ist für Mai 1996 vorgesehen. Beide Terminangaben sind für den Vermieter unverbindlich.“

⁹ Zur Abgrenzung von Vorverhandlungen und vom *gentlemen's agreement* etwa Horst, Praxis des Mietrechts, 2003, Rdnrn. 53, 62.

¹⁰ Näher etwa Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2006, vor § 535 Rdnr. 91. Dem steht nicht entgegen, dass das ausdrückliche Beschränken auf einen Vorvertragsschluss gerade bei noch nicht fertiggestellten Mietobjekten sinnvoll sein kann; darauf verweist etwa Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 9. Aufl. 2007, vor § 535 Rdnr. 104. Beachte auch noch unten III. 4.

¹¹ Blank (Fn. 10), vor § 535 Rdnr. 110.

¹² Der BGH hat es in einer neueren Entscheidung (NJW 2007, 1817 = NZM 2007, 445) sorgsam vermieden, auf das Abgrenzungsproblem einzugehen; dort hatte das OLG Naumburg als Berufungsgericht die Frage offen gelassen, aber immerhin, obwohl der in den Entscheidungsgründen mitgeteilte Vertragstext keinen sicheren Anhaltspunkt für einen bloßen Vortrag ergibt, seine

Umstand, dass die Fertigstellung des Mietobjekts noch aussteht, durch zwei Gestaltungsformen Rechnung getragen werden kann: Entweder dadurch, dass der Mietvertrag (aufschiebend oder auflösend) durch die Fertigstellung bzw. Übergabe bedingt sein soll, oder aber dadurch, dass erst ab diesem Zeitpunkt die Hauptleistungspflichten des § 535 BGB in Anspruch genommen werden können; Letzteres wäre also als bloße Fälligkeitsregelung zu qualifizieren. Ob das eine oder das andere gewollt ist, erweist sich bei Fehlen eindeutiger Klarstellung im Vertragstext wiederum als Auslegungsproblem. Als Faustregel sollte gelten, dass von einem bedingten Mietvertrag nur dann auszugehen ist, wenn die Parteien den fraglichen Umstand – die Fertigstellung und damit die Realisierbarkeit des Mietobjekts – nach Lage der Dinge nicht als sicher, sondern lediglich als möglich betrachten.¹³ Demnach wird die hier interessierende Abrede, wonach das Mietverhältnis erst mit der Übergabe, also nicht bereits mit Vertragsschluss, beginnen soll, im Regelfall als bloße Fälligkeitsregelung zu deuten sein.¹⁴ Diese Gestaltung soll den weiteren Überlegungen zugrundegelegt werden. Zu unterscheiden ist bei übergabeabhängigen Laufzeitklauseln also jeweils zwischen dem Zeitpunkt des (unbedingten) Vertrags(ab)schlusses und dem späteren Zeitpunkt, zu dem die Hauptleistungspflichten des § 535 BGB fällig werden (der sog. Mietbeginn bzw. Beginn des Mietverhältnisses¹⁵).

III. Vermietung vom Reißbrett als Formproblem

1. Problemstellung

Dass der Zeitpunkt der Fertigstellung bzw. Übergabe noch nicht mit Gewissheit fixiert werden kann, ist bei der Vermietung vom Reißbrett naturgemäß die Regel. Was die Bestimmtheit des Vertrags, namentlich hinsichtlich der Dauer der eingegangenen Vertragsbindung, angeht, bereitet dies freilich keine Schwierigkeiten, wenn der Vertrag entweder auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde (und daher ohnehin ordentlich kündbar ist, § 542 I BGB) oder wenn zwar eine Laufzeit vorgesehen ist, diese aber bereits mit Vertragsschluss beginnen soll. Gerade dies trifft in den hier interessierenden Fällen indes nicht zu: Laut den gängigen Klauseln sollen Zeitmietverträge begründet werden, und die Zeit soll erst ab dem noch ungewissen Termin der Fertigstellung oder Übergabe laufen.

Aus der daraus erwachsenden Unklarheit, wann das Hauptleistungsprogramm des

Hilfsbegründung auf diese Auslegungsvariante gestützt. Zur Abgrenzung Vorvertrag/bedingter Mietvertrag vgl. LG Gießen, NJW-RR 1995, 524.

¹³ *Blank* (Fn. 10), vor § 535 Rdnr. 15.

¹⁴ Ebenso *Blank* (Fn. 10), vor § 535 Rdnr. 15; *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer (Fn. 10), § 535 Rdnr. 8.

¹⁵ Vgl. etwa *Eisenschmid* (Fn. 14), § 535 Rdnrn. 3, 8. Eher missverständlich ist es demgegenüber, zwischen „Vertragsschluss“ und „Vertragsbeginn“ zu unterscheiden; so aber etwa *Bieber*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2008, § 550 Rdnr. 6.

Mietverhältnisses beginnen und wann es enden wird, folgt ein Problem der zu wählenden Form, sofern der Vertrag in den Anwendungsbereich des § 550 BGB fällt (für das Gewerberaummietrecht: kraft der Verweisung in § 578 II, I BGB). Es geht also um Zeitmietverträge, die für länger als ein Jahr ohne Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung geschlossen sein sollen oder in denen zwar eine kürzere Grundlaufzeit, zusätzlich aber eine Verlängerungsklausel vorgesehen ist.

Weil Zeitmietverträge im Wohnraummietrecht von vornherein nur unter den engen Voraussetzungen des § 575 BGB in Betracht kommen, scheint sich die Problematik auf den Bereich des Gewerbemietrechts zu beschränken, dem in der Tat die bislang diskutierten und judizierten Fälle entstammen. Gleichwohl dürfte es zu kurz greifen, die Wohnraumvermietung vom Reißbrett im Hinblick auf § 550 BGB für völlig unproblematisch zu halten: Wer sich nämlich der zweifelhaften Ansicht des BGH anschließt, dass bei Wohnraummietverträgen auch im Lichte von § 575 BGB das Recht zur ordentlichen Kündigung für bis zu vier Jahren ausgeschlossen werden kann,¹⁶ kommt nicht umhin, konsequenterweise die Formvorgaben des § 550 BGB zumindest im Wege des Analogieschlusses heranziehen.¹⁷

Die Frage, ob ein „Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr“ im Sinne von § 550 S. 1 BGB vorliegt, bereitet gewisse Schwierigkeiten, weil das Gesetz nicht klarstellt, ob die Jahresfrist ab dem Vertragsschluss, ab dem dabei vorgesehenen oder ab dem sodann tatsächlich erfolgten Mietbeginn laufen soll. Allerdings liegt es nahe, dies ebenso wie in § 550 S. 2 BGB zu beurteilen; demnach kommt es auf die Überlassung des Mietobjekts an,¹⁸ wobei sich zwar nicht aus dem Normtext, wohl aber aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt, dass der „vertraglich bestimmte“ Termin den Ausschlag geben soll.¹⁹ Weil bei der Vermietung vom Reißbrett tendenziell lange Laufzeiten vereinbart werden, wird die den Formzwang auslösende Mindestlaufzeit ohnehin in aller Regel erreicht; und dies gibt allemal ausgehend von der abweichenden Ansicht, wonach bei noch nicht in Vollzug gesetzten Mietverhältnissen bereits ab Vertragsschluss zu rechnen sei.²⁰

Zu klären bleibt, ob die hier zu untersuchenden übergabeabhängigen

¹⁶ Grundlegend zur Wirksamkeit einschlägiger Individualvereinbarungen: BGH, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216; weitergehend sogar zur Wirksamkeit einschlägiger Klauseln in Vermieter-AGB: BGH, NJW 2004, 3117 = NZM 2004, 733; seither st. Rspr. Ablehnend statt mancher etwa *Derleder* NZM 2004, 247; *Börstinghaus*, GS Sonnenschein, 2003, S. 349.

¹⁷ *Bieber* (Fn. 15), § 550 Rdnr. 6; wohl sogar für direkte Anwendung von § 550 BGB etwa *Lammel*, in: Schmidt-Futterer (Fn. 10), § 550 Rdnr. 20; *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313 (3314). Vgl. auch BGH, NJW 2007, 1742 = NZM 2007, 399, dort zur Anwendbarkeit von § 550 BGB bei Kündigungsverzicht des Vermieters.

¹⁸ *Tonner/Schlemmer*, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006, § 550 Rdnr. 8; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 550 Rdnr. 6.

¹⁹ So der Regierungsentwurf zur Mietrechtsreform, BT-Drucks. 14/4553, S. 47 = *Grundmann*, Mietrechtsreformgesetz, 2001, S. 101 f.

²⁰ Dafür *Emmerich* (Fn. 10), § 550 Rdnr. 8; *Lammel* (Fn. 17), § 550 Rdnr. 59 a. E.

Laufzeitklauseln den Anforderungen von §§ 550 S. 1, 126 I BGB genügen;²¹ verneinendenfalls wäre der Mietvertrag grundsätzlich nach Maßgabe von §§ 550 S. 2, 542 I BGB ordentlich kündbar.

2. Lösung der Rechtsprechung

Mehrere Instanzgerichte, namentlich die zuerst in mehreren Fällen mit der Problematik befassten Oberlandesgerichte Dresden²² und Naumburg²³ hatten angenommen, dass es mit § 550 BGB unvereinbar sei, wenn im ansonsten formgerecht errichteten Zeitmietvertrag hinsichtlich des Beginns der Laufzeit nur auf den noch ausstehenden Termin der Fertigstellung bzw. Übergabe verwiesen wird;²⁴ denn dadurch sei in der Vertragsurkunde die Mietdauer als wesentlicher, mithin formbedürftiger Vertragsinhalt weder bestimmt noch hinreichend bestimmbar niedergelegt. Dabei soll unerheblich sein, ob der genaue Zeitpunkt des maßgeblichen Ereignisses im Nachhinein zwischen den Parteien streitig oder unstreitig ist.²⁵ Uneinheitlich beurteilten die Gerichte allerdings, ob die Bestimmung unnachholbar schon bei Abschluss des Zeitmietvertrags erfolgen muss²⁶ oder ob eine Heilung in Betracht kommt, wenn der Beginn der Laufzeit später im Rahmen eines Nachtragsprotokolls beurkundet wird.²⁷

Dieser im Ausgangspunkt strengen Linie ist sodann der Bundesgerichtshof in bislang drei Entscheidungen entgegengetreten:²⁸ Die Abrede, dass das Mietverhältnis erst mit der künftigen Übergabe der Mietsache beginnen soll, genüge ohne weiteres § 550 BGB. Aus dem Erstvertrag müsse auch nicht hervorgehen, wann die Laufzeit spätestens beginnen soll.²⁹ Im Übrigen sei es sogar unschädlich, wenn die ursprünglich vorgesehene Errichtung eines formgültigen Übergabeprotokolls letztlich

²¹ Nach zutreffender Auffassung hat die von § 566 S. 1 BGB a. F. abweichende Formulierung von § 550 S. 1 BGB n. F. nicht etwa zur Folge, dass nur die geringeren Anforderungen des § 127 BGB zu wahren sind. Wie hier etwa *Emmerich* (Fn. 10), § 550 Rdnr. 3; *Heintzmann*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2007, § 550 Rdnr. 4; *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313 (3315); *Weidenkaff* (Fn. 18), § 550 Rdnr. 1; offen gelassen von BGH, NJW 2006, 140 (141) = NZM 2006, 104 (105).

²² OLG Dresden (5 U 426/04), ZMR 2005, 41 (als Vorinstanz zu BGH, NJW 2007, 3273 = NZM 2007, 443); ebenso im Ausgangspunkt wohl OLG Dresden (5 U 946/04), NZM 2004, 826 (829), dort hat das Gericht im Ergebnis allerdings Formwahrung angenommen.

²³ OLG Naumburg (9 U 117/04), unveröffentlicht (Vorinstanz zu BGH, NJW 2006, 139 = NZM 2007, 54); OLG Naumburg (9 U 3/04), NZM 2004, 825 (826); OLG Naumburg (9 U 108/04), unveröffentlicht (Vorinstanz zu BGH, NJW 2007, 1817 = NZM 2007, 445).

²⁴ Beachte zudem OLG Köln, OLGR 2005, 697; LG Nürnberg-Fürth, GuT 2006, 13.

²⁵ Klarstellend OLG Dresden, ZMR 2005, 41 (42).

²⁶ So OLG Naumburg, NZM 2004, 825 (826).

²⁷ In diesem Sinne OLG Dresden, NZM 2004, 826 (829): Die Form sei gewahrt, wenn bereits im Mietvertrag das Abfassen eines Übergabeprotokolls vorgesehen war und ein solches sodann tatsächlich errichtet wird. Heilung wurde verneint im Fall OLG Dresden, ZMR 2005, 41 (42).

²⁸ BGH, NJW 2006, 139 = NZM 2006, 54; BGH, NJW 2007, 1817 = NZM 2007, 445; BGH, NJW 2007, 3273 = NZM 2007, 443. Angesichts dessen hat das OLG Naumburg, NJ 2008, 32 = jurisPR-MietR 4/2008 Nr. 6 (*Ingendoh*), seine gegenteilige Ansicht inzwischen aufgegeben. Dem BGH folgend auch KG, NZM 2007, 517 und NZM 2007, 731 (732).

²⁹ BGH, NJW 2006, 139 (140) = NZM 2006, 54.

doch ausgeblieben ist.³⁰ Der BGH macht dabei keinen Hehl aus seinem Bestreben, die Vermietung vom Reißbrett, die nach seiner Auffassung „aus wirtschaftlichen Gründen nicht verzichtbar“ ist, keinesfalls über Gebühr erschweren zu wollen.³¹

Was die dogmatische Begründung angeht, beschränkt sich der Senat in der ersten seiner drei Entscheidungen³² zu übergabeabhängigen Laufzeitklauseln auf die These, dass für § 550 BGB nicht Bestimmtheit, sondern Bestimmbarkeit genüge, und untermauert dies durch – etwas wahllos anmutende – Verweise auf die Rechtslage bei der Zession künftiger Forderungen, beim Vertrag zugunsten Dritter und im Stellvertretungsrecht. Wird der maßgebliche künftige Zeitpunkt im Erstvertrag zwar nicht festgelegt, aber klar beschrieben („mit der Übergabe der Mieträume“), so genüge dies, weil infolgedessen der Beginn des Mietverhältnisses eindeutig feststehe – freilich erst nach erfolgter Übergabe.³³

Während sich die zweite Entscheidung ohne eigenständige Begründung an die erste anlehnt,³⁴ bemüht sich der Senat im dritten Fall um eine Ergänzung und Präzisierung seines Standpunkts.³⁵ Ob eine Urkunde die Schriftform wahrt oder nicht, sei grundsätzlich ex ante, also aus der Sicht des Zeitpunktes ihrer Errichtung zu beurteilen. Spätere tatsächliche Geschehnisse (bis hin zur Vernichtung der Urkunde) könnten die Wahrung der Form nicht mehr in Frage stellen. Abweichendes gelte zwar für nachträgliche, nicht formwahrend getroffene Änderungsvereinbarungen; die nach dem Willen der Parteien zu protokollierende spätere Übergabe des Mietobjekts stelle aber keine den Ursprungsvertrag abändernde Vereinbarung dar, etwa dergestalt, dass die Mietzeit nunmehr abweichend von der ursprünglichen Bestimmung kalendarisch festgelegt werden sollte. Vielmehr verwirkliche sich mit der Übergabe nur dasjenige tatsächliche Ereignis, das nach dem Ursprungsvertrag den Mietbeginn auslösen sollte. Keine abweichende Beurteilung erfordere schließlich der Umstand, dass § 550 BGB anerkanntermaßen einen gemäß § 566 BGB in das Mietverhältnis eintretenden späteren Grundstückserwerber schützen soll: Es gebe ohnehin zahlreiche Fallgestaltungen, in denen § 550 BGB seinen Zweck, dem Erwerber Klarheit über die Bedingungen (also auch das Laufzeitende) des Mietvertrages zu verschaffen, nicht umfassend gewährleisten könne; dann genüge es, wenn der Erwerber durch die der Urkunde zu entnehmenden Informationen hinreichend gewarnt sei und sich demgemäß bei dem Verkäufer oder dem Mieter erkundigen könne.

³⁰ BGH, NJW 2007, 3273 (3274) = NZM 2007, 443 (444).

³¹ Deutlich BGH, NJW 2006, 139 (140) = NZM 2006, 54 und BGH, NJW 2007, 3273 (3274) = NZM 2007, 443 (444).

³² BGH, NJW 2006, 139 (140) = NZM 2006, 54.

³³ Zutreffend Voß, ZfIR 2006, 44 (45): „überraschend kurze Begründung“.

³⁴ BGH, NJW 2007, 1817 = NZM 2007, 445 (446).

³⁵ BGH, NJW 2007, 3273 (3274 f.) = NZM 2007, 443 (444 f.).

Im Schrifttum hat die strenge Linie der erwähnten Instanzgerichte überwiegend Kritik,³⁶ die Validierung übergabeabhängiger Laufzeitklauseln durch den BGH hingegen überwiegend Zustimmung erfahren;³⁷ dem BGH wurde gar bescheinigt, damit die Vermietung vom Reißbrett gerettet zu haben.³⁸

3. Kritik

Berücksichtigt man, dass der BGH üblicherweise geradezu gebetsmühlenartig betont, alle wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer (!) und Parteien des Mietverhältnisses – müssten sich „aus der Vertragsurkunde ergeben“,³⁹ so kommt man kaum umhin, seine neuere Rechtsprechung zu übergabeabhängigen Laufzeitklauseln als (weitere⁴⁰) richterliche Reduktion des Formgebots oder eben – wie im Titel dieses Beitrag angedeutet – als Zerreißprobe für § 550 BGB zu begreifen. Bei näherer Betrachtung ergeben sich erhebliche Bedenken gegen diese Rechtsprechung, und zwar sowohl in der Sache als auch in methodischer Hinsicht.

Zunächst zum Sachanliegen des BGH: Auch wer aufgeschlossen gegenüber der These ist, der Abschluss von Zeitmietverträgen bereits im Planungsstadium sei ökonomisch schlechterdings unverzichtbar und solle nicht durch übertriebene Formstrenge zunichte gemacht werden,⁴¹ wird in Zweifel ziehen, dass die vom BGH zulasten eines späteren Erwerbers in Kauf genommene Einbuße an Klarheit bezüglich des Vermietungsstatus wirklich unumgänglich ist, um die Möglichkeit einer Vermietung vom Reißbrett sicherzustellen. Dies zeigt sich schon daran, dass die Parteien den Fristbeginn eben nicht erst, wie in gängigen Klauseln vorgesehen, an die Fertigstellung oder die Übergabe, sondern ebenso gut – und perfekt bestimmt – bereits an den Vertragsschluss knüpfen können: Was spricht dagegen, bei einem geschätzten Vorlauf von beispielsweise drei Jahren eine Laufzeit von achtzehn

³⁶ Siehe *Alfes*, IBR 2005, 405; *Schede/Rösch*, NZM 2005, 447 ff.; *Durst/Weber*, ZMR 2005, 760 ff. Wie das OLG Dresden (Formmangel mit Heilungsmöglichkeit) aber etwa *Schmid*, in: ders., *Kompaktkommentar Mietrecht*, 2006, § 550 Rdnr. 37.

³⁷ Siehe *Alfes*, IBR 2006, 116; *Boettcher/Menzel*, NZM 2006, 286 f.; *Bub*, in: *Klauseln zum Mietvertrag im Lichte der Rechtsprechung* (PiG Bd. 75), 2006, S. 200 (201 f.); *Eisenschmid* (Fn. 14), § 535 Rdnr. 8, und *ders.*, in: *Börstinghaus/Eisenschmid*, *MietPrax-AK*, § 550 Nr. 15; *Emmerich* (Fn. 10), § 550 Rdnr. 24 a. E.; *Fritz*, *jurisPR-MietR* 5/2006 Nr. 4; *Grothmann*, *ZfIR* 2007, 675; *Hildebrandt*, ZMR 2007, 588 (589); *Ingendoh*, BTR 2006, 31 f.; *Lammel* (Fn. 17), § 550 Rdn. 33; *Lindner-Figura*, NZM 2007, 705 (707) und in *FS Blank*, 2006, S. 301 (305); *Schultz*, *FS Bub*, 2007, S. 377 (394 f.); *Timme/Hülk*, *NJW* 2007, 3313 (3314); *Voß*, *ZfIR* 2006, 44.

³⁸ Plakat *Wichert*, *Info M* 2005, 303.

³⁹ Vgl. aus der neueren Rechtsprechung nur BGH, *NJW* 2006, 139 (140) = NZM 2006, 54; BGH, *NJW* 2007, 3202 (3203) = NZM 2007, 730; BGH, *NJW* 2008, 365 f. = NZM 2008, 84 f.

⁴⁰ Näher zur Interpretationsgeschichte von § 550 BGB (§ 566 BGB a. F.) als Geschichte zunehmender „Auflockerung“ etwa *Schultz*, *FS Bub*, S. 377 (378 ff.).

⁴¹ Weniger nachgiebig etwa *Münch*, *JZ* 2000, 210 (211): „Der Normadressat muß sich der Formvorgabe beugen und nicht umgekehrt herum.“

Jahren ab Vertragsschluss statt von fünfzehn Jahren ab Übergabe zu vereinbaren?⁴²

Davon abgesehen, greift die Argumentation des BGH zu kurz, wenn behauptet wird, zumindest im Rahmen einer ex-post-Betrachtung – also nach Fertigstellung bzw. Übergabe – sei völlige Bestimmtheit gegeben und damit eine exakte Information eines Erwerbers über das Laufzeitende sichergestellt. Bedenken erfahrener Praktiker deuten eher auf das Gegenteil hin: Nicht selten ist der Zeitpunkt der abnahmereifen Fertigstellung des Mietvertrags zwischen den Parteien höchst streitig, und selbst wenn der Mieter das Mietobjekt irgendwann bezogen hat, so kann es durchaus sein, dass es dazu nach seiner Auffassung eben nur zum Zwecke der gebotenen Schadensminderung gekommen ist.⁴³ Die Folgen der vom BGH intendierten Entlastung der Mietvertragsparteien hat letztlich der Vermieter zu tragen, wenn er das Mietobjekt veräußern will: Denn entweder wird er angesichts des unklaren Vermietungsstatus überhaupt keinen Erwerbsinteressenten finden, oder dieser wird ihm vertragliche Garantien hinsichtlich des Vermietungsstatus abverlangen, die den Verkauf weniger lukrativ machen.⁴⁴

Was sodann die methodische Beurteilung der neuen BGH-Rechtsprechung zu übergabeabhängigen Laufzeitklauseln angeht: Diese erweist sich nicht etwa als teleologische Reduktion im Sinne anerkannter Regeln juristischer Methodenlehre, sondern läuft eher im Gegenteil darauf hinaus, die Anforderungen des § 550 S. 1 BGB gerade entgegen dessen Telos herabzusetzen.⁴⁵ Geht es nämlich dem Gesetzgeber bei dem Formzwang anerkanntermaßen zumindest in erster Linie um das Informationsinteresse eines späteren Erwerbers des Mietobjekts,⁴⁶ so sollte außer Frage stehen, dass diesem Ziel mit Bestimmtheit der Urkunde besser als mit einer wie auch immer gearteten Bestimmbarkeit gedient ist. In diesem Zusammenhang erscheint es, gelinde formuliert, einigermaßen irritierend, wenn der BGH darauf verweist, § 550 BGB könne den Erwerberschutz ohnehin nicht

⁴² Selbstverständlich ist stets peinlich darauf zu achten, wenigstens den Termin des Vertragsschlusses ohne weiteres ermitteln zu können; wird selbst dies versäumt, drohen unnötige Probleme wie im Fall KG, NZM 2007, 731 (733). Näher zu den damit verbundenen Fragen *Lindner-Figura*, NZM 2007, 705 (711) und in FS Blank, S. 301 (313 ff.).

⁴³ Darauf verweisen *Leo*, NZM 2005, 688 (690), und *Meyer-Harport*, NJ 2006, 529 (531). Beachte zur Illustration dieser These etwa KG, NZM 2007, 731 (732).

⁴⁴ Darauf verweist *Meyer-Harport*, NJ 2006, 176 (177).

⁴⁵ Gleiches gilt zwar für die gesamte sog. Auflockerungs-Rechtsprechung (vgl. oben Fn. 40), deren Berechtigung hier nicht diskutiert werden soll. Wichtiger ist in unserem Zusammenhang: Es gibt keinen sicheren Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber diese Rechtsprechung anlässlich der Mietrechtsreform in seinen Willen aufgenommen hätte, und allemal findet sich im Gesetz keine Grundlage für weitere „Auflockerungen“.

⁴⁶ Vgl. aus neuerer Zeit nur BGH, NJW 2007, 1742 (1743) = NZM 2007, 399: „§ 550 BGB, der im Wesentlichen unverändert § 566 BGB a. F. entspricht, verfolgt vor allem den Zweck, es dem Grundstückserwerber, der in einen bestehenden Mietvertrag eintritt, zu erleichtern, sich über den Umfang der auf ihn übergehenden Bindungen zu unterrichten (BGHZ 136, 357, 370; BGHZ 52, 25, 28). Hauptzweck des Schriftformerfordernisses (neben Warn- und Beweisfunktion) ist also der Schutz des Informationsinteresses eines potentiellen Grundstückserwerbers (...).“

umfassend sichern: Wenn jede Gesetzesnorm, die sich im einen oder anderen Sonderfall als vollzugsdefizitär darstellt, von den Gerichten schon deshalb auch im Übrigen weiter reduziert werden dürfte, so wäre es schlecht um unser Recht bestellt.

4. Konsequenzen

Um dem Formproblem bei der Vermietung vom Reißbrett zu entgehen, wird im Schrifttum empfohlen, sich zunächst auf den Abschluss eines Vorvertrags zu beschränken.⁴⁷ In der Tat hat der BGH unlängst in Fortführung seiner älteren Rechtsprechung bestätigt, dass Vorverträge nicht den Anforderungen des § 550 S. 1 BGB unterfallen.⁴⁸ Freilich mag man zweifeln, ob diese denkbar knapp begründete Entscheidung das letzte Wort zu dieser Frage bleiben wird; denn obwohl das Ergebnis manches für sich hat, steht es kaum in Einklang mit der ansonsten (fragwürdigerweise) vom BGH vertretenen Auffassung, die Formvorgabe diene in zweiter Linie auch dem Übereilungsschutz und der Beweissicherung.⁴⁹ Im Übrigen wäre zu klären, ob bloße Vorverträge aus Vermietersicht überhaupt ausreichen, um die Projektfinanzierung zu realisieren.⁵⁰

Sucht man nach weiteren Auswegen, so ist daran zu erinnern, dass von vornherein jedes Risiko im Hinblick auf § 550 S. 1 BGB vermieden wird, wenn die Vertragslaufzeit bereits ab dem Mietvertragsschluss läuft. Wer dies, aus welchen Gründen auch immer, für nicht praktikabel hält, sollte sich nach hier vertretener Auffassung – entgegen dem BGH – nicht etwa damit begnügen, im Mietvertrag auf den künftigen Übergabezeitpunkt zu verweisen. Nimmt man § 550 S. 1 BGB nämlich hinreichend ernst, so darf man sich mit Bestimmbarkeit eben nur solange zufrieden geben, wie die eigentlich gebotene Bestimmtheit nicht zu bewerkstelligen ist. Demnach obliegt es den Vertragsparteien, unverzüglich einen seinerseits den Anforderungen des gesetzlichen Formzwangs genügender Nachtrag zu erstellen, sobald der Termin des für den Laufzeitbeginn maßgeblichen Ereignisses feststeht.⁵¹ Konstruktiv kommen zwei Ansätze in Betracht, um dieses Ergebnis im Falle der Vermietung vom Reißbrett zu begründen:

Zum einen könnte man § 550 S. 1 BGB in der Tat so verstehen, dass Bestimmbarkeit genügt, wenn und solange sich Bestimmtheit nicht herbeiführen lässt.⁵² Der Vertrag wäre damit von vornherein als Zeitmietvertrag verbindlich. Entgegen der Auffassung

⁴⁷ Dafür *Leo*, NZM 2005, 688 (690); vgl. auch *Blank* (Fn. 10), vor § 535 Rdnr. 104.

⁴⁸ BGH, NJW 2007, 1817 = NZM 2007, 445 (446).

⁴⁹ Näher dazu *Eckert*, ZfIR 2007, 666 m. Nachw. zum Streitstand.

⁵⁰ Vgl. bereits oben II.

⁵¹ Dass ein solcher Nachtrag allemal sinnvoll ist, betont auch BGH, NJW 2007, 3273 (3274) = NZM 2007, 443 (444), und dürfte im Übrigen unstrittig sein; vgl. nur *Fritz*, NJW 2007, 887 (888); *Kurek*, MietRB 2007, 223 (224); *Leo*, NZM 2005, 688 (690); *Schultz*, FS Bub, S. 377 (395).

⁵² In diesem Sinne wohl auch *Lammel* (Fn. 17), § 550 Rdn. 33 a. E.: „ein nicht vorhandener Vertragsinhalt bedarf logischerweise nicht der Form“.

des BGH, dass ein den Übergabezeitpunkt konkretisierender Nachtrag entbehrlich sei,⁵³ ist sodann aber zu betonen, dass in Fällen, in denen die Rechtsordnung den Parteien etwas derzeit Unmögliches nicht abverlangt, damit noch lange nicht gesagt ist, dass auch keine Pflicht zum Aktivwerden besteht, sobald die Umstände dies zulassen. Demgemäß würde der Vertrag, weil das Bestimmtheitsgebot nur kraft Einsicht in das vorübergehend Unumgängliche dispensiert, aber nicht aufgehoben ist, im Nachhinein doch noch formdefizitär und damit ordentlich kündbar, wenn die möglich gewordene Terminierung nicht unverzüglich durch eine formgerechte Nachtragsvereinbarung zum Vertragsinhalt gemacht wird.

Zum anderen könnte man § 550 S. 1 BGB dahingehend lesen, dass der Verweis auf den künftigen Übergabezeitpunkt die Form nicht wahrt, dass es den Parteien aber kraft § 242 BGB verwehrt sein muss, sich auf den Formmangel zu berufen, solange eine genauere Angabe eben noch nicht möglich ist. Die Bestimmung im Rahmen einer formgerechten Nachtragsvereinbarung wäre ausgehend von dieser Konstruktion als Fall der Heilung des anfänglichen Formmangels zu begreifen. Ebendiesen Weg beschreitet im Übrigen auch der BGH in Fällen der Vermietung vom Reißbrett, wenn die zunächst unzureichende Identifizierung des Mietobjekts erst nachträglich herbeigefügt wird.⁵⁴

Unabhängig davon, welcher der beiden Konstruktionen man den Vorzug gibt, sollte die Pflicht, am Erstellen eines formwahrenden Nachtrags mitzuwirken, bereits im Erstvertrag ausdrücklich vorgesehen werden.⁵⁵ Im Übrigen wird man es einer Partei, die sich dieser Mitwirkung verweigert, nicht zugestehen, sich auf den Formmangel zu berufen.

5. Ausblick: Auswege de lege ferenda

Wenngleich bereits der Regierungsentwurf zur Mietrechtsreform angekündigt hatte, im Rahmen einer noch ausstehenden Gesamtnovellierung der gesetzlichen Formvorschriften auch § 550 BGB einer Revision unterziehen zu wollen,⁵⁶ erscheint es wenig wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber in absehbarer Zeit den Knoten durchschlägt und § 550 BGB streicht: Denn es bliebe bei dem hinter dieser Norm

⁵³ BGH, NJW 2007, 3273 (3274) = NZM 2007, 443 (444).

⁵⁴ Siehe BGH, NJW 2007, 3273 (3275) = NZM 2007, 443 (445); zu diesem Aspekt *Grothmann*, ZfIR 2007, 675 (676).

⁵⁵ Ebenso *Fritz*, NJW 2007, 887 (888); *Leo*, NZM 2005, 688 (690); skeptisch *Alfes*, IBR 2005, 405 (dies werde die finanzierende Bank kaum beeindruckt). – Damit nicht zu verwechseln sind die beiden Fragen, ob sich aus einer allgemein gehaltenen salvatorischen Klausel ein Anspruch auf Nachholung versäumter Formwahrung ergibt (verneinend BGH, NJW 2007, 3202 [3203 f.] = NZM 2007, 730 f.) oder ob zumindest in Gewerberaummietverträgen sog. Schriftformheilungsklauseln in Betracht kommen, die zur Formwahrung im Falle anfänglich nicht erkannter Formmängel verpflichten (bejahend *Leo*, NZM 2006, 815). Beachte dazu auch *Lindner-Figura*, NZM 2007, 705 (713) und in FS Blank, S. 301 (319 f.); *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313 (3316 f.).

⁵⁶ BT-Drucks. 14/4553, S. 47 = *Grundmann*, Mietrechtsreformgesetz, 2001, S. 101.

stehenden Sachproblem, wie sich die Existenz eines Zeitmietvertrags klären und nötigenfalls beweisen lässt. Sinnvoll wäre der Verzicht auf das Schriftformgebot also nur, wenn ein praktikableres und weniger streitanfälliges Funktionsäquivalent bereitstünde. Dabei sollte man sich vergegenwärtigen, dass die Formvorschrift für Zeitmietverträge überhaupt nur geschaffen wurde, weil diese wegen des Prinzips „Kauf bricht nicht Miete“ (heute: § 566 BGB) ähnlich einer dinglichen Grundstücksbelastung wirken, man sich aber gleichwohl nicht dazu entschließen konnte, Immobiliarmietverträge für grundbuchfähig zu erklären.⁵⁷ Nachdem heute moderne Datenverarbeitungstechnologie zur Verfügung steht,⁵⁸ wäre zu prüfen, ob nunmehr eine entsprechende Erweiterung des Grundbuchs mit vertretbarem Aufwand in Betracht kommt. Man sollte diese Option nicht vorschnell ausschließen; allerdings lässt es gerade das Phänomen der Vermietung von Reißbrett zweifelhaft erscheinen, ob man damit alle Probleme in den Griff bekommen wird.

Eine weitere Option bestünde darin, im Grundsatz zwar an § 550 BGB festzuhalten, das Recht zur ordentlichen Kündigung im Falle eines Formmangels aber nur zugunsten des Erwerbers des Mietobjekts, nicht jedoch zugunsten einer der ursprünglichen Mietvertragsparteien zu eröffnen. Dass auch damit die gegenwärtige Prozessflut einzudämmen wäre, zeigt sich schon daran, dass es in der großen Mehrzahl der Fälle, in denen trotz Zeitmietvereinbarung über die Möglichkeit ordentlicher Kündigung gestritten wird, überhaupt nicht zu einer Veräußerung des Mietobjekts gekommen war, sondern dass nur eine der Parteien das aus irgendwelchen Gründen missliebige Mietverhältnis verlassen will und den Formmangel als Fluchttür missbraucht.⁵⁹ Eine Neuinterpretation von § 550 BGB dahingehend, dass der nicht formwahrende Zeitmietvertrag nur zugunsten eines Erwerbers als ordentlich kündbar gilt, würde zwar den Erwerberschutz als eigentlichen Normzweck beherzigen,⁶⁰ wäre nach Lage der Dinge aber wohl nur auf der Grundlage einer entsprechenden Intervention des Gesetzgebers statthaft.

IV. Exkurs: AGB-rechtliche Bedenken

Auch wer dem BGH, entgegen der hier vertretenen Ansicht, in der Formfrage folgen möchte, sollte sich vor dem Schluss hüten, durch diese Rechtsprechung sei die in Rede stehende Vertragsgestaltung gewissermaßen höchstrichterlich abgesegnet.

⁵⁷ Näher *Wieling*, GS Sonnenschein, 2003, S. 201 ff.

⁵⁸ Einführend zum sog. elektronischen Grundbuch etwa *Weirich*, Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2006, Rdnrn. 486 ff.

⁵⁹ Anschaulich dazu und zu den Folgeproblemen aus neuerer Zeit etwa OLG Rostock, NZM 2007, 733.

⁶⁰ Eine Neuorientierung ausgehend vom Normziel Erwerberschutz fordert auch *Schultz*, FS Bub, S. 377 (402). In dieselbe Richtung, unter Besinnung auf den Normzweck auszuschließen, dass § 550 BGB als allgemeines Reurecht missbraucht wird, geht der Vorschlag, im Falle eines formdefizitären Änderungsvertrags nur diesen, nicht jedoch den Erstvertrag für ordentlich kündbar zu halten; dazu *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, S. 229 ff.

Vielmehr ist der BGH auf die damit verbundenen AGB-rechtlichen Probleme bislang noch überhaupt nicht eingegangen.⁶¹

Die Frage lautet, ob die typischerweise entweder fehlende oder ausdrücklich als unverbindlich bezeichnete Benennung des laufzeitrelevanten Fertigstellungs- bzw. Übergabetermins den Anforderungen von §§ 307 ff. BGB genügt, sofern die fragliche Klausel – wie üblich – nicht etwa individualvertraglich vereinbart, sondern in einem vom Vermieter gestellten Klauselwerk enthalten ist.⁶² Die Anwendungsbereiche des Formproblems einerseits und des AGB-rechtlichen Problems andererseits weisen zwar eine große Schnittmenge auf, sind aber nicht völlig deckungsgleich: § 550 BGB erfasst, anders als §§ 307 ff. BGB, nur Zeitmietverträge, §§ 307 ff. hingegen betreffen, anders als § 550 BGB, nur Formularmietverträge.

Maßstab für die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle ist im Wohnraummietrecht § 308 Nr. 1 BGB, der eindeutig bestimmte Fälligkeitsfristen hinsichtlich der Leistung des Verwenders erfordert; im Gewerberaummietrecht bleibt es wegen § 310 I S. 1 BGB bei der Kontrolle anhand der Generalklausel des § 307 I, II BGB, wobei die Wertung des § 308 Nr. 1 BGB vermittelt durch § 310 I S. 2 BGB heranzuziehen ist. Die bisherigen Stellungnahmen zur Problematik gehen davon aus, dass schon an diesen Bestimmungen der Versuch des Vermieters scheitern muss, den maßgeblichen Leistungszeitpunkt im Falle der Vermietung vom Reißbrett zunächst entweder völlig offen zu lassen oder nur unverbindlich anzugeben.⁶³ Voreilig erscheint es allerdings, aus der Unwirksamkeit einer solchen Klausel gemäß § 306 I BGB auf die Geltung von § 271 BGB und sodann wiederum darauf zu schließen, dass der Mieter den Mietvertrag schon kurz nach Vertragsschluss gemäß § 543 I, II S. 1 Nr. 1 BGB aufkündigen darf;⁶⁴ denn dem Kündigungsrecht des Mieters, der weiß, dass er ein noch zu erstellendes Mietobjekt anmietet, dürften bereits §§ 543 IV S. 1, 536b S. 1 BGB entgegenstehen. Vielmehr werden das Kündigungsrecht bzw. eine verzugsbedingte Haftung des Vermieters erst begründet, wenn das Objekt später

⁶¹ Das AGB-Recht ist laut *Boettcher/Menzel*, NZM 2006, 286 (288 f.), das eigentliche und vom BGH nicht präjudizierte Problem übergabeabhängiger Laufzeiten; beachte auch die Hinweise bei *Wichert*, Info M 2005, 303, und *Kurek*, MietRB 2007, 223 (224). Vorschnell etwa *Alfes*, IBR 2006, 116: „Die bislang gehandhabte Praxis der Projektentwickler kann mithin auch zukünftig beibehalten werden!“

⁶² Angesichts der restriktiven Interpretation von § 305 I S. 3 BGB spielen Individualvereinbarungen in der Praxis eine geringe Rolle und sollen hier nicht näher erörtert werden. Vgl. die Hinweise von *Boettcher/Menzel*, NZM 2006, 286 (289). Zu weit geht der offenbar auf § 310 III Nr. 2 BGB anspielende Hinweis von *Fritz*, jurisPR-MietR 5/2006 Nr. 4, nach der Schuldrechtsreform unterlägen auch individuell ausgehandelte preis- und leistungsbestimmende Klauseln der AGB-Kontrolle.

⁶³ Siehe *Blank* (Fn. 10), § 543 Rdnr. 9; *Boettcher/Menzel*, NZM 2006, 286 (288); *Eisenschmid* (Fn. 14), § 535 Rdnr. 8; *Fritz*, jurisPR-MietR 5/2006 Nr. 4; *Wichert*, Info M 2005, 303. – Dabei bleibt es, sofern kein verbindlicher Übergabetermin genannt wird, auch dann, wenn man die Vertragslaufzeit, um das Formproblem in den Griff zu bekommen, an den Vertragsschluss anknüpft.

⁶⁴ So aber *Boettcher/Menzel*, NZM 2006, 286 (288); *Blank* (Fn. 10), § 543 Rdnr. 9.

übergeben wird, als dies zu erwarten gewesen wäre.⁶⁵

Um §§ 308 Nr. 1, 307 BGB zu genügen, ist richtigerweise bereits im Mietvertrag ein Übergabetermin zu benennen.⁶⁶ Mit dieser Angabe hätte sich, wenn daran die Vertragslaufzeit anknüpfen soll, zugleich das Formproblem erledigt. Allerdings darf sich der Vermieter eine Verschiebung dieses Termins aus sachlichen, nicht in seiner Sphäre liegenden Gründen vorbehalten. Genügt eine solche Leistungsänderungsklausel den Vorgaben des § 308 Nr. 4 BGB, so begegnet sie bei hinreichend transparenter Gestaltung auch in Formularmietverträgen grundsätzlich keinen durchgreifenden Bedenken. Im Gegenzug muss dem Mieter ab einem gewissen Grad der Verzögerung aber ein Sonderkündigungsrecht zugestanden werden.⁶⁷

V. Resümee

Gerade mit Rücksicht auf das dargestellte Formproblem gilt es für die Einsicht zu werben, dass die von der (Beratungs-)Praxis oft beklagten Unwägbarkeiten durch immer neue richterliche „Auflockerungsübungen“ keineswegs überwunden, sondern stetig vergrößert werden.⁶⁸ Solange der Gesetzgeber an § 550 BGB festhält, ist eben nicht auf der sicheren Seite, wer sich im Vertrauen auf nachsichtige Richter immer neue Laxheiten erlaubt, sondern wer die Formvorgabe im Zweifel ernst nimmt. Und der Rechtsberater wird bei der Vermietung vom Reißbrett ohnehin daran denken, sich vorsorglich von der eigenen Haftung freizuzeichnen.⁶⁹

⁶⁵ Näher zur Verzugshaftung des Vermieters im Falle verspäteter Übergabe etwa *Emmerich* (Fn. 10), § 535 Rdnrn. 17 f. Anschaulich zu den Verzögerungsrisiken im Falle der Vermietung vom Reißbrett etwa *Leo*, MietRB 2006, 97.

⁶⁶ Für nicht erforderlich hat dies der BGH in NJW 2006, 139 (140) = NZM 2006, 54 wohlgermerkt nur mit Blick auf § 550 BGB erklärt.

⁶⁷ Eingehend zu diesem Aspekt *Hau* (Fn. 60), S. 341 ff.

⁶⁸ Mit gegenteiliger Tendenz plädiert für geringere Anforderungen aber etwa *Lindner-Figura*, NZM 2007, 705 (714) und in FS Blank, S. 301 (320 f.). Zumindest im Ausgangspunkt bezeichnen sich als „Anhänger eines strengen Schriftformerfordernisses“ hingegen etwa *Durst/Weber*, ZMR 2005, 760.

⁶⁹ Auf diese Praxis verweist *Leo*, NZM 2005, 688 (689); vgl. auch *Meyer-Harport*, NJ 2006, 176 (177 a. E.).