

Bedeutung der Mietrechtsreform für die gewerbliche Miete

1. Einleitung

Die gewerbliche Vermietung ist wirtschaftlich wahrlich nicht unbedeutend. Zu denken ist nicht nur an die Immobilienmiete; bewegliche Sachen - Kraftfahrzeuge, Maschinen - werden vielfach gemietet; das Leasing richtet sich im Kern nach Mietrecht. Gleichwohl spiegeln sich die Bedürfnisse der gewerblichen Miete in dem Entwurf und in der Begründung nicht wieder. Das Mietrechtsreformgesetz, das am 01.09.2001 in Kraft treten soll, konzentriert sich auf die Wohnraummiete. Die Chance, Missständen abzuwehren, wird mehrfach vertan, weil etliche Vorschriften, zumindest inhaltlicher Hinsicht, übernommen werden, ohne zu bedenken, ob sie sich in der Vergangenheit bewährt oder sich gar als besonders streitträchtig erwiesen haben. Die erstrebte Vereinfachung hätte es geboten, bei der Gesetzesnovellierung solche Themen aufzugreifen und Abhilfen zu überdenken. Auch löst sie mehrfach neue Streitfragen aus.

2. Schriftform für die Immobilienmiete

a) Aufgabe des gesetzlichen Formzwangs

Die in § 566 BGB normierte gesetzliche Schriftform und die Folgen des Formmangels sind derzeit ein Hauptkampfplatz des gewerblichen Mietrechts. Die veränderte Marktlage, die langfristige Bindungen zur Last werden lässt, führt zur Besinnung auf § 566 BGB, an denen sich Mieter gern erinnern, um vorzeitig aus dem Vertrag auszusteigen. Voelskow¹ bezeichnet § 566 BGB als „Verleitung zum Vertragsbruch“. Ob das Formerfordernis sinnvoll ist, erörtert die Begründung des Regierungsentwurfs nicht; Gedanken zum Normzweck fehlen gleichfalls. Eine grundsätzliche inhaltliche Änderung gegenüber der derzeitigen Rechtslage strebt der Entwurf nicht an; in der Begründung heißt es:²

„Absatz 1 entspricht im wesentlichen unverändert § 566 BGB.“

Die Referenten formulieren die Bestimmung, jetzt § 550 Abs. 1, in einer Weise, die das verbreitete Missverständnis derjenigen ausschließt, die nur § 566 Satz 1 BGB lesen und daraus folgern, der Mietvertrag sei mangels Einhaltung der gesetzlichen Schriftform unwirksam. Der Wortlaut des § 550 Abs. 1 E weicht indessen in bemerkenswerter Weise von § 566 Abs. 1 BGB ab, ebenso im übrigen die geänderte Fassung des § 585a BGB vom der bisherigen, denn der Satz, dass der Miet- oder Pachtvertrag der Schriftform bedürfe, fehlt in der Neufassung.

¹ GE 1999, 1620.

Somit stellt sich die Frage, ob sich die Novellierung in der sprachlichen Umgestaltung erschöpft oder eine inhaltliche Änderung bedeutet.

Die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform ist die Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit. §§ 125 und 126 Abs. 1 BGB greifen nur ein, wenn ein Gesetz die Schriftform für ein Rechtsgeschäft vorschreibt. Demgemäß fordern die §§ 81 Abs. 1 (Stiftung), 556 a Abs. 5, 585a, 564a Abs. 1 Satz 1, 594f, 761 (Leibrente), 766 (Bürgschaft), 780 und 781, 1154 Abs. 1 BGB, § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG ausdrücklich die Einhaltung der Schriftform; eine stärkere Form sehen §§ 313 Satz 1, 518, 2247 (Testament), 2276 (Erbvertrag) vor. In dieses System ist § 566 BGB insofern eingebunden, als Satz 1 den Formzwang normiert, Satz 2 jedoch als Ausnahme zu § 125 BGB nicht die Unwirksamkeit des Mietvertrags anordnet, sondern zur Vermeidung eines vertragslosen Zustandes eine mildere Sanktion - ordentlich kündbarer Vertrag auf unbestimmte Dauer - genügen lässt.

Die Neufassung des § 550 Abs. 1 E passt nicht mehr in dieses System. Im Gegensatz zu § 566 Satz 1 BGB schreibt § 550 Abs. 1 E die Schriftform nicht zwingend vor, sondern stellt den Vertragsparteien frei, in welcher Form sie ihren Vertrag schließen. Dies ist kein legislatorisches Redaktionsversehen. In der Begründung des Entwurfs schließt sich nämlich an den oben zitierten Satz folgender Passus an:

„ Anders als bisher ist in Satz 1 die Schriftform für Mietverträge über mehr als ein Jahr nicht mehr zwingend vorgeschrieben. Dies war entbehrlich, weil schon nach bisherigem Recht die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form nicht die sonst übliche Rechtsfolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 BGB) auslöste, sondern nur dazu führte, dass das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen galt. Insofern ist in Satz 1 nur der rechtlich erhebliche Tatbestand (Mietverhältnis für länger als ein Jahr ohne Beachtung der Schriftform) formuliert, an den wie bisher die besondere Rechtsfolge (Geltung für unbestimmte Zeit) geknüpft ist.“

Dies legt den Schluss nahe, dass die Neufassung, zumindest ihrem Wortlaut nach, nicht mehr die gesetzliche Schriftform vorschreibt.

Der Einwand, die vorgesehene Neuregelung gehe zumindest mittelbar von dem gesetzlichen Formbedürfnis aus, liegt nicht fern. Für ihn spricht, dass sie den Parteien die von ihnen erstrebte Rechtsfolge - die langfristige vertragliche Bindung - verwehre, indem sie den Vertrag auf unbestimmte Dauer gelten lasse. Dieser Rückschluss von der Rechtsfolge auf das Formerfordernis mag im Rahmen des § 125 BGB angezeigt sein, weil das Gesetz bei Nichtbefolgung der Schriftform die Nichtigkeit des Geschäfts, also das völlige Verfehlen des

² Begründung des Referentenentwurfs, NZM 2000, 415, 435.

erstrebten Vertragsziels, anordnet. Da sich diese typische Verknüpfung von Formmangel und Unwirksamkeit des Geschäfts der Neuregelung gerade nicht entnehmen lässt., zwingt sie nicht dazu, aus der Kündbarkeit des Vertrages das gesetzliche Formerfordernis herzuleiten.

Ist die Schriftform nicht mehr gesetzlich geboten, so gilt nicht mehr § 126 Abs. 1 BGB; die Parteien befolgten eine gewillkürte Form. Die Auswirkungen werden erheblich sein. Dies eröffnet den Weg zu abgeschwächten Anforderungen an die Schriftform. Nach § 127 Satz 1 BGB greift § 126 BGB mit seinen strengen Anforderungen an die einheitliche Urkunde nur im Zweifel ein. Jedenfalls genügen ein Schriftwechsel sowie gem. § 127 Satz 2 BGB telegraphische Übermittlung bzw. Übermittlung der Unterschrift per Telefax. Ist die Schriftform nicht mehr gesetzlich vorgeschrieben, so wird der im Justizministerium erarbeitete Entwurf eines „Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsverkehr“³ mit Einführung einer elektronischen Form, die nicht die Einheitlichkeit der Urkunde voraussetzt, eine weitere Auflockerung mit sich bringen.

Gegen die in § 127 Satz 1 BGB angesprochenen Vermutung, „im Zweifel“ gelte § 126 BGB, spricht schon, dass § 550 Abs. 1 E entgegen § 125 BGB nicht die Unwirksamkeit des Geschäfts anordnet; wegen der unterschiedlichen Rechtsfolge erübrigt es sich, die Anforderungen an die Schriftform an § 126 BGB auszurichten. Hilfreich ist der Gesichtspunkt, auf den der Bundesgerichtshof sein Urteil vom 16.02.2000 stützte:⁴ Legen die Parteien ihre Erklärungen schriftlich nieder, so ist die befolgte Form, auch wenn sie nicht den Anforderungen des § 126 BGB genügt, diejenige, die sie vereinbart haben. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist dem nachträglichen Verhalten der Parteien zu entnehmen, dass sie unter der als konstitutiv vereinbarten Schriftform nur diejenige Form verstanden, die sie anschließend durch die Vertragsunterzeichnung verwirklicht haben. Mit dieser Argumentation werden die Probleme gegenstandslos, die das Erfordernis der einheitlichen Urkunde - Anlagen, lose Blätter und dergl. - bereitet. Haben sie Vertragsparteien das, was sie erklären wollten, schriftlich niedergelegt, so ist die gewillkürte Form befolgt. Der Vertragsschluss durch Briefwechsel wahrt die Form.⁵ Der Fall, mit dem der BGH am 18.10.2000 befasst war,⁶ wäre anders zu entscheiden, denn ein Schriftwechsel genügt der gewillkürten Form.

Aus dem Normzweck folgt nicht die Notwendigkeit, die Schriftform als die gesetzlich gebotene Form beizubehalten. Dient sie den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers folgend dem

³ NZM 2000, 1217.

⁴ NZM 2000, 548.

⁵ Gem. § 126 BGB nicht: dazu BGHZ 94, 54 = NJW 1987, 948; BGH NJW 2001, 221 = NZM 2001, 42.

⁶ NJW 2001, 221 = NZM 2001, 42.

Schutz des Grundstückserwerbers,⁷ so ist dessen zuverlässige Unterrichtung über den Vertragsinhalt gesichert, wenn die Vertragsparteien den Vertragsinhalt zutreffend und vollständig schriftlich niederlegen, ob sie hierbei den Anforderungen des § 126 BGB genügen, ist ohne Bedeutung. Der Erwerber wird nicht langfristig gebunden, wenn die Vertragsparteien die schriftliche Fixierung des Vertragsinhalts versäumten. Seinen Belangen ist somit mit der vorgesehenen Neufassung hinreichend gedient. Seinen ursprünglichen Normzweck hat § 566 BGB ohnehin von Beginn an verfehlt, weil die Vorschrift nicht nur ihm, sondern den eigentlichen Vertragsparteien die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses ermöglichte. Auch die Warn- und Beweisfunktion, die die neuere Rechtsprechung⁸ und die Literatur⁹ dem Schriftformerfordernis wegen der wirtschaftliche Tragweite von Verträgen über Immobilien beimessen, erfordern es nicht, die Schriftform als gesetzliche mit den strengen Voraussetzungen des § 126 BGB auszugestalten. Der Schutz vor Übereilung wird erreicht, wenn die Parteien die maßgeblichen Willenserklärungen schriftlich fixieren; hierbei kann es nicht darauf ankommen, ob sie den maßgeblichen Vertragsinhalt in einer körperlich einheitlichen Urkunde erfassen.¹⁰ Die Beweisfunktion wird mit der schriftlichen Niederlegung des Vertragsinhaltes, ob gesetzlich angeordnet oder aufgrund Parteivereinbarung, erfüllt.

Trotz reduzierter Anforderungen an die Schriftform werden weiterhin die Fälle Zweifel aufwerfen, in denen der wesentliche Vertragsinhalt nicht aus dem schriftlich niedergelegten Vertragswerk hervorgeht. Insofern wird die unzureichende Bezeichnung des Mietobjekts weiterhin Probleme bereiten,¹¹ obwohl im Zweifel die Parteien mit der von ihnen gewählten Umschreibung ihre Anforderungen an die Form erfüllen. Kaum heilbar werden widersprüchliche Formulierungen zur Vertragsdauer,¹² bei Personenmehrheit auf einer Vertragsseite die fehlende Unterschrift einer Partei¹³ sowie Zusagen und Zusicherungen zur Beschaffenheit der Mieträume relevant bleiben.

Die Neuregelung wird die Diskussion auslösen, ob die Abschaffung der gesetzlichen Schriftform - gewollt oder ungewollt - sinnvoll und geeignet ist, jedenfalls die schlimmsten

⁷ BGHZ 52, 25, 28 = NJW 1969, 1063; noch das BGH-Urt. v. 24. 6. 1987, NJW-RR 1887, 1227, nennt als Normzweck nur den Schutz des Erwerbers; dazu eingehend Michalski WM 1998, 1993.

⁸ BGHZ 81, 46 = NJW 1981, 2246; BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 25; BGH NJW 1998, 2664; BGH NZM 2000, 907.

⁹ Heile in Bub/Treier, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiere, 3. Aufl., 1999, II Rz. 727; Erman/Jendrek, BGB, 10. Aufl., 2000, § 566 Rz. 2; Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., 1988, I Rz. 9; Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Bearb., 1995, § 566 Rz. 4; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., 2000, Rz. 94; Heile NJW 1991, 6, 11; Michalski WM 1998, 1993, 1095; Schlemminger NJW 1992, 2249, 2252; a.A. Voelskow in MünchKomm-BGB, 3. Aufl., 1995, § 566 Rz. 4.

¹⁰ vgl. BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 25.

¹¹ BGH NZM 1999, 763; BGH NJW 1999, 2591 = NZM 1999, 761; BGH NJW 1999, 3257 = NZM 1999, 962.

¹² OLG Köln ZMR 1999, 760; OLG Rostock ZMR 2001, 27.

Auswüchse der derzeitigen Rechtslage zu vermeiden. Ein präziser Gesetzestext und einige erläuternde Sätze in der Begründung des Entwurfs hätte das Problem in der einen oder anderen Richtung entschärft oder vermieden.

b) Frühester Kündigungstermin

Die Mindestzeit vor, nach deren Ablauf das Mietverhältnis gekündigt werden kann, ist umstritten. Sie beginnt jedenfalls beim nicht vollzogenen Mietverhältnis mit Vertragsschluss.¹⁴ Allerdings deutet der Bundesgerichtshof an, dass beim vollzogenen Mietvertrag die Übergabe von Bedeutung sein könne.¹⁵ Indessen ist kaum zu begründen, wieso die Frist nach Übergabe um die vorangegangene Zeitspanne verlängert werden soll. Sieht man jedoch § 566 BGB im Kontext zu § 571 BGB, der ausdrücklich auf die Überlassung des Mietobjekts abstellt, so spricht dies dafür, dass der Vertrag erst zum Ablauf der ersten Jahres nach Überlassung kündbar ist. Diesen Gedanken greift der Entwurf auf, entscheidet sich für die Kündigungsmöglichkeit erst zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung vor. Bei Vermietung vom Reißbrett ist dies unbefriedigend, weil die Vertragspartei trotz der grundsätzlichen ordentlichen Kündbarkeit des Vertrages bedeutend länger als ein Jahr vertraglich gebunden wird, wenn zwischen Vertragsschluss und Bezugsfertigkeit geraume Zeit vergeht.

2. Gewährleistung

a) Verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Sach- und Rechtsmängel (§ 536a E).

Die insoweit inhaltlich unveränderte Übernahme des § 538 Abs. 1 BGB ist zu beklagen. Diese Bestimmung hat sich in der Praxis nicht bewährt. In Rechtsprechung und Schrifttum besteht Einigkeit, dass diese garantierte Haftung des Vermieters für das Schuldrecht untypisch ist. Sie kann daher, ohne den Mieter unangemessen zu benachteiligen, durch Formulklausel abbedungen werden.¹⁶ In der Praxis ist dies nahezu die Regel, indessen finden sich auch Vertragsvordrucke ohne eine solche Klausel. Der Gesetzgeber hat nicht bedacht, dass kein Grund besteht, den Mieter durch eine dem Schuldrecht fremde Gefährdungshaftung des Vermieters zu begünstigen.

b) Gewährleistungsausschluss bei längerer vorbehaltloser Mietzahlung trotz Kenntnis des Mangels

§ 539 BGB ist bei der gewerblichen Vermietung von erheblicher Bedeutung. Für die gerichtlichen Praxis ist sogar die erweiterte Anwendung bei mehrmonatigen vorbehaltlosen

¹³ vgl. BGHZ 125, 175 = NJW 1994, 1649; OLG Rostock NZM 2001, 46.

¹⁴ BGHZ 99, 54 = NJW 1987, 948.

¹⁵ BGHZ 99, 54 = NJW 1987, 948

¹⁶ BGH NJW-RR 1993, 519, 520

Mietzahlungen trotz Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels wichtiger als der Kernbereich des § 539 BGB. § 536b E sieht eine ausdrückliche Regelung nicht vor. Die Begründung des Regierungsentwurfs geht jedoch auf die Problematik ein.¹⁷ Schon das geltende Recht, so heißt es dort, lasse keinen Raum für eine Analogie,¹⁸ weil das Gesetz die Folgen nachträglich erkennbarer Mängel sehr wohl regelt, indem es den Mieter in § 545 BGB (= § 536c E) zur unverzüglichen Anzeige eines Mangels verpflichte und bei Unterlassen der Anzeige anordne, dass der Mieter seine Gewährleistungsrechte bis zur Mangelanzeige nicht geltend machen könne. Diese Rechtsfolge sei weiterhin sinnvoll und ausreichend. Das geltende Recht biete neben der speziell mietrechtlichen Regelung des § 545 BGB mit dem allgemein geltenden § 814 BGB eine zusätzliche Handhabe zur befriedigenden Problemlösung. Überdies stehe mit dem Rechtsinstitut der Verwirkung ein weiteres Instrument zur Verfügung, um insbesondere wie in Fällen, in denen der Mieter über einen sehr langen Zeitraum hinweg die volle Miete zahle,¹⁹ zu einem sachgerechten und der Billigkeit entsprechenden Ergebnis zu gelangen. Schließlich erscheine es wenig interessengerecht, den vorsichtigen Mieter, der das Mietverhältnis nicht unnötig zu belasten wolle und deshalb mit der Geltendmachung seiner Rechte abwarte, über die Regelung des § 545 BGB (§ 536c E) hinaus auch für die Zukunft mit einem Gewährleistungsausschluss zu bestrafen.

Nunmehr heißt es wörtlich:

„Somit gilt für Mängel folgendes: Hatte der Mieter bereits vor Vertragsschluss oder Annahme Kenntnis vom Mangel der Mietsache bzw. war er bei Vertragsschluss insofern mindestens grob fahrlässig, so greift § 536b E ein. Erkennt der Mieter den Mangel dagegen erst später oder entsteht ein nachträglicher Mangel, so ist grundsätzlich § 536c E anzuwenden (ggf. korrigiert durch §§ 814, 242 BGB). Im Gesetz ist dies dadurch zum Ausdruck gekommen, dass die beiden Vorschriften anders als bisher unmittelbar nacheinander angeordnet worden sind und ihr Anwendungsbereich auch durch die Überschriften deutlicher gekennzeichnet ist.,,

Dies lässt zu erkennen, dass nach den Vorstellungen der Redaktoren die bisherige ausdehnende Anwendung des § 539 BGB nicht in ihrem Sinn ist. Der ausdrückliche Hinweis auf die Folgen der Unterlassung der Anzeige ist dahin zu verstehen, dass bis zur Anzeige die Gewährleistung entfällt, danach aber auflebt. § 545 BGB (=§536c E) und § 814 BGB besagen nichts dazu, ob der Mieter auch zukünftig mit seinen Gewährleistungsrechten ausgeschlossen bleibt. Hierzu soll nur § 242 BGB einschlägig sein.

¹⁷ Begründung des Regierungsentwurfs NZM 2000, 802, 812

¹⁸ Die Begründung zitiert Wichert ZMR 2000, 65.

¹⁹ Hierzu wird BGH NJW-RR 1992, 976 erwähnt.

Die stetig entwickelten höchstrichterliche Rechtsprechung zur ausdehnenden Anwendung des § 539 BGB²⁰ hat sich in der Praxis bewährt. Der Gefahr einer Ausuferungen zum Nachteil des Mieters ist der BGH entgegengetreten.²¹ Es besteht daher kein Grund, diese Praxis in Frage zu stellen. Zumindest hätte der Gesetzgeber klar Farbe bekennen müssen und seine im der Begründung umschriebenen Vorstellungen in den Gesetzestext einfließen lassen müssen. Die Neufassung und Abfolge der §§ 536 b und c provozieren vor dem Hintergrund der Gesetzesmaterialien die überflüssige Diskussion, ob gleichwohl die bisherige Praxis beizubehalten oder ein in die Zukunft wirkender Gewährleistungsausschluss nur mit § 242 BGB zu begründen ist. Erörterungen zum Zeitmoment und zum Umstandsmoment zeichnen sich ab. Gegensätzliche gerichtliche Entscheidungen sind absehbar; bis zur Beilegung der Streitfrage durch den Bundesgerichtshof wird geraume Zeit vergehen. Es bleibt zu hoffen, dass er möglichst bald die Gelegenheit erhält, die bewährte Linie zu verteidigen.

c) Erhalt des Erfüllungsanspruchs des Mieters trotz Ausschlusses der Gewährleistung

§ 536b E und seine Begründung gehen auf ein praxisrelevantes Anwendungsproblem nicht ein, nämlich auf den Erhalt des Erfüllungsanspruchs trotz Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels. Nach Auffassung des BGH²² tangiert § 539 BGB nicht den Anspruch des Mieter auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes. Die Literatur folgt dem weitgehend.²³ Die Widersprüchlichkeit der herrschenden Auffassung zeigt sich darin, dass der Aufwendungsersatzanspruch nach § 538 Abs. 2 BGB ebenfalls von § 539 BGB erfasst wird.²⁴ Dass dem Mieter trotz Kenntnis des Mangels der Herstellungsanspruch bleibt, er jedoch gem. § 539 BGB seinen Aufwendungsersatzanspruch verliert, wenn er nach erfolglosen Aufforderungen an den Vermieter den Mangel selbst behebt, ist nicht nachvollziehbar. Jedenfalls liegt es im Sinn der erstrebten Rechtsvereinfachung, dass der Mieter, der in Kenntnis des Mangels die mangelhafte Mietsache übernimmt, nicht nur zur vollen Mietzahlung verpflichtet bleibt, sondern auch den Mangelbeseitigungsanspruch verliert, weil er die ihm angebotene Leistung als vertragsgemäß angenommen hat.

3. Aufwendungs- (Verwendungs-)ersatzansprüche des Mieters

²⁰ BGH ZMR 1961, 359; WM 1967, 515; WM 1967, 850; NJW 1974, 2233; WM 1976, 385.

²¹ BGH, Urt. v. 18. 6. 1997 - XII ZR 63/95 = NJW 1997, 2674.

²² NJW 1982, 874; NJW 1997, 2674.

²³ A.A. Wilhelm JZ 1982, 488; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., Rz. 315.

²⁴ BGH WM 1976, 385; Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Bearb., § 539 Rz. 2; Voelskow in Münch-Komm, BGB, 3. Aufl., § 539 Rz. 1.

§ 536a Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs übernimmt inhaltlich § 538 Abs. 2 BGB, § 536 Abs. 2 Nr. 2 entspricht § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB, wobei die Neuregelung den Begriff der Notwendigkeit schärfer im Sinn der BGH-Rechtsprechung²⁵ auf Notmaßnahmen beschränkt. Damit, so sollte man meinen ist der Aufwendungs- oder Verwendungsersatzanspruch des Mieter abschließend geregelt und auf zwei Fälle beschränkt:

- Verzug des Vermieters mit der Mangelbeseitigung und
- Notmaßnahmen des Mieters.

Einige Paragraphen weiter findet sich jedoch § 539 E, mit „Ersatz sonstiger Aufwendungen und Wegnahmerechts des Mieters“ umschrieben. Nach Abs. 1 kann der Mieter Ersatz der auf die Mietsache gemachten Aufwendungen, die der Vermieter nicht gem. § 536a Abs. 2 zu vergüten hat, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Die sprachlich unschön formulierte Bestimmung entspricht § 547 Abs. 2 BGB; es handelt sich hierbei zweifelsfrei um eine Rechtsgrundverweisung. Die Begründung des Regierungsentwurfs betont hierzu ausdrücklich, dass Mieter häufig Einbauten im eigenen Interesse vornehmen. Die Neuregelung beseitigt nicht die Unsicherheiten darüber, ob und in welchem Umfang dem Mieter, der einen Sachmangel ohne vorherige Abhilfeaufforderung beseitigt, Aufwendungsersatz zusteht.²⁶ Die Praxis windet sich um die Problematik häufig herum. Der BGH greift recht schnell auf den Rechtsgedanken des § 685 BGB zurück.²⁷

§ 539 E ist, wie schon § 547 Abs. 2 BGB, insofern systemwidrig, als die Selbstvornahme ohne vorherige Aufforderung an den zur Leistung Verpflichteten zum Rechtsverlust führt, so nach §§ 326, 634 Abs. 1 Satz 3 BGB.²⁸ Es besteht kein Grund, den Mieter, der ohne vorherige Abhilfeaufforderung einen Mangel selbst behebt - zB. Schönheitsreparaturen selbst veranlasst, obwohl er sie vertraglich nicht übernommen hat -, zu begünstigen, im umgekehrtem Fall aber dem Vermieter seinen Schadensersatzanspruch oder einen sonstigen Anspruch abzuerkennen, wenn die vom Mieter vertraglich obliegenden Schönheitsreparaturen selbst ausführt, ohne ihm zuvor eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Nachfrist gesetzt zu haben.

Beide Leistungen - Mangelbeseitigung und Schönheitsreparaturen - sind vertragliche Hauptleistungen, unabhängig davon, ob der Vermieter oder der Mieter sie schuldet.

²⁵ BGH NJW 1974, 743; NJW-RR 1991, 75; NJW-RR 1993, 522

²⁶ Dazu OLG Hamm ZMR 1985, 15, 16.

²⁷ BGH NJW 1985, 313; BGH NZM 1999, 19 = ZMR 1999, 93

²⁸ Zum Werkvertrag BGH NJW 1968, 43.

§ 539 in der Fassung des Entwurfs ist ein weiteres Beispiel für die kritiklose Übernahme einer streitträchtigen Regelung.

4. Kurze Verjährung von Ersatzansprüchen des Vermieters wegen Veränderungen der Verschlechterungen der Mietsache

a) Beginn der Verjährung

§ 548 E gliedert § 558 BGB insofern um, als Abs. 1 die Vermieteransprüche wegen Veränderungen die Verschlechterungen der Mietsache, Absatz 2 die Ansprüche des Mieters auf Aufwendungsersatz und Gestattung der Wegnahme regelt. Nach Auffassung der Referenten ist die Umformulierung in Abs. 1 Satz 2 mehr als eine redaktionelle Änderung.

§ 558 Abs. Satz 1 lautet:

„Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters beginnt mit dem Zeitpunkt...“,

während es in § 548 Abs. 1 Satz 2 E heißt:

„Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt...“.

In § 548 Abs. 1 Satz 2 nochmals die im Vorsatz erwähnten „Ersatzansprüche“ zu zitieren, wäre sprachlich nicht geschickt. Somit, so sollte man meinen, verbirgt sich hinter der sprachlichen Umgestaltung keine sachliche Änderung. Dies ist jedoch, zumindest nach der Vorstellung der Verfasser des Entwurfs, ein Fehlschluss. Sie bezwecken eine Änderung der höchstrichterliche Rechtsprechung zum Beginn der Verjährung des gem. § 326 BGB entstandenen Geldersatzanspruchs. Nach dieser inzwischen gefestigten Rechtsprechung²⁹ beginnt die Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Vermieters nach § 326 BGB wegen unterlassener Schönheitsreparaturen oder Instandsetzungsarbeiten nicht vor dem fruchtlosen Ablauf der dem Mieter gesetzten Nachfrist bzw. der die Nachfristsetzung überflüssig machenden Erfüllungsverweigerung des Mieters. Der Schadensersatzanspruch entsteht gem. § 198 Satz 1 BGB erst zu diesem Zeitpunkt. Die für den Erfüllungsanspruch zuvor bereits verstrichene Verjährungsfrist ist nicht anzurechnen. Wandelt sich der Sachleistungsanspruch erst nach knapp sechs Monaten in den Schadensersatzanspruch um, so beginnt für diesen eine neue sechsmonatige Verjährungsfrist, so dass eine Klageerhebung nach fast einem Jahr noch rechtzeitig sein kann.

Diese Rechtsprechung missfällt den Referenten. Ihrer Auffassung zufolge beginnt auch die Verjährung des Schadensersatzanspruchs bereits mit der Rückgabe der Mietsache und nicht erst mit Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch gem. § 326 BGB.

²⁹ BGHZ 107, 179 = NJW 1989, 1854; BGH NJW 1998, 1303; BGH NZM 2000, 547; OLG Düsseldorf ZMR 1995, 468; KG NJW-RR 1997, 352

Dies folge daraus, dass § 548 Abs. 1 Satz 2 E nur noch den Beginn der Verjährung regelt, ohne die der Verjährung unterliegenden Ansprüche zu beschreiben. Es entspreche dem Zweck der Verjährungsregelung, zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine möglichst schnelle Klarstellung über bestehende Ansprüche in Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen. Die (neue) Vorschrift sei insofern *lex specialis* zu § 198 BGB.

Ob sich diese Folgerung tatsächlich der im Vergleich zu § 558 BGB geänderten Fassung des § 548 Abs. 1 Satz 2 E entnehmen lässt, ist stark zu bezweifeln. Dem Anliegen der kurzen Verjährung, dies ist den Referenten zuzugeben, entspricht die Quasi-Verlängerung der Verjährungsfrist nicht. Indessen ist dem Gesetzgeber vorzuwerfen, dass er seine Vorstellungen in der Begründung des Gesetzesentwurfs, nicht aber im Gesetzestext zum Ausdruck bringt. Jedenfalls wird die Begründung überflüssige Rechtsstreitigkeiten provozieren.

b) Verjährungsunterbrechung

Ein Antrag auf selbständiges Beweisverfahren unterbricht - anders als beim Kaufvertrag (§ 477 Abs. 2 BGB) und beim Werkvertrag (§ 639 Abs. 1 BGB) - die Verjährung mietrechtlicher Ansprüche nicht.³⁰ Der Entwurf sieht dies in § 548 Abs. 3 vor. Wegen des Einklangs mit Kauf- und Werkvertragsrechts ist diese Gesetzesänderung sachgerecht. Lange wird § 548 Abs. 3 E nicht Bestand haben, denn der Diskussionsentwurf zur Neuregelung der Verjährung (Stand 7. 2. 2001) sieht generell die Hemmung (statt Unterbrechung) der Verjährung durch Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens vor (§ 209 Nr. 7 i. d. F. des Entwurfs).

5. Gesetzliche Kündigungsfrist bei Ausübung eines Sonderkündigungsrechts

§ 580a Abs. 4 sieht als gesetzliche Frist für die Ausübung eines Sonderkündigungsrechts bei der Geschäftsraummiete die lange Frist gem. § 580a Abs. 2 (am 3. Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Quartals) vor.

Derzeit ist die Bemessung dieser Frist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.³¹ Der Hinweis auf die noch längere Frist in § 584 Abs. 2 BGB ist nicht hilfreich, denn die dort vorgegebenen gesetzliche Frist ist zu lang. Auch sie sollte abgekürzt werden. Die Begründung

³⁰ BGHZ 128, 74 = NJW 1995, 252; BGH, Urt. v. 18.10.2000 - XII ZR 85/98, WM 2000, 2551

³¹ Für kurze Frist: OLG Naumburg ZMR 1999, 708; Fritz NJW 1996, 2068; Krull ZMR 1998, 125; Fritz, Gewerberaummietrecht, 3. Aufl., 2000, Rz. 397a; Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, 1999, § 109 Rz. 9; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl., 2000, Rz. 932; für lange Frist: OLG Hamm NZM 2000, 658; OLG Düsseldorf MDR 2001, 265; Erman/Jendrek, BGB, 10. Aufl., 2000, § 565 Rz. 12; Grapentin in Bub/Treier, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl., 1999, IV. Rz. 202; Nerlich/Römer/Balthasar, InsO, 1999, § 109 Rz. 7 und § 111 Rz. 11; Palandt/Weidenkaff, BGB, 60. Aufl., 2001 §

beschränkt sich auf den Hinweis, dass die Neufassung den Streit beilege;³² die Auswirkungen der kurzen Frist und deren Sinn bei den in der Praxis bedeutsamsten Anwendungsfällen bedenken die Referenten nicht.

a) Verweigerung der Erlaubnis zur Untervermietung

Das Sonderkündigungsrecht des Mieters (§ 549 Abs. 1 Satz 2 BGB, 540 Abs. 1 Satz 2 E) ist gerechtfertigt, weil er in seiner Disposition nachhaltig gestört wird, wenn er an den Vertrag gebunden bleibt. Die Interessenlage und sein Bedürfnis, den Vertrag aufzulösen, gibt der BGH in seinem Urteil vom 24.05.1995³³ wieder. Soll dem Mieter geholfen werden, so muss er nach Verweigerung der Untermieterlaubnis kurzfristig aus dem Vertrag aussteigen können. Andernfalls droht ihm eine Zahlungsbelastung, der kein wirtschaftlicher Vorteil durch sinnvolle Nutzung der Mietsache entspricht.

b) Tod des Mieters

Die Geltung einer längeren Frist als der des § 569 BGB = 580 Abs. 1 Nr. 3 E ist weder zu Gunsten des kündigenden Vermieters noch der Erben erforderlich. Insbesondere ist den Erben nicht zuzumuten, weitere Nachlassverbindlichkeiten durch Auflaufen weiterer Mietzahlungspflichten hinzunehmen.

c) Insolvenz des Mieters

Zur vorzeitigen Kündigung gem. § 109 Abs. 1 InsO ist nur der endgültige, nicht schon der vorläufige Verwalter berechtigt. Dies verhindert eine möglichst frühe Kündigung im Vorfeld der Verfahrenseröffnung. Benötigt die nach § 108 Abs. 1 InsO an den Mietvertrag gebundene Masse das Mietobjekt nicht, so entstehen überflüssige Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO, denn je länger die Masse an dem Vertrag festgehalten wird, desto höher ist ihre Belastung. Dass der Vermieter stärker vor Kündigung geschützt wird als ein Arbeitnehmer, ist nicht nachzuvollziehen. Auch kann der Insolvenzverwalter, der nicht zum erstmöglichen Termin zu kündigen braucht, besser disponieren, wenn die Kündigungsfrist kurz ist. Bei Verabschiedung der InsO ging der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs jedenfalls von einer dreimonatigen Frist aus.³⁴

d) Zwangsversteigerung und Veräußerung des Mietgrundstücks im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters

Einzuräumen ist, dass nur der Ersteher bzw. Erwerber, der gem. §§ 57a ZVG, 111 InsO kündigt, an der kurzen Frist interessiert sein wird, während dem Schutz des Mieters eher die längere Frist dient. Andererseits bezweckt das Sonderkündigungsrecht die Erhöhung der Verwertungschancen, denn es liegt auf der Hand, dass eine langfristige, nicht lösbare vertragliche Bindung einen potentiellen Erwerber vom Erwerb abhalten kann. Dieser Zweck spricht für die kurze Frist. Dem Vermieter ist die kurze Frist zuzumuten, weil er von der Entwicklung nicht überrascht wird und somit genügend Zeit hat, sich wegen eines Ersatzraum vorsorglich umzuschauen, so dass er nach Kündigung schnell zugreifen kann.

Der Bundesrat befürwortete in seiner Stellungnahme die Beibehaltung der kurzen Frist. Die Neufassung wird Anlass geben müssen, durch eine Änderung der Insolvenzordnung zumindest dem Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters die vorzeitige Kündigung mit kürzerer Frist zu ermöglichen, weil andernfalls die Masse gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit unzumutbaren Verbindlichkeiten belastet wird, wenn sie das Mietobjekt nicht sinnvoll nutzen kann.

565 Rz. 27; Schmidt/Futterer/Blank, Mietrecht, 7. Aufl., § 565 Rz. 42; Staudinger/Sonnenschein, BGB, 13. Bearb., 1995, § 565 Rz. 98; Zeller/Stöber, ZVG, 16. Aufl., 199 § 57a Rz. 4.2.

³² NZM 2000, 415,

³³ NJW 1995, 2034.

³⁴ Begr. des RegE zu § 108, BT-Dr. 12/2443 S. 71, 147.

6. Entschädigung des Vermieters bei verspäteter Rückgabe

§ 546a E übernimmt im wesentliche § 557 BGB. Bei der Raummiete bot die Fassung des § 557 BGB Anlass zu der Kontroverse, ob der Vermieter erst nach entsprechender Erklärung die im Einzelfall höhere erzielbare Miete als Entschädigung fordern darf. Dass der Vermieter entweder eine Entschädigung in Höhe der bisherigen oder der höheren am Markt erzielbaren Miete fordern könne, hat der BGH klargestellt.³⁵ Der Entwurf folgt dem und dehnt die Wahlmöglichkeit auf alle Mietverhältnisse aus.

7. Veräußerung des Mietgrundstücks

Den Grundsatz, Kauf bricht nicht Miete (§ 571 BGB), übernimmt § 566 E unverändert.

a) Haftung des Veräußerers für die Rückzahlung der Kaution

§ 566a E (bisher § 572 BGB) enthält einen neuen Satz 3, der die Rechtsstellung des Mieters als Sicherungsgebers verstärkt. Denn danach bleibt der Veräußerer, der als früherer Vermieter die Kaution eingezogen hat, zur Rückgewähr verpflichtet, wenn der Mieter sie nicht vom Erwerber zurückerlangen kann. Der Entwurf setzt mit Satz 3 das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. 3. 1999³⁶ um und nimmt dem Mieter das Risiko der Insolvenz des Erwerbers. Eine zeitliche Begrenzung der Haftung des Veräußerers wie in § 566 Abs. 2 Satz 2 E (= § 571 Abs. 2 Satz 2 BGB), die der BGH abgelehnt hatte, sieht er ebenfalls nicht vor.

Der Bundesrat schlägt folgende Fassung des Satzes 2 (bisher § 572 Satz 2 BGB) ohne einen nachfolgenden weiteren Satz vor:³⁷

„Er ist dem Mieter gegenüber bei Beendigung des Mietverhältnisses zur Rückgewähr verpflichtet.“

Da der Mieter, so die Begründung, gegen den Veräußerer einen Anspruch auf Weiterleitung der Kaution habe und eine inhaltsgleiche Verpflichtung sich in aller Regel aus dem Kaufvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber ergebe, sei es konsequent, dem Mieter auch bezüglich der Rückgewähr der Kaution als neuen Vertragspartner gegenüberzustellen. Der Erwerber werde nicht benachteiligt, weil er beim Erwerb für den Übergang der Sicherheit sorgen könne.

³⁵ BGHZ 142, 186 = NJW 1999, 2808 = NZM 1999, 803.

³⁶ BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857 NZM 1999, 496.

³⁷ NZM 2001, 20, 27.

Einfacher als die bisherige Fassung, ist dieser Vorschlag zweifelsfrei. Die Bundesregierung hat Prüfung zugesagt.³⁸

b) Pfändung der Mietforderung als Vorausverfügung

§ 566b E übernimmt inhaltlich unverändert § 573 BGB. Für die Pfändung der Mietforderung, die seit Reichsgerichtszeiten³⁹ unter Zustimmung des überwiegenden Schrifttums⁴⁰ als Vorausverfügung i. S. d. § 573 BGB gilt, enthält die Neuregelung keine ausdrückliche Bestimmung. Anlass hierfür besteht jedoch, denn § 110 Abs. 2 Satz 2 InsO - § 110 InsO regelt die Veräußerung des Mietgrundstücks im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vermieters - enthält eine ausdrückliche Klarstellung. Die Neufassung ohne diese Klarstellung wird zur Diskussion führen, ob die Pfändung weiterhin wie eine Vorausverfügung zu behandeln ist.

8. Stillschweigende Vertragsverlängerung

Eine gravierende gesetzgeberische Fehlentscheidung stellt die inhaltliche Übernahme des § 568 BGB dar. § 545 E verbessert lediglich die Ausdrucksweise. Die inhaltliche Unlogik der Vorschrift stellt Both („Fallstrick oder Rettungsleine“)⁴¹ überzeugend dar. Auch in sonstigen Bereichen beendet die Kündigung das Dauerschuldverhältnis, ohne dass es einer weiteren Erklärung bedarf. Als üble Falle, von der Vermieter und Mieter in gleicher Weise betroffen sind, löst § 568 BGB häufig überflüssige Prozesse aus.

Diese Regelung, deren formularmäßiger Ausschluss weit verbreitet ist, verfolgt lediglich ein Ordnungsprinzip, indem sie einen vertragslosen Zustand vermeidet. Hiervon geht auch die Begründung des Entwurfs aus. Die Referenten verteidigen die Weitergeltung; ihres Erachtens ist die Abwicklung nach Bereicherungsrecht oder den Regeln über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht sachgerecht. Hierbei übersehen sie, dass vielfach § 568 BGB wirksam abbedungen wird oder eine der Vertragsparteien der Fortsetzung des Mietgebrauchs widerspricht und sich bis zur Rückgabe der Mietsache eine lange vertragslose Phase anschließt, in der § 557 BGB sowie Bereicherungsrecht oder die Regeln zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gelten. Auch meinen die Referenten, der vertragslose Zustand entspreche in den meisten Fällen nicht dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien. Nicht bedacht haben

³⁸ Bei Redaktionsschluss war die endgültige Fassung nicht bekannt.

³⁹ RGZ 64, 415, 418; RGZ 76, 116, 118.

⁴⁰ A. A. Voelskow in MünchKomm-BGB, 3. Aufl., 1995, § 573 Rz. 6

⁴¹ GE 1998, 847.

m-reform

sie, was positiv dem mutmaßlichen Willen der Parteien entspricht, und dies ist nicht die Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit.