

Konkludente Annahme von Mietverträgen? – Stolperstein für die Immobilien-Projektentwicklung

In der Immobilien-Projektentwicklung kommt es häufig vor, dass sich potentielle Mieter auf Verlangen des Projektentwicklers für mehrere Monate an ein Mietvertragsangebot gebunden halten. Diese Praxis steht nach einem jüngeren Urteil des Grundstückssenats des BGH auf dem Prüfstand. Die Entscheidung offenbart darüber hinaus einen Widerspruch zur Rechtsprechung des Mietrechtssenats und stellt dessen Auffassung bei der Konstruktion konkludenter Annahmeerklärungen bei Mietverträgen in Frage.

Inhaltsübersicht

I. Problemstellung

Der Problematik liegt ein typisches Szenario der Immobilien-Projektentwicklung zugrunde. Ein Projektentwickler entwirft ein Konzept, etwa zur Errichtung eines neuen Einkaufszentrums, für dessen Umsetzung er Fremdkapital benötigt. Der Kapitalgeber, oftmals eine Bank, macht die Kreditgewährung von sogenannten Vorvermietungsauflagen abhängig.¹ Darin verpflichtet sich der Projektentwickler, einen bestimmten Prozentsatz der Gewerberäume noch vor deren Errichtung „vom Reißbrett“² vermietet zu haben, bevor der Anspruch auf Auszahlung des Darlehens entsteht; die Bank sichert damit den Cashflow und trägt ihrem Sicherungsbedürfnis Rechnung.³ Um der Vorvermietungsauflage gerecht zu werden, stellt der Projektentwickler den potentiellen Mietern Formulare zur Verfügung. Diese stellen einen Antrag des Mieters auf Abschluss eines Mietvertrags mit dem Projektentwickler über die noch zu errichtenden Gewerberäume dar. Die Formulare sehen eine mehrmonatige Bindung des Mieters vor, wobei im Folgenden von einer fünfmonatigen Bindungsfrist ausgegangen werden soll. Sobald der Projektentwickler eine ausreichende Zahl solcher Anträge erhalten hat und die Vorvermietungsauflage erfüllen kann, teilt er dies der Bank mit. Die Bank valutiert das Darlehen und der Projektentwickler nimmt die Angebote der Mieter innerhalb der Frist an. Nach Errichtung der Immobilie werden die Mietverhältnisse in Vollzug gesetzt.

Nach einiger Zeit fühlen sich die Mieter, etwa wegen geringer Attraktivität der Immobilie, nicht mehr an den Mietvertrag gebunden.

II. Rechtliche Wertung

Projektentwickler und Mieter haben Willenserklärungen abgegeben, die auf den Abschluss eines Gewerberaummietvertrags gerichtet sind. Der Projektentwickler muss den Antrag des Mieters aber auch rechtzeitig angenommen haben. War dies nicht der Fall, ist der Antrag gemäß § 146 Alt. 2 BGB erloschen und die verspätete Annahme gilt gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag.

1 *Conradi/Wiemann*, in: *Schulte/Bone-Winkel*, Handbuch Immobilien-Projektentwicklung, 3. Aufl. (2008), S. 400.

2 Näher *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl. (2008), § 535 Rdnrn. 33 f.

3 Zum wirtschaftlichen Hintergrund *Zoller/Wilhelm*, in: *Schäfer/Conzen*, Praxishandbuch der Immobilien-Projektentwicklung, 2. Aufl. (2007), S. 183.

1. Unwirksamkeit der Annahmefrist

Zwar erfolgt die Annahme seitens des Projektentwicklers innerhalb der in dem Formular vorgesehenen fünfmonatigen Annahmefrist gemäß § 148 BGB. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Annahmefrist unangemessen lange und damit gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB unwirksam ist.

Bei der Klausel zur Annahmefrist handelt es sich um eine AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 1 BGB, da sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und vom Projektentwickler durch Aushändigung des Formulars gestellt ist.⁴ Aus der Existenz des § 308 Nr. 1 Hs. 1 Alt. 1 BGB lässt sich schließen, dass die AGB-Kontrolle auch sogenannte Vertragsabschlussklauseln erfasst.⁵ Diese betreffen nicht den Inhalt des Vertrages, sondern regeln das Verfahren des Vertragsschlusses.⁶ Auch an der wirksamen Einbeziehung in den Antrag des Mieters bestehen keine Zweifel, da die Vorschrift des § 305 Abs. 2 BGB im unternehmerischen Verkehr gemäß § 310 Abs. 1 1 BGB keine Anwendung findet und der Mieter auch nicht widersprochen hat.

Das Klauselverbot des § 308 Nr. 1 Hs. 1 Alt. 1 BGB findet im unternehmerischen Verkehr gemäß § 310 Abs. 1 1 BGB direkt keine Anwendung, die Inhaltskontrolle erfolgt anhand der Generalklausel des § 307 BGB. Gleichwohl kommt § 308 Nr. 1 BGB bei der Bestimmung der unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB Indizwirkung zu, wobei gemäß § 310 Abs. 1 2 Hs. 2 BGB insoweit auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist.⁷ Das Verbot unangemessen langer Annahmefristen soll eine unzumutbare Beschränkung der Dispositionsfreiheit verhindern.⁸ Dabei ist anerkannt, dass dieser Grundgedanke des § 308 Nr. 1 Hs. 1 Alt. 1 BGB auch und gerade für den Verkehr zwischen Unternehmern gilt.⁹

Soweit ersichtlich gibt es zur Angemessenheit von Annahmefristen bei Gewerberaummietverträgen in der Immobilien-Projektentwicklung bislang keine Entscheidungen. Allgemein ist zur Konkretisierung der Unangemessenheit eine Wertung erforderlich, die vom Einzelfall abhängig ist. Ausgangspunkt ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB das gesetzliche Leitbild des § 147 Abs. 2 BGB,¹⁰ wonach die Annahmefrist allenfalls mehrere Wochen betragen kann. Eine zeitlich darüber hinaus gehende Fristbestimmung ist nur wirksam, wenn der Verwender ein schutzwürdiges

4 OLG München, Urt. v. 23.3.2011 – 20 U 4468/10, BeckRS 2011, 07814; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.12.2004 – 21 U 68/04, NJW 2005, 1515; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 71. Aufl. (2012), § 305 Rdnr. 4.

5 Zur – praktisch bedeutungslosen – dogmatischen Einordnung von Vertragsabschlussklauseln: *Kieninger*, in: *MünchKomm-BGB*, 5. Aufl. (2007), § 308 Nr. 1 Rdnr. 3 m. w. Nachw.

6 BGH, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, Rz. 7; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.12.2004 – 21 U 68/04, NJW 2005, 1515; OLG Celle, Urt. v. 26.11.1985 – 20 U 40/85, NJW-RR 1986, 833; *Staudinger/Coester-Waltjen*, BGB, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 6; *H. Schmidt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. (2011), § 308 Nr. 1 Rdnr. 8.

7 Speziell für § 308 Nr. 1 BGB Indizwirkung bejahend: BGH, Urt. v. 19.12.2007 – XII ZR 13/06, NJW 2008, 1148, Rz. 18; *Kieninger*, in: *MünchKomm-BGB* (o. Fußn. 5), § 308 Rdnr. 11; *H. Schmidt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (o. Fußn. 6), § 308 Nr. 1 Rdnr. 16; *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 4), § 308 Rdnr. 10.

8 BT-Drucks. 7/3919, S. 24; zum ökonomischen Hintergrund *Kieninger*, in: *MünchKomm-BGB* (o. Fußn. 5), § 308 Nr. 1 Rdnr. 7.

9 *Bamberger/Roth/Becker*, BGB, 2. Aufl. (2007), § 308 Nr. 1 Rdnr. 15: „eher kürzere, keineswegs aber längere Annahmefristen als im nichtkaufmännischen Verkehr“.

10 BGH, Urt. v. 13.9.2000 – VIII ZR 34/00, BGHZ 145, 139, 142 = NJW 2001, 303 = ZIP 2001, 78; BGH, Urt. v. 13.12.1989 – VIII ZR 94/89, BGHZ 109, 359, 361 f. = NJW 1990, 1784, 1785; *Kieninger*, in: *MünchKomm-BGB* (o. Fußn. 5), § 308 Nr. 1 Rdnr. 5; *Bamberger/Roth/Becker*, (o. Fußn. 9), § 308 Nr. 1 Rdnr. 5; *Erman/Roloff*, BGB, 12. Aufl. (2008), § 308 Nr. 1 Rdnr. 4.

Interesse vorweisen kann, hinter dem das Interesse der anderen Vertragspartei am baldigen Wegfall ihrer Bindung zurückstehen muss. Die beiderseitigen Interessen sind also zu ermitteln, zu bewerten und gegeneinander abzuwägen.¹¹ Das Interesse des Projektentwicklers liegt auf der Hand. Der Erfolg des gesamten Projekts hängt in erster Linie von einer hohen Vermietungsquote ab. Er möchte das Risiko minimieren, dass unter enormem finanziellem Aufwand ein Gebäude errichtet wird, welches am Ende leer steht und keine Gewinne abwirft. Auf Seiten des Mieters sind mehrere Faktoren in die Abwägung einzustellen.¹² Im Vordergrund steht, dass der Mieter für einen langen Zeitraum erheblich in seiner Dispositionsfreiheit eingeschränkt ist. Während dieses Schwebbezustands kann der Mieter keinen anderen – auch keinen günstigeren – Mietvertrag abschließen, will er sich nicht dem Risiko einer doppelten Inanspruchnahme aussetzen.¹³ Die Bindung gilt dabei als umso belastender, je mehr er auf die Leistung angewiesen ist. Dabei ist zu beachten, dass für den Mieter die Geschäftsräume häufig die Grundlage seiner gewerblichen Tätigkeit darstellen. Darüber hinaus gilt der Grundsatz, dass der Verwender von Vorvermietungsauflagen die normalen Leistungsvoraussetzungen auf seiner Seite geklärt haben muss.¹⁴ Der Projektentwickler gibt sich jedoch als Vermieter aus, obwohl noch nicht einmal das Fundament des zu vermietenden Gebäudes steht.

Auffällig ist auch, dass in der Kasuistik mehrmonatige Bindungsfristen, die als wirksam erachtet werden, kaum anzutreffen sind.¹⁵ Es lässt sich die Faustregel formulieren, dass eine längere Bindungsdauer als sechs Wochen nur in „ganz außergewöhnlichen Fallgestaltungen“ gerechtfertigt sein kann.¹⁶ Dies gilt auch bei finanzierungsbedürftigen Verträgen.¹⁷ Wer dabei die Interessen des Projektentwicklers nicht ausreichend berücksichtigt sieht, mag sich auf folgende Kontrollüberlegung verweisen lassen: Es ist dem Projektentwickler unbenommen, sich wirksamer, weil die Interessen des Mieters berücksichtigende, Mechanismen zu bedienen. Denkbar ist etwa die Zahlung einer Bindungsentschädigung für den Fall des Nichtzustandekommens des Mietvertrags.¹⁸ Es spricht daher viel dafür, dass eine fünfmonatige Bindungsfrist von den Gerichten als unangemessen lange bewertet werden würde.

Geht man davon aus, dass die Bindungsfrist unangemessen lange und damit unwirksam ist, bemisst sich die Annahmefrist gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach § 147 Abs. 2 BGB und wird im Zeitpunkt der Annahme durch den Projektentwickler regelmäßig überschritten sein. Schließlich wurde die lange Bindungsfrist mit Blick auf die Vorvermietungsauflage gewählt, da mit einer zeitnahen Annahme seitens des Projektentwicklers nicht zu rechnen war. Da gemäß § 146 BGB das Angebot mit Ablauf der Annahmefrist erlischt, kann es nicht mehr angenommen werden. Die

11 OLG Dresden, Urt. v. 26.6.2003 – 19 U 512/03, RNotZ 2004, 500, 501; *Kieninger*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 5), § 308 Nr. 1 Rdnr. 5.

12 *Bieber/Eupen*, Mietrecht in Einkaufszentren und anderen Spezialimmobilien, 2010, B.II. Rdnr. 12, erkennen zwar kein Interesse des Mieters am baldigen Wegfall der Bindung. Allerdings wird dennoch nur eine Annahmefrist von „bis zu zwei Monaten“ für angemessen gehalten.

13 *Stoffels*, AGB-Recht, 2. Aufl. (2009), Rdnr. 700.

14 *H. Schmidt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (o. Fußn. 6), § 308 Nr. 1 Rdnr. 8.

15 Beispiele bei: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht (o. Fußn. 6), § 308 Nr. 1 Rdnr. 13; *Dammann*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl. (2009), § 308 Nr. 1 Rdnrn. 15 f.; eine Ausnahme bildet die sog. Einheimischenklausel, näher *Staudinger/Coester-Waltjen* (o. Fußn. 6), § 308 Nr. 1 Rdnr. 11.

16 *Bamberger/Roth/Becker*, (o. Fußn. 9), § 308 Nr. 1 Rdnr. 8.

17 OLG Dresden, Urt. v. 26.6.2003 – 19 U 512/03, RNotZ 2004, 500, 501.

18 Gutachten, DNotI-Report 3/2008, 19, 20.

verspätete Annahme gilt gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag, der nun von dem Mieter angenommen werden muss.

2. Annahme durch schlüssiges Verhalten?

Die mietrechtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass im Vollzug des Mietverhältnisses regelmäßig eine konkludente Annahmeerklärung zu sehen ist.¹⁹ Auch der Mietrechtssenat des BGH stellt noch im Februar 2010 ohne weitere Begründung schlicht fest:

„Dieses neue Angebot [gemäß § 150 Abs. 1 BGB] hat die Beklagte nicht schriftlich angenommen. Der Mietvertrag ist aber spätestens mit der Übergabe der Mietsache [...] konkludent zustande gekommen.“²⁰

3. Kein Rechtsbindungswille

In der Übernahme der Mietsache durch den Mieter eine Willenserklärung zu sehen, begegnet im Hinblick auf das Vorliegen des Rechtsbindungswillens erheblichen Bedenken.

Unter einer Willenserklärung versteht man die Äußerung eines Willens, der unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist; sie bringt einen Rechtsfolgewillen zum Ausdruck, das heißt einen Willen, der auf die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines privaten Rechtsverhältnisses abzielt.²¹ Ob ein solcher Rechtsbindungswille vorliegt, ist nach dem objektiven Empfängerhorizont zu beurteilen. Es ist durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob die Äußerung des Erklärenden objektiv den Eindruck erweckt, dass mit ihr ein Rechtserfolg angestrebt wird.²²

Es ist daher zu fragen, ob ein objektiver Empfänger in der Position des Vermieters als Antragsteller nach § 150 Abs. 1 BGB die Annahme und den Bezug der Mietsache oder zumindest die Zahlung der Miete als eine Erklärung verstehen darf, die auf die Annahme eines Antrags und auf den Abschluss eines Mietvertrags gerichtet ist. Dies ist nicht der Fall. Ein Vermieter, der als Projektentwickler Vertragsabschlussklauseln in sein Formular aufgenommen hat und wegen der erforderlichen Finanzierung auf die Wirksamkeit der Mietverträge angewiesen ist, geht im Zeitpunkt der Übergabe der Räume davon aus, dass bereits ein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen ist. Er misst daher der Übergabe der Mietsache und auch den darauf folgenden Zahlungen der Miete keinerlei rechtsgeschäftliche Bedeutung mehr bei.

Der objektive Rechtsbindungswille ist nach allgemeiner Ansicht konstitutives Merkmal des Tatbestands der Willenserklärung. Wegen des fehlenden

19 Aus der jüngeren Rechtsprechung OLG Jena, Urt. v. 13.3.2008 – 1 U 130/07, NZM 2008, 572, 573; KG, Urt. v. 25. 1. 2007 – 8 U 129/06, NZM 2007, 517; LG Berlin, Urt. v. 4.8.2000 – 64 S 110/00, ZMR 2001, 32; vgl. auch *Lindner-Figura*, in: *ders./Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummieta, 2. Aufl. (2008), Kap. 5 Rdnrn. 15 f. m. w. Nachw.

20 BGH, Urt. v. 24.2.2010 – XII ZR 120/06, ZfIR 2010, 318, Rz. 18 (m. Anm. *Schweitzer*) = NJW 2010, 1518, Rz. 18.

21 BGH, Urt. v. 17.10.2000 – X ZR 97/99, BGHZ 145, 343, 346 = NJW 2001, 289, 290; statt aller *Palandt/Ellenberger*; BGB, 71. Aufl., 2012, Einf v § 116 Rdnr. 1; bei dem auf einen bindenden Vertrag gerichteten Willen spricht man statt von Rechtsfolgewillen auch vom Rechtsbindungswillen, vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004), § 24 Rdnr. 9.

22 *Palandt/Ellenberger* (o. Fußn. 4), Einf v § 116 Rdnr. 1.

Rechtsbindungswillens liegt keine Willenserklärung vor und folglich kommt – entgegen der Auffassung des Mietrechtssenats – auch kein Mietvertrag zustande.

4. Widerspruch zum Grundstückssenat

Zweifel an der Auffassung des Mietrechtssenats ergeben sich auch vor dem Hintergrund eines jüngeren Urteils des Grundstückssenats des BGH vom Juni 2010.²³ Der Entscheidung lag ein ganz ähnlicher Sachverhalt zu Grunde. Der Käufer einer Eigentumswohnung wollte mehr als zwei Jahre nach Vollzug des Kaufvertrags zurücktreten. Der Grundstückssenat verneinte bereits das Bestehen eines Kaufvertrags und gewährte dem Käufer einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus Leistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 1 Alt. 1 BGB. Auch in diesem Fall war die Annahme verspätet gewesen und galt gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag. Der Grundstückssenat verneinte jedoch eine konkludente Annahme seitens des Käufers durch Zahlung des Kaufpreises und Übergabe der Eigentumswohnung, weil objektiv kein Rechtsbindungswille erkennbar sei:

„Die Qualifizierung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung setzt das Bewusstsein voraus, dass für das Zustandekommen des Vertrages zumindest möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich ist. [...] Der Erklärende muss wenigstens Zweifel an dem Zustandekommen des Vertrages haben. [...] Eine Würdigung der Zahlung als eine auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung [scheidet] aus. Beide Parteien gingen bei Zahlung des Kaufpreises von einem Vertragsschluss und damit davon aus, dass der Kläger mit der Zahlung lediglich den vermeintlich zustande gekommenen Vertrag erfüllen wollte.“²⁴

Der Grundstückssenat stellt somit fest, dass er in der Zahlung der vermeintlich geschuldeten Gegenleistung mangels Rechtsbindungswillens keine Willenserklärung sieht. Auf die Frage, ob in der Übergabe des gekauften Grundstücks eine konkludente Annahme zu sehen sein könnte, geht das Urteil nicht ein. Insofern kann allerdings nichts anderes gelten, da beide Parteien auch bei der Übergabe noch davon ausgingen, dass sie lediglich den vermeintlich zustande gekommenen Vertrag erfüllten.

5. Unterschiede auf Sachverhaltsebene?

Der Mietrechtssenat lässt deutlich erkennen, dass er im Vollzug des Mietverhältnisses eine konkludente Annahmeerklärung sieht. Allerdings könnte es im vom Mietrechtssenat entschiedenen Fall auch näher gelegen haben, von einer konkludenten Willenserklärung auszugehen. Zwischen den Parteien war nämlich streitig, ob die Annahmeerklärung rechtzeitig zugegangen war.²⁵ Der Mietrechtssenat lässt dies letztlich dahinstehen, eben mit der Begründung, der Mietvertrag sei ohnehin mit der Übergabe der Mietsache konkludent zustande gekommen.²⁶ Geht man davon aus, dass dem Mieter bewusst war, dass es mit dem Zugang der Annahmeerklärung „knapp“ geworden sein könnte, scheint es denkbar, dass bei Übergabe der Mietsache tatsächlich Erklärungsbewusstsein vorlag.

Allerdings ist anzunehmen, dass die Parteien auch in diesem Fall bereits von einem wirksamen Vertragsschluss ausgingen. Denn zwischen der Unterzeichnung des Mietvertrages am 22. April 1992 und der Objektbegehung am 9. November 1993

23 BGH, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873.

24 BGH, Urt. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, Rz. 18.

25 BGH, Urt. v. 24.2.2010 – XII ZR 120/06, ZfIR 2010, 318, Rz. 4 = NJW 2010, 1518, Rz. 4.

26 BGH, Urt. v. 24.2.2010 – XII ZR 120/06, ZfIR 2010, 318, Rz. 17 f. = NJW 2010, 1518, Rz. 17 f.

lagen mehr als eineinhalb Jahre. Es wäre lebensfremd, den Parteien zu unterstellen, dass sie sich während dieses Zeitraums nicht für gebunden hielten und den Mietvertrag erst im Zeitpunkt der Objektbegehung schließen wollten. Ferner ist in dem Abnahmeprotokoll zur Objektbegehung festgehalten, dass die Übergabe der Mietsache „auf der Grundlage des Mietvertrags“ stattgefunden hat.²⁷ Daraus wird deutlich, dass beide Parteien bei der Übergabe von einem wirksamen Vertragsschluss und damit auch davon ausgegangen waren, dass der Vermieter lediglich den vermeintlich zustande gekommenen Vertrag erfüllen wollte. Auch in diesem Fall lag also kein Rechtsbindungswille vor.

6. Zwischenergebnis

Die beiden Zivilsenate des BGH scheinen der Übergabe der gemieteten beziehungsweise gekauften Sache unterschiedliche Bedeutung beizumessen. Dabei ist davon auszugehen, dass sich der Grundstückssenat dieser Abweichung von der Rechtsprechung des Mietrechtssenats nicht bewusst ist. Bezeichnenderweise ist die Entscheidung des Grundstückssenats auch nicht in der Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) veröffentlicht – der Entscheidung wird also keine grundsätzliche Bedeutung beigemessen.

Gleichwohl ist ein rechtlich relevanter Unterschied zwischen beiden Fällen nicht zu erkennen. Als Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung kommt allenfalls die Beurkundungspflichtigkeit der Willenserklärungen des Grundstückskaufvertrags gemäß § 311b Abs. 1 1 BGB in Betracht. Allerdings ist das Vorliegen einer Willenserklärung unabhängig von der Frage, ob diese Willenserklärung auch den gesetzlichen Formvorschriften entspricht. Im Übrigen wäre, hätte der Grundstückssenat in dem Verhalten des Käufers eine Willenserklärung erkannt, der Vertrag wegen der erfolgten Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch gemäß § 311b Abs. 1 2 BGB wirksam geworden.

Dass der Rechtsbindungswille konstitutives Merkmal des Tatbestands einer Willenserklärung ist, ist unbestritten. Im Ergebnis ist daher in keiner der aufgezeigten Konstellationen ein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen.

III. Alternative Lösungsmöglichkeiten

Dass überhaupt kein Mietvertrag zustande gekommen ist, ist einem davon betroffenen Projektentwickler wohl nur schwer vermittelbar. Der Mieter möchte sich, etwa aus wirtschaftlichen Motiven, von einem bereits vollzogenen Vertrag lösen, der möglicherweise jahrelang Bestand hatte. Er kann dies auch, falls er sich über die Rechtslage im Klaren ist, und zwar jederzeit. Dennoch lässt sich im Ergebnis weder ein Vertrag konstruieren, noch kann es dem Mieter verwehrt werden, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrags zu berufen.

1. Annahme durch Schweigen

Bloßes Schweigen stellt regelmäßig keine Willenserklärung dar.²⁸ Auch im Handelsverkehr besteht kein allgemeiner Handelsbrauch, der dem Schweigen auf ein Angebot Erklärungswert beimisst.²⁹ Hiervon gibt es jedoch Ausnahmen.³⁰ So hat die

27 BGH, Urt. v. 24.2.2010 – XII ZR 120/06, ZfIR 2010, 318, Rz. 4 = NJW 2010, 1518, Rz. 5.

28 BGH, Urt. v. 4.4.1951 – II ZR 52/50, BGHZ 1, 353, 355 = NJW 1951, 711; BGH, Urt. v. 29.9.1955 – II ZR 210/54, BGHZ 18, 212, 216 = NJW 1955, 1794, 1795; *Staudinger/Bork*, BGB, 2010, § 146 Rdnr. 5 m. w. Nachw.

29 BGH, Urt. v. 4.4.1951 – II ZR 52/50, BGHZ 1, 353, 355 = NJW 1951, 711; BGH, Urt. v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282, 285 = NJW 1973, 2106, 2107; BGH, Urt. v. 14.2.1995 – XI ZR

Rechtsprechung das Schweigen auf geringfügig verspätet zugegangene Annahmeerklärungen als Zustimmung gewertet.³¹ Dies gelte jedenfalls dann, wenn keine Umstände vorliegen, die auf eine Änderung des Willens des Antragstellers schließen lassen.³² In der Literatur wird diese Auffassung des BGH als bloße Fiktion kritisiert, die dem Empfänger einer verspäteten Annahme die Obliegenheit auferlege, diese Annahme zurückzuweisen. Eine derartige Obliegenheit bestehe aber nur unter den Voraussetzungen des § 149 BGB.³³ Unabhängig von dieser Kritik liegt bei einer Annahme seitens des Projektentwicklers gegen Ende der Fünf-Monats-Frist schon keine geringfügige Verspätung im Sinne dieser Rechtsprechung vor.³⁴ Ferner ist auch beim Schweigen, das wie die ausdrückliche oder konkludente Annahme bloß eine Form der Erklärungshandlung darstellt,³⁵ ein Rechtsbindungswille erforderlich. An diesem fehlt es jedoch, da beide Seiten bereits von einem wirksamen Vertrag ausgehen. Eine Annahme des Mietvertragsangebots durch Schweigen scheidet daher aus.

2. Faktischer Mietvertrag

Wegen des Vollzugs des Mietverhältnisses ist an die Entstehung eines Mietverhältnisses durch faktisches Verhalten zu denken. Schließlich ist die Durchführung von Dauerschuldverhältnissen eine der klassischen Fallgruppen der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen.³⁶ Danach bedarf es zur Begründung eines Vertrages keiner auf die Annahme eines Antrags gerichteten Willenserklärung, sondern es genügt ein rein tatsächlicher Vorgang. Jedoch ist die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen mit der gesetzlichen Regelung in den §§ 145, 147 BGB nicht vereinbar.³⁷ Auch nach Ansicht der Rechtsprechung, die vereinzelt dennoch auf sie zurückgegriffen hat, kommt ein solcher Vertragsschluss, jedenfalls bei Mietverträgen, nicht in Betracht.³⁸

3. Rechtsmissbrauch

Zu erwägen ist schließlich eine Beschränkung der Rechte des Mieters durch den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. Die gegen § 242 BGB verstoßende Ausnutzung einer günstigen Rechtsposition ist als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und damit unzulässig.³⁹ In Betracht kommt ein Verstoß gegen das

65/94, BGH, NJW 1995, 1281 = ZIP 1995, 574; K. Schmidt, in: MünchKomm-HGB, 2. Aufl. (2009), § 346 Rdnr. 130 m. w. Nachw.

30 Busche, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 151 Rdnr. 7 f. m. w. Nachw.; Palandt/Ellenberger (o. Fußn. 4), Einf v § 116 Rdnrn. 7 ff. sowie § 147 Rdnrn. 2 f. m. w. Nachw.

31 BGH, Urt. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313; BGH, Urt. v. 1.6.1994 – XII ZR 227/92, NJW-RR 1994, 1163, 1165; BGH, Urt. v. 10. 2. 1999 – IV ZR 56/98, NJW-RR 1999, 818, 819; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.4.1997 – 10 U 123/95, ZMR 1997, 417; Busche, in: MünchKomm-BGB, (o. Fußn. 30), § 147 Rdnr. 7.

32 BGH, Urt. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313; BGH, Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 234/84, NJW 1986, 1807, 1809.

33 Faust, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2007), § 3 Rdnr. 17 m. w. Nachw.

34 In BGH, Urt. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313 war die Annahmeerklärung lediglich um vier Tage verspätet.

35 BGH, Beschl. v. 19. 9. 2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 68 = NJW 2002, 3629, 3631; Busche, in: MünchKomm-BGB, (o. Fußn. 30), § 133 Rdnr. 58; Bamberger/Roth/Wendtland (o. Fußn. 9), § 133 Rdnr. 29; Palandt/Ellenberger (o. Fußn. 4), Einf v § 116 Rdnr. 17.

36 „Faktisches Vertragsverhältnis kraft sozialen Kontakts“, Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941, S. 14 ff.

37 Faust, BGB Allgemeiner Teil (o. Fußn. 33), § 3 Rdnr. 2.

38 BGH, Urt. v. 26.3.1980 – VIII ZR 150/79, NJW 1980, 1577, 1578; Bamberger/Roth/Ehlert (o. Fußn. 9), § 535 Rdnr. 139a m. w. Nachw.

39 Roth, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 5), § 242 Rdnr. 176; Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet (o. Fußn. 9), § 242 Rdnr. 47; Palandt/Grüneberg (o. Fußn. 4), § 242 Rdnr. 38.

Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*),⁴⁰ insbesondere in seiner Ausprägung der Verwirkung.⁴¹

Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde.⁴² Dabei unterliegen der Verwirkung all diejenigen Rechtspositionen, die gegenüber einem anderen geltend gemacht werden können.⁴³ Zweifelhaft und vom BGH offen gelassen ist, ob das auch für von Amts wegen zu beachtende Einwendungen gilt; für die Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform wurde dies vom BGH jedenfalls bereits verneint.⁴⁴ Geht man dennoch von der Anwendbarkeit der Verwirkung aus, ist bei dem Umstandsmoment zu berücksichtigen, dass der Vertrag wegen der vom Projektentwickler verwandten AGB-Klausel unwirksam ist, der Mieter deshalb nichts von der Unwirksamkeit des Vertrages wusste und sie daher auch nicht geltend machen konnte.⁴⁵

Abgesehen von einer Beschränkung in zeitlicher Hinsicht durch Verwirkung, könnte widersprüchliches Verhalten vorliegend darin zu sehen sein, dass sich der Mieter auf das Nichtbestehen des Mietvertrags beruft, obwohl er diesen bereits über mehrere Jahre hinweg durchgeführt hat. Es gilt der Grundsatz, dass sich jede Partei auf einen Gültigkeitsmangel des Rechtsgeschäfts berufen kann. Anders zu beurteilen ist dies ausnahmsweise dann, wenn eine Partei diesen Mangel zu verantworten hat, und bei dem anderen Teil das Vertrauen in die Wirksamkeit des Geschäfts erweckt hat. In dieser Situation ist es rechtsmissbräuchlich, sich gleichwohl später zum eigenen Vorteil auf den Gültigkeitsmangel zu berufen.⁴⁶ Verantwortlich für das Scheitern der Einigung ist nicht der Mieter, sondern der Projektentwickler, der mit der Aufnahme einer unwirksamen AGB-Klausel die Ursache dafür gesetzt hat, dass kein wirksamer Vertrag zustande kommt, und überdies die Annahme nicht innerhalb der Frist des § 147 Abs. 2 BGB erklärt hat. Darüber hinaus würde, verwehrt man dem Mieter die Berufung auf das Nichtbestehen des Mietvertrags, letztlich auch die Rechtsfolge des § 307 BGB umgangen und das Risiko der Verwendung einer unwirksamen Klausel entgegen der Anordnung in § 306 BGB den Mieter treffen.

IV. Zusammenfassung

Es kann festgehalten werden, dass sich zwei Senate des BGH in einer grundlegenden Frage der Rechtsgeschäftslehre widersprechen, ohne sich dessen bewusst zu sein. Es

40 Staudinger/Looschelders/Olzen, BGB, 2009, § 242 Rdnrn. 214 ff.; Roth, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 5), § 242 Rdnrn. 255 ff.; Palandt/Grüneberg (o. Fußn. 4), § 242 Rdnrn. 55 ff.

41 BGH, Urt. v. 16.6.1982 – IV b ZR 709/80, BGHZ 84, 280 = NJW 1982, 1999; Roth, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 5), § 242 Rdnr. 296.

42 BGH, Urt. v. 16.6.1982 – IV b ZR 709/80, BGHZ 84, 280 = NJW 1982, 1999; BGH, Urt. v. 18.10.2006 – XII ZR 33/04, ZfIR 2007, 178 = NJW 2007, 147, 148; BGH, Urt. v. 15.9.2010 – XII ZR 148/09, NJW 2010, 3714, 3715.

43 BGH, Urt. v. 22.2.1952 – I ZR 117/51, BGHZ 5, 189, 194 f. = NJW 1952, 665; Soergel/Teichmann, 13. Aufl. (2002), § 242 Rdnr. 335.

44 BGH, Urt. v. 16.7.2004 – V ZR 222/03, NJW 2004, 3330; vgl. auch Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet (o. Fußn. 9), § 242 Rdnr. 134.

45 Vgl. BGH, Urt. v. 12.3.2008 – XII ZR 147/50, NJW 2008, 2254, 2255 f.

46 BGH, Urt. v. 11.1.1966 – V ZR 160/65, BGHZ 44, 367, 370 = NJW 1966, 773; BGH, Urt. v. 28.1.1993 – IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224, 233 = NJW 1993, 1126, 1128; BGH, Urt. v. 1.2.2007 – III ZR 281/05, NJW 2007, 1130, 1131; Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet (o. Fußn. 9), § 242 Rdnrn. 106, 116.

bleibt abzuwarten, ob und wie der Mietrechtssenat auf die Entscheidung des Grundstückssenats reagieren wird.

Für die Praxis hat diese Entscheidung bereits jetzt erhebliche Konsequenzen. Die langfristigen Einkünfte aus den Mietverträgen stellen den entscheidenden Faktor für die Wertberechnung einer Immobilie dar und sind ausschlaggebend für den Erfolg eines Projekts. Zwar wird sich die Kautelarpraxis in Zukunft alternativer Gestaltungen bedienen können;⁴⁷ es bleibt jedoch eine unüberschaubare Zahl von Altfällen, in denen sich Mieter, so sie sich der Rechtslage bewusst sind, ohne Weiteres vom Vertrag lossagen können.

⁴⁷ Hierzu ausführlich *Herrler/Suttmann*, DNotZ 2010, 883, 895; theoretisch möglich scheint auch eine „Flucht“ in die Individualabrede, näher *Kappus*, NZM 2010, 529, 534 f.