

Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht

von

Thomas Hannemann, Michael Wiegner, Bruno Achenbach, Elke Altner, Jörg Bellinghausen, Wolfgang Belser, Hartmut Bister, Werner Borzutzki-Pasing, Dr. Marco Flaute, Wolfgang Flintrop, Dr. Richard Gies, Suzanne R. Gößl, Markus Groll, Dr. Hans Reinold Horst, Joachim Kleinrahm, Prof. Dr. Klaus Kniep, Benedikt Lehr, Dr. Marc Leonhard, Stefan Lück, Thomas Lutz, Erich-Wolfgang Moersch, Karl-Friedrich Moersch, Dr. Henrik Over, Gerhardt Purwins, Wolfgang Schneider, Norbert Schönleber, Martina Seyfarth, Norbert Slomian, Bernd Vielitz, Jörg Weißker, Günther Wölfe, Ludwig Zürn

4., überarbeitete und erweiterte Auflage

[Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht – Hannemann / Wiegner / Achenbach / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Miet- und Wohnrecht, Leasing, Pachtrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64810 6

einmaliges Vertragsangebot zum Abschluss des Hauptvertrages vom anderen Vertragspartner abgelehnt wird. Dem ablehnenden Vertragspartner bleibt es unbenommen, ein Gegenangebot zu machen. Dieses Gegenangebot darf nicht unbeachtet bleiben; die Ablehnung von Verhandlungen unter Verweisung auf das eigene Angebot kann gegen Treu und Glauben verstoßen.⁸⁹

Grundsätzlich kann das vorgelegte Vertragsangebot inhaltlich in gewissem Umfang vom Vorvertrag abweichen, ohne „vertragswidrig“ zu sein. Zulässig ist zB eine geringfügige Anhebung des monatlichen Mietzinses, wenn der Vorvertrag nur eine überschlägige Berechnung desselben enthielt. Als zulässig wird auch eine Neugestaltung des Rechts zur Untervermietung angesehen, wenn dies im berechtigten Interesse des Vermieters liegt und der Klarstellung dient. Nicht zulässig ist eine erstrebte Änderung in der Person des Vermieters.

Des Weiteren sind die Parteien eines Mietvorvertrages gehalten, die entgegenstehenden Hindernisse nach Möglichkeit zu beseitigen.⁹⁰ In der Zeit zwischen dem Abschluss des Vorvertrages und dem beabsichtigten Abschluss des Hauptvertrages können Veränderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse eintreten. Diese sind zu berücksichtigen und zwar dergestalt, dass die Bestimmungen des nunmehr abzuschließenden Hauptvertrages so festzulegen sind, wie die Parteien sie bei Kenntnis dieser Veränderungen festgelegt haben würden.⁹¹ Besonders tiefgreifende Veränderungen können nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage dazu führen, dass der Abschluss des Hauptvertrages überhaupt nicht mehr in Betracht kommt.⁹²

Der Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages unterliegt der regelmäßigen Verjährung (§§ 195, 199 BGB). Im Einzelfall empfiehlt sich sicherlich eine (formlose) Vereinbarung über eine Verlängerung der Verjährungsfrist (§ 202 BGB). Da ein Mietvorvertrag nicht mit einem Mietvertrag gleichzusetzen ist, geht die Verpflichtung nicht auf den Erwerber der Mietsache über.⁹³

Daneben bestehen vertragliche **Nebenpflichten**; insbesondere müssen die Parteien alles unterlassen, was dem Abschluss des Hauptvertrages im Wege stehen könnte.⁹⁴ Werden diese Verpflichtungen verletzt, so kann der jeweils andere Vertragsteil Schadenersatz verlangen.

Hat der Mieter aufgrund des Vorvertrages bereits den Besitz der Mietsache erlangt, steht ihm ein Besitzrecht zu, solange er Erfüllung des Vorvertrages verlangen kann. Dem Herausgabeanspruch des Eigentümers gemäß § 985 BGB steht dann der Einwand unzulässiger Rechtsausübung gemäß § 242 BGB entgegen, wenn er aufgrund des Vorvertrages verpflichtet ist, mit dem Besitzer einen Mietvertrag zu schließen, denn er fordert damit etwas, was er kraft der Verpflichtung zum Abschluss des Mietvertrages und der hieraus folgenden Pflicht zur Gebrauchsüberlassung sofort zurückgeben müsste.⁹⁵ Das Besitzrecht des Mieters entfällt hingegen, wenn der Vermieter ein Kündigungsrecht entsprechend den mietrechtlichen Regeln erwirbt, etwa nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Zahlungsverzug des Mieters.⁹⁶

Nimmt aber eine Partei des Vorvertrages das Mietobjekt vor Abschluss des Hauptvertrages eigenmächtig in Besitz, so begeht sie **verbotene Eigenmacht**.⁹⁷

b) Erfüllung – Leistungsstörungen beim Vorvertrag. In erster Linie verpflichtet der Vorvertrag zum Abschluss des Hauptvertrages. Erfüllung tritt mit Abschluss eines formgültigen Hauptvertrages ein. Scheitern aber die Verhandlungen über den Abschluss des Hauptvertrages endgültig, können die Parteien den Vorvertrag einvernehmlich aufheben und die Pflicht zum Abschluss des Hauptvertrages hinfällig machen. Da der Vorvertrag ein vollwertiger schuldrechtlicher Vertrag ist, unterliegt er zur Gänze den allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts (§§ 275 ff. BGB).

⁸⁹ Vgl. BGH WuM 1958, 491.

⁹⁰ S. Bub/Treier/Drethmann II Rn. 266.

⁹¹ Vgl. BGH NJW 1986, 2822 (2832).

⁹² Vgl. BGH NJW 1962, 1812.

⁹³ S. Palandt/Weidenkaff Einf. v. § 535 Rn. 4; Blank/Börstinghaus/Blank § 566 Rn. 7.

⁹⁴ Vgl. BGH NJW 2007, 1817 (1818); Schmidt-Futterer/Blank Vorb. § 535 Rn. 117.

⁹⁵ Vgl. OLG Köln WuM 1992, 361 (362); KG Urt. v. 5.5.2003 – 8 U 108/02.

⁹⁶ Vgl. OLG Köln NJW-RR 1992, 1162 = WuM 1992, 361.

⁹⁷ Vgl. BGH WuM 1971, 44.

- 66 Grundtatbestand und grundsätzlich einzige Anspruchsgrundlage des Leistungsstörungenrechts ist § 280 BGB. Diese Norm wurde aus dem ungeschriebenen, allgemein anerkannten Tatbestand der positiven Vertragsverletzung entwickelt und ersetzt diesen zugleich. Auch Unmöglichkeit und Verzug, für die die §§ 283 und 286 BGB ergänzende Regelungen enthalten, fallen unter § 280 BGB. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB ist, dass der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat und diese Pflichtverletzung zu vertreten hat. Auch die bloße Nichterfüllung ist eine Pflichtverletzung.⁹⁸ Unmöglichkeit ist ein Schuldbefreiungsgrund (§ 275 Abs. 1 BGB) und berechtigt gemäß § 283 S. 1 BGB den Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen. Der Bundesgerichtshof hat zum früheren Recht entschieden, dass keine Unmöglichkeit vorliegt, wenn der Vermieter die auf Grund des Vorvertrages zu vermietenden Räume bereits an einen Dritten vermietet und überlassen hat, weil der Abschluss des Hauptvertrages dennoch möglich bleibt und der Vertrag auch rückwirkend geschlossen werden kann.⁹⁹ An dieser Beurteilung hat sich nichts geändert.
- 67 Verzug ist ein qualifizierter Fall der Nichterfüllung, der vom Eintritt zusätzlicher, in § 286 BGB niedergelegter Voraussetzungen abhängig ist. Liegen diese vor, kann der Gläubiger Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 2 BGB verlangen. Ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung (bisher: Schadensersatz wegen Nichterfüllung) steht dem Gläubiger nur zu, wenn zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB auch die der §§ 281, 282 oder 283 BGB erfüllt sind.¹⁰⁰ Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung begründet nach § 281 Abs. 2 BGB ohne Fristsetzung einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung. Dieser bereits bisher allgemein anerkannte Grundsatz der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung ist jetzt ausdrücklich in § 281 Abs. 2 BGB, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB und § 323 Abs. 2 BGB kodifiziert. Der Bundesgerichtshof hat bisher bei Vorliegen eines Vorvertrages und einer behaupteten Weigerung zum Abschluss des Hauptvertrages strenge Anforderungen an die Annahme einer Erfüllungsverweigerung gestellt. Die Weigerung zum (Haupt-)Vertragsabschluss musste außer Zweifel stehen; dh es wurde gefordert, dass der Schuldner sich über das auf die vertragliche Leistung gerichtete Erfüllungsverlangen des Gläubigers im Klaren ist und ohne Rücksicht auf die möglichen Folgen seine Weigerung gewissermaßen als letztes Wort klar zum Ausdruck bringt.¹⁰¹ Daran hat sich durch die Kodifizierung nichts geändert.
- 68 Besonders hinzuweisen ist auf § 325 BGB. Danach wird das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, durch einen Rücktritt nicht ausgeschlossen (gemäß § 323 BGB), dh der Gläubiger kann nunmehr Rücktritt und Schadensersatz miteinander kombinieren. Er kann sich vom Vertrag lösen, ohne anderer Ansprüche verlustig zu gehen. Vor den Neuerungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes war es notwendig, sich des Konstrukts einer Erschütterung der Vertrauensgrundlage¹⁰² zu bedienen, um eine Möglichkeit des Rücktritts zB für denjenigen zu schaffen, der sich einer erheblichen Überschreitung des im Vorvertrag vorgesehenen Vertragsbeginns ausgesetzt sah.¹⁰³ § 323 BGB gewährt dem Gläubiger auch dann ein Recht zum Rücktritt, wenn der Schuldner seine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Da Voraussetzung für einen Rücktritt grundsätzlich nur noch der erfolglose Ablauf einer dem Schuldner gesetzten Frist ist, dürfte die Konstruktion der Erschütterung der Vertrauensgrundlage weitgehend entbehrlich geworden sein.¹⁰⁴ Darüber hinaus berechtigen grundsätzlich alle Tatsachen, bei deren Vorliegen eine der Parteien des abzuschließenden Mietvertrages zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt wäre, in der Regel auch zum Rücktritt vom Vorvertrag.¹⁰⁵ Kommt es infolge einer arglistigen Täuschung

⁹⁸ S. Canaris JZ 2001, 512; Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 13.

⁹⁹ Vgl. BGH NJW-RR 1993, 139 (141) = ZMR 1993, 55, 57; Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, S. 204.

¹⁰⁰ § 280 Abs. 3 BGB; vgl. Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 13.

¹⁰¹ Vgl. BGH ZMR 1993, 55.

¹⁰² Vgl. BGH NJW 1958, 1531; BGH NJW 1984, 479 (480); Michalski ZMR 1999, 141 (145).

¹⁰³ Vgl. OLG Koblenz NZM 1998, 405.

¹⁰⁴ S. gleichwohl Palandt/Ellenberger Einf. v. § 145 Rn. 22.

¹⁰⁵ S. MüKoBGB/ § 535 BGB Rn. 18; Bub/Treier/Drethmann II Rn. 279.

zum Abschluss eines Vorvertrages, ist der Getäuschte zur Anfechtung berechtigt. So kann zB der Vermieter den mit dem potenziellen Mieter geschlossenen Mietvorvertrag wirksam anfechten, wenn dieser die Frage nach seiner Bonität wahrheitswidrig beantwortet hat.¹⁰⁶

Hat eine Partei bereits aufgrund des Vorvertrages Leistungen erbracht, zum Beispiel eine Mietvorauszahlung, und den Hauptvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, so muss auch der Vorvertrag angefochten werden, um Bereicherungsansprüche auszulösen. Die Anfechtung nur des Hauptvertrages genügt nicht.¹⁰⁷ Kann nur der Hauptvertrag, aber nicht der Vorvertrag angefochten werden, ergibt sich aus dem Vorvertrag weiterhin die Verpflichtung zum erneuten Hauptvertragsabschluss, allerdings möglicherweise mit modifiziertem Inhalt.

c) **Gerichtliche Geltendmachung.** Jede Partei kann aus dem Mietvorvertrag auf Erfüllung, dh auf Abschluss des Mietvertrages klagen. Der aus dem Vorvertrag resultierende Erfüllungsanspruch ist auf Abschluss eines Hauptvertrages mit dem Inhalt gerichtet, den der Vorvertrag für den künftig abzuschließenden Hauptvertrag vorsieht. Die richtige Klageart ist die **Leistungsklage**.

Die Leistungsklage ist grundsätzlich auch bei einem Streit über das (wirksame) Zustandekommen eines Vorvertrages die richtige Klageart. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für eine Feststellungsklage im Allgemeinen kein Raum, wenn eine Leistungsklage möglich ist, die das Rechtsschutzinteresse des Klägers ebenso wahren kann.¹⁰⁸ Die Besonderheiten eines Falles können jedoch dazu führen, dass letztlich nur eine **Feststellungsklage** dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers entspricht und zur Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führen kann; das gilt insbesondere, wenn es nicht um Details des Mietvertrages geht, sondern die Frage der Vermietung überhaupt streitig ist.¹⁰⁹

Die Leistungsklage ist auf Abgabe der den Hauptvertrag zustande bringenden Willenserklärung, also regelmäßig auf **Annahme** des mit der Klage im vollständigen Wortlaut unterbreiteten Vertragsangebotes zu richten.¹¹⁰ Denn jedenfalls dann, wenn der in Aussicht genommene Hauptvertrag im Vorvertrag inhaltlich bereits vollständig ausformuliert worden ist, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Abgabe eines Angebots durch die Gegenseite. Regelt ein Vorvertrag nicht den vollständigen Inhalt des in Aussicht genommenen Hauptvertrages, sondern verweist er insoweit lediglich auf Bestimmungen in Verträgen, die der Verpflichtete mit anderen geschlossen hat, so muss der Berechtigte mit seinem Klageantrag kein eigenes Angebot unterbreiten und dessen Annahme verlangen, sondern kann auf Abgabe eines ausformulierten Vertragsangebotes durch den Verpflichteten klagen.¹¹¹

Grundsätzlich muss der Klageantrag den **gesamten Inhalt** des zukünftigen Hauptvertrages wiedergeben.¹¹² Es kann im Einzelfall ausreichend sein, wenn der Klageantrag die Mietvertragsparteien, das Mietobjekt, den Mietzins und die Vertragsdauer enthält.¹¹³ Entscheidend ist, dass der Klageantrag das Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erfüllt, so dass aus einem stattgebenden Urteil nach § 894 ZPO vollstreckt werden kann. Bestimmt genug ist er, wenn er alles enthält, was nach der Vorstellung des Klägers Inhalt der Verpflichtung des Beklagten zum Abschluss des gewünschten Vertrages bilden soll.¹¹⁴ Andernfalls liefe der Kläger Gefahr, eine Klagabweisung zu erhalten, da von der Rechtsprechung ein Rechtsschutzbedürfnis für eine stückweise Herbeiführung des Gesamtvertrages im Wege von Teilleistungsklagen grundsätzlich nicht anerkannt wird.¹¹⁵ Veränderungen der tatsächli-

¹⁰⁶ Vgl. AG Wolfsburg Urt. v. 9.8.2000 – 22 C 498/99, NZM 2001, 987.

¹⁰⁷ Vgl. BGH WuM 1973, 238.

¹⁰⁸ Vgl. BGH NJW 2002, 3016 (3017); BGH NJW-RR 1994, 1272 (1273) mwN.

¹⁰⁹ Vgl. BGH NJW 2002, 3016 (3017).

¹¹⁰ Vgl. BGH NJW 2002, 3016 (3017); BGHZ 97, 147; NJW-RR 1994, 317 (318); so auch *Fleischmann* NZM 2012, 625 (628).

¹¹¹ Vgl. BGH NJW 1984, 479 (480); s. aber auch BGH NJW 1986, 2822; BGH Das Grundeigentum 2001, 416 (zum Kaufvertrag).

¹¹² Vgl. BGH NJW-RR 1994, 1272 (1273); *Fleischmann* NZM 2012, 625 (628).

¹¹³ S. *Kimme/Schach* Teil II, Rn. 178.

¹¹⁴ Vgl. BGH NJW 2002, 3016 (3018); BGH ZMR 1994, 106; BGH WM 1961, 1053 (1055).

¹¹⁵ Vgl. BGH ZMR 1994, 106.

chen Verhältnisse seit Abschluss des Vorvertrages sind im Klageantrag entsprechend zu berücksichtigen.¹¹⁶

- 74 Die für das Zustandekommen eines Vorvertrages maßgeblichen Tatsachen muss die Partei darlegen und beweisen, die aus dem Vertrag Rechte für sich herleiten will. Der Darlegungspflichtige muss vortragen, dass zwischen den Parteien ein Vorvertrag gewollt war. Des Weiteren ist er verpflichtet, die Umstände darzulegen, aus denen sich der rechtskräftige Bindungswille der Parteien herleiten lässt.¹¹⁷
- 75 Das Gericht kann nur zur Abgabe einer solchen Willenserklärung verurteilen, die sich mit dem Inhalt des Vorvertrages deckt, nicht hingegen zu einer anderen Erklärung. Das gilt etwa, wenn mit der Klage die Verurteilung zum Abschluss eines Mietvertrages mit einer längeren als im Vorvertrag vereinbarten Laufzeit gefordert wird. Das Gericht ist dann wegen der in den §§ 308 Abs. 1 S. 1, 523, 536 ZPO normierten Bindung an die Parteianträge daran gehindert, den Beklagten zum Abschluss eines Hauptvertrages mit kürzerer (korrekter) Laufzeit zu verurteilen.¹¹⁸ Soweit Unsicherheiten über den Umfang der vertraglichen Bindung bestehen, sollte der Kläger daher immer entsprechende **Hilfsanträge** stellen, um das Risiko einer Klagabweisung im vollen Umfang zu vermeiden.¹¹⁹
- 76 Mit Rechtskraft eines stattgebenden Urteils gilt die Annahmeerklärung als abgegeben (§ 894 ZPO) und der Vertrag als geschlossen.¹²⁰
- 77 Mit der Klage auf Abschluss des Mietvertrages kann **zugleich** eine Klage auf Erfüllung der aus dem Mietvertrag geschuldeten Leistung (zB Mietzins) erhoben werden.¹²¹ Die auf die Erfüllung der Leistungen aus dem erstrebten Hauptvertrag gerichteten Klageanträge stehen dann unter der innerprozessualen Rechtsbedingung, dass dem Antrag auf Abschluss des Hauptvertrages stattgegeben wird.
- 78 Die **sachliche und örtliche Gerichtszuständigkeit** für Ansprüche aus einem Mietvorvertrag bestimmt sich nach §§ 23 Nr. 2 a GVG, 29 a ZPO.¹²²
- 79 Im Wege der **einstweiligen Verfügung** kann aufgrund eines Mietvorvertrages weder eine Besitzeinräumung noch die Abgabe einer Willenserklärung zum Abschluss des Mietvertrages durchgesetzt werden. Ein Mietvorvertrag gewährt nur einen Anspruch auf Abschluss des Mietvertrages und noch keinen Anspruch auf Besitzeinräumung. Die Abgabe einer Willenserklärung zum Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages kann im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich nicht verlangt werden, da dies die Hauptsache vorwegnehmen und somit dem vorläufigen Charakter des Eilrechtsschutzes widersprechen würde.¹²³ Die Unstatthaftigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Abschluss eines Mietvertrages ist auch dann zu bejahen, wenn der Vermieter mit zwei verschiedenen Parteien jeweils einen Mietvorvertrag abgeschlossen hat. Zum einen würde ansonsten die Entscheidungsfreiheit des Vermieters, mit wem er zur Überlassung des Mietobjekts einen endgültigen Vertrag abschließt, deutlich eingeschränkt; zum anderen bestünde das Problem konkurrierender Überlassungsverbote in gleicher Weise wie im Fall der sogenannten Doppelvermietung.¹²⁴

4. Vertragsgestaltung und Muster

- 80 Zu Zwecken der Beweissicherung empfiehlt sich eine schriftliche Niederlegung des Vorvertrages. Je genauer die Parteien die Kriterien zur endgültigen Festlegung der Vertragsbedingungen des künftigen Mietvertrages bereits festlegen, desto besser.

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 98, 130 und BGH NJW 1962, 1812.

¹¹⁷ Vgl. BGH NJW 1980, 1577 (1578); Schmidt-Futterer/*Blank* Vorb. § 535 Rn. 121.

¹¹⁸ S. OLG Köln DWW 1992, 210.

¹¹⁹ S. *Fleischmann* NZM 2012, 625 (628) mwN.

¹²⁰ Vgl. BGH NJW 1984, 479 (480); zur Vollstreckung siehe Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/*Stellmann* Kap. 3 Rn. 32 f.

¹²¹ Vgl. BGHZ 98, 130 (134); BGH NJW 1986, 2820 (2821); OLG Köln ZMR 1998, 283 (284); OLG Koblenz NZM 1998, 405; Palandt/*Ellenberger* Einf. v. § 145 Rn. 21.

¹²² S. AG Schöneberg ZMR 2000, 132; *Fleischmann* NZM 2012, 625 (628).

¹²³ Vgl. OLG Celle ZMR 2009, 113 f.; AG Schöneberg ZMR 1999, 643 (644, 645); *Schach*, Das Grundrentum 1994, 132.

¹²⁴ Vgl. OLG Celle ZMR 2009, 113 f.; OLG Hamm NZM 2004, 192 (193).

Folgende Punkte sollten bei der Vereinbarung beachtet und konkret ausformuliert werden:

Checkliste:

81

☐ Auf welchen Mietgegenstand bezieht sich die Vereinbarung?
Genaue Bezeichnung des Mietobjekts und mitvermieteter Räume und Gegenstände – wie im Mietvertrag.

☐ Wer sind die Vertragspartner?
Genaue Bezeichnung der Parteien des zukünftigen Mietvertrages.

☐ Welcher Mietzins soll gelten?
Absoluter Betrag pro Quadratmeter mit oder ohne Anpassungsfaktoren.

☐ Welche Laufzeit soll der zukünftige Vertrag haben?

☐ Welche Regelungen sollen bezüglich einer Untervermietung gelten?

☐ Wie hoch soll die Kautions sein?

☐ Welche Nebenkostenregelung soll gelten?

☐ Soll der Vorvertrag befristet werden?

☐ Was soll gelten, wenn das „Hindernis“ nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt beseitigt ist?

Ein Vorvertrag könnte folgendermaßen lauten:

Muster: Vorvertrag

82

Herr/Frau (zukünftiger Vermieter), wohnhaft in
und
Herr/Frau (zukünftiger Mieter), wohnhaft in
verpflichten sich, einen schriftlichen Mietvertrag über
die im Anwesen in, in derstraße,
im Geschoss (rechts/links/Mitte) belegene Wohnung,
bestehend aus Zimmern, Küche, Diele, Flur, Bad/Dusche,
WC, Kellerraum abzuschließen. Die Wohnfläche beträgt m².
Die Miete wird voraussichtlich brutto/kalt monatlich Euro betragen.
Die Wohnung wird voraussichtlich am zum Bezug bereitstehen.
Regelungen zu den Schönheitsreparaturen, der Leistung einer Kautions sowie den Nebenkosten-
vorauszahlungen

Der zukünftige Mieter ist berechtigt, von dem Vorvertrag zurückzutreten, wenn sich der Bereitstel-
lungstermin um mehr als Monate hinausschiebt oder die endgültige Miete sich gegenüber
der in Aussicht genommenen um mehr als Prozent erhöht. Der Rücktritt ist spätestens zwei
Wochen nach Mitteilung des verzögerten Bereitstellungstermins oder der erhöhten Miete schrift-
lich zu erklären.

.....
(Datum/Unterschriften)

V. Option

1. Allgemeines

a) **Begriffsbestimmung und Abgrenzung.** Ein (Miet-)Optionsrecht gestattet dem Berech- 83
tigten, durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung entweder ein Mietverhältnis
zustande zu bringen oder ein bestehendes Mietverhältnis über die zunächst vorgesehene
Laufzeit hinaus auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu verlängern. Im ersten Fall spricht

man von einer sog. **Begründungsoption**, im zweiten Fall von einer sog. **Verlängerungsoption**.¹²⁵ Gemeinsam ist beiden Optionsformen, dass sie nur denjenigen binden, der sie gewährt. Gewähren kann eine Option sowohl der (zukünftige) Vermieter als auch der Mieterinteressent. Die Ausübung des Rechts liegt allein im Belieben des Optionsberechtigten.¹²⁶ Das Optionsrecht ist rechtlich als ein Gestaltungsrecht zu qualifizieren.¹²⁷

- 84 Im Folgenden wird nur die **Begründungsoption** behandelt. Näheres zur Verlängerungsoption findet sich in § 29 „Vertragsbeendigung ohne Kündigung“.
- 85 Mit Vereinbarung einer Begründungsoption entsteht im Gegensatz zu einem **Vorvertrag** kein schuldrechtlicher, ggf. auch einklagbarer Anspruch auf Abschluss des Mietvertrages, vielmehr wird die Begründung des Mietvertrages mit Ausübung des Rechts **unmittelbar** herbeigeführt.¹²⁸ Die Begründungsoption unterscheidet sich vom Vorvertrag des Weiteren dadurch, dass ein im Einzelnen ausgehandelter Hauptvertrag schon vorliegt und es im freien Belieben des Berechtigten steht, ob es überhaupt zur Durchführung dieses Hauptvertrages kommen soll.¹²⁹
- 86 Von der **Vormiete** unterscheidet sich die Option dadurch, dass der Inhalt des Mietvertrages bereits feststeht, während bei einem Vormietrecht der Vermieter durch Verhandlungen mit einem Dritten den Vertragsinhalt noch gestalten kann. Hängt bei der Vormiete der Inhalt des Vertrages von einem sog. Drittgeschäft ab, so ist bei der Option der Zeitpunkt seiner Verwirklichung noch ungewiss.
- 87 Das **Anmietrecht** gewährt dem Berechtigten nur die Position des ersten Verhandlungspartners, das Optionsrecht macht ihn mit dessen Ausübung unmittelbar zum Vertragspartner.
- 88 Streiten die Parteien darüber, ob dem Vermieter oder dem Mieter eine „Mietoption“ eingeräumt worden ist, so ist zu berücksichtigen, dass dieser Begriff auf eine Befugnis des Mieters hinweist; denn etwas zu mieten ist seine Sache.¹³⁰ Vereinbaren Käufer und Verkäufer eines Mietobjekts, dass **jede** Partei ab einem bestimmten Zeitpunkt zu einem vorbestimmten Preis eine Anmietung desselben durch den Verkäufer verlangen kann, so handelt es sich rechtlich um einen Vorvertrag, nicht um ein Optionsrecht.¹³¹ Das OLG Köln sah es als erwiesen an, dass diese rechtliche Qualifizierung der Vereinbarung dem übereinstimmenden Willen beider Parteien entsprach und damit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹³² Vorrang vor ihrem Wortlaut und jeder anderweitigen Interpretation habe.
- 89 Teils wird auch die Abgabe eines unbefristeten oder auf längere Zeit befristeten **Angebots zum Abschluss eines Mietvertrages** als Einräumung eines Optionsrechts bezeichnet.¹³³ Dem ist schon deshalb nicht zu folgen, weil Angebot und Begründungsoption unterschiedlichen Formvorschriften unterliegen. Anders als bei der Begründungsoption ist für das Angebot wie die Annahmeerklärung das Schriftformerfordernis des § 550 S. 1 BGB zu beachten, wenn eine Mietdauer über ein Jahr wirksam vereinbart werden soll.
- 90 **b) Praktische Bedeutung.** In der Praxis der **Wohnraummiete** spielt die Begründungsoption eine wesentlich geringere Rolle als die Verlängerungsoption. Gleichwohl kann die Vereinbarung einer Begründungsoption für beide Parteien sinnvoll sein:
- zu Gunsten des künftigen Vermieters, wenn das zu vermietende Gebäude erst in der Planung oder noch im Bau ist,
 - zu Gunsten des künftigen Vermieters, wenn er selbst den Zeitpunkt bestimmen will, zu dem er die derzeitige Eigennutzung aufgibt,
 - zu Gunsten des künftigen Mieters, wenn er den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses bestimmen will,

¹²⁵ S. Soergel/Heintzmann Vorb. § 535 Rn. 8.

¹²⁶ S. MüKoBGB/Häublein § 535 Rn. 25.

¹²⁷ Vgl. BGH NJW 1968, 551 (552).

¹²⁸ S. Soergel/Heintzmann Vorb. § 535 Rn. 8; Staudinger/Emmerich Vorb. § 535 Rn. 100.

¹²⁹ Vgl. KG Urt. v. 22.1.2004 – 8 U 193/03.

¹³⁰ Vgl. BGH WM 1989, 1033.

¹³¹ Vgl. OLG Köln ZMR 1998, 283.

¹³² Vgl. zuletzt BGH NJW 1994, 1528.

¹³³ S. Schmidt-Futterer/Blank Vorb. § 535 Rn. 124.

- zu Gunsten des künftigen Mieters, wenn der Vermieter ein besonderes Interesse an der Vermietung einer Wohnung an diesen bestimmten Bewerber hat; durch die Vereinbarung einer Option kann er der Person seiner Wahl eine Überlegungszeit gewähren.

Letztlich kommt also die Vereinbarung eines Optionsrechts dann in Betracht, wenn sich die Parteien über den gesamten Inhalt des künftigen Mietvertrages ohne Weiteres einig sind, sich aber eine der Vertragsparteien die Entscheidung, ob es zum Vertragsschluss kommen soll, oder die Entscheidung, wann es zum Vertragsschluss kommen soll, vorbehalten möchte. 91

2. Begründung des Optionsrechts

Ein Optionsrecht wird durch eine Vereinbarung begründet, in der ein Vertragspartner dem anderen das Gestaltungsrecht einräumt, durch einseitige Erklärung einen inhaltlich feststehenden (oder zumindest nach vereinbarten Bedingungen inhaltlich festzulegenden) Mietvertrag zustande zu bringen.¹³⁴ Diese Vereinbarung kann nicht nur unentgeltlich, sondern auch gegen ein sog. Bindungsentgelt getroffen werden. 92

Ob die Vereinbarung einer Begründungsoption formfrei möglich ist, ist umstritten. Die wohl hM plädiert für Formfreiheit.¹³⁵ Aus Zwecken der Beweissicherung empfiehlt sich generell eine schriftliche Abfassung der Vereinbarung. 93

Die Einräumung einer Begründungsoption hat grundsätzlich keine Wirkungen auf den potenziellen Erwerber einer Wohnung. Solange die Option nicht ausgeübt und ein Mietverhältnis damit nicht begründet oder in Kraft gesetzt wird, ist ein Grundstückserwerber daran nicht gemäß § 566 Abs. 1 BGB gebunden.¹³⁶ Etwas anderes soll aber dann gelten, wenn der Optionsberechtigte sein Recht vor Eintragung des Erwerbers im Grundbuch ausübt, das Mietverhältnis aber erst nach Erwerbsübergang beginnen soll.¹³⁷ In diesem Fall ist der Erwerber an den Vertrag gebunden. 94

3. Ausübung des Optionsrechts

Der Mietvertrag kommt erstmalig dann zustande, wenn die begünstigte Partei von ihrem Recht Gebrauch macht. Die Ausübung einer Begründungsoption erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. 95

Bei Fehlen einer Vereinbarung über die Form der Erklärung kann sie mündlich erfolgen, da sie nicht formgebunden ist.¹³⁸ Den Parteien bleibt es aber unbenommen, für die Erklärung die Schriftform zu vereinbaren. Zu beachten ist, dass auch bei einer Abrede, nach der die Option nur durch Einschreiben ausgeübt werden kann, nur die Schriftform rechtsbegründende Bedeutung hat; der Übermittlungsform durch Einschreiben kommt lediglich eine Beweisfunktion zu.¹³⁹ 96

Auch bezüglich einer Ausübungsfrist sind zeitliche Absprachen möglich. Ist für die Ausübung der Option keine Frist bestimmt, so ist in analoger Anwendung des § 544 BGB davon auszugehen, dass der Berechtigte nach Ablauf von dreißig Jahren mit der Ausübung des Optionsrechts ausgeschlossen wird. Sollten vor der Ausübung des Optionsrechts Umstände eintreten, bei deren Vorliegen die Parteien zur fristlosen Kündigung berechtigt wären, so besteht ein Rücktrittsrecht.¹⁴⁰ 97

¹³⁴ S. Staudinger/*Emmerich* Vorb. § 535 Rn. 100.

¹³⁵ Bub/*Treier/Dreßmann* II Rn. 424; Soergel/*Heintzmann* Vorb. § 535 Rn. 8; für Schriftformerfordernis: Palandt/*Weidenkaff* Vorb. § 535 Rn. 7; Staudinger/*Emmerich* Vorb. § 535 Rn. 104; siehe auch MüKoBGB/*Häublein* § 535 Rn. 26.

¹³⁶ S. MüKoBGB/*Häublein* § 535 BGB Rn. 26.

¹³⁷ Vgl. BGH NJW 1964, 1851 zu § 571 BGB aF.

¹³⁸ So *Michalski* ZMR 1999, 141, 147; MüKoBGB/*Häublein* §§ 535 Rn. 27; teilweise aA OLG Frankfurt Urt. v. 20.5.1998 – 23 U 121/97; formbedürftig, soweit auch der Mietvertrag, aus dem sich das Optionsrecht ergibt, formbedürftig war; Nies/*Gies/Borzutzki-Pasing* Form. A. V. 3 Anm. 4 befürwortet Schriftform jedenfalls, wenn das zu begründende Mietverhältnis länger als ein Jahr dauern soll.

¹³⁹ Entschieden für eine Verlängerungsoption: OLG Hamm ZMR 1995, 248.

¹⁴⁰ Schmidt-Futterer/*Blank* Vorb. § 535 Rn. 123.

4. Vertragsgestaltung

98 Bei der Vertragsgestaltung sollten folgende Fragen geklärt werden:

Checkliste:

- ☐ Wer ist berechtigt und wer verpflichtet aus der Option?
- ☐ Ist der Inhalt des Mietvertrages hinsichtlich des Mietobjekts, der Höhe des Mietzinses und der Mietdauer so bestimmt, dass er keiner Ergänzung bedarf?
- ☐ Soll der Verpflichtete seinerseits verpflichtet werden, die Pflichten aus der Option seinen Rechtsnachfolgern aufzuerlegen?
Der Optionsberechtigte sollte zur Wahrung seines Rechtes darauf achten, dass er den Eigentümer und etwaigen künftigen Vermieter verpflichtet, seinen Rechtsnachfolgern im Eigentum die Rechte und Pflichten aus der Optionsabrede aufzuerlegen und diese zugleich zu verpflichten, in gleicher Weise künftige Rechtsnachfolger zu binden.
- ☐ Soll eine Frist zur Ausübung des Optionsrechts bestimmt werden?
- ☐ Soll ein Bindungsentgelt für diesen Zeitraum vereinbart werden?
- ☐ Soll für die Erklärung über die Ausübung des Optionsrechts eine bestimmte Form vereinbart werden?

VI. Culpa in contrahendo

1. Allgemeines/Haftungsgrundlagen

99 Im Mietrecht gibt es grundsätzlich keine Besonderheiten im Hinblick auf eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo = c.i.c.).

100 Auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrages entsteht ein **gesetzliches Schuldverhältnis**, welches dadurch gekennzeichnet ist, dass für beide Verhandlungspartner zwar keine primären Leistungspflichten, aber Pflichten zur gegenseitigen Rücksicht, Fürsorge und Loyalität entstehen. Der Grund der Haftung liegt in der Gewährung von in Anspruch genommenem und dann enttäuschem Vertrauen.

101 Da die Haftung unabhängig davon eintritt, ob es überhaupt zu einem Vertragsschluss kommt, sind sowohl die Fälle erfasst, in denen ein schuldhaftes Verhalten eines Verhandlungspartners dazu führt, dass es nicht zum Mietvertragsabschluss kommt, wie die Fälle, in denen ein Mietvertrag zwar abgeschlossen wird, dieser aber für eine Partei auf Grund schuldhaften Verhaltens der anderen Seite bei den Vertragsverhandlungen nachteilig ist. Daneben haben beide Seiten selbstverständlich die ihnen obliegenden Verkehrssicherungspflichten gegenüber ihrem Verhandlungspartner zu beachten.¹⁴¹

102 Voraussetzung ist aber stets ein Verhalten, das auf den Abschluss eines Vertrages oder auf die Anbahnung geschäftlicher Kontakte abzielte. Das seit langem gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitut der c.i.c. ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 311 Abs. 2 und 3 BGB kodifiziert worden. Einigkeit besteht im Schrifttum darüber, dass mit § 311 Abs. 2 und 3 BGB im Kern keine Änderung der bisherigen Rechtslage verbunden ist. Deshalb könne unbedenklich auf die bisher in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze – einschließlich der verschiedenen Fallgruppen der c.i.c. – zurückgegriffen werden.¹⁴² Das gilt vor allem auch im Hinblick auf die Konkretisierung des in § 241 Abs. 2 BGB nur allgemein formulierten Pflichtenrahmens. § 311 Abs. 2 BGB regelt in seinen drei Tatbeständen (Nr. 1 bis 3) nur, wodurch und wann ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht. Die die Haftung begründende Norm ist § 280 Abs. 1 BGB, der sogenannte Grundtatbestand des Leistungsstörungenrechts. Anspruchsgrundlage für eine Haftung aus c.i.c. ist folglich § 280 Abs. 1 iVm § 311 Abs. 2 (oder 3) BGB.

¹⁴¹ S. dazu Näheres bei Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Stellmann Kap. 4 Rn. 8 bis 10.

¹⁴² MüKoBGB/Emmerich § 311 Rn. 54 mwN; s. Palandt/Grüneberg § 311 Rn. 11.