

Zur Rücknahme von Gestaltungserklärungen im Mietrecht

von *Jan Dirk Harke*

1. Fragen aus Anlass eines praktischen Falles

Kann ein Mieter oder Vermieter die von ihm wirksam ausgesprochene Kündigung durch einseitige Erklärung wieder zurücknehmen? Und falls nein: Welche Bedeutung hat eine solche Erklärung, und wie mündet sie in den Abschluss eines Vertrags über die Fortsetzung des Mietgebrauchs? Schließlich: Begründet eine solche Vereinbarung ein neues Mietverhältnis oder wird das alte verlängert? Diese Fragen, denen in der mietrechtlichen Literatur kein allzu großer Raum geschenkt wird, erlangen eine gewisse Aktualität durch die Praxis der Sozialleistungsträger, die für einen bedürftigen Mieter gegenüber dem Vermieter die Verpflichtung zur Zahlung der rückständigen Miete übernehmen. Diese Verpflichtung führt, wenn sie innerhalb von zwei Monaten ab Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs erfolgt, nach § 569 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 BGB zur Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Um zu verhindern, dass das Mietverhältnis dennoch beendet wird, weil der Zahlungsrückstand des Mieters zugleich den Tatbestand der ordentlichen Kündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB verwirklicht, machen die Sozialleistungsträger ihre Verpflichtung von der Erklärung des Vermieters abhängig, dass er seine ordentliche Kündigung zurücknehme. Diese Erklärung, die zuweilen als „Einverständnis“ betitelt ist, steht ihrerseits unter der Bedingung, dass der Sozialleistungsträger die Verpflichtung zur Zahlung der rückständigen Miete übernimmt. Die Fragen, die eine Kündigungsrücknahme aufwirft, sind in diesem Fall um das Problem angereichert, dass mit dem Sozialleistungsträger ein Erklärungsadressat auftritt, der nicht Partei des Mietverhältnisses ist. Entfaltet die Erklärung gleichwohl Bindungswirkung? Muss der Mieter selbst zustimmen, um dem weiteren

Mietgebrauch eine rechtliche Basis zu geben? Und was ist das Resultat: ein neues oder die Fortsetzung des alten Mietverhältnisses?

2. Der Auslöser: Ungleichbehandlung von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung

Die Praxis der Sozialleistungsträger ist durch die Rechtsprechung des BGH erzwungen, der eine analoge Anwendung der Heilungsbestimmung des § 569 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf die ordentliche Kündigung ablehnt. Zur Begründung beruft sich das Gericht zum einen auf die Gesetzgebungsgeschichte, zum anderen auf den objektiven Zweck der Vorschrift.¹ Der Gesetzgeber habe spätestens mit der Mietrechtsreform von 2001 bekundet, dass er die Heilungsregelung, deren Erstreckung auf die ordentliche Kündigung zuvor schon diskutiert wurde, auf die außerordentliche Kündigung beschränkt sehen wollte. Zweck von § 569 Abs. 2 Nr. 2 BGB sei zudem der spezifische Schutz vor Obdachlosigkeit, die bei der ordentlichen Kündigung wegen der hier geltenden Kündigungsfrist nicht in gleichem Maße drohe wie bei der außerordentlichen Kündigung. Außerdem knüpfe die ordentliche Kündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB an eine schuldhafte Pflichtverletzung an, die einerseits Raum für die Berücksichtigung einer unverschuldeten finanziellen Notlage lasse, andererseits aber auch nicht durch eine nachträgliche Zahlung oder Verpflichtung des Sozialhilfeträgers wieder beseitigt werden könne.

Die Entscheidung des BGH ist zu Recht auf Widerstand in der Literatur gestoßen. Hier bezweifelt, dass die Beschränkung der Heilung auf die außerordentliche Kündigung das Ergebnis einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers war.² Und selbst wenn sie es gewesen wäre, bliebe fraglich, ob diese Entscheidung in einer Weise zu Tage getreten wäre, die ihre Berücksichtigung erheischt; denn das Verhalten des Gesetzgebers der Mietrechtsreform erschöpft sich in diesem Punkt in bloßer Untätigkeit, so dass es in dem Gesetz gewordenen Text keinen Anknüpfungspunkt für die Rücksicht auf den gesetzgeberischen Willen gibt. Orientiert man sich am objektiven Gesetzeszweck, kommt man nicht um den Befund eines gravierenden Wertungswiderspruchs herum,³ der nachgerade einen Erst-Recht-Schluss von der außerordentlichen Kündigung auf die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs

¹ BGH NZM 2005, 334 (335); vgl. auch BGH, NJW 2013, 159 (Rn. 28).

² MünchKomm/Häublein § 573 Rn. 60, Schmidt-Futterer/Blank § 569 Rn. 65, Blank/Börstinghaus § 569 Rn. 75; wie der BGH dagegen Staudinger/Rolfs (2014) § 573 Rn. 51, BeckOGK-BGB/Geib § 573 Rn. 47.

³ Richtig MünchKomm/Häublein § 573 Rn. 61.

rechtfertigt⁴. Ist schon der Tatbestand der außerordentlichen Kündigung gegeben, dem Vermieter aber durch nachträgliche Leistung oder Verpflichtungserklärung die Beendigung des Vertragsverhältnisses verwehrt, kann er nicht denselben, nur zeitlich verzögerten Effekt auf anderem Weg herbeiführen. Die Obdachlosigkeit ist eine stets latente Gefahr, die sämtlichen Vorschriften zum Kündigungsschutz bei Wohnraummietverhältnissen ihren Sinn verleiht. Und für die ordentliche Kündigung gilt nicht weniger als für die außerordentliche, dass eine klare Regelung über die Folgen einer nachfolgenden Leistung für Rechtssicherheit sorgt.

Geradewegs gegenläufig ist der Effekt der Rechtsprechung des BGH, der er an seiner Entscheidung gegen den Analogieschluss festhält, ihr die praktische Spitze aber dadurch zu nehmen sucht, dass er eine nachträgliche Zahlung oder Verpflichtungserklärung bei der Beurteilung des Verschuldens berücksichtigen will.⁵ Zwar ist nicht völlig ausgeschlossen, dass spätere Entwicklungen Einfluss auf die Wirksamkeit einer bereits erklärten Kündigung haben;⁶ und § 573 Abs. 3 S. 2 BGB schreibt dies für die ordentliche Kündigung sogar ausdrücklich vor⁷. Die Rücksicht auf spätere Zahlungen oder Verpflichtungserklärungen bedeutet jedoch ebenso wie die Rücksicht auf eine nicht selbst verursachte Zahlungsunfähigkeit eine Abweichung vom allgemeinen Verschuldensbegriff, der jeden Mangel an finanzieller Leistungsfähigkeit erfasst.⁸ Und sie steht im offenen Widerspruch zur eigenen Argumentation des BGH, eine nachträgliche Zahlung oder Verpflichtung könne nicht die schon bewirkte Pflichtverletzung im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ungeschehen machen. Mag der Umweg über das Verschuldenskriterium auch im Einzelfall zu demselben Ergebnis wie die analoge Anwendung der Heilungsregelung führen, schafft er doch ein Mehr an Rechtsunsicherheit. Es nimmt daher nicht wunder, dass sich die Sozialleistungsträger der Wirkung ihrer Verpflichtungserklärung dadurch vergewissern wollen, dass sie den Vermieter zur Rücknahme seiner ordentlichen Kündigung anhalten. Doch auch dieses Vorgehen ist, wenn auch praktisch häufig erfolgreich, in seiner rechtlichen Beurteilung keineswegs zweifelsfrei.

3. Die Antworten des BGH

⁴ Schmidt-Futterer/*Blank* § 569 Rn. 65, Blank/Börstinghaus § 569 Rn. 75.

⁵ BGH, NJW 2013, 159 (Rn. 31).

⁶ Anders zu Unrecht Staudinger/*Rolfs* (2014) § 573 Rn. 52; ebenso in diesem Punkt auch MünchKomm/*Häublein* § 573 Rn. 62; immerhin zweifelnd Schmidt-Futterer/*Blank* § 569 Rn. 65, Blank/Börstinghaus § 569 Rn. 75.

⁷ Harke, Besonderes Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2011, Rn. 334.

⁸ Harke (Fn. 7), Rn. 336.

Mit der Rücknahme einer Kündigung durch einen Vermieter hat sich der BGH schon in einer 1998 ergangenen Entscheidung zur Gewerberaummieta beschäftigt.⁹ Darin hat das Gericht der Erklärung des Vermieters, von seiner außerordentlichen Kündigung abzugehen, eine eigenständige Rechtswirkung abgesprochen und sich bei seiner Begründung auf den knappen und sogar in einen bloßen Klammerzusatz verwiesenen Hinweis auf § 130 Abs. 1 S. 2 BGB beschränkt. Für zulässig hält der BGH dagegen eine durch die Erklärung des Vermieters eingeleitete Vereinbarung der Parteien über die Weiterführung des Vertrags. Deren Wirkung hänge aber von dem Zeitpunkt ab, zu dem die Einigung erfolge: Sei das Mietverhältnis wie im vorliegenden Fall schon beendet, könne es nicht mehr „aufleben“, die Vereinbarung der Parteien also nur ein neues Mietverhältnis begründen, das dem alten inhaltlich gleiche. Als neuer Mietvertrag unterliege die Vereinbarung aber der Formvorschrift des § 550 BGB und laufe, wenn diese nicht eingehalten ist, auf unbestimmte Zeit. Hierfür spreche auch der Rechtsgedanke des § 545 BGB, der bei einer Fortsetzung des Mietgebrauchs über das Ende der Mietzeit hinaus die Verlängerung des Mietverhältnisses für unbestimmte Zeit anordnet.

Da die Lösung des BGH auf den ersten Blick überzeugt, ist sie von Kritik weitgehend verschont geblieben und zum Rückgrat der mietrechtlichen Kommentarliteratur in dieser Frage geworden.¹⁰ Folgt man ihr, so bedeutet dies für den Fall der Rücknahme einer Kündigung gegenüber dem Sozialleistungsträger, dass die Erklärung des Vermieters, für sich genommen, wirkungslos ist und der Ergänzung durch die Erklärung eines Vertragspartners, sei es des Mieters oder des Sozialleistungsträgers, bedarf. Findet dieser Vertragsschluss wie häufig erst nach Erhebung einer Räumungsklage und damit auch nach Ablauf der bei der ordentlichen Kündigung einzuhaltenden Frist statt, begründete er ein neues Mietverhältnis. Damit büßte der Mieter insbesondere eine schon eingetretene Verlängerung der Kündigungsfrist nach § 573c Abs. 1 S. 2 BGB sowie die für eine künftige Verlängerung schon abgelaufene Mietzeit ein. Dieses Resultat weckt Zweifel, ob die Lösung des BGH überhaupt richtig ist. Und auch wenn man ihr folgt, ist offen, wie genau sich der Vertragsschluss unter der Drittbeteiligung des Sozialhilfeträgers vollzieht.

4. Einseitige Rücknahme einer Gestaltungserklärung?

⁹ BGH, NJW 1998, 2664 (2666).

¹⁰ Staudinger/Rolfs (2014) § 542 Rn. 124, MünchKomm/Bieber § 542 Rn. 16, Schmidt-Futterer/Blank § 542 Rn. 89, Blank/Börstinghaus § 542 Rn. 99, BeckOGK-BGB/Mehle § 542 Rn. 75.

Obwohl spontan einleuchtet, dass eine Kündigung nicht durch die unilaterale Erklärung des kündigenden Kontrahenten ungeschehen zu machen ist, lässt sich dieses Ergebnis zumindest nicht aus § 130 Abs. 1 S. 2 BGB herleiten. Zwar tritt der BGH mit dieser Argumentation nur in die Fußstapfen des BAG, das einem Arbeitgeber schon früher unter Hinweis auf diese Vorschrift die einseitige Rücknahme einer Kündigung verwehrt hat.¹¹ Für Arbeitsverträge trifft dies jedoch ebenso wenig zu wie für Mietverträge. Hätten sich BAG und BGH nicht eine nähere Beschäftigung mit § 130 BGB versagt, hätten sie festgestellt, dass die Bestimmung für die Frage der Rücknahme einer Gestaltungserklärung gar nichts ausgibt. Die Vorschrift regelt lediglich die Wirkung des Widerrufs einer Willenserklärung und spricht ihm dann einen Effekt zu, wenn er vor oder gleichzeitig mit der widerrufenen Erklärung zugeht. Es geht also allein um die Frage, ob eine Erklärung überhaupt wirksam wird. Bei der Rücknahme einer Kündigung oder eines anderen Gestaltungsrechts steht dies aber gar nicht zur Diskussion: Wer einer Kündigung die Wirkung nehmen will, leugnet nicht, dass sie zunächst gültig ist; er will ihren Effekt lediglich durch einen Konträrakt wieder beseitigen. Ob dies möglich ist, lässt § 130 Abs. 1 S. 2 BGB offen. Bei Erklärungen, die auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet sind, ergibt es dies aus dem in §§ 145 ff. BGB sowie für Schuldverträge in § 311 Abs. 1 BGB verankerten Prinzip der Vertragsbindung, das eine Änderung der Vereinbarung durch erneuten Vertragsschluss vorgibt. Bei Gestaltungserklärungen wie der Kündigung kann sich der Ausschluss ihrer einseitigen Rücknahme ebenfalls nur aus ihrer Rechtsnatur ergeben. Anders als bei Verträgen ist diese aber nicht zum Gegenstand allgemeiner Bestimmungen des BGB geworden. Daher nimmt auch nicht wunder, dass die Bindungswirkung von Gestaltungserklärungen zuweilen in Abrede gestellt wird.

Ein nach wie vor aktuelles Beispiel für die einseitige Aufhebung einer Gestaltungswirkung bietet der Fall, in dem sich der Vertragspartner eines irrenden Kontrahenten bereiterklärt, den Vertrag so gelten zu lassen, wie der andere ihn sich vorgestellt hat. Zwar ist der Vertrag durch die Anfechtungserklärung *ex tunc* beseitigt. Der Vertragspartner kann der Anfechtung jedoch seinerseits die Wirkung nehmen und die vertragliche Bindung wiederherstellen, indem er sich dazu bereiterklärt, ihn mit dem vom Irrenden angenommenen Inhalt durchzuführen. Ließe man die Vertragsbindung unter diesen Umständen nicht wieder eintreten, artete das Anfechtungsrecht des im Irrtum befindlichen Kontrahenten zu einem Reurecht aus. Um dies zu

¹¹ BAG, NJW 1983, 1628; vgl. auch BAG, NJW 1982, 1118, NZA 2009, 980, Rn. 44. Wegen der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG trifft das Verbot der Rücknahme beim Arbeitsverhältnis sogar eine zunächst ungültige Kündigung des Arbeitgebers; vgl. MünchKomm/Hesse vor § 620 Rn. 127, ErfK/Müller-Glöße § 620 Rn. 74.

vermeiden, sehen andere Rechtsordnungen wie etwa die schweizerische ausdrücklich vor, dass sich der irrende Vertragspartner nicht auf seine Fehlvorstellung berufen kann.¹² In Deutschland, wo ein besondere Regelung dieses Problems fehlt, nimmt man entweder eine teleologische Reduktion des Anfechtungsrechts¹³ oder an, dem irrenden Vertragspartner sei nach § 242 BGB durch das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung die Berufung auf seine Anfechtungserklärung verwehrt¹⁴.

Ein nicht mehr praktischer Fall unilateraler Beseitigung einer Gestaltungswirkung ist die Rücknahme eines Rücktritts. Vor der Schuldrechtsreform wurde sie einem Gläubiger zugestanden, der sich wegen des Verzugs seines Schuldners für den Rücktritt entschieden, infolge des zufälligen Untergangs der von ihm erbrachten Leistung aber keinen Anspruch auf deren Rückgewähr und nach §§ 347 S. 1 a. F., 989, 990 BGB auch keinen Ersatzanspruch hatte. Der Rücktritt verfehlte in diesem Fall seinen Zweck, weil sich sein Effekt darin erschöpfte, den ursprünglichen Anspruch des Gläubigers zum Erlöschen zu bringen. Daher wurde dem Gläubiger gestattet, von seiner Rücktrittserklärung wieder Abstand zu nehmen. Welches Mittel ihm hierfür zur Verfügung stand, war umstritten: Sofern man in der Existenz des Leistungsgegenstands kein bloßes Motiv für die Erklärung des Rücktritts sah, ließ man den Gläubiger zur Irrtumsanfechtung zu; ansonsten gestattete man ihm, dem Schuldner, wenn sich dieser in Verteidigung gegen das Leistungsrecht des Gläubigers auf dessen Rücktritt berief, mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu begegnen.¹⁵ Seit der Schuldrechtsreform besteht für diese Notlösung kein Bedarf mehr,¹⁶ weil der zufällige Untergang eines zurückzugewährenden Leistungsgegenstands gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB nur noch den Rücktrittsberechtigten und nicht mehr den Rücktrittsgegner befreit.

Weder der eine noch der andere Fall einer Aufhebung der Gestaltungswirkung lässt sich mit der Rücknahme der Kündigung eines Mietvertrags vergleichen. Beim Irrtum ist es der Erklärungsgegner, der der Anfechtung des Irrenden durch sein Angebot zur Abänderung des Vertragsinhalts die Wirkung nimmt. Beim Rücktritt nach altem Schuldrecht ist das Gestaltungsrecht durch den zufälligen Untergang des Leistungsgegenstands offenbar

¹² Vgl. Art. 25 OR: „(1) Die Berufung auf Irrtum ist unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht. (2) Insbesondere muss der Irrende den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt.“

¹³ Staudinger/Singer § 119 Rn. 103; ähnlich Lobinger, Irrtumsanfechtung und Reurechtsausschluß, AcP 195 (1995) 274, 281, der glaubt, die Wirkungslosigkeit der Anfechtung sei in der Regelung des § 142 Abs. 1 BGB enthalten.

¹⁴ MünchKomm/Armbrüster § 119 BGB Rn. 141.

¹⁵ MünchKomm/Janßen (3. Aufl.) § 347 BGB Rn. 11.

¹⁶ MünchKomm/Gaier § 349 BGB Rn. 3.

kontraproduktiv und damit sinnlos geworden. Für die ordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses lässt sich dies nicht behaupten: Auch wenn der Vermieter durch die nachträgliche Zahlung des Mieters oder die Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle in seinem Interesse am Erhalt der Leistung des Mieters befriedigt ist, kann ihm daran gelegen sein, den Vertrag wegen der vorgekommenen Pflichtverletzung des Mieters gleichwohl zu beenden; und der Mieter braucht nicht ohne Weiteres davon auszugehen, der Vermieter wolle das Mietverhältnis nach Eingang der Zahlung oder Verpflichtungserklärung unter allen Umständen fortsetzen. Außer einer außerordentlichen Beseitigung der Gestaltungswirkung durch den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kommen daher auch weder die allein auf gegenwärtige Umstände bezogene Irrtumsanfechtung noch eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht, sofern man diesen nicht von vornherein auf Verträge beschränkt.

Taugen die Fälle, in denen man die Gestaltungswirkung durchbrochen hat, nicht als Vorbilder für die Rücknahme der Kündigung eines Mietvertrags, entbindet dies freilich nicht von der Beschäftigung mit der Frage, wieso es überhaupt Ausnahmen und Gestaltungserklärungen prinzipiell bindend sind. Die Antwort hat schon *Emil Seckel*, der Entdecker der Rechtsfigur der Gestaltungsrechte, vorgegeben. In seiner grundlegenden Untersuchung von 1903 nennt er die Gestaltungsrechte nicht nur „konsumptible Rechte“, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrem Verbrauch liege;¹⁷ er erklärt sie auch bereits generell für bedingungsfeindlich¹⁸ und verallgemeinert damit schon früh den Rechtsgedanken der für die Aufrechnung geltenden Bestimmung des § 388 S. 2 BGB.¹⁹ Hat jemand die Befugnis, einseitig und ohne Mitwirkung seines Gegenüber Rechtswirkungen für beide zu erzeugen, muss er in besonderer Weise Rücksicht auf das Interesse des anderen Teils an Rechtssicherheit nehmen. Ist dieser gezwungen, sich auf eine Rechtslage einzustellen, die er nicht selbst mitgestaltet hat, darf er nicht im Unklaren über ihren Eintritt bleiben. Eine Verknüpfung mit dem sonst ohne Weiteres zulässigen und sogar im Gesetz eigens geregelten Institut der Bedingung (§§ 158 ff. BGB) braucht er sich lediglich im Fall einer Potestativbedingung gefallen zu lassen, über deren Eintritt er selbst entscheidet²⁰. Wird der Gegner des Gestaltungsberechtigten damit schon stärker als bei Verträgen in seinem Vertrauen auf den Eintritt der Gestaltungswirkung geschützt, kann man ihm erst keine Unsicherheit über deren Bestand zumuten: Hat der Berechtigte von seinem

¹⁷ *Seckel*, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, in: Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903, S. 205, 229.

¹⁸ *Seckel* (Fn. 17), S. 283 f.

¹⁹ Staudinger/*Bork* (2010) vor § 158 Rn. 38, Staudinger/*Gursky* (2011) § 388 Rn. 25.

²⁰ Staudinger/*Gursky* (2011) § 388 Rn. 26.

Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht, muss sich der andere Teil auf die so eingetretene Rechtsänderung verlassen können und darf davon ausgehen, dass diese nur mit seiner Zustimmung wieder abgeändert wird.

Im Fall der Kündigung eines Mietvertrags könnte eine Ausnahme allenfalls deshalb gerechtfertigt sein, weil das Gesetz in §§ 543 Abs. 2 S. 2, 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB selbst unter bestimmten Umständen den Wegfall der Kündigungsfolgen anordnet. Diese Regelungen beschränken sich, wenn man dem BGH folgt, jedoch auf die außerordentliche Kündigung und sind nicht auf die ordentliche Kündigung anwendbar; also können sie auch nicht zum Anknüpfungspunkt für eine zusätzliche Durchbrechung der Gestaltungswirkung durch einseitige Rücknahme der Kündigung gemacht werden. Nichts anderes gilt, wenn man die Heilungsregelung auf die ordentliche Kündigung erstreckt; denn in diesem Fall verlöre diese automatisch ihre Wirkung und müsste nicht erst vom Vermieter zurückgenommen werden.

5. Kündigungsrücknahme als Gegenstand eines Vertrags

a) Einigung zwischen Mieter und Vermieter

Zeitigt die einseitige Erklärung des Vermieters, mit der er seine Kündigung zurücknehmen will, für sich allein noch keine Rechtswirkungen, kann sie diese doch als Teil eines Vertrags über die Weiterführung des Mietverhältnisses hervorbringen. Wird die Erklärung unmittelbar gegenüber dem Mieter abgegeben, nachdem dieser vorher konkret um die Rücknahme der Kündigung gebeten hat, kann sie als Annahme des vom Mieter ausgehenden Angebots zum Abschluss eines Vertrags zu verstehen sein. Geht ihr keine hinreichend deutliche Äußerung des Mieters voraus, ist sie selbst als Angebot zu deuten, das der Mieter noch annehmen muss. Dessen Erklärung ist freilich nicht etwa nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich: Der bloßen Rücknahme der Kündigung durch den Vermieter lässt sich noch nicht entnehmen, dass dieser auf die Erklärung der Annahme durch den Mieter verzichtet hätte. Und da die Weiterführung des Mietgebrauchs den Mieter nicht allein begünstigt, sondern auch mit Pflichten, insbesondere zur Zahlung der Miete, belastet, lässt sich auch nicht wie bei rein vorteilhaften Geschäften²¹ annehmen, seine Erklärung sei nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten.

²¹ Staudinger/Bork (2010) § 151 Rn. 8 m. w. N.

Äußert sich der Mieter nicht ausdrücklich, gibt er sein Einverständnis aber mindestens konkludent mit der fortgesetzten Nutzung der Mietsache zu erkennen, wenn diese außerhalb der durch Kündigung beendeten Mietzeit erfolgt. Zwar setzt eine stillschweigende Annahmeerklärung eigentlich ein Erklärungsbewusstsein des Mieters und damit dessen Kenntnis vom Angebot des Vermieters voraus. Steht fest, dass die Erklärung dem Mieter zugegangen ist, darf der Vermieter den fortgeführten Mietgebrauch aber aus seiner Sicht als Zustimmung des Mieters deuten; und dieser müsste, um den Mangel seines Erklärungsbewusstseins zur Geltung zu bringen, unverzüglich wegen Erklärungsirrtums nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten.²² Eine stillschweigende Annahme durch fortgeführte Nutzung der Mietsache scheidet ferner auch nicht etwa daran, dass sie außerhalb der Annahmefrist des § 147 Abs. 2 BGB erfolgt. Lässt sich in die Erklärung über die Rücknahme der Kündigung auch kein Verzicht auf die Annahmeerklärung des Mieters hineinlesen, muss man den Vermieter, der die eigene Kündigung zurücknimmt, doch im Zweifel so verstehen, dass er sich mit einer konkludenten Erklärung des Mieters begnügt, die aber erst nach Ablauf der ursprünglichen Laufzeit des Mietvertrags erfolgen kann.

Die Weiterführung des Mietverhältnisses ähnelt damit äußerlich der Verlängerung des Mietverhältnisses nach § 545 BGB, tritt aber anders als diese eben nicht kraft Gesetzes ein, sondern beruht auf einem wirklichen Vertragsschluss.²³ Diesem kommt auch neben § 545 BGB praktische Bedeutung zu. Denn der Vermieter hat vor der Rücknahme der Kündigung häufig schon seinen Widerspruch zur Verlängerung des Mietverhältnisses erklärt, der auch gemeinsam mit der Kündigung erfolgen kann. Außerdem ist die Vorschrift nicht nur dispositiv, sondern kann, da sie nicht zum gesetzlichen Leitbild des Mietvertrags gehört, sogar durch vorformulierte Geschäftsbedingungen abbedungen werden.²⁴ Dementsprechend ist ihre Anwendung gewöhnlich schon standardmäßig durch den ursprünglichen Vertrag ausgeschlossen.

b) Beteiligung des Sozialleistungsträgers

Eine ganz andere Bedeutung kann der Erklärung des Vermieters zukommen, wenn die Rücknahme der Kündigung gegenüber dem Sozialleistungsträger erfolgt. Dieser macht sich, indem er die Verpflichtung zur Mietzahlung übernimmt, noch nicht zum Stellvertreter des

²² BGH NJW 1984, 2279, 2280, 1990, 454 (456), 2002, 363 (365).

²³ Vgl. BGH NJW 2009, 433 (Rn. 25).

²⁴ BGH NJW 1991, 1750 (1751).

Mieters. Verstünde man die Erklärung des Vermieters auch hier als Angebot zum Abschluss eines Vertrags mit dem Mieter, würde sie die andere Vertragspartei folglich nicht erreichen, bevor der Sozialleistungsträger sie nicht an den Mieter weiterleitet. Der Sozialleistungsträger fungierte in diesem Fall als Erklärungsbote des Vermieters, der dessen Angebot dem Mieter überbringt. Dies hätte zur Folge, dass der Vermieter seine Erklärung noch bis zu dem Moment, in dem sie dem Mieter zugeht, nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wirksam widerrufen könnte.

Näher als die Deutung als Angebot liegt daher, in der Erklärung des Vermieters die Annahme eines vom Sozialleistungsträger ausgehenden Angebots zu sehen. Denn dieser hat die Rücknahme der Kündigung nicht nur angeregt, sondern zur Bedingung der eigenen Verpflichtungserklärung gemacht. So hat er hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass er in ihr den Gegenstand eines sofort rechtserheblichen Handelns des Vermieters sieht. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Rücknahme der Kündigung wie üblich in einem vom Sozialleistungsträger entworfenen Formular erklärt wird, das als „Einverständnis“ titulierte ist und sich schon sprachlich als Annahme auf ein Angebot des Sozialleistungsträgers erscheint.

Mit welchem Angebot kann der Sozialleistungsträger aber eine Bindung des Vermieters herbeiführen? Da er nicht Stellvertreter des Mieters ist, kann er nicht wirksam für diesen die Weiterführung des Vertrags anbieten. Und er kann diese Rechtsfolge auch nicht zum Gegenstand eines Vertrags zugunsten Dritter nach § 328 BGB machen; denn der Mieter wird durch die Weiterführung des Mietverhältnisses eben nicht nur begünstigt, sondern auch mit weiteren Pflichten, insbesondere der Verpflichtung zur Mietzahlung, belastet. Was zum Gegenstand eines Vertrags zugunsten Dritter taugt, ist aber eine Option, die dem Mieter die Befugnis eröffnet, das Mietverhältnis fortzuführen. Wird eine solche im Zweipersonenverhältnis zwischen Mieter und Vermieter eingeräumt, kann sie sowohl in einem aufschiebend bedingten Mietvertrag als auch in einem bindenden Vertragsangebot bestehen.²⁵ Wird sie durch Einigung mit einem Dritten begründet, kann sie nur Gegenstand eines Vertrags sein, den der Dritte nach § 328 BGB zugunsten einer Mietvertragspartei eingeht. Die Option verschafft dem Mieter lediglich einen Vorteil, indem sie seinen vertraglichen Gestaltungsspielraum erweitert, und begründet noch nicht die mit der Weiterführung des Mietverhältnisses verbundenen Verpflichtungen, die erst durch die Ausübung des Optionsrechts ausgelöst werden. Da dies der einzige Weg ist, um die vom Sozialleistungsträger

²⁵ BGH, NJW 1968, 551 (552).

erkennbar angestrebte sofortige Bindung des Vermieters zu erreichen, lässt es sich auch aus dessen Sicht nicht anders verstehen.

Ist der Vermieter durch den Abschluss eines Optionsvertrags mit dem Sozialleistungsträger auch unmittelbar gebunden, bedarf es zur Fortführung des Mietverhältnisses freilich nichtsdestoweniger einer Erklärung des Mieters. Dieser muss das ihm eingeräumte Gestaltungsrecht²⁶ ausüben und durch Erklärung seines Wunsches zur weiteren Vertragsbindung den Mietvertrag ins Werk setzen. Auch diese Erklärung wird im Regelfall stillschweigend durch die Fortsetzung des Mietgebrauchs jenseits der ursprünglichen Laufzeit des Mietvertrags erfolgen. Und ebenso, wie eine als Angebot zu verstehende Kündigungsrücknahme im Zweipersonenverhältnis eine solche Annahme deckt, ist auch dem Optionsvertrag zwischen Vermieter und Sozialleistungsträger zu entnehmen, dass sich die Bindungsfrist des Vermieters bis zu einer derartigen konkludenten Annahme erstreckt.

Schwierigkeiten bereitet allerdings das Erklärungsbewusstsein des Mieters. Während es sich bei einer direkten Erklärung der Kündigungsrücknahme gegenüber dem Mieter ohne Weiteres aus dem Empfängerhorizont des Vermieters ergibt, verhält es sich bei einer Erklärung gegenüber dem Sozialleistungsträger anders. Zwar kann der Vermieter davon ausgehen, dass seine Erklärung dem Mieter bekannt gegeben wird. Adressat dieses Vertrauens ist jedoch der Sozialleistungsträger und nicht der Mieter, der sich das Verhalten des Sozialleistungsträgers wegen dessen hoheitlicher Stellung nicht zurechnen zu lassen braucht. Dies gilt nicht nur, wie vom BGH bereits entschieden, für die Frage, ob er Erfüllungsgehilfe des Mieters ist,²⁷ sondern auch, wenn es darum geht, die Bedeutung eines Verhaltens aus dem Empfängerhorizont des Vermieters zu ermitteln. Die Fortsetzung des Mietgebrauchs durch den Mieter lässt sich also erst dann als Ausübung der ihm eingeräumten Option begreifen, wenn feststeht, dass der Mieter über die Kündigungsrücknahme unterrichtet worden ist.

6. Neuer oder alter Mietvertrag?

Für die Wirkung der Einigung über die Kündigungsrücknahme kommt es nach Meinung des BGH darauf an, ob sie vor oder nach Ablauf des bisherigen Mietverhältnisses erfolgt. Diese

²⁶ BGH, NJW 1968, 551 (552).

²⁷ BGH NJW 2009, 3781, Rn. 30.

Differenzierung, die in der Literatur²⁸ und obergerichtlichen Rechtsprechung²⁹ zuweilen übernommen wurde,³⁰ ist falsch³¹ und beruht auf der fehlerhaften Übertragung körperweltlicher Vorstellungen auf Rechtsverhältnisse.³² Die Aussage, ein aufgelöster Vertrag könne „nicht mehr aufleben“,³³ ist strenggenommen eine Metapher, mit der ein Satz, der für Lebewesen gilt, auf ein rechtliches Phänomen übertragen wird. Ein gestorbene Tier kann natürlich nicht mehr „aufleben“; ein Vertrag, der nicht an die Existenzbedingungen der äußeren Welt gebunden ist, kann dagegen sehr wohl auch dann, wenn er schon aufgelöst ist, wieder in Kraft gesetzt werden, und zwar mit der Wirkung, dass er als niemals beendet gilt. Dies wird sogar im Gesetz vorausgesetzt, indem § 545 BGB die „Verlängerung“ des bisherigen Mietvertrags anordnet, falls der Mieter den Gebrauch fortsetzt und binnen zwei Wochen kein Widerspruch erklärt wird. Obwohl dies Voraussetzungen zwangsläufig erst nach dem Ende des Mietverhältnisses eintreten können, bewirken sie trotzdem nach dem unmissverständlichen Wortlaut der Vorschrift, dass der alte Vertrag fortgesetzt und nicht etwa ein neues Mietverhältnis begründet wird³⁴.

Eine solche Wirkung entspricht auch bei einer einverständlichen Kündigungsrücknahme dem mutmaßlichen Willen der Mietvertragsparteien sowie des als Dritten beteiligten Sozialleistungsträgers, und zwar nicht nur bei einer rechtzeitigen Vereinbarung, sondern auch dann, wenn sie erst nach Ablauf der bisherigen Mietverhältnisses übereinkommen. Denn mit ihrer Einigung über die Rücknahme der Kündigung geben die Beteiligten ja ihre Absicht zu erkennen, den vertragsbeendenden Akt aus der Welt zu schaffen; und wäre die Kündigung nicht vorgekommen, hätte der bisherige Mietvertrag ununterbrochen fortbestanden. Dafür, dass sich diese Rechtsfolge als Regel unterstellen lässt,³⁵ streitet gerade auch der Rechtsgedanke von § 545 BGB,³⁶ der für eine rückwirkende Verlängerung des Mietverhältnisses kraft Gesetzes sorgt und so ein Vorbild für entsprechende Parteivereinbarungen schafft.

²⁸ Schmidt-Futterer/Blank § 542 Rn. 89, BeckOGK-BGB/Mehle § 542 Rn. 76..

²⁹ OLG Koblenz, NZM 2012, 865.

³⁰ Widersprüchlich Staudinger/Rolfs (2014) §542 Rn. 127, der einerseits den Ausgangspunkt des BGH einnimmt und meint, ein aufgelöster Vertrag könne nicht mehr aufleben, andererseits aber glaubt, die Vereinbarung könne nichtsdestoweniger auf eine rückwirkende Fortsetzung des alten Mietverhältnisses gerichtet sein.

³¹ So auch Blank/Börstinghaus § 542 Rn. 100.

³² Dies meint wohl auch Gröschler, Zur Frage der einvernehmlichen Fortsetzung erloschener Verbindlichkeiten: Wiederherstellung oder Neubegründung?, NJW 2000, 247, 248, der in der Argumentation des BGH freilich eine „abstrakt-begriffliche“ Vorstellung am Werke sieht. Dies stimmt nicht: Die Orientierung an der Körperwelt ist gerade nicht abstrakt und begrifflich, sondern ein Umweg, um sich die Rechtswirkungen und -verhältnisse anschaulich zu machen.

³³ BGH, NJW 1998, 2664, 2666.

³⁴ Schmidt-Futterer/Blank § 545 Rn. 27, Blank/Börstinghaus § 545 Rn. 27.

³⁵ Dies meint auch MückKomm/Bieber § 542 Rn. 16

³⁶ Blank/Börstinghaus § 542 Rn. 100.

Praktische Folgen, die gleichfalls dem Willen beider Beteiligten entsprechen, hat die Anknüpfung an das bisherige Mietverhältnis zunächst einmal für die Mängelhaftung: Kommt kein neuer Mietvertrag zustande, lösen schon vorhandene Fehler der Mietsache einerseits weder die Garantiehafung des Vermieters nach § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB aus;³⁷ andererseits fallen sie aber auch nicht aus wegen Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Mieters gemäß § 536b BGB aus der Gewährleistung des Vermieters heraus³⁸.

Ferner bleiben die Mietsicherheiten erhalten,³⁹ sofern die Einigung der Parteien über die Kündigungsrücknahme nicht zum Nachteil eines dritten Sicherungsgebers ausfällt. Dies kann bei nicht akzessorischen Sicherheiten kaum vorkommen, weil sich der Sicherungsvertrag gewöhnlich auch auf das verlängerte Mietverhältnis beziehen lässt. Lediglich bei der Bürgschaft bereitet die Vorschrift des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB Schwierigkeiten, weil sie einer nachträglichen Vereinbarung von Gläubiger und Hauptschuldner die Wirkung gegenüber dem Bürgen nimmt. Bedenkt man, dass die Bürgschaft ohne die später zurückgenommene Kündigung auch Forderungen gegen den Mieter aus der Zwischenzeit abgedeckt hätte, muss man den Parteien des Mietvertrags unter teleologischer Reduktion der Vorschrift jedoch auch eine Vereinbarung über die Kündigungsrücknahme mit Wirkung für den Bürgen gestatten.

Nicht im Interesse des Vermieters, aber ohne ausdrücklichen Vorbehalt auch nicht zu vermeiden ist die Verlängerung der Fristen für die ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 1 S. 2 BGB. Ist sie schon eingetreten, kommt sie dem Mieter auch weiterhin zugute; und die bisherige Mietzeit einschließlich des Zeitraums, der zwischen dem Kündigungstermin und der Einigung über die Verlängerung des Mietverhältnisses verstrichen ist, wird bei der Beurteilung einer künftigen Fristverlängerung berücksichtigt. Erschwert dies dem Vermieter auch eine künftige ordentliche Kündigung, kann seine Erklärung über die Rücknahme der ausgesprochenen Kündigung wegen des Bestandsinteresses, das der Sozialleistungsträger und der mit der Fortsetzung des Mietverhältnisses einverständene Mieter haben, doch nur in eben diesem Sinne verstanden werden.

Stehen die Parteien bei Mängelhaftung, Mietsicherheiten und Kündigungsfristen so, wie sie stünden, wenn die Kündigung und die sie beseitigende Vereinbarung nicht vorgekommen

³⁷ MüchKomm/Bieber § 542 Rn. 16, Schmidt-Futterer/Blank § 542 Rn. 89, Blank/Börstinghaus § 542 Rn. 100.

³⁸ Hierauf weist zur Recht Gröschler, NJW 2000, 247, 249 hin.

³⁹ Gröschler, NJW 2000, 247, 249.

wären, gilt dasselbe schließlich für das Formgebot des § 550 BGB, das in den Fällen einer Kündigungsrücknahme gegenüber dem Sozialleistungsträger freilich ohnehin nicht eingreift. Dass es einen Vertrag über die Rücknahme einer Kündigung erfasst, folgt weder aus der ohnehin verfehlten Unterscheidung nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch aus dem vom BGH zusätzlich bemühten Rechtsgedanken des § 545 BGB⁴⁰. Diese Vorschrift entstammt schon dem ersten Entwurf des BGB; sie ist damit älter als das erst im zweiten Entwurf zusammen mit dem Satz „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 566 BGB) aufgestellte Formgebot des § 550 BGB⁴¹ und nicht mit Bezug auf dieses entworfen. Die Verlängerung auf unbestimmte Zeit hat der Gesetzgeber also nicht aus Rücksicht auf einen Grundstückserwerber, sondern schlicht deshalb angeordnet, weil es an einer Parteivereinbarung über die weitere Laufzeit des Vertrags fehlt.⁴² Entscheiden sich die Parteien aber dafür, die Kündigung eines befristeten Vertrags aus der Welt zu schaffen, haben sie sich so auf die Fortgeltung der ursprünglich vereinbarten Laufzeit des Vertrags verständigt.⁴³ Ist diese ihrerseits formgerecht vereinbart, ist auch ein Erwerber der Mietsache, der durch das Formgebot geschützt werden soll, hinreichend über die Dauer des Mietverhältnisses unterrichtet.

7. Zusammenfassung

Die Antworten, die der BGH auf die sich in unserem Fall ergebenden Fragen gefunden hat, haben sich nur zum Teil als richtig erwiesen: Allerdings kann eine Gestaltungserklärung grundsätzlich nicht einseitig durch ihren Urheber zurückgenommen werden; dies folgt freilich nicht aus den Bestimmungen über den Zugang von Willenserklärungen, sondern aus dem Charakter der Gestaltungsrechte, über deren Ausübung und Wirkung der Gegner nicht im Unklaren gelassen werden darf. Denkbar ist nur ein Vertrag über die Rücknahme der Gestaltungserklärung. Dieser kommt im Fall einer Kündigung des Vermieters gewöhnlich mit einem über das Vertragsende hinaus dauernden Mietgebrauch zustande, mit dem der Mieter konkludent die Annahme des vom Vermieter gemachten Angebots erklärt. Bei einer vom Sozialleistungsträger vorgegebenen Rücknahme der ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs stellt die Erklärung des Vermieters dagegen die Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Optionsvertrags zugunsten des Mieters dar; diese Option wird wiederum gewöhnlich durch einen fortgesetzten Mietgebrauch ausgeübt. Auch wenn der Vertragsschluss

⁴⁰ So aber auch Staudinger/Rolfs (2014) § 542 Rn. 128.

⁴¹ Prot., Mugdan, Bd. 2, S. 825 f.

⁴² Mot., Mugdan, Bd. 2, S. 231.

⁴³ Richtig Gröschler, NJW 2000, 247, 250, Schmidt-Futterer/Blank § 542 Rn. 89, Blank/Börstinghaus § 542 Rn. 100.

nach dem Ende der Mietzeit erfolgt, wird durch die Vereinbarung über die Rücknahme der Kündigung nichtsdestoweniger der alte Mietvertrag fortgeführt. Dies entspricht dem Sinn der Vereinbarung und kann nicht durch Vorstellungshilfen aus der Körperwelt in Frage gestellt werden, wonach untergegangene Rechtsverhältnisse nicht wieder „aufleben“ können. Die Parteien und auch Dritte wie eine Bürge oder ein Grundstückserwerber werden so behandelt, als sei der Mietvertrag nie gekündigt worden. Bei der vom Sozialleistungsträger angeregten Kündigungsrücknahme für Wohnraummietverhältnisse betrifft dies vor allem die Verlängerung der Kündigungsfristen zugunsten des Mieters; bei der Gewerberaummiete gilt es für das Gebot der Schriftform nach § 550 BGB, das der BGH zu Unrecht für anwendbar hält.