

## „Grenzen des Schriftformerfordernisses im Gewerbemietrecht“

Das in § 550 BGB geregelte Schriftformerfordernis für Mietverträge mit einer Dauer von mehr als einem Jahr ist eines der Hauptspielfelder im Bereich des Gewerberaummietrechts. Hans-Joachim Dose, der Vorsitzende des für Gewerberaummietrecht zuständigen XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, hat es schon im Jahre 2008 bei einem Vortrag in Weimar auf den Punkt gebracht mit der Frage: „Schriftform und kein Ende?“ In der Tat bilden die Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Kündigung eines langfristigen Mietvertrags wegen Verstoßes gegen die Schriftform einen der Schwerpunkte der Arbeit des XII. Zivilsenats beim Bundesgerichtshof, soweit es das Mietrecht anbelangt. Dass von Anfang 2010 bis Anfang 2013 hierzu keine Senatsentscheidung veröffentlicht ist, täuscht eine Ruhe an dieser Front vor, die so tatsächlich nicht bestand. Denn im Rahmen von Nichtzulassungsbeschwerden war das Thema weiter virulent. Und seit einem guten Jahr hat es auch wieder in veröffentlichten Senatsurteilen Fahrt aufgenommen und behält diese bei. So steht beispielsweise Ende April vor dem Senat eine Sache zur Verhandlung an<sup>1</sup>, in der es – erneut, wie auch zuletzt im Januar dieses Jahres<sup>2</sup> – darum geht, welche rechtlichen Wirkungen eine Schriftformheilungsklausel hat.

Die Frage nach den Grenzen des Schriftformerfordernisses ist vielschichtig. Sie soll von mehreren Blickwinkeln aus und unter Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs beleuchtet werden.

---

<sup>1</sup> XII ZR 146/12

<sup>2</sup> vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 2014 – XII ZR 68/10 – MDR 2014, 334

1. Für welche Verträge und Vereinbarungen gilt das Schriftformerfordernis – und für welche nicht?

a) § 550 BGB ist kein Wirksamkeitserfordernis für den Vertrag selbst

Um mit einer an sich selbstverständlichen, aber gleichwohl wichtigen Feststellung zu beginnen: § 550 BGB regelt die Frage, welche formalen Voraussetzungen ein Mietvertrag erfüllen muss, um auf einen längeren Zeitraum als ein Jahr befristet zu sein. Er stellt hingegen kein Wirksamkeitserfordernis für den Vertrag selbst auf. Nicht der Schriftform genügende Mietverträge binden die Vertragsparteien mithin ebenso wie schriftliche, nur nicht so lange<sup>3</sup>. Dadurch wird § 550 BGB in der Praxis zum Rettungsanker, nach dem vorzugsweise derjenige greift, der sich früher als eigentlich vereinbart vom Vertrag lösen will.

b) Vorvertrag

Keine Geltung beansprucht § 550 BGB dagegen für den Vorvertrag<sup>4</sup>. Die Vertragsparteien können sich demnach in einem solchen ohne jedes Formerfordernis – und in vollem Umfang bindend – dazu verpflichten, einen Mietvertrag über Gewerberaum mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr abzuschließen. Aus einem derartigen Vorvertrag kann dann der Anspruch auf Abschluss eines formgerechten, mehrjährigen Hauptvertrags resultieren<sup>5</sup>. Das ist auch folgerichtig: Denn ganz wesentlicher Regelungszweck des § 550 BGB ist der Schutz des Grundstückserwerbers, der dem schriftlichen Mietvertrag bei einer längeren Vertragslaufzeit entnehmen können muss, in welche vertraglichen Vereinbarungen mit dem Mieter er als neuer Vermieter von Gesetzes wegen gemäß § 566 Abs. 1 BGB eintritt<sup>6</sup>. In die

---

<sup>3</sup> vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 – NJW 2010, 1518 Rn. 30

<sup>4</sup> vgl. Senatsurteil vom 7. März 2007 – XII ZR 40/05 – NJW 2007, 1817 Rn. 14 zu § 566 aF

<sup>5</sup> vgl. Senatsurteil vom 7. März 2007 – XII ZR 40/05 – NJW 2007, 1817 Rn. 15 zu § 566 aF

<sup>6</sup> vgl. zuletzt Senatsurteil vom 22. Januar 2014 – XII ZR 68/10 – juris Rn. 26

aus einem Vorvertrag resultierenden Rechte und Pflichten tritt er jedoch nicht ein. Maßgeblich ist für ihn nur, ob es bereits einen Hauptvertrag gibt und was dieser bestimmt.

#### c) Vereinbarungen über einen Kündigungsausschluss

Zum Eingreifen des Schriftformerfordernisses führt es dabei nicht nur, wenn die Vertragsparteien positiv eine vertragliche Laufzeit von mehr als einem Jahr festschreiben. Den gleichen Effekt der langen Vertragsbindung eines eventuellen Grundstückserwerbers hat es nämlich auch, wenn bei an sich unbestimmter Vertragsdauer eine Vereinbarung getroffen wird, nach der zumindest der Vermieter auf längere Zeit als ein Jahr auf sein Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet. Diese entfaltet daher nur bei Wahrung der Schriftform Wirksamkeit<sup>7</sup>.

#### d) Verlängerungsvereinbarung

§ 550 BGB gilt des Weiteren auch für eine Verlängerungsvereinbarung mit einer Laufzeit von über einem Jahr. Wird sie der Schriftform nicht gerecht, führt der Verstoß grundsätzlich dazu, dass auch eine im ursprünglichen Vertrag enthaltene Laufzeit von über einem Jahr ihre Wirkung verliert. Anders liegt es aber, wenn die Verlängerungsvereinbarung in die ursprünglich – in einer § 550 BGB genügenden Weise – vereinbarte längere Laufzeit nicht eingreift, sondern dem Vertrag nur einen weiteren Zeitabschnitt hinzufügt. Dann gilt nur der Verlängerungsvertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> vgl. Senatsbeschluss vom 9. Juli 2008 – XII ZR 117/06 – NJW-RR 2008, 1329; vgl. auch BGH, Urteil vom 4. April 2007 – VIII ZR 223/06 – NJW 2007, 1742 Rn. 17 f. zum Ausschluss der Kündigung wegen Eigenbedarfs

<sup>8</sup> BGH Urteil vom 22. Februar 1994 – LwZR 4/93 – NJW 1994, 1649, 1651

## e) Änderungsvereinbarung

Generell hat jede Änderung einer vertragswesentlichen Vereinbarung die Schriftform zu wahren. Dazu, welche Erfordernisse sich hieraus im Einzelnen für die Abfassung der Urkunde ergeben, sei auf das Folgende verwiesen. Genügt die Änderung nicht § 550 BGB, dann infiziert dieser Schriftformmangel den gesamten Vertrag mit der Folge, dass auch eine zuvor wirksam vereinbarte Befristung von über einem Jahr wegfällt.

2. Was verlangt das Schriftformerfordernis für seine Wahrung – und was nicht?

Mindestens ebenso komplex ist die Frage, wie weit die Anforderungen reichen, die das Schriftformerfordernis aufstellt – also wann ein Vertrag noch § 550 BGB genügt und wann er sich außerhalb der von dieser Vorschrift gezogenen Grenzen bewegt mit der Folge, dass er als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.

### a) Grunderfordernis

Was § 550 BGB fordert, lässt sich erst einmal wie folgt zusammenfassen: Es muss sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen – insbesondere den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses – aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergeben<sup>9</sup>.

Damit ist jedoch in der Praxis für die Lösung eines Falles oder auch für die Formulierung eines dem Schriftformerfordernis nach Möglichkeit genügenden Vertrags oft noch nicht wirklich etwas gewonnen.

---

<sup>9</sup> vgl. z.B. Senatsurteil vom 13. November 2013 – XII ZR 142/12 – NJW 2014, 52 Rn. 22

## b) Urkundeneinheit - Auflockerungsrechtsprechung

Wie liegt es etwa, wenn sich nicht alle Vereinbarungen aus der einen (einzigen) Vertragsurkunde, sondern erst aus der Zusammenschau mehrerer Schriftstücke ergeben?

Die Rechtsprechung hatte ursprünglich bei einem Mietvertrag, der auf andere Schriftstücke Bezug nimmt, verlangt, diese müssten mit der Haupturkunde derart verbunden werden, dass die Auflösung der Verbindung nur durch teilweise Substanzerstörung möglich ist (z.B. Fadenheftung oder Anleimen) oder die Lösung eine Gewaltanwendung erfordert (z.B. Verbindung mittels Heftmaschine)<sup>10</sup>, und damit sehr strenge Anforderungen schon an die äußere Form der Urkundeneinheit gestellt. Aufgrund der vom XII. Zivilsenat selbst so bezeichneten „Auflockerungsrechtsprechung“<sup>11</sup> bestehen derartige formale Anforderungen an eine feste Verbindung inzwischen jedoch nicht mehr.

Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst schriftlich niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, so dass sich der Gesamtinhalt erst aus dem Zusammenspiel dieser verstreuten Bedingungen ergibt, müssen die Vertragsparteien zur Wahrung der Urkundeneinheit – nur noch, aber auch mindestens – die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich machen. Dazu ist nun keine körperliche Verbindung mehr erforderlich. Es genügt vielmehr die bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen muss.

Nichts anderes gilt für eine Vereinbarung, mit der wesentliche Vertragsbestandteile des ursprünglichen Vertrags geändert werden sollen. In ihr

---

<sup>10</sup> vgl. BGHZ 40, 255, 263 ff.

<sup>11</sup> vgl. z.B. Senatsbeschluss vom 17. September 1997 – XII ZR 296/95 – NJW 1998, 62

muss daher zur Erhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB auf den Ausgangsvertrag und alle ergänzenden Urkunden verwiesen werden<sup>12</sup>. Daraus folgt, dass die Vereinbarung hinreichend deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nehmen, die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen muss, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags verbleiben soll<sup>13</sup>.

In zwei im Jahre 2013 vom XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschiedenen Fällen<sup>14</sup> wurden Vereinbarungen, die zu einer Änderung der Vertragsparteien führten, dem schon deshalb nicht gerecht, weil der Ursprungsmietvertrag, der in Bezug genommen werden sollte, nicht ausreichend deutlich bezeichnet war. Denn es fehlten jeweils das Datum des Ausgangsvertrags, ausreichend genaue Angaben zum Mietobjekt, die korrekte Bezeichnung der ursprünglichen Vertragsparteien und die richtige Angabe der von ihnen anfänglich vereinbarten Miethöhe.

### c) Parteiwechsel

Dies führt unmittelbar zu der Frage, was aus § 550 BGB für die Vereinbarung über den Wechsel einer Vertragspartei folgt. Diese unterliegt dem Schriftformerfordernis, weil – wie schon ausgeführt und im Übrigen auf der Hand liegt – natürlich wesentlicher Vertragsbestandteil ist, wer denn die Vertragsparteien sind. Wenn alle am Wechsel Beteiligten, also sowohl die früheren als auch die neuen Vertragsparteien, an der Vereinbarung mitwirken, gibt es insoweit kein Problem. Weniger eindeutig ist die Rechtslage aber dann, wenn – wie in der Praxis ebenfalls nicht selten anzutreffen

---

<sup>12</sup> vgl. z.B. Senatsurteile vom 30. Januar 2013 – XII ZR 38/12 – NJW 2013, 1083 Rn. 22 und vom 11. Dezember 2013 – XII ZR 137/12 – juris Rn. 16

<sup>13</sup> wie Fn. 12

<sup>14</sup> wie Fn. 12

– zwei Beteiligte etwas vereinbaren und der Dritte dem lediglich zustimmt. Gilt für die Genehmigung dann § 550 BGB?

Der XII. Zivilsenat hat zwei der denkbaren vier Konstellationen bereits entschieden. Bei einem zwischen dem früheren und einem neuen Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel bedarf die notwendige Zustimmung des Mieters ebenso wenig der Schriftform<sup>15</sup> wie bei einem vom Vermieter und früheren Mieter vereinbarten Mieterwechsel die Zustimmung des neuen Mieters<sup>16</sup>. Der Senat hat dabei mit dem Schutzzweck des § 550 BGB argumentiert, der einem späteren Grundstückserwerber nur die Kenntnis ermöglichen solle, in welche langfristigen Vereinbarungen er gegebenenfalls – nämlich dann, wenn diese bei Grundstückserwerb noch bestehen – eintritt. Er diene hingegen nicht dazu, sich allein anhand der Urkunde Gewissheit über das Zustandekommen oder den Fortbestand eines langfristigen Mietvertrages zu verschaffen.

Diese Argumentation lässt sich auch auf die beiden anderen Konstellationen, also die Vereinbarung zwischen Vermieter und neuem Mieter mit (formloser) Zustimmungserklärung des alten Mieters und die Mietvereinbarung mit (formloser) Zustimmungserklärung des Vermieters<sup>17</sup>, übertragen. Bei letztgenannter Fallgestaltung, in der alter und neuer Mieter eine formgerechte Vereinbarung schließen, muss dann zwar auf Seiten des Vermieters gerade kein den Mieterwechsel betreffendes Vertragsdokument vorhanden sein. Ein solches kann er dem eventuellen Grundstückserwerber daher gegebenenfalls auch nicht vorlegen. Das spielt jedoch für

---

<sup>15</sup> vgl. Senatsurteile BGHZ 154, 171, 180 = NJW 2003, 2158, 2160 und vom 30. Januar 2013 – XII ZR 38/12 – NJW 2013, 1083 Rn. 25

<sup>16</sup> vgl. Senatsurteile vom 20. April 2005 – XII ZR 29/02 – NZM 2005, 584, 585 und vom 30. Januar 2013 – XII ZR 38/12 – NJW 2013, 1083 Rn. 25

<sup>17</sup> vgl. zu dieser Konstellation die Leitsätze des Senats im Verfahren XII ZR 38/12

die Wahrung der Schriftform keine Rolle, weil es insoweit nicht darauf ankommt, wo sich die erforderliche Urkunde befindet, sondern nur dass eine solche errichtet wurde<sup>18</sup>. Dementsprechend geht einer der Leitsätze des Senats zum Urteil vom 30. Januar 2013<sup>19</sup> dahin, dass die Vermieterzustimmung formlos erfolgen kann.

#### d) Vertragsdauer

Auch soweit es die vertraglichen Vereinbarungen zur Dauer der Mietzeit anbelangt, führt die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht zu unüberwindlichen Hürden durch das Schriftformerfordernis. Regelungen zur Dauer der Mietzeit wahren (schon) dann die Schriftform, wenn sich Beginn und Ende der Mietzeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend bestimmbar aus der Vertragsurkunde ergeben. Es reicht daher aus, wenn die Vertragsparteien die Laufzeit des Vertrags festlegen und den Vertragsbeginn an den Zeitpunkt der Übergabe des Mietobjekts knüpfen. Hierfür besteht gerade bei der nicht selten vorkommenden Vermietung von im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht fertig gestellten Räumen – bekannt als Vermietung vom Reißbrett – ein erhebliches praktisches Bedürfnis<sup>20</sup>. Erst Recht genügt es § 550 BGB, wenn – wie in einem vom Senat Anfang Februar dieses Jahres entschiedenen Fall<sup>21</sup> – der Vertragsbeginn an den Übergabezeitpunkt geknüpft, aber ein nach Datum bestimmter Endzeitpunkt genannt ist.

Die Einhaltung der Schriftform wird auch nicht in Frage gestellt, wenn der Vertrag zusätzliche Regelungen enthält über Voraussetzungen, unter denen das Mietverhältnis bereits vor der tatsächlichen Übergabe beginnen

---

<sup>18</sup> vgl. Senatsurteil BGHZ 154, 171, 180 = NJW 2003, 2158, 2160

<sup>19</sup> Senatsurteil vom 30. Januar 2013 – XII ZR 38/12 – NJW 2013, 1083

<sup>20</sup> vgl. Senatsurteil vom 24. Juli 2013 – XII ZR 104/12 – NJW 2013, 3361 Rn. 21 ff. mwN

<sup>21</sup> vgl. Senatsurteil vom 5. Februar 2014 – XII ZR 65/13 – juris

soll. So hatte der Senat keine Bedenken gegen eine Vertragsbestimmung, nach der als Vertragsbeginn der Zeitpunkt gelten sollte, in dem das Mietobjekt ohne verzögerndes Zutun des Mieters – etwa durch dessen Änderungswünsche, verspätete Vorlage von ihm zu stellender Pläne oder nicht rechtzeitige Sicherheitsleistung – erfolgt wäre. Denn ein möglicher Erwerber kann potentielle Fälle aus der Urkunde erkennen und entsprechende Nachforschungen anstellen, so dass die Warnfunktion erfüllt ist. Allgemein wird die Wahrung der Schriftform nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Vereinbarung auslegungsbedürftige Begriffe enthält<sup>22</sup>.

#### e) Vertragsparteien und Vertretungsmacht

Die von § 550 Satz 1 BGB geforderte Schriftform ist die des § 126 Abs. 1 und Abs. 3 BGB<sup>23</sup>, wovon der XII. Zivilsenat bei seiner Rechtsprechung durchgängig ausgeht. Grundsätzlich ist daher ein von beiden Vertragsparteien unterschriebenes Vertragsdokument erforderlich. Ein Briefwechsel i.S.d. § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB reicht nicht aus.

Ergibt sich aus dem Vertrag selbst, dass auf einer Seite eine Personenmehrheit auftritt, müssen entweder alle Personen unterschreiben oder die vorhandenen Unterschriften müssen deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragspartei geleistet worden sind. Denn sonst lässt sich der Vertragsurkunde nicht eindeutig entnehmen, ob die Wirksamkeit des Vertrages hinausgeschoben sein soll, bis auch die weiteren Vertragsparteien unterschrieben haben. Wird der Vertrag durch eine Person als Mieter oder Vermieter geschlossen und durch eine andere Person unterzeichnet, kann diese nach dem Vertragsinhalt nur als Vertreter der Vertragspartei aufgetreten sein. Der Schriftform ist Genüge getan. Anders verhält es sich, wenn nicht alle aus der Urkunde

---

<sup>22</sup> wie Fn. 20

<sup>23</sup> vgl. Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 11. Aufl. § 550 BGB Rn. 7 f.

ersichtlichen Vertretungsberechtigten unterschrieben haben, so etwa bei Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Mitgliedern einer Erbengemeinschaft oder auch mehreren im Vertrag angegebenen Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft<sup>24</sup>. Zur Kennzeichnung der Vertretung kann im Übrigen bereits die Verwendung des Firmen- oder Betriebsstempels ausreichen<sup>25</sup>.

Für die Frage der Einhaltung der Schriftform ist dagegen völlig ohne Belang, ob der Unterzeichner auch tatsächlich die entsprechende Vertretungsmacht hatte<sup>26</sup>. Dabei handelt es sich allein um eine Frage der materiell-rechtlichen Wirksamkeit des Vertragsschlusses. Die Schriftform hingegen ist bereits dann eingehalten, wenn sich aus der Vertragsurkunde isoliert eine abschließende Einigung über alle wesentlichen Vertragsbestandteile ergibt – also der „äußeren Form“ genügt ist<sup>27</sup>. Davon wird immer dann auszugehen sein, wenn der Vertrag mit vollständigem Inhalt von beiden Parteien wirksam unterzeichnet ist und sich aus der Vertragsurkunde kein Anhaltspunkt dafür ergibt, dass die Unterzeichnung durch eine Partei verspätet sein könnte. Hierfür spricht insbesondere der Zweck des § 550 BGB, nach dem abweichend von § 125 BGB der Vertrag auch bei Verstoß gegen die Schriftform wirksam zustande kommt und dann „lediglich“ als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.

f) Wesentliche/unwesentliche Vertragsinhalte – wesentliche/unwesentliche Vertragsänderung

---

<sup>24</sup> vgl. Senatsurteile vom 4. November 2009 – XII ZR 86/07 – NJW 2010, 1453 Rn. 13 ff. und vom 23. Januar 2013 – XII ZR 35/11 – NJW 2013, 1082 Rn. 10 ff.

<sup>25</sup> vgl. Senatsurteil vom 23. Januar 2013 – XII ZR 35/11 – NJW 2013, 1082 Rn. 14

<sup>26</sup> vgl. Senatsurteil vom 23. Januar 2013 – XII ZR 35/11 – NJW 2013, 1082 Rn. 15

<sup>27</sup> vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 – NJW 2010, 1518 Rn. 22: Unerheblich ist, ob die Urkunde binnen der Annahmefrist zugegangen ist.

Das Schriftformerfordernis verlangt, dass die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niedergelegt sind. Daraus folgt im Umkehrschluss aber zwingend: Unwesentliche Vertragsbestandteile werden nicht von § 550 BGB erfasst. Auch dabei handelt es sich um eine aus Gründen der Handhabbarkeit in der Praxis zwingende Einschränkung, die allerdings in der Literatur nicht unbestritten ist<sup>28</sup>.

Wann etwas wesentlich oder unwesentlich ist, kann im Einzelfall durchaus zu kniffligen Abgrenzungsfragen führen. Die Umstellung der Zahlungsweise von quartalsweise auf monatlich hat der Senat ebenso für wesentlich erachtet<sup>29</sup> wie die erstmalige Einführung einer Nebenkostenvorauszahlung<sup>30</sup>. Denn in beiden Fällen wurden die Möglichkeiten des Vermieters, wegen Zahlungsverzugs des Mieters zu kündigen, erheblich erweitert.

Nicht wesentlich sind lediglich erläuternde oder veranschaulichende Vertragsinhalte wie beispielsweise der Grundrissplan und das Inventarverzeichnis eines Hotels<sup>31</sup>. Übrigens hat der für Wohnraummiete zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auch für die Einigung, auf welchen der außerhalb der Mietwohnung liegenden Kellerraum sich die Vertragsparteien verständigt hatten, eine Beurkundungsbedürftigkeit nach § 550 BGB verneint, weil der Kellerraum bei der Wohnungsmiete von völlig untergeordneter Bedeutung sei<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> vgl. Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 11. Aufl. § 550 BGB Rn. 33

<sup>29</sup> vgl. Senatsurteil vom 19. September 2007 – XII ZR 198/05 – NJW 2008, 365 Rn. 15

<sup>30</sup> vgl. Senatsurteil vom 13. November 2013 – XII ZR 142/12 – NJW 2014, 52 Rn. 22

<sup>31</sup> vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 – XII ZR 57/07 – juris Rn. 11 ff.

<sup>32</sup> vgl. BGH Urteil vom 12. März 2008 – VIII ZR 71/07 – NJW 2008, 1661 Rn. 22

Höchstrichterlich nicht geklärt ist hingegen bislang, ab wann vertragliche Vereinbarungen, die die Miethöhe und damit einen grundsätzlich vertragswesentlichen Bereich ändern, beurkundungspflichtig sind. Oder anders gewendet: Gibt es eine – eventuell auch prozentual an der Gesamtmiete auszurichtende – Geringfügigkeitsgrenze, unterhalb derer eine Änderung nicht § 550 BGB unterfällt und daher laufzeitunschädlich ist? Die obergerichtliche Rechtsprechung bejaht dies teilweise<sup>33</sup>. Es sollte lediglich eine Frage der Zeit sein, bis der Bundesgerichtshof Gelegenheit erhält, sich dazu zu äußern.

### 3. Was kann das Schriftformerfordernis leisten – und was nicht?

Aus den beispielhaft aufgezeigten Grenzen des Schriftformerfordernisses ergeben sich mehr oder weniger zwangsläufig die Einschränkungen dessen, was es für seine Schutzadressaten leisten kann.

#### a) Potentieller Erwerber

Das sind vor allem potentielle Grundstückserwerber, die kraft Gesetzes (§ 566 Abs. 1 BGB) als Vermieter in die mietvertraglichen Pflichten eintreten. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs hatte sich letztlich gegen den Grundsatz „Kauf bricht Miete“ und auch dagegen entschieden, Mietverträge zum Erwerberschutz in das Grundbuch eintragen zu lassen. Vielmehr wählte er stattdessen den Weg, den Erwerber durch das Schriftformerfordernis vor langfristigen vertraglichen Verpflichtungen zu schützen, die für ihn beim Erwerb nicht erkennbar sind<sup>34</sup>. Gleichwohl ist eine Reihe von Punkten trotz Wahrung der Schriftform für den Erwerber nicht anhand der Vertragsurkunde(n) zu klären.

---

<sup>33</sup> vgl. z.B. KG NZM 2005, 457, 458; OLG Düsseldorf Urteil vom 19. März 2013 – 24 U 103/12 – juris Rn. 34 mwN; a.A. und zum Streitstand Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 11. Aufl. § 550 BGB Rn. 41; a.A. wohl auch MünchKommBGB/Bieber 6. Aufl. § 550 Rn. 7

<sup>34</sup> vgl. die Darstellung bei Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 11. Aufl. § 550 BGB Rn. 1 ff.

## aa) Wirksamkeit des Vertrags

Das beginnt mit der Frage, ob der Mietvertrag wirksam ist. So kann er an Mängeln beim Vertragsschluss leiden, etwa weil es auf einer Seite an einer wirksamen Stellvertretung gefehlt und der Vertretene das Vertreterhandeln nicht genehmigt hat. Er kann aber auch anfechtbar oder sogar bereits wirksam angefochten, er kann sittenwidrig und er kann wirksam gekündigt sein. Schließlich verhält sich der schriftliche Vertrag nicht dazu, ob eine vertraglich vereinbarte Bedingung eingetreten ist<sup>35</sup>. Die Vertragsurkunde gibt mithin keine Gewähr dafür, dass ein wirksamer Mietvertrag (noch) existiert; sie soll lediglich Gewissheit über die vertraglichen Bestimmungen verschaffen, die gelten, falls der Vertrag besteht<sup>36</sup>.

## bb) Vertragsdauer

Ungewiss kann für den Erwerber darüber hinaus die Vertragsdauer sein. Zu denken ist hierbei an die oben bereits erwähnte Fallgestaltung der Vermietung vom Reißbrett, bei der die Urkunde kein Anfangs- und damit auch kein Enddatum des Vertragsverhältnisses nennen muss.

Noch augenfälliger wird dies bei der Frage, ob der Mieter eine ihm im Vertrag eingeräumte Verlängerungsoption ausgeübt hat. Die Vereinbarung des Optionsrechts ist natürlich formbedürftig, wenn es zu einer Vertragsbindung von über einem Jahr führen kann. Die Ausübung hingegen unterliegt grundsätzlich keinem Formerfordernis; auch wenn sie mündlich erfolgt, kann sie die Laufzeit daher wirksam um eine Reihe von Jahren verlängern<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> vgl. Senatsurteil BGHZ 154, 171 = NJW 2003, 2158, 2160

<sup>36</sup> vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06 – NJW 2010, 1518 Rn. 14, 25

<sup>37</sup> vgl. z.B. Senatsurteile vom 24. Juli 2013 – XII ZR 104/12 – NJW 2013, 3361 Rn. 25 und vom 5. Februar 2014 – XII ZR 65/13 – juris Rn. 28

### cc) Allgemein: Im Vertrag eingeräumte einseitige Änderungsrechte

Diese Aussage lässt sich auch allgemeiner fassen: Immer dann, wenn einer Vertragspartei in der Vertragsurkunde das Recht eingeräumt ist, durch einseitige Erklärung den Vertragsinhalt zu ändern, kann der Erwerber aus der Urkunde dazu, ob und wie dieses Recht ausgeübt wurde, nichts ersehen. Weitere Beispiele – neben der Verlängerungsoption – hierfür sind das Recht, die Höhe der Nebenkosten durch einseitige Erklärung anzupassen<sup>38</sup>, oder das dem Vermieter gewährte Leistungsbestimmungsrecht, welchen von mehreren Parkplätzen er dem Mieter zuweist<sup>39</sup>. Der Erwerber ist dadurch, dass er dem Vertrag das einseitig bestehende Recht entnehmen kann, ausreichend gewarnt und kann sich gegebenenfalls erkundigen, ob und wie das Recht ausgeübt worden ist.

### dd) Miethöhe

Aber auch ohne einseitiges Leistungsbestimmungsrecht kann die aktuelle Miethöhe erheblich von der im Vertrag ursprünglich vereinbarten abweichen. Das kann etwa der Fall sein, wenn die Vertragsparteien eine Indexmiete festgelegt haben, bei der sich die Miethöhe in Abhängigkeit von einem bestimmten Index automatisch verändert<sup>40</sup>.

### ee) Vertragsparteien/Untervermietung

Wie bereits dargelegt, vermittelt der schriftliche Vertrag dem Erwerber unter Umständen nicht einmal die Gewissheit, wer tatsächlich Vertragspartei ist. Denn bei einem Wechsel der Vertragspartei, den zwei vereinbaren und

---

<sup>38</sup> vgl. Senatsurteil vom 5. Februar 2014 – XII ZR 65/13 – juris Rn. 29

<sup>39</sup> vgl. Senatsurteil vom 23. Januar 2013 – XII ZR 35/11 – NJW 2013, 1082 Rn. 16; vgl. auch BGH Urteil vom 12. März 2008 - VIII ZR 71/07 - NZM 2008, 362 Rn. 20 f.

<sup>40</sup> vgl. z.B. Senatsurteil vom 5. Februar 2014 – XII ZR 65/13 – juris Rn. 32

dem der Dritte lediglich zustimmen muss, unterliegt diese Zustimmung gerade nicht dem Formerfordernis.

Ein ähnliches Problem stellt sich bei der Untervermietung: Ist im Vertrag geregelt, dass eine solche gegen Erlaubnis des Vermieters gestattet ist, die der Vermieter nur aus wichtigem Grund verweigern darf, dann unterfällt die Erlaubniserteilung nicht § 550 BGB. Denn der Mieter ist bereits aufgrund der Vertragsgestaltung zur Untervermietung berechtigt und hat einen Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung. Für die Erfüllung der Vertragspflicht durch Erteilung der geschuldeten Erlaubnis bedarf es aber keiner Urkundeneinheit mit dem Mietvertrag<sup>41</sup>.

#### b) Vertragsparteien selbst

Der Schutzzweck des Schriftformerfordernisses beschränkt sich aber nicht auf den potentiellen Erwerber allein. Ansonsten hätte es nahe gelegen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung bei Vorliegen eines Schriftformverstoßes auf den Erwerber beschränkt – was er nicht hat. Nach ständiger, zuletzt im Januar 2014 bestätigter Senatsrechtsprechung dient § 550 BGB vielmehr auch dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und die Vertragsparteien vor unbedachten langfristigen Bindungen zu schützen<sup>42</sup>.

Soweit es um die Beweisbarkeit langfristiger Abreden geht, stößt § 550 BGB naturgemäß in all den Fällen an Grenzen, in denen es nicht der Einhaltung der Schriftform bedarf. Das gilt also zum einen für die Auswechslung von Vertragsparteien durch schriftlichen Vertrag zweier Beteiligten, dem der Dritte formlos zustimmen kann. Zum anderen sind insoweit die Fälle zu nennen, in denen im Vertrag einer Partei das Recht eingeräumt

---

<sup>41</sup> vgl. Senatsurteil vom 23. Januar 2013 – XII ZR 35/11 – NJW 2013, 1082 Rn. 19

<sup>42</sup> vgl. Senatsurteile BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 16 f. und vom 22. Januar 2014 – XII ZR 68/10 – juris Rn. 26

wird, durch einseitige Erklärung eine Vertragsänderung herbeizuführen – also beispielsweise Mietoption, Nebenkostenanpassung oder Parkplatzzuweisung. Schließlich hilft § 550 BGB natürlich auch nur sehr bedingt beim Beweis von Umständen, die die Wirksamkeit des Vertragsschlusses bzw. das (Fort-)Bestehen des Vertrags betreffen.

Soweit es darum geht, Schutz vor unbedachten langfristigen Bindungen zu gewährleisten, scheint das Schriftformerfordernis dagegen ein in weiten Teilen geeignetes Instrument zu sein. Denn § 550 BGB verlangt, dass die Vereinbarungen – und zwar auch diejenigen, aus denen sich dann einseitige Vertragsänderungsbefugnisse ergeben können – schriftlich niedergelegt sind. Den (potentiellen) Vertragsparteien wird daher deutlich vor Augen geführt, worauf sie sich einlassen, wenn es zum Vertragsschluss kommt. In seiner Warnfunktion versagt § 550 BGB allerdings auch hier bei der Auswechslung einer Vertragspartei, wenn eine der beiden „neuen“ Parteien formlos zustimmt.

#### 4. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten und § 242 BGB

Das Schriftformerfordernis hat eine enorme Praxisrelevanz für die Gewerberaummieter. Bei der Frage der Kündbarkeit eines Mietvertrags geht es nicht selten um sechs- oder gar siebenstellige Summen und damit um wirtschaftliche Interessen bedeutenden Ausmaßes – auf Vermieter- und auf Mieterseite. Daher verwundert nicht, dass kautelarjuristisch erhebliche Anstrengungen unternommen werden, um anfänglichen Schriftformverstößen und solchen, die sich während des Laufs eines gelebten Mietvertrags ergeben können, durch Klauseln zu begegnen, die die Wirksamkeit der Laufzeitabrede erhalten sollen.

##### a) Schriftformheilungsklauseln

Die erste Variante ist in diesem Zusammenhang die sog. Schriftformheilungsklausel, also eine vertragliche Regelung, die die Parteien verpflichtet, einen eventuellen Schriftformverstoß durch Nachholung einer der Form genügenden vertraglichen Vereinbarung ungeschehen zu machen. Bei Wirksamkeit einer solchen Klausel wäre eine gleichwohl ausgesprochene ordentliche Kündigung ohne vorherigen Versuch, eine formwirksame Vereinbarung herbeizuführen, als Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen.

Dabei stellt sich zum einen die Frage, inwieweit der Grundstückserwerber durch eine solche Klausel an der Kündigung gehindert wird. Diese Frage ist nicht nur Gegenstand des bereits erwähnten Verhandlungstermins am 30. April 2014 vor dem Senat<sup>43</sup>, sondern hat den Senat schon im Januar beschäftigt. Er hat dabei entschieden, dass sich das Kündigungsrecht des Grundstückserwerbers mit einer Schriftformheilungsklausel nicht aushebeln lässt<sup>44</sup>, und dies dem Schutzzweck des § 550 BGB entnommen. Denn dieser will eine langfristige Bindung des Erwerbers an mangels Schriftform nicht dokumentierte vertragliche Rechte und Pflichten verhindern und kann durch eine solche Heilungsklausel nicht umgangen werden. Dies gilt gleichermaßen für Individualvereinbarungen wie für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Berufung des Erwerbers auf einen Schriftformmangel kann daher – von besonderen Ausnahmefällen abgesehen – trotz Heilungsklausel nicht treuwidrig sein.

---

<sup>43</sup> XII ZR 146/12; Ausgangsentscheidung OLG Düsseldorf ZMR 2013, 276

<sup>44</sup> vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 2014 – XII ZR 68/10 – juris Rn. 24 ff.

Eine andere, noch nicht höchstrichterlich entschiedene Frage ist, welche Wirkung eine solche Heilungsklausel zwischen den (ursprünglichen) Vertragsparteien entfaltet. Dies wird kontrovers diskutiert<sup>45</sup>, wobei bei Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen teilweise schon die Wirksamkeit der Klausel in Abrede gestellt wird. Auch wenn man von der Wirksamkeit solcher Klauseln ausgeht, müsste man aber in einem weiteren Schritt dazu kommen, dass sich der trotz dieser Klausel Kündigende treuwidrig verhält. Diese Annahme dürfte allerdings bei den am Vertragsschluss Beteiligten wesentlich näher liegen als beim Erwerber.

#### b) Schriftformklauseln

Die zweite Variante eines „Rettungsversuchs“ stellen die Schriftformklauseln dar, ausgestaltet als einfache oder auch als doppelte. Sie erklären all das, was die Vertragsparteien nicht formwährend und damit schriftlich vereinbart haben, für ungültig. Die einfache Schriftformabrede kann aber jederzeit formlos aufgehoben werden, wovon bei einer mündlichen Vertragsänderung regelmäßig auszugehen ist.

Bei der doppelten Schriftformklausel wird daher nicht nur die Vertragsänderung, sondern auch eine Vereinbarung die Schriftform selbst betreffend unter den Vorbehalt der Schriftlichkeit gestellt. Der XII. Zivilsenat hatte unlängst über einen Fall zu entscheiden, in dem das Oberlandesgericht

---

<sup>45</sup> vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 2014 – XII ZR 68/10 – juris Rn. 20 ff. mwN

Frankfurt sich mit der Wirksamkeit eben einer solchen Klausel auseinandergesetzt hat<sup>46</sup>. Aus Rechtsgründen kam es im Revisionsverfahren darauf jedoch letztlich nicht an<sup>47</sup>.

Wie bei der Wirkung von Schriftformheilungsklauseln zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien auch dürfte es aber nur eine Frage der Zeit sein, bis der Senat Gelegenheit erhält, sich zu diesem ebenfalls sehr umstrittenen Thema<sup>48</sup> zu äußern. Er wird sich hierbei wohl vor allem damit auseinandersetzen müssen, ob die den Vertragsparteien grundsätzlich eröffnete Freiheit, auch schriftliche Verträge durch mündliche Abreden zu modifizieren, insbesondere durch Allgemeine Vertragsbedingungen wirksam eingeschränkt werden kann.

### c) Sonstige Verstöße gegen Treu und Glauben

Schließlich kommt in Ausnahmefällen unabhängig von solchen Klauseln ein Eingreifen von § 242 BGB in Betracht, wenn eine Partei sich auf den Schriftformverstoß beruft und kündigt<sup>49</sup>. Das kann etwa der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre. Derartiges ist jedoch äußerst selten und zudem regelmäßig schwierig darzulegen und noch

---

<sup>46</sup> vgl. OLG Frankfurt ZMR 2013, 708

<sup>47</sup> vgl. Senatsurteil vom 5. Februar 2014 – XII ZR 65/13 – juris Rn. 20 ff.

<sup>48</sup> Für wirksam halten doppelte Schriftformklauseln etwa: Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 11. Aufl. § 550 BGB Rn. 75; Erman/Roloff BGB 13. Aufl. § 305b Rn. 11; Kreikenbohm/Niederstätter NJW 2009, 406, 408; Unwirksamkeit nehmen hingegen z.B. an: Emmerich/Sonnenschein Miete 11. Aufl. § 550 Rn. 37 f.; Staudinger/Emmerich BGB [2011] § 550 Rn. 49; Lindacher/Hau in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 6. Aufl. § 305b Rn. 34; jedenfalls Vorrang der Individualabrede: Lützenkirchen Mietrecht § 535 BGB Rn. 998 f.; Staudinger/Schlosser BGB [2013] § 305 b Rn. 40; Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. Kap. II Rn. 989

<sup>49</sup> vgl. etwa Senatsurteil vom 22. Januar 2014 – XII ZR 68/10 – juris Rn. 16 und 28 mwN

schwieriger zu beweisen. Für die Vertragsgestaltung selbst ist daraus ohnedies kein Erkenntnisgewinn zu erzielen.

## 5. Fazit

Wie ausgeführt, stößt § 550 BGB in verschiedener Hinsicht an Grenzen. Die ultimative Sicherheit kann er weder den Vertragsparteien noch dem potentiellen Erwerber verschaffen. Unsicheres Terrain betreten auf der anderen Seite all diejenigen, die die Reichweite dieser Vorschrift begrenzen möchten. Gerade im Bereich der Klauseln, die die langfristige Vertragsgeltung erhalten wollen, scheint derzeit der größte Klärungsbedarf zu bestehen.

Dass eine gewisse Verunsicherung besteht, was § 550 BGB den Vertragsparteien abverlangt, ist durchaus nachvollziehbar. Das Schriftformerfordernis führt jedoch nicht zu unerfüllbaren Anforderungen. Es gilt schlicht: Wer schreibt, bleibt im Zweifel länger Mietvertragspartei.