

Dr. Peter Günter

Karlsruhe

**Gewerberaumiete: Schriftform - Lösungsvorschlag für ein
ewiges Problem**

Mietgerichtstag 2019

Übersicht

I. Einleitung	2
II. Reformbedarf.....	2
1. Das Schriftformerfordernis als Risiko für den Bestand befristeter Mietverträge.....	2
2. Keine effektiven Heilungsmöglichkeiten de lege lata	6
a) Schriftformklauseln	6
b) Schriftformheilungsklauseln	8
c) Mieterdienstbarkeiten.....	12
d) § 242 BGB	12
III. Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda.....	14
1. Schutzzweck des § 550 BGB.....	15
a) Erwerberschutz.....	15
b) Beweisbarkeit langfristiger Abreden und Übereilungsschutz	17
2. Möglichkeiten einer gesetzlichen Neugestaltung	21
a) Aufhebung des § 550 BGB	21
b) Schriftformerfordernis nur für Mietverträge über gewerblich genutzte Immobilien.....	23
c) Kündigungsrecht nur für den Erwerber	23

I. Einleitung

Das Schriftformerfordernis bei langfristigen Mietverträgen nach § 550 BGB ist ein „ewiges Problem“ im Bereich der Gewerberaummieta. Die enorme Bedeutung dieser Thematik für die mietrechtliche Praxis zeigt sich nicht zuletzt darin, dass in einer vom Mietgerichtstag e. V. im Jahr 2011 herausgegebenen Schrift mit dem Titel „10 Jahre Mietrechtsreformgesetz - Eine Bilanz -“ sich allein neun Aufsätze mit der Schriftform bei längerfristigen Mietverträgen beschäftigen. Heute, acht Jahre später, ist die Diskussion um § 550 BGB nicht verstummt; im Gegenteil. Die Schriftformproblematik hat durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27. September 2017¹, mit der die Karlsruher Richter die in nahezu allen aktuellen Gewerberaummietverträgen enthaltenen „Schriftformheilungsklauseln“ insgesamt für unwirksam erklärt haben, wieder an Brisanz gewonnen. Mit dieser von der Praxis teilweise als „Paukenschlag“ bezeichneten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof der vertragsgestaltenden Praxis eines ihrer wichtigsten Instrumente genommen, um der Gefahr einer vorzeitigen Kündigung befristeter Mietverträge wegen eines Schriftformmangels zu begegnen.

Bereits in dem oben zitierten Werk des Mietgerichtstag e. V. haben mehreren Autoren bedauert, dass im Zuge des Mietrechtsreform 2001 der Gesetzgeber die Chance verpasst hat, § 550 BGB zu ändern², teilweise wurde auch die Existenzberechtigung der Vorschrift in Frage gestellt³. In diesem Beitrag soll nun eben diesen Fragen nachgegangen werden. Ist § 550 BGB in seiner derzeitigen Fassung und Funktion noch zeitgemäß oder besteht Bedarf, die Vorschrift zu reformieren?

II. Reformbedarf

1. Das Schriftformerfordernis als Risiko für den Bestand befristeter Mietverträge

Bei der Vermietung von gewerblich genutzten Immobilien sind Mietverträge mit festen Laufzeiten die Regel. Der langfristige Bestand des Mietverhältnisses ist grundsätzlich für beide Mietvertragsparteien von großer wirtschaftlicher

¹ XII ZR 114/16 - BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38.

² Breihold/Breihold MGT-Bilanz 2011, 391, 400;

³ Krüger MGT-Bilanz 2011, 410, 417.

Bedeutung. Der Vermieter erhält durch die vereinbarte Laufzeit eine verlässliche Grundlage für seine Investitionsentscheidung, weil er darauf vertraut, über einen vorhersehbaren Zeitraum Mieteinnahmen realisieren zu können. Auch der wirtschaftliche Wert seiner Immobilie wird im Wesentlichen durch die zu erzielenden Mieteinnahmen bestimmt. Der Mieter ist daran interessiert, seinen Standort zu sichern und kann seine Investitionen, die er in den Um- und Ausbau seines Geschäftsbetriebs getätigt hat, vernünftig planen. Doch nur allzu oft wird die Erwartung auf den Bestand des Mietverhältnisses enttäuscht. Denn bekanntermaßen bedarf ein Mietvertrag mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr nach § 550 Abs. 1 BGB der Schriftform. Diese Vorschrift, die gemäß § 578 Abs. 2 BGB auf die Geschäftsraummiete uneingeschränkt anwendbar ist, knüpft an die Nichteinhaltung der Schriftform die gesetzliche Fiktion, dass der Mietvertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Der Schriftformmangel führt demnach nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrags. § 125 BGB findet insoweit keine Anwendung⁴. Die Nichteinhaltung der Schriftform hat jedoch zur Folge, dass der Mietvertrag ungeachtet der vereinbarten Laufzeit bereits nach einem Jahr von beiden Mietvertragsparteien unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 580a Abs. 2 BGB) ordentlich gekündigt werden kann. Die Praxis zeigt, dass von dieser Möglichkeit auch reger Gebrauch gemacht wird. Ist einer Mietvertragspartei die langjährige Bindung an ein befristetes Mietverhältnis lästig, wird nach einem möglichen Schriftformmangel des Mietvertrags gesucht und glaubt die Partei, einen solchen Mangel entdeckt zu haben, kündigt sie den Vertrag. § 550 BGB wird also in vielen Fällen als eine Art „Schlupfloch“ genutzt, um sich früher als vereinbart aus einem befristeten Mietverhältnis zu lösen.

Die praktische Bedeutung dieser „Zweckentfremdung“ des § 550 BGB belegt ein Blick auf die zu diesem Problemkreis ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. In den Jahren von 2001 bis 2018 veröffentlichte der Bundesgerichtshof mehr als 30 Revisionsurteile, in denen Fragen der Einhaltung der Schriftform entscheidungserheblich waren. In nahezu allen Verfahren stritten die Mietvertragsparteien um die Wirksamkeit einer vorzeitigen und auf einen Schriftformmangel gestützten Kündigung eines langfristig abgeschlossenen

⁴ Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 13. Aufl., § 550 BGB Rn. 4.

Mietvertrags. *Lammel*⁵ hat daher zu Recht bereits in einem im Jahr 2011 veröffentlichten Aufsatz § 550 BGB als eine „missbrauchte“ Vorschrift bezeichnet; eine Einschätzung, der aus heutiger Sicht nur zugestimmt werden kann.

Dabei ist das Risiko, in die „Schriftformfalle“ zu geraten, für die Mietvertragsparteien durchaus hoch. Obwohl das Schriftformerfordernis für befristete Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr schon seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zum festen Bestand mietrechtlicher Vorschriften gehört⁶ und daher in der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik zu diesem Problemkreis besteht⁷, fällt es der vertragsgestaltenden Praxis bis heute schwer, die Anforderungen, die das Schriftformerfordernis aufstellt, verlässlich zu erfüllen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die von §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 BGB geforderte Schriftform (bereits) gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere über den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses, aus einer von den Parteien unterzeichneten Urkunde oder aus gleichlautenden, von jeweils einer Partei unterzeichneten Urkunden ergibt. Von der Schriftform ausgenommen sind lediglich solche Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind⁸. Aus dieser sehr abstrakt gehaltenen Definition der Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform ist indes für die konkrete Vertragsgestaltung nur wenig gewonnen. Gerade im Bereich der Gewerberaummieta sind die zu regelnden Sachverhalte meist sehr komplex und die Regelungswünsche der Mietvertragsparteien erschweren die Vertragsgestaltung zusätzlich, so dass trotz aller Sorgfalt ein Schriftformmangel oft nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Hinzu kommt, dass

⁵ *Lammel* in DMT-Bilanz 2011, S. 418; vgl. auch ders. in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 550 BGB Rn. 68; Blank/Börstinghaus/*Blank*, Miete, 5. Aufl., § 550 BGB Rn. 6; Münch-KommBGB/*Bieber*, 7. Aufl., § 550 Rn. 19.

⁶ Zunächst als § 566 BGB; seit dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001 (BGBl I 1149) mit Wirkung zum 1. September 2001 als § 550 BGB.

⁷ Vgl. nur die umfangreichen Rechtsprechungsnachweise bei Schmidt-Futterer/*Lammel*, 13. Aufl., § 550 BGB Rn. 31-40 und Staudinger/*Volker Emmerich* (2018) § 550 BGB Rn. 11 – 26a.

⁸ Vgl. etwa BGH Urteil vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515 Rn. 17 und vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NJW 2016, 311 Rn. 12, jeweils mwN.

vielfach erst lange Zeit nach der Erstellung eines Mietvertrags durch die Rechtsprechung geklärt wird, ob eine bestimmte Vertragsklausel dem Schriftformerfordernis genügt oder nicht. So hat der Bundesgerichtshof z. B. erst mit Urteil vom 21. November 2018 die bis dahin umstrittene Rechtsfrage⁹ entschieden, ob die Ausübung einer vertraglich vereinbarten Verlängerungsoption schriftformbedürftig im Sinne des § 550 Satz 1 BGB ist¹⁰. Auch die im Schrifttum heftig diskutierte Frage, wann eine Änderung der Miete wesentlich ist und damit dem Schriftformerfordernis unterfällt¹¹, wurde erst im Jahr 2015 vom Bundesgerichtshof dahingehend geklärt, dass die Änderung der Miethöhe stets eine wesentliche und - jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann - dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung darstellt¹². Ein weiterer Umstand, der das Risiko eines Schriftformmangels beträchtlich erhöht, besteht darin, dass auch Änderungsvereinbarungen, soweit sie vertragswesentliche Gesichtspunkte betreffen, die Schriftform wahren müssen¹³. Die Urkunde muss die geänderten Regelungen aufführen und erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages verbleiben soll¹⁴. Genügt die Änderung diesen Anforderungen nicht, infiziert dieser Schriftformmangel den gesamten Vertrag mit der Folge, dass auch eine zuvor wirksam vereinbarte Befristung von über einem Jahr entfällt¹⁵. Daher können nachträgliche Vereinbarungen zur Höhe¹⁶ oder

⁹ Für eine schriftliche Ausübung der Option sind BeckOGK/Dittert BGB § 550 Rn. 107 ff.; Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 13. Aufl. § 550 BGB Rn. 12; Zöll in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 4. Aufl. Kap. 9 Rn. 26; a.A. dagegen OLG Dresden NZM 2017, 442, 444; KG Beschluss vom 23. Oktober 2017 - 8 U 91/17 - juris Rn. 35; Blank in Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. § 550 BGB Rn. 51a; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Schweitzer Gewerberaum-miete § 550 Rn. 8 und 66.

¹⁰ XII ZR 78/17 – WuM 2019, 81 Rn. 20.

¹¹ Vgl. etwa OLG Jena NZM 2008, 572, 575 f.; OLG Naumburg OLGR 2008, 225, 227 f.; OLG Hamm OLGR 2006, 138, 140; BeckOK BGB/Herrmann [Stand: 1. Mai 2015] § 550 Rn. 20; Erman/Lützenkirchen BGB 14. Aufl. § 550 Rn. 17; Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Schweitzer Gewerberaum-miete § 550 BGB Rn. 61; Heile/Landwehr in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. Rn. 2508; Leo NZM 2006, 452, 453; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 5. Aufl. Kap. 5 Rn. 104 f.; Staudinger/Emmerich BGB [2014; Update-stand: 22. September 2015] § 550 Rn. 29 a: Unerhebliche Mietänderungen unterfallen nicht dem Formzwang des § 550 BGB; a. A. Blank in Blank/Börstinghaus Miete 4. Aufl. § 550 BGB Rn. 53; FA-MietRWEG/Schmid 5. Aufl. Kap. 3 Rn. 362; MünchKommBGB/Bieber 6. Aufl. § 550 Rn. 7; Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 13. Aufl. § 550 BGB Rn. 41 f.

¹² BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 – NJW 2016, 311 Rn. 12.

¹³ Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 12. Aufl. § 550 BGB Rn. 41.

¹⁴ Vgl. BGHZ 205, 99 = NJW 2015, 2034 Rn. 27.

¹⁵ Guhling NZM 2014, 529, 530.

¹⁶ BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 – NJW 2016, 311 Rn. 12.

Zahlungsweise¹⁷ der Miete, zum Mietobjekt¹⁸ oder der Austausch einer der Mietvertragsparteien¹⁹ schnell zu einem Schriftformmangel führen, der die Wirksamkeit der Laufzeitabrede beseitigt. Diese Gefahr besteht insbesondere deshalb, weil solche nachträglichen Änderungsvereinbarungen häufig von den Mietvertragsparteien oder deren Bevollmächtigten ohne juristische Unterstützung getroffen werden und es diesen Personen verständlicher Weise oft an einem entsprechenden Problembewusstsein fehlt. Und nicht zuletzt existieren trotz der großen Anzahl von gerichtlichen Entscheidungen zu den Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform immer noch praxisrelevante Problemkreise, die bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden sind. Als Beispiel sei nur die strittige Rechtsfrage benannt, ob und unter welchen Voraussetzungen Ausführungsänderungen, die während des Baus einer vermieteten Immobilie vorgenommen wurden, dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB unterliegen²⁰.

2. Keine effektiven Heilungsmöglichkeiten de lege lata

Das mit dem Schriftformerfordernis verbundene Risiko der vorzeitigen Beendigung eines befristeten Mietverhältnisses wird dadurch enorm erhöht, dass de lege lata keine wirksamen Möglichkeiten bestehen, einen Schriftformverstoß präventiv zu vermeiden, nachträglich zu heilen oder wenigstens die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung auszuschließen. Sämtliche in den vergangenen Jahren hierzu vorgeschlagenen Vertragsklauseln haben - jedenfalls soweit sie in Formularverträgen enthalten waren - der gerichtlichen Überprüfung durch den Bundesgerichtshof nicht standgehalten oder sie bieten keinen umfassenden und damit verlässlichen Schutz vor einer auf einen Schriftformverstoß gestützten Kündigung.

a) Schriftformklauseln

Als eine Möglichkeit, um laufzeitschädliche mündliche Abreden zu einem befristeten Mietvertrag zu vermeiden, finden sich in vielen Mietverträgen sogenannte (einfache oder doppelte) Schriftformklauseln. Mit der einfachen

¹⁷ BGH Urteil vom 19. September 2007 – XII ZR 198/05 – NZM 2008, 84 Rn. 15.

¹⁸ Vgl. BGH Beschluss vom 24. Januar 2012 – VIII ZR 235/11 – NZM 2012, 502 Rn. 3 mwN.

¹⁹ Vgl. BGH Urteil vom 30. Januar 2013 – XII ZR 38/12 – NJW 2013, 1083.

²⁰ Ausführlich dazu *Niederstetter* NZM 2017, 550; offengelassen in BGH Urteil vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 – NJW 2016, 311 Rn. 29.

Schriftformklausel wird im Vertrag festgelegt, dass nachträgliche Ergänzungen oder Änderungen des Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen. In der doppelten Schriftformklausel wird zusätzlich auch für die Aufhebung dieser Klausel selbst die Schriftform verlangt. Jedenfalls in Formularverträgen können beide Formen der Schriftformklausel das gewünschte Ergebnis jedoch nicht erreichen. Unabhängig davon, ob diese Vertragsregelungen abstrakt betrachtet einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten²¹, versagen sie jedoch immer dann, wenn die Parteien eine konkrete mündliche Abrede getroffen haben. Denn nach § 305 b BGB setzt sich die mündliche Abrede stets durch. Für eine einfache Schriftformklausel in Gewerberaummietverträgen hat dies der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 2005 entschieden²². In diesem Urteil wird ausdrücklich klargestellt, dass nachträgliche mündliche oder konkludente Individualvereinbarungen auch vor Schriftformformklauseln in Formularverträgen über langfristige Geschäftsraummietverhältnisse Vorrang haben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Parteien eine Änderung der Schriftformklausel beabsichtigt haben oder sie sich der Kollision der mündlichen Abrede mit dieser Klausel überhaupt bewusst waren²³.

Mit Beschluss vom 25. Januar 2017 hat der Bundesgerichtshof nunmehr auch für die in einem Formularmietvertrag über Gewerberäume enthaltene doppelte Schriftformklausel entschieden, dass diese wegen des Vorrangs der Individualvereinbarung nach § 305 b BGB eine mündliche oder auch konkludente Änderung der Vertragsabreden nicht ausschließen kann²⁴. Auf der Grundlage dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung kann damit eine doppelte Schriftformklausel allenfalls in einem individuell ausgehandelten Mietvertrag das gewünschte Ergebnis, schriftformschädliche mündliche Nebenabreden zu verhindern, erreichen²⁵. Im Bereich der Gewerberaummiets, wo Individualverträge nur sehr selten anzutreffen sind, stellen Schriftformklauseln dagegen kein taugliches Mittel dar, um Schriftformverstöße zu verhindern.

²¹ Vgl. dazu MünchKommBGB/Basedow 8. Aufl. § 305 b Rn. 14 f.

²² BGHZ 164,133 = NJW 2006, 138 f.

²³ BGHZ 164,133 = NJW 2006, 138, 139 mwN.

²⁴ BGH - XII ZR 69/16 - NJW 2017, 1017 Rn. 16.

²⁵ Vgl. dazu BGH Ur. vom 25. Januar 2017 - XII ZR 69/16 – NJW 2017, 1017 Rn. 19.

b) Schriftformheilungsklauseln

Als ein geeignetes Mittel, die Kündigung eines langfristigen Mietvertrages aufgrund eines Schriftformverstößes zu verhindern, betrachtete die Praxis bislang sogenannte Schriftformheilungsklauseln, in denen sich die Mietvertragsparteien dazu verpflichten, eventuelle Verstöße gegen das Schriftformerfordernis durch die Erstellung eines schriftformkonformen Nachtrags zu heilen. Die Klauseln hatten in der Regel folgenden Wortlaut:

„Alle Vereinbarungen, die zwischen den Parteien getroffen worden sind, sind in diesem Vertrag enthalten. Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Den Mietvertragsparteien sind die besonderen gesetzlichen Schriftformerfordernisse der §§ 550, 126 BGB bekannt. Sie verpflichten sich hiermit gegenseitig, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun, und den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der gesetzlichen Schriftform vorzeitig zu kündigen. Dies gilt nicht nur für den Abschluss des Ursprungsvertrages/Hauptvertrages, sondern auch für Nachtrags-, Änderungs- und Ergänzungsverträge.“

Wäre eine solche Klausel wirksam, hätte sie zur Folge, dass die auf den Formmangel gestützte Kündigung treuwidrig wäre, solange nicht erfolglos versucht worden ist, die andere Partei zu einer Heilung des Mangels zu veranlassen. Ob derartige Schriftheilungsklauseln aber tatsächlich die gewünschte Wirkung erreichen konnten, war in der Rechtsprechung und im Schrifttum lange Zeit umstritten. Teilweise wurden vertragliche Schriftformheilungsklauseln als uneingeschränkt wirksam angesehen²⁶. Vertreten wurde auch, dass sie jedenfalls zwischen den Vertragsschließenden selbst wirksam seien und zur Treuwidrigkeit einer auf die Schriftformwidrigkeit gestützten Kündigung führten, solange der Kündigende den Vertragspartner nicht zur Nachholung aufgefordert habe²⁷. Andere

²⁶ OLG Braunschweig NZM 2016, 197, 200; OLG Frankfurt ZMR 2015, 709, 712; jurisPK-BGB/Schur [Stand: 1. Dezember 2016] § 550 Rn. 28.

²⁷ Vgl. OLG Dresden ZfIR 2017, 321, 323 f.; KG ZMR 2016, 775, 776; OLG Köln Urteil vom 18. September 2015 - 1 U 28/15 - juris Rn. 35; vgl. auch *Lindner-Figura* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummieta 4. Aufl. Kap. 6 Rn. 62; *Neuhaus* Handbuch der

hielten derartige Klauseln als individualvertragliche Vereinbarung zwischen Vertragsparteien für zulässig, nicht hingegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen²⁸. Schließlich gab es Stimmen, denen zufolge Schriftformheilungsklauseln unabhängig davon, ob sie individualvertraglich oder als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden, unwirksam sind und deshalb nicht über § 242 BGB einer auf einen Schriftformverstoß gestützten ordentlichen Kündigung entgegenstehen können²⁹.

Der Bundesgerichtshof hat sich erstmals im Januar 2014 mit diesem Problemkreis befasst und entschieden, dass eine mietvertragliche Schriftformheilungsklausel jedenfalls den Grundstückserwerber nicht daran hindert, einen Mietvertrag, in den er nach § 566 Abs. 1 BGB eingetreten ist, unter Berufung auf einen Schriftformmangel zu kündigen, ohne zuvor von dem Mieter eine Heilung des Mangels verlangt zu haben³⁰. Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof im Wesentlichen darauf abgestellt, dass mit § 550 BGB erreicht werden solle, dass der Erwerber einer vermieteten Immobilie die Bedingungen, zu denen er gemäß § 566 Abs. 1 BGB in ein Mietverhältnis eintritt, im Grundsatz aus der Mietvertragsurkunde ersehen kann. Sei das infolge formunwirksamer, z.B. nur mündlicher Abreden nicht der Fall, habe er nach der Intention des Gesetzes die Möglichkeit, sich vorzeitig durch ordentliche Kündigung von dem Mietvertrag zu lösen. Diese Möglichkeit würde ihm genommen, wenn er infolge der Heilungsklausel verpflichtet wäre, den langfristigen Bestand des Mietverhältnisses sicherzustellen. Damit wäre der Schutzzweck des § 550 BGB verfehlt. Die Bestimmung stelle jedoch zwingendes Recht dar. Mit Rücksicht darauf sei es ungeachtet der Frage, ob es sich bei dem Mietvertrag um eine Individualvereinbarung oder einen Formularvertrag handele, mit § 550 BGB nicht vereinbar, den Erwerber aufgrund einer Heilungsklausel als verpflichtet anzusehen, von einer ordentlichen

Geschäftsraummiete 6. Aufl. Kap. 5 Rn. 279 ff.; Schmidt-Futterer/*Lammel* Mietrecht 13. Aufl. § 550 BGB Rn. 66, 74.

²⁸ OLG Düsseldorf ZMR 2017, 471, 473 f.; Erman/*Lützenkirchen* BGB 14. Aufl. § 550 Rn. 27) bzw. als solche nur zu Lasten des Verwenders (vgl. *Schweitzer* in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer Gewerberaummiete § 550 BGB Rn. 92 ff.

²⁹ LG Krefeld ZMR 2016, 547; BeckOGK/*Dittert* [Stand: 1. Juli 2017] § 550 BGB Rn. 174 ff.; BeckOK BGB/*Herrmann* [Stand: 1. November 2016] § 550 Rn. 17; BeckOK MietR/*Leo* [Stand: 1. Juni 2017] § 550 BGB Rn. 386 ff.; *Lützenkirchen/Lützenkirchen* Mietrecht 2. Aufl. § 550 BGB Rn. 86; wohl auch *Staudinger/Emmerich* BGB [Updatestand: 27. März 2017] § 550 Rn. 46 f.

³⁰ BGH Urteil vom 22. Januar 2014 - XII ZR 68/10 - BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 24.

Kündigung Abstand zu nehmen. Er verhalte sich deshalb nicht nach § 242 BGB treuwidrig, wenn er von der in diesem Fall vorgesehenen gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch mache³¹.

Mit Urteil vom 30. April 2014 bestätigte der Bundesgerichtshof diese Rechtsauffassung für die Kündigung eines langfristigen Gewerberaummietverhältnisses durch einen Nießbrauchsberechtigten, der mit der Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch gemäß §§ 1030 Abs. 1, 567 Abs. 1 Satz 1, 566 Abs. 1 BGB an die Stelle des Eigentümers in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag eingetreten war³². Auch in dieser Entscheidung stellte der Bundesgerichtshof zur Begründung vornehmlich auf den durch § 550 BGB vermittelten Erwerberschutz ab³³.

Nachdem der Bundesgerichtshof in diesen beiden Entscheidungen nur die Bindungswirkung von Schriftformheilungsklauseln gegenüber einem Erwerber abgelehnt hatte, der im Falle der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks als neuer Vermieter in den Vertrag eintritt, wurde in der Literatur die Auffassung vertreten, dass die Klausel aber zumindest für die ursprünglichen Mietvertragsparteien Geltung beanspruchen könne. Diese seien nicht schutzwürdig, da sie ja die Klausel vereinbart hätten und ihnen die schriftformschädliche Vereinbarung bekannt sei³⁴.

Diese Hoffnung hielt jedoch nicht lange an. Mit Urteil vom 27. September 2017 entschied der Bundesgerichtshof, dass Schriftformheilungsklauseln grundsätzlich mit der nicht abdingbaren Vorschrift des § 550 BGB unvereinbar und daher unwirksam sind. Sie könnten deshalb für sich genommen auch die ursprünglichen Vertragsparteien nicht daran hindern, einen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel ordentlich zu kündigen³⁵. Nachdem der Bundesgerichtshof in den beiden zuvor genannten Entscheidung aus dem Jahr 2014 vornehmlich zur Begründung auf den von § 550 BGB vermittelten

³¹ BGH Urteil vom 22. Januar 2014 - XII ZR 68/10 - BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 27.

³² BGH Urteil vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102.

³³ BGH Urteil vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102 Rn. 30 f.

³⁴ Vgl. etwa *Burbulla* ZMR 2016, 110; *Lammel* jurisPR-MietR 16/2014 Anm. 3.

³⁵ BGH Urteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 28.

Erwerberschutz abgestellt hatte, betonte er nunmehr, dass die Schriftform auch dazu diene, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen³⁶. Gerade im Hinblick auf diese beiden Schutzzwecke hielt der Bundesgerichtshof Schriftformheilungsklauseln mit dem nicht unabdingbaren § 550 BGB generell für unvereinbar. Denn sie hätten zur Folge, dass die (ursprünglichen) Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit gebunden wären und damit der mit der Vorschrift jedenfalls auch beabsichtigte Übereilungsschutz ausgehöhlt und die wichtige Warnfunktion der Bestimmung weitgehend leerlaufen würde³⁷.

Nachdem der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 11. April 2018³⁸ zwischenzeitlich seine Rechtsauffassung nochmals bestätigt hat, dürfte die Diskussion um die Wirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln wohl ihr vorläufiges Ende gefunden haben. Damit steht das wichtigste Instrument zur Vermeidung von schriftformbedingten Kündigungen langfristiger Mietverträge der mietvertraglichen Gestaltungspraxis nicht mehr zur Verfügung. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Rechtsprechung ist immens. Denn einerseits ist eine nachträgliche Heilung eine Schriftform mangels nunmehr nicht mehr vorbeugend möglich. Zum anderen konnte in der Vergangenheit die Ungewissheit über die Wirksamkeit von Schriftvermeidungsklauseln zumindest in Verhandlungen nutzbar gemacht werden. De lege lata wird es nunmehr umso wichtiger sein, die Einhaltung der Schriftform bei Abschluss eines langfristigen Gewerberaummietvertrags, aber auch bei nachträglichen Vereinbarungen während der Laufzeit sicherzustellen³⁹. Zudem wird bei dem Erwerb von Gewerbeimmobilien, deren Wert vornehmlich vom Bestand der Mietverträge abhängig ist, im Rahmen einer Due Diligence eine sorgfältige Überprüfung der vorhandenen Mietverträge auf eventuelle Schriftformmängel gewissenhaft durchzuführen.

³⁶ BGH Urteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38 Rn. 35 mwN.

³⁷ BGH Urteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38 Rn. 39.

³⁸ BGH Urteil vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515 Rn. 25.

³⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Schweitzer NJW* 2019, 198.

c) Mieterdienstbarkeiten

Lässt sich damit durch vertragliche Regelungen eine auf einen Schriftformmangel gestützte Kündigung nicht wirksam verhindern, wird im Schrifttum nach Möglichkeiten gesucht, ob nicht wenigstens die erheblichen wirtschaftlichen Folgen einer vorzeitigen Beendigung des Gewerberaummietverhältnisses abgeschwächt werden können. Als eine Möglichkeit hierfür wird die Bestellung einer sog. „Mieterdienstbarkeit“ vorgeschlagen⁴⁰. Hierbei handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 Abs. 1 BGB), die von den Parteien eines (gewerblichen) Mietverhältnisses in dem Mietvertrag oder in einer besonderen Sicherungsabrede bestellt wird, um die Nutzung des Mietgegenstandes bzw. des Grundstücks zugleich dinglich abzusichern⁴¹. Die Mieterdienstbarkeit schützt den Mieter vor dem Verlust der Mietsache, indem es ihm ein sog. „Ersatznutzungsrecht“ gewährt, wenn der Mietvertrag vorzeitig endet⁴². Tatsächlich kann eine Mieterdienstbarkeit auch bei einem unter einem Schriftformmangel leidenden Mietvertrag einen gewissen Schutz für den Mieter bieten. Falls der Vermieter, gestützt auf einen Schriftformmangel, den Mietvertrag vorzeitig kündigt, begründet die Mieterdienstbarkeit ab Beendigung des Mietvertrags ein Ersatznutzungsrecht des Mieters, das ihn weiterhin zum Besitz und zur Nutzung der Mietsache berechtigt⁴³. Der vermittelte Schutz wirkt allerdings allein zu Gunsten des Mieters und die Vereinbarung einer Mieterdienstbarkeit kann daher wohl auch nur durch einen entsprechend verhandlungsstarken Mieter durchgesetzt werden. Der Vermieter kann auf diese Weise nicht vor schriftformbedingten Kündigungen des Mieters geschützt werden.

d) § 242 BGB

Nachdem die vorgenannten vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten keinen oder nur einen unzureichenden Schutz vor der vorzeitigen Kündigung eines Mietvertrags wegen eines Schriftformverstoßes bieten, bleibt als letzter

⁴⁰ So insb. *Krüger* NZM 2018, 42.

⁴¹ *Krüger* NZM 2012, 377, 378; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., Vorbem. zu § 535 BGB, Rn. 158.

⁴² Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., Vorbem. zu § 535 BGB, Rn. 159.

⁴³ *Krüger* NZM 2012, 377, 379; Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 13. Aufl., Vorbem. zu § 535 BGB, Rn. 159.

„Rettungsanker“ für den Kündigungsempfänger nur noch im Einzelfall der Einwand, die Kündigung verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und sei daher unwirksam.

Allerdings darf sich jede Vertragspartei grundsätzlich darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Partei sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre⁴⁴.

Diese Voraussetzungen dürften indes nur selten erfüllt sein. Veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in denen eine Kündigung für treuwidrig gehalten wurde, weil sie existenzvernichtende Wirkung hatte, liegt jedenfalls nicht vor. Fälle, in denen eine Partei die andere von der Einhaltung der Schriftform schuldhaft abgehalten hat und später den Mietvertrag unter Berufung auf den von ihr zu verantwortenden Schriftformmangel kündigt, werden in der täglichen Praxis ebenfalls kaum vorkommen. Der Bundesgerichtshof hat unlängst entschieden, dass es gegen Treu und Glauben verstößt, wenn eine Mietvertragspartei eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen lästig gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen⁴⁵. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte die Vermieterin auf eine Vertragsänderung hingewirkt, mit der eine Wertsicherungsklausel in einer Form abgeändert werden sollte, die allein ihren Interessen diene. Diese Vertragsänderung wurde nicht beurkundet. Die Formwidrigkeit dieser Nachtragsvereinbarung nahm die Vermieterin dann später zum Anlass, den Mietvertrag vorzeitig zu

⁴⁴ BGH Urteil vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102 Rn. 27 mwN.

⁴⁵ BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 – BGHZ 216, 68-83 = NZM 2018, 38 Rn. 41.

kündigen. Dies hielt der Bundesgerichtshof für treuwidrig, weil eine auf dieser Kündigung beruhende Vertragsbeendigung ein schlechthin untragbares Ergebnis wäre, so dass der Vermieterin die Berufung auf den Schriftformverstoß gemäß § 242 BGB versagt wurde⁴⁶.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lässt sich eine verlässliche Verteidigungsstrategie gegen Schriftformverstöße aber nicht aufbauen. Ob eine Kündigung gegen Treu und Glauben verstößt ist stets eine Frage des konkreten Einzelfalls, die von Wertungsgesichtspunkten abhängt. Ein präventiver Schutz vor schriftformbedingten Kündigungen lässt sich damit nicht erreichen. Ob eine ausgesprochene Kündigung dadurch abgewendet werden kann, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Zudem ist es für den Rechtsberater der betroffenen Partei nur schwer zu prognostizieren, wie das Gericht den Sachverhalt bewerten wird.

Im Schrifttum finden sich mittlerweile erste Vorschläge, den Einwand der Treuwidrigkeit in die Vertragsgestaltung einzubringen. Eine solche Klausel könnte etwa wie folgt lauten⁴⁷:

„Die Kündigung des Mietvertrags wegen der Nichteinhaltung des Schriftformerfordernisses stellt einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) dar, wenn nicht zuvor erfolglos alle den Parteien zumutbaren Anstrengungen unternommen wurden, um die Schriftform des Mietvertrags herzustellen.“

Da derartige Klauseln inhaltlich aber nichts anderes als modifizierte Schriftformheilungsklauseln darstellen, ist zu erwarten, dass diese Regelungen einer gerichtlichen Überprüfung ebenfalls nicht standhalten werden.

III. Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass es im Wege der Vertragsgestaltung keine Möglichkeit gibt, dem Risiko der vorzeitigen Kündigung eines langfristigen Mietvertrags wegen eines Schriftformmangels vorzubeugen. Will man verhindern, dass auch in Zukunft § 550 BGB als Schlupfloch benutzt wird, mit dem

⁴⁶ BGH Urteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - BGHZ 216, 68-83 = NZM 2018, 38 Rn. 47.

⁴⁷ Nach *Lindner-Figura/Reuter* NJW 2018, 897, 900.

sich Mietvertragsparteien von lästigen Mietverhältnissen lösen können, ist dies nur durch eine Änderung dieser Vorschrift zu erreichen. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum hierbei bestimmt sich hierbei vornehmlich nach dem Zweck, den diese Vorschrift verfolgt. Da der Abschluss eines Mietvertrags grundsätzlich formfrei möglich ist, ist vor der Überlegung, wie eine gesetzliche Neuregelung aussehen könnte, zunächst die Frage zu beantworten, warum der historische Gesetzgeber mit § 571 BGB a. F. (jetzt § 550 BGB) gerade bei Mietverträgen mit einer Geltungsdauer von mehr als einem Jahr ein Schriftformerfordernis eingeführt hat.

1. Schutzzweck des § 550 BGB

a) Erwerberschutz

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs will § 550 BGB in erster Linie sicherstellen, dass ein späterer Grundstückerwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann⁴⁸. Er soll davor geschützt werden, sich auf einen Mietvertrag einzulassen, dessen wirtschaftliche Bedingungen sich, etwa infolge einer Mietreduzierung, anders als erwartet und deshalb finanziell einkalkuliert darstellen⁴⁹. Das Schriftformerfordernis steht damit in engen Zusammenhang mit der Regelung des § 566 Abs. 1 BGB, wonach bei einer Veräußerung des vermieteten Wohnraums oder einer vermieteten Gewerbeimmobilie (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt.

Dass § 550 BGB dem Erwerberschutz dient, bestätigt bereits ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm⁵⁰. Durch die Einführung des Grundsatzes "Kauf bricht nicht Mieta" in das Bürgerliche Gesetzbuch wollte der historische Gesetzgeber vornehmlich Mieter von Gewerberäumen und Pächter von Landgütern und Gewerbebetrieben umfassend davor schützen, bei einer Veräußerung

⁴⁸ BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 26; BGH Urteil vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102 Rn. 30, jeweils mwN.

⁴⁹ BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 29.

⁵⁰ Vgl. hierzu auch Häublein JZ 2018, 755, 758.

des Grundstücks ihren Besitz an dem Miet- oder Pachtobjekt zu verlieren⁵¹. Um diesen Mieterschutz vor vorzeitiger "Austreibung"⁵² zu gewährleisten, wollte der Gesetzgeber mit § 571 BGB a.F. eine Vorschrift schaffen, mit der "der Mieter das nach dem Inhalt des Mietvertrags geschuldete trotz eines Wechsels in der Person des Eigentümers der vermieteten Sache von dem Eigentümer in natura verlangen" kann⁵³. Um diesen Schutzzweck zu erreichen, entschied sich der Gesetzgeber zu einer Regelung, die eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen, enthält. Dem Mietverhältnis wurde für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung beigelegt, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt⁵⁴. Als Kompensation für die Belastung, die der Erwerber einer vermieteten Immobilie durch die Aufnahme dieses Grundsatzes erfährt, wurde bei den Beratungen nach einer Möglichkeit gesucht, den Erwerber zu schützen. Dabei wurde zunächst erwogen, langfristige Mietverträge in das Grundbuch einzutragen, um dem Erwerber die erforderliche Kenntnis über Bestand und Inhalt des Mietvertrags zu unterrichten, den er übernehmen muss. Im Laufe der Beratungen wurde diese Lösung als wenig praktikabel angesehen. Eine Vorlage für einen angemessenen Ausgleich der beiderseitigen Interessen fand der historische Gesetzgeber schließlich im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten (Preuß. ALR), insbesondere in ALR I, 21, § 269⁵⁵. Danach wurde es für notwendig, aber auch ausreichend angesehen, dass der Inhalt eines langfristigen Mietvertrags in einer Urkunde niedergelegt wird, aus der der Erwerber die für ihn notwendigen Informationen entnehmen kann⁵⁶. Dies führte schließlich zu der Regelung in § 571 BGB a. F.

⁵¹ Protokolle II S. 1873 f., zitiert bei Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II S. 815 f.

⁵² Vgl. BGHZ 107, 315, 320 = NJW 1989, 2053.

⁵³ Motive II S. 385, zitiert bei Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II S. 244.

⁵⁴ Vgl. BGHZ 107, 315, 320 = NJW 1989, 2053 mwN.

⁵⁵ Vgl. Häublein JZ 2018, 755, 758; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 13. Aufl., § 550 BGB, Rn. 3.

⁵⁶ Protokolle II S. 1898 f., zitiert bei Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II S. 825 f.

Die Auswertung der Gesetzesmaterialien zeigt, dass der historische Gesetzgeber das Schriftformerfordernis nur zum Schutz des Erwerbers im Hinblick auf die Einführung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete“ eingeführt hat. Dieses Bedürfnis nach Erwerberschutz bewirkt, dass auf die Schriftform nicht verzichtet werden kann. Jedenfalls solange keine anderweitige Möglichkeit besteht, mit der sich der Erwerber über den Inhalt des Mietverhältnisses informieren kann, in das er gemäß § 566 Abs. 1 BGB eintreten muss. Die Errichtung eines öffentlichen Registers wäre eine Alternative, die jedoch nicht zu erwarten ist.

b) Beweisbarkeit langfristiger Abreden und Übereilungsschutz

Weniger eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob der Schutzzweck des § 550 BGB mehr als nur den Erwerberschutz umfasst. Der Bundesgerichtshof vertritt in seiner jüngeren Rechtsprechung die Auffassung, dass das Schriftformerfordernis ebenfalls dazu diene, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen⁵⁷. Damit schreibt der Bundesgerichtshof § 550 BGB Schutzzwecke zu, die regelmäßig mit Vorschriften verbunden sind, die für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Schriftform vorschreiben⁵⁸. Im Allgemeinen werden diese Schutzzwecke jedoch dadurch realisiert, dass als Sanktion der Verstoß gegen ein gesetzliches Schriftformerfordernis grundsätzlich zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt (§ 125 Satz 1 BGB). Insoweit geht § 550 BGB aber einen völlig anderen Weg. Denn statt der Unwirksamkeit eines nicht schriftlich abgeschlossenen langfristigen Mietvertrages sieht die Vorschrift lediglich die Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung vor. Schon dieser Unterschied auf der Rechtsfolgenseite lässt Zweifel daran entstehen, ob § 550 BGB tatsächlich auch Beweiszwecken und dem Schutz vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen dienen soll.

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien verstärkt diese Zweifel. Dort finden sich nämlich keine Hinweise darauf, dass der historische Gesetzgeber mit der Einführung der Schriftform für langfristige Mietverträge neben dem Schutz des

⁵⁷ BGHZ 216, 68 = NJW 2017, 3772 Rn. 35 mwN; BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 26; BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178, 2179; BGHZ 139, 123 = NJW 1998, 2664, 2666.

⁵⁸ Zu den Formzwecken allgemein vgl. MünchKommBGB/*Einsele* 8. Aufl. § 125 Rn. 8.

Erwerbers noch weitere Zwecke verfolgen wollte⁵⁹. Entsprechend ist auch der Bundesgerichtshof lange Zeit davon ausgegangen, dass das Schriftformerfordernis allein dem Erwerberschutz dient⁶⁰. So heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahr 1969: „Die Vorschrift des § 566 BGB (a.F.) ist auf § 571 BGB (a.F.) zugeschnitten. Sie soll dem Erwerber des Grundstücks die Unterrichtung über etwaige langfristige Mietverträge erleichtern. Weiter geht der Zweck des § 566 BGB nicht“⁶¹. Erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1981 führt der Bundesgerichtshof aus, dass § 566 BGB (a.F.) neben dem Erwerberschutz auch anderen Zwecke diene, ohne diese jedoch dabei konkret zu benennen⁶². Der Schutz vor langfristigen Bindungen und die Beweisfunktion der Schriftform wurden vom Bundesgerichtshof dann erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997 konkret angesprochen⁶³. Eine Begründung hierfür findet sich in dieser Entscheidung allerdings nicht. In diesem Urteil geht der Bundesgerichtshof jedoch davon aus, dass die Beweis- und Schutzfunktion jedoch gegenüber dem Erwerberschutz nachrangig ist. So heißt es in diesem Urteil ausdrücklich: „Soweit § 566 BGB (a.F.) durch die Schriftform daneben auch die Beweisbarkeit langfristiger Abreden und eine gewisse Warnfunktion sicherstellen soll, sind diese Zwecke nachrangig und rechtfertigen keine über die vorstehende Erörterung zu § 126 BGB hinausgehenden Anforderungen“⁶⁴. Von diesem Rangverhältnis ist der Bundesgerichtshof auch in späteren Entscheidungen noch ausgegangen⁶⁵. Besondere Relevanz erhielten die beiden zusätzlichen Schutzzwecke des § 550 BGB erstmals in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. November 2017 zur generellen Unwirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln. Denn bei der Prüfung der Frage, ob solche Klauseln auch gegenüber den ursprünglichen Vertragspartnern Geltung erlangen können, wurde die Auffassung, § 550 BGB bezwecke auch, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und die

⁵⁹ Vgl. *Häublein* JZ 2018, 755, 758 mwN.

⁶⁰ BGHZ 42, 333, 339.

⁶¹ BGHZ 52, 25 = NJW 1969, 1063.

⁶² BGHZ 81, 46 = NJW 1981, 2246, 2247.

⁶³ BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58, 61.

⁶⁴ BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58, 61.

⁶⁵ BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 13 mwN; zuletzt BGH Urteil vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102 Rn. 30.

Vertragsparteien vor unbedacht eingegangenen langfristigen Mietverträgen zu schützen, tragender Gesichtspunkt der Argumentation⁶⁶.

Bei genauerer Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet sich allerdings nur ein Argument, mit dem die Erweiterung der Schutzbereich des § 550 BGB über den Erwerberschutz hinaus begründet wird. In dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. Juni 1981 heißt hierzu: „Indessen wurde die Regelung des § 566 BGB in einer Weise ausgestaltet, die über den ursprünglich mit ihr verfolgten Zweck hinausgeht. Sollte nur der Grundstückserwerber vor nicht überschaubaren langfristigen Mietverpflichtungen geschützt werden, so hätte es genügt, ihm ein Kündigungsrecht zuzubilligen, die Parteien, die den Vertrag abgeschlossen haben, jedoch daran zu binden. Dies zeigt, daß § 566 BGB über § 571 BGB hinaus Bedeutung hat“⁶⁷. In einer Entscheidung vom 7. Mai 2008 greift der Bundesgerichtshof dann dieses Argument nochmals auf und betont zusätzlich, dass wohl auch der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, § 550 BGB diene nicht nur dem Erwerberschutz. Denn dieser habe die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001⁶⁸ nur redaktionell geändert, nicht aber - was nahe gelegen hätte, wäre nur der Schutz des Erwerbers bezweckt - die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung auf den Erwerber beschränkt⁶⁹.

Ob diese Begründung das gefundene Ergebnis aber tatsächlich trägt, ist jedoch fraglich. Denn in den Materialien zum Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 finden sich keine Hinweise darauf, dass der Reformgesetzgeber diese Problematik überhaupt in den Blick genommen hat. Die Änderung des Wortlauts der Vorschrift beruhte im Wesentlichen darauf, dass klargestellt werden sollte, dass die Schriftform für Mietverträge über mehr als ein Jahr nicht mehr zwingend vorgeschrieben sein sollte. Mit der entsprechenden Neuformulierung des Satzes 1 des § 550-E wollte der Reformgesetzgeber nur den rechtlich erheblichen Tatbestand (Mietvertrag für länger als ein Jahr ohne Beachtung der Schriftform) formulieren, an den wie bisher die besondere Rechtsfolge (Geltung für unbestimmte

⁶⁶ BGH Urteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - BGHZ 216, 68 = NZM 2018, 38 Rn. 39.

⁶⁷ BGHZ 81, 46 = NJW 1981, 2246, 2247.

⁶⁸ BGBl. I S. 1149.

⁶⁹ BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178, 2179.

Zeit) geknüpft ist. Mit dem geänderten Wortlaut in Satz 2 des § 550-E sollte die bis dahin streitige Rechtsfrage geklärt werden, dass der Mietvertrag frühestens zum Ablauf eines Jahres nach dem (vertraglich bestimmten) Zeitpunkt der Überlassung gekündigt werden kann und es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht ankommt⁷⁰.

Zieht man zusätzlich noch die Protokolle über die Beratung zum Bürgerlichen Gesetzbuch in die Betrachtung mit ein, zeigt sich, dass auch der historische Gesetzgeber die Möglichkeit eines Kündigungsrechts nur für den Erwerber in Betracht gezogen hatten und davon nur deshalb abgesehen wurde, weil man eine entsprechende gesetzliche Regelung für zu schwierig hielt⁷¹. Dass ein auf den Erwerber beschränktes Kündigungsrecht bis heute nicht Gesetz geworden ist, zwingt daher nicht zu dem Schluss, dass das Schriftformerfordernis in § 550 BGB mehr als nur den Schutz des Erwerbers bezweckt. Möglicherweise ist der mit dem Schriftformerfordernis verbundene Schutz vor der Eingehung langfristiger Bindungen und die Möglichkeit einer einfacheren Beweisbarkeit nicht Zweck, sondern lediglich eine Folge der aus einem anderen Grund, nämlich dem Erwerberschutz, angeordneten Schriftform.

Dafür spricht auch, dass § 550 Satz 1 BGB die Schriftform schon bei Verträgen von mehr als einem Jahr verlangt. Ob bei einem Mietvertrag, der auf z. B. auf zwei Jahre befristet ist, die Einhaltung der Schriftform zu Beweis Zwecken oder um die Vertragsparteien vor der Eingehung langfristiger Mietverträge zu schützen, notwendig ist, scheint wenig überzeugend. Ein Bedürfnis nach Übereilungsschutz kann aber auch bei unbefristeten Mietverhältnissen bestehen. Insbesondere beim Vermieter von Wohnraum stellt der Abschluss des Mietvertrages eine folgenreiche Entscheidung dar, weil er sich aufgrund der Vorschriften über das Wohnraummietrecht nur unter strengen Voraussetzungen aus dem Mietvertrag wieder lösen kann⁷². Beweisnot kann sich auch bei unbefristeten Mietverhältnissen ergeben. Gerade im Bereich der Wohnraummiete sind Mietverträge, die über viele Jahre laufen, an der Tagesordnung. Auch hier ließe sich daher ein Bedürfnis

⁷⁰ BT-Drucks. 14/4553 S. 47.

⁷¹ Vgl. hierzu auch *Lammel* in DMT-Bilanz 2011, S. 418, 419.

⁷² *Krüger* DMT-Bilanz 2011, S. 410, 415.

für eine schriftliche Fixierung des Mietvertrags begründen, um die Beweisbarkeit von Ansprüchen zu erleichtern. Trotzdem können nach der gesetzlichen Konzeption unbefristete Mietverträge stets formlos abgeschlossen werden.

2. Möglichkeiten einer gesetzlichen Neugestaltung

Die Auswertung der Gesetzesmaterialien zeigt, dass der historische Gesetzgeber das Schriftformerfordernis allein zum Schutz des Erwerbers im Hinblick auf den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ eingeführt hat. Dass § 550 Satz 1 BGB auch die beiden vom Bundesgerichtshof zusätzlich anerkannten Zwecke der Beweisbarkeit langfristiger Abreden und der Warnfunktion umfasst, lässt sich weder durch die Gesetzgebungsgeschichte belegen noch ist diese Annahme bislang überzeugend begründet. Für die vorliegende Untersuchung kann deshalb davon ausgegangen werden, dass diese beiden Schutzzwecke jedenfalls nicht so untrennbar mit dem Schriftformerfordernis verbunden sind, dass sie bei einer gesetzlichen Neuregelung zwingend beibehalten werden müssten.

a) Aufhebung des § 550 BGB

Die radikalste Möglichkeit, das Schriftformproblem zu lösen, bestünde in der Abschaffung des § 550 BGB, wie es *Häublein* jüngst vorgeschlagen hat⁷³. Diese Lösung erscheint allerdings im Hinblick auf den Erwerberschutz problematisch. Der in § 566 Abs. 1 BGB enthaltene Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ hat zur Folge, dass der Erwerber einer vermieteten Immobilien einen Mietvertrag gegen sich gelten lassen muss, an dessen Abschluss er selbst nicht beteiligt war. Um den Mieter vor einer „Austreibung“ durch den Erwerber des Mietobjekts zu bewahren, enthält § 566 Abs. 1 BGB damit eine Durchbrechung des allgemeinen schuldrechtlichen Grundsatzes, dass Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen. Dem Mietverhältnis wird somit für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gewisse dingliche Wirkung beigelegt, indem mit dem Übergang des Eigentums an dem vom Veräußerer vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen⁷⁴. Aus der Sicht des Erwerbers ist die Situation

⁷³ JZ 2018, 755, 760.

⁷⁴ *Günter WuM* 2103, 264, 265 mwN.

der einer dinglichen Belastung des Grundstücks vergleichbar. Bei dinglichen Belastungen kann sich der Erwerber jedoch regelmäßig durch einen Blick in das Grundbuch die für ihn notwendigen Informationen über den Bestand und den Inhalt der ihn treffenden Verpflichtungen verschaffen. Mit der ersatzlosen Aufhebung des Schriftformerfordernisses stünde dem Erwerber eine vergleichbare Möglichkeit, sich vor dem Erwerb des Grundstücks oder der Immobilie über den Umfang der Einschränkungen seines Eigentumsrechts zu informieren, nicht mehr zur Verfügung. Zwar kann das Schriftformerfordernis in seiner bisherigen Form dem Erwerber keinen umfassenden Schutz bieten⁷⁵. So kann beispielsweise der Erwerber trotz des Vorliegens einer Vertragsurkunde nicht darauf vertrauen, dass der Vertragsschluss nicht an Mängeln gelitten hat oder der Vertrag bereits wirksam angefochten oder gekündigt worden ist. Die Vertragsurkunde vermittelt auch keine verlässliche Auskunft darüber, ob eine vertraglich vereinbarte Bestimmung eingetreten⁷⁶ oder ein vereinbartes Optionsrecht ausgeübt worden ist⁷⁷. Dennoch bietet die Vertragsurkunde eine verlässliche Informationsquelle dafür, welche Rechte und Pflichten auf den potentiellen Erwerber zu kommen, falls im Zeitpunkt des Erwerbs der urkundlich belegte Mietvertrag (noch) wirksam ist⁷⁸. Entfielen diese Informationsquelle wäre der Erwerber auf die Auskünfte verwiesen, die er vom dem Veräußerer der Immobilie über den Inhalt des Mietvertrages erhält. Informiert der Veräußerer den Erwerber unvollständig über die mit dem Mieter getroffenen Abreden, wäre der Erwerber nach § 566 Abs. 1 BGB trotzdem für die gesamte vereinbarte Laufzeit an den Mietvertrag gebunden. Ihm stünden lediglich Sekundäransprüche gegen den Veräußerer zu. Dies wäre, auch im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, ein bedenkliches Ergebnis.

Im Hinblick auf die Ausstrahlungswirkung des Mietvertrags und die damit verbundene Einschränkung des Eigentumsrechts des Erwerbers dürfte deshalb die Schriftform des Mietvertrages als Informationsmöglichkeit unverzichtbar sein, jedenfalls solange keine anderweitige Möglichkeit besteht, mit der sich der Erwerber über den Inhalt des Mietverhältnisses informieren kann, in das er gemäß §

⁷⁵ Ausführlich dazu *Guhling* NZM 2014, 529, 533 f.

⁷⁶ BGHZ 154, 171 = NZM 2003, 476, 478.

⁷⁷ BGH Urteil vom 21. November 2018 - XII ZR 78/17 - NZM 2019, 172 Rn. 20.

⁷⁸ BGH Urteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 - NZM 2010, 319 Rn. 14 mwN.

566 Abs. 1 BGB eintreten muss. Die Errichtung eines öffentlichen Registers wäre eine Alternative, die jedoch nicht zu erwarten ist. Eine Aufhebung des § 550 BGB dürfte daher keine sinnvolle Lösung darstellen, um das Schriftformproblem zu lösen.

b) Schriftformerfordernis nur für Mietverträge über gewerblich genutzte Immobilien

Als eine weitere Möglichkeit für eine gesetzgeberisches Tätigwerden wurde vorgeschlagen, § 550 BGB aus der Liste der Vorschriften zu streichen, auf die in § 578 Abs. 1 BGB verwiesen wird⁷⁹. Dies wäre jedoch nur eine halbherzige Lösung der Schriftformproblematik, da sie sich nur im Bereich der Grundstücks- und Gewerberaummiete auswirken würde. Für eine solche Beschränkung einer möglichen gesetzlichen Neuregelung ist jedoch kein überzeugender Grund ersichtlich. Zwar hat § 550 BGB sicher im Bereich der Geschäftsraummiete seine hauptsächliche Bedeutung. Die Kritik an dieser Vorschrift und der damit verbundene Wunsch nach einer Abhilfe durch den Gesetzgeber gelten jedoch unabhängig davon, ob es sich um Wohnraum- oder Geschäftsmietverhältnisse handelt⁸⁰.

c) Kündigungsrecht nur für den Erwerber

Geht man von der hier vertretenen Prämisse aus, dass aus Gründen des Erwerberschutzes das Schriftformerfordernis grundsätzlich beibehalten werden sollte, bietet sich eine Lösung an, die die Folgen eines Formverstößes nur auf den Erwerber beschränkt. Eine solche Möglichkeit bestünde darin, dass der Erwerber bei Fortbestand des Mietvertrages nur an die Abreden gebunden ist, die aus der schriftlichen Urkunde ersichtlich sind⁸¹. Diese Lösung erscheint aber schon deshalb problematisch, weil sie zur Bindung des Mieters an einen Vertrag führen würde, den er so überhaupt nicht abgeschlossen hat.

Die interessanteste Möglichkeit für eine gesetzliche Neuregelung dürfte deshalb darin bestehen, das Kündigungsrecht bei einem Schriftformverstoß auf den Erwerber zu beschränken. Damit würde eine Möglichkeit aufgegriffen, die bereits

⁷⁹ So etwa *Conradi* in ZIA Immobilienwirtschaft 2018, S. 52, 54.

⁸⁰ So auch *Häublein* JZ 2018, 755, 761.

⁸¹ Vgl. hierzu auch *Häublein* JZ 2018, 755, 760 auch zum österreichischen Recht.

bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch erörtert wurde und die in den vergangenen Jahren immer wieder gefordert wurde. Der nachfolgende Vorschlag für eine entsprechende Regelung ist nicht als endgültige Blaupause für den Gesetzgeber gedacht, sondern soll als ein Denkanstoß die Grundlage für eine breite Diskussion der Problematik bieten.

Eine Möglichkeit einer gesetzlichen Neuregelung könnte darin bestehen, dass § 566 BGB um einen Abs. 3 erweitert wird, der folgenden Wortlaut hat:

„(3) Ist der Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form geschlossen, ist der Erwerber berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Die Kündigung ist jedoch frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung des Wohnraums zulässig.“

Durch die Verlagerung des Schriftformerfordernis in § 566 BGB würde deutlich gemacht, dass die Schriftform für befristete Mietverträge allein im Interesse des Erwerberschutzes vorgesehen ist. Befristete Mietverträge könnten somit grundsätzlich - wie andere Mietverträge – auch formfrei geschlossen werden. Die schriftliche Fassung des Mietvertrags müsste zudem erst vorliegen, wenn das gemietete Grundstück oder die vermietete Immobilie veräußert wird. Dadurch erhielten die ursprünglichen Mietvertragsparteien zudem die Gelegenheit, sollte bereits ein schriftlicher Mietvertrag vorliegen, eventuelle Schriftformmängel noch vor der Veräußerung des Mietobjekts zu heilen. Im Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien zueinander wären Schriftformmängel folgenlos, so dass die Gefahr der vorzeitigen Beendigung eines lästigen Mietverhältnisses unter Berufung auf einen Schriftformmangel insoweit beseitigt wäre.

Die Beibehaltung des Wortlauts des § 550 BGB im ersten Halbsatz der Neuregelung beruht auf der Überlegung, dass zu den Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform umfangreiche Judikatur besteht und bei Streitigkeiten zwischen dem Erwerber und dem Mieter über die Berechtigung einer Kündigung darauf zurückgegriffen werden kann.

Das alleinige Kündigungsrecht des Erwerbers ist den Sonderkündigungsrechten nachgebildet, wie sie etwa in § 1056 Abs. 2 BGB, § 109 Abs. 1 InsO, § 57a ZVG oder § 30 Abs. 2 ErbbauRG enthalten sind. Es besteht während der

gesamten Laufzeit des Vertrages. Dies führt zwar zu einer gewissen Unsicherheit auf Seiten des Mieters, weil der Erwerber die Kündigung unabhängig von dem Zeitpunkt, zu dem er von dem Schriftformanerkennnis erhält, aussprechen kann. Die Festlegung einer Ausübungsfrist, die beispielsweise an die Kenntnis des Erwerbers von dem Schriftformmangel anknüpft, wäre jedoch mit dem Risiko verbunden, dass der Zeitpunkt der Kenntniserlangung oft sehr schwer festzustellen sein wird. Sollte der Erwerber zu lange mit der Kündigungserklärung zuwarten, könnte im Einzelfall die Kündigung gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen.

Ein Kündigungsrecht des Mieters sieht die Neuregelung nicht vor. Liegt im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs keine Mietvertragsurkunde vor oder ist diese unvollständig, ist dies dem Mieter bekannt, so dass sein Vertrauen auf den Fortbestand des Mietverhältnisses bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit nicht schützenswert ist.