

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Miet- und Wohnrecht

zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz:

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schriftformerfordernisses im Gewerbemietrecht

– im Anschluss an die DAV-Stellungnahme Nr. 16/2020 –

Stellungnahme Nr. 1/2022 Berlin, im Januar 2022

- Mitglieder des Ausschusses Miet- und Wohnrecht
- Rechtsanwalt Michael Drasdo, Neuss (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Henrike Butenberg, München
- Rechtsanwältin Beate Heilmann, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Ira Hörndler, Maître en Droit, Nürnberg (Berichterstatteerin)
- Rechtsanwalt Horst Müller, München
- Rechtsanwalt Dr. Joachim Wichert, Frankfurt a.M.

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin, DAV Berlin

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der BRD
- Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
- Bundesnotarkammer, Köln
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
- DMB – Deutscher Mieterbund
- Haus & Grund Deutschland
- BVI – Bundesfachverband der Immobilienverwalter
- VDIV Bund –Dachverband Deutscher Immobilienverwalter
- Immobilienverband IVD Bundesverband
- BImA – Bundesanstalt für Immobilienaufgaben

- Deutscher Notarverein e.V., Berlin
- Deutscher Richterbund e.V., Berlin
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV
- Ausschuss Miet- und Wohnrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der AG Mietrecht und Immobilien im DAV
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
- Redaktionen der Zeitschriften AnwBl, BWNotZ, Das Grundeigentum, DGVZ, DNotZ, DWW, DW, ErbbauZ, JZ, IMR, MDR, MittBayNot, NotBZ, NJW, NZM, RNotZ, Rpfleger, WuM, ZMR, ZWE

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der Deutsche Anwaltverein kann bestätigen, dass vermeintlich für eine feste Laufzeit abgeschlossene Mietverträge wegen einer Änderung der Interessenslage einer Partei immer wieder unter Berufung auf Schriftformmängel gekündigt werden. Häufig kündigt der Mieter (weil er sich verkleinern oder vergrößern oder den Standort ganz verlassen will). Das Schriftformerfordernis erweist sich in der Praxis deshalb eher als Gefahr oder zumindest Unsicherheit für den Käufer denn als Schutz. Dies lässt eine Gesetzesänderung geboten erscheinen.

Der Deutsche Anwaltverein befürwortet auch, dass es für das Schriftformerfordernis im Gewerbemietrecht eine eigenständige Regelung geben soll. Inhaltlich wird der Diskussionsentwurf die sich in der Praxis stellenden Probleme nach Einschätzung des Deutschen Anwaltvereins allerdings kaum lösen, und zwar aus folgenden Gründen:

- Schriftformmängel gibt es keineswegs nur bei Nachträgen, sondern auch bei den Ursprungsmietverträgen. Zwar mag sich der BGH in den letzten Jahren vermehrt mit Problemen bei Nachträgen befasst haben, das liegt aber eher daran, dass die meisten Schriftformfragen Einzelfallentscheidungen sind, die nicht bis zum BGH gelangen. Wie unten unter B. I. Nrn. 1. – 4. näher dargelegt, befasst sich die Rechtsprechung aber immer wieder mit Fragen, die nur oder auch bei Ursprungsverträgen auftreten. Diese Probleme würden durch den Entwurf nicht gelöst.

- Bei Nachträgen entstehen Schriftformprobleme häufig deshalb, weil den Parteien nicht klar ist, dass sie überhaupt einen Nachtrag schließen müssen (dazu unter B. II. Nr. 1.). Es gibt in diesen Fällen also auch keinen Nachtrag „in Textform“, so dass der Nachtrag auch nach der vorgeschlagenen Änderung nicht formunwirksam wäre sondern sogar nichtig.
- Die für Ursprungsverträge aufgezeigten Probleme können auch bei Nachträgen auftreten und bleiben durch die Erleichterung der Form teilweise unberührt (dazu unter B. II. Nr. 3.).
- Durch die Anordnung der Nichtigkeit als Rechtsfolge eines Formverstößes bei Nachträgen entstehen kaum lösbare Folgeprobleme (dazu unter B. II. Nr. 4.).
- Schließlich ist die Neufassung der Regelung für Nachträge auch unklar, was zu weiteren Diskussionen in der Praxis führen könnte (dazu unter B. II. Nr. 2.).

A. Einleitung

I. Problemstellung und Zielsetzung

In den letzten 20 Jahren hatte sich allein der XII. Zivilsenat des BGH in über 70 Revisionsverfahren mit der Frage zu befassen, welche Anforderungen bei konkreten Fallgestaltungen an die Einhaltung der Schriftform zu stellen sind. Dies, obwohl nur ein Bruchteil der Fälle, bei denen über die Einhaltung der Schriftform gestritten wird, auch vor den BGH gebracht wird. Die meisten Fälle werden vorgerichtlich, in den Eingangsinstanzen oder spätestens in den Berufungsinstanzen verglichen. Grund dafür ist, dass trotz der vielen Urteile bis heute oft nicht seriös vorausgesagt werden kann, ob ein konkreter Vertrag die Schriftform einhält oder nicht. Es wirft aber erhebliche Praxisprobleme auf, wenn jahrelang Unsicherheit über die Wirksamkeit einer Kündigung besteht. Die Parteien sind deshalb häufig aus praktischen Überlegungen heraus gezwungen, sich „schlecht“ zu vergleichen, wenn ein Schriftformproblem im Raum steht.

Jedenfalls im professionellen (B2B) Bereich, der ein großes Segment des Gewerbemietmarktes abdeckt, wurde deshalb versucht, mittels „Schriftformrettungsklauseln“ Rechtssicherheit zu schaffen. Seit der BGH 2017 und 2018 die Regelung des § 550 BGB für zwingendes Recht und folglich „Schriftformrettungsklauseln“ für unwirksam erklärt hat (BGH 11.04.2018 – XII ZR 43/17; 7.9.2017 – XII ZR 114/16), gibt es keine Möglichkeit mehr, sich vertraglich gegen Schriftformprobleme abzusichern. Dadurch entsteht erhebliche Rechtsunsicherheit, die auch dem Gewerbeimmobilienmarkt in Deutschland insgesamt schadet. Insbesondere internationale Stakeholder schrecken vor einem Markt teilweise zurück, bei dem vereinbarte Festlaufzeiten möglicherweise nicht wirksam sind.

II. Inhalt des Diskussionsentwurfs

Vorgesehen sind in einem neuen § 578a BGB-E für Grundstücke und Räume die keine Wohnräume sind, unterschiedliche Vorgaben für den Ursprungsmietvertrag auf der einen und Nachträge auf der anderen Seite. Die Regelung für den Abschluss des Ursprungsmietvertrages entspricht unverändert der derzeitigen Regelung („*Wird ein Mietvertrag [...] für längere Zeit als ein Jahr geschlossen, so gilt er für unbestimmte Zeit, wenn er nicht in schriftlicher Form geschlossen wurde*“). Für Nachträge heißt es dagegen, dass sie „*der Textform bedürfen*“.

III. Würdigung

§ 550 BGB sollte, wie auch der Diskussionsentwurf betont, nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers dem Schutz des Erwerbers dienen, der mit dem Kauf einer vermieteten Immobilie in bestehende Mietverträge eintritt (§ 566 BGB). Dies wurde als „*aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Belastung*“ gewertet, weshalb der Erwerber zumindest die Möglichkeit haben sollte, sich einfach und vollständig über den Inhalt der auf ihn übergehenden Mietverträge zu unterrichten.

Die Wirklichkeit ist heute bei Gewerbeimmobilien allerdings eine andere: der „Wert“ einer gewerblichen Immobilie bemisst sich in erster Linie nach den bestehenden Mietverträgen. Gewerbeimmobilien ohne für lange Festlaufzeiten abgeschlossene Mietverträge sind nahezu unverkäuflich. Der Käufer sieht die Mietverträge nicht als „Belastung“, sondern als wertbildenden Faktor. Gerade zu seinem Schutz ist eine Änderung des Gesetzes deshalb dringend geboten. Die Bedenken gegen die ersatzlose Streichung des § 550 BGB, wie sie in Ziff. 2 der Alternativüberlegungen des Diskussionsentwurfes dargelegt sind, überzeugen deshalb aus Sicht der Praxis nicht.

Der vom BGH und dem Diskussionsentwurf ebenfalls hervorgehobene Gesetzeszweck des § 550 BGB, nämlich für Beweisbarkeit zu sorgen und Übereilung zu vermeiden, war ausweislich der Gesetzesmaterien zu § 550 BGB keine Zielrichtung des damaligen Gesetzgebers. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb gerade Mietverträge diesen zusätzlichen Schutz erfahren sollen, andere Vertragstypen mit ebenfalls langen Laufzeiten und/oder erheblichem wirtschaftlichem Gehalt, wie Werkverträge, Gesellschaftsverträge, Arbeitsverträge u.a. hingegen nicht. Auch hier gilt vielmehr, dass die Praxis größere Probleme mit dem Schriftformerfordernis hat als mit der fehlenden Beweisbarkeit einzelner Abreden.

B. Stellungnahme im Einzelnen

I. Vertragsschluss

Für den Abschluss von Mietverträgen ist keine Änderung vorgesehen. Das wird damit begründet, dass Schriftformprobleme überwiegend Nachträge betreffen. Die Erfahrung des Deutschen Anwaltvereins ist allerdings eine andere. Es mag sein, dass viele der Fälle, die in den letzten Jahren den BGH erreicht haben, Nachträge betroffen haben; es gibt aber eine Reihe von Praxisproblemen, die typischerweise beim Abschluss von Mietverträgen entstehen und unentdeckt bleiben, bis eine Partei auf der Suche nach einer Kündigungsmöglichkeit darauf stößt. Das Problem entsteht regelmäßig dadurch, dass im Nachhinein festgestellt wird, dass wesentliche Inhalte des Vertrages im Vertrag selbst nicht hinreichend konkretisiert sind. Diese Probleme werden durch den Diskussionsentwurf nicht gelöst. Wenn sie erkannt werden, bevor eine Partei vertragsreueig geworden ist, lassen sie sich schon heute ohne Weiteres durch einen förmlichen Nachtrag lösen. Werden sie nicht erkannt, hilft die Neuregelung nicht. Beispiele aus der Rechtsprechung dafür sind:

1. Unklarheit über das Mietobjekt

Ein Problem, das sich v.a. bei sogenannten Vermietungen vom Reißbrett stellt, bei denen das Mietobjekt bei Vertragsschluss noch nicht abschließend definiert ist, sondern erst während der Bauphase gemeinsam von den Parteien definiert wird. Diese Festlegung wird oftmals in Baubesprechungen abgestimmt und durch Besprechungsprotokolle dokumentiert, aber nicht in einem Nachtrag festgehalten (auch nicht in einem, der der Textform genügt). Selbst bei Bestandsobjekten gibt es immer wieder Unklarheiten über Nebenflächen (Freiflächen, Stellplätze, zur anteiligen Nutzung mitvermietete Gemeinschaftsflächen), deren Festlegung die Parteien für nicht so relevant halten, dass sie in den Mietvertrag aufgenommen werden. Nach der Rechtsprechung der Instanzgerichte können allerdings (je nach Mietzweck) auch solche Nebenflächen zu den wesentlichen Inhalten eines Mietvertrages gehören, so dass ein Schriftformproblem vorliegt, wenn sie im Mietvertrag (oder einem Nachtrag) nicht definiert sind.

2. Unklarheit bzgl. der Parteien

Ein Problem, das auch den BGH bereits mehrfach beschäftigt hat, sind Schriftformfragen, die daraus entstehen, dass der Unterzeichner eines Vertrages diesen für einen Dritten abschließt (Erbengemeinschaften, Gesellschaften bürgerlichen Rechts, mehrköpfiges Vertretungsorgan einer Kapitalgesellschaft etc.). Nach der Rechtsprechung ist die Schriftform dann nicht eingehalten, wenn aus dem Vertrag nicht eindeutig hervorgeht, wen der Unterzeichner vertreten wollte, auch wenn (eigentlich) allen klar ist, dass er – schon um

seine eigene Haftung als Vertreter ohne Vertretungsmacht zu vermeiden – die Partei vertreten wollte, für die er gehandelt hat (BGH 6.11.2020 – LwZR 11/19; 26.2.2020 – XII ZR 51/19; 22.4.2015 – XII ZR 55/14; 7.5.2008 – XII ZR 69/0; 19.9.2007 – XII ZR 121/056). Zumindest von Instanzgerichten wird zudem vertreten, dass ein i.A. unterschriebener Vertrag die Schriftform nicht einhält (LG Berlin 711.2018 – 26 O 66/18).

3. Probleme mit der Unterschrift

Die Einhaltung der Schriftform erfordert eine eigenhändige Unterschrift, wobei bei einem Vertrag die Unterschrift beider Parteien auf einer oder der jeweils für die andere Partei bestimmten Urkunde erfolgen muss (§ 126 BGB). Eine Paraphe ersetzt die Unterschrift nur, wenn sie notariell beurkundet ist. Die Gerichte mussten sich in den vergangenen Jahren mehrfach damit befassen, ob eine konkrete Unterschrift tatsächlich die Anforderungen an eine Unterschrift erfüllt, welche zumindest die Andeutung von Buchstaben und einen vollständigen Namen erkennen lassen muss (BGH 15.11.2006 – IV ZR 122/05). Eine Unterschrift muss die Urkunde „räumlich abschließen“, was z.B. in Bezug auf Anlagen, in die wesentliche Inhalte des Vertrages ausgelagert werden, oder auf AGBs in einem gesonderten Teil des Mietvertrages etc. immer wieder Anlass für Streitfragen ist (z.B. BGH 10.2.2021 – XII ZR 21/20). Schließlich beschäftigt auch die Frage, ob jede Partei auf dem richtigen Exemplar der Urkunde unterschrieben hat, häufig die Gerichte (z.B. BGH 7.3.2018 – XII ZR 129/16).

4. Unklare Mietvertragslaufzeit

Auch wenn derzeit geklärt scheint, dass die Schriftform eingehalten ist, wenn der Mietbeginn an die Übergabe geknüpft wird, ist die Schriftform dann verfehlt, wenn die Parteien sich bei Übergabe darauf einigen, dass Mietbeginn nicht der Tag der Übergabe sein soll, sondern der nächstliegende Monatserste (OLG Brandenburg 2.4.2008 – 3 U 80/07). Nachdem beide Parteien regelmäßig ein Interesse daran haben, dass das Mietverhältnis am Monatsersten beginnt, dieser aber oft (wegen Feiertagen, Wochenenden etc.) nicht der Tag der Übergabe ist, ist das ein regelmäßig auftretendes Schriftformproblem.

All diese „Schriftformprobleme“ erfordern zum Schutz des Erwerbers keine Kündigungsmöglichkeit.

II. Nachträge

Der Diskussionsentwurf schreibt vor, dass Nachträge „der Textform bedürfen“. Damit soll ausweislich der Begründung zum einen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass im laufenden Mietverhältnis oft die strenge Schriftform nicht eingehalten wird und zum anderen klargestellt werden, dass (nur) der Nachtrag nichtig ist, wenn er die vorgeschriebene

Textform nicht einhält. Der Deutsche Anwaltverein hält die vorgeschlagen Formulierung nicht für geeignet, das gesetzgeberische Ziel zu erreichen.

1. Textform ist kaum Erleichterung

Die Ersetzung der Schriftform durch die Textform löst ausschließlich das oben unter I. 3. angesprochene Problem der Unterschrift. Wie unter I. ausgeführt, gibt es aber eine Reihe weiterer Probleme, die zu Schriftformmängeln führen können. All diese Unklarheiten, die nach der Rechtsprechung zu einem „Schriftformmangel“ führen, können auch bei Nachträgen auftreten und werden durch die Neufassung nicht gelöst.

2. Die Formulierung ist unklar

Die Formulierung „bedarf der Schriftform“ entspricht wörtlich der Formulierung des § 566 a.F.. In dieser bis 2001 geltenden Fassung war allerdings in einem Satz 2 angeordnet *„Wird die Form nicht beachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen; die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig“*. Es erscheint streitanfällig, dass die frühere, vielen Praktikern noch geläufige Formulierung des Gesetzes für Nachträge wieder aufgenommen wird, ohne die Rechtsfolge zu benennen. Nach der Rechtsprechung ist mit „Mietvertrag“ zudem der Mietvertrag einschließlich seiner Nachträge gemeint. Wenn nun hinsichtlich der Rechtsfolgen differenziert wird, sollte dies aus der Formulierung klar hervorgehen. Der Deutsche Anwaltverein schlägt deshalb vor, jedenfalls in einem Satz 2 des neuen § 578 a Abs. 2 klarzustellen: *„Wird die Form nicht beachtet, so ist der Nachtrag nichtig. Die Wirksamkeit des Mietvertrages im Übrigen bleibt davon unberührt.“*

3. Erleichterungen bei Nachträgen helfen bei vielen Schriftformproblemen nicht

Wie unter I. ausgeführt, gibt es auch bei Abschluss von Mietverträgen viele (ungewollte) Schriftformprobleme. Durch eine Erleichterung nur bei Nachträgen, werden diese Probleme und die sich daraus ergebende Belastung auch der Justiz nicht beseitigt.

4. Die gesetzliche Regelung wirft neue Probleme auf

Wird die Textform eines Nachtrages nicht eingehalten, soll nach dem Entwurf (nur) dieser Nachtrag nichtig sein. Das führt in allen Fällen, in denen in einem Nachtrag etwas vereinbart wurde, das nicht oder nur schwer rückgängig gemacht werden kann, zu kaum lösbaeren Problemen. Wird z.B. in einem Nachtrag die Modernisierung eines Objekts auf Kosten des Vermieters und im Gegenzug eine Verlängerung der Mietvertragslaufzeit vereinbart und stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Form nicht eingehalten ist, müsste die Modernisierung rückgängig gemacht werden, was kaum möglich ist. Wenn im Zuge der Modernisierung das Mietobjekt grundlegend verändert wurde, wäre zudem womöglich jedenfalls zunächst auch der ganze Mietvertrag kündbar, weil das Mietobjekt nicht (mehr) bestimmbar ist. Weiteres Beispiel: Wird in einem formwidrigen Nachtrag die Mietfläche ausgetauscht und die bisherige

Fläche an einen Dritten vermietet, so führt die Nichtigkeit des Nachtrags zur Doppelvermietung der bisherigen Fläche. Beide Mietverträge wären wirksam. Wie sollen die nun drei Parteien dieses (Folge-)Problem lösen?

III. Überleitungsvorschrift; Anwendung besser auch auf Altverträge

Der Diskussionsentwurf sieht vor, dass die gesetzliche Änderung für Nachträge, die vor dem Inkrafttreten der gesetzlichen Änderung abgeschlossen wird, erst 5 Jahre nach dem Inkrafttreten der Änderung Anwendung findet. Das hält der DAV für kritisch und unnötig. Gewerbliche Mietverträge werden teilweise mit sehr langen Laufzeiten abgeschlossen, und gerade Mietverträge, die schon sehr lange laufen, leiden unter Schriftformmängeln. Dem Ziel der Neuregelung, jedenfalls bei Nachträgen einen Teil der Probleme zu beheben, dient es deshalb eher, die vorgesehenen Erleichterungen auch und gerade bei Bestandsverträgen zur Anwendung zu bringen. Die Anwendung der Neuregelung auf bereits abgeschlossene aber noch nicht gekündigte Mietverträge wäre eine unechte Rückwirkung, die grundsätzlich zulässig ist. Allerdings hat auch bei der unechten Rückwirkung einer Rechtsnorm eine Güterabwägung mit den Bestandsinteressen der betroffenen Parteien zu erfolgen (BVerfG 97, 378 ff. <389>). Eine solche Güterabwägung scheint indes einer Anwendung auf laufende Gewerbemietverträge nicht entgegenzustehen. Denn der Grundsatz der Vertragstreue, dem die Neuregelung dient, ist höher einzuschätzen als das Vertrauen der Parteien, sich der vertraglichen Bindung durch Berufung auf einen Schriftformmangel zu entziehen.

IV. Alternativvorschlag des DAV

Der DAV meint allerdings, dass das Ziel einer größeren Rechtssicherheit besser durch die auch im Diskussionsentwurf diskutierte aber abgelehnte komplette Streichung des Kündigungsrechts wegen Schriftformmängeln erreicht werden kann (siehe bereits DAVStellungnahme Nr. 16/2020).

Begründung:

In ersichtlich allen Fällen, mit denen sich Literatur und Rechtsprechung bisher befasst haben, lag ein bekannter Vertrag vor. Die Schriftform war nur wegen formaler Fehler nicht erfüllt. Auch der Käufer, dessen Schutz noch immer als Begründung für das Schriftformerfordernis herangezogen wird, weiß also, dass er das Objekt mit einem Mietvertrag erwirbt. Sein Schutz erfordert es deshalb nicht, dass er sich vom Vertrag lösen kann. Soweit im Diskussionsentwurf darauf verwiesen wird, dass durch eine ersatzlose Streichung auch die Warn- und Beweisfunktion entfällt, ist das zwar grundsätzlich richtig. Ebenso wie Bauverträge, Gesellschaftsverträge und andere Verträge mit großer wirtschaftlicher Bedeutung schriftlich abgeschlossen werden, auch wenn dies nicht gesetzlich vorgeschrieben wird, werden auch Mietverträge mit einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung weiterhin schriftlich (oder in Textform) abgeschlossen werden.