

1/2014

Seiten 1–88
67. Jahrgang
ISSN 0340-7497
Art.-Nr. 24308401



Aus dem Inhalt:

Straßenbaukosten – Refinanzierung durch Erschließungs- oder durch Straßen(aus)baubeiträge?
Hans-Joachim Driehaus
→ Seite 1

Schriftformklauseln im gewerblichen Mietrecht
Kai-Jochen Neuhaus
→ Seite 15

„Über das Gesetz gestolpert“ – oder wie Hilfestellungen des Gesetzes zum „Rechtsunfall“ werden
Johannes Drabek
→ Seite 20

Weitere Auswirkungen von § 272 Abs. 4 ZPO auf Räumungssachen
Andrik Abramenko
→ Seite 21

Vertragsbeginn und Schriftform; Umdeutung einer fristlosen Kündigung
BGH (24. 7. 2013)
→ Seite 22

Schimmel in der Mietwohnung; Schadenersatzanspruch des Mieters nicht nur bei auch formell korrekter Kündigung
BGH (3. 7. 2013)
→ Seite 24

30 % Mietminderung bei Schadstoffbelastung durch mangelhaften Parkettkleber
BGH (15. 1. 2013)
→ Seite 26

ZMR

Miete, Pacht, Leasing,
Maklerrecht
Wohnungseigentum
Wohngeld
Erschließungsbeitragsrecht

Mieterhöhung für ein Reihenhaus; Einfamilienhauszuschlag
BGH (3. 7. 2012)
→ Seite 25

Verpflichtung zum Eisfreihalten von Regenrinnen und -fallrohren?
KG (29. 7. 2013)
→ Seite 27

Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Erstverwalter
BGH (12. 9. 2013)
→ Seite 48

Anforderungen an den Inhalt des Gesamtwirtschaftsplans
BGH (7. 6. 2013)
→ Seite 49

Grundsatzbeschluss zu Glasveranden auf Terrassen
OLG München (31. 7. 2013)
→ Seite 51

Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: Anwendbarkeit auf Wohnraummietverträge zwischen gewerblichem Vermieter und Verbraucher in den Niederlanden; Zulässigkeit der Missbrauchskontrolle durch nationale Gerichte
EuGH (30. 5. 2013)
→ Seite 75

Luchterhand Verlag

Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

Herausgeber

Heiko Ormanschick
Dr. Olaf Riecke

Redaktionsbeirat

Dr. Dr. Andrik Abramenko
Prof. Dr. Christian Armbrüster
Dr. Lothar Briesemeister
Dr. Michael Casser
Dr. Wolf-Dietrich Deckert
Wolfgang Dötsch
Johannes Drabek
Prof. Dr. H.-J. Driehaus
Dr. Oliver Elzer
Günther Geldmacher
Prof. Dr. Martin Häublein
Dr. Werner Hinz
Prof. Dr. Stefan Hügel
Prof. Dr. Florian Jacoby
Dr. Georg Jennißen
Wilfried J. Köhler
Prof. Dr. Siegbert Lammell
Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter
Dr. Klaus Lützenkirchen
Horst Müller
Dr. Marcel M. Sauren
Edwin Schläger
Dr. Michael J. Schmid
Dr. Jan-Hendrik Schmidt
Prof. Wolfgang Schneider
Ferréol Jay von Seldeneck
Prof. Dr. Friedemann Sternel
Dr. A. Olrik Vogel
Dr. Joachim Wichert

Ergebnis zu einer – in Baden-Württemberg und Berlin völligen Freistellung und in den übrigen Ländern – u. U. (wie z. B. bei Hauptverkehrsstraßen) ganz erheblichen Reduzierung der Belastung einzelner Grundeigentümer mit Straßenbaukosten. Gleichwohl: Die Erhebung sowohl von Erschließungsbeiträgen als vor allem auch von Straßenbaubeiträgen zur (teilweisen) Refinanzierung von Straßenbaukosten wird nicht selten von den betroffenen Grundeigentümern insbesondere deshalb als ungerecht empfunden, weil nicht nur sie, sondern auch viele andere die ausgebauten Straßen (ab)nutzen. Verständlicherweise werden Grundeigentümer, die – wie z. B. in Berlin – nur etwa 10 % der Einwohner einer Stadt ausmachen, einer sich auf die Zahlung von Grundsteuern und Beiträgen beziehenden Aussage zustimmen, „dass nur 10 % der Einwohner ... die Infrastruktur für alle bezahlen sollen, ist ungerecht“.¹⁴¹⁾ Werden dagegen die übrigen 90 % der Einwohner, also die Mieter, befragt, wird die Antwort vermutlich völlig anders lauten. Die Einbeziehung der Mieter in den Kreis derjenigen, die die Kosten für den Straßenausbau (anteilig) zu tragen haben, erscheint schon deshalb unbillig, weil die Mieter nicht selten nur einen recht kurzen Zeitraum von dem Straßenausbau profitieren. Da die erstmalige Herstellung einer Anbaustraße vom rechtlichen Ansatz her Grundstü-

cken das an verkehrsmäßiger Erreichbarkeit vermittelt, was für ihre Bebaubarkeit erforderlich ist, also gleichsam – soweit es um die verkehrsmäßige Erschließung geht – aus Nichtbauland Bauland macht, kann kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass eine (anteilige) Beteiligung der Grundeigentümer an den Kosten des Ausbaus in Form von Erschließungsbeiträgen nicht als ungerecht qualifiziert werden kann. Nichts anderes gilt im Ergebnis mit Blick auf Straßenbaubeiträge. Nach einer gründlichen Überprüfung aller gegen die Erhebung von Straßenbaubeiträgen verwandten Argumente kommt Große-Verspohl¹⁴²⁾ zu folgendem Schluss: Bei allen Problemen, die die (teilweise) Refinanzierung von Straßenbaukosten durch Straßenbaubeiträge „mit sich bringt, sind sie entgegen der teilweise in der politischen Diskussion vorgebrachten Meinung die gerechteste Lösung zur Finanzierung des gemeindlichen Straßenausbaubedarfs. Die vielfach gegen Straßenausbaubeiträge vorgebrachten Argumente sind weder rechtlich überzeugend noch halten sie einer Prüfung im Hinblick auf Gerechtigkeitserwägungen stand“.

141) Blümmel, Vorwort zur 2. Auflage von Driehaus, Straßenbaubeitragsrecht in Berlin, 2009, S. VI.

142) Große-Verspohl, in: KommP BY 2010,337.

Schriftformklauseln im gewerblichen Mietrecht

Von RA/FAMuWR/FAVersR Kai-Jochen Neuhaus,^{*)}

Inhalt

- 1 Einführung
- 2 Abgrenzung zu Bestätigungsklauseln
- 3 Vereinbarung der gesetzlichen Schriftform
- 4 AGB-Wirksamkeit von Schriftformklauseln
 - 4.1 Einfache Schriftformklauseln, Wirksamkeitsklauseln
 - 4.1.1 Die verschiedenen Meinungen
 - 4.1.2 Eigene Meinung
 - 4.2 Besonderheiten der doppelten Schriftformklausel
- 5 Rechtsfolgen bei Formverstößen
 - 5.1 Herrschende Meinung
 - 5.2 Eigene Meinung
- 6 Zusammenfassung

1. Einführung

Im gewerblichen Miet- und Pachtrecht besteht seit jeher ein erhebliches Interesse daran, mündliche Nebenabreden zum schriftlichen Vertrag so weit wie möglich einzuschränken. Neben dem Aspekt der Beweisbarkeit geht es dabei auch um das Risiko einer vorzeitigen Kündigung von befristeten Verträgen. Denn enthält die mündliche Abrede wesentliche Gesichtspunkte und wird sie nicht nach § 126 BGB formgerecht in den Mietvertrag aufgenommen bzw. damit verbunden, kann die über § 578 BGB anzuwendende Schriftform des 550 BGB verletzt sein. Die dort vorgesehene Möglichkeit, langfristige Miet- und Pachtverträge wegen Verletzung der gesetzlichen Schriftform vorzeitig mit gesetzlicher Frist (§ 580 a BGB) kündi-

gen zu können, stellt eines der Kernthemen des gewerblichen Miet- und Pachtrechts dar.

Die Parteien können die Schriftform vertraglich frei vereinbaren, § 127 BGB (gewillkürte Form). Viele Miet- und Pachtverträge sehen daher sog. Bestätigungs- oder Schriftformklauseln vor, die für Änderungsabreden Schriftform verlangen. Hier ist zwischen **verschiedenen Varianten** zu differenzieren:

- Bestätigungsklauseln. Beispiel: „Mündliche Nebenabreden bestehen nicht“.
- „Reine“ oder einfache Schriftformklauseln, die eine schriftliche Vereinbarung vorschreiben. Beispiel: „Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages müssen schriftlich getroffen werden“.
- „Wirksamkeitsklauseln“, die nicht nur die Schriftform verlangen, sondern ihre Wirksamkeit davon abhängig machen. Beispiele: „Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen sind nur wirksam, wenn sie schriftlich getroffen werden“; „Nachträgliche Änderungen ... gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung“.
- Sog. doppelte oder qualifizierte Schriftformklauseln, die auch für die Aufhebung einer Schriftformklausel die Schriftform vorschreiben. Beispiel: wie vor, jedoch

^{*)} Der Autor ist Rechtsanwalt in Dortmund (Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht, Mail-Kontakt: neuhaus@fachanwalt-neuhaus.de). Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit im Immobilienrecht liegt im gewerblichen Miet- und Pachtrecht. Er ist Verfasser zahlreicher Publikationen, u. a. des „Handbuch der Geschäftsraummiete“ (4. Aufl.). Neuhaus ist außerdem als Dozent in offenen und In-House-Seminaren in der Immobilienbranche tätig.

mit dem Zusatz „Das gilt auch für eine Aufhebung des Schriftformerfordernisses“. Oder: „Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sowie des Abweichens von dieser Formvorschrift bedürfen der Schriftform.“ Eine solche Klausel, nach der also eine schriftliche Verzichtserklärung erforderlich ist, soll vor allem eine unabsichtliche oder unbewusste formlose Änderung des Vertrages erschweren („doppelte“ Absicherung).

Der Beitrag fasst die Grundsätze der Rechtsprechung und Literatur zu Schriftformklauseln zusammen und geht auch auf eine aktuelle Entscheidung des OLG Frankfurt/M.¹⁾ ein, das die Revision zu der bisher ungelösten Frage der Wirksamkeit einer in AGB vereinbarten doppelten Schriftformklausel zugelassen hat. Außerdem erörtert der Beitrag auch die Problematik, ob womöglich nur mündliche und einer Schriftformklausel somit widersprechende Abreden nichtig mit der wichtigen Folge sind, dass die gesetzliche Schriftform des § 550 BGB nicht mehr verletzt werden kann.

2. Abgrenzung zu Bestätigungsklauseln

Schriftformklauseln sind zunächst von bloßen **Bestätigungsklauseln**, wonach Änderungen und Ergänzungen zum schriftlichen Vertrag oder mündliche Nebenabreden nicht getroffen worden sind, zu unterscheiden. Letztere bestätigen nur die allgemeine Auffassung, dass die schriftliche Vertragsurkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit hat, und sind daher auch als AGB wirksam.²⁾ Gegenbeweise, dass solche Abreden getroffen wurden, sind beiden Parteien trotzdem eröffnet.³⁾

3. Vereinbarung der gesetzlichen Schriftform

Ob mit einer Schriftformklausel, die über eine Bestätigungsklausel hinausgeht, die gesetzliche Schriftform i. S. d. § 126 BGB und nicht nur Schriftlichkeit begründet werden soll, ist durch Auslegung zu ermitteln. Für **Wirksamkeitsklauseln** wie „gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung“ ergibt sich eine gewollte Wirksamkeitsvoraussetzung bereits eindeutig aus dem Wortlaut.⁴⁾ Dieser klare konstitutive Charakter bedingt, dass die Parteien die „strenge“ Form des § 126 BGB wünschen.

Auch bei **einfachen Schriftformklauseln** wird man dies im Normalfall annehmen müssen, da es das ersichtliche Ziel der Parteien ist, mündliche Abreden aus dem Vertrag „herauszuhalten“. Es ist im Zweifel jedenfalls dann der Fall, wenn der Ursprungsvertrag nach § 550 BGB formbedürftig ist. Gewollt ist dann i. d. R. nicht nur (bloße) Schriftlichkeit, sondern die Form des § 126 BGB, da die Parteien durch die Klausel gerade zum Ausdruck bringen, dass sie an die Form hohe Anforderungen stellen.⁵⁾ Eine über eine Bestätigungsklausel hinausgehende Schriftformklausel hat daher bei formbedürftigen Mietverträgen im Normalfall nicht nur eine deklaratorische, sondern **konstitutive Wirkung**. Der BGH nimmt dies auch bei der vereinbarten Form einer Kündigung an: ist nach der vertraglichen Vereinbarung „schriftlich“ zu kündigen, stellt dies eine **Vereinbarung der Schriftform** für die Kündigungserklärung dar.⁶⁾

4. AGB-Wirksamkeit von Schriftformklauseln

4.1 Einfache Schriftformklauseln, Wirksamkeitsklauseln

4.1.1 Die verschiedenen Meinungen

Der größte Teil der Schriftformklauseln wird in der Praxis als AGB vereinbart. Das wird wegen § 305b BGB (Vorrang der Individualabrede) kritisch gesehen. Bei individuell ausgehandelten Schriftformklauseln stellt sich das Problem nicht⁷⁾ (auch nicht bei doppelten Schriftformklauseln⁸⁾), weil diese nicht an den §§ 305 ff. BGB zu messen sind.

Da nach § 305b BGB individuelle Vertragsabreden Vorrang vor AGB haben, hält ein **Großteil der Rechtsprechung und Literatur** eine „reine“ Formulklausel, die für Änderungen und Ergänzungen die Schriftform verlangt, wegen **Verstoßes gegen das gesetzliche Leitbild** für unwirksam gemäß § 307 BGB.⁹⁾ Begründet wird dies damit, dass die Klausel dem Mieter den Eindruck vermittelt, mündliche Abreden seien generell unwirksam; auf diese Weise könnte er von der Durchsetzung der ihm zustehenden Rechte abgehalten werden.¹⁰⁾ Außerdem wird argumentiert, dass die Mietvertragsparteien für die Zukunft nicht auf die Vertragsfreiheit verzichten können (gemeint ist § 305 b BGB), weshalb das zuletzt auch mündlich vereinbarte gegenüber früheren Abreden Vorrang habe.¹¹⁾ Auch Klauseln, die nicht nur die Schriftform verlangen, sondern ihre Wirksamkeit davon abhängig machen („Nachträgliche Änderungen ... sind nur wirksam [gelten nur...], wenn sie schriftlich getroffen werden“), sollen aus diesen Gründen keinen Bestand haben.¹²⁾

Nach einer **differenzierenden Meinung** sollen solche Klauseln ausnahmsweise zumindest bei langfristigen Mietverträgen im **Anwendungsbereich des § 550 BGB** wirk-

1) OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, ZMR 2013, 708 = BeckRS 2013, 08268; Revision beim BGH anhängig zum Az. XII ZR 65/13.

2) BGH, Urt. v. 19.6.1985 – VIII ZR 238/84 –, NJW 1985, 2329.

3) *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., vor § 535 Rdn. 47.

4) OLG Rostock v. 2.12.2002 – 3 U 162/01 –, ZHR 2003, 307.

5) Ebenso OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, ZMR 2013, 708 = BeckRS 2013, 08268, wo ohne nähere Begründung Schriftform gemäß § 126 BGB angenommen wird. Die noch in meinem Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rdn. 473, vertretene Ansicht, dass im Zweifel keine gesetzliche Schriftform gewollt ist, gebe ich hiermit auf.

6) BGH, Urt. v. 23.1.2013 – XII ZR 35/11 –, NZM 2013, 271 = IMR 2013, 145 = NJW 2013, 1982 = MDR 2013, 395; BGH, Urt. v. 21.1.2004 – XII ZR 214/00 –, NZM 2004, 258 = WuM 2003, 269 = ZMR 2004, 344 = IBR 2004, 282 = GuT 2004, 102 = NJW 2004, 1320.

7) BGH, Urt. v. 21.9.2005 – XII ZR 312/02 –, BGHZ 164, 133 = ZMR 2006, 104 [105] = GuT 2006, 7 = NZM 2006, 59; *Lammel*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 Rdn. 76.

8) BGH, Urt. v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74 –, NJW 1976, 1395 = MDR 1976, 925 zu einem unter Kaufleuten geschlossenen Vertrag; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.4.2011 – 24 U 195/10 –, GE 2011, 1680 = IMR 2012, 1069; OLG Rostock, Urt. v. 3.6.2010 – 3 U 173/09 –.

9) BGH, Urt. v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94 –, NJW 1995, 1488 [1489] zu AGB des Möbelhandels; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.1.1980 – 12 U 111/79 –, NJW 1981, 405; OLG Rostock, Urt. v. 12.1.1989 – 29 U 2366/88 –, NJW-RR 1989, 1499; *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., vor § 535 Rdn. 49; *Blank*, in: *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 550 Rdn. 83, 84; *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 558b 19; *Sternel*, Mietrecht aktuell, Kap. II Rdn. 245; *Hannemann*, in: *Hannemann/Wiegner*, Münchener Anwalts Handbuch Mietrecht, 3. Aufl., § 48 Rdn. 237 f.

10) *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., vor § 535 Rdn. 49.

11) *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 558b Rdn. 19.

12) *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., vor § 535 Rdn. 50; *Lammel*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 Rdn. 76.

sam sein.¹³⁾ Differenziert wird hier also danach, ob der Grundvertrag der Formvorschrift des § 550 BGB unterliegt oder nicht. Die Schriftformklausel bekräftigt dann die ohnehin nach § 550 BGB vorgeschriebene Schriftform. Für eine Anwendung des § 305b BGB – Vorrang der Individualabrede, die in einer späteren formlosen Abänderungsvereinbarung liegen würde – sei daher kein Raum.¹⁴⁾ Konsequenz dieser Auffassung ist bspw., dass eine nur mündlich vereinbarte einvernehmliche Senkung der Miete unwirksam ist, weil die Parteien nicht die vereinbarte Schriftform beachtet haben.¹⁵⁾

Ausdrücklich offen gelassen wurde dies von BGH, Urt. V. 21.9.2005¹⁶⁾ zu der Wirksamkeitsklausel „Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung“, wo ausgeführt wird: „Ob in den Fällen der gesetzlichen Schriftform (§ 566 BGB a.F., § 550 BGB) etwas anderes zu gelten hat, ... ist höchstrichterlich bisher nicht entschieden. ... Die Frage bedarf hier keiner Klärung, weil sie für die Entscheidung des Falls nicht erheblich ist.“ Der BGH hat in dieser Entscheidung jedoch festgestellt, dass nachträgliche mündliche Individualvereinbarungen auch vor Schriftformklauseln in Formularverträgen über langfristige Geschäftsraummietverhältnisse Vorrang haben sollen¹⁷⁾, d.h. unabhängig von der Frage, ob man die Klausel für wirksam hält oder nicht. Bei einer nur einfachen formularvertraglichen Schriftformklausel hebt eine nachträgliche mündliche Vereinbarung die Schriftform unabhängig davon, ob die Klausel wirksam oder unwirksam ist, auf. Das Interesse beider Vertragsparteien, nicht durch nachträgliche mündliche Absprachen die langfristige beiderseitige Bindung zu gefährden, muss danach gegenüber dem von den Parteien später übereinstimmend Gewollten zurücktreten, wobei es auch nicht darauf ankommt, ob die Parteien bei ihrer mündlichen Absprache an die entgegenstehende Klausel gedacht haben und sich bewusst über sie hinwegsetzen wollten.¹⁸⁾ Auf die **Form der individuellen Abrede** kommt es somit nicht an, sie kann ausdrücklich oder stillschweigend und insbesondere auch mündlich getroffen werden. Praktisch spielt der Streit über die AGB-Wirksamkeit nach der Rechtsprechung des BGH also keine Rolle, da mündliche Abreden immer vorgehen (zu den Konsequenzen/Rechtsfolgen siehe unten).

4.1.2 Eigene Meinung

Weder der h.M. zu AGB-Schriftformklauseln noch dem vom BGH vertretenen Vorrang der Individualabrede ist bei langfristigen Mietverträgen zuzustimmen, weil das Verhältnis von Sinn und Zweck des § 550 BGB und Vorrang der Individualabrede nach § 305b BGB nicht ausreichend beachtet wird. Nach **meiner Meinung** ist jegliche Schriftformklausel (die einfache und die doppelte, dazu unten, sowie diejenige, die die Wirksamkeit an die Schriftform koppelt) sowohl individualvertraglich als auch in zwischen Unternehmern vereinbarten AGB jedenfalls dann wirksam, wenn sich der Mietvertrag nach § 550 BGB zu richten hat.¹⁹⁾ Trotz des klauselimmanenten Ausschlusses des Individualabredenvorrangs (§ 305b BGB) benachteiligen diese Klauseln den Vertragspartner nicht unangemessen (§ 307 Abs.1, 2 Ziff.1 BGB), und sie sind auch nicht intransparent, weil sie den Vorrang der Individualabrede „verschleiern“, denn für den Ausschluss einer mündlichen Änderung besteht im Hinblick auf die gesetzliche

Regelung des § 550 BGB und die gravierenden Folgen einer Schriftformverletzung auf Seiten beider Vertragsparteien ein **anerkanntes Bedürfnis**.²⁰⁾ Zwar besteht eine Art „**Konkurrenz der gesetzlichen Leitbilder**“ im Hinblick auf § 305b BGB und § 550 BGB. Gerade dies wirkt sich aber so aus, dass nicht mehr davon gesprochen werden kann, dass eine Schriftformklausel eine der Vertragsparteien unangemessen benachteiligt, denn sie wirkt vielmehr für und gegen beide Vertragspartner.²¹⁾ Damit schützt die Schriftform je nach Lebenssachverhalt auch den Mieter, da er von einer Unwirksamkeit der Willenserklärungen (dazu unten) profitiert. Somit besteht aber letztlich eine durchaus **ausgewogene Lage**, sodass schon von der von § 307 Abs.1, 2 Ziff.1 BGB geforderten Benachteiligung keine Rede sein kann. **Intransparenz** scheidet ebenfalls aus, denn den Verlust der beiderseits gewollten langfristigen Bindung, der regelmäßig dem Interesse zumindest einer Partei, wenn nicht gar beider Parteien widerspricht, will zudem keine Partei in Kauf nehmen, zumal sie im Zeitpunkt der Vertragsänderung nicht abschätzen kann, wem die ordentliche Kündbarkeit des Mietverhältnisses nützen oder schaden wird.²²⁾ Außerdem bezwecken solche Klauseln nur die gesetzlich von § 550 BGB gewünschte Einhaltung der Schriftform, sodass sie damit letztlich nichts anderes als den Kern des § 550 BGB abbilden. Der Regelungsgehalt der Klausel geht damit nicht über das hinaus, was sich bereits aus der Gesetzesnorm ergibt.²³⁾

Lediglich mündliche Absprachen nach Vertragsabschluss sind daher nach § 125 Satz 2 BGB nichtig. Eine Verletzung der Schriftform scheidet damit aus. Außerdem kann die (nichtige) mündliche Abrede auch nicht dazu führen, dass das Schriftformerfordernis konkludent aufgehoben wird.

4.2 Besonderheiten der doppelten Schriftformklausel

Eine **qualifizierte oder doppelte Schriftformklausel** ist eine Klausel, die nicht nur für Vertragsänderungen und -ergänzungen, sondern auch für die Aufhebung der Schriftformklausel die Schriftform vorschreibt. Diese Klausel hat den Zweck, die Aushöhlung der Schriftformvereinbarung

13) OLG Rostock v. 2.12.2002 – 3 U 162/01 –, ZfR 2003, 307; OLG Naumburg, Urt. v. 26.7.2012 – 9 U 38/12 –, ZMR 2013, 36 [39] = NZM 2012, 808 = IMR 2012, 454 = NJW 2012, 3587 = InfoM 2012, 328; OLG Karlsruhe v. 8.9.2005 – 8 U 57/05 –, OLG 2006, 4 jeweils zur doppelten Klausel; KG v. 18.8.2005 – 8 U 106/04 –, NZM 2005, 908; KG, Urt. v. 4.5.2000 – 8 U 1641/99, MDR 2000, 1241 = BeckRS 2009, 14667 zur einfachen Klausel; Lammel, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 Rdn. 75.

14) Lammel, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 Rdn. 75.

15) OLG Rostock v. 2.12.2002 – 3 U 162/01 –, ZfR 2003, 307.

16) BGH, Urt. v. 21.9.2005 – XII ZR 312/02 –, BGHZ 164, 133 = ZMR 2006, 104 [105] = GuT 2006, 7 = NZM 2006, 59 = NJW 2006, 138.

17) Ebenso BGH, Urt. v. 12.12.2001 – XII ZR 351/99 –, NJOZ 2002, 833.

18) BGH, Urt. v. 21.9.2005 – XII ZR 312/02 –, BGHZ 164, 133 = ZMR 2006, 104 [105] = GuT 2006, 7 = NZM 2006, 59 = NJW 2006, 138.

19) Die noch in meinem Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rdn. 477 vertretene Ansicht wird hiermit aufgegeben.

20) So die zutreffende Argumentation von OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, BeckRS 2013, 08268 zu einer doppelten Schriftformklausel; sinngemäß auch KG, Urt. v. 4.5.2000 – 8 U 1641/99 –, MDR 2000, 1241 = BeckRS 2009, 14667 zu einer einfachen Klausel.

21) In diesem Sinne auch OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, BeckRS 2013, 08268 und KG v. 18.8.2005 – 8 U 106/04 –, NZM 2005, 908 zur doppelten Schriftformklausel; OLG Rostock v. 2.12.2002 – 3 U 162/01 –, ZfR 2003, 307 zur Wirksamkeitsklausel.

22) OLG Rostock v. 2.12.2002 – 3 U 162/01 –, ZfR 2003, 307.

23) Lammel, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 Rdn. 75.

durch Bindung der Vertragspartner an mündliche Erklärungen oder an schlüssiges Verhalten unmöglich zu machen und ist als Individualvereinbarung immer wirksam (kein Verstoß gegen § 138 BGB oder § 242 BGB).²⁴⁾ Im Bereich langfristiger, **unter § 550 BGB fallender Mietverträge** wird die Wirksamkeit qualifizierter AGB-Schriftformklauseln teilweise bejaht.²⁵⁾ Eine solche Klausel steht auch nicht in Widerspruch zu einer zugleich vereinbarten **Schriftformheilungsklausel**, da diese gerade nur in dem Fall einschlägig ist, dass trotz der vereinbarten doppelten Schriftformklausel eine mündlich getroffene Vereinbarung der Parteien wirksam ist, eine solche rein mündliche Abrede aber gerade durch die wirksame „Doppelung“ der Klausel ausgeschlossen wird.²⁶⁾ Nach a.A. widerspricht auch eine solche Klausel jedoch den oben beschriebenen Grundsätzen zu § 305b BGB und soll daher unwirksam nach § 307 Abs.1 S.2 BGB sein, sodass nachträgliche mündliche Individualvereinbarungen auch vor doppelten Schriftformklauseln in Formularverträgen Vorrang haben.²⁷⁾

Nach meiner oben dargelegten Auffassung ist eine doppelte Schriftformklausel auch in AGB wegen des auf Seiten beider Vertragsparteien aus § 550 BGB folgenden anerkenntniswerten Bedürfnisses wirksam. Das OLG Frankfurt a.M.²⁸⁾ hat wegen der Abweichung von OLG Rostock²⁹⁾ bezüglich der AGB-Wirksamkeit die Revision zugelassen, die auch zum Az: VIII ZR 65/13 eingelegt wurde.

5. Rechtsfolgen bei Formverstößen

5.1 Herrschende Meinung

Nach der Rechtsprechung des BGH können auch bei **einfachen Schriftformklauseln und Wirksamkeitsklauseln** mündliche Absprachen über die Begründung vertraglicher Pflichten, für ihre Ergänzung und für ihre Einschränkung nach § 305b BGB bindend sein (strikt Vorrang der Individualabrede nach § 305 b BGB).³⁰⁾ Die Gültigkeit derartiger, formfreier – nicht notwendig ausdrücklicher – Absprachen wird dann bejaht, wenn die Parteien übereinstimmend die Maßgeblichkeit des mündlich Vereinbarten gewollt haben. Die Parteien müssen die Schriftformklausel nicht ausdrücklich aufheben. Einfache Schriftform(wirksamkeits)klauseln können **stillschweigend abbedungen** werden, auch wenn die Parteien bei ihrer mündlichen Abrede nicht an die Schriftform gedacht haben; es genügt, dass die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben, sich also darüber einig waren, dass für ihre vertraglichen Beziehungen neben dem Urkundeninhalt auch jene mündliche Abrede gelten sollte.³¹⁾ So soll die formularmäßige Vereinbarung der Mietvertragsparteien, eine Verlängerung des Mietverhältnisses i. S. d. § 545 S.1 BGB müsse ausdrücklich schriftlich vereinbart werden, formfrei aufgehoben werden können.³²⁾ Allein darin, dass die Parteien einvernehmlich eine mündliche, vertragsändernde oder -ergänzende Absprache treffen, liegt also die konkludente Aufhebung der Schriftformklausel.

Beispiele:

Setzen die Parteien einen Mietvertrag trotz einer Klausel, nach der eine Vereinbarung, durch die das abgelaufene Mietverhältnis fortgesetzt oder erneuert wird, der Schriftform bedarf, einvernehmlich ohne schriftliche Vereinba-

rung fort, wurde die Schriftformklausel wirksam konkludent abbedungen.³³⁾

Haben etwa die Parteien nach Verhandlungen über eine Änderung der Miethöhe sowohl für das Übersenden des Entwurfs der Vereinbarung als auch für das Übermitteln des vom Mieter unterschriebenen Exemplars sowie für das Übermitteln der Unterschrift des Vermieters auf der Vereinbarung den Weg des Telefax gewählt, sollen sie eine vertraglich vereinbarte Schriftform für Vertragsänderungen einvernehmlich abgeändert haben.³⁴⁾ In einem solchen Fall soll dahinstehen können, ob nach § 127 Abs.2 Satz 1 BGB zur Wahrung der Schriftform jedenfalls eine der Parteien einen unterschriebenen Brief übermitteln muss.

Bei der **doppelten Schriftformklausel** verlangt der BGH „ein bewusstes Abweichen“ von der Schriftformklausel, so dass diese „erst abgeändert werden muss“, damit eine mündliche Absprache wirksam sein kann.³⁵⁾ Nicht eindeutig geklärt ist, ob eine qualifizierte Schriftformklausel nur durch eine formwahrende schriftliche Vereinbarung abgeändert werden kann³⁶⁾ oder ob es die Parteien im Rahmen ihrer Autonomie in der Hand haben, auch formlos ihre frühere anderslautende Bindung wieder aufzuheben.³⁷⁾ Nach einer neueren Entscheidung des BGH erfordert dies „regelmäßig“ eine schriftliche Vereinbarung³⁸⁾, woraus deutlich wird, dass auch mündliche Aufhebungsabreden zulässig sein sollen. Anders als bei der einfachen Schriftformklausel ist es aber erforderlich, dass die Parteien oder deren Vertreter ein entsprechendes rechtsgeschäftliches Er-

24) BGH, Urt. v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74 –, NJW 1976, 1395 = MDR 1976, 925; OLG Rostock, Urt. v. 3.6.2010 – 3 U 173/09 –.

25) OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, BeckRS 2013, 08268; OLG Naumburg, Urt. v. 26.7.2012 – 9 U 38/12 –, ZMR 2013, 36 [39] = NZM 2012, 808 = IMR 2012, 454 = NJW 2012, 3587 = InfoM 2012, 328; KG, Urt. v. 18.8.2005 – 8 U 106/04 –, NZM 2005, 908.

26) OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, BeckRS 2013, 08268.

27) OLG Rostock, Urt. v. 3.6.2010 – 3 U 173/09 –; OLG Rostock, Beschl. v. 19.5.2009 – 3 U 16/09 –, IMR 2009, 306 = NZM 2009, 705 = InfoM 2009, 381 = MDR 2010, 22; *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 558b Rdn.19.

28) OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, BeckRS 2013, 08268.

29) OLG Rostock, Urt. v. 3.6.2010 – 3 U 173/09 –; OLG Rostock, Beschl. v. 19.5.2009 – 3 U 16/09 –, IMR 2009, 306 = NZM 2009, 705 = InfoM 2009, 381 = MDR 2010, 22.

30) BGH, Urt. v. 21.9.2005 – XII ZR 312/02 –, BGHZ 164, 133 = ZMR 2006, 104 [105] = GuT 2006, 7 = NZM 2006, 59; BGH, Urt. v. 12.12.2001 – XII ZR 351/99 –, NJOZ 2002, 833.

31) BGH, Urt. v. 21.9.2005 – XII ZR 312/02 –, BGHZ 164, 133 = ZMR 2006, 104 [105] = GuT 2006, 7 = NZM 2006, 59 = NJW 2006, 138; BGH, Urt. v. 12.12.2001 – XII ZR 351/99 –, NJOZ 2002, 833; OLG Naumburg, Urt. v. 26.7.2012 – 9 U 38/12 –, IMR 2012, 454 = InfoM 2012, 328 mit Verweis auf *Palandt*, BGB, 71. Aufl., § 125 Rdn.19; KG, Urt. v. 18.8.2005 – 8 U 106/04 –, NZM 2005, 908; *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 558b Rdn.19.

32) OLG Bremen, Urt. v. 23.8.2006 – 1 U 27/06a –, MDR 2007, 515.

33) BGH, Urt. v. 8.10.2008 – XII ZR 66/06 –, InfoM 2009, 15.

34) KG, Urt. v. 14.12.2009 – 12 U 13/09 –, GuT 2010, 234 = ZMR 2010, 359 = NZM 2010, 583 = GE 2010, 412.

35) BGH, Urt. v. 21.9.2005 – XII ZR 312/02 –, BGHZ 164, 133 = ZMR 2006, 104 [105] = GuT 2006, 7 = NZM 2006, 59.

36) BGH, Urt. v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74 –, NJW 1976, 1395 = MDR 1976, 925; OLG Naumburg, Urt. v. 26.7.2012 – 9 U 38/12 –, IMR 2012, 454 = InfoM 2012, 328; KG, Urt. v. 18.8.2005 – 8 U 106/04 –, NZM 2005, 908.

37) OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.6.2006 – 10 U 1/06 –, GuT 2006, 188 = ZMR 2007, 35; mündliche Reduzierung der Miete; offen gelassen von BGH, Urt. 17.4.1991 – XII ZR 15/90 –, NJW-RR 1991, 1289.

38) BGH, Urt. v. 17.3.2004 – XII ZR 306/00 –, GuT 2004, 117.

klärungsbewusstsein haben. Hierzu genügt es nicht schon, dass die Parteien die mündliche Abrede oder eine Vertragsänderung durch konkludentes Verhalten vornehmen, ohne dass dieses auch einen Erklärungswillen bezüglich der Schriftformklausel hat. Vielmehr bedarf es weiterer Erklärungen oder Verhaltensweisen, aus denen sich der Wille, auf das Formerfordernis für gerade diesen Fall der Vereinbarung verzichten zu wollen, nachhaltig zum Ausdruck kommt.³⁹⁾ Dass die formfreie Absprache gelten soll, muss also klar erkennbar sein (ausdrückliche Einigung), wenn nicht der Zweck der Schriftformvereinbarung, immer Klarheit über den Vertragsinhalt zu haben, völlig ausgehöhlt werden soll.⁴⁰⁾ Der Streit, ob eine mündliche Aufhebung wirksam ist, kann also dahinstehen, wenn die Parteien bei der mündlichen Absprache keine gesonderte Einigung über die Abänderung der Schriftformklausel getroffen haben.⁴¹⁾

Für **Schriftformverstöße im Sinne des § 550 BGB** hat die h. M. damit folgende Konsequenzen: Aus der Wirksamkeit nur mündlich getroffener individueller Abreden bei einfachen Klauseln und Wirksamkeitsklauseln folgt, dass die Schriftform des § 550 BGB mit der Konsequenz einer vorzeitigen Kündigung verletzt sein kann, wenn sich die Absprache auf vertragswesentliche Gesichtspunkte⁴²⁾ bezieht (was in der Praxis regelmäßig der Fall ist). Folgt man der wohl auch vom BGH nun bevorzugten Auffassung, dass selbst bei einer doppelten Schriftformklausel eine mündliche Vertragserweiterung oder -änderung (etwa eine Mietsenkung) möglich ist, wenn durch eine ausdrückliche Erklärung oder zumindest ein „bewusstes Abweichen“ das Schriftformerfordernis aufgehoben wird, kommt ebenfalls eine Schriftformverletzung in Betracht, die zu einer vorzeitigen Kündigung führen kann. Nur in Fällen, in denen kein „bewusstes Abweichen“ von einer doppelten Klausel vorliegt, scheidet eine Verletzung der Schriftform des § 550 BGB aus.

5.2 Eigene Meinung

Aus einer wirksamen – auch formularmäßigen – einfachen und erst recht doppelten Schriftformklausel in einem nach § 550 BGB formbedürftigen Miet- oder Pachtvertrag folgt, dass § 305b BGB (Vorrang der Individualabrede) ausnahmsweise verdrängt wird.⁴³⁾ **Rechtsfolge eines Mangels** der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form ist nach § 125 Satz 2 BGB im Zweifel Nichtigkeit. Folge eines Verstoßes gegen die vertragliche Form ist also, dass eine nur mündlich vereinbarte Vertragsänderung i. d. R. nicht wirksam ist⁴⁴⁾, es sei denn, es ergeben sich ausdrücklich aus dem

Vertrag oder zweifelsfrei aus den Umständen konkrete Anhaltspunkte, dass die Parteien die Nichtigkeit *nicht* wollen. Bereits der konstitutive Charakter der gesetzlichen Schriftform spricht jedoch dafür, dass die Vereinbarung an deren Einhaltung gekoppelt ist, also damit stehen und fallen soll.

Bei der qualifizierten Klausel kann die mündliche Änderung oder Ergänzung des Vertragsinhalts nie zu einer Klauselaufhebung führen, weder konkludent noch dann, wenn die Parteien die Aufhebung ausdrücklich mündlich absprechen.

Mündliche Abreden können daher bei gewerblichen Mietverträgen mit einer Dauer von mehr als einem Jahr (§§ 550, 578 Abs. 2 BGB) die gesetzliche Schriftform nicht verletzen, weil sie wegen des Verstoßes gegen die Schriftformklausel „sofort“ unwirksam sind und daher die „Stufe des § 550 BGB“ gar nicht erreichen.

6. Zusammenfassung

Zu unterscheiden sind einfache Schriftformabreden, Wirksamkeitsklauseln und doppelte bzw. qualifizierte Schriftformklauseln, die im Normalfall alle konstitutiven Charakter haben. Nach der hier vertretenen Ansicht können sämtliche Varianten auch wirksam als AGB vereinbart werden. Nur mündliche Zusatzvereinbarungen zu einem nach §§ 550, 578 Abs. 2 BGB formbedürftigen Mietvertrag sind entgegen der h. M., die vereinfacht gesagt auch die mündliche und sogar eine konkludente Aufhebung einer Schriftformklausel zulässt, im Zweifel nichtig (§ 125 Satz 2 BGB). Anders als nach der h. M. kann daher wegen der Nichtigkeit auch die gesetzliche Schriftform des § 550 BGB nicht verletzt werden, sodass selbst vertragswesentliche Änderungen weder bindend sind noch zu einer vorzeitigen Kündigung führen.

39) OLG Rostock, Urt. v. 3.6.2010 – 3 U 173/09; OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.6.2006 – 10 U 1/06 –, Gut 2006, 188 = ZMR 2007, 35; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.5.2005 – 24 U 194/04 –, NZM 2006, 262; „Aufhebungswille“ muss deutlich werden; anders wohl OLG Naumburg, Urt. v. 26.7.2012 – 9 U 38/12 –, IMR 2012, 454 = InfoM 2012, 328.

40) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2009 – I-24 U 51/09 –, Gut 2010, 234.

41) BGH, Urt. 17.4.1991 – XII ZR 15/90 –, NJW-RR 1991, 1289.

42) Ausführlich zur Wesentlichkeit/Unwesentlichkeit ändernder Absprachen Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rdn. 330 ff.

43) Ebenso Lammel, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 550 Rdn. 75.

44) In diesem Sinne OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.3.2013 – 2 U 179/12 –, BeckRS 2013, 08268; OLG Naumburg, Urt. v. 26.7.2012 – 9 U 38/12 –, IMR 2012, 454 = InfoM 2012, 328.