

Mietvertrag und Schriftform**

I. Einführung

§ 550 Satz 1 BGB macht von der Formfreiheit für Mietverträge eine Ausnahme. Er statuiert ein Formgebot für Mietverträge, die für mehr als ein Jahr geschlossen werden. Diese Verträge bedürfen der Schriftform des § 126 BGB.¹ Wird das Formgebot nicht eingehalten, ist allerdings nicht der gesamte Vertrag gemäß §§ 125 Satz 1, 139 BGB nichtig. Nach § 550 BGB gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, ist jedoch frühestens ein Jahr nach Überlassung des Wohnraums kündbar. Die Mindestvertragsdauer wird also auf das höchste Maß reduziert, das sich formfrei vereinbaren lässt. Auf den nach § 139 BGB sonst maßgeblichen hypothetischen Willen der Parteien kommt es indessen nicht an.²

Der historische Gesetzgeber hat die Vorgängernorm des § 550 BGB in § 566 BGB a. F. im Hinblick auf den potentiellen Grundstückserwerber geschaffen.³ Nach § 566 BGB (§ 571 BGB a. F.) tritt er mit dem Grundstückserwerb in den Mietvertrag ein. Die darauf beruhende Vertragsbindung könne vielfach wirtschaftlich belastender sein als im Grundbuch eingetragene Belastungen. Die einzige Möglichkeit, dem Erwerber Erkundigungen über den Inhalt des Mietvertrags zu eröffnen, bestehe darin, die „Schriftlichkeit des Mietvertrages“ zu verlangen. Der BGH hebt in seiner neueren Rechtsprechung aber zusätzlich die Warn- und

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht sowie Direktor der Forschungsstelle für Immobilienrecht an der Universität Bielefeld.

** Der Beitrag ist die aktualisierte und überarbeitete Fassung einer Abhandlung, die der Verfasser in NZM 2011, 1 ff. veröffentlicht hat.

¹ MünchKomm-*Bieber*, BGB, 5. Aufl. 2008, § 550 Rn. 1, 3; Staudinger-*Emmerich*, BGB, 2011, § 550 Rn. 3; Schmidt-Futterer-*Lammel*, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 550 Rn. 8; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. I 106.

² Vgl. Schmidt-Futterer-*Lammel* (Fn. 1), § 550 Rn. 55.

³ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1899, S. 825.

Beweisfunktion des Schriftformerfordernisses im Zweipersonenverhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien hervor.⁴

Der hauptsächliche Anwendungsbereich des § 550 BGB liegt über den Verweis in § 578 Abs. 1 BGB in der Gewerberaummieta. Dort ist der Abschluss befristeter Mietverhältnisse üblich. Die schriftlich vorliegenden Verträge sind für potentielle Erwerber (im Rahmen der sog. Due Diligence) auch von großer Bedeutung. Dabei geht es regelmäßig weniger darum, im Sinne des historischen Gesetzgebers die „*Belastung des Grundstückes*“ zu eruieren. Vielmehr dient die meist willkommene Beständigkeit langfristiger Mietverträge als Kalkulationsgrundlage für das Investment in eine Gewerbeimmobilie.⁵ Große Bedeutung kommt der Bestimmung aber auch in dem Zweipersonenverhältnis der Vertragsschließenden zu. Wer mit den vereinbarten Konditionen des Vertrags nicht mehr zufrieden ist, versucht vielfach diese zu verbessern, indem er Zweifel äußert, ob die Schriftform eingehalten wurde.⁶

Bei diesem Unterfangen hilft die Komplexität des Schriftformerfordernisses. Schwierigkeiten bei der Einhaltung beruhen zum einen darauf, dass nicht nur der Vertragsschluss, sondern auch jede spätere Änderung grundsätzlich dem Formgebot unterliegt. Jede Änderung ohne Einhaltung des Formgebots löst die Rechtsfolge des § 550 Satz 1 BGB aus.⁷ Zum anderen sind die Anforderungen des § 126 BGB streng. Und anders als bei der notariellen Beurkundung hilft nicht unbedingt ein Experte dabei, dessen Voraussetzungen einzuhalten. Im Folgenden soll und kann nicht auf die vielfältigen Fragen des Schriftformerfordernisses nach §§ 550, 126 BGB eingegangen werden. Es soll vielmehr im Anschluss an die jüngsten Leitentscheidungen des BGH der Vertreterproblematik (unter III.) sowie der Heilung

⁴ BGH NJW 2010, 1518 Tz. 27; BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Tz. 16 f.; BGHZ 139, 123, 130 = NJW 1998, 2664, 2666; BGHZ 136, 357, 360 = NJW 1998, 58, 61; BGHZ 81, 46, 51 = NJW 1981, 2246, 2247. – Energisch dafür auch Michalski, WM 1998, 1993, 1995; dagegen MünchKomm-Bieber (Fn. 1), § 550 Rn. 2; Schmidt-Futterer-Lammel (Fn. 1), § 550 Rn. 4; Lammel, in: DMT-Bilanz 2011, S. 418, 424 ff.

⁵ Aufderhaar/Jäger, ZfIR 2010, 117, 118; Lindner-Figura, NZM 2007, 705; Späth, ZMR 2010, 585; Timme/Hülk, NZG 2010, 177; dies., NJW 2007, 3313.

⁶ Blank/Börstinghaus (Fn. 6), § 550 Rn. 3; Fritz, NJW 2010, 1050, 1053; Schmidt-Futterer-Lammel (Fn. 1), § 550 Rn. 5.

⁷ BGH NJW 2010, 1453; BGHZ 125, 175 = NJW 1994, 1649; MünchKomm-Bieber (Fn. 1), § 550 Rn. 14; Börstinghaus, in: DMT-Bilanz 2011, S. 377, 378; Schmidt-Futterer-Lammel (Fn. 1), § 550 Rn. 41;

unwirksamer, aber äußerlich formgetreu geschlossener Verträge (sodann unter IV.) nachgegangen werden. Auf dieser Grundlage soll dann abschließend noch Grundsätzliches zu § 550 BGB formuliert werden (schließlich unter V.)

II. Aktuelle Schlaglichter

Zunächst soll allerdings ein Blick auf aktuelle Stellungnahmen aus Rechtsprechung und Literatur geworfen werden.

1. Rechtsprechung

Aus der Vielzahl der allein im letzten Jahr veröffentlichten Entscheidungen, die sich mit § 550 BGB befassen, seien drei Entscheidungen herausgegriffen. So formuliert OLG Zweibrücken in einer Entscheidung vom 19.11.2010 folgenden Leitsatz:⁸

Wird ein für längere Zeit als ein Jahr schriftlich abgeschlossener Mietvertrag, mit dem zwei Geschäftsraumeinheiten zur einheitlichen gewerblichen Nutzung überlassen worden sind, mündlich in der Weise geändert, dass eine dieser beiden Einheiten gegen eine andere ausgetauscht wird, so liegt darin keine wesentliche Änderung des Mietvertrages, wenn Mietfläche und Mietzins identisch bleiben, beide Vertragsparteien davon ausgehen, dass die überlassenen Räumlichkeiten - wie bisher - eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit bilden und auch sonst keine schützenswerten Belange der Vertragspartner berührt sind. Die Änderung führt deshalb nicht dazu, dass der Mietvertrag fortan als für unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.

Diese Entscheidung überzeugt nicht. Zwar mag man über den rechtlichen Ausgangspunkt dieser Entscheidung streiten. Es ist umstritten, ob das Schriftformerfordernis für unwesentliche Änderungen des Vertrages nicht gilt.⁹ Keine Zustimmung verdient aber, den Austausch eines bedeutenden Teils des Vertragsgegenstandes als unwesentlich einzuordnen.

Das LG Berlin hat die Anforderungen an die Schriftform nach § 126 BGB präzisiert:¹⁰

großzügiger Staudinger-Emmerich (Fn. 1), § 550 Rn. 29; zu weitgehend OLG Zweibrücken MDR 2011 349, dazu sogleich unter II. 1.

⁸ OLG Zweibrücken MDR 2011, 349.

⁹ Gegen jede Einschränkung Börstinghaus, in: DMT-Bilanz 2011, S. 377, 378; Schmidt-Futterer-Lammel (Fn. 1), § 550 Rn. 41; großzügiger Staudinger-Emmerich (Fn. 1), § 550 Rn. 29.

¹⁰ LG Berlin Grundeigentum 2011, 754.

- *Zur Wahrung der Schriftform ist erforderlich, dass die Parteien dieselbe Urkunde unterzeichnen, § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB. Erforderlich, aber auch ausreichend für die Einhaltung der Schriftform ist eine von beiden Parteien unterschriebene einheitliche Urkunde, gleich, in wessen Besitz sie verbleibt.*
- *Eine körperliche Verbindung der Anlagen ist für die Einhaltung der Schriftform nicht mehr erforderlich. Werden Essentialia des Mietvertrages wie hier in Anlagen ausgelagert, auf die im Vertrag Bezug genommen wird, so muss zur Wahrung der Schriftform die Anlage im Text so genau bezeichnet werden, dass eine zweifelsfreie Zuordnung möglich ist (BGH NJW 2003, 1248 f; NJW 2007, 288).*

Das OLG Hamm hatte sich zum einen ebenfalls zum möglichen Verweis auf Anlagen zu äußern. Zum anderen belegt die Entscheidung die Aktualität der Vertreterproblematik, auf die im Folgenden unter III. näher eingegangen wird:¹¹

- *Wenn der Mietvertrag nur durch einen von mehreren GbR-Gesellschaftern (hier: einer überörtlichen Rechtsanwalts- und Steuerberatersozietät) unterschrieben ist, wahrt dies die Schriftform nur dann, sofern hinreichend deutlich wird, dass der Unterzeichnende auch die übrigen Mitgesellschafter vertreten will. Dies wird nicht allein dadurch deutlich, dass sich die Unterschrift unter dem Namensstempel der GbR befindet.*
- *Im Mietvertrag müssen grundsätzlich alle wesentlichen Teile des Mietobjekts ausreichend bestimmt sein. Dies gilt auch für mitvermietete Kfz-Stellplätze, wenn im Vertrag die Anzahl (hier: 26 Stellplätze) sowie deren ungefähre Lage und eine separate Nettomiete angegeben ist. Die Schriftform ist auch dann gewahrt, wenn die genaue Lage der mitvermieteten Stellplätze in der Urkunde selbst nicht angegeben ist, sich diese Lücke aber durch Auslegung schließen lässt. Für die Auslegung kann auch auf die Nutzung aufgrund eines vorhergehenden, verlängerten Vertrages abgestellt werden.*

2. Literatur

Welche Beachtung dem § 550 BGB in der mietvertraglichen Praxis zuteil wird, lässt sich auch daran ablesen, dass im jüngst erschienenen Band „10 Jahre Mietrechtsreformgesetz – Eine

¹¹ OLG Hamm ZMR 2011, 632.

Bilanz –¹² nicht weniger als neun Beiträge sich Themen um § 550 BGB widmen. Auf zwei interessante Probleme sei hingewiesen:¹³

Ulf Börstinghaus geht in seinem Beitrag der Frage nach, ob Gestaltungserklärungen dem Formgebot des § 550 BGB unterfallen, wenn durch sie auf den Inhalt eines formbedürftigen Mietvertrags eingewirkt wird. Paradebeispiel ist eine Verlängerungsoption, mit der eine Verlängerung des Vertrags um mehr als ein Jahr herbeigeführt wird. *Börstinghaus* kommt insoweit zu dem gut begründeten Ergebnis, dass § 550 BGB nicht greife, die Erklärung also formfrei sei.¹⁴

Zwei Beiträge – zum einen der von *Ruth Breiholdt* und *Barbara Breiholdt*, zum anderen der von *Ulrich Leo* und *Nima Ghassemi-Tabar* – befassen sich mit sog. Heilungs- oder Schriftformsanierungsklauseln, in denen sich die Parteien auf die Einhaltung des Schriftformerfordernisses verpflichten.¹⁵ Der Berufung auf den Formfehler soll dann § 242 BGB entgegenstehen. In beiden Beiträgen wird dieser Weg allerdings nicht für zielführend erachtet. *Breiholdt/Breiholdt* fassen überzeugend zusammen, dass allenfalls konkrete Klauseln Hilfe versprechen, die sich auf solche Schriftformmängel beziehen, die den Vertragsparteien bei Abschluss des Mietvertrags bekannt sind oder von ihnen für möglich gehalten werden.¹⁶

III. Vertreterproblematik

Das Problem der sog. Vertreterproblematik geht dahin, welche Anforderungen an die Beurkundung zu stellen sind, wenn eine Vertragspartei durch Vertreter ihre Erklärung abgibt.

1. Anlassentscheidungen

¹² Herausgegeben von Markus Artz und Ulf Börstinghaus im Auftrag des Deutschen Mietgerichtstages e.V. in Zusammenarbeit mit der Forschungsstelle für Immobilienrecht der Universität Bielefeld, C.H. Beck, München 2011.

¹³ Siehe ferner zum Beitrag von *Lammel*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 418, der zum Sinn und Zweck des § 550 Stellung nimmt, oben bei Fn. 4 sowie unten unter V 1 b).

¹⁴ *Börstinghaus*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 377, 381.

¹⁵ Formulierungsvorschlag bei *Leo/Ghassemi-Tabar*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 428, 429 Fn. 3.

¹⁶ *Breiholdt/Breiholdt*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 391, 400.

Der für das Gewerbemietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH hatte in den vergangenen Jahren vielfach zu dieser Problematik Stellung zu beziehen.¹⁷ Zwei Entscheidungen aus jüngerer Zeit sind mit ihrem Leitsatz vorzustellen, bevor die eigentliche Problematik aufgerollt werden soll.

Dem Urteil vom 7. Mai 2008 stellte der Senat folgenden Leitsatz voran:¹⁸

Ist die Urkunde im Falle einer Personenmehrheit nicht von allen Vermietern oder Mietern unterzeichnet, müssen die vorhandenen Unterschriften deutlich zum Ausdruck bringen, ob sie auch in Vertretung der nicht unterzeichnenden Vertragsparteien hinzugefügt wurden. Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, z.B. wenn nur eine natürliche Person als Mieter oder Vermieter auftritt und eine andere Person den Vertrag unterschreibt, ist ein zusätzlicher Vertretungszusatz nicht erforderlich.

Im Leitsatz zu dem äußerst kontrovers diskutierten Urteil vom 4. November 2009 heißt es:¹⁹

Bei Abschluss eines Mietvertrages durch eine AG ist die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt, wenn alle Vorstandsmitglieder unterzeichnen oder eine Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied auch die Vorstandsmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben.

2. Grundlagen

§ 550 BGB verlangt die Einhaltung der Schriftform i. S. v. § 126 BGB. Daher müssen die Mietvertragsparteien den Vertragsschluss in einer Urkunde verkörpern und eigenhändig unterschreiben.²⁰ Gegenstand der Verkörperung kann schon naturgemäß nur der Vertragsschluss sein. Auf Umstände, von denen die Wirksamkeit des Vertragsschlusses abhängt, erstreckt sich das Formgebot indessen nicht. Diese Unterscheidung zwischen

¹⁷ BGH NJW 2010, 1453 (AG); BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 (Vertretung durch Ehegatten); BGH NJW 2007, 3346 (GmbH); BGH NJW 2005, 2225 (GmbH); BGH NJW 2004, 1103 (Personenmehrheit); BGH NJW 2003, 3053 (GbR); BGH NJW 2002, 3389 (Erbengemeinschaft); BGH NJW 1994, 1649 (Ehegatten).

¹⁸ BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178.

¹⁹ BGH NJW 2010, 1453; kritisch dazu *Aufderhaar/Jäger*, ZfIR 2010, 117, 123 f.; *Einsele*, LMK 2010, 296352; *Fischer-Zernin/M. Krüger*, EWiR 2010, 177, 178; *Fritz*, NJW 2010, 1050; *Kuckein*, NZM 2010, 148, 152; *Späth*, ZMR 2010, 585, 587.

²⁰ Statt aller *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 2011, Rn. 1054.

Vertragsschluss und Wirksamkeit ist angesichts der meisten Nichtigkeitsgründe selbstverständlich.²¹ So braucht keine Vertragspartei ihre Geschäftsfähigkeit in der Vertragsurkunde nachzuweisen, um die Schriftform zu wahren.

Entsprechend hat ein Vertreter seine Vertretungsmacht, die den Ausschlag dafür gibt, ob der Vertrag auch dem Vertretenen gegenüber wirkt (§§ 164, 177 BGB), nicht in der Vertragsurkunde nachzuweisen. Die Beurkundung des Vertrages erfüllt eine ganz andere Funktion als § 174 BGB, der die Gewissheit beim Erklärungsempfänger über das Vorliegen der Vertretungsmacht sicherstellen will. Wie indessen §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB aufzeigen, bedürfen Bevollmächtigung und Zustimmung nicht der Form des Rechtsgeschäfts. Maßgeblich ist allein, ob die nach § 164 Abs. 1 BGB für die Stellvertretung erforderliche Erklärung des Vertreters und sein Vertretungswille hinreichend aus der Urkunde hervorgehen. Das ist in erster Linie ein Problem der Auslegung.

a) Zahl der notwendigen Erklärungen

Auslegungsprobleme beruhen regelmäßig darauf, dass die Zahl der (dann von Vertretern stammenden) Unterschriften von der Zahl der nach dem Vertrag erforderlichen Erklärungen abweichen.

Ist der Vertrag zwischen zwei (natürlichen) Personen nur von einer der beiden unterschrieben, kann das genügen, wenn der Handelnde zugleich für den Vertragspartner die Erklärung in Gestalt eines Insiggeschäfts abgegeben hat. Zwar hängt die Wirksamkeit des Vertragsschlusses nach § 181 BGB von der Zustimmung der untätigen Vertragspartei ab. Das ist aber für die Schriftform irrelevant. Insoweit kommt es darauf an, ob sich durch Auslegung aus der Urkunde ermitteln lässt, dass der Tätige nicht nur für sich, sondern auch für den anderen Teil aufgetreten ist.

Klassischer Fall für diese Konstellation ist freilich der mehrerer Personen auf einer Vertragsseite. Auch hier ist es unproblematisch zulässig, dass ein Beteiligter (oder sein Vertreter) nicht nur für sich, sondern auch für die anderen Personen auf seiner Vertragsseite die Vertragserklärungen abgibt. Das muss sich aber aus der Urkunde ergeben.

Ähnlich liegt es im Falle der Gesamtvertretung. Es kann einer von mehreren Gesamtvertretern die erforderliche Vertragserklärung in Einzelvertretung abgeben.²² Nur die Vertretungsmacht

²¹ Grundlegend zu dieser Unterscheidung *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 386 ff.

hängt dann davon ab, ob die übrigen Gesamtvertreter dem zustimmen. Geht aber aus der Urkunde hervor, dass der Vertreter Gesamtvertreter ist, spricht das zunächst dafür, dass er in dieser Funktion lediglich eine Teilerklärung abgeben will. Diese Teilerklärung kann nicht durch Genehmigung zu einer dem Vertretenen zurechenbaren Erklärung eines Einzelvertreters werden.²³ Vielmehr müssen noch die Teilerklärung(en) des/der anderen Gesamtvertreter(s) hinzukommen, damit ein vollständiges Rechtsgeschäft vorliegt, das dem Vertretenen nach § 164 Abs. 1 BGB zugerechnet werden kann. Nicht mit einer bloßen Teilerklärung als Gesamtvertreter, sondern nur mit einer Erklärung als Einzelvertreter kann der erklärende Gesamtvertreter die Wirkungen der §§ 164, 177 ff. BGB auslösen.²⁴

b) Auslegung

Eine wichtige Weichenstellung besteht darin zu klären, welche Umstände zur Auslegung heranzuziehen sind. In diesem Punkt lassen sich Meinungsunterschiede ausmachen, die auch durch (zumindest missverständliche) Ausführungen des XII. Zivilsenat verursacht wurden.²⁵ *Dorothee Einsele* scheint eine explizite Erwähnung der Vertreterstellung zu verlangen.²⁶ Die Vertreterstellung müsse sich aus einem „Vermerk bei seiner Unterschrift“ oder aus dem „Text der Urkunde“ ergeben. Dann würde gar die Vertretung einer Vertragspartei durch einen Vertreter einen solchen ausdrücklichen Hinweis erfordern.²⁷

Dieses setzt der XII. Zivilsenat aber völlig zurecht nicht voraus. Es genügt, dass die Vertretung in irgendeiner Weise der Urkunde zu entnehmen ist.²⁸ Eines expliziten Zusatzes „i. V.“ oder ähnlicher Hinweise bedarf es nicht. § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt es genügen, dass sich die Vollmacht aus den Umständen ergibt. Auch das Schriftformerfordernis ändert

²² *Bork* (Fn. 20), Rn. 1439 ff.

²³ *Bork* (Fn. 20), Rn. 1439.

²⁴ Dies verkennt etwa die Kritik von *Einsele*, LMK 296352 unter 2. b), an BGH NJW 2010, 1453 (Fn. 19).

²⁵ Siehe BGH NJW 2004, 1193; BGH NJW 2003, 3053, 3054; BGH NJW 2002, 3389, 3391.

²⁶ *MünchKomm-Einsele*, BGB, 5. Aufl. 2007, § 126 Rn. 12; vgl. auch *Staudinger-Hertel*, BGB, 2004, § 126 Rn. 148: „muss in der Urkunde ausgedrückt werden“.

²⁷ Zu solchen Fällen äußern sich die in Fn. 17 angeführten Entscheidungen nicht.

²⁸ BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Tz. 27 ff.; BGH NJW 2007, 3346 Tz. 9 ff.; BGH NJW 2005, 2225, 2226; ebenso BGHZ 125, 175, 178 = NJW 1994, 1649, 1650; BAG NJW 2007, 250 Tz. 28; *PWW-Ahrens*, BGB, 6. Aufl. 2011, § 126 Rn. 14; *Palandt-Ellenberger*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 126 Rn. 9.

daran nichts. Es beschränkt allerdings, welche Umstände zur Auslegung der in der Urkunde verkörperten Erklärung heranzuziehen sind. Das Handeln im fremden Namen muss sich als Bestandteil der Erklärung aus der Urkunde selbst ergeben oder zumindest in ihr angedeutet sein.²⁹

Daher bleibt im Grundsatz irrelevant, wie die Vertretungsmacht des Erklärenden tatsächlich beschaffen ist. Das gilt auch, wenn sich diese Vertretungsmacht aus dem Register oder einer Vollmacht ergibt. Diese Quellen können nur Berücksichtigung finden, falls die Urkunde auf sie Bezug nimmt.

3. Folgerungen

Die Folgerungen aus diesen Grundsätzen hängen zwar vom Einzelfall ab. Folgende allgemeine Aussagen lassen sich allerdings treffen:

a) Eine natürliche Person als Vertragspartei

Ist eine natürliche Person Vertragspartei, ist schon allein die Unterschrift mit dem Namen einer anderen Person als Stellvertretung zu verstehen.³⁰ Die Anforderungen an die Vertretererklärung sind also gering. Ungeachtet dessen empfiehlt sich zur Klarstellung die Angabe, für wen der Erklärende zeichnen will.

Die Problematik Gesamtvertretung kann sich allerdings bei der Vertretung natürlicher Personen ergeben. So kann ein Einzelkaufmann Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2 HGB) erteilen oder ein Minderjähriger durch seine Eltern als gesetzliche Gesamtvertreter (§ 1629 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB) vertreten werden. Unterschreibt ein solcher Gesamtvertreter die Urkunde allerdings, ohne seine Stellung als Gesamtvertreter offen zu legen, wird man im Regelfall sein Auftreten als das eines Einzelvertreters zu verstehen haben und deswegen die Schriftform gewahrt sein.³¹ Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen der Vertreter etwa im Kopf des Vertrages offenbart, dass er Gesamtvertreter ist. Dann ist seine Erklärung nur als

²⁹ Zur sog. Andeutungstheorie MünchKomm-*Einsele* (Fn. 26), § 125 Rn. 37 f.; Staudinger-*Hertel* (Fn. 26), § 126 Rn. 87.

³⁰ BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Tz. 27 ff.

³¹ Vgl. Kölner Kommentar-*Mertens/Cahn*, AktG, 3. Aufl. 2010, § 78 Rn. 50; MünchKomm-*Spindler*, AktG, 3. Aufl. 2008, § 78 Rn. 54.

Teilerklärung eines Gesamtvertreters zu verstehen.³² Es fehlt ohne Unterschrift des anderen Gesamtvertreters an der Einhaltung der Schriftform.

b) Personenmehrheit

Personenmehrheiten auf einer Vertragsseite bilden Ehegatten, mehrere Erben, die beispielsweise ein ihnen in Erbengemeinschaft zustehendes Grundstück verwalten, Bruchteilseigentümer oder sonstige Personen, die die Immobilie gemeinsam vermieten oder mieten wollen. Diese Personenmehrheiten sind abzugrenzen von juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften (§ 14 Abs. 1 BGB) wie Personenhandelsgesellschaft oder GbR, die allesamt als lediglich ein Rechtssubjekt Vertragspartei sind.³³

In diesen Fällen ergeben sich keine weiteren Schwierigkeiten, wenn für jeden Beteiligten ein Einzelvertreter unterschreibt. Die Unterschrift nur eines Beteiligten für mehrere Personen auf einer Vertragsseite hat der BGH indessen nicht genügen lassen, wenn es an einem Vertretungszusatz fehlt. Dem ist zuzustimmen. Denn der Erklärung des Unterschreibenden ist ohne weiteren Hinweis nicht zu entnehmen, dass seiner Erklärung doppelte Wirkung zukommen soll. Nicht entschieden ist bislang die Konstellation, dass neben der Unterschrift der einen Vertragsseite für die andere, aus mehreren Personen bestehende Vertragsseite ein Dritter zeichnet. Jedenfalls bei einem Zusatz wie „für den Mieter“ sollte man dann annehmen, dass der Vertreter für alle Personen auf Mieterseite handelt. Fehlt jeder Hinweis, sollte man eine Unterschrift indessen nicht genügen lassen, weil sich nicht ergibt, warum die Urkunde mit bloß dieser einen Unterschrift bereits komplett sein sollte. Man darf nicht der Versuchung unterliegen, beispielsweise nach mehreren Jahren aus der Ex-Post-Perspektive zu argumentieren, dass andere Unterschriften doch beigebracht worden wären, wenn der Vertreter nicht für alle Vertragsparteien hätte handeln wollen. Denn bei Auslegung der Erklärung ist auf die Umstände zu blicken, die bei ihrer Erklärung vorlagen. Zu dem Zeitpunkt war nicht absehbar, ob weitere Personen unterschreiben werden.

c) Juristische Personen

Die Entscheidungen des BGH zu den juristischen Personen AG und GmbH stehen mit dem vorgestellten Verständnis in Einklang.

³² Bork (Fn. 20), Rn. 1439.

³³ Zur Unterscheidung von GbR und Personenmehrheit als Mietvertragspartei *Jacoby*, ZMR 2001, 409.

Die Entscheidungen zur GmbH haben Sachlagen zum Gegenstand, in denen der Erklärende als Einzelvertreter handelt. Das ergab sich im Urteil vom 6. April 2005 schon daraus, dass die Urkunde keinen Hinweis auf Gesamtvertretung enthielt.³⁴ In solchen Konstellationen ist stets davon auszugehen, dass ein Vertreter als Einzelvertreter handeln will. Im Urteil vom 19. September 2007 wies der Kopf der Urkunde darauf hin, dass die GmbH satzungsgemäß von zwei Geschäftsführern als Gesamtvertreter vertreten wird.³⁵ Es unterschrieb aber auf Seiten der GmbH eine dritte Person mit dem Zusatz „i. V.“. Damit gab diese Person zu verstehen, dass sie für die GmbH als Einzelvertreter handeln wollte, nicht für einen der beiden Gesamtvertreter als Untervertreter.

Anders lag der aktuelle Fall zur AG.³⁶ Hier wies der Kopf die Vertretung der AG durch zwei Vorstandsmitglieder als Gesamtvertreter aus. Es unterschrieb die Urkunde aber nur einer der beiden Gesamtvertreter, ohne dass die Urkunde einen Hinweis auf seinen Willen enthielt, als Einzelvertreter zu handeln. Damit ist seine Erklärung nicht als die eines Einzelvertreters, sondern nur als die „Teilerklärung“ eines Gesamtvertreters zu verstehen. Denn jeder unbefangene Leser der Urkunde würde bemerken, dass die Unterschrift des zweiten Gesamtvertreters noch fehle. Das hätte der unterschreibende Gesamtvertreter nur durch einen entsprechenden Einzelvertretungszusatz verhindern können, der das Gesamtvertretungsindiz des Urkundenkopfes widerlegt.

d) Personengesellschaften

Zu den Personengesellschaften zählen insbesondere die Personenhandelsgesellschaft OHG und KG sowie die GbR. Angesichts der Rechtsfähigkeit dieser Gesellschaften (§ 124 HGB [analog]) gelten im Ausgangspunkt die gleichen Grundsätze wie bei den juristischen Personen: Fehlt jeder Hinweis auf eine Vertretungsregelung (insbesondere im Falle einer GbR mit Fantasienamen ohne Angabe der organschaftlichen Vertreter), macht jeder, der für diese Gesellschaft zeichnet, deutlich, als Einzelvertreter eine vollwertige Vertragserklärung für die Gesellschaft abzugeben. Findet sich indessen im Kopf der Urkunde ein Hinweis auf die

³⁴ BGH NJW 2005, 2225.

³⁵ BGH NJW 2007, 3346.

³⁶ BGH NJW 2010, 1453; dazu ablehnend und anders als hier *Aufderhaar/Jäger*, ZfIR 2010, 117, 123 f.; *Einsele*, LMK 2010, 296352; *Fischer-Zernin/M. Krüger*, EWiR 2010, 177, 178; *Fritz*, NJW 2010, 1050; *Kuckein*, NZM 2010, 148, 152; *Späth*, ZMR 2010, 585, 587.

Geltung einer organschaftlichen Gesamtvertretung und unterschreibt einer dieser Gesamtvertreter, ist seine Erklärung nur dann als Einzelvertretung zu verstehen, wenn sie einen entsprechenden Hinweis enthält.³⁷

Eine Besonderheit der Personengesellschaften im Vergleich zu den juristischen Personen ist das Prinzip der Selbstorganschaft. Nach § 125 HGB, §§ 709, 714 BGB sind die Gesellschafter organschaftliche Vertreter. Der Gesellschaftsvertrag kann nur regeln, inwieweit und welchen Gesellschaftern Einzel- oder Gesamtvertretungsmacht zustehen soll. Nach dem Gesetz gilt in der GbR Gesamtvertretung (§§ 714, 709 BGB) und in der OHG Einzelvertretung (§ 125 Abs. 1 HGB) jeweils für alle Gesellschafter. Daher könnte man die Angabe der Gesellschafter einer Vertretungsregelung gleichstellen.³⁸ Das wirkte sich jedenfalls aus, wenn es im Kopf hieße GbR XY, bestehend aus den Gesellschaftern A und B. Wie bei einem Gesamtvertretungshinweis im Vertragskopf müsste A dann seiner Unterschrift einen Hinweis beifügen, als Einzelvertreter handeln zu wollen, damit allein mit seiner Unterschrift die Schriftform gewahrt werden kann. Es machte dann für die Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform keinen Unterschied, ob im Kopf der Urkunde die Personenmehrheit A & B oder das Rechtssubjekt A & B GbR benannt wird. Gleiches könnte man freilich nicht für eine OHG annehmen. Denn für diese besteht nach § 125 HGB im Zweifel Einzelvertretungsmacht, so dass kein Anhaltspunkt vorliegt, aus der gemeinsamen Gesellschafterstellung auf Gesamtvertretung zu schließen.

Gerade diese Abgrenzung zur OHG zeigt, wie schwach der Schluss von der Gesellschafterstellung auf die Vertretungsmacht ist. Es ist dem Leser einer Urkunde ohne Angabe der Vertretungsregelung unbekannt, für welche satzungsmäßige Vertretungsregelung die Gesellschafter der Personengesellschaft sich entschieden haben. Daher kann dem bloßen gesetzlichen Regelfall keine Indizwirkung entnommen werden. Mithin gibt jeder, der für eine GbR zeichnet, ohne dass eine Vertretungsregelung genannt wird, eine Erklärung als Einzelvertreter ab. Auf die Angabe der Gesellschafter kommt es indessen nicht an.

IV. Heilung unwirksamer Verträge mit „äußerer Form“

³⁷ BGH NJW 2003, 3053.

³⁸ Jedenfalls deutet BGH NJW 2004, 1103, ein solches Verständnis im Ergebnis an. Allerdings berücksichtigt die Entscheidung die Rechtsfähigkeit der GbR noch zu wenig („Unterschreibt für eine GbR oder sonst eine Personenmehrheit“).

In jüngerer Zeit hatte sich der XII. Zivilsenat auch mit Konstellationen zu befassen, in denen die Schriftform äußerlich gewahrt war. Der hinreichend verkörperte Vertragsschluss war aber nicht wirksam geworden. Problematisch ist dann, welche Anstrengungen die Vertragsparteien unternehmen müssen, um der Rechtsfolge des § 550 Satz 1 BGB zu entgehen.

1. Anlassentscheidungen

Beide Entscheidungen des XII. Senats bezogen sich auf Konstellationen, in denen der Vertragsschluss scheiterte, weil die Annahmefrist verstrichen war (§ 146 BGB).

Die erste Entscheidung vom 29. April 2009 befasste sich mit dem Fall, dass die Vertragsparteien eine weitere Urkunde aufsetzten, die allerdings lediglich auf die erste Urkunde verwies. Der BGH hielt die Form für gewahrt, wie es auch der Leitsatz ausdrückt:³⁹

Ist ein formgerechter Mietvertrag mangels rechtzeitiger Annahme zunächst nicht abgeschlossen worden, so kommt durch eine insoweit formgerechte Nachtragsvereinbarung, die auf die ursprüngliche Urkunde Bezug nimmt, ein insgesamt formwirksamer Mietvertrag zustande.

In der zweiten Entscheidung vom 24. Februar 2010 fehlte es gar an einer erneuten Verkörperung eines wirksamen Vertragsschlusses. Dennoch verneint der Senat einen Formverstoß:⁴⁰

Zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB genügt es, wenn die Vertragsbedingungen eines konkludent abgeschlossenen Mietvertrages in einer der „äußeren Form“ des § 126 Abs. 2 BGB genügenden Urkunde enthalten sind.

2. Problemeinordnung

In den entschiedenen Fällen verkörpert die Vertragsurkunde einen unwirksamen Vertragsschluss. Denn das Angebot ist mit Ablauf der Annahmefrist unabhängig vom Parteiwillen nach § 146 BGB unwirksam geworden.⁴¹ Eine Verlängerung der Annahmefrist ist nur bis zu ihrem Ablauf, aber nicht mehr danach möglich.⁴² Das Rechtsproblem besteht daher

³⁹ BGH NJW 2009, 2195.

⁴⁰ BGH NJW 2010, 1518.

⁴¹ Dazu BGH NJW-RR 1994, 1163, 1164.

⁴² Statt aller Staudinger-Bork, BGB, 2010, § 148 Rn. 9, § 147 Rn. 1.

darin, ob die hinreichende äußere Form der unwirksamen Erklärung den Vertragsparteien ermöglicht, die Vertragswirkungen herbeizuführen, ohne nochmals dem Formgebot genügen zu müssen.

Dieses Problem stellt sich vergleichbar in weiteren Sachlagen. So ist nach dem bereits Ausgeführten die Schriftform gewahrt, wenn auf einer Vertragsseite ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Verweigert der Vertretene aber die Genehmigung (§ 177 Abs. 1 BGB), ist der Vertrag nicht mehr nur schwebend, sondern endgültig unwirksam.⁴³ Auch dann fragt sich nach der Möglichkeit, dem verkörperten unwirksamen Vertragsschluss zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Schließlich ist an die Fälle der Nichtigkeit des in der Urkunde verkörperten Vertragsschlusses zu denken. Diese kann insbesondere auf Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), Anfechtung (§§ 142, 119 ff. BGB),⁴⁴ sonstigen Willensmängeln (§§ 117 f. BGB) oder fehlender Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) beruhen. Wenn später die die Nichtigkeit begründenden (oftmals bloß subjektiven) Umstände weggefallen sind, kann ebenfalls das Interesse bestehen, die Rechtsfolgen des beurkundeten Geschäfts in Kraft zu setzen.

3. Lösungsansätze

Der BGH begnügt sich mit der bloßen Wahrung der „äußeren Form“ unter Hinweis lediglich auf die spezifischen Formzwecke und die eigenständige Rechtsfolge des Formverstößes im Falle des § 550 BGB.⁴⁵ Gegen diese Argumentation ist sogleich noch grundlegend Stellung zu beziehen.⁴⁶ Sie bringt jedenfalls erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich, weil sich die Bedeutung dieser Gesichtspunkte für den Einzelfall schwer ermessen lässt.

Hier soll daher versucht werden, das Problem im Vergleich zu den dargestellten verwandten Fallkonstellationen zu lösen. In allen diesen Konstellationen fragt sich, ob und wie ein verkörperter, aber unwirksamer Vertragsschluss – unabhängig vom Unwirksamkeitsgrund und unabhängig von der Art des gewährten Formgebots – Wirksamkeit erlangen kann.

a) Rechtsnatur und Form der Bestätigung (§ 141 BGB)

⁴³ Dazu BGH NJW 1999, 3704; K. Schmidt, JuS 1995, 102, 106; ders., AcP 189 (1989), 1, 9 f.

⁴⁴ Dazu BGH NJW 1985, 2579.

⁴⁵ BGH NJW 2010, 1518 Tz. 24; zum Meinungsstand in Tz. 20 f.

⁴⁶ Unter V. 1.

§ 141 BGB weist bei nichtigen Rechtsgeschäften den Weg der Bestätigung. Die Dogmatik dieser Bestimmung ist umstritten.⁴⁷ Herkömmlich wird die Bestätigung darauf reduziert, eine Neuvernahme des Geschäfts darzustellen. Der Regelungsgehalt des § 141 BGB wäre dann darauf beschränkt, mit seinem Absatz 2 die Möglichkeit einer inter omnes rückwirkenden Neuvernahme auszuschließen. Mittlerweile gewinnt aber die Auffassung an Gefolgschaft, die die Bestätigung als eigenes Institut begreift. Der Bestätigung soll heilende Wirkung zukommen.⁴⁸ Auf dieser Grundlage ist über die Anforderungen an die Form einer Bestätigung zu diskutieren, die einen formgerechten, aber an einem anderen Nichtigkeitsgrund leidenden Vertragsschluss heilen soll.

Noch ganz herrschend wird unter Hinweis auf den Wortlaut des § 141 Abs. 1 BGB verlangt, die Bestätigung müsse die Voraussetzungen der Neuvernahme wahren und daher dessen Form.⁴⁹ Die Gegenmeinung folgert aus Sinn und Zweck der Heilungswirkung ihre Formfreiheit.⁵⁰ Die Bestätigung müsse sich tatbestandlich von der Neuvernahme unterscheiden. Der Verweis des § 141 Abs. 1 BGB auf die Neuvernahme beschränke sich auf die Rechtsfolge. Eine differenzierende Lösung hat *Karsten Schmidt* vorgeschlagen. Regelmäßig lasse sich § 141 BGB jedenfalls dann teleologisch reduzieren, wenn die Vertragsparteien nach Wegfall des Nichtigkeitsgrundes den Vertrag fortsetzten.⁵¹ Einigkeit besteht allerdings auch unter allen, die die Einhaltung der Form verlangen, dass eine formgerechte bloße Bezugnahme auf die (unwirksame) Vertragsurkunde, wie sie dem BGH in der ersten Entscheidung vorlag,⁵² hinreichend ist.⁵³

b) Anwendungsbereich der Bestätigung

⁴⁷ Instruktiv HkK-*Dorn*, BGB, 2003, §§ 139 - 141 Rn. 48 ff.

⁴⁸ *Bork*, Der Vergleich, 1988, 125 ff.; *Graba*, Bestätigung und Genehmigung von Rechtsgeschäften, 1967, 27 ff.; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 532; *Müller*, Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nach § 141 BGB, 1989, 200 f.; *Staudinger-Roth*, BGB, 2003, § 141 Rn. 1.

⁴⁹ BGH NJW 2003, 589; BGH NJW 1999, 3704, 3705; BGH NJW 1985, 2579, 2580; RGZ 146, 234, 238; *Bork* (Fn. 20), Rn. 1244.

⁵⁰ *Graba* (Fn. 48), 60 ff.; *Medicus* (Fn. 48), Rn. 532; *Staudinger-Roth* (Fn. 48), § 141 Rn. 16

⁵¹ *K. Schmidt*, JuS 1995, 102, 106; *ders.*, AcP 189 (1989), 1, 9 f.; vgl. auch *Müller* (Fn. 48), 211 ff.

⁵² BGH NJW 2009, 2195.

⁵³ BGH NJW 1999, 3704, 3705.

Für den Unwirksamkeitsgrund des § 146 BGB ist der Anwendungsbereich des § 141 BGB allerdings nicht unmittelbar eröffnet, da es sich bei dem Erlöschen eines Antrags nicht um einen Nichtigkeitsgrund handelt. In Betracht kommt eine analoge Anwendung. Insoweit haben sich noch keine Grundsätze herausgebildet. Der BGH hat die Anwendung des § 141 BGB auf ein fehlgeschlagenes Geschäft (Schuldbeitritt zu einer nicht bestehenden Schuld) abgelehnt.⁵⁴ Hingegen hat der BGH § 141 BGB angewendet auf die Bestätigung eines nach Versagung der erforderlichen Genehmigung endgültig unwirksamen Vertrages.⁵⁵ Es gäbe nach Sinn und Zweck des § 141 BGB keinen Grund, diese Art der Unwirksamkeit anders als die Nichtigkeit zu behandeln.

Diesem Standpunkt ist für die Unwirksamkeit eines Antrags wegen Verstreichens der Annahmefrist nach § 146 Fall 2 BGB zu folgen. Zwar könnte man dagegen argumentieren, in diesem Falle fehle es gerade an einem Vertragsschluss, nicht bloß an der Wirksamkeit.⁵⁶ Dieser Einwand kann aber jedenfalls dann nicht greifen, wenn die Unwirksamkeit bloß auf einem Verstreichenlassen der Annahmefrist beruht. Dann liegt – anders als bei einer Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen (§ 150 Abs. 2 BGB) – eine Willensübereinkunft der Beteiligten vor. Der Wirksamkeit dieses, hier zudem noch verkörperten Vertragsschlusses steht nur der Unwirksamkeitsgrund des § 146 BGB entgegen.

Ließe man eine Heilung von nach § 146 Fall 2 BGB unwirksamen Rechtsgeschäften nach § 141 BGB nicht zu, ließe sich das Ergebnis des BGH kaum begründen, bei Neuvornahme auf die Form zu verzichten. Denn dann behandelte die Rechtsordnung den zwar verkörperten, aber nach § 146 Fall 2 BGB unwirksamen Vertragsschluss als nicht zu heilendes Nullum. Dieses rechtliche Nichts könnte dann auch eingedenk seiner Form die Neuvornahme nicht erleichtern, weil ein rechtliches Nichts doch rechtlich irrelevant bleiben muss.

c) Folgerungen

Folgt man aber dem hier vertretenen weiten Anwendungsbereich des § 141 BGB, steht das aus dieser Vorschrift in Verbindung mit § 550 BGB folgende Formgebot zur Diskussion. Es handelt sich damit jedenfalls im Ausgangspunkt nicht um ein Spezialproblem des § 550 BGB und dessen Zwecke und Rechtsfolgen, sondern um ein dem § 141 BGB immanentes Problem.

⁵⁴ BGH NJW 1987, 1698, 1699 f.; kritisch dazu *Bork* (Fn. 20), Rn. 1242.

⁵⁵ BGH NJW 1999, 3704, 3705.

⁵⁶ Vgl. zu dieser Unterscheidung bereits oben bei Fn. 21.

Es ist damit das richtige Umfeld gefunden, um das angemessene Judiz des XII. Senats dogmatisch abzusichern. Es erscheint als bloße Förmerei, von den Vertragsparteien weitere Unterschriften auf der Urkunde ihres unwirksamen Vertragsschlusses zu fordern. Daher lässt sich im Rahmen des § 141 Abs. 1 BGB grundsätzlich von einer Wiederholung der Form absehen, solange der Zweck des Formgebots eine Wiederholung nicht ausnahmsweise erforderlich macht. Beispiel dafür ist die Beratungsfunktion des Beurkundungserfordernisses, wenn angesichts des Nichtigkeitsgrundes diese bei der erfolgten Beurkundung nicht erfüllt werden konnte. Auch an die Beweisfunktion ist zu denken, wenn die Verkörperung des unwirksamen Vertragsschlusses inzwischen vernichtet ist. Die Zulassung der formfreien Bestätigung steht systematisch in Einklang damit, dass auch die Genehmigung formbedürftiger Rechtsgeschäfte formfrei erfolgen kann (§ 182 Abs. 2 BGB). Auch aus § 144 Abs. 2 BGB muss man nicht im Wege eines Umkehrschlusses das gegenteilige Ergebnis ziehen. Diese Bestimmung stellt allein klar, dass diese besondere Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts niemals einer Form bedarf.

V. Grundsätzliches

Die vorstehende Erörterung der beiden Fragestellungen fordert heraus, abschließend noch Grundsätzliches zum Sinn und Zweck des § 550 BGB auszuführen.

1. De lege lata

Bei Durchsicht der jüngeren Entscheidungen des BGH zu § 550 BGB fällt auf, dass er seine Ergebnisse vorrangig mit Sinn und Zweck des Formgebots sowie mit der Rechtsfolge des Formverstößes begründet. Davon ist abzuraten.

a) Einheitliche Anwendung des Schriftformerfordernisses

Zum einen wäre die uneinheitliche Anwendung des einheitlich und dabei seiner Natur nach formalen Schriftformgebots ungemein misslich. Der BGH sollte sich also davor hüten, Entscheidungen allein im Hinblick auf § 550 BGB zu treffen. Die Bedeutung der aktuellen Entscheidung für die Diskussion zu § 141 BGB wurde schon angerissen. Auf eine weitere bedeutende Einflussnahme der Rechtsprechung des XII. Senats auf die Auslegung des § 126 Abs. 2 BGB ist hinzuweisen.

Nach § 126 Abs. 2 BGB muss bei einem Vertrag die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Es reicht also nicht, dass Angebot und Annahme in zwei

unterschiedlichen Urkunden verkörpert werden.⁵⁷ Jedoch genügt, dass der Annehmende auf dem – vom Antragenden bereits unterschriebenen – Antrag unterschreibt, ohne dass der Antragende nochmals den Vertragsschluss gegenzeichnet. Diese Auffassung beruht auf einer Entscheidung des XII. Senats zu § 550 BGB, die von Sondererwägungen zu dieser speziellen Formvorschrift getragen wird.⁵⁸ Sie wird mittlerweile aber auch vom BAG und der Kommentarliteratur ganz allgemein zum Schriftformerfordernis des § 126 BGB geteilt,⁵⁹ auch wenn sich freilich noch Vorbehalte („zu § 550 BGB“) finden lassen⁶⁰.

b) Keine Sonderstellung des § 550 BGB

Ebenso wichtig ist es, die Sonderstellung des § 550 BGB in Bezug auf Rechtsfolge und Formzwecke zu relativieren.

Die Rechtsfolge trägt, wie bereits eingangs angeführt, dem Umstand Rechnung, dass sich das Formgebot auf einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränkt.⁶¹ Der Mietvertrag ist formfrei. Die Abrede über die Vertragslaufzeit bedarf der Form. Über § 139 BGB und den hypothetischen Parteiwillen käme man ohnehin zur Wirksamkeit im Umfange des formfrei Möglichen. Man könnte also die Rechtsfolge so erklären, dass unwiderleglich ein hypothetischer Parteiwille dahin vermutet wird, dass die Parteien nicht die Gesamtnichtigkeit wollen. Ein Weiteres kommt aber noch hinzu. Es handelt sich um ein Dauerschuldverhältnis. Im Bereich solcher Verträge hat sich insbesondere, aber nicht nur im Gesellschafts- und Arbeitsrecht der Begriff der fehlerhaften/faktischen Vertragsverhältnisse etabliert.⁶² Diese Grundsätze führen bei Nichtigkeit eines bereits vollzogenen Vertragsverhältnisses lediglich zu einer ex-nunc-Unwirksamkeit. Davon sind die Folgen der ordentlichen Kündigung nicht ganz verschieden.

⁵⁷ BGH NJW-RR 1994, 280.

⁵⁸ BGH NJW 2004, 2962, 2963.

⁵⁹ BAG NJW 2007, 315; Palandt-*Ellenberger* (Fn. 28); § 126 Rn. 13; Staudinger-*Hertel* (Fn. 26), § 126 Rn. 153.

⁶⁰ MünchKomm-*Einsele* (Fn. 26), § 126 Rn. 19; PWW-*Ahrens* (Fn. 28), Rn. 126 Rn. 16.

⁶¹ Siehe oben bei Fn. 2.

⁶² Zur fehlerhaften Gesellschaft etwa MünchKomm-*Ulmer*, BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 323 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 6; ders. AcP 186 (1986), 421 ff., jeweils m. w. Nachw.; zum fehlerhaften Arbeitsvertrag Staudinger-*Richardi*, BGB, 2005, § 611 Rn. 235 ff.; ErfurterKomm-*Preis*, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, § 611 BGB Rn. 145 ff.

Was die Formzwecke betrifft,⁶³ so unterscheiden sich diese gar nicht so sehr von den sonstigen Zwecken von (Schrift-)Formgeboten⁶⁴. Der BGH hat zurecht den Formzweck des § 550 BGB nicht auf den Erwerberschutz reduziert.⁶⁵ Sonst würden die Kündigungsmöglichkeiten im Zweipersonenverhältnis als Rechtsfolge nicht passen. Zu betonen sind Warn- und Beweisfunktion. Insoweit bestehen Parallelen des § 550 BGB zu dem anderen klassischen Schriftformgebot in § 766 Satz 1 BGB.

2. De lege ferenda

Auch de lege ferenda besteht kein Anlass zur Reform des § 550 BGB. Dieses Votum ist im Ausgangspunkt von einer tiefen Skepsis gegen immerwährende Gesetzesänderungen geprägt. Der Gesetzgeber hat sich beim Mietrechtsreformgesetz gegen eine inhaltliche Änderung entschieden. Jetzt sollte er daran festhalten. Die Schwächen einer Reform zeigen sich vielfach erst, wenn sie in Kraft ist. 110 Jahre hat die Vorschrift ordentliche Dienste geleistet.

Diese Einschätzung teilen freilich nicht diejenigen, nach deren Einschätzung § 550 BGB missbraucht wird, um sich von dem Vereinbarten („pacta sunt servanda“) lösen zu können.⁶⁶ Indessen können förmliche Anforderungen nicht nur des Verfahrensrechts, sondern auch des materiellen Rechts vielfach zu im Einzelfall „harten Ergebnissen“ führen. Man denke nur an die Folgen des hier bereits erwähnten § 174 BGB oder an die Eigenhändigkeitsanforderung des § 2247 Abs. 1 BGB. Das Formgebot des § 766 Satz 1 BGB gilt auch für den Geschäftsführer einer GmbH.⁶⁷ Und in den Genuss des Verbraucherschutzes kommt auch der Verbraucherrechtsexperte, solange er nur Verbraucher i. S. v. § 13 BGB ist. Stets kann sich der Vertragspartner schützen, indem er für die Einhaltung der vom Gesetz vorgegebenen Gebote sorgt.

⁶³ Vgl. grundlegend *Michalski*, WM 1998, 1993 ff.

⁶⁴ Allgemein zu Formzwecken *Mankowski*, 2010, 662 ff.

⁶⁵ Siehe Fn. 4.

⁶⁶ Vgl. bereits oben bei Fn. 6.

⁶⁷ BGH NJW 1996, 1467, 1468; BGH NJW-RR 1991, 757.

Dabei ist der Schutz des § 550 BGB keinesfalls abschaffungswert. Beschränkte man die Rechtsfolge eines Formverstößes auf die Kündigungsmöglichkeit allein des Erwerbers,⁶⁸ eröffnete dies auf Vermieterseite Manipulationsmöglichkeiten. Ferner würde diese Beschränkung dem § 550 BGB die Funktion nehmen, potentiellen Investoren einen Überblick über den Inhalt des Mietverhältnisses zu ermöglichen. Warn- und Beweisfunktion sind aber allein schon im Interesse der Vertragsschließenden erhaltenswert. Denn die vereinbarte Vertragslaufzeit kann angesichts der Grenze von 30 Jahren des § 544 BGB eine ganz gewichtige wirtschaftliche Disposition bedeuten, deren Auswirkungen sich vielfach erst lange nach Vertragsschluss zeigen. Das sollte sich der Vertragsschließende vergegenwärtigen. Angesichts der Laufzeit ist aber auch die Beweisfunktion nicht gering zu schätzen.⁶⁹

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Das Schriftformgebot verlangt die Verkörperung allein des Vertragsschlusses. Es erstreckt sich nicht auf Wirksamkeitserfordernisse. Daher kommt es bei Stellvertretung nicht auf das Bestehen der Vertretungsmacht oder gar ihres Nachweises an. Es muss lediglich die nach § 164 Abs. 1 BGB für die Stellvertretung erforderliche Erklärung des Vertreters hinreichend aus der Urkunde hervorgehen. Dafür bedarf es auch im Anwendungsbereich von Schriftformerfordernissen grundsätzlich keines expliziten Hinweises (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB).
2. Probleme ergeben sich, wenn die Zahl der erforderlichen Erklärungen die der Unterschriften übersteigt. Das gilt namentlich dann, wenn auf einer Vertragsseite eine Personenmehrheit steht oder für einen Vertragsteil ausweislich der Urkunde Gesamtvertretung angeordnet ist. Will in diesen Fällen nur eine Person (für sich und als Vertreter für die weitere Vertragspartei bzw. als Einzelvertreter) statt der erforderlichen mehreren Personen handeln, bedarf es eines Hinweises.
3. Die Entscheidungen des BGH zur Vertreterproblematik im Rahmen des § 550 BGB sind in sich widerspruchsfrei und entsprechen den hier verfochtenen Grundsätzen.
4. Der BGH lässt im Ergebnis zutreffend die Heilung eines zwar formgerecht verkörpert, aber wegen § 146 BGB unwirksamen Vertragsschlusses zu. Dieses

⁶⁸ Ein entsprechender Vorschlag war in den Beratungen zum BGB abgelehnt worden, *Mugdan* (Fn. 3), S. 824 f.; dafür nunmehr *Breiholdt/Breiholdt*, in: DMT-Bilanz 2011, S. 391, 400.

⁶⁹ *Michalski*, WM 1998, 1993, 1996.

Ergebnis lässt sich dogmatisch sauber allerdings nur als Bestätigung nach § 141 BGB absichern. Diese Vorschrift ist entgegen der bislang herrschenden Auffassung so zu verstehen, dass die Bestätigung eines formgerecht abgeschlossenen unwirksamen Rechtsgeschäfts nur dann der Form der Neuvornahme bedarf, wenn das Formgebot seine abermalige Einhaltung verlangt.

5. Bei der Anwendung von § 550 BGB sollten künftig nicht mehr unter Hinweis auf Spezifika des § 550 BGB Sonderlösungen entwickelt werden. Die Lösung ist vielmehr unter Berücksichtigung aller Formvorschriften des BGB zu suchen, in die sich § 550 BGB einfügt, ohne Sonderling zu sein.
6. Eine Reformdiskussion über § 550 BGB sollte nicht eröffnet werden.