



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 43/17

Verkündet am:
11. April 2018
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB §§ 140, 242 Ca, 550

- a) Die Änderung der Miete, die auf einer Vertragsklausel beruht, wonach eine Vertragspartei bei Vorliegen einer bestimmten Indexänderung eine Neufestsetzung verlangen kann, unterfällt - anders als bei einer Anpassungsautomatik oder einem einseitigen Änderungsrecht - dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB.
- b) Die vertragliche Änderung der Miete stellt stets eine wesentliche und - jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann - dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar (im Anschluss an Senatsurteile vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NJW 2016, 311 und vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3772, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).
- c) Sogenannte Schriftformheilungsklauseln sind mit der nicht abdingbaren Vorschrift des § 550 BGB unvereinbar und daher unwirksam. Sie können deshalb für sich genommen eine Vertragspartei nicht daran hindern, einen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel ordentlich zu kündigen (im Anschluss an Senatsurteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3772, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).
- d) Die Umdeutung einer fristlosen in eine ordentliche Mietkündigung ist zulässig und angebracht, wenn - für den Kündigungsgegner erkennbar - nach dem

Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis in jedem Falle zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll (im Anschluss an Senatsurteil vom 24. Juli 2013 - XII ZR 104/12 - NJW 2013, 3361).

BGH, Urteil vom 11. April 2018 - XII ZR 43/17 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. April 2017 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten mit Klage und Widerklage um die (Rück)Zahlung von Miete und dabei darum, ob ihr befristetes Mietverhältnis wegen eines Formmangels vorzeitig ordentlich gekündigt werden konnte.
- 2 Mit Vertrag vom 4. Juli 2006 vermietete der Kläger den Beklagten, zwei Rechtsanwälten, Gewerberäume befristet bis zum 31. Dezember 2017 zur Nutzung als Büroräume. In § 9 A Nr. 4 enthielt der Formularvertrag folgende, mit "Leistungsvorbehalt" überschriebene Klausel:
 - "a. Die Grundmiete gem. obigem § 9 A Nr. 1 auf dieser Seite des Mietvertrages gilt ab Vertragsbeginn, sie ist stets die Mindestmiete. Jede Partei kann eine Neufestsetzung der letztmalig geschuldeten Grundmiete verlangen, wenn sich der Verbraucherpreisindex für Deutschland, Basisjahr 2000 = 100, um mehr als 4 Prozent nach den Feststellungen des statistischen Bundesamtes gegenüber
 - aa. dem Zeitpunkt des Mietabschlusses oder
 - bb. der letzten Mietänderung erhöht oder erniedrigt.
 - (...)
 - Ein Verlangen nach Mietanpassung unterhalb der vorgenannten Mindestmiete ist ausgeschlossen.

- b. Einigen sich die Parteien nicht innerhalb von 6 Wochen ab Eintritt der genannten Indexsteigerung, so erfolgt eine Festsetzung durch einen von der Industrie- und Handelskammer zu benennenden vereidigten Sachverständigen."

3 Außerdem war in § 45 des Formularvertrags das Folgende geregelt:

- "1. Sollte dieser Vertrag oder seine Nebenabreden ganz oder teilweise nicht der Schriftform des § 550 BGB genügen,
 - a. so kann keine Partei das vorzeitige Kündigungsrecht des § 550 Satz 2 BGB geltend machen. Beide Parteien verpflichten sich in diesem Fall, alles Notwendige zu tun, um die Schriftform herbeizuführen.
 - b. Das gleiche gilt für Ergänzungen und Nachträge. (...)"

4 Ferner sah der Mietvertrag vor, dass die Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters nicht zur Untervermietung berechtigt sein sollten, wobei es - unter vollständigem Ausschluss bestimmter Berufsgruppen als Untermieter - der Zustimmung des Vermieters dann nicht bedurfte, wenn die Untervermietung nicht im Widerspruch zum Büronutzungszweck stand.

5 Mit Schreiben vom 27. Dezember 2012 teilte der Kläger den Beklagten mit, dass sich der Verbraucherpreisindex seit der letzten Mieterhöhung um mehr als vier Prozent verändert habe, und bat darum, die monatliche Grundmiete ab dem 1. April 2013 auf 2.273,60 € anzupassen. Dem kamen die Beklagten nach, indem sie ab April 2013 die höhere Miete zahlten.

6 Im Jahre 2013 zogen die Beklagten aus den Mieträumen aus und in eine eigene Immobilie. Sie vermieteten die Räume ab Mitte Juli 2013 an einen Pflegedienst für eine Monatsmiete von 1.200 € unter, der Kläger verweigerte jedoch die Zustimmung zu dieser Untervermietung.

7 Daraufhin kündigten die Beklagten mit Schreiben vom 12. Februar 2014 fristlos und stellten die Mietzahlungen ein. In einem ersten Rechtsstreit nahm

der Kläger sie erfolgreich auf Zahlung der Miete für den Zeitraum von Mai bis Oktober 2014 in Anspruch, weil die fristlose Kündigung nach Auffassung des Berufungsgerichts mangels Kündigungsgrunds unwirksam war.

8 Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger die Beklagten auf Zahlung der Grundmieten für die Monate November und Dezember 2014 sowie der Bruttomieten - also zuzüglich monatlicher Nebenkostenvorauszahlung in Höhe von 375 € - für die Monate Januar 2015 bis einschließlich Februar 2016, mithin insgesamt 41.627,60 €, nebst Verzugszinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der dagegen gerichteten Berufung der Beklagten hat der Beklagte zu 1 widerklagend die Rückzahlung der unter Vorbehalt der Rückforderung an den Kläger gezahlten Mieten für die Monate März 2016 bis einschließlich September 2016 in einer Gesamthöhe von 18.848,50 € nebst Rechtshängigkeitszinsen beantragt. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und der Widerklage des Beklagten zu 1 stattgegeben.

9 Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I.

11 Das Berufungsgericht hat seine unter anderem in ZMR 2017, 471 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet:

12 Dem Kläger stehe kein über die bis einschließlich Oktober 2014 gezahlte Miete hinausgehender Mietzahlungsanspruch zu, weil das Mietverhältnis mit

Schreiben der Beklagten vom 12. Februar 2014 wirksam zum 30. September 2014 gekündigt worden sei. Allerdings habe nicht schon die außerordentliche Kündigung zur Vertragsbeendigung geführt. Diese sei jedoch in eine ordentliche Kündigung umzudeuten, die hier wegen eines Schriftformmangels möglich gewesen sei. Denn die Vertragsparteien hätten die Änderung der Miethöhe nicht schriftlich festgehalten. Diese Mieterhöhung sei auch nicht in Ausübung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts erfolgt, weil dem Vermieter vertraglich kein solches Recht eingeräumt gewesen sei. Er habe lediglich unter bestimmten Voraussetzungen eine Anpassung verlangen können, die jedoch eine Zustimmung der Mieter und somit eine neue vertragliche Vereinbarung erfordert habe.

13 Die vorzeitige ordentliche Kündigung sei auch nicht deshalb unwirksam gewesen, weil die Beklagten zur Nachholung der Schriftform verpflichtet gewesen seien. Die entsprechende Schriftformheilungsklausel, die auch einen eventuellen Grundstückserwerber verpflichte, verstoße gegen den Schutzzweck des § 550 BGB und sei deshalb gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion sei ausgeschlossen. Selbst wenn sie sich auf das Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien beschränken ließe, stelle die hier verwendete Klausel eine unangemessene Benachteiligung dar, weil sie dem Verwendungsgegner die Berufung auf das vorzeitige Kündigungsrecht einschränkungslos verwehre.

14 Die Voraussetzungen für eine Umdeutung der unwirksamen fristlosen Kündigung in eine wirksame ordentliche Kündigung lägen vor. Der Wille zur ordentlichen Kündigung lasse sich zwar nicht dem Wortlaut der Kündigungserklärung selbst entnehmen. Er ergebe sich jedoch eindeutig und unmissverständlich aus den dem Kläger bekannten Umständen. Die Beklagten hätten das Mietobjekt zum Kündigungszeitpunkt bereits verlassen, seien in eigene Kanzlei-

räume umgezogen gewesen und hätten dem Kläger im Vorfeld angeboten, das Vertragsverhältnis gegen Zahlung einer Jahresmiete als Abfindung vorzeitig aufzulösen. Das gelte umso mehr, als der Kläger die Zustimmung zur Untervermietung verweigert habe und ihm bekannt gewesen sei, dass sich eine nachfolgende Untervermietung für die Beklagten als schwierig erweisen würde. Die Beklagten hätten zudem im Kündigungsschreiben die Rückgabe zum 30. April 2014 angekündigt. Soweit sie dann im März 2015 angekündigt hätten, die Räume nach einer Renovierung wieder nutzen zu wollen, sei das nicht maßgeblich, weil es auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung ankomme. Auch dass die Beklagten Rechtsanwälte und ihr vorgerichtlicher Vertreter Fachanwalt für Mietrecht sei, könne ihnen insoweit nicht zum Nachteil gereichen. Für den Einwand des Klägers, die Beklagten hätten absichtlich nur die außerordentliche Kündigung erklärt, um später ihm gegenüber Schadensersatzansprüche liquidieren zu können, sei nichts ersichtlich. Denn die Miete des Untermietverhältnisses habe deutlich unter der von den Beklagten geschuldeten Miete gelegen. Die Umdeutung widerspreche vorliegend nicht dem wirklichen Willen der Beklagten.

II.

15 Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

16 1. Zutreffend ist das Oberlandesgericht zu der Auffassung gelangt, dass der Mietvertrag wegen der zum 1. April 2013 vorgenommenen Mieterhöhung nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB genügt.

17 a) Die von §§ 578 Abs. 1 und 2, 550 BGB geforderte Schriftform ist nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrags notwendige Einigung

über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere über den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses, aus einer von den Parteien unterzeichneten Urkunde oder aus gleichlautenden, von jeweils einer Partei unterzeichneten Urkunden ergibt. Von der Schriftform ausgenommen sind lediglich solche Abreden, die für den Inhalt des Vertrags, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind. Für Vertragsänderungen gilt nichts anderes als für den Ursprungsvertrag. Sie müssen daher ebenfalls der Schriftform des § 550 BGB genügen, es sei denn, dass es sich um unwesentliche Änderungen handelt (vgl. Senatsurteil vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NJW 2016, 311 Rn. 12 mwN).

18 Die vertragliche Änderung der Miete stellt stets eine wesentliche und - jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann - dem Formzwang des § 550 Satz 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar. Bei der Miete handelt es sich per se um einen vertragswesentlichen Umstand, der für den von § 550 BGB geschützten potenziellen Grundstückserwerber von besonderem Interesse ist. Dies gilt umso mehr, als sich Änderungen unmittelbar auf die Möglichkeit des Vermieters zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs auswirken können (Senatsurteile vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NJW 2016, 311 Rn. 17 ff. und vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3772 Rn. 22, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

19 b) Für die zum 1. April 2013 erfolgte Erhöhung der Nettomiete um mehr als zehn Prozent ist die Schriftform des § 550 Satz 1 BGB nicht eingehalten. Dies wäre jedoch erforderlich, weil sie entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung nicht auf der Ausübung eines dem Vermieter vertraglich eingeräumten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts, sondern auf der - hier durch

die auf Bitte des Klägers erhöhten Zahlungen der Beklagten konkludent erfolgten - vertraglichen Vereinbarung der Vertragsparteien beruht.

20 aa) Richtig ist allerdings, dass § 550 BGB nicht eingreift, wenn einer Partei im Mietvertrag bereits die Möglichkeit eingeräumt ist, durch einseitige Willenserklärung eine Vertragsänderung herbeizuführen, und sie dann von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. In diesem Fall muss sich allein die ursprüngliche vertragliche Bestimmung am Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB messen lassen, wohingegen die Ausübung des Anpassungsrechts nicht laufzeitschädlich im Sinne des § 550 BGB sein kann. Der Senat hat dies etwa für die Ausübung eines Optionsrechts auf Vertragsverlängerung oder auch für die vertraglich gestattete einseitige Anpassung von Nebenkostenvorauszahlungen entschieden (vgl. etwa Senatsurteil vom 5. Februar 2014 - XII ZR 65/13 - NJW 2014, 1300 Rn. 27 ff. mwN).

21 Nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB unterfällt zudem eine Änderung der Miete, die ihre Grundlage in einer - ihrerseits schriftformbedürftig - vertraglich vereinbarten, automatisch zur Mietanpassung führenden Indexklausel hat (Senatsurteil vom 5. Februar 2014 - XII ZR 65/13 - NJW 2014, 1300 Rn. 32).

22 bb) So verhält es sich hier jedoch nicht. Mit der maßgeblichen Vertragsklausel in § 9 A Nr. 4 ist weder eine Anpassungsautomatik verbunden noch den Parteien das Recht eingeräumt, die geschuldete Miete durch eine einseitige Willenserklärung zu verändern. Vielmehr kann eine Vertragspartei bei Vorliegen der entsprechenden Indexänderung eine Neufestsetzung verlangen. Wie sich aus § 9 A Nr. 4 b ergibt, hat diese Neufestsetzung durch eine Einigung der Vertragsparteien zu erfolgen. Erst wenn es binnen der in der Klausel genannten Frist nicht zu einer solchen Einigung kommt, erfolgt die Festsetzung der ge-

schuldeten Miete durch einen Sachverständigen. Dieses nur ersatzweise bestehende Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten ändert den Regelungsinhalt der Klausel nicht dahin, dass sie insgesamt ein durch einseitige Erklärung auszuübendes Änderungsrecht der Vertragsparteien festschreibt.

23 Der Kläger hatte um eine Erhöhung der Miete gebeten und dabei eine konkrete neue Miete genannt. Diese entsprach im Übrigen nicht der prozentualen Erhöhung des Verbraucherpreisindex seit der letzten Mieterhöhung, sondern erhöhte die bereits einmal angepasste Miete um den Prozentsatz, um den der Verbraucherpreisindex seit Beginn des Mietverhältnisses gestiegen war. Indem die Beklagten ab dem geforderten Zeitpunkt diese vom Kläger erbetene höhere Miete entrichteten, stellten sie die von § 9 A Nr. 4 b des Mietvertrags geforderte Einigung her, ohne dass es zu einer § 550 Satz 1 BGB genügenden Beurkundung der damit erfolgten Vertragsänderung gekommen wäre (vgl. BGH Beschluss vom 30. Januar 2018 - VIII ZB 74/16 - WuM 2018, 151 Rn. 20 ff.).

24 2. Den Beklagten ist die Berufung auf diesen Schriftformverstoß auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt. Eine Treuwidrigkeit folgt insbesondere nicht aus der in § 45 des Mietvertrags enthaltenen Schriftformheilungs- und Kündigungsausschlussklausel.

25 Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat (Senatsurteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3772 Rn. 34 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt), sind Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam. Die Vorschrift des § 550 BGB soll nicht nur sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Vielmehr dient sie ebenfalls dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den

ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen. Mit diesem Schutzzweck des nicht abdingbaren § 550 BGB sind Schriftformheilungsklauseln unvereinbar. Denn sie hätten zur Folge, dass die Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit gebunden wären, der mit der Vorschrift jedenfalls auch beabsichtigte Übereilungsschutz ausgehöhlt und die wichtige Warnfunktion der Bestimmung weitgehend leerlaufen würde. Dies gilt unabhängig davon, ob sie - wie im vorliegenden Fall - zusätzlich die Rechtsfolge des § 550 Satz 2 BGB ausdrücklich abbedingen.

26 3. Schließlich ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht die von den Beklagten am 12. Februar 2014 erklärte fristlose Kündigung gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet hat.

27 Zwar kann wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen eine fristlose Kündigung nicht in jedem Falle in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nicht vorliegen. Eine Umdeutung ist aber dann zulässig und angebracht, wenn - für den Kündigungsgegner erkennbar - nach dem Willen des Kündigenden das Vertragsverhältnis in jedem Falle zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll (Senatsurteil vom 24. Juli 2013 - XII ZR 104/12 - NJW 2013, 3361 Rn. 17 mwN).

28 Dieses hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die Beklagten hatten die Nutzung der Räume aufgegeben und neue Kanzleiräume bezogen. Eine - zumal wirtschaftliche, weil mindestens die Höhe der von den Beklagten zu zahlenden Miete einbringende - Untervermietung für den Rest der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit war nicht absehbar. Die Beklagten hatten zudem ihren unbedingten Beendigungswillen im Rahmen von Vertrags-

aufhebungsverhandlungen und mit der bereits in der Kündigung enthaltenen Rückgabeankündigung dokumentiert.

29 Die Revision macht ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Antrag des Klägers auf Einvernahme des im Rahmen der Kündigung tätigen ehemaligen anwaltlichen Bevollmächtigten der Beklagten abgelehnt. Diesen hatte der Kläger erstmals im Berufungsrechtszug als Zeugen dafür benannt, dass im Zeitpunkt des Ausspruchs der fristlosen Kündigung eine ordentliche Kündigung von den Beklagten gerade nicht gewollt gewesen sei. Das Berufungsgericht hat dieses Angriffsmittel zutreffend nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Der Kläger hatte nämlich nicht dargelegt, inwieweit das Unterbleiben der Zeugenbenennung in erster Instanz für die bereits dort erkennbar entscheidungserhebliche Frage nicht auf einer Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO beruht hat (vgl. dazu etwa MünchKomm-ZPO/Rimmelpacher 5. Aufl. § 531 Rn. 30). Soweit mit der Revision hierzu - erstmals - Ausführungen erfolgen, ist das unbehelflich. Im Übrigen ist die von der Revision gegebene Begründung, der Kläger habe erst durch die im Berufungsrechtszug von den Beklagten ihrem früheren anwaltlichen Bevollmächtigten erklärte Streitverkündung und durch deren Begründung die notwendige Kenntnis erhalten, ungeeignet, um das Fehlen von Nachlässigkeit darzutun. Inwiefern sich erstmals aus dem Vorwurf, der Rechtsanwalt habe die beauftragte Prüfung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung wegen eines Schriftformmangels unterlassen, ergeben soll, dass dieser Rechtsanwalt bezeugen kann, eine ordentliche Kündigung sei nicht gewollt gewesen, erschließt sich nicht.

30 4. Die gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umzudeutende fristlose Kündigung vom 12. Februar 2014 hat das wegen des Schriftformverstößes gemäß § 550 Satz 1 BGB mit der gesetzlichen Frist des § 580 a Abs. 2

BGB kündbare Mietverhältnis mithin mit Ablauf des 30. September 2014 beendet. Der Kläger kann daher weder mit Erfolg von den Beklagten Mieten ab November 2014 fordern noch steht ihm ein rechtlicher Grund zur Seite, die vom Beklagten zu 1 für den Zeitraum März bis September 2016 unter Rückforderungsvorbehalt gezahlten Mieten behalten zu dürfen.

Dose	Klinkhammer	Günter
Nedden-Boeger	Guhling	

Vorinstanzen:

LG Kleve, Entscheidung vom 27.07.2016 - 1 O 45/16 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.04.2017 - I-24 U 150/16 -