

# Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Gewerbe- raummietrecht

*RiBGH Dr. Peter Günter*

I.	Einleitung.....	2
II.	Schriftform, § 550 BGB.....	2
1.	Unwirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln (Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773) .....	2
2.	Einhaltung des Schriftformerfordernisses bei Unterzeichnung zweier gleichlautender Vertragsurkunden (Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540) .....	11
3.	Schriftformerfordernis bei einer Mietanpassungsklausel (Urteil vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515).....	17
III.	Sachmängelrecht.....	21
	Schadensersatz bei Verletzung von Obhutspflichten durch den Mieter (Urteil vom 27. Juni 2018 - XII ZR 79/17 - NZM 2018, 717) .....	21
IV.	Sonstiges.....	26
1.	Zur analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer (Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847) 26	
2.	Erlöschen des Vermieterpfandrechts bei vorübergehender Entfernung von Fahrzeugen vom Mietgrundstück (Urteil vom 6. Dezember 2017 - XII ZR 95/16 - NZM 2018, 1083).....	33

## **I. Einleitung**

Seit den Weimarer Immobilienrechtstagen 2017 war der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit einer Vielzahl von Rechtsmitteln im Gewerberaummietrecht befasst. Die überwiegende Anzahl an Verfahren waren erneut Nichtzulassungsbeschwerden, die allerdings nur in wenigen Ausnahmefällen zu einer Revisionszulassung geführt haben. Dennoch hatte der XII. Zivilsenat auch in diesem Berichtszeitraum die Möglichkeit, in einer Reihe von Urteilen rechtsgrundsätzliche Fragen zu beantworten, die bislang in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten waren.

## **II. Schriftform, § 550 BGB**

### **1. Unwirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln (Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773)**

Nachdem der XII. Zivilsenat in der Vergangenheit bereits entschieden hatte, dass es mit § 550 BGB nicht vereinbar ist, einen Erwerber aufgrund einer Schriftformheilungsklausel als verpflichtet anzusehen, von einer ordentlichen Kündigung wegen eines nicht aus seiner Vertragszeit stammenden Schriftformmangels Abstand zu nehmen<sup>1</sup>, und zwar selbst dann, wenn die langfristige Vertragsbindung erst unter seiner Beteiligung vereinbart worden ist<sup>2</sup>, ergab sich im September 2017 für den Senat die Gelegenheit, zu der in der Praxis besonders relevanten Streitfrage Stellung zu nehmen, ob eine Schriftformheilungsklausel wenigstens zwischen den am Vertragsschluss beteiligten Parteien Bindungswirkung entfalten kann. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde.

Mit Vertrag vom 8. Dezember 1998 mietete der Beklagte von einer AG Ladenräume.

Am 11. Oktober 2006 schlossen die Vertragsparteien einen "1. Nachtrag zum Mietvertrag vom 04.12./08.12.1998". Mit diesem ersetzten sie unter anderem - unter Aufrechterhaltung der Bestimmungen des Ausgangsmietvertrags im Übrigen - die im ursprünglichen Mietvertrag enthaltene Indexklausel wie folgt:

---

<sup>1</sup> BGH Urteile BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 24 ff. und vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102 Rn. 28 ff.

<sup>2</sup> BGH Beschluss vom 25. Januar 2017 - XII ZR 69/16 - NJW 2017, 1017 Rn. 10 f. mwN.

*"Verändert sich der vom Statistischen Bundesamt für die Bundesrepublik Deutschland festgestellte Verbraucherpreisindex ... gegenüber dem Stand Juni 1999 (2000 = 100) um mindestens 10 Punkte, so verändert sich die Miete in dem gleichen prozentualen Verhältnis ... Sollte der bisherige Preisindex vom Statistischen Bundesamt ... umbasiert oder in seiner bisherigen Form nicht mehr fortgeführt werden, so tritt an seine Stelle der ihm am nächsten kommende neue Index."*

Außerdem enthielt der Nachtrag in Ziffer 6 folgende Regelung:

*"Den Parteien ist bekannt, dass dieser Mietvertrag, der eine Laufzeit von mehr als einem Jahr hat, ... der Schriftform bedarf. Die Parteien wollen diese Schriftform einhalten. Sie verpflichten sich deshalb gegenseitig, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um den gesetzlichen Schriftformerfordernissen Genüge zu tun. Das gilt sowohl für den Mietvertrag, als auch für sämtliche Nachtrags-, Änderungs- und Ergänzungsvereinbarungen."*

Am 16. Dezember 2009 wurde ein "2. Nachtrag zum Mietvertrag vom 04.12./08.12.1998 nebst 1. Nachtrag vom 07.10./11.10.2006" abgeschlossen. Auf Vermieterseite war daran die aufgrund zwischenzeitlichen Eigentumserwerbs in die Vermieterstellung eingetretene G. S.à.r.l. & Co. KG beteiligt. Diese wiederum hatte mit notariellem Kaufvertrag vom 8. Dezember 2009 das Grundstück an die Klägerin verkauft, die nach dem 16. Dezember 2009 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde. In dem 2. Nachtrag wurde unter anderem - unter Aufrechterhaltung der Bestimmungen des Ausgangsmietvertrags und des ersten Nachtrags im Übrigen - die Mietzeit bis zum 31. Mai 2020 (mit einer einmaligen Verlängerungsoption für den Beklagten um fünf Jahre) verlängert. Außerdem war unter Ziffer 7 Folgendes vereinbart:

*"Die Parteien verpflichten sich gegenseitig, ... jederzeit alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis gemäß § 550 BGB, insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Nachtrages sowie weiteren Nachträgen, Genüge zu tun und bis dahin den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen."*

In einem Schreiben vom 15. Januar 2011 legte die Klägerin dem Beklagten das Begehren dar, die Wertsicherungsklausel dahingehend zu ändern, dass bei Veränderung

des Verbraucherpreisindex um 5 % eine entsprechende Änderung der Miete eintreten solle. Der Beklagte vermerkte auf dem Schreiben handschriftlich "6 % einverstanden", unterschrieb diesen Vermerk und gab das Schreiben an die Klägerin zurück. Diese teilte dem Beklagten im Mai 2011 mit, dass der Verbraucherpreisindex seit der letzten Mietkorrektur um 6 % gestiegen sei und sich daher eine entsprechend erhöhte Miete ergebe, die der Beklagte fortan auch entrichtete.

Mit Schreiben vom 20. Juni 2014 erklärte die Klägerin die ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 2014. Ihre auf Räumung und Herausgabe gerichtete Klage wurde vom Landgericht abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision, mit der die Klägerin ihr Räumungs- und Herausgabebegehren weiter verfolgt hatte, blieb ohne Erfolg.

Nach den vom Revisionsgericht gebilligten Feststellungen des Oberlandesgerichts, entsprach der Mietvertrag bei Eintritt der Klägerin in den Vertrag der Schriftform des § 550 BGB und wies eine feste Laufzeit bis zum 31. Mai 2020 auf. Ebenso wenig beanstandete der Bundesgerichtshof die Auffassung des Oberlandesgerichts, dass die von den Parteien im Januar 2011 vorgenommene Änderung der Wertsicherungsklausel schriftformwidrig erfolgte<sup>3</sup>.

Wie das Berufungsgericht richtig erkannt hatte, fehlte es dem Mietvertrag aber an der gesetzlichen Schriftform, weil mit der Wertsicherungsklausel im Januar 2011 eine die Miethöhe betreffende und damit vertragswesentliche<sup>4</sup> Vereinbarung geändert wurde, ohne dass diese Änderung den Anforderungen des § 550 BGB genüge. Denn dem Schreiben vom 15. Januar 2011 mit dem handschriftlich gefertigten und unterschriebenen Zusatz des Beklagten fehlt es schon an der ausreichenden Bezugnahme auf den Ausgangsvertrag und die Nachträge<sup>5</sup>.

Der Bundesgerichtshof teilte zudem die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Klägerin eine Berufung auf diesen Schriftformverstoß jedoch nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt ist<sup>6</sup>. Maßgebend hierfür waren folgende Erwägungen:

---

<sup>3</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 15 ff.

<sup>4</sup> Vgl. BGH Urteil vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NJW 2016, 311 Rn. 17.

<sup>5</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 22 ff.

<sup>6</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 23 ff.

Grundsätzlich darf sich jede Partei darauf berufen, die für einen Vertrag vorgeschriebene Schriftform sei nicht eingehalten. Nur ausnahmsweise, wenn die vorzeitige Beendigung des Vertrags zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie sich darauf beruft, der Mietvertrag sei mangels Wahrung der Schriftform ordentlich kündbar. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treupflichtverletzung schuldig gemacht hat oder wenn bei Formwidrigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre<sup>7</sup>.

Eine solche Treuwidrigkeit folgte hier allerdings nicht aus der in Ziffer 7 des zweiten Nachtrags enthaltenen sogenannten Schriftformheilungsklausel, wonach die Vertragsparteien zur Nachholung der Schriftform verpflichtet sind.

Zwar kann nach ständiger Rechtsprechung des XII. Zivilsenats eine Mitwirkungspflicht der Vertragsparteien am Zustandekommen eines der Schriftform entsprechenden Mietvertrages bestehen. Das kann etwa der Fall sein, wenn in einem Vorvertrag vereinbart worden ist, ein langfristiges Mietverhältnis zu begründen. Möglich ist auch, dass sich Vertragsparteien im Hinblick auf nachträglich zustande gekommene Vereinbarungen verpflichten, insofern dafür zu sorgen, dass die Schriftform gewahrt und damit die langfristige Bindung an den Mietvertrag sichergestellt wird. In derartigen Fällen geht es entweder darum, den Vorgaben des Vorvertrags zu entsprechen und in Anknüpfung an die darin getroffenen Abreden einen formwirksamen Mietvertrag zu vereinbaren oder einem konkret befürchteten Formmangel entgegenzuwirken<sup>8</sup>.

Im Unterschied hierzu enthält eine Schriftformheilungsklausel wie die vorliegende eine generelle Verpflichtung der Mietvertragsparteien, Schriftformverstöße jedweder Art nachträglich zu beseitigen, um so eine "vorzeitige" Vertragsbeendigung durch ordentliche Kündigung zu unterbinden<sup>9</sup>. Ob und inwieweit eine derartige Regelung - durch Individualvertrag oder in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - rechtswirksam getroffen werden kann, ist streitig.

---

<sup>7</sup> BGH Urteile BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 16; vom 30. April 2014 - XII ZR 146/12 - NJW 2014, 2102 Rn. 27 und vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NJW 2016, 311 Rn. 25)

<sup>8</sup> BGH Urteil BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 18 mwN.

<sup>9</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 27.

Teilweise werden vertragliche Schriftformheilungsklauseln als uneingeschränkt wirksam angesehen<sup>10</sup>. Vertreten wird auch, dass sie jedenfalls zwischen den Vertragsschließenden selbst wirksam seien und zur Treuwidrigkeit einer auf die Schriftformwidrigkeit gestützten Kündigung führten, solange der Kündigende den Vertragspartner nicht zur Nachholung aufgefordert habe<sup>11</sup>.

Andere halten derartige Klauseln als individualvertragliche Vereinbarung zwischen Vertragsparteien für zulässig, nicht hingegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>12</sup>. Es findet sich auch die Einschätzung, die Heilungsklauseln seien in ihrer bisher üblichen Form sinnlos, weil sie nur auf die schriftliche Bestätigung des durch den Schriftformverstoß bereits unbefristet gewordenen Mietvertrags gerichtet seien. Formuliert als die den Erwerber nicht bindende Verpflichtung, die Laufzeit wieder herzustellen, seien sie jedoch wirksam<sup>13</sup>.

Schließlich gibt es Stimmen, denen zufolge Schriftformheilungsklauseln unabhängig davon, ob sie individualvertraglich oder als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden, unwirksam sind und deshalb nicht über § 242 BGB einer auf einen Schriftformverstoß gestützten ordentlichen Kündigung entgegenstehen können<sup>14</sup>.

Der zuletzt genannte Meinung, nach der Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam sind, hat sich der XII. Zivilsenat in der Entscheidung vom 27. September 2017 angeschlossen<sup>15</sup>.

Mit § 550 BGB soll erreicht werden, dass der Erwerber die Bedingungen, zu denen er in ein Mietverhältnis eintritt, im Grundsatz aus der Mietvertragsurkunde ersehen kann. Er soll davor geschützt werden, sich auf einen Mietvertrag einzulassen, dessen

---

<sup>10</sup> OLG Braunschweig NZM 2016, 197, 200; OLG Frankfurt ZMR 2015, 709, 712; jurisPK-BGB/Schur [Stand: 1. Dezember 2016] § 550 Rn. 28.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Dresden ZfIR 2017, 321, 323 f.; KG ZMR 2016, 775, 776; OLG Köln Urteil vom 18. September 2015 - 1 U 28/15 - juris Rn. 35; vgl. auch Lindner-Figura in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 4. Aufl. Kap. 6 Rn. 62; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 6. Aufl. Kap. 5 Rn. 279 ff.; Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 13. Aufl. § 550 BGB Rn. 66, 74.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf ZMR 2017, 471, 473 f.; Erman/Lützenkirchen BGB 14. Aufl. § 550 Rn. 27) bzw. als solche nur zu Lasten des Verwenders (vgl. Schweitzer in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer Gewerberaummiete § 550 BGB Rn. 92 ff.

<sup>13</sup> Streyll NZM 2015, 28, 29 f.

<sup>14</sup> LG Krefeld ZMR 2016, 547; BeckOGK/Dittert [Stand: 1. Juli 2017] § 550 BGB Rn. 174 ff.; BeckOK BGB/Herrmann [Stand: 1. November 2016] § 550 Rn. 17; BeckOK MietR/Leo [Stand: 1. Juni 2017] § 550 BGB Rn. 386 ff.; Lützenkirchen/Lützenkirchen Mietrecht 2. Aufl. § 550 BGB Rn. 86; wohl auch Staudinger/Emmerich BGB [Updatestand: 27. März 2017] § 550 Rn. 46 f.

<sup>15</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 34 ff.

wirtschaftliche Bedingungen sich, etwa infolge einer Mietreduzierung, anders als erwartet und deshalb finanziell einkalkuliert darstellen. Ist das infolge formunwirksamer, z.B. nur mündlicher Abreden gleichwohl der Fall, so hat er die Möglichkeit, sich vorzeitig durch ordentliche Kündigung von dem Mietvertrag zu lösen. Diese Möglichkeit würde ihm genommen, wenn er infolge der Heilungsklausel verpflichtet wäre, den langfristigen Bestand des Mietverhältnisses sicherzustellen. Dass ihm im Fall unterlassener Information über ihm nachteilige formunwirksame Vereinbarungen gegenüber dem Veräußerer Schadensersatzansprüche zustehen mögen, rechtfertigt nicht die Annahme, der Schutzzweck des § 550 BGB trete deshalb zurück. Nach der gesetzlichen Konzeption soll der Erwerber bei einer derartigen Fallgestaltung nämlich nicht allein auf Schadensersatzansprüche verwiesen werden, sondern ihm soll ein ordentliches Kündigungsrecht zustehen, um die aus der Mietvertragsurkunde nicht in allen maßgeblichen Einzelheiten erkennbaren Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis beenden zu können. Da ihm bei einer Geltung der Heilungsklausel auch ihm gegenüber diese Möglichkeit im Falle einer vollzogenen Heilung genommen würde, würde der Schutzzweck des § 550 BGB verfehlt. Das gilt unabhängig davon, ob dem Erwerber im Einzelfall die Umstände, die vor seinem Eintreten in den Mietvertrag zu der Formunwirksamkeit geführt haben, bekannt waren<sup>16</sup>.

Bei der Vorschrift des § 550 BGB handelt es sich nach allgemeiner Ansicht um zwingendes Recht<sup>17</sup>. Sie will nach ständiger Rechtsprechung des Senats 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<sup>18</sup>. In Kenntnis dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber die frühere Vorschrift des § 566 BGB im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) nur redaktionell geändert, nicht aber - was nahe gelegen

---

<sup>16</sup> BGH Urteil BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 27.

<sup>17</sup> BGH Urteil BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 27; vgl. auch BT-Drucks. 14/4553 S. 47; Staudinger/Emmerich BGB [Updatestand: 27. März 2017] § 550 Rn. 46.

<sup>18</sup> BGH Urteile vom 17. Juni 2015 - XII ZR 98/13 - NJW 2015, 2648 Rn. 33; BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 Rn. 26; BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 17; BGHZ 139, 123 = NJW 1998, 2664, 2666 und BGHZ 136, 357 = NJW 1998, 58, 61.

hätte, wäre nur der Schutz des Erwerbers bezweckt - die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung auf den Erwerber beschränkt<sup>19</sup>.

Mit Blick auf diesen Schutzzweck sind Schriftformheilungsklauseln mit dem nicht abdingbaren § 550 BGB unvereinbar<sup>20</sup>. 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<sup>21</sup>.

Dem lässt sich nach Auffassung des XII. Zivilsenats auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, derartige Klauseln verhülfen dem Grundsatz *pacta sunt servanda* erst zur Geltung, weil sie die vereinbarte Langfristigkeit des Mietverhältnisses auch bei Schriftformfehlern bewahrten<sup>22</sup>. Mit §§ 578, 550 BGB hat der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit bewusst dahingehend eingeschränkt, dass langfristige mietvertragliche Bindungen über Grundstücke und (Wohn-)Räume der Schriftform bedürfen. Fehlt es an dieser, besteht als gesetzliche Folge auch kein langfristiges Mietverhältnis, das es zu bewahren gälte. Durch Schriftformheilungsklauseln wird nicht lediglich das rechtliche Ergebnis hergestellt, das bestünde, wäre von vornherein die gesetzliche Schriftform gewahrt gewesen<sup>23</sup>. Vielmehr soll mit ihnen die in § 550 BGB enthaltene bewusste gesetzgeberische Entscheidung in unzulässiger Weise umgangen werden<sup>24</sup>.

Für unzutreffend hielt der Senat auch der insoweit erhobene Einwand, die Kündigung bleibe doch möglich und werde nur in zulässiger Weise eingeschränkt<sup>25</sup>. Hielte man nämlich die Klausel für wirksam, dann ergäbe sich aus ihr eine vertragliche Pflicht zur Nachholung der Schriftform, die über § 242 BGB *de facto* regelmäßig die auf einen Schriftformmangel gestützte ordentliche Kündigung hindern würde. Mit einer Schriftformheilungsklausel wird zudem weder gegenüber den Vertragsschließenden noch gegenüber Rechtsnachfolgern die Warnfunktion erfüllt. Denn die Warnfunktion zielt nicht

---

<sup>19</sup> Vgl. Urteil BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 17.

<sup>20</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 36.

<sup>21</sup> Vgl. BeckOGK/Dittert [Stand: 1. Juli 2017] § 550 BGB Rn. 175, 180; BeckOK BGB/Hermann [Stand: 1. November 2016] § 550 Rn. 17; BeckOK MietR/Leo [Stand: 1. Juni 2017] § 550 BGB Rn. 394; Lützenkirchen/Lützenkirchen Mietrecht 2. Aufl. § 550 BGB Rn. 86.

<sup>22</sup> Vgl. dazu etwa OLG Braunschweig NZM 2016, 197, 200; Bub in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. Kap. II Rn. 1792.

<sup>23</sup> So aber Bieber/Eupen Mietrecht in Einkaufszentren und anderen Spezialimmobilien B.II. Rn. 34.

<sup>24</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 37.

<sup>25</sup> Vgl. etwa Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 6. Aufl. Kap. 5 Rn. 281.



darauf ab, auf die Schriftformbedürftigkeit - die den Vertragsparteien jedenfalls angesichts der Heilungsklausel bewusst sein muss<sup>26</sup> - hinzuweisen, sondern dem unbedachten Eingehen langfristiger Vertragsbindungen vorzubeugen bzw. dem potentiellen Erwerber vor Augen zu führen, in welche langfristig wirkenden vertraglichen Rechte und Pflichten er eintreten wird. Inwieweit sich eine Schriftformheilungsklausel letztlich zum Nachteil einer Vertragspartei auswirkt, ist keiner abstrakt generellen Beurteilung zugänglich und angesichts des zwingenden Charakters von § 550 BGB auch ohne Bedeutung<sup>27</sup>.

Entgegen einer Schrifttum vertretenen Auffassung<sup>28</sup> wirkt § 550 BGB dabei nicht als gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB<sup>29</sup>. Denn bei § 550 BGB handelt es sich nicht um ein Verbotsgesetz, sondern um eine gesetzliche Einschränkung der grundsätzlichen Formfreiheit von Rechtsgeschäften dahingehend, dass die von der Bestimmung erfassten Mietverträge nur bei Wahrung der Schriftform einer langfristigen Bindung zugänglich sind. Schriftformheilungsklauseln können vielmehr keine rechtliche Wirksamkeit erlangen, weil sie mit § 550 BGB als zwingendem Recht unvereinbar sind. Dies gilt unabhängig davon, ob sie - wie im vorliegenden Fall - zusätzlich eine Verpflichtung enthalten, von einer Kündigung wegen des Schriftformfehlers abzusehen.

Gleichwohl hielt der Bundesgerichtshof die angefochtene Entscheidung im Ergebnis für zutreffend, weil sich die Berufung der Klägerin auf den Schriftformverstoß aus anderen Gründen als treuwidrig darstellte<sup>30</sup>.

Denn es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn eine Mietvertragspartei eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen längst gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen<sup>31</sup>. So verhielt es sich hier.

---

<sup>26</sup> Vgl. BeckOK MietR/Leo [Stand: 1. Juni 2017] § 550 BGB Rn. 393.

<sup>27</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 38.

<sup>28</sup> So aber LG Krefeld ZMR 2016, 547; Schweitzer in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer Gewerbebaummiete § 550 BGB Rn. 94 aE.

<sup>29</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 39.

<sup>30</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 40 ff.

<sup>31</sup> BGH Urteile vom 25. November 2015 - XII ZR 114/14 - NJW 2016, 311 Rn. 27 und vom 19. September 2007 - XII ZR 198/05 - NJW 2008, 365 Rn. 16; BGHZ 65, 49 = NJW 1975, 1653, 1655; vgl. auch Münch-KommBGB/Bieber 7. Aufl. § 550 Rn. 19 mwN; Staudinger/Emmerich BGB [Updatestand: 27. März 2017] § 550 Rn. 41 mwN.

Nach den mit der Revision nicht angegriffenen tatrichterlichen Feststellungen war die die neue Wertsicherungsklausel beinhaltende Vertragsänderung auf Drängen der Klägerin erfolgt. Diese Neuregelung diente auch - wie das Berufungsgericht ebenfalls richtig gesehen hatte - ausschließlich den Interessen der Klägerin als Vermieterin.

Hiergegen hatte sich die Revision zwar mit dem Einwand gewandt, indem die Parteien nun anstelle einer auf ein bestimmtes Basisjahr bezogenen Punkterege lung an eine prozentuale Preissteigerung anknüpften, hätten sie jedenfalls auch den Beklagten begünstigt. Die prozentuale Preissteigerung, die für das Erreichen des ursprünglich erforderlichen Punkteunterschieds erforderlich sei, werde nämlich umso geringer, je weiter der Indexstand entfernt sei. Erhöhe sich etwa der Indexstand von 200 auf 210, entspreche das nur noch einer prozentualen Steigerung von 5 %. Außerdem habe der Beklagte mit der Neuregelung nur seiner vertraglichen Verpflichtung entsprochen, an der Neufassung der Wertsicherungsklausel - die aufgrund des Umstands, dass das Statistische Bundesamt die Veröffentlichung der Umbasierungsfaktoren eingestellt habe, un durchführbar geworden sei - mitzuwirken.

Damit konnte die Revision jedoch nicht durchdringen<sup>32</sup>. Denn die im ersten Nachtrag enthaltene frühere Wertsicherungsklausel enthielt ohnedies eine automatische Ersetzungsregel für den Fall der Umbasierung. Eine solche ist im Übrigen in der Vergangenheit regelmäßig, zuletzt im Jahre 2008 auf das Basisjahr 2005 und im Jahre 2013 auf das Basisjahr 2010, erfolgt. Dass die Preissteigerung binnen der Vertragslaufzeit - selbst unter Einschluss der fünfjährigen Verlängerungsoption des Beklagten - auch nur annähernd die Größenordnung erreichen konnte, ab der eine Steigerung um zehn Indexpunkte eher eintritt als eine 6 %ige Preissteigerung, liegt ebenso fern wie ein Preisverfall um mindestens 6 %. Damit konnte bei realistischer Betrachtung allein die Klägerin von der Vertragsänderung profitieren, weil wesentlich früher als nach der alten Regelung eine Mieterhöhung aufgrund der Steigerung des Verbraucherpreisindex eintrat. Tatsächlich hat die Klägerin auch wenige Monate nach der Vertragsänderung mit Erfolg eine um 6 % höhere Miete vom Beklagten verlangt.

Dass die Klägerin diese im wirtschaftlichen Ergebnis ihr allein günstige und zudem von ihr geforderte Vertragsänderung mit Blick auf die Formwidrigkeit dieser Änderungs-

---

<sup>32</sup> BGH Urteil vom 27. September 2017 – XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3773 Rn. 46.

vereinbarung zum Anlass nahm, den Mietvertrag ordentlich zu kündigen, stellte nach Auffassung des XII. Zivilsenats einen Fall des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens dar. Eine auf dieser Kündigung beruhende Vertragsbeendigung wäre ein schlechthin untragbares Ergebnis, so dass der Klägerin die Berufung auf den Schriftformverstoß gemäß § 242 BGB versagt war.

## **2. Einhaltung des Schriftformerfordernisses bei Unterzeichnung zweier gleichlautender Vertragsurkunden (Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540)**

In diesem Fall stritten die Parteien um den Fortbestand eines über die Errichtung und den Betrieb einer Photovoltaikanlage geschlossenen Grundstücks-Nutzungsvertrags und über Ansprüche hieraus.

Am 5. März 2012 schloss der Kläger mit dem damaligen Grundstückseigentümer, Herrn K. (im Folgenden: K.), einen "Nutzungsvertrag" über die gesamten Dach- und Freiflächen auf dem Außenbereich eines ehemaligen Kasernengeländes. Nach dem Vertrag sollten dem Kläger diese Flächen zur Verfügung gestellt werden, um dort auf eigene Kosten eine Photovoltaikanlage zu errichten, zu betreiben und zu unterhalten. Der Kläger verpflichtete sich, die zur Vorbereitung notwendigen Maßnahmen wie etwa Gutachten oder Bebauungspläne auf seine Kosten zu veranlassen, sowie zur Zahlung eines Nutzungsentgelts von einem Euro für die gesamte Vertragslaufzeit von 30 Jahren. Von den Einnahmen aus dem Betrieb der Photovoltaikanlage sollten dem Kläger die Einnahmen für das erste Megawatt Peak zustehen, dem Grundstückseigentümer die darüber hinausgehenden Einnahmen. Die Vertragsparteien gingen dabei von einer Gesamtleistung der zu installierenden Photovoltaikanlage von etwa fünf Megawatt Peak aus. Der schriftliche Vertragsentwurf des Klägers wurde von K. unterschrieben und sodann dem Kläger per Telefax übermittelt. Der Kläger unterschrieb seinerseits dieses Telefax und faxte es an K. zurück. Die im Original unterschriebenen Exemplare verblieben bei den jeweiligen Unterzeichnern.

Am 4. Oktober 2012 kündigte K. den Vertrag außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin. In der Folge verkaufte er das Grundstück an Herrn A., der am 11. März 2013 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Beklagte erwarb von diesem das Grundstück am 27. Februar 2013 und wurde am 10. Juni 2013 als Eigentümerin eingetragen.

Ab dem 15. März 2013 verweigerte die Beklagte dem Kläger den Zutritt zum Grundstück. Sie überließ das Grundstück einer anderen Gesellschaft, die dort eine Photovoltaikanlage errichtete und betreibt.

Der Kläger wollte zum einen festgestellt wissen, dass das Vertragsverhältnis durch die Kündigung vom 4. Oktober 2012 nicht beendet wurde, sondern weiter fortbesteht, und zum anderen, dass die Beklagte ihm gegenüber schadensersatzpflichtig ist, weil sie ihm den Zutritt zum Gelände verweigert hat und eine Besitzeinräumung nicht mehr möglich ist. Außerdem hatte er vorgerichtliche Anwaltskosten von 12.419,91 € geltend gemacht.

Das Landgericht hatte die Klage vollumfänglich abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision, mit der der Kläger sein Klagebegehren weiter verfolgte, hatte Erfolg und führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht hatte das Vertragsverhältnis nicht als Pachtverhältnis, sondern als Mietvertrag eingestuft. Damit wich es von der in der obergerichtlichen Rechtsprechung verbreiteten, dort aber nicht näher begründeten Beurteilung vergleichbarer Nutzungsverhältnisse als Pachtvertrag ab<sup>33</sup>.

Jedenfalls für den vorliegenden Fall hielt der Bundesgerichtshof die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts für zutreffend<sup>34</sup>. Bei der Überlassung eines Grundstücks zum Zwecke der Errichtung und des Betriebs einer Photovoltaikanlage kommt die Annahme einer Rechtsfrucht im Sinne des § 99 Abs. 2 BGB oder eines Falls der mittelbaren Fruchtziehung (§ 99 Abs. 3 BGB) ohnehin nicht in Betracht. Aber auch § 99 Abs. 1 BGB greift nicht ein, weil es sich bei der Elektrizität, die mittels der vom Nutzungsbe-

---

<sup>33</sup> Vgl. OLG Zweibrücken ZMR 2017, 694, 695; OLG Frankfurt Beschluss vom 4. November 2014 - 20 W 256/13- juris Rn. 11 f.; OLG Saarbrücken NJW 2012, 3731 ff.; OLG München MittBayNot 2008, 320 f.; OLG Koblenz CuR 2007, 107, 108; OLG Schleswig WM 2005, 1909, 1912; OLG Oldenburg NJW-RR 1998, 644; Vergabekammer Bremen Beschluss vom 14. August 2007 - VK 5/07 - juris Rn. 20 f.; offen gelassen etwa von OLG Oldenburg NJW-RR 2014, 571; OLG Brandenburg Urteil vom 30. März 2011 - 3 U 113/10 - juris Rn. 29; OLG Brandenburg Urteil vom 16. September 2009 - 3 U 180/08 - juris Rn. 16; OLG Naumburg - Urteil vom 18. Dezember 2001 - 11 U 213/01 - juris Rn. 11.

<sup>34</sup> BGH Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540 Rn. 13 f.

rechtigten selbst zu errichtenden Photovoltaikanlage gewonnen werden soll, um keine unmittelbare Sachfrucht des Grundstücks im Sinne des § 99 Abs. 1 BGB handelt<sup>35</sup>.

Letztlich konnte der Bundesgerichtshof die rechtliche Qualifizierung des "Nutzungsvertrags" jedoch schon deshalb dahinstehen lassen, weil sie Bedeutung nur für den Zeitpunkt einer eventuell durch die Kündigung bewirkten Vertragsbeendigung erlangen konnte. Während bei Vorliegen eines Mietvertrags eine am 4. Oktober 2012 ausgesprochene, auf § 550 BGB gestützte ordentliche Kündigung zur Vertragsbeendigung mit Ablauf des ersten Jahres nach Überlassung des Grundstücks führen konnte (nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zum 5. März 2013; § 550 Satz 2 BGB), wäre sie bei Annahme eines Pachtvertrags und daraus folgender Anwendbarkeit der Kündigungsfrist des § 584 Abs. 1 BGB erst zum Schluss des folgenden Pachtjahres und damit zum 5. März 2014 wirksam geworden. Der Klageantrag, mit dem der Kläger die Feststellung begehrte, dass das Vertragsverhältnis durch die Kündigung vom 4. Oktober 2012 nicht beendet wurde, war aber nicht davon abhängig, ob die Kündigung im Jahre 2013 oder im Jahre 2014 Wirksamkeit erlangte. Gleiches galt für das auf Schadensersatz gerichtete Feststellungsbegehren. Zwar wäre dann die Zutrittsverweigerung von März 2013 bis März 2014 unberechtigt erfolgt. Es war jedoch nicht ersichtlich, dass der Kläger mit der noch in der Planung befindlichen Photovoltaikanlage in diesem Zeitraum bereits Erträge oder gar Gewinne hätte erzielen können<sup>36</sup>.

Nicht gefolgt ist der Bundesgerichtshof indes der Annahme des Berufungsgerichts, der streitgegenständliche Nutzungsvertrag habe nicht die - nach §§ 578 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB unbeschadet der Einordnung als Miet- oder Pachtvertrag erforderliche - Schriftform des § 550 Satz 1 BGB eingehalten und sei daher gemäß § 550 Satz 2 BGB mit Ablauf eines Jahres nach der Überlassung des Grundstücks ordentlich kündbar gewesen. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen konnte ein Schriftformmangel nicht bejaht werden. Indem die Vertragsparteien jeweils gleichlautende Vertragsurkunden unterzeichnet haben, war nach Meinung des XII. Zivilsenats die Schriftform des § 550 BGB vielmehr unabhängig davon gewahrt, ob diese Vertrags-

---

<sup>35</sup> Vgl. BeckOGK/Mössner [Stand: 1. September 2017] BGB § 99 Rn. 10.1; Erman/Schmidt BGB 15. Aufl. § 99 Rn. 4; jurisPK-BGB/Vieweg [Stand: 24. Mai 2017] § 99 Rn. 7; MünchKommBGB/Streseemann 7. Aufl. § 99 Rn. 5; Palandt/Ellenberger BGB 77. Aufl. § 99 Rn. 2; Soergel/Marly BGB 13. Aufl. § 99 Rn. 9; Staudinger/Stieper BGB [2017] § 99 Rn. 10; zweifelnd BeckOK BGB/Fritzsche [Stand: 15. Juni 2017] § 99 Rn. 7.

<sup>36</sup> BGH Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540 Rn. 15.

urkunden nach Unterzeichnung in den Herrschaftsbereich der jeweils anderen Vertragspartei gelangt sind.

Das Berufungsgericht führte allerdings zutreffend aus, dass die materiell-rechtlichen Anforderungen des § 126 Abs. 2 BGB für das Zustandekommen eines Vertrags, der einer gesetzlich vorgesehenen Schriftform genügen muss, nicht erfüllt wären. Ein Vertrag, für den die gesetzliche Schriftform vorgeschrieben ist, kommt grundsätzlich nur dann rechtswirksam zustande, wenn sowohl der Antrag als auch die Annahme (§§ 145 ff. BGB) in der Form des § 126 BGB erklärt werden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugehen<sup>37</sup>.

Das war nach den getroffenen Feststellungen hier nicht der Fall. Eine Urkunde, auf der beide Vertragsparteien im Original unterschrieben haben, existierte nicht, so dass § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB - der die Unterzeichnung auf derselben Urkunde erfordert - nicht genügt war. Die beiden gleichlautenden, von den Vertragsparteien im Original unterschriebenen Vertragsurkunden sind der jeweils anderen Vertragspartei nicht zugegangen. Vielmehr wurden jeweils nur Telefaxkopien übersandt, was auch für einen der Schriftform des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechenden Vertragsschluss nicht ausreicht<sup>38</sup>.

Trotz Nichteinhaltung der materiell-rechtlichen Anforderungen des § 126 Abs. 2 BGB stand jedoch die Übersendung der beiden unterzeichneten gleichlautenden Vertragsurkunden jeweils (nur) per Telefaxkopie nicht der Wahrung des Schriftformerfordernisses des § 550 Satz 1 BGB für Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr entgegen<sup>39</sup>.

Zur Begründung führte der Senat aus, dass die von § 550 Satz 1 BGB geforderte Schriftform nicht nur eingehalten werden könne, indem die Vertragsparteien dieselbe Urkunde unterzeichnen (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB). Vielmehr bestehe zur Erfüllung des Schriftformerfordernisses auch die Möglichkeit des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach

---

<sup>37</sup> BGH Urteil vom 17. Juni 2015 - XII ZR 98/13 - NJW 2015, 2648 Rn. 30.

<sup>38</sup> Vgl. BGH Urteil vom 30. Juli 1997 - VIII ZR 244/96 - NJW 1997, 3169, 3170 mwN.

<sup>39</sup> BGH Urteil vom 7. März 2018 - XII ZR 129/16 - NJW 2018, 1540 Rn. 19.

es genüge, wenn über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen würden und jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichne<sup>40</sup>.

Damit knüpft der Senat an seine jüngere Rechtsprechung an, wonach die Einhaltung der bloßen Schriftlichkeit der Erklärungen (sog. äußere Form) zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich ausreicht<sup>41</sup>. Danach genügt ein Mietvertrag dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form des § 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen nur mündlich oder konkludent abgeschlossen worden ist. Die Auslegung von § 550 BGB führt unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks und seiner Rechtsfolge zu dem Ergebnis, dass § 550 BGB über die Einhaltung der äußeren Form hinaus nicht das Zustandekommen des Vertrags durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen voraussetzt. § 550 BGB dient in erster Linie dem Informationsbedürfnis des Erwerbers, dem durch die Schriftform die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sich von Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten. Diesen Schutzzweck erfüllt selbst eine nur der äußeren Form genügende Mietvertragsurkunde, in der die von beiden Parteien unterzeichneten Bedingungen des erst später konkludent abgeschlossenen Vertrags enthalten sind. Eine solche Urkunde informiert den Erwerber über die Bedingungen des Mietvertrags, in die er, wenn der Mietvertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen ist und noch besteht, eintritt. Auch die zusätzlich mit der Schriftform des § 550 BGB verfolgten Zwecke, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen, werden durch die bloße Einhaltung der äußeren Form erfüllt<sup>42</sup>.

Mit Blick hierauf ist für die Einhaltung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB ausreichend, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Vertragsparteien gleichlautende Vertragsurkunden unterzeichnen. Eines Zugangs dieser Urkunden beim jeweiligen Vertragspartner bedarf es hingegen nicht. Da es allein auf die äußere Form ankommt, ist nur die Existenz der die vertraglichen Regelungen dokumentierenden und unterzeichneten Urkunde entscheidend. Im Fall des § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB ist dies eine von allen Vertragsparteien unterschriebene Urkunde, während es nach § 126 Abs. 2

---

<sup>40</sup> BGH Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540 Rn. 20.

<sup>41</sup> Vgl. BGH Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540 Rn. 21 mwN.

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch BGH Urteile vom 17. Juni 2015 - XII ZR 98/13 - NJW 2015, 2648 Rn. 33 mwN und vom 24. Februar 2010 - XII ZR 120/06 - NJW 2010, 1518 Rn. 22 ff.

Satz 2 BGB zwei gleichlautende, aber jeweils nur von einer Vertragspartei im Original unterzeichnete Urkunden sind<sup>43</sup>. Der Zugang dieser Urkunden ist für das Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB ebenso ohne Belang wie die Frage, wo die Urkunden sich befinden<sup>44</sup> oder ob sie im Zeitpunkt der gerichtlichen Prüfung der Formgemäßheit des Mietvertrags noch existieren<sup>45</sup>. Denn der von § 550 BGB verfolgte Schutzzweck wird auch durch zwei gleichlautende Vertragsurkunden erreicht, von denen die eine von der einen und die andere von der anderen Vertragspartei unterzeichnet worden ist, ohne dass diese Urkunden jedoch in den Besitz der jeweils anderen Vertragspartei gelangt sind.

Der mit der Beurkundung in erster Linie beabsichtigte Erwerberschutz kann sowohl mittels einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Urkunde gewährleistet werden als auch durch zwei gleichlautende Urkunden, die in der Summe die erforderlichen Unterschriften tragen. In beiden Fällen besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Erwerber Einsicht in die schriftlich niedergelegten vertraglichen Regelungen nimmt, in die er bei Vorliegen eines wirksamen Vertrags eintritt.<sup>46</sup>

Nichts anderes gilt für den mit § 550 BGB ebenfalls beabsichtigten Schutz der vertragsschließenden Parteien selbst. Langfristige Abreden können bei einem Vertragsabschluss durch Urkundenaustausch im Sinne des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB urkundlich ohnedies nur durch Vorlage aller gleichlautenden Vertragsurkunden belegt werden, so dass der Urkundenaustausch insoweit keine besondere Bedeutung erlangt. Soweit Beweisprobleme bestehen, sind diese vor allem dadurch begründet, dass es zweier gleichlautender Urkunden zur Wahrung der Schriftform bedarf, nicht aber durch ein - wie hier - Unterbleiben des Urkundenaustausches. Der zudem mit § 550 BGB bezweckte Übereilungsschutz ist durch die Verschriftlichung der zu unterzeichnenden vertraglichen Abreden, mit der diese dem die Unterschrift Leistenden nochmals vor Augen geführt werden, hergestellt und vom Zugang der Urkunde bei der anderen Vertragspartei weitgehend unabhängig<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> BGH Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540 Rn. 24.

<sup>44</sup> Vgl. BGH Urteil BGHZ 160, 97 = NJW 2004, 2962, 2963.

<sup>45</sup> Vgl. BGH Urteil BGH 176, 301 = NJW 2008, 2178 Rn. 23.

<sup>46</sup> BGH Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540 Rn. 26.

<sup>47</sup> BGH Urteil vom 7. März 2018 – XII ZR 129/16 – NJW 2018, 1540 Rn. 25.



### 3. Schriftformerfordernis bei einer Mietanpassungsklausel (Urteil vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515)

In diesem Verfahren stritten die Parteien mit Klage und Widerklage um die (Rück)Zahlung von Miete und dabei darum, ob ihr befristetes Mietverhältnis wegen eines Schriftformmangels vorzeitig ordentlich gekündigt werden konnte.

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."*

§ 45 des Formularvertrags enthielt eine Schriftformheilungsklausel. Zudem 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.

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.

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.

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.

Im vorliegenden Rechtsstreit hatte 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 hatte der Klage stattgegeben. Mit der dagegen gerichteten Berufung der Beklagten hatte 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 hatte auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und der Widerklage des Beklagten zu 1 stattgegeben. Hiergegen wandte sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision ohne Erfolg.

Das Oberlandesgericht war zutreffend zu der Auffassung gelangt, dass der Mietvertrag wegen der zum 1. April 2013 vorgenommenen Mieterhöhung nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB genügt.

Mit der Bitte des Klägers, die monatliche Grundmiete ab dem 1. April 2013 auf 2.273,60 € anzupassen und der anschließenden Zahlung der höheren Miete durch den Beklagten haben die Parteien konkludent eine Mietänderung vorgenommen. Da die ver-

tragliche Änderung der Miete 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 darstellt, wäre diese Vertragsänderung formbedürftig gewesen<sup>48</sup>. Denn diese Mieterhöhung beruhte 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.

§ 550 BGB greift dann nicht ein, 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. Dies gilt etwa für die Ausübung eines Optionsrechts auf Vertragsverlängerung oder auch für die vertraglich gestattete einseitige Anpassung von Nebenkostenvorauszahlungen<sup>49</sup>.

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<sup>50</sup>.

So verhielt es sich hier jedoch nicht. Mit der maßgeblichen Vertragsklausel in § 9 A Nr. 4 war weder eine Anpassungsautomatik verbunden noch den Parteien das Recht eingeräumt, die geschuldete Miete durch eine einseitige Willenserklärung zu verändern. Vielmehr konnte eine Vertragspartei bei Vorliegen der entsprechenden Indexänderung eine Neufestsetzung verlangen. Wie sich aus § 9 A Nr. 4 b ergab, 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 kommen sollte, erfolgte die Festsetzung der geschuldeten Miete durch einen Sachverständigen. Dieses nur ersatzweise bestehende Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten änderte den Regelungs-

---

<sup>48</sup> BGH Urteile 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.

<sup>49</sup> Vgl. etwa BGH Urteil vom 5. Februar 2014 - XII ZR 65/13 - NJW 2014, 1300 Rn. 27 ff. mwN.

<sup>50</sup> BGH Urteil vom 5. Februar 2014 - XII ZR 65/13 - NJW 2014, 1300 Rn. 32.

gehalt der Klausel nicht dahin, dass sie insgesamt ein durch einseitige Erklärung ausübendes Änderungsrecht der Vertragsparteien festschreibt<sup>51</sup>.

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<sup>52</sup>.

Schließlich bestätigte der XII. Zivilsenat in dieser Entscheidung seine Rechtsauffassung, wonach Schriftformheilklauseln stets unwirksam sind<sup>53</sup>.

Dem Beklagten war daher die Berufung auf diesen Schriftformverstoß auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt.

Schließlich hat der Bundesgerichtshof es auch nicht beanstandet, dass das Oberlandesgericht die von den Beklagten am 12. Februar 2014 erklärte fristlose Kündigung gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet hat.

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<sup>54</sup>.

Die gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umzudeutende fristlose Kündigung vom 12. Februar 2014 hatte das wegen des Schriftformverstoßes gemäß § 550

---

<sup>51</sup> BGH Urteil vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515 Rn. 22.

<sup>52</sup> BGH Urteil vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515 Rn. 23.

<sup>53</sup> BGH Urteile vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515 Rn. 23.24 f. und vom 27. September 2017 - XII ZR 114/16 - NJW 2017, 3772 Rn. 34 ff.

<sup>54</sup> BGH Urteile vom 11. April 2018 – XII ZR 43/17 – NZM 2018, 515 Rn. 26 f. und vom 24. Juli 2013 - XII ZR 104/12 - NJW 2013, 3361 Rn. 17 mwN.

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 konnte daher weder mit Erfolg von den Beklagten Mieten ab November 2014 fordern noch stand 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.

### III. Sachmängelrecht

#### **Schadensersatz bei Verletzung von Obhutspflichten durch den Mieter (Urteil vom 27. Juni 2018 - XII ZR 79/17 - NZM 2018, 717)**

In der Entscheidung vom 27. Juni 2018 hatte sich der XII. Zivilsenat mit der im mietrechtlichen Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung umstrittenen Rechtsfrage zu befassen, ob der Vermieter bei Beschädigungen der Mietsache, die der Mieter durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs schuldhaft herbeigeführt hat oder die ihm zugerechnet werden können, nach der Rückgabe der Mietsache Schadensersatz unmittelbar nach § 280 Abs. 1 BGB verlangen kann oder sich der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB ergibt mit der Folge, dass der Vermieter dem Mieter zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss<sup>55</sup>. Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger verlangte von dem Beklagten nach einem beendeten Mietverhältnis Schadensersatz wegen behaupteter Beschädigungen der Mietsache. Der Beklagte begehrt widerklagend die Rückzahlung der Mietkaution.

Der Kläger vermietete dem Beklagten eine Lagerfläche in einer Halle, in der dieser Rennsportfahrzeuge abstellte, wartete und reparierte. Nach Beendigung des Mietverhältnisses erhielt der Kläger das Mietobjekt zurück.

Der Kläger behauptete nun, der Beklagte habe das Mietobjekt in beschädigtem Zustand zurückgegeben. Der Fußboden der Halle sei durch Abtropfen von Schmierstoffen und Chemikalien sowie durch das Belassen von Sand, Split und Öl verschmiert, kontaminiert und massiv beschädigt gewesen. Zudem hätten sich an der Wand Verschmutzungen von verschmierten Fingern bzw. Händen befunden. Zur Beseitigung dieser

---

<sup>55</sup> Vgl. zum Meinungsstand auch Fervers WuM 2017, 429, 430 f.

Schäden habe er 2.902,09 € aufwenden müssen. Eine Frist zur Beseitigung der behaupteten Mängel hatte der Kläger dem Beklagten nicht gesetzt.

Mit der Klage nahm der Kläger den Beklagten unter Verrechnung der geleisteten Kautions von 900 € auf Schadensersatz in Höhe von 2.002,09 € nebst Zinsen in Anspruch. Der Beklagte verlangte widerklagend die Rückzahlung der Kautions.

Das Amtsgericht hatte die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Landgericht hatte die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgte der Kläger seinen Klageantrag in vollem Umfang weiter. Außerdem wollte er die Abweisung der Widerklage erreichen. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht hatte sowohl einen vertraglichen Schadensersatzanspruch des Klägers als auch einen deliktischen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Eigentumsverletzung daran scheitern lassen, dass der Kläger dem Beklagten keine Frist zur Schadensbeseitigung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB gesetzt habe.

Damit hatte sich das Berufungsgericht der teilweise vertretenen Auffassung angeschlossen, dass sich der Schadensersatzanspruch des Vermieters nach §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB richte<sup>56</sup>. Der Mieter schulde nach der Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 546 Abs. 1 BGB die Rückgabe der Mietsache in einem ordnungsgemäßen Zustand. Daher gehöre zu der vom Mieter geschuldeten Leistung auch die Beseitigung von Schäden an der Mietsache, die der Mieter durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs schuldhaft verursacht habe oder die ihm zugerechnet werden könnten. Komme der Mieter dieser Verpflichtung nicht nach, handele es sich bei dem vom Vermieter geltend gemachten Schadensersatzanspruch um einen Schadensersatz statt der Leistung, dessen Voraussetzungen sich nach §§ 281 Abs. 1, 280 Abs. 1 Satz 1 bestimmten. Schadensersatz könne der Vermieter daher nur unter der Voraussetzung verlangen, dass er dem Mieter zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe, sofern eine solche Fristsetzung nicht ausnahmsweise nach § 281

---

<sup>56</sup> OLG Köln Urteil vom 21. Mai 2015 - 18 U 60/14 - MDR 2016, 207; Bub/Treier/Scheuer/Emmerich Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. Kap. V. A Rn. 150; Kraemer NZM 2010, 395; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 661.

Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen sei. Außerdem erspare die Anwendung des § 281 Abs. 1 BGB die vielfach nur sehr schwer zu klärende Abgrenzung zwischen einer zum Schadensersatz verpflichtenden Substanzverletzung und anderen Beeinträchtigungen der Mietsache, so dass es praktikabler erscheine, die vertragsgemäße Rückgabe der Mietsache insgesamt der Regelung des § 281 BGB zu unterstellen. Schließlich sei das Erfordernis der Fristsetzung auch auf den konkurrierenden Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu übertragen.

Nach anderer Auffassung soll sich der Schadensersatzanspruch des Vermieters bei Substanzschäden an dem Mietobjekt grundsätzlich allein nach § 280 Abs. 1 BGB richten<sup>57</sup>. Zur Begründung wird insbesondere angeführt, dass es bei einer anderen Betrachtungsweise zu nicht erkläraren Wertungswidersprüchen kommen würde. Beschädige der Mieter die Mietsache durch einen nicht vertragsgemäßen Gebrauch, schulde er während des laufenden Mietverhältnisses wegen der Verletzung einer mietvertraglichen Nebenpflicht Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB. Warum der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses und Rückgabe der Mietsache nur noch dann Schadensersatz verlangen könne, wenn er dem Mieter zuvor erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe, lasse sich nicht begründen. Zudem sprächen pragmatische Gründe für eine Gleichbehandlung von Schadensersatzansprüchen bei einer Substanzverletzung der Mietsache vor und nach Beendigung des Mietverhältnisses.

Nach Erlass des angefochtenen Urteils hatte der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshof diese Streitfrage dahingehend entschieden, dass Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, auch nach Beendigung des Mietverhältnisses nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder durch Geldzahlung (§ 249 Abs. 2 BGB) vom Mieter zu ersetzen sind, ohne dass es einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf<sup>58</sup>. Zur Begründung hat er im Wesentlichen folgendes ausgeführt.

---

<sup>57</sup> OLG Saarbrücken ZMR 2015, 32; OLG Düsseldorf ZMR 2013, 629; Staudinger/Emmerich BGB [2018] § 538 Rn. 6; BeckOGK/Zehlein [Stand: 1. April 2018] BGB § 546 Rn. 111; BeckOK BGB/Wiederhold [Stand: 1. November 2017] § 546 a Rn. 20; Langenberg/Zehlein Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückgabe 5. Aufl. S. 251; differenzierend Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 13. Aufl. § 546 a BGB Rn. 83.

<sup>58</sup> BGH Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 9.

Für die Abgrenzung zwischen dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB und dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB kommt es nur darauf an, ob die Verletzung einer zur Anwendbarkeit der §§ 281 Abs. 1, 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB führenden Leistungspflicht oder die Verletzung einer in § 241 Abs. 2 BGB geregelten vertraglichen Nebenpflicht, bei der sich die Anspruchsvoraussetzungen allein nach § 280 Abs. 1 BGB bestimmen, in Rede steht. Unerheblich ist dabei hingegen, ob der Schadensersatz vor oder nach Rückgabe der Mietsache geltend gemacht wird<sup>59</sup>.

Nach der Konzeption des Gesetzgebers der Schuldrechtsreform zielen die im Bürgerlichen Gesetzbuch jeweils geregelten Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 Satz 1 BGB) zumeist auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers ab, während die in § 241 Abs. 2 BGB angesprochenen Schutzpflichten nur die gegenwärtige Güterlage jedes an dem Schuldverhältnis Beteiligten vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen bewahren sollen und wirksame Schuldverträge regelmäßig als Nebenpflichten begleiten, ohne selbst leistungsbezogen zu sein. Bei ihrer Verletzung geht es deshalb um Schäden, die nach dem vor der Schuldrechtsreform geltenden Recht unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen waren, weil sie außerhalb des eigentlichen Leistungsprogramms (hier § 535 BGB) und dem damit verfolgten Erfüllungsinteresse an anderen, in ihrer Integrität aber nicht zum unmittelbaren Leistungsgegenstand gehörenden Rechtsgütern eintreten. Im Falle eines Mietverhältnisses entstehen solche Schäden zwar an dem Mietgegenstand, sie beruhen aber auf einer Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs und sind damit außerhalb des mietrechtlichen Leistungsprogramms verursacht worden<sup>60</sup>.

Dagegen bildet der bei Nicht- oder Schlechterfüllung einer Leistungspflicht geschuldete Schadensersatz statt der Leistung das Surrogat der geschuldeten Leistung, wobei die Ersatzfähigkeit dieses Schadens an die Voraussetzung geknüpft wird, dass der Schuldner vor Geltendmachung eines gegen ihn gerichteten, den Leistungsanspruch

---

<sup>59</sup> BGH Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 19.

<sup>60</sup> BGH Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 20.



ersetzenden Schadensersatzanspruchs grundsätzlich eine weitere Gelegenheit zur Erfüllung erhalten muss<sup>61</sup>.

Bei der Verpflichtung des Mieters, die ihm überlassenen Mieträume in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch nach Maßgabe von § 538 BGB entsprechenden Zustand zu halten, insbesondere die Räume aufgrund der aus der Besitzübertragung folgenden Obhutspflicht schonend und pfleglich zu behandeln sowie alles zu unterlassen, was zu einer von § 538 BGB nicht mehr gedeckten Verschlechterung führen kann, handelt es sich um eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB, deren Verletzung allein nach den in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht begründet. Das gilt nicht nur für das laufende Mietverhältnis, sondern auch nach dessen Beendigung. Denn der Zustand, in dem sich die Mietsache bei ihrer Rückgabe befindet, ist für die allein in der Rückgabe selbst bestehende Leistungspflicht ohne Bedeutung. § 546 Abs. 1 BGB enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben ist<sup>62</sup>.

Die auf den Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB uneingeschränkt anwendbare Bestimmung des § 249 BGB räumt dem Geschädigten die Wahlmöglichkeit ein zwischen der in Absatz 1 vorgesehenen Naturalrestitution und dem in Absatz 2 Satz 1 geregelten Zahlungsanspruch auf den zur (Wieder-)Herstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrag. Der Vermieter kann deshalb nach seiner Wahl Naturalrestitution oder direkt Geldersatz gemäß § 249 BGB verlangen<sup>63</sup>.

Durch diese Ersetzungsbefugnis werden nicht nur Abwicklungsstreitigkeiten darüber vermieden, ob eine Schadensbeseitigung des Schädigers gelungen ist und vom Geschädigten als tauglich akzeptiert werden muss. Die Ersetzungsbefugnis sichert dem Geschädigten gerade auch das ihm zustehende Recht, sich bei Ausführung der Schadensbeseitigung ausschließlich an seinen eigenen Wiederherstellungsinteressen zu orientieren und sich nicht auf ein gegenläufiges Interesse des Schädigers etwa an einer möglichst kostengünstigen und deshalb in ihrer Tauglichkeit nicht ohne Weiteres zweifelsfreien Wiederherstellung einlassen zu müssen. Dementsprechend kann der Ge-

---

<sup>61</sup> BGH Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 21; vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 134 f., 138, 225.

<sup>62</sup> BGH Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 23 f. mwN; vgl. auch BGH Urteil vom 23. Juni 2010 - XII ZR 52/08 - NJW 2010, 2652 Rn. 18.

<sup>63</sup> BGH Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 26.

schädigte seine Ersetzungsbefugnis grundsätzlich auch ohne Angabe von Gründen ausüben, muss sich für die getroffene Wahl also nicht rechtfertigen und sich auch sonst zu ihrer Umsetzung nicht mit dem Schädiger ins Benehmen setzen<sup>64</sup>.

Dieser Rechtsprechung hat sich der XII. Zivilsenat in dieser Entscheidung angeschlossen<sup>65</sup>. Danach hatte das Berufungsgericht im vorliegenden Fall zu Unrecht §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen und einen Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der fehlenden Fristsetzung zur Nacherfüllung verneint. Der Kläger behauptete zur Begründung seines Klagebegehrens Substanzverletzungen des Mietobjekts, die vom Beklagten durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs verursacht worden sein sollen. Er machte damit geltend, der Beklagte habe die ihm aus dem Mietverhältnis entstandene Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt, die Mietsache schonend und pfleglich zu behandeln und von § 538 BGB nicht mehr gedeckte Verschlechterungen der Mietsache zu unterlassen. Diese behauptete Verletzung einer Nebenpflicht war geeignet, einen Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 280 Abs. 1 BGB zu begründen, der einer erfolglosen Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht bedurfte.

In gleicher Weise konnte sich im vorliegenden Fall ein Schadensersatzanspruch des Klägers auch aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Es ist anerkannt, dass bei Beschädigung von Sachen, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbarer Leistungsgegenstand sind, vertragliche und deliktische Ersatzansprüche nebeneinander bestehen können. Insoweit gelten für das Mietrecht keine Besonderheiten<sup>66</sup>.

#### **IV. Sonstiges**

##### **1. Zur analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer (Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847)**

Im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Dezember 2018 ging es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen § 566 Abs. 1 BGB einer analogen Anwendung zugänglich. Nach dem Wortlaut von § 566 Abs. 1 BGB tritt der Erwerber nur dann in

---

<sup>64</sup> BGH Urteil vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 27.

<sup>65</sup> BGH Urteil vom 27. Juni 2018 - XII ZR 79/17 - NZM 2018, 717 Rn. 23.

<sup>66</sup> BGH Urteile vom 28. Februar 2018 - VIII ZR 157/17 - NZM 2018, 320 Rn. 30 und vom 27. Juni 2018 - XII ZR 79/17 - NZM 2018, 717 Rn. 24.

den Mietvertrag ein, wenn die Mietsache nach der Überlassung an den Mieter vom Vermieter veräußert wird. § 566 Abs. 1 BGB setzt daher nach seinem Wortlaut zwingend voraus, dass Vermieter und Veräußerer personenidentisch sind. Die ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur verlangt außerdem, dass der Vermieter und Veräußerer – jedenfalls zum Zeitpunkt der Veräußerung – auch Eigentümer des Mietobjekts gewesen sein muss. Folgt man dieser herrschenden Auffassung, werden mehrere praxisrelevante Fallkonstellationen vom Anwendungsbereich des § 566 BGB nicht erfasst<sup>67</sup>, von denen eine Gegenstand der Entscheidung des XII. Zivilsenats war.

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten nach dem Erwerb eines Grundstücks die Räumung und Herausgabe von darauf befindlichen gemieteten Gewerberäumen. Der Beklagte beehrte widerklagend noch Rückerstattung angeblich überzahlter Miete wegen Mietminderung, Schadensersatz und Instandsetzung des Lastenaufzugs.

Der Beklagte mietete von der E. Grundbesitz und Handels GmbH (nachfolgend: Handels GmbH) mit Vertrag vom 27. Mai 2003 Räume im vierten Obergeschoss und mit Vertrag vom 5. Juni 2008 Räume im fünften Obergeschoss einer gewerblich genutzten Immobilie. Die Verträge sahen jeweils eine feste Laufzeit von zunächst fünf Jahren vor und enthielten beide eine Option zur mehrfachen Verlängerung der Mietzeit um jeweils weitere fünf Jahre, die der Beklagte ausgeübt hat. Eigentümerin der Immobilie war zu diesem Zeitpunkt die E. Grundstücksgesellschaft mbH (nachfolgend: Grundstücks GmbH). In einer Zusatzvereinbarung zu dem Mietvertrag vom 5. Juni 2008 erklärte sich die Grundstücks GmbH bereit, unter anderem dann in den Mietvertrag mit den gleichen Bedingungen als direkte Vermieterin einzutreten, wenn das Vertragsverhältnis zwischen der Grundstücks GmbH und der früheren Vermieterin der Räumlichkeiten im fünften Obergeschoss der Immobilie beendet wird.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 26. April 2011 erwarb die Klägerin die Immobilie von der Grundstücks GmbH. In § 3 des Kaufvertrags übernahm die Verkäuferin die Garantie dafür, dass die dem Kaufvertrag beigelegte Mieterliste richtig und vollständig ist, keine Mietverträge gekündigt sind und keine rückständigen Mietforderungen bestehen sowie eine Jahresnettokaltmiete in Höhe von ca. 260.000 € wirksam vereinbart ist. In

---

<sup>67</sup> Vgl. ausführlich dazu Günter WuM 2013, 264, 265 f.

§ 4 des Kaufvertrags ist geregelt, dass die Verkäuferin mit Wirkung ab dem Übergabestichtag sämtliche Rechte und Pflichten aus bestehenden Mietverträgen auf den Käufer überträgt. Im August 2011 wurde die Klägerin als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Am 3. September 2013 und am 30. Oktober 2013 sprach die Klägerin die ordentliche Kündigung etwaiger Mietverhältnisse mit dem Beklagten aus.

Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hatte das Kammergericht unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung die Klage abgewiesen und der Widerklage teilweise stattgegeben. Hiergegen richtete sich die vom XII. Zivilsenat zugelassene Revision der Klägerin ohne Erfolg.

Streitentscheidend war in diesem Fall, ob die Klägerin nach § 566 Abs. 1 BGB in die vom Beklagten mit der Handels GmbH abgeschlossenen Mietverträge eingetreten ist und der Beklagte damit gegen den geltend gemachten Herausgabeanspruch ein Recht zum Besitz iSv § 986 Abs. 1 BGB einwenden kann. Eine unmittelbare Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB schied vorliegend aus, weil es an der hierfür notwendigen Personenidentität zwischen Veräußerer und Vermieter fehlte<sup>68</sup>. Nach den getroffenen Feststellungen war Vermieterin der Räumlichkeiten allein die Handels GmbH. Hingegen hat die Grundstücks GmbH das Grundstück an die Klägerin veräußert. Selbst wenn zwischen beiden Gesellschaften persönliche Verflechtungen bestanden haben sollten, stellten beide Gesellschaften selbstständige Rechtssubjekte dar, so dass schon die nach dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB erforderliche Personenidentität zwischen Vermieter und Veräußerer nicht gegeben ist.

Auch eine rechtsgeschäftliche Übernahme der Mietverträge durch die Grundstücks GmbH vor dem Erwerb des Grundstücks durch die Klägerin war nicht erfolgt. Die insoweit vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der in der Zusatzvereinbarung zu dem Mietvertrag vom 5. Juni 2008 enthaltenen Regelung, auf die sich der Beklagte in diesem Zusammenhang berief, verstieß weder gegen gesetzliche Auslegungsregeln

---

<sup>68</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847 Rn. 14 ff.

noch gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze noch hatte das Berufungsgericht wesentliche für die Auslegung relevante Umstände unberücksichtigt gelassen<sup>69</sup>.

Somit war für die Lösung des Falles entscheidend, ob im vorliegenden Fall § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar ist. Ob § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität zwischen Eigentümer, Veräußerer und Vermieter entsprechend angewendet werden kann, ist allerdings umstritten.

Teilweise wird eine entsprechende Anwendung des § 566 BGB bei Nichterfüllung des Identitätserfordernisses grundsätzlich abgelehnt<sup>70</sup>.

Die überwiegende Auffassung hält dagegen eine analoge Anwendung der Vorschrift jedenfalls dann für geboten, wenn nach den Umständen des Falls davon ausgegangen werden kann, dass die Vermietung mit Zustimmung des Eigentümers erfolgt ist, etwa wenn der Mietvertrag vom Hausverwalter im eigenen Namen, aber für Rechnung des früheren Grundstückseigentümers abgeschlossen wurde<sup>71</sup>.

Der Bundesgerichtshof hat ursprünglich an dem Identitätserfordernis festgehalten und eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB abgelehnt<sup>72</sup>. In einem Urteil vom 9. April 2008 hat der Senat aufgrund der Besonderheiten des dort zu entscheidenden Falls eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB bejaht, obwohl das Identitätserfordernis auch hier nicht erfüllt war<sup>73</sup>. Zuletzt hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsfrage als umstritten<sup>74</sup> und noch nicht abschließend geklärt<sup>75</sup> angesehen.

---

<sup>69</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847 Rn. 18 ff.

<sup>70</sup> BeckOK BGB/Herrmann [Stand: 1. November 2016] § 566 Rn. 9.1.; Emmerich/Sonnenschein/Emmerich Miete 11. Aufl. § 566 BGB Rn. 13; Kuß/Leutner in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 4. Aufl. § 566 BGB Rn. 135; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 6. Aufl. Kap. 25 Rn. 5; Börstinghaus NZM 2004, 481, 482 f.

<sup>71</sup> Staudinger/Emmerich BGB [2014] § 566 Rn. 36; MünchKommBGB/Häublein 7. Aufl. § 566 Rn. 21; Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 12. Aufl. § 566 BGB Rn. 36; Burbulla in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer Gewerberaummiete § 566 BGB Rn. 53; Lützenkirchen/Lützenkirchen Mietrecht 2. Aufl. § 566 BGB Rn. 31; Blank in Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. § 566 BGB Rn. 44; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Mietrechts 10. Aufl. Rn. 1354; Günter WuM 2013, 264, 270; Streyll WuM 2008, 579 ff.; Grooterhorst/Burbulla NZM 2006, 246, 249; vgl. auch OLG Saarbrücken ZMR 2016, 371; OLG Celle ZMR 2000, 164.

<sup>72</sup> BGH Urteile vom 22. Oktober 2003 - XII ZR 119/02 - NZM 2004, 300 f. und BGHZ 154, 171 = NJW 2003, 2158, 2159 f.; BGHZ 107, 315 = NJW 1989, 2053 f.; vgl. auch BGH Urteil vom 3. Juli 2008 - V ZR 20/07 - NZM 2008, 732, 735.

<sup>73</sup> BGH Urteil vom 9. April 2008 - XII ZR 89/06 - NJW 2008, 2181 Rn. 22.

<sup>74</sup> BGH Urteil vom 11. April 2012 - XII ZR 48/10 - WuM 2012, 323 Rn. 25.

<sup>75</sup> BGH Beschluss vom 19. Februar 2013 - VIII ZR 178/12 - GuT 2013, 25 Rn. 3.

Mit dem Berufungsgericht hat sich der XII. Zivilsenat nun der Auffassung angeschlossen, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB jedenfalls dann vorliegen, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat. In diesem Fall ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, sondern der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat<sup>76</sup>.

Eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes liegt vor. Aus dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 566 Abs. 1 BGB (= § 571 BGB a.F.) eine abschließende Regelung dahingehend treffen wollte, den Mieter nur dann bei einem Eigentumswechsel an der Mietsache zu schützen, wenn die Identität zwischen Vermieter und Veräußerer gewahrt ist. Zwar hatte die Regelung nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers Ausnahmecharakter, weil sie eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Relativitätsprinzips beinhaltet<sup>77</sup>. Ihr Anwendungsbereich sollte daher auf Miet- und Pachtverhältnisse über Grundstücke oder Grundstücksteile beschränkt sein. Aus den Gesetzesmaterialien lassen sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den durch die Vorschrift vermittelten Bestandsschutz des Mieters auch im Übrigen beschränken wollte. Dass § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers auch auf andere Sachverhalte Anwendung finden sollte, in denen ein Mieter Gefahr läuft, aufgrund eines Wechsels der dinglichen Berechtigung an dem Mietgegenstand sein Besitzrecht zu verlieren, zeigt zudem die Vielzahl an Vorschriften, die eine Verweisung auf die §§ 566 ff. BGB anordnen (vgl. § 581 Abs. 2 [Pacht]; § 567 Satz 1 BGB [Belastung des Wohnraums durch den Vermieter]; §§ 1056 Abs. 1, 1059 d BGB [Nießbrauch], § 2135 BGB iVm § 1056 BGB [Nacherbfolge]; § 37 WEG [Dauerwohnrecht]; § 11 ErbbauRG [Erbbauerecht] und § 57 ZVG [Zwangsversteigerung])<sup>78</sup>.

Entgegen der Auffassung der Revision kann gegen die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke nicht eingewendet werden, dass der Gesetzgeber trotz des bekannten

---

<sup>76</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847 Rn. 26 ff.

<sup>77</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 12. Aufl. § 566 Rn. 6 mwN.

<sup>78</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847 Rn. 30 f.

Streits in Rechtsprechung und Schrifttum zur analogen Anwendung den Wortlaut der Vorschrift seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Wesentlichen beibehalten hat. Der Regelungsinhalt des § 571 BGB wurde durch das am 1. September 2001 in Kraft getretene Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001<sup>79</sup> inhaltsgleich bis auf kleinere redaktionelle Änderungen in § 566 BGB übernommen. Den Materialien zum Mietrechtsreformgesetz<sup>80</sup> lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den hier vorliegenden Fall bedacht und für ihn eine abschließende Regelung hat treffen wollen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bestand im vorliegenden Fall auch die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 Abs. 1 BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung - der berechtigte Besitz - soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben. Dieser Gesetzeszweck greift indes nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts gemietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nichteigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber mit Zustimmung des Eigentümers abschließt. Zwar hat der Mieter auch in diesen Fällen aus dem Mietvertrag kein unmittelbar gegen den Eigentümer wirkendes Recht zum Besitz. Er kann sich jedoch gemäß § 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB auf ein von seinem Vermieter abgeleitetes Besitzrecht berufen. Der Eigentümer, der die Fremdvermietung seines Grundstücks gestattet, räumt demjenigen, der als Vermieter auftritt, regelmäßig ein Besitzrecht und die Berechtigung zur Gebrauchsüberlassung an den Mieter ein. Diese bis zum Eigentümer reichende Besitzkette genügt, um dem Mieter ein abgeleitetes Besitzrecht iSv § 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zu verschaffen. Der von § 566 Abs. 1 BGB verfolgte Zweck, das Bestandsinteresse des Mieters zu schützen, rechtfertigt es, ihm bei einer Veräußerung der Mietsache dieses abgeleitete Besitzrecht gegenüber dem Erwerber zu erhalten<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> BGBl. I S. 1149.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 14/4553 S. 63.

<sup>81</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847 Rn. 37.

Auch der Vermieter erfährt keine Nachteile durch die entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB, wenn er den Mietvertrag mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen wirtschaftlichem Interesse abgeschlossen hat. Er verliert zwar durch die Überleitung des Mietvertrags auf den Erwerber des Grundstücks seine Vermieterstellung. Da er jedoch für den Eigentümer tätig geworden ist, besteht bei ihm regelmäßig kein eigenes Interesse am Fortbestand seiner Vermieterstellung bei einem Eigentumswechsel<sup>82</sup>.

Die Interessen des Erwerbers stehen in dieser Konstellation einer analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht entgegen. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Mietsache vor der Veräußerung dem Mieter überlassen worden ist. Das Erfordernis der Überlassung der Mietsache an den Mieter erfüllt eine Publizitätsfunktion, denn der Erwerber kann in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss<sup>83</sup>.

Auf dieser rechtlichen Grundlage war das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass § 566 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall entsprechend anwendbar ist.

Aus den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ergaben sich ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Mietverträge allein im wirtschaftlichen Interesse der Grundstücks GmbH abgeschlossen wurden. Danach hatte der Geschäftsführer der Grundstücks GmbH bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht angegeben, dass die Handels GmbH nur aus "strategischen Gründen" ins Leben gerufen worden sei. Tatsächlich waren die Mietverträge nur auf Anweisung der Grundstücks GmbH abgeschlossen worden. Zudem hatte die Grundstücks GmbH die Gewerbeimmobilie verwaltet und die Miete eingezogen. Schließlich wurden die Mietverträge in dem zwischen der Grundstücks GmbH und der Klägerin abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag so behandelt, als sei die Grundstücks GmbH Mietvertragspartei. Unter diesen Umständen sah es der XII. Zivilsenat ausnahmsweise als gerechtfertigt an, den Mietvertrag in entsprechender Anwendung der §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 1 BGB so zu behandeln, als habe die veräußernde Grundstücks GmbH die Mietverträge abgeschlossen.

---

<sup>82</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847 Rn. 38.

<sup>83</sup> BGH Urteil vom 12. Juli 2017 - XII ZR 26/16 - NZM 2017, 847 Rn. 39 f.



## **2. Erlöschen des Vermieterpfandrechts bei vorübergehender Entfernung von Fahrzeugen vom Mietgrundstück (Urteil vom 6. Dezember 2017 - XII ZR 95/16 - NZM 2018, 1083)**

Der Beklagte war Insolvenzverwalter über das Vermögen der Rolladen- und Markisenbau P. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), die ihr Betriebsgrundstück von der Klägerin gemietet hatte. Mit Schreiben vom 18. März 2013 berief sich die Klägerin im Hinblick auf offene Forderungen aus dem Mietverhältnis auf ihr Vermieterpfandrecht. Nach Insolvenzeröffnung am 10. April 2013 kündigte der Beklagte das Mietverhältnis zum 31. Juli 2013. Zum Kündigungsstichtag standen noch Forderungen der Klägerin aus dem Mietverhältnis in Höhe von insgesamt 13.750,57 € offen.

Der Beklagte hatte verschiedene auf dem Betriebsgrundstück vorgefundene Gegenstände der Schuldnerin freihändig verwertet und dadurch 13.500 € zzgl. Umsatzsteuer Erlöst, darunter zwei LKW und einen Anhänger, auf die insgesamt 6.500 € des Erlöses zzgl. Umsatzsteuer entfallen. Die Klägerin verlangte abgesonderte Befriedigung aus dem Erlös im Hinblick auf ein ihr zustehendes Vermieterpfandrecht. Der Beklagte hatte nach Abzug pauschaler Feststellungs- und Verwertungskosten sowie weiterer Kosten für die Endräumung des Betriebsgrundstücks 4.582 € an die Klägerin ausgekehrt; dabei war der auf die Fahrzeuge entfallende Erlös unberücksichtigt geblieben.

Mit der Klage hatte die Klägerin Zahlung weiterer 8.038,20 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Kosten verlangt. Das Landgericht hatte den Beklagten nach Abzug pauschaler Feststellungskosten von 642,60 €, tatsächlich entstandener Verwertungskosten von 342,80 € sowie 2.565 € Umsatzsteuer zur Zahlung von noch 5.367,60 € nebst Nebenforderungen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Auf die Berufung beider Parteien hatte das Oberlandesgericht die Verurteilung auf insgesamt noch zu zahlende 6.742,60 € erhöht. Hiergegen richtete sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision des Beklagten, mit der er Klageabweisung bis auf einen Betrag von 552,20 € nebst entsprechend reduzierten vorgerichtlichen Anwaltskosten verfolgte, während die Klägerin im Wege der Anschlussrevision eine weitergehende Verurteilung im Umfang zusätzlicher 1.295,60 € begehrte.

Die Revision des Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin waren begründet; sie führten zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

Zutreffend war das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass ein bestehendes Vermieterpfandrecht in der Insolvenz des Mieters zur abgesonderten Befriedigung aus den Pfandgegenständen berechtigt (§ 50 Abs. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter darf diese Gegenstände infolge seines unmittelbaren Besitzes verwerten (§ 166 Abs. 1 InsO) und hat danach den Gläubiger aus dem Erlös abzüglich Feststellungs- und Verwertungskosten zu befriedigen (§ 170 Abs. 1 InsO). An dem noch unterscheidbar vorhandenen Erlös setzen sich die Rechte des Vermieters fort. Zieht der Insolvenzverwalter den Erlös zur Masse und erlischt dadurch das Absonderungsrecht, so tritt an seine Stelle eine Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO<sup>84</sup>.

Ebenfalls zutreffend hatte das Oberlandesgericht angenommen, dass die Klägerin aufgrund des bestehenden Mietverhältnisses Inhaberin eines Vermieterpfandrechts an den eingebrachten Sachen der Schuldnerin war (§ 562 Abs. 1 BGB). Zu den Gegenständen, auf die sich das Vermieterpfandrecht erstreckte, gehören grundsätzlich auch die regelmäßig auf dem Mietgrundstück abgestellten Kraftfahrzeuge. Eingebracht sind nämlich alle Sachen, die während der Mietzeit willentlich und wissentlich in die Mieträume oder auf das Mietgrundstück verbracht werden. Ein Kraftfahrzeug, das auf dem vermieteten Grundstück geparkt wird, ist dementsprechend eingebracht. Denn seine regelmäßige vorübergehende Einstellung gehört zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache<sup>85</sup>.

Die noch vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Forderungen der Klägerin waren daher durch das Vermieterpfandrecht insolvenzfest gesichert, sofern sich die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung am 10. April 2013 um 13:20 Uhr auf dem Betriebsgelände befanden, nachdem sie im Anschluss an die letzte Ausfahrt - falls nach vorläufiger Insolvenzeröffnung, mit notwendiger Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters - dort wieder eingebracht waren. Wären sie hingegen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vom Grundstück entfernt gewesen und erst nach der Insolvenzeröffnung wieder eingebracht worden, führte das dadurch neu entstandene Vermieterpfandrecht nur zur Sicherung von Masseschulden des Mieters aus dem nach der Insolvenzeröffnung fortbestehenden (§§ 108, 109 InsO) Mietverhältnis; es sicherte dann nicht die Forderungen aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung, die einfache Insol-

---

<sup>84</sup> Vgl. BGH Urteil vom 12. Juli 2001 - IX ZR 374/98 - WM 2001, 1628, 1629.

<sup>85</sup> BGH Urteil vom 6. Dezember 2017 - XII ZR 95/16 - NZM 2018, 1083 Rn. 11.

venzforderungen sind<sup>86</sup>. Feststellungen dazu, wo sich die Fahrzeuge und der Anhänger im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung befanden, hatte das Oberlandesgericht allerdings nicht getroffen.

Der Senat widersprach damit der in Teilen der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung<sup>87</sup>, dass eine von vornherein lediglich vorübergehend geplante Wegschaffung der Sachen für das Erlöschen des Vermieterpfandrechts nicht ausreiche und schloss sich der wohl überwiegenden Meinung an, wonach jede auch nur vorübergehende Entfernung der Sachen für ein Erlöschen des Vermieterpfandrechts genügt und bei Wiedereinbringen neu begründet wird<sup>88</sup>.

Zur Begründung führte der XII. Zivilsenat im Wesentlichen aus<sup>89</sup>:

Der Wortlaut des § 562 a BGB differenziere nicht danach, ob die dem Pfandrecht unterliegenden Sachen auf Dauer oder nur vorübergehend weggeschafft werden. Für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung fänden sich auch keine Hinweise in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Ebenso sprächen systematische Erwägungen nicht für eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Entfernung der Sachen. Eine solche sei insbesondere nicht aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung in Bezug auf Tatbestände des rechtsgeschäftlichen Mobiliarpfandrechts geboten. Denn im Unter-

---

<sup>86</sup> BGH Urteil vom 6. Dezember 2017 - XII ZR 95/16 - NZM 2018, 1083 Rn. 12.

<sup>87</sup> OLG Frankfurt ZMR 2006, 609, 610 und NJW-RR 2007, 230, 231; LG Neuruppin NZM 2000, 962, 963; Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 13. Aufl. § 562 a Rn. 8 ff.; Bub/Treier/von der Osten Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 4. Aufl. III. A Rn. 2230 ff.; Riecke in: Klein-Blenkers/Heinemann/Ring Miete/WEG Nachbarschaft § 562 a BGB Rn. 4; Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. III Rn. 226; Jauernig/Teichmann BGB 16. Aufl. § 562 a Rn. 2; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 767; Soergel/Heintzmann BGB 13. Aufl. § 562 a Rn. 3; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Moeser Geschäftsraummiete 4. Aufl. Kap. 12 Rn. 303; Weimar ZMR 1972, 295, 296; Alexander JuS 2014, 1, 5.

<sup>88</sup> OLG Karlsruhe NJW 1971, 624, 625; OLG Hamm MDR 1981, 407; OLG München UFITA 34 [1961], 218, 219 f.; MünchKommInsO/Ganter 3. Aufl. § 50 Rn. 95a; BeckOK BGB/Ehlert [Stand: 1. August 2012] § 562 a Rn. 4a; BeckOK Mietrecht/Dötsch [Stand: 1. September 2017] § 562 a BGB Rn. 19; Uhlenbruck/Brinkmann InsO 14. Aufl. § 50 Rn. 30; BeckOGK/Reuschle [Stand: 1. Oktober 2017] BGB § 562 a Rn. 4; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer Gewerberaummiete § 562 a BGB Rn. 13 ff.; Jaeger/Henckel InsO § 50 Rn. 46; Staudinger/Emmerich BGB [2018] § 562 a Rn. 5; MünchKommBGB/Artz 7. Aufl. § 562 a Rn. 5; Blank in: Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. § 562 a Rn. 4; Trenk-Hinterberger ZMR 1971, 329, 330 f.; Bronsch ZMR 1970, 1, 2; Fischer-Dieskau/Franke Wohnungsbaurecht [Stand: August 2010] § 562 a BGB Anm. 4; Lützenkirchen/Dickersbach Mietrecht 2. Aufl. § 562 a BGB Rn. 9; Palandt/Weidenkaff BGB 76. Aufl. § 562 a Rn. 4; Spielbauer/Schneider/Kellendorfer Mietrecht § 562 a Rn. 6; Herrlein in: Herrlein/Kandelhard Mietrecht 4. Aufl. § 562 a Rn. 4; Gramlich Mietrecht 13. Aufl. § 562 a; Schach in Kinne/Schach/Bieber Miet- und Mietprozessrecht 7. Aufl. § 562 a Rn. 2; HK-InsO/Büchler/Scholz 6. Aufl. § 50 Rn. 33; Hess InsO 2. Aufl. § 50 Rn. 59; KK-InsO/Hess § 50 Rn. 64; vgl. auch bereits RG WarnRspr. 1909 Nr. 401 S. 377, 378; LG Koblenz JW 1929, 959 mit Anm. Graßhoff; Mittelstein Die Miete 4. Aufl. S. 586 f.

<sup>89</sup> BGH Urteil vom 6. Dezember 2017 - XII ZR 95/16 - NZM 2018, 1083 Rn. 20 ff.

schied zu diesem handele es sich bei dem Vermieterpfandrecht um ein besitzloses Pfandrecht, auf das die besitzrechtliche Bestimmung des § 856 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden könne.

Für das Vermieterpfandrecht enthielte das Gesetz auch keine dem § 1122 Abs. 1 BGB entsprechende Bestimmung, die eine Enthftung bei nur vorübergehender Entfernung ausdrücklich ausschlieÙe. Dass es sich insoweit um ein gesetzgeberisches Versehen handele, könne nicht angenommen werden, nachdem der Gesetzgeber in Bezug auf das Vermieterpfandrecht beispielsweise an Reiseutensilien und reparaturbedürftigen Sachen ausdrücklich eine andere Systematik vorausgesetzt habe als für den Hypothekenverband durch § 1122 Abs. 1 BGB bestimme.

Schließlich sprächen Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für eine ausschließlich räumliche Anknüpfung des Begriffs der Entfernung der Sachen, weil handhabbare Kriterien zur Unterscheidung zwischen einer bloÙ vorübergehenden und einer dauernden Entfernung der Sachen von dem vermieteten Grundstück fehlten. Solche Kriterien führten zu einer der sachenrechtlichen Klarheit unzutraglichen Rechtsunsicherheit.

Zudem sei es auch im Ergebnis nicht gerechtfertigt, wenn sich etwa im Falle einer Ausfahrt zur Reparatur des Fahrzeugs das an den Besitz anknüpfende Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) nicht gegenüber dem besitzlosen Vermieterpfandrecht durchsetze.

Das angefochtene Urteil konnte daher bereits wegen der fehlenden Feststellungen über den Standort der Fahrzeuge und des Anhängers im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung keinen Bestand haben.

Begründet war aber auch die Anschlussrevision der Klägerin. Eine Teilerfüllung deren etwaiger Ansprüche durch Verrechnung mit Gegenansprüchen aus unberechtigter Geschäftsführung im Zusammenhang mit der vorgenommenen Endräumung konnte bereits deshalb nicht angenommen werden, weil es an Feststellungen zu einer Aufrechnungserklärung der Klägerin oder des Beklagten fehlte (§ 388 Satz 1 BGB)<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> BGH Urteil vom 6. Dezember 2017 - XII ZR 95/16 - NZM 2018, 1083 Rn. 28.