

Das Recht auf vorzeitige Vertragsbeendigung bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen - Mögliche Auswege aus einem Kündigungsausschluss

Mit diesem Beitrag möchte ich untersuchen, ob und ggf. unter welchen Bedingungen ein Mieter, der vertraglich für eine bestimmte Zeit auf sein Kündigungsrecht verzichtet hat, das Mietverhältnis vorzeitig beenden kann. Es geht also um die Folgen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, mit der bei der Wohnraummiete ein Ausschluss des Kündigungsrechts für wirksam erachtet wurde.

I. Rechtsprechung zum Ausschluss des Kündigungsrechts

Ein zu häufiger Mieterwechsel ist in der Regel eine Belastung für den Vermieter. Dies nicht nur wegen des anfallenden Verwaltungsaufwandes und der vielfach notwendigen Renovierungen vor Einzug eines neuen Mieters, sondern - in Zeiten eines Übergabes an Wohn- und Geschäftsraum - insbesondere wegen des Risikos eines vorübergehenden Leerstandes und des damit verbundenen Mietausfalls. Diesen Belastungen versuchen viele Vermieter dadurch zu begegnen, dass sie im Vertrag einen befristeten Ausschluss des Kündigungsrechtes vorsehen. Außerdem kann der Vermieter eine Mindestlaufzeit des Vertrages deshalb wünschen, damit sich Investitionen rechnen, die er nur für einen bestimmten Mieter gemacht hat. Der Mieter hat meist gegenläufige Interessen: Er möchte sich bei privaten, beruflichen oder geschäftlichen Veränderungen möglichst schnell von dem Mietobjekt lösen können.

Unter dem alten, unreformierten Mietrecht war ein befristeter Ausschluss des Kündigungsrechts und eine Verlängerung der Kündigungsfristen grundsätzlich möglich¹. Letzteres ist durch die Reform geändert worden: Nach § 573c Abs. 4 BGB sind zum Nachteil des Mieters Abweichungen von der für ihn geltenden Frist zur ordentlichen Kündigung unwirksam. Das verbietet Verlängerungen der Kündigungsfrist für den

¹ Vgl. *Wiek*, WuM 2004, 509; *Palandt*, BGB, 57. Aufl., § 565 Rdn. 5; *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 7. Aufl., § 565 Rdn. 47/48.

Mieter und Verkürzungen für den Vermieter². Außerdem hat die Reform den einfachen Zeitmietvertrag abgeschafft; Zeitmietverträge sind jetzt nur noch bei einem besonderen Bedürfnis des Vermieters zulässig (§ 575 BGB). Angesichts dieser Gesetzesänderungen entstand eine rege Diskussion darüber, ob ein Ausschluss des Kündigungsrechts bei der Wohnraummiete noch zulässig ist, insbesondere ob ein solcher Ausschluss unter das erwähnte Verbot des § 573c Abs. 4 BGB fällt³.

Diese Frage hat der BGH dahingehend entschieden, dass ein individuell vereinbarter Ausschluss des Kündigungsrechts von 60 Monaten einseitig nur für den Mieter zulässig sei⁴. Die Begründung hierfür beruht im wesentlichen darauf, dass § 573c BGB nur die Kündigungsfrist betreffe, diese aber von dem Kündigungsrecht als solchem zu unterscheiden sei. Außerdem sei der Hintergrund der Vorschrift, das Mobilitätsinteresse des Mieters zu sichern, nur eines von gegenläufigen Zielen des Gesetzgebers gewesen. Das Verbot anderer Zeitmietverträge als der nach § 575 BGB erlaubten diene nicht dem Zweck, den Mieter vor einer längeren Bindung an den Vertrag zu schützen, sondern dazu, ein automatisches Auslaufen des Vertrages ohne Kündigungsschutz zu verhindern.

Angesichts dieser Begründung überrascht es wenig, dass ein formularvertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts für ein⁵ bzw. zwei⁶ Jahre in den beiden bisher vom BGH entschiedenen Fällen ebenfalls für zulässig gehalten wurde: Wenn es Vorschriften über den befristeten Ausschluss des Kündigungsrechts nicht gibt, gibt es auch keinen Verstoß gegen den Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und ebenso keine Gefährdung des Vertragszwecks im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB soll nach der Begründung des BGH deshalb ausscheiden, weil sich der Vermieter in gleicher Weise gebunden hat.

² Vgl. *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 2. Aufl., § 573c Rdn. 17/18.

³ Nachweise zur Diskussion bei *Börstinghaus*, *NZM* 2004, 818 Fn. 196.

⁴ Vgl. BGH, *NZM* 2004, 216.

⁵ Vgl. BGH, *NZM* 2004, 734.

⁶ Vgl. BGH, *NZM* 2004, 733.

Offen ist, wie lange der Ausschluss des Kündigungsrechts dauern darf⁷. Den Urteilsbegründungen kann man keinerlei Einschränkungen oder Ansatzpunkte für eine zeitliche Einschränkung entnehmen, so dass als Höchstgrenze die in § 544 BGB genannten 30 Jahre verbleiben. Eine Überschreitung dieser Grenze würde entsprechende Vereinbarungen aber nicht unwirksam machen, sondern nur zu einem Sonderkündigungsrecht nach 30 Jahren führen⁸.

II. Kritik

Die Entscheidungen des BGH sind überwiegend kritisiert worden⁹. Ich teile die Kritik, möchte mich aber etwas zurückhalten, da die Ausgangsentscheidung¹⁰ des BGH vom 22. Dezember 2003 ein Urteil meiner Kammer abgeändert hat¹¹. Nur soviel sei gesagt:

Als ich zu Weihnachten des vorletzten Jahres von der Entscheidung erfuhr, kam mir sofort eine Äußerung von Alfred Brendel, dem Pianisten, in den Sinn, die ich kurz zuvor gelesen hatte: Man solle nicht die Noten spielen, sondern deren Sinn. Dieser auch im Juristischen geltenden Maxime hat der BGH meines Erachtens zuwider gehandelt¹².

Das Wohnraummietrecht ist traditionell geprägt durch den Schutz des Mieters, der durch die Kündigungsvorschriften (insbesondere § 573 BGB) vor dem Verlust seiner Wohnung und damit seines Lebensumfeldes und Lebensmittelpunktes bewahrt werden soll und zu dessen Gunsten Mieterhöhungen stark reglementiert und begrenzt sind. Der Mieterschutz ist in der Vergangenheit vielfach und heftig beklagt worden. Die Klagen waren aber vergeblich, die Mietrechtsreform hat nichts wesentliches geändert, ja, sie wollte den Mieterschutz noch ausbauen angesichts der gesellschaftlichen Entwicklungen: Familien und Lebenspartner trennen sich häufiger als früher, die Arbeitsmarktsituation macht Berufswechsel auch in andere Städte notwendig, die

⁷ Demnächst wird der BGH über einen formularvertraglichen Ausschluss von fünf Jahren befinden (Az: VIII ZR 27/04).

⁸ Vgl. *Blank/Börstinghaus*, Fn. 2, § 544 Rdn. 25.

⁹ Vgl. die Nachweise bei *Börstinghaus*, NZM 2004, 818 Fn. 202.

¹⁰ Vgl. BGH, NZM 2004, 216.

¹¹ Vgl. LG Krefeld, NZM 2003, 309. Die allgemeine Kritik an den Urteilen des BGH teile ich nicht: Kurze Urteile fördern die Verständlichkeit; angesichts der Vielzahl der Verfahren und der höchst-richterlich ungeklärten Rechtsfragen sind schnelle Entscheidungen zu begrüßen.

Menschen werden älter und müssen oft in ein Heim ziehen. In solchen Situationen kann ein bestehender Mietvertrag eine erhebliche Belastung sein. Um dem entgegen zu können, hat die Mietrechtsreform für den Wohnungsmieter unabdingbar eine kurze Kündigungsfrist von drei Monaten vorgesehen (§ 573c Abs. 1 und 4 BGB)¹³.

Auch wenn man sprachlich und formal - wie es der BGH macht¹⁴ - Kündigungsrecht und Kündigungsfrist voneinander abgrenzen kann, so darf man sich doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass beides zu dem Ergebnis führt, dass der Mieter den Mietvertrag nicht oder noch nicht beenden kann¹⁵. Deshalb erscheint mir der befristete Ausschluss des Kündigungsrechtes letztlich wie eine Umgehung des Verbotes der Verlängerung von Kündigungsfristen in § 573c Abs. 4 BGB. Durch einen solchen Ausschluss wird die gesetzgeberische Absicht, die Mobilitätsinteressen der Mieter zu stärken, konterkariert.

Man kann den Gesetzgeber natürlich kritisieren und meinen, er sei mit § 573c BGB über das Ziel hinaus geschossen, weil er die oben schon dargestellten Interessen der Vermieter nicht hinreichend berücksichtigt habe. Die Rechtsprechung des BGH, insbesondere die formularvertragliche Zulassung von Kündigungsausschlüssen, schießt aber gleichermaßen über das Ziel hinaus und lässt die Intention des Gesetzgebers weitgehend außer acht. Dem kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, ein Mieter müsse dem Ausschluss nicht zustimmen: Viele Mieter werden ihn gar nicht bemerken, weil sie derartige Verträge nicht sorgfältig lesen oder sie nicht verstehen, andere sind der Verhandlungsmacht insbesondere der großen Vermieter nicht gewachsen.

III. Auswege

Bei aller Kritik muss man die Rechtsprechung des BGH dennoch als gegeben akzeptieren. Im folgenden soll untersucht werden, welche Rechte und Möglichkeiten einem Mieter zur Verfügung stehen, der mit seinem Vermieter einen befristeten Ausschluss

¹² Ähnlich ist wohl *Fischer*, WuM 2004, 124 zu verstehen.

¹³ Vgl. *Kandelhard*, WuM 2004, 129; siehe außerdem die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu § 573c BGB (Bundestagsdrucksache 14/5663, abgedruckt in NZM 2001, 803).

¹⁴ Vgl. BGH, NZM 2004, 216.

¹⁵ So auch *Kandelhard*, WuM 2004, 130.

des Kündigungsrechts vereinbart hat, der aber vor Ablauf dieser Frist den Mietvertrag beenden will oder muss.

1. Überraschende Klausel

Der BGH hat in den beiden Urteilen, die einen formularvertraglichen Kündigungsausschluss zum Gegenstand hatten¹⁶, nicht dazu Stellung genommen, ob die entsprechenden Klauseln überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB waren. Möglicherweise boten die Fälle keinen Anlass zu einer ausdrücklichen Prüfung, sie ist aber jedenfalls gedanklich immer vorzunehmen, da überraschende Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden und deshalb ein überraschender Kündigungsausschluss unwirksam wäre.

Ein Vertragspartner (hier: der Mieter) muss darauf vertrauen dürfen, dass sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen dessen halten, was bei Würdigung aller Umstände bei derartigen Verträgen zu erwarten ist. Gehen Allgemeine Geschäftsbedingungen über diese Grenze hinaus, dann sind sie insoweit unwirksam. Zweierlei muss dabei zusammen kommen: Es muss sich um eine objektiv ungewöhnliche Klausel handeln und der Mieter darf nicht mit ihr rechnen, er wird von ihr vielmehr überrumpelt; bei letzterem ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines Durchschnittsmieters abzustellen¹⁷.

Klauseln, die einen befristeten Ausschluss des Kündigungsrechtes vorsehen, dürften objektiv ungewöhnlich sein¹⁸. Ein solcher Ausschluss ist nach der dargestellten Rechtsprechung des BGH zwar zulässig, aber gesetzlich nicht geregelt. Ein Mieter, der die Rechtsprechung des BGH nicht kennt, wird in der Regel davon ausgehen, einen unbefristeten Mietvertrag innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfrist beenden zu können¹⁹; dies zumal als ein Kündigungsausschluss in der Vergangenheit wohl nur in einem geringen Teil aller geschlossenen Wohnraummietverträge vorgesehen war und sich - anders als beispielsweise bei der Überwälzung der Schönheitsrepara-

¹⁶ Vg. BGH, NZM 2004, 733 und 734.

¹⁷ Vgl. *Palandt*, BGB, 64. Aufl., § 305c Rdn. 2ff.

¹⁸ Im Ergebnis ebenso *Brock/Lattka*, NZM 2004, 731; auch *Börstingshaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar neues Mietrecht, S. 558 gehen ohne weiteres von einer überraschenden Klausel aus.

¹⁹ So auch *Häublein*, ZMR 2004, 254.

turen - keine allgemein bekannte Vertragspraxis herausgebildet hat. Je länger der Ausschluss dauern soll, desto ungewöhnlicher ist er.

Wenn Ausschlussklauseln wenig verbreitet und wenig bekannt sind, dann hat ihre Verwendung in einem Mietvertrag grundsätzlich auch den für eine überraschende Klausel notwendigen Überraschungseffekt. Dieser Überraschungseffekt kann aber dadurch beseitigt werden, dass der Verwender durch einen eindeutigen Hinweis auf die Klausel aufmerksam macht. Hinsichtlich der Intensität ist zu differenzieren zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit denen lediglich die Erwartung des Mieters auf eine vertragstypkonforme und gebräuchliche Rechtsgestaltung enttäuscht wird, und solchen, die einer durch individuelle Umstände des Vertragsschlusses begründeten Erwartung widersprechen²⁰. Der Überraschungscharakter einer allgemein ungewöhnlichen, weil nicht vertragstypkonformen Klausel entfällt, wenn sie ohne weiteres zu verstehen und drucktechnisch so angeordnet ist, dass eine Kenntnisnahme durch den Mieter erwartet werden kann. Dagegen entfällt bei einer Klausel mit starkem Überraschungsmoment, mit der der Mieter wegen der dem Vertragsschluss vorausgegangen konkreten Umstände nicht rechnen muss, die überraschende Wirkung nur dann, wenn ein individueller Hinweis erteilt wird; eine drucktechnische Hervorhebung reicht nicht²¹.

Wie der BGH Ausschlussklauseln beurteilen wird, ist schwer vorhersehbar²². Das Überraschungsmoment ist umso größer, je eher ein Verstoß gegen § 307 BGB in Betracht kommt²³. Da der BGH die Vereinbarkeit eines Kündigungsausschlusses mit § 307 BGB angesichts der knappen, fast schon apodiktischen Urteilsgründe²⁴ wohl als selbstverständlich angenommen hat, wird man sich darauf einrichten müssen, dass er nur von einem geringeren Überraschungsmoment ausgeht. Sicher ist das aber nicht, da § 305c BGB in den Urteilen keinerlei Rolle spielte. Das kann nicht nur daran liegen, dass der BGH dieser Frage keine Bedeutung beimaß oder sie übersehen hat, es kann auch daran liegen, dass die Parteien die Frage des Kündigungsausschlusses bei den Verhandlungen besprochen haben und aus diesem Grunde

²⁰ Vgl. BGH, NJW-RR 2002, 487.

²¹ Vgl. BGH, NJW-RR 2002, 487

²² Für die Zeit vor der Mietrechtsreform ist keine Rechtsprechung ersichtlich.

²³ In diesem Sinn kann man *Palandt*, Fn. 17, § 305c Rdn. 3 verstehen.

²⁴ Vgl. BGH, NZM 2004, 733 und 734.

das Überraschungsmoment offensichtlich fehlte; ohne die Fälle näher zu kennen, kann das nicht abschließend beurteilt werden.

Meines Erachtens müssen an die Hervorhebung eines Kündigungsausschlusses hohe Anforderungen gestellt werden. Ein fettgedruckter Satz innerhalb der Klausel über die Mietdauer reicht nicht, da viele, wenn nicht gar die meisten Mieter diese Klausel gar nicht lesen. Sie gehen eben von einem unbefristeten Vertrag mit den gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten aus und vertrauen darauf, dass das Formular schon in Ordnung sein werde und der Vermieter einen zulässigen und üblichen Vertragstext gewählt und ausgefüllt habe, der dem Stand des mündlich Vereinbarten entspreche. Beachtet und kritisch geprüft werden in der Regel nur die Vereinbarungen zur Miethöhe. Entscheidend ist aber folgendes: Ein unbefristeter Vertrag enthält grundsätzlich keinen Kündigungsausschluss, da er hierdurch - jedenfalls in der Vorstellung des Mieters als rechtlichem Laien - einem Zeitvertrag angenähert würde. Der Vertragscharakter ändert sich durch einen Kündigungsausschluss erheblich und zwar umso mehr, je länger die Ausschlussfrist dauert. Ein Kündigungsausschluss birgt also ein starkes Überraschungsmoment in dem oben dargestellten Sinn, das nur durch einen individuellen Hinweis beseitigt werden kann. Ich halte es deshalb für erforderlich, dass der Vermieter mit dem Mieter über den befristeten Kündigungsausschluss vor der Vertragsunterzeichnung gesprochen hat. Hilfsweise kommt in Betracht, den Hinweis darauf an so prominenter Stelle des Vertragstextes (etwa direkt über der Unterschrift) unter drucktechnischer Hervorhebung (größere Schrift, Fettdruck, Einrahmung) zu platzieren, dass er dem Mieter förmlich ins Auge springt²⁵.

2. Kein Ausschluss der außerordentlichen Kündigung

Mit einem formularvertraglichen Kündigungsausschluss kann der Mieter wirksam nur auf sein ordentliches Kündigungsrecht verzichten. Wird auch das außerordentliche Kündigungsrecht (auf Zeit) ausdrücklich ausgeschlossen oder spricht die Klausel unterschiedslos von Kündigung, ohne die außerordentliche Kündigung auszunehmen, so ist das unwirksam gem. § 569 Abs. 5 BGB²⁶.

²⁵ Ähnlich Häublein, ZMR 2004, 254.

²⁶ Vgl. Fischer, WuM 2004, 125. Die Vorschrift ist Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes und eigentlich unnötig; vgl. Palandt, Fn. 17, § 314 Rdn. 3.

3. Störung der Geschäftsgrundlage

Den Wohnungsmieter stört ein mit dem Vermieter vereinbarter befristeter Kündigungsausschluss nur dann, wenn er den Vertrag vor Ablauf der Ausschlussfrist beenden möchte; eine Vertragsanpassung nützt ihm nichts. Ein Kündigungsrecht ist in § 313 Abs. 3 S. 2 BGB, der gesetzlichen Normierung der Störung der Geschäftsgrundlage, für Dauerschuldverhältnisse auch vorgesehen²⁷, es dürfte aber zugunsten des Wohnungsmieters nicht in Betracht kommen.

§ 313 BGB greift nämlich nur ein, wenn Umstände, die zur Geschäftsgrundlage geworden sind, sich schwerwiegend verändern und das Risiko dieser Veränderung nicht eine Vertragspartei allein zu tragen hat. Bei der vorliegenden Problematik kann oder will der Mieter die Wohnung nicht mehr nutzen und zwar aus Gründen, mit denen der Vermieter nichts zu tun hat - etwa berufliche oder familiäre Veränderung. Letztlich geht es also darum, wer das Verwendungsrisiko für die Mietsache trägt. Dieses Risiko trifft nach der gesetzlichen Regelung in § 537 BGB aber allein den Mieter²⁸. Abgesehen davon kommt diese Risikoverteilung auch in dem Ausschluss des Kündigungsrechts zum Ausdruck: Für dessen Dauer soll der Mieter sich nicht vom Vertrag lösen können.

4. Übergesetzliches Kündigungsrecht

Das von *Blank*²⁹ diskutierte übergesetzliche Kündigungsrecht dürfte nicht existieren. Die Idee beruht auf einer Bemerkung des BGH in einem Urteil aus dem Jahr 1991³⁰, das eine Analogie zu §§ 626, 723 BGB erwähnt. Den hinter diesen Vorschriften stehenden Gedanken, jedes Dauerschuldverhältnis müsse aus wichtigem Grund beendet werden können, ist aber - zeitlich nach diesem Urteil - bereits gesetzlich umgesetzt worden, nämlich in § 314 BGB für alle Dauerschuldverhältnisse und in § 543 Abs. 1 BGB für Mietverträge. § 543 Abs. 1 BGB, der in seinem Anwendungsbereich § 314 BGB verdrängt³¹, sieht für die hier zu diskutierenden Fälle, in denen sich der

²⁷ Entgegen *Palandt*, Fn. 17, § 313 Rdn. 26 ist in solchen Fällen angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts in § 313 Abs. 3 S. 2 BGB die Kündigung gem. § 314 BGB nicht *lex specialis*.

²⁸ Vgl. *Blank/Börstinghaus*, Fn. 2, § 537 Rdn. 4/5.

²⁹ Vgl. ZMR 2002, 802.

³⁰ Vgl. NJW 1992, 1158.

³¹ Vgl. *Palandt*, Fn. 17, § 314 Rdn. 4.

Mieter trotz eines Kündigungsausschlusses von dem Vertrag lösen will, ein Kündigungsrecht nicht vor, da der Mieter das einseitig aus seiner Sphäre stammende Verwendungsrisiko selbst zu tragen hat³².

5. Untermiete

Mancher Mieter, der einen befristeten Kündigungsausschluss vereinbart hat, die Wohnung vor dessen Anlauf aber nicht mehr benötigt, könnte auf die Idee verfallen, sie unterzuvermieten. Das ist meist kein empfehlenswerter Weg.

Zunächst ist festzuhalten, dass für solche Fälle nicht § 553 BGB einschlägig ist. Diese Vorschrift gilt nur dann, wenn ein Teil des Wohnraums einem Dritten überlassen werden soll, wenn also der Hauptmieter selbst in der Wohnung wohnen bleibt. Rechtliche Grundlage ist vielmehr allein § 540 BGB. Hiernach wird zwischen dem Hauptmieter und dem Untermieter ein Mietvertrag nach den allgemeinen Bestimmungen begründet³³ mit der Folge, dass für den Untermieter insbesondere auch die Schutzvorschriften der §§ 572, 573 BGB gelten. Das führt dazu, dass ein Gleichlauf beider Mietverhältnisse, des Hauptmietvertrages und des Untermietvertrages, praktisch kaum zu erreichen ist, was erhebliche Gefahren für den Hauptmieter bergen kann.

Der Untermietvertrag kann nämlich wegen des entsprechenden Verbots in § 572 Abs. 2 BGB nicht unter der auflösenden Bedingung geschlossen werden, dass der Hauptmietvertrag fortbesteht³⁴. Streitig ist, ob die Beendigung des Hauptmietvertrages den Hauptmieter berechtigt, das Untermietverhältnis zu kündigen³⁵. Der BGH³⁶ verneint dies zutreffender Weise. Der Grund dürfte wohl darin liegen, dass andernfalls der Untermieter sämtliche Bestandsrisiken des Hauptmietvertrages, also auch zum Beispiel die Beendigung durch außerordentliche Kündigung wegen Hauptmieterschuldens, zu tragen hätte. Dieses Risiko trägt der Untermieter wegen § 546 Abs. 2 BGB zwar ohnehin, da der Vermieter nach Beendigung des Hauptmietvertrages einen selbständigen Rückgabeanspruch gegen den Untermieter erhält, der unabhängig vom Fortbestand des Untermietvertrages und dort bestehender Kündi-

³² So auch Hinz, NZM 2003, 661 und WuM 2004, 128.

³³ Vgl. *Blank/Börstinghaus*, Fn. 2, § 540 Rdn. 4.

³⁴ Vgl. *Blank/Börstinghaus*, Fn. 2, § 540 Rdn. 6.

³⁵ Nachweise bei *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 8. Aufl., § 573 Rdn. 199 Fn. 591.

³⁶ Vgl. NJW 1996, 1887.

gungsschutzrechte ist³⁷; dem Untermieter bleibt aber ein Schadensersatzanspruch gegen den Hauptmieter gem. § 536a BGB³⁸, der nicht bestehen würde, wenn der Hauptmieter den Untermietvertrag allein deswegen berechtigt kündigen könnte, weil der Hauptmietvertrag endet.

Ein Recht zur ordentlichen Kündigung des Untermietvertrages wird teilweise dann angenommen, wenn der Vermieter dem Hauptmieter ordentlich gem. § 573 BGB - zum Beispiel wegen Eigenbedarf - kündigen kann³⁹. Das mag richtig sein, wenn der Untermieter von der Existenz des Hauptmietvertrages weiß sowie davon, dass es für das berechnete Interesse im Ergebnis auf das Interesse des Vermieters ankommt und nicht das des Hauptmieters⁴⁰. Ohne Kenntnis dieser Umstände kann er falsche Vorstellungen über die künftigen Möglichkeiten einer ordentlichen Kündigung haben, weil etwa ein Eigenbedarf ohne Kenntnis der Person, die ihn geltend machen könnte, schwer abschätzbar ist.

Festzuhalten ist danach, dass die Untermiete sowohl für den Untermieter erhebliche Risiken birgt und deshalb Untermieter kaum zu finden sein dürften, dass aber auch der Hauptmieter sich bei vorzeitiger Beendigung des Hauptmietvertrages erheblich schadensersatzpflichtig machen kann. Vorteilhaft ist die Untermiete allein deshalb, weil sie zwar erlaubnispflichtig ist, die Erlaubnis aber nur dann versagt werden darf, wenn in der Person des Untermieters ein wichtiger Grund vorliegt; ein besonderes Interesse oder Bedürfnis des Hauptmieters an der Untermiete ist nicht erforderlich (§ 540 Abs. 1 BGB). Wenn die Not des Mieters so groß ist, dass er aus der Wohnung ausziehen muss, sich aber die Weiterzahlung der Miete nicht leisten kann, und er deshalb erwägt, unterzuvermieten, so dürfte in der Regel ein Fall vorliegen, in dem auch die Gestellung eines Ersatzmieters möglich ist⁴¹; hiervon sollte er dann Gebrauch machen, weil er so die endgültige Entlassung aus dem Mietvertrag erreichen kann. Sollte der Hauptmieter dennoch untervermieten wollen und seinem Vermieter einen geeigneten Untermieter anbieten, so steht ihm gem. § 540 Abs. 1 S. 2 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht mit gesetzlicher Frist zu, wenn sein

³⁷ Vgl. BGH, NJW 1982, 1697.

³⁸ Siehe dazu *Schmidt-Futterer*, Fn. 35, § 546 Rdn. 141.

³⁹ So *Schmidt-Futterer*, Fn. 35, § 573 Rdn. 199.

⁴⁰ So für die ähnlichgelagerte Problematik bei der gewerblichen Zwischenmiete vor Inkrafttreten von § 565 BGB bzw. dessen inhaltsgleiche Vorläufervorm: BGH, NJW 1991, 1816.

⁴¹ Siehe dazu sogleich unter 6.

Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung grundlos verweigert⁴². Auf diesem Weg könnte der Hauptmieter sich dann trotz des Kündigungsausschlusses von dem Vertrag lösen.

6. Ersatzmieter

Wie oben schon angedeutet, verschiebt ein Kündigungsausschluss das vertragliche Gleichgewicht und zwar je mehr, je länger er dauert. Bei einem - individualvertraglich möglichen⁴³ - einseitigen Kündigungsverzicht ist das offensichtlich, bei einem beiderseitigen Kündigungsverzicht ist das Gleichgewicht aber praktisch genauso verschoben⁴⁴. Während nämlich der Mieter auf ein jederzeit ausübbares ordentliches Kündigungsrecht verzichtet, verzichtet der Vermieter auf etwas, was ihm ohnehin nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zusteht, da er nur bei einem besonderen Interesse an der Wiedererlangung der Wohnung (Eigenbedarf, wirtschaftliche Verwertung; § 573 BGB) kündigen darf. Dieses potentielle Ungleichgewicht hat auch wohl der BGH erkannt, weil er meinte, unzumutbare (insbesondere finanzielle) Belastungen des Mieters könnten durch Stellung eines Nachmieters im Regelfall gemildert werden⁴⁵. Dieser Weg ist jedoch steinig, wie zu zeigen sein wird.

Bis zur Rechtsprechung des BGH zum Kündigungsausschluss am Ende des Jahres 2003 galt es als gesichert⁴⁶, dass ein Wohnungsmieter Anspruch auf Entlassung aus dem Vertrag hat, wenn er einen geeigneten Nachmieter stellt und sein berechtigtes Interesse an der Aufhebung dasjenige des Vermieters am Bestand des Vertrages ganz erheblich überwiegt. Das soll in der Regel nur dann der Fall sein, wenn dem Mieter aus Gründen, die er nicht bewusst zur Verbesserung seiner Wohnungssituation herbeigeführt hat, das Festhalten am Vertrag unzumutbar geworden ist, etwa bei Krankheit, berufsbedingtem Ortswechsel oder erheblichem Familienzuwachs⁴⁷.

⁴² Einzelheiten dazu bei *Schmidt-Futterer*, Fn. 35, § 540 Rdn. 39ff.

⁴³ Vgl. BGH, NZM 2004, 216.

⁴⁴ So auch *Wiek*, WuM 2004, 511; a.A. *Brock/Lattka*, NZM 2004, 731.

⁴⁵ Vgl. BGH, NZM 2004, 216.

⁴⁶ Vgl. *Kandelhard*, NZM 2004, 846/847; *Hinz*, NZM 2003, 660/661; *Wiechardt*, ZMR 1982, 162; *Schmidt-Futterer*, Fn. 35, nach § 542 Rdn. 10; *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Anm. II 820; *Staudingers* Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2003, § 537 Rdn. 20.

⁴⁷ So der Rechtsentscheid des OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1743, auf dem die herrschende Meinung beruht.

Diese Rechtspraxis war nicht leicht zu begründen. Ihrer Darstellung bzw. Herleitung geht nahezu immer die Erwähnung der Selbstverständlichkeit voraus, dass auch im Mietrecht der Grundsatz gelte, Verträge seien einzuhalten und es gebe grundsätzlich kein Recht des Mieters auf vorzeitige Vertragsaufhebung⁴⁸. Das folgt nicht nur aus allgemeinen vertragsrechtlichen Grundlagen, für das Mietrecht kommt hinzu, dass der historische Gesetzgeber des BGB das jederzeitige Recht des Mieters auf Stellung eines Ersatzmieters beraten, aber nicht hat Gesetz werden lassen, sondern sich vielmehr ausdrücklich gegen entsprechende Regelungen des Preußischen Landrechts entschieden hat⁴⁹. Es bedurfte daher schon des Rückgriffs auf § 242 BGB, um diese historischen Wurzeln jedenfalls in Ausnahmefällen hinter sich zu lassen. Aber verstößt ein Vermieter, der einen Mieter an dem Vertrag festhalten will, tatsächlich gegen Treu und Glauben? Die Begründung konnte nur ergebnisorientiert ausfallen, da es - wie oben schon erwähnt - in den diskutierten Fällen letztlich um das Verwendungsrisiko geht, das nach der regelmäßigen Risikoverteilung bei Mietverträgen grundsätzlich beim Mieter liegt, so dass ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht kommt. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist aber nichts anderes als eine - jetzt gesetzlich normierte - Ausprägung von Treu und Glauben.

Auch Rechtsmissbrauch wegen Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses⁵⁰, ein anderes Einfallstor für § 242 BGB, kann einem Vermieter, der am Vertrag festhalten will, in der Regel nicht vorgeworfen werden. Zwar mag er durch einen Ersatzmieter die Miete ebenso regelmäßig erhalten wie von dem ausscheidewilligen Mieter; Geld ist aber nicht alles. Das OLG Karlsruhe drückt diese Überlegung zurückhaltend so aus⁵¹:

„Der Vermieter kann auch bei Aufnahme eines neuen in jeder Hinsicht zuverlässig erscheinenden Mieters nie schon mit hinreichender Sicherheit beurteilen, ob sich zu diesem ein ungestörtes Vertragsverhältnis entwickeln wird. Die Persönlichkeit eines Vertragspartners lässt sich häufig erst zutreffend beurteilen, wenn das Dauerrechtsverhältnis schon eine Zeitlang in Kraft ist. Dann zeigen sich manchmal Eigenschaften, die zu einer erheblichen Beeinträchti-

⁴⁸ Vgl. *Gather*, DWW 1985, 197; *Schmidt-Futterer*, Fn. 35, nach § 542 Rdn. 10.

⁴⁹ Ausführlich zur Gesetzesgeschichte *Wiechardt*, ZMR 1982, 161; außerdem OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1742.

⁵⁰ Vgl. dazu allgemein *Palandt*, Fn. 17, § 242 Rdn. 50.

⁵¹ OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1742.

gung des Hausfriedens oder einer übermäßigen Abnutzung der Mietsache führen. Auf diese Weise kann im Einzelfall eine beträchtliche Belastung für den Vermieter eintreten, mit der er ursprünglich nicht zu rechnen brauchte und die zu beseitigen ihm erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Bei einem Mietvertrag über Wohnräume hängt der ungestörte Vertragsablauf häufig in einem Maße wie bei wenigen anderen Verträgen von dem persönlichen Verhältnis der Vertragspartner zueinander ab, das wiederum von vielen Einzelfaktoren, die vorher nicht alle berechenbar sind, beeinflusst wird. Für den Vermieter ist es daher meistens von erheblicher Bedeutung, mit welcher Person er es als Mieter zu tun hat.“

Mit anderen Worten: Jeder Mietrechtspraktiker kennt Mieter, die ein Vermieter trotz pünktlicher Mietzahlung lieber heute als morgen loswerden möchte. Dieses Risiko zu meiden ist ein verständliches Anliegen eines Vermieters, insbesondere wenn er von eher konfliktscheuem Charakter ist. Abgesehen davon gibt es die eingangs des Referats beschriebenen Gründe, aus denen ein Vermieter einen Mieterwechsel zu vermeiden versucht.

Naheliegender ist es dann schon, das jedem Vertrag, besonders aber Dauerschuldverhältnissen immanente Rücksichtnahmegebot, jetzt normiert in § 241 Abs. 2 BGB, zu bemühen. Zwar fallen darunter auch die Vermögensinteressen des Mieters⁵², die natürlich berührt sind, wenn er möglicherweise für zwei Wohnungen Miete bezahlen muss. Aber - das kann nur wiederholt werden - letztlich geht es um das Verwendungsrisiko, das auch nicht über das Rücksichtnahmegebot auf den Vermieter abgewälzt werden kann.

Trotz dieser grundsätzlichen Bedenken ist im Ergebnis von der beschriebenen Rechtsprechung zur Gestellung eines Ersatzmieters auszugehen. Möglicherweise hat sie sich auch schon so im Bewusstsein der Bevölkerung als Rechtsüberzeugung durchgesetzt⁵³, dass nicht mehr nur von sog. Gerichtsgebrauch gesprochen werden kann, sondern von Gewohnheitsrecht⁵⁴. Dies auch deshalb, weil der Gesetzgeber die Frage bei der Mietrechtsreform nicht geregelt oder beschnitten hat - anders als der

⁵² Vgl. *Blank*, WuM 2004, 244.

⁵³ Vergleiche *Derleder*, NZM 2004, 248.

⁵⁴ Allgemein zum Gewohnheitsrecht *Palandt*, Fn. 17, Einleitung vor § 1 Rdn. 22.

historische Gesetzgeber des BGB, dessen ausdrücklicher Wille es war, alte Vorschriften über die Gestellung eines Ersatzmieters nicht zu übernehmen.

Die Kenntnis dieser Wurzeln ist wichtig für die Beurteilung der Frage, ob die Rechtsprechung des BGH zum Kündigungsausschluss Anlass gibt, das Recht des Mieters auf Stellung eines Ersatzmieters auszuweiten, um so aus dem Vertrag herauszukommen. Ich glaube, dass das nur in engen Grenzen möglich ist⁵⁵. Dieses Recht des Mieters berührt nämlich - wie ausgeführt - das gegenläufige, selbstverständliche Recht des Vermieters, an dem geschlossenen Vertrag festzuhalten. Bei der Vereinbarung eines Kündigungsausschlusses kommt hinzu, dass der Vermieter mit dem Kündigungsausschluss dieses Recht nochmals für einen befristeten Zeitraum geradezu manifestiert hat. Man darf auf der anderen Seite natürlich nicht verkennen, dass das vertragliche Gleichgewicht durch den Kündigungsausschluss - wie eingangs dargestellt - zu Lasten des Mieters verschoben wird. Wenn man das aber mit dem BGH für möglich und zulässig hält, dann darf dem Vermieter über ein zu weitgehendes Recht zur Gestellung eines Ersatzmieters nicht das genommen werden, was man ihm gerade zugestanden hat. Das wäre nämlich die Konsequenz, wenn nicht mehr wie bisher ein überwiegendes Interesse des Mieters an der Vertragsbeendigung notwendig wäre, sondern jedes berechnete Interesse des Mieters ausreichen würde, wenn also jede vernünftige, nachvollziehbare Erwägung⁵⁶ des Mieters genügt.

Zwei Beispielsfälle mögen das verdeutlichen: Ein verheirateter Richter wohnt in einer Dreizimmerwohnung, eines der Zimmer benutzt er als Arbeitszimmer. Nach der Geburt eines Kindes ist es natürlich eine vernünftige nachvollziehbare Erwägung, wenn der Richter in eine Vierzimmerwohnung umziehen möchte, um weiterhin ein Arbeitszimmer zu haben und überdies ein Kinderzimmer. Eine besondere Härte oder ein die Vermieterbelange überwiegendes Interesse an einer Vertragsbeendigung ist aber nicht zu erkennen. Der Vermieter ist nämlich nicht dazu da, die richterliche Unabhängigkeit seines Mieters zu verwirklichen; diesem steht im Gericht ein Arbeitszimmer zur Verfügung. Auch der Mieter, der ein Haus kauft oder baut, ist nicht schutzwürdig. Der Vermieter ist nicht dazu da, den Mieter bei der Verwirklichung solcher Pläne zu unterstützen; es gibt auch kein Grundrecht auf ein Eigenheim, selbst wenn

⁵⁵ A.A., aber ohne nähere Begründung *Wiek*, WuM 2004, 513.

das im Zusammenhang mit der Diskussion um die Eigenheimzulage manchmal unterschwellig anklingt.

Diese Beispiele passen natürlich genauso zur alten Rechtslage vor der Mietrechtsreform. In der Tat bedeutet die Rechtssprechung des BGH zum Kündigungsausschluss auch keine Wende in der Problematik; nach der Mietrechtsreform war man nur überwiegend davon ausgegangen, ein Kündigungsausschluss sei nicht mehr möglich und wegen der gleichzeitigen weitgehenden Abschaffung des Zeitmietvertrages stelle sich die Problematik der Ersatzmieterstellung nicht mehr oder jedenfalls nur selten. Damit hat der BGH aber ein Ende gemacht. Der Unterschied zur früheren Rechtslage wird im wesentlichen nur sein, dass damals vorwiegend befristete Mietverträge betroffen waren, wohingegen es jetzt hauptsächlich um Verträge mit befristetem Kündigungsausschluss geht.

Wenn es nun - wie ich befürchte - dazu kommt, dass der BGH auch zeitlich sehr lange dauernde Kündigungsausschlüsse für wirksam hält, muss wohl stärker in die Abwägung der beiderseitigen Zumutbarkeit einfließen, dass die Lebensplanung eines Mieters erheblich eingeschränkt werden kann. Damit kann auch das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit berührt sein, dessen Verwirklichung ebenso wie das Eigentumsgrundrecht des Vermieters bei der Auslegung und Anwendung des § 242 BGB zu berücksichtigen ist⁵⁷. Nach Ablauf einer bestimmten Zeit des Mietverhältnisses müssen die Interessen des Vermieters an einem Vertrag gerade mit diesem Mieter und sein Interesse, einen zu häufigen Mieterwechsel zu vermeiden, hinter dem Interesse des Mieters, sein Leben neu zu gestalten, zurücktreten und es sollten vernünftige, nachvollziehbare Gründe für eine Vertragsbeendigung ausreichen. Wo man diese zeitliche Grenze zieht, ist weitgehend willkürlich. Weil jeder Mensch ein potentieller Zahlenmystiker ist, bieten sich runde Zahlen an. In unserer schnelllebigen Zeit sollten es eher fünf als zehn Jahre sein. Dies dürfte auch eher der Intention des Gesetzgebers entgegenkommen, der mit § 573c Abs. 1 und 4 BGB das Mobilitätsinteresse des Mieters stärken wollte.

Wie der BGH zu möglichen Lockerungen bei der Ersatzmieterstellung steht, ist offen. Er hat bisher hierzu noch nicht entschieden, nur beiläufige Bemerkungen gemacht. In

⁵⁶ Vgl. *Hinz*, NZM 2003, 660.

seinem ersten Urteil zur Zulässigkeit des Kündigungsausschlusses vom 22. Dezember 2004⁵⁸ hat er auf das Urteil vom 18. Juni 2003⁵⁹ verwiesen. Dort führt der BGH aus, der Mieter habe - wie schon nach bisherigem Recht - in Härtefällen einen Anspruch auf vorzeitige Aufhebung des Vertrages, wenn er einen Ersatzmieter stelle. Hieraus ist in keiner Weise eine Lockerung zu Gunsten des Mieters abzulesen⁶⁰: Der Verweis auf das bisherige Recht erfolgt unter Angabe einer Fundstelle in der Voraufgabe des aktuellen *Schmidt-Futterer*⁶¹, wo der oben schon dargestellte bisherige Rechtsstand beschrieben wird. Die vom BGH angeführten Härtefälle sind diejenigen, die im Rechtsausschuss des Bundestages anlässlich der Mietrechtsreform diskutiert wurden und die Gegenstand der Beschlussempfehlung des Ausschusses waren⁶². Der Rechtsausschuss verstand unter Härtefällen solche, bei denen der Mieter aus gesundheitlichen, beruflichen oder anderen Gründen zu einem Umzug gezwungen ist. Das entspricht den Gründen, aus denen nach der bisherigem Rechtsstand ein überwiegendes Interesse des Mieters an der Vertragsaufhebung angenommen wurde.

In einer weiteren Entscheidung aus neuerer Zeit, nämlich mit Urteil vom 22. Januar 2003⁶³, hat der BGH neben der Stellung eines geeigneten und zumutbaren Ersatzmieters ein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Beendigung des Vertrages für notwendig gehalten, nicht aber ein überwiegendes Interesse des Mieters erwähnt. Meines Erachtens kann dies nicht als Lockerung verstanden werden in dem Sinne, dass verständliche, nachvollziehbare Gründe auf Seiten des Mieters ausreichen⁶⁴. Denn einmal handelte es sich um ein obiter dictum, für die getroffene Entscheidung kam es auf die näheren Voraussetzungen der Ersatzmieterstellung nicht an; zum anderen wurde dieses Urteil ca. fünf Monate vor dem eben erwähnten Urteil vom 18. Juni 2003⁶⁵ gefällt und ist damit überholt. Eine Lockerung ist zwar nicht ausgeschlossen, meines Erachtens aber nicht wahrscheinlich, weil dadurch der vom BGH für zu-

⁵⁷ Vgl. zur Ausstrahlungswirkung der Grundrechte Palandt, Fn. 17, § 242 Rdn. 7.

⁵⁸ Vgl. BGH, NZM 2004, 216.

⁵⁹ Vgl. NZM 2003, 711.

⁶⁰ A.A. Fischer, WuM 2004, 125, die aber wohl den Bezug des BGH auf die herrschende Meinung übersieht.

⁶¹ Mietrecht, Fn. 1, nach § 564 Rdn. 10.

⁶² Es handelt sich um die Begründung der Beschlussempfehlung zu § 573c BGB (Bundestagsdrucksache 14/5663, abgedruckt in NZM 2001, 803); der Ausschuss war der Meinung wegen der Härtefälle solle die Kündigungsfrist für den Mieter einheitlich drei Monate betragen..

⁶³ Vgl. WuM 2003, 204.

⁶⁴ So wohl auch Hinz, NZM 2003, 660; zweifelnd aber in WuM 2004, 128.

⁶⁵ Vgl. NZM 2003, 711.

lässig erachtete Kündigungsausschluss erheblich aufgeweicht, wenn nicht gar entwertet würde. Gewiss ist wohl nur, dass der BGH nicht hinter das zurückfallen wird, was bisher als gesichert galt⁶⁶.

7. Gewerbemiete

Das Recht des Mieters, einen Ersatzmieter zu stellen, kann für die Gewerbemiete grundsätzlich nicht anders beurteilt werden als für die Wohnraummiete, wenn man das Recht als Ausfluss von Treu und Glauben betrachtet: Auch der Gewerbemieter kann in Härtefällen ein erhebliches, das Bestandsinteresse des Vermieters überwiegendes Interesse an der Beendigung des Vertrages haben; die Art der Härtefälle wird sich freilich unterscheiden⁶⁷. Das dürfte inzwischen auch herrschende Meinung sein⁶⁸. Wenn man aber beide Vertragsarten bisher gleich behandelt hat, dann muss das auch für eventuelle Lockerungen in der Zukunft gelten.

⁶⁶ Der Stand der Rechtsprechung und Literatur zu den Einzelheiten der Ersatzmieterstellung ist nachzulesen bei *Kandelhard*, NZM 2004, 846/847; *Schmidt-Futterer*, Fn. 35, nach § 542 Rdn. 10; *Bub/Treier*, Fn. 46, Anm. II 820; *Staudinger*, Fn. 46, § 537 Rdn. 20.

⁶⁷ Vgl. *Bub/Treier*, Fn. 46, Anm. II 831.

⁶⁸ Vgl. *Bub/Treier*, Fn. 46, Anm. II 830; *Staudinger*, Fn. 46, § 537 Rdn. 20. A.A. wohl nur *Schulz*, ZMR 1985, 8, der das kaum nachvollziehbar aus den Unterschieden zwischen §§ 540, 553 BGB herleiten will, und *Schmidt-Futterer*, Fn. 35, nach § 542 Rdn. 10. Letzterer meint, die Interessen des Gewerbemieters seien durch die Möglichkeit der Untermiete hinreichend geschützt - wohl deshalb, weil er anders als der von § 572 BGB betroffene Wohnraummieter den Untermietvertrag auflösend bedingt vom Bestand des Hauptmietvertrages abhängig machen könne; eine solche Lösung würde aber zu unnötigen Differenzierungen führen zwischen Gewerbemietverhältnissen, bei denen das Recht zur Untervermietung zulässigerweise (vgl. dazu *Seyfarth*, NZM 2002, 201) ausgeschlossen ist, und solchen Gewerbemietverhältnissen, die zur Untermiete berechtigen.