

## Aufhebungsvertrag und Ersatzmieterstellung\*

### Einleitung

*„Der neue Kapitalismus erzeugt eine durchgehende Unsicherheit, nicht nur bei den Verlierern, auch bei den Gewinnern geht jede Gewissheit verloren. Das zukunftsorientierte Wirtschaften ist ganz auf Kurzfristigkeit und Elastizität angelegt. Dieses neue „Regime“ fordert den flexiblen Menschen, der sich ständig neuen Aufgaben stellt und stets bereit ist, Arbeitsstelle, Arbeitsformen und Wohnort zu wechseln“<sup>1</sup>. Dies widerstrebt der Natur des Menschen, der aus dem Urzustand, dem „Krieg aller gegen aller“ aufgebrochen ist, um in einem Staat Frieden zu finden<sup>2</sup>, den er zur Vermeidung von Risiken sogar zum „Vorsorgestaat“ weiterentwickelt hat<sup>3</sup>. Der menschliche Charakter strebt nach Sicherheit, Verlässlichkeit und (kontinuierlicher) Entwicklung.*

Immobilität und Flexibilität kollidieren gerade im Mietrecht: Denn selbst der mobile Protagonist des neuen Kapitalismus lebt, arbeitet und wirtschaftet in einer Immobilie. Diese ist zwar auch eine über Verträge am Markt gehandelte Ware, jedoch qua definitionem inflexibel und nicht in der Lage, sich (kurzfristig) einem geänderten Bedarf anzupassen. In der Raumnutzung verwirklicht sich immer noch der auf Beständigkeit setzende Charakter des Menschen, schnell auf und abbaubare „Containerwohnungen“ hat der moderne Kapitalismus kaum entwickelt, in Deutschland vermag sich selbst das kurzfristigere Holzhaus – wohl auch psychologisch bedingt – nicht entscheidend durchzusetzen. Der (notwendig) flexible Nachfrager trifft damit auf einen nach Sicherheit strebenden Anbieter, der die dauerhafte Rendite sucht und mangels Mobilität den Wechsel scheut.

---

\* Überarbeitete und ergänzte Fassung des Vortrages auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2004.

<sup>1</sup> Aus dem Umschlagstext zu Sennet, Der flexible Mensch, 2000.

<sup>2</sup> Hobbes, Leviathan, 1651, Deutsche Ausgabe Stuttgart 1980, insbes. S. 112ff., 151ff.; weniger pessimistisch auch Locke, The second treaties of government, 1689, Deutsche Ausgabe Stuttgart 1983, insbes. S. 4ff., 59ff.

<sup>3</sup> Ewald, Der Vorsorgestaat, 1986.

Die Verständigung über Flexibilität oder Immobilität erfolgt im Aufhebungsvertrag, scheitert er, wird der Konflikt juristisch über die Rechte des Mieters zur Kündigung, Untervermietung<sup>4</sup> oder Ersatzmieterstellung entschieden.

## **I. Relevanz nach der Mietrechtsreform**

Eine Kommunikation über die Mobilität des Mieters bleibt entbehrlich, wenn der Mieter sein Beendigungsinteresse mittels einer Kündigung des Vertrages einseitig realisieren kann. Dies scheint bei der Wohnraummiete gewährleistet, da § 575 der Immobilität enge Grenzen setzt. Dennoch hat der BGH unlängst einen (individualvertraglichen) Kündigungsausschluss für wirksam angesehen<sup>5</sup> und damit die von § 573c eröffnete Flexibilität in Frage gestellt. Diese Auffassung lässt sich mit Intention, Systematik und Wortlaut des (Mietrechtsreform-)Gesetzes zwar nur schwer in Einklang bringen<sup>6</sup>, dürfte für die Praxis aber (zunächst) leitend sein. Regelmäßig werden derartige Klauseln jedoch formularvertraglich vereinbart, so dass Praxis, Rechtsprechung und Wissenschaft vor der Aufgabe stehen, die AGB-rechtliche Reichweite von Kündigungsausschlüssen im Detail auszutarieren<sup>7</sup>. Unabhängig davon ist in der Rechtswirklichkeit aber künftig wieder vermehrt mit langfristigen Wohnraummietverträgen zu rechnen. Als Ausweg für davon betroffene Mieter hat der BGH explizit auf die Rechtsgrundsätze zur Ersatzmieterstellung verwiesen<sup>8</sup>, so dass das Thema rechtzeitig zum Deutschen Mietgerichtstag (ungeahnte) Aktualität erfahren hat.

## **II. Die Ersatzmieterstellung**

### **1. Die Voraussetzungen der Ersatzmieterstellung**

Unter welchen Voraussetzungen der Mieter gegen Stellung eines Ersatzmieters vorzeitig aus dem Vertrag ausscheiden kann, ist für die Praxis durch drei oberlandesgerichtliche Rechtsentscheide aus dem Jahre 1981 als weitgehend geklärt anzusehen<sup>9</sup>. Zunächst hat das OLG Ol-

---

<sup>4</sup> S. dazu näher Kandelhard, Die Rechte des Wohn- und des Gewerberaummieters zur Realisierung einer Bedarfsänderung, 1999, S. 41ff.

<sup>5</sup> S. BGH, WuM 2004, 157.

<sup>6</sup> S. dazu näher die ablehnenden Anm. von Fischer, WuM 2004, 123; Hinz, WuM 2004, 126; Kandelhard, WuM 2004, 129.

<sup>7</sup> S. dazu Kandelhard, WuM 2004, 129.

<sup>8</sup> BGH, WuM 2004, 157.

<sup>9</sup> OLG Oldenburg, WuM 1981, 125; OLG Karlsruhe, WuM 1981, 173; OLG Oldenburg, WuM 1982, 124.

denburg<sup>10</sup> ausgesprochen, dass der Mieter jedenfalls dann nicht gegen Stellung eines Ersatzmieters aus dem Vertrag ausscheiden kann, wenn er aus von vornherein absehbaren Gründen den Vertrag beenden möchte und der Vermieter alsbald danach mit einem anderen Mieter, über das Ende der Mietzeit hinaus einen Vertrag zu besseren Bedingungen abzuschließen wünscht. Welches der beiden Elemente entscheidend ist und ob evtl. eines allein ausreichend sein kann, um die Ersatzmieterstellung zu versagen, wurde vom OLG nicht mitgeteilt.

Heute noch den Maßstab bildet der kurz darauf folgende Rechtsentscheid des OLG Karlsruhe<sup>11</sup>. Darin wurde das Recht des Mieters zur Ersatzmieterstellung endgültig von einem wichtigen Grund auf Seiten des Mieters abhängig gemacht. In der Formulierung sogar noch enger hielt das OLG Karlsruhe es für erforderlich, dass das Interesse des Mieters an der Aufhebung des Vertrages dasjenige des Vermieters an dessen Bestand erheblich überwiegen müsse<sup>12</sup>. Dies sollte jedenfalls bei einer nur auf die Veränderung seiner Wohnsituation abzielenden, freien Entscheidung des Mieters nicht der Fall sein<sup>13</sup>.

Kurz danach erging ein weiterer Rechtsentscheid des OLG Oldenburg, in dem die Ersatzmieterstellung jedenfalls bei nur noch kurzer, in concreto dreimonatiger, Restlaufzeit versagt wurde, da die Bindung des Mieters in diesem Fall keine besondere Härte darstelle<sup>14</sup>. In der Literatur sind Gegenstimmen vereinzelt geblieben<sup>15</sup>, sie ist der Rechtsprechung weitgehend gefolgt<sup>16</sup>. Später hat sich auch das OLG Hamm in einem weiteren Rechtsentscheid dem OLG Karlsruhe angeschlossen. Veränderte Kriterien gab das OLG Hamm nicht an: die Maßstäbe

---

<sup>10</sup> WuM 1981, 125.

<sup>11</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 173 = NJW 1981, 1741 = ZMR 1981, 269.

<sup>12</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 173, 176; später ebenso OLG Oldenburg (RE), WuM 1982, 124, 125; OLG Hamburg, ZMR 1987, 93; OLG Hamburg, DWW 1987, 98, 99; OLG Düsseldorf, WuM 1994, 469, 470; OLG München, ZMR 1995, 156, 157 = NJW-RR 1995, 393; OLG München, ZMR 1995, 579, 581; LG Frankfurt a. M., ZMR 1984, 309; LG Köln, WuM 1986, 216; LG Köln, WuM 1989, 283; LG Köln, WuM 1989, 374; LG Berlin, MDR 1989, 1103; LG Arnsberg, DWW 1991, 285; LG Berlin, WuM 1992, 16; AG Neuwied, WuM 1992, 189.

<sup>13</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 173, 176.

<sup>14</sup> OLG Oldenburg, WuM 1982, 124.

<sup>15</sup> Insbesondere Röchling, NJW 1981, 2782; und Rädler, NJW 1993, 693; sind deutlich großzügiger als die Rechtsprechung.

<sup>16</sup> Siehe Heile, ZMR 249, 250; Sonnenschein, PiG 26 (1987), 45, 67; Sternel, PiG 37 (1993), 47, 62; Sternel, 3. Aufl. 1988, I Rdnr. 109; etwas weitergehend aber in I Rdnr. 111. Grundsätzlich wie die Rechtsprechung auch Eisenschmid, PiG 34 (1991), 125, 129, relativierend aber S. 130.

des OLG Karlsruhe seien auch vor dem Hintergrund heute eventuell anderer Wohnungsverhältnisse zutreffend<sup>17</sup>. Unlängst hat der Bundesgerichtshof die Maßstäbe der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung zwar prinzipiell übernommen<sup>18</sup>, dennoch aber Spekulationen über eine Verringerung der Anforderungen genährt<sup>19</sup>, da der BGH für das Recht zur Ersatzmieterstellung lediglich einen wichtigen Grund, nicht aber (auch) ein wesentliches Überwiegen der Interessen des Mieters forderte. Das Ergebnis der Interessenabwägung ist in dem Erfordernis des wichtigen Grundes jedoch prinzipiell enthalten, so dass für die Praxis zunächst keine Modifikation der bisherigen Rechtsgrundsätze zu konstatieren ist.

Insgesamt wird ein überwiegendes Interesse des Mieters von der ganz h. M. anerkannt bei beruflicher Versetzung<sup>20</sup>, schwerer Krankheit<sup>21</sup> und erheblicher Verkleinerung oder Vergrößerung der Familie<sup>22</sup>. Nicht anzuerkennen sein soll dagegen der Wunsch, das nunmehr fertige Eigenheim zu beziehen<sup>23</sup>, der Wunsch, mit dem Lebenspartner zusammenzuziehen<sup>24</sup> oder ein freiwilliger Arbeitsplatzwechsel<sup>25</sup>. Insbesondere soll ganz allgemein der Wunsch nach einer besseren Wohnung unzureichend sein<sup>26</sup>.

---

<sup>17</sup> OLG Hamm, (RE) WuM 1995, 577 = ZMR 1995, 525.

<sup>18</sup> BGH, WuM 2003, 204.

<sup>19</sup> Eine Reduktion der Anforderung vermutend, Fischer, WM 2004, 123; skeptisch dagegen Hinz, NZM 2003, 657, 660 f.; ders., WuM 2004, 126, 127.

<sup>20</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 176; AG Hamburg, WuM 1988, 105; Gitter, S. 63; Prior, S. 130; Rädler, NJW 1993, 693; Eisenschmid, PiG 34 (1991), 129; Sternel, PiG 37 (1993), 63; weitergehend Sternel (o. Fn. 16), I Rdnr. 111, der dies u. U. schon bei erheblicher Verschlechterung der Verkehrsbedingungen annehmen will und die Ersatzmieterstellung sogar dann zulässt, wenn der Mieter infolge Arbeitslosigkeit oder Trennung die Miete nicht mehr zahlen kann.

<sup>21</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 176; LG Arnsberg, DWW 1991, 285; AG Halle/Westfalen, WuM 1986, 314, 315; Sternel, I Rdnr. 111; Rädler, NJW 1993, 693; Eisenschmid, PiG 34 (1991), 129.

<sup>22</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 173, 176; LG Köln, WuM 1989, 283; LG Osnabrück, WuM 1995, 394; Eisenschmid, PiG 34 (1991), 129; dies soll aber nur bei erheblicher Vergrößerung gelten, folgerichtig hat LG Berlin, WuM 1992, 16 angenommen, dass dies nicht gilt, wenn noch ausreichend Platz in der alten Wohnung ist, dagegen Sternel, PiG 37 (1993), 63, Fn. 54.

<sup>23</sup> Das war der OLG Karlsruhe, WuM 1981, 173, zugrundeliegende Sachverhalt. Das Gericht verneinte die Möglichkeit zur Ersatzmieterstellung; zustimmend Heile, ZMR 1990, 251; anders aber Sternel, I, Rdnr. 111; und noch vor dem OLG Karlsruhe, LG Freiburg, ZMR 1980, 211, 212.

<sup>24</sup> Heile, ZMR 1990, 249, 250; relativierend Sternel, PiG 37 (1993), 63; Eisenschmid, PiG 34 (1991), 130.

<sup>25</sup> Wetekamp, Mietsachen, 2. Aufl. 1993, Rdnr. 488.

<sup>26</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 176.

Die Wechselmotive des Mieters sind jedoch nicht das einzige Strukturelement des wichtigen Grundes. In Konkretisierung der Unzumutbarkeit muss vielmehr hinzukommen, dass die restliche Vertragsdauer noch einen gewissen Umfang hat<sup>27</sup>. Welche Grenze hier zu ziehen ist, ist allerdings noch nicht geklärt<sup>28</sup>. Ein wichtiger Grund soll auch dann nicht vorliegen, wenn die Bedarfsänderung schon bei Vertragsabschluß abzusehen war<sup>29</sup> oder vom Mieter in freier Entscheidung herbeigeführt wurde<sup>30</sup>.

Der Mieter kann nach ganz h. M. also nur dann aus dem Vertrag entlassen werden, wenn er überhaupt einen Ersatzmieter stellt<sup>31</sup> und sein Interesse an einer derartigen Relativierung der Vertragsbindung das des Vermieters an dessen unverändertem Fortbestand erheblich überwiegt. Als Rechtsgrundlage der Ersatzmieterstellung hat sich § 242 etabliert<sup>32</sup>.

## **2. Ersatzmieterstellung und Flexibilität**

Die bisher anerkannten Rechtsgrundsätze zur Ersatzmieterstellung ermöglichen dem Mieter also nur in geringem Maße, Flexibilität zu realisieren. Nur schwerwiegende Gründe geben dem Mieter das Recht, vorzeitig gegen Stellung eines Ersatzmieters aus dem Mietvertrag auszuscheiden. Beachtet man jedoch, dass dem Vermieter mit dem qua definitionem zumutbaren Ersatzmieter ein hinreichendes Äquivalent zur Verfügung gestellt wird und er mit der Vereinbarung eines Kündigungsausschlusses die über das Gesetz hinausgehende Bindung selbst verursacht hat, ergibt sich, dass dem Mieter auch über die Rechtsgrundsätze der

---

<sup>27</sup> OLG Oldenburg, WuM 1982, 124; Röchling, NJW 1981, 2784; Sternel (o. Fn. 16), I Rdnr. 112.

<sup>28</sup> Es war bei unbefristeten Verträgen bereits unklar, ob selbst bei langer Kündigungsfrist überhaupt eine Ersatzmieterstellung in Betracht kommt; s. Heile, ZMR 1990, 251; dafür jedenfalls prinzipiell LG Arnsberg, DWW 1991, 285; LG Hamburg, NJW-RR 1988, 723; Sternel (o. Fn. 16), I Rdnr. 112; Wichardt, ZMR 1982, 161, 164; Eisenschmid, PiG 34 (1991), 125, 130f.; Sonnenschein, PiG 27 (1987), 67. Ein Minimum von drei Monaten ist allerdings anerkannt, s. OLG Oldenburg, WuM 1982, 124; mit interessantem Ansatz anders LG Köln, WuM 1989, 374, wo bei kurzer Restlaufzeit die Zumutbarkeit für den Vermieter weiter gefasst wird, siehe dazu näher Kandelhard (o. Fn. 4), S. 226ff.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 176; LG Berlin, WuM 1992, 16; Rädler, NJW 1993, 693; Heile, ZMR 1990, 250; siehe auch OLG Oldenburg, WuM 1981, 125, bei dem jedoch nicht klar ist, ob dies alleine als Versagungsgrund ausreicht.

<sup>30</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 176; LG Köln, WuM 1989, 283; Heile, ZMR 1990, 250.

<sup>31</sup> So explizit Oske, WuM 1979, 181, 182.

<sup>32</sup> S. genauer Kandelhard (o. Fn. 4), S. 191ff., m. w. Nachw.

ursacht hat, ergibt sich, dass dem Mieter auch über die Rechtsgrundsätze der Ersatzmieterstellung mehr Flexibilität ermöglicht werden kann<sup>33</sup>.

#### *a) Berufliche Gründe*

Den Erfordernissen des neuen Kapitalismus wird von der h. M. bisher lediglich im Falle der Versetzung Rechnung getragen. Bei sorgfältiger Interessenabwägung ergibt sich jedoch, dass dem Mieter auch wegen sonstigen beruflich intendierten Ortswechseln ein Recht zur Ersatzmieterstellung zusteht. Dies folgt aus grundlegenden Freiheits- und Persönlichkeitsrechten des Mieters, zumal deren Nichtbeachtung auch volkswirtschaftlich wenig Sinn machen würde<sup>34</sup>. Die weitere Planung der beruflichen Zukunft muss dem Mieter überlassen bleiben und kann ihm nicht mit Hinweis auf eine mietvertragliche Bindung (faktisch) versagt oder wesentlich erschwert werden<sup>35</sup>. Die Beachtung einer Versetzung des Mieters kann daher nicht davon abhängig gemacht werden, ob sie mit oder ohne seinen Willen erfolgte.

Dieselben Erwägungen sind maßgebend, wenn es sich nicht um eine arbeitsvertraglich oktroyierte oder selbst beantragte Versetzung handelt, sondern der Mieter sich aus eigenem Antrieb beruflich verändert. Wiederum geht es um die (berufliche) Selbstverwirklichung des Mieters, die ihm der Vermieter angesichts des angebotenen Ersatzmieters nicht verwehren kann. Um so mehr überwiegen die Interessen des Mieters, wenn er seinen Arbeitsplatz verliert und andernorts eine neue Arbeit aufzunehmen gezwungen ist. Dabei ist der Grund für den Wegfall des Arbeitsplatzes in mietrechtlicher Hinsicht unerheblich<sup>36</sup>. Der Vermieter kann daher nicht etwa einwenden, der Mieter habe keine Kündigungsschutzklage erhoben. Ein solcher Einwand ist nicht einmal im Unterhaltsrecht immer beachtlich<sup>37</sup>, obwohl das Recht dem Unterhaltsschuldner deutlich mehr Rücksichtnahmen und Erfüllungsanstrengungen auferlegt, als vertraglichen Schuldner<sup>38</sup>. Den Mieter trifft daher gegenüber dem Vermieter keine Oblie-

---

<sup>33</sup> Diese kann in ihrem gesamten Umfang hier kaum dargestellt werden. Verwiesen sei daher ergänzend jeweils auf Kandelhard (o. Fn. 4), S. 195ff.

<sup>34</sup> Die Aufrufe aus Politik und Wirtschaft zu mehr Mobilität der Arbeitnehmer sind inzwischen Legion, zu entsprechenden Intentionen im Bereich des öffentlichen Dienstes, siehe etwa Thieme, Auswirkungen besoldungs- und dienstrechtlicher Vorschriften auf die Mobilität von Hochschullehrern, 1989, S. 1ff., 22ff., für die Betriebswirtschaft ders., S. 14ff., m. w. Nachw.

<sup>35</sup> S. dazu näher Kandelhard (o. Fn. 4), S. 208, m. w. Nachw.

<sup>36</sup> Anders wohl BayObLG, WuM 1985, 140, 141.

<sup>37</sup> Siehe etwa BGH, NJW 1993, 1974.

<sup>38</sup> Siehe insbesondere § 850d ZPO.

genheit zur Wahrnehmung seiner arbeitsrechtlichen Rechte. Es würde auch wenig Sinn machen, einen Mietrechtsprozeß mit arbeitsrechtlichen Fragen zu belasten. Zudem dürfte der Vermieter wenig Interesse an einem Arbeitslosen haben, der die Wohnung auf Dauer nicht finanzieren kann, so dass in dieser Situation ein Widerstand des Vermieters bei der Ersatzmieterstellung ohnehin kaum zu erwarten ist.

Schwieriger sind die Grenzen zu bestimmen, wenn der Mieter inzwischen, sei es durch Verlust des alten Arbeitsplatzes und Aufnahme einer anderen Tätigkeit oder durch Versetzung im Nahbereich, einen längeren Arbeitsweg hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der damit verbundene Freizeitverlust eine erhebliche Einschränkung der Lebensqualität des Mieters und eine Belastung seiner Familie mit sich bringt. Die Grenze dürfte, selbst im Falle eines schon vorher relativ langen Arbeitsweges, bei insgesamt einer Stunde pro Tag liegen<sup>39</sup>. Dies ergibt sich aus einer überschlägigen Berechnung der täglichen »Freizeit« des Mieters: Selbst wenn man die Regelarbeitszeit von etwas weniger als acht Stunden pro Tag annimmt und die Nachtzeit mit ebenfalls acht Stunden pro Tag veranschlagt, verbleibt dem Normalarbeitnehmer nur eine Freizeit von wiederum acht Stunden, in der jedoch auch häusliche Arbeit, private Verwaltung (Steuern, Behörden, etc.), Einkauf u. a. m. zu erledigen ist. Von daher bleiben als reale Freizeit pro Tag netto allenfalls 3–4 Stunden. Hier von dem Mieter mehr als eine Stunde Arbeitsweg abzuverlangen, erscheint daher als tiefer Eingriff in elementare Freizeitinteressen des Mieters, die er für Entspannung, Beschäftigung mit den Kindern, Hobby und sonstiger Selbstverwirklichung dringend benötigt. Es mag zwar sein, dass viele eine geringere Freizeitquote hinnehmen, eine andere Frage ist, ob das Recht derartiges erzwingen kann, um die relativ geringen Interessen des Vermieters, die einer Ersatzmieterstellung des Mieters entgegenstehen, zu berücksichtigen. Wiederum ist die Beobachtung maßgebend, dass dem Mieter der Verbleib in der Wohnung und damit der (dauerhafte) Freizeitverlust (faktisch) aufgezwungen wird, wenn man ihm nicht das Recht zur Lösung vom Vertrag gewährt.

Diese Gründe sind auch für die Eigenbedarfskündigung des Vermieters, also nach strukturell vergleichbaren Zumutbarkeitsgesichtspunkten für ausreichend angesehen worden<sup>40</sup>. Dabei

---

<sup>39</sup> Großzügig hier auch Sternel (o. Fn. 16), I Rdnr. 111. In Ballungszentren mag bei entsprechenden örtlichen Gegebenheiten, die einen solchen Weg bereits als normal erscheinen lassen, auch eine noch größere Zeitspanne zu rechtfertigen sein.

<sup>40</sup> Siehe Honsell, AcP 186 (1986), 136f.; sowie z. B. LG Hamburg, WuM 1994, 431, 432, die eine solche zulassen, wenn der Vermieter sich an 8–10 Werktagen beruflich in seiner Wohnung aufzuhalten wünscht.

handelt es sich zwar um ein scheinbar nicht mit der Ersatzmieterstellung vergleichbares Kündigungsrecht, doch ist zu berücksichtigen, dass die Eigenbedarfskündigung sogar weit stärker in die Rechtsposition des Kontrahenten eingreift, da ihm seine vertraglichen Rechte ersatzlos genommen werden<sup>41</sup>. Zwar muss diese Beobachtung wieder relativiert werden, weil die Eigenbedarfskündigung im Gegensatz zur Ersatzmieterstellung keine vorzeitige Beendigung des Vertrages bedeutet, sondern nur eine Einschränkung der sonst voraussetzungslosen ordentlichen Kündigung ist. Dagegen kann man wiederum den Bestandsschutz des Mieters ins Feld führen, der de lege lata aus dem Mietvertrag einen für den Vermieter prinzipiell dauerhaften Vertrag macht und die Auflösung überhaupt nur noch aus berechtigtem Interesse ermöglicht. So gesehen wird die Vergleichbarkeit dann doch offenbar. Beide Institute ermöglichen die vorzeitige Lösung von einem dauerhaften Vertrag wegen eines geänderten Bedarfs an dem Mietobjekt. Beide Institute schützen beachtenswerte ökonomische oder persönliche Motive, die das Recht nicht außer Acht lassen kann und will.

Eine andere Form der berufsbedingten Bedarfsänderung ist, wenn sie auf die Wohnung selbst zurückwirkt. So kann es sein, dass der Mieter nach einer beruflichen Veränderung dringend ein Arbeitszimmer benötigt oder Teile der Mietsache für kleingewerbliche Zwecke zu nutzen wünscht, etwa nachdem der Mieter sich (neben- oder hauptberuflich) selbständig gemacht hat. Sind diese Veränderungen in der bisherigen Wohnung nicht möglich, geht es wieder um die berufliche Selbstverwirklichung des Mieters, die ihm der Vermieter angesichts des gebotenen Äquivalents nicht verwehren darf.

#### *b) Persönliche Gründe*

Im Falle einer Heirat oder der Begründung einer Lebensgemeinschaft durch den Mieter sind ebenfalls essentielle Persönlichkeitsrechte betroffen, die der Mietrichter zu beachten hat. Würde man dem Mieter insoweit das Recht zur Ersatzmieterstellung verweigern, würde die faktische Unmöglichkeit eines Wohnungswechsels zu einem rechtlich sanktionierten Verbot führen, diesen Interessen nachzugehen. Ein Umzug wegen der Eingehung einer Lebensgemeinschaft kann dem Mieter daher nicht durch Hinweis auf die einst konsentiertere Vertragsbindung verwehrt werden (erst recht, wenn sie – nur – auf einer Formularklausel beruht). Der Mieter kann daher gegen die Stellung eines Ersatzmieters aus dem Mietvertrag ausscheiden.

---

<sup>41</sup> Dahingehend auch Honsell, AcP 186 (1986), 161.

Insoweit handelt es sich um unveräußerliche Rechte, auf die der Mieter gegenüber niemandem verzichten kann. So kann sich der Mieter nicht binden, dass er keine Beziehung mit einem anderen Menschen eingehen oder keine Kinder bekommen wird. Eine solche Vereinbarung verstieße gegen § 138 BGB<sup>42</sup>. Daher kann man dem Mieter nicht vorhalten, mit der Akzeptanz eines Kündigungsausschlusses seien diese Entscheidungen präkludiert<sup>43</sup>. Daher hat das LG Berlin im Falle der Geburt eines Kindes zu Recht die Unzumutbarkeit bejaht, und zwar nicht zuletzt mit Rücksicht auf die Unantastbarkeit der Entscheidung für ein Kind<sup>44</sup>. Dasselbe gilt für die beabsichtigte Aufnahme einer Lebensgemeinschaft. Der Mieter kann daher bei Vorliegen dieser Gründe unter Anerbietung eines zumutbaren Ersatzmieters vorzeitig aus dem Vertrag ausscheiden.

Ein weiterer persönlicher Grund für einen Auszug des Mieters kann sich daraus ergeben, dass der Mieter für Pflege- oder Betreuungsleistungen zugunsten von Angehörigen benötigt wird. Auch insoweit kann der Vermieter nicht einfach darauf verweisen, dass der Mieter sich längerfristig gebunden habe. Regelmäßig wird der Mieter eine derartige Veränderung seiner Lebensumstände nicht exakt vorhergesehen haben. Ebenso wenig kann man dem Mieter zumuten, auf die Hilfeleistung zu verzichten oder sie sonst von seinen mietvertraglichen Bindungen abhängig zu machen. Wenn der Mieter bereit ist, die Kosten und die soziale Umstellung eines Umzuges hinzunehmen, um einem Angehörigen Beistand zu leisten, offenbart dies eine ernsthafte innere moralische Verpflichtung des Mieters, die ihn innerlich zur Hilfe zwingt. Insoweit ist die Gewissensfreiheit des Mieters betroffen. Auch diese ist, selbst vom Vertragspartner<sup>45</sup>, zu beachten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Mieter, der in dieser Situation um Ersatzmieterstellung nachsucht, nicht ersatzlos aus dem Vertrag strebt, sondern bereit ist, dem Vermieter ein zumutbares Äquivalent zu bieten. Angesichts der geschilderten typisiert eher geringen Interessen des Vermieters einer Ersatzmieterstellung zu widersprechen, überwiegen daher die Interessen des Mieters und er kann gegen die Stellung eines Ersatzmieters vorzeitig aus dem Vertrag ausscheiden.

---

<sup>42</sup> Siehe Ruth, Mietrecht, 1926, S. 191.

<sup>43</sup> So zu Recht AG Wiesbaden, WuM 1988, 400.

<sup>44</sup> WuM 1992, 472, 473; passim ebenso LG Osnabrück, WuM 1995, 394.

<sup>45</sup> Siehe etwa zum Arbeitsrecht Derleder, AuR 1991, 193; dies ist im übrigen nicht mit den Fällen vergleichbar, in denen der Vermieter wegen seiner Überzeugungen einen Ersatzmieter ablehnen will, denn dort geht es nicht um die eigene Gewissensverwirklichung, sondern darum, ob man sich von Anderslebenden und Andersdenkenden fernhalten kann.

Ein wichtiger Grund ist auch die Geburt von Kindern<sup>46</sup>. Jedoch besteht eine Unzumutbarkeit nur, wenn die Wohnung tatsächlich nicht mehr geeignet ist. So kann die Wohnung trotz eines weiteren Kindes noch groß genug sein. Fraglich ist allerdings, ob der Vermieter dem Mieter entgegenhalten kann, er könne die Kinder auch in einem Zimmer unterbringen<sup>47</sup> oder sonst suboptimal unterbringen. Das Recht zur Erziehung steht nur den Eltern zu<sup>48</sup>. Prinzipiell müssen sie entscheiden, wie ihre Kinder unterzubringen sind. An der altersgerechten Unterbringung von Kindern besteht ein individuelles Eltern- und Kindesinteresse. Zugleich ist dies aber auch ein kaum zu unterschätzendes allgemeines Interesse, welches in Art. 6 GG seinen Ausdruck gefunden hat, da von dem Wohnstandard entscheidende Auswirkungen auf Sozialisation und Entwicklungschancen des Kindes ausgehen<sup>49</sup>. Zu welchen nicht hinnehmbaren Belehrungen es bei Missachtung dieser Grundsätze kommen kann, zeigt die Praxis: Das AG Nordenham hat etwa entschieden, dass ein 9 qm großes Zimmer für zwei Kinder von 5 Jahren und 10 Monaten ausreiche, dass sie auch in Wohnzimmer oder Flur spielen könnten und nachts für ausreichend Sauerstoff durch Auflassen der Tür zum Flur gesorgt werden könne<sup>50</sup>. Zu Recht hat das LG Osnabrück diese Ausführungen in der Berufung zurückgewiesen<sup>51</sup>.

Daher wird man den Einwand des Vermieters, dass die Wohnung trotz der Geburt eines weiteren Kindes noch einen ausreichenden Lebensmittelpunkt der Familie darstelle, nur in eindeutigen Fällen akzeptieren können. Ein unzumutbarer Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern besteht schon dort, wo die Eltern die ihnen möglichen Unterbringungsmöglichkeiten unterschreiten müssen, weil sie vom Vermieter an der alten Wohnung festgehalten werden. Dies gilt auf jeden Fall, solange die Wohnverhältnisse des Mieters ansonsten den vom Bun-

---

<sup>46</sup> OLG Karlsruhe, WuM 1981, 173, 176; LG Köln, WuM 1989, 283; LG Osnabrück, WuM 1995, 394; Eissenschmid, PiG 34 (1991), 129; Sternel (o. Fn. 16), I Rdnr. 111.

<sup>47</sup> Siehe LG Bonn, WuM 1992, 16.

<sup>48</sup> Art. 6 II 1 GG, jedenfalls außerhalb des Art. 7 I GG.

<sup>49</sup> Harke Wohnraummiete, Bd. 1, 2. Aufl. 1985, S. 32, m. w. Nachw. Siehe auch Widmer, Die Aufgabe des Wohnraummietrechts, 1985, S. 101f., 107f., zum Zusammenhang von Wohnqualität und Krankheiten, insbesondere bei Kindern sind bei Überbelegung Krankheiten festzustellen. Zu den ohnehin generell deutlich unbefriedigend an die Lebensbedürfnisse von Kindern angepassten Wohnungen, siehe ders., S. 106ff., hier ist jede mögliche Verbesserung von entscheidender Bedeutung.

<sup>50</sup> AG Nordenham in der Vorinstanz zu LG Osnabrück, WuM 1995, 394, siehe den Sachverhalt ebda.

<sup>51</sup> WuM 1995, 394.

desfamilienministerium in den sog. Kölner Empfehlungen von 1971 festgestellten Mindestbedarf an Wohnraum<sup>52</sup> unterschreiten würden.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Familienzuwachs kein unmittelbarer Anlass eines Umzuges sein muss. Auch Eltern, die nach der Geburt eines weiteren Kindes noch mehrere Jahre mit dem Umzug gewartet haben, »verwirken« ihr Recht zur Ersatzmieterstellung nicht. Die vergrößerte Familie schafft ein dauerhaftes Interesse, welches sich mit Heranwachsen des Kindes aufgrund des damit einhergehenden Anstieges des Platzbedarfes allenfalls verstärkt. Auch wenn das Unterlassen des Umzuges zunächst mangelndem Einkommen oder sonstigen Prioritäten geschuldet war, kann daraus kein Einverständnis der Eltern mit den später für unzureichend angesehenen Wohnbedingungen abgeleitet werden.

#### *c) Verbesserung der Wohnsituation*

Damit bleibt ein letztes Interesse des Mieters übrig, dass die h. M. als allen wichtigen Gründen diametral gegenüberstehendes Interesse betrachtet<sup>53</sup>, der Auszug des Mieters allein um seine Wohnsituation zu verbessern, also der Umzug in eine größere oder schönere Wohnung. Daran ist richtig, dass es in diesen Fällen grundsätzlich an einer beachtenswerten Außenweltveränderung fehlt, die ein berechtigtes Interesse an der Lösung des konsentierten Vertrages auslösen kann. Der Verbleib in der bisherigen Wohnung ist dem Mieter kaum unzumutbar geworden. Angesichts schwer zu prognostizierender Fertigstellungstermine und der besonderen Bedeutung der Entscheidung für ein Eigenheim, kann sich im Einzelfall jedoch auch hier ein überwiegendes Interesse des Mieters ergeben<sup>54</sup>.

#### *d) Ergebnis*

Insgesamt ergibt sich, dass die Rechte des Mieters zur Ersatzmieterstellung ausgeweitet werden können und ihm bei wohlwollender Betrachtung zumindest eine gewisse Flexibilität gewähren. Einfacher, klarer und nachhaltig weniger streitanfällig wäre es jedoch, den Gesetzestext der Mietrechtsreform ernst zu nehmen, die Erfindung des Kündigungsausschlusses als Umgehung der §§ 573c Abs. 4 und 575 zu identifizieren und damit langfristige Bindungen im Wohnraummietrecht auszuschließen. Der Mieter kann die vielfältigen Veränderungen seiner persönlichen Umstände nicht vorhersehen und sich daher kaum ernsthaft zur Immobilität ver-

---

<sup>52</sup> Abgedruckt etwa bei Harke (o. Fn. 49), S. 31.

<sup>53</sup> Siehe nur *OLG Karlsruhe*, WuM 1981, 173.

<sup>54</sup> S. näher Kandelhard (o. Fn. 4), S. 222ff.

pflichten. Angesichts der Kosten und Mühen eines Umzuges dürften leichtfertige Wohnungswechsel ohnehin die Ausnahme darstellen.

### **III. Der Mietaufhebungsvertrag**

Hat der Mieter kein Recht zur Ersatzmieterstellung, ist er auf eine privatautonome einvernehmliche Aufhebung des Vertrages angewiesen. Tatsächlich wird in der Praxis nur relativ selten über den wichtigen Grund zur Ersatzmieterstellung diskutiert. In aller Regel erklärt sich der Vermieter mit einer Ersatzmieterstellung einverstanden.

#### **1. Die rechtspraktisch überschießende Bedeutung der Ersatzmieterstellung**

Die Rechtsgrundsätze zur Ersatzmieterstellung sind von erheblicher praktischer Relevanz. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Schätzungen zufolge jährlich bis zu 14% des Wohnungsbestandes einem Wechsel unterliegen<sup>55</sup>. Ein Blick in den Anzeigenteil regionaler Tageszeitungen oder unzähliger schwarzer Bretter bestätigt, dass der Wohnungswechsel häufig unter Stellung eines Ersatzmieters realisiert wird. Immer sind diverse Annoncen mit dem Zusatz »Nachmieter gesucht« gekennzeichnet. Sicherlich sind darunter noch weitere Anzeigen, in denen dies nicht kenntlich gemacht wird. Wer weiß, wie eng die Rechtsprechung die Befugnis des Mieters auslegt, unter Stellung eines Ersatzmieters aus dem Vertrag auszuschneiden, muss zumindest überrascht sein. Auffällig ist weiterhin, dass trotz dieser hohen praktischen Bedeutung, nur wenige Entscheidungen zu dem Thema ergehen<sup>56</sup>. Es ist kaum anzunehmen, dass den Mietern immer ein im Sinne des Rechtsentscheids des OLG Karlsruhe überwiegendes Interesse zusteht. Ein Erklärungsversuch könnte sein, dass wohl kaum eine Regelung von solch praktischer Relevanz existiert, die in der Bevölkerung derart unbekannt ist. Ein erheblicher Teil selbst der Vermieter geht davon aus, dass der Mieter lediglich ein bis drei zumutbare Nachfolger präsentieren muss, um aus dem Mietvertrag vorzeitig auszuschneiden. Dieser Irrtum ist nach allgemeiner Einschätzung weit verbreitet<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Siehe Honsell, AcP 186 (1986), 157, m. w. Nachw. In absoluten Zahlen soll die Zahl der freiwerdenden Wohnungen zwischen 1,5 und 2 Millionen liegen.

<sup>56</sup> Was sich wegen der vielfältigen Veröffentlichung auch der instanzgerichtlichen Rechtsprechung im Mietrecht besonders gut abschätzen lässt.

<sup>57</sup> So etwa Stempel (o. Fn. 16), IV Rdnr. 350; ders. PiG 37 (1993), 47, 61; Weber/Marx, Mieten und Vermieten, 2. Aufl. 1990, S. 66; Kornblum, Mietrecht, 5. Aufl. 1993, S. 155; Korff, GE 1977, 279; wohl auch Köndgen/v. Randow, Sanktionen bei Vertragsverletzungen, in: Ott/Schäfer (Hrsgb.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1988, S. 123, 126. Nicht einmal Fachbücher schreibende Juristen sind vor diesem Irrtum geübt, siehe etwa Endriß, Mieterrechte, 1993, Rdnr. 168.

Der Kampf professioneller Juristen gegen die Windmühlen von Volkes Meinung und Rechtsempfinden ist, dies mag die heutige Juristengeneration beruhigen, offenbar schon älter als das BGB. So hat sich 1880 Arnold redlich bemüht nachzuweisen, dass die Befugnis des Mieters zur Ersatzmieterstellung ein Irrtum und der Mieter auch nach der Stellung eines oder dreier Ersatzmieter weiter aus dem Mietvertrag verpflichtet sei: dieser Vorgang sei in Wahrheit Untervermietung<sup>58</sup>. 1886 hat auch Heitzer das Volk in dieser Weise aufgeklärt<sup>59</sup> und 1894 hat Burkas in diesem Zusammenhang sogar in Fettdruck ausgeführt: »Es ist ein Irrthum, wenn im Volke geglaubt wird, den >dritten Miether< müsse der Vermiether annehmen«<sup>60</sup>. Offensichtlich handelt es sich um einen äußerst hartnäckigen Rechtsirrtum. Weder ein neues Gesetz, noch eine Fülle von Gerichtsentscheidungen oder ein unverändert gültiger Rechtsentscheid konnten daran etwas ändern. Daher darf die These gewagt werden, dass die Rechtswirklichkeit in Deutschland (ebenso wie früher) nur deshalb so gut mit dem Rechtsentscheid des OLG Karlsruhe leben kann, weil die dort gefundenen Maßstäbe auch Vermietern nur selten bekannt sind und folgerichtig in der Rechtspraxis eine geringe Rolle spielen<sup>61</sup>. Anders ist die dürftige Entscheidungstätigkeit zu diesem Thema nicht erklärbar, zumal die Mieter bei Auszug viel eher bereit sind, es auf einen Rechtsstreit ankommen zu lassen<sup>62</sup>. Eine derart große Diskrepanz lässt sich auch nicht mit der Erwägung erklären, dass vor dem Rechtsentscheid des OLG Karlsruhe wegen der noch ungeklärten Rechtslage mehr veröffentlicht wurde und viele Rechtsstreitigkeiten von Rechtsanwälten sicher abgefangen werden.

Ob sich dieser »Irrtum« aber solange gehalten hätte, wenn dem nicht auch entsprechende Gerechtigkeitsvorstellungen zugrunde lagen und liegen, ist mindestens fraglich; anscheinend sind die Vermieter der Auffassung, dass sich das Recht auf unbedingte Weiterzahlung nicht

---

<sup>58</sup> Siehe K. F. Arnold, Das Miethwesen nach dem bayrischen Landrecht, 2. Aufl. 1880, § 17, S. 93, insbes. Fn. 12.

<sup>59</sup> Siehe Heitzer, Das Miethwesen in Regensburg, 1886, S. 53f., 65.

<sup>60</sup> Siehe Burkas II, Das Miethsrecht für das Königreich Sachsen, 1894, S. 98.

<sup>61</sup> Allgemein zu der eher geringen Rechtskenntnis in der Bevölkerung siehe etwa Rottleuthner, KritV 1987, 20, 28f., m. w. Nachw.; zur mangelnden Rechtskenntnis insbesondere von Mietern siehe auch Koch/Zenz, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. III, 1972, S. 509, 519f.

<sup>62</sup> Siehe Eisenschmid, PiG 34 (1991), 125, 127; Koch/Zenz, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. III, 1972, S. 509, 520.

als allgemeines Gesetz für alle Gläubiger eignet<sup>63</sup>. Im Gegensatz zu Einschätzungen der Rechtspraxis für ähnliche Situationen im Werkvertragsrecht<sup>64</sup> scheint den Vermietern der richtige Weg also nicht durch ihr Rechtsgefühl vorgegeben zu werden. Anders als dort, wo konstatiert wird, dass in der Praxis die Vorstellung vom Grundsatz der unbedingten Vertragserfüllung so stark ist, dass auf eine Kündigungsmöglichkeit wie die des § 649 überhaupt nicht reflektiert wird, scheint es im Mietrecht umgekehrt so zu sein, dass die Vermieter gar nicht erst nach dem Erfüllungsanspruch des § 537 suchen, sondern sich mit dem Ersatzmieter zufrieden geben. Von daher liegt es nahe, dass dieser »Irrtum« nicht zuletzt von entsprechenden Gerechtigkeitsvorstellungen einer Mehrheit der Bevölkerung einschließlich der Vermieter getragen wird<sup>65</sup>. Letzte Gewissheit kann man ohne empirische Untersuchung aber nicht erreichen. Die Entscheidung, einen Ersatzmieter anzunehmen, wird häufig sicher auch aus sonstigen Vorteilen motiviert sein, die für den Vermieter mit der Annahme des Ersatzmieters verbunden sind oder auf Fehlinformation beruhen. Mit der im Zuge der Entwicklung zur Informationsgesellschaft immer weitergehenden Rechtsaufklärung durch die Presse und an Laien gerichteter juristischer Darstellungen kann sich dies in absehbarer Zeit aber ändern.

## **2. Ersatzmieterstellung gegen Entgelt?**

Scheidet der Mieter – ob aufgrund eines entsprechenden Rechtsanspruches aus § 242 oder (anfänglicher oder nachträglicher) Vereinbarung mit dem Vermieter – durch Stellung eines Ersatzmieters vorzeitig aus dem Vertrag aus, kann der Wechsel zu dem neuen Mieter und die Entlassung des bisherigen Mieters prinzipiell auf zwei Wegen realisiert werden: Durch Vertragsübernahme seitens des Ersatzmieters oder Abschluss eines neuen Mietvertrags mit dem Ersatzmieter unter Entlassung des bisherigen Mieters<sup>66</sup>. Bei der Vertragsübernahme scheidet der Mieter durch Rechtsnachfolge des Ersatzmieters aus. Der bisherige Mieter wird zu dem vereinbarten Stichtag ersetzt und ist damit nicht mehr aus dem Mietvertrag berechtigt und verpflichtet<sup>67</sup>. Bei dem Abschluss eines neuen Vertrages wird der bisherige Mieter bereits durch Erfüllung seiner bei der Ersatzmieterstellung bestehenden Obliegenheiten frei<sup>68</sup>. Soweit dem Mieter ein Recht zur Ersatzmieterstellung zusteht, bedarf es also eines expliziten Aufhe-

---

<sup>63</sup> Siehe dazu im allgemeineren Zusammenhang der Realerfüllung auch Kandelhard, FS Dörbenadse, 1993, S. 75, 92.

<sup>64</sup> Siehe van Venrooy, JR 1991, 492, 493.

<sup>65</sup> Dahingehend wohl auch Köndgen/v. Randow (o. Fn. 57), S. 123.

<sup>66</sup> S. dazu ausführlich Kandelhard (o. Fn. 4), S. 124ff.

<sup>67</sup> BGH, NJW-RR 1993, 562; Eisenschmid, PiG 34 (1991), 134.

<sup>68</sup> S. dazu näher Kandelhard (o. Fn. 4), S. 91ff.

ungsvertrages nicht. Der Mieter wird unabhängig von dem Ob und Wann der Annahme des Ersatzmieters – vorbehaltlich einer angemessenen Überlegungsfrist für den Vermieter – zu dem Zeitpunkt aus dem Mietvertrag frei, zu dem der (zumutbare) Ersatzmieter bereit und in der Lage war, die Mietsache zu übernehmen. Dem Vermieter ist zudem grundsätzlich verwehrt, hierbei Bedingungen zu stellen, die über die bisher geltenden Konditionen hinausgehen, da er an das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis gebunden bleibt<sup>69</sup>.

Diese aus § 242 abzuleitende Obliegenheit des Vermieters gilt jedoch nicht, wenn der Mieter kein Recht zur Ersatzmieterstellung hat. Daher stellt sich die Frage, ob der Vermieter die Ersetzung des Mieters in diesem Fall von einer Abstandszahlung durch den bisherigen Mieter abhängig machen kann. Kann der Vermieter zusätzlich zu dem zu stellenden Ersatzmieter bei z. B. noch dreijähriger Dauer des Kündigungsausschlusses eine zusätzliche Zahlung des Mieters in Höhe von einer, drei oder gar zwölf und mehr Monatsmieten abhängig machen? Für den Aufhebungsvertrag gilt grundsätzlich lediglich § 311 Abs. 1 und damit von keinem gesetzlichen Leitbild „belastete“ Vertragsfreiheit. Eine darin enthaltene Entgeltvereinbarung scheint zudem sogar durch § 307 Abs. 3 S. 1 vor rechtlicher Kontrolle geschützt zu sein<sup>70</sup>. Diese rechtliche Ausgangslage ist zwar dogmatisch nur schwer zu hinterfragen, dennoch sei für die anschließende Diskussion die These gewagt, dass Entgeltvereinbarungen bei vorzeitiger Aufhebung eines Mietverhältnisses nach den §§ 138, 307ff. nur wirksam sind, wenn sie sich an dem tatsächlich eintretenden wirtschaftlichen Nachteil für den Vermieter orientieren.

Wird in dem Aufhebungsvertrag eine Ersatzmieterstellung vereinbart, fragt sich, worin der „Schaden“ des Vermieters liegt, der eine zusätzliche Abstandszahlung seines bisherigen Mieters zu legitimieren vermag. Demgegenüber ließe sich zwar zu Recht darauf hinweisen, dass es nicht um Schadensersatz, sondern ein Entgelt für die vorzeitige Befreiung von Erfüllungsansprüchen geht. Doch lässt sich der fehlende Schaden auch als fehlende Leistung begreifen. Dann fragt sich, worin die dem verlangten Entgelt entsprechende Leistung des Vermieters liegt? Immerhin erhält der Vermieter einen Ersatzmieter, der die (weitere) Verzinsung der Mietsache gewährleistet. Faktisch würde der Vermieter die Wohnung mittels der Abstandszahlung doppelt verwerten, obwohl eine Doppelvermietung ausgeschlossen ist. Rechtlich wird diese Diskrepanz zwar dadurch vermieden, dass der Mietvertrag mit dem bisherigen Mieter

---

<sup>69</sup> S. ausführlich Kandelhard (o. Fn. 4), S. 93f., m. umf. Nachw.

<sup>70</sup> So denn auch die ganz h. M., s. etwa OLG Hamburg, NJW-RR 1990, 909 = WuM 1990, 244; AG Hamburg, WuM 1985, 113; Mersson, NZM 2002, 773, 777.

gerade aufgehoben wird. Dennoch wird damit deutlich, dass dem Abstand keine Leistung des Vermieters gegenübersteht, soweit sich dessen Höhe nicht auf den tatsächlich dem Vermieter entstehenden Nachteil beschränkt (wie etwa die Transaktionskosten des Wechsels). Geht der Abstand über dieses Maß hinaus, handelt es sich um eine Zahlung des Mieters, die lediglich auf die vorzeitige Befreiung von dem aufgrund der (keinen wichtigen Grund bildenden) Bedarfsänderung nicht mehr brauchbaren Mietvertrag gerichtet ist. Das Entgelt zahlt der Mieter daher lediglich deshalb, um die für ihn höheren Kosten einer Fortführung des Vertrages bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu vermeiden. Der Vermieter profitiert also von der (rechtlich allerdings irrelevanten) „Notsituation“ des Mieters. Tatsächlich verlangt er mit dem – seinen „Schaden“ übersteigenden – Abstand eine Zahlung für die Bedarfsänderung des Mieters. Der Mieter befindet sich gegenüber dieser Forderung in einer erheblichen Zwangslage. Er ist an eine Mietsache vertraglich gebunden, die er nicht mehr nutzen kann. Er hat nur die Wahl, entweder den geforderten Abstand zu akzeptieren oder den noch höheren „Schaden“ der Fortführung des Mietvertrages bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin in Kauf zu nehmen. Aufgrund dieser besonderen Situation befindet sich der Mieter in einer Lage, die die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 erfüllt. Selbstverständlich ist der Mieter verpflichtet, den tatsächlichen Nachteil des Vermieters aufgrund der vorzeitigen Vertragsaufhebung (vollständig) auszugleichen, Zahlungen, die hierüber hinausgehen unterliegen jedoch einer strikten Kontrolle anhand des § 138. Dies gilt insbesondere, wenn man das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis aus dem bestehenden Mietvertrag in die Betrachtung einbezieht. Gegenüber seinem Mieter hatte der Vermieter eine bestimmte Verzinsungserwartung für eine gewisse Dauer. Diese kann der Vermieter nicht in Nutzung der Bedarfsänderung des Mieters einseitig erhöhen.

#### **IV. Ergebnisse**

Im Mietrecht widerstreiten Flexibilität und Immobilität in besonderem Maße. Flexibilität ist jedoch nicht nur ein Schlagwort des Zeitgeistes, sondern tatsächliches Erfordernis des neuen Kapitalismus<sup>71</sup>. Insofern war der (von der Rechtsprechung ohnehin nur verfassungsrechtlich zu hinterfragende) Ansatz des Reformgesetzgebers zur Stärkung der Flexibilität des Wohnraummietters berechtigt. Dennoch hat sich die Immobilität durch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes über den Kündigungsausschluss und die Weitergeltung von altvertraglichen Kündigungsfristen Rückzugspunkten erhalten können. Ganz unschuldig ist der Gesetzgeber daran allerdings nicht. Die Diskussion um den Kündigungsausschluss in den

---

<sup>71</sup> Eindringlich Sennet (o. Fn. 1).

Materialien zu § 575 und die wenig eindeutige Fassung des Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB sind mitverantwortlich für die mangelnde Gefolgschaft der Rechtsprechung.

Die Rechtsgrundsätze zur Ersatzmieterstellung sind nur begrenzt Garantien für hinreichende Flexibilität des Wohnraummieters, können aber bei beruflich und persönlich motivierten Umzügen noch ausgebaut werden. Dem Mieter, der einen Kündigungsausschluss akzeptiert, kann nicht vorgehalten werden, dass damit derartige regelmäßig nicht vorhersehbare Umstände präkludiert sind. Über den Ersatzmieter erhält der Vermieter ein hinreichendes Äquivalent, um die (dauerhafte) Rendite seiner Immobilie zu sichern. Dieser Gedanke führt auch dazu, dass Entgeltvereinbarungen in Aufhebungsverträgen unter Stellung eines Ersatzmieters (oder auch bei ohne weiteres neu zu vermietenden Immobilien), einer engen Kontrolle anhand des § 138 unterliegen. Zahlungsvereinbarungen, die den Nachteil des Vermieters aus der vorzeitigen Aufhebung des Mietvertrages übersteigen, sind daher bereits bei geringfügiger Überschreitung nichtig.