

# Ist der duale Kündigungsschutz nach §§ 573, 574 BGB noch zeitgemäß?

Prof. Dr. Friedemann Stornel

## I. Die Mietwohnung im politischen Wechselspiel von Wirtschaftsgut und Sozialgut

Die Mietwohnung als Wirtschaft- oder Sozialgut? Die doppelte Wertigkeit der Mietwohnung ist längst anerkannt. Es geht in der politischen Diskussion nicht mehr um das eine oder das andere, sondern nur noch um die Austarierung der beiden Gewichte. Standen bisher die Eingriffsrechte des Vermieters zum Zweck der energetischen Modernisierung oder der Schutz des Wohnungsmieters vor überhöhten Mietforderungen bei Neuvermietungen im Vordergrund der mietrechtlichen Reformdiskussionen, so scheint nun der Kündigungsschutz in den Fokus zu rücken. Weder im Koalitionsvertrag vom Oktober 2009<sup>1</sup> noch im Koalitionsvertrag vom November 2013<sup>2</sup> jeweils zwischen CDU/CSU und SPD war die Veränderung des Kündigungsschutzes in die eine oder andere Richtung ein Thema. Wohl durch die neuere Rechtsprechung auch des BGH zur Eigenbedarfskündigung<sup>3</sup> hat die Diskussion Fahrt aufgenommen. So hat sich die Bundestagsfraktion der SPD aktuell in einem Arbeitspapier „Rechte der Mieterinnen und Mieter stärken“ dafür ausgesprochen, den Kündigungstatbestand „Eigenbedarf“ einzuschränken.<sup>4</sup> Das ist prompt auf den Widerspruch des Zentralverbands der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer e.V. gestoßen, da durch eine solche Veränderung die Situation auf dem Wohnungsmarkt verschärft werden würde.<sup>5</sup> Auch die Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Partei fordert in einem Antrag an den Bundestag vom 10.1.2017 eine Verbesserung des Kündigungsschutzes.<sup>6</sup> Dahinter will die Bundestagsfraktion „Die Linke“ nicht zurückstehen und fordert u.a. die Schonfristregelung auf die ordentliche Kündigung auszudehnen und den Kündigungstatbestand des Eigenbedarfs einzuschränken.<sup>7</sup> Am radikalsten sind die Vorschläge des Vereins „Netzwerk Mieten + Wohnen“ e.V., nach dem Stand vom 5.9.2016, die durch die Berliner Rechtsanwälte Raabe und Tietzsch veröffentlicht werden.<sup>8</sup>

Ob und welche Vorschläge gesetzgeberisch umgesetzt werden, hängt nicht von rechtlichen, sondern von politischen Gegebenheiten ab. Betrachtet man die offen-

---

<sup>1</sup> Dazu Börstinghaus WuM 2009, 637.

<sup>2</sup> Dazu Derleder NZM 2014, 57.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15 – WuM 2017, 94 = ZMR 2017, 141 zum Eigenbedarf einer Außengesellschaft zugunsten eines ihrer Gesellschafter; LG Heidelberg WuM 2013, 49: Absicht des Vermieters, sich von seiner Ehefrau zu trennen und die häusliche Gemeinschaft zumindest vorläufig aufzuheben, ohne dass eine Scheidung bereits definitiv beabsichtigt ist. LG Berlin WuM 2013, 741 = ZMR 2014, 360: Eigenbedarf des Vermieters für gelegentlich kurze Besuche seiner in einer anderen Stadt lebenden nicht ehelichen 13-jährigen Tochter.

<sup>4</sup> Abrufbar unter [www.spdfraktion.de/system/files/documents/beschluss\\_spd\\_mieten.pdf](http://www.spdfraktion.de/system/files/documents/beschluss_spd_mieten.pdf)

<sup>5</sup> DWW 2017, 41.

<sup>6</sup> Bundestags-Drucksache 18/10810

<sup>7</sup> Bundestags-Drs. 18/11019. Die Erstreckung der Schonfristregelung auf die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs ist ohnehin schon Gegenstand des Referentenentwurfs des BMJ zum 2. Mietrechtsnovellierungsgesetz.

<sup>8</sup> Raabe WuM 2017,65; Tietzsch WuM 2017, 113.

bar auf Eis gelegte Umsetzung der 2. Tranche der im Koalitionsvertrag 2013 vereinbarten Mietänderungen, so kann wenig Hoffnung aufkommen.<sup>9</sup> Ob ein Handlungsbedarf besteht und – wenn ja – mit welchem Inhalt, soll im Folgenden erörtert werden.

## **II. Der gesetzliche Kündigungsschutz – eine Achterbahnfahrt**

### **1. Abriss der Entwicklung des Kündigungsschutzes seit dem „AbbauG“ 1960.**

Will man sich auf die thematisch gestellte Frage einlassen, so ist es nützlich, die Entwicklung des aktuell geregelten Kündigungsschutzes nachzuvollziehen.<sup>10</sup> Die Rückblende beschränkt sich auf die Entwicklung seit dem Inkrafttreten des sog. Abbaugesetzes<sup>11</sup> am 1.7.1960; denn durch dieses Gesetz begann nach fast vierzigjährigem Mieterschutz gleichsam ein neues Zeitalter. Das Gesetz bezweckte, den Wohnungsmarkt schrittweise in die soziale Marktwirtschaft zu überführen. Das Mieterschutzgesetz von 1923 (MSchG), das seit dem Beginn der fünfziger Jahre vermehrt Ausnahmen zugelassen hatte, sollte bis zum 31.12.1965 außer Kraft treten. An seine Stelle sollte die begründungsfreie Kündbarkeit treten, allerdings mit gestaffelten Kündigungsfristen für beide Seiten, so wie sie bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes am 1.9.2001 (MRRG) in § 565 BGB a.F. geregelt waren. Zulässig war danach auch eine Änderungskündigung zum Zweck einer Mieterhöhung. Zum Schutz des Mieters wurde die Sozialklausel als § 556a BGB a.F. eingefügt. Sie war als Ausnahmeregelung konzipiert und wurde dementsprechend in der Rechtsprechung der Instanzgerichte gehandhabt.<sup>12</sup> Der fehlende Kündigungsschutz betraf vor allem ältere Menschen mit geringem Einkommen und bisher niedrigen (da bisher preisgebundenen) Mieten. Änderungskündigungen und der noch nicht ausgeglichene Wohnungsmarkt führten außerdem zu einem erheblichen Ansteigen des Mietenniveaus und damit zunehmend zu sozialer Unzufriedenheit. Daran änderte sich auch nichts, dass für Ballungsgebiete wie Berlin, Hamburg und München der Termin für das Außerkrafttreten des MSchG aufgeschoben<sup>13</sup> und die Sozialklausel verbessert wurde sowie der Vermieter gehalten sein sollte, auf Verlangen über die Gründe der Kündigung unverzüglich Auskunft zu geben.<sup>14</sup> Auch das half wenig, da insbesondere eine Änderungskündigung um Zweck der Mieterhöhung zulässig blieb. Zudem wurde auch die neugefasste Sozialklausel in der Rechtsprechung immer noch eher als Notstandsklausel verstanden, die keinen hinreichenden Schutz bot und oft genug durch bloße Gewährung einer Räumungsfrist unterlaufen wurde.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> Der Referentenentwurf auf dem BMJ vom 11.4.2016 „hängt“ noch in den Ausschüssen; einer der Knackpunkte ist die Heilung der ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs durch Zahlung innerhalb der Schonfrist entsprechend den Regelungen für die fristlose Kündigung.

<sup>10</sup> S. dazu Sonnenschein in „Partner im Gespräch“ (PiG) Band 28 (1988) S. 11, 32 ff.; ders. PiG 33 (1991) S. 95; ders. PiG 49 (1996) S. 5, 20 f., Derleder, in: Festschrift für Blank, 2006, S. 673 f., J. Emmerich, WuM 2015, 259, 267 f.

<sup>11</sup> Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht v. 23.6.1960, BGBl. I 62.

<sup>12</sup> Zur Kritik s. Schmidt-Futterer, WuM 1965, 109: Gerichte sind an allem schuld.

<sup>13</sup> S. die Nachweise bei Sonnenschein, PiG 28 (1988) S. 13, 32.

<sup>14</sup> 3. Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften v. 21.12.1967, BGBl. I S. 1248.

<sup>15</sup> S. dazu Niedner, WuM 1970, 141; Horst A. Schmidt, WuM 1970, 193; Roesch, WuM 1971, 17.

Zu einer wesentlichen Veränderung kam es erst nach einem Wechsel der politischen Mehrheitsverhältnisse durch eine Koalition von SPD/FDP. Unter Überwindung erheblicher politischer Widerstände trat am 28.11.1971 das 1. Wohnraumkündigungsschutzgesetz (1. WKSchG) in Kraft.<sup>16</sup> Das Recht des Vermieters zur ordentlichen Kündigung wurde auf 3 Tatbestände zurückgestutzt - nämlich nicht unerhebliche schuldhaftes Vertragsverletzungen, Eigenbedarf und Erleiden erheblicher Nachteile durch Hinderung einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung. Eine Änderungskündigung zum Zweck der Mieterhöhung wurde ausdrücklich ausgeschlossen. Als Ausgleich für letzteres wurde dem Vermieter ein Anspruch auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Miete zugebilligt, was Derleder<sup>17</sup> als die einzige geniale Idee des Wohnraummietrechts apostrophiert hat. Gleichwohl trug das 1. WKSchG noch den Charakter eines Maßnahmegesetzes zur Bekämpfung von Missständen auf dem Wohnungsmarkt. Das fand seinen Ausdruck in der Befristung des Gesetzes bis zum 31.12.1974.

Der Durchbruch zu einer Dauerregelung kam – übrigens wiederum gegen erhebliche politische Widerstände – mit dem 2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz vom 18.12.1974.<sup>18</sup> Der durch das 1. WKSchG geschaffene Bestandsschutz wurde ins BGB eingefügt (§ 564b BGB a.F.), während der Anspruch des Vermieters auf Zustimmung zur Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete im Gesetz zur Regelung der Miethöhe (MHG) geregelt sowie erst durch das Mietrechtsreformgesetz (MRRG) in das BGB integriert wurde (§§ 558 f. BGB). Entscheidend war der neue Blickwinkel, den Bestandsschutz unabhängig von der Lage auf dem Wohnungsmarkt als Dauerrecht zu gestalten.<sup>19</sup> Wohnungswirtschaftlichen Entwicklungen schien es geschuldet, dass der Kündigungsschutz in einigen Bereichen gelockert wurde, ohne dass jedoch der Kernbestand in §§ 556a, 564b BGB a.F. (jetzt §§ 573, 574 BGB) berührt wurde.<sup>20</sup> Hervorzuheben ist das 4. Mietrechtsänderungsgesetz vom 21.7.1993.<sup>21</sup> Es begründete den Bestandsschutz bei gewerblicher Zwischenvermietung durch Einfügung eines § 549a BGB a.F. (jetzt § 565 BGB) und ein Vorkaufsrecht des Mieters bei Umwandlung seiner Mietwohnung in Wohnungseigentum durch Einfügung eines § 570b BGB a.F. (s. jetzt §§ 577, 577a BGB). Durch das Mietrechtsreformgesetz (MRRG) vom 19.6.2001 wurde der seit 1971 begründete Kündigungsschutz neu etikettiert (§§ 573, 574 BGB); sein Dualismus, bestehend aus berechtigtem Rückerlangungsinteresse des Vermieters und Bestandsinteresse des Mieters, wurde beibehalten.

---

<sup>16</sup> Dazu Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetze, 6. Aufl., A 12 ff.

<sup>17</sup> in Festschrift Blank, 2006, S. 673, 674.

<sup>18</sup> BGBl. I S. 3603.

<sup>19</sup> Begründung des Gesetzesentwurfs Bundestags-Drs. 7/2011 S. 7: „Bei der überragenden Bedeutung der Wohnung als Lebensmittelpunkt des menschlichen Daseins gebietet die Sozialstaatsverpflichtung des Grundgesetzes (Art. 20 GG), den vertragstreuen Mieter vor willkürlichen Kündigungen und damit dem Verlust seiner Wohnung zu schützen. Dieser Kündigungsschutz ist unabhängig davon erforderlich, ob die Lage auf dem Wohnungsmarkt als ausgeglichen angesehen wird. Jeder Wohnungswechsel bringt für den Mieter regelmäßig nicht unbeträchtliche Kosten und andere meist erhebliche Unzuträglichkeiten mit sich. Eine Belastung des vertragstreuen Mieters mit solchen Kosten und Unzuträglichkeiten ist bei der Bedeutung der Wohnung in einem sozialen Rechtsstaat nur gerechtfertigt, wenn der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Kündigung hat.“ S. auch Bericht des Rechtsausschusses Bundestags-Drs. 7/2638, dessen politische Minderheit sich allerdings für eine Befristung bis 1978 aussprach.

<sup>20</sup> S. dazu Sonnenschein, PiG 33(1991) S. 101.

<sup>21</sup> BGBl. I 1257.

## **2. Die Einflusskräfte von Wohnungsmarkt und Rechtsprechung**

Ein ausreichendes Angebot an Wohnraum ist der beste Mieterschutz, lautet eine häufig wiederholte These. Dem entspricht die weitere These, dass ein verstärkter Mieterschutz sich als investitionshemmend erweist; Inverstoren würden von einer Neubautätigkeit abgeschreckt aus Furcht, sich von unliebsamen, nicht vertrags-treuen Mietern nicht oder nur schwer trennen zu können. Man könne sich von seinem Ehegatten leichter trennen als von einem Mieter, lautet ein Bonmot. Ein Zusammenhang zwischen mietrechtlichen Gesetzesgestaltungen und Investitions-bereitschaft in den Mehrfamilienhausbau kann durchaus gegeben sein. Ob das allerdings mit dem Bestandsschutz in Verbindung gebracht werden kann, ist nicht gesichert;<sup>22</sup> denn ein Investor plant im Allgemeinen mit dem zahlenden und nicht mit dem weichenden Mieter – letzteres nur unter dem Aspekt einer besseren Rendite durch eine Neuvermietung. Mithin hängt die Investitionsbereitschaft eher von Renditeerwartungen und Planungssicherheit ab, dh. der Vermeidung von Rechtsunsicherheit, die durch politische Änderungswünsche und eine Gesetzeszerfasernde Rechtsprechung bedingt ist.

Der Rechtsprechung kommt in diesem Zusammenhang zugleich die Rolle als Motor und Hemmschuh zu. Schon Wolter hat auf die Bedeutung der Richtermacht im Mieterschutzrecht hingewiesen.<sup>23</sup> So haben die Urteile des BGH infolge ihrer Bindungswirkung (s. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) faktisch Rechtssatzcharakter. Hierdurch wird dem Gesetzgeber Detailarbeit abgenommen, und zwar gerade in den Fällen, in denen koalitionspolitische Divergenzen bestehen. So führte die restriktive Rechtsprechung der 60iger Jahre zur Sozialklausel<sup>24</sup> trotz der Verbesserungen zugunsten der Mieter durch das 3. MietRändG letztlich zum 1. WKSchG. Die Rechtsprechung des BVerfG zur Vermietung im Bauherrnmodell<sup>25</sup> oder die Rechtsprechung des BGH zum Vermietungsmodell bei Umwandlung von Mietwohnungen in Wohnungseigentum<sup>26</sup> führten zur Einfügung der Schutznorm in § 549a BGB a.F. (jetzt § 565 BGB) bzw. zur gesetzlichen Verbesserung der §§ 577a BGB zugunsten der Mieter. Als Reaktion auf das Urteil des BGH vom 14.12.2016 zum Eigenbedarf auch einer Außen-GbR zugunsten eines ihrer Gesellschafter<sup>3</sup> kann das Arbeitspapier der SPD-Bundestagsfraktion zur Beschränkung der Eigenbedarfskündigung gewertet werden.<sup>4</sup>

## **3. Schlaglicht auf die gegenwärtige Lage in der Rechtsprechung**

Es kann nicht die Aufgabe dieses Referats sein, die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestandsschutz zu analysieren. Um eine Antwort auf die im Thema gestellte Frage zu finden, mag es genügen, auf einige Entscheidungen zu Problemkreisen hinzuweisen, die so oder auch anders hätten entschieden werden können. Es geht dabei nicht um die Frage ob „richtig“ oder „nicht richtig“, sondern

---

<sup>22</sup> Paschke, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, 1991, S. 335.

<sup>23</sup> Wolter, Mietrechtlicher Bestandsschutz, 1984, S. 411 f.

<sup>24</sup> S. dazu Schmidt-Futterer, WuM 1965, 109: Gerichte sind an allem schuld

<sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.6.1991 – 1 BvR 538/90 - BVerfGE 84, 197 =NJW 1991, 2272; BVerfG, Beschl. v. 6.8.1993 – WuM 1994, 123 = ZMR1993, 500

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 16.7.2009 – NZM 2009, 613 = WuM 2009, 519 = ZMR 2010, 99.

allein um den Wertungsspielraum, auf den bereits hingewiesen wurde. Ein besonderes Gewicht hat in diesem Zusammenhang die Berufung auf die Eigentumsgarantie zugunsten des Vermieters nach Art. 14 Abs. 1 GG, oft genug unter Hinweis auf die eigentumsschützende Rechtsprechung des BVerfG. Hierzu ist zu bemerken, dass das BVerfG gerichtliche Entscheidungen nur darauf prüft, ob die Rechtsanwendung sich in den verfassungsmäßigen Grenzen hält, nicht aber darauf, ob ein anderes – vielleicht sogar gegenteiliges – Ergebnis der Rechtsanwendung sich ebenfalls in diesen Grenzen bewegt hätte.<sup>27</sup> Inhaltlich steht bei der hier vorzunehmenden Prüfung im Vordergrund, ob dem allgemeinen Bestandsinteresse eines (nicht des konkreten!) Mieters Rechnung getragen worden ist. Es handelt sich dabei um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal und fungiert als Abwägungskriterium für die Erheblichkeit eines Kündigungsgrundes. Überspitzt ausgedrückt, ist zu fragen, ob der Kündigungsgrund schwer genug ist, um den Mieter in die Obdachlosigkeit zu stoßen. Der BGH hat dieses Kriterium anerkannt, wenn auch im konkreten Fall einer Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht durchgreifen lassen.<sup>28</sup> Oft genug wird indes eine solche Abwägung erst gar nicht vorgenommen oder ist jedenfalls nicht sichtbar und wird von rechtssystematischen und/oder rechtsdogmatischen Erwägungen überdeckt, obwohl es über Art. 14 Abs. 1 GG Verfassungsrang hat.

Exemplarisch hierfür ist die wohlbegründete Entscheidung des BGH zum Eigenbedarf einer sog. Außen-GbR zugunsten eines ihrer Gesellschafter bzw. dessen Angehöriger.<sup>3</sup> Bei der vom BGH befürworteten analogen Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB bleibt ungewürdigt, dass der Zweck dieser GbR nach dem Gesellschaftsvertrag darin bestand, erworbenes Grundeigentum instandzusetzen, zu modernisieren, auszubauen, zu vermieten und nach Möglichkeit in Wohnungseigentum aufzuteilen. Hinzukam, dass die Gesellschafter verwandtschaftlich nicht miteinander verbunden waren. Lag es bei dieser Konstellation nahe, eine Parallele zu einer familienbezogenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Erbengemeinschaft zu ziehen? Man mag das wie der BGH bejahen wollen; zwingend ist dies nicht – eine andere Wertung wäre möglich gewesen und hätte nach hier vertretener Auffassung näher gelegen. Die genannten Umstände, nämlich der Zweck der Gesellschaft und die Zusammensetzung der Gesellschafter, sind nach den Entscheidungsgründen nicht – jedenfalls nicht erkennbar – in die Wertung einbezogen und ins Verhältnis zum allgemeinen Bestandsinteresse gesetzt worden.

---

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.1.2004 – 1 BvR 2285/03 – NZM 2004, 186 = WuM 2004, 80 (und ständige Rspr.): Die Schwelle eines Verstoßes gegen Verfassungsrecht, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist erst erreicht, wenn die Auslegung der Zivilgerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Eigentumsgarantie, insbesondere vom Umfang ihres Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10 – NZM 2011, 239 Tz. 19: Die Beurteilung der Frage, ob dem Eigentümer durch den Fortbestand eines Mietvertrages ein erheblicher Nachteil entsteht, ist vor dem Hintergrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und damit des grundsätzlichen Bestandsinteresses des Mieters, in der bisherigen Wohnung als seinem Lebensmittelpunkt zu verbleiben, vorzunehmen. Die im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB erforderliche Abwägung zwischen dem Bestandsinteresse des Mieters und dem Verwertungsinteresse des Eigentümers entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung; sie lässt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der konkreten Situation des Vermieters treffen.

Bei der Kündigung wegen Eigenbedarfs muss der Eigennutzungswunsch des Vermieters von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen werden. Das betrifft auch den Umfang des Wohnbedarfs.<sup>29</sup> Auch bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals darf das allgemeine Bestandsinteresse nicht aus dem wertenden Blick gelassen werden: ist berücksichtigt worden, dass jeder unfreiwillige Verlust der Wohnung ein Akt der Vertreibung ist? Das mag wiederum überspitzt formuliert sein, entspricht jedoch der Realität und wird nur dadurch überdeckt, dass es dem Bewohner in den allermeisten Fällen gelingt, aufgrund der Marktsituation und seiner wirtschaftlichen Verhältnisse den Verlust der Wohnung zu kompensieren. Kann es für die Annahme eines Eigenbedarfs – wiederum unter Einbeziehung des allgemeinen Bestandsinteresses – ausreichen, dass der Vermieter beabsichtigt, die gekündigte Wohnung als Zweitwohnung anlässlich gelegentlicher Besuche seiner minderjährigen Tochter selbst zu nutzen?<sup>30</sup> Auch wenn die die Frage bejahende Entscheidung einer verfassungsrechtlichen Prüfung standgehalten hat,<sup>31</sup> sei die weitere Frage erlaubt, ob eine andere Bewertung verfassungswidrig gewesen wäre. Trägt die von der Rechtsprechung des BGH verordnete zeitliche und räumliche Beschränkung für das Anbieten einer freien Alternativwohnung dem hier in Rede stehenden Abwägungsgebot Rechnung,<sup>32</sup> insbesondere wenn noch während des Laufs der Kündigungsfrist abzusehen ist, dass die Alternativwohnung nur einen Monat nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werden wird?<sup>33</sup> Ist es zwingend, einen Wegfall des Eigenbedarfs nach Ablauf der Kündigungsfrist grundsätzlich unberücksichtigt zu lassen?<sup>34</sup> Lässt sich dies u.a. damit begründen, dass man die Mieter schlechthin unter Generalverdacht stellt, sie würden sich anderenfalls versucht sehen, eine Räumung hinauszuzögern in der Erwartung, ein an sich gegebener Kündigungsgrund könnte sich durch Zeitablauf „erledigen“? Auch in diesem Fall hat das BVerfG lediglich verneint, dass der BGH mit seiner Entscheidung die Bedeutung und Reichweite der auch den Mieter schützenden Eigentumsgarantie verkannt habe.<sup>35</sup> Damit ist aber nicht festgelegt, dass eine vom BGH abweichende Auffassung grundgesetzwidrig wäre.

Die hier zitierten Entscheidungen sind durchweg gegen die Mieter ergangen. Damit soll aber nur verdeutlicht werden, dass gesetzliche Wertungsspielräume vorhanden sind, in denen auch Platz wäre, das allgemeine Bestandsinteresse des Mieters zur Geltung zu bringen.

Es fällt auf, dass die Sozialklausel in der Rechtsprechung des BGH so gut wie keine Rolle spielt, auch wenn er neuerdings ein beachtliches Ausrufezeichen gesetzt hat, soweit es um Härten geht, die drohende schwerwiegende Gesundheits- oder Lebensgefahren betreffen.<sup>36</sup> Diese Beschränkung mag dem verfahrensrechtlichen Gesichtspunkt geschuldet sein, dass mit der Sozialklausel zusammenhängende Fragen revisionsrechtlich nicht relevant werden, zeigt aber auch, dass die Rechtsprechung der Instanzgerichte den Schutz des Vermietereigentums im Gefolge des

---

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 4.3.2015 – VIII ZR 166/14 – NZM 2015, 378.

<sup>30</sup> LG Berlin WuM 2013, 741 mit Anm. Artz.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.4.2013 – 1 BvR 2851/13 – NZM 2014, 624.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 9.7.2003 – VIII ZR 276/02 – NZM 2003, 681.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 4.6.2008 – VIII ZR 292/07 – NZM 2008, 642.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 9.11.2005 – VIII ZR 339/04 – NZM 2006, 50.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.4.2006 – 1 BvR 31/06 – NZM 2006, 459.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 15.3.2017 – VIII ZR 270/15.

BGH stärker als früher betont<sup>37</sup> und die Sozialklausel nur geringe praktische Bedeutung hat.<sup>38</sup> Möglicherweise wirkt sich dabei psychologisch aus, dass die Gerichte – nachdem sie einmal das berechnete Interesse des Vermieters an der Kündigung anerkannt haben – nunmehr sich selbst korrigierend das Übergewicht des Mieterinteresses feststellen müssten.<sup>39</sup> Jedenfalls ist die häufiger festzustellende Praxis, zeitlich begrenzte Härten durch Gewährung einer Räumungsfrist anstelle der Anordnung einer befristeten Fortsetzung zu begegnen, nicht rechtens.<sup>40</sup>

### III. Systemkritik

Es steht außer Frage, dass der geltende Bestandsschutz verfassungsrechtlich gesichert ist.<sup>41</sup> Gleichwohl ist die Kritik hieran nicht verstummt und lebt auf, sobald eine Änderung, insbesondere eine Verschärfung des Bestandsschutzes diskutiert wird.

#### 1. Hypertrophie des bestehenden Kündigungsschutzes

Geltend gemacht wird, dass das gegenwärtige System des Bestandsschutzes als ein Aufeinandertürmen von Schutzrechten darstellt, die sich gegenseitig blockieren.<sup>42</sup> Hierdurch werde es unmöglich, die gegenseitigen Interessen abzuwägen. Zudem verhinderten die zwingenden Vorschriften, dass die Parteien in die Lage versetzt würden, einen gerechten Interessenausgleich im Einzelfall auszuhandeln. Dadurch entstehe ein Störpotential, das den Rechtsfrieden gefährde. Schließlich hätten die für die ordentliche Kündigung geltenden Kündigungsregelungen zu einer Überforderung der Gerichte geführt. Zu empfehlen sei daher, zum Kündigungsschutz entsprechend dem AbbauG 1960 zurück zu kehren. Bei richtiger Handhabung genieße der Mieter (allein) durch die Sozialklausel hinreichenden Schutz. Eine Variante hierzu legt zugrunde, dass der Mieter schon durch die Regelung der Kündigungsgründe (jetzt § 573 Abs. 1, 2 BGB) hinreichend geschützt sei, so dass er des Schutzes durch die Sozialklausel nicht bedürfte; diese könne deshalb abgeschafft werden.<sup>43</sup>

Diesen Auffassungen steht entgegen, dass die Regelungen in §§ 573, 574 BGB unterschiedliche Zielsetzungen haben und sich ergänzen.<sup>44</sup> Dualität kann daher nicht mit Verdoppelung gleichgesetzt werden. Die Regelung der Kündigungsgründe zielt darauf ab, rechtsmissbräuchliche Kündigungen zu verhindern. Die Beschränkungen sind der Sozialpflichtigkeit des Eigentums geschuldet.<sup>45</sup> Demgegenüber be-

---

<sup>37</sup> Das entspricht auch der Beobachtung von Sonnenschein, PiG 33 (1991) S. 95, 115.

<sup>38</sup> S. Blank/Börstinghaus, *Miete*, 5. Aufl., § 573 Rn. 1a; § 574 Rn. 1; Paschke S. 296

<sup>39</sup> Honsell AcP 186 (1986) S. 115, 146.

<sup>40</sup> OLG Stuttgart, RE. v. 11.11.1968 – 8 W 71/68 – NJW 1969, 240; OLG Oldenburg, RE. v. 23.6.1970 – 5 UH 1/70 – WuM 1970, 132.

<sup>41</sup> S. BVerfG, Beschl. v. 23.4.1974 – 1 BvR 6/74 – BVerfGE 37, 132 ff. = NJW 1974, 1499; BVerfG, Beschl. v. 8.1.1985 – 1 BvR 792/83 pp. – NJW 1985, 2633 = WuM 1985, 75.

<sup>42</sup> Adomeit, NJW 1981, 2168, 2169; Gather, DWW 1978, 230; Honsell, AcP 186 (1986) S. 115, 159; Weitnauer, *Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht*, Karlsruhe 1975, S. 24 f., 29 spricht von einer Entrechtung des Vermieters.

<sup>43</sup> Löwe NJW 1975, 9, 12 f.

<sup>44</sup> Paschke S. 281, 292; Wolter S. 405 f.

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.1.1985 – 1 BvR 792/83 – NJW 1985, 2633 = WuM 1985, 75 <B.I.1>: Maßgebend ist der in Art. 14 Abs. 2 GG Ausdruck findende Gesichtspunkt, dass Nutzung und Verfügung in jedem Fall nicht le-

zweckt die Sozialklausel, Härten abzufedern, die sich für den Mieter aus dem Verlust der Wohnung ergeben; hierfür reichen die Generalklauseln des BGB (§§ 138, 242) nicht aus.

## **2. Kündigungsschutz – sozial ungerecht**

Die Kritik, der bestehende Kündigungsschutz sei unsozial und richte sich gegen die Mieter, beruht darauf, dass der vorhandene Wohnungsbestand ungerecht verteilt sei. Denjenigen, die im Besitz einer – u.U. preisgünstigen – Wohnung seien (beati possidentes), stünden die anderen gegenüber, die auf derartige Wohnungen angewiesen seien. Hervorzuheben sei die Blockierung durch Fehlbelegung von Sozialwohnungen und Unterbelegung von preisgünstigen Altbauwohnungen.<sup>46</sup> Ein funktionsfähiger Wohnungsmarkt mit einem ausreichenden Angebot an Wohnraum sei der beste Bestandsschutz. Einer Vergrößerung des Wohnungsangebots durch Neubau stehe jedoch das Mietrecht, insbesondere auch der Kündigungsschutz, als Investitionshemmnis entgegen.<sup>47</sup> Zum einen seien die Beschränkungen der ordentlichen Kündigung für den Vermieter mit Unsicherheiten behaftet, die sich auf die Renditeerwartungen und damit auf die Investitionsbereitschaft auswirkten. Zum anderen diene der Kündigungsschutz nicht den sozial schwachen Mietern, sondern der Verwirklichung eines sozialen Besitzschutzes, der den „glücklichen Besitzern“ (beati possidentes) eine quasi-dingliche Rechtsstellung verschaffe.<sup>48</sup>

Diese Kritik verfängt nicht. Sie vermengt Fragen der Wohnungsversorgung, die die Allgemeinheit betrifft, mit dem Individualschutz des einzelnen Mieters. Das Problem der Wohnraumversorgung wird nicht durch einen Rollentausch der „glücklichen Besitzer“ und der „unglücklichen Nicht-Besitzer“ gelöst. Ohnehin steht die Wohnraumversorgung in keinem unmittelbaren Bezug zum Bestandsschutz des Mieters, ganz abgesehen davon, dass die wesentlichen Einflüsse auf das Investitionsverhalten durch die langfristigen Entwicklungen der Boden-, Bau und Kapitalmärkte und demgegenüber nur zu einem geringeren Anteil durch Renditeerwartungen bedingt sind. Mehr Mobilität auf dem Wohnungsmarkt führt zu steigenden Mieten, trägt jedoch zu einem Bestandsschutz im Sinne eines sicheren Wohnens nicht bei.

## **3. Erwerbbarer (käuflicher) Kündigungsschutz**

Unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist vorgeschlagen worden, den bestehenden Kündigungsschutz zwar beizubehalten, ihn jedoch abdingbar zu gestalten. Eine Wohnung mit Bestandsschutz habe für den Mieter einen höheren Wert, der sich im Mietpreis niederschlagen könne.<sup>49</sup> Im bestehenden System sei der Bestandsschutz

---

diglich innerhalb der Sphäre des Eigentümers bleiben, sondern Belange anderer Rechtsgenossen berühren, die auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen sind (BVerfGE 50, 290 [BVerfG 01.03.1979 - 1 BvR 419/78] [340 f.]). Unter dieser Voraussetzung umfasst das grundgesetzliche Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung das Gebot der Rücksichtnahme auf den Nichteigentümer, der seinerseits der Nutzung des Eigentumsobjekts zu seiner Freiheitssicherung und verantwortlichen Lebensgestaltung bedarf (vgl. BVerfGE 37, 132 [BVerfG 23.04.1974 - 1 BvR 2270/73] [140]).

<sup>46</sup> S. Sonnenschein PiG 33 (1991) S. 95, 122.

<sup>47</sup> Honsell AcP 186, 182, 184.

<sup>48</sup> Honsell, AcP 186, 161, 184; Bärmann, PiG 10 (1983) S.63, 80: Die Grenze von reinem Schuldverhältnis zum mindestens pseudo-dinglichen Recht werde überschritten.

<sup>49</sup> Eekhoff, PiG 10 (1983) S. 11, 30, 40; s. dazu auch Sonnenschein, PiG (1991) 33 S. 95, 122.



gleichsam im Mietpreis enthalten und nach geltendem Recht nicht abdingbar. Es sei nicht möglich, diesen Mietanteil durch Vereinbarung zu eliminieren, auch wenn der Mieter auf diesen Schutz nicht angewiesen sei und ihn nicht benötige. Ein angemessener Kündigungsschutz könne flexibler und für beide Vertragsparteien vorteilhafter im Wege individueller Vereinbarung festgelegt werden. Jedenfalls für Neuabschlüsse sollte dies ermöglicht werden. Das Kernproblem – und hier berührt sich die Argumentation mit der Sozialkritik am Kündigungsschutz – liege nicht in der Auseinandersetzung zwischen Mietern und Vermietern, sondern zwischen solchen Mietern, die eine Wohnung hätten und nicht aufgeben wollten, und solchen Mietern, die eine Wohnung suchten. Die letztgenannte Gruppe werde bei fortbestehendem Kündigungsschutz immer größer werden, so dass dieser Schutz letztlich gegen die Interessen der Mieter gerichtet sei.

Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass die Mietwohnung kein Konsumgut ist, auf das die Gesetze einer Marktwirtschaft anwendbar sind. Das sozialpolitische Element, das dem Wohnraummietrecht (auch) innewohnt, wird ausgeblendet, indem dem Staat die Gestaltungsfreiheit und damit die Verantwortung entzogen wird. Die Folge wäre, dass derjenige, der es sich leisten kann, den Bestandschutz erwirbt, der überwiegende Teil der Bevölkerung, der dies nicht vermag, dagegen schutzlos wäre.

#### **4. Regionale oder zeitliche Beschränkung des Kündigungsschutzes**

Bei den Beratungen zum 2.WKSchG war ein Diskussionsthema, die Geltung der bestandschützenden Vorschriften zeitlich zu begrenzen, um die weitere Entwicklung zu berücksichtigen.<sup>50</sup> Zu denken wäre auch an eine Beschränkung auf Ballungsräume, in denen die Wohnungsversorgung zu besonderen Engpässen führt. Derartige Erwägungen sind im Rahmen der Beratungen eines Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen angestellt worden<sup>51</sup> und lagen bereits auch dem Regierungsentwurf zum Mietrechtsverbesserungsgesetz (MietRVerbG) nach dem Stand vom 4.12.1970 zugrunde.<sup>52</sup>

Derartige Beschränkungen reduzieren die Regelungen des Bestandsschutzes auf ein Not- oder Maßnahmerecht, das an die Entwicklung der Wohnungsmarktlage bzw. der Wohnraumversorgung gekoppelt ist. Sie tragen der unbefristbaren besonderen Bedeutung der Wohnung für ihren Benutzer und der Funktion, die dem Kündigungsschutzrecht zukommt, nicht Rechnung.

#### **5. Eigene Bewertung**

Das Ergebnis der eigenen Bewertung lässt sich an der Kritik der zuvor dargestellten Modelle ablesen. Trotz mancher Kritik kann bestätigt werden, dass der Kündigungsschutz für den Wohnraummietler zu den rechtlichen und sozialpolitischen Errungenschaften gehört und unverzichtbarer Bestandteil unserer Rechtsordnung geworden ist.<sup>53</sup> Der Wohnungsmarktsituation liegt zugrunde, dass der Mieter bei Abschluss

---

<sup>50</sup> Bericht des Rechtsausschusses, Bundestags-Drs. 7/2638 S. 2.

<sup>51</sup> CDU/CSU Fraktion in: Bundestagstags-Drs. 9/469 S. 6; Bundesrat in: Bundestagstags-Drs. 9/790.

<sup>52</sup> Bundestags-Drs. VI 1549 S. 7.

<sup>53</sup> So Sonnenschein, PiG 33 (1991) S. 95, 122.

des Mietvertrages eine existentielle Kontinuitätserwartung hat – nämlich in der Wohnung seinen Lebensmittelpunkt auf unbestimmte Dauer begründen zu können -, während der Vermieter ein entsprechend gewichtetes Interesse an der Gebrauchsüberlassung in der Regel nicht hat. Daher ist es unabhängig von der Entwicklung der Marktsituation folgerichtig, den Kündigungsschutz asymmetrisch zu begreifen und zu gestalten.<sup>54</sup> Mit dieser Feststellung ist allerdings nur der bestehende Rechtszustand in seiner Dualität von Kündigungsbeschränkungen in § 573 BGB und Härtefallabfederungen nach § 574 BGB als gegenwärtig unumkehrbar beschrieben. Trotzdem kommt – wie eingangs erwähnt – Kritik auf. Das Problem liegt allerdings eher in der Rechtsanwendung als an der gesetzgeberischen Gestaltung. Somit bleibt die zukunftsbezogene Frage, ob und ggf. welcher Änderungsbedarf besteht.

#### **IV. Rechtsdogmatische Fragestellungen und Lösungsansätze**

##### **1. Soziale Rechtfertigung der Kündigung oder Sozialklausel?**

Betrachtet man die Wertungsspielräume, die die gegenwärtige Gesetzeslage des Bestandsschutzes gewährt, so könnte man zu dem Schluss gelangen, dass kein Handlungsbedarf besteht. Es gäbe keine Gründe, ihn zu schmälern oder ihn zu stärken. Die Realität sieht anders aus. Die Rechtsprechung tendiert zunehmend in eine eigentumsfreundliche Richtung, insbesondere was die Bewertung des Eigenbedarfs anbelangt. Demgegenüber hat die Sozialklausel praktisch nur geringe Bedeutung,<sup>38</sup> auch wenn der BGH jüngst ein Zeichen gesetzt hat.<sup>36</sup> Um sie stärker im Rechtsbewusstsein zu verankern und damit zur Geltung zu bringen, könnte man erwägen, sie in den generellen Kündigungstatbestand (§ 573 Abs.1 BGB) zu integrieren und in den Spezialtatbeständen (§ 573 Abs. 2 BGB) hierauf zu verweisen. Damit würde sich an der bisherigen Dualität des Bestandsschutzes zwar nichts ändern; jedoch käme der Interessenabwägung bereits im Kündigungstatbestand ein höherer Stellenwert zu. Allerdings bestünde durch eine solche gegensätzliche Interessenanhäufung die Gefahr einer uferlosen Kasuistik, sofern man innerhalb eines Regelungstatbestandes auf die individuellen Härtegründe wie in § 574 BGB abstellt. Das hat sich am Beispiel des § 4 MSchG gezeigt.<sup>55</sup> Um das zu vermeiden, könnte eine generalisierende Formulierung des Mieterinteresses an die Stelle eines eigenständig geregelten Widerspruchsrechts in den generellen Kündigungstatbestand (§ 573 Abs. 1 BGB) eingefügt werden.<sup>56</sup> Damit wäre eine gewisse Parallele zum arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz hergestellt, indem die Kündigung im konkreten Fall sozial gerechtfertigt sein müsste. Das lässt sich jedoch ohne Einbeziehung der individuellen Belange des Mieters nicht feststellen, so dass auch hier die Gefahr einer kaum überschaubaren Kasuistik bereits im Kündigungstatbestand gegeben wäre. Dies würde für Mieter und Vermieter zur Rechtsunsicherheit führen. Zweckmäßiger erscheint demgegenüber, es bei der gegenwärtigen Trennung der Regelungen von Kündigungsgründen und Härtegründen des Mieters zu belassen.

##### **2. Implantierung des generellen Bestandsinteresses in die Kündigungstatbestände?**

---

<sup>54</sup> S. Paschke S. 144, 274.

<sup>55</sup> S. dazu Bettermann, Kommentar zum Mieterschutzgesetz, 1950, § 4 Rn. 73 ff.

<sup>56</sup> So Tietzsch WuM 2017, 113, 114, nach dessen Vorschlag das Widerspruchsrecht nur bei Wohnungsmietverträgen mit Unternehmen und auch nur für den Fall des fehlenden angemessenen Ersatzraums gegeben sein soll.

Eine Betrachtung der Rechtsprechung zu den Kündigungsgründen in § 573 BGB macht deutlich, dass das generelle Bestandsinteresse des Mieters als Abwägungskriterium für die Erheblichkeit eines Grundes nicht oder nur unzureichend berücksichtigt wird, obwohl es auch dort seinen Platz hat.<sup>57</sup> Für seine Berücksichtigung böten sich die offenen Tatbestandsmerkmale bei der Verwertungskündigung „Hinderung der Verwertung“ und „erheblicher Nachteil“ und bei der Eigenbedarfskündigung „benötigen“ an. Gesichert ist eine solche Interpretation allerdings nicht. Es erscheint deshalb geboten, das generelle Bestandsinteresse in die Kündigungstatbestände des § 573 BGB zu implantieren. Damit würde der Bestandsschutz nicht verdoppelt, sondern es würde die Erheblichkeit der Kündigungsgründe präzisiert und akzentuiert. Dafür würde es gesetzestechnisch genügen, den allgemeinen Kündigungstatbestand in § 573 Abs. 1 BGB im ersten Satz um das Wort „erheblich“ zu erweitern und nach diesem Satz folgenden Satz einzufügen: „*Erheblich ist das berechtigte Interesse, wenn es das allgemeine Interesse eines Mieters am Erhalt der Wohnung deutlich übersteigt.*“ Das Verbot der Änderungskündigung bliebe als Satz 3 aufrechterhalten. In § 573 Abs. 2 BGB wäre auf den in § 573 Abs. 1 BGB einzufügenden Satz Bezug zu nehmen.

### **3. Zukunftsbezogene Kündigungstatbestände – Regelungen bei Nichtverwirklichung des Kündigungsinteresses?**

Probleme ergeben sich bei Kündigungstatbeständen, die an ein künftiges Ereignis anknüpfen, dessen Eintritt die Räumung nach Ablauf der Kündigungsfrist voraussetzt. Konkret handelt es sich um die Tatbestände des Eigenbedarfs und der Hinderung der Verwertung in § 573 Abs. 2 Nr. 2, 3 BGB. Das Ereignis zur Bedingung für die Wirksamkeit der Kündigung zu machen, widerspräche dogmatisch der Gestaltungswirkung einer Kündigung. Gleichwohl stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen, wenn das Ereignis später nicht realisiert wird. Tritt dieser Fall vor Ablauf der Kündigungsfrist ein, so wird die Kündigung unwirksam.<sup>58</sup> Gleiches gilt, wenn das Ereignis nur vorgespiegelt worden ist, wobei noch eine Schadensersatzpflicht des Vermieters hinzutreten kann.<sup>59</sup>

Problematisch bleibt indes der Fall, dass das Ereignis nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht eintritt oder nicht verwirklicht wird, z.B. die Bedarfsperson verstirbt, die Familienplanung sich ändert, der Bedarf durch eine geeignete freigewordene Wohnung gedeckt wird oder werden kann oder die geplante Verwertung bauplanerisch nicht realisiert werden kann. Nach einer Mindermeinung wird die Kündigung in diesen Fällen ebenfalls wirkungslos.<sup>60</sup> Demgegenüber vertritt der BGH die Auffassung, es reiche aus, dass der Kündigungsgrund bis zum Ablauf der Kündigungsfrist be-

---

<sup>57</sup> So für die Verwertungskündigung: BGH, Urt. v. 9.2.2011 – VIII ZR 155/10 - WuM 2011, 170 Tz. 19; s. auch J. Emmerich WuM 2015, 259, 265.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 9.11.2005 – VIII ZR 339/04 – NZM 2006, 50 = NJW 2006, 220.

<sup>59</sup> BGH in ständiger Rspr., zuletzt Urt. v. 10.6.2015 – VIII ZR 99/14 – NZM 2015, 532; Urt. v. 10.5.2016 – VIII ZR 214/15 – NZM 2016, 710.

<sup>60</sup> So noch Häublein in: MünchKomm.z.BGB § 573 Rn. 80, 81; Schmidt-Futterer/Blank, MietR., 11. Aufl., Rn. 74; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., XI 59, 60.

standen habe; nach deren Ablauf komme es auf spätere Veränderungen – insbesondere auf eine Realisierung - nicht an.<sup>61</sup> Damit reduziert der BGH die gesetzliche Regelung auf die bloße Behauptung des Kündigungsgrundes anstelle seiner Realisierung. Konsequenz wäre, die Verwirklichung des Kündigungsgrundes wie die Geschäftsgrundlage der Kündigung anzusehen: Entfällt sie, so würde dies zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Damit würde der Kündigung eine dilatorische Wirkung zukommen. Das wäre an sich nichts Ungewöhnliches, zumal es seine Entsprechung in der Wirkung des Kündigungswiderspruchs nach § 574 BGB findet. Gleichwohl kann dieser Ansatz nicht zum Tragen kommen, weil die Verwirklichung der hier in Rede stehenden Kündigungsgründe die Räumung gerade voraussetzt.

Es bleibt die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs, wenn es der Vermieter schuldhaft unterlässt, den Kündigungsgrund nach Ablauf der Kündigungsfrist binnen angemessener Zeit umzusetzen. Eine solche Regelung wäre nicht neu und war bereits im MSchG für den Fall der Nichtrealisierung des Eigenbedarfs vorgesehen.<sup>62</sup> Sinnvoll erscheint eine entsprechende Regelung unter Änderung der Absatzfolge als Absatz 4 in § 573 BGB einzufügen. Durch sie wäre klargestellt, dass es letztlich auf die Umsetzung zukunftsbezogener Kündigungsgründe ankommt. Zwar ist nicht auszuschließen, dass es infolgedessen zu Verzögerungen bei der Durchsetzung von berechtigten Räumungsansprüchen kommen könnte, weil Mieter sich veranlasst sähen, die Räumung in der Hoffnung auf eine „Erledigung durch Zeitablauf“ hinauszuschieben. Man kann jedoch eine sinnvolle Regelung nicht dadurch unterlaufen, dass man den zu schützenden Personenkreis unter Generalverdacht des treuwidrigen Verhaltens stellt.<sup>63</sup>

#### **4. Kündigung wegen Vertragsverletzungen**

Es gehört zum Repertoire der Kündigungsvorschriften, dass Vertragsverletzungen Anlass für eine Kündigung sein können. Sowohl für die fristlose als auch für die ordentliche Kündigung ist nach deren Sinn zu fragen. Einerseits kann er in der Sanktion für begangenes Vertragsunrecht liegen. Hier hätte die Kündigung eine Vergeltungsfunktion, ähnlich einer „Privatstrafe“. Ein solches Verständnis wäre mit dem Partnerschaftsgedanken im Mietrecht – auch wenn diesem keine konkrete Rechtsqualität zukommt – nicht zu vereinbaren. Der Sinn der Kündigung wegen Vertragsverletzungen kann aber auch darin gesehen werden, dass es der zur Kündigung berechtigten Partei nicht mehr zugemutet werden kann, den Vertrag fortzusetzen. Darauf basiert der Kündigungstatbestand in § 543 Abs. 1 BGB. Sieht man die in § 543 Abs. 2 BGB geregelten Kündigungstatbestände lediglich als Anwendungsfälle des § 543 Abs. 1 BGB an, wofür der Ausdruck „insbesondere“ in § 543 Abs. 2 S. 1

---

<sup>61</sup> BGH, Urt. v. 9.11.2005 – VIII ZR 339/04 – NZM 2006, 50 = NJW 2006, 220 mit Anm. Timme NZM 2006, 249; bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 18.4.2006 – 1 BvR 31/06 – NZM 2006, 459.

<sup>62</sup> § 4a Abs. 2 MSchG i.d.F. der Novelle von 1930: „Unterläßt es der Vermieter ohne wichtigen Grund, die Wohnung binnen angemessener Frist in Gebrauch zu nehmen, so kann der Mieter den Ersatz der Kosten verlangen, die er für den Umzug und die Unterkunftbeschaffung aufgewendet hat.“ Die Regelung wurde durch § 3 der 3.VO zur VO. über Kündigungsschutz für Miet- und Pachträume vom 5.9.1939 (RGBl. I S. 1670) im Zuge der Ausweitung des Mieterschutzes aufgehoben, s. dazu Ebel, Mieterschutzgesetz, 8. Aufl., 1938 mit Nachtrag 1939, § 4a Rn. 11.

<sup>63</sup> So aber BGH, Urt. v. 9.11.2005 – VIII ZR 339/04 – NZM 2006, 50 für die Nichtberücksichtigung des nachträglichen Wegfalls des Eigenbedarfs; Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 Rn. 88: Verleitung zum Vertragsbruch.

sprechen könnte, sofern man den § 543 Abs. 1 S. 2 BGB mit im Blick hat, so wäre die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in den Fällen der Kündigung wegen Vertragsverletzungen (§§ 543 Abs. 2, 569 Abs. 2, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) einzubeziehen.

Zuzugeben ist, dass eine solche Interpretation nicht zwingend ist und von der h.M. nicht getragen wird. Geboten ist sie gleichwohl, wenn man die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung als entscheidendes Kriterium für die Berechtigung einer Kündigung wegen Vertragsverletzungen anerkennt, zumal hierdurch sich einige Zweifelsfragen klären lassen:

Das betrifft zunächst den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Auch wenn die Rechtsordnung der einen oder der anderen Partei das Recht der (fristlosen) Kündigung, daneben aber auch andere Rechte – etwa auf Erfüllung oder Unterlassung – gewährt, ist im Rahmen der Zumutbarkeit zu prüfen, ob von einem milderem Behelf Gebrauch gemacht werden kann, um der Vertragswidrigkeit zu begegnen. Meist wird sich dieser Appell an den Vermieter richten.

Beispiele: Der Mieter mindert wegen Feuchtigkeitsschäden. Die Parteien streiten über deren Ursache. Anstatt dies im Zahlungsprozess zu klären, kündigt der Vermieter.

Der Mieter weigert sich, bestimmte bauliche Maßnahmen zu dulden. Anstatt die Duldungspflicht zunächst durch eine Leistungsklage zu klären, kündigt der Vermieter.

In der Rspr. des BVerfG und des BGH wird die Verweisung des Vermieters auf weniger einschneidende Maßnahmen indes abgelehnt.<sup>64</sup>

Für den Mieter gilt im Prinzip nichts anderes als wie für den Vermieter, wenn auch zu berücksichtigen ist, dass der Mieter im Falle einer eigenen Kündigung seine Wohnung verliert, während dem Vermieter im Falle der eigenen Kündigung allenfalls ein Vermögensschaden droht.

Des Weiteren kann im Rahmen des Zumutbaren ein späteres Wohlverhalten oder eine Änderung der Verhältnisse sowohl vor als auch nach Ausspruch der Kündigung berücksichtigt werden.

Beispiele: Der unpünktlich die Miete zahlende Mieter ändert dauerhaft sein Zahlungsverhalten.

Dem psychisch kranken Mieter ist wegen Hausfriedensstörungen gekündigt worden. Vor Erlass eines Räumungsurteils ist infolge einer Therapie eine Besserung eingetreten, nach der eine Wiederholung der Störungen unwahrscheinlich geworden ist.

Die Berücksichtigung späterer Änderungen wird häufig im Hinblick auf die Gestaltungswirkung der Kündigung und mit einem Umkehrschluss aus § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB (ausnahmsweise Heilung durch Schonfristzahlung) abgelehnt, ohne die Zumutbarkeit für den Vermieter, den Vertrag fortzusetzen, zu prüfen. Eine solche Prüfung sollte indes obligatorisch sein.

## **5. Fehlender Ersatzwohnraum – Härtegrund oder ein Fall für den Räumungsschutz im Vollstreckungsverfahren?**

---

<sup>64</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.3.1989 – 1 BvR 1428/88 – WuM 1989, 278 = ZMR 1989, 255: Der Vermieter, der wegen Zahlungsverzugs gekündigt hat, kann nicht darauf verwiesen werden, die rückständigen (geminderten) Mieten zunächst in einem Zahlungsprozess klären zu lassen. BGH, Urt. v. 15.4.2015 – VIII ZR 281/13 – MDR 2015, 758 = WuM 2015, 416: Der Vermieter kann wegen verweigerter Duldung fristlos kündigen, ohne zunächst einen Duldungstitel zu erwerben.

Fehlender angemessener Ersatzraum zu zumutbaren Bedingungen wurde als Härtegrund in die Sozialklausel des § 556a Abs. 1 BGB a.F. durch das Mietrechtsverbesserungsgesetz v. 4.11.1971 eingefügt.<sup>65</sup> Die Regelung sollte den Schwierigkeiten bei der Beschaffung angemessenen Ersatzraums Rechnung tragen, was durch die divergierende Rechtsprechung nicht gewährleistet erschien.<sup>66</sup> Durch sie sollte der Mieter nicht von den ihm zumutbaren Bemühungen um die Beschaffung einer anderen Wohnung befreit werden.<sup>67</sup> Gerade hierin liegt das Problem der Regelung.

Schon früh hat Schmidt-Futterer postuliert, dass die Pflicht zu entsprechenden Bemühungen mit dem Zugang einer wirksamen Kündigung einsetze; die Intensität der Bemühungen müsse sich zum Ende der Kündigungsfrist verstärken.<sup>68</sup> Nur dann, wenn der Mieter begründeten Anlass habe, die Wirksamkeit der Kündigung zu bestreiten oder wenn er über andere erfolgversprechende Härtegründe verfüge, könne diese Pflicht zeitlich verschoben werden. Seine Ausführungen haben seitdem Rechtsprechung und Literatur geprägt.<sup>69</sup>

Das Dilemma besteht darin, dass der Mieter, der sich entsprechend den Anforderungen der h.M. intensiv um eine Ersatzwohnung bemüht, sich letztlich bereits von seiner jetzigen Wohnung und ihren sozialen Bezügen losgesagt hat oder ihm solches zugemutet wird.<sup>70</sup> Damit wird gleichsam eine Vorentscheidung für seine Räumungspflicht gefällt. Mit Recht ist deshalb darauf hingewiesen worden, dass die Ersatzraumsuche als Pflicht des Mieters erst angenommen werden könne, wenn sich die ordentliche Kündigung des Vermieters als begründet erweise.<sup>71</sup> Danach wäre das Problem der Ersatzraumbeschaffungspflicht in das Räumungsschutzverfahren – speziell zur Gewährung einer Räumungspflicht nach § 721 ZPO zu verlagern. Gleichwohl kann fehlender angemessener Ersatzraum zu zumutbaren Bedingungen aufgrund der allgemeinen Wohnungsmarktlage eine Härte i.S von § 574 BGB abgeben, auch ohne dem Mieter eine Ersatzraumbeschaffungspflicht aufzuerlegen. Danach würde die bestehende Regelung in § 574 Abs. 2 BGB „aus normzweckbezogener Sicht“ eine deklaratorische Bedeutung haben.<sup>72</sup> Ein solcher Fall könnte etwa gegeben sein, wenn die Suche nach einer Ersatzwohnung aufgrund der Situation des örtlichen Wohnungsmarktes und mit Blick auf die wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse des Mieters bei objektiver Betrachtung nahezu aussichtslos oder unzumutbar ist.

Um dieses Verständnis in der Regelung über die Härtegründe zum Ausdruck zu bringen, kann es sich empfehlen, die Vorschrift in § 574 Abs. 2 BGB so zu ändern,

---

<sup>65</sup> BGBl. 1971 I 1745.

<sup>66</sup> Begründung des Regierungsentwurfs Bundestags-Drs. VI/1549 S. 6; zur früheren Rspr. s. OLG Karlsruhe, RE. v. 3.7.1970 – 1 ReMiet 1/70 – NJW 1970, 1746.

<sup>67</sup> Bericht des Rechtsausschusses Bundestags-Drs. VI 2421 S. 6.

<sup>68</sup> Schmidt-Futterer, WuM 1972, 38, 39.

<sup>69</sup> Statt vieler: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 574 Rn. 32; Grapentin in: Bub/Treier, Handbuch, 4. Aufl., IV 241; Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl., § 574 Rn. 30.

<sup>70</sup> Wird er noch während des Laufs der Kündigungsfrist fündig, so weiß er noch nicht einmal, ob er letzten Endes zur Räumung verpflichtet sein wird. Schlägt er das Angebot aus, so riskiert er später den Vorwurf, sich nicht hinreichend um Ersatzwohnraum bemüht zu haben.

<sup>71</sup> Paschke S. 299, 300; Wolter S. 307, Derleder, Ein Grundrecht auf Wohnen, in WimmoT 2009, 51, 85, s. auch Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. XI 342.

<sup>72</sup> Paschke S. 300.

dass keine Verpflichtung des Mieters zur Ersatztraumsuche bis zur Klärung des Räumungsanspruchs, jedenfalls aber nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist, besteht. In § 721 Abs. 1 ZPO wäre dementsprechend nach Satz 1 einzufügen: „Das gilt insbesondere, wenn angemessener Ersatzwohnraum zu zumutbaren Bedingungen nicht beschafft werden kann.“

## **V. Zusammenfassende Feststellungen**

1. Änderungen des mietrechtlichen Kündigungsschutzrechts beruhen auf sozial- und wirtschaftspolitischen Erwägungen und können durch die Rechtsprechung ausgelöst werden.
2. Die Entwicklung des mietrechtlichen Kündigungsschutzrechts verlief und verläuft in einer Wellenbewegung. Sie wird mit der Investitionsbereitschaft in den Wohnungsbau in Verbindung gebracht. Demgegenüber kann der Bestandsschutz in den Hintergrund geraten.
3. Die aktuelle Rechtsprechung zum Recht der ordentlichen Kündigung, insbesondere wegen Eigenbedarfs, trägt dem allgemeinen Bestandsinteresse nicht ausreichend Rechnung. Die Sozialklausel hat nur geringe praktische Bedeutung.
4. Die Kritik am geltenden System des Kündigungsschutzrechts ist unbegründet. Weder handelt es sich um ein Aufeinandertürmen von Schutzrechten noch lässt sich der Bestandsschutz in direkten Zusammenhang mit der Wohnraumversorgung bringen. Für marktwirtschaftliche Erwägungen ist kein Raum. Regionale oder zeitliche Beschränkungen sind als bloßes Not- oder Maßnahmerecht abzulehnen.
5. Die Beschränkung des Vermieterrechts zur ordentlichen Kündigung und das Widerspruchsrecht des Mieters in Härtefällen haben unterschiedliche Zielrichtungen und ergänzen sich. Die bestehende Dualität hat sich bewährt. Die sie regelnden Vorschriften ergeben einen Spielraum, der bei „normzweckbezogener Sicht“ einen ausreichenden Schutz bietet. Diese Sicht wird in der Rechtsprechung nicht geteilt.
6. Es besteht Handlungsbedarf, der sich auf deklaratorische Klarstellungen bezieht. Das gilt insbesondere für die Verankerung des generellen Bestandsinteresses in den Tatbeständen der ordentlichen Kündigung.
7. Bei zukunftsbezogenen Kündigungstatbeständen – nämlich wegen Eigenbedarfs und wegen Hinderung angemessener Verwertung – sollte geregelt werden, dass ein Wegfall oder eine unterlassene Realisierung der Kündigungsgründe nach Ablauf der Kündigungsfrist zu berücksichtigen ist und im Falle einer bereits erfolgten Räumung des Mieters eine Schadensersatzpflicht des Vermieters auslöst.
8. Der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit, das Mietverhältnis fortzusetzen, ist bei allen Kündigungstatbeständen wegen Vertragsverletzungen zum Tragen zu bringen. Er ermöglicht es, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und nachträgliche Veränderungen zu berücksichtigen.

9. In der Sozialklausel sollte der Härtegrund „fehlender Ersatzraum“ generalisierend geregelt werden; denn die Obliegenheit des Mieters zur Ersatzraumsuche bevor die Berechtigung zur Kündigung und damit die Pflicht zur Räumung feststehen, führt bereits zu einer Loslösung von seiner Wohnung und den damit verbundenen Bezügen. Das Fehlen von angemessenem Ersatzwohnraum und die konkrete Obliegenheit des Mieters zur Ersatzraumsuche sollten danach in den vollstreckungsrechtlichen Räumungsschutz verlagert werden.