

1) Allgemeine Geschäftsbedingung und Individualvereinbarung – Grundsätzliches zur Abgrenzung

2) „Ewiger“ Kündigungsverzicht wirksam?

BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 – VIII ZR 200/17¹

Einen etwas außergewöhnlichen Fall hat der VIII. Senat des BGH zum Anlass für ganz grundsätzliche Aussagen zu zwei Fragen genommen, die in der Praxis zwar nicht alltäglich vorkommen, aber im Einzelfall entscheidende Bedeutung haben können und nicht immer leicht zu beantworten sind. Die erste Frage betrifft die *Abgrenzung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung (Formularklausel)*, die der strengen Prüfung am Maßstab der §§ 307 ff BGB unterliegt, *von der relativ unproblematischen Individualvereinbarung*. Bei dem zweiten Punkt geht es um die *Wirksamkeit eines Kündigungsverzichts*, der den BGH immer wieder beschäftigt; der Fall eines „dauerhaften“, also unbefristeten Verzichts, ist allerdings auch für den BGH neu und nun Anlass für grundsätzliche Bemerkungen zum längerfristigen Kündigungsverzicht.

Der Fall:²

Die Mieter hatten die in einem Zweifamilienhaus gelegene Wohnung mit Vertrag vom 19. August 2013 von der damaligen Eigentümerin des Hauses gemietet. Für den Vertrag wurde ein Formular der Haus & Grund... GmbH verwendet, das die Mieter auf ausdrücklichen Wunsch der (damaligen) Vermieterin besorgt und zu den Vertragsverhandlungen mitgebracht hatten. In § 2 („Mietzeit“) Nr. 1 a) war u.a. folgender Text enthalten:

„ Kündigungsverzicht (maximal vier Jahre)

Das obige Mietverhältnis wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. Beide Seiten verzichteten wechselseitig bis zu _____ (maximal vier Jahre ab Vertragsschluss) auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietvertrags...“

Das Kästchen „Kündigungsverzicht“ wurde handschriftlich angekreuzt; die Klammerzusätze „maximal vier Jahre“ bzw. „maximal vier Jahre ab Vertragsschluss“ wurden gestrichen, eine (andere) Verzichtsdauer wurde nicht genannt. Nach einer Zusatzvereinbarung sollten die Mieter bestimmte Angelegenheiten der Beheizung (Heizöleinkauf, Heizungswartung u.ä.) und die Hälfte der entsprechenden Kosten übernehmen. Außerdem verzichteten die Mieter auf eine verbrauchsabhängige Abrechnung der Betriebs- und Heizkosten sowie den Einbau der erforderlichen Messeinrichtungen; die Betriebs- und Heizkosten sollten hälftig zwischen den beiden Wohnungen aufgeteilt werden,

¹ WuM 2018, 437 (Stand 20. Juli 2018)

² Der nachfolgende Sachverhalt beruht im Wesentlichen auf dem Prozessvortrag der Mieter, den das Berufungsgericht teilweise schlicht übergangen hat und von dem der BGH im Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde der Mieter als zutreffend ausgehen musste. Ob und inwieweit die Angaben der Mieter ggf. zu beweisen sind, wird die neue Berufungsverhandlung zeigen.

Im Juli 2015 und in der Folgezeit kündigte der neue Vermieter, der im Mai 2015 durch Eigentumserwerb in das Mietverhältnis eingetreten war, das Mietverhältnis mehrfach wegen Eigenbedarfs und aus anderen Gründen. Die Mieter haben der Kündigung widersprochen.

Während das Amtsgericht den dauerhaften Ausschluss der ordentlichen Kündigung als wirksame Individualvereinbarung angesehen und die Räumungsklage deshalb abgewiesen hat, hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Es ist davon ausgegangen, dass die Mieter auf Grund der Vorlage des von ihnen mitgebrachten Vertragsformulars die Vertragsbedingungen gestellt hätten, der unbefristete Kündigungsverzicht deshalb der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliege und dementsprechend wegen der Überschreitung der Vierjahresgrenze nach der Rechtsprechung des BGH unwirksam sei (§ 307 Abs. 1 BGB). Im Übrigen bestünden auch bei Annahme einer Individualvereinbarung Bedenken u.a. im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Die Revision hat das LG nicht zugelassen.

Die Entscheidung:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Mieter hat der VIII. Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an eine andere Kammer des Berufungsgerichts zurückverweisen. In seiner Begründung hat er vor allem auf den Vortrag der Mieter zu den Umständen des Vertragsabschlusses, insbesondere hinsichtlich der Verwendung des Vertragsformulars der Haus & Grund... GmbH, abgestellt, auf den das Berufungsgericht nicht eingegangen ist (Verletzung des rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG).

(1) Übergangenes wesentliches Vorbringen der Mieter

Nach dem Vorbringen der Mieter in den Vorinstanzen wurde das Vertragsformular auf ausdrücklichen Wunsch der (damaligen) Vermieterin verwendet. Überdies seien verschiedene Vertragsbedingungen, insbesondere hinsichtlich der Heiz- und Nebenkosten sowie des Kündigungsverzichts, intensiv ausgehandelt worden. Für ihr Ziel eines langfristigen Mietverhältnisses und den Ausschluss einer Vermieterkündigung wegen Eigenbedarfs, auch für den Fall eines Verkaufs, seien sie bereit gewesen, der Vermieterin an anderer Stelle durch die Übernahme von Vermieterpflichten entgegenzukommen, z.B. bei der Heizölbeschaffung.³

Auf der Nichtberücksichtigung dieses Vorbringens der Mieter, das für die Einordnung des vereinbarten Kündigungsausschlusses als Individualvereinbarung oder als – die Vermieterseite unangemessen benachteiligende – Allgemeine Geschäftsbedingung von „zentraler Bedeutung“ ist, beruht das Berufungsurteil.

(2) Zum Begriff des „Stellens“ einer Allgemeinen Geschäftsbedingung

Mit wenigen Worten, aber klar und eindeutig stellt der Senat unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien zunächst als „wesentliche Charakteristikum“ Allgemeiner Geschäftsbedin-

³ Rn. 8

gungen die Einseitigkeit ihrer Auferlegung und den Umstand heraus, dass der andere Vertragsteil auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann. *„Gestellt“ sind mithin Formularbestimmungen, wenn sie von einer Partei in die Verhandlungen eingebracht werden und ihre Verwendung für den Vertragsabschluss verlangt wird.* Ein „Stellen“ in diesem Sinne ist im vorliegenden Fall – nach dem für das Revisionsverfahren maßgebenden Vortrag der Mieter – aber *nicht etwa allein deshalb* anzunehmen, *weil die Mieter auf den ausdrücklichen Wunsch der Vermieterin das Formular besorgt und zu den Vertragsverhandlungen mitgebracht hatten*; denn die Initiative hierzu ging eben gerade von der Vermieterin und nicht von den Mietern aus.⁴

An diesem Ergebnis ändert entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch der Umstand nichts, dass die Mieter auf einem dauerhaften Kündigungsausschluss bestanden. Dass die Mieter etwa diese Klausel für eine mehrfache Verwendung „im Kopf“ gespeichert hatten – was grundsätzlich für die Annahme des „Stellens“ ausreichen würde⁵ – ist angesichts des (mieterseits) privaten Charakters dieses Mietverhältnisses auszuschließen.

(3) Im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingungen sind keine AGBs (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB)

Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB sind Vertragsbedingungen, die zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, keine Allgemeine Geschäftsbedingungen – eigentlich eine Selbstverständlichkeit, die das Gesetz jedoch zur Klarstellung ausdrücklich erwähnt. Diese Klarstellung gilt *auch für vorformulierte Vertragsbedingungen*. Dazu hatten die Mieter vorgebracht, sie hätten über die Formularvorlage hinaus auf einem dauerhaften Kündigungsausschluss bestanden, seien aber durch die Übernahme von an sich dem Vermieter obliegenden Pflichten bezüglich der Heizung der Vermieterin entgegengekommen. Dies kann zusätzlich für die Annahme einer (im Einzelnen ausgehandelten) Individualvereinbarung sprechen, ist vom Berufungsgericht jedoch nicht gewürdigt worden.⁶

(4) Grundsätzliche Möglichkeit und Grenzen eines individuell vereinbarten dauerhaften Kündigungsausschlusses

Die Bedenken des Berufungsgerichts gegen die Wirksamkeit eines individuell vereinbarten dauerhaften Kündigungsausschlusses greifen nicht durch. Der VIII. Senat hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung klargestellt, dass die Vertragsparteien die ordentliche Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses im Wege der Individualvereinbarung auch für sehr lange Zeiträume ausschließen können.⁷ In solchen Fällen wird die *Grenze* durch das *Verbot des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts* (§ 138 BGB) gezogen, etwa bei Ausnutzung einer Zwangslage einer Partei oder ähnlichen Umständen. In dieser Richtung sind hier jedoch An-

⁴ Rn. 11

⁵ Rn. 12, s. dazu aber die Anmerkungen unten S. 6 unter Ziff. (2)

⁶ Rn. 13, 14

⁷ Rn. 16 m.w.Nachw.

haltspunkte nicht ersichtlich. Allerdings schließt der Senat insoweit die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung nach 30 Jahren in entsprechender Anwendung des § 544 BGB, wie sie in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum allgemein bejaht wird, nicht generell aus.⁸ Für den vorliegenden Fall ist dieser Gesichtspunkt jedoch ohne Bedeutung, weil das Mietverhältnis erst seit wenigen Jahren besteht.

(5) Ein wichtiger „Anhang“: Treuwidriges Berufen des AGB-Verwenders auf die Unwirksamkeit einer Klausel (§ 242 BGB)

Den Entscheidungsgründen hat der Senat folgenden bemerkenswerten „vorsorglichen“ Hinweis für das weitere Verfahren angefügt: Selbst wenn der dauerhafte Kündigungsausschluss eine von der Vermieterin gestellte und wegen unangemessener Benachteiligung der Mieter unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung „gewesen wäre“, dürfte dem (jetzigen) Vermieter eine ordentliche Kündigung verwehrt sein. Denn

*die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen soll (nur) den Vertragspartner des Verwenders vor einer unangemessenen Benachteiligung durch missbräuchliche Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht schützen (...). Will der Vertragspartner des Verwenders die unwirksamen Geschäftsbedingungen uneingeschränkt gegen sich gelten lassen, kann es dem Verwender nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen (...).*⁹

Eben diese Voraussetzungen dürften hier erfüllt sein, weil die Mieter – soweit ersichtlich – von Anfang an deutlich gemacht haben, dass sie sich an dem beiderseitigen dauerhaften Kündigungsausschluss festhalten lassen wollten.

Anmerkungen

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen und ausgehandelte Individualvereinbarungen – klare Definitionen und Abgrenzungen

Der VIII. Senat hat diesen – in der Ausgangslage etwas ungewöhnlichen – Fall zum Anlass genommen, mit wenigen Sätzen die für die Praxis immer wieder wichtige Definition und Abgrenzung des Begriffs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingung (Individualvereinbarung) vorzunehmen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch das Tatbestandsmerkmal des „Stellens“ einer Vertragsbedingung eigens zu prüfen. Der äußere Ablauf – das Beschaffen des Vertragsformulars und die Vorlage bei den Vertragsverhandlungen – spricht nur auf den ersten Blick dafür, dass die betreffenden Vertragsbedingungen von den Mietern gestellt wurden. Entscheidend war in diesem Fall aber der Umstand, dass die *Initiative zur Verwendung des Formulars ausschließlich von der Vermieterin ausgegangen war.*

⁸ aaO

⁹ Rn. 18 unter Bezugnahme auf das Urteil v. 20. September 2017 – VIII ZR 250/16. VIII ZR 250/16, Grundeigentum 2017, 1339 = WuM 2017, 663 = NJW-RR 2017, 1356 = NZM 2017, 759 = ZMR 2018, 27, Rn. 19

Abgerundet wird dieser Sachverhalt durch den – für das Revisionsverfahren als zutreffend zu unterstellenden – Vortrag der Mieter über den Gang der Vertragsverhandlungen, insbesondere also einerseits das Anliegen der Mieter, einen dauerhaften Kündigungsausschluss zu vereinbaren, und andererseits ihr Entgegenkommen durch die Übernahme wesentlicher Vermieterpflichten (gesamte Wärme- und Warmwasserversorgung; Abstimmung mit künftigen Mietern der anderen Wohnung); insgesamt stellt sich demnach die Vereinbarung des Kündigungsausschlusses als das *Ergebnis eines gegenseitigen Forderns und Nachgebens*, eben als ein *typisches Aushandeln* und gerade nicht als das einseitige, durch die stärkere Verhandlungsposition gekennzeichnete Stellen vorformulierter, vorrangig auf die Interessen einer Partei ausgerichteter Klauseln dar.

Beispiele aus der Rechtsprechung des VIII. Senats

(a) *Der Grundsatz: Bereitschaft des Verwenders zur Änderung einer vorformulierten Klausel*

In einem Beschluss vom 20. November 2012¹⁰ hat der Senat relativ kurz, aber sehr „griffig“ bemerkt, dass an die substantiierte *Darlegung des „Aushandelns“ einer Vertragsbedingung im Prozess* strenge Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere muss der Verwender dem Verhandlungspartner zumindest die reale Möglichkeit der Einflussnahme auf die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen einräumen; er *„muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären“*.¹¹ Geringfügige Änderungen oder unselbständige Ergänzungen stellen den Charakter einer Klausel als AGB nicht in Frage und sind deshalb auch kein Indiz für ein individuelles Aushandeln.

(b) *Untaugliches „salvatorisches“ Änderungsangebot des Verwenders*

Im Zusammenhang mit einem Fall aus dem Kaufrecht, aber dennoch auch für das Mietrecht interessant, hat der BGH vor einiger Zeit bereits die Frage geklärt, wann eine Formulklausel i.S.d. § 305 Abs.1 Satz 1 BGB „gestellt“ ist und damit den strengen Regeln für die Auslegung und Prüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305c, 307 BGB) unterliegt.¹² In jenem Fall hatte die Verkäuferin (ein pharmazeutisches Unternehmen) der Käuferin (einer Arzneimittelgroßhändlerin) vorformulierte Vertragsbedingungen, die u.a. eine Vertragsstrafenregelung enthielten, mit folgendem Anschreiben übersandt:

„Anbei erhalten Sie den Vertrag... in zweifacher Ausfertigung. Wenn Sie mit dem Inhalt einverstanden sind, bitten wir Sie, beide Exemplare zu unterschreiben und an uns zurückzusenden... Falls Sie Anmerkungen oder Änderungswünsche haben, lassen Sie uns dies bitte wissen...“

Der Vertrag wurde ohne irgendwelche Änderungen abgeschlossen. Später forderte die Verkäuferin von ihrer Vertragspartnerin eine Vertragsstrafe.

¹⁰ WuM 2013, 293 = Grundeigentum 2013, 612

¹¹ aaO RNr. 7

¹² Urteil vom 20. Januar 2016 – VIII ZR 26/15, NZM 2016, 214 = NJW 2016, 1230 = Grundeigentum 2016, 852

In den recht konzentrierten, aber umfassenden und deshalb sehr lesenswerten Gründen der Entscheidung legt der BGH dar, dass die Vertragsstrafenklausel von der Verkäuferin gestellt war i.S.d. § 305 Abs.1 Satz 2 BGB, weil sie

durch die bloße Frage nach „Anmerkungen und Änderungswünschen“ der anderen Seite nicht eine tatsächliche Gelegenheit eröffnet habe, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlung einzubringen.

Dass die Käuferin von einer etwaigen Verhandlungs- und Gestaltungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, ändert deshalb nichts an der Verwendereigenschaft der Verkäuferin.

(c) Formularbeschaffung durch Privatleute; Verhandlungen „auf Augenhöhe“

Durch dieses „Ungleichgewicht“ der Vertragspartner unterscheidet sich jener Fall von einem Urteil des Senats vom 17. Februar 2010¹³, in dem es um die Verwendung eines vorformulierten Vertragsmusters für einen Gebrauchtwagenkauf durch zwei Privatleute ging. Dort hatten sich die Parteien „auf Augenhöhe“ darüber verständigt, dass für den Kaufabschluss ein entsprechendes Vertragsformular verwendet werden sollte, wobei es dem Käufer frei stand, ein Formular eigener Wahl mitzubringen. Verwendet wurde schließlich ein von der Verkäuferin aus dem Internet beschafftes Vertragsmuster.

(2) Im Kopf „gespeicherte“ Vertragsbedingungen – eine Klarstellung

Eine Klarstellung scheint nur zu der Bemerkung des Senats geboten, Vertragsbedingungen könnten auch dann „gestellt“ sein, wenn sie nicht schriftlich fixiert sind, sondern der Verwender sie lediglich „im Kopf“ gespeichert hat, um sie wiederholt zu verwenden.¹⁴ Das Speichern „im Kopf“ mit der Absicht wiederholter Verwendung ist in erster Linie *relevant (und ausreichend) für das Tatbestandsmerkmal „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen“* in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Beim Begriff des „Stellens“ geht es dagegen um die *Einseitigkeit* des Einbringens von Vertragsbedingungen in die Verhandlungen als weiteres wesentliches Merkmal Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

(3) Treuwidrige Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Formulklausel durch den Verwender

Nicht alltäglich, aber für einschlägige Fallgestaltungen wichtig ist der Hinweis des Senats zu der Frage, ob der Vermieter sich treuwidrig verhält, wenn er sich im Zusammenhang mit seiner Eigenbedarfskündigung auf die Unwirksamkeit der Kündigungsausschlussklausel berufen würde.¹⁵ Ob ein derartiges Verhalten als treuwidrig anzusehen ist, hängt entscheidend von dem *Verhalten des Vertragspartners* ab: Will er – wie im vorliegenden Fall – die betreffende Klausel (aus nachvollziehbaren Gründen) *gegen sich gelten lassen*, so dürfte dem

¹³ VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259; NJW 2010, 1131 = ZMR 2010, 519

¹⁴ Rn. 12

¹⁵ Rn. 18

Verwender ein Berufen auf die Unwirksamkeit der Klausel verwehrt sein (§ 242 BGB). Insofern unterscheidet sich dieser Fall von dem Sachverhalt, der dem Urteil vom 20. September 2017¹⁶ zugrundelag und in dem der Senat klargestellt hat, dass *eine derartige Treuwidrigkeit nicht anzunehmen ist, wenn der Vertragspartner die Vereinbarung einer neuen Klausel als „Ersatz“ für die unwirksame Regelung erreichen will* – darauf hat er keinen Anspruch.

(4) Wirksamkeit eines langfristigen oder dauerhaften Kündigungsausschlusses

In Formulklauseln kann die ordentliche Kündigung – in Anlehnung an die Sonderregelung des § 577a Abs. 3 BGB für die Staffelmiete – nach der st. Rspr. des VIII. Senats bekanntlich nur für höchstens vier Jahre ausgeschlossen werden. Für den individuell vereinbarten Kündigungsausschluss gilt diese zeitliche Grenze nicht; auch das hat der Senat bereits wiederholt ausgesprochen.¹⁷ Neu ist aber die Klarstellung, dass *im Grundsatz auch der dauerhafte Kündigungsausschluss wirksam vereinbart werden kann*. Eine solche Klausel würde – wie aus dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe¹⁸ deutlich wird – weder gegen das Verbot des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts (§ 138 BGB) noch gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG verstoßen.

Dass der Senat durch die – ersichtlich positiv zu wertende – Erwähnung der nach h.M. möglichen Kündigung des Mietverhältnisses nach dreißig Jahren in entsprechender Anwendung des § 544 BGB¹⁹ in diesem Zusammenhang einen Kündigungsausschluss als „unendliche Geschichte“ wohl doch nicht als ganz unbedenklich ansieht, rundet den Gesamteindruck dieser sorgfältig und überzeugend begründeten Entscheidung ab.

Auswirkungen für die Praxis:

Empfehlung: Dokumentation der Vertragsverhandlungen

Für die Praxis sind damit die rechtlichen Voraussetzungen eines Kündigungsausschlusses, auch über die bisherige Rechtsprechung hinaus, umfassend geklärt. Als praktische Konsequenz ergibt sich aus diesem Beschluss die dringende Empfehlung für beide Seiten, die tatsächlichen Umstände des Zustandekommens einer solchen speziellen Vereinbarung zu dokumentieren und das betreffende Schriftstück als Anlage zum Mietvertrag zu nehmen.

¹⁶ s.o. Fn. 9

¹⁷ Nachweise im Beschluss vom 8. Mai 2018 aaO, Rn. 16

¹⁸ Rn. 6, 15, 16

¹⁹ Rn. 16