

**Feste Wertgrenzen bei verzugsbedingten Kündigungen –
Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zivilrecht in
Dauerschuldverhältnissen**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Thomas Becker

Rechtsanwalt in Wiesbaden

2023

Tag der mündlichen Prüfung

10.10.2023

Inhaltsverzeichnis

Schrifttumsverzeichnis.....	4
Abkürzungsverzeichnis.....	26
I. Einleitung.....	27
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht.....	32
1. Herleitung für das Zivilrecht	32
a) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	32
b) Zivilrecht: Paternalismus und Paritätstheorie	38
2. Adressaten der Verhältnismäßigkeit: Gesetzgebung und Rechtsanwender	74
a) Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	74
b) Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber im Mietrecht.....	76
c) Verhältnismäßigkeit der Rechtsanwendung	86
III. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen.....	91
1. System und Grundmodell: Ordentliche und außerordentliche Kündigung.....	91
a) Rücktritt vor Vollzug	95
b) Gemeinsame Voraussetzungen einer Kündigung	96
c) Kündigungserklärung.....	97
2. Unterschied zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung.....	100
3. Verzug als Kündigungsgrund	105
4. Abgrenzung Verzug und nicht rechtzeitige Leistung: Beispiel Mietzahlung.....	108
5. Historische Entwicklung von Beendigungsnormen zur Beendigung von Schuldverhältnissen insbesondere wegen Verzugs	111
a) Römisches Recht	111
b) Deutschrechtliche Rechtsquellen	113
c) Vernunftrechtliche Kodifikationen	114
d) BGB.....	116
e) Kodifikation der außerordentlichen Kündigung durch die Schuldrechtsreform 2001	117
f) Mietrechtsreform 2001	119
IV. Feste Wertgrenzen	121
1. Begriffsdefinition.....	121

a) Zeitfaktor	121
b) Betragsfaktor	125
c) Feste Wertgrenze als Synthese zweier Komponenten	126
d) Wertgrenze oder Wertschranke?.....	128
2. Bedeutung für die Tatbestandstruktur in verzugsbedingten Kündigungen: Grundstruktur verzugsbedingter Kündigungen am Beispiel von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB	128
V. Feste Wertgrenzen als Wertung des Gesetzgebers	131
1. Gesetzgeberische Ausgestaltung eines wichtigen Grundes: Verzug als Spezialfall	131
2. Mietrecht	132
a) Rechtssicherheit, Rechts- und Normenklarheit	132
b) Feste Wertgrenzen als Ergebnis einer Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung am Beispiel von §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a und b, 569 Abs. 2a BGB	135
c) Definition einer Erheblichkeitsschwelle und Zumutbarkeitsgrenze	152
d) Spezialfall Mietrecht: Ansammlungs- oder Rückstandszeitraum?	155
e) Feste Wertgrenzen als paternalistischer Schutz des Mieters.	158
3. Wohneigentumsrecht	161
4. Verbraucherkreditrecht.....	174
5. Übrige Rechtsgebiete und Vertragsgestaltung.....	180
a) Heimrecht.....	180
b) Kleingartenrecht	182
c) Andere Dauerschuldverhältnisse.....	188
d) Vertragsgestaltung	188
6. Zufall oder bewusste Entscheidung?	190
7. Eigene Stellungnahme	193
VI. Wertung und Ausblick.....	206
1. Erfolgsmodell für gegenwärtige Rechtsordnung.....	206
2. Feste Wertgrenzen in Zeiten der Corona-Pandemie ab 2020....	208
3. Feste Wertgrenzen als Vorbild für die Kodifikation weiterer Lebenssachverhalte und Rechtsgebiete?	211
4. Vertragsgestaltungen und Kautelarjurisprudenz	212
a) Individualverträge	212
b) AGB.....	214
5. Fazit	214

Schrifttumsverzeichnis

30 Jahre Wohnungseigentum Materialien zum WEG, in: Evangelisches Siedlungswerk in Deutschland (Hrsg), Partner im Gespräch, Schriftenreihe des evangelischen Siedlungswerks in Deutschland, Band 8 (PiG)

Anne van Aaken, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr. Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: Michael Anderheiden / Hans M. Heinig / Stephan Kirste / Kurt Seelmann (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109-144

Klaus Adomeit, Umwelt und Recht. Der reiche Mieter – eine Kritik an der Unabdingbarkeit des Mieterschutzes, NJW 1981, S. 2168-2169

Klaus Adomeit, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, S. 2467-2469

Martin Ahrens, Der mittellose Geldschuldner, 1994

George Akerlof, The Market for „Lemons“; Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 94 (1970), S. 488-500

Robert Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Rechtstheorie, Beiheft 1 (1979), S. 59-87

Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985

Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs; Studien zur Rechtsphilosophie, 1995

Robert Alexy / Philip Kunig / Werner Heun / Georg Hermes / Wilfried Erbguth / Wolfram Höfling, Rudolf Streinz / Astrid Epiney, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2002

Andreas von Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999

Andreas von Arnould, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, S. 276-280

Marietta Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014

Peter Badura, Staatsrecht, 2. Auflage 1996

Otto Bähr, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung, Sonderabdruck aus dem Grenzboten, Leipzig 1888

Johannes Bärmann / Eckhardt Pick / Wolfgang Dötsch, Wohnungseigentumsgesetz, 20. Auflage 2020

Johannes Bärmann / Christian Armbrüster / Mathias Becker / Werner Merle / Gerald Roth / Wolfgang Schneider / Martin Suilmann, Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz), 14. Auflage 2018

Robert Baldwin / Martin Cave / Martin Lodge, Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice, 2011

Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1: §§ 1-610 CISG, 3. Auflage 2012

Gottfried Baumgärtel / Hans-Willi Laumen / Hanns Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Auflage 2019

Horst Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), S. 30-74

Christian Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004

Dieter Berscheid / Jürgen Kunz / Jürgen Brand / Martin Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, 5. Auflage 2016

Bericht Dr. Buchka, Protokoll 35. Sitzung des Reichstages, S. 863-864, https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt3_k9_bsb00018687_00061.html [Abruf 13.04.2022]

Thomas Biebricher, Macht und Recht: Foucault, in: Sonja Buckel / Andreas Christensen / Ralph Fischer-Lescano, Neue Theorien des Rechts, S. 207-224

Kurt Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958

Hubert Blank / Ulf Börstinghaus, Mietrecht Kommentar, 5. Auflage 2017

Hubert Blank, Wohnraummiete: Rechtzeitigkeit der Mietzahlung im Überweisungsverkehr, jurisPR-MietR 4/2017 Anm. 1

Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, 1990

Ulf Börstinghaus / Norbert Eisenschmid, MietPrax Arbeitskommentar, 2007

Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 2. Auflage 1842 <http://dlib-pr.mpiers.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22110808%22> [Abruf 13.04.2022]

Ulf Börstinghaus, Das Mietrechtsänderungsgesetz 2013, ZAP, Fach 4, S. 1487

Ulf Börstinghaus, Das Mietrechtsreformgesetz, Sonderbeilage zur NJW Heft 25/2001

Ulf Börstinghaus, Zwischen Vermieterfreiheit und Mieterschutz – Die Rechtsgeschichte des Miethöherrchts seit 1917, WuM 2018, S. 610-625

Boris Alexander Braczyk, Rechtsgrund und Grundrecht: Grundlegung Einer Systematischen Grundrechtstheorie, 1996

Johann Braun, Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Auflage 2007

Jürgen Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union, 2004

Hans Brox, Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, S. 761-767

Eberhard Friedrich Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, 1904

Winfried Brugger, Staatszwecke im Verfassungsstaat, NJW 1989, S. 2425-2434

Patrick Bruns, Rechtzeitigkeit der Mietzahlung im Überweisungsverkehr - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 05.10.2016, NJW 2017, S. 1596

Wolf-Rüdiger Bub / Gerhard Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Auflage 2014

Sonja Buckel / Andreas Christensen / Ralph Fischer-Lescano, Einleitung, in: Sonja Buckel / Andreas Christensen / Ralph Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Auflage 2020, S. 1-12

Peter Bülow / Markus Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Auflage 2016

Peter von Bülow, Bindung des Gläubigers an seine Wahlausübung nach Schuldnerverzug oder Unmöglichkeit der Leistung, JZ 1979, S. 430-434

Christian Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung. Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien

und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle, Der Staat 49 (2010), S. 77-105

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht Schuldrechtskommission, 1992

Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf des BMJV zum WEModG,
https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_WEG-Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [Abruf 13.04.2022]

Rainer Burbulla, Mietzahlung: Unwirksamkeit einer Rechtzeitigkeitsklausel, MietRB 2017, S. 33-34

Franz Bydlinski, Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwangs, AcP 180, S. 1-46

Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201-246

Dagmar Coester-Waltjen, Die Bedeutung des § 279 BGB für Leistungsverzögerungen, AcP 183 (1983), S. 279-294

Dagmar Coester-Waltjen, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb von AGB, AcP 190 (1990), S. 1-33

Helmut Coing / Frederick H. Lawson / Kurt Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959

Helmut Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947

Roland Czada / Susanne Lütz, Einleitung – Probleme, Institutionen und Relevanz regulativer Politik, in: Roland Czada / Susanne Lütz / Stefan Mette (Hrsg.), Regulative Politik. Zählungen von Markt und Technik, 2003, S. 13-34

Max Danzer (Hrsg.), Das Bayerische Landrecht vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, Text mit Anmerkungen und Sachregister, München 1894, S. 252, http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22119861_00000268.gif%22. [Abruf 13.04.2022]

Barbara Dauner-Lieb / Werner Langen, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Band 2, 4. Auflage 2021

Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989

Fleur Denkinger, Der Verbraucherbegriff: Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa, 2007

Markus Detmer, Für Mieter steigt das Armutsrisiko, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/deutschland-armutsrisiko-steigt-fuer-mieter-a-1208438.html> [Abruf 13.04.2022]

Steffen Detterbeck, Öffentliches Recht, 8. Auflage 2011

Uwe Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), S. 170-210

Alfred Dietel / Kurt Gintzel / Michael Kniesel, Versammlungsgesetze, 18. Auflage 2019

Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992

Marian Döhler / Kai Wegrich, Regulierung als Konzept und Instrument moderner Staatstätigkeit, in: dms - der moderne staat - Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 2010, S. 31-52

Gregor Dornbusch / Ernst Fischermeier / Manfred Löwisch, AR – Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 8. Auflage 2016

Michael Drasdo, Fälligkeit der Mietzahlung, NJW-Spezial 2019, S. 33-34

Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 3. Auflage 2013

Dominik Düber, Lassen sich die moralischen Grenzen des Paternalismus durch Prinzipien bestimmen?, in Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster 2013/58 https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg-normenbegrueundung/intern/publikationen/58_d__ber_-_prinzipielle_grenzen_des_paternalismus.pdf [Abruf 13.04.2022]

Günter Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Theodor Maunz (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung - Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, 157-190

Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), S. 117-157

Gerald Dworkin, Paternalism, The Monist 56 (1972), S. 64-84

Dirk Ehlers / Michael Fehling / Hermann Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2019

Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht, JZ 2005, S. 216-224

Horst Eidenmüller, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, S. 814-821

Sigrid Emmenegger, Gesetzgebungskunst: Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, 2006

Oliver Elzer, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am Mittwoch, den 27. Mai 2020 <http://oliverelzer.de/mediapool/61/618300/data/elzer-data.pdf> [Abruf 13.04.2022]

Volker Emmerich / Walter Gerhardt / Wolfgang Grunsky / Dieter Huhn / Eike Schmidt Eike / Otto Tempel / Manfred Wolf, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts. Athenäum Zivilrecht, Band 1, 1972

Wolfgang Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996

Christoph Engel, Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln, JZ 1995, S. 213-218

Hans-Uwe Erichsen, Das Übermaßverbot, Jura 1988, S. 387-388

Gerhard Etzel / Peter Bader / Ernst Fischermeier / Hans-Wolf Friedrich / Inken Gallner / Jürgen Griebeling / Oliver Klose / Burghard Kreft / Christian Link / Gert-Albert Lipke / Stephanie Rachor / Ursula Rinck / Friedhelm Rost / Andreas Michael Spilger / Jürgen Treber / Norbert Vogt / Horst Weigand, Gemeinschaftskomentar zu Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Auflage 2022

Lorenz Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992

Hermann Faßbender / Walter Grauel / Peter Kemp / Werner Ohmen / Wolfgang Peter (Begr.), Notariatskunde, 18. Auflage 2014

Bijan Fateh-Moghadam / Stefan Sellmeier / Willhelm Vossenkuhl (Hrsg), Grenzen des Paternalismus, Medizin – Ethik – Strafrecht, 2010

Michael Fehling, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland, in: Hermann Hill (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, 2006, S. 91-111

Peter Feldhahn, Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts, NJW 2005, S. 3381-3383

Michael Fingerhut, Vertrags- und Formularbuch, 12. Auflage 2009

Ingo Flore / Michael Tsambikakis, Steuerstrafrecht, 2. Auflage 2016

Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Ernst von Caemmerer / Ernst Friesenhahn / Richard Lange (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, im Auftrage der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band 1, 1960, S.135-238

Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft, 1975

Focus Nr. 18/2018, Die Wohnungs-Not-Lüge, S. 22 ff.

Lena Foljanty, Naturrechtsrenaissance, in: Albrecht Cordes / Hans-Peter Haferkamp / Heiner Lück / Dieter Werkmüller (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Band III, 2016

Andreas Fuchs, Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht, AcP 196 (1996), S. 313-394

Otto von Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 64 (1914), 355 - 411

Rudolf Gmür / Andreas Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Auflage 2018

Gesetzentwurf, betreffend Abzahlungsgeschäfte, Aktenstück 113, S. 725

https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt3_k9_bsb00018719_00642.html [Abruf 13.04.2022]

Eberhard Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568-616

Birgit Grundmann, Die Mietrechtsreform, NJW 2001, S. 2497-2505

Stefan Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?, AcP 202 (2002), S. 40-71.

Wolfgang Grunsky / Natascha Kupka, Vorzeitige Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung, in: Volker Beuthien / Maximilian Fuchs / Herbert Roth / Gottfried Schiemann (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am. 9. Mai 2009, 155-170

Christian Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 82. Auflage 2023

Thomas Gutmann, Paternalismus und Konsequentialismus, In: Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Nr. 17, http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg-normenbegruendung/intern/publikationen/gutmann/17_gutmann_-_paternalismus_und_konsequentialismus.pdf [Abruf 13.04.2022]

Thomas Gutmann, Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus, in: Ulrich Schroth / Klaus A. Schneewind / Thomas Gutmann / Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 189–277

Ernst-Walter Hanack / Klaus Geppert / Wilhelm Schmidt / Burkhard Jähnke (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, §§ 61-79b 11. Auflage, 1992

Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004

Thomas Hannemann / Karl-Friedrich Wiek / Thomas Emmert, Handbuch des Mietrechts, 6. Auflage 2015

Jan Dirk Harke, Zur Rücknahme von Gestaltungsrechten im Mietrecht, ZMR 2015, 595-600

Annegret Harz / Olaf Riecke / Michael J. Schmid, Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 5. Auflage 2015

Karl von Hase, Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht, NJW 2002, S. 2278-2283

Christian Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, 2011

Wolfgang Hau / Roman Poseck, Beck'sche Online-Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch, 2022

Haus&Grund e. V., Stellungnahme zum Entwurf, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes (WEModG), S. 1, 2020 http://oliverelzer.de/mediapool/61/618300/data/warnecke_hug-data.pdf. [Abruf 13.04.2022]

Herbert Hausmaninger, Casebook zum Römischen Vertragsrecht, 1987

Görg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983

Johann Georg Helm, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 1965, S. 121-129

Margit Heilmann, Leitlinien einer solidarischen Wohnungspolitik, in: Stefan Gillich / Rolf Keicher (Hrsg.), Suppe, Beratung, Politik: Anforderungen an eine moderne Wohnungsnotfallhilfe, 2016, S. 63-83

Wolff Heintschel von Heinegg / Nadine Pallas, Grundrechte, 2002

Christian Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit: die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, 2000

Jürgen Herrlein / Ronald Kandelhard, Mietrecht, 4. Auflage 2010

Maximilian Herberger / Michael Martinek / Helmut Rüßmann / Stephan Weth / Markus Würdinger (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB – Gesamtausgabe, 8. Auflage 2017

Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999

Herrmann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982

Christian Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992

Werner Hinz, Die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs - Höhe des Rückstands, nachträgliche Zahlung und andere offene Fragen, in: Markus Artz / Ulf Börstinghaus, 10 Jahre Mietrechtsreform – eine Bilanz, 2011, S. 768-781 (DMT-Bilanz 2011)

Werner Hinz / Werner Junker / Falk von Rechenberg / Friedemann Stempel, Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 4. Auflage 2021

Martin Hochhuth, Relativitätstheorie des Öffentlichen Rechts, 2000

Wolfram Höflich, Vertragsfreiheit: eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991

Wolfram Höfling, Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschrankenschranken, Jura 1994, S. 169-173

Wolfram Höfling, Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, JA 1995, S. 431-436

Johannes Hogenschurz, Im Überblick: Die Entziehung des Wohnungseigentums, NZM 2005, S. 611-614

Michael Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997

Günther Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982

Günther Hönn, Wirksamkeitskontrolle als Instrument des allgemeinen Privatrechts zur Bewältigung von Ungleichgewichtslagen, JZ 1983, S. 677-688

Heinrich Honsell, Römisches Recht, 5. Auflage 2001

Hans-Detlef Horn, Die Regulierung im Ordnungswerk des Wirtschaftsverwaltungsrechts, in: Gilbert H. Gornig / Urs Kramer / Uwe Volkmann (Hrsg.), Staat – Wirtschaft – Gemeinde: Festschrift für Werner Frotscher, zum 70. Geburtstag, 2007, S. 379-398

Hans Reinold Horst, Der Frontalangriff des BGH auf Rechtzeitigkeitsklauseln in Wohnungsmietverträgen, MietRB 2017, S. 49-52

Ulrich Huber, Handbuch des Schuldrechts, Band II, Leistungsstörungen, Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, 1999

Friedhelm Hufen, Nudging, JuS 2020, S. 193-199

Ewald Hügemann, Die Geschichte des öffentlichen und privaten Mietpreisrechts vom Ersten Weltkrieg bis zum Gesetz zur Regelung der Miethöhe von 1974, 1998

Stefan Hügel / Oliver Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, 2. Auflage 2018

Stefan Hügel / Oliver Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, 3. Auflage 2021

Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1982

Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage 2006

Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Auflage 2007

Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 2011

Josef Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, in: Walter Bayer / Elisabeth Koch (Hrsg.), Schranken der Vertragsfreiheit, Tagungsband zur Gründungsveranstaltung des Instituts für Notarrecht in Jena, 2007, S. 9-32

Hans Dieter Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbesondere Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2 Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, 2001, S. 35-53

Hans Dieter Jarass / Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), 14. Auflage 2016

Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892

Wolfgang Kahl / Christian Waldhoff / Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Grundwerk mit 201. Ergänzungslieferung. Stand: 12/2019

Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797

Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1792, Werke Band XI

Rainer Kanzleiter, Der Blick in die Zukunft als Voraussetzung der Vertragsgestaltung, NJW 1995, S. 905–910

Antonios Karampatzos, Rechtspaternalismus im Europäischen Verbraucherschutzrecht – Lehren aus „Behavioural Law and Economics – eine Bestandsaufnahme, in: Klaus Hopt / Dimitris Tzouganatos, Das Europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen, 2014, S. 205-229

Ullrich Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, 1989

Max Kaser / Rolf Knütel / Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht, 21. Auflage 2017

Max Kaser, Römisches Privatrecht I, 2. Auflage, 1971

Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 2017

Frank Kerner, Wohnraumzwangswirtschaft in Deutschland, 1996

Harald Kinne / Klaus Schach, Miet- und Mietprozessrecht: Kommentar zu den §§ 535 - 580a BGB mit Schriftsatz- und Klagemustern für die Rechtspraxis, 7. Auflage, 2013

Thorsten Kingreen / Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Auflage 2020

Ferdinand Kirchhoff, Private Rechtssetzung, 1987

Paul Kirchhoff, Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit, in: Matthias Habersack / Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, S.1211-1230

Stephan Kirste, Harter und weicher Paternalismus, JZ 2011, S. 805-814

Martin Klose, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht: Kritische Würdigung eines juristischen Fabelwesens, 2016

Hans-Joachim Koch, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit Eine Funktionsbestimmung auf begründungstheoretischer Basis, in: Hans-Joachim Koch, Methoden zum Recht, Ausgewählte Beiträge aus drei Jahrzehnten - anlässlich des 65. Geburtstags von Univ.-Prof. Dr. Hans-Joachim Koch, 2010, S. 95-130

Wolfgang Köhler, Handbuch der Wohnraummiete, 1981

Wolfgang Köhler, Handbuch der Wohnraummiete, 2. Auflage 1984

Hein Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 209-214

Hans-Jörg Kraemer, Die Kündigung aus wichtigem Grund nach altem und neuem Recht, NZM 2001, S. 553-562

Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986

Arndt Künnecke, Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem Historischen Kontext - Mehr als nur eine Rechtsphilosophische

Randnotiz? <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/7071> [Abruf 13.04.2022]

Heinrich Lange / Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 43. Auflage 2019

Heinrich Lange / Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 17. Auflage 1980

Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil, 11. Auflage 1977

Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil, 14. Auflage 1987

Karl Larenz / Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004

Arnold Lehmann-Richter, Der kündigungsrelevante Zahlungsrückstand, ZMR 2017, S. 372-378

Walter Leisner, Der Abwägungsstaat, 1997

Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961

Tobias Lettl, Kartellrecht, 2005

Detlef Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1997

Jutta Limbach, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, S. 10-15

Walter Lippmann, Die öffentliche Meinung, 1990

Lindenmaier-Möhring. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (LM)

Walter Löwe, Kritische Bemerkungen zum Referentenentwurf Mietrechtsreformgesetz - Vom Regen in die Traufe?, NZM 2000, S. 577-583

Klaus Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Auflage 2015

Lorenz Mainczyk, Bundeskleingartengesetz, 9. Auflage 2009

Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hrsg.),
Kommentar zum Grundgesetz: GG, 6. Auflage 2010

Ulrich Manthe (Hrsg.), Institutionen des Gaius, 2004

Johannes Masing, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, Archiv des öffentlichen Rechts 128 (2003), S. 558-607

Franz Mayer / Markus Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, 2019

Theodor Mayer-Maly, Locatio conductio: eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, 1956

Dieter Medicus, „Geld muß man haben“ – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), S. 489-501

Dieter Medicus, Leistungsfähigkeit und Rechtsgeschäft, ZIP 1989, S. 817- 824

Dieter Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1994

Caroline Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: private Freiheit und staatliche Ordnung, 2005

Rudolf Meyer, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, 1994

Ulrich Meyer-Cording, Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht, in: Rolf Dietz / Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, Band I, 1965, S. 461-474

Mitglieder des Bundesgerichtshofs, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, Band I, §§ 1 bis 240, 12. Auflage, 1982; Band II/2, §§ 414 bis 610, 12. Auflage 1978, (BGB-RGRK)

Jochen Mohr, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht: Domesticierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge, 2015

Jochen Möbert, Bericht der Deutschen Bank vom 10.01.2017 zum deutschen Wohnungsmarkt
https://www.dbresearch.de/PROD/RPS_DE-PROD/PROD000000000438036/Deutscher_H%C3%A4user-_und_Wohnungsmarkt_2017.pdf?undefined&reload=SWUrA/5zrB19tg

nvm0IsDN0putybaAIBIFJb3LOeUEY/gB77urPPmVsFULNtBMWs [Abruf 13.04.2022]

Florian Möslein, Dispositives Recht Zwecke, Strukturen und Methoden, 2011

Erich Molitor, Die Kündigung, 2. Auflage 1951

Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1899 (https://archive.thulb.uni-jena.de/hisbest/servlets/MCRFileNodeServlet/HisBest_derivate_00010709/Band%202.pdf) [Abruf 13.04.2022]

Rudi Müller-Glöge / Ulrich Preis / Ingrid Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage 2013

Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985

Eike Najork, Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, S. 2881-1884

Kai-Jochen Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 6. Auflage 2017

Jörg Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1999

Dieter Nohlen / Rainer-Olaf Schultze (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft, N - Z. Theorie, Methoden, Begriffe, Band 2, 2005

Hartmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, 1994

Fritz Ossenbühl, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Peter Badura / Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 151-164

Otto Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 78. Auflage, 2019

Partner im Gespräch: Schriftenreihe des Evangelischen Bundesverbandes für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis (PiG), Band 8

Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, Grundrechte II, 20. Auflage 2005

Melanie Plauth, Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht, 2017

Plenarprotokoll der 115. Sitzung des Bundestages vom 31.01.1951, 01/115 <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/01/01115.pdf>. [Abruf 13.04.2022]

Ulrich Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993

Plenarprotokoll 16/214 <https://dserver.bundestag.de/btp/16/16214.pdf> [Abruf 13.04.2022]

Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich (Hrsg), Bürgerliches Recht Kommentar, 14. Auflage 2019

Max Putzer, Ein Mietendeckel für Berlin, NVwZ 2019, S. 283-286

Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105–108

Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 2. Auflage 2003

Ludwig Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1-8

Ludwig Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, 1971

Karl Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, 1965

Georg Ress, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäischen Rechtsordnungen, Rechtsstaat in der Bewährung, Band 15, 1985, S. 5-47

Olaf Riecke / Michael J. Schmid, WEG-Kommentar, 4. Auflage 2015

Fritz Rittner, Der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens, JZ 2011, S. 269–324

Roland Rixecker / Franz Jürgen Säcker / Britta Limperg / Hartmut Oetker, Münchener Kommentar zum BGB mit Nebengesetzen, 8. Auflage 2021

Gerd Roellecke, Das Mietrecht des BVerfG, NJW 1992, S. 1649-1654

Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, 2015–2017

Christian Schede / Johann-Frederik Schuldt, Verfassungswidrigkeit landesrechtlicher Mietendeckel, NVwZ 2019, S. 1572-1577

Kurt Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 9. Auflage 2014

Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Band 2 Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, 2001, S. 445-465

Michael J. Schmid, Die Entziehung des Wohnungseigentums, ZfIR 2013, S. 129-134

Michael J. Schmid, Die Nichtleistung der Mietkaution als Kündigungsgrund, MDR 2014, S. 940-941

Michael J. Schmid / Annegret Harz: Mietrecht Kommentar, 5. Auflage 2017

Dagmar Schmidl, Mietrecht, 2003

Eike Schmidt, Zivilrechtlicher Grundkurs für Studienanfänger, 1974

Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998

Bruno Schmidt-Bleibtreu / Hans Hofmann / Hans-Günther Henneke: GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage 2017

Wolfgang Schmidt-Futterer (Begr.), Mietrecht, Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 14. Auflage 2019

Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Privatrechts, AcP 147 (1941), S. 130-197

Walter Schmidt-Rimpler, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Rolf Dietz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, 21. Januar 1955, 1955, S. 1-30

Walter Schmidt-Rimpler, Zum Vertragsproblem, in: Fritz Baur / Josef Esser / Friedrich Kübler / Ludwig Raiser / Ernst Steindorff (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, 1974, S. 3-26

Joachim Schmidt-Salzer, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970, S. 8-15

Joachim Schmidt-Salzer, Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit, NJW 1971, S. 173-176

Joachim Schmidt-Salzer, Grundfragen des Vertragsrecht im Zivil- und Verwaltungsrecht, NJW 1971, S. 5-11

Klaus Ulrich Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht: Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, 2014

Friedrich Schnapp, Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, JuS 1983, S. 850-855

Hans Schneider, Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch, 2002

Franz Scholz, Die Rechtssicherheit, 1955

Peter Schüller / Annetrin Mehle, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.10.2016– VIII ZR 222/15, NZM 2017, S. 124

Gunnar Folke Schuppert / Christian Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000

Jürgen Schwabe, Grundrechte und Privatrecht, AcP 185 (1985), S. 1-12

Emil Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, in: Juristische Gesellschaft zu Berlin (Hrsg.), Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, 1903, S. 205–253

Kathleen Sedlmeier, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, 2012

Wolfgang Siebert, Die Methode der Gesetzesauslegung, 1958

Spiros Simitis, Zur "Aktualisierung" des Art. 6 Abs. 5 GG, JZ 1969, S. 277-283

Reinhard Singer, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, S. 1133-1141

Reinhard Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995

Peter Sperlich, Ein Meilenstein des Verwaltungsrechts: 40 Jahre "Schweinemästerfall" - zur nachbarschützenden Wirkung des Rücksichtnahmegebots, JA 2017, S. 38-41

Hans-Theodor Soergel (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 5/1a, Schuldrecht 3/1a, (§§ 311, 311a-c, 313, 314). 13. Auflage, 2014

Hans-Theodor Soergel (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 2, Allgemeiner Teil 2, (§§ 104–240). Kommentar. 13. Auflage, 1999

Alexander Somek, Rechtliches Wissen, 2006

Jürgen Sonnenschein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Mietrecht, NJW 1993, S. 161-173

Rudolf Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte, 1902

Gerulf Stang, Bundeskleingartengesetz, 2. Auflage 1995

Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 13. Auflage. 1993

Julius von Staudinger (Begr.), Einleitung zum WEG; §§ 1-19 WEG, (Wohnungseigentumsgesetz 1), Buch. VII ,17. Auflage 2018

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1983

Stern, Nr. 18/2018, S. 64 ff. Stadtluft macht arm – von absurden Mieten und verzweifelten Menschen, die eine bezahlbare Bleibe suchen“, „Für Mieter steigt Armutsrisiko

Friedemann Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Auflage 2009

Friedemann Stornel, Mietrecht, 2. Auflage 1979

Friedemann Stornel, Stornel, Zahlungsverzug im Mietrecht, WuM 2009, S. 699-704

Michael Stürner, Grundsatz Der Verhältnismäßigkeit Im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik Einer Privatrechtsimmanenten Begrenzung von Vertraglichen Rechten und Pflichten, 2010

Richard Thaler / Cass Sunstein, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, 2008

Gabriele Thombansen, Rechtslexikon online, Wolters Kluwer

Gregor Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Auflage 2013

Klaus Tonner / Armin Willingmann / Marina Tamm, Vertragsrecht Kommentar, 2010

Tobias Tröger, Regulierung durch Privatrecht: Folgenorientierung in der Privatrechtswissenschaft als Konsequenz latenter oder intendierter Verhaltenssteuerung durch privatrechtliche Normen, 2014

Klaus Ulrich, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, 2014

Garzón Valdés, Kann Rechtspaternalismus gerechtfertigt werden?, Rechtstheorie 18 (1987), S. 273–290

Rainer Wahl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsproblematik, in: Dirk Heckmann / Ralf P. Schenke / Gernot Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013, S. 823-854 (FS Würtenberger)

Rainer Wahl, Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaats, Die Verwaltung Band 13 (1980), S. 279-296

Reinhard Wagner, Die Entwicklung des Transparenzgebotes im Lauterkeitsrecht, 2007

Peter Weber, Mittel und Wege landesrechtlichen Mietpreisrechts in angespannten Wohnungsmärkten Weber, JZ 2018, S. 1022-1029

Thomas Wedel, Verfehlte Gesetzesauslegung des § 556a BGB durch den BGH, ZMR 2017, S. 235

Marina Wellenhofer-Klein, Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht, 1999

Mathias Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit: Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2019

Olaf Werner, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, 2000

Friedrich von Westphalen / Volker Emmerich / Frank von Rottenburg, Verbraucherkreditgesetz, 2. Auflage 1996

Friedrich von Westphalen, "Der Mensch im Recht" - nur ein Verbraucher?, ZIP 2002, S. 1327.

Harm Peter Westermann / Barbara Grundewald / Georg Maier-Reimer, Ermann Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, 15. Auflage 2017, Band I und II

Harm Peter Westermann, Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008), S. 141-181

Franz Wieacker, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Marcus Lutter / Walter Stimpel / Herbert Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 867-882

Franz Wieacker, Römische Rechtsgeschichte: Abschnitt 1: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik, München 1988

Herbert Wiedemann, Urteilsanmerkungen zu BVerfG vom 19.10.1993, JZ 1994, S. 411 – 413

Kai-Udo Wiedenmann, Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht, 2004

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 149/19
<https://www.bundestag.de/resource/blob/650086/bda1f29871822f23137957df47e2f4bf/WD-3-149-19-pdf-data.pdf> [Abruf 13.04.2022]

Peter Wittig, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, S. 817-825

Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970

Heinrich Amadeus Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000

Udo Wolter, Mietrechtlicher Bestandsschutz. Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht, 1984

Reinhold Zippelius / Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage 2008

Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Auflage 2011

Reinhold Zippelius, Das Wesen des Rechts, 6. Auflage 2012

Wolfgang Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), S. 1-36

Wolfgang Zöllner, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), S. 221-246

Wolfgang Zöllner, Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, S. 329-336

Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird auf Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage 2021 verwiesen.

Daneben werden folgende Abkürzungen verwendet:

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AR-Kommentar	Gregor Dornbusch / Ernst Fischermeier / Manfred Löwisch, AR – Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 8. Auflage 2016
DMT-Bilanz 2011	10 Jahre Mietrechtsreform – eine Bilanz
FS DJT	Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages
FS Fischer	Festschrift für Robert Fischer, 1979
FS Medicus 09	Festschrift Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009
FS Nawiasky	Festschrift zum 75. Geburtstag von Nawiasky
FS Nipperdey 55	Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, 21. Januar 1955
FS Nipperdey 65	Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965
FS Würtenberger	Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag
FS BVerfG	Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht
KR-Kommentar	Gemeinschaftskommentar zu Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
PWW/Bearbeiter	Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich (Hrsg), Bürgerliches Recht Kommentar, 14. Auflage 2019

I. Einleitung

Dauerschuldverhältnisse begegnen uns im täglichen Leben ständig in unterschiedlichen Situationen und Konstellationen.

Als Dauerschuldverhältnisse werden solche schuldrechtlichen Verbindungen bezeichnet, die dadurch geprägt sind, dass die Leistungspflicht einer Partei oder beider Parteien in einem dauernden Verhalten oder in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen besteht und dass der Umfang von Leistung- und Gegenleistung von der Zeitdauer abhängen, in welcher der Schuldner die Leistung fortlaufend zu erbringen hat.¹

Der Abschluss eines dauerhaften Vertrages gehört zu den wichtigsten und bedeutendsten Entscheidungen an Wegkreuzungen des Lebens: Welche Wohnung miete ich an, in der ich für lange Zeit oder gar mein ganzes Leben wohnen werde und die auch mein Umfeld prägen wird? Welche Arbeit suche ich mir aus, die ich unter Umständen bis zum Eintritt in das Rentenalter ausführe? Nehme ich einen Kredit auf, den ich jahrelang zurückzahlen muss? Dauerschuldverhältnisse prägen also das tägliche Rechts- und Wirtschaftsleben. Hierzu zählen schon „alte“ Vertragsformen wie der Kredit- und Mietvertrag, aber auch neuere Entwicklungen wie das Leasing oder Fitnessstudioverträge.

Genauso spannend wie die Frage, ob man einen solchen Vertrag abschließt, ist, wie ein solch wichtiger Vertrag beendet werden kann und beendet wird, insbesondere dann, wenn sich die Vertragsbeziehungen nicht so entwickeln, wie es einstmals bei Abschluss erhofft und gewünscht war. Hier kommt die Kündigung als Instrument zur Beendigung des Vertrages ins Spiel. Ein Fall für eine Kündigung ist etwa, dass die Leistung ausbleibt, die einem der Vertragspartner versprochen hat.

Der Verzug mit der Leistung ist ein typischer Kündigungsgrund, der eine häufig auftretende Leistungsstörung abbildet. Merkmal dieses Kündigungsgrundes ist, dass eine mögliche Leistung in einer bestimmten Zeit nicht erbracht wurde. Hier stellen sich aber verschiedene Fragen: Wann wird ein Verzug so unerträglich, dass die Vertragsbeziehung beendet werden kann? Welche inhaltliche und zeitliche Grenze muss erreicht werden?

Wann und unter welchen Umständen kann ein Dauerschuldverhältnis gekündigt werden? Vor der Beantwortung dieser Frage ist zuvor aber zu klären, ob Kündigungstatbestände überhaupt reguliert, also durch den Gesetzgeber den Vertragsparteien zwingend vorgegeben werden müssen, oder dies nicht der Verhandlung der Vertragsbeteiligten überlassen werden kann und soll. Und wenn aber Kündigungstatbestände vorgegeben werden, welche Kriterien sollen

¹ Huber, Handbuch des Schuldrechts, Band II, Leistungsstörungen, S. 437.

gelten? Reicht auch eine Generalklausel aus? Ist eine gesonderte Regelung überflüssig? Ist vielleicht auch eine Neuregelung der festen Wertgrenzen in den einschlägigen Kündigungstatbeständen notwendig?

Die vorliegende Arbeit möchte zur Klärung dieser Fragen beitragen. Dazu wird zur Erörterung der theoretischen Grundlagen zu Beginn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dessen Inhalt und Herleitung herausgearbeitet. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für den Gesetzgeber, insbesondere so wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts niedergelegt ist. Als Beispiel zur Verdeutlichung dienen auch immer wieder die Regelungen im Mietrecht, da das Mietverhältnis zu den häufigsten Dauerschuldverhältnissen gehört und sich hier die aufgeworfenen Fragen exemplarisch erläutern lassen. Zum einen lassen sich im Mietrecht Funktion und Bedeutung fester Wertgrenzen einfach verdeutlichen. Zum anderen ist das Mietrecht ein für das tägliche Leben besonders relevantes Rechtsgebiet, welches insbesondere von sozialpolitischen Überlegungen geprägt ist.

Diskutiert wird hier auch Bedeutung und Gewicht der Paritätstheorie, des Paternalismus im Recht, und der Lehre von der Richtigkeit des Vertrages. Inhalt dieser Theorien ist vornehmlich der Einfluss des Gesetzgebers auf die private Rechts- und Vertragsgestaltung. Der Paritätstheorie liegt zugrunde, dass der Gesetzgeber gesetzliche Vorgaben machen muss bzw. machen sollte, damit Ungleichheiten der Vertragspartner durch gesetzliche Vorgaben in der Vertragsgestaltung ausgeglichen werden.

Zur Verdeutlichung und zum Vergleich werden daran anschließend die historische Entwicklung und Vorbilder früherer Rechtsordnungen betrachtet, hier vornehmlich das römische Recht, welches das heutige Recht maßgeblich beeinflusst hat.²

Der darauf anschließende Abschnitt beschäftigt sich mit der gegenwärtigen Rechtslage zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen. Es wird das System und Grundmodell der Kündigung ausgeführt und der Unterschied der verschiedenen Arten von Kündigungen erläutert. Auch wird aufgezeigt, dass die verzugsbedingte Kündigung einer bestimmten, gleichbleibenden Struktur folgt. Diese Struktur wird näher vorgestellt. Teil dieser Struktur von verzugsbedingten Kündigungen sind feste Wertgrenzen. Dieser Begriff wird dann genauer definiert, d.h. was darunter zu verstehen ist und aus welchen Komponenten sich feste Wertgrenzen zusammensetzen.

Der sich daran anschließende Hauptteil und gleichzeitig der Schwerpunkt der Untersuchung befasst sich damit, herauszuarbeiten, ob feste Wertgrenzen in verzugsbedingten Kündigungen Ausdruck

² Vgl. Kaser/Knütel/Lohse, Römisches Privatrecht, § 1 Rn. 35 ff.

einer Wertung des Gesetzgebers sind und welche Wertungen hier zugrunde liegen. Dazu werden die verzugsbedingten Kündigungstatbestände aus verschiedenen Vertragstypen analysiert. Anhand des historischen Quellenmaterials wird untersucht, welche Motive und Interessen den Gesetzgeber bei der Verabschiedung der Normen leiteten und ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Kodifikation eine Rolle spielte. Untersucht werden soll, ob in der Vorgabe von festen Wertgrenzen in Kündigungstatbeständen durch den Gesetzgeber, also in der Regulierung, ein Eingriff in die Vertragsfreiheit gegeben ist und wenn ja, wie er zu rechtfertigen ist. Es geht also um die Regelung von Gestaltungsrechten.

Den Abschluss dieses Teiles bildet eine eigene Stellungnahme zur Funktion und Leistung von festen Wertgrenzen. Beendet wird die Untersuchung mit einem Ausblick und einer Zusammenfassung. Hier soll auch ein kurzer Blick auf die im Zuge der Corona-Pandemie 2020/2021 erlassene Gesetzgebung in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse geworfen werden.

Bei der Herleitung und Darstellung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes untersucht die Arbeit vornehmlich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Bei der Frage nach der Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zivilrecht steht insbesondere das Werk von Hans Hanau „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht“ (2003) im Mittelpunkt. Die Lehre von der Richtigkeit des Vertrages wird anhand der maßgeblichen Schriften Schmidt-Rimpler unter anderem anhand seines Aufsatzes „Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts“ (1941) erklärt und auch die Ansätze bei Rudolph Stammer beleuchtet. Der Hauptteil beschäftigt sich insbesondere mit den historischen Quellen etwa den Motiven des BGB und den jeweiligen Entwurfsbegründungen der behandelten Vertragstypen aus dem Mietrecht, WEG-Recht, Verbraucherkreditrecht und auch Kleingarten- und Heimrecht. Gemeinsam ist diesen Rechtsgebieten, dass sozialpolitische Motive eine große Rolle spielen. Diese Rolle soll auch weiter aufgeklärt werden.

Ziel der Arbeit ist es, die Herkunft, Funktion und Bedeutung von festen Wertgrenzen darzustellen.

Die Untersuchung beleuchtet hierzu die rechtstheoretischen und rechtshistorischen Hintergründe und Motive der verzugsbedingten Kündigung bei den jeweiligen Vertragstypen. Denn es soll nicht nur der Frage nachgegangen werden, warum feste Wertgrenzen eingeführt wurden, sondern auch, wie diese konkret in ihrer Ausgestaltung zustande kamen. Literatur und Rechtsprechung kreisen zumeist um die Frage, wann eine Norm bezüglich der Voraussetzungen einer Kündigung erfüllt ist, nicht aber, woher die Ausgestaltung der Kündigungsgründe kommt und welche Motive dahinterstehen, also warum die Norm so ist, wie sie ist.

An einem im Vergleich kleinen Problemkreis, nämlich der verzugsbedingten Kündigung, lässt sich zeigen, wie übergeordnete Staats- und Rechtsprinzipien im „einfachen“ Zivilrecht ihre Wirkung entfalten.

Dies kann an den festen Wertgrenzen gezeigt werden. Sie werden in Literatur und Praxis häufig einfach als gegeben hingenommen, ohne zu hinterfragen, woher diese festen Wertgrenzen kommen, wie sie entstanden sind und warum sie in der jetzigen Form im Gesetz existieren.

An einem relativ einfachen Problem der Bestimmung von festen Wertgrenzen zeigt sich die gesamte Bandbreite des Dilemmas des modernen wie auch des historischen Gesetzgebers. Dieser muss bildlich gesprochen, einen Spagat zwischen der größtmöglichen Gewährung von Privatautonomie und dem Schutz des Einzelnen vor privater Willkür und Ungerechtigkeiten schaffen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz macht es dem Gesetzgeber möglich, diesen Spagat zu bewältigen und Zielkonflikten beim Aufeinandertreffen verschiedener Grundrechte und Interessen aufzulösen. Die Arbeit geht daher auch auf die Frage nach dem Einfluss und der Bedeutung der Grundrechtsdogmatik im Hinblick auf die Regelung und Regulierung privatrechtlicher Verhältnisse ein. Letztlich geht es auch um die Frage, welchem Interesse der Vorzug zu geben ist. Dabei soll nicht nur geprüft werden, ob die Normen inhaltlich verhältnismäßig sind, sondern auch ob deren Zustandekommen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.

Gerade im Mietrecht hat hierzu das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber Vorgaben zur Beachtung der Interessen beider Parteien gemacht. Es soll daher auch der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzgeber diese Vorgaben erfüllt hat.

Die Arbeit versteht sich als Untersuchung und Interpretationsversuch am Schnittpunkt zwischen aktuellem Recht, Rechtsgeschichte, Rechtstheorie, Gesetzgebungslehre und Grundrechtsdogmatik. Sie soll auch ein Beitrag zur Diskussion zwischen Paritätstheorie und Privatautonomie sein, kann aber gleichzeitig keine umfassende Lösung dieses Gegensatzpaares anbieten. Auch will sich die Arbeit nicht für eine der beiden Positionen stark machen oder sich für eine Seite entscheiden, sondern ausschnitthaft Entscheidungen des Gesetzgebers kommentieren und diese einordnen.

Am Ende steht eine Handlungsempfehlung für die Vertragsgestaltung und die zukünftige Kodifikation von bisher unregulierten Vertragstypen. Hier wird dargestellt, wie eine feste Wertgrenze in einem Vertrag miteinbezogen und wie sie definiert werden kann, also wo die Grenze gezogen werden sollte.

Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt, nichtsdestoweniger beziehen sich die Angaben auf Personen aller Geschlechter.

II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht

1. Herleitung für das Zivilrecht

a) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird als wichtigste Errungenschaft des öffentlichen Rechts in Deutschland nach 1949, als dessen „Exportschlager“ und Markenzeichen, verstanden, der zudem zu einer generellen Hintergrundvorstellung von Recht geworden ist.³ Mit Hintergrundvorstellung ist gemeint, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gleichsam als Begleiter, eben im Hintergrund, bei jeder rechtlichen Betrachtung mitgedacht wird.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt, einfach ausgedrückt, dass staatliches Handeln in einem gewissen Spielraum oder Rahmen erfolgen soll, der in der allgemeinen Verkehrsanschauung nicht als extrem oder radikal betrachtet wird, sondern vielmehr als Mittelweg und Ausgleich zu sehen ist.

Dabei besteht der Grundsatz aus vier (Teil-)Komponenten, unter denen ein Handeln betrachtet und gewertet wird:

- Das staatliche Handeln muss einen legitimen Zweck verfolgen⁴
- Das Handeln muss geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen oder zumindest zu fördern (Gebot der Geeignetheit)
- Die Maßnahme muss erforderlich sein, d.h. es darf keine anderen mildereren Mittel geben (Gebot des mildesten Mittels)
- Die Maßnahme muss nach Abwägung der Rechte, Güter und Interessen der Betroffenen angemessen sein (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Abwägungsgebot).

Der letzte Punkt wird als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verstanden, bei der eine umfassende Abwägung von Für und Wider stattfindet.⁵ Abwägung wird definiert als das Herstellen einer Wechselbeziehung (Relation) zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Rechtfertigungsgründe für den Eingriff.⁶

Verhältnismäßigkeit ist somit Ergebnis eines Abwägungsprozesses, der versucht, den Interessen der Beteiligten die größte mögliche Entfaltung

³ Wahl, FS Würtenberger, S. 823, 837; Wahl, Die Verwaltung, Band 13, S. 279.

⁴ Manchmal wird dies auch als Vorprüfung verstanden, siehe Dreier, GG-Kommentar, Band 1, Vorbemerkung Rn. 91.

⁵ Vgl. Heintschel von Heinegg/Pallas, Grundrechte, Rn. 127.

⁶ BVerfGE 101, 331, 350.

zu gewährleisten.⁷ Die Abwägung ist dabei mehr als ein rein mechanisches Verfahren, das lediglich dazu da ist, eine bereits existierende Verhältnismäßigkeit zu entdecken, sondern enthält an sich schon wertende Elemente.⁸

Die Verhältnismäßigkeit stellt dabei den letztlich erstrebten materiellen Endzustand dar, während Abwägung das Vorgehen bis dorthin beschreibt, das aber schon von materiell wirkenden Entscheidungen geprägt ist.⁹ Hierzu gehört etwa, welche Kriterien in die Abwägung eingestellt werden sollen und welche nicht. Bereits diese Auswahl beinhaltet eine Wertung von Faktoren.

Es gilt dabei, dass je höher der Grad und die Intensität des Eingriffs bzw. Beschränkung des Eingriffs ist, desto größer die Wichtigkeit des Ziels sein muss, welches mit dem Eingriff erreicht werden soll.¹⁰ Die Abwägung dient somit der Auflösung von Kollisionen, z.B. entgegengesetzter Interessen oder gegenläufiger Prinzipien. Ziel ist es, bei der Auflösung von Kollisionen zu entscheiden, welchem gleichrangigen Belang im konkreten Fall das höhere Gewicht zukommt.¹¹ Das bedeutet aber nicht, dass ein Belang dem anderen Belang uneingeschränkt vorgeht und der insoweit „unterlegene“ Belang mit weniger Gewicht in der konkreten Situation nicht zählen soll.¹² Da beiden Belangen grundsätzlich die gleiche Bedeutung und die gleiche Wertigkeit zukommt, kann bei widersprechenden Ergebnissen nicht einfach ohne nähere Begründung der eine Belang für ungültig und der andere für vorrangig erklärt werden.

Vielmehr soll im Rahmen einer wertenden Abwägung eine Wechselwirkung und ein Verhältnis hergestellt werden, mit denen festgestellt wird, unter welchen Bedingungen ein bestimmter Belang dem anderen Belang vorgehen soll (Vorrangrelation).¹³ Dabei muss bei einer Interessenabwägung unter den falltypischen Umständen des Einzelfalls entschieden werden, welches Interesse gegenüber dem anderen zurücktreten muss.¹⁴

Die vierstufige Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat das Bundesverfassungsgericht erstmals im Beschluss vom 05.03.1968 zur Ersatzdienstverweigerung der Zeugen Jehovas formuliert.¹⁵ In der später folgenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seine heutige Ausformung, Definition und Wirkung erhalten.

⁷ Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 33.

⁸ Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 36 ff.

⁹ Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 38.

¹⁰ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 146.

¹¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 80.

¹² Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 81.

¹³ Alexy nennt dies das Kollisionsgesetz, Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 84.

¹⁴ BVerfGE 35, 202, 225,

¹⁵ Vgl. BVerfGE 23, 127, 133.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat Verfassungsrang, ohne selbst im Grundgesetz ausdrücklich erwähnt zu sein.¹⁶ Für die Herleitung des Prinzips haben sich in der verfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung verschiedene Ansätze herausgebildet. Das Bundesverfassungsgericht sah die Verhältnismäßigkeit als Teilaspekt des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG an.¹⁷

Der Bundesgerichtshof leitete in seiner früheren Strafrechtsprechung aus der Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte gem. Art. 19 Abs. 2 GG die Grundlage für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab.¹⁸ Das Grundgesetz schütze nämlich nicht nur den Wesensgehalt der Grundrechte, sondern verbiete darüber hinaus eine Begrenzung der Grundrechte ohne Grund und Anlass. Letztlich bezieht sich dieser Begründungsansatz auf das Wesen der Grundrechte und die Schutzaussage der grundrechtlichen Einzelverbürgung, also den subjektiven Rechtsschutz, wie er sich aus den Grundrechten ergibt.¹⁹

Weiterhin wird vertreten, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im vor- und überpositiven Recht und der Idee der Gerechtigkeit wurzelt.²⁰ Für einen demokratischen Verfassungsstaat ist solch eine Herleitung aus dem Naturrecht schwierig und nicht ganz unproblematisch, da die demokratische Legitimation durch den Souverän fehlt.²¹

Für eine weitere Meinung aus der Literatur steht die Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit und Abwägung von Interessen in der zivilrechtlichen Tradition der Begriffs- und späteren Interessenjurisprudenz des 19. Jahrhunderts, die von dort aus in das öffentliche Recht als die „jüngere Tochter des Zivilrechts“ übernommen wurde.²² Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat sich somit zuerst im Zivilrecht entwickelt, hat aber im öffentlichen Recht seine große Bedeutung gefunden.

Auch aus Art. 3 GG und dem darin enthaltenen Willkürverbot wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hergeleitet.²³ Dieser Ansatz berücksichtigt aber nicht, dass das Willkürverbot staatliches Handeln ohne sachliche Grundlage verbietet, hingegen mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine Zweck-Mittel-Relation hergestellt werden soll, die einen sachlichen Grund voraussetzt und damit über ein bloßes Willkürverbot hinausgeht.²⁴ Zudem ist Art. 3 GG auf den Vergleich von Rechtspositionen gerichtet und nicht auf die Herstellung einer Zweck-

¹⁶ Arnauld, JZ 2000, 276 ff.

¹⁷ BVerfGE 10, 117; BVerfGE 19, 348; 23, 133; BVerfGE 43, 106; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, AR-Kommentar, Art. 20 GG, Rn. 18.

¹⁸ BGHSt 4, 375, 377; BGHSt 4, 385, 392; Dürig, AöR 1981, 146; Erichsen, Jura 1988, 388; Badura, Staatsrecht, S. 105.

¹⁹ Vgl. Schnapp, JuS 1983, 853.

²⁰ Hochhuth, Relativitätstheorie des Öffentlichen Rechts, S. 88 ff.

²¹ Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, S. 454.

²² Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 25 ff.

²³ Vgl. Wittig, DÖV 1968, 821 ff.

²⁴ Zur Kritik Arnauld, JZ 2000, 277.

Mittel-Relation in Bezug auf den Eingriff in ein Freiheitsrecht. Auch sind die sozialen Parameter von Freiheit und Gleichheit verschieden.²⁵

Vereinzelt blieb die Herleitung aus dem Gebot des vernünftigen Staatshandelns, die sich an dem Ansatz der Ökonomischen Analyse des Rechts orientiert hat.²⁶ Demnach sei der Staat dazu verpflichtet, ein Ziel mit möglichst wenig Reibung zu erreichen, was bedeuten soll, dass es eine Verschwendung von Ressourcen sei, wenn der Staat durch überschießendes Handeln in Freiheitssphären eingreift. Kritisiert wurde an dieser Herleitung, dass unklar sei, was überhaupt Reibung bedeute und dass einer ökonomischen Herleitung nicht selbstverständlich Verfassungsrang zukommt, da bereits die Begründung mit einer Mischung aus Sozialstaat- und Demokratieprinzip unter Hinzufügung von haushaltsrechtlichen Aspekten nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz unter Bezugnahme auf Art. 1 GG abgeleitet werden kann und eine Überfrachtung von Art. 1 GG darstellt.²⁷

Die heute herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung leitet das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus den Grundrechten ab und sieht in ihnen den eigentlichen Sitz des Verhältnismäßigkeitsprinzips.²⁸

Das Bundesverfassungsgericht sieht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Wesen der Grundrechte verankert. Die Grundrechte dürfen als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit der Grundrechtsträger gegenüber dem Staat und als Schutz vor der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden, wie es zum Schutz der öffentlichen Interessen unerlässlich ist.²⁹

Hiernach ist insbesondere den Freiheitsrechten ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu entnehmen: Die individuelle Freiheit ist der Regelfall und die Beschränkung die Ausnahme.³⁰ Das Regel-Ausnahme-Verhältnis macht die Grundrechte zu Prinzipiennormen.³¹ Mit Prinzipiennormen sind Rechtsnormen gemeint, die auf Optimierung angelegt sind und die durch Abwägung angewendet werden, während Regel-Normen durch Subsumtion des Tatbestands angewendet werden.³²

Der Prinzipiencharakter der Grundrechte beinhaltet den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und umgekehrt ist aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableitbar, dass die Grundrechte

²⁵ Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 30.

²⁶ Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, S. 90.

²⁷ Vgl. Arnould, JZ 2000, 278.

²⁸ Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 80; Schlink, FS BVerfG, Band 2, 445, 448. Dennoch klingt ein gewisser überpositiver Ansatz mit: „Die Grundlage in den Grundrechten schließt weitere Grundlagen aber nicht aus.“ vgl. Schlink, FS BVerfG, Band 2, 445, 448; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 101 ff.

²⁹ BVerfGE 19,342, 348; BVerfGE 65, 1, 44.

³⁰ Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 15 ff.

³¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

³² Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, S. 216 f.

Prinzipien enthalten bzw. selbst Prinzipien sind.³³ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich daher schon aus den Grundrechten selbst.³⁴

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen Teilkomponenten Geeignetheit, Zweckmäßigkeit und Angemessenheit ist somit logisch aus dem Prinzipiencharakter ableitbar.³⁵ Denn die Abwägung und somit der Kern der Verhältnismäßigkeit ist schließlich die Anwendung der Prinzipiennorm, die hierdurch ihre Optimierung erhalten soll.

Das Optimierungsgebot liegt hier darin begründet, dass das Freiheitsrecht nicht mehr als notwendig zur Gesellschaftsbindung des Individuums beschränkt wird. Dies bedeutet nichts anderes als der weithin bekannte Grundsatz frei nach Kant: Meine Freiheit endet dort, wo die Freiheit des anderen beginnt.³⁶

Aus dem Optimierungsgebot ergeben sich zwei Folgerungen: Zum einen dürfen Ausnahmen die Regeln nicht weiter zurückdrängen, als das zur Zielerreichung notwendig ist. Dies ist die Erforderlichkeit mit einer Optimierung im Hinblick auf die Auswahl der zur Verfügung stehenden Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels der Regelung. Zum anderen sind Ausnahmen dann eine unzumutbare Verdrängung der Regel, wenn das mit der Ausnahme verfolgte Interesse jenes der Regel nicht überwiegt.³⁷ Hier wird eine Abwägung hinsichtlich der rechtlichen Wertigkeit der jeweils zur Regel und Ausnahme gehörendem Interesse getroffen.³⁸

Dieses Vorgehen zur Abwägung lässt sich auf die einfache Formel bringen: *„Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, umso größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.“*³⁹

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird häufig auch als Verhältnismäßigkeitsprinzip, Verhältnismäßigkeitsgebot oder Übermaßverbot bezeichnet.⁴⁰ Prinzipien sind Optimierungsgebote, was

³³ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 100.

³⁴ So BVerfGE 19, 342; BVerfGE 65, 1, 44.

³⁵ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 100.

³⁶ Dieses vielfach abgewandelte Zitat wird häufig Kant zugesprochen, findet sich so aber nicht in seinen Schriften. Vielmehr lautet ein Auszug: *„Niemand kann mich zwingen auf seine Art (wie er sich das Wohlbefinden anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit Anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d.i. diesem Rechte des Andern) nicht Abbruch tut.“* Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“, 1793, Werke Band VIII, S. 290.

³⁷ Siehe hierzu Arnauld, JZ 2000, S. 279.

³⁸ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 100.

³⁹ Alexy bezeichnet dies als das Abwägungsgesetz, Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 146.

⁴⁰ Isensee, HStrR IX, § 191, Rn. 136. Der Begriff des Übermaßverbots geht auf Peter Lerche zurück, Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des

bedeutet, dass sie vorgeben, dass sie in einem hohen Maße im Rahmen der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten verwirklicht werden.⁴¹ Regeln und Gebote können hingegen nur befolgt oder nicht befolgt werden und beinhalten Festsetzungen, was rechtlich möglich und erlaubt ist, also was tatsächlich umgesetzt werden kann oder umgesetzt werden könnte (Erlaubnis) bzw. umgekehrt nicht umgesetzt werden darf (Verbot).⁴² Wenn eine Regel gilt, dann ist es angezeigt, das zu tun, was die Regel vorgibt.⁴³ Sie muss also befolgt werden.

Beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz handelt es sich nach der eben dargestellten Definition eigentlich nicht um einen Grundsatz, sondern um eine Regel, da Grundsätze selbst einer Abwägung zugänglich sind und daher nicht vollumfänglich gelten. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seine Teilkomponenten, die ihrerseits ebenfalls jeweils für sich genommen Gebote sind, können entweder erfüllt werden oder nicht. Sie werden nicht gegeneinander oder etwas anderes abgewogen, so dass die Nichterfüllung der Verhältnismäßigkeit zur Rechtswidrigkeit der Norm führt.⁴⁴

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist demnach ein subsumptionsfähiger Rechtssatz.⁴⁵ Um aber in der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts zu bleiben wird auch hier weiterhin vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesprochen.

Abgesehen von seiner verfassungsrechtlichen Bedeutung als Element des Rechtsstaats ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ein methodisch-technisches Prinzip zur Feinsteuerung von Regel-Ausnahme-Verhältnissen.⁴⁶

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet alle staatliche Gewalt, insbesondere, wenn subjektive Rechte des Bürgers beeinträchtigt werden.⁴⁷ Verhältnismäßigkeit soll dabei hergestellt, nicht durchgesetzt werden.⁴⁸

Die Verhältnismäßigkeit spielt für den Gesetzgeber beim Zustandekommen sowie dem Inhalt einer Norm eine Rolle; beim Rechtsanwender in der Art und Weise der Normanwendung und Rechtsausübung.

Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961. Die Begriff Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip werden im Rahmen dieser Untersuchung als einheitliche Terminologie und synonym verwendet, da Schwerpunkt der Untersuchung nicht bei der richtigen begriffsdogmatischen Herleitung liegt, sondern beim Auffinden in konkreten Tatbestandsmerkmalen. Zur dogmatischen Begriffsdistinktion siehe Alexy S. 101 ff,

⁴¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75, 100 f.; Alexy, Rechtstheorie, S. 79 ff.

⁴² Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 76.

⁴³ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 76.

⁴⁴ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 100, Fn. 84.

⁴⁵ Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, S. 11.

⁴⁶ Arnould, JZ 2000, 276, 278; Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 28 f.

⁴⁷ Jarass/Piero, Art. 20 GG, Rn. 113.

⁴⁸ Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 49.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat deswegen eine „kaum zu überschätzende Bedeutung erlangt“.⁴⁹ Er ist ein Aspekt, der bei jedem rechtlichen Thema und Fragestellung mehr oder weniger mitgedacht wird. Die Grundvorstellung der Abwägung spielt daher für den Gesetzgeber eine dominierende Rolle, um durch Argumentation und durch Bewertung verschiedener Belange „eine Nähe zur Gerechtigkeit“ zu erreichen.⁵⁰

b) Zivilrecht: Paternalismus und Paritätstheorie

Jeder Grundrechtseingriff muss nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einem legitimen Zweck dienen, da er ansonsten nicht verhältnismäßig und damit rechtswidrig ist.⁵¹

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist deswegen auf staatliches Handeln ausgerichtet und der Staat auch zunächst Adressat. Bei seinem Handeln und insbesondere bei Eingriffen in die Grundrechte muss er sich an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz halten.

Nach dem sog. modernen Eingriffsbegriff ist ein Eingriff jede Verkürzung der Freiheit, also jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.⁵² Um den Bezug zu den Staatszielen zu gewährleisten, soll der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für jegliches staatliche Handeln gelten.⁵³

Obwohl also der Staat und staatliches Handeln sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren müssen, hat aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ebenfalls im Zivilrecht beim Privatrechtsverkehr (zumindest mittelbar) in Bezug auf Rechtsangelegenheiten von Privatpersonen untereinander für eben jene eine Bedeutung und muss auch in bestimmten Fällen beachtet werden.

Die Grundrechte sind Ausdruck einer objektiven Wertordnung, die in ihrer Geltungskraft auf alle Bereiche des Rechts ausstrahlt.⁵⁴ Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den Grundrechten wurzelt, strahlt er auch auf das Privatrecht und Privatrechtsverhältnisse aus.⁵⁵ Das Abwägen von Interessen zusammen mit der Anerkennung der Grundrechte als objektive Wertordnung verhilft den Grundrechten auch zur Geltung im Zivilrecht.

Die Ausstrahlung der Grundrechte bewirkt eine Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, was bedeutet, dass die Verfassung und die darin

⁴⁹ Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 112.

⁵⁰ So Wahl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 837.

⁵¹ BVerfGE 120, 274, 318f.

⁵² BVerfG, NJW 2002, 2626, 2629; Pieroth/Schlink, Grundrechte II, Rn. 240.

⁵³ Brugger, NJW 1989, 2425, 2430.

⁵⁴ BVerfGE 7, 198, 205.

⁵⁵ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004.

enthaltenen Werte die gesamte Rechtsordnung bestimmen.⁵⁶ Das Grundgesetz mit seinen in den Grundrechten verkörperten Wertungen und Prinzipien werden so zur rechtlichen Grundordnung des Gemeinwesens.⁵⁷ Die Verfassung ist eine qualitative Grundordnung, wenn sie eine Entscheidung zu den fundamentalen Fragen der Gemeinschaft trifft.⁵⁸ Das Grundgesetz beeinflusst so auch das Zivilrecht, welches weite Teile, wenn nicht das gesamte, (Alltags-)Leben regelt.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird in zivilrechtlichen Grundsätzen wie dem Gebot von Treu und Glauben in § 242 BGB oder dem Missbrauchs- und Willkürverbot aus § 226 BGB sowie in der Sittenwidrigkeit in § 138 BGB verortet.⁵⁹ Hieraus lässt sich schließen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Zivilrecht gilt.⁶⁰

Ausdrücklich genannt ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der amtlichen Überschrift zum familienrechtlichen § 1666a BGB, der bestimmt, dass gerichtliche Maßnahmen mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden sind, nur zulässig sind, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann, d.h. diese Maßnahmen müssen verhältnismäßig sein. Adressat der Norm ist das Familiengericht, also letztlich sind wieder staatliche Eingriffe gemeint, bei denen ohnehin gem. Art. 20 Abs. 3 GG der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist.

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind „Einbruchstellen“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁶¹ D.h. hier kommt er zur Geltung in der Rechtsanwendung des Privatrechts. Dies gilt umso mehr, wenn man mit der herrschenden Meinung das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus den Grundrechten ableitet. Dann gilt hier auch, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ausdruck der Grundrechte wie diese als Teilelement einer objektiven Wertordnung sowie als verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.⁶² Dies umfasst zunächst die unmittelbare Geltung für den Staat und staatliches Handeln.

Dies gilt aber nicht gleichermaßen auch unmittelbar für privates Handeln. Es wird vertreten, dass für privatautonome Regelungen von Privaten die gleichen Pflichten bei der Beachtung der Grundrechte bestehen wie für staatliches Handeln - ähnlich wie bei beliebigen Unternehmern – gegeben sein muss. Dadurch werden auch Private Grundrechtsadressaten, weil sich die privatautonome Rechtsetzung

⁵⁶ Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht, S. 10; Schuppert/Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

⁵⁷ Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, S. 198.

⁵⁸ Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht, S. 115.

⁵⁹ Wieacker, FS Fischer, S. 867, 868.

⁶⁰ Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 14.

⁶¹ Vgl. für die Grundrechte als Einbruchstellen in das Zivilrecht etwa das Lüth-Urteil BVerfGE 7, 198, 205f.

⁶² Vgl. BVerfGE 7, 198, 205; BVerfGE 73, 261, 269.

sich aus staatlichen Normen ableiten und daher wegen des Ursprungs aus dem gleichen Rechtssystem dieselben Rahmen auch für die private Rechtsetzung gelten sollen.⁶³ Dies verkennt aber, dass das Grundgesetz nicht den Privaten unmittelbar in die Pflicht nimmt, sondern gem. Art. 1 Abs. 3 GG den Staat und den Privaten keine unmittelbaren Pflichten auferlegt sind, weil die staatliche und private Rechtserzeugung gerade getrennt ist.⁶⁴ Grundrechte sollen gerade Abwehrrechte gegenüber staatlichem Handeln sein. Privates Handeln wird gerade durch die Grundrechte geschützt. Zwar benötigt die Entfaltung privaten Handelns die staatliche Rechtsordnung zur Ausübbarkeit. Das heißt aber nicht, dass die Existenz der grundrechtlichen Freiheit und der Vorrang der Grundrechte von einfachrechtlichen Normen abhängen.⁶⁵

Deswegen wird für die Grundrechte als objektive Wertentscheidung auch für Verträge eine Drittwirkung über die Generalklausel der guten Sitten und dem Gebot von Treu und Glauben abgeleitet, die insoweit bereits erwähnte Einbruchsstelle sind.⁶⁶

Dem Privatrechtsgesetzgeber kommt nach Canaris im Sinne einer mittelbaren Wirkung der Grundrechte die Aufgabe zu, zur Verwirklichung der Grundrechte mit Hilfe von Normensetzung Private vor jenem rechtswidrigen Angriff eines Privaten zu schützen, der das Grundrecht des Betroffenen verletzt oder bedroht.⁶⁷ Der Gesetzgeber muss mit entsprechenden Schutzbestimmungen dafür sorgen, dass Grundrechte nicht von der Privatautonomie gefährdet werden.⁶⁸ Privatautonomie wird definiert als Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch die einzelne Person nach ihrem eigenen Willen.⁶⁹ Das heißt, die einzelne Person kann sich aussuchen, mit wem und unter welchen Bedingungen sie Verträge schließen will.

Die Privatautonomie ist ein Strukturelement der freiheitlichen Gesellschaftsordnung.⁷⁰ Sie folgt aus der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 GG und beschreibt die Befugnis aller Rechtssubjekte, ihre eigenen rechtlichen Angelegenheiten selbständig und selbstverantwortlich nach ihrem Willen regeln zu können.⁷¹ Dies umfasst insbesondere die Freiheit, Verträge abzuschließen und deren Inhalt und Form weitgehend selbst zu bestimmen und damit ihren Willen zu erklären. Diese Willenserklärungen und

⁶³ Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 62; Schwabe, AcP 185, 1; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 62 ff; Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, S. 251 ff.

⁶⁴ Vgl. Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 23.

⁶⁵ Vgl. Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 23.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 7, 198, 204 ff.

⁶⁷ Canaris, AcP 184, 201, 255 ff.; BVerfG, NJW 1990, 1490.

⁶⁸ Canaris, AcP 184, 255 ff; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 52 ff; v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 GG, Rn. 271 ff; Stern, Staatsrecht, Band III/I, § 76 IV 5, S. 1572ff; Jarass, FS BVerfG, S. 35, 50.

⁶⁹ Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 136.

⁷⁰ BVerfGE 81, 242, 254.

⁷¹ PWW/Prütting, Einleitung BGB, Rn. 18.

Willensentscheidungen münden dann in einem Vertrag. Vertragsfreiheit bedeutet, dass der Einzelne entscheiden kann, mit wem er Verträge schließt (Abschlussfreiheit) und wie der Vertragsinhalt sein soll (Inhaltsfreiheit).

Die Privatautonomie ist das *primum principium* (oberstes oder erstes Prinzip) der Privatrechtsordnung, die ihre ökonomische Entsprechung in der Marktwirtschaft erhält und zusammen mit ihr die Privatrechtsgesellschaft bildet.⁷² Insoweit erfüllt sich auch das Subsidiaritätsprinzip des Grundgesetzes in der Privatautonomie, nämlich dass die Rechtsordnung von unten nach oben aufgebaut ist. So gehen die von Individuen geschlossene privatautonome Rechtsgestaltung einer heteronomen Anordnung durch den Staat vor. Dies bedeutet, die Vereinbarungen der Parteien gehen einer staatlichen Regelung vor. Eine staatliche Regelung soll nur dann vorrangig sein, wenn das Gemeinwohl dies erfordert.⁷³ Daher sind auch viele Regelungen des BGB durch die Parteien abdingbar, wenn die konkrete Fallgestaltung es erfordert.

Für eine autonome Willensentscheidung muss ein Mindestmaß an Rationalität gegeben sein.⁷⁴ Wer eine Entscheidung trifft, muss dazu fähig sein, eine Entscheidung zu treffen und darf etwa nicht infolge des Konsums von berauschenden Mitteln unzurechnungsfähig sein oder nicht fähig, überhaupt einen Willen zu bilden. Weiterhin benötigt derjenige auch einen gewissen Grad an Informationen, die er zur Entscheidungsfindung benötigt.

Zwar liegt in jeder vertraglichen Verpflichtung notwendigerweise die freiwillige Einschränkung der eigenen Freiheit, da man sich gerade rechtlich binden möchte. Gemeint ist hier aber zum einen, dass diese Bindung dazu führt, dass ein Betroffener, indem er ein privatautonomes Rechtsgeschäft wie eine Vertragsannahmeerklärung vornimmt, selbst seine Grundrechte zu sehr beschränkt oder sogar aufgibt. Dies kann etwa derart geschehen, wenn der Betroffene einen für ihn ungünstigen oder sogar durch verschiedene Gründe aufgezwungenen Vertrag abschließt, bei dem er seine grundrechtlich geschützte Freiheit unnötigerweise und in unbilliger Weise eingrenzt oder sogar darauf verzichtet, obwohl dies für den Vertrag an sich selbst gar nicht notwendig wäre.

Zum anderen sind solche Fälle gemeint, bei dem durch die Verwendung bestimmter Vertragsklauseln der andere Teil in seiner Freiheit gefährdet ist. Der Betroffene schließt in beiden Fällen einen Vertrag, den er vielleicht gar nicht will, aber abschließen muss. Der Vertrag wird dann zu einem rechtswidrigen Angriff eines Privaten, also des Vertragspartners, der die Vertragsbedingungen dem anderen aufdrückt, auf die Privatautonomie des Betroffenen. Selbstbestimmung

⁷² Vgl. die Verwendung des Begriffs des *primum principium* bei Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 9.

⁷³ Vgl. Isensee, HStR IV, § 71 Rn. 67.

⁷⁴ Vgl. Kirste, JZ 2011, 806.

ist als negative Freiheit zu verstehen, dass nämlich die Willensentscheidung unabhängig sein soll von fremder Willensmacht und Fremdbestimmung, egal ob durch private oder durch staatliche Seite.⁷⁵ Privatautonomie wird daher auch als Selbstherrlichkeit verstanden in dem Sinne, dass jeder sein eigener Herr und Herr über seine eigenen Entscheidungen ist.⁷⁶

Coing hat hierzu treffend bemerkt, dass das Privatrecht letztlich der Aufrechterhaltung der Freiheit des Einzelnen in der Gesellschaft sowie seiner persönlichen Entfaltung dient und andersherum betrachtet, die individuelle Freiheit eine der grundlegenden Ideen ist, warum das Privatrecht überhaupt existiert.⁷⁷

Der Vertrag ist dabei die Hauptform privatautonomer Gestaltung.⁷⁸ Er ist eines der Werkzeuge, mit dem die Rechtssubjekte die Marktwirtschaft steuern.⁷⁹ Die Vertragsfreiheit verwirklicht die Beziehungen der einzelnen Individuen und bestätigt sich in der gegenseitigen Selbstbindung.⁸⁰ Der Austausch von Gütern ermöglicht bei knappen Ressourcen die Befriedigung der Bedürfnisse der Menschen, deren Bedarf unterschiedlich ist.⁸¹ Da Waren und Leistungen knapp sind, erreicht man durch die Zulassung eines freien Vertragsabschlusses, dass die Wünsche der Menschen durch die Gestattung von Tauschoperationen weitgehend erfüllt werden können.⁸²

Hanau stellt ausgehend von dem Ansatz Coings, den er passenderweise auch noch in einer Einleitung an den Anfang stellt, in seiner Habilitationsschrift „*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*“ die These auf, dass erst durch die staatliche Anerkennung, also mit dem Aufstellen von Rechtssätzen, private Abreden Rechtswirksamkeit erhalten.⁸³ Hanau überprüft diese These anhand der Gestaltungsrechte, da diese gleichsam als self-executing, d.h. ohne weiteren Vollzugsakt, unmittelbar und direkt auf das Rechtsverhältnis einwirken und z.B. im Fall des Rücktritts oder der Kündigung den Vertrag umwandeln bzw. beseitigen.

Hanau orientiert sich dabei an dem von Flume entwickelten Begriff der *lex contractus*, also der von den Parteien selbst auferlegten und vereinbarte Rechte- und Pflichtenordnung, unter welcher der Vertrag stehen soll. Darunter versteht Flume, dass durch Annahme des Vertrages jede Vertragspartei ihr Einverständnis damit erklärt, dass der

⁷⁵ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 15.

⁷⁶ Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 146.

⁷⁷ Coing, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, S. 23.

⁷⁸ Flume, Rechtsgeschäft, § 8a, S. 12.

⁷⁹ PWW/Prütting, Einleitung BGB, Rn. 18.

⁸⁰ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 17.

⁸¹ Vgl. zu diesem utilitaristischen Ansatz Kötz, JuS 2003, 209.

⁸² Kötz, JuS 2003, 209.

⁸³ Vgl. Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 28, 29; F. Kirchhoff, Private Rechtssetzung, S. 49; P. Kirchhof, FS Ulmer, S. 1211.

Vertrag rechtens sein soll.⁸⁴ Die Rechtsordnung sieht die Regelung der Parteien als rechtswirksam an und stattet sie mit einer Geltungsanordnung samt Rechtszwang aus, soweit die Rechtsordnung die Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch Vertrag gestattet und ermöglicht. Dabei ist es Sache der jeweiligen Vertragspartei, ob der jeweilige Vertrag mitsamt *lex contractus* ihren Interessen entspricht.⁸⁵ Die staatliche Rechtsordnung wird in diesem Sinne dann zur *lex contractus*, wenn die Parteien diese ausdrücklich oder stillschweigend mit einbeziehen, wobei Letzteres der Regelfall sein dürfte. Die Einbeziehung kommt insbesondere dann zum Ausdruck, wenn sich die Parteien bei Streitigkeiten übereinstimmend auf die staatliche Rechtsordnung zur Rechtsdurchsetzung oder Rechtsverteidigung berufen, z.B. durch im BGB geregelte Einreden und Einwendungen wie der Verjährung.

Selbstbindung der Parteien und staatliche Anerkennung bewirken im rechtsschöpfenden und rechtserzeugenden Zusammenspiel die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages mit (privater) rechtsgeschäftlicher Geltungserklärung und staatlichem Geltungsbefehl.⁸⁶

Nach der Auffassung Hanau stattet der staatliche Gesetzgeber wegen der Rechtsverbindlichkeit und der darin liegenden Geltungsanordnung einen Vertragspartner, nämlich den Gläubiger, mit den Möglichkeiten zum Rechtszwang aus, um sein Begehren unter Umständen mit Zwangsmitteln durchsetzen zu können.⁸⁷

Die Geltungsanordnung der staatlichen Rechtssätze ist zunächst grundsätzlich ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und den dort normierten *status negativus*, da hierdurch von außen ein staatlicher Rahmen für individuelles Handeln gesetzt wird.

Der *status negativus* beschreibt die negative Freiheit vom Staat und Schutz vor seinen Eingriffen. Dies meint die Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat, mit dem er zum einen seine individuelle Sphäre gegen Eingriffe des Staats in diesen Bereich verteidigen kann und zum anderen durch den Staat vor Eingriffen geschützt ist. Nach der Statuslehre von Jellinek erwächst dem Bürger aus dem *status negativus* auch ein Anspruch auf Unterlassung des Eingriffs:

„Das Individuum soll vom Staate zu keiner gesetzeswidrigen Leistung herangezogen werden und hat demnach einen auf Anerkennung seiner Freiheit basierten Anspruch auf Unterlassung und Aufhebung der diese Norm überschreitenden obrigkeitlichen Befehle.“⁸⁸

⁸⁴ Flume, Rechtsgeschäft, § 33/2, S. 602.

⁸⁵ Flume, Rechtsgeschäft, § 33/2, S. 602.

⁸⁶ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 39; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 261; Flume, Rechtsgeschäft, § 1/2, S. 2; Braczyk, Rechtsgrund und Grundrecht, S. 95.

⁸⁷ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 30.

⁸⁸ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 98.

Die Grundrechte zur Abwehr sind negative Kompetenznormen, aus denen sich Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegen den Staat ergeben.⁸⁹ Die Grundrechte sind dazu vorgesehen, die private Freiheit, zu der auch die Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG gehört, gegen Eingriffe des Staates zu sichern.⁹⁰ Für die Privatautonomie bedeutet negative Freiheit, dass der Staat zunächst nicht heteronom in die privaten Rechtsverhältnisse eingreifen darf und die Parteien selbst über die vertraglichen Regelungen entscheiden sollen.

Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit und Privatautonomie bedeutet ein Eingriff in den *status negativus*, dass der Staat durch die Gesetzgebung zwingende Vorschriften für die Parteien erlässt, die den Inhalt der Verträge betreffen und damit einen bestimmten Inhalt bereits vorgeben bzw. bestimmen, was nicht Inhalt eines Vertrags sein kann. Dies ist dann die Anordnung, dass die in diesem Rahmen geschlossene Vereinbarung der Parteien gelten soll und für die Vertragschließenden verbindlich ist. Das beinhaltet eben auch, dass die private Vereinbarung mit staatlichem Zwang nach Abschluss eines rechtsförmigen Verfahrens durchgesetzt werden kann.

Der Eingriff in den *status negativus* in Form der staatlichen Anordnung der Verbindlichkeit wird aber nicht deswegen per se zur heteronomen Zwangsanordnung, weil die Sollensverpflichtung, also das vertragliche Pflichtprogramm des Schuldners, das Gebot an ihn enthält, staatliche Vollstreckungsmaßnahmen dulden zu müssen.⁹¹ Denn der Schuldner muss sich der Zwangsandrohung und der Vollstreckung der Forderung durch den Staat erst nach einem justizförmigen Verfahren nach rechtsstaatlichen Standards aussetzen. Das justizförmige Verfahren, zwar betrieben und wesentlich bestimmt in den Prozesshandlungen von den Parteien, aber durchgeführt und geleitet vom Staat und seinen Organen, soll nicht zuletzt verhindern, dass Private zur Rechtsdurchsetzung das Recht nach einer Art Selbstjustiz „selbst in die Hand nehmen“. Ansonsten wäre nämlich der Schuldner der privaten Rechtsdurchsetzung, möglicherweise durch Gewalt des Gläubigers, schutzlos ausgeliefert.⁹² Hierin liegt dann auch der Inbegriff der Friedensordnung des staatlichen Gewaltmonopols.⁹³ Aufgabe des Staates ist es vor diesem Hintergrund, den Schuldner vor (körperlicher) Gewalt des Gläubigers zu schützen, indem er für den Gläubiger Instrumente zur Rechtsdurchsetzung schafft und für den Schuldner umgekehrt Möglichkeiten bietet, sich zu verteidigen und eine Zwangsvollstreckung abzuwenden oder zumindest abzumildern, z.B. durch die Gewährung von Räumungsschutz oder die Definition von Pfändungsgrenzen.

⁸⁹ Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetze, Rn. 28; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 291; Maunz/Dürig, Art. 8 GG, Rn. 111; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 108 ff.

⁹⁰ BVerfGE 7, 198, 204; BVerfGE 50, 290, 337; BVerfGE 68, 193, 205.

⁹¹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 30, 31, 32.

⁹² Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 39.

⁹³ Vgl. Werner, Staatliches Gewaltmonopol, S. 48 ff.

Der Schuldner wird zum Schutz vor der privaten Rechtsdurchsetzung des Gläubigers und dem Erhalt des Friedens die drohende staatliche Vollstreckung als Teil der vertraglichen Abrede anerkennen, um sich nicht der privaten Gewalt des Vertragspartners mit für ihn nicht absehbaren Folgen auszusetzen.⁹⁴ Dies gilt umso mehr, weil die Privatautonomie darauf angewiesen ist, dass sie vom Staat durchgesetzt werden kann.⁹⁵ Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel zu schaffen, die von der Rechtsordnung als gültig angesehen werden und im Streitfall vor Gerichten durchgesetzt werden können.⁹⁶

Aufgrund dieser Möglichkeit der vom Staat organisierten Durchsetzbarkeit müssen die aufgestellten Rechtssätze ein Ergebnis der Abwägung der Interessen sein, was nichts anderes bedeutet, als dass sie verhältnismäßig sein müssen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet daher bei der Aufstellung von Rechtssätzen besonders da seinen Einsatz, wo Freiheits- und Machtbereiche abgegrenzt werden müssen, weil es die Bereiche zueinander in Beziehung setzt und aufgrund einer Abwägung eine Vorrangrelation zwischen den abzugrenzenden Bereichen herstellt.⁹⁷ Vorrangrelation meint, dass einer der genannten Bereiche gegenüber dem anderen Vortritt hat, also als Ergebnis einer Abwägung wichtiger ist als der andere.

Nicht umsonst dient der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Verteidigung individueller Freiheits- und Rechtssphären und deren Schutz.⁹⁸

Gerade bei relativen, dispositionsabhängigen und damit den Interessen der Parteien unterworfenen Kernbereichen des Lebens wie Arbeit und Wohnung kann ein paternalistisch motivierter verfassungsrechtlicher Schutz angezeigt sein, um die Interessen einer der Parteien zu schützen.⁹⁹

Paternalismus wird definiert als „die Beschränkung der (Handlungs-)Freiheit oder Selbstbestimmung durch einen Dritten, die ohne Zustimmung des Betroffenen und mit dem Ziel erfolgt, das Wohl des Betroffenen zu steigern oder ihn vor Schaden (also einer Verringerung seines Wohls) zu bewahren“.¹⁰⁰ Staatlicher Paternalismus liegt dann

⁹⁴ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 39.

⁹⁵ BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

⁹⁶ BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

⁹⁷ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 73.

⁹⁸ Vgl. BVerfG 81, 310, 338.

⁹⁹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 70 ff.

¹⁰⁰ Ulrich, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien- Gesellschafts- und Verbraucherrecht, S.40.

vor, wenn die Beschränkungen vom Staat ausgehen, also insbesondere durch Gesetzgebung zur Regulierung von privatem Verhalten. Dieser staatliche, quasi „von oben herab“ durch eine Autorität verordnete, Paternalismus existiert im Grunde so lange, wie Menschen Gemeinschaften bilden, die eine soziale Ordnung haben, denn schon zu allen Zeiten wollten Herrscher Regelungen erlassen, um ihre Untertanen oder Mitbewohner zu einem Verhalten zu veranlassen oder es zu verbieten, was aus Sicht der Herrschenden dem Wohle aller dienen sollte.

Der Höhepunkt kann in der Policey-Gesetzgebung der frühen Neuzeit gesehen werden kann. Hier sollte durch die Policey (= gute Ordnung), d.h. obrigkeitstaatliche Anordnungen der Alltag der Bewohner eines Territoriums oder einer Reichsstadt wie Frankfurt am Main reglementiert werden. In den Policey-Ordnungen wurde insbesondere auch das sittliche Leben geregelt und es wurden etwa bestimmte Kleidungs Vorschriften erlassen.¹⁰¹

Als paternalistisch sind grundsätzlich solche Handlungen einzuordnen, die von dem Ausführenden mit der Absicht zur Erhaltung oder Beförderung des Wohles des Paternalisierten ausgeführt werden und nicht rein in der Absicht, das Wohl Dritter zu fördern.¹⁰²

Paternalistischer Schutz bedeutet, dass der Betroffene vor sich selbst - um seines wirklichen oder angeblichen Wohles wegen - mit den rechtlichen Mitteln des Gebotes, Verbotes und der Zwangsandrohung geschützt wird.¹⁰³

Paternalismus wird allgemein definiert als Eingriff in den Willen des Individuums und in seine Handlungsfreiheit mit der Rechtfertigung, dass dies dem Wohle des Individuums dient.¹⁰⁴ Dieser Eingriff geschieht ohne das Einverständnis des Betroffenen oder gegen dessen Willen.¹⁰⁵ Die Substitution des Willens des Paternalisierten ist damit prägendes Element des Paternalismus. Der Begriff an sich ist zunächst ohne Wertung, wird aber gemeinhin negativ verstanden.¹⁰⁶

Gutmann hat Paternalismus wie folgt beschrieben:

„In einem normativen (moralischen oder rechtlichen) Rahmen, der den Einzelnen als Einzelnen respektiert und ihm geschützte Bereiche individueller Entscheidung zuweist, sind paternalistische Eingriffe a)

¹⁰¹ Vgl. Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, Rn. 305.

¹⁰² Düber, Lassen sich die moralischen Grenzen des Paternalismus durch Prinzipien bestimmen?, S. 4; Düber fasst unter Handlungen sowohl Tun als auch Unterlassen.

¹⁰³ Gutmann, Paternalismus und Konsequentialismus, S. 5.

¹⁰⁴ Dworkin, Paternalism, The Monist 1972/56: „Paternalism is the interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare of the person being coerced.“

¹⁰⁵ Dworkin, Paternalism, S. 20.

¹⁰⁶ Schmolke, Grenzen der Selbstbindung, S. 2.

*grundsätzlich problematisch, d.h. begründungsbedürftig und müssen sie [b] begrenzt sein.*¹⁰⁷

Paternalismus setzt voraus, dass dem Einzelnen Rechte zustehen und er diese Rechte per se auch eigenständig ausüben kann und auch darf. Daher müssen paternalistische Eingriffe auch gerechtfertigt sein und begründet werden.

Rechtspaternalismus ist dabei zu verstehen als staatliches Handeln für eine andere Person, welches als Folge zu einem Eingriff in die rechtliche geschützte Autonomie des Rechtsunterworfenen führt.¹⁰⁸ Für diese Art des Paternalismus wird auch der Ausdruck „harter Paternalismus“ verwendet.¹⁰⁹

Daneben gibt es als weitere Erscheinungsform den sog. weichen Paternalismus, der den Begünstigten insbesondere durch Maßnahmen zum Ausgleich von Rationalitätsdefiziten fördern will.¹¹⁰ Diese Art des Paternalismus wird auch liberaler Paternalismus genannt.¹¹¹ Nach diesem Ansatz sind die Merkmale des weichen Paternalismus, dass zum einem die autonomen Entscheidungen kompetenter, d.h. rechtsgeschäftlich fähiger, Personen grundsätzlich respektiert werden und zum anderen mit der Ausgestaltung von Selbstverfügungsschranken die Autonomie des Einzelnen gewährleisten werden soll.¹¹² Ebenso kann auch die Maximierung von Freiheiten gegen den autonomen Willen des Betroffenen eine Form des weichen Paternalismus sein.¹¹³ Dies kann durch gesetzlich vorgeschriebene Warnungen an den Verbraucher geschehen, etwa wenn der Betroffene zur Entgegennahme von Beratungen und Warnungen faktisch gezwungen wird und keine Möglichkeiten hat, den Informationen zu entgegen.¹¹⁴ Durch Rechtsnormen wird das Verhalten gesteuert.¹¹⁵ Die Verhaltenssteuerung wird auch als *nudging* bezeichnet (englisch für schubsen). Mit dieser aus der Verhaltensökonomie stammenden Methode sollen Menschen zu einem Verhalten beeinflusst werden, ohne das Verhalten durch Ge- und

¹⁰⁷ Gutmann, Paternalismus und Konsequentialismus, S. 3.

¹⁰⁸ Gutmann, Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus, S. 189 ff; Valdés, Rechtstheorie 18, 273; Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, S. 15.

¹⁰⁹ Vgl. Kirste, Harter und weicher Rechtspaternalismus, JZ 2011, 805 ff.

¹¹⁰ Van Aaken, Paternalismus und Recht, S. 109; Fateh-Moghadam, Grenzen des Paternalismus, S. 21 ff; Hufen, JuS 2020, 194.

¹¹¹ Eidenmüller, JZ 2011, 814.

¹¹² Fateh-Moghadam, Grenzen des Paternalismus, S. 21 ff.

¹¹³ Vgl. Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, S. 15 f.

¹¹⁴ Z.B. Warnungen auf Tabakerzeugnissen oder wenn eine bestimmte Verfahrensform für die Wirksamkeit einer Handlung vorgeschrieben ist, etwa wenn ein Beratungsgespräch zwingend vor der Ausführung von ärztlichen Eingriffen durchgeführt werden muss, siehe van Aaken, Paternalismus und Recht, S. 113; Kirste sieht dies noch nicht als Paternalismus an, da hier der Wille nicht beeinflusst werde. Insoweit stehe dem Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch ein Recht auf Nichtwissen im Sinne eines Rechts zur Abwehr bestimmter wahrer Informationen und ein Recht darauf, Informationen nicht erhalten zu müssen, da dem Einzelnen ein Recht zusteht zu bestimmen, was er wissen will und was nicht; Kirste, JZ 2011, 807.

¹¹⁵ Vgl. Eidenmüller, JZ 2005, 216 ff.; Engel, JZ 1995, 213, 215.

Verbote zu lenken, z.B. durch das Hervorrufen eines schlechten Gewissens.¹¹⁶

Das Verhalten soll durch einen staatlichen „Schubser“ in die richtige Richtung gelenkt werden.¹¹⁷ Nach dem Ansatz des weichen Paternalismus soll die Rechtsordnung durch Vorschriften Anstöße geben, die dazu führen sollen, das Beste für den Menschen und die Gesellschaft zu erreichen, wobei die Anstöße mit großer Wahrscheinlichkeit helfen und nicht schaden sollen (*self-harm-preventing* = Bewahrung vor Selbstschädigung).¹¹⁸ Ziel des liberalen Paternalismus ist insbesondere die Korrektur von Rationalitätsdefiziten.¹¹⁹ Kritisiert wird insbesondere an diesem Ansatz, dass dies dem Bild des mündigen Bürgers, welches dem Grundgesetz zugrunde liegt, entgegengesetzt und mit diesem unvereinbar ist.¹²⁰ Das Menschenbild des Grundgesetzes steht zwischen Selbstbestimmung und Gemeinschaftsbezug.¹²¹ Daher sei der subtile Einfluss auf den Menschen und sein Verhalten bedenklicher als dies bei klaren Ge- und Verboten der Fall sei und kann so auch nicht als milderes Mittel gegenüber einer staatlichen Regelung angesehen werden.¹²² Gerade der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann hier aber ein verfassungskonformes Korrektiv sein.

Das gemeinsame verbindende Merkmal sowohl von hartem als auch weichem Paternalismus ist das staatliche Handeln gegen den Willen des Betroffenen bzw. das Handeln des Staates ersetzt den Willen des Betroffenen durch eigene, d.h. staatliche und damit externe Anordnungen.

Das Ziel beider Erscheinungsformen des Paternalismus ist es im Endeffekt, den Betroffenen davor zu bewahren, dass er durch den Freiheitsgebrauch sich selbst schädigt.¹²³ Der harte Paternalismus versucht den Schutz durch Verbote und Gebote zu erreichen. Der weiche Paternalismus setzt hierbei mehr auf Aufklärung und „sanfte Schubser“.

¹¹⁶ Hufen, JuS 2020, 193.

¹¹⁷ Karampatzos, Rechtspaternalismus im Europäischen Verbraucherschutzrecht, S. 208.

¹¹⁸ Thaler/Sunstein, Nudge, S. 179; Eidenmüller, JZ 2011, 814.

¹¹⁹ Karampatzos, Rechtspaternalismus im Europäischen Verbraucherschutzrecht, S. 209. Als Beispiel für liberalen Paternalismus nennt Karampatzos die Gurtpflicht im Straßenverkehr. Hierhinter würde die Annahme stecken, dass die Menschen aufgrund eines übermäßigen Selbstvertrauens und überoptimistischen Disposition dazu tendieren würden, Risiken zu unterschätzen. Als Beispiel für liberalen Paternalismus ist die Gurtpflicht eigentlich unzutreffend, da die Anordnung einer Pflicht zusammen mit dem Gebot, dass man zum Fahren angeschnallt sein muss, zum harten Paternalismus gehört.

¹²⁰ Hufen, JuS 2020, 197.

¹²¹ BVerfG, NJW 1954, 1235.

¹²² Hufen, JuS 2020, 193.

¹²³ Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; Dietlein, Schutzpflichten, S. 219 ff; Singer, JZ 1995, 1133; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 219 ff; Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 29 ff.

Die Selbstschädigung kann etwa durch nachteilige Verpflichtungen in Schuldverhältnissen geschehen, wenn der Betroffene also von seiner Vertragsfreiheit Gebrauch macht und damit dann seine eigene Autonomie einschränkt. Es ist aus Sicht des paternalistischen Gesetzgebers davon auszugehen, dass der Betroffene ohne Intervention des Gesetzgebers sein Wohl durch die Ausübung seiner Freiheit verfehlt, weil hierdurch Ergebnisse geschaffen werden, die dem Wohl des Betroffenen nicht entsprechen können oder durch Defizite des aktuellen Willens im Zeitpunkt der Verpflichtung des Betroffenen herbeigeführt sind.¹²⁴ Mit dem aktuellen Willen ist der Geschäfts- und Rechtsbindungswille im Zeitpunkt der Entscheidung gemeint

Ein solches Defizit des Willens im Zeitpunkt der Verpflichtung kann neben den rein körperlich wirkenden Einschränkungen wie der Einfluss von berauschenden Mitteln oder temporäre Geisteskrankheit auch ein Macht- oder Informationsgefälle sein. Dieses Informationsgefälle wird auch Informationsasymmetrie genannt.¹²⁵ Ein Informationsdefizit ist dann gegeben, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Informationen, die für den Abschluss an sich und den Inhalt des Vertrages bedeutsam sind, zwischen den Parteien ungleich verteilt sind.¹²⁶ In Folge dieses Defizits kommt es zu einem Marktversagen, bei dem der Markt und seine Regeln von Angebot und Nachfrage die Verhandlungsgleichheit der Parteien nicht mehr gewährleisten und regulieren können.

Zusammengefasst lässt sich paternalistischer Schutz im Hinblick auf die Gesetzgebungstätigkeit auf die Formel bringen: Der Gesetzgeber muss etwas tun, um den schwachen Mieter/Verbraucher/Arbeitnehmer zu schützen, damit er sich nicht selbst durch einen wie immer gearteten Zwang oder Druck infolge eines Macht- oder Informationsgefälles seiner Rechte durch Disposition begibt. Gesetze sollen eine Disposition beschränken oder einschränken. Zöllner hat dies süffisant wie folgt knapp und ausdrucksvoll kritisch zusammengefasst:

¹²⁴ Vgl. Düber, Lassen sich die moralischen Grenzen des Paternalismus durch Prinzipien bestimmen?, S. 5.

¹²⁵ Nach Akerlof, The Market for „Lemons“; Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 94, S. 488; Kötz, JuS 2003, 212 f.

¹²⁶ Kötz, JuS 2003, 212. Akerlof zeigt dies beispielsweise am Markt für Gebrauchtfahrzeuge. Die Verkäufer der Gebrauchtwagen wissen, ob ihre Fahrzeuge qualitativ gut oder schlecht sind. Die Käufer wissen dies nicht, da ihnen die Informationen über die Fahrzeuge fehlen oder diese Informationen nur unter einem Aufwand erhalten können. Wegen der fehlenden Informationen werden die Käufer Preise bieten, die der Qualität der Fahrzeuge nicht entsprechen und die Verkäufer damit überhöhte Preise fordern können. Dies hat zur Folge, dass sich die Qualität des Angebots auf dem Gebrauchtwagenmarkt verschlechtert und der Markt wegen dieser Informationsasymmetrie versagt. Vgl. Akerlof, The Market for „Lemons“; Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 94, 488; Kötz, JuS 2003, 2009, 212 f. Diese Überlegungen können auch auf den Wohnungsmarkt übertragen werden, bei denen die potentiellen Mieter auch die Wohnung nicht kennen, der Vermieter aber schon.

„Stehen die Bürger der Republik im Verdacht, bei ihren individuellen Verträgen nicht auf sich selbst aufpassen zu können, muß ihnen der Staat durch normative Ausgestaltung der Rechtsordnung und durch den Richter beistehen.“¹²⁷

Nach Hanau wird durch die Hinderung des Betroffenen an einer wirksamen Disposition über die geschützte Freiheit der paternalistische Schutz zum Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit. Hierunter fällt, dass Verträge möglich sind und ohne staatliche Eingriffe geschlossen werden können, insbesondere ohne staatlich sanktionierte vertragliche Bindung.¹²⁸ Aufgrund der Rechtswirkung in die Sphäre des Betroffenen gilt dies auch bei der Ausübung von Gestaltungsmacht.¹²⁹ Die Frage ist, ob der grundrechtliche Schutz noch vorhanden ist, wenn sich ein Schuldner im Rahmen der Privatautonomie kraft eigener Entscheidung vertraglich bindet und hierdurch der *status negativus* des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG betroffen ist.¹³⁰

Paternalistischer Schutz bedarf daher einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, da er ein Eingriff in Grundrechte des Einzelnen ist.¹³¹

Um einen gerechten Ausgleich der Beteiligteninteressen zu schaffen und ohne die eine oder andere Partei vorzuziehen, muss nach diesem Ansatz die Reichweite vertraglicher Regelungen durch von außen gesetzte Schranken eingegrenzt werden. So kann ein wirksamer verfassungsrechtlicher Schutz von Freiheitsrechten gewährleistet werden.¹³² Von außen gesetzte Grenzen sind dabei Beschränkungen, die nicht von den Parteien selbst im Vertrag selbst oder durch Verhandlungen gesetzt werden wie z.B. Fristsetzungen, was unter innere Grenzen zu verstehen wäre, sondern übergeordnet durch den Gesetzgeber im Sinne eines Rahmens, innerhalb dem der Gesetzgeber Verträge und inhaltliche Vertragsregelungen erlaubt.

Diese Forderung steht im Zusammenhang mit der sog. Paritätstheorie (lat. *paritas* = Gleichheit) bzw. Theorie von der gestörten Vertragsparität, die auf die Arbeiten von Hönn, Fastrich und Preis zurückgeht.¹³³ Diese Theorie wird gelegentlich auch Lehre von der Gleichgewichtslage genannt.¹³⁴

¹²⁷ Zöllner, AcP 196, 3.

¹²⁸ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 29 ff.

¹²⁹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 73.

¹³⁰ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 31.

¹³¹ Kirste, JZ 2011, 813.

¹³² Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 70.

¹³³ Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992; Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993.

¹³⁴ Vgl. Medicus, Abschied von der Privatautonomie, S. 19.

Hönn definiert Parität als die „vom positiven Recht den Vertragsparteien eingeräumte Rechtsstellung, die ihnen einen Interessenausgleich in Selbstbestimmung mit der Chance der Äquivalenz“ erlaubt.¹³⁵ Äquivalenz meint hier nicht den Austausch von Leistung und Gegenleistung in Austauschverhältnissen. Es meint die Gleichheit der Vertragsparteien hinsichtlich der Verhandlungsstärke bei Vertragsabschluss. Bei der Idealvorstellung der Vertragsgleichheit begegnen sich die Vertragspartner auf gleicher Ebene und gleicher Stärke.¹³⁶

Die Rechtsordnung als solche sei dabei der Maßstab für ein legitimes Kräftegleichgewicht und enthält einen gerechten Ausgleich der Interessen.¹³⁷ Regelungen zur Kontrolle seien deswegen in der Rechtsordnung immer dann zu finden, wo der normative Zweck darin besteht, einen Vertragspartner zu schützen. Entfielen diese Schutzvorschriften, entstünde Imparität.¹³⁸

Nach der Auffassung Hönns ist Wettbewerb das maßgebliche Kompensationsmittel zum Ausgleich von ungleichen Kräfteverhältnissen und fehlender Vertragsgleichheit, da hier grundsätzlich Parität herrsche und keine Vertragskontrolle notwendig sei.¹³⁹ Im Wettbewerb haben die Teilnehmer die Chance, zu einem im obigen Sinne äquivalenten, d.h. gleichrangigen Vertragsabschluss auf gleicher Ebene und gleicher Stärke zu gelangen, denn durch die mittelbare Beeinflussung der Marktverhältnisse im Wettbewerb sei die Selbst- und Mitbestimmung über Vertragsinhalte gegeben.¹⁴⁰ Imparität ist daher immer da gegeben, wo der Wettbewerb gestört sei, so dass ein Vertrag notwendigerweise durch die Rechtsordnung kontrolliert werden müsse.¹⁴¹ Imparität liegt demnach dann vor, wenn zwischen den Partnern ein ausgewogenes Kräfteverhältnis fehlt.¹⁴²

Der Staat muss wegen seiner Pflicht, die Grundrechte zu schützen, gewährleisten, dass Grundrechtsträger die absolut geschützten Rechtsgüter anderer Grundrechtsträger nicht verletzen. Also muss er Vorschriften erlassen, die Leben, Gesundheit, Eigentum, räumliche Bewegungsfreiheit und Ehre vor privaten Eingriffen schützt.¹⁴³

Die Vertreter der Paritätstheorie sehen es darüber hinaus als Aufgabe des Gesetzgebers an, gemäß dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 GG neben der ordnungspolitischen Rahmensetzung für Markt und Wettbewerb die sozio-ökonomischen Zustände durch rechtliche Regelungen zu gestalten und so ein relatives oder annäherndes

¹³⁵ Hönn, Kompensation, S. 99.

¹³⁶ Vgl. Hönn, Kompensation, S. 116 f.

¹³⁷ Vgl. Hönn, Kompensation, S. 116 f.

¹³⁸ Vgl. Hönn, Kompensation, S. 116 f.

¹³⁹ Vgl. Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 185.

¹⁴⁰ Hönn, Kompensation, S. 116 f.

¹⁴¹ Hönn, Kompensation, S. 119 ff.

¹⁴² Limbach, JuS 1985, 13.

¹⁴³ Isensee, HStR V, § 111, Rn. 1, S. 77; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1982; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 141.

Machtgleichgewicht zwischen Vertragsparteien zu schaffen, die ansonsten in ihren wirtschaftlichen oder intellektuellen Bedingungen und Strukturen unterschiedlich sind.¹⁴⁴

Es besteht wegen der ungleichen Ausgangslagen der Vertragsparteien bei der Vertragsanbahnung, den Verhandlungen und beim Vertragsabschluss die Gefahr des Ausnutzens des strukturell schwächeren Teils durch den strukturell stärkeren Teil.¹⁴⁵ Struktur umfasst alle Arten von Ressourcen, Vermögen, Macht, Informationen und Einflussmöglichkeiten, sowohl wirtschaftlich als auch etwa politisch, die sich in einer Organisationsform verfestigt haben. Durch die Verfestigung in einer Organisationsform werden die verschiedenen Teilelemente miteinander verbunden, in Beziehung gesetzt und gestärkt. So können sie, insbesondere gegenüber anderen, mehr Wirkung entfalten denn als einzelne Komponenten, die nicht die gleichen Effekte erzielen könnten. So führt die Organisation und Anhäufung von einer größeren Menge Kapital in Verbindung mit der damit einhergehende Einflussmöglichkeit in einer juristischen Person wie einer GmbH, deren Haftung begrenzt ist, dazu, dass hier eine Struktur entsteht.

Diese Strukturen führen zu einer Stärkung der Verhandlungsposition, da der strukturell Stärkere nicht in jedem Fall auf einen Vertragsabschluss angewiesen ist, der strukturell schwächere aber schon, weil er einen Gütertausch zu seinen Gunsten benötigt (z.B. die Zurverfügungstellung einer Wohnung oder Gewährung eines Kredits). Der Strukturstärkere rückt in diesem Fall in die Position eines Gatekeepers, der z.B. mit seiner wirtschaftlichen Macht über den Zugang zu benötigten Gütern bestimmt. Mit Gatekeeper (engl. für Pförtner) ist derjenige gemeint, der den Zugang zu einem Gut, einer Ware, Leistung oder Einrichtung kontrolliert.¹⁴⁶ Schon wegen des Zugangs kann der Gatekeeper einen Markt und dessen tatsächlichen oder potenziellen, gegenwärtigen oder zukünftigen Wettbewerb kontrollieren und beeinflussen.¹⁴⁷ Die Paritätstheorie geht von einem Informationsdefizit und einer damit einhergehenden Ungleichheit der Parteien bei der Vertragsanbahnung aus.

In diesem Fall kann der Stärkere dem Schwächeren gleichsam mit entsprechendem Druck oder einfach aus der unterlegenen Situation des Angewiesenen heraus seine Bedingungen aufzwingen, da der Schwächere diese in jedem Fall annehmen wird bzw. annehmen muss, um das womöglich dringend benötigte (lebensnotwendige) Gut zu erlangen oder den benötigten Erfolg herbeizuführen. Der Unterschied zu einer gängigen Gütertransaktion liegt darin begründet, dass der

¹⁴⁴ Limbach, JuS 1985, 11, 12.

¹⁴⁵ So die prägnante Zusammenfassung der Merkmale bei Adomeit, NJW 1994, 2468, der sich ansonsten vehement gegen die Paritätstheorie wehrt.

¹⁴⁶ Der Begriff des Gatekeepers findet sich auch mit einer ähnlichen Definition und Verständnis der Funktion als Kontrolleur in der Publizistik. Hier ist ein Gatekeeper derjenige, der entscheidet, welche Information veröffentlicht oder sogar vorenthalten wird. Vgl. hierzu Walter Lippmann, Die öffentliche Meinung, 1990.

¹⁴⁷ Siehe für das Kartellrecht Lettl, Kartellrecht, Rn. 421.

Gatekeeper über ein Gut verfügt, das für die Gegenseite eine überragende, wenn nicht für das Leben essenzielle Bedeutung hat. Dies kann dann dazu führen, dass der Mächtigere über den Schwächeren bestimmen kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der sog. Handelsvertreterentscheidung dieses Merkmal folgendermaßen charakterisiert:

„Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung.“¹⁴⁸

Die Paritätstheorie möchte verhindern, dass sich im Vertrag die in der Macht- oder wirtschaftlichen Struktur begründete ungleiche Verhandlungsstärke einer der Parteien wiederfindet und daher davon ausgegangen werden kann, dass der andere Teil seine Interessen nicht durchsetzen konnte.

Typische Fälle sind hier das Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer, Vermieter-Mieter und Unternehmer-Verbraucher. Hier kann klar die Rolle des „sozial Schwächeren“ und des „sozial Stärkeren“ identifiziert werden.¹⁴⁹

Merkmal dieser Konstellationen ist, dass eine Seite aufgrund ihrer Ressourcen oder ihrer Fähigkeiten, also aufgrund ihrer Struktur, dem anderen überlegen ist.¹⁵⁰

Es stehen sich ungleiche Partner gegenüber mit unterschiedlicher Verhandlungsmacht und Durchsetzungsvermögen. Der eine Partner ist stärker als der andere. Ihm stehen mehr Mittel zur Verfügung, damit er seine Interessen und Ziele in den Vertrag aufnehmen kann.

Im von großen Unternehmen geprägten Massengeschäft findet keine wechselbezügliche Einflussnahme der Wirtschaftssubjekte statt.¹⁵¹ Das heißt, dass es keine richtige Vertragsverhandlung gibt, bei dem einzelne Klauseln zwischen den Parteien diskutiert und ernsthaft zur Disposition gestellt werden. Es findet gerade kein gegenseitiges Nachgeben bei einigen und ein Nehmen bei anderen Klauseln statt, wovon Vertragsverhandlungen aber eigentlich leben und geprägt sind, eben bis man sich auf einen gemeinsamen Nenner einigt. Zumindest eine der Parteien ist nicht offen für eine wirkliches Überdenken der eigenen Klauseln, nach dem Motto: *Entweder unser Vertrag oder kein Vertrag.*

¹⁴⁸ BVerfG, NJW 1990, 1469, 1470; auch BVerfGE 81, 242, 255; kritisch hierzu Zöllner, AcP 196, 14, der anführt, dass Voraussetzung des Vertragsschlusses eigentlich der Konsens mit den Bedingungen ist und keine Fremdbestimmung, auch wenn eine Partei der anderen den Inhalt vorgibt. Der Begriff der Fremdbestimmung wäre daher abwegig, weil der Vertrag auch abgelehnt werden könnte.

¹⁴⁹ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 10.

¹⁵⁰ Limbach, JuS 1985, 10.

¹⁵¹ Limbach, JuS 1985, 11.

Schon die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen spreche dafür, dass allein aufgrund dieser Tatsache ein Ungleichgewicht bei den Vertragsverhandlungen bestehen würde und daher insbesondere der Verbraucher seine Interessen nicht durchsetzen könne.¹⁵²

Der Vertrag wird hier lediglich Kontaktform des Geschäftsverkehrs, der einen formalen Konsens anzeigt, bei der die Vertragsfreiheit darauf beschränkt ist, den Vertrag abzuschließen oder nicht, d.h. die Abschlussfreiheit bleibt als Rest der Vertragsfreiheit.¹⁵³ Individueller Verhandlungsspielraum hängt dann von den finanziellen Möglichkeiten ab.¹⁵⁴ Die Kompensation gestörter Vertragsparität gehöre daher nach Auffassung der Vertreter der Paritätstheorie zu den Prinzipien des geltenden Rechts.¹⁵⁵

Dem Vertrag kommt im Rahmen der Privatrechtsordnung eine Ordnungsaufgabe zu.¹⁵⁶ Der Vertragsmechanismus als solcher ist aber keine Garantie für die inhaltliche Angemessenheit und Richtigkeit des Vertrages.¹⁵⁷ In Konstellationen von fehlender Gleichheit wegen des Bestehens von wirtschaftlichen Abhängigkeiten und Machtstrukturen ist aus Sicht der Paritätstheorie die Richtigkeit des Vertrages wegen des Machtungleichgewichts nicht mehr gewährleistet.¹⁵⁸ Gestörte Vertragsparität ist ein Versagen der Richtigkeitsgewähr des Vertrages.¹⁵⁹

Bereits 1902 hat Stammler in seinem Werk „Die Lehre von dem richtigen Rechte“ das Postulat des Maßes aufgestellt, nachdem ein Gesetz so beschaffen sein soll, dass es verhältnismäßig ist. Stammler drückt dies so aus: *„4. Postulat des Maßes: Die dem einzelnen von Rechts wegen eingeräumte Verfügungsgewalt ist nach oben, wie nach unten hin in bedingten Schranken zu halten.“*¹⁶⁰ Dies bezieht sich auf die Norm selbst, die verhältnismäßig sein soll. Es kann sich aber auch auf das Zustandekommen der Norm beziehen. Nach Stammler ist daher das genannte Postulat des Maßes *„von Allgemeinheit für alle Rechtsfragen“*.¹⁶¹ Bei der Gesetzgebung *„müssen seitens des überlegenden Politikers die jeweils möglichen Interessen, Wünsche, Bestrebungen in eine gedankliche Gemeinschaft gebracht werden und dann in dieser nach den Grundsätzen des richtigen Rechtes, eben in*

¹⁵² Larenz/Wolf, BGB Allgemeiner Teil, § 43, Rn. 1, 7.

¹⁵³ Limbach, JuS 1985, 11.

¹⁵⁴ Limbach, JuS 1985, 11; Eike Schmidt, Zivilrechtlicher Grundkurs für Studienanfänger, 71.

¹⁵⁵ Hönn liest dies jedenfalls aus einer Gesamtschau der zwingenden Vorschriften aus dem Wohnraummietrecht und Arbeitsrecht zum Schutz der Vertragsparteien. Vgl. Hönn, JZ 1983, 680.

¹⁵⁶ Hönn, Kompensation, S. 16 f.

¹⁵⁷ Lange/Köhler, BGB, Allg. Teil, S. 56 f; Wolf, in: Anthenäum-ZivilR. I, 1972, S. 122 f.

¹⁵⁸ Sedlmeier, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, § 3 B II; Singer, Selbstbestimmung, S. 12; Grundmann, AcP 202, 40, 65; Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 256 ff.

¹⁵⁹ Coester-Waltjen, AcP 190, 18.

¹⁶⁰ Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 301.

¹⁶¹ Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 301.

*der Gestalt der von den Postulaten gelieferten Anweisungen auseinander gesetzt werden.*¹⁶²

Stammler beschreibt weiter, dass die Gesetzgebung einem „sozialen Ideal“ folgen soll, um „richtiges Recht“ zu erzeugen.¹⁶³ Stammler verstand unter dem sozialen Ideal eine Gemeinschaft frei wollender Menschen und die einheitliche Zusammenfassung aller möglichen Zwecke von rechtlich Verbundenen.¹⁶⁴ Dieses soziale Ideal enthält nach Stammler bereits eine schützende Funktion, nämlich *„daß nicht der einzelne gezwungen werde, im rechtlichen Verkehre seinen wohlberechtigten Interessen zu entsagen. Die grundsätzliche Richtlinie geht hier auf eine Beachtung des einen rechtlich Verbundenen wechselseitig gegenüber dem anderen.“*¹⁶⁵ Dieses soziale Ideal soll aber kein inhaltlicher Rechtssatz sein, sondern vielmehr eine „allgemeingültige formale Methode“.¹⁶⁶ Das Postulat des Maßes hat demnach eine sozialstaatliche Stoßrichtung.¹⁶⁷ Denn es geht davon aus, dass der Staat die Interessen der Subjekte beachten und bei Konflikten ausgleichen soll. Der sozialstaatliche Aspekt ist dabei, dass der Einzelne auch durch die Anwendung der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung vor einer Übermacht des anderen Teils oder des Staates selbst geschützt wird.

Der Begriff der Richtigkeit eines Vertrages geht auf den Aufsatz „Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts“ von Schmidt-Rimpler aus dem Jahr 1941 zurück.¹⁶⁸ Nach Schmidt-Rimpler besteht die Richtigkeit aus zwei Komponenten: zum einen aus der ethisch bestimmten Gerechtigkeit im engeren Sinne und zum anderen aus der von der Perspektive der Gemeinschaft zu betrachtenden Zweckmäßigkeit.¹⁶⁹ Richtig ist der Vertrag demnach, wenn er einer gerechten und zweckmäßigen Gesellschaftsordnung entspricht.¹⁷⁰ Die Richtigkeit des Vertrages ist also nicht schon dann gegeben, wenn die Parteien ihn so wollen, sondern erst dann, wenn er auch einer objektiven Gerechtigkeit und im besten Falle mit den Wertungen der Rechtsordnung übereinstimmt.¹⁷¹ Jedoch sei objektive Gerechtigkeit nicht für den Menschen und auch nicht für den Gesetzgeber erkennbar

¹⁶² Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 302.

¹⁶³ Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 302.

¹⁶⁴ Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 198.

¹⁶⁵ Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 206.

¹⁶⁶ Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 116; Emmenegger, Gesetzgebungskunst, S. 104.

¹⁶⁷ Emmenegger, Gesetzgebungskunst, S. 107.

¹⁶⁸ Schmidt-Rimpler, AcP 147, 130 ff; Schmidt-Rimpler, FS Nipperdey 55, S. 1, 4. Auf den Zusammenhang von Schmidt-Rimplers Aufsatz mit der nationalsozialistischen Forderung nach einem neuen Vertragsrecht weist Adomeit, NJW 1994, 2468, hin; auch Mohr, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, S. 179 ff.; Wendland weist diesen Vorwurf zurück und sieht den Ansatz Schmidt-Rimplers als Gegenentwurf zur NS-Vertragslehre, Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 208 ff.

¹⁶⁹ Schmidt-Rimpler, AcP 147, 130, 132 f; Schmidt-Salzer, NJW 1971, 8, Fn. 19.

¹⁷⁰ Mohr, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, S. 179.

¹⁷¹ Vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 213.

und es sei „als Gabe oder Gnade des Schicksals“ aufzunehmen, wenn das Gesetz der Gerechtigkeit entspräche.¹⁷²

Nach Schmidt-Rimpler muss ein Vertrag durch den Gesetzgeber inhaltlich vorgegeben und unter anderem dann durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden, „1. wenn die Freiheit der Entscheidung typisch, insbesondere wegen Abhängigkeit einer Partei von der anderen oder wegen Unterlegenheit in der Wertungsfähigkeit fehlt;
2. wenn typischerweise eine Wertung und Abwägung der Rechtsfolge nicht auf beiden Seiten stattfindet, weil hier die Richtigkeitsgewähr entfällt. So insbesondere bei den Massenverträgen mit allgemeinen Geschäftsbedingungen, die natürlich zugleich unter 1 fallen können.
3. wenn in einem bestimmten Lebensverhältnis gewisse Gestaltungsmomente um seiner Natur willen schlechthin richtig sind; hier sind sie hoheitlich durch Gesetz oder anderweit festzulegen und nicht der begrenzten Richtigkeitsgewähr des Vertrages zu überlassen;
4. wenn die Richtigkeit sich nicht mit einer möglichst günstigen Lage für die Gemeinschaftsglieder begnügt, sondern Gemeinschaftsbelange auf Kosten der Vorteile einzelner Glieder verfolgt werden müssen, hier machen sich die gesamtwirtschaftlichen Grundprinzipien geltend...“¹⁷³

Eine Regulierung des Vertragsinhalts ist demnach nach Schmidt-Rimpler bei einer strukturellen Ungleichheit notwendig, insbesondere bei Informationsdefiziten. Er geht auch davon aus, dass bei Massengeschäften, die typischerweise unter Einbeziehung von AGB vorgenommen werden, mehr als eine Inhaltskontrolle durch die Gerichte vorgenommen werden muss, sondern gleich eine Vorgabe der entsprechenden Bedingungen durch den Gesetzgeber. Auch soll schließlich dann eine inhaltliche Vorgabe erfolgen, wenn Gemeinwohlbelange es verlangen. Dieser Punkt ist besonders schwierig, da mit der Berufung auf Gemeinwohlaspekte im Grunde die Vertragsfreiheit durch die heteronome Vorgabe zwingender Normen eingeschränkt werden kann, ohne dass der Gesetzgeber seinerseits in seiner Tätigkeit beschränkt ist.

Der Begriff der Richtigkeit lässt sich in formelle und materiell verstandene Richtigkeit teilen, wobei letztere an den Inhalt der Vertragsregelungen geknüpft ist.

Die formelle Richtigkeit des Vertrages bedeutet, dass die vertragliche Vereinbarung von der Rechtsordnung grundsätzlich unabhängig vom Inhalt anerkannt wird.¹⁷⁴ In einem Rechtsstaat verkörpern die formell nach den entsprechenden Verfahrensnormen erlassenen Gesetze das sachlich Richtige zur Ordnung der betroffenen Problemstellung und sind damit eine Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee.¹⁷⁵

¹⁷² Schmidt-Rimpler, FS Raiser, S. 3, 10, 11.

¹⁷³ Schmidt-Rimpler, AcP 147, 130, 157 f.

¹⁷⁴ Sedlmeier, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, S. 39; Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, S. 11.

¹⁷⁵ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 8.

Nach der materiell verstandenen Richtigkeit ist der Vertrag ein Mittel zur Herstellung einer gerechten Ordnung.¹⁷⁶ Der Vertrag bringe die Interessen der Parteien durch Verhandlungen in einen sachgerechten Ausgleich, da beide Parteien für den anderen vorteilhafte und für sie nachteilhafte Regelungen tolerieren müssen, da der andere Teil ansonsten den Vertrag nicht abschließen wird.¹⁷⁷

Nach der Grundidee des Zivilrechts stehen sich gleichberechtigte und in ihrer Verhandlungsposition gleichstarke Partner gegenüber. Wenn die Rechtsordnung die Begründung und Ausgestaltung von Leistungsbeziehungen den Parteien überlässt, muss sie beide als gleichberechtigte Partner ansehen. Das bedeutet, dass die Rechtsverhältnisse in Bezug auf die Geltung und inhaltlicher Ausgestaltung von der Zustimmung der Beteiligten abhängen, so dass beide Parteien eine Regelungsbefugnis haben.¹⁷⁸

Das Zustimmungserfordernis ist grundsätzlich die Gewähr für die Richtigkeit des Vertrages im Sinne einer für beide Seiten gerechten Sach- und Rechtslage. Die Zustimmung der Parteien zum Vertrag und dessen Rechtsfolgenregelung ersetzt im Zivilrecht die verfassungsmäßige Legitimation des Gesetzgebers zur Rechtssetzung und Regelung von Sachverhalten.¹⁷⁹

Ist es zu einem Vertragsschluss gekommen, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Vertrag den Interessen der Parteien entspricht, denn der Egoismus der Parteien wird durch das notwendige Einverständnis der jeweils anderen Partei gehemmt.¹⁸⁰ Jede Partei möchte ihre Ziele soweit wie möglich durchsetzen und muss dabei auch Zugeständnisse an die andere Partei machen. Das Austarieren der Durchsetzungsmöglichkeiten geschieht in der Vertragsverhandlung, bei der die Parteien ihre Ziele ggf. priorisieren, um Zugeständnisse an die andere Partei machen zu können. Dies geschieht etwa so, dass die eine Partei 1 Interesse A durchsetzen möchte, aber bereit ist, auf Interesse B zu verzichten. Die andere Partei 2 hat Interesse C und möchte Interesse B auf keinen Fall, ist aber bereit Interesse A zu akzeptieren, wenn Interesse B nicht Teil des Vertrages wird. Partei 1 wird daher auf Interesse B verzichten, da Interesse A für sie Priorität hat und gewährt daher auch Interesse C.

So ist dann der ausgehandelte Vertrag das Ergebnis von gegenseitigen Zugeständnissen bzw. Durchsetzungen, hier etwa Interesse A und Interesse C.

Die Rechtsfolgen des Vertrages sind dann für keinen der Vertragspartner unbillig, denn das Einverständnis ist das Zeichen dafür,

¹⁷⁶ Schmidt-Rimpler, FS Raiser, S. 3, 9.

¹⁷⁷ Mohr, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, S. 182.

¹⁷⁸ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 8.

¹⁷⁹ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 8.

¹⁸⁰ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 8.

dass die ausgleichende Gerechtigkeit zwischen den Parteien gewahrt wird.¹⁸¹ Es wird vermutet, dass sich die Interessen der Parteien sich dann nämlich im Vertrag wieder finden. Der übereinstimmende Wille ist das Zeichen für einen sachgerechten Interessenausgleich.¹⁸² In der gegenseitigen Bindung setzen die Parteien gleichzeitig ihre individuelle Handlungsfreiheit um.¹⁸³

Wenn der Rechtsstaat Verträge der Parteien grundsätzlich als wirksam anerkennt, muss er auch dafür Sorge tragen, dass die von den Parteien getroffenen Regelungen mit dem Gerechtigkeitsideal vereinbar sind.¹⁸⁴ Dies ist insbesondere deswegen bedeutsam, weil die Vertragsfreiheit auch die Befugnis enthält, von einigen Normen des dispositiven Rechts abzuweichen. Insoweit ist es möglich, dass die getroffenen Vereinbarungen der Parteien nicht mehr mit dem Gerechtigkeitsideal gänzlich übereinstimmen. Dies muss die Rechtsordnung zwar in Kauf nehmen, aber gleichzeitig Vorkehrungen treffen, dass die Rechtsfolgen von anerkannten individuell vereinbarten Abweichungen vom dispositiven Recht zwar nicht mehr mit der objektiven Gerechtigkeit übereinstimmen, aber noch mit dem Ideal der ausgleichenden Gerechtigkeit vereinbar sind.¹⁸⁵ Zwischen der Vertragsfreiheit und der Aufgabe des Rechts zur Herstellung einer gerechten Ordnung besteht daher ein funktionaler Zusammenhang.¹⁸⁶ Das eine kann ohne das andere nicht funktionieren. Mit dem Vertrag gestalten die Parteien ihre privaten Rechtsverhältnisse und die Rechtsordnung trägt dafür Sorge, dass diese Verträge dem Ideal der Gerechtigkeit entsprechen oder zumindest nahe kommen. Dann ist auch ein Vertrag richtig. Dass an sich gegenläufige Interessen der Parteien zum fairen Ausgleich kommen, ist nur dann gegeben, wenn jede Vertragspartei ein Mindestmaß an effektiver Unabhängigkeit gegenüber dem anderen hat und so ihren Willen durchsetzen kann, ohne dass sie auf Ausweichmöglichkeiten angewiesen ist.¹⁸⁷

Kann eine Partei ihre Interessen gegenüber der anderen aufgrund struktureller Überlegenheit unbegrenzt durchsetzen und damit auch der anderen Partei die Chance nehmen, dass sich die eigenen Interessen im Vertrag wiederfinden, kann die Vermutung für die Richtigkeit des Vertrages nicht mehr gelten. Denn die intersubjektive Richtigkeit des Vertrages, bei der beide Seiten den Vertrag als richtig empfinden, stimmt nicht notwendigerweise mit dem objektiv Richtigen überein.¹⁸⁸ Die objektive Richtigkeit ist das, was bei objektiver Beurteilung unter den Aspekten der ausgleichenden Gerechtigkeit und des

¹⁸¹ Mohr, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, S. 182; Denkinger, Verbraucherbegriff, S. 56.

¹⁸² BVerfG, NJW 1994, 36, 28.

¹⁸³ BVerfG, NJW 1994, 36, 28.

¹⁸⁴ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 8.

¹⁸⁵ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 8.

¹⁸⁶ Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, S. 107; Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, S. 59.

¹⁸⁷ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 18.

¹⁸⁸ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 9.

Gemeinschaftsinteresses als gerechte Regelung betrachtet werden würde.¹⁸⁹

Die Richtigkeit sei aber nur dann gewährleistet, wenn ein gewisses Gleichgewicht der Kräfte der Parteien gegeben ist.¹⁹⁰ Limbach hat dies ganz anschaulich so zusammengefasst:

„Je geringer der Unterschied der Machtpotentiale ist, so die hinter dem Theorem [gemeint ist die Parität, Anmerkung des Verfassers] liegende Annahme, umso weniger ist einer der beiden Vertragspartner imstande, dem anderen einen bestimmten Verhandlungsverlauf aufzuzwingen. Um so weniger ist der Verhandlungsprozess von den Vorstellungen abhängig, die sich jeder einzelne Vertragspartner von dessen Ablauf gemacht hat. Umgekehrt verschafft eine hohe Überlegenheit (z.B. intellektueller und organisatorischer Art durch die Verwendung von AGB) einen Zuwachs an Verhandlungsstärke und damit die Fähigkeit, dem anderen Partner ein bestimmtes Verhalten und damit ein bestimmtes Resultat der Verhandlung aufzuzwingen.“¹⁹¹

Es liegt dann keine privatautonome Entscheidung mehr vor, wenn ein Vertragspartner seine Überlegenheit ausspielen kann und seine Vorstellungen alleiniger Vertragsinhalt werden. Bei einem solchen Übergewicht liegt für den anderen Teil Fremdbestimmung vor.¹⁹² Zwar können sich auch die strukturell Stärkeren auf die Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG berufen, was aber nicht gleichzeitig heißt, dass das Recht des Stärkeren gilt.¹⁹³ Die Grundrechte sind in ihrer Wechselwirkung dann so zu begrenzen, dass die Privatautonomie für alle möglichst weitgehend wirkt.¹⁹⁴

Die strukturelle Überlegenheit entsteht nach Limbach hier explizit auch durch Verwendung von AGB. Die Verwendung von AGB per se ist aber noch keine Benachteiligung. Es kommt vielmehr auf den Inhalt an, der auch wiederum nach § 307 ff BGB der Inhaltskontrolle der Gerichte unterfällt und auch durch abstrakte Kontrollverfahren durch die anspruchsberechtigten Stellen und Verbände nach § 3 und 4 UKlaG überprüft wird. Die AGB werden dann durch Gerichte für unwirksam erklärt und nicht durch den Gesetzgeber.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im sog. „Bürgenbeschluss“ der Ansicht Limbachs angeschlossen und ausgeführt, dass bei typisierbaren Fallgestaltungen, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lassen und bei denen die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend sind, der Gesetzgeber der Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen muss, da dies schon aus der Gewährleistung

¹⁸⁹ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 9.

¹⁹⁰ Schmidt-Rimpler, FS Raiser, S. 3, 13; Schmidt-Rimpler, AcP 147, 130, 158, Fn. 34.

¹⁹¹ Limbach, JuS 1985, 13.

¹⁹² BVerfG, NJW 1990, 1469, 1470.

¹⁹³ BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

¹⁹⁴ BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

der Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgebot aus Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG folgt.¹⁹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat im „Bürgenbeschluss“ auch schon den Prüfungsmaßstab der Zivilgerichte festgelegt, wenn der Vertrag das Ergebnis des Ausspielens von struktureller Ungleichheit ist. Die Zivilgerichte sollen eine Korrektur über die Generalklauseln vornehmen:

„Für die Zivilgerichte folgt daraus die Pflicht, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln darauf zu achten, daß Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen. Haben die Vertragspartner eine an sich zulässige Regelung vereinbart, so wird sich regelmäßig eine weitergehende Inhaltskontrolle erübrigen. Ist aber der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: "Vertrag ist Vertrag". Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen.“¹⁹⁶

Die Zivilgerichte sollen ihre Wertung nach dem einfachen Recht treffen. Ein Verstoß der Gerichte gegen die Gewährleistung der Privatautonomie soll nur dann gegeben sein, wenn die gestörte Vertragsparität nicht gesehen wird oder mit untauglichen Mitteln gelöst wird.¹⁹⁷

Vertragsschutz bedeutet nach der Lehre vom richtigen Vertrag den Schutz des angemessenen Vertrages.¹⁹⁸ Im Umkehrschluss sind unangemessene Verträge nicht von der Vertragsfreiheit geschützt und werden daher nicht vom Rechtsstaat als wirksam anerkannt und können dementsprechend nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden.

Flume ist der Auffassung, dass die Privatautonomie als Rechtsprinzip bei einem Machtungleichgewicht nicht mehr zu verwirklichen sei, denn privatautonomes Handeln setzt Selbstbestimmung voraus, die aber nicht mehr vorhanden ist, wenn ein Vertragspartner den anderen gleichsam erdrücken und ihm aufgrund seiner Machtfülle und insbesondere Abhängigkeit die Vertragsbedingungen vorschreiben kann.¹⁹⁹ Voraussetzung für Vertragsfreiheit sei deswegen ein Machtgleichgewicht der Parteien.²⁰⁰

Flume hat hierzu ausgeführt, dass es das ewige Dilemma der Privatautonomie sei, dass diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird.²⁰¹

¹⁹⁵ BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

¹⁹⁶ BVerfG, NJW 1994, 36, 39.

¹⁹⁷ BVerfG, NJW 1994, 36, 39.

¹⁹⁸ Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2013.

¹⁹⁹ Flume, Rechtsgeschäft, S. 10.

²⁰⁰ Bartholomeyczik, AcP 166, 30, 67; Fuchs, AcP 196, 313, 328; Wiedenmann, Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff, S. 78.

²⁰¹ Flume, Rechtsgeschäft, S. 10.

Zöllner hat an Flumes Ansatz kritisiert, dass Ungleichgewicht sich nicht daraus ableiten lasse, dass eine Vertragspartei nicht in der Lage ist, auf den Vertrag Einfluss zu nehmen, obwohl sie dies will, und führt als Beispiel den Hauskauf an, bei dem der Verkäufer das Haus nicht verkaufen will, wenn nicht der Käufer auf Mängelansprüche verzichtet.²⁰² Hierbei wäre der Verkäufer „übermächtig“ gegenüber dem Käufer, der den Verzicht akzeptiert, um das gewünschte Haus kaufen zu können.

Eine solche Konstellation beim Hauskauf trifft aber die Frage nach strukturellem Ungleichgewicht nicht ganz, da die Konstellation beim Hauskauf kein echtes Ungleichgewicht ist und bereits in der Verhandlung beim Leistungsaustausch Geld gegen Ware bzw. Grundstück selbst liegt. Hier ist zu Beginn in der Anbahnungsphase auch bei Massengeschäften unter Verwendung von AGB zunächst in der Begegnung der Vertragspartner eine Gleichrangigkeit gegeben, da ja beide etwas haben, was der andere möchte. Es geht bei dem der die Privatautonomie gefährdenden Ungleichgewicht um Machtgefälle, die in der Struktur einer der Vertragspartner begründet sind. Eben dieses Machtgefälle führt zu einer Beschneidung der Entscheidungsfreiheit.²⁰³

Der Gesetzgeber soll bei Machtgefällen entsprechende Normen erlassen, um die Kräftedivergenz aufzuheben und „Waffengleichheit“, also Parität, zwischen den Parteien, zumindest annähernd, herzustellen.²⁰⁴ Dies folgt auch aus dem Sozialstaatsprinzip, das dem Gesetzgeber gleichsam ein Verfassungsprogramm auflegt.²⁰⁵ Denn die in den Grundrechten und der Sozialstaatsklausel niedergelegte Werteordnung bringt es mit sich, dass auch dem Privatrecht Schutz- und Ordnungsaufgaben zukommen.²⁰⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat Aspekte der Paritätstheorie aufgegriffen und in seiner, gerade wegen der im Folgenden zitierten Ausführungen umstrittenen, bereits erwähnten Handelsvertreterentscheidung festgestellt, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Grundrechtsschutz durch staatliche Regelungen zu sichern und dafür zu sorgen, dass strukturell ungleiche Verhandlungsstärke zwischen den Parteien aufgelöst wird:²⁰⁷

„Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese sind ihrerseits an die Grundrechte gebunden. Das Grundgesetz

²⁰² Zöllner, AcP 196, 26.

²⁰³ Dies erkennt auch Zöllner an, Zöllner, AcP 196, 27.

²⁰⁴ Völliges Gleichgewicht käme nach Medicus der Aufhebung der Privatautonomie gleich; vgl. Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, S. 23.

²⁰⁵ BVerfGE 27, 283. Wie dieses Ziel einer gerechten Sozialordnung erreicht werden kann, soll im Rahmen der Gestaltungsfreiheit in den Grenzen der Verfassung durch die politische Auseinandersetzung erreicht werden; vgl. BVerfGE 22, 204; BVerfGE 77, 84.

²⁰⁶ Wiedemann, JZ 1994, 411.

²⁰⁷ BVerfG, NJW 1990, 1469, 1470; ErfK/Schmidt, Art 2 GG, Rn 28; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, AR-Kommentar, Art. 2 GG, Rn. 5.

will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu den Prinzipien stehen, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommen. Das gilt vor allem für diejenigen Vorschriften des Privatrechts, die zwingendes Recht enthalten und damit der Privatautonomie Schranken setzen ...

Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern ... Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG).

Der Verfassung läßt sich nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, daß die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muß. Auch lassen sich die Merkmale, an denen etwa erforderliche Schutzvorschriften ansetzen können, nur typisierend erfassen. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zur Verfügung. Allerdings darf er offensichtlichen Fehlentwicklungen nicht tatenlos zusehen. Er muß dann aber beachten, daß jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutze des einen Teils gleichzeitig in die Freiheit des anderen Teils eingreift. Wird die Zulässigkeit von Vertragsklauseln mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der für einen Unternehmer tätigen Vertragspartner eingeschränkt, bewirkt das einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung des Unternehmers. Der Gesetzgeber muß diesen konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen. Auch insoweit besitzt er eine weite Gestaltungsfreiheit.“

Das Bundesverfassungsgericht stellt in der Entscheidung klar, dass die Grundrechte eine Wertentscheidung des Grundgesetzes sind, welche die gesamte Rechtsordnung bestimmen und damit auch Grenzen der Privatautonomie sind. Damit haben sie auch Bedeutung für das Privatrecht und sind in der Folge auch bei der Bewertung von der Wirksamkeit von Verträgen zwischen Privatleuten zu beachten. Den Grundrechten kommt damit eine geradezu universelle Bedeutung für die Rechtsordnung zu. Das Bundesverfassungsgericht greift auch wesentliche Aspekte der Paritätstheorie auf. Gerade die Beschränkung

der Privatautonomie durch den Gesetzgeber in Situationen einer strukturellen Überlegenheit mit der Folge, dass die Selbstbestimmung des einen Vertragspartner aufgehoben ist, führt dazu, dass der schwächere Teil erst seine Vertragsfreiheit und eigene Selbstbestimmung verwirklichen kann. Die Aufgabe des Gesetzgebers hat damit dialektische Züge: Die Vertragsfreiheit soll beschränkt werden, damit diese überhaupt für den strukturell unterlegenen Vertragspartner gewährleistet ist, um faire und richtige Verträge schließen zu können. Jedoch gibt das Grundgesetz nicht vor, wann eine strukturelle Überlegenheit so erheblich und erdrückend wird, dass der Gesetzgeber einschreiten muss. Der Gesetzgeber muss sich daher von typischen Sachverhalten leiten lassen, denen ein Machtgefälle schon inhärent ist. Zu denken wäre hier an Situationen mit einem „klassischen“ Machtgefälle z.B. Vermieter und Mieter und Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Bei diesen Konstellationen gibt es einen Gatekeeper, der eine bestimmte Sache hat, zu der er zu seinen Bedingungen Zugang gewährt und damit der andere per se unterlegen ist. Aber auch bei Informationsdefiziten kann ein Machtgefälle gegeben sein, wenn dem Unterlegenen Informationen fehlen oder von der anderen Seite vorenthalten werden, die aber für seinen Entschluss zum Vertragsschluss wesentlich sind und erheblich beeinflussen und letztlich die Basis für den Rechtsbindungswillen sind.

Die Sicherung der Willensverwirklichung des schwächeren Teils bei einer Unterlegenheit soll nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Gesetzgeber gewährleisten, da dies schon das Sozialstaatsprinzip gebietet. Ansonsten wäre auch im privatrechtlichen Bereich eine Grundrechtsausübung nicht möglich. Hierzu steht dem Gesetzgeber aber ein weiter Spielraum zu, in dem er die Interessen der betroffenen Kreise (sowohl Unternehmer als auch Verbraucher, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Mieter und Vermieter) gegeneinander abwägt, um die manchmal gegensätzlichen Freiheitsbereiche abzugrenzen, damit beide Freiheiten die größtmögliche Entfaltungskraft haben.

Dies überzeugt vor dem Hintergrund, dass die Grundrechte als Wertordnung eine universelle Bedeutung für die Rechtsordnung haben sollen. Ansonsten würde es auch zu einem nicht wünschenswerten Auseinanderfallen des Grundrechtsschutzes kommen, wenn ein Bereich gegenüber dem anderen bevorzugt werden würde.

Im Verhältnis zu staatlichen Institutionen und Eingriffen sollen die Grundrechte gelten und der Bürger geschützt sein. Im Privatbereich soll der Grundrechtsschutz so beschaffen sein, dass der Bürger sich seiner Grundrechte begeben kann und von privater Seite Eingriffen in seine Grundrechte ausgeliefert sein soll, gegen die er sich nicht wehren kann. Dies ist schon mit der Würde des Menschen aus Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Denn wenn die Würde unantastbar sein soll, so muss sie das sowohl im staatlichen wie auch im privaten Bereich sein. Es wäre unerträglich, wenn man zwar einem staatlichen Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte begegnen kann, einem privaten Eingriff

aber nicht, jedenfalls dann, wenn die vertragliche Bindung einer Ausbeutung des Schwächeren gleichkommt, der z.B. sich und seine Persönlichkeitsentfaltung durch eine privatrechtliche Vertragsbindung und seine Grundrechte selbst beschneidet bzw. ganz aufgibt. Dies ist etwa denkbar bei Arbeitsverträgen, die ohne Mitspracherecht und Selbstbestimmung mit überlangen Arbeitszeiten ohne entsprechenden Lohn zu einem sklavereiähnlichen Zustand werden. Ein Verlust der Selbstbestimmung ist aber auch bei solchen privatrechtlichen Bindungen vorstellbar, die die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Einzelnen weitgehend beseitigt und nur einen kleinen Aktionsradius belässt.

Art. 52 Abs. 1 der Landesverfassung Rheinland-Pfalz (Verf RP) schreibt die Vertragsfreiheit fest, erklärt aber auch in Art. 55 Abs. 2 S. 2 Verf RP den Missbrauch von wirtschaftlicher Macht bei der Ausübung der Vertragsfreiheit für unzulässig. Die saarländische Landesverfassung gewährt ebenfalls Vertragsfreiheit in Art. 44 SVerf, erklärt aber ebenfalls den Missbrauch von wirtschaftlicher Macht als unzulässig.

Auch ist die Vertragsfreiheit in Art. 151 Abs. 2 S. 1 der Bayerischen Landesverfassung (Verfassung für den Freistaat Bayern, BayVerf) festgeschrieben. Diese gilt aber nach der Maßgabe des Gesetzes und wird gem. Art. 151 Abs. 2 S. 3 BayVerf durch die Rücksicht auf den Nächsten und das Gemeinwohl begrenzt.

Die Folgen der Bestimmungen aus den Landesverfassungen für den Privatrechtsverkehr sind aber gering, da das Privatrecht im Wesentlichen durch die Gesetzgebung des Bundes geprägt ist.²⁰⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat in dem bereits erwähnten „Bürgenbeschluss“ weiter zu den Voraussetzungen der Vertragsparität ausgeführt:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ist die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit

...

Heute besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und daß der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehört...“²⁰⁹

Im entschiedenen Fall hatte das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass eine Bürgin gegenüber der Bank strukturell unterlegen ist und daher ihre Vertragsfreiheit aufgrund des Ungleichgewichts gestört sei.

Das Bundesverfassungsgericht stellt in diesem Beschluss fest, dass die Privatrechtsordnung aus einem differenzierten System von Normen und

²⁰⁸ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 12.

²⁰⁹ BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

Gestaltungsmitteln besteht, das sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen muss. Das bedeutet, dass auch bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Normen die Grundrechte beachtet werden müssen. Dies gilt insbesondere für den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von zwingenden Vorgaben, der dabei der Selbstbestimmung des Einzelnen einen angemessenen Betätigungsraum geben muss.²¹⁰

Trotz dieser Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Regulierung zur Herstellung von Vertragsparität muss der Gesetzgeber darauf achten, dass es gerade in einem so lebensbestimmenden Rechtsgebiet wie dem Mietrecht nicht zur von einigen Stimmen in der Literatur befürchteten „Staatsbevormundung“ durch den zunehmenden Einfluss von sozialpolitischen Zielen kommt.²¹¹ An Interventionen, die sich auf Allgemeininteressen stützen, sind daher hohe Rechtfertigungshürden zu stellen.²¹² Das ist geboten, weil Allgemeininteressen häufig nicht klar gefasst werden können, oder für jene Fälle, in denen eben nur dem Interesse eines Teils der Allgemeinheit entsprochen wurde, dieser Teil aber noch groß genug ist, um nicht als Partikularinteresse gewertet zu werden.

Medicus stellt hierzu fest, dass fast die gesamte Aktivität des Gesetzgebers im Bereich des Schuldrechts auf die Beschränkung der Privatautonomie ausgerichtet ist.²¹³ Radbruch hat zur Wechselwirkung von Vertragsfreiheit und Beschränkung der Privatautonomie ausgeführt, dass die Privatautonomie im Zweifel hinter den Interessen der Allgemeinheit zurückzustehen hat:

„Wie das Eigentum, so wird auch die Vertragsfreiheit in die Grenzen des Gesetzes und damit das Individualinteresse in die Grenzen des Sozialinteresses verwiesen.“²¹⁴

Radbruch hat hier zwar den Grundrechtsteil der Weimarer Reichsverfassung vor Augen, seine Aussage hat aber nach wie vor Gültigkeit, da sie mit der Beschreibung der Begrenzung der Privatautonomie durch heteronome Regelungen auch auf das Grundgesetz übertragen werden kann.

Der Gesetzgeber muss daher mit neuen Regelungen zurückhaltend sein, wo die Gefahr entstehen könnte, dass durch neue oder zuviel Regelungen die Privatautonomie ihre grundlegende Bedeutung verliert.²¹⁵

Gegen die Paritätstheorie regten sich mehrere Stimmen in der Literatur, die den zunehmenden Einfluss von sozialpolitischen Zielen auf die

²¹⁰ BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

²¹¹ Zöllner, JuS 1988, 329, 333.

²¹² Möslein, Dispositives Recht Zwecke, Strukturen und Methoden, S. 174.

²¹³ Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, S. 11.

²¹⁴ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 247.

²¹⁵ Rittner, JZ 2011, 269.

Gesetzgebung hin zu einer Staatsbevormundung befürchteten.²¹⁶ Ein Kritikpunkt war, dass durch die „Ethisierung des Privatrechts“ ebenfalls Missstände auftreten können, die auch die sozial Schwachen gefährden, die eigentlich doch geschützt werden sollen.²¹⁷ Mit Ethisierung ist gemeint, dass verstärkt ethische Maßstäbe und Vorstellungen, die mit den eigentlichen juristischen Frage- und Problemstellungen nichts zu tun haben und außerhalb davon liegen, das Privatrecht immer mehr bestimmen. Die Rechtsordnung wird hierbei durch ethische, außerrechtliche Standards ergänzt.²¹⁸

Dabei wird durch die Verwendung von Öffnungsklauseln wie dem Gebot von Treu und Glauben aus § 242 BGB oder die guten Sitten aus § 138 BGB auf außerrechtliche normative Maßstäbe verwiesen. Somit werden Standards und Vorstellungen mit in das Recht einbezogen, die aber eigentlich nicht selbst Teil des Rechtssystems sind, jedoch tatsächlich im Recht eine analoge Bindungswirkung entfalten, weil das Recht ihnen mit den Öffnungsklauseln Geltung verschafft.²¹⁹ Dahinter steht das Bestreben, dass auch bei der normativen Regelung von sensiblen und politisch brisanten Themenfeldern, insbesondere für medizinische Fragen aber auch im Verbraucherbereich, moralische Gesichtspunkte hinreichend berücksichtigt werden sollen.²²⁰ Insbesondere bei Öffnungsklauseln ist der Einbezug von außerrechtlichen, ethischen Maßstäben deswegen problematisch, weil es hierfür keine kanonischen Formulierungen wie bei positiven Rechtsnormen gibt. Daher sind sie mit dem Grundsatz der Normenbestimmtheit nur schwer vereinbar und bieten das Potential, dass bei der Rechtsanwendung ein Element der Willkür eingebracht würde, eben weil ethische Maßstäbe verschieden sein können.²²¹

Vertragsfreiheit wird gewährt, damit die beteiligten Parteien ihre Angelegenheit verantwortlich und selbstbestimmt regeln können.²²² Sie würden hier im Allgemeinen das für sie Richtige vereinbaren, da sie der Sache am nächsten sind und daher die Sache beurteilen könnten, so dass der Vertragskompromiss in der Regel das Vernünftigste ist.²²³ Zudem sei es gerade der zivilhistorische Fortschritt des Vertrages als Rechtsinstitut, dass man bewusst den Vertrag und dessen Wirksamkeit

²¹⁶ Zöllner, JuS 1988, 329, 333; Adomeit spricht vom Aufzwingen einer neuen Identität die „vom Reich der Privatautonomie wegführt in das Reich der Kontrolle“; vgl. Adomeit, NJW 1994, 2457, 2468.

²¹⁷ Zöllner, AcP 196, 35.

²¹⁸ Vöneky, Grundlagen und Grenzen der Ethisierung des Völkerrechts, S. 129.

²¹⁹ Gruschke, Externe und interne Ethisierung des Rechts, S. 41.

²²⁰ Gruschke, Externe und interne Ethisierung des Rechts, S. 41.

²²¹ Gruschke, Externe und interne Ethisierung des Rechts, S. 41.

²²² Coester-Waltjen, AcP 190, 14.

²²³ Coester-Waltjen, AcP 190, 15, die eine Richtigkeitskontrolle da für sinnvoll hält, wo Grundannahmen des Vertragsmechanismus fehlen würden. Unter Grundannahmen des Vertragsmechanismus sind die formale Abschlussfreiheit und die privatautonome Selbstbestimmung zu verstehen. Coester-Waltjen hält daher die Richtigkeitsgewähr auch für eine tragende Säule der Vertragsfreiheit und hält daher auch auf S. 16 fest: „Legitimation für eine Beschränkung der Vertragsfreiheit ist das Fehlen der Richtigkeitsgewähr; die Bindung der Parteien an das Angemessene ist dogmatisch in dem übergeordneten Grundsatz von Treu und Glauben verankert.“

von unterschiedlicher Verhandlungsstärke trennte und nur bestimmte Umstände wie den Wucher aus § 138 Abs. 2 BGB als Grenze für den Gebrauch der Vertragsfreiheit bestimmte.²²⁴

Weil die Rechtsordnung Vereinbarungen anerkennt, die auf dem Willen der Parteien beruhen, habe sie auch solche Vereinbarungen anzuerkennen, die nach objektiven Maßstäben unvernünftig oder unrichtig erscheinen.²²⁵ Da der Vertrag eine individuelle Selbstregelung der Parteien sein soll, sei damit grundsätzlich ein Verzicht auf eine inhaltliche Überprüfung des Vertrages verbunden, denn wenn man individuelle Vereinbarungen zulässt und auf eine heteronome Regelung verzichtet, lehnt man gleichzeitig eine Bindung der Parteien an objektive Beurteilungsmaßstäbe ab.²²⁶ Zudem enthalte die Vertragsfreiheit eine gewisse Beurteilungsautonomie der Parteien, die von der Rechtsordnung und insbesondere von einer gerichtlichen Überprüfung anerkannt werden muss.²²⁷

Eine Gefahr der Paritätstheorie bestand für die Kritiker darin, dass die Vorstellung sich durchsetzt, dass die Vermögens- und Einkommensverhältnisse Einfluss auf den Inhalt privatautonom ausgehandelter Verträge haben.²²⁸ Es sei nicht ersichtlich, ob und wie sich Ungleichheit in einem Vertrag widerspiegeln soll.²²⁹ Insbesondere beinhaltet die Freiheit zur Selbstgestaltung der Rechtsbeziehung auch die Freiheit, solche Verträge abzuschließen, welche die Rechte und Pflichten einseitig auf eine Vertragspartei verteilen. Die Rechtsordnung kann wegen des Zustimmungserfordernisses aber auch in so einem Fall der einseitigen Bevorteilung davon ausgehen, dass die benachteiligte Partei den Vertrag im Bewusstsein um dessen Inhalt geschlossen hat und der Vertrag im Sinne der subjektiven Ausgleichsgerechtigkeit gerecht ist.²³⁰ Eine generelle Richtigkeitskontrolle würde die Freiheit der Parteien zur freien inhaltlichen Gestaltung aufheben, was dann dazu führen würde, dass die Vertragsfreiheit ihres Wesens entkleidet würde und die

²²⁴ Vgl. Adomeit, NJW 1994, 2467, 2468.

²²⁵ Bydlinski, AcP 180, S. 30; Canaris, AcP 184, 201; Zöllner, AcP 176, 221.

²²⁶ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 9; BGH, NJW 1964, 1123 zur Inhaltskontrolle von AGB; Schmidt-Rimpler, AcP 147, 165 ff; Flume, FS DJT, S. 141; Brox, JZ 1966, 761, 762; Raiser, JZ 1958, 1; Helm, JuS 1965, 121; Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, S. 129. Bei dieser Annahme, dass objektive Maßstäbe abgelehnt würden, wird aber übersehen, dass durch den Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot sittenwidriger Verträge schon immer auch eine objektive Beurteilung gegeben war und ist. Denn auch bei einer richterlichen Kontrolle von Verträgen nach Treu und Glauben oder dem Verbot sittenwidriger Verträge erfolgt eine Prüfung anhand gesellschaftlicher und damit allgemein akzeptierter Wertvorstellungen. Dies meint die Billigung durch alle billig und gerecht Denkenden; vgl. zu dieser zusammenfassenden Formel die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der Sittenwidrigkeit RGZ 48, 114, 124. Der Begriff wurde später vom Bundesgerichtshof in seiner weiteren Rechtsprechung bestätigt und übernommen, siehe Grüneberg/Ellenberger, § 138 BGB, Rn. 2 ff.

²²⁷ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 9; BGH, NJW 1969, 230, 232.

²²⁸ Zöllner, AcP 176, 221.

²²⁹ Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 106 ff.

²³⁰ Meyer-Cording, FS Nipperdey 65, S. 537, 540; Schmidt-Salzer, NJW 1971, 9.

grundrechtliche Institutsgarantie der Vertragsfreiheit verletzt wäre.²³¹ Daneben werden auch generelle rechtstaatliche Bedenken ins Feld geführt, wenn auch Individualverträge inhaltlich ohne Rücksicht auf die Form kontrolliert werden oder der Vertragstypus durch einen Richterspruch festgelegt wird.²³² Weiterhin würde die Imparität immer dann als Begründung für die Einschränkung von Vertragsfreiheit angeführt, wenn es keine sachbezogenen Gründe für die Einschränkung von Vertragsfreiheit gäbe.²³³ Selbstbestimmung gäbe es nur mit der Privatautonomie, nicht aber umgekehrt, ohne Selbstbestimmung keine Privatautonomie.²³⁴ Auch brauche es kein Gleichgewicht der Parteien zur Ausübung von Selbstbestimmung.²³⁵ Bei der Beeinträchtigung von Entscheidungsfreiheit würde das Zivilrecht mit einem abgestuften System von sinnvollen Rechtsfolgen reagieren.²³⁶ Zudem würde in der Figur des sozial Schwachen ein Bürger zweiter Klasse geschaffen, was aber nicht gewollt sein kann.²³⁷ Kritik löst auch die Vorstellung aus, dass der mündige Bürger nur noch funktionell als Verbraucher gesehen wird, der von vorneherein hilflos ist und wirtschaftlich unterlegen ist und deswegen sozial abhängig und weiterer Informationen und Aufklärung bedarf.²³⁸ Isensee kritisiert, dass die grundrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit von ihren realen Voraussetzungen zu trennen ist und das bürgerliche Recht abgekoppelt ist von der realen Machtlage.²³⁹ Das Privatrecht stelle einzig auf den Willen ab und dieser sei nur zu schützen, wenn Täuschung, Irrtum und Drohung bei der Willensbildung mitgewirkt haben.²⁴⁰ Auch bei sozialem Druck und wirtschaftlichen Notlagen bleibe eine freie Willensentschließung eben eine freie Willensentschließung.²⁴¹ Es gebe zudem keine *ratio legis* oder keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, die ergeben, dass jedwede Störung der Vertragsgleichheit zugunsten des schwächeren Vertragspartners korrigiert werden müsse. Zudem wäre es für jede Partei in Vertragsverhandlungen ratsam, sich als unterlegen darzustellen, um entsprechende Vorteile rechtlichen Schutzes zu bekommen, was aber nicht gewollt sein kann.²⁴²

Auch wird kritisiert, dass die Formel vom strukturellen Ungleichgewicht sich beliebig handhaben lassen könne und geradezu Wachs in den

²³¹ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 9; Schmidt-Salzer, NJW 1970, 8, 15.

²³² Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 2 GG, Rn. 44.

²³³ So Zöllner, AcP 196, 35.

²³⁴ Zöllner, AcP 196, 35.

²³⁵ Zöllner, AcP 196, 35.

²³⁶ Nach Zöllner „seit alters her“, Zöllner, AcP 196, 36. Was diese sinnvollen Abstufungen sind, erklärt Zöllner aber nicht.

²³⁷ Medicus, ZIP 1989, 817, 819.

²³⁸ V. Westphalen, ZIP 2002, 1327.

²³⁹ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 18.

²⁴⁰ Die gleiche Begründung findet sich auch OLG Frankfurt a.M., NJW 1949, 429; allerdings wird die Begründung in Bezug auf den Besitzwillen angeführt.

²⁴¹ Isensee beschreibt dies mit dem lateinischen Spruch *coactus tamen voluit* (Obwohl gezwungen, wollte ich dennoch), vgl. Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 18. Siehe für den Ursprung des Zitats Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, C 37. Der Spruch wird auch zitiert in OLG Frankfurt a.M., NJW 1949, 429.

²⁴² Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 25.

Händen des Anwenders sei.²⁴³ Der Richter werde so zum sozialpolitischen Zensor der Verträge, der seine eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen seiner Entscheidung zugrunde legt. Auch bringe die Paritätstheorie keine Recht Klarheit, sondern führt gerade zu Unklarheit.²⁴⁴ Zudem gehöre der rechtsgeschäftliche Bereich und die „Bekämpfung von vertraglicher Ungleichheit“ nicht zum Auftrag des Staates, die Grundrechte zu schützen, da die Gefährdungslage, wie sie typischerweise bei Verletzungen von Grundrechten und Schutzgütern gegen ist, im Privatrechtsverkehr fehlt.²⁴⁵

Übertrieben erscheint die „Prophezeiung“ von Isensee, dass das Bild des mündigen Bürgers abgelöst werden soll durch die Vorstellung vom erziehungsbedürftigen Bürger.²⁴⁶ Dies kann und ist nicht Ziel der Paritätstheorie. Ziel soll gerade sein, dass der mündige Bürger sich seiner Freiheit wieder bedienen kann, indem Imparitäten beseitigt und strukturelle Übermacht durch Regelungen des Gesetzgebers ausgeglichen werden sollen. Die Prophezeiung ist insoweit noch nicht eingetreten und wird nicht eintreten, solange das Grundgesetz normative Grundlage der Gesetzgebung ist.

Als weiterer Kritikpunkt aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts wird angeführt, dass für die Behauptung, dass schon aufgrund der Verwendung von AGB eine strukturelle Ungleichheit gegeben sei und hiermit der Verwender seine Interessen einseitig durchsetzen will, bislang kein Beweis vorliegt, dass hierdurch wirtschaftliche Übermacht ausgespielt wird.²⁴⁷ Auch sei nicht ersichtlich, warum insbesondere der Verbraucher immer der Schwächere sein soll. Diese Behauptung ist vor allem auf solchen Märkten schwierig, die von einem hohen Wettbewerb und Konkurrenz der Anbieter untereinander geprägt ist.²⁴⁸ Hier kann sich der Kunde aussuchen, zu welchem Anbieter er letztendlich geht und die vermeintliche Übermacht der Vertragsgegenseite ist durch den Wettbewerb auf dem Markt schon begrenzt. Dem Verbraucher ist dann im Grunde für seinen wirtschaftlichen Erfolg ohne Belang, ob er seine Interessen durch die Verwendung von AGB nicht vollumfänglich durchsetzen kann. Zudem würden auch Marktbeherrscher die AGB anderer Unternehmen akzeptieren, wenn nur die Akzeptanz der AGB des Verwenders zu einem Vertragsschluss führt, etwa wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die AGB eines Lagerhalters oder Frachtführers akzeptiert.²⁴⁹ Denn hierdurch erspart sich auch der eigentlich überlegenere Vertragspartner Transaktionskosten und Zeit für Vertragsverhandlungen. Diese Aufwandsersparnis sei als Folge einer Kosten-Nutzen-Analyse auch häufig der Grund, warum nicht nur überlegenere Vertragspartner, sondern auch Verbraucher AGB akzeptieren und nicht eine fehlende Verhandlungsstärke.

²⁴³ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 26.

²⁴⁴ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 26.

²⁴⁵ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 28.

²⁴⁶ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 12. Isensee zieht hier auch Vergleiche zum Marxismus und der Jakobinerherrschaft in der französischen Revolution.

²⁴⁷ Kötz, JuS 2003, 210, 211.

²⁴⁸ Kötz, JuS 2003, 211.

²⁴⁹ Vgl. zu den Beispielen Kötz, JuS 2003, 211.

Die allgemeine Diskussion um das Für und Wider der Einschränkung der Privatautonomie zum Ausgleich von Imparität im Sinne der Paritätstheorie sowie die Frage, ob deren Leitgedanken für die Gesetzgebung zum Leitfaden wird, dürfte aber spätestens mit der Verankerung des Verbraucherschutzes in den europäischen Verträgen (Art. 4 Abs. 2 lit. f AEUV, Art. 12 AEUV, Art 95 Abs. 3 EGV, 153 EGV) der Verbraucherschutzrichtlinie Richtlinie 2011/83/EU verstummt sein.

Bereits 1975 entschloss sich der europäische Rat dazu, die Politik auf den Schutz und Unterrichtung der Verbraucher auszurichten, da es Aufgabe der Gemeinschaft sei, die Gesundheit, Sicherheit und wirtschaftliche Interessen der Verbraucher zu schützen.²⁵⁰

Mit den europäischen Richtlinien zum Verbraucherschutz hat sich die Hauptforderung der Paritätstheorie weitgehend durchgesetzt, dass der Verbraucher als Nachfrager strukturell gegenüber dem Unternehmer unterlegen ist und daher geschützt werden muss, da dieser per se strukturell überlegen ist. Den Verbraucher vor dem Abschluss nachteiliger Verträge zu schützen und ihm Möglichkeiten zu geben, sich wieder aus solchen lösen zu können, sind Hauptgedanken des Verbraucherschutzrechts.

So ist ein Erwägungsgrund der Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG), dass der Unternehmer bei sog. Haustürgeschäften außerhalb von Geschäftsräumen dadurch dem Verbraucher überlegen ist, dass er diesem durch einen Informationsvorsprung überlegen ist. Denn der Verbraucher kann bei Haustürgeschäften andere Angebote sowie Preis und Qualität nicht prüfen. Das darin liegende Überraschungsmoment kann vom Unternehmer ausgenutzt werden, weswegen dem Verbraucher ein 14-tägiges Widerrufsrecht eingeräumt wird.²⁵¹

Ziel der Richtlinie ist also, den strukturellen Vorteil des Unternehmers durch den Informationsvorsprung auszugleichen und Imparitäten zu beseitigen, indem dem Verbraucher ein Widerrufsrecht eingeräumt wird, um seine Entscheidung zum Vertragsschluss noch einmal zu überdenken.²⁵²

Der Verbraucherschutz ist gegenwärtig unumstritten und inzwischen zu einer wichtigen Zielsetzung des Zivilrechts geworden.²⁵³ Die Beseitigung von Ungleichheiten und Imparität zwischen Verbrauchern

²⁵⁰ ABI. Nr. C 92 vom 25.04.1975.

²⁵¹ Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 31.12.1985, Nr. L 372/31.

²⁵² Vgl. Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 31.12.1985, Nr. L 372/31.

²⁵³ Grüneberg/Ellenberger, Vor § 145 BGB, Rn. 14; PWW/Prütting, Einleitung BGB, Rn. 1.

und strukturell überlegenen Unternehmen und die damit verbundene Regulierung des Marktgeschehens ist zum Hauptziel der Gesetzgebung geworden und weitgehend akzeptiert. Das Verbraucherrecht hat sich zu einem zwingenden und weitreichenden Schutzrecht entwickelt.²⁵⁴

So enthält der Regierungsentwurf des AGB-Gesetzes bewusst die paritätstheoretische Argumentation und Zielsetzung sowie auch die Vorstellung von der Vertragsgerechtigkeit, um das Gesetz zu begründen:

„Das vorrangige rechtspolitische Ziel dieses Gesetzentwurfs liegt darin, bei der Verwendung von AGB im rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr dem Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen Geltung zu verschaffen, das nach der Grundvorstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Vertragsfreiheit legitimiert; denn deren Funktion besteht darin, durch freies Aushandeln von Verträgen zwischen freien und zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung fähigen Partnern Vertragsgerechtigkeit zu schaffen. Der Gesetzentwurf beabsichtigt demzufolge nichts anderes als die durch eine ungehemmte Entwicklung im Bereich der AGB gestörte Funktion des Vertragsrechts wiederherzustellen.“²⁵⁵

Dies bedeutet folgerichtig, dass die Vertragsfreiheit der strukturell überlegenen Partei also erst beschränkt werden muss, um Vertragsfreiheit wieder für die andere Partei überhaupt herzustellen. Damit dann die verwendeten AGB nicht zu einer zu großen Einschränkung und gegenüber der anderen Partei werden, gibt der Gesetzgeber hier einen Rahmen zur Beseitigung von Imparität vor. So wird verhindert, dass sich AGB nicht als willkürliche Fessel für den Vertragspartner herausstellt.

Dennoch bleibt es bei einem Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Schutz des Schwächeren durch normative Entscheidungen. Das Sozialstaatsprinzip gebietet es, dass dort durch den Gesetzgeber eingegriffen werden muss, wo ansonsten ein Mindestmaß an Vertragsgerechtigkeit nicht mehr besteht. Er muss daher bestimmte Schutzvorschriften und Generalklauseln wie §§ 134, 138, 226, 826 BGB zur Verhinderung von Übervorteilung erlassen.²⁵⁶

Die Übersteigerung des Verbraucherschutzes sowie die Tendenz, dass jedes privatrechtliche Ungleichgewicht durch die Rechtsprechung verhindert werden soll, ist ebenso nicht wünschenswert, da jeder auch solche Geschäfte mit Risiko abschließen kann, die ihn überfordern.²⁵⁷

Hanau geht in seiner Arbeit nicht weiter auf das Verhältnis zwischen paternalistischem Schutz und der Beziehung zum

²⁵⁴ Vgl. v. Westphalen, ZIP 2002, 1327.

²⁵⁵ BT-Drs. 7/3919, S. 13.

²⁵⁶ Vgl. PWW/Prütting, Einleitung BGB, Rn. 20.

²⁵⁷ PWW/Prütting, Einleitung BGB, Rn. 20; BGHZ 137, 329, 335; BGHZ 120, 272, 274; BGHZ 106, 269, 272.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein, da er keine Relevanz des Paternalismus für die Herleitung und Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips sieht, deren Herausarbeitung sein eigentliches Ziel ist.²⁵⁸ Hanau sieht aber, dass eine offensichtliche vertragliche Äquivalenzverfehlung Fragen zu Freiheitsdefiziten und Freiheitsgrenzen bei der Selbstbindung aufwirft.²⁵⁹

Nach der Ansicht Hanaus mag keine Relevanz von paternalistischem Schutz für Herleitung und die Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestehen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dessen Leitfunktion und Bedeutung als Instrument der Rechtsordnung und Rechtssetzung erschließt sich aber klar und deutlich, wenn paternalistischer Schutz der Hintergrund und das Motiv von Gesetzgebung ist. Er dient somit der Eingrenzung gesetzgeberischer Tätigkeit und dessen Rahmensetzung im Hinblick auf die Verwirklichung und den Schutz der Grundrechte.

Gerade vor im Hinblick darauf, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und nach den Vorstellungen des Grundgesetzes der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine nicht zu überschätzende Bedeutung zukommen soll, wird klar, dass eben jener ein wichtiges, aus dem Grundgesetz stammendes, Korrektiv zur Wahrung von Freiheitsbereichen und Selbstbestimmung für den Gesetzgeber ist, der sich von paternalistischen Motiven zum Ausgleich von Machtgefällen leiten lässt.

Denn die Vorgabe, dass Belange und Interessen der Beteiligten miteinander abgewogen werden müssen, führt dazu, dass auch ein dem paternalistischen Schutz verpflichteter Gesetzgeber darauf zu achten hat, der Selbstbestimmung den größtmöglichen Entfaltungsraum zu geben, um den Vorgaben und dem Geltungsanspruch der Freiheitsgrundrechte gerecht zu werden. Im Sinne Kants endet die Freiheit des einen dort, wo die Freiheit des anderen beginnt.²⁶⁰ Das bedeutet in Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass mit dessen Hilfe sich Beginn und Ende der Freiheitssphären abgrenzen lassen. Der Gesetzgeber muss dort mit neuen Regelungen zurückhaltend sein, wo die Gefahr besteht, dass die Privatautonomie ihre grundlegende Bedeutung verliert.²⁶¹

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schafft somit nicht nur den Ausgleich zwischen den Parteien innerhalb des Privatrechts, sondern

²⁵⁸ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 73. Hanau spricht hier in Abweichung von seiner sonstigen Terminologie von Verhältnismäßigkeitsprinzip.

²⁵⁹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 77.

²⁶⁰ Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § C Allgemeines Prinzip des Rechts: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann etc.“

²⁶¹ Rittner, JZ 2011, 269.

dient auch auf legislativer Ebene als eine Hilfestellung für den Spagat und die Überbrückung des Gegensatzes zwischen einem sich um alles kümmernden, paternalistischen Wohlfahrtsstaat und einer absoluten, schrankenlosen und ungezügelter Privatautonomie durch die Definition von Wirkungs- und Geltungsgrenzen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient damit auch der Verwirklichung der Idee der eher abstrakten Idee der Gerechtigkeit in praktische Rechtsumsetzung, da er unterschiedliche, auch gegenläufige Interessen ausgleicht.

2. Adressaten der Verhältnismäßigkeit: Gesetzgebung und Rechtsanwender

a) Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet die gesamte Staatsgewalt, wenn sie subjektive Rechte des Bürgers in irgendeiner Weise beeinträchtigt.²⁶²

Für den Gesetzgeber bedeutet das, dass auch er sich an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit halten muss und auch Gesetze verhältnismäßig sein müssen. Nicht zuletzt folgt dies aus der Bindung der Staatsgewalt an die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG.²⁶³ Die Gesetzgebung ist an die rechtsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes gebunden.²⁶⁴

Diese Auffassung geht unter anderem auf die von Radbruch und Coing initiierte „Naturrechtsrenaissance“ in der Rechtsphilosophie in der Nachkriegszeit und frühen Bundesrepublik zurück, die sich als Gegensatz zum zuvor verbreiteten Rechtspositivismus verstand.²⁶⁵ Die „Naturrechtsrenaissance“ wollte im Gegensatz zu einem blinden Gehorsam gegenüber rechtlichen Regelungen eine Neuorientierung hin zu einer sittlich-moralischen Letztbegründung des Rechts. Hierzu wurde insbesondere auf das Naturrecht in seiner christlichen Prägung und die europäische Philosophie von der Antike bis zur Neuzeit Bezug genommen.²⁶⁶

Die Bindung des Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist Ausdruck der Vernunft und einer gerechten Rechtsordnung.²⁶⁷ Zu einer gerechten Rechtsordnung gehört auch die Radbruch'sche Formel.²⁶⁸ Nach dieser von Radbruch entwickelten - und später nach ihm benannten Formel - soll ein Gesetz nicht angewendet werden, wenn das anzuwendende Gesetz als „unerträglich ungerecht“ anzusehen ist oder das Gesetz die im Begriff des Rechts grundsätzlich angelegte Gleichheit aller Menschen aus Sicht des Rechtsanwenders „bewusst verleugnet“.

²⁶² Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 81.

²⁶³ In der Weimarer Republik waren Grundrechte gem. der Formel „Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze“ Direktiven, vgl. Höfling, JA 1995, 431, 432.

²⁶⁴ BVerfGE 34, 139; BVerfGE 39, 59.

²⁶⁵ Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947; Foljanty, Naturrechtsrenaissance, HRG Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte Band III; siehe auch Künnecke, Die Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945 in ihrem Historischen Kontext - Mehr als nur eine Rechtsphilosophische Randnotiz?, 2013.

²⁶⁶ Vgl. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 377, 278.

²⁶⁷ Grabitz, AöR 98, 568, 584; Ossenbühl, FS Lerche, 151, 152; Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, S. 74 ff.

²⁶⁸ Vgl. Radbruch, SJZ 1946, 105, 107.

Die Bindung des Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird auch Schranken-Schranke genannt, was bedeutet, dass auch dem Gesetzgeber bei der Beschränkung von Grundrechten wiederum Schranken gesetzt sind.²⁶⁹ Die Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit soll verhindern, dass der Gesetzgeber Grundrechte aushöhlt.²⁷⁰ Der Gesetzgeber kann der Vertragsfreiheit nach der sog. Schrankentrias des Art. 2 GG Grenzen setzen. Wenn er aber in die Vertragsfreiheit eingreift, unterliegt er nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁷¹ Auf den Punkt gebracht bedeutet das, dass der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit begrenzen kann, er aber wiederum dabei von Art. 2 Abs. 1 GG Grenzen gesetzt bekommt.²⁷²

Für den Gesetzgeber schreibt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor, dass ein Gesetz, welches in Grundrechte eingreift, einem legitimen Zweck dienen muss und der Eingriff als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist.²⁷³ Der Gesetzgeber soll also nur solche Gesetze erlassen, die nicht ungebührlich sind.

Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung des angestrebten Zwecks steht dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, die sog. Einschätzungsprärogative.²⁷⁴

Die Bindung des Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat das Bundesverfassungsgericht bereits früh im Jahre 1958 im sog. Apothekenurteil festgestellt.²⁷⁵ Im zu entscheidenden Fall wendete sich ein Apotheker gegen die Versagung der Betriebserlaubnis für eine Apotheke durch die Regierung von Oberbayern. Er berief sich darauf, dass die Versagung ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG ist. Das Bundesverfassungsgericht hat die Versagung als eine Verletzung der Berufsfreiheit angesehen. Weiterhin stellte es fest, dass die Berufswahl- und die Berufsausübungsfreiheit zusammenhängenden Elemente eines einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit bilden, die nicht scharf getrennt werden können. Art. 12 GG schützt dabei die Berufswahl und die Berufsausübungsfreiheit und folglich gilt der Schranken- und Regelungsvorbehalt für den gesamten Bereich des

²⁶⁹ Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte II, Rn. 285; Detterbeck, Öffentliches Recht, Rn. 298.

²⁷⁰ Die Schranken-Schranke ist deswegen Konsequenz aus den negativen Erfahrungen, dass die Weimarer Reichsverfassung durch die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (Reichstagsbrandverordnung) praktisch beseitigt wurde, vgl. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 19, Rn. 60 ff.

²⁷¹ BVerfGE 17, 306, 313; BVerfGE 20, 150, 155; BVerfGE 55, 159, 165 ff; Isensee, HStrR V, § 122, Rn. 22; Isensee, HStrR VI, § 152; Rn. 36.

²⁷² Vgl. Zöllner, AcP 196, 2.

²⁷³ BVerfGE 120, 274, 318.

²⁷⁴ BVerfGE 77, 84, 106; BVerfGE 81, 156, 193; BVerfGE 90, 145 173.

²⁷⁵ BVerfG, NJW 1958, 1035 ff.

Berufs. Ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit kann daher durch den Gesetzesvorbehalt gerechtfertigt sein.

Dieses Urteil gilt als „epochemachend“, da ohne dieses Urteil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht die heutige Bedeutung hätte, weil an diesem Urteil das Bundesverfassungsgericht seine gesamte Dogmatik zur Verhältnismäßigkeit entwickelt hat.²⁷⁶ Insbesondere die Entwicklung der sog. Dreistufentheorie bei der Beschränkung der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG ist die konkrete Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Praxis.

b) Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber im Mietrecht

Gerade der Wohnungsmarkt selbst ist dynamisch, verändert sich ständig und wird neu strukturiert.²⁷⁷ Hierauf muss auch der Gesetzgeber antworten und im Mietrecht reagieren, hat doch der demokratisch legitimierte Gesetzgeber besondere Verantwortung für die Anpassung der Rechtsordnung an wechselnde soziale Anforderungen und veränderte Ordnungsvorstellungen.²⁷⁸ Da der überwiegende Teil der Bevölkerung in Mietswohnungen wohnt, ist sich der Gesetzgeber der wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung des Mietrechts bewusst.²⁷⁹ Der Mietvertrag ist neben dem Arbeitsvertrag einer der wichtigsten Verträge für einen Großteil der Bevölkerung, insbesondere für natürliche Personen. Das Mietrecht hat sich deswegen dem ständigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel anzupassen.²⁸⁰

Dies trifft insbesondere für das Wohnraummietrecht zu, welches eine Domäne des Gesetzgebers ist, in der die Rechtsprechung nur Einzelfragen klärt und somit den gesetzlichen Regelungen einen Feinschliff verpasst.²⁸¹ Der Gesetzgeber hat schon früh selbst erkannt, dass wegen der Sozialstaatsverpflichtung des Grundgesetzes die Wohnung als der „Lebensmittelpunkt des menschlichen Daseins“ eine „überragende Bedeutung“ hat und er deswegen den vertragstreuen Mieter schützen muss.²⁸²

Die im Grundgesetz geregelte Befugnis zur Regelung des bürgerlichen Rechts in Art. 74 GG umfasst alle Normen, die herkömmlicherweise dem Zivilrecht zugerechnet werden, wozu auch das Mietrecht zählt.²⁸³ Das Bundesverfassungsgericht hat im Beschluss zum Berliner Mietendeckel, bei dem das Gesetz zur Mietenbegrenzung im

²⁷⁶ Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 85 f.

²⁷⁷ Vgl. etwa Möbert, Bericht der Deutschen Bank vom 10.01.2017 zum deutschen Wohnungsmarkt, 2017.

²⁷⁸ BVerfG, NJW 1988, 1195.

²⁷⁹ BT-Drs. 17/10482, S.1.

²⁸⁰ BT-Drs. 17/10482, S.1

²⁸¹ So Tonner/Willingmann/Tamm, Einleitung, Rn. 29.

²⁸² BT-Drs. 7/2011, S. 7.

²⁸³ Vgl. BVerfGE 126, 331, 357.

Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) für nichtig erklärt wurde, dies nochmal bestätigt. Das Land Berlin wollte mit diesem Gesetz den Druck auf den Wohnungsmarkt nehmen und den Anstieg der Mieten begrenzen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 25.03.2021 festgehalten, dass dem Land Berlin für ein solches Gesetz die Gesetzgebungskompetenz fehlt.²⁸⁴ Schon im zweiten Leitsatz heißt es, dass Regelungen zur Miethöhe für frei finanzierten Wohnraum, der auf dem freien Wohnungsmarkt angeboten werden kann (ungebundener Wohnraum), als Teil des sozialen Mietrechts in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das bürgerliche Recht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fallen. Der Bund hat hiervon mit den Regelungen in den §§ 556 bis 561 BGB gem. Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht, so dass es keine Doppelzuständigkeit gibt, die dem Grundgesetz ohnehin fremd sei.²⁸⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits in mehreren Entscheidungen mit dem Mietrecht und seinen Vorschriften vor dem Hintergrund der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG beschäftigt, insbesondere auch mit dem Kündigungsschutz des Mieters und dem Kündigungsrecht des Vermieters.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts fallen unter die Eigentumsgarantie grundsätzlich *„alle vermögenswerten Rechte, die ihrem Inhaber von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, daß er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf“*.²⁸⁶

Dass sich das Bundesverfassungsgericht mit dem Mietrecht beschäftigen musste, ist nicht verwunderlich. Immobilien und Wohnungen sind Privateigentum par excellence. Sie sind aber auch Wirtschaftsgüter eigener Art, da sie schwerfällig sind und träge auf Ge- und Verbote reagieren.²⁸⁷

Mieterschutz ist dabei aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts ein Eingriff in das Eigentum des Vermieters. Der Eingriff kann aber wegen der Sozialbindung des Eigentums gerechtfertigt sein.²⁸⁸

Seit der frühen Entstehungszeit des BGB lag das Mietrecht im Spannungsfeld zwischen den beiden politischen Strömungen des Liberalismus mit einer freien Marktwirtschaft und sozialistischen Ideen mit größerer Betonung auf der Regulierung. Wegen des Gemeinwohlbezugs hat gerade das Mietrecht seit 1945 als Teilrecht des Zivilrechts große Bezugspunkte zum Grundgesetz und dessen Wertungen.²⁸⁹

²⁸⁴ BVerfG, NJW 2021, 1377 ff.

²⁸⁵ BVerfG, NJW 2021, 1377, 1382, Rn. 107.

²⁸⁶ BVerfGE 83, 201, 208.

²⁸⁷ Vgl. Roellecke, NJW 1992, 1650.

²⁸⁸ Vgl. Roellecke, NJW 1992, 1653.

²⁸⁹ Köhler, Handbuch der Wohnraummiete, S. 5.

Das Bundesverfassungsgericht wurde auch bereits als oberstes deutsches Mietgericht bezeichnet.²⁹⁰ Diese Rolle könne das Bundesverfassungsgericht wegen der Ausstrahlungskraft der Grundrechte in alle Bereiche des Zivilrechts auch nicht vermeiden.²⁹¹ Jede fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Fachgerichte ist im Grunde ein Verstoß gegen die Bindung an Recht und Gesetz aus Art. 20 Abs. 3 GG.²⁹²

Entgegen seiner Intention zur Beschränkung allein auf die Überprüfung einer Verletzung spezifischen Verfassungsrechts sei nach der Meinung von Sonnenschein das Bundesverfassungsgericht für das Mietrecht zur Superrevisionsinstanz geworden, da es sich zu vielen Einzelfragen des Mietrechts geäußert hat bzw. äußern musste und hierdurch die Auslegung und Fortbildung des einfachen Rechts prägte.²⁹³ Besonders in den Bereichen, wo das Prinzip der Vertragsfreiheit durch das soziale Mietrecht eingeschränkt wird, insbesondere durch Kündigungsschutz und Mieterhöhungsverfahren, hat das Bundesverfassungsgericht wichtige Entscheidungen gefällt.²⁹⁴

Dass das Bundesverfassungsgericht aber gerade für das Mietrecht zur Superrevisionsinstanz geworden sein soll, ist jedoch überzogen, da das Bundesverfassungsgericht sich wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung als Verfassungsgericht immer wieder zu spezifischen Fragen des gesamten Zivilrechts geäußert hat. Es ist insoweit nicht erkennbar, dass das Mietrecht gegenüber anderen Bereichen des Zivilrechts hier besonders heraussticht oder herausstechen soll. Gerade weil der Wohnung aufgrund des Bezugs zur Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG eine besondere Bedeutung zukommt, ist es eine nachvollziehbare Folge, dass hier auch grundrechtliche Fragen vom Bundesverfassungsgericht als zuständige Instanz beantwortet werden.

Grundsätzlich geht das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung mit Art. 14 Abs. 2 GG von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums aus und hat das Leitbild des sozialen Mietrechts, bei dem besonders die soziale Funktion der Wohnung als Lebensmittelpunkt betont wird.²⁹⁵ Manche sehen im sozialen Mietrecht eine moderne Errungenschaft, die zum sozialen Frieden in Deutschland beiträgt.²⁹⁶ Mieterschutz ist aber keine selbstständige Rechtsposition, die nach

²⁹⁰ Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, S. 7.

²⁹¹ Diederichsen, AcP 198, 171 ff.

²⁹² Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht, S. 11; Koch, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, S. 136.

²⁹³ So Sonnenschein, NJW 1993, 162.

²⁹⁴ Sonnenschein, NJW 1993, 162.

²⁹⁵ BVerfG, NJW 1975, 727, 730: „Dieses Angewiesensein begründet einen sozialen Bezug und eine besondere soziale Funktion dieser Eigentumsgegenstände. Große Teile der Bevölkerung sind, zumal in den Städten, nicht in der Lage, aus eigener Kraft Wohnraum für sich zu schaffen, und deshalb auf Mietwohnungen unausweichlich angewiesen.“

²⁹⁶ Heilmann, Leitlinien einer solidarischen Wohnungspolitik, S. 68.

Art. 14 GG geschützt ist, sondern stärkt die vertraglich niedergelegten Rechte des Mieters.²⁹⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen mehrfach betont, dass der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen den Interessen des Mieters und des Vermieters schaffen muss. Hier macht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zur Vorgabe, dass es seine Aufgabe ist, die Befugnisse von Mieter und Vermieter zuzuordnen und abzugrenzen.²⁹⁸ Hierbei muss er die schutzwürdigen Interessen beider Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.²⁹⁹

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass der Gesetzgeber - entgegen der zuvor noch in der Weimarer Zeit häufig vorkommenden Gesetzgebung zum Mietrecht und der späteren dem zweiten Weltkrieg geschuldeten Wohnungszwangswirtschaft in den ersten Jahren nach 1945 - nach Inkrafttreten des Grundgesetzes Mietverträge über preisungebundene Mieträume nicht mehr öffentlich-rechtlich regeln wollte, sondern im Kern zivilrechtlich ausgestaltet und den privatautONOMEN Regelungen der Mietparteien überlassen hat.³⁰⁰

Regelungstradition und Staatspraxis nach 1949 bestätigen diesen Befund, da sie belegen, dass der Gesetzgeber Mietverhältnisse über ungebundenen Wohnraum nicht mehr in öffentlich-rechtlich Vorschriften und Verwaltungsrecht reglementieren wollte, sondern dass er Mietverhältnisse grundsätzlich als Teil des Zivilrechts ausgestaltet hat und die gesetzlichen Regelungen in das auf der Privatautonomie gründende Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter ausgerichtet hat.³⁰¹

Die Vorgaben für den Gesetzgeber im Hinblick auf das Mietrecht hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Kappungsgrenze im Miethöheregulierungsgesetz (MHRG) vom 04.12.1985 zusammengefasst. Mit der Kappungsgrenze in § 558 Abs. 3 BGB ist die Grenze definiert, bis zu der Wohnraummieter zur ortsüblichen Vergleichsmiete erhöht werden dürfen. Die Funktion der Kappungsgrenze ist, dass der Mieter vor einem zu raschen Anstieg der Miete verschont werden soll, die bislang, vor dem Erhöhungsverlangen, unter der ortsüblichen Vergleichsmiete lag.³⁰²

²⁹⁷ BVerfG, NJW 1964, 1849; BVerfG, WuM 1991, 466.

²⁹⁸ BVerfG, NJW 2000, 2658.

²⁹⁹ BVerfG, NJW 2000, 2658.

³⁰⁰ BVerfG, NJW 2021, 1377, Rn. 116; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, Art. 74 GG, Rn. 232; Schede/Schuldt, NVwZ 2019, 1572, 1574; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 149/19, S. 3.

³⁰¹ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, Art. 74 GG, Rn. 232; Schede/Schuldt, NVwZ 2019, 1572; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 149/19, S. 3.

³⁰² BGH, ZMR 2019, 661, Rz. 22.

Zu den Erwartungen an den Gesetzgeber im Bereich des Mietrechts führt das Bundesverfassungsgericht Folgendes aus:³⁰³

„Der Gesetzgeber steht bei der Erfüllung des ihm in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erteilten Auftrages, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, vor der Aufgabe, das Sozialmodell zu verwirklichen, dessen normative Elemente sich einerseits aus der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 1 GG und andererseits aus der verbindlichen Richtschnur des Art. 14 Abs. 2 GG ergeben (BVerfGE 25, 112 (117). Das Privateigentum i. S. der Verfassung zeichnet sich in seinem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand aus (BVerfGE 31,229 (240) = NJW 1971,2163 m. Nachw.); sein Gebrauch soll aber „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Vorausgesetzt ist hierbei, daß das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht. Dieses Postulat einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung umfaßt auch das Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange des einzelnen Rechtsgenossen, der auf die Nutzung des Eigentumsobjektes angewiesen ist. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, dieses Gebot auch im Rahmen privatrechtlicher Normierungen nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu verwirklichen. Ebensovienig wie die Eigentumsgarantie eine die soziale Funktion eines Eigentumsobjektes mißachtende Nutzung schützt, kann Art. 14 Abs. 2 GG eine übermäßige, durch die soziale Funktion nicht gebotene Begrenzung privatrechtlicher Befugnisse rechtfertigen (vgl. BVerfGE 37, 132 (140 f.) = NJW 1974, 1499; BVerfGE 50, 290 (339) = NJW 1979, 679).

Für die Ausgestaltung zwingender mietrechtlicher Vorschriften bedeutet dies: Der Gesetzgeber muß sowohl die Belange des Mieters als auch die des Vermieters in gleicher Weise berücksichtigen. Das heißt freilich nicht, daß sie zu jeder Zeit und in jedem Zusammenhang dasselbe Gewicht haben müssen. Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung stünde mit den verfassungsrechtlichen Vorstellungen eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang (BVerfGE 37, 132 (141) = NJW 1974, 1499).

Das Bundesverfassungsgericht stellt somit fest, dass eine Abwägung der Interessen von Mieter und Vermieter bei der Gesetzgebung im Bereich des Mietrechts vorzunehmen ist, die aber auch den konkreten Zusammenhang des zu regelnden Sachverhalts zu berücksichtigen hat.

Hintergrund der Erwägungen ist, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die vom Mieter angemietete Wohnung wie Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG zu behandeln ist und in der Bedeutung und Wertung zum Eigentumsrecht des Vermieters in der Freiheitsgewährung gleichrangig ist.³⁰⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in der entsprechenden Entscheidung zum Eigenbedarf ausgeführt:

³⁰³ BVerfG, NJW 1986, 1669.

³⁰⁴ BVerfGE 89,1, 6.

„Die Wohnung ist für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz. Der Einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen. Der Großteil der Bevölkerung kann zur Deckung seines Wohnbedarfs jedoch nicht auf Eigentum zurückgreifen, sondern ist gezwungen, Wohnraum zu mieten. Das Besitzrecht des Mieters erfüllt unter diesen Umständen Funktionen, wie sie typischerweise dem Sacheigentum zukommen. Dieser Bedeutung der Wohnung hat der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung des Besitzrechts Rechnung getragen. Es stellt eine privatrechtliche Rechtsposition dar, die dem Mieter wie Sacheigentum zugeordnet ist.“³⁰⁵

Neben dieser sozialpolitischen Begründung leitet das Bundesverfassungsgericht die Gleichrangigkeit aus dem Besitzrecht des Mieters an der Wohnung ab, das gegen jedermann wirkt, auch gegenüber dem Vermieter.³⁰⁶ Aus dem im Mietvertrag niedergelegten Nutzungsrecht des Mieters nach §§ 535 Abs. 1, 536 BGB an der Wohnung folgen Schadensersatzansprüche bei Verletzung nach § 823 BGB sowie Unterlassungsansprüche bei Verletzung oder Störung des Nutzungsrecht nach §§ 862 Abs. 1, 858 Abs. 1 BGB. Diese Ansprüche gleichen jenen des Eigentümers einer Sache, weswegen die Rechtsposition des Mieters mit jener des Vermieters bis auf das Recht zur Veräußerung insofern fast übereinstimmt.³⁰⁷

Das Besitzrecht des Mieters ist aus diesen Gründen eine vermögenswerte Rechtsposition, die eine Nutzungs- und Verfügungsbefugnis beinhaltet und somit als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzuerkennen ist.³⁰⁸ Diese Annahme soll gelten, obwohl das Besitzrecht des Mieters aus einem abgeleiteten Recht stammt und nicht originär ist und erst mit der Kündigung endet.

Die Gleichsetzung des Besitzrechts des Mieters mit dem Sacheigentum des Vermieters trifft auf Widerstand in der Literatur. Insbesondere spricht sich Roellecke hiergegen aus. So sollen Konflikte zwischen Mieter und Vermieter nicht auf Basis des Sachenrechts, sondern innerhalb des Schuldrechts gelöst werden:

„Der Fehler [in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Mietrecht, Anmerkung des Verfassers] liegt im unmittelbaren Durchgriff auf das „Eigentum“ des Vermieters. Dieser Durchgriff vernachlässigt die einfache Tatsache, daß der Vermieter nicht als Eigentümer – der er im Rechtssinne manchmal gar nicht ist – sondern als Vertragsschuldner verpflichtet ist, dem Mieter den Gebrauch der Wohnung zu überlassen....Ein möglicher Konflikt zwischen Vermieter und Mieter war immer und ist auch heute primär auf der Basis des Schuldrechts zu lösen, nicht auf der Basis des Sachenrechts...Richtig

³⁰⁵ BVerfG, NJW 1993, 2035.

³⁰⁶ BVerfG, NJW 1993, 2035, 2036.

³⁰⁷ BVerfG, NJW 1993, 2035, 2036.

³⁰⁸ BVerfG, NJW 1993, 2035, 2036.

*ist aber, daß ein Eigentümer, der seine Sache schuldrechtlich einem anderen überläßt, Verwertungschancen nutzt. Genau das ist auch bei Mietverträgen der Fall. Wie der Verkäufer einer Sache die Sache verwertet, so verwertet der Vermieter einer Wohnung die Wohnung, und diese Verwertungsmöglichkeit fällt nicht in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie“.*³⁰⁹

Auch die Anwendung der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG sei nicht sachgerecht, da der Eigentümer dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtet sei und nicht dem Mieter. Die Identifikation des Mieters mit dem Gemeinwohl sei insoweit parteiisch und bevorzuge den Mieter vor dem Vermieter, die „Vorstellung des armen Mieters gegen den mächtigen Vermieter“ sei schief und das soziale Mietrecht gehe auf Kosten des Vermieters.³¹⁰ Allein Vertragsfreiheit und Menschenwürde seien die entscheidenden Beurteilungsmaßstäbe.³¹¹ Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dass dem Mieter grundrechtlicher Schutz lediglich als Reflex der Sozialbindung des Eigentums zugute kommt, weil der Vermieter aufgrund des Grundrechtsschutzes des Art. 14 GG stärker ist, treffe daher nicht zu.³¹²

Während man dem ersten Punkt, dass das Gemeinwohl nicht mit den Interessen des Mieters gleichgesetzt werden kann, durchaus zustimmen kann, ist der Vorwurf, dass das soziale Mietrecht auf Kosten des Vermieters gehen würde, doch wenig überzeugend.³¹³ Denn wenn es so wäre, hätte der Vermieter überhaupt keine Möglichkeit oder Anspruch, den Mieter aus der Wohnung zu setzen.

Dies ist aber im Gegenteil gerade nicht der Fall. Insbesondere in der vereinfachten Durchsetzung von Räumungstiteln nach § 885 ZPO, bei dem der Mieter außer Besitz gesetzt werden kann (sog. Berliner Modell), zeigt sich, dass dem Vermieter effektive Mittel zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen. Ebenso verhält es sich bei § 940a ZPO, der die Möglichkeit eröffnet, in den normierten Fällen von verbotener Eigenmacht und Zahlungsverzug den Mieter durch einstweilige Anordnung zur Räumung zu zwingen. Eine solche

³⁰⁹ Roellecke, NJW 1992, 1652.

³¹⁰ Roellecke, NJW 1992, 1652, 1653.

³¹¹ Roellecke, NJW 1992, 1654.

³¹² So aber Roellecke, NJW 1992, 1651.

³¹³ Wenig überzeugend ist die Behauptung, das soziale Mietrecht sei eine „merkwürdige, quasi ständisch-feudale Mischung von Sicherheitsstreben, Risikoscheu, Leistungsideologie, Unabhängigkeit, Treue- und Fürsorgepflichten und Differenzierung nach gesellschaftlichem Status“ ähnlich wie das Beamtenrecht, vgl. Roellecke, NJW 1992, 1654. Diese eigenwillige Feststellung mag daran liegen, dass der Aufsatz eine erweiterte und ergänzte Fassung des Manuskripts eines Vortrages ist, den Roellecke beim 11. Fachgespräch des Evangelischen Siedlungswerkes in Deutschland e.V. vorgetragen hat. Abwegig ist die Behauptung deswegen, weil der Wohnungsmarkt eben auch ein Markt ist, der auch den Regeln des Marktes folgt. Auch können die Parteien immer noch einen Vertrag ablehnen, denn es besteht kein Kontrahierungszwang aus sozialen Gründen so wie Roellecke wohl vor Augen hatte.

Möglichkeit würde gerade bei einer Überbetonung des sozialen Mietrechts zulasten des Vermieters nicht bestehen.³¹⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu klargestellt, dass sich aus Art. 14 Abs. 2 GG keine subjektive Grundrechtsverbürgung des Mieterschutzes ergibt, sondern nur eine Verpflichtung des Gesetzgebers, die Interessen des Mieters bei der Gesetzgebung angemessen zu berücksichtigen.³¹⁵ D.h. auch, dass die Fachgerichte bei der Auslegung der Kündigungstatbestände die Eigentumsgarantie besonders beachten müssen.³¹⁶ Der Schutz des Mieters folgt daher nicht unmittelbar aus Art. 14 Abs. 2 GG, sondern aus Art. 14 Abs. 1 GG und aus dem einfachen Recht. Es kommt hinzu, dass die Schutzwirkung für den Mieter auch ein Reflex des Sozialstaatsgebots ist. Der Grundrechtsschutz der Wohnung besteht somit indirekt durch Auslegung des Art. 14 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot. Eine einseitige Bevorzugung des Mieters ist jedenfalls auf Ebene der Grundrechte nicht gegeben und auch nach der Vorstellung des Grundrechts nicht gewünscht.³¹⁷

In seiner neueren Entscheidung, in der es um die Verfassungskonformität der sog. „Mietpreisbremse“ im Land Berlin ging, hat das Bundesverfassungsgericht noch einmal die Bedeutung des Eigentums für den sozialen Rechtsstaat betont, aber auch dessen Sozialpflichtigkeit hervorgehoben³¹⁸. Hiernach ist das Eigentum von besonderer Bedeutung im sozialen Rechtsstaat, da es einerseits den Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichert und der privaten Initiative und der Freiheitseinfaltung privater Interessen dient. Andererseits soll aber der Gebrauch dem Allgemeinwohl nutzen. Hierzu gehört auch die Überlassung des Eigentums an andere, d.h. durch den Vermieter an den Mieter. Hierfür erhält er die Miete als Ertrag. Wenn der Gesetzgeber Vorschriften im Mietrecht macht, wie im entschiedenen Fall zu §556d Abs.1 BGB zur zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn, so ist dies eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und damit ein Eingriff. Bei diesen Bestimmungen gilt für den Gesetzgeber:

*„Der Eingriff im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung in die durch Art.14 Abs.1 S. 1 GG geschützten Rechte muss durch **Gründe des öffentlichen Interesses unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt** [Hervorhebung durch Verfasser] sein ... Der Gesetzgeber muss die Freiheitssphäre der Einzelnen mit dem Wohl der Allgemeinheit in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.*

³¹⁴ Die beiden Vorschriften wurden eingeführt aufgrund des Gesetzes über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz - MietRÄndG) vom 11.03.2013 (BGBl. I S. 434), in Kraft getreten am 01.05.2013.

³¹⁵ BVerfG, NJW 1993, 2035; BVerfGE 21, 73, 83; BVerfGE 80, 137, 150.

³¹⁶ Kinne/Schach, Miet- und Mietprozessrecht: Kommentar zu den §§ 535 - 580a BGB mit Schriftsatz- und Klagemustern für die Rechtspraxis, § 573 BGB, Rn. 4.

³¹⁷ Vgl. die zitierte Entscheidung BVerfG, NJW 1986, 1669, diese Ausführung findet sich auch nochmal wortgleich in BVerfG, NJW 2019, 3054.

³¹⁸ BVerfG, NJW 2019, 3054, 3057, Rn. 53, 54, 55.

Das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur Orientierungspunkt, sondern auch Grenze für die Beschränkung des Eigentums. Zugleich muss das zulässige Ausmaß einer Sozialbindung auch vom Eigentum selbst her bestimmt werden. Die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, der Regelungsauftrag des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG stehen in einem unlöslichen Zusammenhang. Dagegen ist die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung ...“³¹⁹

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bei der Ordnung des Mietrechts die Belange des Mieters angemessen zu berücksichtigen.³²⁰ Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums ist dabei „Richtschnur und Grenze“ für den Gesetzgeber zur Bestimmung des Inhalts und der Schranken des Eigentums im Mietrecht.³²¹

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt im Spannungsfeld der Interessen von Mieter und Vermieter eine besondere Rolle als Ausgleich und Korrektiv zu.

Das Bundesverfassungsgericht führt dies noch einmal explizit in seiner Entscheidung zum Wohnungsbindungsänderungsgesetz aus dem Jahre 1996 aus:

„Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG überläßt es dem Gesetzgeber zwar, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Er genießt dabei aber keine unbeschränkte Freiheit. Vielmehr muß er sowohl die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als auch die Sozialpflichtigkeit des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG beachten und den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren [Hervorhebung durch den Verfasser].“³²²

Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung klargestellt, dass die Funktion der Wohnung zu berücksichtigen ist. Der Eigentumsschutz ist dabei umso höher zu werten, je mehr das Eigentum zur persönlichen Freiheit des Eigentümers gehört. Wird das Eigentum aber entgeltlich Dritten überlassen, also vermietet, so dient das Eigentum dann demjenigen zur Freiheitsentfaltung, dem es durch den Eigentümer überlassen wurde. Das heißt dann, dass die Mietwohnung der Freiheit des Mieters dient. Im Hinblick auf die am Gemeinwohl orientierte Eigentumsnutzung sind dann die Belange des Mieters höher zu werten. Die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung ist bei einem großen sozialen Bezug und im Hinblick auf die soziale Funktion der Wohnung groß. Das Bundesverfassungsgericht betont aber auch in der Entscheidung, dass die Grenzen nicht fest sind und sich je nach den gesellschaftlichen und

³¹⁹ BVerfG, NJW 2019, 3054, 3057, Rn. 55.

³²⁰ BVerfGE 37, 132, 140 f.

³²¹ BVerfG, NJW 1993, 2035.

³²² BVerfG, NJW 1997, 722, 723.

wirtschaftlichen Verhältnissen ändern können, wenn damit auch Änderungen der Maßstäbe einhergehen.³²³

Der Gesetzgeber hat somit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf das Mietrecht die aktuellen Gegebenheiten und Marktsituationen zu beachten und zu beobachten. Je nach Situation muss er dann Anpassungen vornehmen. Dabei ist aber stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und auch zu wahren.

An der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und insbesondere der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne kritisiert, dass hier die Gefahr besteht, dass sich das Bundesverfassungsgericht mit seinen Aussagen zu sehr in die Aufgaben des Gesetzgebers einmischen würde. Dies deswegen, weil der Begriff der Verhältnismäßigkeit inhaltlich keine Aussage darüber trifft, welche Bedingungen und Wirkungen in die Abwägung des Gesetzgebers zur Bestimmung der Zweck-Mittel-Relation einzustellen sind und deswegen diese Relation ein Stück weit relativiert ist.³²⁴ Im Mietrecht ist wegen der Vorstellung des sozialgebundenen Privateigentums insoweit für den Gesetzgeber bereits vorgegeben, dass die Interessen von Mieter und Vermieter beide gleichrangig zueinander zu berücksichtigen sind.

Das Bundesverfassungsgericht ist erkennbar bemüht, das Spannungsfeld zwischen dem Interesse des Vermieters, die Wohnung wiederzuerlangen, und dem Bestandsinteresse des Mieters mit dem Verbleib in der Wohnung – Interessen, die sich einander gegenseitig ausschließend gegenüberstehen und daher einen gleichsam unüberwindbaren diametralen Gegensatz bilden – aufzulösen.³²⁵ Dies bedeutet aber nicht, dass in jedem Fall die unterschiedlichen beteiligten Interessen das gleiche Gewicht haben.³²⁶ Verhältnismäßigkeit bedeutet deswegen nicht automatisch Gleichsetzung der Interessen, sondern Abwägung der Interessen, denen verschiedene Wertigkeiten und Gewicht zukommen.³²⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat zu diesem Spannungsverhältnis der Interessen in einer neueren Entscheidung zur Miethöhenregulierung in § 556d Abs. 1 BGB ausgeführt, dass Regelungen im Mietrecht Grenzen der Zumutbarkeit zu wahren haben und die Eigentümer nicht übermäßig belastet werden dürfen.³²⁸ Das Bundesverfassungsgericht nimmt hier Bezug auf die bereits angeführte Entscheidung BVerfGE 37, 132, 141, in der ausgeführt ist, dass sowohl die Belange des Mieters als auch die des Vermieters in gleicher Weise zu berücksichtigen sind und

³²³ BVerfG, NJW 1997, 722, 723.

³²⁴ Kritisch hierzu Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 73; BVerfGE 92, 277, 327; Ress, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht, S. 5, 21 f; LKStGB, § 62 StGB, Rn. 8.

³²⁵ Vgl. Sonnenschein, NJW 1993, 172.

³²⁶ BVerfG, NJW 1992, 3031.

³²⁷ Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 72.

³²⁸ BVerfG, NJW 2019, 3054, 3058, Rn. 68, 69.

beiden soweit wie möglich Geltung zu verschaffen ist. Die Grenzen des Art. 14 GG sind jedenfalls dann überschritten, wenn Verluste für den Vermieter drohen und eine Substanzverletzung der Mietsache droht.³²⁹ Das Bundesverfassungsgericht stellt auch noch einmal in der Entscheidung klar, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von zwingenden zivilrechtlichen Regelungen den Interessen der Beteiligten größtmögliche Geltung zukommen lassen muss, also den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten hat. Die Interessen von Mieter und Vermieter sind zunächst als gleichwertig anzusehen. Dabei ist aber auch der jeweilige Sachzusammenhang zu beachten. Es kann dann vorkommen, dass je nach Situation ein Interesse ein größeres Gewicht hat als das andere und Substanzschäden an der Mietsache entstehen können. Das soll verhindert werden. Das Abstellen allein auf ein Interesse ist mit der Vorstellung des Grundgesetzes, dass das Privateigentum auch sozialgebunden ist, nicht vereinbar.³³⁰

c) Verhältnismäßigkeit der Rechtsanwendung

Die Gesetzesinterpretation und Rechtsauslegung ist im Rechtsstaat die Aufgabe der Gerichte.³³¹

Sowohl bei der Rechtsausübung als auch bei der Rechtsanwendung muss in bestimmten Fällen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Rechtsausübung ist die Geltendmachung von Rechten und Rechtsanwendung die Subsumption einer Norm auf einen Sachverhalt.

Für Rechtsprechung und Verwaltung, beide öffentlich-rechtliche Rechtsanwender, folgt die Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG, wonach Rechtsprechung und vollziehende Gewalt an Recht und Gesetz gebunden sind.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss immer dann beachtet werden, wenn subjektive Rechte des Bürgers beeinträchtigt werden.³³² Er ist zum Beispiel zu beachten, wenn die öffentliche Hand privatrechtlich im sog. Verwaltungsprivatrecht auftritt und sich damit vom verwaltungsrechtlichen Über-Unterordnungsverhältnis in ein Vertragsverhältnis „auf Augenhöhe“ mit Gleichrangigkeit zu der privaten (Gegen-)partei begibt.³³³

Privatpersonen müssen sich grundsätzlich nicht für Eingriffe rechtfertigen und daher sind sie auch nicht im selben Maße zur Beachtung der Verhältnismäßigkeit aufgefordert wie die öffentlich-rechtlichen Personen. Hier ist die Situation vergleichbar mit der Frage

³²⁹ BVerfGE 71, 230, 250; BVerfGE 91, 294, 310; BVerfG, NJW 1992, 1377, 1378.

³³⁰ BVerfGE 37, 132; BVerfGE 71, 230; BVerfG, NJW 1992, 3031, Rn. 10.

³³¹ BVerfGE 19, 176; BVerfGE 21, 218.

³³² Jarass/Pieroth, Art. 20, Rn. 81.

³³³ BGHZ 93, 372, 381.

zur Drittwirkung von Grundrechten, denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wirkt im privatrechtlichen Bereich eher mittelbar durch die Ausformung, Transformation und Vertypung häufig vorkommender Fallkonstellationen in einfachgesetzlichen Vorschriften wie dem Gebot von Treu und Glauben aus § 242 BGB, an den sich eine Privatperson entsprechend zu halten hat. Ebenso tritt im Privatrecht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch dessen Beachtung in der Rechtsprechung der Zivilgerichte in Erscheinung.

Dennoch muss auch eine private Partei in bestimmten Fällen, in denen sie gleich einem öffentlich-rechtlichen Rechtsanwender eine Abwägung zwischen ihren und anderen Interessen vornehmen muss, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Rechtsausübung beachten. Sie ist insoweit aber nicht unmittelbar an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden, sondern erst die nachträgliche Überprüfung durch Gerichte stellt fest, ob die Privatperson den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der konkreten Situation beachtet hat oder nicht.

Diese Abwägung geschieht innerhalb der Frage, ob die Rechtsausübung dem Gebot von Treu und Glauben entspricht und danach zulässig ist. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu für das Arbeitsrecht in Bezug auf Abmahnungen entschieden, dass die Rechtsausübung unzulässig ist, *„wenn sie der Gegenseite unverhältnismäßig große Nachteile zufügt und andere, weniger schwerwiegende Maßnahmen möglich gewesen wären, die den Interessen des Berechtigten ebenso gut Rechnung getragen hätten oder ihm zumindest zumutbar gewesen wären.“*³³⁴

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit soll immer dann auch im Zivilrecht Anwendung finden, wenn sich bei nur geringfügigen Rechtsverstößen schwerwiegende Rechtsfolgen ergeben. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz soll auch im Zivilrecht solche Folgen vermeiden.³³⁵ Dies ist zum Beispiel im Versicherungsrecht der Fall, wenn bei geringfügigen Verletzungen der Obliegenheitspflicht durch den Versicherten die Stellung des Versicherers nicht verletzt wird, etwa in den Fällen, in denen den Versicherer bei vorsätzlicher Verletzung von Aufklärungspflichten leistungsfrei wird, ohne dass er durch die Verletzung Nachteile erlitten hat.³³⁶ Ein anderer Fall wäre, wenn der KFZ-Haftpflichtversicherer die Deckung wegen geringer Zahlungsrückstände bei der Prämienleistung verweigert und die Folge dann die Schutzlosigkeit des Versicherungsnehmers im Schadensfall ist.³³⁷

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt insbesondere in Fällen der Selbsthilfe und des zivilrechtlichen Notstands nach § 228 BGB.³³⁸ Die

³³⁴ BAG, BB 1992, 781.

³³⁵ BGH, WM 1980, 216.

³³⁶ BGH, NJW 1969, 1384, 1385; BGH, NJW 1969, 1385.

³³⁷ BGHZ 21, 122.

³³⁸ Zum Notstand Grüneberg/Ellenberger, § 228 BGB, Rn. 8.

Notstandshandlung darf nicht außer Verhältnis zum Schaden und der Gefährdung stehen, welche durch die Notstandshandlung hervorgerufen wird. Bei der objektiven Betrachtung, die dazu dient, die beiden widerstreitenden Interessen abzuwägen, müssen die gesellschaftlichen Anschauungen und Wertentscheidungen der Gesamtrechtsordnung berücksichtigt werden, wobei sich diese Anschauungen mit der Zeit ändern können.³³⁹ Sie sind daher auch immer dem Wandel der gesamtgesellschaftlichen Vorstellungen unterworfen, die sich durchaus ändern können, denn was vorher noch akzeptiert oder verpönt war, kann sich innerhalb weniger Jahre wieder ändern. Höchstpersönliche Güter des Handelnden wie Leben und Gesundheit sind grundsätzlich höher zu werten als materielle Interessen wie das Eigentum des Verletzten einer Handlung.³⁴⁰ Auch Affektionsinteressen können Berücksichtigung finden.³⁴¹ Darunter versteht man das nicht wirtschaftlich messbare Interesse an einer Partei (Liebhaberinteresse).

Will ein Vermieter nach § 562b BGB den Mieter daran hindern, Gegenstände die seinem Pfandrecht unterliegen, zu entfernen, muss er sich an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit halten.³⁴²

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass der Vermieter zunächst verbal dem Mieter widersprechen muss, bevor der Mieter Gegenstände wegschafft, oder der Vermieter muss beim Auszug die Herausgabe der zu pfändenden Gegenstände verlangen. Erst dann kann der Vermieter zur Selbsthilfe greifen.³⁴³ Er darf immer nur soweit gehen, als dies zur konkreten Gefahrabwehr notwendig ist.³⁴⁴ Wie bei der Nothilfe ist eine Abwägung nach der Wertigkeit der Güter vorzunehmen und je nach Wertigkeit dürfen Mittel eingesetzt werden, die erforderlich, aber auch ausreichend sind, um das Ziel zu erreichen.³⁴⁵ Insbesondere vor Gewaltanwendung muss der Vermieter zuvor alle friedlichen Mittel ausgeschöpft haben.³⁴⁶ Wie bei der Nothilfe gehen höchstpersönliche Rechtsgüter wie die körperliche Integrität finanziellen materiellen Interessen vor. Insbesondere muss der Vermieter auch die Wertentscheidungen des Grundgesetzes beachten.³⁴⁷ Beim Vermieter werden damit im Grunde die gleichen Eingriffsvoraussetzungen und auch Beschränkungen auferlegt wie einem Hoheitsträger. Er wird damit zum Grundrechtsverpflichteten wie ein Exekutivorgan.

³³⁹ Staudinger/Repgen, § 228 BGB, Rn. 29; Soergel/Fahse, § 228 BGB, Rn. 19; BeckOK BGB/Dennhardt, § 228 BGB, Rn. 9, 10.

³⁴⁰ OLG Hamm, VersR 1996, 898.

³⁴¹ OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 541.

³⁴² OLG Karlsruhe, NZM 2005, 542; Staudinger/Emmerich, § 562b BGB, Rn. 4, 9; OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.2.2005, 10 U 38/03, juris, Rn. 22.

³⁴³ Schmid/Harz, § 562b BGB, Rn. 14.

³⁴⁴ PWW/Rieke, § 562b BGB, Rn. 10.

³⁴⁵ OLG Karlsruhe, NZM 2005, 542.

³⁴⁶ Blank/Börstinghaus, § 562b BGB, Rn. 12.

³⁴⁷ Blank/Börstinghaus, § 562b BGB, Rn. 12.

Eine Begründung für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet sich in der Rechtsprechung nicht. Es kann aber vermutet werden, dass wegen der unmittelbaren Gefahrabwehr eine Ähnlichkeit zum Polizeirecht angenommen wurde bzw. dieses Vorbild gewesen sein könnte. Denn auch hier sind die Polizei- und Ordnungsbehörden bei der Gefahrenabwehr an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden. Deswegen ist in den Polizeigesetzen der Länder auch meist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesetzlich verankert, z.B. in Hessen in § 4 HSOG.

In Fällen, in denen ein Schuldner eine Handlung des Gläubigers zu dulden hat, muss sich der Gläubiger gleichfalls an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz halten, um die Rechte des Duldenden größtmöglich zu schonen. Dies gilt in etwa in den Fällen, in denen ein Mieter die Modernisierungsmaßnahmen gem. § 555d BGB zu dulden hat. Hier muss der Vermieter unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Interessen des Mieters Rücksicht nehmen³⁴⁸. § 555d Abs. 2 BGB sieht daher vor, dass der Vermieter eine Interessenabwägung vornehmen muss. Der Mieter muss die Modernisierung nicht dulden, wenn sein Interesse und auch das seiner in der Wohnung lebenden Angehörigen am Fortbestand des status quo der bisherigen Verhältnisse höher zu werten ist als das Interesse des Vermieters und der übrigen Mieter an der Modernisierung.³⁴⁹ Dies kann etwa der Fall sein, wenn infolge der Modernisierung die Miete oder Nebenkosten steigen und nicht absehbar ist, dass der Mieter sich die Wohnung weiterhin leisten kann. Abwägungskriterien waren im § 554 BGB a.F. enthalten, die zur Straffung der Vorschrift im neuen § 555d BGB nicht aufgenommen wurden, aber weiterhin fortgelten sollen.³⁵⁰ Insbesondere sollen dieselben Härtegründe gelten, die auch schon beim Widerspruch gegen die ordentliche Kündigung gem. § 574 BGB zu berücksichtigen sind.³⁵¹

Aber auch der Arbeitgeber hat sich bei der Abmahnung des Arbeitnehmers für ein Fehlverhalten am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu halten.³⁵² Abmahnung und Fehlverhalten müssen in einem vertretbaren Verhältnis stehen.³⁵³ Je schwerer die Pflichtverletzung umso berechtigter ist die Abmahnung.

Die Abmahnung ist etwa dann nicht verhältnismäßig, wenn die Abmahnung dem Arbeitnehmer große Nachteile bringt und andere

³⁴⁸ LG Erfurt, BeckRS 2008, 13049.

³⁴⁹ Blank/Börstinghaus, § 555d BGB, Rn. 13.

³⁵⁰ Blank/Börstinghaus, § 555d BGB, Rn. 13.

³⁵¹ BVerfG, NJW 1992, 1378.

³⁵² BAG NZA 1992, 690; BAG, DB 1980, 550; BAG, NZA 1987, 518; BAG, NZA 1992, 690; Berscheid/Kunz/Brand/Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, Teil 4, § 21 Nr. 1 Abmahnung, Rn. 11.

³⁵³ BVerfG, NZA 1996, 381; BAG, NZA 2002, 965; BAG, NZA 2009, 842; BAG, NZA 2009, 1011.

Maßnahmen, die weniger schwerwiegend sind, möglich gewesen wären.³⁵⁴ Die Abmahnung muss also insbesondere erforderlich sein.

Im Grunde gelten für Abmahnung und fristloser Kündigung aus wichtigem Grund ähnliche Kriterien im Arbeitsrecht wie im Mietrecht. Dies mag daran liegen, dass sowohl Miet- als auch Arbeitsvertrag Dauerschuldverhältnisse sind, die im Leben von Menschen eine besondere, geradezu das ganze Leben prägende, Bedeutung haben. Daher ist es angebracht, dieselben Maßstäbe für die Beendigung der Vertragsverhältnisse bzw. Maßnahmen, die zu einer Beendigung führen können, anzuwenden.

Dies ist auch deswegen insgesamt nachvollziehbar, da die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund *ultima ratio* sein soll, wenn zuvor alles andere versagt hat. Das Verhältnis der Parteien untereinander ist dann endgültig zerrüttet und das Vertrauen in eine für beide fruchtbare Vertragsbeziehung verschwunden. Es ist dann für alle besser, die Verbindung zu lösen.

Die Gemeinsamkeit dieser Konstellationen besteht darin, dass hier der Gläubiger auf die Rechte des Schuldners unmittelbar ähnlich einem öffentlich-rechtlichen Gewaltenträger einwirkt und er daher den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten hat. Dies ist wegen der eingriffsgleichen Einwirkung auf die Rechtssphäre des anderen auch sachgerecht.

³⁵⁴ LAG Hessen, BeckRS 2010, 72545.

III. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

1. System und Grundmodell: Ordentliche und außerordentliche Kündigung

Grundsätzlich geht das Recht von der Pflicht zur Vertragstreue der Vertragsbeteiligten aus, d.h. dass sich die Parteien an einmal geschlossene Verträge halten müssen, zusammengefasst in der Formel *pacta sunt servanda* (lat. für „Verträge müssen gehalten werden“).³⁵⁵ Damit Recht und insbesondere Verträge als verbindlich angesehen werden, braucht es Vertrauen darauf, dass der andere Vertragspartner sich auch an das hält, was er verspricht. Wenn also das grundsätzliche Vertrauen in den anderen Vertragsteil nicht da wäre, könnte Recht und auch die privatautonome Regelung von eigenen Rechtsangelegenheiten durch Verträge der Parteien untereinander nicht funktionieren.

Dies gilt insbesondere für Dauerschuldverhältnisse, die auf längere Zeit angelegt sind. Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsmodernisierung 2001 im Zusammenhang mit der Einführung des § 314 BGB mit Absicht auf eine Legaldefinition des Begriffs der Dauerschuldverhältnisse verzichtet, damit künftige Entwicklungen nicht behindert werden und um Probleme bei der Abgrenzung zu vermeiden.³⁵⁶

Dauerschuldverhältnisse sind von zwei Elementen geprägt: einer bestimmten oder unbestimmten Zeitdauer und einem in dieser Zeit stattfindenden gegenseitigen Leistungsaustausch, können aber auch einseitig verpflichtend sein z.B. Unterlassungsverträge nach Abmahnungen. Zum Teil wird auch auf die ständig zu erbringende Leistung abgestellt.³⁵⁷

Es entstehen fortlaufend neue Leistungs- und Schutzpflichten mit einer neuen Pflichtanspannung in den jeweiligen neuen Zeitabschnitten.³⁵⁸ Beispiel hierfür ist die monatliche Miete oder die Kreditrate pro Monat. Insbesondere Lieferverträge, wie Strom- und Wasserlieferungsverträge wurden früher auch in Anlehnung an § 17 KO als Wiederkehrschuldverhältnisse bezeichnet.³⁵⁹ Dahinter stand die Vorstellung, dass mit jeder Inanspruchnahme der Lieferung ein neues Schuldverhältnis begründet wird. Dies wird aber mittlerweile von der herrschenden Meinung als lebensfremd abgetan, da auch die ständige Lieferungsbereitschaft eine Leistung ist.³⁶⁰

³⁵⁵ PWW/Prütting, Einleitung BGB, Rn. 19.

³⁵⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 177.

³⁵⁷ Vgl. Soergel/Gröschler, § 311 Abs. 1 BGB, Rn. 20.

³⁵⁸ PWW/Stürner, § 314 BGB, Rn. 4; Soergel/Teichmann, § 241 BGB, Rn. 6.

³⁵⁹ MüKo/Gaier, § 314 BGB, Rz 7.

³⁶⁰ PWW/Stürner, § 314 BGB, Rn 6.

Von den Dauerschuldverhältnissen sind Raten- und Teillieferungsverträge (auch Sukzessivlieferungsverträge genannt) zu unterscheiden, die nach § 510 BGB nicht verlangen, dass der Leistungsumfang von vornerein feststeht. Bei diesen Verträgen wird die Leistung in mehreren Schritten erbracht.³⁶¹

Neben den bereits im BGB kodifizierten Dauerschuldverhältnissen wie Miete, Dienstleistungsvertrag (mit punktuellen Regelungen zum Arbeitsvertrag), (Verbraucher-)darlehen, Gesellschaftsvertrag, Pacht und Leihe hat die Rechtsprechung und die Literatur weitere Verträge des modernen Wirtschaftslebens als Dauerschuldverhältnisse eingestuft.

Dies sind:

- Factoring³⁶²
- Franchising³⁶³
- Leasing³⁶⁴
- Lizenzverträge³⁶⁵
- Unterrichtsverträge³⁶⁶
- Facility-Management-Vertrag³⁶⁷
- Pflegeverträge³⁶⁸
- Fitnessstudiovertrag³⁶⁹
- wettbewerbsrechtliche Unterlassungsverträge³⁷⁰
- Rahmenverträge³⁷¹
- Versicherungsvertrag³⁷²
- Winterdienstverträge

Dauerschuldverhältnisse sind auf die Zukunft und eine mehr oder weniger lange Vertragsdauer ausgerichtet. Bei Vertragsschluss kann aber die spätere Entwicklung nicht vorausgesehen werden, so dass immer ein latentes Restrisiko bleibt, dass sich die Geschäfts- und Vertragsbeziehung nicht so entwickelt, wie es sich die Parteien ursprünglich vorgestellt haben.

Manchmal ergeben sich Umstände, die es einer Partei nicht mehr zumuten lassen, dass sie sich an die einmal abgegebene Vertragsverpflichtung hält. Dann können die Parteien zunächst den Vertrag einverständlich anpassen und neuverhandeln. Dies birgt aber

³⁶¹ Hierzu gehören auch Stromlieferungen, siehe BGHZ 81, 90, 91.

³⁶² BGH, NJW 1980, 44.

³⁶³ BGH, NJW 1999, 1177.

³⁶⁴ BGH, NJW-RR 1998, 123.

³⁶⁵ BGH, NJW-RR 1997, 1467.

³⁶⁶ BGH, NJW 1985, 2585.

³⁶⁷ Najork, NJW 2006, 2881, 2883.

³⁶⁸ OLG Karlsruhe, NJW-RR 1997, 708, 709 f.

³⁶⁹ BGH, NJW 2012, 1431.

³⁷⁰ BGH, NJW 2010, 1874.

³⁷¹ BGH, WM 2000, 1198, 1201.

³⁷² BGH, NJW 1991, 1828; OLG Hamm, NJW-RR 1991, 610; OLG Brandenburg, BeckRS 2011, 13115.

die Gefahr, dass eine Partei am Vertrag in unveränderter Form festhalten möchte und die andere nicht. Die Parteien befinden sich in einer Sackgasse. Die am Vertrag festhaltende Partei ist in dieser Situation wegen der Pflicht zur Vertragstreue in einer besseren Position, weil sich die andere Partei nicht einfach über einen ihr nicht genehmen Vertrag hinwegsetzen kann. Aus dieser stärkeren Machtposition kann die an dem Vertrag festhaltende Partei ihre Stellung auch missbrauchen, da sie ihre Bedingungen für eine Anpassung oder Vertragsauflösung der anderen Partei aufdiktieren und gleichsam überstülpen könnte. Die andere Partei wird gezwungen sein, diese zu akzeptieren, um sich vom Vertrag zu lösen. Zudem kann ein unter diesen Umständen nachverhandelter Vertrag wegen der Umstände seines Zustandekommens makelbehaftet sein und schlechter erscheinen als der zuvor geschlossene Vertrag, da zumindest bei einer Partei das Vertrauen beschädigt ist, insbesondere bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen, welche die Rechtsgüter und das Vermögen der Partei gefährden oder wesentlich beeinträchtigen. Dann ist das Vertrauen in die gesamte Vertrags- und Geschäftsbeziehung nicht mehr so wie vorher und ein „Schatten“ schwebt dann über dem gesamten Verhältnis der Parteien miteinander. Diese atmosphärischen Störungen schaden dann beiden Parteien. Das ist vermeidbar.

In diesem Fall muss der anderen Partei eine rechtliche Möglichkeit gegeben werden, sich wieder vom Vertrag zu lösen, wenn eine Vertragsanpassung scheitert oder ein Anspruch hierauf ausgeschlossen bzw. nicht oder nur mit großem Aufwand durchsetzbar ist. Das fließt aus der Vertragsfreiheit und dem Grundsatz von Treu und Glauben, denn die Vertragsfreiheit beinhaltet auch die Freiheit, keine Verträge abschließen zu müssen und auch das Recht, sich wieder von geschlossenen Verträgen lösen zu können.³⁷³ Diese Möglichkeit ist bei Verträgen mit einer einmaligen Leistung der Rücktritt, bei Dauerschuldverhältnissen das Recht zur Kündigung des Vertragsverhältnisses.

Die Kündigung ist das Gegenteil zum Vertragsschluss, weil sie den Vertrag wieder aufhebt. Bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dauerschuldverhältnissen ist sie die einzige Möglichkeit das Schuldverhältnis einseitig zu beenden. Grundsätzlich denkbar wäre auch eine Anpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB. Dies führt aber wie gezeigt nicht immer zu Ergebnissen, die für beide Seiten akzeptabel sind. Der Vertrag ist nämlich grundsätzlich wegen der Vertragstreue und Sicherheit des Rechtsverkehrs aufrechtzuerhalten und eben nur unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien anzupassen.³⁷⁴ Die Anpassung tritt aber nicht kraft Gesetzes ein, sondern § 313 BGB verleiht lediglich einen Anspruch. Zur Beendigung des Vertrages nach § 313 Abs. 3 BGB hilft dies der Partei, die sich vom Vertrag lösen möchte, aber nicht weiter, da die Auflösung des Vertrages nach § 313 Abs. 3 BGB nur eine *ultima ratio* ist.³⁷⁵

³⁷³ Ermann/Hohloch, § 314 BGB, Rn. 1.

³⁷⁴ BGH, NJW 1953, 937; BGH, NJW 1967, 721; BGH, NJW 1984, 1746.

³⁷⁵ BeckOK BGB/Lorenz, § 313 BGB, Rn. 89, 90.

Hinderlich ist zudem, dass an die Vertragsauflösung nach § 313 Abs. 3 BGB strengere Anforderungen gestellt werden als an die außerordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses.³⁷⁶ Das bringt Unklarheit für die lösungswillige Partei, da die Bedingungen und Voraussetzungen zur Beendigung des Vertrages nicht klar sind wie bei der Definition von Kündigungsgründen. Denn die Vertragsanpassung ist zunächst von den Parteien auszuhandeln. Das Gericht hat zudem bei § 313 BGB zu entscheiden, ob das Verlangen der benachteiligten Partei mit § 313 BGB vereinbar ist und wenn dies nicht der Fall ist, auf einen sachgerechten Antrag der Partei hinzuweisen.³⁷⁷ Das legt die Entscheidungsbefugnis komplett in die Hand der Gerichte. Die Gerichte bestimmen bzw. definieren dann die Interessen der Parteien mit der Folge, dass das Gericht möglicherweise Interessen annimmt oder bei den Parteien unterstellt, welche die Parteien wohlmöglich gar nicht wollen oder haben. Den Parteien werden das Gestaltungsrecht und auch die Hoheit über ihre Interessen damit weggenommen.

Der Bundesgerichtshof hat aber klargestellt, dass das Kündigungsrecht dem Wegfall der Geschäftsgrundlage vorgeht, wenn sich eine Partei vom Vertrag lösen möchte.³⁷⁸ Wenn es einer Partei um die Auflösung des Vertrages geht, sind die Vorschriften zur Kündigung *lex specialis* gegenüber dem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dies überzeugt auch, da der Vertragspartei, die sich wegen des Scheiterns vom Vertrag lösen will, nicht damit geholfen ist, lediglich den Vertrag anzupassen, den sie eigentlich nicht mehr will. Sie bleibt schließlich weiterhin an die Partei gebunden, mit der sie keinen Vertrag mehr möchte. Zudem ist sie für die Vertragsanpassung auf die Gegenseite angewiesen, die eine Anpassung willkürlich verweigern oder an weitere Bedingungen knüpfen könnte, was die andere Vertragspartei wiederum benachteiligen könnte. Aufgrund der negativen Vertragsfreiheit kann sie nicht zum Festhalten am Vertrag gezwungen werden, insbesondere, wenn dieser unter einem Defekt leidet, der die eigene Vertragstreue geradezu unerträglich macht, z.B. eine schwerwiegende Pflichtverletzung durch die Gegenseite.

Im geltenden Zivilrecht können Dauerschuldverhältnisse, neben dem grundsätzlich möglichen einvernehmlichen Aufhebungsvertrag, wie folgt beendet werden:

- vor Vollzug durch Rücktritt

Im bereits laufenden Dauerschuldverhältnis:

- durch eine ordentliche Kündigung
- durch eine außerordentliche fristlose Kündigung

³⁷⁶ BGH, NJW 1997, 1702.

³⁷⁷ BeckOK BGB/Lorenz, § 313 BGB, Rn. 84.

³⁷⁸ BGH, ZIP 1997, 257, 259, so auch MüKo/Gaier, § 314 BGB, Rn 14; Grüneberg/Grüneberg, § 313 BGB, Rn 14. Die Gegenansicht meint, dass sich aus § 313 Abs. 3 BGB doch ein Vorrang der Vertragsanpassung ergeben würde, BT-Drs. 14/6040. S. 177; Feldhahn, NJW 2005, 3381.

- durch eine außerordentliche befristete Kündigung
- für den Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen durch Widerruf
- bei nur auf bestimmte Zeit geschlossenen Dauerschuldverhältnissen durch Zeitablauf

Für die einzelnen Rechtsgebiete finden sich im BGB jeweils spezielle Regelungen zu den Voraussetzungen einer Kündigung. Da diese Regelungen teilweise abdingbar sind, können auch weitere Kündigungsbedingungen vertraglich geregelt werden.

Denkbar sind auch noch Fälle der Anfechtung und Bedingung, diese sollen aber nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

a) Rücktritt vor Vollzug

Bevor das Dauerschuldverhältnis in Vollzug gesetzt wird, können die Parteien nach §§ 323 Abs. 1, 324 und 326 Abs. 5 BGB zurücktreten. Voraussetzung für ein Rücktrittsrecht ist aber eine Pflichtverletzung des Vertragspartners. Für das Mietrecht ist der Rücktritt in der Praxis so gut wie irrelevant.³⁷⁹ Rücktrittsrecht und Kündigung konkurrieren hier meistens miteinander, sodass ein Wahlrecht besteht, das häufig zugunsten der Kündigung ausfällt, weil die Rückabwicklung eines Mietverhältnisses vor praktischen Schwierigkeiten steht und das gesetzliche Rücktrittsrecht weitestgehend auf den Zeitraum vor Überlassung des Mietgebrauchs beschränkt ist.³⁸⁰ Bedeutung hat die vorzeitige Beendigung durch Rücktritt im Falle der Insolvenz nach § 109 Abs. 2 InsO.³⁸¹

Für das Mietrecht ist nicht zuletzt der Rücktritt vor Überlassung deswegen irrelevant, weil nach Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Celle, Düsseldorf und München die außerordentliche Kündigung bereits bei einer Pflichtverletzung wie dem Verzug möglich ist.³⁸² Der Bundesgerichtshof hält sogar eine ordentliche Kündigung vor Überlassung der Mietsache für zulässig.³⁸³ Als Begründung wird angeführt, dass nach Sinn und Zweck des Gesetzes nämlich der Rücktritt für die Vergangenheit zurückwirken soll, die Kündigung aber auf die Zukunft gerichtet ist. Ein Rücktritt soll nur dann gerechtfertigt sein, wenn ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht nach § 346 BGB oder solche ungewöhnlichen Umstände gegeben sein sollen, bei deren Vorliegen ein vertraglich nicht vereinbarter Rücktritt erklärt werden kann.

³⁷⁹ Schmidl, Mietrecht, S. 252; Harz/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Rn. 30.

³⁸⁰ Harz/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Rn. 32.

³⁸¹ Hannemann/Wiek/Emmert, Handbuch des Mietrechts, Rn. 587.

³⁸² OLG Celle, ZMR 2002, 505; OLG München, NJWE-MietR 1996, 127; OLG Düsseldorf, ZMR 1995, 465.

³⁸³ BGHZ 73, 350.

Nach Überlassung der Wohnung ist jedenfalls für den Vermieter ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht nach § 572 BGB ausgeschlossen. Auch ein gesetzliches Rücktrittsrecht ist dann ausgeschlossen, wenn Gründe vorliegen, die auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würden.³⁸⁴ Die Rücktrittserklärung eines Vermieters kann deswegen auch gem. § 140 BGB in eine Kündigung umgedeutet werden, wenn die Kündigungsvoraussetzungen ebenfalls zum Zeitpunkt des Rücktritts vorliegen.³⁸⁵

Ist das Dauerschuldverhältnis bereits vollzogen, d.h. dass es schon zu einem Leistungsaustausch nach Vertragsbeginn kam, tritt an Stelle des Rücktritts als Beendigungsinstrument die Kündigung aus wichtigem Grund.³⁸⁶

Der Bundesgerichtshof bestätigte damit die bereits in der Literatur vorherrschende Meinung, insbesondere die von Larenz vertretene Ansicht.³⁸⁷ Dies gilt insbesondere bei Miet- und Pachtverträgen.³⁸⁸

Bei einem Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem der Leistungsaustausch in mehrere Teilakte aufgespalten ist, ist weiterhin ein Rücktrittsrecht gegeben.³⁸⁹ Da die Teilakte einzeln abgegrenzt und für sich allein stehen können, kann daher auch jeweils von einem Teilakt zurückgetreten werden.

b) Gemeinsame Voraussetzungen einer Kündigung

Die Kündigungen in jedem Teilrechtsgebiet und Teilaspekts des Zivilrechts teilen als gemeinsame Voraussetzungen, dass die Kündigung erklärt werden muss und ein Grund zur Kündigung vorliegen muss.

Vor der Kodifikation des § 314 BGB leitete die Rechtsprechung und Literatur das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde aus dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB her.

Der Bundesgerichtshof hat hierzu bereits in den frühen 1950er Jahren ausgeführt, dass das Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen anstelle des Rücktritts tritt.³⁹⁰ Das Kündigungsrecht für den Schuldner

³⁸⁴ BGHZ, 50, 312. Der BGH stützt sich hierbei auf das bereits zuvor eingeführte Mietrechtsänderungsgesetz von 1967 und darauf, dass eine außerordentliche Kündigung als Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben nach § 242 BGB stets möglich ist.

³⁸⁵ Blank/Börstinghaus, § 572 BGB, Rn. 7.

³⁸⁶ BGH, WM 1976, 508; BGH, NJW 1981, 1264; BGH, NJW 1986, 125. Im Urteil BGH, WM 1976, 508 ging es um die Beendigung eines Bierlieferungsvertrages für eine bayerische Gastwirtschaft.

³⁸⁷ Larenz, Schuldrecht Band I, 11. Auflage, S. 336; BGB-RGRK/AIff, § 242 BGB, Anm. 51.

³⁸⁸ BGHZ 50, 312; OLG Hamm, OLGZ 84, 346.

³⁸⁹ Dies kann als Umkehrschluss aus BGH, NJW 1981, 1264 gezogen werden.

³⁹⁰ BGH, DB 1953, 485.

wurde aus § 242 BGB hergeleitet und sollte hiervon auch begrenzt werden. Dies bedeutet, dass das Vertragsverhältnis immer dann gekündigt werden konnte, wenn die Vertragserfüllung für den Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann.

Begründet wurde das außerordentliche Kündigungsrecht bereits für die alte Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung in Literatur und Rechtsprechung damit, dass es bei einem schon laufenden Dauerschuldverhältnis nicht im Interesse der Parteien ist, den gesamten Vertrag auch in Bezug auf die störungsfreien Leistungsteile zurückabzuwickeln.³⁹¹ Dies überzeugt, denn eine Rückabwicklung eines Dauerschuldverhältnisses stellt die Parteien praktisch vor eine schier unlösbare Aufgabe. Nach Jahren des gelebten Vertrages können einzelne Vorgänge und Leistungshandlungen innerhalb der Vertragsbeziehungen nicht mehr rekonstruiert werden, weil sie z.B. nicht archiviert wurden oder weil die Rückgewähr einfach unmöglich ist.

Gerade bei Mietverhältnissen ist eine Rückgewähr unmöglich, denn den Wohnwert einer Wohnung kann ein Mieter schlichtweg nicht zurückerstatten. Der Wertersatz in Geld würde zu einem faktischen Schadensersatzanspruch werden, der aber ein Verschulden voraussetzt. Der Schadensersatzanspruch hat aber einen anderen Zweck als der Rücktritt. Denn der Schadensersatzanspruch ist auf Schadensbeseitigung gerichtet, der Rücktritt auf Vertragsbeendigung. Beides kann gem. § 325 BGB nebeneinander bestehen. Zudem ist der Rücktritt ein Gestaltungsrecht und der Schadensersatz ein Anspruch.

Bei anderen Dauerschuldverhältnissen mit der Leistung einer verbrauchbaren Sache, wie einem Bierlieferungsvertrag, ist die Leistung auch schlichtweg nicht mehr da, weil sie verbraucht wurde.

Die Kündigung wirkt daher *ex nunc* für die Zukunft und nicht *ex tunc* wie die Anfechtung, da gerade nicht gewollt ist, dass das gesamte Rechtsgeschäft rückabgewickelt wird.

Unberührt bleiben nach § 314 Abs. 4 BGB Schadensersatzansprüche.³⁹² Vorleistungen müssen zurückerstattet werden.³⁹³

c) Kündigungserklärung

Die Kündigung ist das Rechtsgeschäft, das den Vertrag beendet. Als ein Gestaltungsrecht muss sie deswegen wie alle einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärungen erklärt werden, was bedeutet, dass der Wille zur Beendigung des Vertrages durch eine Handlung

³⁹¹ BGH, NJW 1986, 125; BGH, NJW 1972, 827; BGH, WM 1976, 508; MüKo/Emmerich, Vorb. § 27 BGB, Rn. 284, 285; Larenz, Schuldrecht Band I, 14. Auflage, S. 416.

³⁹² BGHZ 82, 121, 129.

³⁹³ PWW/Stürmer, § 314 BGB, Rn. 20.

ausdrücklich nach außen gebracht werden muss.³⁹⁴ Zudem ist die Kündigung bedingungsfeindlich.³⁹⁵ Gestaltungsrechte wie die Kündigung sollen die Rechtslage klären.³⁹⁶ Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn die Kündigung mit einer Bedingung verknüpft ist. Dem Erklärungsempfänger kann kein Schwebezustand zugemutet werden, in welchem er nicht weiß, wie es nun weitergeht.³⁹⁷ Er muss wissen, ob der Vertrag nun beendet ist oder nicht und soll hierüber nicht im Ungewissen bleiben.³⁹⁸ Das Schicksal der Rechtsbeziehung muss er eindeutig erkennen können.³⁹⁹ Dies wäre aber gerade nicht der Fall, wenn eine Bedingung mit der Gestaltung des Rechtsgeschäfts verbunden wäre, da nicht mit absoluter Sicherheit vorausgesagt werden kann, ob eine Bedingung eintritt oder nicht.

Die Grundnorm des § 314 BGB sieht keine bestimmte Form der Kündigung vor. Allerdings sind Kündigungen für bestimmte Dauerschuldverhältnisse an Formvorschriften gebunden, die wesentliche Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Kündigung sind. Zu nennen ist hier insbesondere die Schriftform nach § 126 BGB. Mündliche oder konkludente Kündigungen sind deswegen grundsätzlich nicht möglich, wenn Schriftformklauseln oder gesetzliche Formvorschriften bestehen.⁴⁰⁰

Für das Wohnraummietrecht bestimmt § 568 Abs. 1 BGB die Schriftform der Kündigung. Die Vorschrift sieht in Abs. 2 vor, dass der Vermieter zusätzlich auf die Möglichkeiten sowie Form und Frist eines Widerspruchs hinweist. Bei Landpachtverträgen gilt die Schriftform nach § 594f. BGB. Bei den übrigen Mietverhältnissen kann die Kündigung ausnahmsweise formlos erfolgen, etwa durch Räumung.⁴⁰¹

Im Arbeitsrecht ist die Schriftform der Kündigung in § 623 BGB niedergelegt.

Die Schriftform hat eine Warn-, Klarstellungs- und Beweisfunktion, damit die Parteien ihre Rechte und Pflichten klar erkennen können.⁴⁰² Für Verbraucher gilt aber, dass die Kündigung auch in Textform erklärt werden kann. Entsprechende Klauseln in AGB, die für den Verbraucher die Schriftform vorsehen, sind gem. § 309 Nr. 13 BGB unwirksam.⁴⁰³

³⁹⁴ Vgl. PWW/Stürner, § 314 BGB, Rn. 14; BGH, NJW 2012, 2270.

³⁹⁵ PWW/Stürner, § 314 BGB, Rn. 14.

³⁹⁶ BGHZ 32, 375, 383.

³⁹⁷ Bülow, JZ 1979, 430, 431; Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, S. 132.

³⁹⁸ RGZ 66, 153, 154; BGH, WM 1981, 729.

³⁹⁹ BGH, NJW 1986, 2245.

⁴⁰⁰ KG, WuM 2006, 193.

⁴⁰¹ OLG Frankfurt, ZMR 2005, 617.

⁴⁰² Für das Arbeitsrecht BAG, NZA 2007, 466.

⁴⁰³ Siehe auch BGH, NJW 2016, 2800 zum Online-Partnervermittlungsvertrag.

d) Substantiierung der Kündigung

In der Kündigung muss der Wille einer Partei zum Ausdruck kommen, dass der Vertrag beendet werden soll.⁴⁰⁴ Das Wort „Kündigung“ muss aber nicht fallen, sondern es muss aus dem Inhalt klar und unmissverständlich hervorgehen, dass das Vertragsverhältnis beendet ist.⁴⁰⁵

Weitere Formvorschrift in einigen Dauerschuldverhältnissen ist, dass die zur Kündigung führenden Gründe in der Kündigung genannt werden. Bei der Grundnorm des § 314 BGB ist keine Begründung notwendig. Sie muss aber im Prozess vorgetragen werden.⁴⁰⁶

Für das Wohnraummietrecht ordnet das BGB eine Angabe von Kündigungsgründen in § 573 Abs. 3 S. 1 BGB, in § 573a Abs. 3 BGB, in §§ 573d Abs. 1 BGB, 575a Abs. 1 BGB (jeweils iVm. § 573 Abs. 3 S. 1 BGB) und nach §§ 543, 569 Abs. 4 BGB für die außerordentliche Kündigung an.

Bei der erleichterten Kündigung von Wohnraum in einem vom Vermieter selbst bewohnten Gebäude gem. § 573a BGB bestimmt dessen Abs. 3, dass in dem Kündigungsschreiben anzugeben ist, dass die Kündigung auf die Voraussetzungen des Abs. 1 oder 2 gestützt wird.

Das Anführen von Kündigungsgründen dient insbesondere dazu, dass der Vertragspartner erkennen kann, warum das Vertragsverhältnis beendet wird. Es ist also eine Frage der Vertragsfairness. Der Gekündigte soll wissen, warum der Vertrag beendet wird, um über seine Rechtsposition Klarheit zu haben und alles unternehmen zu können, um seine Interessen zu wahren.⁴⁰⁷ Zur Ergänzung oder Ausfüllung des Kündigungsgrundes können Tatsachen nachgeschoben werden, etwa im anschließenden Räumungsprozess, wo sie gem. § 286 ZPO berücksichtigt werden.⁴⁰⁸ Es kann nämlich nicht verlangt werden, dass innerhalb des Kündigungsschreibens sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen genannt werden müssen wie in einer Anspruchsbegründung.⁴⁰⁹ Dies gilt insbesondere für eine Kündigung des Mietverhältnisses aus Eigenbedarf, da hier auch die Persönlichkeitsrechte betroffen sind, die insoweit geschützt werden sollen.⁴¹⁰ Die nachgeschobenen Tatsachen zur weiteren Substantiierung der Klage müssen aber dann zu den bereits im Kündigungsschreiben angeführten Gründen gehören.

⁴⁰⁴ Grüneberg/Weidenkaff, § 542 BGB, Rn. 12.

⁴⁰⁵ Für das Mietrecht Grüneberg/Weidenkaff, § 568 BGB, Rn 4.

⁴⁰⁶ MüKo/Gaier, § 314 BGB, Rn. 18, 24. Gründe können im Prozess auch nachgeschoben werden.

⁴⁰⁷ BGH, NJW 2011, 914.

⁴⁰⁸ BayObLG, NJW 1981, 2197, 2199.

⁴⁰⁹ BayObLG, NJW 1981, 2197, 2199.

⁴¹⁰ BayObLG, NJW 1981, 2197, 2199.

Im Mietrecht wird eine Kündigung auf der Grundlage der §§ 574 ff BGB unwirksam und gem. § 125 BGB nichtig, wenn der Kündigungsgrund nicht angegeben wird, da die Schriftform nach § 126 BGB nicht gewahrt ist.⁴¹¹

Im Arbeitsrecht ist der Kündigungsgrund nicht von der Schriftformerfordernis des § 623 BGB umfasst, so dass die Begründung im Kündigungsschreiben selbst nicht genannt werden muss.⁴¹²

Kündigungsgründe und Kündigungsfristen können grundsätzlich auch vertraglich geregelt werden, unterliegen aber teilweise gesetzlichen Beschränkungen hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung.

2. Unterschied zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung

Das BGB unterscheidet zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, z.B. im Mietrecht die außerordentliche Kündigung nach § 543 BGB und § 573 BGB für die ordentliche Kündigung. Hier sind die Begriffe schon in der Überschrift enthalten.

Grundnorm für die außerordentliche Kündigung ist der durch die Schuldrechtsreform von 2001 eingeführte § 314 BGB welcher die zuvor entwickelte Rechtsprechung und Literatur zur außerordentlichen Kündigung übernahm.⁴¹³ Diese Grundnorm wird aber bei bestimmten Schuldverhältnissen durch Sondervorschriften über Kündigungen, z.B. Darlehen, Dienstverhältnisse, Gesellschaftsrecht, verdrängt; z.B. § 621 BGB für Dienstverhältnisse, § 543 BGB und § 573 BGB für das Mietrecht, § 723 BGB im Gesellschaftsrecht und § 489 BGB für das Darlehen.

Dies mag daran liegen, dass sich in den jeweiligen Rechtsgebieten historisch schon früher Kündigungstatbestände entwickelt haben, aus denen dann der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform eine allgemeine Vorschrift gebildet hat.

Der Unterschied zwischen der außerordentlichen und der ordentlichen Kündigung besteht in zwei Aspekten.

Zum einen sind ordentliche Kündigungen an Fristen gebunden, während bei außerordentlichen Kündigungen keine vertragliche oder

⁴¹¹ PWW/Elzer, § 568 BGB, Rn. 6, 8.

⁴¹² KR-Kommentar/Spilger, § 623 BGB, Rn. 141.

⁴¹³ Vgl. Hase, NJW 2002, 2278; schon nach der Gesetzesbegründung gehen die Spezialvorschriften vor, vgl. BT-Drs. 14/6040. S. 177; MüKo/Gaier, § 314 BGB, Rn. 9; Grüneberg/Grüneberg, § 314 BGB, Rn. 4.

gesetzliche Frist eingehalten werden muss.⁴¹⁴ Eine Ausnahme von dieser Einteilung ist die außerordentlich befristete Kündigung.

Die ordentliche Kündigung zielt grundsätzlich auf eine fristgerechte Beendigung, die außerordentliche Kündigung auf eine Beendigung ohne Frist, d.h. ohne weitere zeitliche Verzögerung. Die außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist ist in Sonderkonstellationen möglich, z.B. bei Tod des Mieters können Erbe und Vermieter nach § 564 BGB kündigen. In diesen Fällen muss zwar auch ein berechtigtes Interesse an der Beendigung vorliegen. Dieses Interesse ist erkennbar aber nicht durch ein Verschulden einer Partei hervorgerufen.⁴¹⁵

Zum anderen muss bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung immer ein wichtiger Grund vorliegen, der den kündigenden Teil zur Kündigung berechtigt. Bei der ordentlichen Kündigung ist dies nicht zwingend der Fall. Hier reicht zumeist ein berechtigtes Interesse, welches aber nicht immer ein wichtiger Grund sein muss. Gleichwohl ist es in den meisten typischen Fällen so, dass wenn ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, auch gleichzeitig ein Grund für eine ordentliche Kündigung gegeben ist.⁴¹⁶

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor 2001 war ein wichtiger Grund gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrages bis zu dessen vereinbarter Beendigung nicht zugemutet werden kann.⁴¹⁷

§ 314 Abs. 1 S. 2 BGB gibt nunmehr eine an der vorausgegangenen Rechtsprechung orientierte Legaldefinition für den wichtigen Grund:

„Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.“

Die in der Legaldefinition niedergelegten Voraussetzungen und Umstände müssen jedoch je nach Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden.⁴¹⁸ Dies gilt aber nur dann, wenn das Gesetz für die einzelnen Schuldverhältnisse nicht bereits wichtige Gründe in vertypter Form vorgibt.

⁴¹⁴ Thombansen, Rechtslexikon: Eintrag Außerordentliche Kündigung. Im Arbeitsrecht können soziale Auslaufzeiten hinzukommen, PWW/Lingemann, § 620 BGB, Rn. 3, 33.

⁴¹⁵ Tonner/Willingmann/Tamm, § 573d BGB, Rn. 1.

⁴¹⁶ Z.B. im Mietrecht bei Zahlungsverzug, BGH, ZMR 2005, 356.

⁴¹⁷ BGH, NJW 1978, 947.

⁴¹⁸ Tonner/Willingmann/Tamm, § 314 BGB, Rn. 2.

Es handelt sich in jedem Fall um eine Prognoseentscheidung, ob dem kündigenden Teil das Festhalten am Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zugemutet werden kann.⁴¹⁹ Es gilt dabei aber nicht wie bei der Ehe ein Quasi-Zerrüttungsprinzip ähnlich § 1565 Abs. 1 BGB, da es bei der Kündigung nicht darum geht, dass mit der Wiederherstellung eines guten Verhältnisses gerechnet werden kann.⁴²⁰ Die Kündigung soll den Vertrag beenden, der durch eine Pflichtverletzung gestört ist und nicht weil er „gescheitert“ ist. Das Dauerschuldverhältnis ist eine Rechts- und keine Lebensbeziehung im Sinne eines privaten, familiären Zusammenlebens. Eine „Versöhnung“ der Parteien beseitigt die Pflichtverletzung nicht, die danach immer noch im Raum steht. Das ist bei der Ehe zwischen zwei Personen anders, da die Zerrüttung der Ehe keine Verletzung aus dem Pflichtprogramm eines Schuldverhältnisses ist, sondern das Scheitern des Zusammenlebens.

Der Regelfall der Kündigung nach § 314 BGB ist eine erhebliche Pflichtverletzung des Vertragspartners. Diese muss rechtswidrig sein.⁴²¹ Ein Verschulden ist nach der Gesetzesbegründung weder erforderlich noch ausreichend.⁴²²

Daher gibt § 314 Abs. 2 BGB vor, dass bei einer Pflichtverletzung der andere Teil zunächst abgemahnt werden muss, bevor das Kündigungsrecht entsteht. Die Abmahnung hat zum einen eine Rügefunktion, um das bisherige Verhalten zu tadeln, und zum anderen eine Warnfunktion für den Schuldner, dass ihm bei einem weiteren Verstoß gegen die Vertragspflichten die Kündigung droht.⁴²³ Die Abmahnung kann aber nach § 314 Abs. 2 S. 3 BGB entbehrlich sein, wenn Umstände vorliegen, welche die sofortige Kündigung unumgänglich machen.

Das Recht auf eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund in einem Dauerschuldverhältnis steht jeder Partei zu und muss den beiden Parteien auch zustehen, damit sie nach einem Vertrauensverlust nicht gleichsam „auf ewig aneinander gekettet sind“. Es ist auch im Kern nicht etwa durch AGB oder Individualvereinbarung abdingbar, auch wenn im Gegensatz zu anderen Normen ein expliziter Hinweis auf die Nichtabdingbarkeit fehlt.⁴²⁴ Hieran erkennt man, dass das Kündigungsrecht ursprünglich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entwickelt wurde, der ebenfalls nicht abdingbar ist und für das gesamte Zivilrecht gilt.

Die Parteien können lediglich vereinbaren, dass bestimmte Umstände als wichtiger Grund zur Kündigung anzusehen sind.⁴²⁵ Im

⁴¹⁹ Tonner/Willingmann/Tamm, § 314 BGB, Rn. 9.

⁴²⁰ Für das Mietrecht Kraemer, NZM 2001, 553.

⁴²¹ Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, § 314 BGB, Rn. 2.

⁴²² BT-Drs. 14/6040, S. 178.

⁴²³ BGH, NJW 2012, 53.

⁴²⁴ BGH, NJW 2012, 1431; BGH, ZIP 2016, 1279, NK-BGB/Krebs, § 314 BGB, Rn. 55.

⁴²⁵ BGH, NJW-RR 1988, 381.

Umkehrschluss könnten die Parteien auch vereinbaren, welche Umstände sie als unwichtig erachten, da die Frage, wann ein wichtiger Grund gegeben ist, grundsätzlich unter Berücksichtigung des Einzelfalles ausgelegt werden muss. Die Parteien dürfen hier aber nicht hinter fest bestimmte gesetzliche Vorgaben zurückfallen. So darf etwa bei der Vermietung einer Wohnung die Voraussetzungen für die Kündigung aus § 543 BGB nicht durch Vereinbarung der Parteien dahingehend geschärft werden, etwa dass bereits beim Verzug mit einer halben Monatsmiete gekündigt werden kann. Das verbietet schon das zwingende Abweichungsverbot zu Lasten des Mieters in § 569 Abs. 5 BGB, der auch § 543 BGB umfasst. Dieser Rechtsgedanke kann auch auf die anderen Schuldverhältnisse übertragen werden, da er insoweit verallgemeinerungsfähig ist: Die Parteien dürfen Umstände klarstellend im Vertrag als unwichtig definieren. Was aber nach dem Gesetz als wichtiger Grund ausgestaltet ist, soll auch ein wichtiger Grund bleiben, da ansonsten eine benachteiligende Abweichung vorliegt.

Die Grundnorm des § 314 BGB ist insoweit *lex generalis* gegenüber den Sonderregelungen der anderen, spezielleren außerordentlichen Kündigungstatbeständen, tritt daher hinter diesen zurück.⁴²⁶ Gleichzeitig ist die Norm aber auch in seiner Gestaltung und Ausformulierung Grundmodell für die spezielleren außerordentlichen Kündigungstatbestände.

Die Unterscheidung zwischen ordentlicher Kündigung mit Frist und außerordentlicher Kündigung ohne Frist (fristlose Kündigung) findet sich bei allen kodifizierten Dauerschuldverhältnissen. Man kann insoweit von einem Grundmodell sprechen, das grundsätzlich für alle, auch nicht ausdrücklich im BGB oder anderen formellen und materiellen Gesetzen niedergelegte Dauerschuldverhältnisse Geltung hat.

Für das (Wohn-)Mietrecht ist das Recht zur ordentlichen Kündigung des Vermieters in § 573 BGB niedergelegt. Das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung für alle Mietverhältnisse über Gebäude (Gewerbe- und Wohnraum) findet sich in § 543 BGB. Die außerordentliche fristlose Kündigung zum Wohnraummietrecht wird in § 569 BGB ergänzend geregelt.

Über die Verweisungen in das Mietrecht nach § 581 Abs. 2 BGB gelten die Vorschriften zur ordentlichen und außerordentlichen Kündigung auch im Pachtrecht. Eingeschränkt wird diese Verweisung durch § 584a BGB, der klarstellt, dass die beiden außerordentlichen Kündigungen mit Frist nach § 540 BGB (Verweigerung der Überlassung an einen Untermieter durch Mieter) und § 580 BGB (Tod des Mieters) bei Pachtverhältnissen keine Anwendung findet. § 584 BGB modifiziert weiterhin den Kündigungszeitpunkt auf das Pachtjahr.

⁴²⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 177; MüKo/Gaier, § 314 BGB, Rn. 9; Grüneberg/Grüneberg, § 314 BGB, Rn 4; Grunsky/Kupka, FS Medicus 2009, 155.

Im Arbeitsrecht ist die ordentliche Kündigung mit gestaffelten Fristen in § 622 BGB geregelt. Zudem werden die Modalitäten der Kündigung mit speziellen Kündigungstatbeständen weiterhin noch durch das Kündigungsschutzgesetz modifiziert. Die fristlose Kündigung findet sich in § 626 BGB mit einer Modifizierung nach § 627 BGB bei höheren Dienstverhältnissen, die keine Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 622 BGB sind.

§ 490 BGB statuiert im Kreditrecht die ordentliche Kündigung des Darlehensnehmers, in § 491 Abs. 1 BGB die außerordentliche Kündigung des Darlehensgebers und in § 491 Abs. 2 BGB die außerordentliche Kündigung des Darlehensnehmers.

Die einheitliche Struktur der außerordentlichen Kündigungstatbestände aus wichtigem Grund besteht darin, dass eine Generalklausel definiert wird, die bestimmt, dass der Vertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Danach sind weitere typische denkbare Fallkonstellationen, d.h. im jeweiligen Vertrag aus dem zu regelnden Lebenssachverhalt heraus häufig auftretende Pflichtverletzungen als Kündigungsgrund konkretisiert. Dies sind solche, die vom Gesetzgeber als wichtiger Grund angesehen werden, etwa Zahlungsverzug mit einem erheblichen Teil der Gegenleistung oder beispielsweise Entzug der Mietsache. Hierbei handelt es sich um gesetzlich definierte Beispiele eines wichtigen Grundes.⁴²⁷ Die Fallkonstellationen werden deswegen auch als die benannten Kündigungsgründe bezeichnet.⁴²⁸

In der Terminologie des Arbeitsrechts hat sich für im Gesetz ausdrücklich benannte Gründe der Begriff des absoluten Kündigungsgrundes durchgesetzt.⁴²⁹ Unter absoluten Kündigungsgründen versteht man Gründe für eine Kündigung, bei deren Vorliegen per se die Kündigung gerechtfertigt ist, ohne dass es im Einzelfall einer Prüfung nach der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung und auch einer Abmahnung bedarf.⁴³⁰

Diese Terminologie aus dem Arbeitsrecht lässt sich auch leicht auf die anderen Rechtsgebiete wie das Mietrecht, übertragen, da die Voraussetzungen und Rechtsfolgen insoweit vergleichbar sind, nämlich bei Vorliegen bestimmter vertypter Sachverhaltskonstellationen, die eben eine typische oder wenn man so will „klassische“ in der Praxis oft vorkommende schwerwiegende Pflichtverletzung sind, ist das Recht zur Kündigung für eine Vertragspartei gegeben.

Absolute Kündigungsgründe sind keine Regelbeispiele. Regelbeispiele enthalten keine Tatbestandsqualifikationen, sondern wirken auf der Rechtsfolgenseite.⁴³¹ Das heißt, dass wenn dieses oder jenes Regelbeispiel gegeben ist, eine andere Rechtsfolge als die im

⁴²⁷ Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 5.

⁴²⁸ Für das Mietrecht Kraemer, NZM 2001, 557.

⁴²⁹ KR-Kommentar/Krumbiegel, § 626 BGB, Rn. 88 ff.

⁴³⁰ Vgl. BGH, NJW 2007, 147; BGH, NJW 2009, 2297.

⁴³¹ Vgl. für das Steuerstrafrecht Flore/Tsambikakis, § 370 AO, Rn. 543, 544.

Grundtatbestand gegeben sein kann, etwa eine Strafschärfung im Strafrecht.

Die absoluten Kündigungsgründe sind zwar Konkretisierungen eines wichtigen Grundes, die Tatbestandsmerkmale müssen aber vorliegen, damit ein Kündigungsgrund gegeben ist.⁴³² Bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale ist das Recht zur Kündigung ohne weitere Einschränkungen oder Bedingungen gegeben. Es gibt also kein „bisschen“ Kündigung oder eine „milde“ Kündigung, bei der nur bestimmte Teile des Vertrages gekündigt sind, sondern nur der ganze Vertrag. Dies ist insoweit zu unterscheiden von zuvor vertraglich vereinbarten und definierten Teilkündigungsrechten wie etwa die Teilkündigung von bestimmten Mietflächen z.B. bei einem Gewerbemietvertrag, der aus einem Ladengeschäft und einem separaten Lager besteht und der Vertrag die Möglichkeit einräumt, nur die Lagerfläche zu kündigen.

Der Unterschied zu den Regelbeispielen wird schon im Wortlaut der jeweiligen Norm deutlich. Die in § 543 BGB aufgeführten Gründe für eine außerordentliche fristlose Kündigung sind rechtssystematisch keine Regelbeispiele.⁴³³ Das bedeutet, dass sobald die Tatbestandsvoraussetzungen eintreten und gegeben sind, ein wichtiger Grund gegeben ist.⁴³⁴

Die benannten Kündigungsgründe werden in der Regel durch die Formulierung „*Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor*“ (etwa bei § 543 Abs. 2 S. 1 BGB) eingeleitet und nicht mit „*in der Regel liegt ein wichtiger Grund vor, wenn*“ wie bei Regelbeispielen etwa aus dem Strafrecht, z.B. die schweren Fälle des Diebstahls nach § 243 StGB.

3. Verzug als Kündigungsgrund

Der Verzug als Kündigungsgrund ist gleichsam ein Paradefall der Pflichtverletzung im Dauerschuldverhältnis bei einer Geldzahlung als Leistungsgegenstand, wobei auch eine wiederkehrende Tätigkeit möglich ist. Die Erbringung der Gegenleistung ist Hauptvertragspflicht desjenigen, der die für den Vertragstyp charakteristische Leistung in Empfang nimmt, z.B. den Gebrauch der Mietsache nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB.

Kommt der Schuldner seiner Leistungsverpflichtung in einem bestimmten Zeitraum nicht mehr nach, besteht die berechnete Vermutung, dass er auch zukünftig nicht weiter leisten kann.

Befindet sich der Schuldner mit der Gegenleistung in Verzug, ist ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben, denn die Prognose, ob dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag zuzumuten ist, ist negativ. Man könnte es auf die Formel bringen „Einmal Verzug, immer Verzug“. Das

⁴³² Vgl. BGH, NJW 2007, 147; BGH, NJW 2009, 2297.

⁴³³ Kraemer, NZM 2001, 553.

⁴³⁴ Kraemer, NZM 2001, 558.

Interesse des Gläubigers ist, dass er keine weiteren Nachteile durch zukünftige Zahlungsausfälle erleiden will und so sein Vermögen präventiv schützen möchte. Diesen Schutz bezweckt der Gesetzgeber dadurch, dass er den Verzug als Kündigungsgrund festlegt.

Voraussetzung aller verzugsbedingten Kündigungen ist, dass Verzug im Sinne des § 286 BGB vorliegt, d.h. dass der Schuldner trotz fälligem und einredefreiem Anspruch auf die (Gegen-)Leistung nicht zur rechten Zeit am rechten Ort in der rechten Art und Weise geleistet hat und er die Verzögerung gem. § 286 Abs. 4 iVm. § 276 BGB zu vertreten hat. Eine Ausnahme gilt für Geldschulden (also regelmäßig für Mietschulden) freilich insofern, als der Geldschuldner für seine persönliche Leistungsfähigkeit verschuldensunabhängig haftet ("Geld muss man haben").⁴³⁵

Die Kündigung wegen Verzug des Mietzinses nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist ein benannter Kündigungsgrund, da die Voraussetzungen der Kündigung ausdrücklich im Gesetz ausgeführt sind.⁴³⁶ Eine Prüfung der Unzumutbarkeit ist im Falle von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nicht erforderlich.⁴³⁷

Kündigungen sind in der Regel eine Folge von Konflikten zwischen den Vertragsparteien, bei denen das Vertrauen einer Partei nachhaltig erschüttert oder zerstört ist.

Aus Sicht des Vermieters einer Sache gibt es, abgesehen von der mutwilligen Zerstörung der Mietsache, keinen größeren Vertrauensmissbrauch als den Verzug mit der Miete, gerade auch deswegen, weil die Mietzahlung synallagmatische Hauptleistungspflicht des Mieters ist. Mit Synallagma (von griechisch συνάλλαγμα „Tausch, Handel) ist ein gegenseitiger Vertrag gemeint, der vom Austausch von Leistung und Gegenleistung und damit beiderseitigen Leistungspflichten gekennzeichnet ist.⁴³⁸

Das macht eine verzugsbedingte Kündigung aber nicht zu einer sog. „Zerrüttungskündigung“, bei der das Vertrauen der Parteien gänzlich zerstört ist, da der Verzug mit der Mietzahlung wegen der betroffenen Rechtsgüter eine andere rechtliche Qualität hat als z.B. ein Angriff auf den Vermieter oder eine schwerwiegende Beleidigung, die nicht auf das Vermögen abzielen, sondern auf die körperliche Integrität bzw. auf die Ehre.⁴³⁹

⁴³⁵ Siehe S. 107 und S. 148.

⁴³⁶ So Kraemer, NZM 2001, 557. Mietzins und Mietzahlung werden im weiteren Verlauf synonym verwendet.

⁴³⁷ BGH, NJW 2007, 147; BGH, NJW 2009, 2297.

⁴³⁸ Grüneberg/Grüneberg, Vor § 320 BGB, Rn. 5.

⁴³⁹ Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, D. Fristlose Kündigung, Rn. 142, 157.

Bei einer Kündigung eines Verbraucherdarlehens gem. § 498 Abs. 1 Nr. 1 BGB besteht beim Zahlungsverzug die Gefahr, dass der Schuldner auch die übrigen Raten nicht bedienen kann.

Ein weiteres Verschulden des Schuldners ist nicht notwendig, da bereits im Rahmen der Prüfung, ob Verzug vorliegt, nach § 286 Abs. 4 BGB das Verschulden des Schuldners berücksichtigt wird.

Der Schuldner haftet mit dem Haftungsmaßstab des § 276 BGB für die vorsätzliche oder fahrlässige Verzögerung und Verspätung der Leistung. Besonders im Mietrecht gilt, dass der Mieter sich nicht darauf berufen kann, dass er kein Verschulden hat, weil er auf Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle angewiesen ist und diese Leistungen rechtzeitig beantragt hat.⁴⁴⁰

Der Schuldner muss für sein finanzielles Leistungsvermögen einstehen.⁴⁴¹ Er haftet mit seinem gesamten Vermögen, in das der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben kann, wenn er die Forderung zuvor gerichtlich geltend gemacht und einen Titel erwirkt hat.⁴⁴² Haftungsbegrenzungen ergeben sich nur aus dem materiellen oder prozessualen Recht. Dieses Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung wird aus dem Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, früher aus dem Grundgedanken des § 279 BGB a.F., hergeleitet.⁴⁴³ Hiernach hat der Schuldner ohne Rücksicht auf sein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit stets einzutreten.⁴⁴⁴ Er kann sich nicht darauf berufen, dass er für die Zahlung kein Geld hat. Das Prinzip ist die Kehrseite der Vertragsfreiheit, denn wer Verträge frei abschließen kann und will, muss auch dafür einstehen, dass er diese erfüllen kann. Das wird häufig schlagwortartig mit dem Spruch „Geld muss man haben“ wiedergegeben.⁴⁴⁵

Hat der Schuldner kein Geld und leistet er aus diesem Grund verzögert, muss er die Verzögerung vertreten.⁴⁴⁶

Grundsätzlich sieht § 286 Abs. 1 BGB eine Mahnung vor. In Bezug auf Dauerschuldverhältnisse ist diese gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, soweit die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt ist. Aus dem zugrundeliegenden Vertrag ergibt sich regelmäßig, zu welchem Zeitpunkt der Schuldner zu leisten hat, z.B. im Wohnraummietrecht gem. § 556b Abs. 1 BGB am 3. Werktag des Zeitabschnitts.

Für die Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, muss eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden. So schreibt es etwa schon die Grundnorm des § 314 Abs. 1 S. 2 BGB vor,

⁴⁴⁰ BGH, ZMR 2015, S. 287.

⁴⁴¹ Coester-Waltjen, AcP 183, 279, 287 f.; anders Ahrens, Der mittellose Geldschuldner, S. 236.

⁴⁴² PWW/Kramme, § 241 BGB, Rn. 26.

⁴⁴³ BGHZ, 107, S. 92; Staudinger/Caspers, § 275 BGB, Rn. 74.

⁴⁴⁴ BGH, NJW 2015, 1296; OLG Dresden, ZD 2019, 77, 78.

⁴⁴⁵ BGH, NJW 1989, 1278; LAG München, ArbuR 1997, 304.

⁴⁴⁶ BGH, BeckRS 2014, 18459, Rn. 5.

aber auch in § 543 Abs. 1 BGB ist die Interessenabwägung vorgesehen. Bei der Abwägung müssen alle Umstände betrachtet werden, die ein Festhalten am Vertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist als unzumutbar erscheinen lässt.⁴⁴⁷ Zu den Umständen sind auch, wie bei der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, die Besonderheiten des jeweiligen Vertragstyps zu rechnen.⁴⁴⁸

Wenn aber ein qualifizierter Verzug mit der Leistung in einem umfangreichen und damit erheblichen Betrag wie in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB vorliegt, ist eine Interessenabwägung entbehrlich. Der Verzug selbst ist nämlich der wichtige Grund. Insbesondere dann, wenn die Leistung bzw. Zahlung die oftmals einzige Gegenleistung in einem Dauerschuldverhältnis für eine Partei ist, ist die Verletzung der einzigen Hauptpflicht so schwerwiegend, dass es keiner weiteren Würdigung der Umstände und Interessen im Einzelfall bedarf, da diese insoweit unnötig ist. Wenn hingegen der Schuldner nur mit minimalen Beträgen im niedrigen Bereich im Verzug ist, ist wiederum eine Interessenabwägung notwendig, um festzustellen, ob ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt. Dann müssten noch weitere Umstände und Pflichtverletzungen vorliegen, so dass der Verzug ein Aspekt in einer Gesamtabwägung der Interessen ist.

4. Abgrenzung Verzug und nicht rechtzeitige Leistung: Beispiel Mietzahlung

Der Verzug mit der Leistung ist abzugrenzen von der nicht rechtzeitigen Leistung. Verzug ist der vollständige oder bei einer Teilleistung teilweise Ausfall der Leistung nach Mahnung und Fälligkeit. Bei der nicht rechtzeitigen Leistung ist die Fälligkeit zwar bereits eingetreten, so dass sich der Schuldner bereits in Verzug befindet, er aber dann zu einem späteren Zeitpunkt die Leistung entrichtet. Daher ist für die nicht rechtzeitige Leistung auch kein Vertretenmüssen erforderlich. Insbesondere muss die Leistungszeit auch nicht kalendermäßig bestimmt sein, denn gem. § 271 BGB ist die Leistung ohne nähere Bestimmung sofort fällig und daher jede Zahlung nach diesem Zeitpunkt, auch bei einem geringen Rückstand, verspätet.

Beide Konstellationen können ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung sein, denn beide Fälle sind eine Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis. In § 314 BGB findet sich keine Differenzierung.

Im Mietrecht ist der Verzug aber als Kündigungsgrund in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gesondert geregelt, während die unpünktliche Mietzahlung unter die Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB fällt.

Jedoch unterscheiden sich die Fälle auch darin, wann diese zu einem wichtigen Grund werden. Bei einer verspäteten Zahlung ist gem. § 543

⁴⁴⁷ Vgl. BGH, WM 2016, 1293.

⁴⁴⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 178.

Abs. 3 BGB grundsätzlich eine vorherige Abmahnung notwendig. In einem weiteren Schritt ist dann eine separate Abwägung erforderlich, um festzustellen, ob ein Grund vorliegt, der es dem Gläubiger unzumutbar macht, weiter am Dauerschuldverhältnis festzuhalten

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Vermieter bei wiederholt unpünktlichen Mietzahlungen berechtigt, eine fristlose Kündigung auszusprechen.⁴⁴⁹

Die unpünktliche Mietzahlung ist eine erhebliche Pflichtverletzung des Mieters, denn die unpünktliche Zahlung ist Ausdruck eines störenden Zahlungsverhaltens.⁴⁵⁰ Dieses Verhalten des Mieters kann das Vertrauen in den Vertrag schwer erschüttern, insbesondere dann, wenn der Mieter fortlaufend und häufig unpünktlich zahlt.⁴⁵¹ Wie der Verzug ist die unpünktliche Zahlung eine Vermögensgefährdung zu Lasten des Vermieters. Richtigerweise soll daher auch bei der Abwägung, ob eine schwerwiegende Pflichtverletzung in der verspäteten Zahlung liegt, zugunsten des Vermieters berücksichtigt werden, ob der Vermieter auf eine pünktliche Miete angewiesen ist.⁴⁵²

Zuvor muss der Vermieter aber eine Abmahnung aussprechen, damit der Mieter vor Vertragsbeendigung noch eine Chance hat, sich wieder vertragsgemäß zu verhalten.⁴⁵³

Der Vermieter muss auch vorher eine Abmahnung aussprechen, wenn er die unpünktliche Mietzahlung über längere Zeit hingenommen hat, ansonsten ist eine fristlose Kündigung dann noch nicht zulässig.⁴⁵⁴ Wenn der Mieter dem Vermieter aber mitteilt, er werde nicht mehr zahlen, muss der Zahlungsrückstand nicht mehr abgewartet werden.⁴⁵⁵ Die Interessenabwägung geht dann aufgrund der Vermögensgefährdung zu Lasten des Vermieters gegen den Mieter, der die Gefährdung bewusst herbeiführt und die Kündigung so in Kauf nimmt. Das ist für den Vermieter nicht hinnehmbar.

Anders als beim Verzug wird im Mietrecht die außerordentliche Kündigung bei nachträglicher nicht rechtzeitiger Leistung nicht unwirksam, da es an einer heilenden Vorschrift wie § 543 Abs. 2 S. 2 BGB bzw. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB fehlt. Allerdings wird der zu Kündigende durch das Abmahnungserfordernis hinreichend im Vorfeld vor der außerordentlichen Kündigung gewarnt, so dass für eine Heilungsmöglichkeit im Nachhinein kein Platz ist.

⁴⁴⁹ BGH, NJW 2006, 1585; BGH, NJW 2011, 2201; Börstinghaus/Eisenschmid, MietPrax Arbeitskommentar, § 543 BGB Nr. 5.

⁴⁵⁰ BGH, NJW 2016, 2805; BGH, BeckRS 2016, 13124; Bamberger/Roth/Ehlert, § 543 BGB, Rn. 35; MüKo/Bieber, § 543 BGB, Rn. 12.

⁴⁵¹ BGH, NJW-RR 1997, 203; BGH, 23.09.1987, NJW-RR 1988, 77; OLG Düsseldorf, ZMR 2009, 196; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1163; OLG Koblenz, NJW-RR 1993, 583; Bamberger/Roth/Ehlert, § 543 BGB, Rn. 35.

⁴⁵² BGH, NJW 2016, 2805; BGH, BeckRS 2016, 13124.

⁴⁵³ BGH, NJW 2006, 1585.

⁴⁵⁴ BGH, NJW 2011, 2570.

⁴⁵⁵ BGH, NJW 2005, 2552.

Das Erfordernis der Abmahnung und die Abwägung, bei der festgestellt werden muss, ob die verspätete Zahlung ein wichtiger Grund ist, ist auch das wichtigste Abgrenzungsmerkmal zur verzugsbedingten Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a und b BGB, bei der eine Abwägung gerade nicht stattfindet.

Denn die Feststellung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, wird bei einer Kündigung gem. § 543 Abs. 1 BGB dem Rechtsanwender überlassen und muss nach Abwägung der Interessen bestimmt werden, während beim Verzug der Gesetzgeber den wichtigen Grund mit der Vorgabe der festen Wertgrenzen definiert.

5. Historische Entwicklung von Beendigungsnormen zur Beendigung von Schuldverhältnissen insbesondere wegen Verzugs

a) Römisches Recht

Einige der heutigen Dauerschuldverhältnisse fielen im römischen Recht unter die *locatio conductio*. Darunter verstand man Miet-, Pacht-, Dienst- und Werkverträge, also Verträge, bei denen einem etwas zur Verfügung gestellt wurde, etwa die Wohnung durch den *locator* (Vermieter). Umgekehrt führt der *conductor* etwas mit, etwa die Mietsache oder im Falle des Werkvertrags die zu verarbeitende Sache.⁴⁵⁶ Es handelt sich bei der *locatio conductio* um einen sogenannten Konsensualvertrag, der durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt.⁴⁵⁷ Merkmal war, dass eine Partei ein Entgelt im Hinblick auf eine erbrachte Leistung des anderen entrichtete.⁴⁵⁸ Ein Entgelt ist daher die notwendige Bedingung für den Vertrag. Der Vertragsinhalt war weitgehend von dem Konzept der *bona fides* bestimmt, da diese Verträge von einer sozialen Problematik in Form der Abhängigkeit des Lohnarbeiters bzw. Wohnanbieters vom regelmäßig wohlhabenderen *patronus* bestimmt waren.⁴⁵⁹ Es handelt sich insoweit um ein typisches Abhängigkeitsverhältnis mit struktureller Überlegenheit des einen Vertragspartners über den anderen.

Das Mietrecht war somit schon immer ein auch von sozialen Aspekten und dem gesamtgesellschaftlichen Umfeld geprägtes Recht. *Bona fides* wird heute zumeist mit „Treu und Glauben“ übersetzt, wobei dies nicht notwendig mit dem Gebot von Treu und Glauben aus § 242 BGB deckungsgleich ist.⁴⁶⁰ Die ursprüngliche Bedeutung war die Gebundenheit an das eigene Wort gegenüber dem Vertragspartner.⁴⁶¹ Damit entsprach *fides* „den Forderungen einer beharrenden und beschränkten, so altbäuerlichen wie althändlerischen Gesinnung“.⁴⁶² Die inhaltliche Ausgestaltung dieses Begriffs ist insbesondere das Verdienst der römischen Juristen, welche das Konzept in Bezug auf die jeweiligen Schuld- und Rechtsverhältnisse mit Leben füllten.

Eine Kündigung im heutigen Sinne einer einseitigen, rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gab es aber für diese Verträge nicht.⁴⁶³ Erklärbar ist dies durch die zeitliche Begrenzung der Verträge wie etwa beim Darlehen oder der Verwahrung.⁴⁶⁴ So konnte auch ein

⁴⁵⁶ Gai. 3, 135; Mayer-Maly, *Locatio Conductio*, S. 81; Hausmaninger, Casebook zum Römischen Vertragsrecht, S. 98.

⁴⁵⁷ „*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*“, Gai. 3, 135.

⁴⁵⁸ Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, S. 271.

⁴⁵⁹ Inst. 3, 24, 5; Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, S. 271.

⁴⁶⁰ Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, S. 38.

⁴⁶¹ Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, S. 52.

⁴⁶² So Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 506.

⁴⁶³ Hattenhauer, *Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik*, S. 30.

⁴⁶⁴ Hattenhauer, *Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik*, S. 30; D. 12, 1, 40 für das Darlehen.

Verleiher eine Sache erst nach Ablauf der vereinbarten Gebrauchsdauer herausverlangen.⁴⁶⁵

In Bezug auf Miet- und Pachtverhältnisse mag dies daran gelegen haben, dass sie zeitlich im Allgemeinen auf fünf Jahre begrenzt waren (*quinquennium*).⁴⁶⁶ Bei Wohnungen lag die Zeit meistens sogar nur bei einem Jahr.⁴⁶⁷ Jedoch wird trotz fehlender Quellenbelege angenommen, dass es auch Mietverhältnisse auf unbestimmte Zeit gegeben hat.⁴⁶⁸

Wollte der Vermieter das Mietverhältnis vor Zeitablauf vorzeitig beenden, so bedurfte dies nicht einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern geschah wortwörtlich durch Vertreibung des Mieters (*expellere, repellere*), also durch faktische Umstände.⁴⁶⁹ Das Recht der Vertreibung hatte der Vermieter etwa dann, wenn der Mieter mit der Zahlung in Verzug war.⁴⁷⁰ Die *actio locati* für Klagen des Vermieters aus dem Mietverhältnis war wohl nur auf Mietzahlung gerichtet.⁴⁷¹

Eine Kaiserkonstitution des Kaisers Caracalla aus dem Jahre 214 bestimmte, dass der Vermieter bei Nichtzahlung der Miete (*pretium* oder *merces*) den Mieter aus dem Haus setzen konnte:

*„Wenn du für das Haus, welches du gemietet zu haben angibst, den ganzen Mietzins bezahlt hast, so darfst du nicht gegen deinen Willen herausgetrieben werden, außer wenn der Eigentümer beweist, dass dasselbe ihm zum eigenen Gebrauch nötig sei, oder wenn er sein Haus ausbessern will, oder du das Vermietete übel behandelt hast.“*⁴⁷²

Ansonsten konnte ein Vermieter einem Mieter den Gebrauch der Mietsache grundlos entziehen, musste dann aber dem Mieter Schadensersatz zahlen.⁴⁷³

Dass das römische Recht keine Kündigung als rechtsgeschäftliche Erklärung entwickelte, wird auf das aktionenrechtliche Denken der Römer zurückgeführt, welches nicht auf Rechtsgestaltung ausgerichtet war, sondern auf den Prozess orientiert war.⁴⁷⁴ Hattenhauer geht so weit zu sagen, dass den Römern der Gedanke fehlte, einem einseitigen Rechtsakt Rechtswirkungen beizumessen, was aber ein

⁴⁶⁵ D. 13, 6, 17, 3 Paul.

⁴⁶⁶ D. 19, 2, 9, 1 Ulp; D. 19, 2, 24, 2 Paul.

⁴⁶⁷ D. 19, 2, 19, 6 Ulp.

⁴⁶⁸ Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 568; Mayer-Maly, *Locatio conductio*, S. 215.

⁴⁶⁹ Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 568; Mayer-Maly, *Locatio conductio*, S. 215.

⁴⁷⁰ D. 19, 2, 54, 1 Paul. Interessanterweise ist hier bereits ein Verzug der Miete über zwei Jahre genannt.

⁴⁷¹ Honsell, Römisches Recht, S. 144.

⁴⁷² C. 4, 65, 3. Neben der Nichtzahlung der Miete sind hier auch die weiteren Umstände genannt - der Eigenbedarf, die Verwertung und Ausbesserung sowie die Vernachlässigung der Mietsache - die noch heute die Gründe für eine ordentliche Kündigung nach § 573 BGB bilden.

⁴⁷³ C. 4, 65, 3.

⁴⁷⁴ Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik S. 38 ff.

entscheidender Punkt der heute geltenden Lehre vom Gestaltungsrecht ist.⁴⁷⁵ Erst mit der dogmatischen Erschließung des Rechts- und Schuldverhältnisses durch Savigny habe das zivilrechtliche Denken seine heute prägende Form erhalten.⁴⁷⁶

Der Schuldnerverzug (*mora debitoris*) setzte nach römischem Recht voraus, dass eine Leistung fällig war und der Schuldner die Leistung bewusst verzögert hat, insbesondere dann, wenn der Gläubiger den Schuldner zuvor gemahnt hat (*interpellatio*).⁴⁷⁷

Im römischen Recht gab es zunächst zwei Formen des Darlehens, zum einen das *nexum*, bei dem sich der Schuldner gleichsam selbst verpfändete, um ein Darlehen zu erhalten, und das formfreie *mutuum*.⁴⁷⁸ Im Laufe der Zeit verschwand das in der zeremoniellen Form eines Geschäfts *per aes et libram* (durch Kupfer und Waage) gehaltene *nexum*, so dass in klassischer Zeit nur noch das *mutuum* verblieb. Das *mutuum* kam durch die Hingabe der Darlehenssumme durch den Darlehensgeber zustande und der darauf folgenden Zusage des Darlehensnehmers, dass die gleiche Geldmenge wieder zurückerstattet wird.⁴⁷⁹ Die Rückzahlung war grundsätzlich wie alle Schuldverhältnis ohne gesonderte Abrede sofort wieder fällig und konnte vom Darlehensgeber verlangt werden.⁴⁸⁰ In klassischer Zeit war es aber durchaus üblich, einen konkreten Rückzahlungszeitpunkt zu vereinbaren.⁴⁸¹ Eine Kündigung im heutigen Sinne gab es nicht. Stattdessen stand als Rechtsbehelf für den Fall der Nichtrückzahlung dem Darlehensgeber die *condictio* zu, die er als *actio certae creditae pecuniae* (Klage auf eine bestimmte Menge geliehenen Geldes) gerichtlich geltend machen konnte.⁴⁸²

b) Deutschrechtliche Rechtsquellen

In den deutschrechtlichen Quellen des Mittelalters finden sich erste Ansätze für die Kündigung zur Beendigung von Vertragsverhältnissen, wobei sich die Kündigung wohl als erstes bei Darlehensverträgen entwickelte.⁴⁸³ Auch waren in verschiedenen Quellen bereits die Kündigung mit Kündigungsfristen und Kündigungsterminen zu finden, die ähnlich dem heutigen Recht ausgestaltet waren.⁴⁸⁴ Zu einer systematischen Ausbildung und Ordnung wie im gemeinen, d.h.

⁴⁷⁵ Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, S.37, 38, 43.

⁴⁷⁶ Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, S. 43.

⁴⁷⁷ Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, S. 231.

⁴⁷⁸ Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, S. 241.

⁴⁷⁹ Gai. 3, 90; Inst. 3, 14 pr.; D. 12,1, 1, 2 pr Paul.; D. 12, 1, 3 Pomp.

⁴⁸⁰ Allgemeiner Grundsatz für alle Schuldverhältnisse bei D. 50, 17, 14 Pomp.

⁴⁸¹ Vgl. Gai., 3, 90; Bolte, Pecunia constituta, S. 85.

⁴⁸² Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, S. 242.

⁴⁸³ Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, S. 52.

⁴⁸⁴ Molitor, Die Kündigung, S. 360.

rezipierten römischen, Recht kam es aber wegen der Zersplitterung und der fehlenden dogmatischen Durchdringung nicht.⁴⁸⁵

c) Vernunftrechtliche Kodifikationen

aa) Vorarbeiten naturrechtlicher Denker

Erst mit der Ausbildung einer allgemeinen Handlungslehre im Naturrecht entwickelte sich auch die Kündigung als rechtsgeschäftliches Handeln. Wegweisend war hier insbesondere die von Hugo Grotius entwickelte Lehre vom Versprechen mit seiner Betonung der Erklärung der Selbstbindung des Erklärenden.⁴⁸⁶ In der späteren Entwicklung und Herausbildung der Rechtsgeschäftslehre stellte sich dann neben der Frage, wie ein Vertrag begründet wird, auch, wie er denn wieder gelöst werden kann.⁴⁸⁷

bb) CMBC

In den naturrechtlichen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts fanden sich konkrete Bestimmungen zur Kündigung und deren Voraussetzungen.

Im Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (CMBC) von 1756 normiert § 17 Abs. 4 des Vierten Teils, sechstes Kapitel ein Kündigungsrecht des Vermieters für den Fall, dass der Mieter die Miete nicht zahlt:

„Auf Seiten des Locatoris hat jetztbemerkte außerordentliche Kündigung PlatzWenn er [der Mieter, Anmerkung des Verfassers] den Lohn- oder Stift-Pfennig in rechter Zeit nicht entrichtet...“⁴⁸⁸

Eine feste Wertgrenze ist nicht definiert. Auch bleiben Betrags- und Zeitfaktor offen. Jedoch ist bereits mit dem Ausbleiben der Zahlung „in rechter Zeit“ der Verzug des Mieters als Voraussetzung einer Kündigung vorgesehen.

cc) PrALR, ABGB und Schweizer Obligationenrecht

Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 sieht in § 340 I 21 ff PrALR die „Aufkündigung“ bei nicht zeitlich begrenzten Miet- und Pachtverträgen als Instrument zur Beendigung des Vertragsverhältnisses vor.

⁴⁸⁵ Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, S. 54, 55.

⁴⁸⁶ Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, S. 66.

⁴⁸⁷ Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, S. 104 ff.

⁴⁸⁸ Das Bayerische Landrecht vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, München 1894, S. 252.

Eine feste Wertgrenze als Grundlage für eine verzugsbedingte Kündigung von Pacht- und Mietverhältnissen ist hier ausdrücklich normiert.

So bestimmt § 298 I 21 PrALR (im Abschnitt zur Mietzahlung und nicht beim Abschnitt „Aufkündigung“):

„Der Rückstand zweyer Termine berechtigt den Verpächter oder Vermiether, dem andern Theil den Contract, noch vor Ablauf der bedungenen Zeit, aufzukündigen.“

Eine Abwendung der Kündigung durch eine nachträgliche Zahlung zum Ausgleich sieht das PrALR nicht vor. Eine Beseitigung der Kündigung durch Zahlung war von Svarez in einem Entwurf des PrALR vorgesehen worden, für den Fall, dass der Mieter die kompletten rückständigen Mieten mitsamt allen Kosten des Vermieters nach der Kündigung und vor dem ersten Gerichtstermin zahlt.⁴⁸⁹

So heißt es noch in dem Entwurf:

„Wenn jedoch der Pächter oder Miether, sogleich nach ihm zugestellter gerichtlicher Kündigung und noch vor dem Instruktionstermine, den Rückstand nebst allen Kosten baar offeriert, so muß der Kläger sich die Fortsetzung der Pacht oder Miethen gefallen lassen.“⁴⁹⁰

Diese Überlegung von Svarez erinnert stark an die heutigen Abwendungsbefugnisse aus § 543 Abs. 2 S. 2 BGB und § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

Dieser Vorschlag ist jedoch nicht in das PrALR aufgenommen worden. Bornemann vermutet, dass die Redaktoren des PrALR diesen Vorschlag *„nicht für richtig hielten, weil der Vermieter durch den Verzug ein „wohlbegründetes Recht zur Kündigung“ erhält, „und dieses kann ihm durch eine verspätete Offerte streng genommen nicht wieder entzogen werden, wiewohl man aus Billigkeitsgründen die purgatio morae [die Verzugsbereinigung, Anmerkung des Verfassers] bis zur wirklichen Kündigung nachlassen könnte.“⁴⁹¹*

Denn der Anspruch auf Räumung und auf die Zahlung der Miete seien zu trennen. Auf beides habe der Vermieter ein Recht und die Erfüllung des einen bedeutet nicht den Entfall des anderen Anspruchs.⁴⁹²

⁴⁸⁹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, S. 306.

⁴⁹⁰ Zitiert nach Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, S. 306.

⁴⁹¹ Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, S. 307.

⁴⁹² Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, S. 307.

dd) ABGB und schweizerisches Obligationenrecht

Das österreichische ABGB von 1811 ist in § 1118 ABGB strenger als das PrALR und lässt bereits den Verzug von einer Monatsmiete oder eines Teils davon als Kündigungsgrund ausreichen:

„Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachtheiligen Gebrauch davon macht; wenn er nach geschehener Einmahlung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat; oder, wenn ein vermietetes Gebäude neu aufgeführt werden muß. Eine nützlichere Bauführung ist der Miether zu seinem Nachtheile zuzulassen nicht schuldig, wohl aber nothwendige Ausbesserungen.“⁴⁹³

Termin meint sowohl im ABGB als auch PrALR den Zeitpunkt der Fälligkeit des Mietzinses, wobei nach § 1118 ABGB der Rückstand nicht oder nicht vollständig bis zum nächsten Zinsbeginn beglichen sein darf. Nach § 297 I 21 PrALR war der Mietzins grundsätzlich vierteljährig zu zahlen.

Das schweizerische Obligationenrecht in seiner Fassung von 1881 ließ in Art. 287 schwOR den Rückstand mit einer "fälligen Zinszahlung" als Kündigungsgrund genügen, wobei es zur Beendigung des Mietverhältnisses aber erst nach Fristsetzung und Auflösungsandrohung kommt. Der Code Civil in Art. 1741 enthielt die Bestimmung, dass der Mietvertrag endet, wenn der Mieter seine Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht erfüllt. Dies meint auch den Fall des Verzugs mit der Miete, auch wenn dieser nicht *expressis verbis* genannt ist.

d) BGB

Eine allgemeine Regelung für eine Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund gab es ursprünglich im BGB nicht, obwohl diese im Hinblick auf eine entsprechende Regelung im Schweizer Obligationenrecht (Art. 292 schwOR in der Fassung von 1881) durchaus in Erwägung gebracht war.⁴⁹⁴

Im BGB wird zum ersten Mal ausdrücklich der Begriff „Verzug“ als Voraussetzung genannt, um einen Mietvertrag zu beenden.

Das BGB spricht in seinem ersten Entwurf von 1888 noch nicht von Kündigung des Mietvertrages, sondern von einem Rücktrittsrecht des Vermieters vom Vertrag. So soll nach § 528 Nr. 2 BGB-E1 der

⁴⁹³ Diese Fassung ist auch heute noch gültig.

⁴⁹⁴ Vgl. Wolter, Mietrechtlicher Bestandsschutz. Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht, 82 f., 91

Vermieter beim Rückstand der Miete in zwei aufeinanderfolgenden Terminen ein Rücktrittsrecht haben.

Als Entdecker der Gestaltungsrechte gilt der Rechtshistoriker Seckel, der den Begriff „Gestaltungsrechte“ in einem Vortrag vor der juristischen Gesellschaft Berlin am 23.05.1903 zum ersten Mal benutzte.⁴⁹⁵ In der Festschrift für Richard Koch von 1903 schreibt er, dass die Gestaltungsrechte „konsumptible Rechte“ seien, also dazu da sind, dass sie ausgeübt und damit bildlich gesprochen verbraucht werden.⁴⁹⁶ Zudem seien sie bedingungsfeindlich.⁴⁹⁷

Der Begriff und die dogmatische Ausarbeitung der Dauerschuldverhältnisse gehen auf von Gierke zurück, der zum ersten Mal von „dauernden Schuldverhältnissen“ sprach.⁴⁹⁸ Diese würden nicht durch Erfüllung enden, wie es die Romanisten vertraten, sondern durch Zeitablauf und würden wegen der personenrechtlichen Prägung, insbesondere bei Arbeits- und Mietverhältnissen, deswegen eigenen Rechtsregeln unterliegen.⁴⁹⁹ Für von Gierke war dieser Ansatz angewandte Sozialpolitik, der die spätere Lehre vom Schuldverhältnis und das gesamte Zivilrecht veränderte.⁵⁰⁰

Ebenso geht der Begriff der außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses auf die Arbeit von Gierkes zurück.⁵⁰¹

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts übernahm die außerordentliche Kündigung.⁵⁰² Zur Begründung stützte sich das Reichsgericht aber auf verschiedene Ansätze. Einerseits wurde der Grundsatz von Treu und Glauben herangezogen.⁵⁰³ In einer anderen Begründung zog das Reichsgericht eine Gesamtanalogie zu §§ 626, 723 BGB heran.⁵⁰⁴ Auch wurde das Recht zur außerordentlichen Kündigung als allgemeiner Rechtssatz anerkannt.⁵⁰⁵

e) Kodifikation der außerordentlichen Kündigung durch die Schuldrechtsreform 2001

Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach 1945 leitete das Recht zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus

⁴⁹⁵ Harke, ZMR 2015, 595, 597; Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, S. 192 ff.

⁴⁹⁶ Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, S. 205, 229.

⁴⁹⁷ Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, S. 283.

⁴⁹⁸ V. Gierke, JherJb Band 64, 355 f.

⁴⁹⁹ Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, § 5 VIII, S. 100.

⁵⁰⁰ Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, § 5 VIII, S. 100.

⁵⁰¹ V. Gierke, JherJb Band 64, 355 f.

⁵⁰² RGZ 65, 37, 38; RGZ 128, 1, 16; RGZ 160, 361, 366.

⁵⁰³ RGZ 169, 203, 206.

⁵⁰⁴ RGZ 128, 16.

⁵⁰⁵ RGZ 140, 264, 275.

wichtigem Grund als allgemeinen Rechtsgrundsatz aus dem Prinzip von Treu und Glauben nach § 242 BGB ab.⁵⁰⁶

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund sollte zunächst nur für solche langfristigen Verträge gelten, die eine enge persönliche auf Vertrauen basierende Beziehung der Parteien beinhaltete, wurde aber dann durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf alle Dauerschuldverhältnisse ausgeweitet.⁵⁰⁷

Das Recht zur Kündigung im Falle des Verzuges wurde dort, wo keine Spezialnormen im BGB zu finden waren, entweder aus Treu und Glauben hergeleitet oder zur Begründung auf einen allgemein gültigen Rechtssatz, der aus § 626 BGB a.F., § 554a BGB a. F. oder § 610 BGB a.F. hergeleitet wurde, verwiesen, der für alle Dauerschuldverhältnisse gelten sollte.⁵⁰⁸ Das galt insbesondere für das Kreditrecht außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbraucherkreditgesetzes.⁵⁰⁹ Wo es vertragliche Regelungen gab, hatten diese Vorrang.⁵¹⁰ Die Rechtsprechung entwickelte vornehmlich in Versorgungsverträgen den Verzug als wichtigen Grund zur Kündigung:

- Bierlieferungsvertrag⁵¹¹
- Vertragshändlervertrag⁵¹²
- Zuliefererverträge in der Industrie⁵¹³
- Abnahmeverträge der gesamten Produktion eines Produzenten⁵¹⁴

Allgemein anerkannt war, dass die Kündigung im Falle des Verzugs das geeignete Mittel war, um den Vertrag zu beenden und nicht etwa der Rücktritt oder der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages.⁵¹⁵ Begründet wurde dies damit, dass die Kündigung kein „Rücktritt für die Zukunft“ sei, sondern die Ablehnung der weiteren Vertragsdurchführung.⁵¹⁶ Bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen sollte daher der § 326 BGB a.F. ausgeschlossen sein und die Kündigung Vorrang haben.⁵¹⁷

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001 (Schuldrechtsreform 2001) wurde § 314 BGB eingeführt und damit das Recht zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem

⁵⁰⁶ BGH, LM § 242 [Bc] BGB Nr. 10; BGH, LM BGB § 242 [Bc] Nr. 21.; BGH, NJW 1986, 3134; BGHZ 50, 312, 315; BGH, NJW 1951, 836.

⁵⁰⁷ BGH, NJW 1964, 1129; BGH, WM 1976, 508; BGH, NJW 1951, 836.

⁵⁰⁸ Huber, Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, Band II, S. 442; für die Herleitung aus Treu und Glauben siehe BGHZ 95, 362, 372.

⁵⁰⁹ BGH, WM 1978, 234, 235.

⁵¹⁰ Huber, Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, Band II, S. 443.

⁵¹¹ BGH, NJW 1960, 1614; BGH, NJW 1970, 1502; BGH, WM 1976, 508; BGH, WM, 1978, 216; BGH, WM 1985, 608.

⁵¹² BGH, NJW 1982, 2432; BGH, NJW 1986, 124.

⁵¹³ Wellenhofer-Klein, Zulieferverträge, S. 94 ff.

⁵¹⁴ BGH, WM 1981, 331.

⁵¹⁵ Vgl. Huber, Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, Band II, S. 441.

⁵¹⁶ Vgl. Huber, Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, Band II, S. 471.

⁵¹⁷ BGHZ 50, 312; BGH, WM 1972, 625, 626; BGH, WM 1976, 508; BGH, NJW 1986, 124; BGH, NJW 1987, 2004, 2006; BGH, NJW 1990, 2549.

Grund kodifiziert. Die gesetzliche Regelung in § 314 entspricht dabei weitgehend dem Vorschlag im Abschlussbericht der Schuldrechtskommission, der den seinerzeitigen Stand in Rechtsprechung und Literatur aufnahm.⁵¹⁸ Entgegen dem Vorschlag wurde aber eine Regelung zur Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen nicht übernommen. Durch die Generalklausel wurde die Möglichkeit der weiteren Fortentwicklung des „wichtigen Grundes“ durch Rechtsprechung und Literatur möglich.⁵¹⁹

f) Mietrechtsreform 2001

Das Mietrecht war seit der Zeit ab 1871 geprägt von einer Mischung aus zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Komponenten, die sich immer wieder ergänzten oder abwechselten.⁵²⁰ Besonders in den Krisenzeiten nach den beiden Weltkriegen waren öffentliche-rechtliche Regelungen zum Eingriff in das Wohnungsmietrecht eher die Regel.⁵²¹ Das soziale Mietrecht entwickelte sich mit der Kriegswirtschaft des Ersten Weltkriegs und sodann in der Weimarer Republik.⁵²² Die Zwangsbewirtschaftung von Wohnraum sollte aber nicht zum andauernden Zustand werden, so dass vielfach gefordert wurde zum freien Wohnungsmarkt zurückzukehren.⁵²³ Insoweit ist die staatliche Reglementierung des Wohnungsmarkts ein auf Not- und Krisenzeiten beschränkter Fremdkörper im bürgerlichen Recht.⁵²⁴

Kern ist dabei aber immer die Regelung des § 535 BGB, nämlich das synallagmatische Austauschverhältnis, bei welchem der Vermieter die Mietsache dem Mieter zum Gebrauch überlässt und er dafür die vereinbarte Miete bezahlt. Aufgrund der Verflechtungen war eine klare Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher Regulierung und privatrechtlicher Ausgestaltung nicht immer möglich und beide Aspekte waren eng miteinander verbunden.⁵²⁵

Seit 1896 hatten sich die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse, die noch Grundlage für die Vorschriften des Mietrechts im BGB waren, wesentlich verändert. Durch die beiden Weltkriege und die weitere Entwicklung waren die Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt ganz andere als noch Ende des 19. Jahrhundert. Die Vorschriften des

⁵¹⁸ Abschlussbericht Schuldrechtskommission, S. 152 ff.

⁵¹⁹ Tonner/Willingmann/Tamm, § 314 BGB, Rn. 1.

⁵²⁰ Börstinghaus, WuM 2018, 610; Weber, JZ 2018, 1022, 1024 f.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 7 - 3000 - 121/18, S. 5 f.; Mayer/Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, S. 23; Putzer, NVwZ 2019, 283, 283 f.

⁵²¹ BT-Drs. III/1234, S. 46 f.

⁵²² Hügemann, Die Geschichte des öffentlichen und privaten Mietpreisrechts vom Ersten Weltkrieg bis zum Gesetz zur Regelung der Miethöhe von 1974, S. 75.

⁵²³ Kerner, Wohnraumzwangswirtschaft in Deutschland, S. 548; Hügemann, Die Geschichte des öffentlichen und privaten Mietpreisrechts vom Ersten Weltkrieg bis zum Gesetz zur Regelung der Miethöhe von 1974, S. 232.

⁵²⁴ BVerfG, NJW 2021, 1377.

⁵²⁵ Hügemann, Die Geschichte des öffentlichen und privaten Mietpreisrechts vom Ersten Weltkrieg bis zum Gesetz zur Regelung der Miethöhe von 1974, S. 178 f.

BGB waren aber im Wesentlichen gleichgeblieben. Dementsprechend waren viele Vorschriften nicht nur sprachlich, sondern inhaltlich veraltet, so dass es schon Mitte der 1970er Jahre Bestrebungen gab, das Mietrecht zu reformieren. Erst ab den 1990er Jahren wurde eine Reform aber aktiv angegangen.⁵²⁶ Das Mietrechtsreformgesetz wurde dann vom Bundestag am 29.03.2001 verabschiedet. Die Reform trat am 01.09.2001 in Kraft.

Die Mietrechtsreform von 2001 sollte das gesamte private Mietrecht und seine Normen im BGB bündeln, zusammenführen und neu gliedern.⁵²⁷ Das Mietrecht sollte vereinfacht werden, indem es transparenter, klarer und verständlicher werden sollte. Mieter und Vermieter sollten ihre Rechte und Pflichten möglichst ohne fachliche Hilfe erkennen und umsetzen können.⁵²⁸ Weiterhin sollten bisher in Spezialgesetzen geregelte Inhalte wie die Sozialklausel oder die Mieterhöhung für ungebundenen Wohnraum, die zuvor im Miethöhegesetz bzw. Gesetz zur Regelung der Miethöhe geregelt war, im BGB zusammengeführt werden, so dass alle für das Mietrecht relevante Vorschriften im BGB zu finden sind.⁵²⁹

Der Gesetzgeber schuf mit § 543 BGB eine allgemeine Norm für die außerordentliche fristlose Kündigung für alle Mietverhältnisse, von der auch nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann.⁵³⁰ Die Norm sollte insbesondere die bereits zuvor existierenden und durch die Rechtsprechung entwickelten Kündigungsgründe zusammenfügen.⁵³¹ Die neue Vorschrift ging auf einen Vorschlag der Schuldrechtskommission zurück.⁵³²

An der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund wurden keine Änderungen im materiellen Recht vorgenommen, sondern lediglich redaktionelle.⁵³³ Die Reform sah aber eine Verlängerung der Schonfrist aus § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB von einem auf zwei Monate vor.⁵³⁴ Der Kündigungsschutz sollte unangetastet bleiben, weil er als ein historisch gewachsener Teil des sozialen Mietrechts angesehen wurde.⁵³⁵

⁵²⁶ Zur Entwicklung Börstinghaus, Das Mietrechtsreformgesetz, Sonderbeilage zu NJW 25/2001 und 11/2001, S. 3.

⁵²⁷ BT-Drs. 14/4553, S. 35.

⁵²⁸ Börstinghaus, Das Mietrechtsreformgesetz, Sonderbeilage zu NJW 25/2001 und 11/2001, S. 3.

⁵²⁹ BT-Drs. 14/4553, S. 1, 53 f.

⁵³⁰ Mietrechtsreformgesetz, BGBl I, 1149.

⁵³¹ BT-Drs. 14/4553, S. 43.

⁵³² Abschlussbericht der Schuldrechtskommission, S. 152 ff.

⁵³³ Grundmann, NJW 2001, 2497, 2503.

⁵³⁴ Grundmann, NJW 2001, 2497, 2503.

⁵³⁵ Grundmann, NJW 2001, 2502.

IV. Feste Wertgrenzen

1. Begriffsdefinition

a) Zeitfaktor

Die Zeit ist die Abfolge von Ereignissen mit einer eindeutigen, unumkehrbaren Richtung. Sie beschreibt das Fortschreiten der Gegenwart von der Vergangenheit hin zur Zukunft, man spricht daher auch vom Fließen der Zeit.⁵³⁶

Die Vertragsfreiheit erlaubt kontrahierenden Parteien, den Faktor Zeit mit in die Vertragsgestaltung aufzunehmen und ihm eine rechtliche Bedeutung für den Vertrag und dessen Inhalt beizumessen, indem mit der Zeit und Zeitpunkten, deren Ablauf oder Beginn bestimmte rechtliche Wirkungen verknüpft werden.

Der Faktor Zeit spielt im Wirtschafts- und Rechtsleben eine bedeutende Rolle. In der modernen Vertragsgestaltung der Gegenwart zeigt sich dieser Bedeutungsgewinn in der Abkehr von der einmaligen Transaktion - wie es noch die Vorstellung in der vom Liberalismus und von der Pandektistik geprägten Entstehungszeit des BGB war - hin zu einer auf langfristige und damit plan- und berechenbare Vertragsbeziehung, die auch nicht im BGB kodifizierte Vertragskonstruktionen wie das Leasing, Factoring und Franchising umfasst.⁵³⁷ Gerade für per se langfristige, auf eine lange Vertragsbeziehung ausgelegte Dauerschuldverhältnisse ist Zeit ein bestimmendes Merkmal, das den gesamten Vertrag charakterisiert.

Dabei stehen den Parteien grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen, den Faktor Zeit bei einem Dauerschuldverhältnis in den Vertrag einzubringen: Bei der Dauer des Vertrages (Laufzeit, Umfang und Menge der zu leistenden Arbeitszeit) und beim Intervall für den Leistungsaustausch, wobei je nach Vertragstyp die Begriffe Teilzahlung, Miete und Lohn verwendet werden. Diese beiden Komponenten sind die prägenden und sich typischerweise gegenseitig bedingenden Elemente des Dauerschuldverhältnisses. Sie stehen daher auch im Wechselspiel zueinander.

⁵³⁶ Dies geht so weit, dass es ein eigenes Zeitgesetz zur Zeitbestimmung gab: ZeitG vom 01.08.1971, BGBl I, 1110 und Korrektur vom 08.08.1978, BGBl I, 1262; Vgl. Ekruft, NJW 1978, 1844. Mit Wirkung vom 12. Juli 2008 wurde das Gesetz aufgehoben, die Inhalte wurden in das Gesetz über die Einheiten im Messwesen und die Zeitbestimmung übertragen, Art. 1 und 3 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Einheiten im Messwesen und des Eichgesetzes, zur Aufhebung des Zeitgesetzes, zur Änderung der Einheitenverordnung und zur Änderung der Sommerzeitverordnung vom 3. Juli 2008, BGBl. I S. 1185.

⁵³⁷ Vgl. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, S. 19. Dass diese neuen, insbesondere aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammenden Vertragsformen gleichwohl mit den Kategorien, Begriffen und Werkzeugen des BGB bearbeitet werden können, zeigt die Leistungsfähigkeit des BGB.

aa) Der Zeitfaktor bei der Mietdauer und beim Abschluss des Mietvertrages

Dieses Wechselspiel gilt insbesondere für den Mietvertrag, da § 535 Abs. 1 BGB den Vermieter verpflichtet, die Mietsache auf Zeit dem Mieter zur Nutzung zu überlassen und § 556b Abs 1 BGB den Mieter, die Miete in den im Vertrag vereinbarten Teilabschnitten zu zahlen.

Bei der Mietdauer sieht der Gesetzgeber wiederum grundsätzlich zwei Möglichkeiten vor: Eine bestimmte und eine zeitlich unbestimmte, d.h. grundsätzlich unbegrenzte, Mietzeit. In der gegenwärtigen Praxis ist, was schon anhand der Mustervorlagen der Interessenverbände und Formularsammlungen für Mietverträge zu erkennen ist, für Wohnraum eine unbestimmte Mietzeit verbreitet.⁵³⁸ Bei den beweglichen Sachen, z.B. Fahrzeugen, und bei Gewerberaum wird zumeist aus wirtschaftlichen Überlegungen eine zeitlich begrenzte Mietdauer vereinbart, um hier auf ein geändertes wirtschaftliches Umfeld reagieren zu können. Denn anders als beim Wohnraum, der auf Dauer „Heim“ des Mieters sein soll, kann es beim Gewerberaum sinnvoll sein, zunächst eine kurze Mietzeit mit der Option auf Verlängerung zu vereinbaren. Das macht es möglich, die wirtschaftliche Situation rund um den Gewerberaum, etwa ein Ladengeschäft, zu evaluieren und neu zu bewerten.

Dass der Gesetzgeber im Wohnraummietrecht, und über die Verweisung aus § 578 Abs. 1 BGB auch für Gewerberaummietverhältnisse, grundsätzlich von einer unbegrenzten Mietdauer ausgeht, kann man aus § 550 BGB entnehmen, nachdem ein Vertrag, der länger als ein Jahr dauern soll und nicht schriftlich geschlossen ist, im Zweifel als für unbestimmte Zeit geschlossen angesehen wird. Der Paragraph steht im gesetzlichen Untertitel „Mietverhältnisse über Wohnraum“ und erwähnt den Wohnraum ausdrücklich. Nach § 578 Abs. 1 BGB gilt die Norm auch für Mietverhältnisse über Grundstücke und über § 578 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB auch für Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, insb. auch für Mietverhältnisse über Geschäftsräume.⁵³⁹ Die Vorschrift ist jedoch kein Schutz des Mieters, sondern dient der Information des Grundstückserwerbers, der nach § 566 BGB in Verbindung mit den hierauf verweisenden Vorschriften, in den Mietvertrag eintritt.⁵⁴⁰ Der neue Vermieter soll sich nämlich vor Erwerb der Mietsache darüber im Klaren sein, auf welche langfristigen Verpflichtungen er sich einlässt.⁵⁴¹ Dagegen bietet § 550 BGB keine Sicherheit hinsichtlich der Frage, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist oder ob der Erwerber betrogen wurde. Dies ist nicht Sinn

⁵³⁸ Hinz/Junker/v. Rechenberg/Sternel, Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Teil 1 A, Rn. 46, 49 ff.

⁵³⁹ LG Köln, MietRB 2016, 70; Schmid/Harz, § 550 BGB, Rn. 1.

⁵⁴⁰ BGH, ZMR 2004, 19.

⁵⁴¹ BGH, ZMR 2014, 868.

und Zweck von § 550 BGB.⁵⁴² Außerdem dient die Vorschrift der Beweis- und Warnfunktion für den Erwerber.⁵⁴³ § 566 BGB a.F. wurde durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001 im Wesentlichen als § 550 BGB übernommen und geht historisch auf § 269 I, 21 PrALR zurück.⁵⁴⁴

bb) Zeitfaktor während der Mietzeit

Die Zeit spielt aber auch während des laufenden Mietverhältnisses in Bezug auf die Dauer der Zeitabschnitte, in denen die jeweiligen Leistungen ausgetauscht werden, eine Rolle. D. h. im Verhältnis Nutzungsdauer und Nutzungsentgelt - egal ob es sich um ein Mietverhältnis mit unbestimmter oder begrenzter Dauer handelt.

Dauer und Entgelt unterliegen der Vereinbarung der Parteien. In der Regel wird bei Raummietverhältnissen (sowohl Wohn- als auch Geschäftsraum) aber in der Praxis ein monatlicher Rhythmus vereinbart. Das Gesetz nennt hier in § 556b Abs. 1 BGB nur den Begriff „Zeitabschnitt“. Bei der Länge der Zeitabschnitte kommt es auf die vertraglichen Vereinbarungen an, wobei die Parteien frei sind und so ein Zeitabschnitt von Tagen, Wochen, Monaten, Vierteljahren, Halbjahren oder Jahren bestimmt werden kann.⁵⁴⁵

In § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB verwendet das Gesetz den Begriff „Termin“. Mit Termin ist ein bestimmter Zeitpunkt gemeint, an dem etwas geschehen soll oder eine Rechtswirkung eintritt.⁵⁴⁶ Der Termin ist bei Dauerschuldverhältnissen Anfang und Ende eines Intervalls zum Leistungsaustausch, im Fall der Miete Nutzungsgewährung und Mietzahlung. Die Vorfälligkeit der Miete ist hier die Praxis.⁵⁴⁷ Dies ist aber nicht zwingend.

Durch § 556b Abs. 1 BGB sollte der Zeitpunkt der Fälligkeit der Miete für Wohnraum auf den Beginn der Mietzeit und der vereinbarten Zeitabschnitte vorverlegt werden, weil dies der ganz überwiegenden Vertragspraxis entsprach und auch weiterhin der gängigen Praxis entspricht.⁵⁴⁸

Dem Wortlaut ist nicht direkt zu entnehmen, dass der Zeitabschnitt einen Monat umfasst. Jedoch lässt sich aus einem Vergleich mit den Kündigungstatbeständen aus § 569 BGB zumindest für das Wohnraummietrecht entnehmen, dass das Gesetz grundsätzlich von einem Monat als Zahlungsintervall ausgeht.

⁵⁴² BGH, ZMR 2014, 868; BGH, ZMR 2010, 593; zur Frage des Betrugs BGH, ZMR 1998, 12.

⁵⁴³ BGHZ 136, 357, 370; BGHZ 139, 123, 130; zur Warnfunktion BGHZ 81, 46, 51.

⁵⁴⁴ JurisPK-BGB/Schur, § 550 BGB, Rn. 2.

⁵⁴⁵ BGH, ZMR 2009, 106; BGH, NJW 2010, 2208; BGH, NJW-RR 2009, 21.

⁵⁴⁶ VGH München, NJW 1991, 1250; Grüneberg/Ellenberger, § 186 BGB, Rn. 4.

⁵⁴⁷ Schmid/Harz, § 556b BGB, Rn. 9.

⁵⁴⁸ BT-Drs. 14/4553, S. 52.

cc) Zeitfaktor bei der verzugsbedingten Kündigung

Bei der verzugsbedingten Kündigung ist der Zeitfaktor als Zeitmoment von grundsätzlicher Bedeutung, denn ohne Leistungsrückstand in einer bestimmten Zeit besteht kein Verzug und damit liegt kein Grund zur Kündigung des Dauerschuldverhältnisses wegen Verzuges vor.

Bei der verzugsbedingten Kündigung sind zwei Zeiträume miteinander verbunden. Zum einen der Ansammlungszeitraum, in welchem der Rückstand aufgelaufen ist, und zum anderen der Rückstandszeitraum, in dem ein Rückstand überhaupt besteht.⁵⁴⁹

Entscheidend zur Bestimmung dieser Zeiträume ist der Zeitpunkt des Beginns der Leistungspflicht, die bei Verletzung den Verzug begründet. Der relevante Zeitpunkt für den Beginn der Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung ist deren Fälligkeit, da ansonsten kein Verzug nach § 286 BGB gegeben ist. Die Fälligkeit der Leistung bestimmt sich nach § 271 BGB in der Regel nach der Bestimmung der Parteien. Für die gängigen Typen der Dauerschuldverhältnisse enthält das BGB aber Bestimmungen zur Fälligkeit.

Dabei ist die gemeinsame Grundstruktur der jeweiligen Normen zur Bestimmung der Fälligkeit, dass die Vergütung am Ende der Leistungserbringung zu entrichten ist und wenn die Leistung auf einzelne Zeitabschnitte verteilt ist, die Gegenleistung am Ende des jeweiligen Zeitabschnitts fällig ist (*pro rata temporis*). Die Normen gleichen sich dabei alle im Wortlaut: „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.“

So bestimmt § 556b Abs. 1 BGB speziell bei der Wohnraummiete und über die Verweisung aus § 579 Abs. 2 BGB auch für andere Räume, dass die Miete bis zum dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist.⁵⁵⁰ In anderen Fällen bestimmt § 579 Abs. 1 BGB, dass die Miete am Ende der Mietzeit zu entrichten ist. Dies aber auch nur, falls die Parteien keine andere Bestimmung treffen, so zum Beispiel eine Vorleistungspflicht.⁵⁵¹ Das gleiche gilt gem. § 587 BGB auch für die Pacht. Möglich sind auch sog. „Rechtzeitigkeitsklauseln“, die für die Rechtzeitigkeit auf den Zahlungseingang beim Vermieter am dritten Werktag abstellen, die aber nur dann nicht unwirksam sind, wenn das Risiko von Zahlungsverzögerungen, die nicht im Einflussbereich des Mieters liegen, nicht beim Mieter belassen werden.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Vgl. die Einteilung bei Lehmann-Richter, ZMR 2017, 372.

⁵⁵⁰ Samstag wird nicht als Werktag angesehen, BGH, NJW 2010, 2879, 2882.

⁵⁵¹ Diese Vorleistungspflicht verstößt nach herrschender Meinung nicht nach § 307 BGB gegen das gesetzliche Leitbild, vgl. BGHZ 127, 245; Grüneberg/Weidenkaff, § 579 BGB, Rn. 3.

⁵⁵² BGH, NJW 2017, 1596; BGH, jurisZivilR 2/2017, Anm. 2; Burbulla, MietRB 2017, 33; Horst, MietRB 2017, 49; Blank, jurisPR-MietR 4/2017, Anm. 1; Schüller/Mehle, NZM 2017, 124; Wedel, ZMR 2017, 235; Drasdo, NJW-Spezial 2019, 33; Bruns, NJW 2017, 1600.

Beim Dienstvertrag bestimmt § 614 BGB, dass die Vergütung nach Ende der Leistung zu entrichten ist. § 614 S. 2 stellt wie bei den Mietverhältnissen klar, dass die Vergütung nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu zahlen ist, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist. Verbreitetes Beispiel in der Praxis hierfür ist der monatliche Arbeitslohn, der am Ende des Monats gezahlt wird.⁵⁵³

§ 699 BGB bestimmt bei der Verwahrung, dass der Hinterleger die vereinbarte Vergütung bei der Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten hat und, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte.

b) Betragsfaktor

Gerät der Schuldner mit dieser Gegenleistung in Rückstand und muss er diesen grundsätzlich vertreten, liegt Verzug gem. § 286 BGB vor. Im Hinblick auf die persönliche Leistungsfähigkeit gilt bei Geldschulden wegen der unbegrenzten Vermögenshaftung der Grundsatz „*Geld muss man haben*“.⁵⁵⁴ Der Geldschuldner haftet daher verschuldensunabhängig für seine persönliche Leistungsfähigkeit, so dass er im Fall eines kalendermäßig bestimmten Zahlungszeitpunkts aufgrund der nicht rechtzeitigen Zahlung grundsätzlich sogleich in Verzug kommt und der Gläubiger neben dem Entgelt auch Schadensersatz verlangen kann.

Erreicht dieser Rückstand eine bestimmte Höhe, kann, je nach Tatbestand und Rechtsgebiet, ein Grund für eine Kündigung vorliegen. Die Höhe des Rückstands, die eine Kündigung rechtfertigt, ist der Betragsfaktor.

Bei den Dauerschuldverhältnissen finden sich verschiedene Bezeichnungen für die wiederkehrende Gegenleistung in Form des Entgelts. Im Arbeitsrecht ist der Lohn die Gegenleistung, bzw. das Gehalt, im § 614 BGB als Entgelt bezeichnet.

Im Mietrecht ist dies die Miete, die der Mieter für die Überlassung der Mietsache dem Vermieter zu zahlen hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umfasst die Miete im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB die Grundmiete zuzüglich der Nebenkostenvorauszahlung.⁵⁵⁵ Dies sind wiederkehrende Leistungen. Einmalige Leistungen wie die Kautions- oder Nachzahlungen aus Betriebskostenabrechnungen sind nicht umfasst.⁵⁵⁶

⁵⁵³ Sog. Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers, vgl. Grüneberg/Weidenkaff, § 614 BGB, Rn. 2.

⁵⁵⁴ Dies bedeutet, dass es nicht unmöglich im Sinne des § 275 BGB ist, eine Geldleistung zu erbringen. Dass man kein Geld hat, befreit nicht von der Zahlungsverpflichtung, vgl. Medicus, AcP 188, 501. Siehe auch unter III. 3.

⁵⁵⁵ BGH, NZM 2002, 20; BGH, NJW 2008, 3210; Bamberger/Roth/Ehlert, § 543 BGB, Rn. 24.

⁵⁵⁶ Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, IV, Rn 175; MüKo/Häublein, § 543 BGB, Rn. 45; Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 23.

§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB unterscheidet drei verschiedene Betragsfaktoren. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB enthält zwei alternative Fälle, Nr.3b einen Fall.

Bei Alternative 1 in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a ist der Betragsfaktor Miete "für zwei aufeinanderfolgende Termine", also der zweifache Betrag einer Monatsmiete.⁵⁵⁷ Alternative 2 fordert für die Kündigung einen Rückstand in einem nicht unerheblichen Teil dieses zweifachen Betrags einer Monatsmiete. Der nicht unerhebliche Teil ist an sich durch Vergleich des Rückstands im Verhältnis zur zweifachen Monatsmiete unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu bestimmen.⁵⁵⁸ Bei Wohnraummietverhältnissen bestimmt jedoch § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB, dass ein Rückstand von mehr als einer Monatsmiete erheblich ist.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der Rückstand mit einer Monatsmiete bei Mietverhältnissen über andere Räume erst recht erheblich ist, da hier die Schutzbedürftigkeit des Wohnungsmieters fehlt.⁵⁵⁹ In Ausnahmefällen kann bei anderen Räumen als Wohnräumen aber auch ein Rückstand, der geringer ist als eine Monatsmiete, genügen.⁵⁶⁰ Hierzu müssen aber noch besondere Umstände des Einzelfalls hinzutreten, etwa Kreditunwürdigkeit des Mieters und die finanzielle Lage des Vermieters. Zudem kommt es darauf an, welche Auswirkungen der konkret aufgelaufene Rückstand auf die finanzielle Lage des Vermieters hat.⁵⁶¹ Es kommt also darauf an, inwieweit der Rückstand das Vermögen des Vermieters gefährdet, je höher der Rückstand umso größer die Vermögensgefährdung für den Vermieter.

Für eine Kündigung reicht es auch aus, wenn ein Rückstand in beliebiger Höhe vorliegt und der Mieter erklärt, er zahle nicht mehr.⁵⁶²

c) Feste Wertgrenze als Synthese zweier Komponenten

Der Begriff der Wertgrenze findet sich im Recht und in gesetzlichen Regelungen immer dann, wenn die Überschreitung von bestimmten Schwellenwerten eine rechtliche Wirkung hat.

Wertgrenzen sind insbesondere im Wettbewerbs- und Zivilprozessrecht von Bedeutung. Im Zivilprozessrecht bestimmen feste Wertgrenzen, hier der Streitwert von 5.000 €, die Zuständigkeit für Amts- bzw. Landgerichte gem. § 23 Nr. 1 GVG oder in § 120a Abs. 2 S. 2 ZPO die Voraussetzungen einer Änderung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statuiert eine feste Wertgrenze für die Statthaftigkeit der Berufung gegen Urteile des Amtsgerichts.

⁵⁵⁷ Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 23.

⁵⁵⁸ Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 24.

⁵⁵⁹ BGH, NJW 2008, 3210.

⁵⁶⁰ BGH, NJW 2008, 3210; BGH, ZMR 2009, 19.

⁵⁶¹ BGH, NJW 2015, 2419.

⁵⁶² OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 1353.

Im Wettbewerbsrecht wird die europäische Kommission bei Wettbewerbsverstößen erst aktiv, wenn die Beteiligten einen bestimmten Marktanteil überschreiten.⁵⁶³

Im Vergaberecht bestimmen feste Wertgrenzen darüber, ob ein öffentliches Vergabefahren durchgeführt werden muss.⁵⁶⁴

Das Konzept, dass erst bei Überschreitung eines bestimmten Zahlenwertes eine rechtliche Wirkung eintritt oder Voraussetzung für einen weiteren Schritt vorliegt, sowie der Begriff einer festen Wertgrenze sind auch auf Dauerschuldverhältnisse übertragbar.

Ein Kündigungsgrund ist bei einer verzugsbedingten Kündigung gegeben, wenn der Schuldner in einer bestimmten Zeit mit einem bestimmten Betrag der Gegenleistung in Verzug ist. Diese Kombination aus Zeitfaktor und Betragsfaktor bildet eine Wertgrenze, die bei Überschreiten einen Grund zur Kündigung generiert.

Fest ist diese Wertgrenze deswegen, weil nicht die Parteien den Zeit- und Betragsfaktor bestimmen, sondern dieser vom Gesetzgeber vorgegeben ist und nicht ohne weiteres von den Parteien abgedungen werden kann.⁵⁶⁵ Denkbar wären auch dynamische Wertgrenzen, die sich an der Dauer des Vertrages orientieren und angepasst werden könnten bzw. sich automatisch anpassen. So könnte bei einer kürzeren Vertragslaufzeit oder wenn der Vertrag noch nicht so lange besteht, eine geringere Grenze angesetzt werden und bei einer langen Vertragsbeziehung ein größerer Wert als der Verzug von zwei Monatsmieten aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a Alternative 1 und b BGB, z.B. der Verzug von drei oder mehr Monatsmieten bei einer Mietdauer von mehr als zehn Jahren. Durch Vereinbarung der Parteien ist eine solche neue Wertgrenze zugunsten des Mieters möglich. Aber es stellt sich die Frage, welchen Grund ein Vermieter haben sollte, von der gesetzlichen Vorgabe abzuweichen. Maßgeblich können nur altruistische Gründe sein, die zum Beispiel in der besonderen Bedeutung der Person des Mieters für den Vermieter liegen. Ansonsten hat eine Abweichung für den Vermieter keinen wirtschaftlichen Sinn und bedeutet für ihn ein großes Risiko, dem er sich ohne Grund aussetzen würde, wenn er vom Gesetz abweicht. Das gleiche gilt auch für das Kreditrecht und die in § 498 BGB gesetzte Grenze.

⁵⁶³ Siehe die De-minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission vom 30.08.2014, 014/C 291/01.

⁵⁶⁴ Vgl. etwa § 4 Hessisches Vergabegesetz und § 19 Abs. 5 VOB/A und § 20 Abs. 3 VOB/A.

⁵⁶⁵ Nach § 569 Abs. 5 BGB kann von § 543 BGB nicht zum Nachteil des Wohnraummieters abgewichen werden. Bei Gewerberaum ist § 543 Abs.1 BGB ebenfalls für die Parteien zwingend, vgl. BGH, NJW 1992, 2628 und BGH, ZMR 2008, 274. Änderungen der Absätze 2 bis 4 sind in den Grenzen der §§ 138, 242, 305 ff BGB zulässig, vgl. PWW/Feldhahn, § 543 BGB, Rn. 3.

d) Wertgrenze oder Wertschranke?

Auch wenn Schranke und Schranken-Schranke - also wiederum die Beschränkung oder Begrenzung der Schranke zur Verhinderung des Leerlaufs eines Grundrechts- ein insbesondere im Verfassungsrecht in Bezug auf die Grundrechte etablierter Begriff ist, ist es besser von einer festen Wertgrenze als von einer Wertschranke zu sprechen.⁵⁶⁶ Eine Schranke ist nicht ohne weiteres verrückbar und kann nur zerstört oder umgangen werden, wenn man sie überwinden will. Eine Grenze hingegen ist grundsätzlich dehnbar, veränderlich und kann neu gesteckt werden. Grenzen kann man erweitern, einengen oder verschieben. Da wie feste Wertgrenzen auch abweichend von den Parteien zugunsten des strukturell unterlegenen Vertragspartners wie z.B. dem Mieter oder Kreditnehmer, verändert werden können, ist es daher zu bevorzugen, von einer Wertgrenze und nicht von einer Wertschranke zu sprechen.

2. Bedeutung für die Tatbestandstruktur in verzugsbedingten Kündigungen: Grundstruktur verzugsbedingter Kündigungen am Beispiel von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung betont, dass „beachtliche“ Gründe Grundlage für die Kündigung des Wohnraummietvertrages sein müssen.⁵⁶⁷

Die außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzug ist ein wichtiger, wenn nicht der wichtigste Kündigungsgrund im Mietrecht und für die Praxis sehr bedeutsam.

Die verzugsbedingten Kündigungen sind auf Tatbestandsebene von einer gleichen Grundstruktur gekennzeichnet.

Der Verzug mit der Miete ist ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB, der die wichtigen Gründe aus § 543 Abs. 1 BGB konkretisiert, was am Wortlaut „Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn...“ erkennbar ist.

Die Berechtigung zur fristlosen, außerordentlichen Kündigung ist dann gegeben, wenn in einer bestimmten Zeit ein bestimmter Rückstand entstanden ist. Dieser Grundgedanke findet sich in den verschiedenen Normen zur verzugsbedingten Kündigung in den verschiedenen Dauerschuldverhältnissen wieder.

Voraussetzung zur Erfüllung des Tatbestands ist ein Verzug nach § 286 BGB in einem bestimmten Leistungszeitintervall.

Im Mietrecht bestimmt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zwei Alternativen für eine verzugsbedingte Kündigung:

⁵⁶⁶ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 332.

⁵⁶⁷ BVerfGE 68, 361, 371; BVerfG, NJW 1993, 2035, 2036.

Entweder ist der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug (Alternative a, Doppelverzug) oder er ist in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug, der die Miete für zwei Monate erreicht (Alternative b, Dauerverzug).

Literatur und Rechtsprechung legen den Begriff der Miete so aus, dass davon alle zeitlich wiederkehrenden Leistungen im Rahmen des Mietverhältnisses erfasst werden, also neben der Nettomiete auch Vorauszahlungen auf Heiz- und Betriebskosten.⁵⁶⁸

Für das Kreditrecht bestimmt § 498 Abs. 1 Nr. 1 a BGB, dass der Darlehensgeber das Darlehen fällig stellen und kündigen kann, wenn der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise in Verzug ist.

Grundsätzlich denkbar ist auch eine Kündigung des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber mit der Lohnzahlung in Verzug ist. Dieser Fall einer Kündigung ist aber praktisch höchst selten.⁵⁶⁹

Bei den meisten Vertragstypen begründet Verzug neben der außerordentlichen Kündigung auch gleichzeitig einen Grund für eine ordentliche Kündigung, da der Schuldner seine Vertragspflichten verletzt, etwa im Mietrecht.⁵⁷⁰

Bei der Struktur der verzugsbedingten, außerordentlichen Kündigung spielt die Gewichtung des Betrags- zum Zeitfaktor eine Rolle. Grundsätzlich sind beide Faktoren gleich zu gewichten, denn Zeit und Leistung sind die beiden konstitutiven Merkmale des Dauerschuldverhältnisses und erst das Zusammenspiel zwischen den beiden Faktoren begründet das Kündigungsrecht.

Es stellt sich die Frage, ob ein Faktor zur Herstellung der Kündigungsrelevanz den anderen im Sinne eines Korrelationsprinzips kompensieren kann - z.B. ob ein geringer Rückstand während eines längeren Zeitraums, und umgekehrt, ob ein hoher Rückstand in einem kurzen Zeitraum ausreicht.⁵⁷¹ Eine solche Annahme lässt sich nach der Systematik der beiden verzugsbedingten Kündigungsgründe aus § 543 Abs. 2 BGB nicht entnehmen, da § 543 Abs. 2 S.1 Nr. 3a BGB für einen kürzeren Zeitraum einen geringeren Rückstand voraussetzt als § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB.⁵⁷²

⁵⁶⁸ BGH, NJW 2008, 3210; Bamberger/Roth/Ehlert, § 543 BGB, Rn. 24; BGH, NJW 2014, 52; OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 973; BayObLG, NJW-RR 1996, 207; LG Bonn, NZM 2014, 387; Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 23.

⁵⁶⁹ In der Praxis ist es vielmehr sinnvoller bei Verzug den ausstehenden Lohn einzuklagen, da der Arbeitgeber ein höheres Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes hat als an einer eigenen Kündigung, die weiterreichende Konsequenzen für ihn hat, z.B. im Hinblick auf den Bezug auf die Berechtigung für Sozialleistungen.

⁵⁷⁰ BGH, NJW 2007, 428.

⁵⁷¹ Vgl. Lehmann-Richter, ZMR 2017, 374.

⁵⁷² Lehmann-Richter, ZMR 2017, 374.

Dennoch kann das Korrelationsprinzip bei der Generalklausel des § 543 Abs.1 BGB eine Rolle spielen, wenn etwa die festen Wertgrenzen aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB (noch) nicht erreicht werden und daher eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist.⁵⁷³ Der Vermieter hat ein großes Interesse an der Kündigung, wenn der Mieter mit einem im Vergleich zur Gesamtmiete geringen Betrag über einen sehr langen Zeitraum in Rückstand ist. Es wäre dem Vermieter in einem solchen Fall nicht zuzumuten, abzuwarten, bis die Wertgrenze von zwei Monatsmieten erreicht ist, weil im Sinne des Sprichworts „steter Tropfen höhlt den Stein“ mit der Zeit deutlich wird, dass der Mieter sich nicht vertragstreu verhalten will.

Dies ist besonders deswegen bedeutend, weil bei zu langem Abwarten des Vermieters die Kündigung unwirksam sein kann, da das Zeitmoment die Pflichtverletzung des Mieters verringern kann.⁵⁷⁴ Wenn nämlich der Vermieter den Rückstand ohne weitere Maßnahme oder Sanktion hinnimmt, so kann angenommen werden, dass er das Verhalten des Mieters toleriert und ihn die fehlende Miete insoweit nicht „stört“ und damit der Verzug keine Gefährdung seines Vermögens oder eine Verletzung seiner Interessen darstellt.

Umgekehrt ist der Betragsfaktor bedeutsamer, wenn in kürzerer Zeit ein im Vergleich zur Gesamtmiete hoher Betrag im Rückstand ist. Die Nachteile des Vermieters sind hier größer. Allerdings wäre dann auch die kündigungsrelevante Wertgrenze in kürzerer Zeit erreicht, wenn sich der Verzug weiter fortsetzt. In jedem Fall verbiete sich nach Lehmann-Richter eine schematische Anwendung des Korrelationsprinzips, da bei der Anwendung der kündigungsrechtlichen Generalklauseln eine Einzelfallbewertung vorzunehmen ist.⁵⁷⁵

⁵⁷³ Vgl. die Überlegungen bei Lehmann-Richter, ZMR 2017, 374.

⁵⁷⁴ Hinz, DMT-Bilanz 2011, 758, 764.

⁵⁷⁵ Lehmann-Richter, ZMR 2017. 374.

V. Feste Wertgrenzen als Wertung des Gesetzgebers

1. Gesetzgeberische Ausgestaltung eines wichtigen Grundes: Verzug als Spezialfall

Da der Begriff eines wichtigen Grundes unbestimmt ist und es zu Rechtsunsicherheit führt, wenn Definition und Auslegung über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes allein den Parteien bzw. einem Richter überlassen ist, hat der Gesetzgeber in den einzelnen Rechtsgebieten wichtige Kündigungsgründe ausgestaltet. Dabei sind typische Fallkonstellationen als wichtige Gründe festgelegt.

Insbesondere bei synallagmatischen Austauschbeziehungen ist der Verzug mit einer versprochenen (Gegen-)Leistung ein typischer Fall der Leistungsstörung, insbesondere bei Zahlungsverpflichtungen.

Wenn in einer auf Dauer angelegten Leistungsbeziehung ein Vertragspartner über längere Zeit mit seiner (Gegen-)Leistung in Verzug ist, liegt es nahe, dass er auch in Zukunft nicht leisten wird. Insoweit ist das Vertrauen des Vertragspartners erschüttert, so dass ein Festhalten am Vertrag, bei dem nur er leistet, ohne etwas dafür zu bekommen, nicht mehr zumutbar ist. Damit ist seine negative Vertragsfreiheit betroffen, denn es muss dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden, seine Entscheidung zum Abschluss des Vertrages rückgängig zu machen. Zudem sollen weitere Nachteile durch zukünftige Leistungsausfälle vermieden werden.

Die Kündigung soll den Mieter nicht bestrafen.⁵⁷⁶ Eine allein auf Bestrafung abzielende Kündigung wäre mit dem zivilrechtlichen Charakter der Kündigungsnormen nicht vereinbar.⁵⁷⁷ Die Kündigung als Strafe anzusehen widerspricht Art. 103 GG und dem staatlichen Gewaltmonopol.

Vielmehr ist schon durch die bloße Existenz eines Kündigungsgrundes wegen Verzugs der Schuldner präventiv gewarnt und dazu angehalten, mit seiner Leistung nicht in einen Rückstand zu geraten. Das Kündigungsrecht des Gläubigers wegen Verzugs bietet daher auch einen Anreiz für den Schuldner, seine Leistung in der vertraglich vereinbarten Zeit zu erbringen.⁵⁷⁸

Vor einer Kündigung aus einem unverschuldeten Rückstand aus Gründen, die nicht in seiner Sphäre liegen, schützt den Schuldner - soweit es nicht um eine Frage der finanziellen Leistungsfähigkeit geht - das Erfordernis des Vertretenmüssens nach § 286 Abs. 4 BGB. Aufgrund des Vertretenmüssens werden die Interessen der Schuldner gegenüber dem Gläubiger weniger schutzwürdig, weil hierdurch die

⁵⁷⁶ Für das Mietrecht Kraemer, NZM 2001, 555; Stornel, Mietrecht, IV, Rn. 374; für das Arbeitsrecht BAG, NJW 2011, 167, Rn. 28.

⁵⁷⁷ Vgl. Lehmann-Richter, ZMR 2017, 373.

⁵⁷⁸ Vgl. für das Mietrecht OLG Koblenz, NJW 1984, 2369.

Vertragsuntreue besonders deutlich zu Tage tritt. Vertragsuntreue soll aber nicht belohnt werden, so dass auch der Schuldner nicht geschützt werden muss und soll. Das würde nämlich den Sinn und Zweck der Kündigung als Schutz des Gläubigers vor weiteren Vermögensschäden durch die anhaltende Nichtleistung unterlaufen.

Der Kündigungsgrund des Verzuges ist von seinem Zweck her nicht nur ein Ausweg aus dem Vertrag für einen enttäuschten Gläubiger, sondern dient somit wegen des klaren Aufzeigens der Folgen bei einem Vertragsverstoß gleichzeitig auch der Stabilität des Schuldverhältnisses, indem der Mieter zur Vertragsdisziplin angehalten wird, da er ein Interesse am Bestand des Vertrages hat, z.B. im Mietrecht die Wohnung nicht zu verlieren.

2. Mietrecht

Im Mietrecht kommen den festen Wertgrenzen, insbesondere bei § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB mehrere Funktionen zu, in denen sich auch Wertentscheidungen des Gesetzgebers widerspiegeln, die im Folgenden näher erläutert werden sollen.

a) Rechtssicherheit, Rechts- und Normenklarheit

Feste Wertgrenzen dienen der Rechtssicherheit, damit Mieter und Vermieter wissen und erkennen, wann eine außerordentliche Kündigung droht bzw. ausgesprochen werden kann.

Rechtssicherheit ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaats und vom Staat zu gewährleisten.⁵⁷⁹ Rechtssicherheit wiederum gliedert sich auf in Rechtsklarheit, Verlässlichkeit, Berechenbarkeit und Erkennbarkeit des Rechts.⁵⁸⁰

Der Gesetzgeber hat bei der Festlegung von festen Wertgrenzen die Gebote der Rechts- und Normklarheit zu beachten.

Die materiellen Voraussetzungen für einen Eingriff in Grundrechte, also auch der Einschränkung der Vertragsfreiheit als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit, muss klar bestimmt und die Anwendung vorhersehbar sein.⁵⁸¹ Wegen des Vorbehalts des Gesetzes muss eine Norm umso bestimmter sein, je intensiver in das Grundrecht eingegriffen wird.⁵⁸² Das rechtsstaatliche Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit hat drei Funktionen zu erfüllen: erstens sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich auf ihn möglicherweise belastende Maßnahmen einstellen kann, und zweitens steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe für die Verwaltung

⁵⁷⁹ BVerfGE 2, 380, 403.

⁵⁸⁰ Zippelius, Das Wesen des Rechts, Kap. 10.

⁵⁸¹ Plauth, Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht, Kap. 1, B I 2.

⁵⁸² BVerfGE 83,130,145.

aufzeigen und drittens die Möglichkeit der Rechtskontrolle durch Gerichte gewährleisten.⁵⁸³

Damit sich der Rechtsanwender bzw. die Normadressaten an einer Norm orientieren können, muss das Recht unmissverständlich und klar sein.⁵⁸⁴ Normen müssen klar und verständlich sein.⁵⁸⁵ Zur äußeren oder formalen Normklarheit gehört zunächst, dass Gesetze sprachlich verständlich sind, ohne Widersprüche sein müssen und nicht irreführend sein dürfen.⁵⁸⁶ Inhaltlich können Normklarheit und Normbestimmtheit nicht immer klar getrennt werden und werden zum Teil miteinander vermischt.⁵⁸⁷

Das Bestimmtheitsgebot bezieht sich auf den inhaltlichen Aspekt der Norm.⁵⁸⁸ Der Gesetzgeber muss Normen so fassen, dass die Adressaten ohne besondere Spezialkenntnisse erkennen können, dass sie der Norm unterworfen sind und wie sie sich zu verhalten haben, so dass sie sich der Norm entsprechend verhalten können.⁵⁸⁹ Eine Norm muss zwar nicht in jeder Hinsicht Gewissheit bieten.⁵⁹⁰ Gesetzliche Regelungen müssen aber so formuliert sein, dass der Betroffene erkennen kann, dass die Norm für ihn gilt, dass er die Rechtslage erfassen und daraufhin sein Verhalten entsprechend ausrichten kann. Eine restriktive verfassungskonforme Auslegung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann Mängel einer zu unbestimmten oder zu weit gefassten Regelung nicht beseitigen.⁵⁹¹ Eine Norm ist aber bestimmt genug, wenn der Norminhalt durch Auslegung anhand der einschlägigen Auslegungsmethoden erschlossen werden kann.⁵⁹² Ziel muss es sein, dass der Bürger in einer für ihn erkennbaren Ordnung leben kann, in der er eigenverantwortlich handeln kann.⁵⁹³

Das Bundesverfassungsgericht hat das Gebot der Normklarheit bei der Gesetzgebung und Fassung von Vorschriften folgendermaßen definiert:

„Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit ... soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können.“⁵⁹⁴

⁵⁸³ BVerfGE 113, 348, 375; BVerfGE 110, 33, 53 ff; Bumke, Der Staat 49, 77, 90.

⁵⁸⁴ Vgl. Zippelius, Rechtsphilosophie, § 23 III.

⁵⁸⁵ Wagner, Die Entwicklung des Transparenzgebotes im Lauterkeitsrecht, 35.

⁵⁸⁶ BVerfGE 1, 16, 45.

⁵⁸⁷ BVerfGE 110, 33, 52; Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 41; Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 396 ff.

⁵⁸⁸ Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 194.

⁵⁸⁹ BVerfG, NJW 1991, 1471; BVerfGE 45, 400, 420; BVerfGE 58, 257, 278; BVerfGE 62, 169, 183.

⁵⁹⁰ BVerfGE 80, 137, 161; Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 58.

⁵⁹¹ SachsAnhVerfG, LKV 2015, 33, 36.

⁵⁹² BVerfGE 21, 209, 215.

⁵⁹³ Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 34.

⁵⁹⁴ BVerfGE 114, 1, 53.

Das ebenfalls aus dem Rechtsstaatprinzip abgeleitete Gebot für die Gesetzgebung zur Rechtsklarheit bedeutet, dass das Recht berechenbar sein muss.⁵⁹⁵ Die Folgen der Norm sollen offenkundig sein, also was den Adressaten erwartet, wenn er von der Norm abweicht, bzw. die Vorgaben der Norm befolgt. Gesetzestatbestände müssen aber nicht zwingend mit genau erfassbaren Maßstäben und Merkmalen umschrieben sein.⁵⁹⁶

Insbesondere die Schaffung von Normklarheit und ein besseres Verständnis der Gebote und Verbote des Mietrechts, im besten Falle ohne fachliche Hilfe, war erklärtes Ziel der Mietrechtsreformen.⁵⁹⁷

Bei der Kündigung aus Verzug bedeutet dies, dass § 543 Abs. 1 BGB als Generalklausel zunächst festlegt, dass zur Kündigung des Mietvertrages ein wichtiger Grund vorliegen muss.⁵⁹⁸ Hierzu findet sich in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB eine Legaldefinition des wichtigen Grundes, nämlich dann, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Insoweit ist der Wortlaut der Kündigungsgrundnorm aus § 314 Abs. 1 BGB noch einmal wiederholt. Mit dem Wort „insbesondere“ werden in § 543 Abs. 2 S. 1 BGB wichtige Gründe näher ausgeführt. Es handelt sich um eigene Kündigungsgründe.⁵⁹⁹

Die im Vergleich zu anderen Regelungen klarste Regelung eines wichtigen Grundes ist der Zahlungsverzug in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB, da hier wenig Raum für Interpretationen bleibt und Voraussetzungen und Rechtsfolgen für die Adressaten erkennbar sind.⁶⁰⁰ Das Gebot der Normklarheit erfüllt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB, und zwar auch trotz des unbestimmten Rechtsbegriffs eines "nicht unerheblichen Teils der Miete" in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB.

Im Hinblick auf (mehr oder weniger) feste Wertgrenzen bedeutet Normklarheit, dass beide Vertragsparteien erkennen und wissen, wann der Rückstand der Leistung in einem bestimmten Zeitraum zu einer Pflichtverletzung wird, die eine Kündigung des Vertrages zur Folge haben kann.

Hierzu muss der Gesetzgeber in den Tatbeständen der Norm festlegen, welche Höhe zu einem bestimmten Zeitpunkt das Kündigungsrecht entstehen lässt. Hierzu reicht eine Generalklausel nicht aus, die alle Fälle ohne nähere Beschreibung erfassen soll. Wenn die

⁵⁹⁵ BVerfGE 34, 139; BVerfGE 35, 348; BVerfGE 37, 137.

⁵⁹⁶ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 2 GG, Rn. 51.

⁵⁹⁷ BT-Drs. 14/4553, S. 35.

⁵⁹⁸ Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, § 543 BGB, Rn. 4.

⁵⁹⁹ Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 6.

⁶⁰⁰ Kraemer, NZM 2001, 553.

Hauptleistungspflicht des Mieters die Mietzahlung ist und eine Pflichtverletzung ein wichtiger Grund zur Kündigung sein soll, muss der Gesetzgeber Parameter und Werte als Orientierungspunkte festlegen, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung der Hauptleistungspflicht in Form des Ausbleibens der Miete zu einem wichtigen Grund für die Beendigung des Mietverhältnisses wird. Dies auch gerade im Hinblick darauf, dass die Wohnung der Lebensmittelpunkt des Mieters ist. Ansonsten ist für den Mieter nicht erkennbar, wann der Rückstand so „gefährlich“ ist, dass ein Verlust der Wohnung droht. Er kann sein Verhalten dann nicht entsprechend anpassen und die Pflichtverletzung abstellen bzw. begründen, warum er weniger Mieter zahlt. Die Norm wird dann unklar.

Bei § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB ist dies ein nicht unerheblicher Teil für zwei aufeinanderfolgende Termine. Für das Wohnraummietrecht konkretisiert § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB, dass der nicht unerhebliche Teil eine Monatsmiete übersteigen muss, also Monatsmiete zzgl. 0,01€.

Im Falle des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 b BGB sind dies zwei Monatsmieten über zwei Termine.

b) Feste Wertgrenzen als Ergebnis einer Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung am Beispiel von §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a und b, 569 Abs. 2a BGB

Neben der für die Normadressaten wichtigen Klarstellungsfunktion sind feste Wertgrenzen im Mietrecht aber auch Ausdruck und Ergebnis eines Abwägungsprozesses des Gesetzgebers.

Recht und die Rechtsordnung sind ein Regelungswerkzeug des Sozialablaufs mit dessen Hilfe gesellschaftliches Leben organisiert werden kann, auch um soziale Fragen beantworten zu können.⁶⁰¹

Bei der Rechtssetzung im Bereich des Schuldrechts kann der Gesetzgeber entscheiden, ob die Ausgestaltung der Schuldverhältnisse den Teilnehmern am Rechtsverkehr selbst überlassen wird (autonome Regelung) oder aber durch den Staat erfolgen soll (heteronome Regelung).⁶⁰²

Da es sich beim Mietrecht um ein für das menschliche und gesellschaftliche Leben besonders wichtiges Rechtsgebiet handelt, ist hier die Regelungsdichte von Einzelaspekten besonders hoch und somit die Regelung vornehmlich heteronom bestimmt.

Die Befugnisse von Mieter und Vermieter zuzuordnen und abzugrenzen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Er muss die

⁶⁰¹ Schmidt-Salzer, NJW 1971, 5.

⁶⁰² Vgl. Schmidt-Salzer, NJW 1971, 5; Canaris, AcP 184, 214.

schutzwürdigen Interessen beider Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.⁶⁰³

Köhler hat festgestellt, dass kein anderes Rechtsgebiet so viele Menschen unmittelbar und existenziell trifft wie das Wohnraummietrecht.⁶⁰⁴ Karl Renner hat 1929 die besondere Bedeutung der Wohnung eindrucksvoll im prosaischen Ton etwas überhöhend beschrieben:

„Jedes menschliches Wesen bedarf der Behausung, die Geschichte der menschlichen Behausung ist das Hauptstück aller menschlichen Kulturgeschichte, sie führt zurück in die vormenschliche Urzeit, in die Periode eines Zustandes unbewußter Gesellschaft, in der wir bloßes Objekt der Naturwissenschaft gewesen... Von der Höhle des Wilden über das Zelt des Nomaden bis zum gemauerten Haus der seßhaften Völkerschaft führt ein langer erfindungs- und kämpfereicher Weg, auf dem sich die faktische Nutzung der Heimstätte durch die Norm zum Recht auf die Behausung fortbildet.

...

Die Behausung eines Menschen bildet den zentralen Standort seines Lebens...Dort lebt er mit seiner Familie, dort produziert und konsumiert er und um dieses Zentrum vollzieht sich der Kreislauf seines Lebens.“⁶⁰⁵

Seit Beginn des ersten Weltkrieges bis nach dem zweiten Weltkrieg prägte die Annahme, der Staat müsse den Wohnungsmarkt im Sinne einer „Wohnungszwangswirtschaft“ regulieren, die Gesetzgebung zum Mietrecht.⁶⁰⁶

Hierzu noch einmal Karl Renner, der die Lage in Österreich in den 1920ern vor Augen hatte:

„Ökonomische Entwicklung und staatliche Gesetzgebung haben das städtische Mietshaus immer mehr zur öffentlichen Anstalt gemacht...Im Kriege [gemeint ist der Erste Weltkrieg, Anmerkung des Verfassers] sind die Schäden des Privathausbesitzes zu empfindlich und unerträglich geworden, so daß in allen Staaten eine Mieterschutzgesetzgebung eingetreten ist, die dem Eigentümer die meisten Ausübungsakte des Rechtes eingeschränkt oder entzogen hat. Die Summe dieser Normen hat dem Mieter außerhalb des Vertragsrechtes mittelbar, sozusagen im Reflexwege, eine große Zahl öffentlich-rechtlich geschützter Befugnisse eingeräumt und so auf negativem Wege ein positives Wohnrecht als neue Form des Rechts an

⁶⁰³ BVerfG, NJW 2000, 2658.

⁶⁰⁴ Köhler, Handbuch der Wohnraummiete, Vorwort zur 1. Auflage.

⁶⁰⁵ Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts in seiner sozialen Funktion, S. 130.

⁶⁰⁶ Vgl. den kurzen historischen Abriss in der Gesetzesbegründung zum Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Mietrecht, BT-Drs. 1234.

*der Behausung verliehen, das einmal berufen sein wird, das Privateigentum am Wohnhause abzulösen.*⁶⁰⁷

Renners Voraussagen sind zwar nicht wahr geworden, gleichwohl hat sich die Mietgesetzgebung weiterentwickelt und wie ausgeführt ist die Regelungsdichte besonders hoch.

Die Wohnungszwangswirtschaft der Nachkriegszeit ist mittlerweile dem sozialen Mietrecht gewichen, dennoch spielen paritätstheoretische und gerade paternalistische Motive immer noch eine gewichtige Rolle. In der Gesamtschau der Regelungen des Mietrechts ist die Paritätstheorie dahingehend erkennbar, dass der Gesetzgeber annimmt, dass der Mieter strukturell dem Vermieter unterlegen ist, da der Vermieter schließlich über das begehrte Wirtschaftsgut Wohnraum verfügt und er sich den Mieter aussuchen kann. In einem bissigen Kommentar nannte Adomeit die Vorschriften zum Wohnungsmietrecht wegen, aus seiner Sicht, Überbetonung des Mieterschutzes deswegen ironisch „Unabdingbarkeit-Paragrafen“, weil in ihnen ein Sozialgedanke ausgeformt ist, der nicht verändert werden kann.⁶⁰⁸

Weil die Wohnung gerade Mittelpunkt der Persönlichkeitsentfaltung ist und daher einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz untersteht, greift hier der paternalistische Schutz bei der Beschränkung der Privatautonomie, ob nun bei formularmäßigen oder individuellen Vereinbarungen besonders durch.⁶⁰⁹ Hanau schreibt hierzu:

*„Je stärker eine Vertragsklausel den Persönlichkeitskern des Mieters berührt, desto weniger ist sie einer den Mieter verpflichtenden Regelung zugänglich. Insoweit kann sich der Mieter deshalb auf die Unzumutbarkeit einer Vertragsabrede berufen. Da er den Vermieter zur Gestaltung ermächtigt hat, trägt der Mieter die Argumentationslast für ihre Unangemessenheit.“*⁶¹⁰

Die paternalistischen Motive, durch die sich der Gesetzgeber im Mietrecht im Hinblick auf den Schutz des Mieters leiten lässt, sind unter anderem in der Begründung zum Entwurf des Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum von 1974 ausgeführt:

„Der Schutz des Mieters vor willkürlichen Kündigungen und unberechtigten Mieterhöhungen soll nicht entfallen, sondern wegen der überragenden Bedeutung der Wohnung als Lebensmittelpunkt dauerhaft ausgestaltet werden. Marktorientierte Mieterhöhungen

⁶⁰⁷ Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts in seiner sozialen Funktion, S. 133.

⁶⁰⁸ Adomeit, NJW 1981, 2169.

⁶⁰⁹ Vgl. Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 125, 126.

⁶¹⁰ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 126.

*müssen jedoch zur Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit des Hausbesitzes möglich sein.*⁶¹¹

Auch bereits in den ersten Sätzen zum Entwurf des Mietrechtsänderungsgesetzes (MietRÄndG) von 2013 kommt die Motivation des Gesetzgebers zum Ausdruck, im Sinne der Paritätstheorie strukturelle Unterschiede zu beseitigen, nicht nur im Verhältnis Mieter-Vermieter, sondern auch innerhalb des „Vermieterlagers“ zwischen einem gewerblichen Großvermieter mit mehreren Wohnungen und einem Kleinvermieter mit nur einer oder wenigen Wohnungen:

„Der private Mietwohnungsmarkt spielt in Deutschland traditionell eine wichtige Rolle für die Versorgung mit Wohnraum: Von den insgesamt ca. 40 Millionen Wohnungen sind knapp 24 Millionen Mietwohnungen. Der überwiegende Teil der Bevölkerung befriedigt seinen Wohnbedarf also nicht als selbstnutzender Eigentümer, sondern als Mieter. Dies verdeutlicht den Stellenwert des Mietrechts, sowohl in sozialer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht. Der überwiegende Anteil dieser Mietwohnungen, nämlich 61 Prozent oder rund 14,5 Millionen Einheiten, befindet sich im Eigentum privater Kleinanbieter. Diese Wohnungen dienen den Vermietern in vielen Fällen zur Vermögensbildung und Altersvorsorge. Der Wohnungsbestand in Deutschland ist damit im Unterschied zu vielen anderen Ländern in Europa durch eine kleinteilige Struktur mit einem hohen Anteil an privaten Vermietern gekennzeichnet. Nicht zuletzt diese Struktur trägt zur vergleichsweise hohen Stabilität des deutschen Wohnungsmarktes bei und hat mit dazu geführt, dass es durch die weltweite Finanz- und Immobilienkrise der letzten Jahre in Deutschland nicht zu größeren Verwerfungen auf dem Immobilienmarkt kam.

....

Angesichts der Struktur des Mietwohnungsmarktes mit der besonderen Rolle der privaten Kleinanbieter einerseits und mit den energie- und klimapolitischen Herausforderungen andererseits hat die Rechtsordnung die Aufgabe, die Rechte und Interessen der Vermieter, der Mieter sowie gesamtgesellschaftliche Interessen miteinander in Einklang zu bringen. Eine der wesentlichen Bedingungen hierfür ist ein ausgewogenes Mietrecht.

...

*Darüber hinaus ist im Blick zu halten, dass private Kleinanbieter als Vermieter insbesondere bei der prozessualen und zwangsvollstreckungsrechtlichen Durchsetzung ihrer Rechte mit praktischen Schwierigkeiten konfrontiert sind, die sich bei professionellen Unternehmen der Wohnungswirtschaft nicht in gleicher Weise stellen. Auch hierauf sollte die Rechtsordnung reagieren, sofern hierdurch die berechtigten Interessen des sozialen Mieterschutzes nicht in Frage gestellt sind. Dies gilt insbesondere für die Bekämpfung des Einmietbetrugs, oft als „Mietnomadentum“ bezeichnet.*⁶¹²

⁶¹¹ BT-Drs. 7/2011, S. 1. Der zweite Satz zeigt aber zumindest, dass die Interessen des Vermieters mitberücksichtigt werden.

⁶¹² Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 13.

Allerdings zeigt die Begründung der Mietrechtsreform 2000, dass der Gesetzgeber zwischenzeitlich von paritätstheoretischen Motiven abrückte, da sich Vermieter und Mieter mittlerweile, wahrscheinlich auch durch die zuvor erlassenen mieterschützenden Gesetze des sozialen Mietrechts, gleichstark gegenüberstehen würden und ihre Interessen durchsetzen könnten:

„Manche Vorschriften des sozialen Mietrechts sind jedoch aufgrund gewandelter gesellschaftlicher Verhältnisse nicht mehr interessengerecht oder berücksichtigen die individuelle Schutzbedürftigkeit von Mietern und Vermietern zu wenig. Außerdem ist die Vertragsfreiheit an einigen Stellen zu sehr eingeschränkt durch starre und unflexible Regelungen, die eine eigenverantwortliche Vertragsgestaltung hindern, obwohl Mieter und Vermieter ihre Interessen hier selbst ausgewogen vertreten können.“⁶¹³

Gemäß den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für die Normschaffung im Mietrecht muss der Gesetzgeber bei der Definition von festen Wertgrenzen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.⁶¹⁴

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die damit verbundene Abwägung erhalten noch mehr Gewicht, da es sich bei § 543 BGB und § 569 BGB um Tatbestände handelt, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, also eine drastische Maßnahme zur Beendigung im Sinne einer *ultima ratio*. Die Messlatte liegt hier also wegen der Bedeutung der Wohnung für die Lebensentfaltung noch einmal ein Stück weit höher, um dem Vermieter ein Kündigungsrecht zu gewähren und solche Tatbestände zu definieren, die einen besonders schwerwiegenden Vertragsverstoß darstellen und von allen anerkannt werden können.

§ 543 BGB mit der Definition von festen Wertgrenzen muss deswegen im Sinne der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts und der darin enthaltenen Kriterien verhältnismäßig sein, weil die (im untechnischen, weil nicht prozessrechtlichen Sinne) Vollstreckung der Norm die Wohnung dem Mieter und damit seinen Lebensmittelpunkt wegnimmt und die Norm dem Vermieter den Entzug ermöglicht.

Dies gilt umso mehr, weil gesetzgeberische Vorgaben zu Kündigungstatbeständen Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 GG sind, da das Eigentum des Vermieters und wie er damit verfahren kann, betroffen ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung folgendes auferlegt:

⁶¹³ BT-Drs. 14/4553, S. 36.

⁶¹⁴ Siehe oben unter III 2 b, BVerfG, NJW 1997, 722, 732, III 1.

„Art. 14 I 2 GG überlässt es dem Gesetzgeber zwar, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Er genießt aber keine unbeschränkte Freiheit. Vielmehr muss er sowohl die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als auch die Sozialpflichtigkeit des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG beachten und den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Dabei ist insbesondere die Funktion des betroffenen Eigentumsgegenstands zu berücksichtigen. Der Eigentumsschutz wiegt umso schwerer, je mehr der Betroffene Eigentumsgegenstand der Sicherung der persönlichen Freiheit des Eigentümers dient. Wird der Eigentumsgegenstand dagegen Dritten zur entgeltlichen Nutzung überlassen und dient er deren Freiheitssicherung, so verlangt das Gebot eine am gemeinwohlorientierten Eigentumsnutzung eine verstärkte Rücksichtnahme auf ihre Belange. Je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug steht und eine soziale Funktion erfüllt, desto weiter reicht die Befugnis des Gesetzgebers zu Inhalts- und Schrankenbestimmung. Die Grenzen liegen dabei nicht ein für alle Mal fest. Veränderungen der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse können vielmehr zu einer Verschiebung der Maßstäbe führen.“⁶¹⁵

Die Gesetzgebung im Bereich des Zivilrechts, also auch des Mietrechts, ist daher an den Wertentscheidungen des Grundgesetzes auszurichten.⁶¹⁶

Der Gesetzgeber hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Bestimmung von Inhalten und Schranken des Eigentums die Aufgabe, das Sozialmodell des Grundgesetzes zu verwirklichen, dessen rechtliche Elemente sich zum einen aus der Anerkennung des Privateigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und zum anderen aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 GG ergeben.⁶¹⁷ Das Privateigentum im Sinne des Grundgesetzes ist in seinem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet.⁶¹⁸ Das Eigentum dient aber auch Allgemeinwohlzwecken und sein Gebrauch ist in seinem sozialen Bezug und seiner Funktion als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen zu sehen.⁶¹⁹ Wenn ein Nichteigentümer wie der Mieter seinerseits ein anderes Eigentumsobjekt zu seiner Freiheitssicherung und verantwortlichen Lebensgestaltung nutzt, umfasst das Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung auch die Rücksichtnahmepflicht auf den Nichteigentümer.⁶²⁰

Die Einführung eines Kündigungsrechts wegen Verzugs mit den Mietzahlungen mit festen Wertgrenzen ist insoweit erforderlich, als der

⁶¹⁵ BVerfG, NJW 1997, 722, 723, III 1.

⁶¹⁶ Vgl. Schmidt-Salzer, NJW 1970, 12.

⁶¹⁷ BVerfGE 25, 112, 117.

⁶¹⁸ BVerfG, NJW 1977, 2163.

⁶¹⁹ BVerfGE 50, 290.

⁶²⁰ BVerfGE 68, 361; Sperlich, JA 2017, 38.

Verzug mit der Mietzahlung, der Hauptleistungspflicht des Mieters, eine schwere Vertragspflichtverletzung ist. Literatur und Rechtsprechung legen den Begriff der Miete so aus, dass davon alle zeitlich wiederkehrenden Leistungen im Rahmen des Mietverhältnisses erfasst werden, also neben der Nettomiete auch Vorauszahlungen auf Heiz- und Betriebskosten.⁶²¹

Ein milderes Mittel oder eine Alternative zur Definition von festen Wertgrenzen gibt es nicht. Denkbar wäre es zwar, die Bestimmung über den Rückstand und den Rückstandszeitraum den Parteien zu überlassen. Die Parteien könnten entweder einen zu langen Rückstandszeitraum oder ein Auflaufen eines sich über mehrere Monate erstreckenden Mietrückstands vereinbaren (zum Vorteil des Mieters) oder einen geringen Rückstand in kurzer Zeit (zum Vorteil des Vermieters). Solche Regelungen wären aber unvereinbar mit dem Ausnahmecharakter der außerordentlichen Kündigung. Die denkbaren Modelle würden in jedem Fall zu einer Benachteiligung einer der Parteien führen. Dies kann aber nicht gewollt sein, wenn das Mietrecht eine Rechtsordnung sein soll, die den Ausgleich der Interessen von Mieter und Vermieter im Auge hat. Daher ist der Gesetzgeber angehalten, hier Vorgaben zu machen, damit Norm- und Rechtsklarheit gegeben sind, um so auch den Interessenausgleich zu gewährleisten und Interessengerechtigkeit herzustellen in dem Sinne, dass alle Interessen ihre Berücksichtigung finden.⁶²²

Der Gesetzgeber muss eine Interessenabwägung vornehmen, damit eine Norm auch angemessen ist und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Es muss ihm gelingen, den „schonendsten Ausgleich“ zwischen (teilweise) widerstreitenden Rechtspositionen zu finden, bei dem beide Positionen keine zu großen Einbußen in ihrer Bedeutung und Wirkung erleiden und nicht merklich gegenüber der jeweils anderen zurücktreten bzw. ganz verschwinden.⁶²³

Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber bei der Frage, ob er überhaupt feste Wertgrenzen setzt und dann, wie hoch diese sein sollen, die Interessen von Mieter und Vermieter mit- und gegeneinander abwägen muss. Interessenabwägung heißt aber nicht Gleichsetzung der Interessen. Eine Gleichsetzung wäre nämlich genau das Gegenteil einer Abwägung, die ja gerade den verschiedenen Interessen je nach Situation und Fallkonstellation eine unterschiedliche Wertigkeit zuteilt. Abwägung der Interessen heißt aber auch nicht Verdrängung des einen Interesses durch das andere, sondern Ausgleich dergestalt, dass beide sich der Situation gerecht entfalten können. Das Interesse des jeweils

⁶²¹ BGH, NJW 2008, 3210; Bamberger/Roth/Ehlert, § 543 BGB, Rn. 24; BGH, NJW 2014, 52; OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 973; BayObLG, NJW-RR 1996, 207; LG Bonn, NZM 2014, 387; Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 23.

⁶²² Insoweit ist keine klare Trennung zwischen Geeignetheit und Angemessenheit in der schematischen Prüfung der Verhältnismäßigkeit möglich, da sich die Argumente vermischen und in beiden Prüfungspunkten Berücksichtigung finden.

⁶²³ Höpfling, Jura 1994, 169 zu den verwendeten Begriffen.

unterlegenen Teils muss aber in seinem Wesensgehalt erhalten und erkennbar bleiben.

Abzuwägen sind hier wie bei allen Kündigungstatbeständen im Mietrecht die Interessen des Vermieters an der Zurückerlangung der Wohnung gegenüber dem Interesse des Mieters in der Wohnung zu verbleiben.⁶²⁴

Für die Ausgestaltung zwingender mietrechtlicher Vorschriften heißt das für den Gesetzgeber, dass er die Belange des Mieters und des Vermieters in gleicher Weise berücksichtigen muss, wobei nicht in jeder Situation die jeweiligen Belange dasselbe Gewicht haben müssen. Die einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit der Vorstellung eines sozialgebundenen Privateigentums im Sinne des Grundgesetzes nicht in Einklang.⁶²⁵

In Bezug auf Wertgrenzen bedeutet dies, dass es ein außerordentliches Kündigungsrecht bei Verzug des Mieters geben soll und muss (Interesse des Vermieters), aber nicht jeder Verzug zu einem außerordentlichen Recht zur Kündigung führt und daher eine Betragsgrenze eingezogen werden soll und muss (Interesse des Mieters). Beim Verzug treten die Interessen des Mieters zurück, da er den Verzug verschuldet bzw. zu vertreten hat. Seine Interessen bleiben aber insoweit gewahrt, als dass erst ein bestimmter Rückstand in einer bestimmten Zeit kündigungsrelevant ist.

Welche Interessen der Gesetzgeber in die Abwägung einstellt und von welchen Motiven er sich leiten lässt, zeigen die Gesetzesentwürfe.

Die außerordentliche Kündigung wegen Verzugs mit dem Mietzins gem. § 543 BGB in seiner geltenden Form geht auf die Mietrechtsreform 2001 zurück, der ein vorgezogener Teil des Schuldrechtsmodernisierung 2001 war.⁶²⁶ Die Mietrechtsreform von 2001 fasste zuvor verstreute Kündigungstatbestände in § 543 BGB zusammen.

Im Entwurf des Reformgesetzes ist in der Zielsetzung zu Beginn ausgeführt, dass der Gesetzgeber den Ausgleich der Interessen anstrebt:

„Der Entwurf eines Mietrechtsreformgesetzes strebt einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Mietern und Vermietern an und berücksichtigt zugleich die sozial-, wohnungs-, wirtschafts- und umweltpolitische Bedeutung des privaten Mietrechts. Insbesondere das Wohnraummietrecht soll übersichtlicher und verständlicher werden und damit zu mehr Rechtssicherheit und Rechtsfrieden führen.“⁶²⁷

⁶²⁴ Siehe oben unter II 2 b.

⁶²⁵ BVerfG, NJW 1974, 1499.

⁶²⁶ Kraemer, NZM 2001, 557.

⁶²⁷ BT-Drs. 14/4553, S. 1.

Ziel der Mietrechtsreform 2001 war es, das Mietrecht klarer, verständlicher und transparenter zu machen. Die Reform sollte das Mietrecht in dem Sinne modernisieren, dass die Interessen von Mietern und Vermietern angemessen und für alle Seiten gerecht ausgeglichen werden.⁶²⁸

An der Mietrechtsreform wurde seinerzeit kritisiert, dass es ein illusionärer Anspruch sei, ein für die Beteiligten einfaches und ohne fachliche Hilfe verständliches Gesetz zu schaffen.⁶²⁹ Mittlerweile stehen die Reform und die damit einhergehenden Anpassungen aber außer Frage.

Aus der Existenz der Kündigungstatbestände wegen Verzugs kann schon die Wertung entnommen werden, dass bei einem Verzug mit der (Gegen-)Leistung, die einen erheblichen Teil der Leistung ausmacht, so dass es zu einer Vermögensgefährdung des Gläubigers kommt, die Interessen des Gläubigers die des Schuldners überwiegen und daher den Gläubigerinteressen der Vorzug zu gewähren ist. Hinzu kommt, dass bei verzugsbedingten Kündigungen die Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen müssen. Schon wegen des Vertretenmüssens ist der Schuldner weniger schutzwürdig als der Gläubiger, denn ersterer verletzt seine Hauptleistungspflicht in einer synallagmatischen Vertragsbeziehung.

Die Frage, ob feste Wertgrenzen gesetzt werden müssen, ist noch vergleichsweise leicht zu beantworten. In einer Dauerschuldbeziehung muss es den Parteien möglich sein, sich vom Vertrag zu lösen. Ansonsten wäre eine Partei bis zu ihrem Lebensende und bei Vererbbarkeit wohlmöglich sogar die Erben, also gleichsam bis in alle Ewigkeiten (wenn sich der Vertrag nicht vorher durch Zeitablauf erledigt) in einem Vertrag gefangen, den sie nicht wollen. Dies wäre ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, aus der auch die Vertragsfreiheit abgeleitet wird. Vertragsfreiheit bedeutet nicht nur, dass man innerhalb der geltenden Rechtsordnung Verträge eingehen kann, sondern auch, dass man gar keine Verträge eingehen muss, wenn man nicht mehr will, und sich auch unter bestimmten Umständen von Verträgen lösen kann. Dies kann entweder durch einen Aufhebungsvertrag oder durch eine Kündigung geschehen. Beim Aufhebungsvertrag ist eine Partei aber auf die Mitwirkung des Vertragspartners angewiesen, da er nicht zur Mitwirkung gezwungen werden kann. Daher muss man ihm die Möglichkeit geben, den Vertrag ohne Mitwirkung des anderen beseitigen zu können. Diese Möglichkeit ist die Kündigung, entweder als ordentliche Kündigung oder bei schwerwiegenden Verstößen und Vertrauensbrüchen die außerordentliche fristlose Kündigung.

Der Mieter soll im Hinblick auf die Wichtigkeit der Wohnung die Möglichkeit haben, durch ein „reuiques“, nunmehr vertragskonformes

⁶²⁸ Vgl. Krämer, NZM 2001, 553.

⁶²⁹ Löwe, NZM 2000, 577, 578.

Verhalten im Nachhinein den Vertrag weiterhin bestehen zu lassen, zumindest soweit der Vermieter nicht auch ordentlich kündigt.

Nach § 543 Abs 2 S. 2 und 3 BGB wird die außerordentliche Kündigung unwirksam, wenn der Vermieter vor Ausspruch der Kündigung befriedigt wird oder wenn der Mieter den Rückstand durch Aufrechnung mit eigenen Ansprüchen beseitigen kann und die Aufrechnung zeitnah nach der Kündigung erklärt.

Um zusätzlich der Bedeutung der Wohnung für den Mieter Rechnung zu tragen, sieht das BGB in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB für das Wohnungsmietrecht die Möglichkeit vor, die außerordentliche Kündigung zu beseitigen, wenn der Rückstand innerhalb einer Schonfrist bis zum Ablauf von zwei Monaten, der sog. Karenzzeit, nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs nach § 261 Abs. 1 ZPO ausgeglichen und der Vermieter befriedigt wird. Es gilt aber die Einschränkung aus § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 BGB, wonach die Heilung nicht eintritt, wenn innerhalb von zwei Jahren vor Zugang der Kündigung bereits einmal von der Heilungsmöglichkeit zur Abwendung der Kündigung Gebrauch gemacht wurde.

Die Ausgleichsmöglichkeit ist ein Ausdruck des sozialen, rücksichtnehmenden Mietrechts. Die Norm soll den Wohnraummieter schützen.⁶³⁰ Der Mieter bekommt damit nochmal die Gelegenheit, den Vertrag „zu retten“ und in der Wohnung zu verbleiben, auch um Obdachlosigkeit zu verhindern. Allerdings bleibt eine gleichzeitig erklärte ordentliche Kündigung trotz Ausgleich des Rückstandes bestehen.⁶³¹

Die Verlängerung der Schonfrist auf zwei Monate geht ebenfalls auf die Mietrechtsreform 2001 zurück, zuvor wurde dem Mieter nur einen Monat Karenzzeit gewährt. Diese Möglichkeit zeigt, dass der Gesetzgeber die Interessen des Mieters weiterhin im Blick hat. So soll die Regelung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB im Interesse der Allgemeinheit Obdachlosigkeit verhindern.⁶³² Daher kann der Rückstand auch durch eine öffentliche Stelle ausgeglichen werden, der Staat also die Gefahr der Wohnungslosigkeit mit den sich anschließenden sozialen und persönlichen Problemen der Betroffenen abwendet und somit noch größeren materiellen Schaden und menschliche Tragödien verhindert. Der Vorschrift liegen daher auch ordnungspolitische Überlegungen zugrunde. Das Bundesverfassungsgericht hat die Heilungsmöglichkeit durch Ausgleich der Mietschulden treffend als Rechtswohltat bezeichnet.⁶³³

In der Wertgrenze von zwei Monatsmieten kommt somit ein Ergebnis des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen des Mieters und Vermieters zum

⁶³⁰ Tonner/Willingmann/Tamm, § 569 BGB, Rn. 26.

⁶³¹ BGH, NZM 2005, 334.

⁶³² BT-Drs. 14/4553, S. 64; BGH, NJW 2013, 159 Rz 28; BGH, NJW 2015, 1296.

⁶³³ BVerfG, NJW 1989, 1917.

Ausdruck, indem zwar das eine Interesse gegenüber dem anderen bevorzugt wird, ohne das insoweit unterlegene Interesse vollständig zu ignorieren.

Wenn der Mieter mit fortschreitender Lebenszeit die Wohnung in sein (Sozial-)Leben einbindet und daher auf genau diese Wohnung angewiesen ist, sind seine Interessen an sich stärker zu berücksichtigen als die des Vermieters.⁶³⁴ Bei Fällen von Pflichtverletzungen, die nicht in einer Zahlungspflicht liegen, z.B. der Verletzung der Hausordnung oder Störung des Hausfriedens, ist die Bevorzugung durchaus nachvollziehbar und findet auch entsprechenden Eingang in der Abwägung im Einzelfall zur Ermittlung ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt. So sind eine Behinderung und hohes Alter nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein gewichtiger Faktor zugunsten der Schutzbedürftigkeit des Mieters im Rahmen einer Interessenabwägung.⁶³⁵

Beim Verzug treten die Interessen des Mieters aber zurück, da er den Verzug gem. § 286 Abs. 4 BGB zu vertreten hat und die Mietzahlung gerade seine Hauptleistungspflicht ist, damit der Eigentümer die Nutzung seines Eigentums überhaupt gestattet. Sein Interesse bleibt aber insoweit gewahrt, als dass ein bestimmter Rückstand in einer bestimmten Zeit erst kündigungsrelevant ist.

Entscheidender als die Frage nach dem „ob“ der Kündigung, also in Bezug auf die Entstehung des Kündigungsrechts, ist für die Parteien die Frage nach der Höhe der Wertgrenzen, also wann in aller Konsequenz die Kündigung ausgesprochen werden kann. Der relevante Betragsfaktor kann nicht den Parteien überlassen werden, da ansonsten die Gefahr besteht, dass eine der Parteien benachteiligt wird. Er muss deswegen heteronom durch Gesetz festgelegt werden. Der Gesetzgeber hat den Parteien die Entscheidung abgenommen, wann ein Rückstand für die Kündigung relevant ist.

Die Vorschrift des § 543 BGB findet sich, wenn auch nicht immer in gleicher Nummerierung, schon seit Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900.

In den Motiven des BGB findet sich zur Vorgängervorschrift des § 528 BGB-E1 keine Angabe zu den abgewogenen Interessen oder den Beweggründen, warum eine feste Wertgrenze von zwei Monaten festgelegt ist. Die Entwurfsverfasser hatten die Auswahl zwischen einer fälligen Mietzahlung wie in § 1118 ABGB, Art. 287 schwOR (in der Fassung von 1881) und Art. 1741 Code Civil oder von zwei aufeinanderfolgenden Terminen aus § 298 I 21 PrALR, § 1220

⁶³⁴ Klose, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht, S. 67.

⁶³⁵ BVerfGE 21, 73 ff; BVerfGE 38, 348 ff; BVerfGE 68, 361; BVerfGE 79, 292.

sächsisches BGB und aus den hessischen und bayerischen Entwürfen zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch.⁶³⁶

Ohne nähere Begründung warum führen die Verfasser des Entwurfs des BGB aus: *„der Entw. hat sich den letzteren Gesetzen angeschlossen; doch darf zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes zwischen dem Rückstande des ganzen Zinses und dem eines Theiles desselben nicht unterschieden werden.“*⁶³⁷

Die Entwurfsverfasser nennen den Zweck des Gesetzes nicht, das Recht zum Rücktritt bzw. Kündigung wegen Nichtzahlung der Miete sei aber in den zur damaligen Zeit geltenden Rechten allgemein anerkannt.⁶³⁸ Der Zweck des Gesetzes dürfte aber ähnlich heutigen Erwägungen der Vermögensschutz des Vermieters vor einem nicht zahlungswilligen Mieter sein, da heute wie damals die gleiche Ausgangssituation besteht.

Die Motive des § 528 BGB-E1 werden damit eingeleitet, dass mit dem § 528 BGB-E1 Fälle umfasst werden, in welchen der Vermieter „kraft positiver Vorschrift“ sich ohne Frist vom Vertrag lösen bzw. kündigen kann, hier noch Rücktritt für die Zukunft genannt.⁶³⁹ An der Formulierung ist erkennbar, dass die Vorschrift grundsätzlich den Interessen des Vermieters dienen soll und weniger den Mieter im Blick hat. „Kraft positiver Vorschrift“ meint an dieser Stelle eine heteronome Bestimmung, denn positiv ist hier in der Sprache der Zeit im Sinne von gesetzt zu verstehen.

In den Beratungen zum Entwurf wurde beantragt, den Verzugszeitraum auf einen Monat festzulegen und von einer vierzehntägigen Mahnfrist des Vermieters abhängig zu machen. Der Antrag wurde aber abgelehnt, weil er für den Mieter zu gefährlich sei, da es leicht vorkommen könne, dass der Mieter die Miete ein einzelnes Mal nicht vollständig zahlt, weshalb der Antrag deswegen zu Ungunsten des Mieters zu weit gehe.⁶⁴⁰

Die Ausgewogenheit der Abwägung mit der Festlegung auf zwei Monatsmieten zeigt sich an der folgenden Bemerkung in den Protokollen:

*„Die Vorschriften der Nr. 2 [§ 528 BGB-E1, Anmerkung des Verfassers] hätten im Ganzen Billigung gefunden, wenn sie auch von einer Seite als zu mild, von einer anderen Seite als zu hart hingestellt worden seien.“*⁶⁴¹

⁶³⁶ § 184 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen, Darmstadt. 4 Abtheilungen 1842 - 1853; § 441 Entwurf eines Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München 1861; Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

⁶³⁷ Mugdan, Materialien, Band II, S. 232.

⁶³⁸ Mugdan, Materialien, Band II, S. 232.

⁶³⁹ Mugdan, Materialien, Band II, S. 232.

⁶⁴⁰ Mugdan, Materialien, Band II, S. 872.

⁶⁴¹ Mugdan, Materialien, Band II, S. 872.

Das Zitat lässt sich in Anlehnung an ein verbreitetes Sprichwort so verstehen, dass wenn beide Seiten nicht zufrieden sind, wohl eine gute Lösung für alle gefunden wurde, ähnlich bei gerichtlichen Vergleichen, bei dem beide Parteien im Grunde unzufrieden sind.

Die Entwurfsverfasser haben damit die beiden Interessen von Mieter und Vermieter abgewogen, in Einklang gebracht und eine Vorschrift geschaffen, die in der Mitte zwischen zwei extremen Positionen liegt. Ohne es so zu nennen, wurde bewusst oder unbewusst der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angewendet, obwohl dieser zur Entstehungszeit des BGB noch gar nicht in seiner heutigen Form entwickelt war.

Dass die Entwurfsverfasser des BGB eine ausgewogene und damit verhältnismäßige Regelung gefunden haben, zeigt sich daran, dass der Kündigungstatbestand wegen Verzugs seit Inkrafttreten des BGB mit dem Verzug von zwei Monatsmieten im Kern nicht geändert wurde. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine Forderung an den modernen BGB-Gesetzgeber unter Geltung des Grundgesetzes. Aber schon der historische BGB-Gesetzgeber hat sich unbewusst an diesen Grundsatz gehalten und eine Interessenabwägung getroffen. Darin zeigt sich auch, dass die Norm letztlich auch gerecht ist, da sie allseits anerkannt und nie in Frage gestellt wurde.

Vorkonstitutionelles Recht gilt gem. Art. 123 GG weiter, wenn es mit dem Grundgesetz inhaltlich vereinbar ist, d.h. inhaltlich mit Grundrechten und Grundprinzipien des Grundgesetzes vereinbar ist.⁶⁴² Die Norm muss also auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Dieser Vorgabe entspricht der § 528 Nr. 2 BGB-E1, da er das Ergebnis einer Abwägung der Interessen des Vermieters mit den Interessen des Mieters und damit verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Abgesehen davon hat der Gesetzgeber des BGB unter dem Grundgesetz nach den Mietrechtsreformen der 1970er und 2000er die Vorschrift in seinen gesetzgeberischen Willen mitaufgenommen, da sie unverändert geblieben ist. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber des BGB unter dem Grundgesetz die Vorschrift billigt und sie aber deswegen auch anhand des Grundgesetzes zu messen ist.

Wenn der Gesetzgeber eine Interessenabwägung selbst vornimmt, ist dies nach Hill ein Ausdruck hochstehender Gesetzgebung.⁶⁴³ Der Gesetzgeber schafft nämlich eine normative Dogmatik, da er die Abwägung nicht dem Rechtsanwender überlässt.⁶⁴⁴ Hierbei besteht natürlich abstrakt gesehen die Gefahr, dass sich der Gesetzgeber mit einer gesteigerten Normendichte in Regelung zahlreicher Einzelbefehle für einzelne bestimmte Fälle verliert, deren Lösung er eigentlich der

⁶⁴² Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 123 GG, Rn. 5.

⁶⁴³ Vgl. Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, S. 69 ff; Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, S. 36 f; Schneider, Gesetzgebung, S. 44.

⁶⁴⁴ Vgl. Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 12.

Exekutive und Rechtsprechung überlassen sollte.⁶⁴⁵ Wenn der Gesetzgeber die Entscheidung über eine Wertgrenze und Abwägung für die Vertragsparteien trifft, muss die Einführung und die Ausgestaltung der Wertgrenze der Höhe nach auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Denn die Abnahme dieser Entscheidung mit der Vorgabe einer Wertgrenze ist ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien, die dies auch selber hätten regeln können. Der Gesetzgeber hat zum Schutz des Mieters in § 569 Abs. 5 BGB für das Wohnraummietrecht angeordnet, dass von § 543 BGB nicht durch Vereinbarung zum Nachteil des Wohnraummieters abgewichen werden kann.⁶⁴⁶ Die Parteien können also hier keine eigene vertragliche Regelung treffen, welche die Wertgrenzen, zumindest zuungunsten des Mieters, verschiebt. Es ist aber auch noch nicht ersichtlich, warum ein Vermieter sich darauf einlassen sollte, die Wertgrenze über den gesetzlich vorgeschriebenen Teil hinauszuschieben. Das wäre für ihn offensichtlich gegen sein Interesse. Eine Ausdehnung der Wertgrenze ist daher nur bei ganz außergewöhnlichen Fällen denkbar, wenn etwa der Vermieter eine emotionale Nähe zum Mieter hat z.B. enge familiäre Bindungen. Das sind aber außerjuristische Gründe sozialen Ursprungs.

Die Folgerichtigkeit der Entscheidung, eine Grenze bei einem Verzug von zwei Monatsmieten zu ziehen, und Ausdruck dafür, dass der Gesetzgeber hiermit eine geeignete und praktikable Vorschrift gefasst hat, zeigt sich daran, dass der Bundesgerichtshof entschieden hat, dass der Vermieter keine weitere Interessenabwägung vornehmen muss, wenn ein Zahlungsverzug im Sinne des § 543 BGB vorliegt.⁶⁴⁷ Die Interessenabwägung entfällt für den Vermieter, da der Gesetzgeber die Interessenabwägung bereits für ihn vorgenommen hat.

Das zwingende Verschuldenserfordernis bei Verzug in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB mit Rückgriff auf § 286 Abs. 4 BGB, zeigt, dass bei einer vom Schuldner zu vertretenden Pflichtverletzung die Interessen des Vermieters die des Mieters überwiegen sollen. Dabei ist zu beachten, dass der Mieter als Schuldner einer Geldleistung seine persönliche Leistungsunfähigkeit immer zu vertreten hat („Geld muss man haben“). In den Motiven des BGB setzten sich die Entwurfsverfasser noch mit der Frage auseinander, ob ein Vertretenmüssen zwingende Voraussetzung für die Kündigung sein muss und ob zuvor eine Mahnung des Vermieters vorliegen muss.⁶⁴⁸ Auch hier gab es Vorbilder ohne Erfordernis des Vertretenmüssens (§ 288 I 21 PrALR und § 1220 sächsisches BGB). Die Entwurfsverfasser haben sich für die Einführung des Verzugserfordernisses entschieden, da nur dann das Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht des Vermieters als gerechtfertigt angesehen

⁶⁴⁵ Vgl. Leisner, Der Abwägungsstaat, S. 12.

⁶⁴⁶ Für den Gewerberaum ist eine Abweichung in den Grenzen der §§ 138, 242 und 305 ff BGB zulässig, vgl. PWW/Feldhahn, § 543 BGB, Rn. 3.

⁶⁴⁷ BGH, ZMR 2015, 287; BGH, NJW 2015, 3087; BGH, NJW 2015, 3087.

⁶⁴⁸ Mugdan, Materialien, Band II, S. 232.

werden kann.⁶⁴⁹ Für das Erfordernis einer zuvor ergangenen Abmahnung gäbe es keinen Grund.⁶⁵⁰

Die Entwurfsverfasser haben mit der Einführung des Vertretenmüssens und Verzicht auf eine Abmahnung erneut eine abgewogene Entscheidung getroffen, indem sie einerseits die Interessen des Mieters (Vertretenmüssen erforderlich) und die Interessen des Vermieters (einfache Kündigung ohne weitere Hürde einer Abmahnung) berücksichtigt haben. Heute stellt § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB klar, dass im Falle des Verzugs im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB eine Abmahnung entbehrlich ist.⁶⁵¹ Eine Mahnung ist freilich wegen § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich. Dem Vermieter sollen daher nicht weitere Hürden gestellt sein und eine weitere Warnung an den Mieter – diese Funktion kommt der über die Mahnung hinausgehenden Abmahnung zu – erscheint nicht notwendig, da die Vertragspflichtverletzung offensichtlich ist.

Die Wertgrenze von zwei Monatsmieten aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB diene dann auch als Vorbild für den mit dem MietRÄndG vom 11.03.2013 eingeführten § 569 Abs. 2a BGB, bei welchem die Grenze von zwei Monatsmieten übernommen wurde, um hier einen Gleichlauf mit § 543 BGB zu erzielen:

„Die Parteien eines Mietvertrags vereinbaren häufig, dass der Mieter für die Erfüllung seiner Pflichten Sicherheit zu leisten hat. Die Mietsicherheit ist ein wichtiges Instrument, um das Ausfallrisiko des Vermieters zu verringern. Zahlt der Mieter die vereinbarte Kautionsleistung nicht oder verspätet, erscheint es gerechtfertigt, diesen Fall ebenso zu behandeln wie den Fall der unterbliebenen oder verspäteten Mietzahlung. Der Gesetzentwurf schafft daher mit dem neuen § 569 Abs. 2a BGB eine Möglichkeit für den Vermieter, das Mietverhältnis ohne vorherige Abmahnung fristlos zu kündigen, wenn der Mieter mit einer vereinbarten Sicherheitsleistung in Höhe von zwei Kaltmieten in Verzug ist.“⁶⁵²

Im Gesetzgebungsverfahren war dann auch nicht der Verzug mit zwei Monatsmieten in der Diskussion, sondern das Erfordernis der Abmahnung.⁶⁵³ Dies zeigt, dass die Wertgrenze als verhältnismäßig und ausgewogen angesehen wurde und sich, in den Augen des Gesetzgebers, bewährt hat. In der Gesetzesbegründung ist jedoch interessanterweise eine gleichsam umgekehrte Schutzrichtung zu finden, nämlich dass der Vermieter vor dem Mieter geschützt werden soll, der den Mietvertrag in betrügerischer Absicht schließen will und

⁶⁴⁹ Mugdan, Materialien, Band II, S. 233.

⁶⁵⁰ Mugdan, Materialien, Band II, S. 233.

⁶⁵¹ Außer der Vermieter nimmt den Rückstand über einen längeren Zeitraum hin, dann ist wegen des Gebots von Treu und Glauben nach § 242 BGB eine Abmahnung vor dem Ausspruch der Kündigung notwendig, vgl. BGH, ZMR 1972, 306; OLG Hamm, ZMR 1994, 560.

⁶⁵² BT-Drs. 313/12, S. 34; BT-Drs. 17/10485, S. 25.

⁶⁵³ Bundesrat Plenarprotokoll 906, S. 23; Bundestag Plenarprotokoll 17/214, S. 26449.

von vornherein nicht die Absicht hat, die Miete zu entrichten. Hier ist nicht der Vermieter der strukturell überlegene, sondern der Mieter:

„Darüber hinaus können signifikante wirtschaftliche Schäden durch solche Mieter verursacht werden, die das Mietverhältnis bereits in der betrügerischen Absicht begründen, keine Miete zu zahlen, sich aus der Wohnung herausklagen zu lassen, die Wohnung zudem teilweise verwahrlosen oder mit Vandalismusschäden zurück zu lassen. Dieser Personenkreis wird zumeist unter den Begriff der „Mietnomaden“ gefasst. Von diesem Personenkreis sind insbesondere private Kleinanbieter auf dem Wohnungsmarkt betroffen. Aber auch jenseits dieser in betrügerischer Absicht tätig werdenden Gruppe von Mietern können sich die wirtschaftlichen Schäden bei nachträglichem Eintritt von Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Mieters für private Vermieter existenzbedrohend auswirken, denn auch dann sind die bei den Vermietern auftretenden wirtschaftlichen Schäden beträchtlich.“⁶⁵⁴

Ob die Kritik der Literatur an der Vorschrift, sie sei bloß ein populärer Ansatz zur Bekämpfung des Einmietbetruges, gerechtfertigt ist oder nicht, soll an dieser Stelle offenbleiben.⁶⁵⁵

Die Vorschrift ist hierfür noch vergleichsweise zu neu, als dass hier greifbare Erfahrungen aus der Praxis mit Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Instanzgerichte vorliegen würden, die eine Evaluation der Norm ermöglichen.

Unklar ist aber der Fall bei Mietverhältnissen, die nach dem 01.05.2013 abgeschlossen wurden und in denen vertraglich als Sicherheit nur eine einfache Monatsmiete vereinbart ist und der Mieter mit der Zahlung dieser Sicherheit in Verzug ist.

Für alte Mietverhältnisse, die vor dem 01.05.2013 abgeschlossen wurden, ist die Rechtslage insoweit klar.

Art. 229 § 29 Abs. 2 EGBGB stellt klar, dass § 569 Abs. 2a BGB nicht auf Mietverhältnisse anwendbar sind, die vor dem 01.05.2013 geschlossen worden.

Somit gilt hier noch die alte Rechtslage, nach der bei Nichtzahlung der Kautions eine kündigungsrelevante Vertragspflichtverletzung bestand.⁶⁵⁶

Dem Wortlaut nach gäbe es nach § 569 Abs. 2a BGB für neue Mietverhältnisse mit einer Sicherheitsleistung in Höhe von einer einfachen Monatsmiete im Verzugsfall kein Kündigungsrecht. Hinzu kommt, dass § 569 Abs. 2 a BGB für das Wohnraummietrecht die Voraussetzungen einer Kündigung wegen Nichtzahlung einer

⁶⁵⁴ BT-Drs.17/10485, S. 15.

⁶⁵⁵ Die Vorschrift kritisch sieht Börstinghaus, ZAP Fach 4, 1487.

⁶⁵⁶ AG Neukölln/LG Berlin, GE 2008, 1431; AG Hamburg-Blankenese, ZMR 2011, 884.

vereinbarten Sicherheitsleistung im Sinne des § 551 Abs. 1 BGB abschließend regeln soll.⁶⁵⁷ Ein Rückgriff auf die Generalklausel aus § 543 Abs. 1 BGB wäre somit nicht möglich.

Die Vereinbarung nur einer Monatsmiete als Sicherheit ist zunächst grundsätzlich im Hinblick auf § 551 Abs. 4 BGB möglich, da die Vereinbarung nicht zulasten des Mieters von der Begrenzung der Mietsicherheit auf das Dreifache einer Monatsmiete aus § 551 Abs. 1 abweicht. Die Sicherheitsleistung kann auch weniger als zwei Monatsmieten betragen, wenn der Vermieter der Ansicht ist, dass hiermit sein Sicherheitsinteresse ausreichend befriedigt ist. § 551 BGB gibt lediglich vor, dass die Höhe auf drei Monatsmieten begrenzt ist. Ein geringerer Betrag kann vereinbart werden.⁶⁵⁸

Der Wortlaut des § 569 Abs. 2a BGB muss dann insoweit dahingehend reduziert ausgelegt werden und so verstanden werden, dass die Höhe des zur Kündigung berechtigenden Zahlungsrückstandes nicht in jedem Fall zwingend zwei Monatsmieten betragen muss, sondern der vereinbarten Sicherheitsleistung entspricht. Maßgeblich für den Zahlungsrückstand ist dann die Höhe der im Mietvertrag vereinbarten Sicherheitsleistung.⁶⁵⁹

Das überzeugt auch, da ansonsten bei einem strengen und wortwörtlichen Verständnis der Norm der Vermieter gar keine Möglichkeit zur außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen des Verzugs mit der Sicherheitsleistung haben würde, wenn keine zwei Monatsmieten als Sicherheit vereinbart wären. Das wäre jedenfalls Folge davon, wenn man § 569 Abs.2a BGB als abschließend hinsichtlich der Kündigung wegen Zahlungsverzugs der Mietsicherheit betrachten würde, was erheblich den Interessen des Vermieters entgegenläuft und auch besonders deswegen erheblich ist, weil die Mietkaution ja gerade der Sicherung von Forderungen aus dem Mietverhältnis dient. Wenn der Vermieter gänzlich ohne Sicherheit dasteht, muss es ihm auch möglich sein, das Mietverhältnis wieder zu kündigen. Die Gefährdung seines Vermögens manifestiert sich insbesondere in der fehlenden Sicherheit bei offenen Forderungen nach Ende des Mietverhältnisses. Dem Vermieter kann nicht zugemutet werden, dass der Mieter das Sicherheitsinteresse auf längere Zeit durch Nichtzahlung der Kautions missachtet. Das Sicherheitsinteresse ist ein vom Gesetzgeber anerkanntes Interesse des Vermieters, ausgedrückt in § 551 BGB, das dem Interesse des Mieters am Behalt der Wohnung vorgeht.⁶⁶⁰

Der Gesetzgeber hat diese Folge des völligen Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechts bei der Vereinbarung von weniger

⁶⁵⁷ Schmid, MDR 2014, 940; PWW/Elzer, § 569 BGB, Rn. 15.

⁶⁵⁸ Grüneberg/Weidenkaff, § 551 BGB, Rn.9.

⁶⁵⁹ Grüneberg/Weidenkaff, § 569 BGB, Rn. 14a. Eine andere Ansicht vertritt MüKo/Häublein, § 569 BGB, Rn. 35, der § 569 Abs. 2a BGB für nicht einschlägig hält, wenn als Sicherheit weniger als zwei Nettomieten beträgt.

⁶⁶⁰ Für das Gewerberaummietrecht siehe BGH, MietPrax-AK, § 543 BGB Nr. 7.

als zwei Monatsmieten als Sicherheit aber nicht vorgesehen und das ist auch nicht von ihm gewollt. Denn der neu eingeführte § 569 Abs. 2a BGB sollte gerade dem Schutz des Vermieters vor Mietnomaden dienen.

Der Verzug mit der Mietsicherheit berechtigt den Vermieter jedenfalls zur ordentlichen Kündigung gem. § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB.⁶⁶¹ Damit ist ihm aber wie aufgezeigt bei einer Vermögensgefährdung nicht immer geholfen.

Feste Wertgrenzen sind abschließend betrachtet ein Ausdruck des sozialen Mietrechts im Sinne der Vorgaben aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber für das Mietrecht. Bemerkenswert ist, dass die verzugsbedingte Kündigung auch nie Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war.

Unklar bleibt, ob die festen Wertgrenzen im Mietrecht in ihrer konkreten Form ein bewusstes oder, wegen des fehlenden Nachweises, unbewusstes Ergebnis einer Interessenabwägung sind.

c) Definition einer Erheblichkeitsschwelle und Zumutbarkeitsgrenze

Die Frage, ab wann ein auf Verzug des Schuldners basierender Rückstand während des laufenden Schuldverhältnisses so gravierend ist, dass der Gläubiger den Vertrag kündigen kann, ist ein für Dauerschuldverhältnisse eigentümliches, d.h. typisches, Regelungsproblem.⁶⁶² Dies gilt insbesondere für Fälle von Rückständen, die im Verhältnis von geschuldeter Leistung und tatsächlichem Fehlstand eher geringfügig erscheinen, z.B. bei einem Rückstand der Miete von weniger als 10 % im Verhältnis zur Gesamtmiete. Es gilt dann zu klären, wie groß der Verstoß ist bzw. wo er überhaupt anfängt.⁶⁶³

Abhilfe kann hier die Festlegung einer festen Wertgrenze durch den Gesetzgeber bringen, um nicht in einer Fülle von Einzelfallentscheidungen zu landen.

Bei Erreichen der Wertgrenze ist ein Punkt erreicht, bei dem der Gesetzgeber annimmt, dass dem Gläubiger das Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist. Hierin kommt eine materielle Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, die festlegt, wann ein Rückstand in einer bestimmten Zeit so unerträglich für den Gläubiger ist, dass er sich aus dem Vertrag lösen kann. Ein weiteres Festhalten ist dem Gläubiger dann aus Sicht des Gesetzgebers nicht mehr zuzumuten.

⁶⁶¹ AG Neukölln/LG Berlin, GE 2008, 1431; BeckOK BGB/Wöstmann § 569 BGB, Rn. 13.

⁶⁶² So Huber, Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, Band II, S. 441.

⁶⁶³ Huber, Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen, Band II, S. 441.

Im Umkehrschluss sind Rückstände, die unter der festen Wertgrenze liegen, nicht so erheblich, dass hieraus ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund erwächst. Natürlich muss der Gläubiger den Rückstand nicht per se hinnehmen und kann bei Fälligkeit auf Leistung klagen bzw. bei einem Mietvertrag der Vermieter eine ordentliche Kündigung aussprechen, da hier dann ein berechtigtes Interesse des Vermieters nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB vorliegt, weil der Mieter seine Pflichten aus dem Mietvertrag schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat.⁶⁶⁴

Feste Wertgrenzen grenzen somit einen Bereich ab, in dem ein Rückstand noch nicht zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht führt und jede außerordentliche Kündigung daher unwirksam wäre, der Schuldner also „sicher ist“, und einen anderen Bereich, in dem ein Kündigungsrecht jedenfalls so lange besteht, bis es z.B. wegen Zeitablaufs verwirkt ist.

Der Gesetzgeber definiert mit festen Wertgrenzen eine Erheblichkeitsgrenze und Zumutbarkeitsschwelle.⁶⁶⁵ Dadurch werden im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Macht- und Freiheitsbereiche abgegrenzt, da hiermit Parameter des Kündigungsrechts definiert und damit Rechte zugewiesen werden bzw. Rechte erst entstehen.

Das Merkmal „erheblicher Rückstand“ ist aber unbestimmt und muss selbst ausgefüllt werden.

Bereits der Wortlaut des § 543 Abs. 2 S.1 Nr. 3a BGB spricht von einem Rückstand eines erheblichen Teils der Miete. Aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffs „erheblich“ muss eine Unzumutbarkeitsprüfung vorgenommen werden.⁶⁶⁶ Wann ein Rückstand erheblich ist, muss grundsätzlich im Einzelfall beurteilt werden.⁶⁶⁷

Auch wenn im § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a Alternative 2 BGB die Grenze nicht betragsmäßig beziffert ist, ist sie trotzdem eine feste Wertgrenze, weil das Merkmal „nicht unerheblich“ im systematischen Zusammenhang betrachtet und angewendet werden muss. Die Norm muss gemeinsam mit § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB gesehen werden, denn bei Wohnraummiete ist nach § 569 Abs. 3 Nr. 1 ein Rückstand von mehr als einer Monatsmiete erheblich, was bei Mietverhältnissen über andere Räume erst Recht gilt.⁶⁶⁸ In besonderen Ausnahmefällen im Gewerberaummietrecht gilt auch ein Rückstand von weniger als einer Monatsmiete als erheblich, wenn die Miete im Vergleich zur

⁶⁶⁴ BGH, NJW 2013, 159, 160, Rn. 19.

⁶⁶⁵ Den Begriff „Erheblichkeitsgrenze“ verwendet der Bundesgerichtshof in seinem BGH, NJW 2013, 159, 160 Rn. 20, ohne hierfür eine bestimmte Definition zu geben, wann diese erreicht ist.

⁶⁶⁶ Vgl. Kraemer, NZM 2001, 558; Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 6.

⁶⁶⁷ Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 24.

⁶⁶⁸ BGH, NJW 2015, 2417.

ortsüblichen Miete überhöht ist, sich der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aber aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten ergibt.⁶⁶⁹

Bei dem Verzug von zwei vollen Monatsmieten ist gemäß gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a Alternative 1 BGB die Erheblichkeitsgrenze für den Vermieter erreicht. Das zeigen auch § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB und der ihm nachgeformte § 569 Abs. 2a BGB. Die Vorschrift des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB dient insbesondere dazu, eine Umgehung des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB durch Zahlung jeder zweiten Miete zu verhindern, weswegen die Dauer des Rückstands entgegen dem Wortlaut „über mehr als zwei Termine“ unbeachtlich sein soll, wenn sich der Rückstand aus Einzelbeträgen zusammensetzt, der in einem Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen ist, aber die Höhe von mehr als einer Monatsmiete erreicht.⁶⁷⁰ Das ist nachvollziehbar, da der Vermieter davor geschützt werden muss und das Recht zur außerordentlichen Kündigung leerlaufen würde, wenn allein auf den Zeitfaktor abgestellt werden würde, aber der Betragsfaktor schon vorliegt.

Wenn der Mieter die monatliche Miete um einen kleinen Teilbetrag kürzt, diese Kürzung aber sich zu einem Rückstand summiert, der zwei Monatsmieten entspricht, ist § 543 Abs. 2 S.1 Nr. 3b BGB ebenfalls erfüllt.⁶⁷¹

Um dem Zweck der Norm gerecht zu werden, gilt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB auch für den Verzug von Betriebskostenvorauszahlungen, wenn der Rückstand der Vorauszahlungen für sich genommen die Höhe von zwei Monatsmieten erreicht.⁶⁷²

Die Frage bleibt, warum die Wertgrenze bei zwei Monatsmieten gezogen wird und nicht etwa bei einer oder drei Monatsmieten. Die Gesetzesmaterialien aus der Zeit der Entstehung des BGB bieten hierzu keine eindeutige Antwort, lediglich, dass der Rückstand von zwei Monatsmieten schon nach dem PrALR zur außerordentlichen Kündigung berechnete. Diese Entscheidung für zwei Monatsmieten stellt sich aus heutiger Sicht als richtig und wegweisend heraus, wenn man die feste Wertgrenze von zwei Monatsmieten unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit und der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts betrachtet. Mit der Grenzziehung bei zwei Monatsmieten sind die Interessen von Mieter und Vermieter gewahrt und Mieter- sowie Vermögensschutz des Vermieters in Ausgleich und Balance gebracht. Der Rückstand von einer Monatsmiete wäre zu kurz bemessen und würde den Mieter unangemessen benachteiligen, denn die Pflichtverletzung ist bei dem Verzug von einer Teilleistung gesehen auf eine auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung noch nicht so gravierend, frei nach dem Motto „einmal ist keinmal“.

⁶⁶⁹ BGH, ZMR 2009, 19.

⁶⁷⁰ Schmidt-Futterer, § 543 BGB, Rn. 110; OLG Düsseldorf, DWW 2006, 240.

⁶⁷¹ BGH, NJW 2005, 2775.

⁶⁷² BGH, NJW 2007, 428.

Die Grenze bei einem Rückstand von drei Monatsmieten zu ziehen wäre hingegen eine Benachteiligung des Vermieters, da sich die Vermögensgefährdung, die schon bei jedem Rückstand grundsätzlich gegeben ist, vertiefen und potenzieren würde.

d) Spezialfall Mietrecht: Ansammlungs- oder Rückstandszeitraum?

aa) Problemstellung

In der mietrechtlichen Literatur und Rechtsprechung besteht keine Einigkeit darüber, welche Mietrückstände als Bezugsgröße für den relevanten Rückstand einer Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB gegeben sein muss. Es geht dabei insbesondere um die Frage, in welchem Zeitraum der kündigungsrelevante Rückstand entstanden sein muss, der nach dem Gesetzeswortlaut „für zwei aufeinanderfolgende Termine“ bestehen muss. Der Wortlaut der Norm ist mit Blick auf die Entstehungsphase des Rückstandes nicht eindeutig. Der Wortlaut lässt sich so verstehen, dass die Kündigung erst möglich sein soll, wenn der relevante Rückstand über einen Zeitraum von zwei Monaten andauern muss. Erst dann wäre der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Miete in Verzug.⁶⁷³

Zur Verdeutlichung der Problematik ein Fallbeispiel:⁶⁷⁴

Vermieter V vermietet eine Wohnung für eine monatliche Miete von 1.000 €. Mieter M zahlt von Juni bis November monatlich jeweils nur 750 €. V kündigt deshalb am 9. November, als ein Rückstand von 1.250 € besteht.

Der Bundesgerichtshof vertritt die Ansicht, dass ein Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB besteht, wenn sich der relevante Rückstand innerhalb von zwei aufeinanderfolgenden Terminen angesammelt hat.⁶⁷⁵ Der Bundesgerichtshof geht von einem Ansammlungszeitraum aus und begründet dies mit Wortlaut, systematischer Stellung und Entstehungsgeschichte der Vorschrift:

„Schon der Wortlaut: "wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils der Miete (§ 2 Nr. 6 des Mietvertrages: mit einem Betrag, der eine Monatsmiete übersteigt) in Verzug ist", spricht dafür, dass der Rückstand aus zwei aufeinander folgenden Monaten herrühren muss.

Zudem lassen die beiden Regelungen in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a und b (§ 2 Nr. 6 a und b des Mietvertrages) erkennen, dass der Fall, in dem der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Mietzahlung in Verzug ist, abweichend von dem Fall, in dem der Verzug sich über

⁶⁷³ Vgl. auch die Darstellung bei Lehmann-Richter, ZMR 2017, 374, 375.

⁶⁷⁴ Blank, NZM 2009, 113.

⁶⁷⁵ BGH, NJW 2008, 3210 Rn. 34 ff.

eine Zeitraum von mehr als zwei Terminen erstreckt, dahin geregelt werden soll, dass im ersten Fall ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ausreicht, während im zweiten Fall ein Rückstand in Höhe von zwei Monatsmieten erforderlich ist. Dieser Wille des Gesetzgebers ist auch den Gesetzesmaterialien zu § 554 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a.F. (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a und Nr. 3 b BGB) zu entnehmen. Danach sollten in § 554 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a.F. zwei selbständige Tatbestände geregelt werden, nämlich der des Verzugs für zwei aufeinander folgende Termine, bei dem der Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete für die außerordentliche fristlose Kündigung ausreicht, und der des Verzugs in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, bei dem aber ein Rückstand von zwei Monatsmieten erforderlich ist (Materialien zum Ersten Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963, Bundestag 4. Wahlperiode 12. Ausschuss Stenografisches Protokoll 56. Sitzung des Rechtsausschusses vom 12. Juni 1963 S. 10, 11). § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB erfasst folglich nur die Fälle, in denen Rückstände, die eine Monatsmiete übersteigen, aus zwei aufeinander folgenden Terminen entstanden sind, wohingegen § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 b BGB die Fälle abdeckt, in denen sich die Rückstände aus mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen ergeben. Da sich der Gesamtrückstand des Beklagten über einen Zeitraum von Januar bis Mai 2003 und damit über mehr als zwei Termine erstreckte, ohne die Höhe von zwei Monatsmieten zu erreichen, liegen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB bzw. § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages nicht vor.“⁶⁷⁶

Ein Teil der Literatur vertritt hier dagegen, dass eine Kündigung möglich ist, sobald ein Verzug für zwei aufeinanderfolgende Termine besteht und zusätzlich ein erheblicher Rückstand im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB erreicht ist.⁶⁷⁷ Diese Auffassung versteht unter dem Tatbestandsmerkmal „zwei aufeinanderfolgenden Mieten“ mithin einen „Rückstandszeitraum“, fordert allerdings nicht, dass der erhebliche Rückstand innerhalb dieses Zeitraums bestand.

Im Hinblick auf das Fallbeispiel bedeutet dies, dass nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB gekündigt werden kann, da im zweimonatigen Ansammlungszeitraum kein erheblicher Rückstand von mehr als einer Monatsmiete nach § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB entstanden ist.

Nach der Gegenansicht aus der Literatur kann hingegen der Vermieter kündigen, weil der Mieter an zwei aufeinanderfolgenden Zahlungsterminen in Verzug war und mit Verstreichen des Novembertermins der Rückstand eine Monatsmiete übersteigt.

⁶⁷⁶ BGH, NJW 2008, 3212; Lützenkirchen, Mietrecht, § 543 BGB, Rn. 243; Stornel, WuM 2009, 699, 702.

⁶⁷⁷ Blank, NZM 2009, 113, 114; Schmidt-Futterer, § 543 BGB, Rn. 112 ff; Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, § 543 BGB, Rn. 61; Staudinger/Emmerich, § 543 BGB, Rn. 52.

bb) Eigene Stellungnahme

Lehmann-Richter spricht sich für die Meinung des Bundesgerichtshofs aus. Er führt an, dass der Gesetzgeber sich trotz entsprechender Vorbilder in anderen Gesetzen für die Nichtzahlung an zwei aufeinanderfolgenden Terminen entschieden habe.⁶⁷⁸ Hieraus schließt er, dass es sich um einen Ansammlungszeitraum handeln muss.

Der Schluss auf einen Ansammlungszeitraum lässt sich aus den Motiven des Gesetzgebers nicht so eindeutig entnehmen. Die Motive stellen klar, dass es gerade dem Zweck der Norm zuwiderläuft, wenn zwischen dem Rückstand der ganzen Miete und einem Teilrückstand unterschieden wird.⁶⁷⁹ Eine Unterscheidung ist somit ausdrücklich nicht gewollt. Hieraus lässt sich schließen, dass es für eine Kündigung entscheidend sein soll, dass über eine bestimmte Zeit überhaupt ein Rückstand mit der Miete besteht und weniger, in welcher Zeit sich der Rückstand angesammelt hat.

Daher ist die in der Literatur vertretene Auffassung überzeugender, die eine Kündigung für zulässig hält, wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine im Verzug und der erhebliche Rückstand erreicht ist. Beim Abstellen auf einen Ansammlungszeitraum besteht auch die Gefahr, dass sich durch ein länger andauerndes Ansammeln und das damit verbundenen Abwarten auf das Erreichen des kündigungsrelevanten Rückstandes der Vermögensschaden des Vermieters vertieft. Dies kann ihm aber nicht zugemutet werden, da er für eine zeitnahe Kündigung auf die Generalklausel aus § 543 Abs. 1 BGB verwiesen wäre, bei der aber grundsätzlich vor Ausspruch der Kündigung eine Abmahnung notwendig wäre.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 08.12.2021 entschieden, dass die Erheblichkeit des zur außerordentlichen fristlosen Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs berechtigenden Mietrückstands allein nach der Gesamthöhe der beiden rückständigen Teilbeträge zu bestimmen ist.⁶⁸⁰ Für die Kündigung erheblich ist der Rückstand, wenn er die für einen Monat geschuldete Miete übersteigt. Das Gesetz lasse keinen Raum dafür, dass die Höhe der einzelnen monatlichen Rückstände im Verhältnis zu jeweils einer Monatsmiete gesondert bewertet werden. Denn damit würden die Anforderungen an eine außerordentliche fristlose Kündigung angehoben werden.

Die Diskussion hierüber, ob ein Ansammlungs- oder Rückstandszeitraum maßgeblich sein soll, ist ohne Einfluss darauf, ob die Regelung dem Gebot der Normklarheit entspricht oder nicht, da die Interpretation der Gesetze nach dem Rechtsstaatsprinzip Aufgabe der Gerichte ist.⁶⁸¹ Insoweit ist die Bestimmbarkeit der Norm gewahrt. Die Frage, ob ein Ansammlungs- oder Rückstandszeitraum maßgeblich

⁶⁷⁸ Lehmann-Richter, ZMR 2017, 374.

⁶⁷⁹ Mugdan, Materialien, Band II, S. 232.

⁶⁸⁰ BGH, NZM 2022, 131.

⁶⁸¹ Vgl. BVerfGE 19, 176; BVerfGE 21, 218.

sein soll, betrifft die Auslegung des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a und b, welcher der Bundesgerichtshof anhand der klassischen Auslegungsmethode ermittelt hat. Für einen Mieter ist erkennbar, dass die Norm für ihn gilt, da das Mietverhältnis und die Voraussetzung der Kündigung genannt sind. Er kann erfassen, dass er beim Verzug mit der Miete in einer bestimmten Zeit mit einer Kündigung rechnen muss. Die Norm muss aber nicht in jeder Hinsicht Gewissheit bieten, so dass die Diskussion, ob der Ansammlungs- oder Rückstandszeitraum maßgeblich sein soll, als Restunsicherheit verschmerzbar ist. Der Wesensgehalt der Norm bzw. die Aussage, dass bei Verzug mit der Miete das Mietverhältnis außerordentlich fristlos gekündigt werden kann, ist für den Mieter aber auch Vermieter beim Ansehen der Norm verständlich.

Die Antworten auf die Frage in der Rechtsprechung und Literatur zeigen, dass die Grenze von zwei aufeinander folgenden Terminen an sich nie in Frage gestellt wurde und Leitmotiv war. Nur die Art und Weise, wie der erforderliche Rückstand von zwei Monatsmieten oder eines nicht unerheblichen Teils davon als erreicht anzusehen ist, wird unterschiedlich gesehen.

e) Feste Wertgrenzen als paternalistischer Schutz des Mieters

Paternalistischer Schutz ist insbesondere bei relativ dispositionsabhängigen, d.h. von der Verfügung der Parteien abhängigen Kernbereichen des Lebens ein häufig anzutreffendes Motiv der Gesetzgebung.⁶⁸² Machtgefälle sollten hier verhindert werden, um das soziale Gleichgewicht zu erhalten. Dies gilt insbesondere für das Mietrecht, da die Wohnung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Kernbereich des Lebens und damit Voraussetzung für ein würdevolles Leben ist. Deswegen sind das Mietrecht und seine Vorschriften, beispielsweise im Zusammenhang mit der Einführung der Kappungsgrenze zur Begründung der Mieterhöhung nach § 558 Abs. 3 und 4 BGB, häufig Gegenstand der gesellschaftlichen und rechtspolitischen Debatte.⁶⁸³ Letztlich soll die Marktmacht des Vermieters begrenzt und ein Missbrauch der selbigen verhindert werden. Wohnungen sind kein öffentliches Gut, sondern stehen im Privateigentum. Der Eingriff in diese Grundrechte muss gerechtfertigt sein.

Feste Wertgrenzen sind Ausdruck des paternalistischen Schutzes insbesondere des Mieters durch den Gesetzgeber vor selbstgewählten Eingriffen in den grundrechtlichen Schutzbereich. Die Vorgabe von festen Wertgrenzen in § 543 BGB beschränken die Reichweite vertraglicher Regelungen zu Kündigungsrechten wegen Verzugs durch von außen auf die Parteien wirkende Vorgaben des Gesetzgebers und

⁶⁸² Verfügung meint hier nicht Verfügung im Sinne einer Eigentumsübertragung nach § 929 BGB, sondern Bestimmung.

⁶⁸³ Stern, Nr. 18/2018, S. 64 ff.; Focus Nr. 18/18, S. 22 ff.

nicht durch autonome Vorgaben in Form einer Vereinbarung der Parteien.

Insoweit dienen feste Wertgrenzen auch der Verwirklichung des sozialen Mietrechts. Dabei muss der Gesetzgeber die Balance zwischen der sozialpolitischen Vorstellung des sozialen Mietrechts und der Privatautonomie finden. Beides genießt Verfassungsrang: das soziale Mietrecht als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips und weil das Obdach in einer Wohnung zu einem menschenwürdigen Leben gehört. Die Verwirklichung der Privatautonomie ist Ausfluss von Art. 2 Abs. 1 GG und hat daher auch Verfassungsrang. Diesen Zielkonflikt muss der Gesetzgeber lösen. Der Gesetzgeber muss im Wege der praktischen Konkordanz beiden Rechtsgütern die größtmögliche Entfaltungsmöglichkeit geben.⁶⁸⁴

Sternel hat die Lage und Aufgabe des Gesetzgebers hierzu treffend wie folgt beschrieben:

„Die dabei angebotenen Lösungen [für Probleme des Mietrechts und die damit verbundenen Bedürfnisse der Praxis, Anmerkung des Verfassers] können nicht pragmatisch gefunden werden, sondern müssen sich in dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Spannungsfeld von Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip bewähren. Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft hier, Schutzbedürfnis und Sozialpflichtigkeit dort sind die Gewichte, die zum Ausgleich zu bringen sind. Dabei wird die Ausgewogenheit von der Prämisse bestimmt, daß beide Vertragsparteien gleichwertig und –gewichtig sind. Wo die soziale Wirklichkeit von dieser Prämisse abweicht, ist von einem Schutzbedürfnis der schwächeren Partei auszugehen, dem durch rechtliche Mittel Rechnung zu tragen ist, bis die Balance wieder hergestellt ist.“⁶⁸⁵

Interessant an dieser Bemerkung ist, dass Sternel der Meinung ist, dass der Konflikt zwischen Vermieter- und Mieterinteressen bereits in den Wertungen des Grundgesetzes angelegt ist.

Diesen Konflikt kann eine Norm lösen, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht und die beiden Rechtsgüter und die damit verbundenen jeweiligen Interessen abgrenzt und in Ausgleich bringt, was nichts anderes bedeutet, als dass eine Abwägung vorgenommen werden muss, die zu einer verhältnismäßigen, interessenausgleichenden Norm führt.

Feste Wertgrenzen in § 543 BGB sind das Ergebnis einer Interessenabwägung. Für sie gilt daher die staatliche Geltungsanordnung mit der Ausstattung von Rechtszwang. Eine Interessenabwägung des Gesetzgebers hat den Vorteil, dass hierdurch ein Dritter, gleichsam eine neutrale „Instanz“, die Interessen der

⁶⁸⁴ Zur praktischen Konkordanz siehe Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 72.

⁶⁸⁵ Sternel, Mietrecht, Vorwort zur 2. Auflage.

Parteien gewichtet, da die Parteien naturgemäß ihre Interessen höher bewerten als die der Gegenseite. Hier spielt dann auch wieder die Verhandlungsmacht der Parteien eine Rolle, welche bestimmt, inwiefern die eine Seite ihre Interessen durchsetzen kann. Per se ist die Verhandlungsmacht des Vermieters höher als die des wohnungssuchenden Mieters, der ja auf eine Wohnung angewiesen ist und sich der Vermieter gerade in einem angespannten Wohnungsmarkt die Mieter aussuchen kann, er also der Gatekeeper ist, da er darüber entscheidet, ob der Mietinteressent die Wohnung erhält oder nicht und daher auch den Mietvertrag weitgehend nach seinen Vorstellungen gestalten kann.

Eine andere Frage ist es natürlich, ob der Gesetzgeber die Interessen der Parteien richtig einschätzen und bewerten kann. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers entschieden, dass der Gesetzgeber auf Grundlage seiner wirtschaftlichen, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden hat, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.⁶⁸⁶ Die Einschätzungsprärogative ist das Vorrecht des Gesetzgebers, über die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer bestimmten gesetzlichen Regelung zur Erreichung eines legitimen Ziels letztverbindlich zu entscheiden.⁶⁸⁷

Wenn der Gesetzgeber die Entscheidung über eine Wertgrenze und Abwägung trifft, muss diese auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, denn das Treffen dieser Entscheidung anstelle der Parteien ist im Sinne der Paritätstheorie ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien. Dies ist eine deutliche Einschränkung der Vertragsfreiheit. Im Sinne der Paritätstheorie sowie auch wegen der Norm- und Rechtsklarheit ist der Eingriff aber auch begründet. Die Norm- und Rechtsklarheit dient sowohl dem Mieter als auch dem Vermieter und legitimiert damit aufgrund der klarstellenden Funktion, die auch zum Schutz des Vermieters dient, auch den paternalistischen Eingriff.

Der paternalistische Schutz zugunsten des (Wohnraum-)Mieters kommt insoweit dadurch zum Ausdruck, dass gem. § 569 Abs. 5 BGB die Vorschrift des § 543 BGB im Wohnraummietrecht zum Nachteil des Mieters nicht abdingbar ist. Ein Abweichen von den vorgegebenen festen Wertgrenzen in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB durch AGB-Formulare würden zudem an § 307 BGB scheitern.⁶⁸⁸ Eine Abweichung zu Ungunsten des Mieters in Form eines kleineren Rückstands als zwei Monatsmieten oder ein Rückstand unter einer Monatsmiete als Kündigungsgrund in AGB-Formularen für das Wohnraummietrecht wären aber ohnehin gem. § 569 Abs. 5 BGB unwirksam.

⁶⁸⁶ BVerfG, NJW 1988, 1196.

⁶⁸⁷ BVerfG, NVwZ-RR 2008, 1; BVerfG, NVwZ 2011, 355.

⁶⁸⁸ BGH, NJW 1987, 2506; BGH, NJW 2001, 3480; Grüneberg/Weidenkaff, § 543 BGB, Rn. 3; PWW/Feldhahn, § 543 BGB, Rn. 3.

Die Vorschrift soll ihrem Zweck nach den Mieter vor einer fristlosen Kündigung bei nur geringem oder kurzfristigem Zahlungsrückstand schützen und darf daher nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs „nicht angetastet werden“.⁶⁸⁹ Eine Abweichung ist daher regelmäßig als unangemessen anzusehen.⁶⁹⁰ Daneben würde eine Abweichung den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes zudem dahingehend unterlaufen, dass die Normklarheit dadurch nicht mehr gewährleistet ist, weil feste Wertgrenzen Ergebnis einer Abwägung der Interessen von Mieter und Vermieter sind. Ein Abweichen würde ja gerade wieder zum Ungleichgewicht führen, was aber durch die Festlegung fester Wertgrenzen verhindert werden soll. Außerdem wäre hierdurch auch der Ausnahmecharakter der Kündigung nicht mehr gegeben. So ist die formularmäßige Herabsetzung des kündigungsrelevanten Rückstands auf eine Teilrate unwirksam.⁶⁹¹ Ebenso ist eine formularmäßige Klausel unwirksam, wenn das Kündigungsrecht bereits bei einem verschuldensunabhängigen Zahlungsrückstand gegeben sein soll.⁶⁹² Eine unwirksame Regelung ist ein Kündigungsrecht des Vermieters bei einem geringfügigen Rückstand mit nur einer einzigen Miete.⁶⁹³ Auch ein nur kurzfristiger Rückstand kann nicht als Kündigungsgrund vereinbart werden.⁶⁹⁴

Wegen § 569 Abs. 5 BGB kann von der Wertgrenze in § 569 Abs. 2a BGB nicht durch Vereinbarung abgewichen werden.

3. Wohneigentumsrecht

Die Bedeutung fester Wertgrenzen als gesetzgeberische Wertung wird besonders beim Wohneigentumsrecht in der Fassung des Gesetzes über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (WEG) vor dem 01.12.2020 deutlich.

Da es sich um einen besonders schweren Grundrechtseingriff in das Eigentum handelt, musste die entsprechende Norm, die zur Entziehung des Wohnungseigentums nach § 18 Abs. 1 WEG a.F. wegen Verzug mit dem Hausgeld nach § 16 Abs. 2 WEG führt, besonders klar und deutlich sein. Der Entzug des Wohneigentums bedeutete ähnlich wie bei Mietverhältnissen, insbesondere bei selbst genutztem Wohneigentum, im Endeffekt Obdachlosigkeit.

Diese Klarheit brachte die Formulierung, dass der Verzug des Wohneigentümers 3% des Einheitswertes seines Wohnungseigentums übersteigen und sich der Wohneigentümer länger als drei Monate mit

⁶⁸⁹ BGH, NJW 1987, 2507.

⁶⁹⁰ BGH, NJW 1987, 2507 mit weiteren Nachweisen aus der älteren Literatur zum alten AGB-Gesetz.

⁶⁹¹ OLG Düsseldorf, ZMR 1996, 436.

⁶⁹² BGH, NJW 1989, 1673.

⁶⁹³ BGH, NJW 1986, 424; Staudinger/Emmerich, § 543 BGB, Rn. 103.

⁶⁹⁴ BGH, NJW 1987, 2506.

der Zahlung in Verzug befinden muss. Der Einheitswert bestimmt sich nach §§ 93, 121a BewG.⁶⁹⁵

Bei der Berechnung des Rückstands zählen als Hausgeld die von der Gemeinschaft beschlossenen Zahlungspflichten aus Wirtschaftsplan, Jahresabrechnung oder Sonderumlage, nicht aber auch dort nicht aufgenommene Auslagen und Aufwendungen sowie Zinsen.⁶⁹⁶ Kosten des Wohngeldverfahrens gehören ebenfalls nicht dazu.⁶⁹⁷

Insoweit ist hier wieder eine Ähnlichkeit zu den Wohnraummietverhältnissen zu sehen, bei denen ebenfalls die wiederkehrenden Leistungen als Grundlage für den Verzug der Gegenleistung als Betragsfaktor für die verzugsbedingte Kündigung maßgeblich sind.

Auch musste wegen des gravierenden Eingriffs die entsprechende Entzugsnorm dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werden. Hinter § 18 WEG a.F. stehen nicht die gleichen paritätstheoretischen Motive wie bei den Kündigungstatbeständen im Mietrecht. Zweck der Vorschrift ist nämlich nicht der Schutz eines strukturell schwächeren Vertragspartners, sondern der Schutz der übrigen Eigentümergemeinschaft. Wegen der Unauflöslichkeit der WEG gem. § 11 WEG wurde § 18 WEG a.F. als dessen Pendant gesehen.⁶⁹⁸

Aufgrund dieser Unauflöslichkeit hat der Gesetzgeber die Notwendigkeit gesehen, eine Norm zu erlassen, welche die übrigen WEG-Mitglieder vor solchen Wohnungseigentümern schützt, die gegen ihre Pflichten besonders gröblich verstoßen. Dies bedeutet nichts anderes, als dass ein wichtiger Grund vorliegen muss. Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 WEG a. F. war daher auch in der Formulierung ähnlich der Definition des wichtigen Grundes in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB, insbesondere im Hinblick auf die Zumutbarkeit am Festhalten der Rechtsbeziehung, nämlich dass ein Entzug des Wohneigentums dann möglich ist, wenn *„ein Wohnungseigentümer sich einer so schweren Verletzung der ihm gegenüber anderen Wohnungseigentümern obliegenden Verpflichtungen schuldig gemacht hat, dass diesen die Fortsetzung der Gemeinschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann“*.

Im Referentenentwurf zu damals noch § 19 WEG von 1950 ist dies klargestellt worden:

„Infolge der Unauflöslichkeit des Gemeinschaftsverhältnisses muss ein durchgreifender Schutz gegen Sondereigentümer geschaffen werden, die ihre aus den Gemeinschaftsverhältnis entspringenden Verpflichtungen gröblich verletzen ...“⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ Palandt/Bassenge, § 18 WEG, Rn. 4.

⁶⁹⁶ OLG München, ZMR 2008, 412.

⁶⁹⁷ LG Berlin, ZMR 2010, 629.

⁶⁹⁸ Hogenschurz, NZM 2005, 611; Bamberger/Roth, § 18 WEG, Rn. 1.

⁶⁹⁹ PiG Band 8, S. 180 oben.

In der Begründung zum Gesetzesentwurf wurde noch einmal betont, dass wegen der Unauflöslichkeit der WEG ein Rechtsbehelf notwendig sei, um einen Wohnungseigentümer, der seinen Pflichten nicht nachkommt, aus der WEG entfernen zu können und die WEG somit zu schützen:

„Da die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer grundsätzlich unauflöslich ist, muss ein Rechtsbehelf geschaffen werden, der es ermöglicht, einen Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft zu entfernen, wenn er gegen die aus ihr erwachsenen Pflichten verstößt. Gerade das Fehlen einer solchen Vorschrift hat viel dazu beigetragen, die Hausgemeinschaft im Falle des Stockwerkseigentums alter Art zu einer Quelle unerträglicher Streitigkeiten zu machen.“⁷⁰⁰

Dem letzten Halbsatz des Zitats ist zu entnehmen, dass die Vorschrift auch dem Erhalt des Rechtsfriedens dienen soll, indem klar geregelt wird, wann ein Wohnungseigentümer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgeschlossen werden kann. Insoweit besteht eine Parallele zum Mietrecht hinsichtlich der Funktion fester Wertgrenzen zur Gewährleistung der Rechts- und Normklarheit.

Auch ist Zweck der Entziehung, ähnlich der außerordentlichen Kündigung im Mietrecht, nicht vergangenes Handeln zu bestrafen, sondern zukünftige Störungen zu verhindern.⁷⁰¹

Auch in den späteren Gesetzesänderungen des WEG in den 1970er Jahren ist der Schutz der WEG vorangestellt worden:

„Der Entziehung des Wohnungseigentums kommt im Hinblick auf die Rechtsstellung des betroffenen Wohnungseigentümers vergleichbare Bedeutung zu wie einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 [WEG, Anmerkung des Verfassers]. Während der Wohnungseigentümer durch Veräußerungsbeschränkungen gegen seinen Willen daran gehindert werden kann, sein Wohnungseigentum zu veräußern, kann er durch das Rechtsinstitut der Entziehung des Wohnungseigentums gegen seinen Willen zur Veräußerung gezwungen werden. Den §§ 12 und 18 [WEG, Anmerkung des Verfassers] liegt derselbe Gedanke zugrunde: Der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird im Interesse eines reibungslosen Funktionierens der grundsätzlich unauflöslichen Gemeinschaft die Möglichkeit eingeräumt, auf die Zusammensetzung der Gemeinschaft dadurch Einfluss zu nehmen, dass sie sowohl das Eindringen unerwünschter Personen verhindern, als sich auch solcher unter bestimmten Voraussetzungen wieder entledigen kann.“⁷⁰²

In seiner Tatbestandsstruktur war § 18 WEG a.F. der außerordentlichen Kündigung in den Dauerschuldverhältnissen ähnlich. Es muss ein wichtiger Grund vorliegen, damit die grundsätzliche Unauflöslichkeit der

⁷⁰⁰ BR-Drs. 75/51, S. 20; BT-Drs. 1/1802; PiG Band 8, S. 205 ff., 211.

⁷⁰¹ LG Hamburg, ZMR 2016, 487; BGH, NZM 2017, 37.

⁷⁰² BR-Drs. 8/161, S. 18; BT-Drs. 8/44.

Wohneigentumsgemeinschaft überwunden werden kann. Es gab eine Generalklausel in § 18 Abs. 1 WEG a.F. und besonders geregelte Fälle in § 18 Abs. 2 a.F., wobei es sich hierbei nach herrschender Meinung um Regelbeispiele und nicht bei Vorliegen der Merkmale um eine unwiderlegliche Vermutung handelt.⁷⁰³ Da § 18 Abs. 2 WEG a.F. eine Verweisung auf § 18 Abs. 1 WEG enthielt, war er deswegen auch von § 18 Abs. 4 WEG a.F. umfasst, der die Unabdingbarkeit vorschreibt.⁷⁰⁴

Umstritten ist, ob in der Formulierung „schuldig machen“ ein Verschulden im Sinne des Vertretenmüssens vorliegen muss⁷⁰⁵ oder ob eine subjektive Vorwerfbarkeit nicht notwendig ist.⁷⁰⁶ Die herrschende Meinung wendet hier die Grundsätze über den „wichtigen Grund“ wie bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen an und versteht unter „schuldig machen“ die Kausalität des Verhaltens für die Störung der WEG.⁷⁰⁷ Das Verschulden im Sinne einer Vorwerfbarkeit und Verantwortung war jedoch ein Abwägungspunkt im Rahmen des § 18 WEG a.F. bei der Frage, ob die Fortsetzung der Gemeinschaft mit dem betreffenden Miteigentümer weiterhin zumutbar ist oder nicht.⁷⁰⁸ Schließlich soll die Entziehung des Wohneigentums wegen des Eingriffs in Art. 14 GG *ultima ratio* zur Wiederherstellung eines gedeihlichen und tragbaren Zusammenlebens sein, wenn zuvor andere Rechtsschutzmöglichkeiten ohne Erfolg waren oder nicht den gewünschten Erfolg versprechen.⁷⁰⁹

Die „Verwandtschaft“ und Ähnlichkeit mit den Kündigungstatbeständen zeigt sich deutlich, da beiden Regelungen der gleiche Grundgedanke zugrunde liegt, nämlich die Lösung einer Partei aus einer dauerhaften Rechtsbeziehung, im Falle des Mietrechts auf schuldrechtlicher Grundlage, bei WEG-Recht aufgrund der gesetzlich bestimmten Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 11 Abs. 3 WEG. Die sich aufdrängenden Parallelen zwischen Kündigung eines Mietverhältnisses aus wichtigem Grund nach § 543 BGB und der Entziehung von Wohnraum nach § 18 WEG a.F. hatte der Bundesgerichtshof bereits in seiner Rechtsprechung festgestellt.⁷¹⁰ Wie die Kündigung soll die Entziehung des Wohnungseigentums ein letztes Mittel sein, um eine an sich auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung bei der Unzumutbarkeit am weiteren Festhalten einer Partei wieder rückgängig zu machen.⁷¹¹

⁷⁰³ Riecke/Schmid, § 18 WEG, Rn. 13; Staudinger/Kreuzer, § 18 WEG, Rn. 18.

⁷⁰⁴ Schmid, ZfIR 2013, 130; Staudinger/Kreuzer, § 18 WEG, Rn. 3, 25 ff., 34.

⁷⁰⁵ Hügel/Elzer, WEG, § 6 Rn. 11.

⁷⁰⁶ LG Tübingen, ZMR 1995, 179; Erman/Grziwotz, § 18 WEG, Rn. 2.

⁷⁰⁷ Staudinger/Kreuzer, § 18 WEG, Rn. 11; Riecke/Schmid, § 18 WEG, Rn. 20.

⁷⁰⁸ Riecke/Schmid, § 18 WEG, Rn. 18.

⁷⁰⁹ BVerfG, NJW 1994, 241; BGH, NZM 2018, 1024. Nach dem Urteil des LG Aachen, ZMR 1993, 233, 235, sind andere Rechtsschutzmöglichkeiten vorrangig, z. B. eine Unterlassungsklage bei störendem Verhalten.

⁷¹⁰ Hier insbesondere bei Vorliegen einer dauerhaft unpünktlichen Zahlung des Hausgelds, BGH, NJW 2007, 1353.

⁷¹¹ Für § 18 WEG a.F. BVerfG, NJW 1994, 241; BGH, ZMR 2007, 465, 467; OLG München, ZMR 2008, 412.

Aufgrund der Besonderheiten des Wohneigentumsrechts besteht ein Unterschied in der Rechtswirkung. Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Kündigung ein Gestaltungsrecht, so dass die Kündigung direkt auf das Vertragsverhältnis wirkt. Die Entziehung des Wohneigentums konnte gem. § 18 Abs. 3 WEG a.F. infolge eines Beschlusses verlangt werden. Der Betroffene ist dabei gem. § 25 Abs. 5 WEG a.F. (heute § 25 Abs. 4 WEG) bei der Abstimmung ausgeschlossen.⁷¹² § 18 Abs. 3 S. 2 WEG a.F. stellte klar, dass mehr als die Hälfte der stimmberechtigten Wohnungseigentümer für die Entziehung stimmen müssen. Hier gilt das Kopfprinzip, auch wenn ansonsten ein anderes Stimmrechtsprinzip vereinbart ist.⁷¹³

Durch einen positiven Beschluss wird für den Wohnungseigentümer lediglich eine Verpflichtung zur Veräußerung begründet, im Unterschied zu Dauerschuldverhältnissen aber die Wirkung der Entziehung nicht erzeugt. Wenn der Wohnungseigentümer den Entziehungsbeschluss nicht freiwillig umsetzt, müssen die übrigen Wohneigentümer gegen ihn klagen. Die prozessuale Umsetzung des Beschlusses nach § 18 WEG a.F. geschah durch die Entziehungsklage oder sog. Abmeierungsklage nach § 19 WEG a.F., jetzt § 18 WEG.⁷¹⁴ Der Begriff Abmeierungsklage kann und soll auch als Schlagwort in der Ladung zur Eigentümerversammlung benannt werden.⁷¹⁵ Der Begriff selbst lehnt sich an die Abmeierungsklage in § 15 des Reichserbhofgesetzes vom 29.09.1933 an.⁷¹⁶

Der Betroffene wird auf Antrag der Wohnungseigentümergeinschaft zur Veräußerung seines Wohnungseigentums verurteilt. Prozessgegenstand ist die Frage, ob der Sondereigentümer sein Eigentum veräußern muss.⁷¹⁷ Der Entziehungsbeschluss ist eine Sachentscheidungsvoraussetzung.⁷¹⁸

Damit der Klage stattgegeben werden kann, müssen die Rückstände noch bei Einreichung der Klage zur Verfahrenseinleitung mindestens in voller Höhe des Verzugsbetrags bestehen und dürfen bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung - wie bei der Zahlung innerhalb der Schonfrist im Mietrecht - nicht vollständig ausgeglichen sein.⁷¹⁹ Die weiteren aufgelaufenen Rückstände werden nicht berücksichtigt.⁷²⁰ Der vollständige Ausgleich der Rückstände führt zur Erledigung des Rechtsstreits im Erkenntnisverfahren.⁷²¹

⁷¹² BGHZ 59, 104, 108; BGH, NJW 2003, 2314.

⁷¹³ BayObLG, ZMR1999, 724; OLG Rostock, ZMR 2009, 470.

⁷¹⁴ Riecke/Schmid, § 19 WEG, Rn. 1; KG, NJW-RR 1996, 526; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, II. 1, Rn.26.

⁷¹⁵ KG, NJW-RR 1996, 525.

⁷¹⁶ Bärmann/Pick/Dötsch, § 18 WEG, Rn. 1-3.

⁷¹⁷ BGH, ZMR 2007, 791.

⁷¹⁸ BGH, NJW 2011, 3026, Rn. 4.

⁷¹⁹ Bärmann/Klein, § 18 WEG, Rn. 48; dagegen Schmid, ZfIR 2013, 132.

⁷²⁰ OLG München, NZM 2008, 169, 171.

⁷²¹ Bärmann/Pick/Dötsch, § 18 WEG, 20. Auflage 2020, Rn. 30.

Die Entziehung des Eigentums nach § 18 WEG a.F. war nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Grundgesetz vereinbar, da nach Auffassung des Gerichts dem Wohneigentümer genug Rechtsschutzmöglichkeiten gegeben sind, um die Entziehung zu verhindern, z.B. die Vollstreckungsgegenklage nach Abschluss des Entziehungsverfahrens und Eilrechtsschutz im Wege einer einstweiligen Anordnung nach §§ 935 und 940 ZPO.⁷²² Zu § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. fehlte eine verfassungsrechtliche Bewertung durch das Bundesverfassungsgericht.⁷²³

Eine Entziehung wegen Verzuges war in dem ersten Entwurf des WEG noch nicht vorgesehen.⁷²⁴

Eine Begründung für die inhaltliche Ausgestaltung und Festlegung der konkreten festen Wertgrenze in § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. bietet die Gesetzgebung nicht. Der Berichterstatter Brönner, Abgeordneter der CDU für Bad Mergentheim, hat in der 115. Sitzung des Deutschen Bundestages am 31.01.1951 lediglich darauf hingewiesen, dass sich Einzelheiten der Entziehung des Wohnungseigentums aus den Absätzen 2 und 3 ergeben würden.⁷²⁵

Die feste Wertgrenze in § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. war auch in den späteren Gesetzesänderungen des WEG unverändert geblieben.

Durch das Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG) vom 22.10.2020 (BGBl. I 2020, S. 2187) hat das WEG-Gesetz reformiert und § 18 WEG a.F. und § 19 WEG a.F. ist nun § 17 WEG geworden. Ein Ziel der Reform war die Harmonisierung von Mietrecht und Wohnungseigentumsrecht und Abbau von Friktionen zwischen den beiden Rechtsgebieten.⁷²⁶

Allerdings findet sich in § 17 Abs. 1 WEG nur noch eine Generalklausel. Hiernach kann die Gemeinschaft die Veräußerung verlangen, wenn sich der Wohnungseigentümer einer schwerwiegenden Pflichtverletzung gegenüber anderen Wohnungseigentümern oder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegenden Verpflichtungen schuldig gemacht hat und deswegen die Gemeinschaft nicht mehr fortgesetzt werden kann. Der § 19 Abs. 1 WEG a.F. ist nunmehr in § 17 Abs. 4 enthalten, der Rest ist weggefallen.

Die Vorschrift hat sich insoweit geändert, dass nicht mehr die übrigen Wohnungseigentümer die Veräußerung verlangen können, sondern die

⁷²² BVerfG, FGPrax 1998, 90, 91.

⁷²³ Riecke/Schmid, § 18 WEG, Rn. 37; AG Düsseldorf, WE 1994, 138; AG Erlangen, ZMR 2004, 539.

⁷²⁴ BT-Drs. I/252, S. 7 (zu § 22 E).

⁷²⁵ PiG Band 8, S. 205 ff., 211; <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/01/01115.pdf>.

⁷²⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 168/20, S. 2.

Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, also der Verband. Damit ändert sich die Aktivlegitimation. Der materiell-rechtliche Entziehungsanspruch soll der Gemeinschaft zustehen.⁷²⁷ Die Rechtsfähigkeit des Verbandes ist nunmehr im neuen § 9a WEG normiert und setzt damit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof um, der die Rechtsfähigkeit des Verbandes in ständiger Rechtsprechung anerkannt hatte.⁷²⁸ Die Änderung der Aktivlegitimation wurde im Gesetzgebungsverfahren vom Sachverständigen Elzer kritisiert, der die Vorschrift unverändert lassen wollte, da nicht die Mitgliedschaft in der Eigentümergemeinschaft betroffen sei, sondern es um die Stellung als Teilhabers des gemeinschaftlichen Eigentums ginge.⁷²⁹

Dieser Kritik ist zuzustimmen, da die Entziehungsklage als gravierende Konsequenz auf den Verlust des Eigentums des Betroffenen gerichtet ist. Sie zielt nicht darauf ab, den säumigen Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft auszuschließen, also eine Rechtsstellung zu entziehen ähnlich wie der Ausschluss eines Gesellschafters aus der Gesellschaft. Dieses Leitbild hatten die Entwurfsverfasser wohl vor Augen, ohne zu bedenken, dass die Entziehungsklage eine dingliche Eigentumsposition betrifft und keine organschaftliche oder schuldrechtliche Rechtsstellung.

Das Abmahnungserfordernis vor Verlangen der Veräußerung ist nunmehr in § 17 Abs. 2 WEG festgeschrieben.

Als Begründung für die Streichung des § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. gibt der Referentenentwurf an, dass §10 Abs. 1 Nr. 2 des ZVG es der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ermöglichen würde, sich vorrangig aus dem Wohnungseigentum zu befriedigen und daher kein Bedürfnis bestehen würde, den Entziehungsgrund besonders gesetzlich zu regeln.⁷³⁰

Dieser Vorschlag wurde auch von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe begrüßt.⁷³¹ Diese war der Auffassung, dass nachdem das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, dass die Bemessung der bisherigen Grundsteuer verfassungswidrig ist.⁷³² Die Bemessung der Eingriffsgrenze am Einheitswert sei daher nicht mehr sachgerecht. Ein Teil der Arbeitsgruppe war daher für eine Änderung der maßgeblichen Wertgrenze. Der überwiegende Teil war aber für die Änderung der Norm mit einer weiteren Orientierung an der Zwangsvollstreckung der Hausgeldrückstände. So sei nicht der Hausgeldrückstand als solcher maßgeblich für die Entziehung, sondern ob das schleppende

⁷²⁷ Referentenentwurf des BMJV zum WEModG, S. 60.

⁷²⁸ BGH, NJW 2005, 2061; Referentenentwurf des BMJV zum WEModG, S. 23.

⁷²⁹ Elzer, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am Mittwoch, den 27. Mai 2020, S. 14.

⁷³⁰ Referentenentwurf des BMJV zum WEModG, S. 60.

⁷³¹ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG), S. 40.

⁷³² BVerfG, NJW 2018, 1451.

Zahlungsverhalten für die übrigen Wohnungseigentümer unzumutbar sei. Das sei insbesondere dann gegeben, wenn es in der Vergangenheit schon zu erfolglosen Versuchen zur Zwangsvollstreckung der Hausgeldschulden gekommen sei. Daher wurde auch eine Änderung des Regelbeispiels diskutiert. Auch sollte dann die Abwendungsmöglichkeit gestrichen werden. In der Empfehlung sprach sich die Bund-Länder-Arbeitsgruppe daher dafür aus, dass nicht der Zahlungsausfall, sondern das schleppende Zahlungsverhalten sanktioniert werden soll.⁷³³ Dieser Vorschlag übersieht aber, dass sowohl Zahlungsausfall als auch das schleppende Zahlungsverhalten beides für die Wohnungseigentümer unzumutbar sein kann, wenn eine bestimmte Grenze überschritten ist. Daher ist gerade die Bestimmung einer festen Wertgrenze sinnvoll und angezeigt. Auch wenn man das Mietrecht als Vergleich heranzieht, kann man sehen, dass sowohl die schleppende Mietzahlung als auch der Mietausfall beides Gründe für eine außerordentliche Kündigung sein können und parallel bestehen können, jedoch der Mietausfall mit § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gesetzlich geregelt ist und die schleppende Mietzahlung unter die Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB fällt und der Mieter deswegen zuvor abgemahnt werden muss. Daraus lässt sich schließen, dass der Mietausfall schwerer wiegt als die schleppende Zahlung. Beim Mietausfall ist die Vermögensgefährdung des Vermieters größer, da er überhaupt kein Geld bekommt. Bei der schleppenden Zahlung erhält er wenigstens sein Geld, wenn auch verspätet. Es ist kein Grund erkennbar, warum dies in einer Wohnungseigentümergeinschaft nicht die gleiche Situation sein soll, da die Gefährdungslage für das Vermögen insoweit vergleichbar ist.

Für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist es viel schwerwiegender, wenn dieses aus ihrem eigenen Vermögen Lücken schließen müssen, die durch das Ausbleiben des Hausgelds, z.B. bei Rückständen bei Versorgern, bestehen, als wenn das fehlende Hausgeld zwar spät, aber dann doch gezahlt wird und eben kein Rückgriff auf eigene Mittel zur Kompensation erfolgen muss. Es ist insoweit eher den Miteigentümern zuzumuten, dass sie auf die Zahlung des Hausgelds warten, als dass sie einen kompletten Ausfall verkraften müssen. Man will doch eher denjenigen aus der Gemeinschaft ausschließen, der überhaupt nichts zur Gemeinschaft beiträgt, als denjenigen, der etwas beiträgt, wenn auch später als die anderen. Ihm wird man mehr „verzeihen“ und „gnädiger“ mit ihm sein.

Die Neuorientierung weg von einem Regelbeispiel hin auf die Konzentration auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach dem ZVG überzeugt aber nicht, da eine dingliche Sicherung den Wohnungseigentümern nicht in gleicher Weise hilft wie die Entziehung des Eigentums. Die Maßnahmen sind nicht gleich effektiv, da bei einer dinglichen Sicherung von Ansprüchen der Wohnungseigentümer der unliebsame Wohnungseigentümer weiterhin in der Gemeinschaft verbleiben kann, obwohl das Vertrauen in ihn doch zerstört ist und er

⁷³³ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG), S. 41.

die Gemeinschaft ja eigentlich verlassen soll. Es geht bei der Entziehung des Eigentums nicht um die Zahlungsansprüche der Wohnungseigentümer oder Gemeinschaft gegen den Betroffenen. Aber auch hierfür wäre die dingliche Sicherung eben nur eine Sicherung, die den Wohnungseigentümern die ausbleibenden Hausgelder nicht einbringt. Vielmehr sind die fehlenden Hausgelder bzw. der Verzug mit den Hausgeldern der Grund für die Entziehung. So ist es auch bei der Kündigung der Wohnung wegen Zahlungsverzugs. Räumung und Zahlung der Miete müssen hier auch im Prozess nebeneinander geltend gemacht werden, da es sich um zwei Streitgegenstände handelt. Genauso ist es auch im Falle der Entziehung des Eigentums, wenn es um das Vorgehen der übrigen Eigentümer gegen den säumigen Miteigentümer geht.

Die Vereinfachung der Vorschrift mit der Reduzierung auf eine Generalklausel ist ein Rückschritt, der zu Rechtsunsicherheit führen kann. Es ist nicht ersichtlich, warum eine detaillierte und klare Regelung abgeschafft wurde. Dies ist auch gerade im Hinblick auf den gravierenden Eingriff in das Eigentumsrecht durch die Entziehung des Eigentums bedenklich, wenn nur auf eine Generalklausel recurriert wird. Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum die ähnlich dem Mietrecht und seinen Kündigungsvorschriften strukturierten Vorschriften abgeschafft wurden. Dies führt zu einer Diskrepanz zwischen der Situation der Mieter und der Wohnungseigentümer, deren Umstände gerade bei selbstbewohntem Wohnungseigentum vergleichbar sind. Die vom Gesetzgeber angestrebte Harmonisierung zwischen Mietrecht und WEG-Recht ist damit gerade nicht erreicht und genau das Gegenteil eingetreten.⁷³⁴

Es bestehen Zweifel an der Grundrechtskonformität der Vorschrift in der neuen Fassung, da die Entziehung des Eigentums als gravierender Eingriff in die Grundrechtsposition des Art. 14 GG nicht hinreichend genau bestimmt ist und damit im Endeffekt nicht rechtsklar. Dies ist insbesondere deswegen bedenklich, da die Entziehung des Eigentums *ultima ratio* der übrigen Wohnungseigentümer sein soll, um einen anderen Wohnungseigentümer aus dem Eigentum zu drängen. Dieser gravierende Eingriff hat wegen dessen Schwere einen höheren Begründungsaufwand sowohl für den Gesetzgeber als die Entziehung einer organschaftlichen oder schuldrechtlichen Rechtsposition. Hierzu hätte der Gesetzgeber eigentlich bei der alten Regelung bleiben sollen, die insoweit die Voraussetzungen für eine Entziehung des Wohneigentums rechtsklar für alle Beteiligten bestimmen und ihnen vor Augen führt, welche Konsequenzen beim Verzug mit dem Hausgeld drohen.

⁷³⁴ Die Harmonisierung bezog sich zwar mehr auf die Abrechnung von Nebenkosten, kann aber generell auf die gesamte Reform angewendet werden. Ähnlich auch der Verein Haus&Grund in seiner Stellungnahme zum Entwurf, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes (WEModG), S. 1.

Diese Rechtsklarheit leistet eine Generalklausel, die ausgelegt werden muss, gerade nicht. Es ist daher hier angezeigt, bei der Auslegung des neuen § 17 WEG, ob ein Entziehungsgrund vorliegt oder nicht, die Wertgrenzen aus dem § 18 WEG a.F. heranzuziehen. Die Wertgrenze hat sich entsprechend bewährt und ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Eine Entziehung des Eigentums unter Zugrundelegung der alten Rechtslage wäre daher mit § 14 GG vereinbar. Es ist daher zu erwarten, dass auch die Rechtsprechung größtenteils die alte Rechtsprechung und Auslegung auch auf die neue Situation anwendet.

In einer Entscheidung hat das Landgericht Frankfurt entschieden, dass fortlaufende, nicht nur geringfügige Rückstände mit dem Hausgeld eine Pflichtverletzung begründen, die nach Abmahnung zu einer Entziehung nach § 17 WEG berechtigt.⁷³⁵ In der Entscheidung hat das Gericht aber offen gelassen, wann ein nicht geringfügiger Rückstand vorliegen soll.⁷³⁶ Das Gericht hat argumentiert, dass nicht bereits der Zahlungsverzug für sich genommen eine hinreichend schwere Pflichtverletzung des Wohnungseigentümers im Sinne von § 17 Abs. 1 WEG darstellt, so sei doch die Pflicht zur anteiligen Kostentragung eine der zentralen Pflichten der Eigentümer, so dass jedenfalls fortlaufende, nicht nur geringfügige Rückstände von Hausgeldzahlungen eine Pflichtverletzung begründen können, welche die Gemeinschaft zur Entziehung berechtigen.⁷³⁷

Aufgrund der fehlenden Antwort zur Frage, wann ein Rückstand erheblich und nicht mehr geringfügig ist, spricht es gerade dafür, auch das alte Regelbeispiel aus § 18 WEG a.F. weiter anzuwenden. Dass der säumige Eigentümer vorher abgemahnt werden soll, lässt sich damit begründen, dass das Wohnungseigentum höher bewertet wird als das Besitzrecht an einer Mietwohnung. Denn bei einem Zahlungsverzug im Mietrecht muss vor der Kündigung gerade nicht abgemahnt werden. Das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung erscheint auch wegen der besonderen Bedeutung des Wohneigentums als möglicher Lebensmittelpunkt und der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG sachgerecht.

Als Disziplinierungsmaßnahme hat das Gesetz in § 19 Abs. 3 S. 2 WEG eingeführt, dass die Wohnungseigentümer eine Vertragsstrafe beschließen können, wenn sich Wohnungseigentümer nicht an ihre Verpflichtungen halten. Hiermit soll Verstößen Einhalt geboten werden, die ansonsten eine Entziehung nicht rechtfertigen würden.⁷³⁸ Dies ist aber sehr zweifelhaft, da die potentielle Entziehung des Wohnungseigentums eine viel disziplinierende Wirkung hat als eine Vertragsstrafe. Es ist schon etwas gravierend anderes, wenn einem

⁷³⁵ LG Frankfurt, NJW 2022, 85.

⁷³⁶ Im entschiedenen Fall war dies eindeutig, da der beklagte Wohnungseigentümer sich über Jahre geweigert hatte, die Hausgelder zu zahlen und auch deutlich gemacht hat, nicht zahlen zu wollen.

⁷³⁷ Das LG Frankfurt verweist auf Hügel/Elzer, § 17 WEG, 3. Auflage 2021 Rn. 17; BeckOK WEG, § 17 WEG, Rn. 9.1; MüKo/Zscheschack, § 17 WEG, Rn. 13; Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur WEG-Reform, ZWE 2019, 429, 444.

⁷³⁸ Referentenentwurf des BMJV zum WEModG, S. 26.

Wohnungseigentümer der Verlust der Wohnung droht als eine Strafzahlung, die insbesondere wirtschaftlich leistungsstarke Wohnungseigentümer einfach bezahlen und damit das Verhalten ohne Folgen bleibt. Es ist daher Wohnungseigentümern zu raten, hier ähnlich einem Kündigungsgrund festzulegen, ab wieviel Vertragsstrafen eine Entziehung des Wohnungseigentums möglich sein kann.

Auch ist das notwendige Quorum für den Beschluss zur Entziehung in Form der Mehrheit der stimmberechtigten Eigentümer aus § 18 Abs. 3 WEG a.F. abgeschafft. Begründet wird dies damit, dass die Durchsetzung der Interessen der Eigentümer nicht durch ein Quorum erschwert werden soll und der betroffene Wohnungseigentümer zudem ausreichend durch das gerichtliche Entziehungsverfahren geschützt sei.⁷³⁹ Während dem letzten Punkt noch zugestimmt werden kann, ist der erste Punkt doch eher praxisfern. Denn wenn ein Miteigentümer mit den Zahlungen des Hausgelds säumig ist und damit eine Belastung für die übrigen Wohnungseigentümer wird, kann bei lebensnaher Betrachtung davon ausgegangen werden, dass sich für den Entziehungsbeschluss recht einfach eine Mehrheit findet. Letztlich wird der Wegfall aber im Ergebnis wohl wenig Auswirkungen in der Praxis haben.

Da § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. nicht übernommen wurde, ist auch § 19 Abs. 2 WEG a.F. weggefallen.

Ähnlich wie bei der verzugsbedingten Kündigung nach § 543 BGB war auch bei § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. eine vorherige Abmahnung nicht notwendig, hier jedoch deswegen, weil bereits der § 19 Abs. 2 WEG a.F. für den säumigen Wohneigentümer gleichsam den Effekt einer Abmahnung hat.⁷⁴⁰ Zudem zeigt sich aus der Systematik des § 18 Abs. 2 WEG a.F., dass für den Fall des Verzugs keine Abmahnung notwendig ist, da das Abmahnungserfordernis explizit in § 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG a.F. ausdrücklich genannt ist, in Nr. 2 aber nicht.⁷⁴¹ Beschlussmängelklagen haben keine aufschiebende Wirkung und ändern auch nichts am Schuldnerverzug.⁷⁴²

Gerade der Umstand, dass der Beschluss der übrigen Wohnungseigentümer nach § 18 WEG a.F. gem. § 19 WEG a.F. beim nach § 43 WEG zuständigen Amtsgericht eingeklagt werden muss, zeigt, dass die Norm verhältnismäßig ist. Die Durchsetzung des Beschlusses und die anschließende Zwangsvollstreckung darf nämlich erst nach Abschluss eines rechtsförmigen Verfahrens betrieben werden. Der durch § 18 WEG a.F. normierte Eingriff in das Eigentum nach Art. 14 GG war somit nach den Ausführungen Hanau gerechtfertigt und entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁷⁴³

⁷³⁹ Referentenentwurf des BMJV zum WEModG, S. 61.

⁷⁴⁰ BGH, NJW 2007, 1253.

⁷⁴¹ BGH, NJW 2007, 1253.

⁷⁴² Bärmann/Pick/Dötsch, § 18 WEG, Rn. 28.

⁷⁴³ Vgl. oben unter II 1, Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 30, 31, 32.

Im Wohneigentumsrecht treten Funktion und Bedeutung fester Wertgrenzen besonders deutlich hervor. Die Wertgrenze in § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. grenzt einen Bereich des Zumutbaren von einem Bereich des Unzumutbaren ab, bei dem ein Festhalten an der Rechtsbeziehung für einen Teil nicht mehr tragbar ist und daher gelöst werden kann oder soll. Dies ist auch aus der Begründung für die Norm zu entnehmen.⁷⁴⁴

Auch hier wird seitens des Gesetzgebers eine Abwägung vorgenommen, die ansonsten der Rechtsanwender vornehmen müsste oder die von den Wohneigentümern selbst getroffen und in der Gemeinschafts- bzw. Teilungsanordnung festgeschrieben werden müsste. Zwar könnte auch auf das Festschreiben einer festen Wertgrenze grundsätzlich verzichtet werden. Jedoch würde dies die gleichen Probleme und die Gefahr der Übervorteilung einer Seite wie im Mietrecht hervorrufen. Ursprünglich geplant war die Möglichkeit, die Absätze 2 und 3 vertraglich zu beschränken.⁷⁴⁵ Spätere Entwürfe des Bundesrats und der Bundesregierung der 1970er Jahre sahen vor, dass zur Stärkung der Rechtstellung der Wohneigentümer, der Anspruch aus § 18 Abs. 1 WEG a. F. durch Vereinbarung der Wohneigentümer weder erweitert, eingeschränkt oder ausgeschlossen werden konnte.⁷⁴⁶ Geblieben ist aber die ursprüngliche Fassung von 1951. Aufgrund der Systematik mit dem Beispielcharakter des Abs. 1 war die Unabdingbarkeit des Abs. 2 herrschende Meinung.⁷⁴⁷ Aber nicht nur die Systematik spricht gegen eine vertragliche Beschränkung oder Erweiterung, sondern auch der Zweck der Vorschrift. Die Wohnungseigentümer sollen gerade Klarheit darüber haben, wann ein Verhalten unzumutbar ist. Grundsätzlich kann dies zwar auch eine vertragliche Vereinbarung leisten. Zum Schutz vor Ungleichgewichten, die durchaus auch des wirtschaftlichen Hintergrunds und der individuellen Vermögenslage auch unter den Mitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft gegeben sein können, muss hier die Zumutbarkeitsgrenze für pflichtwidriges Verhalten auch von außen durch den Gesetzgeber gesetzt werden. Deswegen sind die Überlegungen zu festen Wertgrenzen im Mietrecht auch für das Wohneigentumsrecht übertragbar mit der Folge, dass auch hier der Gesetzgeber angehalten ist, entsprechende Regelungen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu treffen.

Die Wohnung gehört wie bereits mehrfach ausgeführt zum Kernbereich des Lebens. Dies gilt auch für das Eigentum an der Wohnung, insbesondere dann, wenn die Wohnung vom Sondereigentümer selbst bewohnt wird und nicht allein als Kapitalanlage dienen soll. Die Entziehung des Wohneigentums ist daher schon aufgrund der

⁷⁴⁴ PiG Band 8, S. 205 ff., 211; Plenarprotokoll der 115. Sitzung des 1. Bundestages vom 31.01.1951, 01/115, S. 4387.

⁷⁴⁵ Plenarprotokoll der 115. Sitzung des 1. Bundestages vom 31.01.1951, 01/115, S. 4387.

⁷⁴⁶ BT-Drs 8/161; BT-Drs 8/2444.

⁷⁴⁷ Palandt/Bassenge, § 18 WEG, Rn. 7; Erman/Grziwotz, § 18 WEG, Rn. 2.

drohenden Obdachlosigkeit ein besonders schwerer Eingriff in das Eigentum nach Art. 14 GG. Die zugrundeliegende Regelung muss daher verhältnismäßig sein.

Zur Einführung des WEG hat der Abgeordnete Brönner in der Bundestagssitzung hierzu treffend zu den Hintergründen des Gesetzes festgehalten:

„So liegt nun der Gesetzentwurf vor Ihnen. Er hat ein erheblich anderes Gesicht als der Entwurf in der Drucksache Nr. 252 [dies war noch der Entwurf ohne die Entziehung wegen Verzugs], enthält aber den gleichen sachlichen Stoff. Die Ausschlußberatungen wurden wie beim ersten Wohnungsbaugesetz mit äußerster Sachlichkeit und Einmütigkeit geführt. Es gab keine Kampf Abstimmungen, es gab keine einseitigen politischen Interessen. Wir waren uns in dem Willen einig, ein möglichst brauchbares Gesetz für das neue Wohnungseigentum zu schaffen. Wir haben uns auch mit den zahlreichen Bedenken und Schwierigkeiten auseinandergesetzt. Eine in jeder Beziehung vollkommene Lösung ist kaum möglich. Aber wir glauben, die im Rahmen unseres Rechtssystems verhältnismäßig beste Lösung gefunden zu haben. Die Länder und die Städte warten auf das Gesetz, das ein dringendes wohnwirtschaftliches Bedürfnis befriedigt. Der Herr Kollege Laforet hat zu dem Gesetzentwurf kurz und treffend gesagt: „Neue Zeiten fordern neue Maßnahmen.“ Der Ausschuß legt Ihnen in dem Gesetzentwurf den Weg zu dem neuen Wohnungseigentum vor. Gestatten Sie mir zunächst eine allgemeine Einführung in das Gesetz, weil es mir zum Verständnis notwendig erscheint. Wir haben zur Zeit nur die zwei alten und klassischen Rechtsformen in Bezug auf die Wohnungen, einmal die Wohnung im eigenen Haus und dann die Mietwohnung. Die Wohnung im eigenen Haus mit einer oder zwei Wohnungen ist und bleibt die idealste Form des Wohnens. Aber dieses eigene Haus setzt reichlich Eigenkapital voraus, das nicht jeder aufbringen kann. Daher ist die Mietwohnung nur ein Ausweg. Er bleibt immer unbefriedigend. Der Mensch hat eine natürliche starke Sehnsucht nach einer dauernden Sicherung seiner Wohnung, nach einem Herrsein in der Wohnung und nach einer Verbindung seiner Wohnung mit einem Stück Grund und Boden. Diese natürliche Sehnsucht kann nur erfüllt werden durch ein gesichertes Eigentum an einem Haus oder wenigstens an einer Wohnung. Das Hauseigentum ist nach unserer derzeitigen Rechtslage die einzige Form des Eigentums an einer Wohnung. Wer nicht genug Eigenkapital zum Bauen hatte, mußte eine Mietwohnung beziehen. Da nun das Bauen immer teurer wird und weil deshalb der einzelne immer mehr Eigenkapital benötigt, das er aber nicht hat, deshalb sind immer mehr Menschen auf die Mietwohnung angewiesen. Es entstehen die großen Mietskasernen, in denen die Menschen immer fremd bleiben. Wir müssen der Masse der Menschen Eigentum geben und sie mit dem Grund und Boden verwurzeln; dann wird die Wohnung zu einem geliebten Heim; dann wird gespart, um die Schulden wegzubringen und den Kindern ein freies Vermögen zu sichern; dann ist man bereit dieses Eigentum auch zu verteidigen...

...

*Wenn dieses Gesetz in seinem tiefsten Sinn erfaßt und von weiten Volkskreisen durch Wohnsparen für ein Wohnungseigentum benutzt wird, dann kann es für unseren sozialen Fortschritt Wunder wirken.*⁷⁴⁸

Der Berichterstatter betont, dass das Gesetz Ergebnis einer Abwägung ist und daher „die verhältnismäßig beste Lösung“. Auch ist eindeutig erkennbar, dass paternalistische und paritätstheoretische Motive bei der Fassung des Gesetzes eine Rolle spielten. Diese Überlegungen haben sich dann in den festen Wertgrenzen des § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG a.F. wiedergefunden, auch wenn dies nicht explizit thematisiert ist. Sie können aber in der Rückschau aus den Motiven herausgelesen werden.

4. Verbraucherkreditrecht

Auch im Verbraucherkreditrecht finden sich feste Wertgrenzen in Kündigungstatbeständen. Hier werden ebenfalls Funktion und Wirkung von festen Wertgrenzen deutlich. Auch hier sind sie Ergebnis eines Abwägungsprozess der Interessen der Beteiligten.

Nach § 498 Abs. 1 Nr. 1a BGB ist ein Kündigungsgrund beim Verbraucherdarlehensvertrag gegeben, wenn der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise in Verzug im Sinne des § 286 BGB ist. § 498 BGB konkretisiert das allgemeine außerordentliche Kündigungsrecht nach § 314 BGB für den Verbraucherkredit.⁷⁴⁹ § 498 BGB gehört zu Untertitel 1, Kapitel 2 des Titel 3 des BGB, der Verbraucherdarlehensverträge in den § 491 BGB ff. regelt. Die Vorschriften sind halbzwingend und Abweichungen dürfen gem. § 512 Abs. 1 BGB nicht zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden.⁷⁵⁰

Bei einer Kündigung des Darlehensgebers wegen Zahlungsverzugs ist § 498 BGB gegenüber den anderen ordentlichen oder außerordentlichen Kündigungsgründen, etwa aus § 490 Abs.1 BGB (außerordentliches Kündigungsrecht wegen Verschlechterung der Vermögenslage) oder § 314 BGB, vorrangig.⁷⁵¹

Die Norm weist erkennbar eine ähnliche Struktur wie die Kündigungstatbeständen wegen Verzugs wie § 543 BGB auf. Die feste Wertgrenze ist definiert mit zwei Teilzahlungen in zwei aufeinanderfolgenden Terminen. Dies setzt natürlich notwendigerweise voraus, dass das Darlehen aus mindestens drei Teilzahlungen

⁷⁴⁸ Plenarprotokoll der 115. Sitzung des 1. Bundestages vom 31.01.1951, 01/115, S. 4384.

⁷⁴⁹ MüKo/Schirnbrand, § 498 BGB, Rn. 9.

⁷⁵⁰ PWW/Nobbe, § 491 BGB, Rn. 1; PWW/Nobbe, § 498 BGB, Rn. 1.

⁷⁵¹ OLG Stuttgart, ZIP 2017, 1897, 1900 f; OLG Düsseldorf, MDR 2006, 919; OLG Karlsruhe, WM 2000, 1996, 2001; OLG Hamm, OLGR 1998, 277.

besteht.⁷⁵² Sämtliche rückständigen Teilzahlungen einschließlich einer Anzahlungsrate sind dabei miteinzubeziehen.⁷⁵³

Zum Schutz des Darlehensnehmers muss der Darlehensgeber gem. § 498 Abs. 1 Nr. 2 BGB eine Nachfrist zur Zahlung setzen und die Gesamtfälligkeit androhen, bevor die Kündigung erfolgen kann. Weiterhin dient § 498 Abs. 1 S. 2 BGB mit dem Angebot eines Gespräches zur einvernehmlichen Regelung dem Verbraucherschutz, ohne dass sich hierdurch eine rechtliche Pflicht ergibt („soll“) oder dass es eine Tatbestandsvoraussetzung für die Kündigung wäre.⁷⁵⁴ Bei Leasinggeschäften mit Finanzierung gilt § 498 BGB über die Rechtsgrundverweisung aus § 506 BGB.⁷⁵⁵ Entsprechende Klauseln, die den Wortlaut des § 498 BGB wiederholen, finden sich häufig in allgemeinen Leasingbedingungen. So wird als Beispiel für ein Leasingvertrag genannt:

*„Der Leasinggeber kann den Vertrag insbesondere fristlos kündigen, wenn der Leasingnehmer, wenn er Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist, mit mindestens zwei aufeinander folgenden Leasingraten ganz oder teilweise mit mindestens 10 %, bei einer Laufzeit von über drei Jahren mit 5 % des Gesamtleasingbetrags in Verzug ist und der Leasinggeber dem Leasingnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Beitrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass der Leasinggeber bei Nichtzahlung innerhalb der gesetzten Frist die gesamte Restschuld verlange (§§ 355 ff. BGB)“*⁷⁵⁶

Die Vorschrift geht auf das Gesetz für Verbraucherkredite vom 17.12.1990 zurück und sollte die Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG) umsetzen.⁷⁵⁷ Die ursprüngliche Norm war § 11 VerbrKrG (Verbraucherkreditgesetz).

§ 498 BGB ist in einer Zusammenschau mit § 497 BGB zu sehen, da hier besondere Bestimmungen für den Verzug des Verbrauchers im Hinblick auf die Verzugszinsen geregelt sind.⁷⁵⁸

Paritätstheoretische Motive im Sinne eines paternalistischen Schutzes stehen hinter dem § 498 BGB, was nicht verwunderlich ist, da die Vorschrift eine Sonderregelung für den Verbraucherkredit schafft. Bereits in der Einleitung zum Entwurf des Gesetzes zum Verbraucherkredit ist ausgeführt, dass durch die umzusetzende

⁷⁵² Grüneberg/Weidenkaff, § 498 BGB, Rn. 1; Ermann/Saenger, § 498 BGB, Rn. 1; Nach Bülow/Arzt, § 498 BGB, Rn. 14 und v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 12 VerbrKrG, Rn. 7, genügen auch zwei Teilzahlungen.

⁷⁵³ PWW/Nobbe, § 498 BGB, Rn. 7.

⁷⁵⁴ Grüneberg/Weidenkaff, § 498 BGB, Rn. 1.; BT-Drs. 11/5462.

⁷⁵⁵ PWW/Nobbe, § 498 BGB, Rn. 2; BGHZ 144, 370, 379; BGH, ZIP 2005, 406; BGH, NJW 2001, 1349.

⁷⁵⁶ Vgl. etwa das Formularmuster in Fingerhut, Vertrags- und Formularbuch, IV. Leasing, Rn. 39.

⁷⁵⁷ BT-Drs. 11/5462, S. 11 ff.

⁷⁵⁸ Tonner/Willingmann/Tamm, § 498 BGB, Rn. 1.

Richtlinie ein angemessener Verbraucherschutz bei Darlehensverträgen sichergestellt werden soll.⁷⁵⁹

Die Kündigung eines Darlehens ist ein enormer wirtschaftlicher Einschnitt für den Verbraucher und kann diesen in eine schwierige wirtschaftliche Lage bringen. Der ursprüngliche Gesetzentwurf von 1989 verstand sich daher bildlich gesprochen als „Kampf gegen den modernen Schuldturm“.⁷⁶⁰ Darunter ist natürlich nicht die bis ins 19. Jahrhundert geläufige Praxis gemeint, einen Schuldner zur Leistung durch Schuldhaf zu zwingen, sondern dass der Schuldner sich nicht aus eigener Kraft und Leistungsfähigkeit seiner Schuldenlast entledigen kann.⁷⁶¹

Daher ist es besonders wichtig, für den Fall des Verzuges eine klare Vorschrift zu fassen, in der die Voraussetzungen einer Kündigung niedergelegt werden. Ziel des § 498 BGB bzw. seiner Vorgängervorschrift ist bzw. war es, dass klare Voraussetzungen der Zulässigkeit der Kündigung eines Verbraucherdarlehens durch den Darlehensgeber wegen Zahlungsverzuges geschaffen sind, die verhindern, dass der Darlehensgeber das Darlehen zu frühzeitig kündigt und den Darlehensnehmer dadurch in zusätzliche Schwierigkeiten bringt oder unter Umständen die finanzielle Krise erst auslöst.⁷⁶²

Wegen dieser großen Last für den Kreditnehmer bei der Gesamtfälligkeit hat der Gesetzgeber genaue Regelungen für die Voraussetzungen der Kündigungen gefasst, damit sich der Darlehensnehmer nicht sogleich einer großen Rückforderung ausgesetzt sieht und sich ggf. hierauf durch etwa eine weitere Darlehensaufnahme oder Bildung finanzieller Rücklagen vorbereiten kann.

Der Gesetzgeber hat gesehen, dass er die Folgen der Kündigung für den Verbraucher so erträglich wie möglich gestaltet, ohne das Interesse des Darlehensgebers zu vernachlässigen.⁷⁶³ Denn bei einem Verzug mit den Raten ist mit einer besonderen Kreditgefährdung zu rechnen, wenn der Rückstand im Verhältnis zum Nennbetrag des Kredits eine bestimmte Höhe erreicht hat.⁷⁶⁴ Hiervor muss der Darlehensgeber aus nachvollziehbaren Gründen geschützt werden, da wie bei der

⁷⁵⁹ BT-Drs. 11/5462, S. 11.

⁷⁶⁰ Der Begriff „Schuldturm“ taucht deswegen auch häufig in der Begründung auf, BT-Drs. 11/5462, S. 13 f, 16.

⁷⁶¹ Eine Erzwingungshaft zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung von höchstens einem halben Jahr ist heute in §§ 802g, 802j ZPO geregelt. Diese ist jedoch nicht mit der mittelalterlichen Institution des Schuldturms zu vergleichen.

⁷⁶² BT-Drs. 11/5462, S. 27. Hierzu S. 14: „Da die vorzeitige Gesamtfälligkeit sowohl bei in Raten rückzahlbaren Darlehen als auch bei Abzahlungsgeschäften einen für den Kreditnehmer wesentlichen Einschnitt darstellt, sieht der Entwurf in § 11 in Anlehnung an § 4 Abs. 2 AbzG eine detaillierte Regelung über die Voraussetzungen einer Kündigung des Kreditvertrages vor.“

⁷⁶³ BT-Drs. 11/5462, S. 13 f.

⁷⁶⁴ BT-Drs. 11/5462, S. 27.

Vermietung eine Vermögensgefährdung gegeben ist. Aber auch der Verbraucher muss insoweit vor einer Kündigung geschützt werden, damit mitunter seine wirtschaftliche Lebensgrundlage, gesichert durch einen Kredit, nicht entzogen wird.

Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber eine Interessenabwägung vornehmen musste, damit die Vorschrift dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.

Dass die Norm ein Ergebnis der Abwägung des Interesses der Beteiligten ist, hat der Entwurf ausdrücklich betont:

„Der Entwurf versucht in behutsamer Weise, in den aufgezeigten Problembereichen die rechtliche Situation der Schuldner notleidender Kredite zu verbessern, ohne das Interesse der Kreditgeber an der Sicherung des kalkulierten Ertrags auch bei fehlgeschlagenen Kreditverhältnissen außer acht zu lassen.“⁷⁶⁵

§ 11 VerbrKG hat sein Vorbild wiederum in § 4 Abs. 2 Abzahlungsgesetz (AbzG), dessen Voraussetzungen er überträgt, wobei aber ein niedriger Gesamtrückstand angesetzt wurde, da § 4 AbzG nicht auf langfristige Kredite ausgerichtet war. Das Abzahlungsgesetz stammt noch aus der Kaiserzeit von 1894. Bereits in seiner ursprünglichen Form lautete § 4 Abs. 2 AbzG:

„Die Abrede, daß die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen die Fälligkeit der Restschuld zur Folge haben sollte, kann rechtsgültig nur für den Fall getroffen werden, daß der Käufer mit mindestens zwei auf einander folgenden Theilzahlungen ganz oder theilweise im Verzug ist und der Betrag, mit dessen Zahlung er im Verzug ist, mindestens dem zehnten Theile des Kaufpreises der übergebenen Sache gleichkommt.“

Das Abzahlungsgesetz, oder amtlich „Gesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte“ (Deutsches Reichsgesetzblatt, Band 1894, Nr. 23, Seite 450 – 451) behandelte eigentlich Ratenzahlungen beim Kaufvertrag, also im modernen Sinne den Kauf auf Raten. Die Norm spricht daher auch noch von Abrede, da die Möglichkeit der Gesamtfälligestellung hier vereinbart werden musste, während sie bei § 498 BGB Folge der Kündigung ist.

Diese Form des Kaufes kam insbesondere vermehrt in den 1890er Jahren auf, weswegen sich der historische Gesetzgeber, trotz der damals bereits laufenden Arbeiten am BGB, veranlasst sah, ein eigenes, separates Gesetz zu schaffen.⁷⁶⁶ Die Motivation und Ziele für die Gesetzgebung brachte der Abgeordnete Gerhard von Buchka in der 35. Sitzung des Reichstags am 25.01.1894 so auf den Punkt:

⁷⁶⁵ BT-Drs. 11/5462 S. 14.

⁷⁶⁶ Bericht Dr. Buchka, Protokoll 35. Sitzung des Reichstages, S. 863.

„Die Abzahlungsgeschäfte haben sich in der Weise, in welcher sie in unserem wirtschaftlichen Leben jetzt auftreten, erst in der neueren Zeit entwickelt; und sie haben sich entwickelt nach der einen Seite hin auf entschieden gesunder Grundlage. Es wird durch dieselben dem wirtschaftlich schwachen Theil unserer Bevölkerung ermöglicht, die Anschaffung von Betriebsmitteln und wertvollen Bedarfsgegenständen, z.B. Nähmaschinen, Klavieren, welche Sachen dieser Theil der Bevölkerung nach seiner ökonomischen Lage sonst nicht in der Lage gewesen wäre sich zu verschaffen. Nach dieser Richtung beruhen also Abzahlungsgeschäfte auf einer durchaus gesunden Grundlage. Dieselben sind aber über diese Grundlagen hinausgegangen. Die Abzahlungsgeschäfte haben in ihren Bereich auch Gegenstände hineingezogen, welche nicht zu den nothwendigen Bedarfs- oder Betriebsmitteln gehören, und gewissenlose Provisionsreisende und Agenten haben insbesondere die ärmere, unerfahrene ländliche Bevölkerung zu Abzahlungsgeschäften zu verleiten gesucht, die wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind und die Leute nicht unerheblich drücken.“⁷⁶⁷

In den Motiven des Gesetzesentwurfs ist zum § 4 Abs. 2 AbzG eher nüchtern ausgeführt:

„Der Abs. 2 des Entwurfs beschränkt die Zulässigkeit der Abrede, daß die Nichterfüllung einer Verpflichtung des Käufers, insbesondere das Ausbleiben einer Theilzahlung, die Fälligkeit der Restschuld nach sich ziehen solle. Diese Klausel kann, wenn sie strenge gehandhabt wird, den Käufer in unbilliger Weise schädigen und steht mit der Natur des Geschäfts insofern in Widerspruch, als der Verkäufer danach unter Entziehung der Kreditgewährung einen Preis fordern kann, der in dieser Höhe nur mit Rücksicht auf die Kreditierung normirt worden ist. Es soll deshalb der Verfall der Restschuld nur eintreten dürfen, wenn der Schuldner mit der Entrichtung von mindestens zwei auf einander folgenden Theilzahlungen ganz oder theilweise in Verzug ist und der rückständige Betrag einen nicht unerheblichen Theil des Kaufpreises darstellt.“⁷⁶⁸

Näheres zum Hintergrund des § 4 Abs. 2 AbzG nennt von Buchka in der 35. Sitzung des Reichstags. Dass § 4 Abs. 2 AbzG einer Interessenabwägung zwischen den Interessen des Käufers und Verkäufers ist, drückt er so aus:

„Endlich kommt noch eine weitere Klausel, welche ebenfalls zu einer nicht unerheblichen Bedrückung der wirtschaftlich schwächeren Käufer geführt hat, in Frage. Dies ist die Klausel, dass der Käufer mit Theilzahlungen in Rückstand kommt, die sämtlichen noch nicht geleisteten Theilzahlungen auch sofort fällig werden sollen. Eine Bestimmung dahin zu treffen, daß eine derartige Verabredung unbedingt nicht sein soll, würde nach der anderen Seite wieder dem Gläubiger gegenüber ungerecht wirken, und es hat daher der

⁷⁶⁷ Bericht Dr. Buchka, Protokoll 35. Sitzung des Reichstages, S. 863, 864.

⁷⁶⁸ Gesetzesentwurf, betreffend Abzahlungsgeschäfte, Aktenstück 113, 725.

Gesetzesentwurf einen nach meiner Ansicht glücklichen Mittelweg eingeschlagen, indem er bestimmt:

Die Abrede, daß die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen die Fälligkeit der Restschuld zur Folge haben solle, kann rechtsgiltig [sic! Anmerkung des Verfassers] nur für den Fall getroffen werden, dass der Käufer mit mindestens zwei auf einander folgende Theilzahlungen ganz oder theilweise in Verzug ist, und der Vertrag, mit dessen Zahlung des Zahlung er im Verzug ist, mindestens dem zehnten Theile des Kaufpreises gleichkommt.⁷⁶⁹

Die Vorschrift soll explizit den wirtschaftlich schwächeren Käufer schützen, wobei von Buchka den Topos von der armen, unerfahrenen Landbevölkerung nutzt, die vor skrupellosen Geschäftemachern zu bewahren ist. Eine solche Vorstellung kann in eine antiliberalen und antibürgerliche Linie gestellt werden, die den Bürgern den verantwortungsbewussten Umgang mit der Privatautonomie nicht zutraut und noch Anklänge des alten obrigkeitlichen und Wohlfahrts-Gedankens enthält. Insoweit passt das Gesetz in die konservative Stimmung des Kaiserreichs.

Die Ausführungen zur Begründung des Gesetzes sind auch nicht verwunderlich, wenn man bedenkt, dass von Buchka Abgeordneter der Deutschkonservativen aus dem Wahlkreis Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin 5 (Rostock - Doberan) im Reichstag war.⁷⁷⁰ Wenn man so will, ist dies der klassische harte Paternalismus eines Gesetzgebers, der es besser weiß als die Normadressaten und kennt, was gut für sie ist.

Die Ausführungen zeigen deutlich, dass paternalistische und paritätstheoretische Motive hinter der Norm stehen. Eine besonders interessante Bemerkung macht von Buchka dann doch noch zur (damals natürlich noch nicht entwickelten) Paritätstheorie und zur Notwendigkeit paternalistischen Schutzes im Anschluss an die oben zitierten Ausführungen, jedoch bezogen auf das Verbot von Umgehungsgeschäften:

„Es kommt dann noch ein Paragraph [§ 5, Anmerkung des Verfassers], gegen dessen etwas unbestimmte und vage Fassung sich einige Bedenken würden erheben lassen können. Es ist ja eine altbegründete Erfahrung, daß alle Prohibitions Gesetze, welche den sozialpolitischen Zweck verfolgen, durch Beschränkungen der Vertragsfreiheit den wirtschaftlich schwächeren Theil der Gesellschaft zu schützen, sehr

⁷⁶⁹ Bericht Dr. Buchka, Protokoll 35. Sitzung des Reichstages, S. 864, 865.

⁷⁷⁰ https://de.wikipedia.org/wiki/Gerhard_von_Buchka [Abruf 13.04.2022]; Die Deutschkonservative Partei setzte sich insbesondere für monarchische Vorrechte und gegen den Parlamentarismus ein, war also reaktionär eingestellt, vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Deutschkonservative_Partei [Abruf 13.04.2022]. Das Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin galt im Deutschen Reich als rückständig und konservativ; <https://de.wikipedia.org/wiki/Mecklenburg-Strelitz> [Abruf 13.04.2022].

leicht umgangen werden können, und die Erfahrung lehrt, daß derartige Umgehungen in wahrhaft erfinderischer Weise immer wieder von neuem versucht werden. Wir haben mit solchen Umgehungen zu kämpfen gehabt beim Wuchergesetz, und dieselben werden gewiß auch hier nicht ausbleiben.

(Sehr richtig! rechts.)⁷⁷¹

Die Diskussion, ob der Privatautonomie Grenzen zum Schutze einer Vertragspartei gesetzt werden müssen und die damit zusammenhängenden Fragen über das Für und Wider im Spannungsfeld zwischen Paritätstheorie und Privatautonomie sind also nicht ganz neu. Sie wurden schon zu einer Zeit geführt, als die beiden Positionen noch gar nicht dogmatisch ausgeformt waren.

Man kann auch davon ausgehen, dass diese Diskussion auch in Zukunft weiter gehen wird, insbesondere in den Fällen, in denen Freiheitsrechte und deren Begrenzung im Fokus stehen.

5. Übrige Rechtsgebiete und Vertragsgestaltung

a) Heimrecht

In Anlehnung an § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB enthält § 12 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz - WBVG) die Regelung, dass der Pflegedienstleister (also der Unternehmer) den Pflege- und Betreuungsvertrag kündigen kann, wenn der Verbraucher für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung des Entgelts oder eines Teils des Entgelts, der das Entgelt für einen Monat übersteigt, im Verzug ist (a) oder in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung des Entgelts in Höhe eines Betrags in Verzug gekommen ist, der das Entgelt für zwei Monate erreicht (b). Auch hier sieht der Gesetzgeber in § 12 Abs. 3 S. 2 WBVG die Unwirksamkeit der Kündigung vor, wenn der Rückstand innerhalb von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit befriedigt wird. Insoweit orientiert sich die Norm ebenfalls an den Bestimmungen des Wohnraummietrechts in § 543 BGB.⁷⁷² Die Übernahme der Vorschriften aus dem Mietrecht im Hinblick auf die Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 wurde als für beide Seiten interessengerecht angesehen.⁷⁷³

Die Vorschrift bringt aber im Gegensatz zum Mietrecht eine Verschärfung dahingehend, dass nach § 12 Abs. 3 S. 1 WBVG der Unternehmer vor Ausspruch der Kündigung wegen Zahlungsverzugs

⁷⁷¹ Bericht Dr. Buchka, Protokoll 35. Sitzung des Reichstages, S. 865.

⁷⁷² Schmid/Harz, Mietrecht Kommentar, § 12 WBVG, Rn. 12.

⁷⁷³ BT-Drs. 16/12409, S. 27.

nach § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 zuvor eine angemessene Frist zur Zahlung setzen muss.⁷⁷⁴

Diese Verschärfung ist nachvollziehbar und auch sinnvoll, da es sich bei dem Vertragspartner typischerweise um eine schutzbedürftige Person handelt, die besonders schwer von den Folgen einer Kündigung der, zumeist letzten, Wohnstätte betroffen ist und deren Konsequenzen lebensbedrohlich sein können. Auf diese Konsequenzen soll der Unternehmer noch einmal hinweisen, damit sich der Verbraucher der Konsequenzen auch bewusst ist.⁷⁷⁵

In der Begründung im Entwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zum WBVG wird daher ausdrücklich davon gesprochen, dass die Neuregelung der Kündigungsmöglichkeiten für Unternehmer und Verbraucher ein Interessenausgleich der beteiligten Parteien sein soll:

„Der Vertrag [gemeint ist der Heimvertrag, Anmerkung des Verfassers] wird, wie bereits im Heimgesetz vorgesehen, grundsätzlich auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Kündigungsmöglichkeiten für Verbraucher und Unternehmer sowie die Regelungen zum Nachweis von Leistungersatz und zur Übernahme von Umzugskosten werden unter Wahrung des bisherigen Schutzniveaus als wichtiges Element des Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien neu gestaltet.“⁷⁷⁶

Dass paritätstheoretische Überlegungen hinter dem WBVG stehen, ist eindeutig und unübersehbar. So bringt es der Bundestagsabgeordnete Grübel in der 1. Beratung des Entwurfs des WBVG im Bundestag am 26.03.2009 auf den Punkt, dass der Verbraucher aufgrund seiner körperlichen Verfassung schon im Nachteil gegenüber den Pflegedienstleistern ist:

„Mit dem Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) wollen wir den Schutz älterer, pflegebedürftiger und behinderter Menschen stärken. Das nun vorgelegte Gesetz soll vor Benachteiligung bei Verträgen, die für die Überlassung von Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen geschlossen werden, schützen. Gerade im Alter, bei Pflegebedürftigkeit oder bei Behinderung möchten die Menschen so selbstbestimmt und selbstständig wie möglich leben.“⁷⁷⁷

Diese, an der Parität der Beteiligten orientierten, Ziele des Gesetzes wiederholt Grübel auch noch einmal in der 2. Beratung:

„Ziel unseres Gesetzes ist mehr Verbraucherschutz für ältere Menschen, für Menschen mit Behinderung und für pflegebedürftige Menschen; diese Personengruppen sind besonders schutzwürdig. Es geht aber auch um die Menschen, die um die älteren, behinderten und

⁷⁷⁴ Schmid/Harz, Mietrecht Kommentar, § 12 WBVG, Rn. 12.

⁷⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 16/12409, S. 27.

⁷⁷⁶ BT-Drs. 16/12409, S. 12.

⁷⁷⁷ Plenarprotokoll der 214. Sitzung des 16. Bundestages, 16/214, S. 23269.

*pflegebedürftigen Menschen herum ihr Leben organisieren müssen ... Ziel dieses Gesetzes ist es, das Heimrecht zu einem modernen Verbraucherschutzrecht weiterzuentwickeln.*⁷⁷⁸

Aufgrund der körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen von vielen Heimbewohnern und der damit einhergehenden Schutzbedürftigkeit ist es nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich Regelungen treffen muss, um die Betroffenen zu schützen und auch seinem Auftrag aus dem Sozialstaatsgebot nachzukommen.

Dass aber hiermit das Heimrecht auch zu einem modernen Verbraucherschutzrecht weiterentwickelt werden soll, ist aber nicht überzeugend, da Verbraucher und Heimbewohner doch unterschiedliche Interessen und Zielsetzungen haben. Heimbewohner sind nämlich in noch einem erhöhten Maße auf einen Pflege- und Heimvertrag schon zur Sicherung der Existenz angewiesen als ein Verbraucher, der nicht in jedem Fall auf einen Vertragsschluss zum Erwerb einer Ware angewiesen ist. Diese qualitative Unterscheidung sollte doch weiterhin getroffen werden.

b) Kleingartenrecht

Das Kleingartenrecht ist ein Sonderrecht mit großem Bezug zum Miet- und insbesondere Pachtrecht, das aus seiner historischen Entwicklung heraus besonders von sozialpolitischen Aspekten und Überlegungen geprägt war und ist.

Eine feste Wertgrenze findet sich auch bei Kleingartenverträgen in § 8 Nr. 1 Bundeskleingartengesetz. Bei dieser Vorschrift handelt es sich ebenfalls um eine Norm zur außerordentlichen fristlosen Kündigung. Nach dieser Vorschrift kann der Verpächter den Kleingartenpachtvertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn der Pächter mit der Entrichtung der Pacht für mindestens ein Vierteljahr in Verzug ist und nicht innerhalb von zwei Monaten nach Mahnung in Textform die fällige Pachtforderung erfüllt.

Das Kleingartenrecht ist ein Unterfall des Pachtrechts. Dementsprechend ist nach § 4 Abs. 1 Bundeskleingartengesetz auch das BGB-Pachtrecht und damit über die Verweisung aus § 581 BGB auch das Mietrecht anwendbar, es sei denn, aus dem Bundeskleingartengesetz ergeben sich Sondervorschriften. Eine solche Spezialvorschrift im Hinblick auf die außerordentliche Kündigung ist § 8 Nr. 1 Bundeskleingartengesetz. Die feste Wertgrenze besteht hier in einem Rückstand der Pacht in Höhe von einem Vierteljahr. Die Fälligkeit und der Betrag orientieren sich dabei an § 579 BGB, der für Grundstücksmieten die Fälligkeit der Miete auf das Kalendervierteljahr legt, jedenfalls soweit nichts anderes vereinbart ist.

⁷⁷⁸ Plenarprotokoll der 214. Sitzung des 16. Bundestages, 16/215, S. 24909.

Ähnlich dem Wohnungsmietrecht besteht auch hier die Möglichkeit, die außerordentliche Kündigung durch Nachzahlung unwirksam zu machen. Voraussetzung für die Kündigung, die nach § 7 Bundeskleingartengesetz in schriftlicher Form zu erfolgen hat, ist aber eine Mahnung, da nach § 587 Abs. 1 BGB bei Landpachtverträgen, also auch bei Kleingärten, dem Gesetz nach in S. 1 die Pacht am Ende der Pachtzeit zu entrichten ist. Soweit Zeitabschnitte vereinbart sind, wäre die Mahnung eigentlich nach § 587 Abs. 1 S. 2 BGB und den allgemeinen Vorschriften zum Verzug nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, da die Pacht nach dem Kalender am Ende der Zeitabschnitte zu entrichten wäre. Insoweit ist die Vorschrift eine Verschärfung. Dies wurde auch schon im Gesetzgebungsverfahren in der Stellungnahme des Bundesrates bemängelt und darauf hingewiesen, dass in der Regel ein nach dem Kalender bestimmter Zahlungszeitpunkt vereinbart ist und es daher einer Mahnung nicht bedürfe und die Mahnung selbst lediglich eine Warnfunktion haben sollte und keine Kündigungsvoraussetzung sein soll.⁷⁷⁹ Dem Vorschlag des Bundesrates zur Änderung des Entwurfs wurde dann auch zugestimmt.⁷⁸⁰

Die Mahnung per Textform kam 2001 durch Art. 3 PrivRFormvAnpG (Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr) in das Gesetz. Insoweit wird die Verschärfung wieder abgemildert, als die Mahnung in der weniger strengen Textform erfolgen kann, was als Zugeständnis an den modernen Rechtsverkehr mit der E-Mail als Kommunikationsmittel verstanden werden kann. Es wurde erkannt, dass die Textform die Warnfunktion genauso gut erfüllen kann wie die Schriftform.⁷⁸¹ Diese Änderung ist ein gutes Beispiel für die Ausübung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den Gesetzgeber, da ein relativ milderes Mittel, nämlich Textform statt Schriftform, als erforderlich betrachtet wurde und somit eine ausgewogene Abwägung der Zweck-Mittel-Relation erfolgte.

Die Vorschriften zur Fälligkeit in § 579 BGB und § 587 BGB sind dispositiv und werden in der Regel formularmäßig abgedungen und ein Zeitabschnitt von einem Monat mit der Vorleistungspflicht des Pächters vereinbart.⁷⁸² Auch wenn eine monatliche Pacht vereinbart wird, bleibt es bei der festen Wertgrenze von einem Vierteljahr aus § 8 Bundeskleingartengesetz, also einen Rückstand von drei Monaten.

Diese Verschärfungen mit gleichzeitigen Abmilderungen innerhalb einer Vorschrift zeigen, dass auch bei § 8 Bundeskleingartengesetz ein Interessenausgleich zwischen Verpächter und Pächter erreicht werden soll.

⁷⁷⁹ BT-Drs. 9/1900, S. 23.

⁷⁸⁰ BT-Drs. 9/1900, S. 27.

⁷⁸¹ BT-Drs. 14/4987, S. 26.

⁷⁸² PWW/Schmid/Riecke, § 579 BGB, Rn. 1; PWW/Riecke, § 587 BGB, Rn. 1 BGB.

§ 13 Bundeskleingartengesetz statuiert ein Abweichungsverbot zu Lasten des Pächters. Eine andere Wertgrenze unter drei Monaten könnten die Parteien also nicht vereinbaren. Das Bundeskleingartengesetz regelt die Kündigungsmöglichkeiten des Verpächters abschließend.⁷⁸³

Ähnlich wie beim Mietrecht wurde dem Kleingartenrecht unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg eine sozialpolitische und gesamtgesellschaftliche Bedeutung beigemessen. Neben der wirtschaftlichen Nutzung zur Versorgung mit landwirtschaftlichen Produkten treten auch der Freizeit- und Erholungswert sowie der städtebauliche Wert der Grünflächen für die Allgemeinheit hinzu.⁷⁸⁴

Das Bundeskleingartengesetz steht somit auch in der Tradition paternalistischer Schutznormen und ist damit auch ein Niederschlag der Überlegungen der Paritätstheorie.

Dies war schon bei der Erarbeitung des Bundeskleingartengesetzes Absicht des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Kündigungstatbestände:

„Bei den Beratungen der Arbeitsgruppe bestand von Anfang an Einigkeit darüber, den Kündigungsschutz als wesentliches Merkmal des Kleingartenrechts zum Schutz der sozial Schwachen und im Interesse der Erhaltung der Kleingärten beizubehalten.“⁷⁸⁵

Dass das Kleingartenrecht und die Vertragsbedingungen nicht völlig der freien Verhandlung der Vertragspartner unterworfen werden können und daher das Kleingartenrecht im Sinne der Paritätstheorie reguliert werden müsse, bringt die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung für die Pachtzinsbindung ganz klar zum Ausdruck:

„Der Kleingartenpachtvertrag als Massenvertrag von großer sozialer Wichtigkeit kann, ähnlich wie der Mietvertrag, der Arbeitsvertrag oder der Versicherungsvertrag, nicht völlig dem Spiel der freien Kräfte überlassen werden. Eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung verlangt vielmehr, die Interessen der Allgemeinheit auch beim kleingärtnerisch genutzten Boden in weit stärkerem Maße zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern.“⁷⁸⁶

Eine Reform des noch aus der Zeit vor 1945 stammenden und nach Art. 123 GG weitergeltende Kleingartenrechts war notwendig geworden, nachdem das Bundesverfassungsgericht 1979 feststellte, dass der

⁷⁸³ Mainczyk, Vor §§ 7 bis 10 Bundeskleingartengesetz, Rn. 1.

⁷⁸⁴ Mainczyk, Einleitung Bundeskleingartengesetz, Rn. 5; BT-Drs. 9/1900, S. 9 f.

⁷⁸⁵ Stang, BKleingG, Vorbemerkung vor §§ 7-11, Rn. 1. Bei der genannten Arbeitsgruppe handelt es sich um die „Arbeitsgruppe Kleingartenrecht“ die aus Sachverständigen von Ländern, Gemeinden und dem Bundesverband Deutscher Gartenfreunde e.V. bestand und am 12.06.1979 vom Bundesbauministerium als unabhängiges Gremium zur Erarbeitung von Reformvorschlägen gebildet wurde. Vgl. Mainczyk, Einleitung Bundeskleingartengesetz, Rn. 28.

⁷⁸⁶ BT-Drs- 9/1900, S. 11.

weitgehende Ausschluss der Kündigungsbefugnis privater Verpächter von Kleingärten im Rahmen des Regelungssystems des bis dahin geltenden Kleingartenrechts mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren ist.⁷⁸⁷ Eine Kündigung des Verpächters war im alten Kleingartenrecht nämlich weitgehend ausgeschlossen und nur nach behördlicher Genehmigung möglich. Eine zeitliche Befristung war ebenfalls nicht vorgesehenen.

Die Kündigungsschutzverordnung (KSchVo) sah in §§ 1, 2a vor, dass dem Pächter gekündigt werden kann, wenn er mit einem Betrag von drei Monatspachten im Verzug ist.⁷⁸⁸

Damit orientierte sich der Kündigungsschutz für Kleingärtner und die Voraussetzungen für die Kündigung eines Kleingartenpachtvertrages weitgehend am bestehenden Mietrecht und bot mit dem Genehmigungsvorbehalt der Kündigung sogar noch eine weitere Hürde, die den Verpächter von einer Kündigung abhalten sollte.

Das Bundesverfassungsgericht erkannte, dass der Genehmigungsvorbehalt und die fehlende Möglichkeit der zeitlichen Begrenzung eine unzulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung sei und gegen das Rechtsstaatsprinzip und gegen Art. 14 GG verstößt.⁷⁸⁹ Nicht explizit festgestellt hat das Bundesverfassungsgericht, dass die

⁷⁸⁷ BVerfGE 52, 1.

⁷⁸⁸ "Kündigungsschutzverordnung

§ 1

(1) Pachtverträge über kleingärtnerisch genutztes Land dürfen, abgesehen von den im Abs. 2 bezeichneten Fällen, vom Verpächter nicht gekündigt werden. Durch Zeitablauf endende Pachtverträge gelten als auf unbestimmte Zeit verlängert. § 3 und § 5 Abs. 3 S. 2 der Kleingartenlandordnung und Kleinpachtlandordnung vom 31. Juli 1919 (Reichsgesetzbl S. 1371) treten außer Kraft.

(2) Eine Kündigung durch den Verpächter ist statthaft, wenn

a) der Pächter drei Monate mit der Zahlung des Pachtzinses oder eines Teiles dieses Pachtzinses, der einen Monatsbetrag übersteigt, im Verzuge ist;

b) der Kleingärtner trotz Abmahnung die ihm obliegenden Pflichten gröblich verletzt, vor allem das Grundstück vertragswidrig nutzt oder erhebliche Bewirtschaftungsmängel nicht innerhalb einer schriftlich gesetzten angemessenen Frist abstellt;

c) ein Zwischenpächter trotz schriftlicher Aufforderung des Verpächters das Pachtverhältnis mit einem Kleingärtner nicht auflöst, obwohl er aus einem der unter Buchst b genannten Gründe kündigen kann; bei Beendigung des Vertrages mit dem Zwischenpächter tritt der Verpächter unmittelbar in die Verträge mit den einzelnen Kleingärtnern ein;

d) [aufgehoben durch das Kleingartenänderungsgesetz]

e) das Grundstück oder ein Grundstücksteil aus anderen überwiegenden Gründen des Gemeinwohls dringend benötigt wird.

(3) Die Kündigung bedarf in den Fällen der Buchst a bis c der Genehmigung der unteren Verwaltungsbehörde, in den Fällen der Buchst d und e der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde. In den Fällen der Buchst d und e ist die Genehmigung nur zu erteilen, wenn festgestellt ist, daß das beabsichtigte Vorhaben an anderer Stelle nicht ohne wesentlichen Nachteil für das Vorhaben auszuführen ist und die Voraussetzungen für eine alsbaldige Inanspruchnahme des Grundstücks für den angegebenen Zweck vorliegen.

⁷⁸⁹ BVerfGE 52, 32 ff.

verzugsbedingte Kündigung mit ihren Wertgrenzen mit dem Grundgesetz unvereinbar wäre.

Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass der weitgehende Ausschluss der Kündigung zu einer dauerhaften Trennung von Besitz und Eigentum führt, der die Verfügung über das Eigentum für den Eigentümer so gut wie unmöglich macht.⁷⁹⁰

So führte das Bundesverfassungsgericht zur Begründung aus:

„Der „umfassende Kündigungsschutz führt im praktischen Ergebnis zu einer Aufhebung der Veräußerungsmöglichkeit. Das Gesetz [gemeint ist die damalige Fassung des Bundeskleingartengesetz, Anmerkung des Verfassers] verbietet zwar nicht ausdrücklich die Veräußerung; diese Möglichkeit ist aber durch die gesetzliche Regelung wirtschaftlich sinnvoll nicht realisierbar“⁷⁹¹

Das Bundesverfassungsgericht sieht interessanterweise nicht im Gesetz und seinen Regelungen die Beschränkung, sondern in dessen praktischen Auswirkungen, also mehr auf der Rechtsfolgenseite als auf der Seite der Tatbestandsmerkmale der Norm.

Das Bundesverfassungsgericht stellte aber auch fest, dass im Bundeskleingartengesetz kein ausgewogener Interessenausgleich enthalten ist und die Rechtsposition der Pächter überbetont wird, obwohl es dazu keinen gerechtfertigten Grund gibt, weil der Kleingarten im Gegensatz zur Wohnung etwa keine existentielle Bedeutung für den Pächter hat.

Mit einer ausführlichen Darlegung, auch unter Einbeziehung der Hintergründe des Kleingartengesetzes mit dem ursprünglichen Gedanken der Eigenversorgung der städtischen Bevölkerung mit Lebensmitteln, stellte das Bundesverfassungsgericht klar, dass die bisherigen Kündigungsvorschriften unverhältnismäßig seien, weil keine der Vorschriften im Endergebnis angemessen ist:

„War der Kleingarten nach der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers ein Nutzgarten, der auf die nachhaltige Erzielung gärtnerischer Produkte gerichtet war, so ist er heute weitgehend und vorrangig ein Wohngarten. Hierbei soll jedoch nicht verkannt werden, daß auch der Freizeitnutzen des Kleingartenwesens von erheblichem öffentlichem Interesse ist. Der Kleingarten kann für die Volksgesundheit gerade in seiner Ausgleichsfunktion zu einer einseitigen Berufstätigkeit, welcher der Mensch in der industriellen Massengesellschaft oft ausgesetzt ist, von großer sozialer Bedeutung sein und wesentlich zu einer Verbesserung der Lebensverhältnisse beitragen. Der dargelegte Strukturwandel zeigt aber, daß der Besitz eines Kleingartens für die große Masse der Kleingärtner zwar von beachtlichem Wert, nicht jedoch mehr von existentieller Bedeutung ist. Diese Änderung der

⁷⁹⁰ BVerfGE 52, 30.

⁷⁹¹ BVerfGE 52, 31.

sozialen Funktion kann bei der verfassungsrechtlichen Legitimation des Kündigungsschutzrechts nicht außer Acht bleiben. Mag der Wunsch und das Interesse des einzelnen Pächters, einen Kleingarten zu besitzen, noch so groß und berechtigt sein, so kann dennoch nicht davon gesprochen werden, daß er auf die Nutzung fremden Eigentums in gleicher Weise angewiesen ist wie etwa auf eine Wohnung, die eine unabdingbare Voraussetzung für ein menschenwürdiges Dasein und die persönliche Lebensgestaltung darstellt. Obwohl die Wohnung für den Mieter von wesentlich größerer Bedeutung ist als der Kleingarten für den Pächter, räumt das geltende Recht dem Kleingärtner eine erheblich stärkere Rechtsposition ein, die mit dem Gebot, die schutzwürdigen Interessen beider Parteien in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen, nicht zu vereinbaren ist. Das Regelungssystem schützt in seiner derzeitigen Ausgestaltung in einseitiger Weise das sicherlich anzuerkennende Interesse des Pächters an der Erhaltung des vorwiegend ideellen Bedürfnissen dienenden Kleingartens, ohne die Belange des Verpächters ausreichend zu berücksichtigen; es nimmt hierbei in Kauf, daß die verfassungsrechtlich garantierte Substanz des Eigentums weithin ausgehöhlt wird, auch wenn der Eigentümer das Grundstück aus freien Stücken dem Pächter überlassen hat und er selbst darauf angewiesen ist. Die zu schützenden Interessen des Pächters gebieten diese weitgehende Beschränkung nicht. Das einseitige Übergewicht der Rechtsstellung des Pächters steht mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang.⁷⁹²

Das Bundesverfassungsgericht stellt anschaulich die vorzunehmende Abwägung der betroffenen Interessen des Pächters und Verpächters dar und betont auch noch einmal die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf Eingriffe in das Eigentum. Demnach ist das Interesse des Kleingärtners am Erhalt des Kleingartens nicht mit dem Interesse des Mieters am Verbleiben in der Wohnung gleichzusetzen. Der Mieter braucht die Wohnung zum Wohnen und für sein soziales Leben, die Pacht eines Kleingartens ist hingegen nicht zwingend notwendig, um ein lebenswertes Leben zu leben. Daher ist der Schutz des Kleingärtners nicht mit dem Schutz des Mieters gleichzusetzen.

Als Besonderheit im Kleingartenrecht muss berücksichtigt werden, dass die Hauptverpächter von Kleingärten insbesondere Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Gemeinden und Kommunen sind.⁷⁹³ Daher müssen hier wegen der unmittelbaren Geltung der Grundrechte Vertragsbedingungen zugrunde gelegt werden, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigen, da einer der Vertragspartner unmittelbarer Adressat eben jenes Grundsatzes ist und ohnehin bei seinem Handeln gem. Art. 20 Abs. 3 GG an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist.

⁷⁹² BVerfGE 52, 35, 36.

⁷⁹³ Mainczyk, Einleitung Bundeskleingartengesetz, Rn. 5.

c) Andere Dauerschuldverhältnisse

Im Wege der Vertragsfreiheit können feste Wertgrenzen für den Verzug als Konkretisierung des wichtigen Grundes nach § 314 BGB bei allen nicht kodifizierten Dauerschuldverhältnissen vereinbart werden, etwa bei einem Zeitungsabonnement oder in Franchiseverträgen.⁷⁹⁴

Besonders die Normklarheit und Rechtssicherheit für beide Parteien sprechen hier für die Aufnahme entsprechender Vereinbarungen in die jeweiligen Verträge.

Feste Wertgrenzen machen immer dort Sinn, wo die Parteien Klarheit und Sicherheit über die gegenseitigen Rechte und Pflichten haben wollen und natürlich auch haben sollen. Dies verhindert Konflikte und fördert den Rechtsfrieden. Insbesondere bei länger andauernden Dauerschuldverhältnissen sind dies wichtige Faktoren, die für den wirtschaftlichen Erfolg oder auch Misserfolg einer Vertrags- und Geschäftsbeziehung entscheidend sein können, die möglichst in ihrem rechtlichen Rahmen ungestört ablaufen soll. Denn wenn die Kündigungsgründe und deren Voraussetzungen klar sind, kann sich eine Vertragspartei entsprechend verhalten und für die Zukunft planen sowie bei Problemen schon frühzeitig zur Verhinderung von kostenintensiven Verfahren und Prozessen den Dialog mit der Gegenseite suchen.

d) Vertragsgestaltung

Als Vorbild für vertragliche Regelungen zu Kündigungen aus wichtigem Grund wegen Verzugs der Leistung könnte hier bei der Vertragsgestaltung von nicht kodifizierten Dauerschuldverhältnissen der Verzug von zwei Teilleistungen in einem Zeitraum von zwei Zeitabschnitten ähnlich dem Verzug von zwei Monatsmieten aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB dienen.

Blickt man auf den langen, im Kern fast unveränderten Bestand dieser Norm seit dem PrALR von 1794 zurück, kann man durchaus mit berechtigten Gründen sagen, dass sich dieses Modell, genauer diese Wertgrenze - auch wegen ihrer Einfachheit - bewährt hat und auch im Rechtsverkehr bekannt ist.

Eine entsprechende Klausel bei zuvor im Vertrag festgelegten Leistungsintervallen könnte in Anlehnung an § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB in Verträgen so aussehen:

„§ X Kündigung aus wichtigem Grund

⁷⁹⁴ Für Franchiseverträge siehe etwa das Beispiel bei Fingerhut, Vertrags- und Formularbuch, § 41 Franchiseverträge, Rn. 2: „1. Dieser Vertrag kann von jeder Partei aus wichtigem Grund außerordentlich und ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden.“

2. Wichtige Gründe für den Franchisegeber sind insbesondere,

a) Verzug mit geschuldeten Franchisegebühren in Höhe von zwei Monatsraten“.

1. Dieser Vertrag kann von einer der Parteien fristlos [oder ohne Einhaltung einer Frist] aus wichtigem Grund gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der anderen Vertragspartei, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

2. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn

a) sich die andere Partei an zwei aufeinander folgenden Terminen mit der Entrichtung der (Geld-)Leistung oder eines nicht unerheblichen Teils davon in Verzug ist, wobei der Rückstand auch aus früheren Terminen stammen kann, oder

b) in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der (Geld-)Leistung in Höhe eines Betrages in Verzug ist, welcher die Höhe der Leistung für zwei Monate erreicht.

3. Ein nicht unerheblicher Teil der Leistung besteht dann, wenn der Rückstand die Höhe der Leistung für einen Monat übersteigt.“

Die Klausel enthält in Ziff. 1 eine Generalklausel zur Kündigung aus wichtigem Grund mit einer Legaldefinition ähnlich § 543 Abs. 1 BGB. Dann wird der Verzug mit der Leistung in Ziff. 2 als wichtiger Grund konkretisiert, erkennbar an dem Wort „insbesondere“.

Mit der Definition eines nicht unerheblichen Teils in Ziff. 3 wird auch insoweit Klarheit geschaffen.

Eine klare Entscheidung für einen Rückstandszeitraum wird dadurch erreicht, dass in Ziff. 2 a darauf hingewiesen wird, dass der Rückstand auch aus früheren Terminen stammen kann.

Je nach Wunsch (und Verhandlungsgeschick) der Parteien könnte auch eine Abwendungsbefugnis oder Sozialklausel aufgenommen werden, wonach bei Ausgleich des gesamten Rückstandes die Kündigung unwirksam wird. Diese könnte in etwa so lauten:

„Eine Kündigung nach § X Abs. 2 ist ausgeschlossen, wenn der Kündigungsberechtigte zuvor befriedigt wird. Sie wird unwirksam, wenn sich der Kündigungsgegner von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt.“

Man könnte hier auch noch je nach Wunsch der Parteien einen klarstellenden Absatz aufnehmen, dass ein Zahlungsverzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Leistung auch das Recht zur ordentlichen Kündigung begründet.

6. Zufall oder bewusste Entscheidung?

Recht muss im Kontext seiner zur Entstehungszeit herrschenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen betrachtet werden. Recht ist daher auch Produkt seiner Zeit. Im Hinblick auf feste Wertgrenzen lässt sich dies aber nicht sagen.

In den untersuchten Gesetzesbegründungen ist teilweise nicht ausdrücklich erwähnt, dass die konkret geregelte Wertgrenze das Ergebnis einer Abwägung ist oder eine selbstständige, vielleicht auch unwillkürliche, Entscheidung. Es findet sich in den Quellen, Entwürfen und Gesetzesbegründungen nur teilweise direkte oder sinngemäße Aussage wie „Die Regelung des § A ist Ergebnis einer Abwägung des Interesses X mit Y“. Oftmals kann lediglich in der Retrospektive aufgrund Analyse der Regelungen festgestellt werden, dass die Gesetze als solche das Ergebnis einer Interessenabwägung sind. Das ist aber zunächst eine allgemeine Feststellung, die auf viele Gesetze zutrifft und nicht speziell auf Kündigungstatbestände und feste Wertgrenzen beschränkt ist.

Von daher ist nicht zweifelsfrei aus den Quellen belegbar, ob feste Wertgrenzen, deren Ausgestaltung und Inhalt das Ergebnis einer Abwägung und eine beabsichtigte Entscheidung des Gesetzgebers sind. Dies gilt insbesondere für den Rückstandszeitraum von zwei aufeinanderfolgenden Terminen in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB, für die sich der Gesetzgeber scheinbar beliebig zwischen zwei Möglichkeiten entschieden hat, nämlich zwischen einem Rückstandszeitraum von einem und von zwei Monaten. Diese beiden Möglichkeiten fand der historische BGB-Gesetzgeber in bereits vorhandenen Gesetzbüchern der Zeit vor. Man kann daher nur Vermutungen darüber anstellen, warum der Gesetzgeber sich für den Rückstandszeitraum von zwei Monaten als Kündigungsgrund entschieden hat und nicht für den Rückstandszeitraum von einem oder drei Monaten.

Zur Vorlage für die gezielte Entscheidung der Wertgrenze in § 569 Abs. 2a BGB wurde § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB. Die Annahme hier insbesondere im Verzug mit zwei Monatsmieten einen Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu sehen, gleicht daher mehr einer Idealisierung. Eine Idealisierung ist gegeben, wenn durch eine bestimmte Deutung ein mutmaßlicher gesetzgeberischer Willen konstruiert wird, dessen normative Relevanz sich nicht aus dem Quellenmaterial (Protokolle, Bericht usw.) ergibt, sondern erst vor dem Hintergrund dieser bestimmten Deutung erkennbar sein soll.⁷⁹⁵ Wobei bei den festen Wertgrenzen im Mietrecht zu beachten ist, dass zur Zeit der Erarbeitung des § 543 BGB bzw. seiner Vorgängernorm, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch nicht dogmatisch voll entwickelt

⁷⁹⁵ Vgl. Somek, Rechtliches Wissen, S. 61. Er nennt das Quellenmaterial soziale Fakten.

war und daher eine Bewertung per se nur aus einer Retrospektive im Sinne einer späteren Deutung vorgenommen werden kann.

In der Zusammenschau und im Vergleich der Normen kann man eine gemeinsame Struktur der verzugsbedingten Kündigungen erkennen, nach der die Tatbestände gleich oder zumindest nach einem ähnlichen Schema aufgebaut sind. Insoweit kann man durchaus von einer gemeinsamen Gesetzgebungstechnik sprechen, an deren Schema sich der Gesetzgeber immer wieder orientiert hat. Weil sich die Struktur der verzugsbedingten Kündigung als Prinzip bewährt hat, hat der Gesetzgeber feste Wertgrenzen immer wieder bei der Ausgestaltung neuer Gesetze und Vorschriften in verschiedenen Sach- und Rechtsgebieten aufgegriffen.

Ohne den Begriff „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ ausdrücklich zu benutzen, hat der (historische) Gesetzgeber des BGB diesen beachtet und dessen Grundsätze angewendet, ohne dass zu diesem Zeitpunkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner heutigen Form dogmatisch erfasst und ausgearbeitet gewesen ist. Auch wenn die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Forderung an den modernen Gesetzgeber ist, zeigen die aufgeführten Beispiele aus dem Miet- und Kreditrecht, dass die damaligen Verfasser das Konzept des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachtet haben. Im Grunde lässt sich hier in der Gesetzgebungstechnik und den Motiven kein Unterschied zum modernen Gesetzgeber unter dem Grundgesetz erkennen.

Auch die Beispiele der verzugsbedingten Kündigung im Kreditrecht und der Entziehung des Wohneigentums im WEG zeigen, dass die entsprechenden Normen Ergebnis einer bewussten Interessenabwägung sind.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein zunächst abstrakter gedanklicher Grundsatz, aber auch Ergebnis einer historischen Entwicklung, was auch für die festen Wertgrenzen gilt. Erst die Rückschau und der Vergleich der Vorschriften aus den verschiedenen Rechtsgebieten lassen in festen Wertgrenzen den modernen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus dem Grundgesetz wie er heute verstanden wird erkennen. Die Ordnungsfunktion des Vertrages folgt „den Wandlungen der Verfassungsordnung“, was bedeutet, dass auch wenn sich zivilrechtliche Normen, die aus vorkonstitutioneller Zeit vor Erlass des Grundgesetzes stammen, im Wortlaut unverändert bleiben, die Norm unter den gegenwärtig geltenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen betrachtet und angewendet werden muss.⁷⁹⁶

Hierzu stellt auch Bähr 1888, dem Jahr der Veröffentlichung des ersten Entwurfs des BGB, zur Frage der Funktion der Rechtswissenschaft nach einer Kodifikation des damals noch nicht vereinheitlichten Zivilrechts in Deutschland fest: *„Wird nun auch das gesamte Zivilrecht unter den Bann der Kodifikation gebracht, so hat das freie juristische*

⁷⁹⁶ Schmidt-Salzer, NJW 1970, 12.

*Denken keine Stätte mehr. Die Frage, ob etwas verständig sei, tritt fortan für den Juristen ganz in den Hintergrund gegen die Fragen: Was steht geschrieben? Was mögen diejenigen, die es geschrieben, wohl dabei gedacht haben? Auch wenn sie gar nichts dabei gedacht haben sollten, muß doch das Gedachte herausgebracht werden.*⁷⁹⁷

Besonders der letzte Satz trifft die Schwierigkeiten bei einer nachträglichen Interpretation der ursprünglichen Motive und Vorstellungen des historischen Gesetzgebers ganz passend. Ohne genaue Quellenlage ist die Analyse des Willens des Gesetzgebers bzw. der an der Gesetzgebung beteiligten Personen schwierig. Man muss die Vorstellungen des Gesetzgebers ahnen und aus den Gesamtumständen und Zeichen deuten, wenn es keine eindeutigen Belege gibt und auch der Wortlaut keine exakten Andeutungen gibt.⁷⁹⁸

Letztlich besteht natürlich die „Gefahr“, dass eigene Überlegungen und Interpretationen in den Willen des Gesetzgebers hineingelegt werden, die dieser vielleicht gar nicht hatte. Der Wille und die Absichten des Gesetzgebers werden dann durch den eigenen Willen des Interpreten ersetzt. Damit fließen auch „moderne“ Wertungen und Anschauungen mit in die Interpretation ein, die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes vielleicht gar nicht vorhanden oder sogar in extremen Fällen auf Ablehnung gestoßen wären.

Zusammengefasst kann man aber aus den historischen Quellen den Schluss ziehen, dass die Aufnahme von festen Wertgrenzen eine beabsichtigte Entscheidung des Gesetzgebers ist, deren Ausgestaltung in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht aber letztlich eher zufällig ohne konkreten Plan oder bewusste Entscheidung bzw. nicht eindeutig belegbar ist. Insofern passt hier die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts zur historischen Auslegung von Normen, dass *„Gesetzesmaterialien mit Vorsicht, nur unterstützend und insgesamt nur insofern herangezogen werden sollen, als sie auf einen objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen*».“⁷⁹⁹

Der Wille des Gesetzgebers und der Beteiligten soll nur Berücksichtigung finden, wenn dieser Wille auch im Text wiederzufinden ist.⁸⁰⁰ Insofern sollen die subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden, auch wenn die Materialien dazu verleiten.⁸⁰¹

⁷⁹⁷ Bähr, Das bürgerliche Gesetzbuch und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung, S. 17.

⁷⁹⁸ Vgl. hierzu auch die sog. Andeutungstheorie, die den Willen des Gesetzgebers berücksichtigen will, soweit er im Wortlaut des Gesetzestextes einen Niederschlag gefunden hat, eben angedeutet ist. Vgl. Siebert, Die Methode der Gesetzesauslegung, S. 39.

⁷⁹⁹ BVerfG, NJW 1983, 735 ff.; BVerfGE 1, 299; BVerfGE 6, 55, 75; BVerfGE 6, 389, 431; BVerfGE 10, 234, 244; BVerfGE 36, 342, 367; BVerfGE 41, 291, 309.

⁸⁰⁰ BVerfG, NJW 1983, 735ff.

⁸⁰¹ BVerfG, NJW 1983, 735 ff.; BVerfGE 11, 126, 130; BVerfGE 13, 261, 268; BVerfGE 54, 277, 298 f.

7. Eigene Stellungnahme

Feste Wertgrenzen haben eine leistungsstarke und nicht zu unterschätzende Funktion, indem sie einen (Schutz-)Bereich des zumutbaren und demzufolge vom Gläubiger zu tolerierenden Verzuges abgrenzen von einem Bereich, der unerträglich ist.⁸⁰² Diese Abgrenzungsfunktion schafft Rechtsklarheit für die Parteien. Die Leistungsfähigkeit besteht darin, dass feste Wertgrenzen wegen ihrer Abgrenzungsfunktion den Parteien Rechtsklarheit über Rechte und Pflichten bieten und die Parameter abstecken, ab wann eine außerordentliche Kündigung wegen Verzuges möglich ist. Sie sind gleichsam der Auslöser der verzugsbedingten Kündigung. In dieser Abgrenzungsfunktion schaffen sie Legalität.

Legalität ist mehr als nur die formal-juristische, d.h. verfahrensmäßige Gesetzmäßigkeit und das Übereinstimmen mit den geltenden, positiven Gesetzen. Legalität bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Kündigung als mit dem Recht übereinstimmend ohne Berücksichtigung des Motivs angesehen und damit von den angesprochenen Rechtskreisen akzeptiert wird.⁸⁰³ Dies meint, dass die Norm von den Bürgern als richtig und für sie gültig angesehen wird. Mit der Legalität geht auch die Legitimität fester Wertgrenzen einher, denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedeutet verfassungsmäßige Legalität zugleich demokratische Legitimität.⁸⁰⁴

Recht als Friedens- und Freiheitsordnung hat die Aufgabe, soziale Sicherheit zu gewährleisten und gesellschaftliche Konflikte zu entscheiden.⁸⁰⁵

Feste Wertgrenzen erfüllen diese Aufgabe. Anhand der festen Wertgrenzen können die Parteien erkennen, wann eine Kündigung wegen Verzuges möglich ist oder nicht. Dies ist ein eindeutiger Vorteil gegenüber dem Fehlen einer Regelung, die eine unklare Rechtslage bringt und nicht konkret abwägbare Risiken birgt, weil keine Planbarkeit gegeben ist. Je klarer eine Norm ist, umso weniger Streit gibt es um sie bzw. in einer gerichtlichen Auseinandersetzung um deren Voraussetzungen.

Dies ist deswegen wichtig, weil die aufzulösenden Rechtsbeziehungen, ob nun ein Dauerschuldverhältnis oder die Mitgliedschaft in der WEG,

⁸⁰² Dies gilt jedenfalls für die Kündigung. Der Gläubiger kann natürlich die ausgebliebene Leistung einklagen.

⁸⁰³ Siehe auch die Definition bei Kant aus der Einleitung zur Metaphysik der Sitten: „Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetz zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.“ Kant, Metaphysik der Sitten Einleitung, AB 15.

⁸⁰⁴ BVerfG, NJW 1983, 735.

⁸⁰⁵ Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 112; Braun, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 393.

grundsätzlich von ihrer Rechtsnatur her auf Dauer und ein langes Bestehen angelegt sind und an sich nicht ohne triftigen Grund beendet werden sollen.⁸⁰⁶

Eine auf lange Dauer angelegte Rechtsbeziehung braucht aber auch gegenseitiges Vertrauen der Parteien. Wenn dieses Vertrauen durch eine Pflichtverletzung wie den Zahlungsverzug zerstört ist, muss es für die geschädigte und enttäuschte Partei die Möglichkeit geben, sich aus dieser Beziehung zu lösen.

Die Legalität und Legitimität sind auch deswegen gegeben, weil der Gesetzgeber die Grundlage der Durchsetzbarkeit der Kündigung oder der Vertragsauflösung geschaffen hat und der Schuldner dies akzeptieren kann und muss. Die Kündigung erhält hierdurch mehr Gewicht und Akzeptanz, weil nicht beide Parteien den Kündigungsgrund durch eine vertragliche Abrede, bei der die eine Partei von der anderen im Sinne der Paritätstheorie die Bedingungen aufgezwungen bekommen hat, geschaffen haben, sondern der Gesetzgeber durch eine gesetzliche Bestimmung. So gewinnt die Regelung fester Wertgrenzen durch den Gesetzgeber auch eine größere Akzeptanz bei den zum Vertragsschluss Entschlossenen, obwohl deren Gestaltungsmöglichkeit eigentlich beschränkt wird.

Die gesetzgeberische Antwort, um die Ungleichheit der Parteien auszugleichen, ist nach der Paritätstheorie die Regulierung des Privatrechts und damit letztlich die Einschränkung der Privatautonomie dort, wo es strukturelle Machtgefälle zwischen den Parteien gibt.

Sozialpolitische Aspekte bestimmen daher die Motive für eine Regulierung eines bestimmten Rechtsgebiets oder einer bestimmten Rechtsbeziehung oder Vertragsgestaltung. Aufgabe des Staates oder besser gesagt der Gesetzgebung soll es sein, durch Recht wirtschaftliches Ungleichgewicht unter Privatpersonen zu beseitigen. Das ist eine Erscheinungsform des Paternalismus im Recht.

Es geht also um die Frage, wie weit der Gesetzgeber durch Regulierung das Privatrecht bestimmen und die Privatautonomie einschränken kann und darf, da hiermit wie gezeigt auch ein Grundrechtseingriff in die Vertragsfreiheit einhergeht. Eine Rechtfertigung ist daher auch deshalb notwendig, weil die Vertragsfreiheit und damit die Zulassung von zivilrechtlichen Schuldverhältnissen eine Ordnungsentscheidung des Grundgesetzes für den intersubjektiven, d.h. zwischen Privatpersonen bestehenden, Rechtsverkehr ist, die der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Individuums dient und daher ein Instrument für dessen Entfaltung und Verwirklichung der Freiheitswerte des Grundgesetzes ist.⁸⁰⁷

⁸⁰⁶ Diese triftigen Gründe sind idealerweise auch wieder vom Gesetzgeber näher festgelegt.

⁸⁰⁷ Vgl. Schmidt-Salzer, NJW 1970, 9.

Die zweite Frage ist, welche Kriterien er dabei zu beachten hat und ob es für den Gesetzgeber Grenzen gibt.

Dazu muss zunächst geklärt werden, was überhaupt Regulierung ist, jedenfalls haben sich verschiedene Definitionen von Regulierung herausgearbeitet. Im Rahmen dieser Arbeit ist nicht der Ausgleich von Schadensersatzansprüchen z.B. nach einem Verkehrsunfall gemeint. Regulierung umfasst sämtliche unmittelbar oder mittelbar verhaltensbeeinflussenden Regeln, die auf einem willentlichen hoheitlichen Einfluss beruhen.⁸⁰⁸

Regulierung ist insbesondere ein Begriff aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht und wird immer dann verwendet, wenn der Staat die Wirtschaft in eine bestimmte Richtung leiten oder lenken will, insbesondere bei der Eröffnung neuer Märkte, auf denen gleichwertige Wettbewerbsverhältnisse für alle Marktteilnehmer hergestellt werden sollen.⁸⁰⁹ Eine Legaldefinition für Regulierung findet sich nicht, vielmehr wird der Begriff bereits vorausgesetzt.⁸¹⁰

Eine Begriffsbestimmung der Regulierung findet sich z.B. in § 2 Telekommunikationsgesetz (TKG). Demnach ist nach § 2 Abs. 1 TKG die Regulierung der Telekommunikation eine hoheitliche Aufgabe des Bundes. In § 2 Abs. 2 TKG sind dann in neun Ziffern die Ziele der Regulierung aufgeführt, so etwa in Ziff. 1 die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation und die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses. Dieser Versuch einer Konkretisierung wurde aber als „sprachlich missglückt“ und „aussagearm“ kritisiert.⁸¹¹ Die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 TKG sagt nämlich nur aus, dass die Regulierung Aufgabe des Bundes ist und welche Themen reguliert werden soll, nicht aber, was Regulierung bedeutet.

Aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht stammt die Definition, dass Regulierung verstanden wird als *„hoheitliches Handeln, mit dem die Verwaltung auf einen Wirtschaftssektor einwirkt, um sowohl Bedingungen für Wettbewerb zu schaffen und aufrechtzuerhalten als auch anstelle einer staatlichen Eigenvorname die Gemeinwohlsicherung im betreffenden Sektor zu garantieren.“*⁸¹²

Regulierung kann daneben definiert werden als teilweise oder vollständige Bewirtschaftung oder Verstaatlichung einer gemeinsam genutzten Ressource in dem Maße, in dem private Ausschließlichkeitsrechte wie z.B. das Urheberrecht als Mittel

⁸⁰⁸ Diese Definition stammt aus den Sozialwissenschaften, Baldwin/Cave/Lodge, Understanding Regulation, S. 3.

⁸⁰⁹ Siehe Döhler/Wegrich, Regulierung als Konzept und Instrument moderner Staatstätigkeit, S. 36, 37.

⁸¹⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 13, Rn. 5.

⁸¹¹ Horn, Die Regulierung im Ordnungswerk des Wirtschaftsverwaltungsrechts, S. 381; Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, S. 83.

⁸¹² Ehlers/Fehling/Plünder, Besonderes Verwaltungsrecht, § 21, Rn. 3.

wirksamer Zugangs- oder Nutzungskontrolle versagen.⁸¹³ Nach dieser Definition ist es Aufgabe von Regulierung, dort einzugreifen, wo Private sich gegen Rechtsverstöße nicht effektiv selbst wehren könnten. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn eine strukturelle Übermacht der einen Partei diese in die Lage versetzt, der anderen Partei ihre Vertragsbedingungen zum Leistungsaustausch gleichsam aufzuzwingen.

Paternalismus ist hiernach die Regulierung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit durch Einschränkung als hoheitliche Überlagerung der Eigentumsordnung.⁸¹⁴

Eine etwas weitere Definition versteht unter Regulierung jede mit öffentlichem Interesse begründete Regelbildung und Regeldurchsetzung gegenüber Unternehmen oder privaten Akteuren.⁸¹⁵ Andere sehen Regulierung als einen Oberbegriff für die allgemeine Ordnungstätigkeit des Staates.⁸¹⁶ Regulierung wird als ein Instrument moderner Staatstätigkeit verstanden, welches durch Eingriffe im öffentlichen Interesse Marktversagen korrigieren oder Risiken vermindern will.⁸¹⁷ Der Staat ist dann aktiver Gestalter des Wettbewerbes unter Betonung der Anforderungen des Gemeinwohls.⁸¹⁸

Diese Definitionen von Regulierung treffen auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht zu, das von einem Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger ausgeht. Sie passt daher nicht vollständig für die gesetzgeberische Tätigkeit im Zivilrecht, die von Gleichordnung bzw. formaler Gleichrangigkeit geprägt ist. Daher soll eine eigene Definition versucht werden. Für das Zivilrecht bedeutet Regulierung die Vorgabe von Vertragsbestandteilen, Gestaltungen und Möglichkeiten einer Vertragsgestaltung oder inhaltlicher Vertragsbegrenzung (idealerweise) unter der Beachtung der gegenseitigen Interessen, so dass das Gesetz nach Auffassung des Gesetzgebers den bestmöglichen Vertrag widerspiegelt, den die Parteien abschließen können, wenn sie nicht von den Vorgaben abweichen. Dabei kann in manchen Fällen der Gesetzgeber eine Abweichung durch Parteivereinbarung möglich machen und manchmal eben nicht, wenn z. B. die möglichen Abreden zu einem ungerechten Vertrag führen. Auf dieser Vorstellung, dass der Gesetzgeber Gleichordnung der Parteien herzustellen hat, basiert schließlich das AGB-Recht mit seinen Kontrollmöglichkeiten in §§ 307, 309, 309 BGB.

⁸¹³ Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 158.

⁸¹⁴ Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 159.

⁸¹⁵ Czada/Lütz, Einleitung – Probleme, Institutionen und Relevanz regulativer Politik, S. 15; Masing, Archiv des öffentlichen Rechts 128, 558, 561.

⁸¹⁶ Schubert, Regulative Politik, S. 853.

⁸¹⁷ Döhler/Wegrich, Regulierung als Konzept und Instrument moderner Staatstätigkeit, 31-52.

⁸¹⁸ Fehling, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland, S. 91, 97.

Das Zivilrecht ist hiernach auch ein Werkzeug zur Erreichung gesamtgesellschaftlicher Steuerungsziele.⁸¹⁹ Für die Gegenansicht soll das Zivilrecht weitgehend frei von gemeinwohlorientierten Steuerungszielen bleiben und sich allein an den Interessen der betroffenen Rechtssubjekte orientieren.⁸²⁰ Wobei hier zu sagen ist, dass die Orientierung des Gesetzgebers an den Interessen der betroffenen Rechtssubjekte in aller Konsequenz auch eine Gemeinwohlorientierung beinhaltet, da auch die Interessen der beteiligten Rechtssubjekte einen Aspekt des Gemeinwohls ausmachen können und auch als Einzelteil das Gemeinwohl mitbilden, was schließlich auch gleichsam die Essenz vieler Interessen ist und die gemeinsame Schnittmenge der Einzelinteressen ist. Die Lösung von Einzelfällen dient auch der Verwirklichung gesamtgesellschaftlich gewollter Ziele.⁸²¹ So ist auch die Herstellung von Rechtsfrieden durch Ausgleich von Interessen der Beteiligten ein erstrebenswertes Ziel zur Förderung von Gemeinwohl. Ein Zielkonflikt zwischen einer am gemeinwohlorientierten Gesetzgebung und der juristischen Orientierung an der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit besteht daher nur scheinbar.⁸²²

Die Regulierung von Privatrecht ist heute ein Aspekt der Tätigkeit des Gesetzgebers und auch sein Auftrag aus dem Grundgesetz zur Verwirklichung der Grundrechte. Dies ist auch dem modernen Wirtschaftsleben geschuldet. Dieses ist zunehmend von großen Unternehmen geprägt, die den Verbrauchern strukturell überlegen sein können. Daher bedarf es auch in einigen Fällen zur Lösung von Einzelfällen der Regulierung von Privatrecht, um die strukturellen Unterschiede auszugleichen.

Die Frage ist daher nicht, ob der Gesetzgeber zivilrechtliche Fragen regulieren darf, sondern vielmehr, wie die Regulierung zu werten ist, also in Bezug auf die vorliegende Untersuchung, ob die Einschränkung der Privatautonomie durch Vorgabe einer festen Wertgrenze gut oder schlecht ist. Man kann auch fragen, ob diese Regulierung überhaupt notwendig ist. Regulierung ist eine Form, den sog. Hunger der modernen Gesellschaft nach Rechtsnormen, also den Regelungsbedarf zu befriedigen.⁸²³ Jedoch ist die Tendenz in den aufgeführten Beispielen und auch den Grundrechtskatalogen der Landesverfassungen erkennbar, dass der Gesetzgeber von der Vorstellung geleitet ist, dass die Vertragsfreiheit gezügelt werden muss, da sie insbesondere dann zum Missbrauch neigt, wenn strukturell und wirtschaftlich stärkere Vertragspartner die Vertragsfreiheit zu ihrem Vorteil und Interessendurchsetzung nutzen.

⁸¹⁹ Tröger, Regulierung durch Privatrecht, S. 299.

⁸²⁰ Westermann, AcP 208, 141.

⁸²¹ Vgl. Tröger, Regulierung durch Privatrecht, S. 303.

⁸²² Vgl. Tröger, Regulierung durch Privatrecht, S. 303.

⁸²³ Vgl. Horn, Die Regulierung im Ordnungswerk des Wirtschaftsverwaltungsrechts, Rn. 1, 110. Die Regulierung führt dann wieder zu Unübersichtlichkeit und Unbeständigkeit, vgl. Horn, Die Regulierung im Ordnungswerk des Wirtschaftsverwaltungsrechts, Rn. 110.

Vor diesem Hintergrund fällt die Vorgabe von festen Wertgrenzen als Tatbestandsteil eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses unter den Begriff der Regulierung, weil die Vertragsgestaltung begrenzt wird.

Feste Wertgrenzen in verzugsbedingten Kündigungstatbeständen sind nach dieser Auffassung eine Einschränkung der privaten Gestaltungsmöglichkeiten von Vertrags- und Rechtsbeziehungen und damit eine Einschränkung der Privatautonomie, insbesondere dann, wenn die entsprechenden Vorschriften zum Schutze einer strukturell unterlegenen Partei wie dem Wohnraummietler unabdingbar sind. Weil aufgrund von Machtgefällen kein angemessener Interessenausgleich von den Parteien selbst gefunden werden kann, muss dann der Gesetzgeber als neutraler und objektiver Dritter eine Abwägung vornehmen, um beiden Interessen die besten Entfaltungsmöglichkeiten zu geben. Aufgrund der Zuweisung der Regelungskompetenz für das Zivilrecht aus dem Grundgesetz ergibt sich sogar ein Regelungsauftrag zur Begrenzung der Entschließungsfreiheit.⁸²⁴ Dieser Regelungsauftrag ist insbesondere dann im Hinblick auf das Sozialstaatsgebot gegeben, wenn formale Vertragsfreiheit zu Abhängigkeiten führt und der Vertrag zum Herrschaftsinstrument des Stärkeren über den Schwächeren wird.⁸²⁵ Der Gesetzgeber muss dann zur Gewährleistung von objektiver Gerechtigkeit Normen erlassen, welche die formale Vertragsfreiheit begrenzen und die Verfremdung des Vertrags zum Herrschaftsinstrument verhindern.⁸²⁶ In diesem Fall hat er auch kein Entschließungsermessen mehr, ob er überhaupt tätig werden muss.⁸²⁷ Zur Erhaltung der Ordnungsfunktion des Zivilrechts ist daher unter Beachtung der Wertungen aus den Grundrechten und dem Grundgesetz der Regelungsauftrag des Gesetzgebers, den Gegensatz zwischen Freiheitsgarantie und sozialstaatlicher Bindung des Individuums aufzulösen und das positive Vertragsrecht anzupassen.⁸²⁸ Ein Mittel zur Auflösung des Gegensatzes ist die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Form des Erlasses ausgewogener und interessenausgleichender Normen, z.B. durch Vorgabe fester Wertgrenzen in Kündigungstatbeständen wegen Verzugs.

Damit müssen in diesen Fällen der gesetzlichen Vorgabe feste Wertgrenzen verhältnismäßig sein und deswegen auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden, da sie im Ergebnis für eine der Parteien freiheitsbeschränkend sind. Im Endergebnis muss hier die Einschränkung der Privatautonomie und die Rechts- und Normklarheit, d.h. nichts anderes als Rechtssicherheit, miteinander abgewogen und die übergeordneten Rechtsgüter ins Verhältnis gesetzt werden.

⁸²⁴ Schmidt-Salzer, NJW 1970, S. 11; Dürig, Festschrift Nawiasky, S. 157; Simitis, JZ 1969, 277; BVerfG, JZ 1969, 294.

⁸²⁵ Vgl. Schmidt-Salzer, NJW 1970, 11.

⁸²⁶ So Schmidt-Salzer, NJW 1970, 11.

⁸²⁷ Schmidt-Salzer, NJW 1970, 11.

⁸²⁸ So Schmidt-Salzer, NJW 1970, 12.

Privatautonomie und Rechtssicherheit sind grundsätzlich als Aspekte des Rechtsstaats von ihrem Bedeutungsgehalt gleichwertig. Im Falle von festen Wertgrenzen ist hier der Rechtssicherheit aber der Vorzug zu geben, weil feste Wertgrenzen gerade wegen der Klarheit über die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung dem Schutz der Parteien dient. Es wird nämlich das Können und Dürfen klargestellt, was insoweit bedeutsam ist, weil die Kündigung ein privater Eingriff in die Rechtssphäre des anderen ist.

Weil feste Wertgrenzen die Privatautonomie einschränken, fallen sie im Sinne der Ausführungen Hanau grundsätzlich unter die Kategorie des paternalistischen Schutzes. Dies gilt insbesondere auch für die Beschränkung der vertraglichen Ermächtigung im Mietrecht.⁸²⁹ Mit vertraglicher Ermächtigung ist gemeint, dass eine Vertragspartei der anderen gestattet, durch die Ausübung von Gestaltungsrechten auf die Rechtssphäre des anderen einzuwirken.⁸³⁰

Paternalistischer Schutz lenkt wie bereits ausgeführt als gleichsam unsichtbare Hand des Staates die Vertragsgestaltung, was positiv gesehen den Bürger schützen will, negativ betrachtet, diesen bevormundet. Paternalistischer Schutz bedeutet grundsätzlich, dass der Betroffene vor sich selbst um seines angeblichen Wohles wegen mit den rechtlichen Mitteln des Gebotes, Verbotes und der Zwangsandrohung geschützt wird.⁸³¹

Jedoch geht hier die generelle Kritik am paternalistischen Schutz und der Paritätstheorie im Falle von gesetzlich vorgegebenen festen Wertgrenzen am Ziel vorbei, da feste Wertgrenzen nicht den vermeintlich wirtschaftlich schwächeren Teil (z.B. Mieter, Kreditnehmer, Verbraucher) über Gebühr schützen und damit die Privatautonomie in unzulässiger, weil verfassungswidriger, Weise beschränken, sondern wegen der Ausrichtung auf die Schaffung von Rechtssicherheit letztlich den Interessen beider Parteien dienen.

Insoweit sind feste Wertgrenzen zwar auf den ersten Blick ein Ausfluss des paternalistischen Schutzes, aber dienen bei genauerer Betrachtung auch der Verwirklichung von Vertragsfreiheit. Denn wenn der Gesetzgeber die Parameter des rechtlichen Dürfens und Möglichkeiten der Vertragsgestaltung gerade im Hinblick auf die Umstände der Begründung und Beendigung des Vertrages absteckt und den Parteien einen Rahmen für ihr rechtliches Können und Dürfen vorgibt, können die Vertragsbeteiligten ihr Verhalten und Verhandeln entsprechend ausrichten. Der Gesetzgeber schafft somit erst die Voraussetzung für stabile Vertragsbeziehungen. Feste Wertgrenzen fördern somit auch die Autonomie des Einzelnen.⁸³²

⁸²⁹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 126.

⁸³⁰ Vgl. Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 19.

⁸³¹ Gutmann, Paternalismus und Konsequentialismus, S. 5.

⁸³² Vgl. hierzu auch den sog. weichen Paternalismus unter II 1 b.

Wenn man die Bestimmung der Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung den Parteien überlässt, ist der Willkür beider Parteien gleichsam „Tür und Tor“ geöffnet, da keine allgemein verbindliche, durch einen Gesetzgeber geschaffene Rechtssicherheit mehr garantiert werden könnte. Die Vermutung der Willkür bei der Festlegung einer möglichen Benachteiligung, wenn man den Parteien die Festlegung überlässt, gilt in beide Richtungen: Der wirtschaftlich stärkere Vertragsteil hat ein Interesse an einem kurzen Rückstandszeitraum, der wirtschaftlich schwächere Teil ist natürlich an einem relativ langen Rückstandszeitraum interessiert. Die bloße Existenz einer Generalklausel zur Kündigung reicht zum Schutz vor Willkür nicht aus. Die Definition von festen Wertgrenzen durch den Gesetzgeber schafft insoweit mehr Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit.

Insoweit fallen feste Wertgrenzen im Mietrecht nicht unter die von Adomeit kritisierte Überbetonung des Mieterschutzes im deutschen Recht.⁸³³ Aus den aufgezeigten Gründen ist es notwendig, dass der Gesetzgeber zwingende Vorschriften zu den Kündigungsgründen vorgibt, worunter auch die Bestimmung fester Wertgrenzen fällt.

Eine reine in einem späteren Prozess vorzunehmende richterliche Prüfung, ob eine Regelung über die verzugsbedingte Kündigung gegen das Willkürverbot oder gegen Treu und Glauben verstößt, reicht nicht aus, da der Unterlegene schon bei Vertragsanbahnung geschützt werden soll.⁸³⁴ Das Risiko zu tragen mit einer Vertröstung auf eine richterliche Kontrolle im späteren Prozess hilft keiner Partei und bürdet den Parteien ein unnötiges Prozessrisiko auf, das schon im Vorfeld begrenzt werden kann. Zudem ist es eine unnötige Beschäftigung der Justiz und ihrer knappen Ressourcen.

Begründung für die Vorgabe fester Wertgrenzen als paternalistischer Eingriff ist das Gebot der Rechts- und Normklarheit. Die Begrenzung des Eingriffs erfolgt durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, indem die Interessen der Parteien miteinander abgewogen werden, und so festgestellt wird, ab wann ein Verzug nicht mehr erträglich ist.

Im Mietrecht ist es wie ausgeführt entsprechend der Vorgaben des Grundgesetzes Aufgabe des Gesetzgebers, Rechte, Pflichten und Befugnisse von Mieter und Vermieter zuzuordnen und abzugrenzen, also zu regulieren. Er muss die schutzwürdigen Interessen beider Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.⁸³⁵

Mit Befugnissen meinte das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28.03.2000 (Az. 1 BVR 1460/99), in dem es sich mit dem Besitzrecht des Mieters und die Berechtigung zum Umbau der Mietsache befasste,

⁸³³ Siehe oben unter V 2 b, Adomeit, NJW 1981, 2169.

⁸³⁴ Für eine Kontrolle der Richtigkeitsgewähr nach dem Gebot von Treu und Glauben, Coester-Waltjen, AcP 190, S.27 ff.

⁸³⁵ BVerfG, NJW 2000, 2658.

Befugnisse im Hinblick auf die Benutzung der Mietsache. Die Rechtsprechung muss aber hier auch im weiteren Kontext vor dem Hintergrund so verstanden werden, dass damit auch die Befugnisse im Hinblick auf vertragliche Gestaltungsrechte verstanden werden. Denn die Festlegung von zwingenden, d.h. nicht dispositiven, Kündigungsvorschriften ist gleichzeitig Ausdruck des gesetzgeberischen Auftrags, das Eigentum im weiten Sinne des Art. 14 GG zu schützen. Schützen kann er das Grundrecht des Mieters nur, wenn der Gesetzgeber Kündigungstatbestände vorgibt, von denen nicht durch Parteivereinbarungen abgewichen werden kann. Insoweit dienen feste Wertgrenzen auch der Verwirklichung des Verfassungsauftrags zum Schutz des Eigentums.

In der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die Parteien liegt mehr als eine bloße Abwägung der Zweck-Mittel-Relation verknüpft mit der Frage, welches Interesse vorgeht oder welche Strukturüberlegenheit und Verhandlungsmacht begrenzt werden muss. Sie ist eine übergeordnete Aufgabe des Gesetzgebers, die wie aufgezeigt aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt. Die Vorgabe von Regeln muss aber wiederum Regeln folgen, also greift wieder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch bei der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ein. Insoweit trifft es die Definition der Rechtssicherheit von Franz Scholz gut, der die eher an formalen Punkten orientierten Definitionen der Rechtssicherheit und ihrer Teilaspekte um die inhaltliche Komponente der Verwirklichung von Gerechtigkeit ergänzt:

Demnach ist Rechtssicherheit ein Rechtszustand, der *„die Lebensgüter möglichst vollständig und wirkungsvoll schützt und diesen Schutz unparteiisch und gerecht verwirklicht, daher auch mit den entsprechenden Rechtsschutzeinrichtungen versehen ist und das Vertrauen der Rechtssuchenden in gerechte Handhabung des Rechtes genießt ...“*⁸³⁶

Die Annäherung an die Gerechtigkeit ist nach Horn ein unendlicher Erkenntnisprozess.⁸³⁷ Die wesentlichen Grundsätze des gesetzlichen Mietrechts sind am Gerechtigkeitsgedanken ausgerichtet.⁸³⁸ Wie diese Gedanken konkret im Mietrecht materialisiert werden sollen, gibt das Bundesverfassungsgericht nicht vor.

Feste Wertgrenzen können zur Annäherung an die Gerechtigkeit einen Beitrag leisten, da sie die Interessen der Parteien ausgleichen. Mieterschutz ist ein Gerechtigkeitsgebot, aber auch der Schutz des Eigentums und ebenso die Schaffung und Gewährleistung von Privatautonomie. Feste Wertgrenzen sind insoweit eine Materialisierung des Gerechtigkeitsgedankens, nicht nur im Mietrecht, sondern auch im Kreditrecht.

⁸³⁶ Scholz, Die Rechtssicherheit, S. 3.

⁸³⁷ Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 417.

⁸³⁸ BGH, NJW 2001, 3482.

Mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, verkörpert in Form der festen Wertgrenzen, lassen sich Gegensätze im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und zwingendem Recht ausgleichen. Der Gesetzgeber ist nämlich häufig in der Situation, dass er verschiedene Gerechtigkeitsgebote verwirklichen soll, die aber teilweise im Widerspruch zueinander stehen.⁸³⁹

Denn nur wenn ein Ausgleich gelingt, wird auch die Norm bei den beteiligten Parteien akzeptiert und als gerecht angesehen. Soziale Konflikte werden hierdurch begrenzt und Rechtsfrieden hergestellt. Das ist letztlich Ziel der Rechtsordnung und steht im Einklang mit den Vorstellungen des Grundgesetzes.

Was das von Stammler angesprochene „soziale Ideal“ heute sein soll, ist schwer zu bestimmen, da jeder unterschiedliche Vorstellungen vom idealen Zusammenleben hat.

Jedenfalls ist ein wünschenswertes soziales Ideal eine Gesellschaft mit Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Dieses Ideal kann auch der Ausgleich der Interessen der Beteiligten sein, aber auch die Stärkung des strukturell Schwächeren gegenüber dem Stärkeren, was wiederum ein Ausgleich im Sinne einer Kompensation einer schwachen Verhandlungsposition ist. Beides aber erfüllen wie gezeigt feste Wertgrenzen.

Feste Wertgrenzen sind insoweit auch im Sinne Kants „Probierstein der Gerechtigkeit des Gesetzgebers“.⁸⁴⁰ Probierstein ist eigentlich ein kleiner Reibstein, der zur Feststellung der Zusammensetzung und des Reinheitsgrades von Edelmetallen benutzt wird, meint im übertragenen Sinne aber auch eine empirische Untersuchung, der zufolge eine Annahme bestätigt oder verworfen werden kann.⁸⁴¹

Mit Probierstein der Gerechtigkeit des Gesetzgebers meint Kant, dass es schon aus historischen Gründen nicht möglich ist, dass alle Menschen sich durch einen Gesellschaftsvertrag auf eine rechtliche Verfassung verständigten, der sie sich unterwerfen. Der Gesetzgeber ist aber aufgerufen, so zu handeln, als ob sie sich in dieser Form vertraglich unterworfen hätten. Ist ein Gesetz so beschaffen, dass ein ganzes Volk ihm unmöglich zugestimmt haben könnte, ist es nach Kant nicht gerecht. So liegt es hier aber nicht, da feste Wertgrenzen das Ergebnis einer Interessenabwägung sind.

Insoweit passt auch wieder Kants Definition von Recht aus der Metaphysik der Sitten zur ausgleichenden Funktion in Bezug auf feste Wertgrenzen. Kant definiert Recht als Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andren nach einem

⁸³⁹ Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 427.

⁸⁴⁰ Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1792, Werke Band XI, A 250.

⁸⁴¹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Probierstein> [Abruf 13.04.2022].

allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann.⁸⁴² Das bedeutet nichts anderes, als dass Recht die Interessen und den Willen der Beteiligten miteinander ausgleichen soll, damit beide sich größtmöglich entfalten können. Also wieder steht die Ausgleichsfunktion des Rechts im Mittelpunkt, so wie es auch das Grundgesetz zur Verwirklichung der Grundrechte vorsieht.

Recht wird bei einigen Autoren nicht als neutrales Vermittlungsmedium gesehen, „*sondern [ist, Anmerkung des Verfassers] immer auch eine „Technologie der Macht“, welche die gesellschaftlichen Institutionen und Subjekte erst produziert, die sie nur zu regulieren vorgibt.*“⁸⁴³

In diesem, von Foucaults Begriff der Technologie der Macht inspirierten, Sinne, sind feste Wertgrenzen technologische, rechtliche Werkzeuge, um Macht zu begrenzen.⁸⁴⁴ Insofern findet sich hier wieder der Anschluss an die Paritätstheorie. Aber auch um den Einsatz von Werkzeugen nicht uferlos und missbräuchlich zu gewähren, muss diesem Einsatz wiederum Grenzen gesetzt werden. Diese Grenzen setzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der sich wie gezeigt aus dem Grundgesetz und dem Rechtsstaatsprinzip ergibt.

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die festen Wertgrenzen in den untersuchten Gesetzen selbst verhältnismäßig zustande gekommen sind und daher per se ein Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind.

Die Begründung und Vorgabe fester Wertgrenzen bei verzugsbedingten Kündigungen sind ein paternalistischer Eingriff in die Privatautonomie der Parteien, der aber aus Gründen der Rechts- und Normklarheit geboten ist.

Die Begrenzung des Eingriffs erfolgt wiederum durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, indem nach diesem Grundsatz die Interessen der Parteien miteinander abgewogen werden und eine Grenze definiert wird, ab wann ein Verzug nicht mehr erträglich ist, so dass eine Kündigung gerechtfertigt ist.

Schrankenlose Vertragsfreiheit führt bei Ungleichgewicht zu Willkür und ist auch nicht die individuelle Freiheit, die das BGB oder das Grundgesetz vor Augen hat.

Schrankenloser Paternalismus führt hingegen zu Bevormundung, die mit der Freiheit und Privatautonomie nichts zu tun hat und Vertragsfreiheit nur scheinbar als Hülle existieren lässt. Ein Mittelweg zum Ausgleich gegenläufiger Positionen, wie es das Ziel des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes selbst sein soll, ist hier angezeigt, nämlich Freiheit mit Verantwortung für die übrigen Rechtsteilnehmer. Dies geschieht dadurch, dass ein verfassungsrechtlich konformer

⁸⁴² Kant, Metaphysik der Sitten, Werke, Band VIII, S. 337.

⁸⁴³ Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Einleitung Neue Theorien des Rechts, XIV.

⁸⁴⁴ Zu Foucaults Machtbegriff vgl. Biebricher, Macht und Recht: Foucault, S. 207 ff.

Rahmen und Grenzen gegeben werden, innerhalb denen sich die Parteien auf gleicher Ebene treffen können. Den Rahmen zu schaffen, heißt aber nicht, dass der Staat die Verantwortung abnehmen soll. Verantwortung meint nicht, dass den Grundrechten direkt oder indirekt Drittwirkung gegenüber Privaten zukommt. Hier ist weiterhin der Staat und sein Handeln Adressat der Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG.

Verantwortung heißt Rücksichtnahme auf die Interessen und Belange des Anderen schon bei der Vertragsanbahnung, also dass nicht die eigenen Interessen rücksichtslos durchgesetzt werden und Macht gleichsam unfair ausgespielt wird. Dies sollte ein eigener ethischer Antrieb der Parteien sein, ohne dass der Staat diesen ethischen Ansatz von außen den Parteien durch Rechtssetzung vorgeben muss. Dies kann gerade das Gegenteil bewirken und eine Zurückweisung bewirken, weil die Vorgabe als Bevormundung verstanden wird.

Vertragsfreiheit ist ein Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 GG. Die Schranken finden sich daher auch in den Grenzen, welche das Grundgesetz vorgibt. Eine Grenze, die das Grundgesetz vorgibt, ist die Rechtsetzung durch den Gesetzgeber. Die abstrakte Privatautonomie ist daher in der Privatrechtsordnung verwirklicht.⁸⁴⁵ Sie gibt die Optionen, Möglichkeiten und Grenzen der Privatautonomie vor.

Hieraus erwächst auch die staatliche Geltungsanordnung für die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge. Ohne diese Anerkennung wäre auch die Freiheit, Verträge abzuschließen, sinnlos, da sie sich nicht durchgesetzt werden können.

Die Hilfe bei der Durchsetzung individueller Ansprüche ist aber einer der Zwecke des Rechtsstaats und wie bereits ausgeführt, seine Aufgabe zur Wahrung des sozialen Rechtsfriedens. Denn der Rechtsstaat schafft mit einer Privatrechtsanordnung die Rahmenbedingungen für das Zusammenleben freier Personen, die ihre Persönlichkeit entfalten können.

Isensee hat dies sehr gut wie folgt in einem Plädoyer für den Rechtsstaat umschrieben:

„Als Koordinator der bürgerlichen Freiheit sorgt der Rechtsstaat dafür, dass Privatautonomie nicht zur Heteronomie des Privaten entartet, dass der eine sich dem Vertragsdiktat des anderen nicht beugen und Übergriffe auf seine Rechtsgüter nicht hinnehmen muss. Er schützt das Vertrauen in den Rechtsverkehr. In hoheitlicher Distanz zu den privaten Belangen garantiert er die allgemeinen rechtlichen Spielregeln der Privatautonomie und bietet im Streitfall gerichtlichen Rechtsschutz.“⁸⁴⁶

Genau hier setzen feste Wertgrenzen an. Sie sind Spielregeln, die dazu dienen, dass eine Partei ihre Privatautonomie ausüben kann. Durch die Bestimmung, wann der Verzug zu einem Kündigungsgrund wird, ist

⁸⁴⁵ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 21.

⁸⁴⁶ Isensee, Vertragsfreiheit und Verfassung, S. 21.

dem Kündigenden die Freiheit gegeben, sich vom Vertrag zu lösen, der nicht mehr gewollt ist. Mit der Regulierung von festen Wertgrenzen wird diese Vertragsbeendigung auch rechtlich anerkannt. Denn der Rechtsstaat erkennt nicht nur die Geltung der Verträge an, sondern muss dann spiegelbildlich auch die Beendigung anerkennen.

VI. Wertung und Ausblick

1. Erfolgsmodell für gegenwärtige Rechtsordnung

Man kann durchaus davon sprechen, dass die Vorgabe von festen Wertgrenzen bei verzugsbedingten Kündigungen durch den Gesetzgeber ein Erfolgsmodell ist.

Erfolgsmodell meint eine besondere Eignung zur Lösung eines bestimmten Sachverhalts, hier der Kündigung eines Vertrages wegen Verzugs der Leistung. Das lässt sich aus mehreren Gründen sagen.

Feste Wertgrenzen finden sich in den Kündigungstatbeständen in unterschiedlichen Rechtsgebieten wieder, jedenfalls dort, wo Dauerschuldverhältnisse mit einer dauerhaften Rechtsbindung mit einem anhaltenden Leistungsaustausch der Parteien die Rechts- und Geschäftsbeziehung prägen. Denn hier ist der Verzug eine typische, fast schon als Gegenbild zum eigentlichen Leistungsprogramm, in der Rechtsbeziehung angelegte Pflichtverletzung.

Bei den betreffenden Kündigungsvorschriften, insbesondere im Mietrecht, kam es seit der Einführung zu keinen wesentlichen Änderungen im Hinblick auf Höhe und Zeitraum der festen Wertgrenzen. Dies ist ein eindeutiger Beleg dafür, dass sich die Konzeption verzugsbedingter Kündigung mit einer vom Gesetzgeber festgelegten festen Wertgrenze bewährt hat. Ein Grund liegt darin, dass bei der Festlegung der festen Wertgrenzen, jedenfalls im Mietrecht, auf historische Vorbilder wie dem PrALR zurückgegriffen wurde und auch Normen aus anderen seinerzeit geltenden Rechtsordnungen wie Frankreich und Österreich, aber auch deutscher Kleinstaaten verglichen wurden.

Feste Wertgrenzen waren dementsprechend auch nicht Gegenstand in der rechtspolitischen oder rechtswissenschaftlichen Diskussion und nach Betrags- und Zeitfaktor nicht umstritten. Hier gibt es lediglich Diskussion um die richtige Auslegung und Bestimmung wie etwa bei der Frage, ob ein Ansammlungs- oder Rückstandszeitraum vom Gesetz bestimmt ist.

Der Gesetzgeber könnte hier für das Mietrecht klarstellend die Ergebnisse der Diskussion aus Rechtsprechung und Literatur aufgreifen und eine Regelung schaffen, dass eine Kündigung dann gerechtfertigt ist, wenn ein Rückstand von einem Monat plus einem Cent vorliegt, und wenn die Umlage einer Vorauszahlung auf die Nebenkosten vereinbar ist, auch ein Rückstand mit der Vorauszahlung vom Begriff der Miete im im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr 3 BGB umfasst ist.

Es könnte aber auch der bereits für Verträge vorgeschlagene Formulierungsvorschlag⁸⁴⁷ zur Abmilderung der Diskussion um Ansammlungs- oder Rückstandszeitraum sowie zur Klarstellung in § 543 Abs. 2 BGB aufgenommen und wie folgt um Sätze als S. 2 und 3 nach Nr. 3b ergänzt werden:

Ein nicht unerheblicher Teil der Miete besteht dann, wenn der Rückstand die Miete für einen Monat übersteigt.

Soweit die Parteien die Umlage der Betriebskosten gem. § 556 BGB vereinbart haben und hierauf monatliche Vorauszahlungen geleistet werden, zählen die Vorauszahlungen zur monatlichen Miete [alternativ: werden zur Miete hinzugerechnet.]

Die jetzigen Sätze 2 und 3 würden dann zu den Sätzen 4 und 5.

Diese Ergänzung bringt sowohl für Mieter als auch Vermieter Rechtsklarheit dahingehend, dass für beide Parteien erkennbar ist, wann ein nicht unerheblicher Rückstand besteht, indem letztlich die Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB verallgemeinert wird. Auch ist dann deutlich, dass zum kündigungsrelevanten Rückstand nicht nur die Miete, sondern auch die Vorauszahlungen auf die Betriebs- und Nebenkosten zählen. Damit wäre die Rechtsprechung des BGH auch insoweit kodifiziert und klarstellend in das Gesetz aufgenommen.

Die feste Wertgrenze aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB war nach der Gesetzesbegründung Vorbild für die Regelung der festen Wertgrenze in § 569 Abs. 2a BGB. Hier zeigt sich, dass die Vorgabe fester Wertgrenzen ein Erfolgsmodell ist, denn ansonsten hätte der Gesetzgeber die Vorschrift anders ausgestalten können, etwa mit der Möglichkeit einer vertraglichen Abrede der Parteien.

Feste Wertgrenzen müssen als Einschränkung von Grundrechten, namentlich der allgemeinen Handlungsfreiheit in Form der Vertragsfreiheit, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen werden. Sie sind ein Ausgleich, oder besser Kompromiss, zwischen der Einschränkung der Privatautonomie durch paternalistischen Schutz und der Vertragsfreiheit. Damit erfüllen sie die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und sind hierdurch selbst, gleichsam in Doppelnatur, dessen konkreter Ausdruck in Gesetzesform.

Diese Klarstellungsfunktion trägt dazu bei, dass feste Wertgrenzen ein Erfolgsmodell für die gegenwärtige Rechtslage sind. Die Vertragspartner können ersehen, bei welchem Rückstand der Bestand des Vertrages gefährdet ist. Das macht die Rechtsbeziehung vorherseh- und planbar und damit auch wirtschaftlich interessant.

Auch wenn Inhalt und Ausgestaltung der Wertgrenzen mit unterschiedlichen Summen durchaus differenziert ausfallen können und

⁸⁴⁷ Oben unter V 5 d.

angesichts der unterschiedlich zu regelnden Materien auch teilweise müssen, ist das Strukturprinzip, nämlich dem Gläubiger bei Überschreitung einer bestimmten wertmäßig bestimmten und bestimmbar Grenze ein Kündigungsrecht zu gewähren, für den Gesetzgeber attraktiv. Die Verwendung und Vorgabe von festen Wertgrenzen entspricht somit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Damit sind die entsprechenden Kündigungstatbestände wegen Verzugs, die feste Wertgrenzen enthalten, verfassungskonform und würden einer Normkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht standhalten.

Die Frage bleibt aber, ob der Gesetzgeber für alle möglichen Konstellationen der Kündigung wegen Verzugs mit der Leistung feste Wertgrenzen vorgeben sollte oder sogar vorgeben muss. Die Regulierung mit der Vorgabe von festen Wertgrenzen ist jedenfalls dort sinnvoll und auch angezeigt, wo sich strukturell ungleiche Vertragspartner gegenüberstehen, also insbesondere in teilweise elektronisch im Internet automatisiert ablaufenden, Massengeschäften mit Verbrauchern, die auch online und digital abgeschlossen werden können.

Die Regulierung von festen Wertgrenzen ist eine abstrakt-generelle Regelung, die aber geeignet ist, durch die bereits erfolgte Interessenabwägung im Normschöpfungsprozess Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.

2. Feste Wertgrenzen in Zeiten der Corona-Pandemie ab 2020

Während der Corona- oder Covid-19-Pandemie zu Beginn des Jahres 2020 kamen feste Wertgrenzen noch einmal in den Fokus der Gesetzgebung.⁸⁴⁸

Zur Eindämmung und Verhinderung der Verbreitung des Corona-Virus und Covid-19 beschlossen die Bundesländer nach Besprechung der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidenten der Länder im März 2020 weitreichende Kontaktverbote und verfügten die Schließung von Geschäftslokalen, die nicht systemrelevant waren.⁸⁴⁹ So konnte bei den Betroffenen mit großen Umsatzeinbußen gerechnet werden. Viele Betriebe und Unternehmen schickten ihre Mitarbeiter in Kurzarbeit. Von einer großen Mehrheit in Politik und Gesellschaft wurde daher befürchtet, dass Mieter, sowohl Wohnraummieter als auch gewerbliche Mieter, die Miete nicht mehr vollständig zahlen könnten. Denn trotz der Coronakrise blieb die Zahlungsverpflichtung bestehen, da die

⁸⁴⁸ SARS-CoV-2 (severe acute respiratory syndrome coronavirus type 2) bezeichnet den Virus aus der Familie der Corona-Viren, Covid-19 (*coronavirus disease 2019*) bezeichnet die davon ausgelöste die Infektionskrankheit der Atemwege; https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=A5610E39EE46FFB6A940CDD04F424C6F.internet121 [Abruf 13.04.2022].

⁸⁴⁹ Siehe die hessische Vierte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 17. März 2020, <https://www.kreis-offenbach.de/output/download.php?fid=2896.3970.1.PDF> [Abruf 13.04.2022].

Coronakrise keinen Mangel darstellte, der zu einer Mietminderung berechtigte. Anders etwa als in §§ 1104, 1105 des österreichischen ABGB ist eine Seuche nach den Regelungen im BGB kein Grund, dass die Mietzahlung komplett entfällt. Diskutiert wurde hingegen, ob eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, was aber teilweise verneint wurde.⁸⁵⁰ Einige Kommunen erließen ihren eigenen Mietern, die von behördlich verordneten Schließungen betroffen waren, die Mietzahlungspflicht.⁸⁵¹ Dies blieb aber die Ausnahme.

Die Lösung des Gesetzgebers war die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten, eingeführt im Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020.⁸⁵² Dieses sah eine Änderung des § 240 des Einführungsgesetzes des BGB vor. Mieter sollten vor einer Kündigung wegen Zahlungsverzuges geschützt werden, wenn sie in den Monaten April bis Juni 2020 die Miete nicht zahlen können.⁸⁵³ Ein Zahlungsaufschub wurde bis Juli 2022 gewährt. Bis dahin mussten die Rückstände aber ausgeglichen sein.

Unklar ist, ob diese Regelung nur für die außerordentliche Kündigung gelten soll oder auch für die ordentliche Kündigung. Denn der Wortlaut der Regelung bleibt hier unklar. Da der Gesetzgeber aber im Sinn hatte, den Mieter umfassend vor den Auswirkungen der Corona-Pandemie zu schützen, und dass gerade auch das Ziel des Gesetzes war, kann man ergänzend auslegen, dass auch die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges der Mieten für April bis Juni 2020 von der Schutzvorschrift erfasst sein soll.

Das Gesetz wurde mit großer Mehrheit im Bundestag beschlossen, es gab lediglich zwei Enthaltungen.⁸⁵⁴

⁸⁵⁰ <https://riECK-partner.de/mietrecht/gewerbemietrecht-corona-muss-ich-weiter-mietezahlen.html> [Abruf 13.04.2022]; <https://rechtinfo.de/gesellschaftsrecht/coronavirus-stoerung/#Welche-Rolle-spielen-in-den-Corona-Faellen-behoerdliche-Anordnungen> [Abruf 13.04.2022].

⁸⁵¹ Z.B. die Stadt Taunusstein, <https://www.taunusstein.de/portal/pressemitteilungen/wirtschaft-und-corona-massnahmen-der-stadt-taunusstein-900001160-29880.html?rubrik=900000006> [Abruf 13.04.2022].

⁸⁵² BGBl. I 2020, S. 569.

⁸⁵³ § 2 Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen

(1) Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.

(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.

⁸⁵⁴ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw13-de-corona-recht-688962> [Abruf 13.04.2022].

Das Gesetz stellt insoweit einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, als die Vertragsmodalitäten direkt durch ein Gesetz betroffen sind, und ist somit ein paternalistischer Eingriff durch eine heteronome Regelung.

Dieser Eingriff erscheint aber gerechtfertigt. Denn Grund für die Regelung war eine Ausnahmesituation mit Herausforderungen, die so seit dem Ende des zweiten Weltkriegs nicht mehr gegeben waren.⁸⁵⁵ Die Schließungen der Schulen, Kindergärten und der Betriebe sowie Ladengeschäfte verbunden mit dem Zuhausebleiben der Mitarbeiter in Kurzarbeit (verbunden mit den Einkommensausfällen) oder Home Office und dem hieraus folgenden Stillstand des öffentlichen Lebens (sog. *shut down* oder *lockdown*) sollte die gesundheitliche Gefährdung der Allgemeinbevölkerung eindämmen. Das Gesetz will aber auch die wirtschaftlichen Folgen und negativen Einwirkungen weitgehend abwehren und verhindern, dass Mieter aus Gründen, die sie letztlich nicht zu vertreten haben und in die ungewollt hineingeraten sind, quasi auf der Straße sitzen.⁸⁵⁶ Die Interessen der Vermieter sind insoweit gewahrt, als dass nur eine Stundung gesetzlich vorgeschrieben ist, also die Vermieter weiterhin ein Recht auf die Leistung haben sowie kein kompletter, ersatzloser Entfall der Mietzahlungspflicht angeordnet wurde. Zudem muss der Mieter darlegen und beweisen, dass der Zahlungsverzug auf den Folgen der Corona-Pandemie beruht.

Auch hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie in Art. 240 EGBGB § 3 festgelegt, dass die Verpflichtung zur Rückzahlung von Verbraucherdarlehen im selben Zeitraum April 2020 bis Juni 2020 gestundet wurden, wenn die Rückzahlung aufgrund der Corona-Pandemie nicht erfolgen kann.⁸⁵⁷ Abs. 3 sah vor, dass Kündigungen des Darlehensgebers wegen Zahlungsverzugs, wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Verbrauchers oder der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit bis zum Ablauf der Stundung ausgeschlossen sind. Von der Regelung durfte nicht vertraglich abgewichen werden.

Insgesamt gesehen, wurden die Interessen der Mieter und Vermieter sowie der Verbraucher und Unternehmer miteinander abgewogen und verhältnismäßige Entscheidungen getroffen. Aber auch bei der Lösung wurden nicht die festen Wertgrenzen in ihrem Wesen und Ausgestaltung an sich verändert, indem man etwa die Wertgrenze verschoben hat, sondern lediglich Stundungen der Zahlungspflicht gesetzlich angeordnet.

⁸⁵⁵ So die Worte in der Fernsehansprache der Bundeskanzlerin Angela Merkel vom 18.03.2020, <https://www.daserste.de/information/nachrichten-wetter/ard-extra/videos/angela-merkel-corona-fernsehansprache-100.html> [Abruf 13.04.2022].

⁸⁵⁶ Wobei man auch im Rahmen der Prüfung des Verschuldens beim Zahlungsverzug ein Verschulden mit Hinweis auf die Corona-Pandemie verneinen könnte.

⁸⁵⁷

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [Abruf 13.04.2022].

Eine Verlängerung des Moratoriums über Juni 2020 war in der öffentlichen Diskussion, wurde aber letztlich nicht umgesetzt. Mehrere Gerichte hatten bei Mietverträgen von Geschäftsräumen festgestellt, dass die behördlich angeordnete Schließung von Ladengeschäften zur Bekämpfung der Corona-Pandemie nicht zur Mietminderung berechtigt, da Geschäfts- und Betriebsschließungen in der Risikosphäre des Mieters liegen und der Mieter dies wirtschaftlich tragen muss.⁸⁵⁸

In Art. 240 § 7 EGBGB wurde für Mietverträge für Räume, die nicht Wohnräume sind, und für Pachtverträge eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Störung der Geschäftsgrundlage eingeführt, wenn der Betrieb für den Mieter aufgrund staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie nicht möglich war.⁸⁵⁹ Diese Norm soll insbesondere den Betreibern von Ladengeschäften, die nicht zur Deckung des täglichen Bedarfs dienen, helfen, die aufgrund der Corona-Verordnungen der Länder dazu gezwungen sind, zu schließen, wie etwa Bekleidungsgeschäfte.⁸⁶⁰

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen keine pauschale Teilung des Risikos vorgenommen werden kann, so dass der Mieter nur die Hälfte der Miete zu zahlen hat und der Vermieter auf die andere Hälfte verzichtet. Vielmehr müssen weitere Faktoren beachtet werden, etwa die Gewährung von staatlichen Zuschüssen.⁸⁶¹

Diese Vermutung für eine Störung der Geschäftsgrundlage bringt für den Mieter ggf. einen Anspruch auf Anpassung der Miethöhe (im Sinne einer einstweiligen Reduzierung) für die Höhe der Miete. Hierdurch werden auch nicht die festen Wertgrenzen aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB verschoben. Es kann lediglich die Miethöhe angepasst werden, was dazu führt, dass die Höhe des zur Kündigung berechtigenden Rückstands sich verändert, so dass auch weiterhin die Möglichkeit bleibt, dass auch bei Erreichen des Rückstands der angepassten neuen Miete der Vermieter das Recht zur verzugsbedingten Kündigung nach § 543 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB hat.

3. Feste Wertgrenzen als Vorbild für die Kodifikation weiterer Lebenssachverhalte und Rechtsgebiete?

⁸⁵⁸ LG Heidelberg, ZMR 2021, 44; LG Stuttgart, BeckRS 2020, 32275; LG Frankfurt a.M., NJW 2022, 85; LG Lüneburg, BeckRS 2020, 32664.

⁸⁵⁹ Eingeführt durch das Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht vom 22.12.2020, BGBl. I 2020, S. 3328.

⁸⁶⁰ Vgl. § 3a Abs. 1 Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung vom 26. November 2020 des Landes Hessen. Hier ist angeordnet, dass alle Geschäfte des Einzelhandels zu schließen sind mit Ausnahmen der in § 3 a Abs. 1 S. 2 aufgeführten Geschäfte. Dies waren insbesondere solche des täglichen Bedarfs und Supermärkte.

⁸⁶¹ BGH, NJW 2022, 1370. Die Vorinstanz hat noch eine hälftige Teilung der Miete vorgesehen, OLG Dresden, MDR 2021, 553.

Feste Wertgrenzen als bestimmendes Merkmal für außerordentliche fristlose Kündigungen wegen Zahlungsverzug sind in allen Dauerschuldverhältnissen mit einer Geldleistung denk- und verwendbar, da hier der Schuldner mit seiner Leistung durch Mahnung in Verzug gesetzt werden bzw. durch Zeitablauf in Verzug geraten kann.

Der mögliche Anwendungsbereich für die verzugsbedingte Kündigung als Instrument zur Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses ist dementsprechend groß. Dies gilt nicht nur für die bisher in der Rechtsprechung und Literatur anerkannten Vertragstypen, sondern auch für bisher nicht erfasste Vertragstypen. Die anwendbaren Lebenssachverhalte und Rechtsgebiete sind nahezu unbegrenzt. Dies gilt insbesondere für neue Geschäftsbeziehungen im Rahmen der Digitalisierung oder bei neuartigen Verträgen im analogen, quasi althergebrachten, Bereich.

Abstrakt betrachtet genügt allein der Umstand, dass eine bestimmte wiederkehrende Leistung, typischerweise ein Entgelt in Geld, in einer bestimmten Zeit nicht erbracht wird.

Sollte einmal das Leasing im BGB kodifiziert werden, empfiehlt es sich, den Verzug mit Leasingzahlungen nach zwei oder mehr Terminen als wichtigen Kündigungsgrund zu definieren.

Wegen der thematischen und sachlichen Nähe zum Mietrecht, wo sich feste Wertgrenzen bewährt haben, bietet sich eine Übernahme der Regelung aus § 543 Abs. 2 BGB an, entweder als Rechtsgrundverweisung oder als redaktionelles Vorbild durch eine Textübernahme.

Dies gilt auch für die anderen, von der Rechtsprechung anerkannten Dauerschuldverhältnisse, bei denen es zu einer Kodifikation kommen könnte. Sollte aber eine Kodifikation ausbleiben, könnte man den Rechtsgedanken aus § 543 BGB im Wege einer systematischen ergänzenden Auslegung oder als Analogie heranziehen, wenn zwischen Parteien strittig ist, ob ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund wegen einer Pflichtverletzung, hier also dann Verzug, gekündigt werden kann und ob der Verzug so gravierend ist, dass ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist.

4. Vertragsgestaltungen und Kautelarjurisprudenz

a) Individualverträge

Die Festlegung und Vereinbarung fester Wertgrenzen kann und sollte gerade bei der Vertragsgestaltung nicht kodifizierter Dauerschuldverhältnisse eine Rolle spielen, sowohl bei Individualverträgen als auch bei allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).

Gerade ein Dauerschuldverhältnis soll „lange leben“ und ist auf die Zukunft mit einem langen Bestand gerichtet. Dies muss ein Vertragsgestalter, etwa ein Notar, beachten.⁸⁶² Er „kämpft“ geradezu mit der Zukunft und deren Ungewissheit.⁸⁶³ Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in den Vertragsklauseln ist deswegen besonders wichtig für die Vertragsparteien, besonders wenn man mit der Vertragsgestaltung zukünftige Rechtsstreitigkeiten der Parteien vor den Gerichten vermeiden möchte.⁸⁶⁴

Die Gestaltung von Verträgen ist wie jede juristische Tätigkeit den Grundwerten der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit verpflichtet.⁸⁶⁵ Dabei steht der Vertragsgestalter manchmal vor der Entscheidung, welcher Aspekt überwiegt. Er muss daher eine Abwägung zwischen den Interessen der Vertragsparteien treffen, genau wie der Gesetzgeber auch einen Interessenkonflikt auflösen muss.

Der Idealfall bei der Gestaltung von Verträgen ist, dass die Interessen beider oder mehrerer Vertragspartner zusammenfließen und diese ausgeglichen werden. Die einen Interessen finden dabei manchmal mehr Berücksichtigung, die anderen weniger. Es dürfte aber im Interesse beider Kontrahenten sein, Klarheit darüber zu haben, wann und unter welchen Bedingungen ein Vertrag wegen Verzugs außerordentlich gekündigt werden kann.

Auch bei Vertragsgestaltungen von nicht kodifizierten und kodifizierten Dauerschuldverhältnissen, bei denen ein wichtiger Grund zur Kündigung nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, macht daher die Klarstellungsfunktion der festen Wertgrenzen diese, wenn nicht zu einem Erfolgsmodell, so zumindest zu einem zuverlässigen und belastbaren Vorbild. Denn auch hier ist es für die Parteien von Vorteil zu wissen und zu regeln, wann ein Verzug so gravierend ist, dass ein Recht zur außerordentlichen Kündigung besteht.

Die Vorteile bei der Verwendung von festen Wertgrenzen in Verträgen sind hier die gleichen wie bei den gesetzlichen Regelungen, nämlich Rechtsklarheit und Verhältnismäßigkeit. Die Vertragsparteien wissen, wann und unter welchen Umständen eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs für den Schuldner droht bzw. für den Gläubiger möglich ist. Wobei man hier auch wieder zwei Aspekte trennen muss, nämlich zum einen die Frage, in welchem Zeitraum oder Zeitabschnitt die feste Wertgrenze erreicht ist und wie hoch die feste Wertgrenze ist.

Zu ermitteln ist daher, ab wann für den Gläubiger ein Leistungsverzug so gravierend ist, dass die Pflichtverletzung nicht mehr hinnehmbar ist und er sich vom Vertrag lösen kann bzw. darf. Auf der anderen Seite

⁸⁶² Vgl. Kanzleiter, NJW 1995, 905.

⁸⁶³ Kanzleiter, NJW 1995, 905.

⁸⁶⁴ Faßbender, Notariatskunde, § 1, Rn. 2, 4.

⁸⁶⁵ Kanzleiter, NJW 1995, 908.

muss festgestellt werden, bis zu welchem Rückstand der Schuldner noch auf den Bestand des Vertrages vertrauen darf.

Im Grunde muss ein (unparteiischer) Vertragsersteller die gleichen Erwägungen heranziehen wie der Gesetzgeber. Es ist daher aus ökonomischen Gründen zur Vermeidung von unnötigem Arbeitsaufwand naheliegend, dass es eine gute Lösung für beide Parteien ist, für Vertragsklauseln ein verzugsbedingtes Kündigungsrecht § 543 Abs. 3 BGB als Vorbild zu verwenden. Damit hätte man einen guten Ausgleich der Parteiinteressen erzielt und es wird wenig Streit um die Bedingungen einer Kündigung geben, da die meisten Probleme bereits durch die Rechtsprechung zu § 543 Abs. 3 BGB geklärt sind.

b) AGB

Da sich bei Verträgen des modernen Wirtschaftslebens zumeist Unternehmer und Verbraucher als Vertragsparteien gegenüber stehen, werden hier regelmäßig Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und Formularverträge verwendet.

Insbesondere bei den erwähnten Leasingverträgen stehen sich in der Regel größere Leasinggesellschaften oder Autobanken auf der einen und Endkunden, also Verbraucher nach § 13 BGB, auf der anderen Seite gegenüber. In den Vertragsformularen für die Leasinggeschäfte finden sich daher auch regelmäßig Klauseln zur Kündigung für den Fall des Verzuges mit den Leasingraten.

Wenn sich ein Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen an den bereits im BGB niedergelegten festen Wertgrenzen, etwa aus § 543 Abs. 2 S.1 Nr. 3 BGB, orientiert und diese 1:1 übernommen werden, dürften die vertraglich niedergelegten Kündigungsgründe aus Verzug einer AGB-Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB standhalten. Es wird gerade ein gesetzliches Leitbild verwendet, welches verhältnismäßig und damit verfassungskonform ist.

5. Fazit

Damit Recht durchgesetzt werden kann, muss es dem Grundgesetz entsprechen, d.h. es muss die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfüllen, also insbesondere angemessen sein. Dies gilt nicht nur für die öffentlich-rechtliche, sondern auch für die zivilrechtliche Gesetzgebung.

Feste Wertgrenzen gleichen Interessen aus, auch wenn der Ausgleich so vom historischen Gesetzgeber nicht geplant oder vorgesehen war bzw. ausdrücklich als Interessenausgleich angesehen wurde.

Die Definition und konkrete Ausgestaltung einer festen Wertgrenze hängen von dem jeweiligen Rechtsgebiet und seinen Besonderheiten und Notwendigkeiten ab.

Verzugsbedingte Kündigungen in den jeweiligen Rechtsgebieten und Vertragstypen weisen eine gemeinsame Struktur auf. Der qualifizierte Verzug, also jener der eine bestimmte Summe erreicht, ist ein wichtiger Grund. Die Ausgestaltung für besonders wichtige Lebensbereiche wie das Mietrecht und auch Verbraucherkreditrecht hat deswegen der Gesetzgeber übernommen.

Dauerschuldverhältnisse wie die Miete, das Arbeitsverhältnis oder ein Kreditvertrag sind grundsätzlich auf eine lange Dauer, d.h. jedenfalls nicht auf einen kurzen einmaligen Leistungsaustausch, angelegt. In diesem langen Verlauf wird gegenseitiges Vertrauen langfristig aufgebaut. Dieses Vertrauen kann nicht einfach beiseite gewischt werden, sondern es müssen wichtige Gründe vorliegen, warum das Vertrauen so erschüttert ist, dass das Festhalten am Vertrag nicht mehr möglich sein soll.

Die Parteien brauchen daher klare und verlässliche Regelungen, insbesondere zu den Voraussetzungen einer Beendigung und der Kündigung. Wäre es den Parteien überlassen, zu regeln, wann ein Vertrag beendet werden kann, besteht die Gefahr, dass die eine Partei mit der stärkeren Verhandlungsposition und strukturellen Stärke ihre Vorstellungen der anderen Partei einseitig aufdiktieren könnte.

Hier ist der Gesetzgeber gefragt, den Parteien entsprechende Regelungen vorzugeben, welche die Interessen der Parteien berücksichtigen und den Vorgaben des Grundgesetzes entsprechen, hier insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Auch wenn die Vorgabe von entsprechenden Regelungen die Vertragsfreiheit einschränkt, kann diese Einschränkung gerechtfertigt sein.

Die Verhältnismäßigkeit ist dann auch wiederum die „Regulierung der Regulierung“, indem sie dem Gesetzgeber Grenzen setzt. So ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch Schutz für die Privatautonomie und Vertragsfreiheit. Denn ansonsten könnte der Gesetzgeber einseitig die Interessen eines der Betroffenen bevorzugen bzw. vernachlässigen und Regelungen setzen, die nicht abdingbar sind. Zivilrechtliche Normen wären ansonsten reine gesetzgeberische Anordnungen für einen Vertragsinhalt, die man entweder befolgt oder nicht befolgt, da ansonsten der Vertrag unwirksam ist und von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird, was dann auch zur Folge hat, dass der Anspruch nicht durchgesetzt bzw. mit Zwangsmitteln vollstreckt werden kann.

Die Parteien hätten keinen Spielraum für eine Anpassung auf den konkreten Sachverhalt, was aber in manchen Fällen eben geboten ist, weil der Gesetzgeber vielleicht einen anderen Sachverhalt vor Augen hatte als das Problem, welches die Parteien jetzt haben. Dies ist erkennbar nicht im Sinne der Vertragsfreiheit. Die Teilnehmer am Recht

sollen gerade ihre Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf ihre Bedürfnisse regeln können, ohne dass der Gesetzgeber hierzu eine Entscheidung aufgrund einer abstrakten Vorstellung von der Sachlage getroffen hat.

Es hat sich aber gezeigt, dass es in Verträgen typische Situationen gibt, die den Verträgen gleichsam inhärent sind. Bei der Bestimmung von festen Wertgrenzen geht es dabei darum festzulegen, wann ein Vertrag beendet werden kann.

Miete, Arbeit und Kredit sind die am häufigsten vorkommenden Dauerschuldverhältnisse und in der Regel Massegeschäfte zwischen Verbrauchern und Unternehmern. Die Verträge haben große Bedeutung für das tägliche Leben: Der Arbeitsvertrag ist Basis für den Lebensunterhalt, der Mietvertrag bietet Wohnraum und der Kredit- bzw. Darlehensvertrag dient der Finanzierung, z.B. des Eigenheims oder des Fahrzeugs.

Typischerweise hat der eine Vertragspartner ein Gut oder eine Einrichtung, die der andere braucht und haben will bzw. haben muss. Jedenfalls benötigt der eine Vertragspartner die Leistung, um damit seine, manchmal dringenden, Bedürfnisse zu befriedigen.

Hieraus resultiert für denjenigen, der ein Gut anbietet, eine Stärke, die insbesondere bei einem Informationsdefizit auf der anderen Seite zu einer strukturellen Überlegenheit führt. Dies ist insbesondere der Fall bei großen Unternehmen gegenüber dem Verbraucher, die aufgrund von Größe, Kapital und Marktmacht mit einer größeren Durchsetzungskraft gegenüber Verbrauchern auftreten können als gegenüber gleichrangigen Partnern.

Der stärkere Vertragspartner kann daher im Grunde jeden Preis verlangen und auch die Bedingungen der Beendigung des Vertragsverhältnisses, also die Vorenthaltung bzw. Rückholung des benötigten Gutes, gleichsam diktieren. Seine Vorstellungen bestimmen den Vertrag und dessen Inhalt, ohne dass der unterlegenere Teil seine Vorstellungen mit einfließen lassen könnte.

Hierdurch wird die Abhängigkeit verstärkt. Um hier ausgleichend einzuwirken, ist eine Regulierung notwendig, um die Richtigkeit des Vertrages zu gewährleisten. Der strukturelle schwächere Vertragspartner erhält so Unterstützung bei der Vertragsgestaltung, die er so nie hätte und wohl auch nicht erreicht hätte, da von den Vorgaben zur Kündigung nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden kann. Die Vorgabe von festen Wertgrenzen ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Die Regulierung von Kündigungstatbeständen ist ein Eingriff in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG und, bei der Miete und Pacht, auch in Art. 14 GG, da die vertragliche Gestaltung des einzelnen beschränkt wird, also in die Vertragsfreiheit eingegriffen wird.

Nach dem Grundgesetz braucht aber jeder Eingriff eine Rechtfertigung, die dann gegeben ist, wenn die Regelung verhältnismäßig ist.

So dient der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht nur der Begrenzung von staatlichen Eingriffen in die Vertragsfreiheit, sondern auch dazu, dass die Parteien untereinander und gegenseitig jeweils ihre Interessen und Vorstellungen in einem Vertrag umsetzen können. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist damit ein wichtiger Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, das in alle Rechtsgebiete ausstrahlt und sowohl bei der Rechtserzeugung als auch Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist.

Wie ausgeführt hat Recht auch das Ziel, soziale Konflikte zu schlichten und eine Friedensfunktion auszuüben. Diese Aufgabe kann das Recht aber nur erfüllen, wenn es auch von allen Teilnehmern und dem Recht Unterworfenen als gerecht anerkannt wird. Hieraus schöpft das Recht insgesamt oder ein bestimmtes Gesetz seine Legitimation. Dies gilt insbesondere für heteronome Regelungen, die eigentlich für sich genommen Eingriffe in die allgemeine Vertragsfreiheit sind.

Was Gerechtigkeit ist, hängt in großem Maße von der persönlichen Sichtweise der Beteiligten ab. Insbesondere wird sich derjenige als gerechter behandelt fühlen, dessen Interessen weitgehend durchgesetzt sind. Auf der anderen Seite sieht derjenige es nicht als gerecht an, wenn seine Interessen auf der Strecke bleiben. Gerechtigkeit liegt also „im Auge des Betrachters“. Dies ist gerade dann bedeutsam, wenn tatsächliche Machtgefälle ausgeglichen werden sollen.

Eine heteronome Regelung wird aber dann als gerecht empfunden und wird vom Publikum anerkannt, wenn es das Ergebnis eines Interessenausgleichs ist, bei dem alle Rechtsteilnehmer ihre Interessen berücksichtigt finden. Dann kann man aus einer objektiven Perspektive von einer gerechten Regelung sprechen.

Daher ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Werkzeug für den Gesetzgeber, um im Wege des Interessenausgleichs gerechte Regelungen zu finden.

Wie gezeigt trifft dies auf die Regelung von festen Wertgrenzen bei verzugsbedingten Kündigungen zu, da sie die Interessen der Parteien ausgleichen.

Weiterhin geben feste Wertgrenzen den Parteien Orientierung über ihre jeweiligen Rechte und Pflichten. Eben jene Rechtsklarheit ist ein Vorteil sowohl für Gläubiger als auch Schuldner.

Denn wenn beide Parteien wissen, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Dauerschuldverhältnis gekündigt werden kann, können sie ihr Verhalten so darauf einstellen, dass das

Dauerschuldverhältnis ein „langes Leben hat“ und vertrauensvoll geführt werden kann und nicht aus wichtigem Grund beendet werden muss.

Das ist der Beitrag der festen Wertgrenzen zum Rechtsfrieden und zur Verwirklichung der Gerechtigkeitsidee.

