

# Fortgeschrittenenklausur: Die Kündigungsverzichtsklausel

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld\*

## Sachverhalt

V ist Eigentümerin eines Mietshauses mit 20 vermieteten Wohnungen. Als eine der Wohnungen frei wird, beauftragt sie den Makler M, ihr einen geeigneten Mieter zu vermitteln und mit diesem einen Mietvertrag in ihrem (Vs) Namen abzuschließen. Aus den Interessenten wählt M den X aus und fordert diesen auf, für den Vertragsschluss einen „Mietvertrag von Haus und Grund“ zu besorgen. X kommt dieser Bitte nach und bringt zum Vertragsschluss ein entsprechendes Formular mit. Darin heißt es unter § 2 Mietzeit Nr. 1 a:

### □ *Kündigungsverzicht*

Das obige Mietverhältnis wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. Beide Mietparteien verzichten wechselseitig bis zu \_\_\_\_\_ Jahre auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietvertrags. Zum Ablauf des Verzichtszeitraums kann das Mietverhältnis erstmalig wieder von beiden Mietvertragsparteien mit den gesetzlichen Kündigungsfristen gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wird von dieser Regelung nicht berührt.

Das Kästchen „Kündigungsverzicht“ wurde bei Abschluss des Mietvertrags handschriftlich angekreuzt; als Verzichtsdauer wurde (ebenfalls handschriftlich) „fünf Jahre“ eingetragen. M hatte X zuvor darauf hingewiesen, dass Vermieter üblicherweise auf einen fünfjährigen Kündigungsverzicht bestehen. In einem leeren Feld am Ende des Musterformulars, das mit der Überschrift „§ 20 Sonstige Vereinbarungen“ überschrieben ist, trägt M zudem – wie er es sich bereits im Vorfeld überlegt hat – handschriftlich folgenden Satz ein:

Ausführlich wurde ausgehandelt der Kündigungsverzicht.

Nachdem X und M (Letzterer als Vertreter der V) den Mietvertrag unterschrieben haben und X ein Jahr in der Wohnung gewohnt hat, findet X eine bessere Wohnung in der Nachbarschaft. Er wendet sich an V und teilt dieser mit, dass er kündigen möchte. V verweist ihn auf den Kündigungsverzicht. X erwidert, dass er sich hierdurch nicht gebunden fühle. Es handle sich um AGB, welche bereits nicht nach § 305 Abs. 2 BGB einbezogen wurden, weil der dort vorgeschriebene Hinweis nicht erfolgte. Jedenfalls sei der Kündigungsverzicht unwirksam, da ein solcher in AGB nach der Rechtsprechung vier Jahre nicht überschreiten dürfe. V erwidert, dass § 305 Abs. 2 BGB auf Formularverträge generell nicht anwendbar sei. Zudem habe X das Vertragsmuster besorgt, sodass es sich wenn überhaupt um die AGB des X handle. Sie, V, habe jedenfalls noch nie zuvor den Haus- und Grund-Miet-

vertrag genutzt und beabsichtige dies auch in Zukunft nicht. Letztendlich sei der Kündigungsverzicht, wie sich aus der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ergebe, ohnehin eine Individualvereinbarung. X entgegnet, dass eine Individualvereinbarung vorliegend nicht möglich wäre – M als Immobilienmakler sei schließlich unternehmerisch tätig gewesen, sodass das der Einwand, die Bedingung sei im Einzelnen ausgehandelt worden, nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB ausgeschlossen sei.

## Aufgabe

Beurteilen Sie die Wirksamkeit des Kündigungsverzichts. Nehmen Sie dabei zu allen im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachterlich – Stellung.

## Lösungsvorschlag

Der Kündigungsverzicht könnte gegen die Vorgaben des AGB-Rechts in §§ 305 ff. BGB verstoßen und dementsprechend unwirksam sein.

### I. Vorliegen von AGB

Hierzu müsste es sich zunächst um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handeln. AGB sind nach § 305 Abs. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt und die nicht zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

#### 1. *Vertragsbedingung*

Vertragsbedingung sind alle Bestandteile von mehrseitigen Rechtsgeschäften, die bereits geschlossen worden sind oder noch geschlossen werden.<sup>1</sup> Der Kündigungsverzicht ist Bestandteil des zwischen V und X geschlossenen Mietvertrags und somit Vertragsbedingung.

#### 2. *Vorformuliert*

Eine Vertragsbedingung ist vorformuliert, wenn ihr Entwurf zeitlich vor Abschluss des Vertrags bzw. der Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgte.<sup>2</sup> Vorliegend wurde der Kündigungsverzicht handschriftlich angekreuzt und ergänzt. Fraglich ist, ob dies dazu führt, dass eine Klausel nicht mehr als vorformuliert gilt. Insoweit ist zwischen unselbständigen und selbständigen Ergänzungen zu differenzieren.<sup>3</sup> Bei unselbständigen Ergänzungen handelt es sich um Fälle, in denen ein eigenständiger Regelungsgehalt einer Klausel bereits aus dem vorformulierten Teil folgt.<sup>4</sup> Diese stellen per se AGB dar.<sup>5</sup>

\* Der *Verf.* ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld. Er dankt Herrn Prof. Dr. Martin Schwab für wertvolle Anmerkungen.

<sup>1</sup> Schwab, in: AGB-Recht, 3. Aufl. 2018, Teil 1 Rn. 1.

<sup>2</sup> Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn. 13.

<sup>3</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

<sup>4</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

<sup>5</sup> BGH NJW 1983, 1603 ff.; BGH NJW 1998, 1066 ff.

Selbständig sind solche Ergänzungen, in denen erst der handschriftliche Zusatz einen eigenständigen Regelungsgehalt der Klausel begründet.<sup>6</sup> Dort gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob die Ergänzung vorformuliert wurde oder nicht.<sup>7</sup> Kann der Vertragspartner die offenen Stellen ohne Beeinflussung nach seiner freien Entscheidung ausfüllen, stellt die Ergänzung keine AGB dar.<sup>8</sup> Andererseits können selbständige Ergänzungen vorformuliert sein, wenn dem Kunden durch das Formular oder durch die Vertragsverhandlung mit dem Verwender oder seinem Vertreter bestimmte Ausfüllungsalternativen nahe gelegt werden.<sup>9</sup>

Mit Blick auf den vorliegenden Kündigungserzicht gilt damit Folgendes: Die bloße Ankreuzoption ändert an der Vorformulierung jedenfalls nichts, denn der wählbare Inhalt könnte gleichwohl im Voraus abgefasst sein und deshalb das Tatbestandsmerkmal der Vorformulierung erfüllen.<sup>10</sup> Vorliegend könnte sich die Unangemessenheit allerdings gerade aus der Dauer des Kündigungserzichts ergeben und nicht aus dem Kündigungserzicht als solchem. Der eigentliche Regelungsgehalt würde dann erst aus der handschriftlichen Ergänzung folgen, sodass eine unselbstständige Ergänzung vorliegen würde. Soweit eine Vertragsbedingung wie hier ein Leerfeld enthält, bleibt dem anderen Vertragsteil grundsätzlich nichts anderes übrig, als sich selbst Gedanken über die Ergänzung zu machen.<sup>11</sup> Bei Leerstellen ist deshalb in der Regel von einer nicht von einer vorformulierten Klausel auszugehen.<sup>12</sup> Im konkreten Fall könnte jedoch eine Ausnahme bestehen. M, der dem Lager der V zuzurechnen ist, hat X auf die Üblichkeit eines fünfjährigen Kündigungserzichts hingewiesen und X somit davon abgebracht, sich eigene Gedanken zu machen.<sup>13</sup> Dementsprechend liegt eine vorformulierte Klausel vor.

### 3. Für eine Vielzahl von Verträgen

Für eine Vielzahl von Verträgen ist die Vertragsbedingung vorformuliert, wenn sie zur mehrfachen, d.h. mindestens zur dreimaligen, Verwendung bestimmt ist.<sup>14</sup> V beruft sich darauf, dass sie den zugrundeliegenden Mustervertrag nur einmalig verwendet hat und eine zukünftige Verwendung nicht beabsichtigt. Allerdings kommt es für die Beurteilung der Mehrfachverwendung nicht ausschließlich auf den Klauselsteller an. Eine Mehrfachverwendungsabsicht ist bereits dann zu bejahen, wenn derjenige, der die Klausel formuliert, eine mindestens dreimalige Verwendung beabsichtigte.<sup>15</sup> Dies ist

im vorliegenden Fall, in dem ein Musterformular von Haus und Grund verwendet wurde, grundsätzlich zu bejahen.<sup>16</sup>

Fraglich scheint allerdings, ob auch der fünfjährige Kündigungserzicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde. Hier könnte jedoch § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB weiterhelfen. Demnach sind §§ 305c Abs. 2, 306 und 307–309 BGB bei Verbraucherverträgen, also Verträgen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann anwendbar, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind.

Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. X mietet die Wohnung zum Wohnen und somit zu privaten Zwecken,<sup>17</sup> sodass X Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist.

Unternehmer ist, wie sich aus § 14 BGB ergibt, jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Was die Unternehmereigenschaft anbelangt, kommt es – entgegen der Auffassung des X – nicht auf den M sondern auf die V an, da diese und nicht M der Vertragspartner des X ist.<sup>18</sup> V vermietet mehr als 20 Wohnungen. Unter welchen Voraussetzungen ein Vermieter als Unternehmer zu qualifizieren ist, ist umstritten.<sup>19</sup> Mitunter wird davon ausgegangen, dass jeder Vermieter unternehmerisch tätig ist.<sup>20</sup> Teilweise wird nach der Anzahl der vermieteten Wohnungen differenziert, wobei das Spektrum irgendwo zwischen drei und zehn Wohnungen liegt.<sup>21</sup> Manche wollen auch auf den Umfang des Geschäftsbetriebs unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände abstellen.<sup>22</sup> Bei einer Vermietung von mehr als 20 Wohnungen dürfte allerdings davon auszugehen sein, dass der Geschäftsbetrieb vom Umfang her eine Einordnung der Tätigkeit als unternehmerisch rechtfertigt. Demnach ist V nach allen Ansichten als Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB zu qualifizieren.

Der Mietvertrag zwischen V und X ist somit ein Verbrauchervertrag, sodass § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB Anwendung findet. Auf die Frage, ob die Kündigungserzichtsklausel auch für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde, kommt es damit nicht an.

### 4. Vom Verwender gestellt

Die Vertragsbedingung wird im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB von demjenigen gestellt, der die Einbeziehung in den

<sup>6</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

<sup>7</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

<sup>8</sup> BGH NJW 1996, 1676 ff.

<sup>9</sup> Basedow (Fn. 2), § 305 Rn. 13.

<sup>10</sup> Lehmann-Richter, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2019, § 305 BGB Rn. 110.

<sup>11</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 76.

<sup>12</sup> BGH NJW 1998, 1066 ff.

<sup>13</sup> Vgl. AG Hamburg NJW-RR 1997, 559 ff.

<sup>14</sup> BGH NJW 2002, 138 ff.

<sup>15</sup> BGH NJW-RR 2017, 137 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2017, 137 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Brinkmann, JZ 2018, 109 (112).

<sup>18</sup> Vgl. Alexander, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 15.6.2019, § 14 BGB Rn. 77.

<sup>19</sup> Hierzu bereits Fervers, NZM 2018, 640 (646); Brinkmann, JZ 2018, 109 (113).

<sup>20</sup> Pfeilschifter, WuM 2003, 543; Harsch, WuM 2008, 201 (202 f).

<sup>21</sup> Vgl. Brinkmann, JZ 2018, 109 (113 m.w.N.).

<sup>22</sup> Hau, NZM 2015, 435 ff.

Vertrag veranlasst.<sup>23</sup> Vorliegend hat X den Mustervertrag von Haus und Grund besorgt. Dies erfolgte jedoch auf Veranlassung des M. Aus dem bloßen Umstand, dass X den Vertrag zur Verhandlung mitgebracht hat, lässt sich hier dementsprechend nicht entnehmen, dass X auch Steller der im Mustervertrag enthaltenen Klauseln ist.<sup>24</sup> Als Verhandlungsgeschehen der V ist das Verhalten des M vielmehr nach § 166 Abs. 1 BGB analog der V zuzurechnen.<sup>25</sup> Da die Nutzung des Mustervertrags von Haus und Grund auf Veranlassung des M erfolgte, ist V somit Stellerin der enthaltenen Klauseln.<sup>26</sup>

*Hinweis:* An dieser Stelle könnte auch § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB herangezogen werden. Demnach gelten allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt, wenn sie nicht vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. An dieser Stelle wäre allerdings gleichwohl zu problematisieren, dass X den Mustervertrag besorgt hat, dies jedoch auf Aufforderung des M, der wiederum der V zuzurechnen ist, geschah.

##### 5. Nicht im Einzelnen ausgehandelt

Keine AGB, sondern eine Individualvereinbarung liegt vor, wenn der vom Gesetz abweichende Kerngehalt einer für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingung, deren Einbeziehung auf Veranlassung einer Partei erfolgt ist, ernsthaft zur Disposition gestellt wird.<sup>27</sup> Zur Frage inwiefern der Umstand, dass es sich hier um eine handschriftliche Ergänzung handelt, die Einordnung der Klausel als Individualvereinbarung zur Folge hat, gelten die oben zur selbständigen Ergänzung erfolgten Ausführungen entsprechend. Demnach führt der Umstand, dass es sich bei der Kündigungsverzichtsklausel um eine Ankreuzoption handelt, bei der zudem eine Leerstelle auszufüllen war, nicht zwangsläufig zum Vorliegen einer im Einzelnen ausgehandelten Individualvereinbarung.

*Hinweis:* An dieser Stelle könnte auch § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB herangezogen werden. Nach teilweise vertretener – aber i.E. abzulehnender (siehe unten) – Ansicht<sup>28</sup> wird im Rahmen dieser Vorschrift auch vermutet, dass die Klausel nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde. In diesem Fall könnte V das Gegenteil nicht beweisen, sodass es auch nicht auf die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ankommen würde. Die im Folgenden zu prüfende Bedeutung der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags müsste dann hilfsgründerlich erfolgen.

##### a) Annahme einer Individualvereinbarung aufgrund der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags

Vorliegend könnte sich aus der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ergeben, dass die Parteien den Kündigungsverzicht im Einzelnen ausgehandelt haben. Fraglich ist indes, ob es sich bei der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags nicht unter Umständen um eine nach § 309 Nr. 12 lit. b BGB unwirksame AGB handelt.

##### aa) Vorliegen von AGB

Hierzu müsste es sich bei der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags zunächst um eine AGB handeln.

##### (1) Vertragsbedingung

Fraglich ist, ob die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags überhaupt Vertragsbedingung ist, da es sich inhaltlich nur um eine reine Tatsachenbestätigung zu handeln scheint. Nach § 309 Nr. 12 BGB kann aber auch eine Tatsachenbestätigung der AGB-Kontrolle unterliegen. Demnach spricht der Umstand, dass die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags eine Tatsachenbestätigung darstellt, nicht per se dagegen, sie als Vertragsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren.

*Hinweis:* An dieser Stelle dürfte der bloße Hinweis auf § 309 Nr. 12 lit. b BGB grds. ausreichen, um Zweifel an der Eigenschaft der Aushandelsbestätigung als Vertragsbedingung auszuräumen. Man kann an einer solchen Lösungsweise zwar dogmatische Zweifel haben – schließlich liegt insofern ein gewisser Zirkelschluss vor: Nach § 309 Nr. 12 lit. b BGB ist eine in AGB enthaltene Bestimmung unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, indem er den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Die Vorschrift setzt somit gerade voraus, dass eine beweislaständernde Tatsachenbestätigung in (Form von) AGB erfolgt. Die generelle Annahme, dass eine (möglicherweise beweislaständernde) Tatsachenbestätigung auch Vertragsbedingung ist, lässt sich § 309 Nr. 12 lit. b BGB also prima facie nicht entnehmen. Insofern wäre zunächst eine Prüfung, ob eine Tatsachenbestätigung die Voraussetzungen der Vertragsbedingung erfüllt, angezeigt. Hierzu müsste bestimmt werden, ob die Tatsachenbestätigung (ihre Wirksamkeit unterstellt) Einfluss auf den Vertragsinhalt hat. Dies wäre etwa dann zu bejahen, wenn die Tatsachenbestätigung Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast hat – also eine beweislaständernde Tatsachenbestimmung vorliegt. Denn im non-liquet-Fall kann sich das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien wegen einer beweislaständernden Tatsachenbestätigung insoweit anders darstellen, als es ohne entsprechende Tatsachenbestätigung der Fall wäre. Dies wiederum wäre mit Blick auf eine Aushandelsbestätigung zu bejahen, wenn diese zur Folge hätte, dass eine andere Vertragsklausel, die andernfalls als unwirksam einzustufen wäre, aufgrund der Aushandelsbestätigung (deren Wirksamkeit vorausgesetzt) unter Umständen wirk-

<sup>23</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 98.

<sup>24</sup> BGH NZM 2018, 556 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 113; in diesem Sinne auch Basedow (Fn. 2), § 305 Rn. 21.

<sup>26</sup> Vgl. BGH NZM 2018, 556 ff.

<sup>27</sup> BGH NJW 2000, 1110 (1111).

<sup>28</sup> So etwa Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 135.

sam wäre. Vorliegend wäre also an dieser Stelle demnach zu prüfen, ob die Kündigungsverzichtsklausel ohne wirk-same Aushandelsbestätigung unwirksam wäre und ob dies es mit wirksamer Aushandelsbestätigung anders zu beur-teilen wäre. Wenn die Unwirksamkeit im ersten Fall zu bejahen und im zweiten Fall zu verneinen wäre, hätte die Aushandelsbestätigung Einfluss auf den Vertragsinhalt. Damit würde man indes die Frage, ob die Tatsachenbestä-tigung eine Beweislaständerung beinhaltet (wobei inzi-dent die Inhaltskontrolle der Kündigungsverzichtsklausel zu prüfen wäre), bereits im Rahmen der Prüfung, ob es sich bei der Tatsachenbestätigung um eine Vertrags-klausel handelt, klären müssen. Eine derartige Vorgehens-weise scheint auch der BGH in einem Fall aus dem Jahre 1987 gewählt zu haben.<sup>29</sup> Ein Gutachten würde bei einer solchen Vorgehensweise allerdings extrem „kopflastig“. Andererseits lässt sich feststellen, dass eine Tatsachenbe-stätigung, die als Beweislaständerung aufgrund von § 309 Nr. 12 lit. b BGB unwirksam ist, denklösig (im Falle ihrer unterstellten Wirksamkeit) Auswirkungen auf den Vertrag hätte und deshalb Vertragsbedingung sein muss. Aus diesem Grund scheint es vertretbar, die Qualifikation der (möglicherweise beweislaständernden) Tatsachenbe-stimmung als Vertragsbedingung zunächst – mit Verweis auf § 309 Nr. 12 lit. b BGB – zu bejahen und die Frage, ob die Tatsachenbestimmung tatsächlich eine Änderung der Beweislast zur Folge hat, erst im Rahmen der Inhalts-kontrolle der Tatsachenbestätigung zu klären.

(2) Vorformuliert

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags könnte vorformuliert sein. Ursprünglich stand die Ergänzung noch nicht im Miet-vertrag. Vielmehr hat M, der Verhandlungsgelhilfe der V, sie während der Vertragsverhandlungen dort niedergeschrieben. Allerdings können auch im Kopf vorformulierte Klauseln AGB sein.<sup>30</sup> M hatte sich bereits im Vorfeld des Vertrags-schlusses die Ergänzung überlegt, sodass die Tatsachenbestä-tigung vorformuliert war.

(3) Für eine Vielzahl von Verträgen

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags müsste grds. auch zur Verwendung bei einer eine Vielzahl von Verträgen beab-sichtigt gewesen sein. Ob eine derartige Mehrfachverwen-dungsabsicht hier bestand, kann jedoch offenbleiben, da ein Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB vorliegt (siehe oben). Insofern ist § 309 BGB auch für eine bloß zur einma-ligen Verwendung bestimmte vorformulierte Vertragsbedin-gung anwendbar (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

(4) Von V gestellt

Die Klausel gilt nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB auch als von V gestellt, da sie jedenfalls nicht von X, sondern von M in den Vertrag eingebracht wurde.

(5) Nicht im Einzelnen ausgehandelt

M, dessen handeln der V zuzurechnen ist, dürfte die Klausel nicht ernsthaft zur Disposition gestellt haben. Nach teilweise vertretener Ansicht bedeutet „Stellen“ im Sinne des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB und § 305 Abs. 1 S. 1 BGB nicht nur, dass der Verbraucher die Klausel in den Vertrag eingeführt hat, sondern auch, dass ein Aushandeln nicht stattgefunden hat.<sup>31</sup> Im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB hätte diese Auffassung zur Folge, dass der Verwender einer Klausel mit dem Einwand, die Klausel sei im Einzelnen ausgehandelt worden, abgeschnitten ist.<sup>32</sup> Dementsprechend käme es im vorliegenden Fall nicht auf die Frage an, ob zwischen M und X unter Umständen eine Verhandlung über die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags stattgefunden hat.

Aus systematischen Gesichtspunkten überzeugt diese An-sicht jedoch nicht. Dagegen, dass „Stellen“ mehr als nur das Einführen in den Vertrag bedeutet, spricht zunächst § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, der bei einem derartigen Verständnis wei-testgehend überflüssig wäre. Zudem ist nicht ersichtlich, wa-rum die Regelung mit Blick auf die Frage, wer die Klausel eingeführt hat, als widerlegliche Vermutung ausgestaltet ist, mit Blick auf die Frage, ob die Klausel im Einzelnen ausge-handelt wurde, aber eine Fiktion enthalten soll. Die Klausel-richtlinie<sup>33</sup> – deren Umsetzung § 310 Abs. 3 BGB dient – gebietet eine solche Fiktion jedenfalls nicht.<sup>34</sup> Auf die Frage, ob die Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, dürfte sich die Vermutung nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB somit nicht erstrecken.<sup>35</sup>

Letztlich kann der Streit an dieser Stelle jedoch offen-bleiben, da die Beweislast für die Frage, ob die Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB den Verwender, hier also V trifft. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass weder V noch ihr Vertreter M bereit gewesen wären von der Ergä-nzung in § 20 des Mietvertrags abzurücken und dies dem X deutlich gemacht wurde. Somit gilt die Klausel als nicht im Einzelnen ausgehandelt.

bb) Einbeziehung

Davon ausgehend, dass die Ergänzung in § 20 des Miet-vertrags eine Einmalbedingung nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB darstellt, ist fraglich, ob die Einbeziehungsvorgaben nach § 305 Abs. 2 BGB hier zur Anwendung kommen. Denn auf § 305 Abs. 2 BGB wird im Rahmen des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht verwiesen. Nach wohl zutreffender Ansicht ist – soweit die Vorgaben des § 305 Abs. 2 BGB nicht ohnehin bereits aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts folgen – eine analoge Anwendung geboten.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 135.

<sup>32</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 135.

<sup>33</sup> RL 93/13/EWG.

<sup>34</sup> Basedow (Fn. 2), § 310 Rn. 91.

<sup>35</sup> In diesem Sinne auch Basedow (Fn. 2), § 310 Rn. 94.

<sup>36</sup> Richters/Friesen, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand 1.1.2018, § 310 BGB Rn. 174.

<sup>29</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 1634 ff.

<sup>30</sup> BGH NJW 1999, 2180 ff.

Fraglich ist, ob die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags nicht in den Vertrag einbezogen wurde, weil V bzw. M nicht explizit auf die Existenz von AGB hingewiesen haben. Zwar hat der BGH in einer Entscheidung formuliert, dass § 305 Abs. 2 BGB in Fällen von Formularverträgen – wie der vorliegende Mustervertrag grds. einen darstellt – überhaupt nicht anwendbar ist.<sup>37</sup> Zutreffend dürfte indes sein, dass soweit die AGB integraler Bestandteil der Vertragsurkunde sind, die Voraussetzungen der § 305 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BGB schlicht erfüllt sind.<sup>38</sup> Der Klauselgegner ist sich bewusst, dass formularmäßige Regelungen, die örtlich vor der zu leistenden Unterschrift stehen, Vertragsbestandteil werden.<sup>39</sup> Zudem hat der Klauselgegner zweifelsohne auch die Möglichkeit zur Kenntnisnahme derartiger Klauseln. Die die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ist somit Vertragsbestandteil geworden.

#### cc) Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags verstößt gegen § 309 Nr. 12 lit. b BGB, wenn sie eine die Beweislast verändernde Tatsachenbestätigung darstellt.

Die Änderung der Beweislast ist nicht auf solche Konstellationen beschränkt, in denen dem Klauselgegner die Beweislast im Sinne einer Beweislastumkehr übergebürdet wird – vielmehr erfüllt schon der Versuch des Verwenders, die Beweisposition des Klauselgegners zu verschlechtern, die Voraussetzungen der Beweislaständerung im Sinne des § 309 Nr. 12 lit. b BGB.<sup>40</sup> Bereits dann, wenn die formularmäßige Klausel zur Folge haben kann, dass ein Richter die Anforderungen an den Beweis in Fällen, in denen der Klauselgegner beweisbelastet ist, erhöht bzw. in Fällen, in denen die andere Partei beweisbelastet ist, die Anforderungen an den Beweis ermäßigt, liegt demnach eine maßgebliche Änderung der Beweislast vor.<sup>41</sup>

Ohne Aushandelsbestätigung müsste V als Klauselstellerin darlegen und beweisen, dass die Kündigungsverzichtsklausel im Einzelnen ausgehandelt worden ist (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB); würde ihr dieser Beweis nicht gelingen, wäre davon auszugehen, dass die Kündigungsverzichtsklausel eine AGB darstellt. Aufgrund einer (wirksamen) Aushandelsbestätigung könnte V den Beweis des tatsächlichen Aushandelns zumindest durch Berufung auf die Aushandelsbestätigung untermauern. Insofern bestünde aufgrund der Aushandelsbestätigung die Gefahr, dass ein Richter die Anforderungen an die Beweislast der V ermäßigt.

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags hat somit eine Änderung der Beweislast im Sinne des § 309 Nr. 12 lit. b BGB zur Folge. Dementsprechend ist die Ergänzung als beweislaständernde Tatsachenbestätigung unwirksam.

#### dd) Zwischenergebnis

Aus der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags folgt nicht, dass die Kündigungsverzichtsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde.

*Hinweis:* Nach der Rechtsprechung des BGH hätte auch eine individualvertraglich vereinbarte „Bestätigung“ einer ausgiebigen Verhandlung der Kündigungsschutzklausel letztlich nicht dazu geführt, dass die Kündigungsschutzklausel als im Einzelnen ausgehandelt hätte angesehen werden müssen.<sup>42</sup> Denn könnte der Verwender allein durch eine solche Klausel die Darlegung eines Aushandelns stützen, bestünde die Gefahr der Manipulation und der Umgehung des Schutzes der §§ 305 ff. BGB.<sup>43</sup> Da die §§ 305 ff. BGB nicht zur Disposition der Parteien stehen, sondern zwingendes Recht sind, kommt es insofern nur darauf an, ob die Kündigungsverzichtsklausel tatsächlich im Einzelnen ausgehandelt wurde – sie mithin wirklich ernsthaft vom V bzw. dem ihm zuzurechnenden M zur Disposition gestellt wurde.<sup>44</sup>

#### b) Tatsächliches Aushandeln der Kündigungsverzichtsklausel

Die Beweislast für die Frage, ob die Kündigungsverzichtsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, trifft V (siehe oben). Umstände, aus denen sich ergibt, dass V – bzw. ihr Vertreter M – bereit gewesen wäre von der Kündigungsverzichtsklausel abzurücken und dies dem X auch deutlich gemacht wurde, sind nicht bekannt. Somit gilt die Klausel nicht als im Einzelnen ausgehandelt.

#### 6. Zwischenergebnis

Bei der Kündigungsverzichtsklausel handelt es sich um eine AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB.

### II. Einbeziehung

Zur Einbeziehung der Kündigungsverzichtsklausel gelten die oben erfolgten Ausführungen zur Einbeziehung der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags entsprechend. Auch hier ist es demnach unschädlich, dass kein ausdrücklicher Hinweis der V bzw. des M auf die AGB erfolgt ist, da es sich auch bei der Kündigungsverzichtsklausel um einen integralen Bestandteil der Vertragsurkunde handelt und X daher wissen konnte, dass alles oberhalb der Zeile mit seiner Unterschrift Bestandteil des Vertrags werden soll. Andere Umstände, wegen denen die Kündigungsverzichtsklausel nicht Vertragsbestandteil geworden ist, sind nicht ersichtlich. Die Kündigungsverzichtsklausel ist somit in den Vertrag einbezogen.

### III. Wirksamkeit

Da es sich bei der Kündigungsverzichtsklausel um AGB handelt, ist diese an den Voraussetzungen der Inhaltskontrolle zu messen. Die vorliegende Kündigungsverzichtsklausel könnte wegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Demnach sind

<sup>37</sup> BGH NJW 1995, 190 ff.

<sup>38</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 2 Rn. 30.

<sup>39</sup> Schwab (Fn. 1), Teil 2 Rn. 30.

<sup>40</sup> BGH NJW 1987, 1664 ff.

<sup>41</sup> BGH NJW 1987, 1664 ff.

<sup>42</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 1725 ff.

<sup>43</sup> BGH NJW 2014, 1725 ff.

<sup>44</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 1725 ff.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, sofern sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies wäre vorliegend der Fall, wenn die Rechte des X zur jederzeitigen Kündigung durch den Kündigungsverzicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Für die Beurteilung, wo nach Auffassung des Gesetzgebers im Hinblick auf heutige Mobilitätsanforderungen allgemein die Grenze eines Kündigungsverzichts des Mieters zu ziehen ist, lassen sich der gesetzlichen Regelung des bei einer Staffelmietvereinbarung zulässigen Kündigungsausschlusses in § 557a Abs. 3 BGB Maßstäbe entnehmen.<sup>45</sup> Gem. § 557a Abs. 3 BGB kann das Kündigungsrecht des Mieters in Fällen der Staffelmiete für höchstens vier Jahre seit Abschluss der Staffelmietvereinbarung ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber geht also grds. davon aus, dass ein Kündigungsausschluss für mehr als vier Jahre die heutigen Mobilitätsanforderungen des Mieters übermäßig einschränkt. Dementsprechend stellt ein über vier Jahre liegender Kündigungsverzicht eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Interessen des Mieters dar.<sup>46</sup> Somit ist der hier zu beurteilende fünfjährige Kündigungsverzicht als unangemessene Benachteiligung des X unwirksam.

#### **IV. Ergebnis**

Bei der Kündigungsverzichtsklausel handelt es sich um nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksame AGB.

---

<sup>45</sup> BGH NJW 2011, 597 ff.

<sup>46</sup> BGH NJW 2011, 597 ff.