

Hubert Blank

**Mietrechtsberatung und Mieterrisiko
-Zurechnung falscher Rechtsberatung und ihre Folgen bis zum Wohnungsverlust-**

I. Das Urteil des BGH vom 25.10.2006 -VIII ZR 102/06

Der BGH hat mit Urteil vom 25.10.2006¹ entschieden, dass ein Vermieter zur Kündigung berechtigt ist, wenn der Mieter auf Empfehlung seines rechtskundigen Beraters die Miete unvollständig zahlt und auf diese Weise ein Zahlungsverzug im Sinne von § 543 Abs.2 Satz 1 BGB entsteht. Der Ausgangsfall ist alltäglich: Nach den Vereinbarungen im Mietvertrag hatte der Mieter eine monatliche Grundmiete von ca 420.- Euro und eine Betriebskostenvorauszahlungen von ca 157.- Euro zu zahlen. Nach dem der Mieter die Betriebskostenabrechnung erhalten hatte, suchte er die Geschäftsstelle eines Mieterschutzvereins auf, um sich beraten zu lassen. Der hierfür zuständige Mitarbeiter des Mieterschutzvereins bat den Vermieter um Übersendung von Kopien der Abrechnungsbelege. Dies lehnte der Vermieter ab. Aus diesem Grunde hat der Mieter auf Anraten des Mieterschutzvereins die Betriebskostenvorauszahlungen ab März 2004 eingestellt. Nachdem ein Rückstand von ca 1.700.-Euro entstanden war, hat der Vermieter das Mietverhältnis nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB gekündigt und den Mieter auf Räumung und Herausgabe in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen: der Mieter habe darauf vertrauen dürfen, dass er von dem Mieterschutzverein richtig beraten werde. Er habe deshalb nicht schuldhaft gehandelt.

Der BGH sieht dies anders: Nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB ist der Vermieter unter anderem dann zur ordentlichen Kündigung berechtigt, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat. Eine solche Pflichtverletzung liegt jedenfalls dann vor, wenn Zahlungsrückstände entstehen, die den Tatbestand einer fristlosen Kündigung nach § 543 Abs.2 Nr.3 BGB erfüllen. Etwas anderes gilt, wenn dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete zusteht. Hierzu hat der BGH in dem Urteil vom 8.3.2006² entschieden, dass der Mieter grundsätzlich keinen Anspruch auf Überlassung von Fotokopien der Abrechnungsbelege hat. Dem Mieter steht lediglich ein Einsichtsrecht in die Belege zu. Die ordentliche Kündigung wegen einer Pflichtverletzung setzt allerdings voraus, dass der Mieter schuldhaft han-

¹ BGH NJW 2007,428 = NZM 2007,35 = WuM 2007,24 = ZMR 2007,103.

² BGH NJW 2006,1419 = NZM 2006,340 = WuM 2006,200 = ZMR 2006,358.

delt. Hierzu führt der BGH aus, dass den Mieter zwar kein eigenes Verschulden trifft. Der Mieter muss sich aber das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen. Sucht der Mieter einen Rechtsanwalt oder einen Mieterverein auf, um sich beraten zu lassen, so ist der Berater Erfüllungsgehilfe hinsichtlich der Zahlungspflicht. Für ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen muss der Mieter wie für eigenes Verschulden einstehen. Bei dieser Rechtslage kommt es maßgeblich darauf an, ob der Mitarbeiter des Mieterschutzvereins schuldhaft gehandelt hat. In Rechtsprechung und Literatur wurden damals zur Frage des Anspruchs des Mieters auf Übersendung von Belegkopien unterschiedliche Ansichten vertreten.³ Eine obergerichtliche Entscheidung stand noch aus; das Urteil des BGH zu dieser Frage ist ca 2 Jahre nach der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ergangen. Es kann unterstellt werden, dass der Berater des Mieters diese Rechtslage gekannt hat. Er befand sich also nicht im Irrtum; vielmehr hat er sich auf eine ihm günstige Rechtsposition berufen, die im Jahre 2004 vom überwiegenden Teil der Rechtsprechung und Literatur vertreten wurde. Es war im Jahre 2004 auch nicht zu erwarten, dass sich der BGH mit der Frage des Anspruchs auf Übersendung von Belegkopien befassen würde. Das der Entscheidung vom 8.3.2006 zugrunde liegende Revisionsverfahren war im Frühjahr 2004 noch nicht anhängig. Bei dieser Rechtslage ist durchaus in Erwägung zu ziehen, ob das Verschulden des Rechtsberaters aus diesen Gründen entfällt. Dies wird vom BGH verneint: "Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte...Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage handelt bereits fahrlässig, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt..." Will der Mieter eine Kündigung vermeiden, so muss er die Miete "zumindest unter Vorbehalt... oder auf ein Anderkonto" zahlen.

Die Entscheidung des BGH ist über den entschiedenen Einzelfall hinaus von grundsätzlicher Bedeutung, weil der BGH erstmals die zur Schadenshaftung entwickelten Grundsätze über den unverschuldeten Rechtsirrtum auf die Kündigung übertragen hat. Die Frage, wie sich der Mieter bei ungeklärter Rechts- oder Sachlage zu verhalten hat, wenn er den Verlust der Wohnung vermeiden will, ist im Hinblick auf diese Entscheidung neu zu überdenken. Die Fälle einer durch Irrtum beeinflussten Rechtswahrung sind bei der Miete häu-

³ vgl. nur: Rips in: Betriebskosten-Kommentar Rdn. 1632; Langenberg in Schmidt-Futterer, 8. Aufl. § 556 Rdn 495; Blank/Börstinghaus § 556 Rdn 123 jew. m.w.Nachw.

fig. Zum einen sind viele Rechtsfragen obergerichtlich noch nicht geklärt. Zum anderen gibt es Sachverhalte, die auf Grund tatsächlicher oder rechtlicher Besonderheiten einer speziellen Bewertung bedürfen. Schließlich sind Rechtsstreitigkeiten denkbar, deren Entscheidung vom Ergebnis einer gerichtlichen Sachaufklärung abhängt.

II. Der Irrtum über die Zahlungspflicht

1. Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens

Zunächst sollen diejenigen Fälle untersucht werden, in denen der Mieter die Miete oder einen Teil der Miete mindert oder zurückbehält. Besteht die Minderungsbefugnis oder das Zurückbehaltungsrecht nicht oder nur in geringerem Umfang, so ist zu fragen, ob der Verzug entfällt, wenn sich der Mieter über die Rechts- oder Tatsachenlage im Irrtum befindet. Dieselbe Konstellation liegt vor, wenn der Mieter eine Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung oder die laufenden Betriebskostenvorauszahlungen nicht bezahlt, weil er irrtümlich davon ausgeht, dass diese formell oder materiell fehlerhaft ist.

a) Der Rechtsirrtum

Nach § 276 Abs.4 BGB kommt der Mieter nicht in Verzug, wenn die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Gemäß § 276 Abs.1 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 267 Abs.2 BGB). Der BGH hat den unverschuldeten Rechtsirrtum seit jeher als Verzugshindernis anerkannt.⁴ Allerdings sind die Anforderungen, die an einen unverschuldeten Rechtsirrtum gestellt werden, außerordentlich streng. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen und die höchstrichterliche Rechtsprechung beachten. Soweit erforderlich muss er Rechtsrat einholen.⁵ Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Schuldner mit einem Unterliegen im Rechtsstreit nicht zu rechnen brauchte.⁶ Dieser Satz ist zwar nicht dahingehend zu verstehen, dass eine dem Schuldner ungünstige Entscheidung undenkbar ist.⁷ Wer sich allerdings im Grenzbereich des rechtlich zulässigen bewegt, muss in Erwägung ziehen, dass die Gerichte die Rechtslage anders beurteilen.⁸ Das Risiko der Beurteilung

⁴ BGH Urteil vom 9.2.1951 NJW 1951,398.

⁵ BGH NJW 2001,3114.

⁶ BGH NJW 1951,398; BGHZ 72,147 = NJW 1978,2148; BGH NJW 2006,3271.

⁷ BGH NJW 1972,1054; BGH GRUR 1987,564; BGH NJW 1998,2144.

⁸ BGH NJW 1998,2144.

einer zweifelhaften Rechtslage darf keinesfalls dem Gläubiger zugeschoben werden.⁹ Deshalb liegt ein entschuldbarer Rechtsirrtum nicht bereits dann vor, wenn ein Kollegialgericht die Rechtsauffassung des Irrenden geteilt hat.¹⁰ "Wer seine Interessen trotz zweifelhafter Rechtslage auf Kosten fremder Rechte wahrnimmt, trägt grundsätzlich das Risiko einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung und handelt, wenn seine Beurteilung nicht zutrifft, im Zweifel schuldhaft".¹¹ Dies gilt auch bei schwieriger Rechtslage. Allgemein ist festzustellen, dass ein Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, wenn er sich bei ungeklärter Rechtslage auf eine dem Gläubiger nachteilige Rechtsauffassung beruft und sich diese Auffassung als unzutreffend erweist. Ob der Schuldner mit dem Eintritt eines Schadens gerechnet hat oder die Verzugsfolgen übersehen konnte, ist unerheblich.¹² Soweit ersichtlich ist aus der obergerichtlichen Rechtsprechung nur ein einziger Fall bekannt, in dem ein unverschuldeter Rechtsirrtum angenommen wurde. Der Schuldner hatte sich eine Rechtsauffassung zu Eigen gemacht, die dem Wortlaut des Gesetzes, der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der einhelligen Ansicht der Literatur entsprach. Der BGH ist in der Folgezeit von dieser Rechtsprechung abgerückt. Hier hat der BGH ausgeführt, dass der Schuldner mit einer ihm ungünstigen Beurteilung der Rechtslage nicht habe rechnen müssen.¹³

⁹ BGHZ 89,296 = NJW 1984,1028; BGH GRUR 1987,564.

¹⁰ Informativ BGH NJW 1974,1903: Zwischen dem Betreiber des Stuttgarter Flughafens und einem kleinen Luftfahrtunternehmen bestand ein Vertrag, nachdem das Luftfahrtunternehmen berechtigt war, auf der Zuschauerterrasse ein Kartenhäuschen zu betreiben dort und Flugscheine für Rundflüge zu verkaufen. Dieser Vertrag wurde vom Flughafenbetreiber gekündigt. In der Folgezeit kam es zu einem Rechtsstreit, in dem das Luftfahrtunternehmen vom OLG Stuttgart verurteilt wurde, das Kartenhäuschen zu räumen. Dieses Urteil wurde rechtskräftig. Nach der Rechtskraft dieses Urteils hat der Flughafenbetreiber dem Luftfahrtunternehmen die Durchführung gewerblicher Flüge untersagt. Das Luftfahrtunternehmen hat das Verbot für rechtswidrig erachtet und den Flughafenbetreiber auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Der BGH hat festgestellt, dass das Verbot rechtswidrig war. Auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum könne sich der Flughafenbetreiber nicht berufen: "Die rechtskräftigen Entscheidungen des OLG, mag es auch dasjenige sein, das für die nachfolgenden Prozesse zuständig ist, genügen nicht, um dem Schuldner die Gewissheit zu geben, das OLG habe die Rechtslage zutreffend beurteilt..."

¹¹ BGH GRUR 1987,564; ähnlich BGH NJW 1983,2318.

¹² BGH NJW 2001,3114.

¹³ BGH NJW 1972,1045: Der Miterbe (A) eines Grundstücks verpfändete seinen Anteil an B. Ein Gläubiger des Miterben (C) erwirkte seinerseits einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, durch den der Anteil des A gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen wurde. Das Grundstück wurde im Jahre 1963 zum Zweck der Erbauseinandersetzung versteigert; der Erlös wurde hinterlegt, weil C der Auszahlung an die Miterben und an B widersprochen hat. Auf die Klage des B wurde C ver-

b) Der Tatsachenirrtum

Der Rechtsirrtum ist begrifflich vom Tatsachenirrtum abzugrenzen. Rechtsirrtum liegt vor, wenn der Schuldner auf der Grundlage richtig erkannter Tatsachen die Rechtslage fehlerhaft bewertet. Vom Tatsachenirrtum spricht man, wenn der Schuldner von fehlerhaften Tatsachen ausgeht oder wenn er eine dem Gläubiger nachteilige Entscheidung auf der Grundlage einer unklaren oder ungesicherten Sachlage trifft. Nach der Rechtsprechung des BGH gelten für den Tatsachenirrtum dieselben Grundsätze wie für den Rechtsirrtum.¹⁴ Deshalb entfällt auch hier das Verschulden nur dann, wenn der Schuldner mit einem Unterliegen im Rechtsstreit nicht zu rechnen brauchte. Allerdings hat der BGH zugunsten eines Versicherers entschieden, dieser könne es ohne Verschulden auf einen Prozess ankommen lassen, wenn er Verdachtsmomente hat, die gewichtige Bedenken gegen das Vorliegen eines Versicherungsfalls begründen. Mit dem Grundsatz, dass sich bloße Zweifel des Schuldners nicht zu Lasten des Gläubigers auswirken dürfen, steht dieses Ergebnis scheinbar nicht im Einklang. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Verdachtsmomente verzugsausschließend wirken, wenn sie sich aus dem Verhalten des Gläubigers ergeben.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die finanziellen Nachteile, die dem Gläubiger aufgrund einer unberechtigten Zahlungseinstellung oder Minderzahlung entstehen, nach einer gefestigten Rechtsprechung vom Schuldner zu ersetzen sind. Der Schuldner hat also Verzugszinsen zu bezahlen und dem Gläubiger darüber hinaus alle weiteren Schäden zu ersetzen.

urteilt, der Auszahlung des hinterlegten Betrags einzuwilligen. Die Auszahlung erfolgte am 25.7.1969 ca 6 Jahre nach dem Versteigerungstermin. In einem weiteren Rechtsstreit hat B den C auf Schadensersatz wegen entgangenem Zinsverlust in Anspruch genommen. -- Nach § 1258 Abs.3 BGB "gebührt dem Pfandgläubiger (im Falle der Aufhebung der Gemeinschaft) das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten". Diese Regelung wurde früher allgemein dahingehend ausgelegt, dass sich das Pfandrecht nicht am Erlös fortsetzt, sondern dass dem Pfandgläubiger nur ein Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts zusteht. Auf der Grundlage dieser Rechtsauffassung bestand die Weigerung zur Freigabe des Erlöses zu Recht. Der BGH hat in der Folgezeit entschieden, dass sich das Pfandrecht am Erlösanteil kraft dinglicher Surrogation fortsetzt (BGH Urteil vom 12.5.1969 -VIII ZR 86/67 NJW 1969,1347). Auf der Grundlage dieser Auffassung war die Weigerung zur Freigabe des Erlöses rechtswidrig. Da diese Rechtsprechung erst Ende Juli 1969 veröffentlicht wurde und die Auffassung des C der bis zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen Auffassung entsprach, hat der BGH unverschuldeten Rechtsirrtum bejaht.

¹⁴ BGH R+S 1991,37.

c) Die Haftung für den Berater

Nach § 278 BGB hat der Schuldner ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfang zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Nach ganz herrschender Auffassung ist auch der Rechtsberater eines Schuldners als dessen Erfüllungsgehilfe anzusehen, wenn eine unberechtigte Zahlungseinstellung oder sonstige Pflichtverletzung auf dessen Rat erfolgt.¹⁵ Das Kammergericht hat allerdings in dem Rechtsentscheid vom 15.6.2000¹⁶ die Ansicht vertreten, dass die Regelung des § 278 BGB im Rahmen des § 564 b Abs.2 Nr.1 BGB a.F. (= § 573 Abs.2 Nr.1 BGB n.F.) nicht gelte, weil die ordentliche Kündigung ein eigenes Verschulden des Mieters voraussetze. Für die Schadenshaftung kann es indessen nicht zweifelhaft sein, dass der Schuldner für das Verschulden seines Beraters einstehen muss. Ebenso hat es der Schuldner zu vertreten, wenn er zur Aufklärung der Sachlage einen Sachverständigen einschaltet, dieser ein fehlerhaftes Gutachten erstattet und der Schuldner sodann eine geschuldete Zahlung verweigert.¹⁷

2. Recht des Vermieters zur Kündigung

Möglicherweise ist hinsichtlich der Folgen des Rechtsirrtums zwischen der Schadenshaftung des Schuldners und dem Recht des Vermieters zur fristlosen oder ordentlichen Kündigung zu differenzieren.

a) Außerordentliche fristlose Kündigung

aa) Nach § 543 Abs.2 Satz 1 BGB liegt ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung unter anderem dann vor, wenn der Mieter mit der Entrichtung der Miete in Verzug ist. Die Vorschrift enthält einen speziellen Kündigungstatbestand für den Fall des Zahlungsverzugs. Weitere Umstände als die in § 543 Abs.2 Satz 1 BGB genannten Merkmale müssen nicht vorliegen. Insbesondere bedarf es keiner zusätzlichen Prüfung nach § 543 Abs.1 BGB, ob dem Vermieter die Fortsetzung

¹⁵ BGH NJW 1972,1048; NJW 1993,648; NJW 2007,428; OLG Köln ZMR 1998,763 = WuM 1998,23,24; LG Berlin NZM 1998,573 = ZMR 1998,231; Palandt/Weidenkaff § 573 BGB Rdn.14; Häublein in: MüKomm § 573 Rdn.64; Rolfs in: Staudinger § 573 BGB Rdn.33; Reick in: Bamberger/Roth § 573 BGB Rdn.23; Grapentin in: Bub/Treier Rdn.IV 63; Haug in Emmerich/Sonnenschein § 573 Rdn.22; Lammel Wohnraummietrecht § 573 BGB Rdn. 58; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl.2007, § 543 BGB Rdn.101; F.Fischer ZMR 2004,309, 311; Wenger MDR 2000,1239.

¹⁶ KG NZM 2000,905.

¹⁷ OLG Karlsruhe NJW 2005,515.

des Mietverhältnisses zugemutet werden kann.¹⁸ Der allein auf den Verzug abstellende Kündigungstatbestand schließt die Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich aus.¹⁹ Der Schutz des Wohnungsmieters erfolgt über § 569 Abs.3 Nr. 2 BGB. Danach hat der Mieter die Möglichkeit die Wirksamkeit der Kündigung durch nachträgliche Zahlung zu beseitigen.

Die rigorose Fassung des Kündigungstatbestandes stützt die Annahme, dass die Voraussetzungen des Verzugs bei der Schadenshaftung einerseits, der Kündigung andererseits identisch geregelt sind. Anders gewendet: Wenn ein Zahlungsverzug in ausreichender Höhe vorliegt, so hat der Vermieter zum einen Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens; zum anderen ist er zur Kündigung berechtigt. Ein Irrtum über die Zahlungspflicht spielt weder für die Schadenshaftung eine Rolle, noch ist er für die Kündigungsbefugnis von Bedeutung.

bb) Das im Jahre 1923 in Kraft getretene Mieterschutzgesetz enthielt für den Fall des Rechtsirrtums eine spezielle Regelung. Nach den Regelungen des Mieterschutzgesetzes erfolgte die Vertragsbeendigung durch gerichtliche Mietaufhebung. Nach § 3 Abs.2 MSchG war eine Mietaufhebung wegen Zahlungsverzugs ausdrücklich ausgeschlossen, "...wenn der Verzug auf Unkenntnis des Mieters über den Betrag oder den Zeitpunkt der Fälligkeit des Mietzinses oder auf irrtümliche Annahme eines Aufrechnungs-, Minderungs-, oder Zurückbehaltungsrechts zurückzuführen ist, es sei denn, dass die Unkenntnis oder der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht." Die Vorschrift setzt einen „Verzug“ -also einen vom Mieter zu vertretenden Rückstand- voraus und bestimmt, dass gleichwohl keine Vertragsaufhebung stattfindet, wenn der Irrtum des Mieters über Grund oder Höhe der Zahlung entschuldbar ist. Das Mieterschutzgesetz unterschied im Falle eines durch Irrtum beeinflussten Zahlungsrückstands zwischen der Schadenshaftung und der Vertragsaufhebung. Ein Irrtum ließ die Schadenshaftung unberührt; er war lediglich dann zu beachten, wenn über die Beendigung des Mietverhältnisses zu entscheiden war.²⁰ Nach der damaligen Rechtslage waren also Fälle denkbar, in denen sich der Mieter in Zahlungsverzug befand (und aus diesem Grunde Verzugszinsen zu zahlen und

¹⁸ BGH NJW 2007,147 = NZM 2006,929 = WuM 2007,72 = ZMR 2007,98 unter Ziff 2; Kraemer DWW 2001,110,115; Zahn in: Hannemann/Wiek Handbuch des Mietrechts § 26 Rdn 4; Emmerich in: Staudinger § 543 BGB Rdn.2; Lammel § 543 BGB Rdn. 2; Kandelhard in: Herrlein/Kandelhard § 543 BGB Rdn.3; Lützenkirchen, Neue Mietrechtspraxis Rdn. 838.

¹⁹ so bereits BGH WuM 1987,317 = ZMR 1987,289.

²⁰ ähnlich Roquette, Mieterschutzgesetz § 3 Rdn.32.

einen Verzugsschaden zu ersetzen hatte) und der Vermieter gleichwohl an der Erhebung einer Aufhebungsklage gehindert war. Die Regelung in § 3 Abs. 2 MSchG hatte ihren Grund in dem damals unübersichtlichen Mietpreisrecht, das zur Folge hatte, dass der Mieter über den Betrag der zu zahlenden Miete durchaus im Unklaren sein konnte.

cc) Die Regelung des § 3 Abs.2 MSchG findet im BGB keine Entsprechung. Gleichwohl ist festzustellen, dass die instanzgerichtliche Rechtsprechung auch nach der Aufhebung des MSchG im Falle eines irrtumsbedingten Zahlungsrückstands stets zwischen der Schadenshaftung und der Kündigungsbefugnis unterschieden hat. War der Umfang der dem Vermieter zustehenden Zahlungsansprüche streitig und wurde hierüber eine Beweisaufnahme durchgeführt, so wurde angenommen, dass der Vermieter nicht wegen eines eventuellen Mieterückstands kündigen kann.²¹ Ebenso wurde die Kündigungsbefugnis verneint, wenn ein Mieter auf die Richtigkeit eines amtsgerichtlichen Urteils vertraut hat²² oder wenn er beim Mieterverein die Auskunft erhalten hat, dass er gegen die Miete mit Gegenansprüchen aufrechnen könne und die Auskunft des Mietervereins auf einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung beruht.²³ Hat der Vermieter einen auf Rechtsirrtum beruhenden Rückstand eingeklagt und zugleich Räumungsklage erhoben, so haben die Instanzgerichte regelmäßig der Zahlungsklage stattgegeben, dem Vermieter Verzugszinsen (!) zugesprochen und die Räumungsklage mit der Begründung abgewiesen, dass sich der Mieter in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden habe.²⁴

dd) In der Literatur sind vergleichbare Auffassungen nachweisbar. So wird generell die Ansicht vertreten, dass die zu § 276 BGB entwickelten Grundsätze betreffend den unverschuldeten Rechtsirrtum nicht auf die Kündigung angewendet werden können; vielmehr sei im letztgenannten Fall ein großzügiger Maßstab anzuwenden.²⁵ In diesem Sinne hat man es als ausreichend angesehen, wenn sich der Mieter über die Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens, über das Ausmaß einer Mietpreisüberhöhung, oder über die Befugnis zur Minderung irrt.²⁶ Es soll genügen, wenn der Mieter für seiner

²¹ LG Köln WuM 1976,182.

²² LG Wiesbaden WuM 1989,512; LG Berlin WuM 1989,512.

²³ LG Kiel WuM 1996,340 = NJWE-RR 1996,195 betr. Aufwendungsersatz ohne Verzug des Vermieters nach GoA.

²⁴ s dazu F.Fischer ZMR 1994,309.

²⁵ Blank in Schmidt-Futterer § 543 BGB Rdn. 102; im Ergebnis ebenso: Stornel, Mietrecht Rdn.IV 406; Klees NJW 2007,431 in ablehnender Anmerkung zu BGH NJW 2007,428.

²⁶ Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht § 543 Rdn.81.

Auffassung hinreichende Sachgründe geltend machen kann.²⁷ Bei einem Irrtum über die Minderungsquote kann das Verschulden entfallen, wenn sich die Minderung in einem vertretbaren Rahmen hält.²⁸ Ebenso soll ein Irrtum des Mieters bei schwieriger Sach- und Rechtslage entschuldigt sein.²⁹ Dabei darf der Mieter sein Verhalten nach einer überwiegend vertretenen Rechtsansicht ausrichten.³⁰

ee) In dem Beschluss vom 15.3.1989³¹ hat sich das Bundesverfassungsgericht mit dem Verhältnis des Interesses des Vermieters an einem regelmäßigen, pünktlichen und vollständigen Mieteingang und dem Interesse des Mieters an der Durchsetzung von Gegenansprüchen und Minderungsbefugnissen befasst. In dem Ausgangsverfahren hatte der Mieter die Miete wegen diverser Mängel über eine Zeit von 2 1/2 Jahren gemindert. Nachdem ein Rückstand von ca 13.500.-DM vorlag, hat der Vermieter das Mietverhältnis fristlos gekündigt und sowohl Zahlungs- als auch Räumungsklage erhoben. Das Landgericht hat der Zahlungsklage stattgegeben und die Räumungsklage abgewiesen. Zur Begründung des klagabweisenden Teils der Entscheidung ist ausgeführt, dass Auseinandersetzungen über die Berechtigung einer Minderung im Forderungsprozess auszutragen seien. Eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs sei in diesen Fällen erst gerechtfertigt, wenn der Mieter zur Zahlung verurteilt wird und gleichwohl nicht bezahlt. --Nach der Auffassung des BVerfG steht diese Rechtsauffassung mit Art 3 Abs.1 GG nicht im Einklang. Danach liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor, wenn eine gerichtliche Entscheidung unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht und damit willkürlich ist. Das BVerfG führt hierzu aus, dass der Gesetzgeber den in Fällen der vorliegenden Art bestehenden Konflikt zwischen den Interessen des Vermieters und denen des Mieters in § 554 BGB a.F. gelöst habe. Der Vermieter sei schon wegen der Lasten der Mietsache auf die pünktliche Zahlung des Mietzinses angewiesen und verdiene daher Schutz gegen Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit. Der Mieter soll andererseits "durch § 554 BGB nicht abgehalten werden, berechnigte Gegenansprüche zu stellen oder Minderungsrechte wahrzunehmen". Den wechselseitigen Interessen habe der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass dem Mieter "erst im Falle des Verzugs, d.h.

²⁷ Stempel Mietrecht aktuell Rdn.1197.

²⁸ Lammel Wohnraummietrecht § 543 BGB Rdn.110.

²⁹ Oprea in: in: Lindner-Figura/Oprea/Stellmann, Geschäftsraummieta Kap 15 Rdn.220; Grapentin in: Bub/Treier Rdn.IV 177.

³⁰ Grapentin a.a.O.

³¹ BVerfGE 80,48 = NJW 1989,1917 = ZMR 1989,255 = WuM 1989,278.

bei verschuldeter (§ 285 BGB) Unkenntnis über die Höhe des Mietzinses oder der Minderungsbefugnis, fristlos gekündigt werden darf". Dies erhalte "dem Mieter die Möglichkeit, Gegenrechte ohne Furcht vor Kündigung geltend zu machen, wenn er von ihrer Berechtigung überzeugt sein darf und bewahrt den Vermieter zugleich von dem weiteren Verbleib eines zahlungsunfähigen oder -unwilligen Mieters".

Auch diese Entscheidung könnte dahingehend interpretiert werden, dass die Irrtumsfälle im Falle der Kündigung anders zu behandeln sind als bei der Schadenshaftung. Überträgt man nämlich die für die Schadenshaftung entwickelten strengen Grundsätze über den unverschuldeten Rechtsirrtum auf die Kündigung, so bleibt für die Behauptung, der Mieter könne Gegenrechte ohne Furcht vor Kündigung geltend machen, wenn er von ihrer Berechtigung überzeugt sein darf, kein Raum. Wird dem Mieter nämlich das volle Risiko des Irrtums zugewiesen, so muss er immer dann den Verlust der Wohnung befürchten, wenn sich seine Rechtsansicht als unzutreffend erweist. Aus verfassungsrechtlicher Sicht könnte eine solche Differenzierung möglicherweise mit dem Besitzrecht des Mieters an der Wohnung begründet werden. Dieses ist durch Art 14 Abs.1 Satz 1 GG grundrechtlich geschützt.³² Eine Kündigung nach § 543 Abs.2 Satz 1 BGB wird deshalb selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Jedoch könnte eine an den jeweiligen Grundrechten der Parteien orientierte Abwägung ergeben, dass die Fälle des Irrtums bei der Kündigung anders zu bewerten sind, als bei der Schadenshaftung. Für eine solche Differenzierung könnte sprechen, dass dem Besitz der Wohnung ein gewichtiger Stellenwert beizumessen ist, hinter dem das Interesse des Vermieters an einem pünktlichen und vollständigen Mieteingang jedenfalls dann zurücktreten muss, wenn die Minderzahlung oder Zahlungseinstellung weder auf Zahlungsunfähigkeit noch auf -unwilligkeit, sondern auf Irrtum beruht.

b) Ordentliche befristete Kündigung

aa) Nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB kann der Vermieter kündigen, wenn der Mieter "seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat". Die Regelung erfasst nach ihrem Wortlaut auch die Kündigung wegen eines Zahlungsverzugs. Allerdings rechtfertigt nicht jede Pflichtverletzung die Kündigung. Erforderlich ist vielmehr, dass es sich um eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung handelt. Bei dieser Rechtslage ist zu fragen, ob ein Zahlungsverzug als unerhebliche Pflichtverletzung bewertet werden kann, wenn die

³² BVerfGE 89,1 = NJW 1993,2035 = WuM 1993,377.

Zahlungseinstellung auf einem Rechts- oder Tatsachenirrtum beruht. Der BGH stellt darauf ab, dass Pflichtverletzungen dieser Art schwerwiegend sind, weil der Vermieter das Insolvenzrisiko des Mieters zu tragen hat.³³ Man könnte im Hinblick hierauf in Erwägung ziehen, ob die Kündigungsbefugnis entfällt, wenn dem Vermieter ausreichende Sicherheiten zur Verfügung stehen oder wenn die Bonität des Mieters außer Zweifel steht. Solche Fälle sind insbesondere bei der Gewerbemiete denkbar. Die Ausführungen des BGH greifen aber zu kurz. Dies gilt insbesondere im Blick auf die Kleinvermieter, die manchmal in engen finanziellen Verhältnissen leben und deshalb die Miete für ihren Lebensunterhalt oder zur Erfüllung von Zins- und Tilgungsverpflichtungen benötigen. Insbesondere diese Vermietergruppe ist auf den pünktlichen Eingang der ungeschmälernten Miete angewiesen. Davon abgesehen haben Vermieter im Allgemeinen einen hohen Liquiditätsbedarf, weil sie aus den Mieteinnahmen die Kosten und Lasten aufbringen müssen. Auf diesem Gesichtspunkt beruht auch die oben dargestellte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Davon abgesehen, muss eine Pflichtverletzung, die nach dem Tatbestand des § 543 Abs.2 Satz 1 BGB als berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses gilt, nach der Rechtslogik auch zur ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB berechtigen.

bb) Zwischen dem Tatbestand der außerordentlichen und dem Tatbestand der ordentlichen Kündigung besteht allerdings ein wesentlicher Unterschied. In dem erstgenannten Fall kann der Mieter den Verlust der Wohnung durch nachträgliche Zahlung vermeiden (§ 569 Abs.3 Nr.2 BGB). Bei der ordentlichen Kündigung soll diese Möglichkeit nicht bestehen; eine analoge Anwendung des Nachholrechts wird von der h.M. abgelehnt.³⁴ Nach obergerichtlicher Rechtsprechung kann der Vermieter die Kündigung nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB hilfsweise neben der Kündigung nach § 543 Abs.2 Nr.3 BGB erklären.³⁵ Die nachträgliche Zahlung des Rückstands hat nach dieser Meinung zur Folge, dass die fristlose Kündigung nach § 569 Abs.3 Nr.2 BGB unwirksam wird, während die ordentliche Kündigung bestehen bleibt. Deshalb ist festzustellen, dass der Wohnungsmieter im Falle der außerordentlichen Kün-

³³ BGH FN.1 unter II 3 b-bb.

³⁴ BGH FN 1 unter II 1; BGH WuM 2005,205 = NZM 2005,334 = ZMR 2005,356; OLG Stuttgart RE 28.8.1991 WuM 1991,526 = ZMR 1991,429 = NJW-RR 1991,1487; OLG Karlsruhe RE 19.8.1992 WuM 1992,517 = ZMR 1992,488 = NJW-RR 1993,79; ebenso: Rofls in: Staudinger § 573 BGB Rdn. 38; Haug in: Emmerich/Sonnenschein § 573 BGB Rdn. 26.

³⁵ BGH WuM 2005,205 = NZM 2005,334 = ZMR 2005,356; OLG Stuttgart RE 28.8.1991 WuM 1991,526 = ZMR 1991,429 = NJW-RR 1991,1487; OLG Karlsruhe RE 19.8.1992 WuM 1992,517 = ZMR 1992,488 = NJW-RR 1993,79.

digung besser geschützt ist als bei der ordentlichen Kündigung. Dem von einer Kündigung betroffenen Mieter ist eine solche Rechtslage nicht zu vermitteln. Es wäre deshalb an der Zeit, dass der Gesetzgeber nachbessert und die Regelung in § 573 Abs.2 Nr.1 BGB dahingehend ergänzt, dass die Vorschriften in den §§ 543 Abs.2 Sätze 2 und 3, 569 Abs.3 entsprechend für die ordentliche Kündigung gelten.

III. Der Irrtum über sonstige Rechte und Pflichten

Es gibt im Mietverhältnis zahlreiche Fälle, in denen nicht die Erfüllung einer Zahlungspflicht sondern sonstige Vertragspflichten in Frage stehen. Als Beispiel soll der Fall dienen, dass der Mieter vertraglich zum Winterdienst verpflichtet ist, diese Verpflichtung aber auf Grund seines Alters nicht mehr erfüllen kann. Für diesen Fall wird von einem Teil der Rechtsprechung und Literatur die Ansicht vertreten, dass die mietvertragliche Vereinbarung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung dahingehend auszulegen ist, dass der Mieter bei dauernder Unmöglichkeit von der Verpflichtung zur Leistung frei wird.³⁶ Nach anderer Meinung zählt die Schneebeseitigungs- und Streupflicht zu den vertretbaren Handlungen, mit der Folge, dass der Mieter auch bei langer Krankheit und hohem Alter für eine Vertretung sorgen muss.³⁷ Eine obergerichtliche Entscheidung hierzu steht noch aus. Stellt der Mieter den Winterdienst ein und stürzt ein Passant auf dem nicht gestreuten Weg, so haftet der Vermieter als Träger der Verkehrssicherungspflicht für den Schaden. Will er den Mieter in Regress nehmen, so kommt es unter anderem darauf an, ob die Verweigerung des Winterdienstes als Vertragswidrigkeit zu bewerten ist. Bejaht man dies, so stellt sich die weitere Frage, ob sich der Mieter in einem schuldausschließenden Rechtsirrtum befunden hat, weil er von der Richtigkeit der ihm günstigen Rechtsmeinung ausgegangen ist. Die Frage ist für die Schadenshaftung zweifelsfrei zu verneinen: Es ist sachgerecht, dass der Mieter den Vermieter für die Folgen des Irrtums entschädigt. Eine andere Frage ist es, ob der Vermieter auf Grund der Vertragsverletzung zu Kündigung berechtigt ist. Als Kündigungsgrund kommt hier § 543 Abs.1 BGB in Betracht. Danach genügt weder das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit noch ein Verschulden. Vielmehr ist die Entscheidung auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung zu treffen. Hierbei ist zum einen das Haftungsrisiko des

³⁶ Blank/Börstinghaus *Miete* 2. Aufl. § 535 BGB Rdn.255; im Erg ebenso: AG Hamburg WuM 1986,84; AG Frankfurt WuM 1985,19; LG Darmstadt WuM 1988,300; AG Bonn ZMR 1989,498; AG Münster WuM 1995,36.

³⁷ LG Düsseldorf WuM 1988,400; LG Flensburg ZMR 1988,140; AG Bochum DWW 1988,149.

Vermieters zu berücksichtigen; andererseits ist aber auch dem Interesse des Mieters am Erhalt der Wohnung ein angemessener Stellenwert einzuräumen. Die Abwägung kann ergeben, dass das Interesse des Mieters vorrangig ist. Dies hat zur Folge, dass der Mieter zwar für den Schaden einstehen muss, der Vermieter aber gleichwohl nicht kündigen kann.

Für das Dienstverhältnis bestimmt § 626 BGB, dass ein Grund zur fristlosen Kündigung vorliegt, wenn einem der Vertragsparteien die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Auch diese Entscheidung ist von einer Interessenabwägung abhängig; die Regelung des § 626 BGB ist deshalb mit der des § 543 Abs.1 BGB vergleichbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts³⁸ ist in den Irrtumsfällen zwischen der Schadenshaftung und der Kündigung zu differenzieren. Dies hat das BAG für die Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik entschieden. Ist zweifelhaft, ob ein Streik rechtmäßig oder rechtswidrig ist, so kann sich ein Arbeitnehmer nicht auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum berufen, wenn er auf die ihm günstige Beurteilung der Rechtslage durch die Gewerkschaft vertraut. Gleichwohl hat das BAG eine auf § 626 BGB gestützte Kündigung für unwirksam erachtet und hierzu im wesentlichen ausgeführt, dass der Verlust des Arbeitsplatzes trotz des rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens des Arbeitnehmers nicht gerechtfertigt sei.³⁹

Als weiteres Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die vom BGH praktizierte Übertragung der Grundsätze über den Rechtsirrtum nur auf die Kündigung wegen eines Zahlungsverzugs nach § 543 Abs.2 Nr.3, 573 Abs.2 Nr.1 BGB passt. Dort kann die Ansicht vertreten werden, dass der Verzug im Sinne von § 286 BGB zugleich den Kündigungstatbestand des Zahlungsverzugs erfüllt. Bei allen anderen Pflichtverletzungen gelten die Grundsätze über den Rechts- oder Tatsachenirrtum nur für die Schadenshaftung, weil der Kündigungstatbestand der §§ 543 Abs.1, 573 Abs.2 Nr.1 BGB nicht vom Verzug, sondern von einer umfassenden Interessenabwägung abhängt. Ein möglicher Irrtum bei der Bewertung der Sach- oder Rechtslage schließt die Kündigung zwar nicht zwingend aus, jedoch ist ein solcher Umstand bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

IV. Einzelfälle des Irrtums bei der Erfüllung der Zahlungspflicht

³⁸ BAG NJW 1984,1371.

³⁹ BAG a.a.O.

Im Folgenden wird an Hand von einigen miettypischen Sachverhalten untersucht, welche Risiken sich für den Mieter ergeben können, wenn die Rechtswahrung auf Grund einer ungesicherten Sach- oder Rechtslage erfolgt.

1. Irrtum über den Bestand von Gegenrechten

Macht der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht geltend, so kann der Vermieter nach der Rechtsprechung des BGH zur Kündigung berechtigt sein, wenn das Gegenrecht nicht besteht und durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ein Rückstand im Sinne des § 543 Abs.2 Nr.3 BGB entsteht.⁴⁰ Dieselbe Rechtsfolge müsste nach der Rechtslogik gelten, wenn der Mieter mit vermeintlichen aber in Wirklichkeit nicht bestehenden Gegenforderungen aufrechnet. Die Übertragung der Grundsätze über den schuldausschließenden Irrtum auf die Kündigung hat zur Folge, dass der Mieter das Gegenrecht nur dann risikolos ausüben kann, wenn dessen Bestand mit Sicherheit feststeht und der Mieter mit einer abweichenden Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen braucht. Ein solcher Fall wird selten vorliegen.

Der BGH führt in dem Urteil vom 25.10.2006⁴¹ unter anderem aus, der Mieter könne den Verlust der Wohnung vermeiden, wenn er bei zweifelhafter Rechtslage auf ein Anderkonto zahlt. Hierzu ist anzumerken, dass die Zahlung an einen Dritten nur dann Erfüllungswirkung hat, wenn der Gläubiger damit einverstanden ist (§§ 362 Abs.2, 185 BGB). Es ist also eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien erforderlich. Dazu wird kaum ein Vermieter bereit sein. Fehlt es an einer Vereinbarung, so treten die Erfüllungswirkungen nicht ein, mit der weiteren Folge, dass der Mieter in Verzug gerät. In diesem Fall liegen die Kündigungsvoraussetzungen vor. Der Mieter kann zwar durch die Zahlung auf ein Anderkonto deutlich machen, dass er zahlungsfähig ist; möglicherweise wird der eine oder andere Vermieter in einem solchen Fall auch auf die Kündigung verzichten. Wesentlich ist jedoch, dass die Kündigungsbefugnis bei der Zahlung auf ein Anderkonto nicht entfällt. Die Regelung des § 543 Abs.2 Nr. 3 Satz 1 BGB lässt diese Einschränkung nicht zu. Für § 573 Abs.2 Nr. 1 BGB gilt nichts anderes. Wie oben ausgeführt, hat der Vermieter ein gewichtiges Interesse am pünktlichen und ungeschmälernten Eingang der Miete, weil er aus den Mieteinnahmen die Kosten und Lasten der Mietsache zu bestreiten hat. Durch die Beseitigung der Insolvenzgefahr wird das Kündigungsrisiko also nicht ausge-

⁴⁰ BGH FN 1.

⁴¹ BGH FN 1.

schlossen. Die Erwägungen des BGH sind in diesem Punkt un-
 schlüssig: Solange der Vermieter nicht über die Miete ver-
 fügen kann, befindet sich der Mieter in Verzug. Aus diesem
 Grunde hat er Verzugszinsen zu bezahlen. Ein Irrtum über
 die Zahlungspflicht entlastet ihn nicht. Geht man -wie der
 BGH- davon aus, dass dieselben Grundsätze bei der Kündigung
 gelten, so kann die Kündigungsbefugnis also nicht entfal-
 len, wenn die Miete auf ein Anderkonto bezahlt wird. Anders
 ist es, wenn man akzeptiert, dass für die Kündigung andere
 Grundsätze gelten als für die Schadenshaftung. Auf dieser
 Grundlage könnte die Zahlung auf ein Anderkonto das Kündi-
 gungsrisiko beseitigen. Der Mieter hätte zwar Verzugszinsen
 zu zahlen, müsste aber gleichwohl nicht mit einer Kündigung
 rechnen.

Nach gegenwärtiger Rechtslage kann der Mieter von dem Ge-
 gegenrecht nur dann gefahrlos Gebrauch machen, wenn dieses
 rechtskräftig festgestellt ist.

2. Irrtum über die Berechtigung zur Minderung der Miete

a) Fehlerhafter Rechtsrat.

Fall: In einer Wohnung ist Schimmel aufgetreten. Der Mieter sucht ei-
 nen Rechtsanwalt auf. Dieser erteilt ihm den Rat, die Miete um 1/3 zu
 mindern und in Höhe der restlichen 2/3 ein Zurückbehaltungsrecht gel-
 tend zu machen. Der Vermieter kündigt wegen Zahlungsverzug. Sodann er-
 hebt er Zahlungs- und Räumungsklage. Das Verfahren ergibt, dass der
 Mangel auf einem fehlerhaften Wohnverhalten des Mieters beruht.

Die Zahlungsklage des Vermieters hat Erfolg, weil die Min-
 derungsbefugnis nach allgemeiner Ansicht nicht besteht,
 wenn der Mangel vom Mieter verschuldet ist. In einem sol-
 chen Fall ist der Vermieter auch nicht zur Mangelbeseiti-
 gung verpflichtet; vielmehr kann er vom Mieter nach § 249
 BGB Schadensbeseitigung verlangen.⁴² Deshalb besteht auch
 kein Zurückbehaltungsrecht an der Miete. Ebenfalls haftet
 der Mieter auf Verzugszinsen und den weiteren Verzugsscha-
 den. Das Vertrauen auf die Auskunft seines Rechtsberaters
 entlastet den Mieter nicht, weil er von seinen Gewährlei-
 stungsrechten Gebrauch gemacht hat, obwohl die Sachlage un-
 geklärt war. Ein Fall des entschuldigten Tatsachenirrtums
 liegt damit nicht vor. Nach den Grundsätzen der Rechtspre-
 chung muss der Mieter auch damit rechnen, dass die Kündi-
 gung wirksam und das Mietverhältnis aus diesem Grunde been-
 det ist.

⁴² Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 535
 BGB, Rdn 89.

b) Fehlerhafte Tatsachenermittlung

Fall: Nachdem in seiner Wohnung ein Feuchtigkeitsschaden aufgetreten ist, hat der Mieter einen Sachverständigen mit der Untersuchung der Schadensursache beauftragt. Der Sachverständige kommt in seinem Gutachten zum Ergebnis, dass der Schaden auf eine unzureichende Wärmedämmung und sonstige Baumängel zurückzuführen ist. Daraufhin mindert der Mieter die Miete. Der Vermieter kündigt wegen Zahlungsverzug. Sodann erhebt er Zahlungs- und Räumungsklage. Das Verfahren ergibt, dass das Gutachten des vom Mieter beauftragten Sachverständigen fehlerhaft ist und der Mangel auf einem fehlerhaften Wohnverhalten des Mieters beruht.

Für die Zahlungsklage gelten die oben a) dargelegten Grundsätze. Hinsichtlich der Verzugsfolgen ist zu fragen, ob der Mieter auf die Richtigkeit des Sachverständigengutachtens vertrauen durfte. Ebenso wie beim Irrtum über die Rechtslage sind auch beim Irrtum über die Sachlage strenge Anforderungen an die Annahme von schuldausschließenden Umständen zu stellen.⁴³ Grundsätzlich gilt, dass ein unverschuldeter Irrtum in Fällen dieser Art nur angenommen werden kann, wenn der Schuldner mit einer anderen Tatsachbewertung nicht zu rechnen brauchte. Ein solcher Fall wird gerade in Schadensfällen der hier diskutierten Art selten vorliegen. Die Begutachtung der Ursache von Schimmelschäden ist zum einen außerordentlich schwierig, weil bei der Schadensentstehung zahlreiche Faktoren zusammenwirken können, etwa unzureichende Wandquerschnitte und Wärmebrücken, unzulässig stark abgedichtete Fensterfugen, die Möblierung sowie das Wohnverhalten des Mieters.⁴⁴ Bei der Zuweisung der Verantwortlichkeit spielen häufig auch Zumutbarkeitserwägungen eine Rolle, insbesondere beim Heizen und Lüften und der Möblierung.⁴⁵ Die Qualität der jeweiligen Sachverständigen ist zudem unterschiedlich. Deshalb kommt es nicht selten vor, dass mehrere Sachverständige zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Der Mieter oder sein Berater können deshalb den Ausgang eines möglichen Rechtsstreits nicht hinreichend sicher prognostizieren. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung muss der Mieter auch hier damit rechnen, dass die

⁴³ vgl. dazu OLG Karlsruhe NJW 2005,515: Der Gläubiger hatte einen Gebrauchtwagen erworben und im Zusammenhang hiermit einen Garantievertrag abgeschlossen. Danach hatte der Gläubiger Anspruch auf Ersatz eventueller Reparaturkosten, wenn die Reparatur auf Grund bestimmter in einem Katalog aufgeführter Umstände erforderlich war. Ein solcher Fall trat in der Folgezeit ein. Der vom Garantiegeber beauftragte Sachverständige hatte dies allerdings fehlerhaft nicht erkannt. Das Gericht hat entschieden, dass dies den Schuldner nicht entlastet.

⁴⁴ S dazu: Künzel (Hrsg) Fensterlüftung und Raumklima, Stuttgart 2006.

⁴⁵ Blank in: Künzel (Hrsg) Fensterlüftung und Raumklima, Stuttgart 2006, S. 283 m.w.Nachw.)

Kündigung wirksam und das Mietverhältnis aus diesem Grunde beendet ist.

c) Fehlerhafte Gerichtsentscheidung

Fall: Nachdem in der Wohnung ein Mangel aufgetreten ist, klagt der Mieter auf Feststellung, dass er zur Minderung berechtigt sei. Er erhält ein der Klage stattgebendes Urteil. In der Folgezeit mindert er die Miete. Der Vermieter legt gegen das Urteil des Amtsgerichts Berufung ein. Außerdem kündigt er das Mietverhältnis nach § 573 Abs.2 Nr.1. Das Landgericht kommt zum Ergebnis, dass eine Minderungsbefugnis nicht bestand.

Die Verzugsfolgen entfallen auch dann nicht, wenn ein Gericht zuvor zugunsten des Schuldners entschieden hat.⁴⁶ Wird dieser Grundsatz auf die Kündigung wegen Zahlungsverzugs übertragen, so muss der Mieter auch dann mit einer Kündigung rechnen, wenn er auf den Bestand einer gerichtlichen Entscheidung vertraut. Hat der Vermieter nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB gekündigt, so kann der Mieter den Wohnungsverlust auch dann nicht vermeiden, wenn er nachträglich zahlt, weil das Nachholrecht des § 569 Abs.3 Nr.2 BGB nach obergerichtlicher Rechtsprechung nur für die außerordentliche Kündigung gilt.

d) Irrtum über die Minderungsquote

Wird die Mietsache mangelhaft, ohne dass die Gebrauchstauglichkeit insgesamt aufgehoben ist, so hat der Mieter nach § 536 Abs.1 Satz 2 BGB „nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten“. Trotz der in der Praxis verbreiteten Minderungstabellen⁴⁷ und Berechnungsschemata⁴⁸ kann ein Rechtsstreit über die Bestimmung der angemessenen Mietkürzung kaum zuverlässig prognostiziert werden. Aus diesem Grunde stimmt der vom Mieter durchgeführte Mietabzug mit der vom Gericht zuerkannten Minderungsquote meistens nicht überein. Die Irrtumsproblematik stellt sich gleichwohl nicht, weil dem Mieter nach obergerichtlicher Rechtsprechung neben den Gewährleistungsrechten auch ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.⁴⁹ Eventuelle Fehler bei der Bemessung der Minderungsquote werden durch das Zurückbehaltungsrecht kompensiert.

3. Irrtum über Zahlungspflichten bei der Betriebskostenabrechnung

⁴⁶ BGH NJW 1974,1903; GRUR 1987,564.

⁴⁷ vgl. etwa Isenmann/Mersson, NZM 2005,88.

⁴⁸ s. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl.2007, § 536 BGB Rdn.370 ff.

⁴⁹ BGHZ 84,42 = NJW 1982,2242 = WuM 1982,874.

Fall: In einem gemischt genutzten Gebäude werden die Betriebskosten nach den jeweiligen Flächenanteilen umgelegt. Der Mieter vertritt die Auffassung dass die Betriebskostenabrechnung fehlerhaft sei: der Vermieter sei verpflichtet, die Betriebskosten der gewerblich genutzten Einheiten gesondert zu erfassen und abzurechnen. Aus diesem Grunde verweigert er die Nachzahlung. Der Vermieter macht den Zahlungsanspruch geltend; außerdem kündigt er das Mietverhältnis nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB. Die Zahlungsklage hat Erfolg, weil das Gericht zum Ergebnis kommt, dass die Voraussetzungen für die Vorweg erfassung nicht gegeben sind. Was wird mit der Kündigung ?

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die gemeinsame Kostenerfassung die Regel, die getrennte Kostenerfassung die Ausnahme.⁵⁰ Ein Ausnahmefall soll gegeben sein, wenn durch die Gewerbeflächen eine "erhebliche Mehrbelastung" verursacht wird.⁵¹ Ein Grenzwert ist der Entscheidung des BGH allerdings nicht zu entnehmen. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird vereinzelt vertreten, dass eine getrennte Erfassung erforderlich ist, wenn die Mehrkosten drei Prozent der Gesamtkosten übersteigen.⁵² Die Bestimmung solcher Grenzwerte ist allerdings willkürlich.⁵³ Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, dass der Vermieter in der Abrechnung erläutert, warum er die Kosten nicht getrennt erfasst und abgerechnet hat. Im Streitfall muss der Mieter darlegen und beweisen, dass ein Ausnahmefall vorliegt.⁵⁴ Der Mieter kann sich die für die Darlegung erforderlichen Informationen im Wege der Belegeinsicht verschaffen. Sollte der Mieter trotz Belegeinsicht zu einem sachgerechten Vortrag nicht in der Lage sein, während der Vermieter über hinreichende Informationen verfügt, so muss der Vermieter nach den Regeln der sog. "sekundären Darlegungslast" seine Kenntnisse offenlegen.⁵⁵

Aus dieser Rechtslage folgt, dass die Notwendigkeit eines Vorabzugs von Voraussetzungen abhängt, deren Ermittlung schwierig sein kann. Dass ein Fehler oder Irrtum bei der Tatsachenmittlung für die Schadenshaftung keine Rolle spielt, ist oben ausgeführt. Hier kann nur ausnahmsweise ein Entschuldigungsgrund vorliegen, so wenn der Rechtsirrtum durch tatsächliche Umstände beeinflusst worden ist, die aus der Gläubigersphäre stammen.⁵⁶ Der verständige Mieter wird damit rechnen, dass er zur Zahlung des Betriebskostensaldos einschließlich der Verzugszinsen verurteilt wird,

⁵⁰ BGH WuM 2006,200 = NZM 2006,340 = ZMR 2006,358.

⁵¹ ebenso: KG ZMR 2006,928.

⁵² LG Aachen WuM 2006,615.

⁵³ so zutreffend: Lammel WuM 2007,118.

⁵⁴ BGH WuM 2006,684 = NZM 2007,83 = ZMR 2007,101.

⁵⁵ BGH a.a.O.

⁵⁶ BGH NJW 1970,463 unter 2 b.

wenn er die Voraussetzungen des Vorwegabzugs zu Unrecht angenommen hat. Der verständige Mieter ist auch bereit, dieses Risiko zu tragen. Den Verlust der Wohnung wird er möglicherweise nicht riskieren wollen. Deshalb wäre ihm zu raten, den Betriebskostensaldo unter Vorbehalt zu zahlen und die Richtigkeit der Abrechnung im Rückforderungsprozess überprüfen zu lassen.

4. Irrtum über die Höhe der ortsüblichen Miete im Mieterhöhungsverfahren nach § 558 BGB

Nach § 558 Abs.1 Satz 1 BGB kann der Vermieter die Zustimmung zur Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Miete verlangen. Stimmt der Mieter dem Mieterhöhungsverlangen nicht zu, so kann der Vermieter auf Erteilung der Zustimmung klagen (§ 558 b Abs.2 Satz 1 BGB). Eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs muss der Mieter bei Verweigerung der Zustimmung nicht befürchten, weil die erhöhte Miete erst mit der Rechtskraft des Urteils fällig wird.⁵⁷ Denkbar ist allerdings, dass der Mieter mit der Erfüllung der Zustimmungspflicht in Verzug gerät. In dem Urteil vom 4.5.2005⁵⁸ hat der BGH zutreffend ausgeführt, dass der Mieter verpflichtet ist, einem wirksamen Erhöhungsverlangen zuzustimmen. Deshalb kann eine Pflichtverletzung vorliegen, wenn der Mieter die Zustimmung zu Unrecht verweigert. Aus diesem Grunde stellt sich die Frage, ob in diesem Fall der Kündigungsgrund des § 543 Abs.1 BGB oder § 573 Abs.2 Nr.1 BGB gegeben ist. Zwar bestimmt § 569 Abs.3 Nr.3 BGB, dass der Vermieter das Mietverhältnis wegen eines Zahlungsverzugs nicht vor dem Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen kann. Diese Schutzvorschrift gilt aber nach ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung nur für die Kündigung nach § 543 Abs.2 Satz 1 Nr.3 BGB, nicht für die Kündigung nach § 543 Abs.1 BGB. Deshalb gilt: Kündigt ein Vermieter das Mietverhältnis nach § 543 Abs.1 oder § 573 Abs.2 Nr.1 BGB mit der Begründung, dass der Mieter seine Zustimmung schuldhaft zu Unrecht verweigert hat, so ist im Einzelfall festzustellen, ob hierin eine Pflichtverletzung liegt und weiter ob aus diesem Grunde die Vertragsbeendigung gerechtfertigt ist. Bei der nach § 543 Abs.1, § 573 Abs.2 Nr.1 erforderlichen Interessenabwägung wird es eine Rolle spielen, ob der Mieter berechnete Zweifel an der formellen oder materiellen Begründetheit des Mieterhöhungsverlangens haben durfte.

⁵⁷ BGH NJW 2005,2310 = NZM 2005,496 = WuM 2005,396 = ZMR 2005,699.

⁵⁸ BGH a.a.O unter Ziff II 3.

5. Irrtum über die Berechtigung zur Mieterhöhung nach Modernisierung (§ 559 BGB).

Bei Mieterhöhungen nach § 559 BGB stellt sich das Problem, ob eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB durch § 569 Abs.3 Nr.3 BGB ausgeschlossen wird. Ist die Mieterhöhung wirksam, so schuldet der Mieter die erhöhte Miete mit Beginn des dritten Monats nach dem Zugang der Erklärung (§ 556 b Abs.2 Satz 1 BGB). Ab diesem Zeitpunkt wird die erhöhte Miete fällig; zahlt der Mieter nicht, so kommt er in Verzug. Gleichwohl kann der Vermieter gem. § 569 Abs.3 Nr.3 BGB erst nach Ablauf von zwei Monaten, berechnet ab rechtskräftiger Verurteilung des Mieters zur Zahlung, kündigen. Allerdings gilt diese Schutzvorschrift nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 569 Abs.3 BGB nur für die fristlose Kündigung nach § 543 Abs.2 Nr.3 BGB, nicht für die ordentliche Kündigung nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB. Dies führt zu dem bekannten Problem, ob die für die fristlose Kündigung geltenden speziellen Schutzvorschriften auch für die ordentliche Kündigung gelten. In der Literatur wird dies teils bejaht,⁵⁹ teils verneint.⁶⁰ Die Streitfrage ist obergerichtlich noch nicht entschieden. Jedoch hat der BGH die analoge Anwendung des § 569 Abs.3 Nr.2 BGB auf die ordentliche Kündigung verneint.⁶¹ Bei dieser Rechtslage ist der Mietbesitz gefährdet, wenn der Mieter die Zahlung des Erhöhungsbetrags verweigert, weil er Zweifel an der Berechtigung der Mieterhöhung hat, der Vermieter wegen des Verzugs nach § 573 Abs.2 Nr.1 BGB kündigt und sich in der Folgezeit ergibt, dass die Zweifel des Mieters unberechtigt waren.

V. Zusammenfassende Wertung

In den hier behandelten Fällen kommt es darauf an, wie das berechnete Interesse des Vermieters an einem vollständigen und pünktlichen Eingang der Miete mit den Interessen des Mieters an einer effektiven Rechtswahrung in Einklang zu bringen ist. Dabei ist im Grundsatz davon auszugehen, dass zweifelhaftes Rechts- oder Tatsachenfragen im Forderungsprozess auszutragen sind. Dabei ist es sachgerecht, wenn das Risiko eines Rechts- oder Tatsachenirrtums dem Schuldner zugewiesen wird. Hierauf beruht der Rechtssatz, dass an einen unverschuldeten und damit verzugsausschließenden Irrtum strenge Anforderungen zu stellen sind. Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob es gerechtfertigt ist, die Grundsätze

⁵⁹ Blank in: Schmidt-Futterer § 569 BGB Rdn.62.

⁶⁰ Lützenkirchen Neue Mietrechtspraxis Rd. 877.

⁶¹ BGH NZM 2005,334 = WuM 2005,250 = ZMR 2005,356.

der Schadenshaftung auf die Kündigung zu übertragen. Dies ist zu verneinen. Vielmehr ist eine unterschiedliche Behandlung aus dem jeweiligen Sinn und Zweck der Irrtumszurechnung herzuleiten. Dies wird vom BGH verkannt. Bei der Irrtumszurechnung geht es letztlich um die Zurechnung der Verantwortlichkeit für fehlerhaftes Verhalten. Es leuchtet unmittelbar ein, dass der Irrende das Irrtumsopfer entschädigen muss, wenn durch eine unvollständige oder verspätete Leistung ein Schaden entsteht. Dies wird der verständige Mieter auch akzeptieren. Dagegen zeigt ein Blick auf die nahezu einhellige instanzgerichtliche Rechtsprechung und die in der Literatur überwiegend vertretene Auffassung, dass der Verlust der Wohnung in den Irrtumsfällen als unangemessen empfunden wird. Hier muss im Grundsatz gelten, dass die Kündigung eines Mietverhältnisses nicht als Druckmittel zur Durchsetzung eigener Interessen bei zweifelhafter Rechts- oder Tatsachengrundlagen eingesetzt werden soll. Vielmehr muss der Mieter die Möglichkeit haben, seine Interessen ohne Kündigungsdruck wahrzunehmen. Der Vermieter ist in den meisten der in Betracht kommenden Fälle in der Lage, einen raschen Geldeingang herbeizuführen, weil ihm die Möglichkeit der Urkundenklage zu Verfügung steht.⁶²

⁶² BGH NJW 1999,1408 = NZM 1999,401 = WuM 1999,345 = ZMR 1999,380; BGH NJW 2005,2701 = NZM 2005,661 = WuM 2005,526 = ZMR 2005,773.