

Die fristlose Kündigung im Mietrecht nach Miet- und Schuldrechtsreform

Prof. Dr. Martin Häublein
Freie Universität Berlin

I. Materielle Kündigungsvoraussetzungen

1. Gesetzliche Generalklausel(n)

a) § 314 BGB als neuer Grundtatbestand der fristlosen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

Zu den Neuerungen, die das SchuReModG¹ auf dem Gebiet des allgemeinen Schuldrechts herbeigeführt hat, gehört § 314 BGB. Die Norm ist sachlich keine Erfindung des Reformgesetzgebers, sondern bildet im Wesentlichen die auch vor dem 1.1.2002 geltende Rechtslage in der lex scripta ab.²

Das Recht zur außerordentlichen, und - im vorliegenden Kontext wichtig: - fristlosen, Kündigung übernimmt unter anderem die Funktion, die bei Austauschverträgen dem Rücktritt bzw. nach altem Recht der Wandlung zukommt. Im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen kommt eine Rückabwicklung des Vertrages regelmäßig nicht in Betracht, weil die Parteien des Dauerschuldverhältnisses im Allgemeinen kein Interesse haben, wegen einer nachträglich eingetretenen Störung auch die bereits erbrachten Leistungen rückgängig zu machen.³

Folgerichtig ist die fristlose Kündigung in ihren Voraussetzungen nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft ausgerichtet.⁴ Entscheidend ist, ob – bei objektiver Betrachtung – die zukünftige Vertragsbindung zumutbar erscheint. In der Vergangenheit liegende Sachverhalte dienen also nur als Grundlage für die Zumutbarkeitsprognose. Hat man dies vor Augen, erscheint auch das auf den ersten Blick befremdliche⁵ Ergebnis gerechtfertigt, dass eine Lösung vom Vertrag umso eher zuzulassen ist, je länger die Parteien sich ursprünglich binden wollten; denn die Interessen des Kündigenden sind bei langer Bindung oft besonders nachhaltig betroffen.

b) §§ 543, 569 BGB als mietrechtliche *leges speciales*

§ 543 Abs. 1 BGB enthält den Grundtatbestand für die außerordentliche fristlose Kündigung im Mietrecht. Die Norm gilt für sämtliche Mietverträge, was aus ihrer systematischen Stellung zweifelfrei folgt. Sie verdrängt als *lex specialis* § 314 Abs. 1 BGB. Im Unterschied zur Regelung des allgemeinen Schuldrechts ist im Mietrecht das Verschulden der Vertragsparteien als Abwägungsparameter besonders hervorgehoben (s. § 543 Abs. 1 S. 2 BGB). Hierauf ist sogleich (sub c) näher einzugehen.

¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl I 3138.

² Vgl. etwa BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 185/93, ZMR 1996, 309, 311. S. auch bereits RG, Urt. v. 13.12.1918, RGZ 94, 234, 236, unter Hinweis auf dass., Urt. v. 27.2.1912, RGZ 78, 385, 389.

³ Zu den Ausnahmen vgl. BGH, Urt. v. 19.2.2002 – X ZR 166/99, NJW 2002, 1870.

⁴ *Kraemer* NZM 2001, 553, 555 f.

⁵ *Kraemer*, NZM 2001, 553, 558, bezeichnet dies als paradox.

Die in §§ 543 Abs. 2, 569 Abs. 1 bis 3 BGB benannten einzelnen Kündigungstatbestände stellen vom Gesetzgeber verbindlich festgelegte Ausformungen des allgemeinen Grundsatzes dar. Der Rechtsanwender wird also einer Abwägung i.S.d. Generalklausel enthoben. Für die Rechtsanwendung ist daraus zu folgern, dass die speziellen (benannten) Kündigungstatbestände vorrangig zu prüfen sind.⁶ Hier werden Parallelen zum auch für das Mietrecht besonders relevanten Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erkennbar, wo die Prüfung der Unangemessenheit einer Vertragsklausel ebenfalls bei den, wenn man so will: benannten, Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit anzusetzen hat.

Liegen die benannten Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor, kann grundsätzlich auf die Generalklausel zurückgegriffen werden, wobei die Einzelheiten umstritten sind. Zu Recht wird im Schrifttum auf die Gefahr hingewiesen, dass die einzelnen Merkmale der benannten Tatbestände und damit letztlich die Wertungen des Gesetzgebers „aufgeweicht“ werden könnten, wenn man trotz des Fehlens eines Merkmals auf die Generalklausel zurückgriffe.⁷ Allgemein ist daher davon auszugehen, dass bei Fehlen einer Tatbestandsvoraussetzung eines benannten Tatbestandes ein Rekurs auf § 543 Abs. 1 BGB nur dann zulässig ist, wenn weitere, über den benannten Tatbestand hinausgehende Umstände vorliegen, die die Vertragsfortsetzung unzumutbar machen. Paradebeispiel ist die Kündigung infolge rückständiger Mietzahlungen, wenn zwar die Voraussetzungen des §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 BGB nicht vorliegen, wohl aber ein Fall der fortdauernden unpünktlichen Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen aus dem Mietverhältnis gegeben ist (s. u. I. 2. b aa).⁸

Ebenfalls verdrängt wird § 314 Abs. 2 BGB, und zwar durch das in § 543 Abs. 3 BGB vorgesehene Abmahnungs-, respektive Fristsetzungserfordernis. Dennoch kommt der allgemeinen Vorschrift nach der hier vertretenen Ansicht insofern Bedeutung zu, als sie im Zusammenspiel mit anderen Regelungen des allgemeinen Schuldrechts (§§ 281, 323 BGB) einen Grundsatz erkennen lässt, der für die Auslegung mietrechtlicher Spezialvorschriften von Bedeutung sein kann (s. hierzu unter 4.).

Mit § 314 Abs. 3 und Abs. 4 BGB korrespondieren demgegenüber keine mietrechtlichen Sondervorschriften. Da sich aus der Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass es sich um ein „beredtes Schweigen“ der §§ 543, 569 BGB handelt, der Gesetzgeber die Rechtslage also nicht bewusst in Abweichung zum allgemeinen Schuldrecht ausgestaltet hat⁹, wird im Schrifttum¹⁰ zu Recht die Anwendbarkeit der Abs. 3 und 4 des § 314 BGB auf den Mietvertrag bejaht. Das bedeutet, dass auch hier etwaige Schadensersatzansprüche nicht durch die Kündigung ausgeschlossen werden und letztere nur binnen angemessener Frist wirksam ausgesprochen werden kann. Die aus § 626 Abs. 2 S. 1 BGB bekannte zweiwöchige Frist bildet die untere Grenze der dem Kündigenden zuzubilligenden Überlegungsfrist.¹¹

⁶ Statt aller: *Blank* in: Schmidt/Futterer, MietR, 8. Aufl. 2003, § 543 RdNr. 3.

⁷ *Blank* (o. Fußn. 6) § 543 RdNr. 4.

⁸ Hierzu etwa BGH, Urt. v. 23.9. 1987 – VIII ZR 265/86, NJW-RR 1988, 77, 78.

⁹ Vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 44 (Ziffer 5 zu § 543), wo lediglich eine feste Ausschlussfrist i.S.d. § 626 Abs. 2 S. 1 BGB wegen der „Vielgestaltigkeit der Mietverhältnisse“ abgelehnt wird. Eine offenere Bestimmung, wie § 314 Abs. 3 BGB sie nunmehr enthält, wurde zwar ausdrücklich nicht in das Mietrecht aufgenommen, der Rekurs auf die allgemeinen Vorschriften damit aber nicht versperrt.

¹⁰ Etwa *Blank* (o. Fußn. 6) § 543 RdNr. 5.

¹¹ Vgl. v. Hase NJW 2002, 2278, 2279.

c) Der „wichtige Grund“ als zentrales Tatbestandsmerkmal

Zentrales Tatbestandsmerkmal sowohl der allgemeinen als auch der speziellen mietrechtlichen Generalklausel ist der wichtige Grund. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird sowohl in § 314 BGB als auch in § 543 BGB jeweils in Abs. 1 Satz 2 näher umschrieben. Danach liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertrages nicht einmal bis zum Vertragsende bzw. dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zugemutet werden kann.

Bei der Feststellung der Zumutbarkeit hat das erkennende Gericht alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Das Verschulden des Mieters ist – abweichend von § 554a BGB a.F. – keine Voraussetzung einer fristlosen Kündigung; es bildet nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes (§ 543 Abs. 1 S. 2 BGB) vielmehr lediglich einen Abwägungsparameter im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung (s. aber § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Gleichwohl ist es nicht ganz zutreffend, wenn im Schrifttum konstatiert wird, „alle Kündigungstatbestände des § 543 BGB sind verschuldensunabhängig“.¹² Da § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB an den Zahlungsverzug anknüpft, wird das Verschulden des Mieters zwar vermutet (§ 286 Abs. 4 BGB), entbehrlich ist es aber keineswegs.

Aus der ausdrücklichen Erwähnung des Verschuldenskriteriums in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB wird zum Teil der Schluss gezogen, diesem komme für die Interessenabwägung ein besonderes Gewicht zu.¹³ Dem ist mit folgender Maßgabe zuzustimmen:

Fehlt es am Verschulden, kommt eine fristlose Kündigung nur selten in Betracht.¹⁴ Insofern wirkt das alte Recht (§ 554a BGB a.F.) in abgeschwächter Form nach. Liegt hingegen ein Verschulden vor, ist dieses nicht anders als im Rahmen des § 314 BGB, der das Verschulden nicht explizit als abwägungsrelevanten Umstand benennt, zu berücksichtigen; d.h. es stellt nur einen Abwägungsparameter unter anderen dar. Selbstverständlich wird grob fahrlässiges oder gar vorsätzliches Verhalten des Kündigungsgegners bei gleicher objektiver Pflichtwidrigkeit des Verletzungsverhaltens eine Kündigung eher rechtfertigen. Den Grund hierfür bildet aber nicht die Erwähnung in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB, sondern die Tatsache, dass die Vertragsfortsetzung in solchen Fällen generell weniger zumutbar erscheint.

Genaugenommen kommt daher nicht dem Verschulden, sondern dem Fehlen des Verschuldens im Mietrecht eine besondere Bedeutung zu.¹⁵

d) Systematisches Verhältnis der Kündigungstatbestände zu § 313 BGB

Legt man den Normwortlaut zugrunde, überschneiden sich Tatbestand und Rechtsfolgen der §§ 314, 543, 569, 626 BGB mit denen des § 313 BGB. Beide Rechtsinstitute stellen zentral auf die fehlende Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages ab und beide gewähren – zumindest als ultima ratio – das Recht zur Lösung vom Vertrag (vgl. § 313 Abs. 3 BGB).

¹² *Blank* (o. Fußn. 6) § 543 RdNr. 2.

¹³ *Emmerich* in: *Emmerich/Sonnenschein, Miete*, 8. Aufl. 2003, § 543 RdNr. 6.

¹⁴ Vgl. *Emmerich*, a.a.O.: „in Ausnahmefällen“

¹⁵ Vgl. *BT-Drucks.* 14/5663 S. 76, 82.

Allerdings sieht § 313 BGB in erster Linie die Anpassung des Vertrages vor und unterscheidet sich insofern wesentlich von den genannten Kündigungstatbeständen. Daraus folgt für die Rechtsanwendung zunächst einmal, dass § 313 BGB vorrangig zu prüfen ist.¹⁶ Jedes andere Ergebnis würde dazu führen, dass die in § 313 Abs. 1 und Abs. 3 BGB vorgesehene Abstufung der Rechtsfolgen leer liefe; denn – wie gesagt – ist die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung Voraussetzung beider Tatbestände. Würde man bei entsprechender negativer Fortsetzungsprognose stets den Rekurs auf § 314 BGB zulassen, wäre § 313 Abs. 1 BGB für Dauerschuldverhältnisse faktisch gegenstandslos. Es ist evident, dass dieses Ergebnis dem Gesetz, insbesondere § 313 Abs. 3 S. 2 BGB nicht gerecht würde.¹⁷

Aus diesen Überlegungen folgt für das Mietrecht unmittelbar die Frage, ob vor der Bejahung der Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung stets (zumindest gedanklich) der Versuch einer Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB vorzunehmen ist, mit dem Ziel der Beseitigung der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung. Für den größten Teil der Fälle ist dies trotz des soeben aufgezeigten Anwendungsvorrangs des § 313 BGB zu verneinen; denn beide Rechtsinstitute unterscheiden sich auf der Tatbestandsebene, ohne dass dies aus dem Gesetz klar hervorgeht.

Zutreffend hat der BGH¹⁸ eine Kündigung bzw. Anpassung des Mietvertrages unter Rekurs auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nur dann überhaupt erwogen (und in concreto auch bejaht), wenn der die Unzumutbarkeit herbeiführende Kündigungsgrund nicht „im Risikobereich des Kündigungsgegners“ liegt. In den typischen Kündigungsfällen, von denen §§ 543, 569 BGB einige benennen, beruht das Kündigungsrecht auf einem Umstand, welcher der Sphäre des Vertragspartners des Kündigenden entstammt. Dies gilt sowohl für die an das Verhalten des Vertragspartners anknüpfenden Tatbestände¹⁹ als auch für solche, die auf die Beschaffenheit der Mietsache abstellen, weil diese in den Risikobereich des Vermieters gehört.²⁰ Diese wichtige Einschränkung des Anwendungsvorrangs rechtfertigt das in der Praxis gelebte Ergebnis, in der Regel zunächst die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung zu prüfen, sofern die Kündigung – wie zumeist – auf ein Fehlverhalten des Vertragspartners gestützt wird.

Eine aus der insoweit vorrangigen vertraglichen Risikoverteilung abzuleitende Gemeinsamkeit beider Rechtsinstitute besteht hingegen darin, dass eine Lösung vom Vertrag ausscheidet, wenn der Kündigende vertraglich das Risiko der Änderung tatsächlicher Gegebenheiten übernommen hat und sich die behauptete Unzumutbarkeit

¹⁶ *Emmerich* (o. Fußn. 13) § 543 RdNr. 3 unter Hinweis auf BT-Drucks. 14/6040 S. 177.

¹⁷ Bedenken begegnet daher die Feststellung des BGH (Urt. v. 9.10.1996 – VIII ZR 266/95, BGHZ 133, 363, 369), das bei Dauerschuldverhältnissen bestehende Kündigungsrecht gehe den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor, soweit es um die Auflösung des Vertrages gehe. Diese Abgrenzung ist zu sehr an den Rechtsfolgen orientiert. Kann die Störung durch Vertragsanpassung behoben werden, fehlt es schon an den Voraussetzungen eines fristlosen Kündigungsrechts; vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 313 RdNr. 26 a.E.; ähnlich v. *Hase*, NJW 2002, 2278, 2279.

¹⁸ BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 185/93, ZMR 1996, 309, 311.

¹⁹ Zur Unanwendbarkeit des § 313 BGB bei einer durch das Verhalten einer Partei herbeigeführten Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung: BGH, Urt. v. 11.3.1993 – I ZR 27/91, NJW-RR 1993, 880, 881; BGH, Urt. v. 3.5.1995 – XII ZR 89/94, NJW 1995, 2031; s. auch v. *Hase*, NJW 2002, 2278, 2279.

²⁰ Hier ist der Vorrang der Mängelhaftungsvorschriften, die – wenn man so will – mit § 536 BGB auch für die Vertragsanpassung Sonderregelungen enthalten, zu berücksichtigen. Vertraglich Vereinbartes, wie die Soll-Beschaffenheit der Mietsache, gehört nach st. Rspr. des BGH (s. nur: BGHZ 25, 390, 392; 61, 153, 160) nicht zur Geschäftsgrundlage. Zu den Grenzen des Beschaffenheitsbegriffs: BGH, Urt. v. 16.2.2000 – XII ZR 279/97, ZIP 2000, 887 = ZMR 2000, 508.

gerade auf diese stützt.²¹ Hier zeigt sich, dass das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund und die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage eine gemeinsame Wurzel in § 242 BGB haben, auch wenn es sich mittlerweile um feststehende selbständige Rechtsinstitute handelt.²²

2. Gesetzlich benannte Beispiele

a) Zum Unterschied zwischen „benannten“ und „Regelbeispielen“

Wie dargetan wird die Generalklausel im Mietrecht durch einzelne Kündigungstatbestände ergänzt. Aus der in § 543 Abs. 2 Satz 1 BGB benutzten Wendung, „Ein wichtiger Grund liegt **insbesondere** vor, wenn ...“, folgt zweierlei:

Zum einen sind die aufgeführten Kündigungstatbestände nicht abschließend. Bei Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen kann – freilich unter Beachtung der Wertungen des Gesetzes (s.o. 1.b) – auf die Generalklausel zurückgegriffen werden.

Zum anderen sieht das Gesetz gerade keine „Regelbeispiele“ vor. D.h., die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung liegen nicht nur in der Regel, sondern stets vor, wenn der Kündigungstatbestand erfüllt ist. Man spricht daher von „benannten Beispielen“.²³

Dass der Gesetzgeber – wie zu zeigen sein wird – sein eigenes Regelungsmodell nicht konsequent durchgehalten hat und daher bei der Auslegung einzelner benannter Beispiele doch auf die Ratio des § 543 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden muss²⁴, ändert nichts an dem hier beschriebenen Ausgangspunkt.

b) Vermieterkündigungstatbestände

aa) *Vertragswidriger Gebrauch (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB)*

Anders als bisher § 553 BGB a.F. berechtigt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht mehr jeder die Rechte des Vermieters erheblich verletzende vertragswidrige Gebrauch der Mietsache den Vermieter zur Kündigung. Während nach altem Recht die erhebliche Gefährdung der Mietsache bzw. die unbefugte Gebrauchsüberlassung lediglich benannte Beispiele im Rahmen des bereits seinerseits benannten Tatbestandes des vertragswidrigen Gebrauchs waren, bilden heute nur die beiden genannten Sachverhalte den Tatbestand des benannten Kündigungsgrundes. Die übrigen Fälle des vertragswidrigen Gebrauchs (z.B. unberechtigte bauliche Veränderungen ohne Substanzgefährdung) sind daher nach Maßgabe des § 543 Abs. 1 BGB zu beurteilen, auch wenn dies die Gesetzesverfasser nicht klar vor Augen hatten.²⁵

²¹ BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 185/93, ZMR 1996, 309, 311; BGH, Urt. v. 16.2.2000 – XII ZR 279/97, ZIP 2000, 887, 890 f. = ZMR 2000, 508.

²² Kraemer NZM 2001, 553, 557.

²³ Hierzu nur: Kraemer NZM 2001, 553, 557 f.

²⁴ Hierauf wird später, sub 2. c, aa, noch näher einzugehen sein.

²⁵ BT-Drucks. 14/4553 S. 44 = NZM 2000, 415, 433: lediglich sprachliche Kürzung.

Auf einen weiteren verbalen Unterschied zum alten Recht hat *Kraemer*²⁶ im Rahmen seines Referates auf dem 3. Deutschen Mietgerichtstag hingewiesen: Da der Mieter die Vermieterrechte gerade „dadurch“ in erheblichem Maße verletzen muss, dass er die Sache unbefugt einem Dritten überlässt, könnte man meinen, die Rechtslage habe sich verändert und dem Mieter, der einen Anspruch auf Zustimmung zur Gebrauchsüberlassung (z.B. Lebensgefährten) hat, könne nicht wegen der unterlassenen Einholung der Vermietererlaubnis gekündigt werden.²⁷

Ob die Rechtsprechung dieser – im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut wohl eher feinsinnigen – Differenzierung folgen wird, erscheint in Anbetracht der jüngsten Entscheidung des BGH²⁸ zur Aufnahme von Lebensgefährten in die Mietwohnung fraglich. Zwar hatte sich das Gericht nicht mit einer Kündigung des Mietverhältnisses aus diesem Grund zu befassen; gleichwohl kommt der in dem Urteil zum Ausdruck gebrachten Ansicht, der Gesetzgeber habe die Rechtslage erkennbar nicht ändern wollen, auch im hiesigen Kontext Gewicht zu. Es ist daher bis auf weiteres davon auszugehen, dass bspw. dann, wenn der Mieter die Aufnahme des Lebensgefährten wahrheitswidrig bestreitet,²⁹ eine Kündigung gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB nach wie vor durchaus in Betracht kommt.

Dies leitet zu der Frage über, inwieweit das benannte Beispiel einen Rekurs auf § 543 Abs. 1 BGB zulässt. Ein kategorischer Ausschluss einer das Verschulden ausblendenden Abwägung jedenfalls kann im Einzelfall zu wenig überzeugenden Ergebnissen führen. So z.B., wenn der Mieter – ohne dass ihm ein Verschuldensvorwurf zu machen ist – vom Bestehen einer Untervermietungserlaubnis ausgeht, sich diese aber im Nachhinein als unwirksam erweist. Hier tauchen erste Zweifel an der Stringenz des Regelungsmodells der benannten Beispiele auf (s. hierzu auch c), aa)

bb) Zahlungsverzug des Mieters (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 BGB)

Die Änderungen in Bezug auf die Zahlungsverzugskündigung sind durchaus überschaubar. Daher hier nur kurz: § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 u. 3 BGB übernimmt den Kündigungsgrund des § 554 Abs. 1 BGB a.F. wörtlich. Der im Wohnraummietrecht ergänzend geltende § 569 Abs. 3 übernimmt in den Nrn. 1 und 2 die Regelung des § 554 Abs. 2 Nrn. 1, 2 BGB a.F. Allerdings wurde die Schonfrist für die Zahlung der fälligen Miete von bisher einem auf nunmehr zwei Monate verlängert. Schließlich übernimmt § 569 Abs. 3 S. 3 BGB die bisherige Regelung des § 9 Abs. 2 MHG.³⁰

Außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des Zahlungsverzugstatbestandes kommt eine Kündigung wegen fortgesetzter Säumigkeit gem. § 543 Abs. 1 BGB in Betracht. Hier wirkt es sich also nur in der Begründung, nicht aber im Ergebnis aus, dass der Gesetzgeber § 554a BGB a.F. nunmehr auf zwei Vorschriften, nämlich § 543 Abs. 1 BGB und § 569 Abs. 2 BGB, verteilt hat.³¹

²⁶ NZM 2001, 553, 560.

²⁷ S. *Kraemer* (vorh. Fußn.) a.a.O.; *Emmerich* in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2003, § 543 RdNr. 41. Zum alten Recht instruktiv: OLG Hamm, Beschl. v. 11.4.1997 – 30 REMiet 1/97, NJW-RR 1997, 1370 = ZMR 1997, 349.

²⁸ BGH, Urt. v. 5.11.2003 – VIII ZR 371/02, ZMR 2004, 100.

²⁹ So etwa im Fall des OLG Hamm, o. Fußn. 27.

³⁰ Hierzu anschaulich *Kraemer* NZM 2001, 553, 561: Übernahme einschließlich Redaktionsversehens.

³¹ Zur Ausstrahlungswirkung der Regelungen über die Zahlungsverzugskündigung näher sub I. 4.

c) Kündigungstatbestände zugunsten des Mieters

aa) Mängel der Mietsache (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB)

Anders als § 542 BGB a.F. schränkt § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB das Kündigungsrecht bei Bestehen „unerheblicher“ Gebrauchshinderungen oder –vorenthaltungen nicht dadurch ein, dass in diesen Fällen ein besonderes, die Kündigung rechtfertigendes Interesse des Mieters gefordert wird. Auch wenn nicht erkennbar ist, dass der Gesetzgeber damit eine Änderung der Kündigungsvoraussetzungen herbeiführen, also diese auch in Bagatellfällen zulassen wollte, würde der Normwortlaut bei konsequenter Anwendung des oben (I. 2. a) herausgearbeiteten Regelungsprinzips der „benannten Beispiele“ auf eine materiell-rechtliche Änderung hinauslaufen. Obwohl das benannte Beispiel damit der Sache nach doch den Regelbeispielen angenähert wird, verdient im Ergebnis die Ansicht Zustimmung, die unter Rekurs auf die in der Generalklausel vorgegebenen Abwägungsparameter zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Kündigung wegen nur unerheblicher Gebrauchsminderung nicht in Betracht kommt.³²

Die Kündigung gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nach der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats darüber hinaus ausgeschlossen, wenn der Mieter die Störung des vertragsgemäßen Gebrauchs zu vertreten hat; in diesen Fällen treffe den Vermieter auch keine Wiederherstellungspflicht.³³ Von Bedeutung sind die Ausführungen, die der BGH in Bezug auf die Beweislastverteilung macht. Sei der Schaden beim Mietgebrauch entstanden und Ursachen, die in den Obhuts- und Verantwortungsbereich des Vermieters fallen, ausgeräumt, trage der Mieter – wie bei § 538 BGB (§ 548 BGB a.F.) – die Beweislast dafür, dass er den Schaden nicht zu vertreten habe. Den dem Mieter danach obliegenden Entlastungsbeweis hält das Gericht dann für erfolgreich geführt, wenn dieser die Umstände widerlegt, die für ein Verschulden auf seiner Seite sprechen. Bleibt die Schadensursache letztlich ungeklärt, wird dem Vermieter oftmals nicht der Nachweis gelingen, dass sie nicht seinem Obhuts- und Verantwortungsbereich entstammt.³⁴ Sofern dieser Nachweis aber dennoch gelingen sollte, hat der Mieter auch bei ungeklärter Ursache für den Schaden einzustehen, ist also auch zur Kündigung nicht berechtigt, es sei denn, er kann sich für sämtliche in Betracht kommenden Schadensursachen entlasten.

bb) Gesundheitsgefährdung (§ 569 Abs. 1 BGB)

Der außerordentliche Kündigungsgrund der „Gesundheitsgefährdung“ beansprucht, obwohl im Untertitel 2 des Mietrechts (§§ 549 – 577a BGB) geregelt, durch die Verweisung in § 578 Abs. 2 S. 2 BGB auch Geltung für die Gewerberaummiete. Insbesondere die Mangelgrenze bei Schadstoffbelastungen gehört hier zu den virulenten Themen³⁵ und beschäftigt die Gerichte.³⁶

Bei Vorliegen eines gestuften Mietverhältnisses kann die Frage auftreten, ob auch der an und für sich nicht unmittelbar betroffene Zwischenmieter zur Kündigung berechtigt ist. Diese Frage hat der BGH nunmehr bejaht und erkannt, dass das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen gesundheitsgefährdender Be-

³² Vgl. *Emmerich/Sonnenschein* (o. Fußn. 13) § 543 RdNr. 19; *Kraemer* NZM 2001, 553, 559 f.

³³ BGH, Urt. v. 26.11.1997 – XII ZR 28/96, NJW 1998, 594 = ZMR 1998, 211.

³⁴ S. hierzu *Staudinger/Emmerich* (o. Fußn. 27) § 538 RdNr. 14 f.

³⁵ S. *Kraemer* WuM 2000, 515, 520.

³⁶ BayObLG, RE v. 4.8.1999 – RE-Miet 6/98, NZM 1999, 899.

schaffenheit der Mieträume grundsätzlich auch dem (in concreto: gewerblichen) Zwischenmieter im Verhältnis zum Hauptvermieter zusteht.³⁷

d) Störung des Hausfriedens (§ 569 Abs. 2 BGB)

Der klaren Zuordnung zu den Mieter- und Vermieterkündigungstatbeständen entzieht sich der in § 569 Abs. 2 BGB geregelte Tatbestand. In der Mehrzahl der Fälle wird es der Vermieter sein, der dem Mieter vorwirft, er störe den Hausfrieden. Erforderlich hierfür ist, dass der Mieter andere Personen des selben Hauses stört.³⁸ Eine solche Störung durch den Mieter ist allerdings zu verneinen, wenn dieser berechnete Interessen wahrnimmt, auch wenn dies den Vermieter zu belasten geeignet ist. Hierzu gehört z.B. das Gründen von Mieterinitiativen mit dem Ziel der konzertierten Wahrnehmung der Mieterinteressen dem Vermieter gegenüber, mag die erhöhte „Sensibilität“ der Mitmieter dem Vermieter auch als Störung des Hausfriedens erscheinen.

Möglich erscheint aber auch die Kündigung des Mieters wegen eines gestörten Hausfriedens. Ohne weiteres erschließt sich dies, wenn Vermieter und Mieter unter einem Dach wohnen. In Betracht kommen aber auch Fälle, in denen dem Mieter die Fortsetzung des Vertrages infolge des Verhaltens anderer Mieter unzumutbar ist. Im Schrifttum³⁹ wird die Ansicht vertreten, die zur Kündigung berechnete Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung könne nicht darin gesehen werden, dass der Mieter von anderen Hausbewohnern abgelehnt werde, etwa weil er Ausländer sei. Den Grund hierfür sieht die geschilderte Ansicht nicht in der Tatsache, dass die bloße Ablehnung eine zu geringe „Eingriffsintensität“ habe, sondern in der fehlenden Zurechenbarkeit des Kündigungsgrundes zur Einflussphäre des Vermieters.

Diese Ansicht befindet sich insoweit in Konkordanz mit der BGH-Rechtsprechung⁴⁰, als auch dieser entschieden hat, dass eine außerordentliche Kündigung in der Regel nur auf Umstände gestützt werden könne, die in der Person oder zumindest im Risikobereich des Kündigungsgegners begründet seien. Fraglich ist allerdings, ob dem Vermieter das Fehlverhalten der übrigen Mieter nicht doch zuzurechnen ist. In der Tat wird im Schrifttum⁴¹ die Ansicht vertreten, der Vermieter hafte, wie auch der Arbeitgeber, für solche Personen, die in paralleler Vertragsbeziehung zu ihm stehen (sog. Nebenparteien). Hierfür beruft sich diese Auffassung auf die leichteren Einwirkungs- und Regressmöglichkeiten des Vertragspartners. Auch wenn man berücksichtigt, dass der Vermieter nicht stets der Vertragspartner der Mitmieter seines Mieters ist, z.B. bei vermietetem Wohnungseigentum, kann seine Einwirkungsmöglichkeit doch stärker als die des Mieters sein, wie sich etwa aus § 14 Nr. 2 WEG ergibt.

Selbst dann, wenn man eine derartige Zurechnung von Drittverhalten, die selbstverständlich nicht nur das Verschulden, sondern auch die objektive Pflichtverletzung selbst umfassen würde,⁴² ablehnte, wäre eine zur Kündigung berechnete Pflichtverletzung des Vermieters dann gegeben, wenn dieser es nach entsprechender Anzeige durch den Mieter unterlässt, auf die Störer einzuwirken.

³⁷ BGH, Urt. v. 17.12.2003 – XII ZR 308/00, ZMR 2004, 338.

³⁸ *Kraemer* NZM 2002, 553, 560 m.w.N.

³⁹ *Kraemer* NZM 2001, 553, 559.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 185/93, ZMR 1996, 309, 311.

⁴¹ *Grundmann* in: Münch/Komm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 278 RdNr. 30.

⁴² *Härtig* Jura 1994, 250, 251; *Häublein* in: Münch/Komm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 573 RdNr. 52.

Ist eine solche Einwirkungsmöglichkeit ausgeschlossen und lehnt man auch eine Zurechnung des Verhaltens ab, stellt sich in aller Schärfe die Frage, ob ein bspw. wegen seiner ethnischen Zugehörigkeit von Mitmietern abgelehnter oder gar beleidigter Mieter an dem Mietvertrag festhalten muss. Dies wäre ein befremdliches und auch rechtlich nicht überzeugendes Ergebnis; denn zum einen bliebe für Störungen des Vertragsverhältnisses, die ihren tatsächlichen Grund nicht in der Sphäre des Vermieters haben, der Rekurs auf § 313 BGB (s.o.). Und zum anderen – und vor allem – findet die These vom Zurechnungserfordernis weder in § 314 Abs. 1 S. 2 noch in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB eine Stütze. Zutreffend erscheint es daher, allein darauf abzustellen, dass der vertragsgemäße Gebrauch in dem geschilderten „feindlichen Umfeld“ des Beispielfalles nicht gewährleistet ist. Auch wenn man hierin keine Entziehung des Mietgebrauchs i.S.v. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB erblicken kann, kommt eine auf § 543 Abs. 1 BGB gestützte Kündigung doch durchaus in Betracht.

3. Abmahnungs- bzw. Fristsetzungserfordernis gem. § 543 Abs. 3 BGB

a) Zweck der gesetzlichen Regelung und relevante Tatbestände

Nach der Neuregelung in § 543 Abs. 3 BGB ist eine fristlose Kündigung grundsätzlich nur zulässig, wenn eine erfolglos abgelaufene angemessene Nachfrist oder eine erfolglose Abmahnung vorausgegangen ist, sofern der wichtige Grund in der Verletzung einer Vertragspflicht besteht. Ebenso wie auch bei den Austauschverträgen das Fristsetzungserfordernis dazu dient, dem Schuldner die Möglichkeit zur Pflichterfüllung zu geben, bevor er sich dem Verlust der Vorteile aus dem Rechtsgeschäft ausgesetzt sieht, verfolgt auch § 543 Abs. 3 BGB – wie § 314 Abs. 2 BGB – den Zweck, dem Schuldner die Rückkehr in die Vertragstreue zu ermöglichen.

Im Schrifttum⁴³ wird kritisiert, dass die in dem Tatbestand angelegte Differenzierung zwischen Fristsetzung und Abmahnung Abgrenzungsschwierigkeiten zu schaffen geeignet sei. Man wird davon auszugehen haben, dass die Abmahnung in erster Linie dann tunlich ist, wenn das Verletzungsverhalten typischer Weise sofort - insbesondere durch Unterlassen – abgestellt werden kann (z.B. Lärmverursachung durch den Mieter), während das Fristsetzungserfordernis die Fälle erfasst, in denen aktives Tun zur Beseitigung des pflichtwidrigen Zustandes auch bei Beachtung der gebotenen Eile eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt.⁴⁴

Ferner wird darauf hingewiesen, dass in den Fällen, in denen ein „wichtiger Grund“ sich erst infolge der trotz Abmahnung fortgesetzten Störung ergibt, nach dem Gesetzeswortlaut eine erneute Abmahnung erforderlich wäre.⁴⁵ Da dies im Ergebnis wenig überzeugt und vom Gesetzgeber sicherlich auch nicht beabsichtigt worden ist, erscheint eine Auslegung von § 543 Abs. 3 BGB vorzugswürdig, die das „Bestehen in“ im Sinne eines „Beruhen auf“ interpretiert. Sieht man sich an einer solchen Auslegung durch den Gesetzeswortlaut gehindert, bleibt zur Vermeidung des unsinnigen mehrfachen Abmahnungserfordernisses der Rekurs auf § 543 Abs. 3 S. 2 BGB.

b) Entbehrlichkeit von Fristsetzung und Abmahnung - § 543 Abs. 3 S.2 BGB

⁴³ *Emmerich/Sonnenschein* (o. Fußn. 13) § 543 RdNr. 46.

⁴⁴ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, Das neue Schuldrecht, 2002, RdNr. 350, 517; krit. v. *Hase* NJW 2002, 2278, 2280.

⁴⁵ *Kraemer* NZM 2001, 553, 559.

Nach § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB ist die Abmahnung entbehrlich, wenn sie offensichtlich keinen Erfolg verspricht. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die Beseitigung der Störung unmöglich erscheint, der Schuldner sie also erkennbar nicht beseitigen kann, sondern auch – und gerade – dann, wenn der Schuldner sie offensichtlich nicht beseitigen will. Neben der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung wird man hierzu auch den Fall zählen können, dass der Gläubiger den Schuldner bereits einmal abgemahnt hat und erst infolge der Nichtbeseitigung der Störung der wichtige Grund für die Vertragskündigung begründet worden ist (s.o. 3.a) a.E.).

Entbehrlich ist die Abmahnung ferner bei Zahlungsverzug (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB). Dessen Eintritt ist nämlich typischer Weise von einer Mahnung gem. § 286 Abs. 1 BGB abhängig. Ist diese – wie regelmäßig im Mietrecht durch Vertrag oder nunmehr gar durch Gesetz (§ 556b Abs. 1 BGB) – infolge der kalendarischen Bestimmtheit des Leistungstermins entbehrlich, bedarf es aus den selben Gründen, die eine Mahnung entbehrlich erscheinen lassen, auch keiner Abmahnung: Dem Mieter ist der Zahlungstermin bekannt; er kann sich entsprechend darauf einrichten.

§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BGB enthält schließlich, wie § 281 Abs. 2, 2. Alt. und § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, einen allgemeinen Abwägungstatbestand, der dazu dient, auch in den von den Nrn. 1 und 3 nicht erfassten Fällen eine sofortige Lösung vom Vertrag zu ermöglichen, wenn dies die Interessen des Kündigenden gebieten. Vor allem bei besonderer Schwere des Verletzungsverhaltens (z.B. Verwirklichung von Straftatbeständen) kommt die Vorschrift zum Tragen. Darüber hinaus wird sie aber auch dann für anwendbar gehalten, wenn das Interesse des Mieters an einer Erfüllung gem. § 542 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. fortgefallen ist.⁴⁶ Der Mieter darf dem Vermieter die durch Fristsetzung zu gewährende Nachbesserungsmöglichkeit aber grundsätzlich nicht durch sofortigen Abschluss eines Deckungsgeschäfts nehmen. Ein Interessewegfall infolge anderweitiger Versorgung mit Mieträumen kommt also nur dann in Betracht, wenn der Mieter, z.B. zur Abwendung erheblicher Nachteile, darauf angewiesen war, sich sofort eine andere Mietsache zu beschaffen.⁴⁷

4. Wechselwirkungen zwischen den §§ 543, 569 BGB und § 573 BGB

a) Verschuldenserfordernis

Nicht nur für die Rechtswissenschaft von besonderem Interesse ist das Verhältnis der §§ 543, 569 BGB zu den ordentlichen Kündigungstatbeständen.⁴⁸ So wählt § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB die schuldhafte Pflichtverletzung als Anknüpfungspunkt für ein berechtigtes Kündigungsinteresse des Vermieters, was an sich den Umkehrschluss nahe legen könnte, dass die fristlose Kündigung erst Recht ein Verschulden des Mieters erfordert, wodurch ein Spannungsverhältnis zum Wortlaut des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB⁴⁹ entstünde. Indes wird § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB - zu Recht - nicht als Regelung verstanden, die das ordentliche Kündigungsrecht des Vermieters im Falle einer Mieterpflichtverletzung abschließend regelt. Verletzt der Mieter eine Vertragspflicht ohne dass ihn ein Verschuldensvorwurf trifft, kommt gleichwohl eine ordentliche Kündigung gem. § 573 Abs. 1 BGB in Betracht; denn die benannten Beispiele des Abs. 2 sind

⁴⁶ *Emmerich/Sonnenschein* (o. Fußn. 13) § 543 RdNr. 53.

⁴⁷ Vgl. *Staudinger/Emmerich* (o. Fußn. 27) § 543 RdNr. 81.

⁴⁸ Zum Folgenden s. auch: *Häublein* (o. Fußn. 42) § 573 RdNr. 58.

⁴⁹ Vgl. hierzu bereits oben, I. 1.c).

auch im Rahmen des § 573 BGB nicht abschließend („insbesondere“). Freilich darf die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Kündigung infolge einer „nicht unerheblichen“ Vertragsverletzung mit dem Verschuldenserfordernis verknüpft hat auch nicht ignoriert werden, weshalb zu fordern ist, dass die Pflichtverletzung mehr als „nicht unerheblich“ (sprich: von größerem Gewicht) sein muss, damit der Vermieter ungeachtet des fehlenden Verschuldens gem. § 573 Abs. 1 BGB zur Kündigung berechtigt ist. Dies muss dann auch – erst recht – für die fristlose Kündigung gelten.

b) Pflichtverletzung und Abmahnungserfordernis

Andererseits kommt den §§ 543, 569 BGB auch bei der Bestimmung der Voraussetzungen einer ordentlichen Vermieterkündigung Bedeutung zu. Eine nicht unerhebliche Verletzung vertraglicher Pflichten nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist stets gegeben, wenn die Pflichtverletzung den Vermieter zur fristlosen Kündigung gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB berechtigen würde. Im Rahmen des § 573 BGB kommen aber auch Pflichtverletzungen von geringerem Gewicht in Betracht.⁵⁰ Das auf der Rechtsfolgenseite zwischen den Kündigungstatbeständen bestehende Stufenverhältnis⁵¹, muss auch auf der Tatbestandsseite seinen Niederschlag finden muss. Für die ordentliche Kündigung kommt es daher nicht darauf an, ob dem Vermieter die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist.

Obwohl die in den §§ 543, 569 BGB benannten Kündigungsgründe also keine die Kündigung gem. § 573 BGB verdrängenden Spezialvorschriften sind, müssen deren Wertungen doch für die ordentliche Kündigung berücksichtigt werden, um Widersprüche im System der Kündigungsvorschriften zu vermeiden. Umstritten⁵² ist etwa, ob auch der ordentlichen verhaltensbezogenen Kündigung eine Abmahnung vorauszugehen hat. Es spricht einiges dafür, den nicht nur in § 543 BGB sondern auch außerhalb des Mietrechts⁵³ zum Ausdruck gebrachten Gedanken zu verallgemeinern, d.h. eine Lösung vom Vertrag nur dann zuzulassen, wenn dem Mieter – ggf. unter Setzung einer Nachfrist⁵⁴ – die Möglichkeit gewährt wurde, die Vertragsbeendigung durch Verhaltensänderung zu verhindern.⁵⁵ Für die Praxis von untergeordnetem Interesse ist hierbei sicherlich die methodische Frage, ob dieses Ergebnis durch analoge Anwendung des § 543 Abs. 3 BGB oder eine gesetzesübersteigende Gesamtanalogie⁵⁶ herbeizuführen ist.

Selbst wenn man der hier vertretenen Ansicht nicht folgt, ist auch vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung die Abmahnung des Mieters empfehlenswert, weil die Rechtsprechung der vor der Kündigung ausgesprochenen Abmahnung große Bedeu-

⁵⁰ *Rolfs* in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2003, § 573 RdNr. 28 unter Hinw. auf BT-Drucks. IV/1549 S. 8.

⁵¹ Fristlose Kündigung auch bei vereinbartem Kündigungsausschluss einerseits, fristgebundenes ausschließbares Kündigungsrecht andererseits.

⁵² Vgl. nur *Rolfs* (o. Fußn. 50), wo es zunächst heißt, eine Abmahnung sei grundsätzlich nicht erforderlich, dann aber wenig später (§ 573 RdNr. 39) festgestellt wird, bei Verstößen, die nicht gem. § 543 zur fristlosen Kündigung berechtigen, sei eine Abmahnung zu verlangen.

⁵³ Vgl. § 314 BGB sowie für Austauschverträge §§ 281, 323 BGB.

⁵⁴ S.o. I. 3.a); anders v. *Hase* NJW 2002, 2278, 2280: bei fortdauernder Pflichtverletzung Nachfrist erforderlich.

⁵⁵ Für Abmahnung etwa *Derleder* in: AK-BGB, 1979, § 564b aF RdNr. 13 aE.; *Blank* (o. Fußn. 6) § 573 RdNr. 25; *Sternel* ZMR 1986, 181, 183; nunmehr auch *Lützenkirchen* MDR 2001, 1385, 1391 f.; aA OLG Oldenburg, RE v. 18.7.1991 – 5 UH 2/91, ZMR 1991, 427; *Grapentin* in: Bub/Treier, Handbuch, 3. Aufl. 1999, IV RdNr. 62; *Palandt/Weidenkaff* (o. Fußn. 17) § 573 RdNr. 13; *Schläger* ZMR 1991, 41, 47.

⁵⁶ Zur Gesamtanalogie und deren Voraus. im Rahmen einer gesetzesimmanenten oder –übersteigenden Rechtsfortbildung vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 204 f., 245 ff.

tung bei der Ermittlung des Gewichts der Vertragsverletzung zumisst.⁵⁷ Jedoch ist wegen des mittlerweile entfallenen Erfordernisses einer Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 S. 1 aF) die wirksame Kündigung nicht von einer qualifizierte Abmahnung abhängig.⁵⁸

Gegen das Abmahnungserfordernis kann nicht überzeugend vorgebracht werden, dem Vermieter müsse das Recht zustehen, bei schwerer, schuldhafter Pflichtverletzung des Mieters auch ohne Abmahnung kündigen zu können.⁵⁹ Dieser Einwand würdigt nicht, dass diese Möglichkeit besteht, weil selbst bei einmaligen Verstößen eine Kündigung ohne Abmahnung erklärt werden kann, wie § 543 Abs. 3 S. 2 BGB zeigt. Auch das Fehlen eines Abmahnungserfordernisses bei besonders gravierenden Pflichtverletzungen lässt sich auf einen allgemeinen Grundsatz zurückführen. Dies belegen die §§ 281 Abs. 2, 2. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 3 sowie die Verweisung in § 314 Abs. 2 S.2 BGB. Allgemein lässt sich sagen, dass eine abmahnungsfreie Kündigung gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zulässig ist, wenn die Abmahnung eine bloße Förmerei wäre, was insbesondere der Fall ist, wenn der Mieter ernsthaft und endgültig ein vertragsgerechtes Verhalten verweigert hat (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB). Bei einer Kündigung wegen Zahlungsverzuges allerdings wird man eine Abmahnung nur dann für entbehrlich halten können, wenn man dem Mieter die Möglichkeit zubilligt, den Kündigungsgrund durch spätere Zahlung zu beseitigen. Die Regelung des § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB steht vor dem Hintergrund des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, der dafür sorgt, dass der Mieter nicht „ungewarnt“ den Mietbesitz verliert.

c) Zahlungsverzugskündigung

Das zuletzt aufgeworfene Problem ist unmittelbar mit der Frage verknüpft, wie sich die detaillierten Regelungen über die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs auf die ordentliche Kündigung auswirken. Dies betrifft sowohl die Höhe des notwendigen Rückstandes als auch die Möglichkeit einer „Heilung“ durch Zahlung innerhalb zweier Monate nach Rechtshängigkeit (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

Die h.M.⁶⁰ lehnt eine Analogie ab, überzeugt jedoch nicht. Sofern sie sich mit dem Argument, der Gesetzgeber habe bei Einführung des § 564b BGB aF (§ 573 BGB) darauf verzichtet, die Kündigungsvoraussetzungen und Folgen an die älteren Vorschriften über die außerordentliche Kündigung anzugleichen, auf das Fehlen einer Regelungslücke beruft⁶¹, muss beachtet werden, dass das Gesetz den Zahlungsverzug als ordentlichen Kündigungsgrund gar nicht näher ausgestaltet. Daraus zieht nun aber auch die h.M. nicht die Konsequenz, eine ordentliche Zahlungsverzugskündigung sei ausgeschlossen, weshalb die Argumentation auf schwachen Füßen steht.

Nicht durch die Entstehungsgeschichte zu belegen ist darüber hinaus die Behauptung, die Möglichkeit, die Folgen der Kündigung durch Zahlung rückgängig zu machen, sei (allein) deswegen gewählt worden, weil auch die unverschuldete, aber

⁵⁷ Vgl. OLG Oldenburg, RE v. 18.7.1991 – 5 UH 2/91, ZMR 1991, 427.

⁵⁸ Vgl. v. Hase NJW 2002, 2278, 2280. Diese Frage für die außerordentl. Kündigung offenlassend: *Kraemer* NZM 2001, 553, 559.

⁵⁹ Etwa OLG Oldenburg, RE v. 18.7.1991 – 5 UH 2/91, ZMR 1991, 427.

⁶⁰ OLG Stuttgart, RE v. 28.8.1991 – 8 REMiet 2/91, NJW-RR 1991, 1487 = ZMR 1991, 429; OLG Karlsruhe, RE v. 19.8.1992 – 3 REMiet 1/92, NJW-RR 1993, 79 = ZMR 1992, 488; *Nies* NZM 1998, 398, 400; *Rolfs* (o. Fußn. 50) § 573 RdNr. 38; *aA Blank* (o. Fußn. 6) § 573 RdNr. 32; *Derleder* (o. Fußn. 55) § 564b a.F. RdNr. 15; *Franke* ZMR 1992, 81.

⁶¹ So expressis verbis etwa OLG Karlsruhe (o. Fußn. 60).

gleichwohl zu vertretende⁶² Zahlungsunfähigkeit zur außerordentlichen Kündigung berechtige, während die ordentliche Kündigung ein Verschulden erfordere.⁶³ Überzeugender ist es daher, in den Mittelpunkt der Betrachtung die Überlegung zu rücken, dass der Gesetzgeber in den §§ 543, 569 BGB eine verbindliche Interessenabwägung für den Fall einer allein (!) auf den Zahlungsverzug gestützten Kündigung vorgenommen hat. Das Interesse des Vermieters ist mit der Zahlung befriedigt, der Kündigungsgrund entfallen. Dies gilt auch für die ordentliche Kündigung zu.

Sofern aber weitere Umstände hinzu treten, die ein Kündigungsinteresse des Vermieters begründen, kommt eine ordentliche Kündigung auch bei geringerem Rückstand in Betracht.⁶⁴ Zahlt der Mieter etwa über einen längeren Zeitraum nur schleppend, aber immer so, dass er die gesetzliche Kündigungsgrenze nicht erreicht, kann eine Kündigung gerechtfertigt sein. Ist der Vermieter auf die pünktliche Mietzahlung angewiesen, kann auch dies ein berechtigtes Kündigungsinteresse begründen. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine Besonderheit der ordentlichen Kündigung. Auch ein außerordentliches Kündigungsrecht kann in Betracht kommen. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 569 Abs. 3 BGB regelt eben nur die Voraussetzungen einer allein auf die Höhe des Zahlungsverzuges gestützten Kündigung.

Bei derartigen Kündigungen spricht für die hiesige Ansicht zum einen die größere Rechtssicherheit im Hinblick auf die Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung. Gegen die h.M. sprechen zum anderen (und vor allem) die erzielten Rechtsfolgen: So könnte der Vermieter bei entsprechendem Zahlungsrückstand außerordentlich und hilfsweise ordentlich kündigen.⁶⁵ Zahlt der Mieter die Miete gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB verspätet, so würde damit zwar die außerordentliche Kündigung unwirksam, nicht aber die ordentliche. Dem Mieter würde nicht nur der Anreiz zur Zahlung genommen⁶⁶, sondern auch das nicht zuletzt durch die Verlängerung der Frist in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB um einen Monat (s.o. I. 2.b) bb) zum Ausdruck gebrachte Ziel der Gesetzgebers⁶⁷ verfehlt, dem zahlenden Mieter seine Wohnung zu erhalten.

Diesem wenig überzeugenden Ergebnis versucht die Gegenansicht⁶⁸ dadurch zu entgehen, dass sie die spätere Zahlung auf der Tatbestandsseite berücksichtigt wissen möchte. Dies ist in zweierlei Hinsicht bedenklich: Zum einen fehlen subsumtionsfähige Kriterien, was zu Rechtsunsicherheit führt. Zum anderen widerspricht die Berücksichtigung nachträglicher Umstände der allgemeinen Prämisse, das für das Bestehen des Kündigungsgrunds der Zeitpunkt der Erklärung maßgeblich ist.⁶⁹ Soll von diesem Grundsatz zugunsten einer ex post anzustellenden Interessenabwägung abgewichen werden, bedarf es einer entsprechenden Regelung, wie sie § 569 Abs. 3 BGB beinhaltet. Bei Heranziehung dieser Norm existiert zugleich eine zeitliche Grenze für die Berücksichtigung nachträglicher Mieterzahlungen, was ebenfalls dem Rechtsanwender nützt.

⁶² Vgl. § 279 BGB aF bzw. § 276 Abs. 1 BGB. Hierzu auch *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 17) § 276 RdNr. 28.

⁶³ Vgl. OLG Stuttgart und OLG Karlsruhe (jew. Fußn. 60).

⁶⁴ Vgl. auch OLG Oldenburg (o. Fußn. 59), dass der „bewussten unpünktlichen Mietzahlung“ i.S. einer vorsätzlichen Pflichtverletzung besondere Bedeutung beimisst.

⁶⁵ S. *Nies* NZM 1998, 398, 399.

⁶⁶ So zu Recht: *Derleder* (o. Fußn. 55) § 564b aF RdNr. 15.

⁶⁷ Vgl. RegBegr. zum MietRRefG BT-Drucks. 14/4553 S. 64 = RefE. NZM 2000, 447.

⁶⁸ Statt vieler: *Rolls* (o. Fußn. 50) § 573 RdNr. 38; ähnlich die in Fußn. 60 zitierten Oberlandesgerichte

⁶⁹ Vgl. *Gaier* in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 314 RdNr. 23; *Grüneberg* in: Bamberger/Roth, BGB 2003, § 314 RdNr. 15.

II. Formelle Voraussetzungen der Kündigungserklärung

1. Form und Zugang der Kündigungserklärung

Für die fristlose Kündigung gilt im Wohnraummietrecht das Formerfordernis des § 568 BGB, mit der Folge der Anwendbarkeit des § 126 BGB. Da es sich hierbei nicht um eine Besonderheit der außerordentlichen Kündigung handelt, sollen die mit der gesetzlichen Schriftform einhergehenden Probleme an dieser Stelle nicht vertieft werden.⁷⁰

Gleiches gilt für den Zugang der Kündigungserklärung, auf die die allgemeinen Regeln über einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen Anwendung finden. Bei der Frage, wann die Erklärung dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, das bei gewöhnlichem Verlauf mit dessen Kenntnisnahme zu rechnen war, stellt der BGH im Interesse der Rechtssicherheit nicht auf die individuellen Verhältnisse des Adressaten, sondern auf die Verkehrsanschauung ab.⁷¹

2. Angabe des wichtigen Grundes im Kündigungsschreiben

Der zur Kündigung führende Grund ist in dem Kündigungsschreiben gem. § 569 Abs. 4 BGB derart zu benennen, dass der Vertragspartner ersehen kann, auf welchen tatsächlichen Umstand die Kündigung gestützt wird.⁷² Ein Verstoß führt zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 134 BGB. Es gilt insofern nichts anderes als bei § 573 Abs. 3 S. 1 BGB⁷³, der freilich einen Begründungszwang nur zu Lasten des Vermieters postuliert.

Das BVerfG stellt mit Recht das Informationsinteresse des Mieters in den Mittelpunkt der Betrachtung.⁷⁴ Anzugeben ist der wesentliche Lebenssachverhalt in seinen groben Zügen. Der Kündigungsgrund ist so zu beschreiben, dass er identifiziert und von anderen Lebenssachverhalten und -vorgängen unterschieden werden kann. Es ist daher rechtsfehlerhaft, vom Vermieter im Kündigungsschreiben eine den prozessualen Anforderungen entsprechende Substantiierung zu verlangen, weil das gerichtliche Verfahren dem Mieter ausreichend Schutz bietet und der Umfang einer hinreichenden Substantiierung auch vom etwaigen Bestreiten des Mieters abhängig ist.⁷⁵ Der Vermieter muss in dem Schreiben daher auch nicht Beweis für die geltendgemachten Gründe antreten oder mögliche Einwendungen des Mieters ausräumen.⁷⁶

In hier interessierenden Kontext hat der BGH⁷⁷ jüngst entschieden, dass der Vermieter, der das Wohnraummietverhältnis fristlos wegen Zahlungsverzuges (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB) kündigt, jedenfalls bei klarer und einfacher Sachlage seiner Pflicht

⁷⁰ Allg. hierzu: *Schilling* in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 568 RdNr. 3 ff. Zur Telefaxkündigung bei vereinbarter Schriftform im Gewerberaummietrecht jüngst: BGH, Urt. v. 21.1.2004 – XII ZR 214/00, ZMR 2004, 344.

⁷¹ Vgl. BGH, vorh. Fußn., zur Kündigung im Gewerberaummietrecht.

⁷² BT-Drucks. 14/5663 S. 82: „keine zu hohen und übertrieben formalistischen Anforderungen“; 14/4553 S. 91.

⁷³ Hierzu *Häublein* (o. Fußn. 42) § 573 RdNr. 94 ff.

⁷⁴ S. jüngst: BVerfG, Kammerbeschl. v. 3.2.2003 – 1 BvR 619/02, NZM 2003, 592.

⁷⁵ BVerfG, Kammerbeschl. v. 4.6.1998 – 1 BvR 1575/94, NJW 1998, 2662 = ZMR 1998, 685; NZM 2003, 592; aA *Blank* (o. Fußn. 6) § 573, RdNr. 246 aE.

⁷⁶ Vgl. *Reick* in: Bamberger/Roth, BGB 2003, § 573 RdNr. 129 m. Nachw. zur Gegenansicht.

⁷⁷ BGH, Beschl. v. 22.12.2003 – VIII ZB 94/03, ZMR 2004, 254.

zur Angabe des Kündigungsgrundes genügt, wenn er in dem Kündigungsschreiben den Zahlungsverzug als Grund benennt und den Gesamtbetrag der rückständigen Miete beziffert. Die Angabe weiterer Einzelheiten wie Datum des Verzugesintritts oder Aufgliederung des Mietrückstandes für einzelne Monate sei entbehrlich.

III. Resümee

Wie eigentlich bei allen Reformwerken der jüngsten Zeit, hat der Gesetzgeber auch bei den hier behandelten Neuregelungen die letzte Detailgenauigkeit vermissen lassen. Neben den aufgezeigten kleineren Verwerfungen sei auf die – an sich überflüssige – Regelung des § 569 Abs. 5 S. 2 BGB hingewiesen. Da auch bei der ordentlichen Kündigung offenkundig niemand daran zweifelte, dass über die gesetzlich geregelten Kündigungsgründe hinausgehende zu Lasten des Mieters nicht wirksam begründet werden können, § 573 Abs. 4 BGB dies also folgerichtig nicht ausdrücklich ausspricht, bestand auch bei der fristlosen Kündigung kein Regelungsbedarf. Eine durchaus ärgerliche Redundanz.

Gleichwohl fällt das Fazit positiv aus. Zwar können nach wie vor nur die wenigstens Rechtsunterworfenen ihre Rechte und Pflichten unmittelbar dem Gesetz entnehmen; jedoch war dieses Ziel wohl von vornherein kein ernstzunehmendes. Entscheidend ist vielmehr, dass die - bislang stark verstreuten - Regelungen über die Kündigung von Mietverhältnissen nunmehr systematisch nachvollziehbar geordnet und damit insgesamt für den Rechtsanwender besser zu handhaben sind. In der Natur der Sache liegt es, dass die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung nur durch eine Generalklausel erschöpfend gesetzlich determiniert werden können. Zu wünschen bleibt, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen benannter Kündigungsgründe künftig so fassen möge, dass ein – an sich unzulässiger – Rekurs auf die Generalklausel überflüssig wird und ferner, dass die benannten Tatbestände stärker mit den Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung abgestimmt werden.