

Zahlungsverzug im Mietrecht

Der Zahlungsverzug im Mietrecht eröffnet ein weites Spektrum. Seine Ursachen und seine Eindämmung sind sozial ausgerichtete Themen, Bekämpfung von Mietnomaden ein parteipolitisches Schlagwort und Mietschuldenberatung eine zunehmend als Aufgabe begriffene Herausforderung der Wohnungswirtschaft. Die mietrechtliche Befassung mit diesem Thema beschränkt sich im Wesentlichen auf einige Aspekte zu der Kernfrage, welche Auswirkungen der Zahlungsverzug auf den Bestand des Mietverhältnisses hat.

I. Voraussetzungen des Zahlungsverzugs

Hier geht es zunächst um den Verzug des Mieters mit der Zahlung des Mietzinses.

1. Fälligkeit

Die Regelung über die Vorfälligkeit des Mietzinses in § 556b Abs. 1 BGB entspricht der Formularpraxis vor Inkrafttreten des MRRG am 1.9.2001. Insofern scheint sich für die Praxis wenig geändert zu haben. Gleichwohl ergeben sich Auslegungsprobleme. Die Neuregelung lässt offen, ob die Miete am Ersten des Monats fällig wird, der Mieter aber nicht vor Ablauf des 3. Werktages in Verzug gerät, oder ob die Fälligkeit erst am 3. Werktag eintritt. Bedeutung hat diese Frage für die Beurteilung, ob bei einem Verzug die Zahlungsrückstände und das laufende Entgelt noch innerhalb der Schonfrist gezahlt worden sind. Die erstere Variante entspricht dem Auslegungsergebnis zur Vorfälligkeitsklausel bis zum Inkrafttreten des MRRG.¹ Für die letztere Auffassung sprechen die Gesetzesmaterialien,² wobei die Vorstellungen des Gesetzgebers auch in der amtlichen Überschrift der Norm zum Ausdruck gelangt ist.³ Auch in diesem Zusammenhang ist die Streitfrage bedeutsam, ob der Samstag als Werktag mitzuzählen ist. Das wird allenfalls dann zu verneinen sein, wenn der 3. Werktag auf einen Samstag fällt, weil an diesem Tag kein Bankverkehr möglich ist.⁴ Nach Auffassung des BGH ist bei der Karenzzeit für die ordentliche Kündigung der Samstag jedenfalls dann mitzuzählen, wenn nicht der letzte Tag der Karenzzeit auf einen Samstag fällt.⁵

Erweist sich jedoch die in einem vor dem 1.9.2001 abgeschlossenen Mietvertrag formularmäßig vereinbarte Vorfälligkeit als unwirksam, so verbleibt es in diesen Vertragsverhältnissen bei der Regelung in § 551 BGB a.F., nach der der Mietzins postnumerando zu zahlen ist (Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB). Die Unwirksamkeit kann sich insbesondere aus einem Zusammentreffen der Vorfälligkeitsklausel mit Aufrechnungsausschlüssen oder –beschränkungen

¹ KG GE 1999, 715.

² Begründung der Bundesregierung zum MRRG, Bundestags-Drucks. 14/4553 S. 52.

³ S. zu § 556b BGB; Blank/Börstinghaus *Miete*, 3. Aufl., Rn. 2; Schmidt-Futterer/Langenberg *Mietrecht*, 9. Aufl., Rn. 4; Staudinger/Weitemeyer, *Bearb.* 2006, Rn. 15.

⁴ Wie hier: Staudinger/Weitemeyer *BGB § 556b Rn.*, 14; weitergehend Schmidt-Futterer/Langenberg *BGB § 556b Rn.* 4; ablehnend jeweils zu § 556b BGB: Blank/Börstinghaus *Rn.* 5; Fischer-Dieskau/Pergande/Franke, *Wohnungsbaurecht*, Loseblatt-Kommentar *BGB § 556b Anm.* 4.3.3.

⁵ BGH *NZM* 2005, 532 = *WuM* 2005, 465; s. auch BGH *MDR* 2005, 798 = *WuM* 2005, 465 zur Unanwendbarkeit des § 193 BGB auf Kündigungsfristen.

ergeben, die sich (auch) auf Rückforderungsansprüche des Mieters wegen geminderter Miete beziehen.⁶ Diese Wertung beruht auf der Unabdingbarkeit der Mietminderung für die Wohnraummiete (§ 537 Abs. 3 BGB a.F. = § 536 Abs. 4 BGB). An ihr hält der BGH fest, schränkt sie jedoch für den Fall ein, dass die Rückforderungsansprüche des Mieters nach dem Klauselinhalt erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig werden sollen; solche Klauseln sind also wirksam.⁷

Rechtzeitigkeit Klauseln schließen den Einwand des Mieters aus, die Zahlung beizeiten auf den Weg gebracht zu haben. Sie sind nach h.M. wirksam.⁸ Hiergegen bestehen Bedenken; denn bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung kann für den Mieter der Eindruck erweckt werden, auch für ein Verschulden der Bank des Vermieters einstehen zu müssen.⁹

2. Einreden des Mieters

Steht dem Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 BGB zu, so soll nach h.M. ein Verzug schon aufgrund ihres Bestehens ausgeschlossen sein, ohne dass sich der Mieter hierauf berufen müsse. Das Gleiche ist für die Einrede der Verjährung angenommen worden.¹⁰ Zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat der BGH einschränkend ausgeführt, dass die Einrede zwar nicht ausdrücklich erhoben werden müsse, der Mieter aber deutlich machen müsse, die eigene Leistung zurückzuhalten, weil die Gegenleistung ausgeblieben sei; das sei nicht der Fall, wenn er sich auf eine Mietminderung oder eine Aufrechnung berufe.¹¹ Damit verliert der Mieter allerdings nicht die Einrede gegenüber künftigen Mietzinsansprüchen; denn ihr Bestand ist an den Erfüllungsanspruch geknüpft. Solange dieser besteht, ist auch die Einrede aus § 320 BGB gegeben. Aus Treu und Glauben lässt sich selbst ausnahmsweise nichts anderes ableiten; denn zu berücksichtigen ist, dass sich der Vermieter als Erster vertragswidrig verhalten hat, wenn er nicht erfüllt hat. Dagegen muss die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB ausdrücklich erhoben werden. Das Gleiche ist für die Einrede der Verjährung zu fordern; denn erst infolge ihrer Geltendmachung entfaltet sie Rechtswirkungen.

3. Verschulden und Einstehenmüssen

In der Rspr. der Instanzgerichte spielt der Irrtum über die Berechtigung zur Minderung eine erhebliche Rolle. Dabei ist zwischen einem Tatsachen- und einem Rechtsirrtum zu unterscheiden. An ersteren werden weit weniger strenge Maßstäbe angelegt als an letzteren. Irrt der Mieter z.B. über die Ursache einer Schimmelbildung, so ist das anders – großzügiger – zu bewerten als bei einem Irrtum über die Höhe der Minderung. Der BGH hat an die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums hohe Anforderungen gestellt. Das gilt auch für den Rechtsirrtum Dritter, deren sich der Mieter im Rahmen seiner Erfül-

⁶ BGHZ 127, 145 = NJW 1995, 254.

⁷ BGH WuM 2008, 152.

⁸ So insbes. BGH NZM 1998, 628 = WuM 1998, 599.

⁹ S. Blank/Börstinghaus *Miete*, 3. Aufl., 2008, BGB § 556b Rn. 37; *Sternel Mietrecht aktuell*, 4. Aufl., 2009, Rn. II 214.

¹⁰ Blank/Börstinghaus *BGB* § 543 Rn. 82.

¹¹ BGH NZM 2008, 522 = ZMR 2008, 693.

lungspflicht bedient, also nicht nur seiner Bank, sondern auch derjenigen Personen, bei denen er Rechtsrat einholt, um sich über seine Rechte und Pflichten zu unterrichten.¹²

Nach h.M. zählen auch diejenigen öffentlichen Stellen zu den Erfüllungsgehilfen des Mieters, die ihm durch Übernahme der Mietzahlungen soziale Hilfen gewähren. Hierbei auftretenden Härten wird durch einen Rückgriff auf Treu und Glauben begegnet.¹³ Unbefriedigend und unsozial erscheint, dass der Bürger, der auf staatliche Hilfen angewiesen ist, sich das Verschulden öffentlicher Stellen zurechnen lassen muss.¹⁴

Dagegen ließe sich einwenden, dass das Risiko eines Fehlverhaltens öffentlicher Stellen nicht dem Vermieter zugeschoben werden kann und die Inanspruchnahme staatlicher Hilfen im Verantwortungsbereich des Mieters liege. Letzteres kann indes nur greifen, wenn dem Mieter selbst ein Fehlverhalten anzulasten ist, etwa Säumigkeit bei der Antragstellung, unrichtige oder unvollständige Angaben. Liegt hingegen die Säumigkeit allein im Bereich der öffentlichen Stelle, so muss nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit differenziert werden: Eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs erscheint wegen des drohenden Verlusts der Wohnung in diesen Fällen unverhältnismäßig. Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums – transmittiert über die Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) – hindert den Vermieter an dieser Rechtsausübung. Soweit dem Vermieter infolge des Zahlungsverzugs ein Schaden entstanden ist, verbleibt ihm der Ersatzanspruch gegenüber dem Mieter, dem seinerseits ein Freihalteanspruch aus § 839 BGB gegenüber der öffentlichen Stelle zuzubilligen ist.

4. Bankeinzugsverfahren

Wird die Miete im Bankeinzugsverfahren/Lastschriftverfahren eingezogen, so verwandelt sich die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung von einer Schickschuld in eine Holschuld, Ein Schuldnerverzug setzt zweierlei voraus: Zum einen hat der Mieter für ausreichende Deckung zu sorgen, insbesondere wenn ihm der Zeitpunkt der Fälligkeit bekannt ist. Zum anderen muss der Vermieter von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch machen. Davon kann er nur absehen, wenn ihm konkret bekannt ist, dass zum Zeitpunkt der Fälligkeit keine Deckung auf dem Schuldnerkonto vorhanden ist. Die Anhaltspunkte hierfür müssen so konkret sein, dass sie auch für den Schuldner derart eindeutig sind, dass es treuwidrig wäre, wenn er sich weiter auf das Lastschriftverfahren beriefe.¹⁵ Darüber hinaus ist der Vermieter für verpflichtet gehalten worden, den Mieter vom erfolglosen Einzugsversuch mangels Kontodeckung zu benachrichtigen.¹⁶ Dem Mieter kann jedoch ein widersprüchliches Verhalten angelastet werden, wenn er sich auf die fehlende Kenntnis über seinen Kontostand beruft und das hierdurch ausgelöste Informationsrisiko dem Vermieter zuschiebt.

¹² BGH NZM 2007, 35 = ZMR 2007, 103, 104; BGH WuM 2008, 31 = ZMR 2008, 196, 197.

¹³ LG Karlsruhe WuM 1989, 629; LG Mönchengladbach ZMR 1993, 571; LG Saarbrücken ZMR 2006, 46.

¹⁴ Zutreffend Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 543 Anm. 23.3.5.

¹⁵ OLG Stuttgart ZMR 2008, 967, 968 f.

¹⁶ LG Berlin ZMR 2008, 971.

II. Kündigungsfolgen bei Zahlungsverzug

Die wichtigste Rechtsfolge des Zahlungsverzugs ist die Kündigungsbefugnis des Vermieters. Dahinter steht die Geltendmachung eines Verzugsschadens zurück.

A. Fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs

1. Allgemeine Grundsätze

a) Bevor die fristlose Kündigung als schärfste Waffe eingesetzt wird, ist zu fragen, ob nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein milderer Mittel angebracht ist. Da die Geltendmachung des Mietzinsanspruchs und die Befugnis zur (fristlosen) Kündigung gleichrangig neben einander stehen, würde es gegen das Willkürverbot verstoßen, den Vermieter zur Klärung seiner Zahlungsansprüche auf eine Zahlungsklage zu verweisen und das Rechtsschutzbedürfnis für eine Räumungsklage zu verneinen.¹⁷ Dagegen können Bedenken erhoben werden; denn so könnte der Vermieter die Kündigung und den Räumungsprozess als Druckmittel einsetzen, um den Mieter hinsichtlich des Zahlungsanspruchs „gefügig“ zu machen und von einer Rechtsverteidigung abzuhalten.

b) Die Kündigungstatbestände in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB entsprechen denjenigen in § 554 BGB a.F. Der BGH hat klargestellt, dass der Kündigungstatbestand in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB auch für die Gewerberaummiete gilt.¹⁸ Das kann allerdings nicht dahin verstanden werden, dass der Vermieter von Gewerberaum erst dann kündigen dürfe, wenn der Mietrückstand für zwei aufeinander folgende Monate eine Monatsmiete übersteigt. Vielmehr ist in diesem Fall die Kündigung „erst recht“ begründet, wie der BGH meint. Wenn danach auch ein geringerer Rückstand zur fristlosen Kündigung ausreichen kann, so ist nach dem Grenzwert für die Unerheblichkeit des Rückstandes zu fragen. Entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung ist nämlich zu verlangen, dass jeder der beiden Teilbeträge einen nicht unerheblichen Teil der Miete darstellt (und nur für die Wohnungsmiete wird in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB normiert, dass die Summe der beiden nicht unerheblichen Teilbeträge eine Monatsmiete überschreiten muss). Ist die jeweilige Erheblichkeit des Teilbetrages die Grundvoraussetzung des Kündigungstatbestandes, so kann es nicht ausreichen, dass der Mieter mit dem Mietzins für einen Monat und einem Kleinstbetrag (z.B. einem Euro) des Folgemonats in Verzug geraten ist. In diesem Sinn wird jedoch § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB interpretiert.¹⁹ Mit dieser Interpretation verkehrt sich die als Schutznorm zugunsten des Wohnraummieters gedachte Vorschrift – als § 554 Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F. eingefügt durch das 2. MietRÄndG und übernommen vom MRRG – in ihr Gegenteil. Entgegen der h.M. ist daher zu fordern, dass jeder der beiden Teilbeträge die Erheblichkeitsgrenze überschreitet.

¹⁷ BVerfGE 80, 48 = NJW 1989, 1917.

¹⁸ BGH NZM 2008, 770 = ZMR 2009, 19; s. auch die krit. Besprechung von Blank NZM 2009, 113.

¹⁹ Anwaltskommentar/Hinz BGB § 569 Rn. 44; Blank/Börstinghaus BGB § 543 Rn. 103; diess. BGB § 569 Rn. 39; Emmerich/Sonnenschein Miete, 9. Aufl., BGB § 543 Rn. 33; Schmidt-Futterer/Blank BGB § 543 Rn. 109; diess. BGB § 569 Rn. 31; Staudinger/Emmerich BGB § 569 Rn. 38; a.A. Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 569 Anm. 7.1.1.

Hinsichtlich des Kündigungstatbestandes in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB folgt der BGH der h.M., nach der ein Rückstand, der sich aus mehr als nur zwei monatlichen Teilbeträgen zusammensetzt, erst dann eine Kündigung rechtfertigt, wenn er den Betrag von zwei Monatsmieten erreicht.²⁰ Das ist auf Kritik gestoßen.²¹ Danach soll die fristlose Kündigung schon dann zulässig sein, wenn der sich über Monate aufbauende Rückstand für zwei aufeinander folgende Monate einen Betrag von einer Monatsmiete übersteigt. Erst dann, wenn ein Rückstand in Höhe von zwei Monatsmieten aus mehreren, nicht zusammenhängenden Monaten entsteht, soll die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB zulässig sein. Dem kann nicht gefolgt werden. Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der beiden Kündigungstatbestände. Würde die Gegenmeinung zutreffen, so wäre der Kündigungstatbestand in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB überflüssig; denn auch bei einem Rückstand aus kleinen Teilbeträgen wird einmal die Grenze einer Monatsmiete überschritten, so dass stets nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB gekündigt werden könnte. Vielmehr soll der Tatbestand in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB diejenigen Fälle erfassen, in denen die jeweils auflaufenden Einzelrückstände die Erheblichkeitsgrenze in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a BGB nicht erreichen, in ihrer Summierung aber zwei Monatsmieten ergeben.

2. Kündigungsvoraussetzungen

a) Mietbegriff: Als Mietzins i.S. der Kündigungsregelungen ist das laufende Entgelt für die Gebrauchsüberlassung zu verstehen, das in Geld zu entrichten ist. Dazu zählen u.a. die Betriebskostenvorauszahlungen, nicht dagegen der Abrechnungssaldo. Haben sich die Parteien über Mietrückstände verglichen, so handelt es sich bei der Vergleichssumme nicht mehr um Miete; das folgt aus der novierenden Wirkung des Vergleichs.²² Etwas anderes gilt, wenn sich der Vergleich lediglich auf eine Stundung oder Ratenzahlung bezieht. Auch wäre eine andere Wertung geboten, wenn die Vergleichssumme sich aus einzelnen, spezifiziert aufgeführten Mietzinspositionen zusammensetzen würde, die die Kündigungstatbestände erfüllen würde.

Betriebskostenvorauszahlungen sind Teil der Miete; jedoch erlischt der Anspruch nach Eintritt der Abrechnungsreife in § 556 Abs. 3 BGB. Ist zuvor unter Einbeziehung der Vorauszahlungen fristlos gekündigt worden, so bleibt die Kündigung wirksam, selbst wenn nach Abrechnungsreife die Vorauszahlungen nicht mehr verlangt werden können.²³ Dagegen kann die Kündigung nicht mehr auf Vorauszahlungen gestützt werden, die zwar nicht geleistet worden sind, aber auch nicht mehr verlangt werden können, weil inzwischen die Abrechnungsreife eingetreten ist.

b) Wirksamkeitsvoraussetzung: Umstritten ist, ob es für das Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen auf die Abgabe oder auf den Zugang der Kündigungserklärung ankommt. Für letzteres wird angeführt, dass die Kündigungserklärung erst mit ihrem Zugang Wirksamkeit entfalte.²⁴ Demgegen-

²⁰ BGH ZMR 2009, 19, 21.

²¹ Blank NZM 2009, 113; s. auch schon Blank/Börstinghaus BGB § 543 Rn. 103 f.

²² OLG München NZM 2003, 554.

²³ LG Berlin MDR 1986, 412 = WuM 1986, 94; s. auch zu § 543 BGB: Fischer-Dieskau/Pergande/Franke Anm. 24.2.2; Schmidt-Futterer/Blank Rn. 85.

²⁴ S. zu § 543 BGB: Emmerich/Sonnenschein Rn. 29; Schmidt-Futterer/Blank Rn. 121

über wird eher darauf abzustellen sein, ob der Vermieter bei Abgabe der Erklärung zur Kündigung berechtigt war.²⁵ § 130 BGB regelt nur die Wirkungen des Zugangs einer Willenserklärung, nicht jedoch die ihr zugrunde liegende inhaltliche Berechtigung. Auch der Begründungszwang in § 569 Abs. 4 BGB spricht jedenfalls für die Wohnraummiete dafür, auf die Abgabe der Kündigungserklärung abzustellen. Für die Begründung kommt es nicht auf die künftige, sondern auf die aktuelle Kündigungsberechtigung an. Dass die Kündigungsberechtigung zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung noch gegeben sein muss, ist selbstverständlich. Das Problem ist im Hinblick auf „verfrühte Kündigungen“ aktuell.

c) Berechnung der Verzugsbeträge: Für die Ermittlung der Kündigungsvoraussetzungen insbesondere nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b BGB kommt es auf die Höhe der aktuellen Miete zur Zeit des Kündigungsausspruchs an.²⁶ Das ist zu beachten, wenn es zwischenzeitlich zu Mieterhöhungen gekommen ist. Der Verzug kann sich auch ausschließlich aus Erhöhungsbeträgen zusammensetzen. Für Wohnraummietverhältnisse greift die Schutzvorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ein. Im Übrigen kann ein Kündigungstatbestand auch auf solche Erhöhungen gestützt werden, die sich ihrerseits Rückwirkung zulegen. Das kann z.B. bei Indexklauseln in Gewerbemietverträgen der Fall sein. Haben die Parteien über die Erhöhung längere Zeit prozessiert, so kann es nach Treu und Glauben geboten sein, dass der Vermieter dem Mieter noch eine kurze, aber ausreichende Frist zur Nachzahlung der aufgelaufenen Beträge einräumt, ehe er kündigen kann.²⁷ Baut sich der kündigungs-begründende Verzug durch fortlaufende kleinere Rückstände auf, so kommt es auf die Verrechnung der jeweiligen Zahlungen des Mieters nach § 366 BGB an. Am einfachsten wäre, die Zahlungen auf die jeweils ältesten Rückstände zu verrechnen. Das würde voraussetzen, dass der Vermieter sich ein entsprechendes Bestimmungsrecht ausbedungen hätte, was aber formularvertraglich nur begrenzt möglich ist.²⁸ Anderenfalls kommt es auf die Bestimmung durch den Mieter an (§ 366 Abs. 1 BGB). Ist eine solche nicht getroffen worden, so greift die Tilgungsfolge aus § 366 Abs. 2 BGB ein. Danach sind die Zahlungen auf die dem Mieter lästigsten Schulden zu verrechnen; das sind diejenigen, deretwegen ihm am ehesten fristlos gekündigt werden könnte. Schuldet der Mieter neben der Grundmiete Betriebskostenvorauszahlungen, so werden die Zahlungen mangels anderweitiger Bestimmung durch den Mieter vorab auf die noch offenen Vorauszahlungen verrechnet, weil diese im Hinblick darauf, dass sie mit Eintritt der Abrechnungsreife untergehen, dem Vermieter die geringere Sicherheit bieten.²⁹ In der Kündigungserklärung kann es geboten sein anzugeben, aus welchen Beträgen sich die Rückstände zusammensetzen, es sei denn, dass die Sach- und Rechtslage einfach ist. Die unrichtige Verrechnung in der Klage ist unschädlich, wenn die Tatsachengrundlage zutreffend mitgeteilt worden ist und

²⁵ LG Duisburg WuM 2006, 257; Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 543 Anm. 24.2.2; Sternel Mietrecht aktuell, 3. Aufl., Rn. XII 122

²⁶ LG Osnabrück WuM 1988, 268.

²⁷ OLG München ZMR 1998, 632.

²⁸ Sternel Rn. II 215 f.

²⁹ OLG Düsseldorf GE 2006, 647; s. auch OLG Düsseldorf NZM 2001, 1125 für Kautionsverrechnung.

sich bei richtiger Rechtsanwendung ein Kündigungsrecht des Vermieters ergibt.³⁰

3. Kündigung

Auf die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Kündigung soll nicht eingegangen werden.

a) Abmahnung: Eine Abmahnung ist grundsätzlich nicht erforderlich, kann jedoch im Einzelfall nach Treu und Glauben geboten sein. Das gilt etwa, wenn sich für den Vermieter aufdrängen muss, dass die unterbliebene Zahlung nicht auf Zahlungsunfähigkeit oder –unwilligkeit zurückzuführen und das Mietverhältnis bislang störungsfrei verlaufen ist oder der Rückstand teilweise auf lange zurückliegender Zeit beruht oder der Vermieter einen wiederholten Zahlungsverzug über längere Zeit hingenommen hat.³¹

b) Schriftform und Begründung: Hinsichtlich der für die Wohnraummiete vorgesehene gesetzliche Schriftform (§ 568 Abs. 1 BGB) ist das Bezugnahmeverbot zu beachten. Ist der Kündigungserklärung ein Mietkontoblatt beigelegt, so muss im Kündigungsschreiben hierauf Bezug genommen oder das Blatt mit dem Schreiben fest verbunden werden.³² Der Schriftform würde zwar auch genügt, wenn im Kündigungsschreiben auf das Mietkontoblatt lediglich Bezug genommen werden würde, jedoch würde das für die Begründung der Kündigung nach § 569 Abs. 4 BGB nicht ausreichen, sofern sich diese nicht schon aus dem Schreiben selbst ergibt. Für die Begründung hat der BGH die Anforderungen zwar erheblich abgesenkt, wenn die Sach- und Rechtslage einfach ist.³³ Unter welchen Voraussetzungen dies anzunehmen ist, ist jedoch nicht immer eindeutig auszumachen. Das ist insbesondere dann zweifelhaft, wenn der Kündigungsanlass sich aus mehreren Teilbeträgen zusammensetzt und eine beigelegte Zahlungsaufstellung nicht stimmig ist, z.B. wenn sie Umbuchungen unbekannter Herkunft, Zinsen und Kosten enthält, die ihrerseits nicht überprüft werden können.³⁴ Die nicht ausreichend begründete und daher unwirksame Kündigung kann durch das Nachschieben von Gründen nicht geheilt werden.³⁵

c) Verwirkung und Rechtsmissbrauch: Noch nicht abschließend geklärt ist, ob und unter welchen Voraussetzungen des Recht zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs verwirkt sein kann. Die Regelung in § 314 Abs. 3 BGB enthält keine Ausnahme. Der BGH hat die Frage offen gelassen,³⁶ scheint aber eine Verwirkung in besonderen Fällen nicht ausschließen zu wollen.³⁷ Die gesetzliche Regelung wird man im Kontext zu den Fällen der Kündigung aus Gründen, nach denen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist, dahin zu verstehen haben, dass sie sich auf abgeschlossene Kündigungstatbestände beschränkt, nicht dagegen auf andauernde. Letzteres ist der Fall, solange der Zahlungsrückstand nicht ausgegli-

³⁰ AG Hamburg-Altona ZMR 2009, 373.

³¹ OLG Hamm ZMR 1994, 560, 561; LG Hamburg ZMR 1996, 326 f.

³² LG Mannheim WuM 2004, 204.

³³ BGH NZM 2004, 187 = WuM 2004, 97; BGH NZM 2004, 699 = WuM 2004, 489.

³⁴ S. LG Dortmund WuM 2004, 99; AG Hamburg-Altona WuM 2009, 373; andererseits LG Berlin GE 2009, 198 bei Evidenz für den Mieter.

³⁵ LG Hildesheim WuM 2007, 407.

³⁶ BGH WuM 2009, 231 = ZMR 2009, 521.

³⁷ BGH ZMR 2005, 776.

chen ist. Nach Treu und Glauben wird es jedoch geboten sein, den Rückstand gegenüber dem Mieter vor Ausspruch der Kündigung anzunehmen.³⁸ Lässt der Mieter einen Mietrückstand über längere Zeit fortlaufend anwachsen, so ist die alsdann ausgesprochene Kündigung allerdings nicht illoyal verspätet.³⁹

4. Kündigungsausschlüsse

a) Vollständige Befriedigung des Vermieters: Der häufig missverstandene oder übersehene Tatbestand des § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB führt dazu, dass von an sich zulässigen fristlosen Kündigungen abgesehen wird und sogar Räumungsklagen abgewiesen werden, weil die irriige Auffassung besteht, der Kündigungsgrund müsse noch bei Ausspruch der Kündigung vollen Umfangs gegeben sein.⁴⁰ Die Tilgung soll sich auch auf verjährte Forderungen beziehen.⁴¹ Das kann aber nur gelten, solange der Mieter die Verjährungseinrede nicht erhoben hat. Hat er dies bis zum Ausspruch der Kündigung unterlassen, so verliert er die Einrede allerdings nicht, sondern kann sie gegenüber dem Zahlungsanspruch noch geltend machen, während ihm dies gegenüber dem Räumungsanspruch nichts mehr nützt.

b) Mieterhöhungsbeträge: Die Sonderregelung in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB für Wohnraummietverhältnisse bezieht sich auf Erhöhungsbeträge nach §§ 558-560 BGB, insbesondere also auch auf die Erhöhung von Betriebskostenvorauszahlungen. Fraglich ist, ob sie so verstanden werden muss, dass sie nur dann eingreift, wenn bereits zwischen den Parteien ein Rechtsstreit wegen der Erhöhungsbeträge geschwebt hat. Ein derart einschränkendes Verständnis könnte den Vermieter dazu verleiten, bei einem Streit über derartige Beträge von einer Klage abzusehen und die Erhöhungsbeträge bis zur Überschreitung der Kündigungsgrenzen auflaufen zu lassen, ohne an die Frist von zwei Monaten gebunden zu sein. Hierin könnte eine unzulässige Umgehung der Schutzvorschrift in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB gesehen werden. Die Folge hieraus wäre, dass der Vermieter bei einem Streit über die Berechtigung der Erhöhung stets auf den Klageweg zu verweisen wäre, wenn er allein den Rückstand mit den Erhöhungsbeträgen zum Anlass für eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs nehmen wollte.⁴² Das erscheint indes nicht richtig. Schon für die Mieterhöhung nach § 558 BGB ist im Hinblick auf die relativ kurze Klagefrist eine andere Wertung geboten. Nach der Entstehungsgeschichte der Vorschrift kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Bewertung der jeweiligen Erhöhungsmöglichkeiten beabsichtigt hat. In § 3 Abs. 5 I. WKSchG bezog sich der Schutz nur auf die Verurteilung zur Zustimmung einer erhöhten Vergleichsmiete. Die Regelung sollte sicherstellen, dass nicht wegen der während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge alsbald nach Rechtskraft gekündigt werden könne.⁴³ Dieser Schutz ist durch das II.

³⁸ S, dazu Stempel Rn. XII 137.

³⁹ BGH WuM 2009, 231 = ZMR 2009, 521.

⁴⁰ AG Hamburg-Bergedorf ZMR 2008, 465.

⁴¹ Fischer-Dieskau/Pergande/Franke BGB § 543 Anm. 26.3; § 569 Anm. 8.1; Stempel Rn. XII 149.

⁴² S. zu § 569 BGB : Blank/Börstinghaus Rn. 79, 80; Schmidt-Futterer/Blank Rn. 64, 65.

⁴³ Bericht des Rechtsausschusses v. 9.7.1971, Bundestags-Drs. 6/2421 S.4.

WKSchG auf Mieterhöhungen nach §§ 3-5 MHG ausgedehnt worden, „zumal in diesen Fällen die Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam wird“.⁴⁴ Mithin war nicht beabsichtigt, den Schutzzweck über die prozessuale Bedeutung hinaus dahin gehend zu erweitern, dass der Vermieter bei einem Streit über die Erhöhungsbeträge nach §§ 3-5 MHG stets erst auf (künftige) Leistung oder auf Feststellung klagen müsse, um ggf. wegen der rückständigen Beträge zwei Monate nach Rechtskraft fristlos kündigen zu können.⁴⁵ Für eine derartige Erweiterung besteht auch kein Rechtsschutzinteresse des Mieters; denn dieser kann im Falle einer Kündigung wegen Verzugs mit den Erhöhungsbeträgen nach §§ 3-5 MHG, jetzt §§ 559, 560 BGB im Räumungsprozess immer noch die Berechtigung des Vermieters zur Erhöhung bestreiten, während er dies nach Rechtskraft eines Zustimmungsurteils und Verzugs mit den hieraus resultierenden Erhöhungsbeträgen nicht kann.

Die Kündigungssperre nach § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB greift nicht ein, wenn der Rechtsstreit durch Vergleich erledigt wird, weil der Mieter sich in diesem Fall durch einen Widerrufsvorbehalt oder eine Stundungsabrede schützen könne.⁴⁶ Einem nobile officium des Richters sollte es entsprechen, einen anwaltlich nicht vertretenen Mieter auf diese Möglichkeiten hinzuweisen.

c) Mieterinsolvenz: Im Fall der Mieterinsolvenz ist die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgeschlossen, wenn sie auf Ansprüchen aus der Zeit vor der Eröffnung des Verfahrens beruht (§ 112 InsO). Treten die Kündigungsvoraussetzungen dagegen ein, nachdem der Eröffnungsantrag gestellt worden ist, so kann fristlos nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB gekündigt werden.

5. Schonfristregelung

a) Voraussetzungen und Wirkungen: Durch vollständige Befriedigung des Vermieters innerhalb der Schonfrist lebt das Mietverhältnis wieder auf. Dies gilt auch für Mietzinsansprüche, die im Kündigungsschreiben nicht aufgeführt sind; denn in der Nichtbenennung liegt weder ein Verzicht noch ein Verwirkungsmerkmal. Jedoch wird bei länger zurückliegenden Ansprüchen ein Hinweis des Vermieters nach § 242 BGB geboten sein. Entsprechendes gilt für verjährte Forderungen, wenn der Mieter es unterlassen hat, die Verjährungseinrede vor Ausspruch der Kündigung zu erheben. Auch eine Zahlung unter Vorbehalt ist als Erfüllung zu werten, sofern durch den Vorbehalt nur die Wirkungen des § 814 BGB ausgeschlossen werden sollen. Anders verhält es sich, wenn der Vorbehalt „bis zur rechtlichen Klärung“ erklärt wird; denn in diesem Fall will der Mieter den Erfüllungserfolg nicht unbedingt herbeiführen.⁴⁷ Leistet der Mieter Teilbeträge, so kommt der Verrechnung nach § 366 BGB besondere Bedeutung zu. Die Befriedigung innerhalb der Schonfrist kann auch durch Dritte – z.B. einen Bürgen – erfolgen.⁴⁸

⁴⁴ Begründung der Bundesregierung vom 19.4.1974, Bundestags-Drs. 7/2011 S. 13.

⁴⁵ Im Ergebnis auch Emmerich/Sonnenschein Rn. 33; Staudinger/Emmerich Rn. 53; wohl auch Fischer-Dieskau/Pergande/Franke Anm. 9.1.1 jeweils zu § 569 BGB.

⁴⁶ OLG Hamm NJW-RR 1992, 340.

⁴⁷ LG Berlin GE 1994, 1057; s. auch Blank/Börstinghaus BGB § 556b Rn. 46.

⁴⁸ Dagegen ist der Vermieter nicht verpflichtet, sich an den Bürgen zu halten oder auf eine andere Mietsicherheit zurückzugreifen.

Einerseits sind Zahlungen des Mieters nach § 367 Abs. 1 BGB auf Zinsen und Kosten zu verrechnen. Andererseits tritt die Wirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB (schon) dann ein, wenn der Vermieter wegen der fälligen Ansprüche auf Mietzins und Nutzungsentschädigung befriedigt wird. Weist der Vermieter die Zahlung nach § 367 Abs. 2 BGB zurück, so ändert das nichts daran, dass seine Kündigung unwirksam wird.⁴⁹ Insofern ist die Regelung in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB als *lex specialis* gegenüber § 367 Abs. 2 BGB anzusehen.

Grundsätzlich müssen der gesamte Rückstand und die laufende Nutzungsentschädigung innerhalb der Schonfrist einmal ausgeglichen sein. Eine Ausnahme gilt bei Mieterinsolvenz: Ist die fristlose Kündigung auf Rückstände gestützt, die nach Stellung des Eröffnungsantrags fällig geworden sind, so genügt es, dass diese während der Schonfrist ausgeglichen werden; bei zuvor fällig gewordenen Mietzinsen handelt es sich um bloße Insolvenzforderungen nach § 38 InsO, deren Zahlung der Vermieter nicht (mehr) verlangen kann.

Die Übernahmeerklärung der öffentlichen Stelle darf nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Die Unterscheidung, ob ein Zusatz zur Übernahme als Bedingung oder als Ausdruck der bloßen Rechtsfolge zu werten ist, ist fließend.⁵⁰

Problematisch ist, dass die Übernahmeerklärung zwar die fristlose Kündigung, nicht jedoch eine wegen desselben Zahlungsverzugs (hilfsweise) ausgesprochene ordentliche Kündigung unwirksam macht. Darauf ist noch einzugehen.

Hat der Vermieter Räumungsklage erhoben und hat der Mieter die fristlose Kündigung innerhalb der Schonfrist unwirksam gemacht, so treffen ihn nach Erledigungserklärung regelmäßig die Kosten nach § 91a ZPO. Anders kann es sich verhalten, wenn der Vermieter noch vor Ablauf der Ziehfrist die Räumungsklage eingereicht und der Mieter innerhalb dieser Frist geleistet hat; denn dann hat er keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben.⁵¹ Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Mieter vor Ablauf der Ziehfrist geräumt oder die Kündigung durch Zahlung unwirksam gemacht hat.

d) Sperrfrist: Die Sperrfristregelung in § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BGB greift nicht ein, wenn die fristlose Kündigung aus anderen Gründen als durch Zahlung innerhalb der Schonfrist oder Übernahme durch eine öffentliche Stelle unwirksam gewesen oder geworden ist. Ersteres kann der Fall sein, wenn die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen für die Kündigung entweder nicht gegeben oder weggefallen sind. Letzteres kommt in Betracht, wenn der Mieter die Kündigung durch Aufrechnung nach Maßgabe des § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB unwirksam gemacht hat.

Fraglich ist, ob die Sperrfrist auch dann zu beachten ist, wenn die Parteien nach der fristlosen Kündigung einen Ratenzahlungsvergleich abschließen, nach dessen Erfüllung der Vermieter auf den Räumungsanspruch verzichtet,

⁴⁹ S. zu § 569 BGB: Blank/Börstinghaus Rn. 51; Staudinger/Emmerich, 2006, Rn. 46.

⁵⁰ S. die Beispiele bei Sternel Rn. XII 159.

⁵¹ LG Berlin GE 1994, 707; LG Baden-Baden WuM 1996, 472, 473; Schmidt-Futterer/Blank BGB § 569 Rn. 58.

wobei es nicht darauf ankommt, ob die (letzte) Rate noch innerhalb der Schonfrist gezahlt wurde. Dafür spricht, dass derjenige Mieter, dem die Zahlung durch Raten erleichtert wird, es nicht verdient, besser gestellt zu werden als derjenige Mieter, der die Kündigung aus eigener Kraft noch innerhalb der Schonfrist unwirksam gemacht hat.⁵² Dagegen führt die h.M. an, dass die Vorschrift den Mieter vor einer ungewollten Vertragsfortsetzung schützen wolle.⁵³ Das kommt erst recht zum Tragen, wenn die Parteien sich – sei es auch schlüssig – auf eine Vertragsfortsetzung verständigt haben.⁵⁴

B. Weitere Kündigungstatbestände

1. Ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Es entspricht der h.M., dass der Zahlungsverzug, der eine fristlose Kündigung rechtfertigt, erst recht eine nicht unerhebliche Vertragsverletzung darstellt, die die Kündigung aus § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu begründen vermag. Problematisch erscheint aber, dass dem Mieter die Möglichkeit, die Kündigung durch Zahlung innerhalb der Schonfrist unwirksam zu machen (§ 569 Abs. 3 Nr. 2), versagt wird.⁵⁵ Das Gleiche gilt für den Kündigungsschutz von zwei Monaten im Falle eines Rechtsstreits (§ 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB). Als Ausgleich für ersteres soll dem Mieter zugute gehalten werden, dass ihm nur ein geringes, die Kündigung nicht rechtfertigendes Verschulden angelastet werden soll, wenn er den Mietrückstand alsbald nach der Kündigung ausgleicht. Die Einbeziehung späterer, nach Ausspruch der Kündigung sich ergebender Umstände – nämlich ein „Wohlverhalten“ nach der „Tat“ – in die Bewertung des „Tatverschuldens“ – nämlich dem Zahlungsverzug als Pflichtverletzung – ist dogmatisch fragwürdig und ist für andere Kündigungstatbestände wie etwa wegen laufend unpünktlicher Zahlung abgelehnt worden.⁵⁶ Das spätere Wohlverhalten kann vielmehr im Rahmen der Zumutbarkeit bedeutsam sein, das Mietverhältnis weiterzuführen. Es wäre dann nur ein kleiner Wertungsschritt, die Schonfristregelung auch auf die ordentliche Kündigung anzuwenden. Das gilt erst recht, wenn man eine schuldhaftige Pflichtverletzung bereits dann bejaht, wenn der Zahlungsverzug hinter dem Tatbestand der fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB zurückbleibt. Entsprechende formularvertragliche Regelungen dürften nach § 307 BGB unwirksam sein.⁵⁷ Anders kann es sich verhalten, wenn ein Zahlungsrückstand bereits tituliert ist und der Mieter diesen verschuldet nicht ausgleicht.⁵⁸ Folgt man der h.M., so kann auch die Regelung in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB bei einer ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs nicht angewendet werden. Das Schutzbedürfnis des Mieters ist hier allerdings in gleicher Weise wie bei einer fristlosen Kündigung gegeben.

2. Kündigung wegen Zahlungssäumigkeit

Dieser sehr komplexe Kündigungstatbestand war bislang schwer durchzusetzen, weil festzustellen war, wie häufig der Mieter nach erfolgter Abmah-

⁵² Stempel Rn. XII 168.

⁵³ Blank/Börstinghaus BGB § 569 Rn. 62.

⁵⁴ AG Hamburg-Barmbek WuM 2008, 113.

⁵⁵ BGH NZM 2005, 334 = WuM 2005, 250.

⁵⁶ BGH NJW-RR 1988, 77 = WuM 1988, 125, 126 = ZMR 1988, 16.

⁵⁷ BGH NJW 1987, 2506; OLG Düsseldorf WuM 1996, 411.

⁵⁸ LG Wiesbaden NZM 2003, 713.

nung wiederum säumig gezahlt hatte. Der BGH hat jedoch diesen Tatbestand handhabbar gemacht, indem er ihn auf die Unzumutbarkeit nach § 543 Abs. 1 BGB zurückgeführt hat. Danach kann bereits auch nur die einmalige Säumigkeit des Mieters ausreichen, wenn er zuvor wegen seiner unpünktlichen Zahlungsweise wiederholt abgemahnt worden ist.⁵⁹

Bei Mietverhältnissen, die vor dem Inkrafttreten des MRRG am 1.9.2001 begründet worden sind, ist besonders zu prüfen, ob eine Vorfälligkeit der Mietzahlungen entgegen § 551 BGB a.F. vereinbart worden ist.

3. Kündigung wegen Verzugs mit Einmalleistungen

Auch der Verzug mit geschuldeten Einmalleistungen kann eine Kündigung als fristlose nach § 543 Abs. 1 BGB oder als ordentliche gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB nach sich ziehen. Hervorzuheben ist der Verzug mit dem Saldo aus einer Betriebskostenabrechnung. Hier kann aber nicht schematisch auf die Höhe des geschuldeten Betrages abgestellt und dieser in Bezug zu den Verzugsbeträgen in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB gesetzt werden. Vielmehr werden noch weitere Kriterien zu beachten sein wie die Höhe der Vorauszahlungen, die Dauer des Verzugs, die Stichhaltigkeit und Ernsthaftigkeit der Einwendungen gegen die Abrechnung. Bezüglich der Höhe der Vorauszahlungen wird zu berücksichtigen sein, dass der Vermieter sich durch Vereinbarung und Anpassung der Vorauszahlungen schützen kann. Bei verhältnismäßig niedrigen Mieten wird ein Verzug mit dem Abrechnungssaldo selbst in Höhe von zwei Monatsmieten nicht ohne weiteres zur Kündigung ausreichen. Angesichts der Komplexität und der Schwierigkeit der Materie, die noch weitgehend im Fluss ist, wird man für einen Rechtsirrtum großzügigere Maßstäbe anwenden müssen. Die Einwendungsfrist von einem Jahr macht deutlich, wie lange es dem Mieter zugebilligt wird, sich gegen die Betriebskostenabrechnung zu wehren. Auch wenn diese Frist nicht als Sperrfrist für eine Kündigung herhalten kann, ist sie ein Indiz, wie lange es dem Vermieter zugemutet werden kann, mit einer Kündigung zu warten.

III. Verzugsschaden

Im Vordergrund steht der Kündigungsfolgeschaden. Er kann auch dann geltend gemacht werden, wenn der Mieter einen Grund zur Kündigung gegeben hat, die Parteien jedoch die Auflösung des Mietverhältnisses vereinbart haben.⁶⁰ In Betracht zu ziehen ist in diesem Zusammenhang, ob nicht auch eine Generalquittung vereinbart worden ist. Jedenfalls empfiehlt sich für den Vermieter, dies in einem Vergleich ggf. auszuschließen und sich etwaige Ansprüche vorzubehalten.

In der Regel wird der Schaden des Vermieters im Mietausfall zu sehen sein. Er besteht bis zur möglichen ordentlichen Beendigung in Höhe der bisherigen Miete.⁶¹ Gelingt es dem Vermieter während dieser Zeit, das Mietobjekt anderweitig zu vermieten, so trägt der Mieter gleichwohl für die Zeit bis zur ordentlichen Beendigung seines bisherigen Mietverhältnisses das Mietausfall- und das Insolvenzrisiko des Mietnachfolgers. Vom Vermieter wird aber verlangt, dass er sich zunächst an den Mietnachfolger hält, es sei denn, dass

⁵⁹ BGH NZM 2006, 338 = WuM 2006, 193.

⁶⁰ KG NZM 1999, 462; OLG Brandenburg WuM 2007, 14.

⁶¹ KG ZMR 2006, 526.

die Ansprüche gegen diesen wirtschaftlich wertlos sind.⁶² Andererseits profitiert der Mieter nicht davon, dass es dem Vermieter gelingt, die Mieträume zu einem günstigeren Mietzins als bisher wieder zu vermieten.⁶³

Den Vermieter kann in mehrfacher Hinsicht ein Mitverschulden treffen, so etwa wenn er eine mögliche und ihm zumutbare Anschlussvermietung unterlässt.⁶⁴ Ein Mitverschulden kann auch darin liegen, dass er den Nachfolgemmieter nicht sorgfältig auf seine Solvenz überprüft hat. Dagegen ist es ihm nicht als Mitverschulden anzurechnen, wenn er bei der Neuvermietung zunächst den Markt austestet und von Mietinteressenten eine moderat erhöhte Miete fordert.⁶⁵ Die Beweislast für ein Mitverschulden trifft den Mieter. Jedoch trifft den Vermieter die sekundäre Darlegungslast, ob und wie er sich um eine Anschlussvermietung bemüht hat.⁶⁶

⁶² KG GE 2002, 329.

⁶³ OLG Düsseldorf NZM 1998, 916; KG GE 2002, 929.

⁶⁴ OLG Düsseldorf ZMR 2007, 780.

⁶⁵ KG GE 2001, 1402.

⁶⁶ OLG Koblenz ZMR 2009, 283.