

Tatsachenirrtum, Rechtsirrtum und Vertretenmüssen bei der Zahlungsverzugskündigung

von *Jan Dirk Harke*

I. Zwei Fälle von Zahlungsverzögerung und Irrtum

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Mieter seinen Rückstand mit der Mietzahlung zu verantworten hat, ist in den letzten Jahren mehrfach zum Gegenstand der höchstrichterlichen Judikatur geworden. Die einschlägigen Entscheidungen des BGH gelten zwei unterschiedlichen Konstellationen, die aber durch das Problem miteinander verbunden sind, welche Rolle ein Dritter spielt, der durch sein Verhalten Einfluss auf die Mietzahlung nimmt. Er kann entweder als Berater fungieren, der den Mieter dazu verleitet, die Entrichtung der Miete zu verweigern; oder er kann selbst dazu verpflichtet sein, für den in Vermögensnot geratenen Mieter die Zahlung der Miete zu übernehmen. In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob der Dritte Erfüllungsgehilfe des Mieters ist und ob sich dieser sein Fehlverhalten zurechnen lassen muss. In der ersten Konstellation erzeugt er bei dem Mieter einen Tatsachen- oder Rechtsirrtum, der ihn an seine mangelnde Zahlungspflicht glauben lässt; in der zweiten hilft er ihm nicht über eine Zahlungsunfähigkeit hinweg.

1. Irrtum über die Verpflichtung zur Mietzahlung

Eine Fehlvorstellung des Mieters, die ihn von der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Mietzahlung abhält, kommt kaum in der Weise vor, dass der Mieter seine Bindung durch den Mietvertrag verkennt. Praktisch relevant und durchaus häufig ist dagegen die Konstellation, dass der Mieter sich von der durch den Vertrag begründeten Pflicht zu Unrecht dadurch entbunden sieht, dass er von einer Minderung der Miete infolge eines Mangels nach § 536 Abs. 1 BGB ausgeht oder glaubt, dass ihm aus diesem oder aus einem anderen Grund ein Rückforderungs- oder sonstiges Leistungsrecht zusteht, das er dem Anspruch auf Mietzahlung entgegenhalten kann. Um einen solchen Fall geht es in einer Entscheidung des achten

Zivilsenats des BGH vom Juli 2012. In ihr erklärte der Senat eine auf den qualifizierten Verzugstatbestand des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gestützte Kündigung für wirksam, der dadurch entstanden war, dass die Mieter unter Berufung auf Kondenswasser- und Schimmelbildung in dem gemieteten Haus die monatlich geleistete Miete um 20 % gekürzt hatten. Wie das in erster Instanz eingeholte Gutachten ergab, war statt des von den Mietern angenommenen Baumangels ihr eigenes Lüftungsverhalten für die Beeinträchtigung der Wohnqualität verantwortlich. Dass die Fehlannahme der Mieter nicht völlig unberechtigt war, ließ der BGH im Gegensatz zu den Instanzgerichten nicht genügen, um das Vertretenmüssen und damit den Eintritt des Verzugs zu verneinen. An die Entschuldigung wegen eines Rechts- oder Tatsachenirrtums, der zur Verkennung der Leistungspflicht führe, sei generell und auch bei der Verzugs Kündigung nach § 543 Abs. 3 BGB ein strenger Maßstab anzulegen.¹ Die Rücksicht auf eine gewisse Berechtigung der Fehlvorstellung des Mieters komme einer Reduktion der Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gleich.² Und diese sei nicht etwa deshalb geboten, weil der Mieter sonst von der Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte abgehalten werden könne; denn er habe die Möglichkeit, eine Zahlungsverzugskündigung zu vermeiden, indem er Miete unter Vorbehalt der Rückforderung zahle und dann aktiv zurückfordere.³

Grundlage der Entscheidung von 2012 ist ein Urteil aus dem Jahr 2006, das statt der außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB der ordentlichen nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 und nicht einem Tatsachenirrtum, sondern einer rechtlichen Fehleinschätzung der Wohnungsmieter galt. Im Vertrauen auf den Rat des Mieterschutzvereins hatten sie über einen gewissen Zeitraum die Nebenkostenvorauszahlungen einbehalten, weil der Vermieter ihnen entgegen ihrem Wunsch die Rechnungsbelege zu den Nebenkosten nicht übersandt hatte. In der Fehlannahme, aus diesem Grund zur Zurückbehaltung der Vorauszahlungen berechtigt zu sein, sah der BGH zwar einen unvermeidlichen Rechtsirrtum der Mieter, weil diese auf die Kompetenz des Mieterschutzvereins hätten vertrauen dürfen.⁴ Das die Kündigung rechtfertigende Verschulden müsse jedoch nicht das eigene des Mieters sein, sondern könne sich auch aus dem Fehlverhalten eines Beraters ergeben, der im Einflussbereich des Mieters tätig werde.⁵ Damit das hieraus resultierende Risiko nicht zulasten des Vermieters gehe, der mit dem Berater in keinem Rechtsverhältnis stehe, habe der Mieter nicht nur für die sorgfältige

¹ BGH, NJW 2012, 2882 = NZM 2012, 637, Rn. 19.

² BGH, NJW 2012, 2882 = NZM 2012, 637, Rn. 20.

³ BGH, NJW 2012, 2882 = NZM 2012, 637, Rn. 18, 20.

⁴ BGH, NJW 2007, 428 = NZM 2007, 35, Rn. 14.

⁵ BGH, NJW 2007, 428 = NZM 2007, 35, Rn. 18.

Auswahl des Beraters, sondern auch für dessen Fehler einzustehen, die ihm nach § 278 BGB zuzurechnen seien.⁶ Der Rechtsirrtum, dem der Mitarbeiter des Mieterschutzvereins in konkreten Fall erlegen sei, könne aber nicht entschuldigt werden, weil der Vorwurf der Fahrlässigkeit immer schon dann begründet sei, wenn mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte gerechnet werden müsse.⁷

Mit Blick auf eine Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB hat der achte Zivilsenat diesen Standpunkt in einem Urteil von 2014 bekräftigt. Es betrifft den Fall, dass ein Mieter zu Unrecht annahm, eine an den bisherigen Vermieter geleistete Zahlung sei auch gegenüber einem Zwangsverwalter wirksam. Diese Fehlannahme hat der BGH nicht genügen lassen, um das Vertretenmüssen und damit den Verzug des Mieters zu verneinen, da dieser bei sorgfältiger Prüfung mit einer abweichenden Entscheidung der Gerichte habe rechnen müssen.⁸ Sei er selbst rechtsunkundig, müsse der Mieter Rechtsrat einholen, wobei er für eine Fehleinschätzung des Beraters gemäß § 278 BGB in demselben Umfang einzustehen habe wie für einen eigenen Rechtsirrtum.⁹

2. Irrtum über die Berechtigung zur Sozialleistung

Nicht auf die Verpflichtung des Mieters zur Mietzahlung, sondern auf die eigene Leistungspflicht des Dritten gegenüber dem Mieter bezieht sich der Irrtum, wenn die Mitarbeiter eines Jobcenters oder Sozialamtes zu Unrecht die nach §§ 22 Abs. 7 SGB II, 35 Abs. 1 SGB XII geschuldeten Leistungen für Unterkunft verweigern und trotz eines entsprechenden Antrags des Mieters nicht an den Vermieter auszahlen. Mit diesem Fall hat sich der achte Senat des BGH in einer Entscheidung von 2015 ebenfalls unter dem Gesichtspunkt beschäftigt, ob der Mieter infolge fremden Fehlverhaltens entlastet wird. Für die außerordentliche Zahlungsverzugskündigung gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB verneint er dies, weil der Mieter wie andere Geldschuldner auch seine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit nach dem Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung stets zu vertreten habe.¹⁰ Auf die Frage, ob die Behörde Erfüllungshilfe des Mieters sei, komme es deshalb nicht an, weil die Kündigung wegen des qualifizierten Verzugstatbestands an einen typisierten Fall des wichtigen Grundes für den Vermieter anknüpfe und daher keinen Raum für

⁶ BGH, NJW 2007, 428 = NZM 2007, 35, Rn. 22 f.

⁷ BGH, NJW 2007, 428 = NZM 2007, 35, Rn. 25 f.

⁸ BGH, NJW 2014, 2720 = NZM 2014, 636, Rn 23 f.

⁹ BGH, NJW 2014, 2720 = NZM 2014, 636, Rn 25.

¹⁰ BGH, NJW 2015, 1296 = NZM 2015, 196, Rn. 18 f.

Rücksicht auf persönliche Umstände und Zumutbarkeitserwägungen lasse, wie sie bei einer Entscheidung nach § 543 Abs. 1 BGB in die Abwägung einzubeziehen seien.¹¹ Der Gesetzgeber habe das Interesse des in eine Notlage geratenen, vertragstreuen Mieters am Erhalt seiner Wohnung im Fall der Zahlungsverzugskündigung durch eine abschließende Sonderregelung berücksichtigt, indem er ihm durch § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Möglichkeit zur Nachholung der Zahlung gewähre und statt dieser auch die Verpflichtungserklärung durch eine öffentliche Stelle genügen lasse.¹² Diese Regelung lasse sich nicht in der Weise erweitern, dass der Mieter schon durch die rechtzeitige Beantragung der Sozialleistungen entlastet und dem Vermieter so die Unsicherheit zugemutet werde, die Mietsache weiterhin ohne sichere Aussicht auf eine Gegenleistung überlassen zu müssen.¹³

Der BGH beruft sich bei seiner Entscheidung auf ein älteres Urteil aus dem Jahre 2005. Hierin hat er bereits bekundet, dass der Mieter bei einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs unbedingt für sein finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen habe¹⁴ und eine unverschuldete wirtschaftliche Notlage nur dazu geeignet sei, das für eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erforderliche Verschulden in Zweifel zu ziehen.¹⁵

Mit der Entscheidung zur Zahlungsverzugskündigung, die der achte Senat in anderem Zusammenhang bereits bestätigt hat,¹⁶ wendet sich der BGH gegen eine Schlussfolgerung, die Instanzgerichte aus einem älteren Urteil von 2009 gezogen haben. Darin sprach der achte Senat einer auf wiederholt unpünktliche Zahlungen des Jobcenters gestützten Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB die Wirkung unter anderem mit der Begründung ab, der Mieter müsse sich ein Verschulden des Jobcenters nicht zurechnen lassen, weil es im Verhältnis zum Vermieter nicht sein Erfüllungsgehilfe sei.¹⁷ Auch wenn es die Leistung für Unterkunft direkt an den Vermieter erbringe, werde es nicht als Hilfsperson des Mieters tätig, sondern allein in Erfüllung seiner eigenen hoheitlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge.¹⁸ Diese Erwägung, an der der BGH ungeachtet seiner Entscheidung zur Zahlungsverzugskündigung festhält,¹⁹ haben die

¹¹ BGH, NJW 2015, 1296 = NZM 2015, 196, Rn. 21.

¹² BGH, NJW 2015, 1296 = NZM 2015, 196, Rn. 23 ff.

¹³ BGH, NJW 2015, 1296 = NZM 2015, 196, Rn. 24.

¹⁴ BGH, NZM 2005, 334, 335.

¹⁵ Ebenso BGH, NJW 2008, 508, Rn. 18 und NJW 2013, 159, Rn. 24.

¹⁶ BGH, NJW 2015, 3087 = NZM 2015, 618, Rn. 35 f.

¹⁷ BGH, NJW 2009, 3781 = NZM 2010, 37, Rn. 27 ff.

¹⁸ BGH, NJW 2009, 3781 = NZM 2010, 37, Rn. 29.

¹⁹ BGH, NJW 2015, 1296 = NZM 2015, 196, Rn. 20, NJW 2015, 1749, Rn. 6.

Landgerichte in Wiesbaden²⁰, Bonn²¹ und Berlin²² zuvor auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB übertragen, indem sie, wenn das Ausbleiben der Mietzahlung an einem Fehler des Jobcenters lag, mangels dessen Zurechnung nach § 278 BGB ein Vertretenmüssen und damit auch einen Verzug des Mieters verneint haben. Das Landgericht Bonn hat dabei zudem das Sozialstaatsprinzip bemüht und ihm entnommen, dass die Verpflichtung zur Mietzahlung bei einem ordnungsgemäßen Verhalten des Mieters mindestens „wirtschaftlich betrachtet“ den Sozialleistungsträger treffe.

II. Die unberechtigte Zahlungsverweigerung des Mieters

Auch wenn sich die Fälle der unberechtigten Minderung und der fehlenden Zahlung durch den Sozialhilfeträger darin gleichen, dass ein Mieter Opfer des Fehlers eines Dritten wird, geht es doch jeweils um ein zusätzliches Rechtsproblem, das die beiden Konstellationen unterscheidet: Bei der irrtumsbedingten Zahlungsverweigerung durch den Mieter kommt es darauf an, wie hoch die Anforderungen sind, die man die Vermeidung eines Irrtums stellt; und bei der Zahlungsverweigerung durch den Sozialleistungsträger ist das entscheidende Problem, ob der auf Arbeitslosengeld oder Sozialhilfe angewiesene Mieter sich auf die Übernahme seiner Verpflichtung gegenüber dem Vermieter durch Sozialleistungsträger verlassen kann oder unabhängig hiervon für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat. Während hier die vom BGH befürwortete Unterscheidung zwischen einer Kündigung aufgrund des qualifizierten Verzugstatbestands in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB und einer wegen einfachen Verschuldens nach den Generalklauseln der §§ 543 Abs. 1, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht kommt, ist für eine solche Differenzierung bei der irrtumsbedingten Zahlungsverweigerung durch den Mieter kein Raum; denn das entscheidende Kriterium ist hier die Frage, ob der Vorwurf der Fahrlässigkeit begründet ist, und auf diese kommt es nach § 276 Abs. 1 BGB sowohl für die Feststellung von Verschulden als auch für die des Vertretenmüssens beim Verzug nach § 286 Abs. 4 BGB an. Dementsprechend macht der BGH im Fall des Irrtums des Mieters auch zu Recht keinen Unterschied danach, ob die Kündigung auf den allgemeinen Verschuldensvorwurf nach den kündigungrechtlichen Generalklauseln oder auf das Vertretenmüssen als Element des qualifizierten Verzugstatbestands § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gestützt wird. Fraglich ist aber, ob der Mieter überhaupt nach § 278 BGB auch für die fehlerhafte Beratung durch einen

²⁰ WuM 2012, 623, 624.

²¹ BeckRS 2012, 01645.

²² NZM 2013, 121, 122.

Dritten einzustehen hat und ob der Maßstab, dem der Mieter bei der Vermeidung seines Irrtums unterliegt, so streng sein muss, wie der BGH meint. Beide Fragen sind zu bejahen.

1. Haftung für einen Berater als Erfüllungsgehilfen

Gegen die Qualifikation eines Rechtsberaters als Erfüllungsgehilfe des Mieters spricht auf den ersten Blick, dass der Mieter gegenüber dem Vermieter allein zur Zahlung und nicht etwa zum Rechtsrat verpflichtet ist.²³ Hieraus könnte man folgern, dass der Rechtsberater vom Mieter auch gar nicht, wie von § 278 BGB gefordert, „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“ eingesetzt wird. Der Mieter hätte dann lediglich für seinen eigenen Irrtum einzustehen, der freilich schon dann nicht unvermeidlich wäre, wenn der Vermieter seine abweichende Rechtsansicht vorträgt und dem Mieter so Anlass gibt, die Auskunft des eigenen Beraters überprüfen zu lassen.²⁴ Mit einer solchen Argumentation wird man freilich weder der Leistungspflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter noch der Bedeutung der Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB gerecht:

Natürlich schuldet der Mieter dem Vermieter keine Rechtsberatung, aber die Kenntnis von der Existenz der eigenen Verpflichtung ist unabdingbare Voraussetzung ihrer Erfüllung. Jenseits von Leistungshindernissen ist ein Irrtum über seine Pflicht folglich auch der einzige Grund, aus dem sich ein Schuldner, der die geschuldete Leistung nicht erbracht hat, vom Vorwurf einer von ihm zu vertretenden Pflichtverletzung entlasten kann.²⁵ Speziell für das Mietrecht und die Zahlungsverzugskündigung wurde dies sogar ausdrücklich im Mieterschutzgesetz von 1923²⁶ festgeschrieben. Die hier in § 3 getroffene Regelung über einen Anspruch des Vermieters auf „Aufhebung des Mietverhältnisses“ wegen eines zweimonatigen Zahlungsverzugs des Mieters nannte in ihrem Abs. 2 sogar als einzigen Entlastungstatbestand die unverschuldete Unkenntnis des Mieters von seiner Leistungspflicht:

„Der Anspruch [auf Aufhebung des Mietverhältnisses] besteht nicht, wenn der Verzug auf eine nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Mieters über den Vertrag oder den Zeitpunkt der Fälligkeit des Mietzinses zurückzuführen ist.“

Der bundesdeutsche Gesetzgeber, der aus § 3 des alten Mieterschutzgesetzes die Vorgängerregelung zum heutigen § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gemacht hat, hielt diese

²³ Lorenz, Zahlungsverzug und Verschulden, WuM 2013, 202, 206.

²⁴ So Lorenz, WuM 2013, 202, 207.

²⁵ Harke, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010, Rn. 182.

²⁶ RGBl. I 1923, S. 353.

Vorschrift für sachlich richtig, aber entbehrlich, weil sich die hier beschriebene Behandlung des Rechtsirrtums schon aus „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ ergebe.²⁷ Diese Grundsätze finden sich heute in §§ 276 ff. BGB; und sie geben nach wie vor aus, was das Mieterschutzgesetz speziell regeln sollte: Ein Mieter, der sich ohne Fahrlässigkeit in einem Irrtum über seine Leistungspflicht befindet, muss deren Verletzung durch Nichterfüllung nicht vertreten. Kann er den Irrtum vermeiden, hat er die Pflichtverletzung dagegen zu vertreten und befindet sich folglich auch nach § 286 Abs. 4 BGB in Verzug.

Entscheidet die Art des Irrtums, dem ein Mieter bei der Beurteilung seiner Leistungspflicht unterliegt, darüber, ob er deren Verletzung zu vertreten hat, folgt hieraus zwangsläufig, dass er auch für eine Fehleinschätzung eines Rechtsberaters einzustehen hat. Denn die Zurechnung des Verschuldens eines Gehilfen nach § 278 BGB dient allein dazu, dem Schuldner die Möglichkeit abzuschneiden, sich durch Einschaltung eines Dritten dort zu entlasten, wo es ihm selbst nicht möglich wäre.²⁸ Könnte er sich darauf berufen, nur der beigezogene Dritte habe einen Fehler gemacht, könnte er den Anspruch des Gläubigers auf Leistung auf diesem Wege gefahrlos frustrieren, weil er einfach nicht leisten und den Konsequenzen dieser Pflichtverletzung dann unter Verweis auf das Drittverschulden entgehen könnte. Hat er für eine auf eigener Nachlässigkeit beruhende Fehlvorstellung einzustehen, muss dieselbe Rechtsfolge auch an den Irrtum eines Beraters geknüpft sein, dessen sich der Schuldner bei der Beurteilung seiner Rechtslage bedient. Da die Kenntnis der Leistungspflicht Voraussetzung ihrer Erfüllung ist, wird dieser Berater eben auch zur Erfüllung dieser Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger eingesetzt und fällt daher unter § 278 BGB. Dies gilt für einen Rechtsberater ebenso wie für einen anderen Ratgeber, etwa einen Sachverständigen, den ein Mieter hinzuzieht, um sich zu vergewissern, dass die Mietsache mangelhaft und die Miete deshalb gemindert sei.

2. Gleichbehandlung von Rechts- und Tatsachenirrtum

Unabhängig davon, ob ein Mieter unbedingt für den Fehler eines Beraters einzustehen hat, stellt sich die weitere Frage, wie hoch die Anforderungen sind, unter denen er oder der Berater den Vorwurf der Fahrlässigkeit vermeiden kann. Problematisch erscheint hier auf den ersten Blick der Schluss, den der BGH aus der Behandlung eines Rechtsirrtums auf die Beurteilung einer

²⁷ Vgl. BT-Drucks. 4/806, S. 10: „Eine besondere Vorschrift über die Bedeutung des Rechtsirrtums (vgl. § 3 Abs. 2 des Mieterschutzgesetzes) kann in § 554 nicht angezeigt erscheinen; denn schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen treten Verzugsfolgen nicht ein, wenn der Schuldner deswegen nicht geleistet hat, weil er bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einem Rechtsirrtum unterlegen ist.“

²⁸ Harke (Fn.), Rn. 242.

Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände zieht. Beim Rechtsirrtum versteht sich gleichsam von selbst, dass er grundsätzlich in den Risikobereich des Schuldners fallen muss und nicht zulasten des Gläubigers gehen darf. Denn wenn eine Fehleinschätzung des Rechts leicht zur Entlastung von der Haftung für eine Verpflichtung führte, unterhöhlte dies das Recht selbst, dessen mangelnde Beachtung sanktionslos bliebe. Kann man die strengen Anforderungen, die deshalb an die Rücksicht auf einen Rechtsirrtum zu stellen sind, aber auf den Fall übertragen, dass ein Schuldner die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Leistungspflicht verkennt, insbesondere zu Unrecht von deren Minderung infolge eines Mietmangels ausgeht?

Abstrakt fällt die Antwort nicht schwer: Weder aus Sicht des Gläubigers noch mit Blick auf den Schuldner bedeutet es einen Unterschied, aus welchem Grund der Schuldner eine ihm obliegende Leistung nicht erbringt. Der Gläubiger ist von beiden Arten eines Irrtums gleichermaßen betroffen; und er kann häufig auch gar nicht nachvollziehen, ob die Leistungsverweigerung des Schuldners auf einer Fehlvorstellung im Tatsächlichen oder einem Irrtum über Rechtsfragen fußt. Und dem Schuldner gereicht es in gleicher Weise zum Vorwurf, ob er nun bei der Beurteilung der Rechtslage oder bei der Aufklärung der tatsächlichen Verhältnisse die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vermissen lässt. So wenig er sich auf eine unklare Rechtslage verlassen und darauf vertrauen darf, sie werde von den Gerichten in Zukunft in seinem Sinne entschieden, kann man ihm erlauben, eine Unsicherheit über Tatsachen zu seinem Vorteil zu deuten und deshalb von einer Leistung abzusehen. Hier wie dort muss derselbe strenge Maßstab gelten.

Hieran ändert auch die besondere Bedeutung, die eine Wohnung für die Lebensführung des Mieters hat, und der Schutz, der seiner Rechtsstellung im Rahmen der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG gebührt, nichts.²⁹ Ihr steht nämlich das in gleicher Weise geschützte Interesse des Vermieters gegenüber, die vermietete Wohnung nicht ohne die ihm zugesagte und zu Unrecht vorenthaltene Gegenleistung überlassen zu müssen. Und den Wert, den die Wohnung für den Mieter hat, kann man nicht nur für einen großzügigen Verschuldensmaßstab, sondern genauso gut als Argument dafür anführen, dass der Mieter die Entrichtung der Miete im eigenen Interesse nicht vorschnell einstellen darf. Gerade zum Schutz seines Lebensmittelpunktes muss er sich seines Standpunktes gründlich vergewissern und im Zweifel den sicheren Weg wählen, die Miete unter Vorbehalt zu zahlen und dann anschließend zurückzufordern, selbst wenn er so das Insolvenzrisiko des Vermieters übernimmt.

²⁹ Hierauf berufen sich und *Streyl*, WuM 2013, 454, 457 f. Anders zu Recht *Lorenz*, WuM 2013, 202, 208.

3. Eine bloße Plausibilitätskontrolle?

Zweifel an der Gleichbehandlung von Rechts- und Tatsachenirrtum des Schuldners weckt freilich die Haltung der Rechtsprechung in der Frage, unter welchen Umständen man für Schäden einzustehen hat, die durch die unberechtigte Geltendmachung eines Anspruchs entstehen. Dies gilt vielleicht noch nicht für die Zurückhaltung, die gegenüber einer Haftung für die unbegründete Klageerhebung besteht; denn hier kann sich die Rechtsprechung auf das Argument stützen, der Zugang zur staatlichen Rechtspflege dürfe nicht erschwert werden und schon das Verfahren und insbesondere die Kostenfolge Sorge abschließend für einen Schutz des Beklagten, weshalb eine zusätzliche Schadensersatzpflicht nur beim vorsätzlichen Missbrauch des Rechtswegs in Betracht kommt.³⁰ Bedenken ruft aber der Umgang der Rechtsprechung mit der Haftung für die außergerichtliche Erhebung eines unbegründeten Anspruchs hervor. Zwar steht die Rechtsprechung hier auf dem zu ihrer Haltung in Verzugsfragen passenden Standpunkt, der vermeintliche Gläubiger habe für Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichermaßen einzustehen;³¹ und sie will unter dieser Voraussetzung insbesondere auch einen Käufer für ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen haften lassen.³² Die Art und Weise, wie der Verschuldensmaßstab ausgefüllt wird, weicht jedoch deutlich von der Behandlung eines Mieters ab, der die Miete in der Fehlannahme eines Mangels der Mietsache kürzt. So begründet es nach Ansicht des BGH nicht den Vorwurf der Fahrlässigkeit, wenn ein Käufer Mangelbeseitigung auch bei Ungewissheit über die Existenz eines Fehlers der Kaufsache verlangt, solange er nur mögliche Einflüsse aus seinem Verantwortungsbereich ausschließt.³³ Und eine solchermaßen eingeschränkte Prüfung, die vom fünften Senat sogar als reine „Plausibilitätskontrolle“ bezeichnet wird, soll nicht nur bei der Erhebung eines Mangelbeseitigungsverlangens, sondern auch bei der Geltendmachung anderer Ansprüche infolge einer Vertragsstörung genügen.³⁴

Der Kontrast zur Behandlung von Sach- und Rechtsirrtum bei der mietrechtlichen Zahlungsverzugskündigung ist frappant. Er sollte aber nicht dazu veranlassen, die Sorgfaltsanforderungen hier ebenfalls auf eine reine Evidenzkontrolle herabzusenken, und zwar

³⁰ BGH, NJW 2008, 1147, Rn. 8, NJW 2009, 1262, Rn. 12

³¹ BGH NJW 2009, 1262, Rn. 17.

³² BGH, NJW 2008, 1147, Rn. 12.

³³ BGH, NJW 2008, 1147, Rn. 13.

³⁴ BGH NJW 2009, 1262, Rn. 20.

auch dann, soweit es nur um die Wirksamkeit der Zahlungsverzugskündigung geht.³⁵ Eher sollte man fragen, ob nicht die Rechtsprechung zur Haftung für eine unbegründete Anspruchserhebung und insbesondere für ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen zu großzügig ist. Selbst wenn man dies verneinte, bestünde aber ein gravierender Unterschied zu der Fehleinschätzung, die zu einer Leistungsverweigerung führt: Während ein Vertragspartner, der aktiv einen unbegründeten Anspruch erhebt, den anderen Teil nur zu Prüfungs- und Abwehrmaßnahmen veranlasst, aber nicht prozessual in die Offensive zwingt, bleibt einem Gläubiger, dem der Schuldner zu Unrecht die Leistung verweigert, nichts anderes übrig, als Klage zu erheben, sei es, dass er den unerfüllten Anspruch durchsetzt, sei es, dass er aus der Leistungsverweigerung die Konsequenz der Vertragsauflösung zieht und diese dann geltend macht. Anders als das Opfer einer unberechtigten Anspruchserhebung kann sich der Gläubiger, um seine Position zu wahren, hier eben nicht damit begnügen, das Begehren des Kontrahenten einfach abzulehnen. Daher ist es, wenn auch nicht unbedingt wünschenswert, so doch zumindest vertretbar, einen Schuldner, der unter Berufung auf ihm in Wahrheit zustehende Gegenrechte nicht leistet, strenger zu behandeln als denjenigen, der diese Rechte aktiv geltend macht und, wenn der andere hierauf nicht eingeht, sich selbst an deren Durchsetzung versuchen muss.

III. Die fehlende Zahlungsfähigkeit des Mieters

Beruhet der Mietrückstand nicht auf einer unberechtigten Zahlungsverweigerung durch den Mieter, sondern darauf, dass dieser selbst nicht zahlen kann und auf die Leistungspflicht eines Sozialhilfeträgers vertraut, ist die Frage der Zurechnung von Gehilfenverschulden mit dem Problem verquickt, welche Bedeutung und Reichweite die Regel von der unbegrenzten Vermögenshaftung hat. Indem der BGH sie für die Beurteilung der Kündigung wegen qualifizierten Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB heranzieht, macht er eine Zurechnung des Verschuldens des Sozialhilfeträgers entbehrlich. Dass er diese ablehnt, ist dann nur noch für die Abwägung relevant, derer es bei der Kündigung wegen einfachen Verschuldens im Rahmen der Generalklauseln der §§ 543 Abs. 1 und 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB bedarf. Während der BGH mit seiner Entscheidung gegen die Anwendung von § 278 BGB richtig liegt, überdehnt er den Grundsatz von der unbegrenzten Vermögenshaftung und verkennt, dass man

³⁵ So aber *Streyl*, Zu gering? – Zu den Anforderungen an eine Kündigung in der neueren Rechtsprechung des BGH, WuM 2013, 454, 457 und *Schmidt*, Fortbestand des Erfüllungsanspruchs bei Mangelkenntnis, NZM 2013, 705, 717, *Blank/Börstinghaus* § 543 Rn. 143 (vgl. auch *Schmidt-Futterer/Blank* § 543 Rn. 103).

mangels Zurechnung des Behördenverschuldens auch die Wirksamkeit einer Kündigung wegen qualifizierten Zahlungsverzugs verneinen muss.

1. Keine Zurechnung des Verhaltens eines Sozialleistungsträgers nach § 278 BGB

Dass ein Jobcenter oder das Sozialamt keine Personen sein sollen, deren sich der Mieter „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“ gegenüber dem Vermieter bedient, leuchtet zunächst weit weniger ein, als dass ihm das Verschulden eines Rechtsberaters zurechnet wird. Man möchte gar die Frage nach einem Erst-Recht-Schluss stellen: Muss ein Mieter, wenn ihm schon der Fehler eines Dritten bei der Beurteilung der Leistungspflicht zum Nachteil gereicht, nicht umso eher für dessen Verweigerungshaltung einstehen, wenn dieser die Leistungspflicht des Mieters regelrecht erfüllen soll? Dies wäre jedenfalls dann zu bejahen,³⁶ wenn man Rechtsrat und Drittzahlung als Gegenstände gleichartiger Pflichten des Dritten gegenüber dem Mieter betrachte; denn in diesem Fall könnte man sie auch im Außenverhältnis gegenüber dem Vermieter nicht verschieden behandeln. Zwar handelt es sich jeweils um Pflichten, die allein gegenüber dem Mieter und nicht auch im Verhältnis zum Vermieter bestehen. Nichtsdestoweniger trennt sie ein fundamentaler Unterschied, der sich, wie der BGH 2009 richtig erkannt hat, aus der Aufgabe ergibt, die der Sozialleistungsträger erfüllt. Im Gegensatz zum Rechtsberater wird er, wenn er Leistungen zugunsten des Mieters erbringt, nicht in Umsetzung einer privatrechtlichen Verpflichtung zum Mieter, sondern im öffentlichen Interesse tätig und betreibt auf diese Weise die Daseinsvorsorge, die ihm durch öffentlich-rechtliche Normen zugewiesen ist.

Zwar soll die direkte Auszahlung von Arbeitslosengeld II oder Sozialhilfe an den Vermieter grundsätzlich nur erfolgen, wenn der Leistungsberechtigte dies beantragt.³⁷ Dass so dessen Interesse an einer eigenverantwortlichen Lebensführung berücksichtigt wird, bedeutet aber nicht, dass der Leistungsberechtigte über die Leistungen für Unterkunft und Heizung in gleicher Weise verfügen könnte wie über ein gewöhnliches Einkommen und er dem Jobcenter oder Sozialamt ebenso wie seiner Bank eine Zahlungsanweisung erteilen könnte. Beide Behörden sollen nämlich nicht nur auf den Antrag des Leistungsberechtigten hin tätig werden, sondern gemäß §§ 22 Abs. 7 S. 2 SGB II, 35 Abs. 1 S. 2 SGB XII von sich die Leistung an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte erbringen, wenn nicht sichergestellt ist, dass der

³⁶ Und sie wird denn auch bejaht von *Lorenz*, WuM 2013, 202, 206.

³⁷ Hierauf verweist *Lorenz*, WuM 2013, 202, 206.

Leistungsberechtigte eine an ihn selbst erfolgte Zahlung dazu verwenden wird, seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nachzukommen. Der Leistungsberechtigte, dem ein solches Verhalten nach den Regelbeispielen in S. 3 der maßgeblichen Bestimmungen vor allem bei Zahlungsrückständen, Krankheit und Sucht unterstellt wird, hat es also keineswegs in der Hand, über die Zahlung an den Vermieter zu disponieren. Ihm wird lediglich ein gewisser Freiraum gewährt, der die Bedarfsdeckung für Unterkunft und Heizung aber nicht ihrer hoheitlichen Funktion beraubt und sie einer aufgrund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses geschuldeten Leistung vergleichbar machen würde.

Daher bedient sich der Mieter, wenn er beim Jobcenter oder Sozialamt die Zahlung an den Vermieter beantragt, auch nicht der Behörde, um seine Verpflichtung gegenüber dem Vermieter zu erfüllen. Und eine unberechtigte Leistungsverweigerung durch Jobcenter oder Sozialamt ist dem Mieter nicht anzulasten, so dass er sich, wenn er die Miete nicht selbst zahlen kann und sich rechtzeitig und ordnungsgemäß um ihre Übernahme durch die Behörde bemüht hat, auch nicht den Vorwurf eines ihm zurechenbaren Verschuldens gefallen lassen muss. Scheidet damit eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung nach den Generalklauseln der §§ 543 Abs. 1, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB aus, kommt auch eine Kündigung aufgrund des qualifizierten Verzugstatbestands nur in Betracht, wenn man das Vertretenmüssen, auf das es nach § 286 Abs. 4 BGB ankommt, weiter versteht als das Verschuldenserfordernis.³⁸

2. Der Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung und seine Einschränkung

Dass das Vertretenmüssen bei einer Geldschuld auch ohne ausdrückliche Vereinbarung über das Verschulden hinausgeht, entspricht allgemeiner Ansicht. Und der BGH, der dies auch für die mietrechtliche Zahlungsverzugskündigung gelten lassen will, kann für diese Meinung sogar einen Passus in der Begründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in Anspruch nehmen. Darin wird die Abschaffung des früheren § 279 BGB motiviert, der für die Gattungsschuld eine verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners statuierte, und dargetan, warum diese insbesondere bei der Vorratsschuld verfehlte Regelung auch nicht für die Geldschuld gebraucht werde. Dass hier eine Garantiehafung des Schuldners bestehe, werde nämlich im neuen § 276 Abs. 1 BGB durch den vorgesehenen Verweis auf die Natur der Schuld indirekt klargestellt:

³⁸ So denn auch *Lorenz*, WuM 2013, 202, 208.

„Der bisherige § 279 wird damit überflüssig. Er muss auch nicht deshalb beibehalten werden, weil aus ihm die Garantiehaftung des Geldschuldners folgen würde. Der Grundsatz, dass der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat, ist auch unabhängig von der insoweit problematischen Reichweite des § 279 allgemein anerkannt ... und wird jetzt in § 276 Abs. 1 Satz 1 RE durch die Bezugnahme auf die Natur der Schuld angesprochen.“³⁹

Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform, der vor einer besonderen Normierung einer Garantiehaftung für die Geldschuld als „zu hart klingend“ zurückschreckte,⁴⁰ diese Garantiehaftung als Grundsatz anerkannt sieht, der eigentlich keiner besonderen Verankerung im BGB bedarf. Damit übernahm der Gesetzgeber die Ansicht, die vor der Schuldrechtsreform herrschend war und in der fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners schlechthin keinen tauglichen Entschuldigungsgrund erkannte. Diese Regel hatte zum einen für die Geldschuld den Rückgriff auf § 279 BGB a. F. und die nicht unproblematische Deutung dieser Verpflichtung als Gattungsschuld entbehrlich gemacht;⁴¹ zum anderen hatte sie für eine entsprechende Lösung der Fälle gesorgt, in denen der Schuldner statt zur Geldzahlung zu einer Sachleistung verpflichtet war, diese aber mangels finanzieller Leistungsfähigkeit nicht erbringen konnte.⁴² Als gesetzliche Grundlage des nicht im BGB zu findenden Prinzips hatte man die Ordnung des Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsverfahrens ausgemacht, die sinnlos wären, könnte ein Schuldner seinen so durchzusetzenden Verpflichtungen schon unter Berufung auf sein finanzielles Unvermögen entgehen.⁴³

Urheber dieser heute noch üblichen und vom BGH auch in seiner Entscheidung zur Zahlungsverzugskündigung eigens herangezogenen⁴⁴ Erwägung ist jemand, der sie eigentlich zum Gegenstand einer ausdrücklichen Regelung im BGB machen wollte: Es ist *Franz Philipp von Kübel*, der damit betraut war, einen Vorentwurf für das Schuldrecht des Gesetzbuchs vorzulegen. In dem maßgeblichen Teilentwurf über die „Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit“⁴⁵ hat er sowohl festgeschrieben, dass eine unverschuldet eingetretene Zahlungsunfähigkeit nicht als Unmöglichkeit gilt,⁴⁶ als auch bestimmt, dass sie nicht zur Entschuldigung gegenüber dem Verzug taugt⁴⁷. In der Entwurfsbegründung sah er sich zu einer

³⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

⁴⁰ Vgl. den Bericht von *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499, 519

⁴¹ *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 492.

⁴² Aus diesem Grund erschien auch *Canaris*, JZ 2001, 499, 519 eine besondere Regelung für die Geldschuld im neuen Schuldrecht untunlich.

⁴³ So *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 491 f., *Canaris* JZ 2001, 499, 519.

⁴⁴ BGH, NJW 2015, 1296 = NZM 2015, 196, Rn. 18.

⁴⁵ *Schubert* (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil, Berlin u. a. 1980, S. 849 ff.

⁴⁶ § 11 des Teilentwurfs.

⁴⁷ § 17 Abs. 2 des Teilentwurfs: „Unverschuldet eingetretene Zahlungsunfähigkeit kann der Schuldner als Entschuldigungsgrund gegen den Verzug nicht geltend machen.“

ausführlichen Auseinandersetzung mit der Gegenansicht veranlasst, die mit *Bernhard Windscheid* einen überaus prominenten Vertreter hatte. Ihm hielt er zwei Argumente entgegen. Das eine lautet, dass die Rücksicht auf die fehlende finanzielle Leistungsfähigkeit des Schuldners zu ihrem Missbrauch durch einen „gewissenlosen Schuldner“ verleite:

„Die Zulässigkeit jenes Einwands gäbe überdies Anlaß zu den bedenklichsten Ausflüchten und Schikanen gewissenloser Schuldner und damit zur gefährlichen Störung der Verkehrs- und Kreditverhältnisse. Ein gewissenloser oder nicht ehrenhafter Schuldner wird überdies den mittels der Exekution zu führenden Beweis, daß er keine Zahlungsmittel oder keinen Kredit besitze, ohne Skrupel über sich ergehen lassen, und unter Umständen darauf bedacht sein, daß die Zwangsvollstreckung kein anderes Ergebnis liefert.“⁴⁸

Seine andere Überlegung ist der bekannte Schluss aus der Existenz von Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsrecht, ergänzt durch den Hinweis darauf, dass sich erst im Vollstreckungsverfahren erweise, ob der Schuldner wirklich mangels Finanzkraft leistungsunfähig sei.

„Die Anerkennung der Zahlungsunfähigkeit als Entschuldigungsgrund gegen die *mora* und deren Folgen hätte die bedenklichsten Konsequenzen und stände augenscheinlich mit den Rechtsprinzipien, auf welchen die gegenwärtige Prozeß- und Exekutionsordnung beruhen, in Widerspruch. ... Hiergegen wird aber gewiß mit Recht unter Hinweisung auf die Natur des Geldes und die Bedeutung des Kredites eingewendet, daß erst durch die Exekution festzustellen sei, ob der Schuldner in der That so vermögens- und kreditlos sei, um schlechterdings das Geld auch nicht durch Verwertung anderer Vermögensstücke zur Verfügung des Gläubigers stellen zu können.“⁴⁹

Ironischerweise hat *von Kübel* gerade mit dieser Begründung die Ursache dafür gesetzt, dass der Satz von der Garantiehftung des Schuldners für seine mangelnde Finanzkraft bis heute nicht als solcher normiert und im BGB nach wie vor allenfalls angedeutet ist.⁵⁰ In der geltenden Fassung des BGB kann man ihn, nachdem der für § 276 BGB geplante Verweis auf die „Natur der Schuld“ nicht Gesetz geworden ist, sogar höchstens in das Merkmal des vom Schuldner übernommenen „Beschaffungsrisikos“ hineinlesen.

Da auf den Grundsatz im BGB bestenfalls hingewiesen ist, stellt sich aber die Frage, ob er heute noch seine Berechtigung hat. Dies kann man im Allgemeinen durchaus bejahen, denn es gibt die „Prozeß- und Exekutionsordnungen“, von denen *von Kübel* spricht, nach wie vor in Gestalt von InsO und ZPO; und ihnen lässt sich immer noch entnehmen, dass eine Schuld auch dann das Stadium der Vollstreckung erreicht, wenn dem Schuldner die finanziellen Mittel fehlen, um

⁴⁸ S. 30 der Begründung = Schubert (Fn.), S. 886.

⁴⁹ S. 29 der Begründung = Schubert (Fn.), S. 885.

⁵⁰ Vgl. zum weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens vor 1900 *Medicus*, AcP 188 (1988) 489, 491 f.

sie von sich aus zu erfüllen.⁵¹ Zur heutigen Rechtsordnung, auf die man bei dem Schluss auf die unbeschränkte Vermögenshaftung Rücksicht nehmen muss, gehören aber auch die Bestimmungen über die Gewährung von Arbeitslosengeld II und Sozialhilfe in SGB II und SGB XII. Zwar stellen sie das überkommene Prinzip nicht schlechthin in Frage. Im Fall des Bedarfs für Heizung und Unterkunft, die der zuständigen Behörde gewissermaßen zur Verwaltung zugewiesen sind, vermögen sie jedoch für eine Einschränkung des Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung zu sorgen. Denn man kann ihnen entnehmen, dass der Schuldner, wenn die Voraussetzungen dieser Leistungen gegeben sind, sich damit begnügen kann, durch rechtzeitigen Antrag die Übernahme der Erfüllung seiner Zahlungspflicht durch den Sozialleistungsträger herbeizuführen. Darf er sich auf diese Leistung verlassen, ist er insoweit auch keiner Garantiehaftung für die eigene finanzielle Leistungsfähigkeit mehr ausgesetzt.

Genau genommen, ist dies in der vom BGH 2009 getroffenen Entscheidung gegen die Qualifikation der Behörde als Erfüllungsgehilfe des Mieters schon vorausgesetzt; denn zur Zurechnung von Verschulden kommt es nur dann, wenn man schon die Primärleistungspflicht in bestimmter Hinsicht beschränkt sieht. Nimmt man an, die fehlende finanzielle Leistungsfähigkeit lasse sie völlig unberührt, handelt ein Schuldner, der die ihm obliegende Leistung nicht erbringt, stets selbst schuldhaft und sogar vorsätzlich, weil er sich einer bestehenden Verpflichtung widersetzt. Das Votum gegen die Anwendung von § 278 BGB hat daher, wie die Instanzgerichte zu Recht angenommen und der BGH zu Unrecht in Abrede gestellt hat, nicht nur Bedeutung für die kündigungsrechtlichen Generalklauseln in §§ 543 Abs. 1 und 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Es gilt auch für die Kündigung wegen qualifizierten Zahlungsverzugs, bei der sich die zuvor implizit bejahte Einschränkung des Grundsatzes der unbeschränkten Vermögenshaftung ebenfalls auswirkt.

Diese Einschränkung erweist sich auch deshalb als berechtigt, weil das andere Argument, das von *Kübel* gegen eine Rücksicht auf die fehlende Finanzkraft eines Schuldners angeführt hat, im Fall der Berechtigung zu Arbeitslosengeld II und Sozialhilfe gegenstandslos ist. Die Deckung des Bedarfs an Unterkunft und Heizung setzt in beiden Fällen ja voraus, dass der Mieter hierzu selbst nicht in der Lage ist; und dieses Erfordernis wird von der zuständigen

⁵¹ Vgl. *Harke* (Fn.), Rn. 181, *MüKoBGB/Grundmann* § 276 Rn. 180, *Staudinger/Caspers* § 275 Rn. 74 f., für das Mietrecht *Blank/Börstinghaus* § 543 Rn. 137, *Lorenz*, WuM 2013, 202, 204. Anders *Kähler*, Zur Entmythisierung der Geldschuld, AcP 206 (2006) 805, 813 ff., der statt dessen für den Regelfall ein Übernahmeverschulden nehmen will. Dieses lässt sich jedoch gerade dann nicht feststellen, wenn die finanzielle Leistungsunfähigkeit des Schuldners erst nachträglich eingetreten ist und sich bei Begründung der Verpflichtung noch nicht absehen ließ.

Behörde auch überprüft. Damit ist das Risiko, dass der Schuldner seinen Mangel an finanzieller Leistungsfähigkeit nur vorschützt, im Rahmen der Möglichkeiten, die ein staatliches Verfahren zur Verfügung stellt, ausgeschlossen. Die Entscheidung über die Gewährung der Sozialleistung nimmt damit die Funktion vorweg, die man ansonsten dem Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsverfahren zuweist, nämlich die Vermögensverhältnisse des Schuldners auf den Prüfstand zu stellen und zu verifizieren, ob er wirklich nicht leistungsfähig ist.

Für den Gläubiger bedeutet die Einschränkung des Prinzips der unbeschränkten Vermögenshaftung einerseits eine Begrenzung seiner Rechte aus Leistungsverzögerung, insbesondere seines Rechts zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung. Er gewinnt mit dem Jobcenter oder Sozialamt aber andererseits eine Stelle, durch die die Leistung, obwohl zuweilen nicht ganz pünktlich, so doch im Ergebnis zuverlässig erfolgt. Zwar hat er selbst keinen Anspruch gegen den Sozialleistungsträger und ist nicht selbst zum Antrag auf eine Direktzahlung befugt; er kann diese aber leicht durch die Information der Behörde über einen aufgelaufenen Mietrückstand erreichen, die Jobcenter oder Sozialamt zum Anlass nehmen sollen, die Miete unmittelbar an den Vermieter auszuzahlen.

Keine wesentliche Zusatzbelastung für den Vermieter bedeutet auch das Prognoserisiko in der Frage, ob der Mieter gegenüber dem Sozialleistungsträger zu Leistungen wegen Unterkunft und Heizung berechtigt ist. Die hier bestehende Unsicherheit wirkt sich bei der Rücksicht auf die mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit des Mieters allerdings auf den Vermieter aus, der mit seiner Behauptung eines Verzugs nur dann scheitert, wenn der in Rückstand gekommene Mieter auch leistungsberechtigt ist und sich auf die Erfüllung seiner Mietschuld durch die Sozialbehörde verlassen kann. Derselben Ungewissheit ist er jedoch ganz unabhängig vom Verständnis des Vertretenmüssens ohnehin schon deshalb ausgesetzt, weil die Behörde die Möglichkeit hat, seine außerordentliche Kündigung gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB dadurch wieder zu Fall zu bringen, dass sie sich innerhalb von zwei Monaten ab Rechtshängigkeit der auf die Kündigung gestützten Räumungsklage zur Leistung gegenüber dem Vermieter verpflichtet. Nimmt man an, der zu Arbeitslosengeld II oder Sozialhilfe berechtigte Mieter sei schon gar nicht in Verzug geraten, wird dieser Schwebezustand zwar bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Räumungsklage verlängert; in den allermeisten Fällen, in denen die Entscheidung der Sozialbehörde später fällt, kann dem Mieter jedoch auch der Vorwurf gemacht werden, sich nicht rechtzeitig darum bemüht zu haben, so dass ihm sein eigenes Verschulden zur Last gelegt werden.

Damit bleiben als effektive Nachteile einer Einschränkung des Prinzips der unbegrenzten Vermögenshaftung nur der Ausschluss von Verzugszinsen und die Kostenverteilung beim Räumungsrechtsstreit, die bei der Verneinung eines Verzugs des Mieters zu seinen Lasten, bei einer nachträglichen Unwirksamkeit der Kündigung infolge einer Verpflichtungserklärung von Jobcenter oder Sozialamt zu seinen Gunsten ausfällt.

3. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB als abschließende Regelung?

Eine Einschränkung des Prinzips der unbegrenzten Vermögenshaftung wäre freilich ausgeschlossen, wenn die Rolle, die der Sozialleistungsträger für das Mietverhältnis spielt, gerade durch die Bestimmung über die Nachholungsmöglichkeit § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB abschließend festgelegt ist. Der BGH hält diese Vorschrift für eine im öffentlichen Interesse an Vermeidung von Obdachlosigkeit liegende Sonderregelung, die eine weitergehende Rücksicht auf die mangelnde Leistungsfähigkeit eines Wohnungsmieters ausschließt. Diese Ansicht lässt sich aber nicht auf die Entstehungsgeschichte der Norm stützen:

Auch § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB geht auf das Mieterschutzgesetz von 1923 zurück, dessen Abs. 3 S. 3 dem Richter die Verurteilung zu der wegen Zahlungsverzugs beantragten Aufhebung des Mietverhältnisses verbot, wenn der Mieter den Vermieter vor dem Erlass des entsprechenden Urteils befriedigte. Diese Regelung bildete das direkte Vorbild für die Vorgängerbestimmung zu der heute geltenden Regelung in § 554 Abs. 3 Nr. 2 BGB a. F, die durch das erste Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften von 1963⁵² eingefügt wurde.⁵³ Hinter der sondergesetzlichen Regelung blieb sie einerseits insoweit zurück, als die nachträgliche Befriedigung des Mieters nur noch bis zum Ablauf eines Monats ab Rechtshängigkeit des auf die Kündigung gestützten Räumungsanspruchs möglich war; sie ging aber andererseits insofern über sie hinaus, als die Befriedigung des Vermieters auch durch die Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle ersetzt werden konnte. Mit dem Mietrechtsreformgesetz von 2001 wurde diese Bestimmung in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB versetzt und zugleich die Frist zur Nachholung von einem auf zwei Monate verlängert. Der Gesetzgeber folgte damit einem zum Thema der Obdachlosigkeit eingeholten Gutachten, wonach die bisherige Frist von einem Monat zu kurz bemessen sei, um den Behörden eine Entscheidung über die Gewährung von

⁵² BGBl. I, S. 505.

⁵³ Vgl. BT-Drucks. 4/806, S. 10.

Leistungen zu ermöglichen. Mit der Verlängerung der Frist wollte der Gesetzgeber insbesondere die Abgabe von Verpflichtungserklärungen fördern, die nicht nur dem öffentlichen Interesse an der Vermeidung von Wohnungslosigkeit dienen, sondern auch dem Vermieter zugutekämen:

„Die Schonfrist für die Nachholung der Zahlung der rückständigen Miete und der fälligen Entschädigung ist gegenüber dem geltenden Recht (§ 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB) in Absatz 3 Nr. 2 um einen Monat auf insgesamt zwei Monate nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsrechtsstreits verlängert worden. Die Fristverlängerung entspricht einem Vorschlag von Busch-Geertsema/Ruhstrat aus ihrem Gutachten „Wohnungslosigkeit in der Bundesrepublik Deutschland“, das sie für die Regierungskommission „Obdachlosigkeit, Suchtfolgen etc. (Notlagenkommission)“ erstattet haben (Wohnungslosigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, September 1995, S. 57). Sie dient der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit. Die derzeitige Frist von einem Monat hat sich für die Sozialhilfebehörden häufig als zu kurz erwiesen. Mit der Fristverlängerung ist die Hoffnung verbunden, dass sich die Behörden mehr als bisher einschalten und gegenüber dem Vermieter eine Verpflichtungserklärung abgeben. Tun sie dies, kommt das auch dem Vermieter zugute.“⁵⁴

Dieser Zielsetzung lässt sich in keiner Weise entnehmen, dass eine Rücksicht auf die fehlende Finanzkraft des Mieters bei der Beurteilung seines Vertretenmüssens ausgeschlossen sein soll. Ganz im Gegenteil hat der Gesetzgeber begrüßt, wenn sich die Sozialleistungsträger in das Mietverhältnis einschalten und durch ihren Auftritt gegenüber dem Vermieter aktiv dafür sorgen, dass der auf Sozialleistungen angewiesene Mieter seine Wohnung nicht infolge eines Mietrückstandes verliert. Dass er trotz der damit verfolgten Absicht, Obdachlosigkeit nach Möglichkeit zu vermeiden, keine ausdrückliche Vorschrift eingefügt hat, wonach sich der Mieter vom Vorwurf des Verzugs durch sein Vertrauen auf die Leistungspflicht des Sozialleistungsträgers entlasten kann, erlaubt gleich aus zwei Gründen keinen Gegenschluss: Zum einen würde er auf einem Schweigen des Gesetzgebers beruhen, das aber allenfalls dann aussagekräftig wäre, wenn es beredt wäre, nämlich als bewusst gelassene Lücke im Gesetz zum Ausdruck käme. Zum anderen ist der Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung, der durch eine solche Norm relativiert würde, seinerseits schon nicht im BGB normiert, sondern in § 276 Abs. 1 BGB bestenfalls angedeutet, so dass für den Gesetzgeber, selbst wenn er sich in diesem Punkt hätte festlegen wollen, gar kein Anlass für die Statuierung einer Ausnahme bestanden hätte.

Auch wenn man die Nachholungsmöglichkeit nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB bedenkt, bleibt es bei der Folgerung, die das Zusammenspiel der insolvenz- und zwangsvollstreckungsrechtlichen Ordnungen und des Sozialrecht ergibt: Ein Schuldner hat zwar grundsätzlich auch den Mangel seiner finanziellen Leistungsfähigkeit zu vertreten; eine Ausnahme gilt aber, wenn ein Mieter

⁵⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

im Rahmen seines Anspruchs auf Arbeitslosengeld II oder Sozialhilfe zu Leistungen für Unterkunft und Heizung berechtigt ist, die die Kosten der gemieteten Wohnung abdecken und auf deren Erbringung der Mieter sich verlassen kann.

IV. Ergebnis

Bedient sich ein Mieter eines Beraters, um sich seine Leistungspflicht gegenüber dem Vermieter zu überprüfen, hat er für jede Nachlässigkeit seines Beraters ohne Rücksicht auf sein eigenes Verschulden einzustehen; und der Maßstab, dem Mieter und Berater gleichermaßen unterliegen, beschränkt sich nicht auf eine reine Evidenzkontrolle. Selbst wenn man bei der unberechtigten Erhebung eines Anspruchs großzügiger verfahren möchte, sind die strengen Anforderungen, die an die Entschuldigung wegen eines Tatsachen- oder Rechtsirrtums zu stellen sind, bei unbegründeter Leistungsverweigerung durchaus gerechtfertigt; denn der Schuldner, der dem Gläubiger die geschuldete Leistung vorenthält, zwingt sein Gegenüber nicht nur zur Verteidigung, sondern auch in die prozessuale Offensive. Beruht dies auf einem Fehler des Beraters, muss der Mieter hierfür deshalb nach § 278 BGB eintreten, weil die Kenntnis der eigenen Leistungspflicht Voraussetzung ihrer Erfüllung ist und ein Schuldner nicht die Möglichkeit erhalten soll, sich durch die Einschaltung eines Dritten zu entlasten.

Verlässt sich ein Mieter dagegen darauf, dass ein Jobcenter oder das Sozialamt die Mietzahlung an den Vermieter übernimmt, muss sich der Mieter einen Fehler bei dieser Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe nicht zurechnen lassen; und er hat auch bei der Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nicht für den Mangel an eigener Finanzkraft einzustehen. Als Schuldner unterliegt der Mieter zwar generell dem Grundsatz unbeschränkter Vermögenshaftung. Dieses Prinzip ist jedoch nicht aus dem BGB, sondern aus der umgebenden Rechtsordnung gewonnen. Hierzu gehören nicht nur die insolvenz- und zwangsvollstreckungsrechtlichen Regeln, sondern auch die Bestimmungen des SGB über Arbeitslosengeld II und Sozialhilfe, die Leistungen für den Bedarf an Unterkunft und Heizung vorsehen und diese gewissermaßen der Sozialbehörde zur Verwaltung zuweisen. Diese Bestimmungen bewirken eine Einschränkung des Grundsatzes der unbeschränkten Vermögenshaftung und gestatten dem Mieter, der sich rechtzeitig und ordnungsgemäß um die Übernahme der Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Vermieter bemüht hat, sich so nicht nur vom Vorwurf des Verschuldens, sondern auch von dem des Vertretenmüssens zu entlasten. Dies hat für den Vermieter insofern Nachteile, als er auf Verzugszinsen verzichten

muss und auch die Kosten einer Räumungsklage trägt, die am fehlenden Verzug des Mieters scheitert. Die Unsicherheit, die die Beurteilung der Leistungspflicht des Sozialleistungsträgers für den Vermieter mit sich bringt, geht dagegen praktisch kaum über die Ungewissheit hinaus, die ihm schon die Zulassung einer nachträglichen Verpflichtungserklärung gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB aufbürdet; und diese Vorschrift erlaubt entgegen dem BGH keinen Gegenschluss, dass ein Mangel an finanzieller Leistungsfähigkeit des Mieters ansonsten nicht zu berücksichtigen wäre.