

Dr. Beate Flatow

Fälligkeit der Miete und Verzug im Fall der Minderung

- I. Einleitung
- II. Forderung, Minderung, Fälligkeit, Verzug
 1. Ablauf des dritten Werktags
 - a. Forderungshöhe
 - b. Fälligkeit und Verzug
 2. Mangleintritt
 - a. Forderungshöhe
 - b. Fälligkeit und Verzug
 - aa. Grundsatz
 - bb. Zurückbehaltungsrechte
 3. Mangelbeseitigung
 - a. Forderungshöhe
 - b. Fälligkeit und Verzug
- III. Das Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs
 1. Ablauf des dritten Werktags
 2. Mangleintritt
 - a. Kündigungserklärung vor Mangleintritt
 - b. Kündigungserklärung nach Mangleintritt
 - aa. Entstehung des Kündigungsrechts
 - bb. Fortbestehen des Kündigungsrechts
 3. Nutzungsentschädigung und Abwendungsbetrag
 - a. Kündigung vor Mangleintritt
 - aa. Meinungsstreit: Minderung der Nutzungsentschädigung bei Mangleintritt nach Mietende
 - bb. Stellungnahme
 - b. Kündigung nach Mangleintritt
 - aa. Meinungsstreit: Fortsetzung der Mietminderung an der Nutzungsentschädigung
 - bb. Stellungnahme
- IV. Verzugszinsen
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die Mietminderung bezieht sich auf Zeiträume, in der Regel auf Monate. Für den Verzug kommt es auf Zeitpunkte an, auf eine Mahnung oder einen konkreten Tag, an dem die Miete fällig wird. Schwierigkeiten entstehen in den Fällen, in denen der Mieter zum maßgebenden Zeitpunkt nicht zahlt, sich aber nachträglich gerechtfertigt glaubt, weil noch im gleichen Zeitraum, also im laufenden Monat Mängel eintreten. Zu prüfen ist, ob die Vorschriften zum Verzug und seinen Rechtsfolgen mit den Regelungen zur Minderung aufeinander abgestimmt sind.

Die Untersuchung erfolgt jeweils stichtagsbezogen. Es gibt drei Stichtage, zu denen die Rechtslage sich jeweils ändern sein kann:

1. Ablauf des dritten Werktags
2. der Tag des Mangleintritts
3. der Tag der Mängelbeseitigung

Hier sollen alle Ereignisse in einen Monat fallen, die Ergebnisse sind aber bei längeren Zeiträumen übertragbar.

Bezogen auf die Stichtage geht es zunächst um die Mietforderung selbst. Zu prüfen sind Minderungsrechte, Fälligkeit und Verzug (II). Daran schließt sich die Untersuchung des Kündigungsrechts an (III). Ein kurzer Abschnitt betrifft noch die Frage nach Verzugszinsen (IV).

Es gibt einen immer gleich bleibenden Beispielfall.

Der Mieter zahlt die Novembermiete nicht. Am 11. November fallen die Heizungsanlage und damit auch die Warmwasserversorgung aus. Der Vermieter erfährt sofort davon. Die Heizung kann zehn Tage später, also am 21. November, repariert werden.

Die volle Miete beträgt 600 € brutto-warm.

Die angemessene Minderung für einen Heizungsausfall im November soll wie folgt zu bemessen sein:

Heizungsausfall für 30 Tage: Minderung <u>um</u> 60 %	also um 360 €
Heizungsausfall für 20 Tage: Minderung <u>um</u> 40 %	also um 240 €
Heizungsausfall für 10 Tage: Minderung <u>um</u> 20 %	also um 120 €

II. Forderung, Minderung, Fälligkeit, Verzug

Zu untersuchen ist also im ersten Abschnitt die Mietforderung selbst.

1. Ablauf des dritten Werktags

Es beginnt mit der Standardsituation. Die Wohnung ist zum Beginn eines Monats mangelfrei. Der Mieter schuldet die ungeminderte Miete (§ 535 Abs. 2 BGB). Fällig ist die Mietforderung nach § 556 Abs. 1 BGB am dritten Werktag des Monats. Mit Ablauf dieses Tages gerät der Mieter in Verzug, und zwar nach § 286 Abs. 2 BGB ohne Mahnung.

2. Mangleintritt

Zu prüfen ist, was sich genau am Tag des Mangleintritts ändert. Dabei sollen hier unerhebliche Mängel, die keine Minderung rechtfertigen (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) außer Betracht bleiben.

a. Forderungshöhe

Mit dem Auftreten eines Mangels steht bereits fest, dass die Miete – bemessen auf den gesamten Monat – nur mit einem geminderten Betrag geschuldet ist. Es liegt jetzt eine Tauglichkeitsminderung vor. Der Höhe nach besteht aber das Problem, dass die Dauer der Tauglichkeitsminderung ungewiss ist. Das in der Zukunft liegende Datum der Mängelbeseitigung ist nicht bekannt.

Im Beispielsfall steht am 11. November mit dem Ausfall der Heizungsanlage fest, dass die Tauglichkeit der Wohnung beeinträchtigt ist. Es ist nur unklar, wie lange die Wohnung unbeheizbar bleiben wird, für einige Tage oder für den gesamten restlichen Monat.

Welchen Betrag schuldet also der Mieter, der gerade noch mit der vollen Miete in Verzug geraten war, jetzt? In Rechtsprechung und Schrifttum finden sich kaum Erörterungen darüber, wie mit der Ungewissheit über die Zukunft umzugehen ist. Diese Frage stellt sich nicht nur, wenn im laufenden Monat ein Mangel eintritt. Streng genommen ist auch bei einem Mangel, der schon zum Monatsbeginn vorliegt, unklar, wie lange der mangelhafte Zustand noch fortbestehen wird. Es bleibt in allen Fällen das Grundproblem, dass die Miete zum Monatsanfang gezahlt werden soll, dass die Höhe des geschuldeten Betrags aber endgültig erst zum Monatsende bestimmt werden kann.

Eine tatsächliche Unsicherheit ist entsprechend der Darlegungslast zu lösen. Der Vermieter müsste die Beseitigung des Mangels und damit das Ende der Tauglichkeitsminderung darlegen und beweisen. Das bedeutet, dass bei unsicherer zukünftiger Entwicklung zunächst vom Fortbestand des Mangels auszugehen ist. Das deckt sich mit der gar nicht problematisierten Minderung wegen eines Mangels, der schon zum Beginn des Monats vorliegt. Hier schuldet der Mieter zunächst nur die geminderte Miete. Die Minderung wird dabei auf den gesamten Monat gerechnet. Wenn der Mangel im laufenden Monat eintritt, liegt der Unterschied nur darin, dass die schon verstrichene mangelfreie Zeit berücksichtigt wird, also die auch sonst vorzunehmende taggenaue Betrachtung¹ stattfindet.

Der Vermieter, der trotz Mangelhaftigkeit der Wohnung mehr verlangt, müsste zur Gewissheit des Mieters belegen können, dass es schon vorher zu einer Mängelbeseitigung gekommen sein wird. Das dürfte angesichts der Ungewissheit jedes zukünftigen Ereignisses ein seltener Ausnahmefall sein.

Für den Beispielsfall bedeutet das:

Wäre die Forderung am 11. November festzulegen, ist die Minderung so zu bemessen, als dauere der Heizungsausfall bis zum Monatsende, also noch für weitere 20 Tage an. Daraus ergibt sich eine Minderung um 40 % also um 240 €. Die Mietforderung besteht per 11. November nur noch mit 360 €.

b. Fälligkeit und Verzug

aa. Grundsatz

In der reduzierten Höhe bleibt die Miete aber fällig. Auch der Verzug besteht insoweit fort. Die Miete ist mit dem Kalenderdatum fällig geworden und sie ist nicht bezahlt. Dabei bleibt es, auch wenn sich die Höhe nach einem späteren Mangleintritt reduziert.

¹ Vgl. Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 536 Rn. 281; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 Rn. 389; LG Hamburg, Beschl. v. 25.11.2014 – 334 S 20/14 – „juris“; stillschweigend vorausgesetzt etwa bei BGH, Urt. v. 15.12.2010 – XII ZR 132/09 – NZM 2011, 153, 154, Tz. 16; AG Wiesbaden, Urt. v. 25.06.2012 – 93 C 2696/11 – WuM 2012, 439; einschränkend bei Durchschnittswerten über längere Zeiträume LG München, Urt. v. 14.01.2016 – 31 S 20691/14 – NZM 2016, 237, 238.

Im Beispielsfall bedeutet das:

Der Mieter war vom 1. November. bis zum 10. November mit einem Betrag von 600 € in Verzug. Jetzt, Stand 11. November, ist er immer noch im Verzug, wenn auch nur noch mit dem Betrag von 360 €.

bb. Zurückbehaltungsrechte

Zu prüfen ist, ob es bei diesem Zahlungsverzug bleibt, wenn der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht an der laufenden Miete bis zur Mängelbeseitigung geltend macht.

(1) Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB)

Zunächst geht es um die Einrede des nichterfüllten Vertrags. Schon das Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB schließt den Verzug aus.² Erforderlich ist nur, dass der Schuldner sich spätestens im Rechtsstreit auf die Einrede beruft. Fraglich ist also, ob der Mieter geltend machen kann, der Eintritt des Mangels habe nicht nur zu einer Minderung geführt, sondern wegen der verbleibenden Mietschuld den Zahlungsverzug beseitigt. Aus einem Verzug mit dieser Miete könne der Vermieter keine Rechte mehr herleiten.

Es gibt einen Meinungsstreit dazu, ob dem Mieter überhaupt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zustehen kann, wenn er im laufenden Mietverhältnis Mängelbeseitigung durchsetzen will.

Nach einer Auffassung im Schrifttum steht schon der Wortlaut des § 320 BGB der Einrede entgegen. Der letzte Halbsatz des § 320 Abs. 1 Satz 1 schränkt das Leistungsverweigerungsrecht mit der Formulierung ein: „es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist.“ Die Regelung in § 556 b BGB wiederum beinhalte, so die Vertreter dieser Auffassung, eine solche echte Vorleistungspflicht.³ Das führe dazu, dass die Einrede des nichterfüllten Vertrags von vornherein für den Mieter ausscheide.⁴

Die wohl ganz herrschende Gegenauffassung meint, im Grundsatz bleibe dem Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch in einem laufenden Mietverhältnis erhalten.⁵ Mit der Schaffung des § 556 b BGB habe der Gesetzgeber nur die ohnehin vertraglich durchweg vereinbarte Fälligkeitsklausel – Mietzahlung zum 3. Werktag des Monats – in das Gesetz übernehmen wollen. § 556 b BGB sei damit eine bloße Fälligkeitsregelung, eine echte Vorleistungspflicht sei damit nicht verbunden.⁶ Dieser Auffassung folgt auch der BGH. Nach seiner Rechtsprechung entsteht der Mängelbeseitigungsanspruch ständig neu. Es handelt sich um eine in die Zukunft gerichtete

² Vgl. nur Beckmann in: Junker/Beckmann/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 320 BGB Rn. 46; Emmerich in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 320 BGB Rn. 37; BGH, Urt. v. 14.03.1993 – VII ZR 185/91 – NJW 1993, 2674 unter I.2.c.cc. („juris“ Tz. 16); BGH, Urt. v. 11.12.2009 – V ZR 217/08 – NJW 2010, 1272, 1274 (Tz. 23); alle mit zahlreichen weiteren Nachweisen – wohl einhellige Meinung.

³ So Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Auflage. 2007, § 536 Rn. 6 f.; Herrlein, NZM 2006, 527, 529 unter III.1.; Herresthal, NZM 2011, 833, 838 unter IV.1.a.

⁴ So jedenfalls Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl. 2007, § 536 BGB Rn. 6 (die beiden weiteren in Fn. 5 benannten Beiträge behandeln dieses Problem nicht).

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 17.06.2015 – VIII ZR 19/14 – NZM 2015, 618, 622 (Tz. 49); LG Krefeld, Urt. v. 17.03.2004 – 2 S 68/03 – NZM 2004, 298, 299; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 556 b BGB Rn. 8; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 b BGB Rn. 13; Artz in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 556 b BGB Rn. 7; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 556b BGB Rn. 13; Sternel in: Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. III 119 f.; Palandt/ Weidenkaff, 76. Aufl. 2017, § 536 BGB Rn. 6.

⁶ LG Krefeld, Urt. v. 17.03.2004 – 2 S 68/03 – NZM 2004, 298, 299; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556b BGB Rn. 4; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, § 536 BGB Rn. 412; Artz in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 556 b BGB Rn. 7; Conrad, MDR 2013, 1381 f. unter II.2.b.

Dauerverpflichtung.⁷ Zu jedem einzelnen Zeitpunkt, an jedem einzelnen Tag, ist damit der Vermieter vorleistungspflichtig. Er muss nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Mietsache jeweils mangelfrei überlassen.⁸ Damit steht dem Mieter auch die Einrede des § 320 BGB grundsätzlich zu.⁹

Damit ist aber noch nicht entschieden, wie mit dem Monat umzugehen ist, in dem der Mangel auftritt. Hier wird, soweit es erörtert wird, dem Mieter auch von der herrschenden Meinung die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB erst für den Folgemonat zugebilligt. Der Grund liegt darin, dass sonst der vertragsuntreue Mieter – der die Miete am 3. Werktag nicht gezahlt hatte – besser gestellt wäre als der vertragstreue Mieter, dessen Geld bereits beim Vermieter eingegangen ist.¹⁰ Aus der eigenen Vertragsuntreue darf der Mieter keinen Vorteil ziehen.¹¹

Für unseren Fall führen also beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis. Dem Mieter steht an der laufenden Miete kein Zurückbehaltungsrecht zu, wenn er sich bei Eintritt des Mangels bereits im Verzug befand. Damit kann die Regelung in § 320 BGB wegen dieser Miete auch den Verzug für den laufenden Monat nicht beseitigen.

(2) Allgemeines Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB)

Die Geltendmachung eines allgemeinen Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB kann ebenfalls – wenn auch unter zusätzlichen Voraussetzungen – den Schuldnerverzug ausschließen. Es ist streitig, ob die Einrede des § 273 BGB eigenständig neben dem Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB steht.¹² Hier kann das dahin stehen, weil die Voraussetzungen des § 273 BGB ohnehin nicht erfüllt wären. Das allgemeine Zurückbehaltungsrecht steht seinerseits unter dem Vorbehalt, dass sich nicht „aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt“ (§ 273 Abs. 1, 3. Hs.). Solche Besonderheiten, die das Leistungsverweigerungsrecht beseitigen, können sich aus der Natur des Schuldverhältnisses, aber auch aus Treu und Glauben ergeben.¹³ Hier greift erneut die Wertung, dass der vertragsuntreue Mieter nicht gerade aus seiner eigenen Vertragsuntreue Vorteile ziehen darf. Die Einrede des § 273 BGB kann insoweit nicht weiter reichen als diejenige des § 320 BGB.

Im Ergebnis stehen also dem Mieter beim Auftreten eines Mangels keine Einreden zu, die den schon eingetretenen Schuldnerverzug für den laufenden Monat wieder beseitigen können. Nur die Höhe der Forderung reduziert sich.

3. Mangelbeseitigung

Mit dem Tag der Mängelbeseitigung kehren sich die Rechtsfolgen teilweise um.

a. Forderungshöhe

Die Forderungshöhe bestimmt sich auch hier wieder nach der Darlegungslast. Dieser Grundsatz wirkt sich jetzt aber umgekehrt zu Lasten des Mieters aus. Es ist mangels besserer Kenntnisse auch hier der

⁷ BGH, Urt. v. 17.06.2015 – VIII ZR 19/14 – NZM 2015, 618, 622 (Tz. 49); BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 104/09 – NZM 2010, 235 (Tz. 17); ausführlich Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 548 BGB Rn. 66; ders. WuM 2009, 630.

⁸ Vgl. Conrad, MDR 2013, 1381, 1382 unter II.2.b.

⁹ BGH, Urt. v. 15.06.2015 – VIII ZR 19/14 – NZM 2015, 618, 622 (Tz. 49).

¹⁰ Vgl. Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 556 b BGB Rn. 9; Stornel in: Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. III 120.

¹¹ Conrad, MDR 2013, 1381 unter II.2.a.

¹² Vgl. die Nachweise bei Krüger in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 273 BGB Rn. 101 (Fn. 287 und 288).

¹³ Krüger in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 273 BGB Rn. 42.

Fortbestand des aktuellen Zustands insoweit zu unterstellen, wie es um die unsichere Weiterentwicklung in der Zukunft geht. Jetzt müsste nämlich der Mieter das Auftreten eines neuen Mangels darlegen und beweisen. Also wird die Minderung nur noch auf den Zeitraum zwischen Mangleintritt und Mangelbeseitigung bemessen.

Im Beispielsfall ist die Heizung am 21.11. repariert. Für die Zeit danach ist mangels besserer Erkenntnisse über die Zukunft wieder vom Funktionieren der Heizung auszugehen. Das bedeutet, dass die Wohnwertminderung für 10 von 30 Tagen bestand. Dem entspricht eine Minderung von 20 % bezogen auf den gesamten Monat (1/3 von 60 %), also konkret 120 €.

Wenn also jemand den Forderungsstand am 21.11. abfragt, sind es jetzt 600 € abzüglich einer Minderung von 120 €, also 480 €.

b. Fälligkeit und Verzug

Die Fälligkeit mit dem Aufstockungsbetrag könnte sich wiederum aus § 556 b BGB ergeben. Das erscheint aber zweifelhaft, weil diese Aufstockungsforderung sich erst aus der Mängelbeseitigung ergeben hat und während der Zeit, in der die Wohnung mangelhaft war, eben nicht bestand. Danach lässt sich nicht sagen, dass der sich jetzt neu ergebende Differenzbetrag schon mit dem zwangsläufig zurückliegenden Kalenderdatum nach § 556 b BGB als fällig zu gelten hat. Es greift aber die allgemeine Regelung des § 271 BGB. Im Zweifel hat der Schuldner sofort zu leisten. Also muss der Mieter den gesamten Betrag, der sich jetzt wieder als geschuldete Miete ergibt, sofort an seinen Vermieter zahlen.

Fraglich ist, ob der Mieter sich auch sogleich mit dem Differenzbetrag wieder in Verzug befindet. Das ist m.E. abzulehnen. Für den wieder aufgestockten Teil der Forderung fehlt es zunächst an einem verzugsbegründenden Umstand. Die Mietforderung war zwischenzeitlich geringer, erst ab dem Datum der Mängelbeseitigung erhöht sie sich wieder um den Zeitanteil, der noch zum laufenden Monat gehört. Der Ablauf des 3. Werktags kann für diese Aufstockung nach dem gerade Gesagten nicht „wieder hervorgeholt“ werden.¹⁴ Die Fälligkeit ergibt sich nicht aus dem Kalender, sondern nur aus § 271 BGB. Damit bedarf der Verzugsseintritt insoweit, wie sich die höhere Mietforderung erst aus der Mängelbeseitigung ableitet, einer Mahnung.

Als Zwischenergebnis lassen sich also für den Beispielsfall folgende Daten zusammenfassen:

- bis zum Mangleintritt (10.11.): Forderungsstand: die volle Miete, Verzug: mit der vollen Miete von 600 €,
- ab Mangleintritt bis zur Mangelbeseitigung (11.11.-20.11.): die Miete ist um den Betrag gemindert, der sich ergibt, wenn der Fortbestand des Mangels unterstellt wird, also um 40 % oder 240 €. Es verbleibt ab 11.11. eine Forderung von 360 €, Verzug ist ebenfalls nur mit diesem Betrag gegeben, das aber ohne Mahnung.
- ab Mangelbeseitigung (21.11.): Forderungsstand: der Betrag, der sich ergibt, wenn der dauerhafte Erfolg der Mängelbeseitigung unterstellt wird. Es bleibt bei einer Minderung von nur noch 20 %, geschuldet werden 80 % der Miete, also 480 €. Verzug besteht ohne Mahnung weiterhin nur mit 360 €, wegen der weiteren 120 € muss der Vermieter zunächst eine Mahnung aussprechen.

¹⁴ Vgl. LG Berlin, Urt. v. 21.03.1995 – 64 S 290/94 - Grundeigentum 1995, 821 und „juris“ (Tz. 12); Blank in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 543 BGB Rn. 141a.E.; Schur in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., *jurisPK-BGB*, 8. Aufl. 2017, § 556b BGB Rn. 34.

III. Das Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs

Zu untersuchen sind nunmehr die Auswirkungen auf das Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs, also die Frage, wie sich hier eine Minderung auswirkt.

Für das Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs kommt es in den meisten Fällen auf die Höhe der Mietschulden an. Das gilt ohnehin für das Kündigungsrecht des § 543 Abs. 2 Nr. 3 b BGB, weil dort der relevante Rückstand mit zwei Monatsmieten betragsmäßig festgelegt ist. Jedenfalls in der Wohnraummiete gilt es auch für die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB. Hier muss eine Monatsmiete überschritten sein (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB), es ist also wieder eine betragsmäßige Grenze gezogen.

Maßgebend ist für den Rückstandsbetrag immer die vertraglich vereinbarte,¹⁵ zuletzt gültige,¹⁶ also ungeminderte Miete. Rechtsprechung und Schrifttum gehen allgemein ganz selbstverständlich davon aus, dass zur Feststellung eines kündigungsrelevanten Rückstands der Betrag anzusetzen ist, der sich ohne Minderung ergeben würde. Nur das ergibt auch Sinn, denn aus der Mangelhaftigkeit einer Wohnung dürfen sich keine erleichterten Kündigungsmöglichkeiten für den Vermieter ergeben. Mittelbar finden sich Nachweise in zahlreichen Urteilen, indem die Mietminderung im Prozess um die Kündigung mit geprüft wird.¹⁷ Zuletzt hat etwa der BGH in einem aktuellen Urteil einen Rechtsstreit um die Wirksamkeit einer Kündigung zurückverwiesen, damit geklärt werden könne, ob die Miete wegen Mängeln gemindert war und der Mietrückstand sich dadurch weiter reduziert hat.¹⁸

Vor diesem Hintergrund sind jetzt wiederum die Stichtage einzeln zu betrachten.

Der Musterfall bleibt unverändert. Der Fall ist so zu erweitern, dass der Vermieter die Kündigung erklärt. Es muss außerdem dazu gedacht werden, dass schon eine weitere volle Monatsmiete in vergangener Zeit offen geblieben ist, hier sei es die Miete für August.

1. Ablauf des dritten Werktags

Zunächst geht es wieder um den Normalfall. Der Vermieter erklärt die Kündigung, nachdem der Mieter mit einem kündigungsrelevanten Rückstand in Verzug geraten ist, aber bevor ein Mangel eintritt.

Im Beispielsfall erfolgt die Kündigung nach Verzugseintritt aber vor dem 11. November.

Der Normalfall ist wieder Alltag und problemlos. Wenn der Mieter mit einem ausreichenden Betrag in Verzug gerät, ist die Kündigung ist nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 a (in der Wohnraummiete in Verbindung mit § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) oder § 543 Abs. 2 Nr. 3 b BGB wirksam. Das Mietverhältnis endet mit Zugang der Kündigung.

Im Beispielsfall greift § 543 Abs. 2 Nr. 3 b BGB. Es liegt Verzug mit einem Betrag vor, der zwei Monatsmieten erreicht.

¹⁵ Blank in: Blank/ Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 543 BGB Rn. 123.

¹⁶ So die Formulierung von Lützenkirchen in: Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 543 BGB Rn. 246.

¹⁷ Vgl. nur beispielhaft aus jüngerer Zeit LG Lüneburg, Urt. v. 20.11.2013 – 6 S 62/13 – ZMR 2015, 449, 450 (bei „juris“ Tz. 25); LG Berlin, Urt. v. 08.10.2015 – 25 O 119/15 – ZMR 2016, 29 30 (bei „juris“ Tz. 28); LG Hamburg, Urt. v. 09.01.2014 – 316 O 193/13 – „juris“ Tz. 24 und 30.

¹⁸ BGH, Urt. v. 24.08.2016 – VIII ZR 261/15 – NZM 2016, 765, 766 (Tz. 31).

In einer Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale scheint sich gleichwohl ein Problem zu ergeben. Es wäre zu prüfen, ob der Mieter für die Zeit nach dem Ende des Mietverhältnisses überhaupt noch Miete schuldet. Wenn das nicht der Fall ist, verringert sich mit der Kündigung die Mietforderung für den laufenden Monat entsprechend. Wenn nun diese laufende Miete gerade für den kündigungsrelevanten Rückstand benötigt wurde, sinkt die Forderung unter die Grenze des § 543 Abs. 2 Nr. 3 a oder b BGB. In einem zweiten Schritt ist dann zu fragen, ob eine so eintretende Reduzierung der Mietschuld die bereits erklärte Kündigung rückwirkend zu Fall bringen kann. Diese Prüfung stellt sich in jedem Fall, in dem der Vermieter mit seiner Kündigung nicht das Ende des Monats abwartet, in dem der kündigungsrelevante Rückstand erreicht ist.

Im ersten Schritt ist also die Höhe der Mietforderung in demjenigen Monat zu klären, in dem die fristlose Kündigung ausgesprochen wird. Mit dem Mietende, das sofort eintritt, gibt § 535 Abs. 2 BGB keine Anspruchsgrundlage mehr für eine Mietforderung, weil kein Mietverhältnis mehr besteht. Nach § 546 a BGB schuldet der Mieter, der die Mietsache nach Mietende weiter nutzt, vielmehr für die Zeit der Vorenthaltung nur noch Nutzungsentschädigung. Die Abgrenzung muss hier taggenau erfolgen. Für das Ende dieses Anspruchs ist das bis hin zum BGH ausgeurteilt. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung endet mit dem Auszug, und zwar taggenau.¹⁹ Für den Beginn kann nichts anderes gelten. Wenn das Mietverhältnis infolge fristloser Kündigung mit zwei Mieten am 7. des Monats endet, schuldet der Mieter für den restlichen Kündigungsmonat nicht mehr Miete, sondern Nutzungsentschädigung. Stellt sich am 8. des Monats die Frage nach den reinen Mietschulden, sind es keine zwei vollen Monatsmieten, sondern nur noch die Miete für einen Monat und eine Woche. Alle weiteren Forderungen richten sich nur noch auf Nutzungsentschädigung.

Damit ist im zweiten Prüfungsschritt zu klären, ob die Reduzierung auf das Datum der Kündigung zurückwirkt. Das BGB kennt grundsätzlich zwei Varianten, wie die differenzierenden Regelungen im Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB einerseits und § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BGB andererseits) zeigen. Der Rechtsgrund für eine Schuld kann rückwirkend oder aber nur mit Wirkung für die Zukunft entfallen.

Die Kündigung beseitigt die – weitere – Mietschuld nur mit Wirkung für die Zukunft. Der Rechtsgrund fällt erst jetzt fort.²⁰ Alles andere würde zu einem nicht auflösbaren Zirkel führen. Die Kündigung wäre wirksam, weil Verzug mit zwei Mieten bestünde. Sie würde im Moment ihres Ausspruchs unwirksam, weil rückwirkend die Mietforderung unter die maßgebende Grenze sinken würde.

Bei der Kündigung eines Mietvertrags darf der Vermieter ab dem Moment der Kündigung auf deren Wirksamkeit vertrauen. Es gibt keinerlei Grund dem Mieter, der vertragsuntreu war, mit einer Rückwirkung doch noch zum Fortbestand des Mietverhältnisses zu verhelfen.

Auch die kleinteilige Prüfung führt also zu dem – in der Tat selbstverständlichen – Ergebnis, dass der Vermieter die Kündigung sofort erklären kann, nachdem der Mieter mit einem ausreichenden Betrag in Verzug geraten ist. Diese Kündigung ist und bleibt wirksam.

2. Mangleintritt

¹⁹ BGH; Urt. v. 05.10.2005 – VIII ZR 57/05 – NZM 2006, 52; OLG Dresden, Urt. v. 19.10.2011 – 13 U 1179/10 – NZM 2012, 84, 89 unter II.2.c.; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 546a BGB Rn. 41; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 546a BGB Rn. 56.

²⁰ Vgl. Schwab in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 BGB Rn. 418; vgl. auch BGH, Urt. v. 07.10.1994 – V ZR 4/94 – NJW 1995, 53, 55 unter II.4.c („juris“ Tz. 24).

Als nächstes ist wieder die Rechtslage zu prüfen, die nach Eintritt des Mangels besteht. Hier gibt es nun zwei Fallgestaltungen. Einerseits kann die Kündigungserklärung schon ausgesprochen sein. Das ist der gerade geschilderte Fall, der aber jetzt durch den Mangleintritt noch im laufenden Monat um ein neues Sachverhaltselement ergänzt wird. Andererseits kann der Vermieter aber auch die Kündigungserklärung erst später, nach Mangleintritt, abgeben.

a. Kündigungserklärung vor Mangleintritt

Die erste Fallgestaltung, in der die Kündigung schon erklärt war, ist nach dem gerade Gesagten weiterhin unproblematisch. Die Kündigung war wirksam und hat das Mietverhältnis beendet. Die Mietforderung reduziert sich schon dadurch, dass das Mietverhältnis beendet ist, das aber eben nicht rückwirkend. Es ist ohne Belang, ob nach Ende des Mietverhältnisses, während der Dauer der Vorenthaltung ein Mangel eintritt oder nicht. Die Kündigung wird dadurch nicht mehr berührt.

b. Kündigungserklärung nach Mangleintritt

Interessanter ist die zweite Fallgestaltung, in der der Vermieter die Kündigung erst erklärt, nachdem der Mangel schon eingetreten ist.

Im Beispielsfall erklärt der Vermieter die Kündigung also etwa am 15. November, nachdem bereits die Heizung ausgefallen ist.

In einer ersten Prüfung scheint das Kündigungsrecht problematisch zu werden. Der rückständige Betrag erreicht schon zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr die betragsmäßigen Grenzen der Kündigungsvorschriften.

Im Beispielsfall sind am 15. November neben der Augustmiete nur 60 % der Novembermiete offen. In Beträgen wären das 600 € für August und 360 € für November. Der Betrag des § 543 Abs. 2 Nr. 3 b BGB wird nicht erreicht.

Fraglich wäre also, ob der Vermieter Rechtsnachteile erleidet, weil er zu lange mit der Kündigung zugewartet hat, so dass ihm jetzt ein Mangel seine Mietforderung anteilig beseitigt hat.

Zur Lösung werden wieder zwei Prüfungsschritte benötigt. Zunächst ist zu fragen, ob dem Vermieter in dieser Konstellation überhaupt einmal ein Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs zugestanden hat. Wenn das der Fall war, ist noch zu klären, ob und ggf. wie lange ihm dieses Recht erhalten bleibt.

aa. Entstehung eines Kündigungsrechts

Erster Schritt: Dem Vermieter könnte ein Kündigungsrecht noch bis zum Mangleintritt zugestanden haben. Dafür ist jetzt die Frage nach einer Rückwirkung der Minderung zu beantworten. Wirkt die Minderung auf den Monatsbeginn zurück, gab es zu keiner Zeit einen kündigungsrelevanten Rückstand. Wirkt auch die Minderung nur für die Zukunft, gab es das Kündigungsrecht in dem anfänglichen Zeitraum, in dem die Wohnung noch mangelfrei war.

Auch die Minderung wirkt m.E. nur für die Zukunft. Hier gibt es zwar nicht das Argument des logischen Widerspruchs wie bei einer Kündigung ohne Mangelproblematik. Es hilft aber die Auslegung des § 536 BGB. Der Mieter ist „für die Zeit“, in der die Tauglichkeit gemindert ist, nur zur Zahlung einer herabgesetzten Miete verpflichtet. Danach greift die Minderung erst mit Beginn eben dieses Zeitraums.

Dieses Ergebnis bestätigt sich in der systematischen Auslegung. Ein speziell mietrechtliches Argument folgt insoweit aus § 536 c Abs. 2 Satz 2 BGB. Ohne Mängelanzeige ist der Mieter zur Mietminderung nicht berechtigt, solange der Vermieter mangels Anzeige auch keine Abhilfe schaffen kann. Die Rückwirkung einer Minderung auch nur für den laufenden Monat stünde damit in direktem Widerspruch.

Allgemein zeigt die Durchsicht des BGB, dass eine Rückwirkung in verschiedenen Normen ausdrücklich angeordnet wird, wie etwa bei der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) oder der Aufrechnung (§ 389 BGB). Das lässt den systematischen Schluss zu, dass ohne ausdrückliche Anordnung im Zweifel auch keine Rückwirkung eintreten soll.²¹

Zur teleologischen Auslegung. Die gesetzliche Anordnung einer Rückwirkung beruht jeweils auf einem konkreten Schutzgedanken. Bei der Anfechtung soll die Entschließungsfreiheit des Anfechtenden geschützt werden.²² Das ist nur möglich, wenn er von den Folgen seiner anfechtbar fehlerhaft getroffenen Entschließung befreit wird. Ohne eine Rückwirkung wäre das nicht der Fall. Im Fall der Aufrechnung steht ebenfalls ein Schutzgedanke im Hintergrund. Wer weiß, dass er aufrechnen kann, braucht sich wirtschaftlich nicht mehr als Schuldner zu fühlen.²³ Dieses Vertrauen wird durch die Rückwirkung geschützt.²⁴

Also lässt sich in der teleologischen Auslegung der Grundsatz ablesen, dass die Parteien auf den Fortbestand ihrer Rechtsstellung vertrauen dürfen. Die Rechtslage kann sich mit dem Hinzutreten neuer Umstände ändern, das aber im Zweifel immer nur für die Zukunft. Von den Parteien ist generell nicht zu erwarten, eine nicht planbare Rückwirkung hinzunehmen, wenn dafür keine Rechtfertigung vorliegt. Nur besondere Schutzgründe können eine solche Rechtfertigung begründen. Im Rahmen der Mietminderung ist kein derartiger Schutzgrund gegeben. Der Mieter, der die Miete nicht pünktlich zahlt, braucht nicht davon zu profitieren, dass jetzt ein Mangel eintritt.

Das Ergebnis ist also nach jeder Auslegungsmethode, dass die Minderung der Miete nur für die Zukunft eintritt. Sie gilt ab Mangleintritt, nicht aber rückwirkend ab dem Monatsbeginn. Wenn der ungeminderte Betrag ausreichte, um ein Kündigungsrecht zu begründen, gibt es auch insoweit keine Rückwirkung. Das Kündigungsrecht ist für den Zeitraum bis zum Eintritt des Mangels zu bejahen.

bb. Fortbestehen des Kündigungsrechts

Also ist jetzt im zweiten Prüfungsschritt noch zu klären, ob dem Vermieter dieses Kündigungsrecht erhalten bleibt, obwohl im Moment der Kündigungserklärung der relevante Rückstand eben nicht mehr vorliegt.

Diese Frage stellt sich in gleicher Weise nicht nur bei einer eintretenden Minderung, sondern auch nach einer Teilzahlung des Mieters, die den Rückstand unter die Grenze des § 543 Abs. 2 Nr. 3 a oder b BGB drückt, ihn aber nicht ganz beseitigt.

Hierzu gab es in der Vergangenheit Gerichtsentscheidungen, die besagten, der relevante Rückstand des § 543 Abs. 2 Nr. 3 a oder b BGB müsse noch bei Zugang der Kündigung vorliegen.²⁵

²¹ Vgl. ausführlich Lögering, NZM 2010, 113, 115.

²² BGH, Urt. v. 06.08.2008 – XII ZR 67/06 – NZM 2008, 886, 887 Tz. 35.

²³ Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 389 BGB Rn. 2

²⁴ Näher Schlüter in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 389 BGB Rn. 6.

²⁵ Vgl. etwa AG Halle/ Saale, Urt. v. 22.10.2009 – 93 C 1842/09 – WuM 2009, 651 f.; AG Hamburg-Bergedorf, Urt. v. 30.08.2005 – 409 C 168/05 – ZMR 2005, 876 und BeckRS 2005, 31058714; AG Kerpen, Teilurteil vom 18.07.2000 – 22 C 25/00 – ZMR 2002, 123 und BeckRS 2000, 31058502.

Die Gegenauffassung wird von der wohl ganz herrschenden Meinung und in einer aktuellen Entscheidung auch vom BGH vertreten. Ein einmal entstandenes Kündigungsrecht bleibe solange erhalten, wie nicht der gesamte Rückstand ausgeglichen sei.²⁶

Für diese Auffassung spricht zunächst § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB. Danach ist die Kündigung ausgeschlossen, wenn der Vermieter vor Zugang der Kündigung befriedigt wird. Das heißt aber eben gänzlich befriedigt. Auch der Abgleich mit den Regelungen, die nach einer Kündigung greifen, stützt das Ergebnis. Nach Kündigung bleiben nur noch die Möglichkeiten der Aufrechnung (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB) oder Nachzahlung in der Schonfrist (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Auch hier muss jeweils der gesamte Rückstand beseitigt werden.²⁷ Dieses Ergebnis ist auch in der Wertung überzeugend. Das zeigt gerade der vorliegende Fall, in dem es nicht um Teilzahlungen, sondern eine eintretende Minderung geht. Der Mieter hat einen Zahlungsverzug auflaufen lassen, der eine Kündigung rechtfertigt. Es ist kein Grund vorhanden, ihn im Nachhinein dafür zu privilegieren, dass der Vermieter die Kündigung nicht am ersten dafür möglichen Tag erklärt hat. Der Mangel als Belohnung erschiene nicht nachvollziehbar.

Deswegen ergibt sich auch hier das gleiche Ergebnis, obwohl der Vermieter erst nach dem Eintritt des Mangels gekündigt hat. Die Kündigung ist wirksam, weil im Zeitraum zwischen Verzugseintritt und Mangleintritt Verzug mit zwei vollen Monatsmieten bestand.

Wichtig für den Vermieter ist allerdings, dass er in der Wohnraummiete die Kündigung auch entsprechend begründen muss (§ 569 Abs. 4 BGB).²⁸ Er muss also in dem Kündigungsschreiben aufführen, dass die Kündigung auf den Verzug gestützt werde, der mit Ablauf des dritten Werktags in relevanter Höhe aufgelaufen gewesen sei. Von diesem Rückstand sei nur ein Teil bisher beglichen worden oder habe sich infolge einer Minderung erledigt.

3. Nutzungsentschädigung und Abwendungsbetrag.

Zu prüfen ist jetzt die Höhe der Nutzungsentschädigung, die der Mieter nach der Kündigung schuldet. Zugleich ist das in der Schonfrist der Abwendungsbetrag des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

Hier sind wieder die Stichtage getrennt zu behandeln. Die Kündigung kann vor oder nach Mangleintritt ausgesprochen worden sein.

a. Kündigung vor Mangleintritt.

Der erste Fall ist wieder der, in dem der Vermieter nach Verzugseintritt sofort gekündigt hat, also vor Eintritt eines Mangels.

aa. Meinungsstreit: Minderung der Nutzungsentschädigung bei Mangleintritt nach Mietende

²⁶ BGH, Urt. v. 24.08.2016 – VIII ZR 261/15 – NZM 2016, 765; AG Dortmund, Urt. v. 02.11.2004 – 125 C 10067/04 - WuM 2004, 720, 721; LG Köln, Urt. v. 20.02.2002 – 10 S 325/01 – ZMR 2002, 428 und BeckRS 2002, 10169 (dort Rn. 8); KG, Beschl. v. 07.01.2016 – 8 U 205/15 – GE 2016, 459 und BeckRS 2016, 006627 (dort Rn. 10); Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 543 BGB Rn. 161; Ehler in: Beck'scher Online Kommentar BGB (Bamberger/Roth), Stand 01.08.2012, § 543 BGB Rn. 24 d.

²⁷ BGH, Urt. v. 24.08.2016 – VIII ZR 261/15 – NZM 2016, 765, Tz. 22 und 23; inzident zur Vorläufervorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 2 bereits BGH, Urt. v. 14.07.1970 – VIII ZR 12/69 – ZMR 1971, 27, 28 unter II.4. (in „juris“ Tz. 18).

²⁸ Vgl. LG Duisburg, Beschl. v. 24.03.2006 – 13 T 28/06 – WuM 2006, 257.

Dazu haben der BGH und die meisten Instanzgerichte entschieden, dass eine Minderung der Nutzungsentschädigung nach § 546 a BGB nicht mehr zuzulassen ist, wenn die Mängel erst in der Zeit der Vorenthaltung eintreten.²⁹

Im Beispielsfall schuldet der Mieter für November Miete und Nutzungsentschädigung – ungemindert – also 600 €. Zusammen mit der offenen Augustmiete kann er nur durch Zahlung der vollen 1.200 € die Kündigung abwenden.

Nach einer im Schrifttum stark vertretenen Gegenauffassung mindert sich die Nutzungsentschädigung genau wie die Miete, auch wenn ein Mangel nach der Kündigung, also erst in der Zeit der Vorenthaltung, eintritt.³⁰ Danach wäre auch für die Nutzungsentschädigung auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die Forderung abgefragt wird. Zunächst wäre es der Betrag, der sich ergäbe, wenn die Fortdauer des Mangels bis zum Monatsende angenommen wird. Entsprechend der Handhabung zur Miete würde sich der Betrag mit einer – dann ohne Rechtspflicht – durchgeführten Mängelbeseitigung wieder erhöhen. Für die Abwendung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB käme es auf das Datum der Nachzahlung an, weil der Abwendungsbetrag jetzt variiert, je nachdem wann der Mieter die Zahlung erbringt.

Im Beispielsfall ergäben sich folgende Daten:

Wenn der Mieter bis zum 10. November abwenden will, müsste er 1.200 € zahlen.

Wenn er zwischen dem 11. und 20. November abwenden will, muss er nur 960 € zahlen, nämlich die volle Augustmiete mit 600 € und Miete sowie Nutzungsentschädigung in Höhe von 60 % einer Miete, im Betrag weitere 360 €.

Will er ab dem 21. November abwenden, sind es wieder 1.080 € - 600 € für August und 480 € (80 %) für November.

Damit ist der Streit um eine Minderung der Nutzungsentschädigung nicht nur für Zahlungsansprüche, sondern ggf. auch im Streit um den Räumungsanspruch zu entscheiden.

Die Vertreter, die sich für eine Minderung der Nutzungsentschädigung in diesen Fällen aussprechen, verweisen auf das Äquivalenzverhältnis zwischen Gebrauchsüberlassung und Entgelt. Auch in der Zeit des Vorenthaltens müsse dieses Äquivalenzverhältnis fortgelten.³¹ Wenn der vertragsähnliche Charakter des Anspruchs eine Erhöhung der Nutzungsentschädigung auf die ortsübliche Miete erlaube, müsse auch in umgekehrter Richtung der Zustand der Mietsache berücksichtigt werden, ein jetzt eintretender Mangel also zu einer Minderung führen.³² Besonders deutlich werde das, wenn der Vermieter selbst den Mangel schuldhaft verursache.³³ § 546a BGB stelle auf die vereinbarte Miete ab, das sei ggf. auch die geminderte Miete.³⁴

Die Gegenauffassung meint, der Vermieter sei nach Mietende zur Gebrauchsgewährung und damit zur Mängelbeseitigung nicht mehr verpflichtet. Dann dürfe es ihm auch nicht zum Nachteil

²⁹ BGH, Urt. v. 27.05.2015 – XII ZR 66/13 – NZM 2015, 695; BGH, Urt. v. 07.12.1960 – VIII ZR 16/60 – NJW 1961, 916; KG, Urt. v. 01.03.2012 – 8 U 197/10 – ZMR 2013, 26, 27 (und „juris“ Tz. 101); OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.09.2006 – 10 U 30/06 – „juris“ Tz. 49 (insoweit nicht abgedruckt in ZMR 2006, 927); ebenso Rolfs in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 546 a BGB Rn. 42; weitere Nachweise bei BGH, Urt. v. 27.05.2015 – XII ZR 66/13 – NZM 2015, 695, Tz. 14.

³⁰ Vgl. Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 546a BGB Rn. 69; Bieber in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 546a BGB Rn. 10; Derleder, WuM 2011, 551, 555 (unter VI.3.); ; weitere Nachweise bei BGH, Urt. v. 27.05.2015 – XII ZR 66/13 – NZM 2015, 695, Tz. 15.

³¹ Derleder, WuM 2011, 551, 555 (unter VI.3.).

³² Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 546a BGB Rn. 69.

³³ Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 546a BGB Rn. 69.

³⁴ Bieber in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 546a BGB Rn. 10.

gereichen, wenn er die Mängelbeseitigung eben unterlasse.³⁵ Auch eine mittelbare Obliegenheit zur Mängelbeseitigung sei abzulehnen.³⁶ Der Zweck des § 546a BGB liege gerade darin, auf den Mieter Druck auszuüben, damit er die Vorenthaltung beende. Dem würde es zuwiderlaufen, wenn der Mieter sich entsprechend § 536 BGB wegen jeglicher eintretender Verschlechterung auf eine Minderung berufen könne.³⁷ Etwas anderes könne nach Treu und Glauben nur im Einzelfall gelten, wenn den Vermieter ausnahmsweise eine nachvertragliche Erhaltungspflicht treffe.³⁸

bb. Stellungnahme

M.E. ist dieser Meinung zuzustimmen. Zwar sind die Unterschiede in der Praxis wohl nicht allzu groß, weil beide Auffassungen Korrekturen nach Treu und Glauben zulassen. Es ist aber zu überlegen, wen dafür die Darlegungs- und Beweislast treffen soll. Es geht nur um Mängel, die erst nach Mietende eintreten, in einer Zeit, in der der vormalige Mieter ohne Besitzrecht die Wohnung nutzt. Vertritt man die Auffassung, dass solche Mängel die Nutzungsentschädigung im Grundsatz mindern, müsste der Vermieter einen Ausnahmetatbestand nach Treu und Glauben darlegen und beweisen, etwa: schuldhaft Mängelverursachung durch den Mieter selbst. Folgt man der Gegenauffassung, nach der diese Mängel im Grundsatz die Nutzungsentschädigung unberührt lassen, muss der vormalige Mieter einen Ausnahmetatbestand zu seinen Gunsten darlegen und beweisen, etwa: akute schwerwiegende Gesundheitsgefahr infolge des Mangels. Nur diese Verteilung erscheint in einer Situation, in der der Mieter vertragswidrig besitzt, richtig.

Im Beispielsfall bleibt es dabei, dass der Mieter nur durch eine Zahlung von 1.200 € die Kündigung abwenden kann. Dabei soll hier zur Vereinfachung (obwohl die Heizung betroffen ist) unterstellt werden, dass den Vermieter im konkreten Fall keine nachvertragliche Reparaturpflicht trifft.

b. Kündigung nach Mangleintritt

Der zweite Fall ist der, in dem der Vermieter erst nach Eintritt eines Mangels gekündigt hatte. Auch hier stellt sich die Frage nach der Höhe der Nutzungsentschädigung. Wieder gibt es zwei Meinungen und wirkt sich der Streit um die Nutzungsentschädigung naturgemäß auf den Abwendungsbetrag aus.

aa. Meinungsstreit: Fortsetzung der Minderung an der Nutzungsentschädigung

Ausgangslage ist jetzt, dass im Zeitpunkt der Kündigung die Miete bereits gemindert war. Die ganz herrschende Meinung versteht diese geminderte Miete als die vereinbarte Miete im Sinne des § 546 a BGB. Die Minderung setze sich an der Nutzungsentschädigung fort.³⁹

Im Beispielsfall soll der Vermieter nach dem Heizungsausfall gekündigt haben, also etwa am 15. November. Die Nutzungsentschädigung ist nach der herrschenden Meinung gemindert. Wenn der Mieter bis zum 20. November abwenden will, muss er nur 960 € zahlen, nämlich die volle Augustmiete mit 600 € und Miete sowie Nutzungsentschädigung für November in Höhe von 60 %, das heißt weitere 360 €.

³⁵ Rohlfs in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014 (Stand 10.12.2015), § 546a BGB Rn. 42.

³⁶ Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 15/2015, Anm. 2.

³⁷ BGH, Urt. v. 27.05.2015 – XII ZR 66/13 – NZM 2015, 695, 696, Tz. 21.

³⁸ BGH, Urt. v. 27.05.2015 – XII ZR 66/13 – NZM 2015, 695, 696 f., Tz. 23 ff.

³⁹ BGH, Urt. v. 11.02.2009 – XII ZR 114/06 – NZM 2009, 358, 359, Tz. 25; BGH, Urt. v. 21.02.1990 – VIII ZR 116/89 – NJW-RR 1990, 884, 885 unter II.2.b; BGH, Urt. v. 07.12.2010 – VIII ZR 16/60 – NJW 1961, 916; KG, Urt. v. 30.01.2012 – 8 U 192/10 – ZMR 2012, 693 (bei „juris“ Tz. 30); Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 546a BGB Rn. 29; Streyl in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 546a BGB Rn. 68; Bieber in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 546a BGB Rn. 10.

Die Nutzungsentschädigung erhöht sich allerdings auch nach dieser Auffassung wieder auf den Betrag der hypothetischen Miete, wenn der Vermieter – ohne Rechtspflicht – den Mangel beseitigt.⁴⁰ Die Nutzungsentschädigung laufe genau parallel zur Miete.

Auch der Abwendungsbetrag kann sich dementsprechend erhöhen, und zwar im Beispielsfall ab dem 21. November auf dann wieder 1.080 €, nämlich 600 € für August und jetzt 480 € für November. Es bliebe nach Mängelbeseitigung bei einer Minderung von nur noch 20 %.

Die Gegenauffassung zur Nutzungsentschädigung wird von Lehmann-Richter vertreten.⁴¹ Lehmann-Richter meint, die Nutzungsentschädigung sei auch dann in ungeminderter Höhe zu zahlen, wenn die Miete zuletzt wegen vorhandener Mängel gemindert gewesen sei.

Wenn – wie hier angenommen – der Eintritt des Mangels und die spätere Kündigung in ein und denselben Monat fallen, führt das zu einer etwas komplizierteren Berechnung. Bis zur Kündigung ist – und bleibt – die Miete gemindert. Die Minderung ist jetzt auf den verbleibenden Zeitraum taggenau auszurechnen. Danach tritt an ihre Stelle die ungeminderte Nutzungsentschädigung. Das ist wieder taggenau auszurechnen.

Im Beispielsfall soll der Vermieter ja am 15. November gekündigt haben. Der Mieter schuldet dann, wenn er am 24. November abwenden will:

- die volle Augustmiete (600 €)
- für 10 Tage eine ungeminderte Novembermiete, also 200 €
- für weitere 5 Tage eine um 60 % geminderte Miete, das wären weitere 40 € (ausgerechnet: $600/30 = 20$ Tagesbetrag ungemindert, $20 € * 40 \% = 8 €$ geminderter Tagessatz, für 5 Tage = 40 €).
- für weitere 9 Tage die ungeminderte Nutzungsentschädigung für November also weitere (8 * 20 €) 180 €

Abwenden könnte der Mieter am 24. November durch Zahlung von 1.020 €. Für jedes abweichende Kündigungsdatum und/oder Zahlungsdatum wäre der Betrag entsprechend auszurechnen.

Es bedarf also wiederum einer Entscheidung, und zwar einerseits im Zahlungsprozess und andererseits im Räumungsprozess, wenn der Mieter in der Schonfrist Nachzahlungen geleistet hat.

Lehmann-Richter geht zunächst vom Wortlaut des § 546a BGB aus. Die Norm spreche von der „vereinbarten Miete“. Das sei eben die Miete, auf die sich die Parteien durch übereinstimmende Willenserklärungen geeinigt hätten. Außerdem diene es der Druckfunktion des § 546 a BGB, wenn der Mieter den ungeminderten Betrag zahlen müsse.⁴²

Für eine ungeminderte Nutzungsentschädigung trotz schon eingetretener Mietminderung könnte immerhin auch die Gleichbehandlung mit dem Kündigungsrecht sprechen. Das Kündigungsrecht blieb dem Vermieter trotz des Mangleintritts erhalten. Für sein Zuwarten wurde er also nicht bestraft. Jetzt würde er eben doch benachteiligt, obwohl das Kündigungsrecht schon in einem Moment bestand, in dem die Wohnung noch mangelfrei war. Er müsste eine Minderung der Nutzungsentschädigung hinnehmen, nur weil er „zu spät“ gekündigt hätte.

bb. Stellungnahme

⁴⁰ Blank in: Bank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2015 § 546a BGB Rn. 29; Streyl in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 546a BGB Rn. 68.

⁴¹ Lehmann-Richter, PiG 90, 199, 204.

⁴² Lehmann-Richter, PiG 90, 199, 204.

Dennoch ist m.E. der ganz herrschenden Auffassung zuzustimmen.

Zunächst lässt sich auch die herrschende Meinung mit dem Wortlaut des § 546 a BGB in Einklang bringen. Nach § 536 BGB mindert sich „die Miete“. Auch das ist die vereinbarte Miete. Sie wird um einen Prozentsatz oder einen Betrag gemindert. Dadurch verliert sie aber nicht das Attribut vereinbart.

Wollte man dagegen die Formulierung „vereinbart“ in § 546 a BGB so verstehen, dass immer die letzte Willenseinigung maßgebend sei, wäre das auch nicht durchzuhalten. Dann wäre nicht nur ein Minderungsbetrag, sondern umgekehrt auch der Erhöhungsbetrag aus einer Modernisierungsmieterhöhung außer Acht zu lassen. Diese Mieterhöhung erfolgt auch nicht durch Einigung, sondern durch einseitige Erklärung des Vermieters (§ 559 b Abs. 2 BGB).⁴³

Der Vermieter wird auch nicht ungerechtfertigt benachteiligt, weil er langmütig mit der Kündigung zugewartet hätte und dann vom Mangel eingeholt worden wäre. Er muss vielmehr die Minderung – auch – der Nutzungsentschädigung hinnehmen, weil er während des noch andauernden Vertrags bis zur Kündigung seiner Mängelbeseitigungspflicht nicht nachgekommen war.

Ein letztes Argument ergibt sich, wenn genauer auf die Rechtsfolgen des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, also der Abwendung, geschaut wird: Die Abwendung wirkt nach wohl ganz herrschender Meinung *ex tunc*, sie wirkt also auf den Zeitpunkt der Kündigung zurück.⁴⁴ Dafür spricht der Wortlaut des § 569 Abs. 3 BGB „Die Kündigung wird unwirksam“. Eine unwirksame Kündigung beendet den Mietvertrag nicht. Das bedeutet, dass das Mietverhältnis kraft gesetzlicher Fiktion wieder auflebt⁴⁵ und nicht ein neues Mietverhältnis mit dem Datum der Abwendung begründet wird.

Nun wäre es ein seltsames Ergebnis, wenn der Mieter zunächst die ungeminderte Nutzungsentschädigung schuldet, aber den Minderungsbetrag zurückverlangen kann, sobald durch die Nachzahlung wieder ein – ungekündigtes – Mietverhältnis besteht. Infolge der Rückwirkung handelt es sich nämlich wieder um eine Miete, nicht um eine Nutzungsentschädigung.

Die rückwirkende Heilung des Mietvertrags lässt sich wohl nur durchhalten, wenn sich eine geminderte Miete als geminderte Nutzungsentschädigung fortsetzt, die bei Abwendung dann wiederum zur geminderten Miete wird.

Im Ergebnis ist also der herrschenden Meinung zu folgen. Die Minderung der Miete setzt sich an der Nutzungsentschädigung fort.

Der Mieter kann bis zum 20.11. durch Zahlung von 960 € die Kündigung unwirksam machen. Wenn er abwendet, nachdem der Vermieter die Heizung repariert hat, erhöht sich der Abwendungsbetrag bis einschließlich November auf 1.080 €.

IV. Verzugszinsen

Abschließend kann unter Heranziehung der bisher gefundenen Ergebnisse auch die Zinsforderung noch kurz angesprochen werden.

⁴³ Vgl. näher Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 559b BGB Rn. 46.

⁴⁴ Häublein in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 569 BGB Rn. 44; Volker Emmerich in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2014, Stand Update 05.08.2015, § 569 BGB Rn. 44; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 569 BGB Rn 70; a.A. allerdings Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 569 BGB Rn. 148; O’Sullivan, ZMR 2002, 250, 253.

⁴⁵ So BGH, Urt. v. 21.12.2006 – IX ZR 66/05 – NJW 2007, 1591, 1592 (Tz. 13); BGH, Urt. v. 30.06.1960 – VIII ZR 200/59 – NJW 1960, 2093.

Mit dem Ablauf des dritten Werktags schuldet der Mieter Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 i.V.m. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Verzugseintritt ist schon eingangs⁴⁶ dargestellt. Der Zinssatz, mindestens 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, folgt aus im Grundsatz § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. In der Gewerbemiete sind es 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, wenn auch der Vermieter kein Verbraucher ist.⁴⁷ Der Vermieter kann einen realen höheren Zinsschaden darüber hinaus ersetzt verlangen.

Wie oben dargestellt, reduziert sich die Forderung auf eine geminderte Miete, sobald der Mangel eingetreten ist. Nunmehr ist zunächst ein Minderungsbetrag abzuziehen, der sich bei fiktiver Fortdauer des Mangels bis zum Monatsende ergäbe.⁴⁸

Für die Zinsforderung ist jetzt zusätzlich der zur Kündigung erarbeitete Rechtssatz zum Wirkungszeitpunkt heranzuziehen. Der Rechtsgrund für die Mietzahlung entfällt nicht rückwirkend, sondern – im Umfang der Minderung – erst ab dem Tag des Mangleintritts.⁴⁹ Auf die bis dahin geltenden Beträge kann der Vermieter die aufgelaufenen Zinsen also weiterhin verlangen.

Das bedeutet, dass der Vermieter im Beispielsfall nach Mangleintritt noch verlangen kann: Novembermiete in Höhe von 360 € nebst Zinsen auf 600 € für die Zeit vom 4.11.⁵⁰ bis zum 10.11. sowie auf noch 360 € seit dem 11.11.

Der Mangleintritt ist für die Zinsforderung nicht anders zu behandeln als eine erst jetzt erbrachte Teilzahlung.

Der nächste Stichtag ist wieder die Mängelbeseitigung. Nach dem oben Gesagten⁵¹ ist für die Forderung jetzt zu unterstellen, dass der Zustand nach Mängelbeseitigung fortbesteht. Entsprechend geringer wird der Minderungsbetrag. Für den Verzug und damit für die Zinspflicht kommt es aber auf eine verzugsbegründende Mahnung an.⁵²

Das bedeutet, dass der Vermieter am 30. des Monats verlangen kann: Novembermiete in Höhe von 480 € nebst Zinsen auf 600 € für die Zeit vom 4.11. bis zum 10.11. auf 360 € seit dem 11.11. ggf.: auf 480 € seit dem Datum einer Mahnung, die nach dem 20.11. ausgesprochen worden ist.

V. Zusammenfassung

Die Auswirkungen eines Mangels auf den Verzug mit der Mietzahlung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1) Für die Bemessung eines Anspruchs in einem konkreten Zeitpunkt ist zu unterstellen, dass der gerade gegebene Zustand sich fortsetzt.

⁴⁶ Unter II.1.

⁴⁷ Vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 09.07.2004 – 3 U 91/04 – „juris“ – (insoweit nicht abgedruckt in MDR 2005, 139).

⁴⁸ Oben unter II.2.b.

⁴⁹ Oben unter III.2.b.aa.

⁵⁰ Das sei gesetzt der Tag nach dem 3. Werktag.

⁵¹ Unter II.3.a.

⁵² Oben unter II.3.b.

2) Die Minderung wirkt nicht zurück. Erworbene Rechte bleiben erhalten, darunter auch alle Rechte aus einem schon eingetretenen Verzug. Erst die volle Nachzahlung beendet diese Rechtslage.

3) Die Mängelbeseitigung wirkt nicht zurück. Die Minderungsrechte bleiben für die Zeit der Mangelhaftigkeit erhalten.

4) Die Nutzungsentschädigung ist die Fortsetzung der Miete im Zeitpunkt der Kündigung. Eine schon eingetretene Minderung setzt sich fort, aber – wie bei der Miete – nur bis zum Zeitpunkt einer Mängelbeseitigung.