

Verbrauch von Kündigungsrechten im Mietrecht

von Jan Dirk Harke

1. Eine überraschende Entscheidung

Mit Urteil vom 13. Juli 2016¹ hat der achte Zivilsenat des BGH befunden, die Kündigung eines Mietverhältnisses aus wichtigem Grund unterfalle nicht der allgemeinen Bestimmung des § 314 Abs. 3 BGB.² Nach ihr muss eine außerordentliche Kündigung, um wirksam zu sein, innerhalb eines angemessenen Zeitraums ab dem Moment erfolgen, in dem der Kündigungsberechtigte von dem Kündigungsgrund erfahren hat. Auf der Grundlage dieser Vorschrift hatte die Vorinstanz die Räumungsklage einer Kirchengemeinde abgewiesen, die ein mit ihrer ehemaligen Küsterin eingegangenes Mietverhältnis über Wohnräume wegen Zahlungsverzugs der Mieterin außerordentlich gekündigt hatte. Die Säumnis betraf dabei die Mieten für die Monate Februar und April 2013; die Kündigung erfolgte jedoch erst im November desselben Jahres. Diesem zeitlichen Abstand sprach der BGH die Relevanz ab, weil er allein zu einer möglichen Verwirkung des Kündigungsrechts hätte führen können und es hierfür an dem sogenannten „Umstandsmoment“ fehlte.³ Da die Vermieterin die Zahlung der rückständigen Miete noch im August 2013 angemahnt und die Mieterin sich daraufhin für ihre Säumnis entschuldigt hatte, fehlte es erkennbar an einem Tatbestand, der bei der Mieterin das Vertrauen darin hätte wecken können, die Vermieterin werde von ihrem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen.⁴

¹ VIII ZR 296/15, NZM 2016, 791.

² Noch bis in die jüngste Zeit hatte der Senat die Frage vorher ausdrücklich offengelassen; vgl. NZM 2015, 536 (Rn. 29), NZM 2011, 32 (Rn. 5), NZM 2009, 314 (Rn. 17).

³ Vgl. hierzu etwa die ältere Entscheidung des Senats in NJW 2013, 3647 (Rn. 66). Zu einer generellen Kritik am Institut der Verwirkung, die sich durch die Annahme eines stillschweigenden Rechtsverzichts ersetzen lässt, s. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010, Rn. 341 ff.

⁴ BGH, NZM 2016, 791 (Rn. 25).

Mit der Entscheidung gegen die Anwendung von § 314 Abs. 3 BGB, der einen Ausschluss des Kündigungsrechts auch ohne besonderen Vertrauenstatbestand bewirkt, hat sich der achte Zivilsenat des BGH nicht nur gegen einen beträchtlichen, wenn nicht gar überwiegenden, Teil des Schrifttums⁵ gestellt.⁶ Er ist auch von der Rechtsprechung anderer BGH-Senate zur Gewerberaummieta und zum Landpachtrecht abgewichen:

Wie der achte Senat selbst bemerkt,⁷ hat der zwölfte Senat in einer Entscheidung von 2007 die außerordentliche Kündigung eines Mietvertrags über Gewerberäume auf einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 314 Abs. 3 BGB geprüft. Er ist dabei ohne Weiteres von der Anwendbarkeit der Vorschrift im Mietrecht ausgegangen, hat einen Ausschluss des Kündigungsrechts aber deshalb verneint, weil er den Zeitraum von vier Monaten, der zwischen Verzugseintritt und Kündigung verstrichen war, noch als angemessen ansah.⁸

Nicht erwähnt hat der achte Senat dagegen eine 2010 ergangene Entscheidung des Landwirtschaftssenats zur außerordentlichen Kündigung eines Landpachtvertrags gemäß § 594e Abs. 1 BGB. Obwohl diese Vorschrift auf die mietvertragliche Regelung in §§ 543 und 569 Abs. 1 und 2 BGB verweist, hat der Landwirtschaftssenat auf den Rechtsgedanken von § 314 Abs. 3 BGB zurückgegriffen und die Kündigung einer Verpächterin wegen Zahlungsverzugs auch hieran scheitern lassen. Im Gegensatz zum zwölften Senat hat der Landwirtschaftssenat seine Rechtsauffassung auch ausführlich begründet. Zwar hat er offengelassen, ob § 314 Abs. 3 BGB im Landpachtrecht direkt oder nur in seinem schon durch die frühere Rechtsprechung geprägten Rechtsgedanken anwendbar sei.⁹ Er hat aber auf die Ausführungen zu § 314 Abs. 3 BGB in der Begründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes¹⁰ Bezug genommen und die Annahme einer Ausübungsfrist für die außerordentliche Kündigung auf das Interesse des Kündigungsgegners an Rechtssicherheit sowie darauf zurückgeführt, dass dem

⁵ Staudinger/*Emmerich* § 543 BGB Rn. 90, MüKo/*Bieber* § 543 BGB Rn. 53, 72, *Blank/Börstinghaus* § 543 Rn. 168, Schmidt-Futterer/*Blank* § 543 Rn. 130, *Hinz*, Mietrecht und Mietprozess – Die häufigsten Fehler, NZM 2004, 681 (693), *Kandelhard*, Verwirkung im laufenden Mietverhältnis – Rechtsverlust durch Unterlassen?, NZM 2005, 43 (46), *Häublein*, Die fristlose Kündigung im Mietrecht nach Miet- und Schuldrechtsreform, ZMR 2005, 1 (2).

⁶ Anders und im Sinne des achten Senats dagegen MüKo/*Gaier* § 314 BGB Rn. 9, Palandt/*Weidenkaff* § 543 Rn. 44 f.; nicht präzise ist Palandt/*Grüneberg* § 314 Rn. 4.

⁷ BGH, NZM 2016, 791 (Rn. 15).

⁸ BGH, NZM 2007, 400 (Rn. 21).

⁹ BGH, NZM 2010, 552 (Rn. 14).

¹⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

Kündigungsberechtigten bei einem längeren Zuwarten mit der Kündigung die Fortsetzung des Pachtverhältnisses nicht unzumutbar sei.¹¹ Für das Landpachtrecht hat er ein besonderes Bedürfnis für die zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts eines Verpächters darin ausgemacht, dass der Pächter wegen der zeitgebundenen Bearbeitung des überlassenen Grundstücks frühzeitig wissen müsse, ob der Verpächter von seinem Recht zur Vertragsauflösung Gebrauch machen werde.¹² Die Annahme des Berufungsgerichts, die angemessene Frist zur Ausübung des Kündigungsrechts betrage drei Monate, hat der BGH dabei gebilligt.¹³ Außerdem hat er ähnlich wie ansatzweise schon der zwölfte Senat¹⁴ den Einwand des Verpächters zurückgewiesen, der zur Kündigung berechtigende Zahlungsverzug des Pächters sei ein Dauerfehlverhalten, so dass die Ausübungsfrist nicht vor seiner Beendigung durch Nachholung der Zahlung ende.¹⁵

Zwar ließe sich der Hinweis des Landwirtschaftssenats auf das Erfordernis rechtzeitiger Bodenkultur für eine Differenzierung zwischen Landpacht und Wohnraummiete einsetzen. Die übrigen Erwägungen des Landwirtschaftssenats passen jedoch auch auf Mietverhältnisse über Wohnraum und würden in dem vom achten Senat entschiedenen Fall sogar dann zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, wenn man die mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Landpacht großzügig bemessene Frist von drei Monaten übertragen würde.

Die gegenteilige Lösung des achten Senats unterliegt daher einem erhöhten Begründungsbedarf. Zwar lässt sich entgegen einer aufgebrachten Äußerung in der Literatur nicht behaupten, dass der achte Senat „jede Begründung“ für seinen „Rückschritt hinter den Wortlaut des Gesetzes“ schuldig bleibe.¹⁶ Wie sich herausstellen wird, ist die Argumentation des achten Zivilsenats aber nicht tragfähig und der eigentliche Grund, der die Entscheidung gegen die Wohnungsmieterin rechtfertigen könnte, in der Entscheidung unerwähnt geblieben.

2. Ein gesetzgeberischer Wille?

¹¹ BGH, NZM 2010, 552 (Rn. 13).

¹² BGH, NZM 2010, 552 (Rn. 14).

¹³ BGH, NZM 2010, 552 (Rn. 15).

¹⁴ BGH, NZM 2007, 400 (Rn. 21).

¹⁵ BGH, NZM 2010, 552 (Rn. 16).

¹⁶ So Staudinger/*Emmerich* § 543 Rn. 90.1.

Der achte Senat beruft sich in erster Linie auf Willen des Gesetzgebers. Da die mietrechtlichen Kündigungsvorschriften der §§ 543, 569 BGB im Zuge der Mietrechtsreform von 2001, die allgemeinen Bestimmungen des § 314 BGB aber erst ein Jahr später durch die Schuldrechtsreform geschaffen worden sind, muss der Senat dabei zweigleisig verfahren. Zum einen beruft er sich auf die Motive zur Mietrechtsreform;¹⁷ ihr will er eine bewusste Entscheidung gegen die Bestimmung einer Ausübungsfrist entnehmen. Zum anderen stützt sich das Gericht auf die Begründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes;¹⁸ sie soll ergeben, dass die Vorschriften zur außerordentlichen Kündigung im besonderen Vertragsrecht Vorrang vor der allgemeinen Regelung des § 314 BGB haben.

Beide Schlussfolgerungen sind unzutreffend; die genaue Analyse der einschlägigen Passagen in den beiden Gesetzesbegründungen zeigt vielmehr, dass der Gesetzgeber sowohl bei der Mietrechtsreform als auch bei der Schuldrechtsmodernisierung einen Ausschluss der Kündigung infolge ihrer Nichtausübung für möglich gehalten und sich lediglich gegen die Annahme einer starren Ausübungsfrist ausgesprochen hat:

a) **Motive der Mietrechtsreform**

Für die Deutung der Mietrechtsreform bedient sich der BGH eines längeren wörtlichen Zitats aus der Begründung, mit der die Bundesregierung den zugrunde liegenden Gesetzentwurf versehen hat. In der vom BGH wiedergegebenen Fassung lautet es:

„Es wird davon abgesehen, festzulegen, dass die Kündigung innerhalb einer angemessenen Zeit seit der Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat. Ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund kann schon jetzt nach ständiger Rechtsprechung verwirkt werden Eine einheitliche feste Ausschlussfrist in Anlehnung an § 626 II BGB sowie §§ 6, 24 und 70 VVG erscheint wegen der Vielgestaltigkeit der Mietverhältnisse (Wohnraum, Geschäftsraum, Grundstücke, bewegliche Sachen) nicht möglich Eine offenere Bestimmung wäre durch die Rechtsprechung in jedem Falle auslegungsbedürftig. Die mögliche Regelung könnte damit nur wenig zur Vereinfachung des Mietrechts beitragen.“¹⁹

Interessant ist der Blick auf eine der beiden ausgelassenen Passagen. Während die erste nur einen Verweis auf die Kommentarliteratur zur Verwirkung enthält, betrifft die

¹⁷ BGH NZM 2016, 791 (Rn. 21).

¹⁸ BGH, NZM 2016, 791 (Rn. 22).

¹⁹ BGH, NZM 2016, 791 (Rn. 21).

zweite die Quelle für die Aussage zur Ausschlussfrist.²⁰ Es ist der Abschlussbericht der Schuldrechtskommission, die in den Jahren 1984 bis 1991 im Auftrag des Bundesjustizministeriums tagte und deren Vorschläge den Grundstock der späteren Schuldrechtsmodernisierung bildete, soweit diese nicht auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückging. Die in Bezug genommene Stelle im Bericht der Schuldrechtskommission lautet:

„Abgelehnt ist damit eine Regelung, die in Anlehnung an § 626 Abs. 2 BGB sowie §§ 6, 24 und 70 VVG und weitere Spezialvorschriften eine bestimmte Kündigungsfrist vorsieht; Dauerschuldverhältnisse sind zu vielgestaltig, als daß für alle Arten die gleiche Frist vorgeschrieben werden könnte. Soweit ein Bedürfnis für bestimmte Fristen besteht, soll dies weiterhin Spezialregelungen für einzelne Dauerschuldverhältnisse vorbehalten bleiben.“²¹

Die Schuldrechtskommission hatte mit diesen Worten aber nicht etwa eine Entscheidung gegen jegliche Fristbindung, sondern genau die Regelung gerechtfertigt, die später als § 314 Abs. 3 BGB Gesetz geworden ist und eine Kündigung innerhalb einer „angemessenen Frist“ ab Kenntnis vom Kündigungsgrund vorschreibt.²²

Hat sich die Schuldrechtskommission für die Statuierung einer flexiblen Ausschlussfrist ausgesprochen, kann auch die Begründung der Mietrechtsreform, die sich gerade auf die Stellungnahme der Schuldrechtskommission stützt, nicht so verstanden werden, dass ein Kündigungsausschluss infolge Zeitablaufs überhaupt nicht in Betracht komme. Der Gesetzgeber wendet sich lediglich gegen die Festlegung einer starren Frist, wie sie insbesondere § 626 Abs. 2 BGB für die außerordentliche Kündigung eines Dienst- und Arbeitsvertrags statuiert. Der Annahme einer flexiblen Frist, wie sie von der Schuldrechtskommission für die allgemeine Regelung der außerordentlichen Kündigung vorgesehen und dann später in § 314 Abs. 3 BGB Gesetz geworden ist, hat sich der Gesetzgeber der Mietrechtsreform keineswegs verschlossen. Wegen des Auslegungsbedarfs, den eine entsprechende Regelung mit sich bringt, hat er ihr nur die Wirkung abgesprochen, eine Vereinfachung des Mietrechts zu bewirken.

Damit hat der Gesetzgeber der Mietrechtsreform durchaus Raum für eine Rechtsprechung gelassen, die eine solche flexible Ausübungsfrist aus allgemeinen

²⁰ BT-Drucks. 14/4553, S. 44.

²¹ BMJ (Hg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992, S. 156.

²² Im Entwurf der Schuldrechtskommission fand sie sich in § 307 Abs. 3; vgl. den Abschlussbericht (Fn. 21), S. 152.

Regeln herleitet. Der passende Anknüpfungspunkt wäre bis zur Schuldrechtsreform das Gebot von Treu und Glauben in § 242 BGB gewesen, das auch die Grundlage für die Annahme einer Rechtsverwirkung bildet. Vielleicht hat der Gesetzgeber der Mietrechtsreform damit gerechnet, dass dieses Rechtsinstitut im Fall der außerordentlichen Kündigung von der Rechtsprechung um eine Ausschlussfrist ergänzt wird; vielleicht hat er eine solche gerade wegen der Möglichkeit einer Verwirkung für entbehrlich gehalten und dabei übersehen, dass diese wegen der hergebrachten Voraussetzung eines sogenannten „Umstandsmoments“ hinter der Festlegung einer Ausübungsfrist zurückbleibt. Es fehlt jedenfalls an einer klaren Entscheidung gegen eine solche Frist, so dass diese spätestens ab ihrer gesetzlichen Regelung in § 314 Abs. 3 BGB im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung ohne Verstoß gegen den Willen des Gesetzgebers der Mietrechtsreform angewendet werden kann.

b) Motive der Schuldrechtsreform

Der in der Begründung zur Mietrechtsreform in Bezug genommene Passus aus dem Bericht der Schuldrechtskommission ist seinerseits später zum Ausdruck gesetzgeberischen Willens geworden. Er findet sich wortwörtlich in der Begründung des Regierungsentwurfs für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und dient hier ebenso im Bericht der Schuldrechtskommission gerade der Rechtfertigung der Bestimmung einer flexiblen Ausübungsfrist, wie sie in § 314 Abs. 3 BGB vorgesehen ist. Wiederum wendet sich der Gesetzgeber nur gegen die Festlegung einer starren Frist, die er Spezialregelungen für einzelne Dauerverträge überlassen will. Er bezweifelt aber nicht die Berechtigung einer dem Einzelfall anzupassenden Frist, mit der Rechtssicherheit für den Kündigungsgegner geschaffen werde. Eine solche Frist entspreche auch der bisherigen Rechtsprechung. Der entsprechende Passus, auf den sich auch der Landwirtschaftssenat des BGH schon berufen hat,²³ lautet:

„Absatz 3 sieht vor, dass die Kündigung innerhalb einer angemessenen Zeit seit Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat und folgt damit ebenfalls der bisherigen Rechtsprechung. Maßgebend sind zwei Erwägungen: Zum einen soll der andere Teil in angemessener Zeit Klarheit darüber erhalten, ob von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, und zum anderen kann nach längerem Abwarten nicht mehr angenommen werden, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wirklich unzumutbar ist.“²⁴

²³ BGH, NZM 2010, 552 (Rn. 14).

²⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

Bescheinigt der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform einer flexiblen Ausschlussfrist einen hohen Gerechtigkeitsgehalt und die Anerkennung durch die Rechtsprechung, darf man ihm nicht unterstellen, er habe das Mietrecht hiervon ausnehmen wollen. Hat er andernorts auch beiläufig bemerkt, Einzelbestimmungen zur Kündigung aus wichtigem Grund für die einzelnen Verträge genössen Vorrang vor § 314 BGB,²⁵ lässt sich hieraus entgegen der Ansicht des achten Senats nicht folgern, der Gesetzgeber habe diese Einzelbestimmungen schlechthin zu abschließenden Regelungen erklären wollte, die das allgemeine Regime der außerordentlichen Kündigung in jeder Hinsicht verdrängen sollten. Vorrang können nur positive Regelungen haben, die von § 314 BGB abweichen, also insbesondere die Bestimmung einer starren zweiwöchigen Frist für die Kündigung eines Dienst- oder Arbeitsvertrags in § 626 Abs. 2 BGB. Wo das Gesetz zur Ausübung des Kündigungsrechts schweigt, muss dagegen die vom Gesetzgeber für durchgängig passend gehaltene und als schon etabliert betrachtete Regelung in § 314 Abs. 3 BGB zum Zuge kommen.

3. **Objektiv-teleologische Erwägungen**

Fehlt es an einem klaren Bekenntnis des Gesetzgebers gegen die Annahme einer Ausschlussfrist für die außerordentliche Kündigung im Mietrecht, ist damit freilich noch keineswegs geklärt, ob sich diese nicht vielleicht wegen des objektiven Sinns der mietrechtlichen Kündigungsregelung verbietet. Dabei hilft der vom BGH gegebenen Hinweis auf den Wortlaut von §§ 543 und 569 BGB freilich insofern nicht weiter, als in diesen Vorschriften von der Bestimmung einer Ausübungsfrist abgesehen wurde.²⁶ Denn dieses Schweigen des Gesetzes ist wegen der Existenz einer allgemeinen Regelung in § 314 BGB gerade kein beredtes Schweigen.²⁷

Eher in Betracht kommt die besondere Struktur von § 543 BGB, der in seinem Abs. 1 eine Generalklausel enthält und in Abs. 2 besondere Fälle auflistet, die einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen. Diese Regelungstechnik lässt sich gleich in mehrfacher Hinsicht zum Anknüpfungspunkt für die These machen, die Annahme einer Ausschlussfrist komme bei den Regelbeispielen des Abs. 2 oder zumindest bei einem der hier aufgelisteten Fälle nicht in Betracht. Entscheidend ist dabei, worauf der BGH

²⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 177.

²⁶ So aber BGH, NZM 2016, 791 (Rn. 17).

²⁷ Richtig *Häublein*, ZMR 2005, 1 (2).

in seiner Entscheidung auch eigens hinweist,²⁸ nämlich dass bei einer unangemessenen Verzögerung der Kündigung regelmäßig nicht davon ausgegangen kann, dass dem Berechtigten eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist. Unterliegt die außerordentliche Kündigung aufgrund der Generalklausel aus § 543 Abs. 1 BGB damit gewissermaßen einer immanenten Ausübungsfrist, stellt sich die Frage, ob hierin vielleicht eine indirekte Absage an eine solche Frist im Fall der Regelbeispiele des Abs. 2 steckt.

a) Ausübungsfrist und Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

Der Zusammenhang, der zwischen der Verzögerung einer Kündigung und der Voraussetzung einer Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsbindung besteht, lässt sich allerdings noch nicht zu der These zuspitzen, dass beide einander widersprechen, das Kriterium der Unzumutbarkeit also die zusätzliche Bestimmung einer Ausübungsfrist generell ausschließt. Auch in § 314 Abs. 1 BGB ist zur Voraussetzung der Kündigung aus wichtigem Grund gemacht, dass die Fortdauer des Vertrags dem Inhaber des Kündigungsrechts nicht mehr zugemutet werden kann. Nichtsdestoweniger sieht Abs. 3 eine Ausschlussfrist vor; und diese beruht nach ausdrücklicher Bekundung des Gesetzgebers der Schuldrechtsreform außer auf dem Wunsch nach Rechtssicherheit für den Kündigungsgegner gerade auf der Erwägung, dass bei einer übermäßigen Verzögerung der Kündigung der Fortbestand des Vertrags dem Berechtigten eben regelmäßig doch zumutbar ist.²⁹

Nicht anders verhält es sich bei der Regelung über die außerordentliche Kündigung eines Dienst- oder Arbeitsvertrags in § 626 BGB. Auch sie nennt die Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsbindung in ihrem Abs. 1 als Voraussetzung des Kündigungsrechts und statuiert gleichwohl in Abs. 2 eine Ausübungsfrist, die sogar auf einen festen Zeitraum von zwei Wochen festgelegt ist. Nach der Begründung des maßgeblichen Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes soll die Bestimmung dieser Frist ebenfalls Ausdruck des Gedankens sein, ein Hinauszögern der Kündigung durch den Berechtigten lasse die Fortsetzung des Vertrags für ihn nicht unzumutbar erscheinen:

²⁸ BGH, NZM 2016, 791 (Rn. 15).

²⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 178 (s. o. 2. b).

„Absatz 2 Satz 1 verallgemeinert den in § 123 Abs. 2 und § 124 Abs. 2 GewO enthaltenen Rechtsgedanken. Der Kündigende soll die Kündigung innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist aussprechen müssen, will er nicht das anlässlich des konkreten Einzelfalles bestehende Kündigungsrecht verlieren. Diese Überlegungsfrist soll nach dem Entwurf beginnen, wenn der Sachverhalt hinreichend geklärt ist und das Ergebnis demjenigen bekannt ist, der berechtigt ist, die Kündigung auszusprechen. Diese Regelung erscheint insbesondere auch aus dem Grunde gerechtfertigt, weil bei einer längeren Hinauszögerung der Kündigung nach der Kenntniserlangung von dem Kündigungsgrund die für die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Unzumutbarkeit seiner Fortsetzung kaum angenommen werden kann. Um den Kündigungsberechtigten jedoch nicht zu einer überstürzten Kündigung zu drängen, ist die Ausschlussfrist über die in der Gewerbeordnung vorgesehene einwöchige Frist auf zwei Wochen verlängert worden.“³⁰

Die Überschneidung zwischen dem Kriterium der Unzumutbarkeit und der Ausübungsfrist lässt sich also auch bei anderen Vorschriften feststellen. Sie ist folglich noch kein Grund, für § 543 BGB von der Regelung des einen auf die Unzulässigkeit der anderen zu schließen.

b) Ein besonderes Gewicht der Regelbeispiele?

Etwas anderes könnte sich aus der Bedeutung der Regelbeispiele in § 543 Abs. 2 BGB ergeben. Handelte es sich hierbei um so schwerwiegende Pflichtverletzungen, dass ihrem Opfer eine weitere Vertragsbindung schlechthin und für immer nicht mehr zugemutet werden kann, wäre der Mangel einer besonderen Bestimmung über die Ausübungsfrist so zu erklären, dass sie kraft des Kriteriums der Unzumutbarkeit zwar im Allgemeinen, nicht aber bei diesen so gravierenden Fällen Geltung erheischt.³¹ Einem solchen Deutungsversuch steht jedoch die Gesetzgebungsgeschichte³² entgegen, die die Auflistung der Regelbeispiele als eher zufällig entstandenes Produkt ausweist:

Seine Struktur hat § 543 BGB dadurch erlangt, dass der Gesetzgeber der Mietrechtsreform in ihr das allgemeine Prinzip der außerordentlichen Kündigung mit den Erscheinungsformen zusammengeführt hat, in denen es im Mietrecht des BGB schon vorher aufgetreten war. Während Abs. 1 der Vorschrift auf denselben Vorschlag der Schuldrechtskommission zurückgeht, der dann später in § 314 Abs. 1 BGB seinen Niederschlag gefunden hat,³³ sollte mit den Regelbeispielen in § 543 Abs. 2 S. 1 BGB nur das bisherige Recht fortgeschrieben und der Eindruck vermieden werden, dass diese

³⁰ BT-Drucks. V/3913, S. 11.

³¹ In diese Richtung weisen die Überlegungen von *Kandelhard*, NZM 2005, 43 (46).

³² Zu dieser auch *Häublein*, ZMR 2005, 1 ff.

³³ BT-Drucks. 14/4553, S. 43.

Tatbestände nicht mehr zur Kündigung berechtigten.³⁴ Die unter Nr. 1 aufgeführte Kündigung des Mieters wegen Nichtgewährung des geschuldeten Gebrauchs der Mietsache fand sich vor der Mietrechtsreform in § 542 BGB a. F., die nun mit der Nr. 2 versehene Kündigung wegen vertragswidrigen Gebrauchs in § 553 BGB a. F., und die Kündigung wegen Zahlungsverzugs gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB war in § 554 BGB a. F. vorgesehen. Schon in der Fassung von 1900 knüpfte das Gesetz dabei an den Verzug mit der Mietzahlung an zwei aufeinanderfolgenden Terminen an,³⁵ der sich als Kündigungstatbestand schon im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 fand³⁶ und vom BGB-Gesetzgeber in bewusster Anknüpfung an diese Tradition übernommen worden war³⁷. Durch das Mieterschutzgesetz von 1923 wurde der Tatbestand des Verzugs mit der Mietzahlung im Umfang von zwei Monatsmieten geschaffen.³⁸ Mit dem ersten Mietrechtsänderungsgesetz von 1963 wurde dieser Fall als Alternative zum Verzug mit zwei aufeinander folgenden Raten in das BGB aufgenommen und dieser zugleich in der Weise beschränkt, dass der Verzug einen nicht unerheblichen Teil des Mietzinses erfassen musste³⁹. § 554 Abs. 1 S. 1 BGB hatte danach den heute in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zu findenden Wortlaut.

Die nun geltende Regelung nimmt damit eine teilweise mehr als zweihundertjährige Tradition auf, die als solche nie hinterfragt, sondern stets fortgeführt und nur Randkorrekturen zugunsten von Mieter oder Vermieter unterworfen wurde. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass und warum in den Fällen der Regelbeispiele und

³⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 44.

³⁵ Vgl. den ursprünglichen Text von § 554 S. 1 BGB: „Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Miethverhältniß kündigen, wenn der Miether für zwei auf einander folgende Termine mit der Entrichtung des Miethzinses oder eines Theiles des Miethzinses im Verzug ist.“

³⁶ Vgl. § 298 I 21 ALR: „Der Rückstand zweyer Termine berechtigt den Verpächter oder Vermiether, dem andern Theil den Contract, noch vor Ablauf der bedungenen Zeit, aufzukündigen.“

³⁷ Vgl. die Motive zum ersten Entwurf des BGB, Mugdan, Bd. 2, S. 233: „Auch ein Rücktrittsrecht des Vermiethers wegen Nichtzahlung des Miethzinses von Seite des Miethers (Nr. 2) ist in den geltenden Rechten allgemein anerkannt, wenngleich die Voraussetzungen desselben im Einzelnen sehr verschieden bestimmt und, soviel das gemeine Recht betrifft, mehrfach bestritten sind. Während nach dem österreichischen Gesetzbuch § 1118 und dem schweizerischen Obligationenrecht 287 bei dem Vorhandensein der übrigen Erfordernisse es genügt, daß der Miether mit einer fälligen Zinszahlung im Rückstände geblieben ist ... berechtigt nach ALR. I 21 § 298, sächsischem Gesetzbuch § 1220, Hessischem Entwurf 184, dem Bayerischen Entwurf 441 und dem Dresdener Entwurf 572 nur der Rückstand zweier auf einander folgender Termine den Vermiether zum Rücktritte. Der Entwurf hat sich den letzteren Gesetzen angeschlossen; doch darf zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes zwischen dem Rückstände des ganzen Zinses und dem eines Theiles desselben nicht unterschieden werden.“

³⁸ § 3 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter, RGBI. I 353: „Der Vermieter kann auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagen, wenn der Mieter, welcher den Mietzins in kürzeren als vierteljährlichen Zeitabschnitten zu entrichten hat, mit einem Betrag in Verzug ist, welcher den für die Dauer von zwei Monaten zu entrichtenden Mietzins erreicht.“

³⁹ Vgl. hierzu die Erwägungen in BT-Drucks. 4/806, S. 10.

insbesondere beim Verzug mit zwei Monatsmieten eine Verzögerung der Kündigung anders als bei anderen wichtigen Gründen folgenlos sein sollte.

c) **Die Heilungsmöglichkeit beim Zahlungsverzug**

Der Grund, aus dem bei der Zahlungsverzugskündigung gleichwohl eine Ausnahme vom Rechtsgedanken des § 314 Abs. 3 BGB zu machen sein könnte, ist eine Besonderheit dieses Kündigungstatbestandes, die ebenfalls auf das Mieterschutzgesetz von 1923 zurückgeht. In seinem § 3 Abs. 3 S. 3 verbot es dem Richter die Aufhebung des Mietverhältnisses über Wohnraum, wenn der Mieter den Vermieter vor dem Erlass des entsprechenden Urteils befriedigte. Diese Regelung fand mit dem Ersten Mietrechtsänderungsgesetz in leicht veränderter Gestalt Eingang in § 554 Abs. 3 Nr. 2 BGB a. F.⁴⁰ Seit der Mietrechtsreform ist sie in § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB zu finden und bestimmt nun, dass eine Befriedigung des Vermieters oder die Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle, wenn sie binnen zwei Monaten nach Rechtshängigkeit des auf die Kündigung gestützten Räumungsanspruchs erfolgen, zu deren Unwirksamkeit führt.

Zwar dient diese Heilungsmöglichkeit in erster Linie dem öffentlichen Interesse an der Vermeidung von Obdachlosigkeit;⁴¹ sie hat aber zwangsläufig auch eine individualschützende Komponente und verändert das Recht zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs in seinem Inhalt: Kann der Mieter von Wohnraum die Auflösung des Mietverhältnisses weit über den Moment der Kündigung hinaus verhindern, ist diese kraft Gesetzes mit bloß bedingter Wirkung ausgestattet und hat praktisch die Funktion eines bloßen Abhilfeverlangens. Erklärt § 543 Abs. 3 S. 2 BGB ein solches beim Zahlungsverzug auch für entbehrlich, bedeutet die deshalb erklärte Kündigung doch nur, dass dem Mieter seine Pflichtverletzung vorgehalten und ihm Gelegenheit gegeben wird, sie bis zu einem Zeitpunkt wettzumachen, den der Vermieter erst noch durch die Erhebung einer Räumungsklage bestimmen muss. Dies gilt, zumal die außerordentliche Kündigung bei der Wohnraummiete gemäß § 569 Abs. 4 BGB auch einer Begründung bedarf, die dem Mieter Aufschluss über die ihm vorgeworfene Säumnis gibt, und diese

⁴⁰ Vgl. BT-Drucks. 4/806, S. 10.

⁴¹ BT-Drucks. 14/4553, S. 64.

außerdem noch in der zur Einleitung des Räumungsprozesses einzureichenden Klageschrift bezeichnet werden muss.

Reduziert die Heilungsmöglichkeit des § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB die Kündigung wegen Zahlungsverzugs gleichsam zu einem Abhilfeverlangen, erlangt so auch der Kündigungsgrund einen anderen Zeitbezug: Kann der Mieter seinen Zahlungsrückstand bis zu zwei Monaten nach Einleitung des Räumungsprozesses aufholen, bedeutet dies, dass ihm eigentlich nicht nur die in der Vergangenheit begründete Säumnis vorgeworfen werden kann, wie der Landwirtschaftssenat dies für einen Landpächter angenommen hat⁴². Einem Wohnungsmieter, der es unterlässt, für eine nachträgliche Heilung seines Zahlungsverzugs zu sorgen, kann auch und gerade dessen Fortdauer bis zum gerichtlichen Verfahren vorgehalten werden. Unter diesen Umständen ist eine Ausübungsfrist, die nur an einen abgeschlossenen Vorgang anknüpfen kann, ebenso ihres Sinnes beraubt wie ein gesondertes Abhilfeverlangen. Dem Vermieter, der sich bei seinem Räumungsverlangen nicht allein auf den früher eingetretenen Verzug, sondern zugleich auf die fortwährende Säumnis des Mieters stützen kann, braucht sich nicht den Einwand gefallen zu lassen, er habe auf den Beginn dieser Pflichtverletzung nicht schnell genug reagiert; er reagiert ja auf ein Fehlverhalten, das dem Mieter bei Erhebung der Räumungsklage immer noch zur Last fällt.

Die besondere Struktur des Rechts zur außerordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs bei der Wohnraummiete wirkt sich auch auf die Bewertung der Interessenlage aus, wie sie bei Verzugseintritt besteht: Kann der Vermieter anders als bei den übrigen Tatbeständen einer Kündigung aus wichtigem Grund im Fall des Zahlungsverzugs nicht darauf vertrauen, dass er mit seiner Erklärung das Mietverhältnis endgültig auflöst, kann man ihm zugestehen, sich diesen Schritt wohl zu überlegen und vorzubehalten. Und umgekehrt ist ein Mieter, der die Kündigungswirkung noch durch nachträgliche Zahlung wieder beseitigen kann, nicht in gleicher Weise schutzwürdig wie ein Vertragspartner, den die außerordentliche Kündigung vor vollendete Tatsachen stellt; man kann ihm durchaus zumuten, durch die Kündigung auch dann an seinen Zahlungsrückstand erinnert zu werden, wenn dieser schon vor geraumer Zeit eingetreten ist.

⁴² BGH, NZM 2010, 552 (Rn. 16).

d) Folgerung

Die Entscheidung des BGH, die ja einen Fall der Wohnraummiete betrifft, erweist sich damit im Ergebnis als richtig. Der Mieterin war trotz des Zeitablaufs zwischen dem Eintritt seines Verzugs und der außerordentlichen Kündigung des Vermieters zuzumuten, den Zahlungsrückstand aufzuholen oder sich aber zumindest um die Abgabe einer Verpflichtungserklärung durch einen Sozialleistungsträger zu bemühen. Indem sie beides unterließ, hat sie ihren Verzug aktualisiert und so die Grundlage für das andauernde Kündigungsrecht des Vermieters gelegt.

Die auf den Fall der Wohnraummiete passende Lösung lässt sich aber nicht auf die Gewerberaummiete oder die Landpacht übertragen. Da es hier an einer Parallelbestimmung zu § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB fehlt, verbleibt es bei der Regelung des § 314 Abs. 3 BGB. Dasselbe gilt auch bei der Wohnraummiete für die beiden übrigen Regelbeispiele des § 543 Abs. 2 BGB sowie für eine Zahlungsverzugskündigung, der wegen der Heilung einer in den letzten beiden Jahren vorangehenden Kündigung vom Mieter nicht mehr ihre Wirkung genommen werden kann (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 BGB). Auch bei einer ordentlichen Kündigung, die auf eine Pflichtverletzung des Mieters gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützt und insbesondere im Fall des Zahlungsverzugs als Auffangmittel zu einer außerordentlichen Kündigung genutzt wird, ist auf den Rechtsgedanken von § 314 Abs. 3 BGB Rücksicht zu nehmen, wenn man sie mit dem BGH von der für die außerordentliche Kündigung geltenden Heilungsmöglichkeit ausnehmen will⁴³: Unterlässt der Vermieter es, auf einen Zahlungsrückstand des Mieters binnen angemessener Frist zu reagieren, ist dies bei der Feststellung eines berechtigten Interesses an der Kündigung zu seinen Lasten zu berücksichtigen; denn die ordentliche Kündigung darf nicht leichter fallen als eine vergleichbare Kündigung aus wichtigem Grund.

Wie lang die Frist ist, mit deren Ablauf das Kündigungsrecht verbraucht ist, hängt dabei stets von den Besonderheiten des einzelnen Falls ab. Bei der Wohnraummiete darf der Zeitraum freilich nicht so großzügig bemessen sein wie bei einem Mietvertrag über Gewerberaum oder bei der Landpacht. Wegen der existentiellen Bedeutung des

⁴³ BGH NZM 2005, 334 (335); vgl. auch BGH, NJW 2013, 159 (Rn. 28). Kritik hieran üben MünchKomm/Häublein § 573 Rn. 60, Schmidt-Futterer/Blank § 569 Rn. 65, Blank/Börstinghaus § 569 Rn. 75; vgl. auch Harke, Zur Rücknahme von Gestaltungserklärungen im Mietrecht, ZMR 2015, 583.

Wohnraums für den Mieter liegt nahe, sich bei einer Kündigung des Vermieters im Allgemeinen an der strengen Regelung des § 626 Abs. 2 BGB zu orientieren, der eine Zwei-Wochen-Frist vorschreibt. Diese Frist passt insbesondere, wenn es um einmaliges Fehlverhalten des Mieters jenseits des Zahlungsverzugs des Mieters geht. Bei diesem empfiehlt sich dagegen eine Orientierung an der Anzahl der versäumten Mietzahlungen und der Höhe des Rückstands: Je weniger Zahlungstermine betroffen sind und je geringer der Zahlungsausfall ist, desto kürzer ist auch die Frist, innerhalb derer sich der Vermieter zur Kündigung entscheiden muss. Kommt der Mieter mit einer vollen Monatsmiete in Verzug kann man dem Vermieter durchaus zubilligen, mit der ordentlichen Kündigung bis über den nächsten Zahlungstermin hinaus abzuwarten. Versäumt der Mieter auch diesen ganz oder teilweise, muss die Kündigung aber spätestens innerhalb eines weiteren Monats ab dem Moment erfolgen, in dem der Vermieter von dem weiteren Zahlungsausfall Kenntnis erlangt.

4. Ergebnis

Der achte Zivilsenat hat den ihm vorliegenden Fall einer außerordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs bei der Wohnraummiete zutreffend entschieden. Dass sich der Mieter hier nicht auf die Versäumung der Ausübungsfrist nach § 314 Abs. 3 BGB berufen kann, liegt aber entgegen der Ansicht des Senats nicht etwa daran, dass diese Bestimmung generell keine Anwendung auf die außerordentliche Kündigung eines Mietvertrags findet. Nach ihrem Sinn und Zweck sowie nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Miet- und Schuldrechtsreform kann sie durchaus Geltung für eine Kündigung aus wichtigem Grund im Mietrecht beanspruchen. Sie passt aber nicht auf die Kündigung wegen Zahlungsverzugs bei der Wohnraummiete, die wegen der Heilungsmöglichkeit gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB eine andere Struktur als die übrigen Kündigungstatbestände hat: Statt eines vergangenen Verhaltens fällt dem Mieter hier eine fortdauernde Säumnis zur Last, die eine vergangenheitsbezogene Ausübungsfrist sinnlos macht.

Scheitert die Annahme einer Ausübungsfrist an einer Sonderregelung für die Wohnraummiete, erheischt § 314 Abs. 3 BGB aber im übrigen Miet- und Pachtrecht durchaus Geltung. Außer dem Ergebnis, zu dem der achte Senat gelangt, verdienen daher zugleich die Entscheidungen des zwölften und fünften Senats Zustimmung, die

die Vorschrift bei Gewerberaummieta und Landpacht zum Zuge kommen lassen. Denn hier wie dort fehlt es an der Heilungsmöglichkeit des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, die eine Ausnahme vom Prinzip des § 314 Abs. 3 rechtfertigt. Dasselbe gilt sogar für eine Zahlungsverzugskündigung eines Wohnungs Vermieters, soweit sie als außerordentliche Kündigung ausnahmsweise keiner Heilungsbefugnis des Mieters unterliegt oder in Gestalt einer ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfolgt.