

## Aktuelle Probleme der Zahlungsverzugskündigung im Mietrecht

Der nachstehende Beitrag beleuchtet Zweifelsfragen in Bezug auf die Voraussetzungen der Kündigung eines Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs sowie in Bezug auf die Wirkungen der Kündigungserklärung<sup>1</sup>.

### I. Kündigungstatbestände im Überblick

Versäumnisse des Mieters, die Miete bei Fälligkeit zu zahlen, können zum einen die fristlose, zum anderen die ordentliche Kündigung durch den Vermieter rechtfertigen. Die fristlose Kündigung kann ihrerseits entweder durch Summen-Verzug (§§ 543 II 1 Nr. 3, 569 III Nr. 1 BGB), andererseits durch „Immer-Wieder-Verzug“<sup>2</sup> gerechtfertigt sein – dadurch nämlich, dass der Mieter zwar keine größeren Rückstände auflaufen lässt, die Miete aber fortgesetzt unpünktlich bezahlt und dieses Verhalten auch nach Abmahnung durch den Vermieter nicht abstellt<sup>3</sup>. Die Nichtzahlung fälliger Mieten kann darüber hinaus ebenso die ordentliche Kündigung nach § 573 II Nr. 1 BGB rechtfertigen.

### II. Die geschuldete Miete

#### 1. Berechtigte Mietminderung

##### a) Keine Prämie für den schlecht leistenden Vermieter

Die Berechnung des Mietrückstands für die Kündigung wegen Summenverzugs (§§ 543 II 1 Nr. 3, 569 III Nr. 1 BGB) bereitet Schwierigkeiten, wenn die tatsächlich geschuldete von der vereinbarten Miete abweicht. So liegt es etwa bei der berechtigten Mietminderung.

*Fall 1:* V hat an M eine Wohnung für monatlich € 500 vermietet. Wegen eines Mangels ist die Miete im Juli und August 2018 um jeweils 5% gemindert (also sind monatlich noch € 475 geschuldet). M hat für Juli und August 2018 insgesamt nur € 470 an V überwiesen, befindet sich also für diese beiden Monate mit € 480 im Verzug.

Die Frage lautet im *Fall 1*, ob der Mietrückstand eine Monatsmiete übersteigt; denn nur dann befindet sich M i.S. des § 543 II 1 Nr. 3 Alt. 2, 569 III Nr. 1 BGB mit einem „nicht unerheblichen“ Teil der Miete im Verzug. Im *Fall 1* beträgt der Zahlungsrückstand € 480. Das ist *mehr* als eine *tatsächlich geschuldete* Monatsmiete. Denn nach § 536 I 2 BGB war die Miete kraft Gesetzes auf monatlich € 475 gemindert. Legt man dies zugrunde, so könnte V im *Fall 1* das Mietverhältnis fristlos kündigen. Der Zahlungsrückstand beträgt aber *weniger* als eine *volle Vertragsmiete* (€ 500). Legt man dies zugrunde, so wäre die fristlose Kündigung wegen Summenverzugs derzeit nicht möglich.

Der BGH<sup>4</sup> hat sich für die zuletzt genannte Berechnungsweise ausgesprochen. Dem liegt eine bemerkenswerte Operation am Gesetzeswortlaut zugrunde: Einerseits bezieht sich der *Zahlungsverzug* zwangsläufig auf die *geminderte* Miete; denn mit mehr als dieser kann der Mieter sich nicht im Verzug befinden. Andererseits bezieht sich der „nicht unerhebliche“ *Teil* der Miete auf

---

<sup>1</sup> Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den ich am 14.9.2018 auf der Herbstveranstaltung des Deutschen Mietgerichtstags gehalten habe.

<sup>2</sup> Treffend *Rieble*, NJW 2010, 816.

<sup>3</sup> Siehe statt vieler BGH NZM 2006, 338 Rn. 13 f.; BGH NZM 2011, 579 Rn. 18; BGH NZM 2011, 625 Rn. 16; BGH NZM 2012, 22 Rn. 15.

<sup>4</sup> BGH NZM 2018, 28 Rn. 19; ebenso *Beyer*, jurisPR-MietR 23/2017 Anm. 3, unter C.1., D.1.; *Börstinghaus*, NZM 2018, 529 (539); *Flatow*, NZM 2018, 31 f.; *Paschke*, GE 2011, 173 (174).

die *Vertragsmiete*. Obwohl das Wort „Miete“ im Wortlaut des § 543 II 1 Nr. 3 Alt. 2 BGB nur einmal vorkommt und sowohl die Elemente „Verzug“ als auch „Teil“ sich auf dieses Wort beziehen, wird jenes Wort in zwei verschiedenen Begriffsverständnissen verwendet: einmal i.S. einer geminderten und ein andermal i.S. der vereinbarten Miete. Die Schelte, die der BGH sich aus diesem Grund in der Anschlussliteratur eingehandelt hat<sup>5</sup>, ist jedoch unberechtigt. Denn die Handhabung durch den BGH wird einem gewichtigen Anliegen gerecht: Der Vermieter soll nicht gerade aus dem Umstand, dass er selbst eine Schlechtleistung erbringt, Privilegien beim Kündigungsrecht ableiten dürfen<sup>6</sup>.

## **b) Folgeprobleme bei totalem Mietausfall**

Unbeachtet geblieben ist jedoch ein Folgeproblem, das sich aus der Auffassung des BGH ergibt und für das eine Lösung gefunden werden muss, bevor der Ansicht des BGH endgültig zugestimmt werden kann. Jene Ansicht führt nämlich zu Friktionen, wenn die Miete um mindestens 50% gemindert ist und der Mieter zwei aufeinanderfolgende Monatsmieten *zur Gänze* schuldig bleibt.

*Fall 2*: Angenommen, im *Fall 1* war der Mangel so gravierend, dass die Miete um 60% gemindert war, d.h. M anstelle von monatlich € 500 nur noch monatlich € 200 schuldete. M zahlt für Juli und August 2018 keine Miete.

Würdigt man *Fall 2* unter dem Blickwinkel der soeben geschilderten Rechtsprechung des BGH, so ergibt sich ein seltsames Bild: M befindet sich zwar für zwei aufeinanderfolgenden Termine mit der Entrichtung der Miete im Verzug (§ 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 1* BGB). Er befindet sich aber *nicht* mit der Entrichtung eines *erheblichen Teils* der Miete im Verzug (§ 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 2* BGB). Denn der Rückstand erreicht im *Fall 2* mit € 400 noch nicht einmal der Betrag einer vollen Vertragsmiete. Es liegt also *zwar Voll-Verzug, aber nicht Teil-Verzug vor* – eine Konsequenz, die eigentlich logisch gar nicht denkbar ist. Sie ist hier nur dadurch möglich geworden, dass für die Wortlaut-Operation, die der BGH für § 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 2* BGB vorgenommen hat, in § 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 1* BGB kein Raum ist: Dort gibt es eben kein Tatbestandsmerkmal „Teil der Miete“, das man auf die volle Vertragsmiete beziehen könnte. Nun legitimiert sich aber die zitierte Rechtsprechung des BGH mit der Überlegung, dass der Vermieter, der schlecht leistet, im Bereich des Kündigungsrechts nicht gerade dafür prämiert werden darf. Dann aber wäre es nicht zu vermitteln, wenn ausgerechnet die *besonders schwere* Schlechtleistung ein solch bevorzugtes Kündigungsrecht des Vermieters zur Folge haben könnte.

Der Wertungswiderspruch lässt sich nur dadurch beseitigen, dass § 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 1* BGB einer *teleologischen Reduktion* unterworfen wird: Das Kündigungsrecht des Vermieters wegen *vollständiger Nichtzahlung* der Miete für zwei aufeinanderfolgende Termine ist *ausgeschlossen, sobald die Miete wegen eines Mangels um 50% oder mehr gemindert ist*. Denn in diesem Fall kann die Nicht-Entrichtung von zwei geminderten Mieten den in § 569 III Nr. 1 BGB geforderten Betrag – *mehr* als eine (vertraglich vereinbarte) Monatsmiete – nicht erreichen. Rechtsmethodisch ist eine solche teleologische Reduktion möglich. Blickt man nämlich auf die rechtsethische Rechtfertigung des § 543 II 1 Nr. 3 BGB, so muss besonders in Bedacht genommen werden, dass es diese Vorschrift einen abwägungsfesten Automatismus etabliert: Wenn ein (vom Mieter zu vertretender) Mietrückstand im dort beschriebenen Umfang aufläuft, ist die fristlose Kündigung ohne weiteres

---

<sup>5</sup> Blank, WuM 2017, 644 (648 f.).

<sup>6</sup> Zutreffend Flatow, NZM 2018, 31 (32).

eröffnet<sup>7</sup>. Dieser Automatismus wird häufig mit der Überlegung gerechtfertigt, der Vermieter sei auf einen pünktlichen Zahlungseingang angewiesen, um seine eigenen Verpflichtungen zu erfüllen, die mit der Verwaltung des Mietobjekts verbunden seien<sup>8</sup>. In Wirklichkeit beruht jener Automatismus indes auf mehreren Faktoren. *Erstens* ist die *Austauschgerechtigkeit* betroffen. Diese gerät aus dem Gleichgewicht, wenn der Mieter signifikante Mietrückstände auflaufen lässt, während der Vermieter weiterhin das Mietobjekt bereitstellt<sup>9</sup>. *Zweitens* ist die Pflichtenlage für den Mieter *eindeutig*, weil er genau weiß, wann er welchen Betrag zu entrichten hatte. Dem Mieter fällt also eine *schwerwiegende und offensichtliche Pflichtverletzung* zur Last. Diese führt – *drittens* – zu einem erheblichen *Vertrauensverlust* auf Seiten des Mieters. Ist das Mietobjekt aber mangelhaft, so verlieren die vorstehend beschriebenen Wertungsgesichtspunkte an Überzeugungskraft. Denn der Vermieter kann sich, solange er selbst keine vollwertige Leistung erbringt, nicht in gleichem Maße auf die Missachtung der Austauschgerechtigkeit durch den Mieter berufen. Und für den Mieter ist es in keiner Weise eindeutig, welche Miete er nun tatsächlich zu zahlen hat – die reichhaltige Judikatur zur Frage, welcher Mangel welche Minderungsquote rechtfertigt<sup>10</sup>, legt von der Ungewissheit, mit welcher der Mieter zu kämpfen hat, beredt Zeugnis ab. In dieser Situation muss der Vermieter zwar keinen kompletten Ausschluss, wohl aber eine Einschränkung des Kündigungsrechts aus § 543 II 1 Nr. 3 BGB hinnehmen.

### c) Gesamtwürdigung

Damit erweist sich die Ansicht des BGH, wonach der Mietrückstand auch im Falle der berechtigten Minderung nur dann einen „nicht unerheblichen Teil“ der Miete ausmacht, wenn er den Betrag einer vollen Vertragsmiete übersteigt, als zutreffend. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht<sup>11</sup> beansprucht dieser vom BGH aufgestellte Grundsatz nicht bloß für vorübergehende Mängel Gültigkeit, sondern ebenso – und erst recht – für Mängel, die dem Mietobjekt auf Dauer anhaften und nicht behoben werden können. Denn gerade in diesem Fall darf der Vermieter nicht durch eine Reduktion des kündigungsrelevanten Rückstandbetrags für seine vertragswidrige Leistung prämiert werden.

## 2. Wuchermiete

### a) Keine Prämie für den Wucherer

Vergleichbare Rechenoperationen wie bei der Minderung können den Rechtsanwender beschäftigen, wenn die Miete in ordnungswidriger (§ 5 WiStG) oder strafbarer (§ 291 I Nr. 1 StGB) Weise überhöht ist.

*Fall 3:* V vermietet an M in einer Gegend, in der Wohnraum knapp ist, eine Wohnung für monatlich € 800; angemessen wären monatlich € 600. Für Juli und August 2018 laufen Rückstände in Höhe von insgesamt € 700 auf.

---

<sup>7</sup> Statt vieler BGH NZM 2009, 431 Rn. 16 (für sämtliche Fälle des § 543 II 1 BGB); *Börstinghaus*, NZM 2018, 529 (539).

<sup>8</sup> BeckOGK/*Mehle*, BGB, Stand: 1.10.2018, § 543 Rn. 131; Erman/*Lützenkirchen*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 543 Rn. 22; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2018), § 543 Rn. 43.

<sup>9</sup> Diesen Aspekt führt BeckOGK/*Mehle*, BGB, Stand: 1.10.2018, § 543 Rn. 131 zusätzlich zum Hinweis auf die eigenen Verpflichtungen des Vermieters ins Feld.

<sup>10</sup> Überblick bei Blank/*Börstinghaus/Blank*, Miete, 5. Aufl. 2017, § 536 Rn. 14 ff.

<sup>11</sup> *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 21/2017 Anm. 1, unter C.2.b).

Die Vereinbarung über die Miethöhe ist im *Fall 3* nach § 134 BGB nichtig. Die Rechtsfolge besteht freilich nicht in der Gesamtnichtigkeit des Mietvertrags. Vielmehr bleibt der Mietvertrag mit der Wirkung aufrechterhalten, dass statt der vereinbarten eine zulässige Miete geschuldet ist. Dabei ist hier zweitrangig, ob der Mieter die gerade noch zulässige<sup>12</sup> oder (vorzugswürdig) die ortsübliche<sup>13</sup> Miete schuldet. Wichtig ist hier allein die Feststellung, dass die vereinbarte Miete abermals von der tatsächlich geschuldeten Miete abweicht. Dies führt erneut zur Frage, anhand welchen Betrags zu messen ist, ob sich M mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete im Verzug befindet. Legt man die tatsächlich geschuldete Miete (hier: € 600) zugrunde<sup>14</sup>, so überschreitet der aufgelaufene Rückstand von € 700 den Betrag einer Monatsmiete (§ 569 III Nr. 1 BGB); die fristlose Kündigung ist eröffnet. Legt man hingegen die vereinbarte (Wucher-)Miete (hier: € 800) zugrunde, so bleibt der Mietrückstand von € 700 hinter dem Betrag einer Monatsmiete zurück; die fristlose Kündigung ist derzeit nicht möglich.

Gerade bei der Wuchermiete sprechen die entschieden besseren Gründe dafür, die Erheblichkeit i.S. des § 569 III Nr. 1 BGB an der (wenngleich unwirksam) *vereinbarten* Miete auszurichten. Das zeigt der hier gebildete *Fall 3* sehr deutlich. Wollte V gemäß §§ 543 II 1 Nr. 3 Alt. 2, 569 III Nr. 1 BGB die fristlose Kündigung aussprechen, müsste er selbst (!) zur Rechtfertigung der Kündigung vortragen, dass die Miete in ordnungswidriger oder gar strafbarer Weise überhöht ist. Mit dem Vortrag eigenen rechtswidrigen Verhalten kann und darf der Vermieter aber nach § 242 BGB nicht gehört werden: *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Es findet also die gleiche Handhabung statt, die der BGH für den Fall der berechtigten Mietminderung befürwortet: Im *Verzug* befindet sich der Mieter zwar nur mit der *tatsächlich geschuldeten* Miete. Einen *nicht unerheblichen Teil* der Miete erreicht der Rückstand aber erst, wenn er eine *volle vereinbarte Miete* übersteigt.

## **b) Folgeprobleme bei totalem Mietausfall**

Wie schon bei der berechtigten Mietminderung, so kann auch bei der Wuchermiete ein Folgeproblem entstehen, wenn vereinbarte und tatsächlich geschuldete Miete erheblich divergieren. Reicht nämlich die Mietüberhöhung so weit, dass die vereinbarte Miete mindestens das Doppelte der zulässigen Miete beträgt, können erneut Friktionen im Kontext des § 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 1* BGB auftreten.

*Fall 4*: V vermietet an M in einer Gegend, in der Wohnraum knapp ist, eine Wohnung für monatlich € 800; angemessen wären monatlich € 400. Für Juli und August 2018 zahlt M keine Miete.

Wie schon oben in *Fall 2* bei der berechtigten Mietminderung ist das Problem aufgeworfen, dass V an sich das Mietverhältnis nach § 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 1* BGB fristlos kündigen könnte. Denn M befindet sich mit der Entrichtung der (gesamten) Miete für zwei aufeinanderfolgende Termine im Verzug. Der aufgelaufene Rückstand erreicht aber nicht das Niveau des § 569 III Nr. 1 BGB: Der Betrag einer vollen Vertragsmiete wird durch die zwei Verzugsmonate zwar erreicht, aber eben nicht überschritten. Wieder einmal ergibt sich die seltsame Situation, dass M sich für zwei aufeinanderfolgende Termine zwar im Voll-Verzug, nicht aber im Teil-Verzug befindet. Und wieder ist

---

<sup>12</sup> Dafür BGHZ 89, 316 (320 ff.); BGH NJW 2004, 1740 f.; BGH NJW-RR 2006, 591 Rn. 8; generell für überhöhte Preise unter Verletzung preisrechtlicher Vorschriften BGH NJW 2016, 3233 Rn. 20.

<sup>13</sup> Dafür OLG Karlsruhe NJW 1982, 1161 f.; OLG Stuttgart NJW 1981, 2365 f.; MüKoBGB/*Armbrüster*, BGB. 8. Aufl. 2018, § 134 Rn. 124; *Hager* JuS 1985, 264 (270); *Kohte*, NJW 1982, 2803 (2805 f.).

<sup>14</sup> Dafür *Breiholdt*, ZMR 2017, 788 (791), wohl auch *Paschke*, GE 2011, 173 (174): Bezugspunkt für die Beurteilung der Erheblichkeit sei die vereinbarte Miete, soweit sie gesetzlich zulässig ist.

die rechtliche Folgerichtigkeit dadurch herzustellen, dass dem Vermieter, der dem Mieter im Mietvertrag mindestens 100% mehr Miete abverlangt, als es eigentlich erlaubt (bzw. ortsüblich) wäre, das Kündigungsrecht aus § 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 1* BGB zur Gänze verwehrt bleibt. Eine teleologische Reduktion dieser Vorschrift ist hier erst recht geboten. Denn die Voraussetzungen für die rechtsethische Rechtfertigung des dort beschriebenen Kündigungsrechts lassen sich noch viel weniger darstellen, als es bei der berechtigten Mietminderung der Fall ist: Der Vermieter, dem Mietwucher zur Last fällt, hat selbst das Prinzip der Austauschgerechtigkeit mit Füßen getreten. Jenes Prinzip kann daher nicht zu seinen Gunsten streiten und folglich auch den abwägungsfesten Kündigungs-Automatismus des § 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 1* BGB nicht rechtfertigen. Ebenso wenig lässt sich eine offensichtliche Pflichtverletzung des Mieters in der gleichen Schärfe ausmachen, wie sie gegeben wäre, wenn er eine *zulässig* vereinbarte Miete schuldig bliebe. Denn die Frage, welche Miete er tatsächlich schuldet, ist nirgends eindeutig geregelt. Der Mieter muss selbst darüber rasonieren, welche Miete ihm eigentlich maximal hätte abverlangt werden dürfen bzw. welche Miete ortsüblich ist. Dies alles ist eine Frage anspruchsvoller rechtlicher Bewertung, die der Mieter aus eigener Kraft kaum leisten kann. Bei einer Mietüberhöhung von mindestens 100% kann also selbst dann, wenn der Mieter zwei Mieten in Folge zur Gänze nicht zahlt, noch nicht von einer schwerwiegenden und offensichtlichen Pflichtverletzung gesprochen werden.

### **3. Änderung der Miethöhe im kündigungsrelevanten Zeitraum**

Sowohl bei der Kündigung nach §§ 543 II 1 Nr. 3 *Alt. 2*, 569 III Nr. 1 BGB als auch bei der Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3b BGB bestimmt das Gesetz die Monatsmiete als Rechengröße. Deren Bestimmung bereitet Schwierigkeiten, wenn sich die Miethöhe im kündigungsrelevanten Zeitraum ändert.

#### **a) Kurzfristiger Summenverzug**

*Fall 5:* V hat an M eine Wohnung vermietet. Für Juli und August 2018 sind Mietrückstände von insgesamt € 410 aufgelaufen. Die Miethöhe hat sich wie folgt entwickelt:

a) Ursprüngliche Miete war monatlich € 400. Kraft einer Staffelmietvereinbarung erhöht sich die Miete zu August 2018 auf monatlich € 440.

b) Ursprüngliche Miete war monatlich € 340 + monatlich € 100 Vorauszahlung auf die Betriebskosten. Diese Vorauszahlung reduziert sich im August 2018 auf monatlich € 60.

In beiden Fallvarianten lautet die Frage, ob M sich mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete im Verzug befindet (§ 543 II 1 Nr. 3a *Alt. 2* BGB. Dazu muss der Mietrückstand eine Monatsmiete überschreiten (§ 569 III Nr. 1 BGB). Überwiegend wird behauptet, es komme insoweit auf die im Zeitpunkt der Kündigung, also auf die *zuletzt* geschuldete Miete an<sup>15</sup>. Das hätte im *Fall 5a* zur Folge, dass die fristlose Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3a, 2. *Alt.* BGB versperrt wäre. Denn die zuletzt geschuldete Miete betrug nicht mehr € 400, sondern € 440. Der Mietrückstand von € 410 bleibt dahinter zurück. Im *Fall 5b* wäre demgegenüber die fristlose Kündigung eröffnet. Denn die zuletzt geschuldete Miete betrug lediglich € 400. Obwohl also die in beiden Monaten *insgesamt geschuldete Miete* genau dieselbe ist, ist auf dem Boden dieser Auffassung im einen Fall die Kündigung möglich,

---

<sup>15</sup> LG Osnabrück WuM 1988, 268; AG Lübeck NZM 2017, 477 (478); Staudinger/*Emmerich*, BGB (2018), § 569 Rn. 38a; MüKoBGB/*Häublein*, 7. Aufl. 2016, § 569 Rn. 39.

im anderen nicht. Anders gewendet: Mieterhöhungen im kündigungsrelevanten Verzugszeitraum wirken sich kündigungsfeindlich, Mietsenkungen dagegen kündigungsfreundlich aus.

Diese Handhabung ist mit Recht kritisiert worden<sup>16</sup>. Denn keines der für sie vorgetragenen Argumente<sup>17</sup> überzeugt. Sofern vorgetragen wird, es müsse auf die zuletzt geschuldete Miete ankommen, weil das Kündigungsrecht erst in dem Zeitpunkt entstehe, da sich der Mietrückstand entsprechend aufsummiert habe, ist zu entgegnen, dass sich das Kündigungsrecht sukzessive aufbaut, also gerade nicht durch ein punktuell Ereignis begründet wird. Sofern vorgetragen wird, es diene der Rechtssicherheit, wenn auf die letzte geschuldete Miete abgestellt wird, ist zu entgegnen, dass jene Zufallsergebnisse, die – wie gezeigt – eine solche Handhabung hervorbringen kann, keinem Mieter zu vermitteln sind. Dann aber stiftet die Idee, die letzte geschuldete Miete sei maßgebend, mehr Verwirrung als Klarheit. Von einer rechtssicheren Anwendung des § 543 II 1 Nr. 3a, 12. Alt. BGB kann in diesem Fall keine Rede sein.

### **b) Längerfristiger Summenverzug**

Kaum besser ist es um die hier kritisierte Auffassung bestellt, wenn die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3b BGB zu prüfen sind.

*Fall 6:* V hat an M eine Wohnung vermietet. Über einen Zeitraum von 8 Monaten (Januar bis August 2018) sind Mietrückstände in Höhe von € 780 aufgelaufen.

a) Die monatliche Miete hat bisher € 400 betragen. Im September 2018 erhöht sie sich kraft einer Staffelmietvereinbarung auf monatlich € 420. M versäumt es versehentlich, rechtzeitig den Dauerauftrag umzustellen. Am Fälligkeitstag gehen auf dem Konto des V daher nur € 400 ein; der Zahlungsrückstand beträgt also nunmehr € 800.

b) Die monatliche Miete hat bisher € 400 betragen. Wegen einer Reduktion der Vorauszahlung auf die Betriebskosten reduziert sich die Miete im September auf € 390. Dieser Betrag wird von M pünktlich bezahlt.

Erneut stellt sich die Frage, welcher Betrag als die „Miete“ zugrunde zu legen ist, mit der sich der Mieter im Verzug befinden muss. Stellt man hier auf die letzte geschuldete Miete ab, so wirkt sich abermals eine Mieterhöhung kündigungsfeindlich und eine Mietsenkung kündigungsfreundlich aus. Im *Fall 6a* ist dann nämlich die fristlose Kündigung versperrt, obwohl M weiteren Mietrückstand produziert hat: Wenn es auf die letzte geschuldete Miete (€ 420) ankommt, erreicht der Rückstand von nunmehr € 800 nicht den doppelten Betrag einer Monatsmiete. Im *Fall 6b* führt demgegenüber die Mietsenkung dazu, dass die fristlose Kündigung, die zuvor noch ausgeschlossen war, *trotz gleichbleibenden Mietrückstands* in dem Moment ohne weiteres eröffnet ist, in dem sich die Miete reduziert. Die aufgelaufenen Rückstände von € 780 reichten bis zum 31.8.2018 nicht aus, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Nun da die Miete zu September 2018 abgesenkt wurde, *ist sofort, ohne dass weiterer Rückstand hinzutreten müsste*, die fristlose Kündigung möglich. Abermals kommt es auf dem Boden der hier kritisierten Ansicht zu kaum vermittelbaren Zufallsergebnissen.

### **c) Alternativlösung: Zusammenzählen von Verzugsquoten?**

---

<sup>16</sup> Ausführlich *Breiholdt*, NZM 2017, 788 (789 ff.) mit weiteren instruktiven Fallbeispielen.

<sup>17</sup> Zum Folgenden insbesondere AG Lübeck NZM 2017, 477 (478).

Es verwundert daher nicht, dass in der Literatur nach Alternativen gesucht wird. Vorgeschlagen wird die folgende Idee: Für jeden Monat, auf den sich der Zahlungsrückstand bezieht, sei „der prozentuale Rückstand nach dem Mietsoll des jeweiligen Monats zu ermitteln“<sup>18</sup>. Die Konsequenz wäre, dass sich die hier gebildeten Fallbeispiele nur mithilfe zusätzlicher Sachverhaltsangaben lösen ließen. Man müsste fragen, wieviel Miete der Mieter für welchen Monat schuldig geblieben ist, und dies ins Verhältnis zur für den jeweiligen Monat geschuldeten Miete setzen. Aus dem Quotienten würde sich dann ableiten lassen, wieviel % Verzug für diesen Monat angefallen ist. Sobald im Fall des § 543 II 1 Nr. 3a, 2. Alt. BGB i. V. m. § 569 III Nr. 1 BGB mehr als 100% und im Fall des § 543 II 1 Nr. 3b BGB insgesamt 200% Verzugsquote angefallen sind, wäre die fristlose Kündigung möglich.

#### **d) Lösungsvorschlag**

Besinnen wir uns erneut auf die rechtsethische Rechtfertigung des § 543 II 1 Nr. 3 BGB, so ist daran zu erinnern, dass diese unter anderem auf der *Offensichtlichkeit* der Pflichtverletzung beruht. Um der Lösung des vorstehend beschriebenen Problems willen müssen wir diesen Gesichtspunkt noch etwas anders nuancieren: Der Mieter muss die fristlose Kündigung nicht nur deshalb hinnehmen, weil er wusste, was er wann zu zahlen hatte, sondern auch deshalb, weil er unschwer erkennen kann, ab wann sich der Rückstand auf jenen Betrag aufsummiert hat, der dem Vermieter nach dem Gesetz die sofortige Beendigung des Mietverhältnisses ermöglicht. Die Frage, ab wann der Betrag einer Monatsmiete i.S. des § 569 III Nr. 1 BGB oder der Betrag von zwei Monatsmieten i.S. des § 543 II 1 Nr. 3b BGB erreicht ist, muss daher für den Mieter ohne Schwierigkeiten beantwortet werden können – und sie muss für beide Vorschriften die gleiche Antwort erfahren. Vor allem dem Postulat der Einfachheit und Eindeutigkeit wird weder die überwiegende Meinung (Abstellen auf die Miethöhe im Kündigungszeitpunkt) noch das oben c) vorgestellte Modell (Zusammenzählen von Verzugsquoten) gerecht. Die Lösung kann nach hier vertretener Ansicht vielmehr nur lauten, dass es auf den Betrag der *höchsten Monatsmiete ankommt, die während des Verzugszeitraums geschuldet war*. Das bedeutet für die hier gebildeten Beispielfälle folgendes:

- Im *Fall 5* gibt in beiden Varianten der Betrag von € 440 den Ausschlag. Da er in beiden Fallvarianten nicht erreicht ist, scheidet die fristlose Kündigung im *Fall 5* derzeit insgesamt aus.
- Im *Fall 6a* muss der Zahlungsrückstand den doppelten Betrag der auf € 420 erhöhten Miete, mithin € 840 erreichen. Das ist bei einem Rückstand von € 800 nicht der Fall. Daher scheidet die fristlose Kündigung derzeit aus.
- Im *Fall 6b* muss der doppelte Betrag der früher geschuldeten Miete von € 400, also € 800 erreicht werden. Das ist bei einem Rückstand von € 780 nicht der Fall. Abermals ist daher die fristlose Kündigung derzeit ausgeschlossen.

Im Fall des § 569 III Nr. 1 BGB (*Fall 5*) wäre zwar noch eine abweichende Lösung darstellbar: Man könnte dem Mieter zumuten, die Summe der Beträge, die er schuldete, durch zwei zu teilen und daraus den nach § 569 III Nr. 1 BGB geschuldeten Betrag zu ermitteln. In beiden Varianten von *Fall 5* wäre der Betrag einer Monatsmiete daher  $(400 + 440) : 2 = € 420$ . Diese Lösung verträgt sich indes schon kaum mit dem Wortlaut; denn die Hälfte aus der Summe beider Monatsmieten war nie geschuldet, bildete also nie den Betrag einer Monatsmiete ab. Vor allem aber versagt diese Lösung in

---

<sup>18</sup> Breiholdt, ZMR 2017, 788 (790).

den Fällen des § 543 II 1 Nr. 3b BGB. Der Rückstand von zwei Monatsmieten kann über einen sehr langen Zeitraum aufgelaufen sein, in dem sich die Miete womöglich mehrfach verändert hat. Hier den Durchschnittswert zu ermitteln, läuft auf eine Rechenoperation hinaus, die dem Postulat der Einfachheit, wie es durch den Normzweck des § 543 II 1 Nr. 3 BGB vorgezeichnet ist, nicht gerecht wird. Der Mieter kann hier *nicht* mehr unschwer erkennen, ab wann sein Mietverhältnis von der fristlosen Kündigung bedroht ist.

#### 4. Verzug mit Betriebskostennachzahlung

Die Miete als Bezugsgröße für die Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung ist auch dann nicht eindeutig zu bestimmen, wenn zur periodischen Zahlungspflicht einmalige Geldschulden des Mieters hinzutreten. Dann fragt sich nämlich, ob sich diese Einmalzahlungen als „Miete“ deklarieren lassen mit der Konsequenz, dass das Versäumnis des Mieters, eine solche Zahlung zu leisten, die fristlose Kündigung nach sich ziehen kann. Bedeutung erlangt dies im Bereich der Betriebskosten. Während nämlich die monatliche *Vorauszahlung* auf die Betriebskosten zu demjenigen Betrag gehört, dessen Nichtzahlung eine Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB nach sich ziehen kann<sup>19</sup>, ist die Rechtslage bei der *Nachzahlung* weniger eindeutig.

*Fall 7:* V hat an M eine Wohnung für monatlich € 400 (inkl. Vorauszahlung auf die Betriebskosten) vermietet. Von Januar bis Mai 2018 sind Mietrückstände in Höhe von € 450 aufgelaufen. Im Juni 2018 wird (nach Abrechnung) eine Nachzahlung auf die Betriebskosten in Höhe von € 350 fällig, die M trotz Mahnung schuldig bleibt.

Rechnet man die verzögerte Nachzahlung zur „Miete“ hinzu, so befindet sich M im *Fall 7* mit der Miete in Höhe eines Betrags im Verzug, der die Miete für zwei Monate erreicht. Die fristlose Kündigung wäre dann auf der Grundlage des § 543 II 1 Nr. 3b BGB gerechtfertigt. Freilich herrscht bislang die Ansicht vor, dass Nachzahlungen auf die Betriebskosten *nicht* in den nach § 543 II 1 Nr. 3b BGB relevanten Rückstand hineingerechnet werden<sup>20</sup>. Die Begründung dafür hat das OLG Koblenz 1984 in einer vorzüglich begründeten Entscheidung<sup>21</sup> geliefert und dabei unter anderem ausgeführt: Die Nachzahlung auf die Betriebskosten stelle zwar ebenso wie die Vorauszahlung einen Teil der Miete, also jenes Entgelts dar, das der Mieter für die Gewährung des Mietgebrauchs zu entrichten habe. Die Nachzahlung beziehe sich aber nicht auf bestimmte „Termine“, wie es aber vom Wortlaut des § 543 II 1 Nr. 3 BGB gefordert werde. Es handle sich nicht um eine periodische, sondern um eine einmalige Zahlung.

In die Diskussion ist indes durch ein neueres Urteil des BGH in Bezug auf verjährte Nachforderungen auf die Betriebskosten Bewegung geraten. Der BGH hatte darüber zu befinden, ob der Vermieter berechtigt ist, ihretwegen Befriedigung aus einer Sparbuchforderung zu suchen, die ihm der Mieter als Kautionspfand hatte. Das war nach § 216 I BGB an sich möglich – es sei denn, bei der Nachzahlung handelte es sich um eine „wiederkehrende“ Leistung; im letzteren Fall konnte die

---

<sup>19</sup> BGH NJW 2008, 3210 Rn. 31; *Lehmann-Richter*, ZMR 2017, 372 (375); BeckOKBGB/*Wiederhold*, Stand: 1.8.2018, § 543 Rn. 32.

<sup>20</sup> OLG Koblenz NJW 1984, 2369 f.; LG Dessau-Roßlau BeckRS 2016, 113811; LG Hamburg NJW-RR 1992, 1429 f.; LG Köln WuM 1993, 191; BeckOKBGB/*Wiederhold*, Stand: 1.8.2018, § 543 Rn. 33; BeckOGKBGB/*Mehle*, Stand: 1.10.2018, § 543 Rn. 139; Blank/Börstinghaus/*Blank*, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 543 Rn. 130; Erman/*Lützenkirchen*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 543 Rn. 23; Staudinger/*Emmerich*, BGB (2018), § 543 Rn. 49; *Paschke*, GE 2011, 173; a. A. aber LG Berlin BeckRS 2015, 06628.

<sup>21</sup> OLG Koblenz NJW 1984, 2369 f.



verpfändete Forderung wegen § 216 III BGB nicht mehr als Sicherheit herangezogen werden. Der BGH urteilte, dass die Nachzahlung insoweit das rechtliche Schicksal der monatlichen Vorauszahlung teile und daher ebenso wie diese als wiederkehrende Leistung anzusehen sei<sup>22</sup>. Das könnte den Schluss nahelegen, dass die Nachzahlung in § 543 II 1 Nr. 3 BGB ebenfalls als wiederkehrende Leistung zu qualifizieren und auf diese Weise mit der periodisch fälligen Miete vergleichbar sei. Eine solche Folgerung könnte indes nicht überzeugen<sup>23</sup>. Im Kontext des § 216 III BGB darf es für die Frage, ob eine Mietsicherheit verwertet werden darf, in der Tat nicht darauf ankommen, ob Betriebskosten im Voraus oder nachträglich zu zahlen sind. Demgegenüber müssen wir uns im Kontext des § 543 II 1 Nr. 3 BGB erneut auf dessen rechtsethische Rechtfertigung besinnen: Bei der Nachzahlung weiß der Mieter weder ohne weiteres, wieviel er zu zahlen hat (er kann die Abrechnung vor der Zahlung prüfen!), noch kann er voraussehen, wann er die Zahlung zu leisten hat (auf den Zeitpunkt der Abrechnung hat er keinen Einfluss). Es fehlt daher an einer in besonderer Weise offensichtlichen Pflichtverletzung, wenn der Mieter Betriebskosten nicht pünktlich nachzahlt. Dann aber wohnt der Nichtbegleichung einer Nachforderung auf die Betriebskosten nicht jener qualifizierte Unrechtsgehalt inne, der es rechtfertigt, den Automatismus des § 543 II 1 Nr. 3 BGB in Gang zu setzen und dem Vermieter ein abwägungsresistentes Kündigungsrecht einzuräumen.

## 5. Symbolische Miete

*Fall 8:* V vermietet an M Räume, deren objektiver Nutzwert mit monatlich € 900 anzusetzen ist, für eine symbolische Miete von monatlich € 1 zzgl. Monatlich € 220 Vorauszahlung auf die Nebenkosten. M bleibt diese Zahlung dreimal in Folge schuldig. Die fristlose Kündigung kann durch Schonfristzahlung (§ 569 III Nr. 2 BGB) abgewendet werden. V möchte nunmehr ordentlich kündigen.

Selbst wenn der Zahlungsverzug des Mieters keine fristlose Kündigung rechtfertigt, bleibt dem Vermieter grundsätzlich die Möglichkeit, aus Anlass des Zahlungsrückstands die ordentliche Kündigung nach § 573 I, II Nr. 1 BGB auszusprechen. Eine solche kann nicht durch Schonfristzahlung abgewendet werden: § 569 III Nr. 2 BGB ist auf die ordentliche Kündigung weder direkt noch analog anwendbar<sup>24</sup>. Für die Frage, ob der Mieter durch den Zahlungsrückstand seine Pflichten in „nicht unerheblicher“ Weise verletzt hat, spielt der Umfang dieses Rückstandes eine wesentliche Rolle. Auf den ersten Blick mutet die Nichtzahlung von drei Mieten in Folge als schwerwiegende Pflichtverletzung an. Diese aber verliert deutlich an Gewicht, wenn man berücksichtigt, dass die Nettomiete sich im *Fall 8* auf einen symbolischen Betrag beschränkt. Der BGH hat zu einem Sachverhalt, an den *Fall 8* in wesentlichen Punkten angelehnt ist, mit Recht folgenden Gesichtspunkt ins Feld geführt: Bei einer symbolischen Miete ist davon auszugehen, dass der Vermieter für die Gebrauchsüberlassung bereits eine anderweitige Kompensation erhalten hat<sup>25</sup>. Der BGH bemüht hier eine Denkfigur, die Vorbilder im Recht des vertraglichen Schadensersatzes hat. Wenn nämlich der Gläubiger mit Blick auf den Abschluss eines Vertrags Aufwendungen macht, der Schuldner dann aber die ihm obliegende Leistung nicht erbringt, kann der Gläubiger diese Aufwendungen als Schadensersatz *statt* der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) geltend machen. Zwar wären die Aufwendungen ebenso entstanden, wenn der Schuldner geleistet hätte. Es spricht aber eine Vermutung dafür, dass die Aufwendungen sich in diesem Fall mindestens amortisiert hätten. Diese

---

<sup>22</sup> BGH NJW 2016, 3231 Rn. 15 ff.

<sup>23</sup> Wie hier *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 7/2017 Anm. 3.

<sup>24</sup> BGH NZM 2005, 334 f.

<sup>25</sup> BGH WuM 2018, 514 Rn. 6 i.V.m. Rn. 13.

sog. Rentabilitätsvermutung<sup>26</sup> fußt auf der Annahme, dass das Individuum sich im Zweifel ökonomisch rational verhält, Vor- und Nachteile eines Geschäfts sorgsam abwägt und mit der Erwartung kontrahiert, die Vorteile aus der erwarteten Leistung würden die Aufwendungen für den Vertragsschluss mindestens aufwiegen. Ganz ähnlich verfährt der BGH auch hier: Wer sich als Vermieter mit einer symbolischen Miete begnügt, erhofft sich von dem Mietverhältnis ersichtlich einen anderen als den rein monetären Gewinn und wird um dieses Gewinns willen die Realisation des vollen Nutzwerts in Geld nach sorgsamer Abwägung der Vor- und Nachteile hintangestellt haben. Wenn aber der Zahlungsrückstand auf diese Weise im *Fall 8* bei weitem nicht einmal den Betrag des Nutzwerts für einen Monat erreicht, erreicht die Pflichtverletzung des Mieters nicht das für § 573 I, II Nr. 1 BGB erforderliche Gewicht.

### III. Einwendungen des Mieters

Der Mieter gerät nicht in Verzug, wenn ihm gegen die Mietschuld Einwendungen zustehen. In jüngerer Zeit haben zwei Konstellationen unter diesem Gesichtspunkt praktische Bedeutung erlangt: der Erfüllungseinwand des Mieters bei Baukostenzuschüssen und das Zurückbehaltungsrecht wegen versäumter Mängelbeseitigung durch den Vermieter.

#### 1. Der Erfüllungseinwand bei abwohnbaren Baukostenzuschüssen

Besonders in den Nachkriegsjahren, ebenso aber in jüngerer Zeit haben Fälle der folgenden Art die Gerichte erreicht: Zu Wohnzwecken wird ein offensichtlich sanierungsbedürftiges Objekt vermietet. Dieses wird entweder vom Mieter auf eigene Kosten instandgesetzt, oder der Mieter zahlt an den Vermieter einen Geldbetrag, mit dessen Hilfe die Instandsetzung gelingen soll. Die Eigenleistung des Mieters wird periodisch auf die Miete verrechnet und damit nach und nach „abgewohnt“. Gelegentlich gehen die Parteien sogar so weit, dass der Mieter für einen bestimmten Zeitraum überhaupt keine Miete zahlt.

Rechtlich bedeutet diese Konstruktion, dass der Mieter einen Teil seiner Mietschuld im Voraus erfüllt. Die Erfüllungswirkung ist indes bedroht, wenn ihr das Gesetz die Anerkennung verweigert. Denn die Vorauszahlung gilt nach § 110 II InsO rechtlich als Vorausverfügung über die Miete. In der Insolvenz des Vermieters wirkt die Vorauserfüllung nur in den engen Grenzen des § 110 InsO gegen die Insolvenzmasse. Der Insolvenzverwalter wird nun vom Mieter für die Zukunft auch jenen Teil der Miete fordern, der eigentlich zuvor schon durch die Baukostenzuschüsse abgedeckt sein sollte. Leistet der Mieter nicht, so droht ihm die Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB – es sei denn, es gelingt, die abwohnbaren Baukostenzuschüsse dem Regime des § 110 InsO zu entziehen.

Eben dafür spricht sich der BGH aus: Nach seiner Ansicht wirkt eine Abrede, wonach Baukostenzuschüsse auf die Miete verrechnet werden sollen, auch gegen den Insolvenzverwalter<sup>27</sup>. Für die vergleichbare Situation in der Einzelzwangsvollstreckung befürwortet der BGH eine vergleichbare Handhabung: Die Begrenzung der Erfüllungswirkungen von Mietvorauszahlungen nach § 1124 II BGB soll für Baukostenzuschüsse nicht gelten<sup>28</sup>. In jüngerer Zeit tendieren die

---

<sup>26</sup> Siehe dazu etwa BGHZ 99, 182 (197); BGHZ 114, 193 (197).

<sup>27</sup> BGHZ 6, 202 (206 f.); ebenso Andres/Leithaus/Andres, InsO, 3. Aufl. 2014, § 110 Rn. 3; BeckOKInsO/Berberich, Stand: 26.7.2018, § 110 Rn. 11.1.

<sup>28</sup> BGH NJW-RR 2012, 525 Rn. 10 f.; ebenso OLG Brandenburg BeckRS 2006, 12571; OLG Rostock BeckRS 2006, 10064.

Instanzengerichte demgegenüber dazu, § 110 InsO ohne Einschränkung anzuwenden<sup>29</sup>. Und das ist richtig so: Zwar hat der Mieter durch seine Sanierungsleistungen die Insolvenzmasse gemehrt. Das unterscheidet ihn indes nicht von allen anderen Gläubigern, die Vorleistungen an den Insolvenzschuldner erbracht haben. Dem Mieter geschieht auch kein Unrecht: Er hatte die Chance, seinen Anspruch auf Rückgewähr jener Vorleistungen, die er nunmehr infolge der Insolvenz des Vermieters erneut erbringen muss, durch eine Hypothek am Mietgrundstück abzusichern<sup>30</sup>.

## 2. Einrede des nichterfüllten Vertrags

### a) Erfüllungsverweigerung als Lizenz zur Zahlungsverzugskündigung?

Beim Mietvertrag handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag i.S. der §§ 320 ff. BGB. Im Synallagma stehen auf der einen Seite die Miete und auf der anderen Seite Gebrauchsgewährung und Instandhaltung/-setzung. Bleibt der Vermieter die ihm obliegende Beseitigung eines Mangels am Mietobjekt schuldig, so ist der Mieter nach § 320 I BGB berechtigt, die Miete – und zwar selbst die schon nach § 536 I 2 BGB geminderte Miete – einzubehalten, bis der Mangel beseitigt ist. Der BGH hat sich freilich in einer ausführlich begründeten Entscheidung auf den Standpunkt gestellt, dass die Einrede aus § 320 I BGB nach § 242 BGB durch die Besonderheiten des Mietverhältnisses begrenzt sei<sup>31</sup>. Unter anderem meint der BGH, die Einrede verliere ihre Druckfunktion, wenn der Vermieter die Beseitigung des Mangels über längere Zeit verzögere. Das Zurückbehaltungsrecht könne nämlich „nur so lange ausgeübt werden, als es noch seinen Zweck erfüllt, den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mängelbeseitigung anzuhalten“<sup>32</sup>.

Welch fatale Auswirkungen diese Handhabung für den Mieter nach sich ziehen kann, zeigt eine jüngere Entscheidung des LG Düsseldorf. Dieses hat sich nämlich allen Ernstes auf folgenden Standpunkt gestellt: Wenn der Vermieter die Mängelbeseitigung *ernsthaft und endgültig verweigere*, könne die Einrede aus § 320 BGB ihre Druckfunktion nicht mehr entfalten. Die Mieten seien folglich ab dann in der nach § 536 I 2 BGB geminderten Höhe fällig; ihre Nichtzahlung könne die fristlose Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB zur Folge haben<sup>33</sup>. Die Auffassung des LG Düsseldorf ist indes entschieden abzulehnen. Denn sie führt dazu, dass eine besonders schwere Pflichtverletzung des Vermieters mit einem Recht zur fristlosen Kündigung prämiert wird. Das ist nicht nur in sich verfehlt<sup>34</sup>; es passt zudem auch nicht zu der Argumentationslinie, die wir in einem anderen Kontext schon kennengelernt haben: Wie gezeigt (oben II.1.), berechnet sich der „nicht unerhebliche Teil“ der Miete im Falle der Mietminderung nicht anhand der geminderten, sondern anhand der vollen vereinbarten Miete – eben weil der Vermieter nicht im Bereich der Zahlungsverzugskündigung von seiner eigenen Schlechtleistung profitieren soll. Dann darf nicht ausgerechnet die ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung – die ja *noch schwereres Unrecht* verkörpert als die bloße Schlechtleistung an sich – den Weg zur Zahlungsverzugskündigung frei machen. Das Kündigungsrecht aus § 543 II 1 Nr. 3 BGB ist hier vielmehr erst recht durch die eigene Vertragstreue des Vermieters immanent beschränkt. Der Grundfehler liegt freilich schon bei dem gedanklichen

---

<sup>29</sup> OLG Schleswig BeckRS 2000, 30139428; AG Hamburg-Harburg v. 11.10.2017 – 647 C 544/16, juris Rn. 12; AG Dortmund NZI 2017, 897 (898); Dötsch, NZI 2009, 713 (716); Eckert, ZfIR 2008, 453 (454 ff.); Nerlich/Römermann/Balthasar, InsO, 36. Ergänzungslieferung Juni 2018, § 110 Rn. 9.

<sup>30</sup> Darauf weisen zutreffend Dötsch, jurisPR-MietR 10/2018 Anm. 5 und Eckert, ZfIR 2008, 453 (456) hin.

<sup>31</sup> BGHZ 206, 1 Rn. 48 ff.; zum Streitstand Blank/Börstinghaus/Blank, Miete, 5. Aufl. 2017, § 536 Rn. 189.

<sup>32</sup> BGHZ 206, 1 Rn. 63; ebenso Brückner, GE 2016, 436 (439).

<sup>33</sup> LG Düsseldorf BeckRS 2017, 143221 Rn. 17.

<sup>34</sup> Mit Recht kritisch bereits Blank, WuM 2015, 577; Raabe, WuM 2017, 65 (72); Selk, NZM 2016, 434 (436).

Ausgangspunkt, den der BGH gewählt und dem sich das LG Düsseldorf völlig unreflektiert angeschlossen hat: Es stimmt einfach nicht, dass die Funktion der Einrede aus § 320 BGB sich darin erschöpft, auf den anderen Vertragsteil Druck auszuüben, damit dieser seinen Verpflichtungen nachkomme. § 320 BGB repräsentiert darüber hinaus den Gedanken der Austauschgerechtigkeit, indem er das funktionelle Synallagma zur Geltung bringt: Niemand muss eine Leistung erbringen, ohne die bedungene Gegenleistung zu erhalten.

## **b) Zur Reichweite der Einrede**

Eine weitere Streitfrage rankt sich um Konstellationen, in welchen der Mieter die Mängelanzeige zunächst versäumt, später aber nachholt. Die Frage lautet dann, ob der Mieter auch jene Mieten bis zur Mängelbeseitigung einbehalten darf, die vor der Mängelanzeige fällig wurden.

*Fall 9:* Mieter M stellt in den gemieteten Räumen am 1.4.2018 eine Belastung mit Asbest fest, die schon bei Mietbeginn vorhanden war, aber jetzt erst erkennbar ist. Diese Belastung an sich und die Notwendigkeit einer abschnittswisen Sanierung mindern den Gebrauchswert (unterstellt) um 50%. M zeigt den Mangel am 1.5.2018 an. V nimmt die Sanierung in Angriff, die aber einige Zeit in Anspruch nimmt und bis heute nicht abgeschlossen ist. Unter Berufung auf § 320 BGB verweigert M bis heute jegliche Zahlung der Miete – auch der noch offenen Mieten für März und April 2018.

M ist gewiss dem Grunde nach berechtigt, die Miete für die Monate ab Mai 2018 nach § 320 BGB zurückzuhalten, bis die Sanierung abgeschlossen ist. M hat sich auf dieses Recht auch berufen. Gesteht man ihm ein Zurückbehaltungsrecht in voller Höhe zu, können die ausstehenden Mieten für diese Monate folglich auch nicht zur Rechtfertigung einer Mieterhöhung herangezogen werden. Für die Mieten für März und April 2018 ist die Rechtslage indes nicht so eindeutig. Da nämlich M den Mangel damals noch nicht angezeigt hat, hatte V vor dem 1.5.2018 keine Chance, Maßnahmen der Mängelbeseitigung zu ergreifen. Der BGH folgert daraus bisher, dass dem Mieter die Einrede des nichterfüllten Vertrags für die Zeit vor der Mängelanzeige, also bezogen auf die vor der Anzeige fälligen Mieten nach § 242 BGB versperrt ist: Solange der Vermieter den Mangel nicht kenne, könne das Zurückbehaltungsrecht keinen Druck auf ihn ausüben, den Mangel zu beseitigen<sup>35</sup>.

Dieser Handhabung ist das LG Flensburg in einer jüngeren Entscheidung mit Recht entgegengetreten<sup>36</sup>. Es weist zutreffend auf die Gesetzeslage hin: Welche Mieterrechte infolge der unterlassenen/verzögerten Mängelanzeige ausgeschlossen sind, ist in § 536c II 2 BGB abschließend aufgelistet. Der Instandhaltungsanspruch aus § 535 I 2 BGB ist dort nicht aufgeführt, und konsequent ebenso wenig die hierauf gestützte Einrede aus § 320 BGB. Erneut ist außerdem die Rechtsprechung des BGH wegen ihrer Prämisse zu kritisieren: Die Einrede des nichterfüllten Vertrags rechtfertigt sich *nicht* allein aus der Funktion, Druck auf die Gegenseite wegen der Erbringung der Gegenleistung auszuüben, und ist daher auch nicht durch diese Funktion immanent beschränkt. Entscheidend ist hier vielmehr abermals die Störung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung: Der Vermieter hat kein vollwertiges Objekt zur Verfügung gestellt und muss sich daher die Miete – und zwar sogar die bereits nach § 536 I 2 BGB geminderte Miete – noch verdienen.

Die Ansicht des BGH könnte man allenfalls mit folgender Überlegung zu stützen versuchen: Nach § 536c II 1 BGB sei der Mieter verpflichtet, dem Vermieter den Schaden zu ersetzen, der diesem infolge der verzögerten Anzeige entstehe. Hätte der Mieter den Mangel früher angezeigt, hätte der

---

<sup>35</sup> BGH NZM 2011, 197 Rn. 12.

<sup>36</sup> LG Flensburg BeckRS 2018, 10143 Rn 23 ff.

Vermieter dessen Beseitigung früher in Angriff genommen und damit seinen Anspruch auf Zahlung der (geminderten) Miete früher von der Einrede aus § 320 I BGB befreit. Indes: Selbst wenn man dem folgen wollte, würde dies nicht etwa zu einem Ausschluss der Einrede aus § 320 I BGB führen, sondern nur zu deren zeitlicher Verkürzung. Das lässt sich instruktiv am Beispiel von *Fall 9* veranschaulichen: Hätte M den Mangel wie geboten am 1.4.2018 angezeigt, so hätte dies nichts an dem Umstand geändert, dass sich die Sanierung monatelang hingezogen hätte. Den Anspruch auf die Mieten für März und April 2018 hätte V daher nicht von der Einrede aus § 320 BGB befreien können, sondern allenfalls eine viel später fällig werdende Miete, nämlich die Miete für die beiden letzten Monate, in denen die Sanierung andauerte. Dies zeigt zugleich, dass dem BGH ein weiterer Kritikpunkt entgegenzuhalten ist: Indem er nämlich für den kompletten Ausschluss der Einrede aus § 320 BGB plädiert, stellt er den Vermieter *besser*, als es durch das Schadensersatzrecht geboten erscheint. Es erscheint zwar grundsätzlich möglich, an das pflichtwidrige Verhalten einer Vertragspartei derart überschießende Konsequenzen anzuknüpfen – doch muss der Gesetzgeber sie anordnen. In Bezug auf die Einrede aus § 320 BGB hat der Gesetzgeber dies indes gerade nicht getan; denn wie gezeigt ist jene Einrede im Katalog des § 536c II 2 BGB nicht aufgeführt. Und mehr noch: Der Mieter könnte, wenn man sich dem BGH anschliesse, die Einrede nicht einmal für jene Mieten erheben, die fällig wurden, als sich der Mangel *noch gar nicht gezeigt hat* und daher der Mieter noch nicht zur Mängelanzeige verpflichtet war: Dem Mieter soll die Einrede mithin sogar für einen Zeitraum verschlossen bleiben, in dem er sich in Bezug auf den Mangel noch gar nicht selbst pflichtwidrig verhalten hat. Abermals am Beispiel von *Fall 9*: Im März 2018 war die Asbestbelastung ganz gewiss auch schon vorhanden, aber offenbar für M noch nicht erkennbar. Folglich war M noch gar nicht nach § 536c I BGB zur Mängelanzeige verpflichtet. Soll das Unterlassen der Mängelanzeige gleichwohl auch für diesen Zeitraum mit einem Verlust der Einrede aus § 320 BGB sanktioniert werden? Aus § 242 BGB lässt sich dies entgegen der Ansicht des BGH nicht herleiten. Denn dem Mieter, der einen Mangel nicht anzeigt, weil er ihn nicht erkennen kann, verhält sich nicht widersprüchlich, wenn er sich nach Offenbarung des Mangels auf seine Mängelrechte beruft.

Selbst wenn sich die Ansicht des LG Flensburg durchsetzen sollte, beseitigt die Mängelanzeige den Zahlungsverzug indes nur für die Zukunft, d.h. frühestens für den Zeitraum, ab dem die Mietsache objektiv mangelhaft geworden ist. Sollte bereits vor diesem Zeitpunkt ein Zahlungsrückstand aufgelaufen sein, der den Vermieter zur Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB berechtigt, vermögen weder der Mangel selbst noch dessen Anzeige das Kündigungsrecht des Vermieters zu beseitigen. Im *Fall 9* indes scheidet eine solche Kündigung nach der hier vertretenen Ansicht aus. Denn *sämtliche* Mieten waren mit der Einrede aus § 320 I BGB behaftet, welche den Verzugsseintritt ausschloss.

### **c) Verzögerte Nachholung der Mietzahlung nach Beseitigung des Mangels**

Die Erhebung dieser Einrede bleibt indes für den Mieter nicht ohne Gefahren. Denn in dem Augenblick, in dem der Mangel beseitigt ist, werden *sämtliche* bisher zurückgehaltenen Mieten *einrededefrei*. Auf ihre Nichtzahlung kann daher ab sofort die Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB gestützt werden; dies indes nur, wenn der Mieter sich mit der Entrichtung jener Mietbeträge im Verzug befindet. Da die Mieten in jenem Zeitpunkt, in dem sie eigentlich kalendermäßig fällig geworden sind, noch nicht geschuldet waren, lässt sich der Verzugsseintritt indes nicht mehr mit Hilfe von § 286 II Nr. 1 BGB begründen. Vielmehr muss der Vermieter eine Mahnung aussprechen, um den Verzug des Mieters mit den vormals zu Recht einbehaltenen Mieten auszulösen.

## **IV. Das Vertreten-Müssen auf Seiten des Mieters**

## 1. Die Bedeutung des Merkmals für die Kündigungsvoraussetzungen

Verzug setzt voraus, dass der Mieter das Ausbleiben der Zahlung zu vertreten hat (§ 286 IV BGB). Finanzielles Leistungsvermögen allein entlastet ihn nicht („Geld muss man haben“). Deshalb kann die fristlose Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB auch ohne Verschulden des Mieters wirksam sein. Wird die fristlose Kündigung auf eine beharrlich unpünktliche Zahlung der Miete gestützt (Immer-Wieder-Verzug), so ist nach § 543 I 2 BGB in der Regel ein Verschulden erforderlich<sup>37</sup>. Die ordentliche Kündigung nach § 573 I, II Nr. 1 BGB kann sogar *nur* auf ein schuldhaftes Zahlungsverzögerung gestützt werden.

## 2. Beispielfälle schuldhafter Zahlungsverzögerung

Hat die Zahlungsverzögerung ihre eigentliche Ursache nicht im Leistungsvermögen des Mieters, so greift der Grundsatz „Geld muss man haben“ nicht ein. Vielmehr hat der Mieter andere Hindernisse nur im Falle eines Verschuldens zu vertreten. So finden sich gerade in jüngerer Zeit einige Entscheidungen, in denen die Verzögerung nicht auf Geldmangel des Mieters, sondern auf anderen Umständen beruhte und sich daher die Frage nach einem Verschulden stellte. Versäumt der Mieter etwa die Überweisung der Miete, weil er vorher nach einem Unfall ins Koma gefallen ist, hat er die Nichtzahlung der fälligen Miete nicht zu vertreten<sup>38</sup>; eine darauf gestützte Kündigung greift somit ins Leere. Dagegen wurde einem Mieter, der mitten in der Schuldenkrise nach Griechenland reiste und dem es nicht gelang, die Miete von dort zu überweisen, weil die griechischen Banken strengen Kapitalverkehrskontrollen unterworfen waren, mit Recht vorgehalten, dass er das Zahlungsverzögerung verschuldet habe: Der Mieter hätte sich in dieser Ausnahmesituation vor seiner Abreise darum kümmern müssen, dass die Mieten während seiner Abwesenheit zuverlässig an den Vermieter flossen<sup>39</sup>. Unterbleibt die Zahlung der Miete wegen einer Depression des Mieters, so ist zu differenzieren: Ist der Mieter so schwer betroffen, dass er völlig außerstande ist, den Alltag zu bewältigen, fehlt es an einem Verschulden<sup>40</sup>. Dagegen war nicht einzusehen, warum der Mieter, der immerhin noch in der Lage war, Untermietverträge über die Wohnung abzuschließen, wegen seines seelischen Leidens außerstande gewesen sein soll, zugunsten des Vermieters wenigstens einen Dauerauftrag einzurichten; das Zahlungsverzögerung war in diesem Fall als schuldhaft anzusehen<sup>41</sup>. Gleiches galt in einem Fall, in dem die Lebensgefährtin des depressiven Mieters mit diesem Zusammen in der Wohnung lebte: Hier war der Mieter gehalten, die Hilfe seiner Partnerin in Anspruch zu nehmen<sup>42</sup>. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass für ihre rechtliche Bewertung bereits im Ansatz *nicht* auf den Grundsatz „Geld muss man haben“ zurückgegriffen wurde.

## 3. Zahlungsverzögerung des Jobcenters

Schwere soziale Tragödien können sich abspielen, wenn der Mieter auf Transferleistungen angewiesen ist und die dafür zuständige Behörde die Miete nicht rechtzeitig an den Vermieter überweist. Das Problem sei anhand der Konstellation illustriert, dass ein Empfänger von

---

<sup>37</sup> Zur Bedeutung des Verschuldens näher BGH NJW 2016, 2805 Rn. 17 f.

<sup>38</sup> LG Hannover BeckRS 2016, 110450 Rn. 12.

<sup>39</sup> AG München BeckRS 2017, 136119 Rn. 14.

<sup>40</sup> So für einen allerdings besonders krass gelagerten Fall LG Kassel WuM 2018, 435 (436). Siehe ferner LG Berlin WuM 2017, 347 (349) sowie LG Berlin NZM 2017, 361 (364): Depression mit vier Suizidversuchen als Abwägungsgesichtspunkt des Mieters im Rahmen der Erheblichkeit i.S. des § 573 II Nr. 1 BGB.

<sup>41</sup> AG Berlin/Schöneberg BeckRS 2017, 120644 Rn. 31.

<sup>42</sup> LG Berlin BeckRS 2017, 105302.

Arbeitslosengeld II („Hartz IV“) nach § 22 SGB VII beantragt hat, das Jobcenter möge die Miete direkt an den Vermieter zahlen. Versäumt das Jobcenter dies, so hat dies nach jetzigem Diskussionsstand die folgenden Konsequenzen: (1) Der Mieter gerät in Verzug, da er sein Zahlungsunvermögen ohne Rücksicht auf Verschulden zu vertreten hat<sup>43</sup>. (2) Geht der Mieter aber davon aus, dass das Jobcenter die Miete pünktlich zahlt, und darf er davon ausgehen, so unterliegt er einem unverschuldeten Tatsachenirrtum und kann sich ausnahmsweise entlasten<sup>44</sup>. Für einen solchen Sachverhalt trägt der Mieter freilich die Darlegungs- und Beweislast<sup>45</sup>. Wo es schon im Ausgangspunkt auf eine *schuldhafte* Zahlungsverzögerung ankommt (nämlich bei einer auf § 543 I 2 BGB gestützten fristlosen Kündigung wegen Immer-Wieder-Verzugs und bei einer auf § 573 I, II Nr. 1 BGB gestützten ordentlichen Kündigung), ist das Jobcenter *nicht* Erfüllungsgehilfe des Mieters<sup>46</sup>.

In den praktischen Konsequenzen ergibt diese Rechtsprechung ein dramatisches Bild: Der Mieter wird, wie *Peter Derleder* pointiert formuliert, von der Arbeitslosigkeit in die Wohnungslosigkeit getrieben<sup>47</sup>. Selbst in krassen Fällen wurde die Verzugskündigung des Vermieters bestätigt – so etwa in einem Fall, in dem als das Jobcenter die Miete ohne Verschulden des Mieters versehentlich an bisherigen Vermieter zahlte<sup>48</sup>, und sogar in einem Fall, in dem die Behörden gar einstweilige Anordnungen des Sozialgerichts ignorierten<sup>49</sup>. Um die dadurch verursachten sozialen Schief lagen zu vermeiden, ließe sich daran denken, den Grundsatz „Geld muss man haben“ bei Empfängern von Transferleistungen in einer weniger strengen Handhabung anzuwenden: Das Problem des Mieters, der einen Anspruch auf Transferleistungen habe, sei *nicht* das Zahlungsunvermögen. Denn er sei dadurch zahlungsfähig, dass ihm ein kongruenter Anspruch gegen das Jobcenter zustehe. In der Tat ist in der Literatur vorgetragen worden, der Mieter, der die Transferleistungen ordnungsgemäß beantrage, dürfe sich darauf verlassen, dass der Kostenträger die Miete rechtzeitig überweise; geschehe dies nicht, so habe er sein Zahlungsunvermögen nicht zu vertreten<sup>50</sup>. Eine solche Überlegung darf auf große Sympathie rechnen. Indes steht ihr der Gesetzeswortlaut entgegen. Nach § 569 III Nr. 2 BGB wird die Kündigung nicht nur durch Ausgleich des Mietrückstands unwirksam, sondern bereits dadurch, dass sich eine öffentliche Stelle zu jenem Ausgleich verpflichtet. Eine öffentliche Stelle wird sich hierzu regelmäßig nur dann verpflichten dürfen, wenn der Mieter einen Anspruch darauf hat. Würde allein die Existenz eines Anspruchs gegen den Sozialleistungsträger bereits den Tatbestand des Verzugs ausschließen, so wäre § 569 III Nr. 2 BGB in der Variante der Verpflichtungserklärung weithin gegenstandslos.

## V. Die Kündigungserklärung

### 1. Der Umfang der Schonfristzahlung

Nach § 569 III Nr. 2 BGB macht die vollständige<sup>51</sup> Nachzahlung der rückständigen Miete und der Entschädigung nach § 546a BGB die fristlose Kündigung unwirksam. In der Zwischenzeit war das Mietverhältnis freilich zunächst beendet – gerade deshalb fordert das Gesetz (auch) die Nachzahlung

---

<sup>43</sup> BGHZ 204, 134 Rn. 18 f.

<sup>44</sup> LG Berlin BeckRS 2014, 14958.

<sup>45</sup> LG Berlin BeckRS 2016, 108146.

<sup>46</sup> BGHZ 204, 134 Rn. 20; BGH NJW 2009, 3781 Rn. 30; BGH NJW 2016, 2805 Rn. 15 f.; LG Berlin WuM 2017, 534 (535).

<sup>47</sup> *Derleder*, KJ 48 (2015), 464 (471).

<sup>48</sup> So lag der Fall in LG Berlin BeckRS 2017, 136865.

<sup>49</sup> So lag der Fall in BGHZ 204, 134.

<sup>50</sup> *Harke*, NZM 2016, 449 (455).

<sup>51</sup> BGH NJW 2016, 3437 Rn. 23; BGH NZM 2018, 28 Rn. 21 ff.

der nach § 546a BGB geschuldeten Entschädigung. § 546a BGB lässt dem Vermieter dabei an sich die Wahl, ob er die vereinbarte oder die ortsübliche Miete verlangen will. Letztere fällt häufig höher aus als die Vertragsmiete – vor allem wenn man sie im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH<sup>52</sup> mit der Neuvermietungsmiete gleichsetzt. Dieser normative Befund hat zu der Frage geführt, ob es zur Abwehr der fristlosen Kündigung ausreicht, wenn die Schonfristzahlung die Vertragsmiete umfasst, oder ob die ggf. höhere ortsübliche Miete zu zahlen ist.

Die besseren Gründe sprechen dafür, dass es genügt, wenn der Mieter als Schonfristzahlung auch für den Zeitraum nach Wirksamwerden der Kündigung nur die vereinbarte Miete leistet<sup>53</sup>. Das Recht, die Marktmiete zu verlangen, rechtfertigt sich daraus, dass der Vermieter bei rechtzeitiger Rückgabe zur freien Weitervermietung berechtigt wäre. Während der Schonfrist ist dies (zumindest faktisch) noch nicht der Fall. Zudem ist daran zu erinnern, dass § 569 III Nr. 2 BGB das Gegenstück zum Automatismus des § 543 II 1 Nr. 3 BGB bildet und daher von den gleichen teleologischen Erwägungen regiert werden muss: Die Nichtzahlung der Miete rechtfertigt die Kündigung, weil es sich bei ihr um eine *offensichtliche* Pflichtverletzung handelt (oben unter II.1.b)). Für den Mieter war eindeutig, was er wann hätte leisten müssen. Dann aber muss auch die Höhe der Schonfristzahlung auf einfache Art und Weise ermittelbar sein, damit die Kündigung effektiv abgewendet werden kann. Damit verträge es sich nicht, wenn der Mieter aufwendig und mit hohem Irrtumsrisiko die ortsübliche Miete ermitteln müsste. Schließlich bietet § 569 III Nr. 2 BGB dem Mieter eine Anwartschaft auf die Neubegründung des Mietverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen<sup>54</sup>. Dazu passt ein höheres Nutzungsentgelt während der Schonfrist nicht. Der BGH hat die Wirkungen der Schonfristzahlung in einem Urteil vom 19.9.2018 so beschrieben, dass die Kündigung – obwohl zunächst wirksam – *rückwirkend* so zu behandeln ist, als wäre sie niemals ausgesprochen worden<sup>55</sup>. Konsequenz ist das Mietverhältnis rückwirkend so zu behandeln, als hätte es nie geendet. Die Schonfristzahlung setzt also das bereits aufgelöste Mietverhältnis rückwirkend wieder in Kraft. Auch dazu will die Idee, dass eine *höhere* als die vereinbarte Miete gezahlt werden muss, um diese Wirkung zu erzeugen, nicht recht passen. Würde nämlich der Mieter eine solche Zahlung erbringen und gelänge es ihm auf diese Weise, das Mietverhältnis rückwirkend wieder zu den bisherigen Konditionen zustande zu bringen, dürfte er den Überschuss sogleich unter dem Gesichtspunkt des § 812 I 2, 1. Alt. BGB zurückfordern. Die Schonfristzahlung erschöpft sich also immer in der Vertragsmiete. Die Option, stattdessen als Entschädigung nach § 546a BGB die ortsübliche Miete zu verlangen, bietet sich dem Vermieter erst dann, wenn der Mieter die Schonfrist versäumt.

## 2. Ordentliche neben fristloser Kündigung

Wie eingangs (oben I.) bereits angedeutet wurde, kann das Versäumnis des Mieters, die Miete rechtzeitig zu entrichten, nach § 573 I, II Nr. 1 BGB auch die ordentliche Kündigung rechtfertigen. Diese Handlungsmöglichkeit ist für den Vermieter deshalb von besonderem Interesse, weil § 569 III Nr. 2 BGB auf die ordentliche Kündigung keine (auch keine analoge) Anwendung findet<sup>56</sup>: Eine solche

---

<sup>52</sup> BGH NZM 2017, 186 Rn. 10 ff.

<sup>53</sup> Wie hier *Fleindl*, NZM 2018, 57 (64 f.); *Häublein*, ZMR 2018, 8 (9 f.); *Weber*, ZMR 1992, 41 (43 mit Fn. 30); *Staudinger/Emmerich*, BGB (2018), § 569 Rn. 44. Dagegen hält *Lützenkirchen*, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 569 BGB Rn. 118 es für erforderlich, an den Vermieter auch eine ggf. höhere ortsübliche Miete als Schonfristzahlung zu leisten.

<sup>54</sup> *Häublein*, ZMR 2018, 8 (9).

<sup>55</sup> BGH BeckRS 2018, 24134 Rn. 24; ebenso schon OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 1487 (1488); *MüKoBGB/Häublein*, 7. Aufl. 2016, § 569 Rn. 44; *Blank/Börstinghaus/Blank*, Miete, 5. Aufl. 2017, § 569 Rn. 70.

<sup>56</sup> BGH NZM 2005, 334 f.



Kündigung kann nicht mittels Schonfristzahlung ungeschehen gemacht werden. Wenn also der Zahlungsrückstand des Mieters die Deutungshöhe einer „nicht unerheblichen“ Pflichtverletzung erreicht hat, erweist sich die ordentliche Kündigung aus der Sicht des Vermieters als ein zuverlässiges Mittel, um ein aus seiner Sicht untragbar gewordenes Mietverhältnis endgültig zum Ende zu bringen. In der Praxis hat sich daher eine doppelte Vorgehensweise des Vermieters etabliert: Der Vermieter spricht eine fristlose und *hilfsweise* eine ordentliche Kündigung aus.

Diese Praxis hat zu der bedeutsamen Zweifelsfrage geführt, ob die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung auch dann ihre Wirkung entfaltet, wenn die in der Hauptsache erklärte fristlose Kündigung nach § 569 III Nr. 2 BGB durch Schonfristzahlung unwirksam geworden ist. An sich *hatte* die Kündigung als fristlose das Mietverhältnis schon einmal beendet. Kann nun *dieselbe* Kündigungserklärung das Mietverhältnis *noch einmal*, und zwar diesmal zum nächstmöglichen Termin beenden?

Eben dies hat die 66. Zivilkammer des LG Berlin jüngst verneint<sup>57</sup>: Die Gestaltungswirkung der (in der Hauptsache) fristlosen Kündigungserklärung sei bereits eingetreten und damit verbraucht. Sie könne daher nicht als ordentliche Kündigung erneut wirksam werden. Die praktische Konsequenz dieser Handhabung wäre dramatisch: Der Vermieter, dem an einer endgültigen Beendigung des Mietverhältnisses gelegen ist, müsste sich im Angesicht des Zahlungsverzugs entscheiden, ob er fristlos kündigt auf das Risiko, dass die Kündigung durch eine Schonfristzahlung endgültig ihre Wirkung und er selbst daher weitere Zeit verliert, oder ob er sich sicherheitshalber sogleich auf eine ordentliche Kündigung beschränkt. Die 67. Zivilkammer des LG Berlin<sup>58</sup> hat demgegenüber in einem jüngeren Urteil ausgesprochen, dass die Kündigung selbst dann, wenn ihre sofortige Wirkung durch Schonfristzahlung abgewendet wird, als ordentliche Kündigung wirksam bleibt. Zur Begründung führt es insbesondere die Lehre von der Doppelwirkung<sup>59</sup> im Recht ins Feld: Das Mietverhältnis könne, obwohl bereits gekündigt, erneut gekündigt werden<sup>60</sup>.

Um die Aussagen der Lehre von der Doppelwirkung im Recht im Grundsatz zu begreifen, empfiehlt sich der Blick auf den folgenden Fall<sup>61</sup>: Der minderjährige E veräußert eine Sache an B und wird dabei von B arglistig getäuscht. B veräußert die Sache weiter an X. X weiß nichts von der Minderjährigkeit des B, wohl aber von der Täuschung. Die Eltern des E verweigern die Genehmigung und fechten die Verfügung E an B außerdem wirksam wegen arglistiger Täuschung an. Das Bedürfnis für eine solche Anfechtung erklärt sich wie folgt: X wusste zwar nichts von der Minderjährigkeit; insoweit durfte er B für den Eigentümer halten. Blicke man hierbei stehen, so könnte X nach §§ 929 S. 1, 932 I 1 BGB Eigentum erwerben. X muss aber die Anfechtung nach § 142 II BGB gegen sich gelten lassen; hieran scheitert daher sein gutgläubiger Eigentumserwerb. Die Verfügung des E an B war zwar nach § 108 I BGB unwirksam, hatte aber B *faktisch* die Möglichkeit verschafft, die Sache an einen gutgläubigen Dritten zu veräußern. Um diese Restwirkung zu beseitigen, ist es erforderlich, E ergänzend die Anfechtung der Verfügung nach § 123 I BGB zu gestatten.

Auch wenn die Konstellation der fristlos und hilfsweise ordentlich erklärten Vermieter-Kündigung völlig anders gelagert ist, sind die Überlegungen, mit welcher Doppelwirkung im Recht begründet

---

<sup>57</sup> LG Berlin BeckRS 2017, 127840 Rn. 12 ff.

<sup>58</sup> LG Berlin NJOZ 2018, 1367 Rn. 14 ff.

<sup>59</sup> Grundlegend Kipp, FS v. Martitz, 1911, S. 211 ff.

<sup>60</sup> LG Berlin NJOZ 2018, 1367 Rn. 22

<sup>61</sup> Kipp, FS v. Martitz, 1911, S. 211 (226 f.).

wird, im Kern hierher übertragbar. Die ursprüngliche fristlose Kündigung hat zwar das Mietverhältnis beendet. Sie hat aber damit das Mietverhältnis nicht endgültig für die Zukunft beseitigt, sondern lediglich einen Schwebzustand ausgelöst. Dieser hält so lange an, als die fristlose Kündigung noch durch Schonfristzahlung außer Geltung gesetzt werden kann. Daher kann die Wirkung der ordentlichen Kündigung, das Mietverhältnis *endgültig* aufzulösen, nach wie vor eintreten. Die ordentliche Kündigung beseitigt damit zumindest für die Zukunft jene Wirkungen, die das Mietverhältnis trotz der an sich wirksam erklärten fristlosen Kündigung noch entfaltet. Der BGH hat sich denn auch zu Recht im Ergebnis der Ansicht der 67. Zivilkammer des LG Berlin angeschlossen<sup>62</sup>: Die Konstruktion, das Mietverhältnis fristlos und hilfsweise ordentlich zu kündigen, bleibt auch in Zukunft ein für die Praxis gangbarer Weg.

## VI. Die wichtigsten Ergebnisse in Thesen

1. Sowohl im Falle einer berechtigten Mietminderung als auch im Falle des Mietwuchers gerät der Mieter nur dann mit einem „nicht unerheblichen Teil“ der Miete in Verzug, wenn der Rückstand den vollen Betrag einer *vereinbarten* Monatsmiete überschreitet. Alles andere würde den Vermieter prämiieren, der schlecht leistet oder gar eine Wuchermiete verlangt. Ist die vereinbarte Miete um mindestens 50% gemindert oder war eine Wuchermiete vereinbart worden, welche mindestens das Doppelte der statt dessen in Wirklichkeit geschuldeten Miete beträgt, so ist die Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3a BGB zur Gänze ausgeschlossen. Denn in diesem Fall können selbst zwei tatsächlich geschuldete Mieten den Betrag einer vollen vereinbarten Miete nicht übersteigen.

2. Ändert sich die Miethöhe während des Verzugszeitraums, so erreicht der Zahlungsrückstand nur dann die Qualität eines „nicht unerheblichen Teils“ der Miete (§ 543 II 1 Nr. 3a, 2. Alt. i. V. m. § 569 III Nr. 1 BGB), wenn er den Betrag der höchsten während des Verzugszeitraums geschuldeten Monatsmiete übersteigt. Im Fall der Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3b BGB muss der Zahlungsrückstand das Doppelte der höchsten im Verzugszeitraum geschuldeten Miete betragen.

3. Verzögerte Nachzahlungen auf die Betriebskosten sind nicht in die Höhe des Summenverzugs nach § 543 II 1 Nr. 3 BGB einzurechnen. Solche Verzögerungen können daher weder für sich noch zusammen mit verzögerten Mietzahlungen ein Kündigungsrecht des Vermieters nach dieser Vorschrift begründen. An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass der BGH Nachzahlungen auf die Betriebskosten im Kontext des § 216 III BGB als wiederkehrende Leistungen einstuft.

4. Abwohnbare Baukostenzuschüsse erfahren in der Insolvenz des Vermieters keine Privilegierung. Eine Vereinbarung, kraft derer der Mieter Leistungen zur Errichtung oder Sanierung des Mietobjekts erbringt und im Gegenzug weniger oder gar keine Miete zahlt, wirkt nur im Umfang des § 110 InsO gegen die Insolvenzmasse. Beharrt der Mieter gegenüber dem Insolvenzverwalter auf der Anrechnungsvereinbarung und zahlt er deshalb weniger oder gar keine Miete, riskiert er eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs.

5. Verweigert der Vermieter ernsthaft und endgültig die von ihm nach § 535 I 2 BGB geschuldete Beseitigung von Mietmängeln, kann der Mieter im Umfang des § 320 II BGB die Miete zurückhalten. Die gegenteilige Ansicht, die dem Mieter in diesem Fall sowohl die Einrede des nichterfüllten Vertrags abspricht als auch den Vermieter für berechtigt hält, bei weiterhin ausbleibender

---

<sup>62</sup> BGH BeckRS 2018, 24134 Rn. 13 ff.

Mietzahlung das Mietverhältnis zu kündigen, belohnt den Vermieter für grob vertragswidriges Verhalten und ist daher abzulehnen.

6. Krankheit entschuldigt das Versäumnis des Mieters, die Miete pünktlich zu zahlen, nur dann, wenn sie die Fähigkeit des Mieters zur Selbstorganisation zur Gänze aufhebt. Besteht die Ursache in einer Depression, so ist zusätzlich zu fragen, ob dem Mieter zuzumuten ist, bereitstehende Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen. An der sehr unbefriedigenden Rechtslage, wonach Zahlungsver säumnisse des Jobcenters den Mieter der Gefahr einer fristlosen Kündigung aussetzen können, führt *de lege lata* kein Weg vorbei.

7. Die Schonfristzahlung (§ 569 III Nr. 2 BGB) umfasst nur die rückständige Vertragsmiete, und zwar auch für den Zeitraum nach Wirksamwerden der ursprünglichen Kündigung. Der Mieter ist nicht gehalten, als Entschädigung (§ 546a BGB) eine ggf. höhere ortsübliche Miete zu zahlen, um die Kündigung unwirksam zu machen.

8. Hat der Vermieter wegen des eingetretenen Zahlungsverzugs eine fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung ausgesprochen und ist die fristlose Kündigung infolge einer Schonfristzahlung unwirksam geworden, kann die Kündigung gleichwohl noch als ordentliche Kündigung wirksam werden. Die Tatsache, dass das Mietverhältnis zuvor schon einmal wirksam beendet war, steht dieser Beurteilung nicht entgegen.