

Zahlungsverzug und Schonfristzahlung

Prof. Dr. Markus Artz, Universität Bielefeld

I. Einführung

Im Zentrum des folgenden Beitrags stehen aktuelle Entwicklungen zur Wirkung der Schonfristzahlung. Geprägt sind diese Entwicklungen insbesondere durch zwei Entscheidungen des VIII. Zivilsenats des BGH. In dem Urteil vom 18. Januar 2017 (VIII ZR 17/16) geht es darum, was unter dem Begriff der ortsüblichen Miete in § 546a BGB zu verstehen ist¹. Am 19. September 2018 (VIII ZR 231/17 und VIII ZR 261/17) hat sich der Senat noch einmal grundsätzlich dazu geäußert, welche Wirkung von einer Schonfristzahlung auf die seitens des Vermieters hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ausgeht. Zunächst soll aber kurz auf den Zahlungsverzug des Mieters als Kündigungsgrund eingegangen werden.

II. Kündigungsrelevanter Verzug

Als Kündigungstatbestände wegen Zahlungsverzugs kommen folgende in Betracht: Die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs in erheblicher Höhe nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB, die fristlose Kündigung wegen fortgesetzt unpünktlicher Zahlung, der sogenannte „Immer-wieder-Verzug“ nach § 543 Abs. 1 BGB und schließlich die ordentliche Kündigung wegen erheblicher Pflichtverletzung gem. § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB. Jedenfalls, wenn der Zahlungsrückstand, der zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, erreicht ist, liegt in aller Regel auch eine erhebliche Pflichtverletzung im Sinne des § 573 BGB vor. Allerdings kann im Einzelfall eine abweichende Einschätzung der ordentlichen Kündigung vor dem Hintergrund geboten sein, dass die Pflichtverletzung in diesem Falle verschuldet sein muss. Für die hier relevante Problematik der Wirkungen einer Schonfristzahlung soll davon ausgegangen werden, dass beide Kündigungstatbestände, erfüllt sind, der Vermieter also verzugsbedingt sowohl fristlos als auch ordentlich kündigen kann.

III. Schonfristzahlung durch den Mieter

Die Regelung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB ermöglicht es dem Mieter, die außerordentliche Kündigung aus der Welt zu schaffen, wenn der Mieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit einer Räumungsklage hinsichtlich der offenen Forderungen befriedigt wird. Zu zahlen hat der Mieter zum einen offene Mietzahlungen, zum anderen den Betrag der fälligen Nutzungsentschädigung. An einem vereinfacht dargestellten Beispiel, in dem sowohl auf die Berücksichtigung von Betriebskosten und etwaigen Mietminderungen verzichtet und vorausgesetzt wird, dass sowohl die ortsübliche Marktmiete als auch die Vergleichsmiete exakt bestimmt werden können, soll untersucht werden, wie der Betrag der Schonfristzahlung konkret zu berechnen ist.

¹ BGH NZM 2017, 186.

Laut Mietvertrag hat der Mieter 1.000 € monatlich zu zahlen, während vergleichbare Wohnungen am Markt für 1.500 € angeboten werden und die ortsübliche Vergleichsmiete bei 1.200 € liegt. Der Mieter zahlt für Januar, Februar und März 2018 keine Miete, so dass ihm die fristlose Kündigung am 31.3.2018 zugeht. Die Räumungsklage wird Anfang August 2018 rechtshängig. Wieviel muss der Mieter, der sich immer noch in der Wohnung befindet, Ende September zahlen, um die Kündigung aus der Welt zu schaffen?

Unproblematisch lässt sich feststellen, dass der Mieter verpflichtet ist, für die Monate Januar bis März insgesamt 3.000 € zu zahlen. Schwieriger fällt es festzustellen, wie hoch die fällige Entschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB ist. Ab April besaß der Mieter die Räume ohne wirksamen Mietvertrag, so dass er keine Miete mehr schuldet. § 546a Abs. 1 BGB ordnet für diesen Fall an, dass der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den Betrag der vereinbarten Miete oder die ortsübliche Miete für vergleichbare Sachen verlangen kann. Auf diese Regelung nimmt § 569 Abs. 3 BGB Bezug.

Für den Fall, dass der Vermieter schlicht einen Zahlungsanspruch hinsichtlich der Nutzungsentschädigung geltend macht, hat der Bundesgerichtshof jüngst festgestellt, dass es sich bei dem Begriff der ortsüblichen Miete für vergleichbare Sachen in § 546a Abs. 1 BGB nicht etwa um die ortsübliche Vergleichsmiete sondern um die Marktmiete handelt². Wäre der Mieter zwischenzeitlich ausgezogen, könnte der Vermieter als Nutzungsentschädigung somit für jeden Monat die Zahlung in Höhe von 1.500 € verlangen. Es fragt sich aber, ob ein Mieter auch zur Zahlung einer womöglich erheblich über der Vertragsmiete liegenden Nutzungsentschädigung verpflichtet ist, wenn die Zahlung mit dem Zweck erfolgt, die fristlose Kündigung gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB unwirksam werden zu lassen.

Recht eindeutig und einfach lässt sich der Fall lösen, wenn der Vermieter die erhöhte Nutzungsentschädigung nicht geltend gemacht bzw. eingefordert hat. Hier löst der Mieter die Wirkungen der Schonfristzahlung aus, indem er für den gesamten Zeitraum den Betrag der Vertragsmiete zahlt³.

Schwieriger ist die Konstellation zu bewerten, in der der Vermieter die Zahlung der Nutzungsentschädigung in Höhe der Marktmiete fordert. Für eine entsprechende Zahlungspflicht des Mieters spricht auf den ersten Blick, dass es der Vermieter auch im Zuge des Räumungsverlangens in der Hand hat, die Begleichung offener Forderungen zu verlangen und ihm der entsprechende Anspruch nach der Rechtsprechung des BGH zusteht. Es ist Sache des Vermieters, die Option zu ziehen, die Nutzungsentschädigung nicht nur in Höhe der Vertragsmiete zu verlangen, ohne dass es dazu der Ausübung eines besonderen Gestaltungsrechts bedürfte⁴.

Die besseren Argumente sprechen allerdings dafür, dem Mieter im Rahmen der Schonfristzahlung nur abzuverlangen, eine Nutzungsentschädigung in Höhe der Vertragsmiete zu zahlen. Der tragende Gedanke dafür ergibt sich aus der durch die Schonfristzahlung ausgelöste Rechtsfolge. Die Kündigung wird rückwirkend, *ex tunc*, unwirksam⁵. Folge dessen ist wiederum, dass fingiert wird, das Mietverhältnis habe über die gesamte Zeit hinweg, im Beispielsfall seit Ende März, bestanden. In

² BGH NJW 2017, 1022; zustimmend Staudinger/Rolfs § 546a BGB Rn. 53.

³ So auch *Fleindl* NZM 2018, 57 (64).

⁴ *Fleindl* NZM 2018, 57 (62).

⁵ *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, § 569 BGB Rn. 70; *MüKo/Häublein*, § 569 BGB Rn. 44; *Staudinger/V. Emmerich*, § 569 BGB Rn. 44; *Fleindl* NZM 2018, 57 (64).

Folge dieser gesetzlichen Fiktion schuldet der Mieter allerdings auch für diesen Zeitraum die Mietzahlung, da der Mietvertrag fortbestanden hat. Verpflichtete man den Mieter allerdings zur Zahlung einer höheren Nutzungsentschädigung für den zwischenzeitlich eingetretenen vertragslosen Zustand, müsste der Vermieter den überzahlten Betrag unmittelbar zurückzahlen. Anders gewendet stünde dem Mieter sofort nach Zahlungseingang beim Vermieter ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch gegen diesen zu. Während das Hin-und-Herzahlen des Betrags unsinnig erscheint, kann die zusätzliche Zahlungsverpflichtung für den Mieter eine entscheidungserhebliche Hürde darstellen. Zum einen müsste er die Finanzmittel vorübergehend aufwenden, zum anderen geriete er alsdann in die Position des Gläubigers resp. Klägers hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs. Der Mieter trüge die Klageinitiativlast nur, damit der absehbar nicht geschuldete Betrag für eine logische Sekunde in das Vermögen des Vermieters überginge. Da keine schützenswerten Interessen des Vermieters hinsichtlich des vorübergehenden Erhalts dieses Betrags zu erkennen sind, hat der Mieter nur den Betrag der vereinbarten Miete als Nutzungsentschädigung zu zahlen, um die Kündigung unwirksam werden zu lassen⁶. Die bei § 242 BGB einzuordnende „dolo agit“-Einrede muss dazu nicht bemüht werden⁷.

Im Ergebnis hat der Mieter in dem gebildeten Beispielsfall daher 9.000 € zu zahlen.

IV. Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle

Die Wirkungen des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB treten auch ein, wenn sich dafür zuständige Ämter, deren Aufgabe es ist, Obdach- und Wohnungslosigkeit zu vermeiden, dazu verpflichten, den Zahlungsrückstand auszugleichen. Auch hier beschränkt sich die Zahlungspflicht auf den Betrag der vereinbarten Miete für den gesamten Zeitraum. Kenntnis erlangen die öffentlichen Stellen von der drohenden Räumung durch eine obligatorische Meldung nach § 22 Abs. 9 SGB II: *„Geht bei einem Gericht eine Klage auf Räumung von Wohnraum im Falle der Kündigung des Mietverhältnisses nach § 543 Absatz 1, 2 Satz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 569 Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein, teilt das Gericht dem örtlich zuständigen Träger nach diesem Buch oder der von diesem beauftragten Stelle zur Wahrnehmung der in Absatz 8 bestimmten Aufgaben unverzüglich Folgendes mit: (...)“*

V. Das Problem der doppelten Kündigung

Mit der Schonfristzahlung verbindet sich ein Problem, das seit Jahren Gegenstand intensiver Diskussionen ist und immer wieder zu Forderungen an den Gesetzgeber führt. Die Regelung des § 569 BGB betrifft allein die fristlose Kündigung des Mietvertrags, nicht aber die ordentliche, verzugsbedingte Kündigung. In der Praxis lässt sich vor diesem Hintergrund beobachten, dass Vermieter, die das Mietverhältnis unbedingt beenden möchten, nicht nur fristlos sondern darüber hinaus auch hilfsweise ordentlich kündigen. Exemplarisch sei ein Auszug aus einer aktuellen Entscheidung des LG Berlin wiedergegeben⁸:

⁶ Hubert Fleindl führt in seinen auf den Hamburger Mietgerichtstag zurückgehenden Ausführungen in NZM 2018, 57 (64) auch treffende historische Erwägungen für dieses Ergebnis an.

⁷ So auch zutreffend Fleindl NZM 2018, 57 (65).

⁸ LG Berlin ZMR 2018, 31.

„... Insgesamt haben Sie die geschuldeten Miete Juni 2016 und Juli 2016 nicht vollständig bzw. gar nicht gezahlt, woraus sich ein Mietrückstand in Höhe von insgesamt 500,30 € ergibt.(...) Aus diesem Grund kündigen wir namens und in Vollmacht unserer Mandantschaft den mit ihnen bestehenden Mietvertrag außerordentlich und fristlos gemäß §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB, da Sie sich mit Mietzahlungen in Höhe von mehr als 2 Monatsmieten in Verzug befinden. Zugleich fordern wir Sie auf, das Mietobjekt (...) binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zugang dieser Kündigung zu räumen und geräumt an unsere Mandantschaft herauszugeben (...)

Rein vorsorglich und hilfsweise erklären wir namens und in Vollmacht unserer Mandantschaft die fristgemäße und ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 573 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB wegen der erheblichen schuldhaften Verletzung vertraglicher Verpflichtungen zum nächst möglichen Zeitpunkt. Dies ist nach unserer Berechnung der 31.10.2016 (...).“

Da eine Schonfristzahlung nach dem Wortlaut des Gesetzes allein die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung des Vertrags nach sich zieht, wird das Mietverhältnis durch eine solche hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung trotz Zahlung beendet. Zu welchem Zeitpunkt die ordentliche Kündigung wirkt, hängt nach § 573c Abs. 1 BGB davon ab, wie lange sich der Mieter bereits in der Wohnung befindet.

Vor diesem Hintergrund erklären sich öffentliche Stellen in der Regel nur unter der Bedingung zur Befriedigung des Vermieters bereit, dass diese keine Rechte aus der ordentlichen Kündigung geltend machen. Teilweise werden Vermieter auch, was rechtlich unmöglich sein dürfte, aufgefordert, die einmal ausgesprochene, zugegangene und ggf. bereits wirksam gewordene ordentliche Kündigung zurückzunehmen. Erfolgt eine derartige, wie auch immer im Einzelnen gestaltete Verständigung über die Fortführung des Mietverhältnisses zwischen den Parteien, ergeben sich zahlreiche Fragen der Qualifikation des neuen Vertragsverhältnisses. Zu nennen ist etwa die Problematik, dass Wohnungsmängel alsdann als anfängliche einzuordnen sein könnten, für die der Vermieter dann verschuldensunabhängig auf Schadensersatz haftet. Fraglich ist auch, ob eine solche Vereinbarung über die Fortsetzung des Mietverhältnisses die Sperrwirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BGB auslöst.

Ganz überwiegend wird der Umstand, dass sich die Wirkungen der Schonfristzahlung auf die fristlose Kündigung beschränken, als unpassend und systemwidrig angesehen. Daher gab und gibt es immer wieder den Appell an den Gesetzgeber, eine entsprechende Änderung der mietrechtlichen Vorschriften vorzunehmen⁹. Es bleibt zu hoffen, dass dies bald geschieht.

Eine analoge Anwendung der Regelung auf die ordentliche Kündigung hält die höchstrichterliche Rechtsprechung vor dem Hintergrund für unmöglich, als der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik mehrfach das Mietrecht geändert hat, ohne aber die Kündigungsvorschriften entsprechend anzugleichen¹⁰. Die dementsprechende Zurückhaltung des BGH ist angesichts der verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben durchaus nachzuvollziehen und auch zu begrüßen. Der BGH sieht allenfalls die Möglichkeit, im Rahmen des Verschuldens eine nachträgliche Zahlung des

⁹ Siehe etwa zuletzt in einigen Stellungnahmen zur Anhörung zum „Mieterschutzgesetz“ im Rechtsausschuss des Bundestags am 7.11.2018.

¹⁰ Eingehend *Milger*, NZM 2013, 553.

Mieters zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, weil sie ein etwaiges Fehlverhalten in einem milderem Licht erscheinen lässt¹¹.

Das LG Berlin hat nun in einer aktuellen den Versuch unternommen, die Wirkungen der ordentlichen Kündigung durch einen Kniff auszuhebeln. Im Kern ist die Entscheidung von dem Gedanken getragen, dass das Mietverhältnis durch die fristlose Kündigung ad hoc beendet wurde, die später wirkende ordentliche Kündigung ins Leere ging und auch durch die Wiederbelebung des Mietverhältnisses durch die Schonfristzahlung ihrerseits nicht wieder auftauchen könne¹².

Dieser Argumentation ist der VIII. Zivilsenat allerdings nicht gefolgt. Er hat in seiner Revisionsentscheidung darauf abgestellt, dass ein Vermieter, der fristlos und hilfsweise ordentlich kündigt, den Willen zum Ausdruck bringe, die ordentliche Kündigung für den Fall zu erklären, dass sich die fristlose Kündigung, aus welchem Grund auch immer, als unwirksam erweist. Ein solcher Grund könne dann auch in darin liegen, dass die Kündigung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB in Folge der Zahlung oder Verpflichtungserklärung unwirksam werde¹³.

Es bleibt im Ergebnis zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber der Problematik endlich annimmt.

¹¹ BGH NZM 2005, 334.

¹² LG Berlin ZMR 2018, 31.

¹³ BGH vom 19.09.2018, Az.: VIII ZR 231/17 und VIII ZR 261/17.