

Die Interessenabwägung bei der fristlosen Kündigung  
des Vermieters nach § 543 Absatz 1 BGB

Prof. Dr. Beate Gsell

## **I. Einleitung**

Thema des vorliegenden Beitrages ist die Interessenabwägung bei der fristlosen Kündigung des Vermieters nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB, der seit der Mietrechtsreform 2001 das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund in einer zentralen Vorschrift zusammenfasst<sup>1</sup>. Vom Ergebnis dieser Abwägung hängt ab, ob das Mietverhältnis – wie vom Vermieter beabsichtigt – tatsächlich wirksam beendet wurde oder ob es vielmehr – wie vom Mieter behauptet – fort dauert.

Es ist deshalb insbesondere für die Beratungspraxis wichtig, das Ergebnis einer solchen Abwägung möglichst verlässlich zu prognostizieren. Bevor der Versuch unternommen wird, gewisse Orientierungslinien aufzuzeigen, sollen allerdings vorweg die rechtlichen Grenzen für ein solches Unterfangen deutlich gemacht werden.

### **1. Abwägung als tatrichterliche Würdigung nur begrenzt überprüfbar**

§ 543 Abs. 1 S. 2 BGB gebietet eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Die Umstände der verschiedenen, denkbaren Einzelfälle liegen allerdings nahezu niemals völlig gleich. Dementsprechend ist die in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Würdigung der Umstände des Einzelfalls im Grundsatz ureigene tatrichterliche Domäne. Der Bundesgerichtshof betont denn auch in ständiger Rechtsprechung, dass sie vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden könne, ob sie auf einer rechtsfehlerfrei gewonnenen Tatsachengrundlage beruhe, alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt worden seien und das Tatgericht den zutreffenden rechtlichen Maßstab angewandt habe.<sup>2</sup> Anders gewendet: Soweit dem Tatgericht keiner der drei genannten Fehler unterläuft, dieses also erstens die Tatsachengrundlage rechtsfehlerfrei gewonnen, zweitens alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt und drittens den korrekten

---

<sup>1</sup> Nach der gesetzgeberischen Intention soll die Neuregelung im Wesentlichen der zuvor geltenden Rechtslage entsprechen, dazu näher die Begründung des Regierungsentwurfes BT-Drs. 14/4553 v. 9.11.2000, S. 43 f.

<sup>2</sup> S. nur statt vieler BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 16 m.w.Nachw. Es werden auch geringfügig abweichende Wendungen verwendet, vgl. statt vieler etwa BGH NZM 2007, 400, zit. nach juris Rn. 16, wo der XII. Zivilsenat den Prüfungsrahmen dahin umschreibt, dass das Revisionsgericht regelmäßig nur überprüfen könne, ob das Berufungsgericht Rechtsbegriffe verkannt habe oder ob dem Tatrichter von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen seien, er etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt oder Erfahrungssätze verletzt habe. Inhaltliche Abweichungen ergeben sich daraus nicht.

rechtlichen Maßstab angelegt hat, ist das Ergebnis der Abwägung nicht mit Rechtsmitteln angreifbar.<sup>3</sup>

## **2. Abwägung als trichterliche Würdigung nur begrenzt prognostizierbar**

Aus diesem Spielraum trichterlicher Würdigung<sup>4</sup> ergibt sich unvermeidbar eine gewisse Unsicherheit für die Prognose konkreter Abwägungsergebnisse, die typischerweise umso größer sein wird, je deutlicher sich eine Fallkonstellation nach ihren besonderen Umständen von bereits höchstrichterlich entschiedenen Fällen abhebt. Darauf sollte die Beratungspraxis Mieter, aber auch Vermieter, die um Rat suchen, deutlich hinweisen. Dazu ein Beispiel: Es ist grundsätzlich anerkannt, dass Tötlichkeiten des Mieters gegen den Vermieter oder gegen Mitmieter geeignet sind, den Hausfrieden nachhaltig zu stören und deshalb in der Regel eine fristlose Kündigung nach § 569 Abs. 2 i.V.m. § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigen und zwar grundsätzlich sogar ohne vorherige Abmahnung.<sup>5</sup> Jedoch gilt dies eben nur in der Regel. So hat beispielsweise das Landgericht Karlsruhe im Ohrfeigen einer Mitmieterin ausnahmsweise deshalb keinen hinreichenden Grund für eine fristlose Kündigung gesehen, weil zwischen Täter und Opfer der Tötlichkeit seit längerem ein persönliches Zerwürfnis bestanden habe und die geohrfeigte Mieterin zu dem konkreten Vorfall mit beigetragen hatte, indem sie beim Reinigen des Treppenhauses die Fußmatte der ohrfeigenden Mieterin im Gegensatz zu den Fußmatten der anderen Mitbewohner nicht ausgeschüttelt hatte.<sup>6</sup> Gewiss verliert aber nicht jede Tötlichkeit aufgrund Mitveranlassung oder Provokation durch das Opfer so deutlich an Gewicht, dass ein Kündigungsgrund verneint werden kann. Man wandle etwa das Fallbeispiel dahin ab, dass die Mieterin die Mitmieterin nicht nur einmal, sondern mehrfach geohrfeigt oder gar regelrecht verprügelt hätte. Dann würde die Abwägung wohl zugunsten des Vermieters verlaufen. Wo hier das Tatgericht jeweils genau die Grenzen sehen wird, kann für den Einzelfall vielfach nicht ganz zweifelsfrei prognostiziert werden.

Für die Beratungspraxis kann aber immerhin empfohlen werden, die tatsächlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalles sorgfältig zu ermitteln und bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung wirklich sämtliche der vertretenen Partei günstige bzw. dem Gegner

---

<sup>3</sup> Entsprechenden Angriffen in der Revision bleibt der Erfolg versagt, wobei der BGH typischerweise – mehr oder weniger wortlautgleich – folgende Formulierung verwendet: „Damit setzt die Revision lediglich ihre eigene Wertung an die Stelle der trichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts, zeigt aber einen Rechtsfehler nicht auf.“ S. nur statt vieler BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 18.

<sup>4</sup> Der BGH spricht von „Beurteilungsermessen“, s. etwa BGH NZM 2015, 618, zit. nach juris Rn. 60.

<sup>5</sup> Es handelt sich dabei um Störungen des Hausfriedens nach § 569 Abs. 2 BGB. S. dazu nur Staudinger/*Emmerich*, Stand: 5.8.2015, § 569 Rn. 31 m.w.Nachw.

<sup>6</sup> Vgl. LG Karlsruhe, Urt. v. 20.5.2014 – 9 S 30/14 = MietRB 2014, 318, zit. nach juris Rn. 15; vgl. ferner BGH NZM 2014, 635, zit. nach juris Rn. 14 ff., 23, wo die Vermieterin die Tötlichkeit – i.e. ihr Hinaustragen aus der Wohnung – provoziert hatte, dazu noch unten unter III.2.

ungünstige Umstände unter Antritt von Beweis vorzutragen, auch wenn ein Aspekt vielleicht in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht zum Tragen gekommen ist.

### **3. Orientierungslinien aus den revisiblen Grenzen der Abwägung**

Gewisse Orientierungslinien für das Abwägungsergebnis kann man aber doch gewinnen, indem man untersucht, welche Aspekte der BGH in Auslegung von § 543 Abs. 1 BGB bei der rechtlichen Begrenzung der tatrichterlichen Würdigung für maßgeblich erachtet. Die einzelnen rechtlichen Schranken der Abwägung lassen sich allerdings nicht ganz trennscharf voneinander abgrenzen, sondern überlappen sich teilweise. Sie werden im Übrigen vom BGH auch nicht immer ganz wortlautgleich formuliert.<sup>7</sup>

## **II. Gebot rechtlich fehlerfreie Tatsachenfeststellung**

### **1. Allgemein**

Was zunächst die rechtsfehlerfreie Gewinnung und Feststellung der Tatsachengrundlage<sup>8</sup> anbelangt, so gilt diese Maßgabe selbstverständlich allgemein für jede richterliche Entscheidungstätigkeit. Sie betrifft also nicht spezifisch Abwägungsentscheidungen wie die nach § 543 Abs. 1 BGB. Dieser Aspekt soll hier deshalb nicht vertieft werden. Es soll aber doch nicht unerwähnt bleiben, dass den Instanzgerichten bei der Tatsachenfeststellung durchaus auch im Zusammenhang mit § 543 Abs. 1 BGB immer wieder teilweise gravierende Fehler unterlaufen, die zu einer Aufhebung durch den BGH führen.<sup>9</sup>

### **2. Insbesondere: Verfahrensfehlerhafte Behandlung von Parteivortrag**

Typische Defizite sind die verfahrensfehlerhafte Behandlung von Parteivortrag und darauf gestützter Beweisangebote. So wird Parteivortrag beispielsweise als angeblich nicht schlüssig übergangen, obwohl die Partei in Wahrheit ihrer Darlegungslast genügt hat.<sup>10</sup> Oder es wird angenommen, dass der betreffende Vortrag in der Berufungsinstanz zu spät komme und deshalb unbeachtlich sei, obwohl er nach §§ 529 ff. ZPO sehr wohl zu berücksichtigen war, so insbesondere weil er gar nicht streitig war.<sup>11</sup> In beiden Fällen liegt eine Verletzung des

---

<sup>7</sup> S. dazu bereits Fn. 2.

<sup>8</sup> S. dazu schon vor Fn. 2.

<sup>9</sup> S. auch etwa BGH NZM 2015, 538, zit. nach juris Rn. 44 ff. zur Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB, wo das Berufungsgericht keine hinreichenden tatrichterlichen Feststellungen getroffen hatte zur Frage, wie lange voraussichtlich die Mängelbeseitigung gedauert hätte und ab wann der Mieter sich dementsprechend keine Minderung mehr hätte geltend machen können, wenn er die Mängelbeseitigung nicht treuwidrig verhindert hätte.

<sup>10</sup> Vgl. BGH NZM 2010, 901, zit. nach juris Rn. 12 ff., wo die klagende Vermieterin Vorfälle vorgetragen und unter Beweis gestellt hatte, die auf eine nachhaltige Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Mietvertragsparteien schließen ließen, das OLG München diesen Vortrag jedoch zu Unrecht für nicht hinreichend schlüssig gehalten hatte.

<sup>11</sup> Vgl. BGH WuM 2016, 98, zit. nach juris Rn. 7 ff., wo die während des Berufungsverfahrens ausgesprochene Kündigung und die darauf gestützte Klageänderung unter Verstoß gegen § 533 Nr. 2 i.V.m. § 529 und § 531 ZPO unberücksichtigt geblieben war, obwohl die neuen Zahlungsrückstände als unstrittiges Vorbringen ohne weiteres in der Berufungsinstanz hätten berücksichtigt werden müssen; s. ferner BGH NZM 2015, 302, zit. nach

Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG vor. Oder es wird unter Verkenning der Voraussetzungen des § 288 Abs. 1 ZPO Vortrag als zugestanden gewertet, obwohl er in Wahrheit bestritten wurde.<sup>12</sup>

### **3. Insbesondere: Rechtliche Bewertung ohne hinreichende Tatsachengrundlage**

Ein weiterer typischer – sich u.U. mit dem bisher Gesagten überlappender – Grund fehlerhafter Tatsachenfeststellung besteht schließlich darin, dass das Tatgericht zu einer bestimmten rechtlichen Schlussfolgerung gelangt, ohne dass es die hierfür erforderlichen Tatsachengrundlagen hinreichend feststellt. So wurde etwa in dem vom BGH am 18.2.2015 entschiedenen Fall zum Rauchen in der Mietwohnung vom Berufungsgericht eine nachhaltige Störung des Hausfriedens durch den rauchenden Mieter angenommen, ohne dass eine Auseinandersetzung mit naheliegenden anderen Ursachen - wie Rauchen in anderen Räumen des Gebäudes, Feuchtigkeitsschäden oder Schimmel im Keller oder Baumängel - für die Geruchsbeeinträchtigungen im Treppenhaus erfolgte.<sup>13</sup>

Hierher gehört auch die Konstellation, dass das Tatgericht eine Pflichtverletzung des Mieters bejaht, jedoch dessen Verschulden verneint, ohne Tatsachen festzustellen, aus denen sich das mangelnde Verschulden des Mieters ergibt. Weil aber nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich zu vermuten ist, dass eine vertragliche Pflichtverletzung auch schuldhaft erfolgt, bedarf es entsprechender Feststellungen. Für die Beratungspraxis bedeutet dies, dass ein mangelndes Verschulden des Mieters von diesem dargelegt und gegebenenfalls auch bewiesen werden muss. So hat der BGH etwa 2016 für die Kündigung wegen unpünktlicher Mietzahlung unter Verweis auf die Verschuldensvermutung in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entschieden, dass auch ein Mieter, dessen Miete durch das Jobcenter bezahlt wird, darlegen und gegebenenfalls auch beweisen müsse, dass er die Leistung rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen beantragt und bei etwaigen Zahlungssäumnissen der Behörde bei dieser auf eine pünktliche Zahlung gedrungen, insbesondere auf eine bereits erfolgte Abmahnung des Vermieters und die deshalb drohende Kündigung hingewiesen habe.<sup>14</sup> In

---

juris Rn. 10, 25 f. zum Fall des Rauchens in der Mietwohnung und erst in der Berufungsinstanz vom Mieter vorgetragenen möglichen Alternativursachen für die Geruchsbelästigung im Treppenhaus.

<sup>12</sup> Vgl. BGH NZM 2015, 302, zit. nach juris Rn. 18 ff. zum Fall des Rauchens in der Mietwohnung, wo das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen hatte, dass der Mieter zugestanden habe, dass aus seiner Wohnung in erheblichem Umfang kalter Zigarettenrauch in das Treppenhaus entweiche; s. dazu auch schon Fn. 11.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NZM 2015, 302, zit. nach juris Rn. 25 ff. zum Fall exzessiven Rauchens, wo das Berufungsgericht sich nicht hinreichend mit naheliegenden anderen Ursachen der angeblich durch das exzessive Rauchen entstandenen Geruchsbelästigung befasst hatte; s. dazu auch schon Fn. 11 u. 12.

<sup>14</sup> S. BGH NZM 2016, 635, zit. nach juris Rn. 19, kritisch hinsichtlich der hier an den Mieter gestellten Sorgfaltsanforderungen allerdings zu Recht Blank, NZM 2016, 636, 637, der zutreffend geltend macht, dass es nicht Sache des Bürgers sei, eine Behörde auf die Einhaltung elementarer Pflichten hinzuweisen; zur Bedeutung der Verschuldensvermutung in diesem Kontext auch Beyer, jurisPR-MietR 17/2016 Anm. 1, der überdies auf

casu hatte das Berufungsgericht ohne entsprechende Feststellungen ein fehlendes Verschulden der Mieterin an der unpünktlichen Zahlung bejaht.

### **III. Gebot der Würdigung aller Umstände des Einzelfalls**

Doch nun zu der bereits aus dem Wortlaut des § 543 Abs. 1 BGB ersichtlichen und ebenfalls revisiblen Vorgabe, alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Wie schon angedeutet<sup>15</sup> lässt sich dieses Gebot nicht trennscharf abgrenzen von den Anforderungen an eine rechtlich fehlerfreie Tatsachenfeststellung. Denn hält das Tatgericht beispielsweise bestimmte Umstände zu Unrecht für irrelevant und unterlässt es deshalb eine hinreichende Tatsachenfeststellung dazu, so fehlt es dem Urteil sowohl an einer Berücksichtigung sämtlicher Umstände als auch an einer rechtlich einwandfreien Tatsachenfeststellung.<sup>16</sup>

#### **1. Unterschiedliche Struktur von typisierten und der Einzelabwägung bedürftigen Kündigungsgründen**

Insofern gilt es zunächst allgemein zu bemerken, dass die Generalklausel in § 543 Abs. 1 BGB in dem Erfordernis, eine Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, abweicht von den in Abs. 2 speziell geregelten Konstellationen. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer der in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 BGB genannten Regelbeispiele erfüllt, dann liegt immer ein wichtiger Grund vor und scheidet eine weitere Abwägung aus.<sup>17</sup> Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hat für die Situationen des Abs. 2 schon in generell-abstrakter Weise eine typisierende Abwägung vorgenommen, die grundsätzlich keine weitere Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles mehr erlaubt. Dieselbe Zweiteilung in einerseits abwägungsbedürftige und andererseits keiner weiteren Abwägung mehr zugängliche Kündigungstatbestände findet sich übrigens auch innerhalb von § 569 BGB. Darin ist für die Vermieterkündigung in Abs. 2 die nachhaltige Störung des Hausfriedens eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls angeordnet. Dagegen ist der im Jahre 2013 durch das Mietrechtsänderungsgesetz<sup>18</sup> als Abs. 2a neu eingefügte Tatbestand des Verzugs mit einer Sicherheitsleistung parallel zu den Konstellationen des § 543 Abs. 2 BGB

---

BGH NZM 2016, 550, zit. nach juris Rn. 17 und 22 hinweist, wo der BGH jeweils ebenfalls mit Blick auf § 280 Abs. 1 S. 2 BGB angenommen hatte, es sei Sache des Mieters sich hinsichtlich des Verschuldens zu entlasten.

<sup>15</sup> S. oben unter I.3.

<sup>16</sup> S. nur BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 25: Das Berufungsgericht hatte vor dem Hintergrund seiner unzutreffenden Rechtsauffassung, dass persönliche Härtegründe im Rahmen der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zu berücksichtigen seien, keine konkreten Feststellungen zu der Frage getroffen, inwieweit die Mieterin bei einem Wechsel ihrer Betreuungsperson oder einem Umzug schwerwiegende Gesundheitsschäden zu besorgen hätte, dazu sogleich noch näher unter III.3.

<sup>17</sup> In diesem Sinne auch BGHZ 204, 134, zit. nach juris Rn. 20 m.w.Nachw.; prägnant ferner BGH NZM 2006, 929, zit. nach juris Rn. 10: „Wenn einer der Tatbestände des § 543 Abs. 2 BGB vorliegt, ist eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich“; ebenso die einschlägige Literatur, s. nur Staudinger/*Emmerich*, Stand: 22.1.2017, § 543 Rn. 2.

<sup>18</sup> Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln – Mietrechtsänderungsgesetz, BGBI I 2013, 434.

so typisiert, dass er keine Einzelfallabwägung erlaubt.<sup>19</sup> Diese konzeptionelle Zweiteilung in einerseits bereits typisierend abgewogene und andererseits der Einzelabwägung bedürftige Tatbestände ist durchaus nicht selbstverständlich. Sie führt vielmehr zu einer Heterogenität der Rechtslage und damit einem gewissen Spannungsverhältnis. So ist etwa auch bei Verwirklichung der Voraussetzungen einer der Tatbestandsvarianten in § 543 Abs. 2 BGB denkbar, dass die Vertragsverletzung des Kündigungsgegners aufgrund besonderer Umstände in so mildem Licht erscheint, dass eine Fortsetzung des Mietvertrages für die kündigende Partei ausnahmsweise zumutbar erscheint. *De lege lata* ist die gesetzgeberische Entscheidung für die Zweiteilung gleichwohl grundsätzlich hinzunehmen<sup>20</sup>, zumal die Einzelregelungen in § 543 Abs. 2 BGB und § 569 Abs. 2a BGB immerhin für Rechtssicherheit bei der Anwendung dieser Bestimmung sorgen.

Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass die enge Nachbarschaft der beiden Absätze in § 543 BGB das Tatgericht mitunter dazu verleitet, unter Missachtung des Gebotes einer Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles auch bei der Anwendung von § 543 Abs. 1 BGB anzunehmen, dass ein bestimmtes vertragswidriges Verhalten immer eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Manche Entscheidungen lesen sich jedenfalls so. So heißt es etwa in einem Urteil des AG Wedding vom 10.2.2015 ganz apodiktisch: „Bei einer unberechtigten Entnahme von Strom des Vermieters durch den Mieter ist der Vermieter zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt.“<sup>21</sup> In dieser Allgemeinheit ist diese Einschätzung aber unzutreffend. So kann man sich etwa Konstellationen denken, in denen der Vermieter dem Mieter die Stromzufuhr vertragswidrig abschneidet und der Mieter sich kurzfristig nicht anders zu helfen weiß als durch Stromentnahme an anderer Stelle im Gebäude. Es mag dann das vertragswidrige Verhalten des Vermieters das Vorliegen eines wichtigen Grundes durchaus ausschließen. Erst nach Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles darf also das Tatgericht abschließend beurteilen, ob die widerrechtliche Stromentnahme eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt.

## **2. Insbesondere: Berücksichtigung des Verhaltens des Vermieters bzw. von Mitmietern**

Das Gebot einer Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles kommt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere in der Vorgabe zum Tragen, bei der Würdigung der Vertragsverletzung des Mieters zugleich in Rechnung zu stellen, inwieweit

---

<sup>19</sup> S. dazu Wiek, WuM 2013, 195, 197; ebenso Blank/Börstinghaus/Blank, 5. Aufl. 2017, § 569 Rn. 37.

<sup>20</sup> Ausnahmen können sich aber in Extremfällen aus der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ergeben, s. dazu unten unter III.3.

<sup>21</sup> Vgl. AG Wedding, Urt. v. 10.02.2015 – 11 C 103/14 = GE 2015, 390, zit. nach juris Rn. 17 unter Verweis auf LG Köln, Urt. v. 17.03.1994 - 1 S 251/93 = NJW-RR 1994, 909 und AG Neukölln, Urt. v. 02.03.1995 - 15 C 396/94 = GE 1995, 501.

der Vermieter selbst oder Mitmieter durch ihr Verhalten mitursächlich waren. Namentlich bei Geltendmachung einer nachhaltigen Störung des Hausfriedens nach § 569 Abs. 2 BGB spielt der Gesichtspunkt des eigenen Verhaltens des Kündigenden eine Rolle wie auch bei sog. Zerrüttungskündigungen, bei denen sich der Vermieter darauf stützt, das Vertrauensverhältnis zwischen den Mietvertragsparteien sei irreparabel erschüttert. Typische Situationen sind die schon erwähnten<sup>22</sup> Tätlichkeiten, aber auch Beleidigungen, Diffamierungen und Verleumdungen, die jeweils eine allmählich oder sprunghaft eskalierende Vorgeschichte wechselseitiger Verhaltensverstöße aufweisen.<sup>23</sup> Hier ist die Abwägung nach § 543 Abs. 1 BGB rechtsfehlerhaft, wenn einseitig auf das Fehlverhalten des Kündigungsgegners abgestellt wird. Es sei an das Beispiel der provozierten Ohrfeige erinnert.<sup>24</sup> Erwähnt sei ferner der 2014 vom BGH<sup>25</sup> entschiedenen Fall, wo eine Vermieterin ebenfalls eine Tätlichkeit und zwar ihr Hinaustragen aus dem Haus durch den Mieter provoziert hatte, indem sie sich unter Verletzung ihrer mietvertraglichen Pflichten sowie des Hausrechts des Mieters weigerte, das gemietete Haus zu verlassen. Dort durfte sie sich zuvor nur insoweit aufhalten, als notwendig war, um die in einigen, aber eben nicht allen Zimmern angebrachten neuen Rauchmelder zu besichtigen. Abweichend von der Regel, dass Tätlichkeiten des Mieters einen wichtigen Grund zur Kündigung liefern<sup>26</sup>, hat der BGH hier einen wichtigen Grund für die Kündigung verneint und zwar selbst unter der Prämisse, dass der Mieter die Grenzen erlaubter Notwehr geringfügig überschritten haben sollte.

Schließlich möchte ich als Beispiel für das Gebot, auch das Verhalten des Vermieters mitzubersichtigen, noch einen Fall anführen, der eine andere Konstellation<sup>27</sup> betrifft und zwar die Kündigung eines Gewerbemietvertrages wegen Nichtzahlung der Kautions. Anders als für Wohnraum, wo neuerdings der spezielle § 569 Abs. 2a BGB Orientierung gibt<sup>28</sup>, richten sich die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung bei der Geschäftsraummiete hier nach § 543 Abs. 1 BGB, so dass eine Abwägung der Umstände des Einzelfalles geboten ist. In einem Fall, in welchem zwar die Mieterin die vereinbarte Kautions nicht gezahlt hatte, jedoch die Vermieterin sich selbst nicht vertragstreu verhalten hatte, sie nämlich die vertraglich geschuldete Herstellung der Mietobjekte verweigert hatte, billigte der

---

<sup>22</sup> S. unter I.2.

<sup>23</sup> W. Nachw. bei Staudinger/*Emmerich*, Stand: 5.8.2015, § 569 Rn. 30 ff.; Blank/Börstinghaus/*Blank*, 5. Aufl. 2017, § 543 Rn. 9 f.

<sup>24</sup> S. vor und mit Fn. 6.

<sup>25</sup> BGH NZM 2014, 635, zit. nach juris Rn. 14 ff., 23, dazu ebenfalls bereits Fn. 6.

<sup>26</sup> Dazu bereits oben unter I.2.

<sup>27</sup> Eine weitere Konstellation liefert etwa BGH WM 1986, 172, zit. nach juris, wo der Verpächter durch eine unberechtigte Kündigung eine unredliche Einflussnahme des Pächters auf einen Zeugen provoziert hatte.

<sup>28</sup> Dazu bereits vor und mit Fn. 19, näher Wiek, WuM 2013, 195 ff.

BGH die Einschätzung des Berufungsgerichts, dass die Abwägung nach § 543 Abs. 1 BGB zugunsten der Mieterin ausgeht.<sup>29</sup>

### **3. Insbesondere: Berücksichtigung persönlicher Härtegründe**

#### **a. BGH: Persönliche Härtegründe in die Abwägung einzustellen**

Gewisse Aufmerksamkeit hinsichtlich der Frage, welche Umstände in die Abwägung nach § 543 Abs. 1 BGB einzustellen sind, hat außerdem ein Urteil vom November 2016 erfahren.<sup>30</sup> Darin hat der VIII. Zivilsenat klargestellt, dass gegebenenfalls auch etwaige persönliche Härtegründe auf Seiten des Mieters in die Abwägung nach § 543 Abs. 1 BGB einzustellen sind. Konkret ging es um eine 97-jährige, bettlägerige und schon viele Jahrzehnte in der Mietwohnung lebende Mieterin. Mit im Haus und zwar ebenfalls in einer von der alten Dame angemieteten Wohnung lebte ihr Betreuer, der sie zugleich ganztägig pflegte. Dieser Betreuer hatte die Vermieterin wiederholt unflätigst beleidigt. – Der BGH selbst spricht von „fast ‚zwanghaft‘ anmutenden Beleidigungen gröbster Natur“.<sup>31</sup> Dabei waren der Vermieterin ihrerseits weder Provokationen noch auch nur ein unsachlicher Ton vorzuwerfen.<sup>32</sup> Das LG München hielt einen wichtigen Grund nach § 543 Abs. 1 BGB für gegeben.<sup>33</sup> Die zu Gunsten der Mieterin vorgetragenen persönlichen Härtegründe, nämlich, dass der alten Dame aufgrund ihrer körperlichen und geistigen Verfassung ein Umzug nicht zumutbar sei<sup>34</sup>, ließ das LG München explizit unberücksichtigt, weil diese nur im Rahmen eines bei fristloser Kündigung gerade nicht eröffneten Widerspruchs nach §§ 574, 574a BGB Berücksichtigung finden dürften, der Mieter aber seinen Schutz über einen Vollstreckungsschutzantrag verwirklichen könne.<sup>35</sup> Im Gegensatz dazu hat sich der BGH für eine Berücksichtigung persönlicher Härtegründe im Rahmen der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB ausgesprochen und das Berufungsurteil aufgehoben.<sup>36</sup> Der BGH begründet das Gebot einer Berücksichtigung solcher

---

<sup>29</sup> S. BGH NZM 2007, 401, zit. nach juris Rn.26 f.; zugleich sprach der BGH allerdings den Grundsatz aus, vgl. Rn. 25, dass ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters an der Kautions nach § 273 BGB in der Regel mit deren Sicherungszweck nicht zu vereinbaren sei. Die Entscheidung macht im Übrigen das oben unter 1. beschriebene Spannungsverhältnis zwischen abwägungsbedürftiger Generalklausel einerseits und keiner Abwägung der Umstände des Einzelfalls zugänglichen typisierten Spezialregelungen deutlich. Denn im Falle der Wohnungsmiete würde § 569 Abs. 2a BGB eine Berücksichtigung eines vertragswidrigen Verhaltens ermöglichen, sofern dieses nicht den Verzug ausschließt. Mithin ist der Wohnraummietler bei der Kündigung wegen Nichtzahlung der Kautions unter Umständen schlechter gestellt als der Gewerberaummieter; ein wichtiger Grund aufgrund Nichtzahlung der Kautions wird für die Geschäftsraummiete und in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht bejaht etwa in BGH NZM 2007, 400.

<sup>30</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 19; dazu Pielsticker, NZM 2017, 64 ff.; Beyer, jurisPR-MietR 4/2017 Anm. 4; Beuermann, GE 2017, 22.

<sup>31</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 25.

<sup>32</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 9.

<sup>33</sup> S. LG München, ZMR 2016, 449, zit. nach juris Rn. 38 ff.

<sup>34</sup> S. LG München, ZMR 2016, 449, zit. nach juris Rn. 30.

<sup>35</sup> S. LG München, ZMR 2016, 449, zit. nach juris Rn. 56 f., 62.

<sup>36</sup> In diesem Sinne bereits BGH NZM 2005, 300 sowie BGH, Beschl. v. 24.11.2009 – VIII ZR 174/09, zit. nach juris.

Härtegründe zum einen mit dem Wortlaut von § 543 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach ausdrücklich eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls gefordert sei. Dies sei eine eindeutige gesetzliche Regelung.<sup>37</sup> Zum anderen greift der BGH auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zurück.<sup>38</sup> Bei drohenden schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Lebensgefahr seien die Gerichte nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich gehalten, ihre Entscheidung auf eine tragfähige Grundlage zu stellen und diesen Gefahren bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen hinreichend Rechnung zu tragen. Bei der Gesamtabwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB könne dies im Einzelfall dazu führen, dass ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung wegen besonders schwerwiegender persönlicher Härtegründe auf Seiten des Mieters trotz seiner erheblichen Pflichtverletzung nicht vorliege.

#### **b. Berücksichtigung schon einfachgesetzlich gefordert**

Die Frage der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte sei hier noch einen Moment zurückgestellt, weil sie in erster Linie eine Frage der rechtlich zutreffenden Wertung ist. Selbst wenn man diesen verfassungsrechtlichen Aspekt außen vor lässt, meine ich entgegen kritischen Stimmen<sup>39</sup>, dass der BGH richtig liegt, wenn er § 543 Abs. 1 S. 2 BGB beim Wort nimmt und deshalb davon ausgeht, dass das dort ausgesprochene Gebot, *alle* Umstände des Einzelfalls tatsächlich so gemeint ist und deshalb persönliche Härtegründe einschließt. Für eine solche Auslegung sprechen der Wortlaut, aber auch die Systematik des Gesetzes sowie teleologische Erwägungen. Denn dass der Mieter allein bei der für ihn weniger einschneidenden ordentlichen Kündigung berechtigt ist, Härtegründe vorzubringen, diese aber bei der besonders belastenden außerordentlichen fristlosen Kündigung völlig außen vor bleiben sollen, ist grundsätzlich sachlich nicht einleuchtend. Etwas anderes kann nur insoweit gelten, als der Gesetzgeber die Voraussetzungen des wichtigen Grundes so streng gefasst und so präzise typisiert hat, dass selbst persönliche Härtegründe stets von vornherein ungeeignet sind, eine dermaßen gravierende Vertragsverletzung als noch ausnahmsweise hinnehmbar erscheinen zu lassen. Davon kann aber jedenfalls bei der ganz allgemein gefassten Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB nicht ausgegangen werden.<sup>40</sup> Denn nach deren Konzeption ergibt sich die Bewertung, ob eine hinreichend gravierende Vertragsverletzung durch den Mieter vorliegt, eben nicht aus präzise konturierten und typisierten Tatbestandsmerkmalen, sondern erst aus der Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls.

---

<sup>37</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 20.

<sup>38</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 22 ff.

<sup>39</sup> S. vor allem Pielsticker, NZM 2017, 64 ff.

<sup>40</sup> Vgl. auch noch unten IV.1.a.

Dabei lässt sich Abweichendes auch nicht § 574 Abs. 1 S. 2 BGB und den Gesetzgebungsmaterialien zur Vorgängernorm entnehmen, wonach ein Widerspruch ausscheidet, wenn ein Grund vorliegt, der den Vermieter zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt.<sup>41</sup> Eine Aussage für die Abwägung nach § 543 Abs. 1 BGB ist damit gerade nicht getroffen.<sup>42</sup>

Schließlich ist es meines Erachtens auch nicht zutreffend, dass durch eine Berücksichtigung von Härtegründen bei der Abwägung der mit § 543 Abs. 1 BGB verfolgte Zweck, dem Vermieter mit der außerordentlichen fristlosen Kündigung ein effektives Werkzeug zur Lösung vom Vertrag an die Hand zu geben, konterkariert werde.<sup>43</sup> Diese Argumentation ist vielmehr zirkulär. Denn mit Rücksicht auf die Mieterinteressen gibt das Gesetz dem Vermieter eben nur in den Grenzen des § 543 Abs. 1 BGB ein Werkzeug zur fristlosen Lösung vom Mietvertrag an die Hand. Und danach ist die Berechtigung zur außerordentlichen Kündigung eben nun einmal von einer zu Gunsten des Vermieters ausgehenden Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls abhängig.

#### **IV. Gebot der rechtlich zutreffenden Würdigung**

Ich möchte nun zur der vielschichtigsten und dementsprechend wohl schwierigsten Vorgabe für die Abwägung nach § 543 Abs. 1 BGB kommen: Die Abwägung muss nicht nur alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigen, sondern es müssen diese Umstände auch rechtlich

---

<sup>41</sup> A.A. Pielsticker, NZM 2017, 64, 65, der jedoch den Inhalt der Gesetzgebungsmaterialien entgegen dem vorstehenden Zitat verkürzend dahin wiedergibt, dass das Widerspruchsrecht bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung dem Mieter deswegen nicht zustehen solle, weil er nicht schutzbedürftig sei in einem solchen Fall. Verfehlt ist es meines Erachtens außerdem, wenn Pielsticker, NZM 2017, 64, 65, kritisch anmerkt, es hätte untersucht werden müssen, wie die Abwägungspraxis der Rechtsprechung bis zur Schaffung des § 543 Abs. 1 BGB ausgesehen hat. Denn der BGH zitiert ja doch, s. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 24, die seine Auffassung voll bestätigende frühere Entscheidung BGH NZM 2005, 300, zit. nach juris Rn. 9 f., 13 f., in der ausdrücklich offengelassen wird, ob altes oder neues Mietrecht anwendbar ist, wonach also auch unter der Hypothese der Geltung des alten Rechts eine Berücksichtigung persönlicher Härtegründe bei der Abwägung befürwortet wird.

<sup>42</sup> S. zu § 565a BGB a.F. die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 3/1234, S. 74, wo es zum Ausschluss des Widerspruches bei fristloser Kündigung heißt: „Die Gründe für eine fristlose Kündigung sind gesetzlich bestimmt; liegen sie vor, so ist für den besonderen Schutz des Mieters, den Abs. 1 gewährt, kein Raum.“ Diese Überlegung erweist sich auch für die aktuelle Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB noch als zutreffend und schlüssig. Tatsächlich ist es gerade dann, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung bejaht wird, nachdem persönliche Härtegründe bei der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB Berücksichtigung gefunden haben, zweckmäßig, dem Widerspruch keinen Raum zu geben. Denn bei jeweils korrekter Abwägung könnte er doch nur zum selben Ergebnis führen, nämlich, dass die Vertragsverletzung so schwer wiegt, dass auch persönliche Härtegründe keine Fortsetzung des Mietverhältnisses rechtfertigen. Eine Prüfung von Härtegründen in § 574 Abs. 1 S. 2 BGB auszuschließen, hat aber entgegen Pielsticker, NZM 2017, 64, 65, auch dann, wenn man der Auffassung des BGH zur Berücksichtigung von Härtegründen im Rahmen von § 543 Abs. 1 S. 2 BGB folgt, nicht allein deklaratorische Bedeutung, sondern hindert den Kündigungsgegner daran, eine doppelte Berücksichtigung dieser Härten zu verlangen, nämlich einmal im Rahmen der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB und ein zweites Mal im Rahmen eines Widerspruchs nach § 574 BGB; dem BGH zustimmend auch Beyer, jurisPR-MietR 4/2017 Anm. 4, S. 3 f.

<sup>43</sup> So aber Pielsticker, NZM 2017, 64, 65.

zutreffend gewürdigt werden. Ich möchte mich hier auf wenige Aspekte beschränken, die Anlass zu Kontroversen geben und bis in die jüngste Vergangenheit hinein den BGH beschäftigt haben.

## **1. Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen**

### **a. Ausstrahlungswirkung nur im Rahmen der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB?**

Zunächst möchte ich hier noch einmal kurz zurückkommen auf das Urteil des BGH zu persönlichen Härtegründen. Der BGH hat hier – wie erwähnt – gefordert, dass bei der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte Berücksichtigung findet.<sup>44</sup> Im Streitfall ging es um das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>45</sup> Die Argumentation des BGH, dass dieses Grundrecht nicht erst im Rahmen des Vollstreckungsrechts, sondern bereits auf der Ebene des materiellen Rechts im Rahmen der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB zu berücksichtigen ist, erscheint mir grundsätzlich konsequent. Dass die Grundrechte im Wege einer mittelbaren Drittwirkung über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln in das materielle Zivilrecht ausstrahlen, entspricht auch ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>46</sup>

Allerdings wird angesichts der Problematik der grundrechtlichen Ausstrahlungswirkung in besonderer Schärfe die Heterogenität der gesetzlichen Konzeption der außerordentlichen Kündigung deutlich: Denn die speziell geregelten Einzelatbestände nach § 543 Abs. 2 BGB sowie § 569 Abs. 1 und Abs. 2a BGB erlauben ja nach der einfachgesetzlichen Konzeption gerade keine Abwägung und sind damit auch einer grundrechtlichen Ausstrahlungswirkung an sich nicht zugänglich. Dies erscheint durchaus nicht unproblematisch, da etwa auch bei einer außerordentlichen Kündigung wegen sorgfaltswidriger erheblicher Gefährdung der Mietsache oder wegen Zahlungsverzugs Gesundheitsgefahren oder ein Suizid des Mieters drohen mögen.<sup>47</sup> Gebietet es das Verfassungsrecht, die Grundrechtspositionen des Mieters bei den Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung mit in die Waagschale zu werfen, so muss das konsequenterweise auch hier gelten.<sup>48</sup> Dass der Gesetzgeber dem bereits bei der Ausgestaltung dieser vertypen Spezialatbestände in hinreichendem Maße nachgekommen ist, erscheint mir zumindest zweifelhaft. Vergleicht man etwa die massiven Beleidigungen,

---

<sup>44</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 21.

<sup>45</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 22.

<sup>46</sup> GrdIgd. BVerfGE 7, 198, (Lüth), zit. nach juris Rn. 24 ff.; vgl. zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten in jüngerer Zeit die „Bierdosen-Flashmob“-Entscheidungen BVerfG, NJW 2015, 2485 und BVerfGE 139, 378.

<sup>47</sup> Berechtigt insofern die Kritik von Beuermann, GE 2017, 22.

<sup>48</sup> Vgl. aber BGHZ 204, 134, zit. nach juris Rn. 21, wonach bei der Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB eine Berücksichtigung von persönlichen Umständen grundsätzlich nicht stattfindet; ebenso BGH WM 1987, 932, zit. nach juris Rn. 25.

denen der Vermieter in dem vom BGH entschiedenen Münchener Fall ausgesetzt war<sup>49</sup> mit den nach § 543 Abs. 2 BGB für eine Kündigung ausreichenden vertypen Vertragsverletzungen, so erscheinen diese nicht notwendig gravierender. Konsequenterweise müsste man zumindest in Extremfällen auch dann, wenn beispielsweise bei einem Zahlungsverzug des Mieters durch das Räumungsurteil Suizid droht, zur Erzielung eines verfassungskonformen Ergebnisses die Ausstrahlungswirkung seiner Grundrechte über § 242 BGB berücksichtigen und die außerordentliche Kündigung ausnahmsweise für unzulässig erachten.

### **b. Berücksichtigung auch der Grundrechte des Vermieters**

Man mag nun allerdings befürchten, dass eine solche Ausstrahlungswirkung der Grundrechte des Mieters zu weit reicht und das Recht des Vermieters zur außerordentlichen Kündigung ungebührlich beschneidet.<sup>50</sup> Solchen Befürchtungen kann meines Erachtens mit folgenden Überlegungen entgegengetreten werden. Auch wenn der BGH anders als das Landgericht München die Grundrechte des Mieters auf Leben und körperliche Unversehrtheit bereits bei der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB berücksichtigt, so darf doch umgekehrt nicht vergessen werden, dass selbstverständlich auch das Eigentum des Vermieters nach Art. 14 Abs. 1 GG Verfassungsrang genießt und nach der – vom Bundesverfassungsgericht gebilligten<sup>51</sup> – Wertung des § 573 BGB grundsätzlich dann Vorrang genießt gegenüber der – verfassungsrechtlich ebenfalls nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützten<sup>52</sup> – Rechtsposition des Mieters, wenn der Vermieter ein berechtigtes Interesse an einer Beendigung des Mietvertrages hat.<sup>53</sup> Ebenso kommt dem Persönlichkeitsrecht des Vermieters, das durch schwere Beleidigungen beeinträchtigt wird, nach Art. 2 Abs. 1 GG Verfassungsrang zu. So richtig es also ist, persönliche Härten auf Mieterseite mit in die Abwägung einzubeziehen, so wenig steht damit fest, wann sie sich im Ergebnis durchsetzen gegen die durch einen Fortbestand des Mietverhältnisses drohende Beeinträchtigung der Grundrechte des

<sup>49</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 9.

<sup>50</sup> In diese Richtung mit einem Handlungsauftrag an den Gesetzgeber appellierend Zscheschack, NZM 2017, 15, 16.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 68, 361, zit. nach juris Rn. 24 ff.; BVerfGE 79, 292, zit. nach juris Rn. 27 ff.; zur bedenklich großzügigen Bejahung dieses berechtigten Interesses bei der Eigenbedarfskündigung im Fall eines Zweitwohnungswunsches des Vermieters BVerfG NZM 2014, 624, zit. nach juris Rn. 27 ff.

<sup>52</sup> Dazu, dass auch das vom Vermieter abgeleitete Besitzrecht des Mieters seinerseits verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz genießt, BVerfGE 89, 1, 5 ff.; BVerfG NZM 2004, 186, zit. nach juris Rn. 9; ferner jüngst BGH NZM 2017, 559, zit. nach juris Rn. 37 m.w.Nachw. im Kontext der ordentlichen Vermieterkündigung. Bei erheblichen Vertragsverletzungen des Mieters wird sein Besitzrecht aber kaum jemals Vorrang vor dem gegenläufigen Eigentumsrecht des Vermieters beanspruchen können, vgl. auch BVerfGE 79, 292, zit. nach juris Rn. 26, wonach der *vertragstreue* Mieter Schutz dagegen genießt, dass er seine Wohnung verliert, ohne dass dies durch ein berechtigtes Interesse des Vermieters begründet wäre (Hervorhebung hinzugefügt). Offenbar genießt also nach Auffassung des BVerfG der vertragsbrüchige Mieter keinen so weitreichenden Schutz.

<sup>53</sup> S. dazu nur BGH NZM 2017, 559, zit. nach juris Rn. 37 m.w.Nachw. im Kontext der ordentlichen Vermieterkündigung.

Vermieters. Und in diesem Kontext ist der Verweis des Landgerichts München auf den Vollstreckungsschutz<sup>54</sup> meines Erachtens durchaus berechtigt. Denn bei so massiven mieterseitigen Vertragsverletzungen wie in dem Münchener Fall gebieten Eigentums- und Persönlichkeitsrecht des Vermieters regelmäßig jedenfalls dann eine materiellrechtliche Beendigung des Mietverhältnisses, wenn die dem Mieter drohende Gesundheits- oder Suizidgefahr noch auf der Vollstreckungsebene abgewendet werden kann. Es wäre dann nämlich ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte des Vermieters, ihm schon materiellrechtlich die an sich berechnigte Kündigung zu versagen und den Mietvertrag fortbestehen zu lassen. Ein solcher Eingriff wäre nicht erforderlich. Denn im Verhältnis zur materiellrechtlichen Fortdauer des Mietverhältnisses ist der Vollstreckungsschutz das mildere Mittel, weil er zeitlich befristet ist und dem Mieter den Besitz nicht auf unbestimmte Zeit belässt. Meiner Meinung nach ist also zwar die Aussage des BGH nicht falsch, dass wegen besonders schwerwiegender persönlicher Härtegründe auf Seiten des Mieters trotz seiner erheblichen Pflichtverletzung ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung möglicherweise zu verneinen ist.<sup>55</sup> Dies gilt aber mit Blick auf die gegenläufigen Grundrechte des Vermieters nur in Extremfällen. So darf im Falle einer dem Mieter drohenden Gesundheits- oder Suizidgefahr die Abwägung meines Erachtens nur dann ausnahmsweise zu Lasten des Vermieters ausgehen, wenn das Vollstreckungsrecht nicht ausreicht, den Mieter zu schützen. Offenbar lag so ein im Jahre 2004 vom BGH entschiedener Fall.<sup>56</sup> Nach den tatrichterlichen Feststellungen drohte der Mieterin damals schon bei Erlass eines Räumungsurteils und nicht erst bei dessen Vollstreckung die ernsthafte Gefahr eines Suizids.<sup>57</sup> Hier blieb dann tatsächlich nichts anderes übrig, als die Grundrechte des Vermieters ausnahmsweise zurücktreten zu lassen und einen wichtigen Grund zu verneinen.

### **c. Beispiele für weitere möglicherweise betroffene Grundrechte des Mieters**

Schließlich sei noch – allerdings nur in cursorischer Weise – darauf hingewiesen, dass auch weitere Grundrechte des Mieters im Kontext der außerordentlichen Kündigung ihre Ausstrahlungswirkung entfalten können.<sup>58</sup>

Für den Mieter streiten kann im Rahmen der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB auch seine allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. So berechnigt beispielsweise eine Strafanzeige des Mieters gegen den Vermieter nach der Rechtsprechung des

<sup>54</sup> S. LG München, ZMR 2016, 449, zit. nach juris Rn. 62.

<sup>55</sup> S. BGH NZM 2017, 26, zit. nach juris Rn. 24.

<sup>56</sup> Vgl. BGH NZM 2005, 300.

<sup>57</sup> BGH NZM 2005, 300, zit. nach juris Rn. 14.

<sup>58</sup> S. dazu, dass auch das vom Vermieter abgeleitete Besitzrecht des Mieters seinerseits verfassungsrechtlich Eigentumsschutz genießt, BVerfGE 89, 1, 5 ff.; BVerfG NZM 2004, 186, zit. nach juris Rn. 9; ferner jüngst BGH NZM 2017, 559, zit. nach juris Rn. 37 m.w.Nachw. im Kontext der ordentlichen Vermieterkündigung.

Bundesverfassungsgerichts mit Rücksicht auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip nicht ohne weiteres zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund.<sup>59</sup> Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Strafanzeige als leichtfertig und unangemessen erscheint, so insbesondere deshalb, weil es für den Vorsatz als Voraussetzung der behaupteten Straftat keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte gibt.<sup>60</sup> Erst recht gilt dies, wenn der Mieter bei seiner Straftat wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben macht.<sup>61</sup>

Schließlich steht dem Mieter dann, wenn er beispielsweise auf Wohnungsleerstand oder bestimmte Vermieterpraktiken aufmerksam macht, die Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG zur Seite. Auch hier kommt es aber auf die Umstände des Einzelfalles an: So hat es etwa der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin gebilligt, dass das LG Berlin unter Verweis auf das Grundrecht zu freier Meinungsäußerung einen wichtigen Grund zur Kündigung verneint hatte in einem Fall, in dem Mieter während der Besichtigung des Gebäudes durch Kaufinteressenten, Handzettel aus dem Fenster geworfen hatten, auf denen über den schwelenden Konflikt zwischen den bisherigen Mietvertragsparteien informiert wurde.<sup>62</sup> Umgekehrt wurde etwa vom AG Wiesbaden ein wichtiger Grund in einem Fall bejaht, in dem der Mieter ein Fernsehteam eines Privatsenders zur Berichterstattung über einen Streit um eine Nebenkostenabrechnung aufgefordert hatte, um die Vermieterseite an den Pranger zu stellen.<sup>63</sup>

## **2. Bedeutung des (fehlenden) Verschuldens der Vertragsverletzung**

### **a. Allgemein**

Ich möchte nun noch ein paar Worte zur gebotenen Bewertung des Verschuldens oder fehlenden Verschuldens des Mieters im Rahmen von § 543 Abs. 1 S. 2 BGB sagen: Die Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB wurde ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien gerade auch deshalb geschaffen, um für eine klare gesetzliche Grundlage in Fällen zu sorgen,

---

<sup>59</sup> S. BVerfG NZM 2002, 61, zit. nach juris Rn. 5; in diesem Sinne auch LG Frankfurt (Oder) WuM 2013, 355, zit. nach juris Rn. 14 ff. zu einer Anzeige wegen Hausfriedensbruches; ferner OLG München, Urt. v. 17.3.2009 - 5 U 2321/08, zit. nach juris Rn. 69 ff. zu einer Strafanzeige wegen des Verdachts des Betrugs und der Konkursverschleppung; vgl. auch etwa AG München ZMR 2015, 941, zit. nach juris Rn. 36 f., wonach die bloße Rechtsverfolgung auf gerichtlichem Wege einschließlich der Einreichung von Rechtsmitteln für eine Zerrüttung des Mietverhältnisses hinreichend ist.

<sup>60</sup> S. BVerfG NZM 2002, 61, zit. nach juris Rn. 6; in diesem Sinne auch LG Düsseldorf ZMR 2015, 552, zit. nach juris Rn. 7 ff., wo für den Mieter nach den Umständen klar sein musste, dass die geltend gemachten Tatsachen keinen strafrechtlichen Vorwurf rechtfertigten.

<sup>61</sup> Auch dazu BVerfG NZM 2002, 61, zit. nach juris Rn. 5.

<sup>62</sup> S. Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin NJW 2008, 2244, zit. nach juris Rn. 15 ff.

<sup>63</sup> Vgl. AG Wiesbaden MM 2014, 30, zit. nach juris Rn. 23 f.; fragwürdig hingegen LG München WuM 1983, 263, zit. nach juris Rn. 4 ff., wo im Aushängen eines Transparentes mit der wahrheitsgemäßen Aufschrift: „In diesem Haus stehen 4 Wohnungen leer, ca. 500 qm.“ ein wichtiger Grund gesehen wird, kritisch bereits Blank/Börstinghaus/Blank, 5. Aufl. 2017, § 543 Rn. 40.

in denen Vertragsverletzungen nicht schuldhaft erfolgen.<sup>64</sup> Folglich steht außer Zweifel, dass fehlendes Verschulden des Mieters eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB nicht ausschließt<sup>65</sup>, was übrigens auch schon für das alte Recht galt<sup>66</sup>. Das bedeutet aber selbstverständlich umgekehrt nicht, dass Verschulden oder fehlendes Verschulden irrelevant wären. Vielmehr ist ein Verschulden ebenso wie ein fehlendes Verschulden als besonders maßgeblicher Umstand in die Abwägung einzustellen, was sowohl in § 543 Abs. 1 BGB als auch in § 569 Abs. 2 BGB explizit hervorgehoben wird.<sup>67</sup> Als Faustformel für die Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB wird man sagen können, dass die Anforderungen an das objektive Gewicht der Vertragsverletzung grundsätzlich umso strenger sind, je schwächer der subjektive Vorwurf ist, der gegenüber dem Mieter erhoben werden kann.<sup>68</sup>

### **b. Insbesondere: Rechtsirrtum**

Eine Situation, in der die Vertragsverletzung des Mieters subjektiv zumindest in einem milderen Licht erscheint, sei hier erörtert, weil sie die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt: Gemeint ist diejenige des Rechtsirrtums. Und konkreter formuliert: Darf der Vermieter dem Mieter auch dann nach § 543 Abs. 1 BGB außerordentlich kündigen, wenn der Mieter seine Vertragspflichten nur deshalb verletzt hat, weil er sich im Rechtsirrtum<sup>69</sup> über seine Vertragspflichten oder über deren konkrete Reichweite befand?

#### **aa. BGH: Rechtsirrtum grundsätzlich Risiko des Schuldners**

Schon allgemein weist der BGH das Risiko einer Verkennung der Rechtslage grundsätzlich dem Schuldner zu. Dementsprechend stellt er in ständiger Rechtsprechung strenge Anforderungen an einen unverschuldeten Rechtsirrtum.<sup>70</sup> Dies gilt auch im Kontext der mietrechtlichen Kündigung. Danach fordert der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Schuldner das Risiko eines Rechtsirrtums grundsätzlich selbst trägt und ein unverschuldeter Rechtsirrtum nur ausnahmsweise in Betracht kommt.<sup>71</sup> Dieses Risiko darf der Schuldner nicht dem Gläubiger zuschieben.<sup>72</sup> In Übereinstimmung mit diesem strengen Maßstab bejaht der

---

<sup>64</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 44.

<sup>65</sup> In diesem Sinne BGH NZM 2016, 635, zit. nach juris Rn. 17 für unpünktliche Mietzahlungen durch das Jobcenter.

<sup>66</sup> Vgl. BGH NZM 2005, 300, zit. nach juris Rn. 10 m.w.Nachw.

<sup>67</sup> Zutreffend BGH NZM 2016, 635, zit. nach juris Rn. 17, wonach dem Verschulden bei der Gesamtabwägung regelmäßig ein erhebliches Gewicht zukommen wird.

<sup>68</sup> Ähnl. Blank, NZM 2016, 636 f.: Je geringer das Verschulden, desto höher die Anforderungen an die Unzumutbarkeit.

<sup>69</sup> Mit Rechtsirrtum soll hier übergreifend nicht nur der Irrtum über den Inhalt rechtlicher Bestimmungen umschrieben sein, sondern auch eine Verkennung der Rechtslage, die auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage beruht; für eine Gleichbehandlung beider Konstellationen im Kontext des mietrechtlichen Vertretenmüssens überzeugend Harke, NZM 2016, 449, 452 f.

<sup>70</sup> Grdlgd. BGH NJW 1951, 398; vgl. ferner BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 26 m.w.Nachw.

<sup>71</sup> S. BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 25.

<sup>72</sup> S. BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 27.

BGH einen zur fristlosen Kündigung berechtigenden Zahlungsverzug nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB schon dann, wenn der Mieter bei Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des von ihm irrtümlich geltend gemachten Minderungsrechts nicht bestehen.<sup>73</sup> Konkret bedeutet dies: Hat der Mieter zu Unrecht angenommen, dass er wegen Sachmängeln zur Minderung nach § 536 BGB berechtigt ist<sup>74</sup> oder hat er den Minderungsbetrag zu hoch angesetzt, so riskiert er die Kündigung. Dasselbe gilt, wenn der Mieter wegen Sachmängeln oder anderer tatsächlicher oder vermeintlicher Vertragsverletzungen des Vermieters irrtümlich von einem Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB oder § 273 BGB ausgeht oder die Reichweite eines solchen Zurückbehaltungsrechts falsch einschätzt und deshalb zu wenig Miete bezahlt.<sup>75</sup> Auch dann riskiert er die ordentliche und die außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs.

#### **bb. Insbesondere: Kündigung wegen unberechtigter Duldungsverweigerung**

Ist also ein Rechtsirrtum regelmäßig verschuldet, so liegt es nahe, dass der Rechtsirrtum erst recht im Rahmen des § 543 Abs. 1 BGB eine Kündigung nicht zwangsläufig ausschließt, bedarf es hier doch nicht einmal notwendig eines Verschuldens. Und tatsächlich ist der BGH denn auch im Rahmen der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB in einer Entscheidung vom April 2015 seiner strengen Haltung zum Rechtsirrtum des Schuldners treu geblieben.<sup>76</sup> Konkret ging es um folgende Frage: Kann der Vermieter dem Mieter, der sich zu Unrecht weigert, Instandsetzungs- oder Modernisierungsarbeiten zu dulden, auch dann ordentlich oder gar außerordentlich kündigen, auch wenn der Vermieter vor Durchführung der Arbeiten keinen Duldungstitel erstritten und der Mieter deshalb die Reichweite seiner gesetzlichen Duldungspflichten verkannt hat? Der BGH bejaht dies. Der Schuldner dürfe das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage nicht dem Gläubiger zuschieben. Entscheide er sich bei zweifelhafter Rechtslage dafür, die von ihm geforderte Leistung nicht zu erbringen, gehe er –

---

<sup>73</sup> Vgl. BGH NZM 2012, 637, zit. nach juris Rn. 19; ferner BGH NZM 2007, 35, zit. nach juris Rn. 25 ff. zu einer ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

<sup>74</sup> Vgl. BGH NZM 2012, 637, zit. nach juris Rn. 19, wonach die Mieter irrtümlich von einem Minderungsrecht ausgingen, die fragliche Schimmel- und Kondenswasserbildung jedoch nach den Feststellungen der Vorinstanzen in einem unzureichenden Heizungs- und Lüftungsverhalten begründet lag.

<sup>75</sup> Vgl. BGH NZM 2007, 35, zit. nach juris Rn. 25 ff. zu einer ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wo die Mieter nach Beratung durch den Mieterschutzverein davon ausgegangen waren, dass ihnen wegen der fehlenden Übersendung von Belegen zu den Nebenkostenabrechnungen durch die Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Betriebskostenvorauszahlungen zustünde; vgl. ferner BGHZ 206, 1, zit. nach juris Rn. 12 f., 48 ff., 62 sowie BGH WuM 2016, 98, zit. nach juris Rn. 6, 15, wo jeweils selbst das Berufungsgericht noch entgegen dem BGH angenommen hatte, dass bei Mängeln ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des Vierfachen der Minderungsquote bzw. des mindestens dreifachen Minderungsbetrages bestehe.

<sup>76</sup> BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 18 ff.

von besonderen Sachlagen abgesehen – das Risiko, dass sich seine Einschätzung später als falsch erweise, zumindest fahrlässig ein.<sup>77</sup>

Auch hier riskiert also der Schuldner bei Rechtsirrtum über die Reichweite seiner vertraglichen Pflichten die Kündigung. Es bleibt immerhin die Möglichkeit, das aufgrund des Rechtsirrtums vergleichsweise leichte Verschulden im Rahmen der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB zu seinen Gunsten und damit zu Gunsten einer Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses zu berücksichtigen.<sup>78</sup>

Für die Beratungspraxis bedeutet dies, dass man dem Mieter, der sich für minderungsberechtigt hält, in Zweifelsfällen zur vollen Zahlung unter Vorbehalt der Rückforderung<sup>79</sup> bzw. zu einer sehr vorsichtigen Berechnung des Minderungsbetrages raten sollte. Auch von der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts sollte im Zweifel nur vorsichtig Gebrauch gemacht werden. Und schließlich sollte man den Mieter, der möglicherweise zur Verweigerung der Duldung berechtigt ist, dazu anhalten, Instandsetzungs- oder Modernisierungsarbeiten im Zweifel lieber – wenn auch unter Verwahrung gegen eine entsprechende Rechtspflicht – faktisch zu dulden.

Für die Situation von Instandsetzungs- oder Modernisierungsarbeiten darf allerdings nicht verkannt werden, dass mit der Durchführung der Arbeiten vielfach vollendete Tatsachen geschaffen werden und eine spätere Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes auch dann kaum in Betracht kommen wird, wenn der Mieter berechtigt gewesen wäre, die Duldung zu verweigern.<sup>80</sup> Dies ist misslich. Denn muss man dem Mieter zur zuverlässigen Vermeidung einer Kündigung dazu raten, die Maßnahmen jedenfalls faktisch zu dulden, so drohen die rechtlichen Grenzen der Duldungspflicht im Ergebnis leerzulaufen. Um dies zu verhindern, wäre es wünschenswert, wenn der BGH in Abkehr von seinem Urteil vom April 2015 dem Mieter einen Weg weisen würde, seine Rechte effektiv wahrzunehmen, ohne sich dem Vorwurf einer erheblichen Vertragsverletzung und dem damit einhergehenden Risiko einer Kündigung auszusetzen. Dieser Weg könnte etwa so aussehen, dass man wenigstens in Bezug auf einen Mieter, der die Duldung verweigert, nachdem er sich erfolgreich gegen die geplante Instandsetzung oder Modernisierung zur Wehr gesetzt hat und sei es auch nur im Wege des

---

<sup>77</sup> BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 27.

<sup>78</sup> In diesem Sinne auch BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 28, vgl. ferner Blank, WuM 2015, 419, 420.

<sup>79</sup> So auch BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 20.

<sup>80</sup> Zwar wird in einer solchen Situation allein durch die faktische Duldung nach vorzugswürdiger Ansicht der Vertragsinhalt nicht dahin geändert, dass von nun an für die vertraglich geschuldete Qualität der vermieteten Räume der instandgesetzte bzw. modernisierte Zustand maßgeblich ist, vgl. dazu näher Gsell, in: Häublein (Hrsg.), Bauliche Maßnahmen in der Mietwohnung, 36. Mietrechtstage, 2017, S. 21 ff., jedoch wird ein Anspruch des Mieters auf Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs, also Wiederherstellung des ursprünglichen vertragsgemäßen Zustandes regelmäßig an § 275 Abs. 2 BGB scheitern.

einstweiligen Rechtsschutzes, die Erheblichkeit der Pflichtverletzung und damit einen Grund zur ordentlichen und erst recht zur außerordentlichen Kündigung verneint. Denn ein solcher Mieter hat alles getan, was er tun kann, um kurzfristig ex ante eine wenigstens vorläufige gerichtliche Einschätzung der Rechtslage zu erlangen.<sup>81</sup>

### **c. Zurechnung des Verschuldens Dritter**

#### **aa. Allgemein**

Ein weiterer Aspekt im Zusammenhang mit dem Verschulden ist das Einstehenmüssen des Mieters für Dritte. Im Grundsatz ist es selbstverständlich, dass auch hinsichtlich der Vertragspflichten des Mieters § 278 BGB gilt und folglich der Mieter für ein Verschulden von Hilfspersonen, derer er sich bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen bedient, wie für eigenes Verschulden einzustehen hat. Dementsprechend hat der BGH etwa – aus meiner Sicht zutreffend – dem Mieter einen verschuldeten Rechtsirrtum eines von ihm um Rat ersuchten Mieterschutzvereins nach § 278 BGB zugerechnet.<sup>82</sup>

#### **bb. Insbesondere: Unpünktliche Mietzahlung durch das Jobcenter oder Sozialamt**

##### **(1) BGH: Jobcenter oder Sozialamt kein Erfüllungsgehilfe des Mieters**

Anders beurteilt der BGH die Rechtslage allerdings dann, wenn Mitarbeiter eines Jobcenters oder des Sozialamts Mietzahlungen unter Verstoß gegen die sozialhilferechtlichen Vorschriften gar nicht oder unpünktlich an den Vermieter erbringen.<sup>83</sup> Die Behörde soll hier

---

<sup>81</sup> Auch wenn sich erst hinterher herausstellt, dass der Mieter zur Duldung verpflichtet war, bleibt die mangelnde Duldung freilich vertragswidrig, so zutreffend Blank, WuM 2015, 419, 421.

<sup>82</sup> Vgl. BGH NZM 2007, 35, zit. nach juris Rn. 25 ff. zu einer ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dazu bereits Fn 75; abw. Lorenz, WuM 2013, 202, 206 f. mit Blick darauf, dass der Mieter dem Vermieter keine Rechtsberatung schulde; dagegen Harke, NZM 2016, 449, 451 f.

<sup>83</sup> Sozialrechtliche Rechtsgrundlagen für eine solche Direktzahlung sind:

§ 22 Abs. 7 SGB II, der wie folgt lautet:

„(7) Soweit Arbeitslosengeld II für den Bedarf für Unterkunft und Heizung geleistet wird, ist es auf Antrag der leistungsberechtigten Person an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte zu zahlen. Es soll an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte gezahlt werden, wenn die zweckentsprechende Verwendung durch die leistungsberechtigte Person nicht sichergestellt ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn

1. Mietrückstände bestehen, die zu einer außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigen,
2. Energiekostenrückstände bestehen, die zu einer Unterbrechung der Energieversorgung berechtigen,
3. konkrete Anhaltspunkte für ein krankheits- oder suchtbedingtes Unvermögen der leistungsberechtigten Person bestehen, die Mittel zweckentsprechend zu verwenden, oder
4. konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die im Schuldnerverzeichnis eingetragene leistungsberechtigte Person die Mittel nicht zweckentsprechend verwendet.

Der kommunale Träger hat die leistungsberechtigte Person über eine Zahlung der Leistungen für die Unterkunft und Heizung an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte schriftlich zu unterrichten.“

Außerdem § 35 Abs. 1 SGB XII:

„(1) Bedarfe für die Unterkunft werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt. Bedarfe für die Unterkunft sind auf Antrag der leistungsberechtigten Person durch Direktzahlung an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte zu decken. 3Direktzahlungen an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte sollen erfolgen, wenn die zweckentsprechende Verwendung durch die leistungsberechtigte Person nicht sichergestellt ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn

1. Mietrückstände bestehen, die zu einer außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigen,
2. Energiekostenrückstände bestehen, die zu einer Unterbrechung der Energieversorgung berechtigen,

nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters tätig sein. Die Stellung der Behörde, die die hoheitliche Aufgabe wahrnehme, die Grundsicherung des Hilfebedürftigen zu gewährleisten, ist nach Auffassung des BGH unvereinbar mit einer Einordnung als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB.<sup>84</sup> Der Mieter hat also nicht für ein Verschulden der Behörde bei der Mietzahlung einzustehen.

Aus rein zivilrechtlicher Sicht befremdet diese Einschätzung, kommt es doch für die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB gerade nicht darauf an, in welchem rechtlichen Verhältnis der Dritte zum Gläubiger oder zum Schuldner steht. Entscheidend ist vielmehr allein die Perspektive der Einschaltung des Dritten in die Erfüllung der privatrechtlichen Verbindlichkeit durch den Schuldner, hier also die vom Mieter beantragte Mietzahlung durch das Jobcenter oder Sozialamt. Dass die Behörde hier hoheitlich handelt, müsste danach grundsätzlich irrelevant sein.<sup>85</sup> Allerdings kann man durchaus der Auffassung sein, dass die an sich rein privatrechtliche Mietzahlungspflicht des Mieters öffentlich-rechtlich, nämlich sozialrechtlich überlagert ist und damit für die Zurechnung eines Behördenverschuldens nicht mehr § 278 BGB maßgeblich ist.<sup>86</sup>

## **(2) BGH: Allein objektive Pflichtverletzung unpünktlicher Mietzahlungen kann Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigen**

Der BGH hat allerdings mittlerweile klargestellt, dass die mangelnde Anwendung von § 278 BGB nicht bedeutet, dass bei Fehlern des Jobcenters oder Sozialamts eine außerordentliche Kündigung stets ausscheidet. Insbesondere hat der BGH im Jahre 2016 entschieden, dass allein die objektive Pflichtverletzung unpünktlicher Mietzahlungen eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigen kann.<sup>87</sup> Dabei hat der BGH die Kriterien, die hier bei

---

3. konkrete Anhaltspunkte für ein krankheits- oder suchtbedingtes Unvermögen der leistungsberechtigten Person bestehen, die Mittel zweckentsprechend zu verwenden, oder

4. konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die im Schuldnerverzeichnis eingetragene leistungsberechtigte Person die Mittel nicht zweckentsprechend verwendet.

Werden die Bedarfe für die Unterkunft und Heizung durch Direktzahlung an den Vermieter oder andere Empfangsberechtigte gedeckt, hat der Träger der Sozialhilfe die leistungsberechtigte Person darüber schriftlich zu unterrichten.“

<sup>84</sup> So grdlgd. BGH NZM 2010, 37, zit. nach juris Rn. 27 ff., 30; bestätigt in BGHZ 204, 134, zit. nach juris Rn. 20; BGH NZM 2016, 635, zit. nach juris Rn. 16.

<sup>85</sup> Abl. gegenüber dem BGH denn auch Rieble, NJW 2010, 816 f.; Lorenz, WuM 2013, 202, 205 f.

<sup>86</sup> In diesem Sinne mit beachtlichen Argumenten Harke, NZM 2016, 449, 453 f.

<sup>87</sup> BGH NZM 2016, 635, zit. nach juris Rn. 17 f.; s. dazu Blank, NZM 2016, 636 f.; Beyer, jurisPR-MietR 17/2016 Anm. 1; vgl. ferner BGHZ 204, 134, zit. nach juris Rn. 17 ff., 21, wonach der Mieter im Rahmen von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB auch bei Einschaltung des Jobcenters oder einer Behörde verschuldensunabhängig für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen habe; abl. Harke, NZM 2016, 449, 454 ff., 457, mit dem beachtlichen Argument, dass der Grundsatz unbeschränkter Vermögenshaftung, der nicht aus dem BGB allein, sondern aus der Rechtsordnung insgesamt gewonnen werde, durch die Bestimmungen des SGB über Alg II und Sozialhilfe Einschränkungen erfahre. Diese Bestimmungen gestatteten dem Mieter, der sich rechtzeitig und ordnungsgemäß um die Übernahme der Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Vermieter bemüht habe, sich nicht nur vom Vorwurf des Verschuldens, sondern auch von dem des Vertretenmüssens zu entlasten.

der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB gegebenenfalls eine Rolle spielen, präzisiert<sup>88</sup>: Trotz fehlenden Verschuldens des Mieters könne die Gesamtabwägung zu dessen Lasten ausfallen, etwa weil zahlreiche Verspätungen aufgetreten seien, diese jeweils einen erheblichen Zeitraum und erhebliche Beträge betreffen oder der Vermieter in besonderem Maße auf den pünktlichen Erhalt der Miete angewiesen sei, beispielsweise weil er daraus seinen Lebensunterhalt bestreite oder hiermit Kredite bedienen müsse. Auch könne es für den Vermieter einen unzumutbaren Verwaltungsaufwand bedeuten, wenn die Miete oder Teile davon zu jeweils unterschiedlichen Zeitpunkten eingingen. Weiter könne es eine Rolle spielen, ob das Mietverhältnis abgesehen von den unpünktlichen Zahlungen bisher störungsfrei verlaufen sei oder kurze Zeit vorher bereits eine berechtigte fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei, die erst durch eine Zahlung innerhalb der Schonfrist während des Räumungsprozesses unwirksam geworden sei. Zugleich betont der BGH aber auch, dass allgemeingültige Grundsätze insoweit nicht aufgestellt werden könnten, sondern die erforderliche Gesamtabwägung der tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall obliege. Auch hier ergeben sich also wieder für die Prognose des Abwägungsergebnisses ersichtlich Unsicherheiten aus den Spielräumen tatrichterlicher Würdigung. Zugleich liegt darin für die Beratungspraxis die Chance, der jeweiligen Seite günstige Umstände zu ermitteln und hervorzuheben. Nach meiner persönlichen Einschätzung stellt die bloße unpünktliche Zahlung durch Jobcenter oder Sozialamt regelmäßig keine Vertragsverletzung dar, die so gravierend ist, dass sie trotz fehlenden Verschuldens des Mieters eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigt.<sup>89</sup> Die Unpünktlichkeit ist für den Vermieter gewiss lästig. Diese Lästigkeit ist aber nach meiner Einschätzung typischerweise nicht von so erheblichem Gewicht, dass sie den für den Mieter regelmäßig existentiellen (sofortigen) Wohnungsverlust rechtfertigt.

### **3. Bedeutung des Zeitablaufes vor Erklärung der Kündigung**

Abschließend möchte ich schließlich noch kurz die Frage ansprechen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass nach der Vertragsverletzung erhebliche Zeit verstrich, bevor der Vermieter die Kündigung wegen wichtigen Grundes erklärt hat.

#### **a. VIII. Zivilsenat des BGH: Keine Anwendung von § 314 Abs. 3 BGB auf Kündigungen nach §§ 543, 569 BGB**

Mit Urteil vom 13.7.2016 hat der VIII. Zivilsenat des BGH für die Wohnraummiete entschieden, dass § 314 Abs. 3 BGB, der die Kündigung aus wichtigem Grund allgemein zeitlich dahin begrenzt, dass nur innerhalb angemessener Frist seit Erlangung der Kenntnis

---

<sup>88</sup> BGH NZM 2016, 635, zit. nach juris Rn. 18.

<sup>89</sup> In diesem Sinne auch Blank, NZM 2016, 636, 637.

vom Kündigungsgrund gekündigt werden kann, auf die Kündigung nach §§ 543, 569 BGB keine Anwendung findet.<sup>90</sup> Dagegen hatte der XII. Zivilsenat § 314 Abs 3 BGB zuvor herangezogen.<sup>91</sup>

## **b. Kritik**

Mich überzeugt die Entscheidung des VIII. Senates weder im Ergebnis noch in der Begründung.<sup>92</sup>

Was zunächst das Ergebnis anbelangt, so ist es deshalb verfehlt, weil die zeitliche Befristung der außerordentlichen Kündigung nach § 314 Abs. 3 BGB Ausdruck allgemeiner Erwägungen ist, die genauso wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen auch bei der Miete Geltung beanspruchen.<sup>93</sup> So enthält die Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz folgende Erläuterung: „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.“<sup>94</sup> Beide Erwägungen passen auch bei der Kündigung von Mietverhältnissen.

Was nun die Begründung der Entscheidung des BGH anbelangt, so stützt sich der VIII. Zivilsenat maßgeblich auf den Willen des historischen Mietreformgesetzgebers, der die fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses in §§ 543, 596 BGB abschließend habe regeln wollen.<sup>95</sup> Tatsächlich müssen die maßgeblichen Passagen in den Gesetzgebungsmaterialien aber keineswegs so verstanden werden.<sup>96</sup> Denn der historische Mietrechtsgesetzgeber bringt darin gerade nicht zum Ausdruck, dass er eine zeitliche Begrenzung des Kündigungsrechts in der Sache für verfehlt hält. Vielmehr wird lediglich erstens eine einheitliche feste Ausschlussfrist abgelehnt und zweitens von einer offeneren Bestimmung Abstand genommen,

---

<sup>90</sup> BGH NZM 2016, 791, zit. nach juris Rn. 14; offen gelassen dagegen noch in BGH NZM 2015, 536, zit. nach juris Rn. 29; BGH NZM 2009, 314, zit. nach juris Rn. 17; BGH NZM 2011, 32, zit. nach juris Rn. 5; offen gelassen auch in der vom Senat für Landwirtschaftssachen erlassenen Entscheidung BGH NZM 2010, 552, zit. nach juris Rn. 13 f., wo aber in der Sache sehr wohl angenommen wird, dass die Erklärung der außerordentlichen Kündigung eines Landpachtverhältnisses innerhalb angemessener Frist nach dem Eintritt des Kündigungsgrundes und dessen Kenntnis erfolgen müsse.

<sup>91</sup> S. BGH NZM 2007, 400, zit. nach juris Rn. 21, wo jedoch eine verspätete Kündigung verneint wird.

<sup>92</sup> Abl. auch Meier, ZfIR 2016, 710, 710 f.; Kunze/Tietzsch, WuM 2016, 619, 619 f.; kritisch ferner Emmerich, JuS 2017, 69, 69 f.; Hartmann, JM 2017, 100, 100 f.; für eine Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB auch bereits Häublein, ZMR 2005, 1, 2 Fn. 9; überwiegend zustimmend hingegen Singbartl/Zintl, ZJS 2016, 228, 228 ff.; in diesem Sinne auch bereits Wiek, WuM 2013, 195, 201 m.w.Nachw.; vgl. ferner Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 16/2016 Anm. 2.

<sup>93</sup> Zutreffend Meier, ZfIR 2016, 710, 711.

<sup>94</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 178.

<sup>95</sup> BGH NZM 2016, 791, zit. nach juris Rn. 18 ff., 24 unter Berufung auf BT-Drs. 14/4553, S. 44 und BT-Drs. 14/6040, S. 177.

<sup>96</sup> Sorgfältig und überzeugend die Analyse von Meier, ZfIR 2016, 710, 710 f.

weil sie durch die Rechtsprechung in jedem Falle auslegungsbedürftig wäre und damit nur wenig zur Vereinfachung des Mietrechts beitragen könnte.<sup>97</sup> Mit anderen Worten: Der historische Mietrechtsgesetzgeber lehnte eine fixe Ausschlussfrist ab, wollte sich im Übrigen aber lediglich einer speziellen mietrechtlichen Regelung enthalten, weil er sich davon keine Rechtsvereinfachung versprach. Einen eindeutigen Willen, den Rückgriff auf die – erst mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getretene – allgemeine Regel des § 314 Abs. 3 BGB abzuschneiden, kann man dem nach meinem Dafürhalten nicht entnehmen.<sup>98</sup>

### **c. Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. Rückgriff auf § 242 BGB erlaubt vergleichbare Ergebnisse**

Es ist nun allerdings kaum zu erwarten, dass der VIII. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des § 314 Abs. 3 BGB zeitnah korrigieren wird. Deshalb fragt sich, inwieweit sich daraus im Vergleich zu einer Anwendung von § 314 Abs. 3 BGB sachliche Unterschiede für die zeitlichen Grenzen der außerordentlichen Kündigung bei der Wohnraummiete ergeben. Wesentliche Unterschiede ergeben sich aber nicht. Oder anders gewendet: Auch bei der Wohnraummiete darf der Vermieter nicht längst vergangene abgeschlossene Vorfälle zeitlich unbegrenzt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nehmen. Vielmehr kann und muss den beiden vorhin erwähnten, hinter der Regelung von § 314 Abs. 3 BGB stehenden gesetzgeberischen Erwägungen bei der Miete auf andere Weise Rechnung getragen werden, was übrigens auch der VIII. Zivilsenat selbst nicht verkennt<sup>99</sup>: Wartet der Vermieter nach Beendigung und Kenntnis des vertragswidrigen Verhaltens ungewöhnlich lange mit einer außerordentlichen Kündigung zu, ohne dass es dafür nachvollziehbare sachliche Gründe gibt, so bringt er damit zum Ausdruck, dass er mit der Fortsetzung des Mietverhältnisses offenbar leben kann.<sup>100</sup> Dieser Umstand ist bei der hier in meinem Vortrag interessierenden Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB regelmäßig dahin zu werten, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht unzumutbar ist.<sup>101</sup> Bei unangemessenen Verzögerungen geht also in aller Regel schon die Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB zulasten des Vermieters aus. Doch auch bei den typisierten Einzelatbeständen nach § 543 Abs 2 BGB und nach § 569 Abs.

---

<sup>97</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 44.

<sup>98</sup> Treffend Meier, ZfR 2016, 710, 711: „Die Entscheidung ist aber nicht per se eine Ablehnung.“ Etwas anderes ergibt sich entgegen BGH NZM 2016, 791, zit. nach juris Rn. 22 f. auch nicht aus der Aussage des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers in BT-Drs. 14/6040, S. 177, wonach die bei einzelnen Dauerschuldverhältnissen besonders geregelten Einzelbestimmungen nicht aufgehoben oder geändert werden sollten, sondern als *leges speciales* Vorrang vor § 314 BGB haben sollten. Denn diese Aussage gilt selbstverständlich nur insoweit, als die Spezialvorschriften eine Regelung treffen. Genau dies kann man aber für § 543 BGB in Bezug auf die Ausschlussfrist verneinen, in diesem Sinne auch Kunze/Tietzsch, WuM 2016, 616, 619; Hartmann, JM 2017, 100, 101.

<sup>99</sup> Vgl. BGH NZM 2016, 791, zit. nach juris Rn. 20.

<sup>100</sup> Bereits zum alten Recht in diesem Sinne BGH WM 1988, 62, zit. nach juris Rn. 23 m.w.Nachw.

<sup>101</sup> Wiek, WuM 2013, 195, 201 spricht von „Selbstwiderlegung“.

2a BGB, bei denen ja gerade keine Abwägung mehr stattfindet, kann einer unangemessen späten außerordentlichen Kündigung die Wirksamkeit versagt werden. Denn es ist anerkannt, dass eine solche unangemessen verzögerte Kündigung nach § 242 BGB treuwidrig bzw. verwirkt sein kann.<sup>102</sup>

Insgesamt ergeben sich also aus der vom VIII. Zivilsenat abgelehnten Anwendung von § 314 Abs. 3 BGB für das Mietrecht keine sachlichen Unterschiede im Vergleich zum allgemeinen Recht der Dauerschuldverhältnisse.

#### **d. Unterscheidung zwischen abgeschlossenen und andauernden Vertragsverletzungen**

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass die Beurteilung der Frage, ob die Kündigung in casu zu spät kam, sowohl bei der Würdigung nach § 314 Abs. 3 BGB als auch im Rahmen der Abwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. beim Rückgriff auf § 242 BGB in der Regel maßgeblich (auch) davon abhängt, ob die in der Vergangenheit liegende Vertragsverletzung abgeschlossen ist oder aber gegenwärtig noch andauert. Denn im letztgenannten Fall aktualisiert der Mieter gleichsam mit der fortwährenden Vertragsverletzung ständig den Kündigungsgrund. Deshalb wird hier je nach den Umständen eine Kündigung vielfach auch dann nicht treuwidrig erscheinen, wenn der Vermieter zunächst zugewartet hat, etwa weil er vergeblich darauf hoffte, der Mieter würde zur Vertragstreue zurückkehren. So mag etwa bei fortwährender Zahlungssäumnis hinsichtlich der Miete für einen bestimmten vergangenen Zeitraum eine Kündigung selbst dann nicht verspätet erscheinen, wenn seit Fälligkeit schon erhebliche Zeit vergangen ist.<sup>103</sup> Anders wird man dies hingegen dann beurteilen, wenn die Rückstände längst beglichen wurden und die Kündigung erst erheblich später erfolgt.<sup>104</sup>

#### **V. Fazit**

Für die Beratungspraxis ist die Offenheit der Abwägungsvorgabe in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB Fluch und Segen zugleich. Einerseits birgt die kasuistisch geprägte Rechtsprechung unvermeidbare Rechtsunsicherheiten. Andererseits bietet sie die Chance, durch sorgfältige

---

<sup>102</sup> Vgl. BGH NZM 2016, 791, zit. nach juris Rn. 15; vgl. ferner BGH NZM 2006, 929, zit. nach juris Rn. 11, wo eine auf die Undichtigkeit des Daches und die Überschwemmung der gemieteten Halle gestützte, erst nach einem Jahr erklärte Mieterkündigung nach den Umständen des Falles nicht für verwirkt erachtet wurde; BGH NZM 2009, 431, zit. nach juris Rn. 17 f., wo Anhaltspunkte für eine Treuwidrigkeit oder Verwirkung verneint wurden; ferner BGH NZM 2011, 32, zit. nach juris Rn. 5 f., wo eine Mieterkündigung wegen Gesundheitsgefährdung, die auf eine neun Monate zurückliegende Fristsetzung zur Mangelbeseitigung gestützt wurde, für verspätet erachtet wurde.

<sup>103</sup> So lag in der Tat der Fall BGH NZM 2016, 791, zit. nach juris Rn. 1.

<sup>104</sup> Vgl. dazu auch Harke, WuM 2017, 241, 245 f., der zutreffend darauf hinweist, dass dem Mieter bei andauerndem Zahlungsverzug ein aktuelles Fehlverhalten zur Last fällt und wegen der Heilungsmöglichkeit gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB bzw. der ggf. fortdauernden Säumnis annimmt, das sich die Zahlungsverzugskündigung strukturell von den übrigen Kündigungstatbeständen unterscheidet. Allerdings steht der Mieter auch bei anderen Vertragsverletzungen vielfach vor der Wahl, diese fortzusetzen oder zur Vertragstreue zurückzukehren, so etwa, wenn der Mieter vertragswidrige Einrichtungen vorgenommen hat, die er entfernen könnte oder wenn er die Mietsache in einer Weise kontinuierlich vertragswidrig gebraucht, von der er Abstand nehmen könnte.

Analyse der jeweiligen Umstände und argumentative Überzeugungskraft auf eine gerechte Entscheidung des konkreten Einzelfalls hinzuwirken.