



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 138/11

Verkündet am:  
11. Juli 2012  
Vorusso  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b, § 286 Abs. 4, § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Ci

Der eine fristlose Kündigung begründende Zahlungsverzug entfällt nicht wegen fehlenden Verschuldens des Mieters, wenn dieser bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt hätte erkennen können, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des von ihm in Anspruch genommenen Minderungsrechts nicht bestehen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 25. Oktober 2006 - VIII ZR 102/06, NZM 2007, 35).

BGH, Urteil vom 11. Juli 2012 - VIII ZR 138/11 - LG Landshut  
AG Freising

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Milger sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Landshut vom 23. März 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben als zum Nachteil der Klägerinnen erkannt worden ist.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Freising vom 27. Mai 2010 wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagten sind seit 1. September 2007 Mieter eines Einfamilienhauses der Klägerinnen in F. . In § 4 Nr. 1 des Mietvertrags ist bestimmt, dass die Miete mit den Nebenkosten monatlich im Voraus, spätestens am 3. Werktag des Monats kostenfrei an den Vermieter zu zahlen ist.
- 2 Im Dezember 2008 teilten die Beklagten den Klägerinnen mit, dass sich im Haus aufgrund baulicher Mängel Schimmel und Kondenswasser bilde, und baten um Abhilfe, die die Klägerinnen ablehnten. Nach deren Ansicht, die sie

den Beklagten anlässlich eines Ortstermins im Dezember 2008 mitteilten, ist das Heizungs- und Lüftungsverhalten der Beklagten für die Schimmel- und Kondenswasserbildung verantwortlich.

3 Die Beklagten minderten daraufhin die vertraglich vereinbarte Bruttomiete in Höhe von 1.550 €/Monat für die Monate März 2009 bis Juni 2010 um jeweils 310 € (20%).

4 Mit ihrer Klage nehmen die Klägerinnen die Beklagten auf Zahlung des für die Monate März 2009 bis Januar 2010 aufgelaufenen Mietrückstands (3.410 €) nebst Zinsen sowie auf Räumung des Hauses in Anspruch. Den mit Schriftsatz vom 7. Januar 2010 (dem Beklagtenvertreter zugestellt am 8. Januar 2010) klageerweiternd geltend gemachten Räumungsanspruch stützen sie zum einen auf die mit diesem Schriftsatz ausgesprochene fristlose Kündigung, in der der bis einschließlich Januar 2010 offene Mietzahlungsrückstand von 3.410 € aufgeführt ist, zum anderen auf eine weitere in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 22. Dezember 2010 ausgesprochene fristlose (hilfsweise ordentliche) Kündigung, in der der bis Juni 2010 aufgelaufene Mietzahlungsrückstand von 4.960 € genannt ist.

5 Das Amtsgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens mit Urteil vom 27. Mai 2010 einen zur Minderung berechtigenden Mangel des vermieteten Anwesens verneint und der Klage in vollem Umfang stattgegeben.

6 Die Beklagten glichen daraufhin im Juni 2010 den für die Monate Februar 2010 bis Mai 2010 aufgelaufenen Mietrückstand in Höhe von 1.240 € aus und nahmen ab Juli 2010 unter Vorbehalt die Mietzahlungen wieder in voller Höhe auf. Während des Berufungsverfahrens zahlten die Beklagten am 17. Februar 2011 weitere 3.720 € (Mietrückstand März 2009 bis Januar 2010 zuzüglich

Mietrückstand Juni 2010) an die Klägerinnen und glichen damit den zu dieser Zeit noch offenen Mietrückstand vollständig aus.

7 Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht, nachdem die Parteien die Hauptsache in Höhe von 3.410 € übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, die Beklagten in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.410 € seit 8. Juli 2010 bis 17. Februar 2011 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger den Räumungsanspruch weiter und erstreben die Abänderung des Berufungsurteils, soweit dort zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

#### Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat Erfolg.

#### I.

9 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Den Klägerinnen stehe der geltend gemachte Räumungsanspruch nicht zu, da weder die Kündigung vom 7. Januar 2010 noch die Kündigung vom 22. Dezember 2010 das Mietverhältnis beendet habe. Zwar habe zu beiden Zeitpunkten Rückstand mit mehr als zwei Monatsmieten bestanden. Die Wirksamkeit der fristlosen Kündigungen vom 7. Januar und 22. Dezember 2010 erfordere nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB jedoch, dass die Beklagten mit den Mietzahlungen in Verzug gewesen seien. Daran fehle es, denn die Beklag-

ten treffe kein Verschulden an der Nichtzahlung der Miete, da die von ihnen vorgenommene Minderung nicht offensichtlich unberechtigt und nicht unangemessen gewesen sei.

11            Hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs des § 276 BGB sei im Rahmen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ein großzügiger Maßstab anzulegen. Beständen sachlich gerechtfertigte Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der Mietzahlung (Berechtigung der Minderung), müssten diese im Wege der Leistungsklage ausgetragen werden. Der Rückgriff des Vermieters auf das Kündigungsrecht sei in diesen Fällen sachfremd, weil § 543 BGB nicht als Druckmittel gegen den Mieter eingesetzt werden dürfe, um ihn zum Verzicht auf die Geltendmachung seiner Rechte zu bewegen. Da im Streitfall die Ursache der Schimmelbildung unklar gewesen sei, fehle es an einem Verschulden der Beklagten.

12            Diese Erwägungen träfen nicht nur auf die Kündigung vom 7. Januar 2010, sondern auch auf die Kündigung vom 22. Dezember 2010 zu. Zwar entfalle die Berechtigung für eine Mietminderung, wenn der Mieter (nachträglich) erkenne, dass eine Minderungsbefugnis nicht bestehe. Davon sei immer dann auszugehen, wenn der Mieter vom Gericht auf diesen Umstand hingewiesen werde. Selbst wenn der Mieter das ihm ungünstige Urteil durch eine weitere Instanz überprüfen lassen wolle, müsse er dennoch sein Zahlungsverhalten ändern, ohne dass es einer vorherigen Mahnung des Vermieters bedürfe. Im Streitfall habe daher zu den nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils geschuldeten und von den Beklagten auszugleichenden Mieten auch der bis zum erstinstanzlichen Urteil aufgelaufene Zahlungsrückstand in Höhe von 3.410 € gezahlt. Jedoch hätten die Beklagten letztlich sämtliche Rückstände mit der letzten, am 17. Februar 2011 geleisteten Zahlung in Höhe von 3.710 € ausgeglichen. Damit trete die Wirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ein, so dass die

Kündigung unwirksam geworden sei. Dass die Zahlungen nur unter Vorbehalt erfolgt seien, ändere nichts an deren Erfüllungswirkung.

- 13 Auch die am 22. Dezember 2010 hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB greife nicht durch, da es auch insoweit am Verschulden der Beklagten fehle. Die Frage, ob ein Mieter, nachdem er durch Urteil auf die fehlende Berechtigung zur Mietminderung hingewiesen worden sei, nur die ab diesem Zeitpunkt fällig werdenden Zahlungen zu leisten habe oder ob er sogleich den aufgelaufenen Rückstand in voller Höhe ausgleichen müsse, werde kontrovers diskutiert. Zwar hätten die Beklagten nach Zustellung des Ersturteils alle Rückstände ausgleichen müssen, was der Prozessbevollmächtigte der Beklagten, dessen Verschulden sich die Beklagten nach § 278 BGB zurechnen lassen müssten, irrtümlich anders gesehen habe. Dennoch fehle es am Verschulden, da es noch keine eindeutige obergerichtliche Rechtsprechung hierzu gebe. Im Übrigen könne ein etwaiges Fehlverhalten der Beklagten deshalb in einem milderem Licht erscheinen, weil sie nachträglich Zahlung geleistet hätten.

## II.

- 14 Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Mietverhältnis der Parteien ist durch die fristlose Kündigung der Klägerinnen vom 7. Januar 2010 beendet worden. Der Räumungsanspruch der Kläger ist daher gemäß § 546 Abs. 1 BGB begründet.
- 15 Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis von jeder Vertragspartei aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der

sich über mehrere Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB). So verhält es sich im Streitfall.

16            1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestand im Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung vom 7. Januar 2010 ein Zahlungsrückstand von 3.410 €, der die Summe der Mieten für zwei Monate (3.100 €) überschritt. Mit diesem Betrag waren die Beklagten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch in Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Denn den Beklagten stand - wie in der Revisionsinstanz zwischen den Parteien nicht mehr im Streit ist - wegen der Schimmel- und Kondenswasserbildung kein Minderungsrecht zu, da die Ursache der beanstandeten Mängel nach den Feststellungen der Vorinstanzen in einem unzureichenden Heizungs- und Lüftungsverhalten der Beklagten liegt.

17            2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts entfällt der Verzug der Beklagten nicht deshalb, weil die von ihnen vorgenommene Mietminderung angesichts der zunächst unklaren Ursache der Schimmelpilzbildung nicht "offensichtlich unberechtigt" gewesen und der Mietrückstand deshalb von ihnen nicht zu vertreten sei.

18            a) Allerdings wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur teilweise die Auffassung vertreten, im Rahmen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB sei bezüglich des Verschuldens ein milderer Maßstab anzuwenden, insbesondere im Falle eines Rechtsirrtums des Mieters. Der Streit über das Minderungsrecht müsse in diesen Fällen im Wege der Leistungsklage über die nicht gezahlten Mieten ausgetragen werden. Anderenfalls könne allein der Druck einer fristlosen Kündigung den Mieter zu einem Verzicht auf seine Rechte aus § 536 BGB bewegen. Erst wenn der Vermieter vom Gericht erfahre,

dass sein Minderungsrecht nicht bestehe, entfalle der Entschuldigungsgrund und könne Verzug eintreten (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 543 BGB Rn. 103 ff.; vgl. Kokemüller, WuM 1999, 201, 202 ff.; LG Berlin, GE 2007, 1486, 1487; vgl. auch LG Frankfurt am Main, NJW-RR 2004, 1238 f.).

19            b) Diese Auffassung trifft nicht zu. Der Senat hat bereits entschieden, dass auch im Wohnraummietrecht an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen sind und kein Grund besteht, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen milderen Sorgfaltsmaßstab anzulegen (Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 - VIII ZR 102/06, NZM 2007, 35 Rn. 25 ff.). Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen - hier der Ursache einer Schimmelpilzbildung - angesiedelten Irrtums besteht dafür kein Grund (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1989 - IVa ZR 156/88, NJW-RR 1990, 160, 161).

20            Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat; zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Mit dieser gesetzlichen Regelung lässt sich die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten im Rahmen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB schon deshalb nicht in Verzug geraten können, weil ihre Einschätzung, der Schimmelbefall sei auf einen von den Klägerinnen zu vertretenden Baumangel zurückzuführen, nicht "offensichtlich unberechtigt" gewesen sei, nicht vereinbaren. Sie liefe darauf hinaus, dass sich die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte. Für eine derartige Privilegierung des Mieters besteht kein Anlass. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wird auf den Mieter, der das Risiko einer fahrlässigen Fehleinschätzung der Ursache eines Mangels zu tragen hat, kein unzulässiger Druck dahin ausgeübt, auf seine Rechte aus § 536 BGB zu verzichten. Denn der Mieter kann den Minderungs-



betrag, den er für angemessen hält, unter dem einfachen, lediglich die Wirkungen des § 814 BGB ausschließenden Vorbehalt der Rückforderung an den Vermieter zahlen, so dass ihm die Möglichkeit bleibt, eine gerichtliche Klärung seiner Rechte herbeizuführen, ohne dem Risiko einer fristlosen Kündigung ausgesetzt zu sein.

21 c) Vorliegend entfällt der Zahlungsverzug nicht wegen fehlenden Verschuldens der Beklagten. Dass sie bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt nicht hätten erkennen können, dass die Ursache der Schimmelpilzbildung in ihrem eigenen Wohnverhalten lag, ist von ihnen nicht dargetan worden und auch sonst nicht ersichtlich. Im Gegenteil haben die Beklagten selbst eingeräumt, dass sie wegen der Haltung mehrerer Katzen, die das Haus nicht verlassen sollten, in ihrem Lüftungsverhalten eingeschränkt waren; zudem musste sich ihnen die Vermutung aufdrängen, dass das Vorhandensein von zwei Aquarien sowie eines Terrariums mit Schlangen eine die Schimmelbildung begünstigende höhere Luftfeuchtigkeit in der gemieteten Wohnung bedingte und somit an das Lüftungsverhalten entsprechend höhere Anforderungen zu stellen waren.

22 3. Da im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung vom 7. Januar 2010 mithin sämtliche Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB vorlagen, hätten die Beklagten dem damit begründeten Räumungsanspruch der Klägerinnen nur dadurch die Grundlage entziehen können, dass sie innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Mietrückstände vollständig ausgeglichen hätten. Dies ist nicht geschehen. Ein Ausgleich der die Kündigung begründenden Zahlungsrückstände fand erst mit der Zahlung vom 17. Februar 2011 statt. Diese nicht mehr im Zeitraum des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB liegende Zahlung konnte der Kündigung vom 7. Januar 2010 ihre Wirksamkeit nicht mehr nehmen. Soweit die damit verspätete Zah-

lung der offenen Rückstände auf Rat des Prozessbevollmächtigten der Beklagten geschehen sein sollte, haben sich die Beklagten dessen Verschulden gemäß § 278 BGB zurechnen zu lassen.

III.

23

Nach allem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 BGB). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 BGB). Da sich der Räumungsanspruch der Klägerinnen als begründet erweist, ist die Berufung der Beklagten gegen das auf Räumung erkennende Urteil des Amtsgerichts zurückzuweisen.

Ball

Dr. Frellesen

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Vorinstanzen:

AG Freising, Entscheidung vom 27.05.2010 - 7 C 848/09 -

LG Landshut, Entscheidung vom 23.03.2011 - 13 S 1954/10 -