



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 66/08

Verkündet am:  
4. Februar 2009  
Ermel,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 306 Abs. 2, BGB § 307 Abs. 1 Satz 1 (Bb), BGB § 543 Abs. 1, BGB § 543 Abs. 2 Nr. 3, BGB § 556b, BGB § 569 Abs. 4, BGB § 537 aF, BGB § 538 aF, BGB § 551 aF, EGBGB Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 aF; EGBGB Art. 229 § 5 Satz 3

An die Stelle der formularmäßig vereinbarten Mietvorauszahlungsklausel eines am 1. September 2001 bereits bestehenden Mietvertrages, die wegen einer unzulässigen Beschränkung des Mietminderungsrechts unwirksam ist, ist – auch für die Zeit nach dem 1. Januar 2003 – die Fälligkeitsbestimmung des § 551 BGB aF getreten.

BGH, Urteil vom 4. Februar 2008 - VIII ZR 66/08 - LG Düsseldorf

AG Düsseldorf

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richter Wiechers und Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Hessel und den Richter Dr. Achilles

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 21. Februar 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgerecht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Im Jahre 1986 mietete der Beklagte zusammen mit seiner Ehefrau, die mittlerweile aus dem Mietverhältnis ausgeschieden ist, von der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Zweizimmerwohnung in D. . Die monatliche Miete belief sich zuletzt einschließlich Nebenkostenvorauszahlungen auf 383,15 €. Zur Zahlung der Miete und der Nebenkosten bestimmt § 5 des von der Rechtsvorgängerin der Klägerin verwendeten Formularmietvertrages vom 25. April 1986 unter anderem:

"Die Miete und die Nebenkosten/Betriebskosten sind monatlich im Voraus, spätestens am dritten Werktag des Monats an den Vermieter ... kosten- und gebührenfrei zu entrichten."

2                    Ferner sieht § 6 des Mietvertrages zur Frage einer Aufrechnung und eines Zurückbehaltungsrechts Folgendes vor:

- "1. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts am Mietzins oder die Aufrechnung gegenüber dem Mietzins mit einer unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung des Mieters ist zulässig. Die Ausübung dieser Rechte beschränkt sich der Höhe nach auf monatliche Teilbeträge, die 25 % des monatlichen Mietzinses nicht überschreiten dürfen.
2. In allen anderen Fällen ist die Ausübung dieser Rechte unzulässig, es sei denn, dass es sich ausschließlich um ein Mietverhältnis über Wohnraum handelt oder diesem gleichgestellt ist und es sich bei der Gegenforderung des Mieters um eine solche nach § 538 BGB handelt (Ersatzforderung wegen Mängel der Mietsache).
3. In jedem Fall hat der Mieter seine Absicht, diese Rechte auszuüben, dem Vermieter mindestens einen Monat vor der Fälligkeit des Mietzinses schriftlich anzuzeigen."

3                    Seit Anfang 2005 zahlte der Beklagte seine Miete nur noch stockend und geriet mit erheblichen Beträgen in Rückstand, die sich zuletzt im November 2006 auf 3.441,85 € beliefen. Wegen der aufgelaufenen Rückstände kündigte die Klägerin das Mietverhältnis im Juni 2006 fristlos und erhob Räumungsklage. Der Beklagte zahlte daraufhin im Dezember 2006 zur Abwendung der Räumung an den Prozessbevollmächtigten der Klägerin einen Betrag von 5.540,05 € auf die von diesem in einem Schreiben vom 15. November 2006 in dieser Höhe errechneten offenen Mieten, Nebenkosten sowie Gerichts- und Anwaltskosten. Daraufhin nahm die Klägerin ihre Räumungsklage sowie eine daneben wegen der Mietrückstände anhängige Zahlungsklage zurück.

4                    Wegen der aus ihrer Sicht anschließend sofort wieder ausstehenden Mieten für Dezember 2006 und Januar 2007 kündigte die Klägerin in ihrer am 2. März 2007 zugestellten Klageschrift vom 24. Januar 2007 das Mietverhältnis erneut fristlos und verlangte die Räumung der Wohnung. Das Amtsgericht hat

den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen, nachdem der Beklagte im Berufungsrechtszug eine Unwirksamkeit der Mietvorauszahlungsklausel geltend gemacht und behauptet hatte, neben der Miete für Januar 2007 – insoweit hatte er am 31. Januar 2007 unstreitig 383,15 € an die Klägerin überwiesen – im Zuge der im Dezember 2006 zur Abwendung der Räumung erfolgten Ausgleichung der Rückstände auch die Miete für Dezember 2006 gezahlt zu haben. Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Es könne dahinstehen, ob der Beklagte die Miete für Dezember 2006 schuldig geblieben sei. Jedenfalls sei die Miete für Januar 2007 zum Zeitpunkt der Kündigung vom 24. Januar 2007 noch nicht fällig gewesen, weil die von § 551 Abs. 1 BGB aF abweichende Vorauszahlungsklausel in § 5 des Mietvertrages in der Kombination mit dem Aufrechnungsverbot gemäß § 6 des Mietvertrages nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 127, 245) wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters unwirksam sei. Daran habe auch die Neuregelung der Mietzahlungspflichten in § 556b Abs. 1 BGB nichts geändert, wonach nunmehr eine gesetzliche Vorauszahlungspflicht

bestehe. Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB habe die alten Fälligkeitsregeln fortbestehen lassen, so dass die Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel nicht durch die zwischenzeitliche Gesetzesänderung geheilt worden sei.

8           Soweit die Klägerin den Räumungsanspruch in der Berufungsinstanz erstmals auch auf eine wiederholt unpünktliche Mietzahlung des Beklagten gestützt habe, sei dieser nachgeschobene Kündigungsgrund nicht zu berücksichtigen, weil die Klägerin ihn nicht im Kündigungsschreiben angegeben habe. In soweit genüge es auch nicht, wenn die neuen Gründe lediglich in einem prozessualen Schriftsatz mitgeteilt würden oder wenn der Kündigungsberechtigte erkläre, dass die bereits ausgesprochene Kündigung auch auf neue Gründe gestützt werde. Außerdem hätte in einer solchen Kündigungserklärung dargelegt werden müssen, welche Mieten wann verspätet gezahlt worden seien. Im Übrigen habe die Klägerin den Beklagten nicht, zumindest nicht hinsichtlich der hier in Rede stehenden verspäteten Mietzahlungen, in der erforderlichen Weise qualifiziert abgemahnt.

## II.

9           Diese Beurteilung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass die in der Klageschrift vom 24. Januar 2007 ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses nicht von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB (Verzug des Mieters mit der Entrichtung der Miete für zwei aufeinander folgende Termine) getragen wird. Die Annahme, dass die für die begehrte Räumung (§ 546 Abs. 1 BGB) erforderliche Kündigung des Mietverhältnisses nicht zugleich auf einen Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 1 BGB (fortdauernde unpünktliche Mietzahlung) gestützt werden könne, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

10           1. Das Berufungsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die in der Klageschrift ausgesprochene Kündigung nicht die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB erfüllt, wonach ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung vorliegt, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. Insoweit rügt die Revision ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht die am 31. Januar 2007 überwiesene Miete als fristgerecht eingegangene Mietzahlung für Januar 2007 angesehen hat und ein Verzug deshalb allenfalls hinsichtlich der Miete für den Vormonat eingetreten ist.

11           a) Das Berufungsgericht hat dem der Überweisung beigegebenen Buchungstext "MITE 1.01.2007" rechtsfehlerfrei die Leistungsbestimmung entnommen, dass die für Januar 2007 noch offene Miete getilgt werden sollte. Dies ist bereits durch den Wortlaut des Buchungstextes nahe gelegt, in welchem weder eine Zuordnung der Zahlung zum vorausgegangenen Monat Dezember 2006 noch zum nachfolgenden Monat Februar 2007 anklingt. Das gilt umso mehr, als die Klägerin nach ihrem im Berufungsrechtszug gehaltenen Vortrag und der dazu gefertigten Aufstellung der Zahlungseingänge diese Zahlung selbst dem Monat Januar zugeordnet und dadurch zum Ausdruck gebracht hatte, wie der Geldeingang nach ihrem Empfängerhorizont zu verbuchen war. Das Berufungsgericht hatte deshalb entgegen der Sichtweise der Revision keine Veranlassung, die am 31. Januar 2007 erbrachte Zahlung hiervon abweichend dem vorausgegangenen oder dem nachfolgenden Monat zuzuordnen und daran anknüpfend zu prüfen, ob der in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB vorausgesetzte Zahlungsverzug für zwei aufeinander folgende Monate unabhängig von der Frage, wann die Miete für Januar 2007 fällig geworden ist, auf

jeden Fall entweder für die Monate Dezember 2006/Januar 2007 oder Januar 2007/Februar 2007 eingetreten war.

- 12            b) Die Revision beanstandet ferner ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht die Vorauszahlungsklausel in § 5 des Mietvertrages vom 25. April 1986 als unwirksam angesehen und deshalb angenommen hat, dass der Beklagte mit der Miete für Januar 2007 nicht in Verzug geraten ist, weil diese gemäß § 551 Abs. 1 BGB aF erst mit Ablauf des Mietmonats fällig geworden ist.
- 13            aa) Die in dem verwendeten Formularymietvertrag vorgesehene Vorauszahlungspflicht war, wie auch die Revision nicht in Frage stellt, auf Grund ihrer Kombination mit den in § 6 des Mietvertrages enthaltenen Einschränkungen eines Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechts bei Mietminderungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Art. 229 § 5 Satz 2 BGB) unwirksam. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 127, 245, 251 ff.) war nach § 537 Abs. 3 BGB aF bei einem Mietverhältnis über Wohnraum jede zum Nachteil des Mieters von seinen Rechten aus § 537 Abs. 1 und 2 BGB aF abweichende Vereinbarung verboten, wozu nicht nur der völlige Ausschluss, sondern auch Beschränkungen eines Mietminderungsrechts gezählt haben. Da nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Gewährleistungsrechts in § 537 Abs. 1 BGB aF die Minderung im Regelfall durch schlichten Abzug von der Miete durchgesetzt werden kann, stellt eine vertragliche Bestimmung, nach der der Mieter die Minderung aktiv im Klagewege durchsetzen müsste, eine unzulässige Beschränkung des Minderungsrechts im Wohnraummietverhältnis dar. Dies wäre nach der hier zu beurteilenden Klausel der Fall, weil darin die Durchsetzung eines Minderungsrechts nicht nur in einem allenfalls geringfügigen zeitlichen Umfang verschoben wird (dazu Senatsurteil vom 14. November 2007 – VIII ZR 337/06, WuM 2008, 152, Tz. 15). Die Ausübung eines Minderungsrechts durch Auf-

rechnung wird vielmehr für nachträgliche Mängel, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, so dass er für eine dadurch verminderte Gebrauchsfähigkeit der Mietsache auch nicht nach § 538 Abs. 1 BGB aF eintreten muss, ganz ausgeschlossen. Zudem begrenzt die Klausel den Mieter ungeachtet des einem Mangel zukommenden Gewichts bei Ausübung seines Minderungsrechts auch sonst der Höhe nach dauerhaft auf einen Betrag von höchstens 25 % der monatlichen Miete.

- 14           bb) An die Stelle der unwirksamen Vorauszahlungsklausel ist gemäß § 306 Abs. 2 BGB die Vorschrift des § 551 Abs. 1 Satz 2 BGB aF getreten, wonach ein nach Zeitabschnitten bemessener Mietzins nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist. Diese Bestimmung ist nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB für den Mietvertrag der Parteien über den 31. August 2001 hinaus in Geltung geblieben und nicht durch den seither geltenden § 556b Abs. 1 BGB ersetzt worden, der nunmehr eine Entrichtung der Miete zu Beginn ihres jeweiligen Bemessungsabschnitts vorsieht. Soweit die Revision dem gegenüber die Ansicht vertritt, Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB werde bei Dauerschuldverhältnissen für die Zeit ab 1. Januar 2003 von Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB verdrängt, kann dem nicht gefolgt werden. Der Senat hat bereits entschieden, dass die in Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB enthaltene Übergangsvorschrift zu § 573c Abs. 4 BGB als die speziell auf die mietvertragliche Interessenlage zugeschnittene Regelung der für Dauerschuldverhältnisse nur allgemein konzipierten Übergangsbestimmung in Art. 229 § 5 EGBGB vorgeht (Urteil vom 6. April 2005 – VIII ZR 155/04, NJW 2005, 1572, unter II 2 b bb; Urteil vom 15. März 2006 – VIII ZR 134/05, NJW 2006, 1867, Tz. 9 f.; Urteil vom 7. Februar 2007 – VIII ZR 145/06, WuM 2007, 202, Tz. 14). Dasselbe hat der Senat für das Verhältnis von Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB und Art. 229 § 5 EGBGB angenommen (Urteil vom 11. Juli 2007 – VIII

ZR 230/06, WuM 2007, 513, Tz. 7). Für die in Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB angeordnete Fortgeltung der Fälligkeitsbestimmung des § 551 BGB aF gilt dieser aus der Spezialität der Übergangsregelung folgende Vorrang in gleicher Weise.

15 Dem entsprechend wird in der mietrechtlichen Instanzrechtsprechung (LG Hamburg, WuM 2007, 710; LG Berlin, GE 2003, 529, 531; AG Köln, WuM 2007, 40; AG Saarbrücken, WuM 2004, 657; AG Wetzlar, WuM 2002, 307) wie auch im Schrifttum (Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 556b Rdnr. 33; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556b Rdnr. 48; MünchKommBGB/Artz, 5. Aufl., § 556b Rdnr. 17; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl., § 556b BGB Rdnr. 15; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2006), § 556b Rdnr. 9, jeweils m.w.N.) nahezu einhellig angenommen, dass es für Altverträge im Falle einer Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel gemäß Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB bei der seinerzeit geltenden Fälligkeitsbestimmung des § 551 Abs. 1 BGB aF bleibt, die dabei zugleich Leitbildfunktion für die im Rahmen von § 307 BGB vorzunehmende Wirksamkeitsprüfung der Vorauszahlungsklausel hat. Soweit vereinzelt die Ansicht vertreten wird, die Prüfung der Klausel müsse sich heute jedenfalls an der Leitbildfunktion des § 556b Abs. 1 BGB orientieren, der mittlerweile eine Vorauszahlungspflicht vorgibt (Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 556b Rdnr. 51), kann dem nicht gefolgt werden. Für die Prüfung der Wirksamkeit einer Formulklausel ist im Individualprozess allein auf die Gesetzeslage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (vgl. BGHZ 112, 115, 118; Bamberger/Roth/H. Schmidt, aaO, § 307 Rdnr. 39). Nachträgliche Gesetzesänderungen können dagegen grundsätzlich keine Änderung des Prüfungsmaßstabs mehr bewirken (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juni 1994 – XII ZR 241/92, WM 1994, 1940, unter I 3 [zu § 134 BGB]).

16

c) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es sei auch ein Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB gegeben, weil sich der Beklagte bei Zugang der Kündigungserklärung am 2. März 2007 für die vorausgegangenen letzten drei Monate jedenfalls mit zwei Monatsmieten im Rückstand befunden habe. Der bis zur Zustellung der Klageschrift eingetretene (geringfügige) Verzug hinsichtlich der Miete für Februar 2007 kann nicht berücksichtigt werden, weil dieser Umstand nicht Gegenstand der in der Klageschrift gegebenen Kündigungsbegründung nach § 569 Abs. 4 BGB war, die insoweit ein Wirksamkeitserfordernis darstellt (Senatsbeschluss vom 22. Dezember 2003 – VIII ZB 94/03, NJW 2004, 850, unter II 2 a). Zwar genügt es in Fällen des Zahlungsverzuges bei einfacher Sachlage, dass der Vermieter diesen Umstand als Kündigungsgrund angibt und den Gesamtbetrag der rückständigen Miete beziffert, weil der Mieter in einem solchen Fall ohne Weiteres in der Lage ist, die Kündigung anhand eines einfachen Vergleichs der geschuldeten mit der gezahlten Miete zu überprüfen (Senatsbeschluss vom 22. Dezember, aaO, unter II 2 b bb). Es genügt, dass der Mieter an Hand der Begründung des Kündigungsschreibens erkennen kann, von welchem Mietrückstand der Vermieter ausgeht und dass er diesen Rückstand als gesetzlichen Grund für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges heranzieht (Senatsbeschluss vom 22. Dezember, aaO, unter II 2 b cc). Auch nach diesen Grundsätzen kann die Klägerin die in der Klage ausgesprochene Kündigung jedoch nicht auf Verzug auch mit der Miete für Februar 2007 stützen. Denn die Klageschrift datiert vom 24. Januar 2007 und kann demgemäß den Verzug mit der Miete für Februar 2007 nicht zum Gegenstand haben. Davon abgesehen wird in der Klageschrift auch nicht ein zeitlich nicht näher zugeordneter Gesamtrückstand, sondern ausdrücklich und allein der behauptete Mietrückstand für die Monate Dezember 2006 und Januar 2007 als Kündigungsgrund "gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3a BGB" angeführt.

17            2. Das Berufungsgericht hat jedoch nur unzureichend geprüft, ob das Mietverhältnis nicht durch eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der fortdauernden unpünktlichen Mietzahlung beendet worden ist.

18            a) Insoweit greift die Revision zwar nicht die Feststellung des Berufungsgerichts an, die von der Klägerin im Berufungsrechtszug aufgegriffene unpünktliche Mietzahlung stelle lediglich einen der vorausgegangenen Kündigung nachgeschobenen weiteren Kündigungsgrund dar, der wegen des Begründungserfordernisses nach § 569 Abs. 4 BGB nicht zu berücksichtigen sei (vgl. Schmidt-Futterer/Blank, aaO, § 569 BGB Rdnr. 71; Blank/Börstinghaus, aaO, § 569 Rdnr. 106). Die Revision rügt aber mit Recht, dass das Berufungsgericht außer Acht gelassen hat, dass die Klägerin die in der Klageschrift ausgesprochene Kündigung erkennbar auch auf die fortdauernde unpünktliche Mietzahlung des Beklagten gestützt hat. Die in der Klageschrift erklärte Kündigung des Mietverhältnisses ist zugleich auf den Umstand gestützt, dass der Beklagte kurz zuvor durch Schreiben vom 15. November 2006 ausdrücklich darauf hingewiesen worden war, dass die nächsten Mieten pünktlich und vollständig eingehen müssten. Deshalb – so ist in der Klageschrift weiter ausgeführt - bestehe die Klägerin auf der Räumung durch den Beklagten, da dieser offensichtlich nicht willens sei, seine mietvertraglichen Verpflichtungen pünktlich und regelmäßig zu erfüllen. Darin kommt unmissverständlich zum Ausdruck, dass auch das vorausgegangene Mietzahlungsverhalten des Beklagten als Kündigungsgrund herangezogen werden soll.

19            b) Ebenso beanstandet die Revision zu Recht, dass das Berufungsgericht das Schreiben vom 15. November 2006 nicht als qualifizierte Abmahnung gewertet hat. Das genannte Schreiben wird durchaus den Anforderungen ge-

recht, die an eine qualifizierte Abmahnung zu stellen sind. Auch insoweit kann der Senat die Erklärungen der Klägerin selbst auslegen, weil das Berufungsgesicht den Erklärungsgehalt des Schreibens rechtsfehlerhaft nicht ausgeschöpft hat und weitere tatsächliche Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind (vgl. Senatsurteil vom 22. Oktober 2008 – VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62, Tz. 11; Senatsurteil vom 25. September 1996 – VIII ZR 76/95, WM 1997, 13, unter III 1 a).

20 In diesem Schreiben hat die Klägerin für die in Aussicht genommene Fortsetzung des Mietverhältnisses, zu der es nach Rücknahme der ursprünglichen Räumungsklage im Ergebnis gekommen ist, unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie angesichts der in erheblicher Höhe aufgelaufenen Rückstände zumindest für die nächsten zwölf Monate einen vollständigen und pünktlichen Mieteingang unbedingt sichergestellt wissen wollte. Zugleich hat sie verdeutlicht, dass sie bei Zahlungsverzug keine Nachsicht mehr gewähren und bereits bei vierzehntägiger Fristüberschreitung rechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung einer Räumung ergreifen werde. Diese Erklärung erfüllt zum einen alle Anforderungen an eine Abmahnung als rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, die darauf abzielt, der anderen Vertragspartei ein bestimmtes, als Vertragsverletzung beanstandetes Fehlverhalten vor Augen zu führen, und zwar verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten zur Vermeidung weiterer vertragsrechtlicher Konsequenzen aufzugeben oder zu ändern (Senatsurteil vom 20. Februar 2008 – VIII ZR 139/07, NJW 2008, 1303, Tz. 7 m.w.N.). Zum anderen ist dem Beklagten unmissverständlich klar gemacht worden, dass bei künftigem Zahlungsverzug unnachsichtig die erforderlichen Maßnahmen zur Herbeiführung einer Wohnungsräumung ergriffen werden. Dass hierbei an die schon lange anhaltenden und im genannten Schreiben bezifferten Zahlungsrückstände vor Ausspruch der Abmahnung angeknüpft worden ist, die der Beklagte dar-

auffin im Dezember 2006 durch Zahlung an den Prozessbevollmächtigten der Klägerin beglichen hat, und dass ankündigungsgemäß bereits kurz nach vermeintlichem Ausbleiben der Miete für Dezember 2006 und Verzugseintritt hinsichtlich der Miete für Januar 2007 gekündigt worden ist, steht auch sonst nicht im Widerspruch zum Zweck des Abmahnerfordernisses, dem Mieter Gelegenheit zur Änderung seines Verhaltens zu geben. Vielmehr muss gerade nach fortdauernd unpünktlichen Mietzahlungen das Verhalten des Mieters in der Folge einer Abmahnung mit Kündigungsandrohung darauf angelegt sein, das Vertrauen des Vermieters in eine pünktliche Zahlungsweise wieder herzustellen (Senatsurteil vom 11. Januar 2006 – VIII ZR 364/04, NJW 2006, 1585, Tz. 14 f.). Die Wirksamkeit der Kündigung scheidet deshalb entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht bereits am Abmahnerfordernis.

- 21           c) Das Berufungsgericht hat – nach seinem Standpunkt folgerichtig – nicht mehr geprüft, ob auf der Grundlage des in der Klageschrift zur Begründung der Kündigung angeführten Zahlungsverzuges ein Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung im Sinne von § 543 Abs. 1 BGB vorgelegen hat. Auch fortdauernde unpünktliche Mietzahlungen können einen solchen Grund bilden, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dies festzustellen obliegt in erster Linie dem Tatrichter durch eine von ihm vorzunehmende wertende Betrachtung der Gesamtumstände (Senatsurteil vom 11. Januar 2006, aaO, Tz. 12 f. m.w.N.).

22 Bei dieser wertenden Betrachtung kommt es zwar nicht auf die zur Begründung der Kündigung aufgegriffene Miete für Januar 2007 an, weil der Beklagte insoweit nicht in Verzug geraten ist (dazu vorstehend unter II 1 b). Ebenso wenig kann die etwas verspätet gezahlte Miete für Februar 2007 berücksichtigt werden, weil dieser Umstand nicht Gegenstand der in der Klageschrift gegebenen Kündigungsbegründung war (vgl. vorstehend II 1 c). Entscheidend ist vielmehr, ob und aus welchem Grund eine Zahlung der Miete für Dezember 2006 unterblieben ist.

23 Ob der Beklagte die Miete für Dezember 2006 schuldig geblieben ist, hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen. Dies wäre allerdings unabdingbare Voraussetzung für eine Wirksamkeit der in der Klageschrift ausgesprochenen Kündigung. Sollte dies der Fall sein, könnte zwar selbst bei einem Zahlungsverzug mit nur einer Monatsmiete der Ausspruch einer Kündigung gerechtfertigt sein, wenn das Vertrauen des Vermieters in die Wiederherstellung einer pünktlichen Zahlungsweise des Mieters angesichts des vorausgegangenen Geschehens sofort wieder enttäuscht worden ist und deshalb nachhaltig erschüttert war (vgl. Senatsurteil vom 11. Januar 2006, aaO, Tz. 15). Insoweit bedarf es jedoch weiterer tatrichterlicher Feststellungen zu den Umständen, die einem etwaigen erneuten Verzug zugrunde liegen.

### III.

24 Das Berufungsurteil kann demnach, soweit es eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der fortdauernden unpünktlichen Mietzahlung betrifft, keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst abschließend entscheiden, da zu der Frage, ob und ggf. aus welchem Grund der Beklagte die Miete für Dezember 2006 schuldig geblieben ist, weitere Feststellungen zu treffen sind. Die

Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball

Wiechers

Dr. Frellesen

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Vorinstanzen:

AG Düsseldorf, Entscheidung vom 02.08.2007 - 56 C 1095/07 -

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 21.02.2008 - 21 S 408/07 -