

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

BGH, Urteil vom 9. Mai 2012 - VIII ZR 327/11 - LG Hamburg

AG Hamburg-Barmbek, Entscheidung vom 26.08.2010 - 812 C 186/09 -

LG Hamburg, Entscheidung vom 21.10.2011 - 311 S 60/10 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 2012 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider, die Richterin Dr. Fetzer und den Richter Dr. Bünger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der Zivilkammer 11 des Landgerichts Hamburg vom 21. Oktober 2011 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

### **Tatbestand:**

Die Klägerin, eine Wohnungsbaugenossenschaft, überließ der Beklagten als ihrem Mitglied durch Dauernutzungsvertrag vom 4. März 2005 aus ihrem Bestand eine öffentlich geförderte preisgebundene Wohnung in Hamburg. In § 4 des von der Klägerin gestellten Formularvertrages heißt es:

"(1) Das Nutzungsverhältnis wird für unbestimmte Zeit abgeschlossen.

(2) Der Vertrag kann vom Mitglied bis zum dritten Werktag eines Kalendermonats für den Ablauf des übernächsten Kalendermonats schriftlich gekündigt werden. Die fristlose Kündigung richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Das Recht zur Nutzung der Genossenschaftswohnung ist an die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft gebunden. Scheidet das Mitglied bei Lebzeiten aus der Genossenschaft aus, so ist die Genossenschaft berechtigt, das Nutzungsverhältnis zum nächstzulässigen Termin unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen zu kündigen.

(4) Während des Fortbestehens der Mitgliedschaft wird die Genossenschaft von sich aus das Nutzungsverhältnis grundsätzlich nicht auflösen. Sie kann jedoch in besonderen Ausnahmefällen das Nutzungsverhältnis schriftlich unter Einhaltung

der gesetzlichen Fristen kündigen, wenn wichtige berechnigte Interessen der Genossenschaft eine Beendigung des Nutzungsverhältnisses notwendig machen."

Eine mit "Fristlose Kündigung" überschriebene Bestimmung in Nr. 8 der in den Dauernutzungsvertrag einbezogenen Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) der Klägerin, die bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung vorsieht und als Beispiel für einen solchen wichtigen Grund unter anderem den in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB beschriebenen Zahlungsverzug benennt, ist durchgestrichen.

Die monatlich im Voraus fällige Nutzungsgebühr belief sich im Dezember 2008 auf 528,93 € und setzte sich aus einer Grundnutzungsgebühr von 338,93 €, einer Betriebskostenvorauszahlung von 140 € sowie einer Heizkostenvorauszahlung von 50 € zusammen. Mit der für 2007 erteilten Betriebskostenabrechnung vom 13. November 2008, deren Positionen zwischen den Parteien teilweise streitig sind, setzte die Klägerin für die Zeit ab Januar 2009 einen um 30,50 € höheren Vorauszahlungsbetrag fest. Ferner erhöhte sie mit Schreiben vom 10. Juni 2009 die Grundnutzungsgebühr für die Zeit ab Juli 2009 um 9,75 € auf 348,68 €. Die Beklagte zahlte von Januar bis September 2009 lediglich den bisherigen Betrag von 528,93 €, wobei die von ihr für den Monat Juli erst am 11. Juli 2009 veranlasste Zahlung bei der Klägerin am 14. Juli 2009 einging.

Über das Vermögen der Beklagten war zwischenzeitlich durch Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 8. Mai 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet und der frühere Beklagte zu 2 zum Treuhänder bestellt worden. Dieser gab unter dem 26. Mai 2009 gegenüber der Klägerin eine Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO ab. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 kündigte die Klägerin, die im März 2009 wegen der nach ihrer Auffassung bestehenden Mietrückstände einen Mahnbescheid gegen die Beklagte erwirkt hatte, gegenüber dem Treuhänder das Dauernutzungsverhältnis wegen Zahlungsverzugs mit der Miete für Juli 2009, Rückständen bei den Betriebskostenvorauszahlungen für die Monate Januar bis Juni 2009 von jeweils 30,50 € sowie eines Mietrückstands für Februar 2008 von 38,46 € fristlos, hilfsweise fristgerecht. Weitere Kündigungen sprach sie gegenüber der Beklagten unter dem 20. Juli 2009, 21. Juli 2009 und 1. Oktober 2009 aus; diese Kündigungen stützte sie auf einen Rückstand mit denjenigen Beträgen, welche für Mai und Juni 2009 in Höhe von 30,50 € monatlich und ab Juli 2009 in Höhe von 40,25 € monatlich hinter der von ihr festgesetzten erhöhten Nutzungsgebühr zurückgeblieben waren.

Die gegen die Beklagte gerichtete Klage auf Räumung der Wohnung nebst Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision hat Erfolg.

## I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Die Klägerin sei selbst im Falle eines gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB relevanten Zahlungsverzugs nicht zur Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt gewesen. Der Wirksamkeit sämtlicher ausgesprochener Kündigungen stehe § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entgegen. Diese Bestimmung sei auch bei preisgebundenem Wohnraum entsprechend anwendbar, sodass die Klägerin sich vor einer abschließenden gerichtlichen Klärung, ob die von ihr einseitig vorgenommenen Erhöhungen der Miete und der Nebenkostenvorauszahlungen berechtigt gewesen seien, vor Ablauf der anschließenden Sperrfrist nicht auf den eingetretenen Rückstand berufen könne. Zwar beruhe die Forderung der Klägerin auf erhöhte Nebenkostenvorauszahlungen, die neben der Julimiete überhaupt erst einen relevanten Rückstand hätten herbeiführen können, nicht auf dem in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB in Bezug genommenen § 560 BGB, sondern wegen der Preisgebundenheit des Wohnraums auf § 11 des Hamburger Wohnungsbindungsgesetzes. Insoweit liege aber eine planwidrige Regelungslücke vor. Es sei weder ersichtlich noch nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber einen Vermieter preisgebundenen Wohnraums gegenüber einem Vermieter von preisfreiem Wohnraum für diese Fallgestaltung habe privilegieren wollen. Außerdem sei die Interessenlage gleich, da es auch bei preisgebundenem Wohnraum dem Vermieter zumutbar sei, den Streit über die Wirksamkeit der Mieterhöhung gerichtlich klären zu lassen. Andernfalls würde ihm die Möglichkeit eröffnet, einen Mieter durch den Druck einer drohenden Kündigung zur Anerkennung von Mieterhöhungen zu bewegen, die möglicherweise nicht geschuldet seien. Für eine solche Bevorzugung bestehe kein Anlass, zumal dadurch besonders die regelmäßig sozial schwächer gestellten und deshalb eher schutzbedürftigen Mieter preisgebundenen Wohnraums benachteiligt würden.

## II.

Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Wirksamkeit der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigungen des Dauernutzungsverhältnisses und demgemäß die Berechtigung des von der Klägerin gemäß § 546 Abs. 1 BGB erhobenen Räumungsverlangens nicht verneint werden.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Dauernutzungsvertrag der Sache nach um einen Mietvertrag handelt und deshalb die Frage, ob die Klägerin wegen des nach ihrer Auffassung eingetretenen Mietzahlungsverzugs der Beklagten ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Nutzungsverhältnisses hatte, nach den dafür im Wohnraummietrecht vorgesehenen Kündigungsbestimmungen, insbesondere § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB, zu beurteilen ist, soweit die Parteien nicht in zulässiger Weise Abweichendes vereinbart haben (vgl. Senatsurteile vom 10. September 2003 - VIII ZR 22/03, WuM 2003, 691 unter II; vom 14. Oktober 2009 - VIII ZR 159/08, WuM 2009, 744 Rn. 9; vom 24. März 2010 - VIII ZR 177/09, BGHZ 185, 114 Rn. 8).

Dies greift die Revision ebenso wenig an wie die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass sich bei dem hier gegebenen preisgebundenen Wohnraum eine Erhöhung der Nutzungsgebühr und der Nebenkostenvorauszahlungen nicht nach §§ 558, 560 BGB, sondern nach dem mit § 10 WoBindG übereinstimmenden § 11 des Gesetzes zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgisches Wohnungsbindungsgesetz - HmbWoBindG) vom 19. Februar 2008 (HmbGVBl. S. 305) bestimmt. Danach kann der Vermieter dem Mieter gegenüber schriftlich erklären, dass das vom Mieter gezahlte Entgelt und die gezahlten Umlagen um einen bestimmten Betrag bis zur Höhe des zulässigen Entgelts erhöht werden sollen, wenn der Mieter nur zur Entrichtung eines niedrigeren als des nach diesem Gesetz (§§ 8 ff., § 29 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 Buchst. a HmbWoBindG i.V.m. § 4 Abs. 7, 8, § 20 NMV 1970, § 27 II. BV) zulässigen Entgelts verpflichtet ist. Da die Erklärung des Vermieters gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 HmbWoBindG die Wirkung hat, dass von dem Ersten des auf die Erklärung folgenden Monats an das erhöhte Entgelt an die Stelle des bisher zu entrichtenden Entgelts tritt, und das Berufungsgericht keine Feststellungen zur Berechtigung der Erhöhungsverlangen der Klägerin getroffen hat, ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass die Beklagte der Klägerin die jeweiligen Erhöhungsbeträge schuldete und bei Ausspruch der Kündigung vom 7. Juli 2009 für die Monate Juni und Juli 2009 mit einem gemäß § 556b Abs.1 BGB bis zum dritten Werktag eines jeden Monats zu entrichtenden und die Miete für einen Monat übersteigenden Betrag in Verzug geraten war.

2. Zu Recht beanstandet die Revision jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei an einer wirksamen Kündigung bereits durch § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB gehindert gewesen. Nach dieser Vorschrift kann der Vermieter, wenn der Mieter rechtskräftig zur Zahlung einer erhöhten Miete nach den §§ 558 bis 560 BGB verurteilt worden ist, das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind.

a) Ob § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB, der nach seinem Wortlaut nur Mieterhöhungen und Veränderungen von Betriebskosten gemäß §§ 558 bis 560 BGB und damit nur Entgeltveränderungen bei preisfreiem Wohnraum erfasst, auf Anpassungen der Kostenmiete bei preisgebundenem Wohnraum nach Maßgabe von § 10 WoBindG und entsprechender landesrechtlicher Vorschriften - hier § 11 HmbWoBindG - entsprechend anzuwenden ist, ist umstritten.

Teilweise wird eine analoge Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB wegen Fehlens einer gleichwertigen Regelung im Preisbindungsrecht für geboten erachtet. Denn die Interessenlage bei Mieterhöhungen nach § 10 WoBindG sei nicht anders als bei denjenigen nach §§ 558 ff. BGB. Zudem seien die Mieter von preisgebundenem Wohnraum besonders schutzbedürftig, da sie im Zweifel zu den sozial schwächeren Bevölkerungsschichten zählten und nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Gesetzgeber diese Mieter von dem mit § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB bezweckten Schutz habe ausnehmen wollen (LG Köln, WuM 1995, 593; AG Hamburg-Harburg, ZMR 2011, 558, 559; Ster-nel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XII 147; jurisPK-BGB/Mössner, 5. Aufl., § 569 Rn. 188).

Die Gegenansicht verweist auf den für eindeutig erachteten Wortlaut der Norm, der Mieterhöhungen nach Maßgabe von Rechtsvorschriften außerhalb des BGB gerade nicht erfasse (Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 569 Rn. 46; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 569 Rn. 35; Bamberger/Roth/ Wöstmann, BGB, 2. Aufl., § 569 Rn. 19; AnwK-BGB/Hinz, 2005, § 569 Rn. 53; Franke in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Stand Januar 2011, § 569 Anm. 9.1). Ferner verweist sie darauf, dass der Gesetzgeber in § 10 Abs. 3 Nr. 1 MHG bereits die § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entsprechende Vorgängerbestimmung des § 9 Abs. 2 MHG ausdrücklich von einer Anwendung auf preisgebundenen Wohnraum ausgenommen habe und auch die Neufassung des Gesetzes nach der Mietrechtsreform nur das private Wohnraummietrecht habe erfassen sollen (Lammel, aaO, § 569 Rn. 46 Fn. 74).

b) Mit der zuletzt genannten Auffassung hält der Senat die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf preisgebundenen Wohnraum für nicht gegeben. Dazu fehlt es entgegen der Sichtweise des Berufungsgerichts bereits an der erforderlichen Regelungslücke. Abgesehen davon, dass schon der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift im Gesamtzusammenhang der Kündigungsbestimmungen für eine restriktive Handhabung der Vorschrift und damit gegen eine Analogiefähigkeit spricht (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 unter II 2 c), macht die Entstehungsgeschichte der Norm deutlich, dass die vom Berufungsgericht für geboten erachtete Analogie auszuschließen hat.

aa) Eine dem § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entsprechende Regelung findet sich erstmals in § 3 Abs. 5 des Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25. November 1971 (BGBl. I S. 1839 - WKSchG), die ursprünglich allerdings nur auf die heute in § 558 BGB geregelte Mieterhöhung bezogen war und die heute in § 560 BGB und damals in § 3 Abs. 6 WKSchG geregelte Betriebskostenerhöhung noch nicht mit erfasst hatte. Durch § 3 Abs. 5 WKSchG wollte der Gesetzgeber sichergestellt wissen, dass wegen derjenigen Erhöhungsbeträge, die während des Klageverfahrens auf Durchsetzung des Zustimmungsanspruchs des Vermieters zur Mieterhöhung gemäß § 3 Abs. 3 WKSchG eventuell aufgelaufen waren, nicht alsbald nach Rechtskraft des Urteils eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 554 BGB aF) erfolgen konnte. Gleichzeitig war jedoch in § 3 Abs. 7 WKSchG bestimmt worden, dass die Regelungen des § 3 WKSchG nicht für preisgebundenen Wohnraum gelten. Dies ist damit begründet worden, dass bei preisgebundenem Wohnraum die Obergrenzen für die Miethöhe wie auch die Möglichkeit für die Durchsetzung einer Mieterhöhung besonders geregelt seien, sodass Absatz 7 klarstelle, dass die Absätze 1 bis 6 für Mietverhältnisse über solchen Wohnraum nicht gelten sollten (BT-Drucks. VI/2421, S. 4).

bb) Daran hat sich durch den in Art. 3 des Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 18. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3603) geschaffenen § 9 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe (Miethöhegesetz - MHG) nichts geändert. Hierdurch ist zwar die bisherige Regelung in § 3 Abs. 7 WKSchG unter anderem auf die den heutigen §§ 559, 560 BGB entsprechenden Regelungen der §§ 3 f. MHG erweitert worden, weil es für

notwendig erachtet worden ist, diese Schutzvorschrift für den Mieter etwa auch auf Mieterhöhungen bei Modernisierungen nach § 3 MHG auszudehnen, zumal in diesen Fällen die Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam werde (BT-Drucks. 7/2011, S. 13). Gleichzeitig ist jedoch für preisgebundenen Wohnraum die bisherige Regelung beibehalten und in § 10 Abs. 3 Nr. 1 MHG lediglich dahin angepasst worden, dass die Vorschriften der §§ 1 bis 9 MHG nicht für Mietverhältnisse über preisgebundenen Wohnraum gelten sollten (vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 14). Ein noch weitergehender Regelungsvorschlag des Bundesrates, dem preisgebundenen Wohnraum denjenigen Wohnraum gleichzustellen, für den aufgrund anderer Rechtsvorschriften oder vertraglicher Vereinbarungen höchstens die Kostenmiete nach den für preisgebundenen Neubauwohnraum geltenden Vorschriften gefordert werden darf, ist nicht in das Gesetz übernommen worden (vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 18, 20; ferner bereits BR-Drucks. 391/71 [Beschluss], S. 5).

cc) An dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber bei Schaffung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB im Zuge des Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149), durch dessen Art. 10 Nr. 1 zugleich das Miethöhegesetz aufgehoben worden ist, festgehalten. Die nunmehr auf die §§ 558 ff. BGB bezogene Übernahme des § 9 Abs. 2 MHG in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB hat der Gesetzgeber damit begründet, dass diese Regelung systematisch zu den Regelungsgegenständen des § 569 BGB gehöre und in dieser Bestimmung leichter aufzufinden sei als bei den Regelungen der §§ 558 ff. BGB über die Mieterhöhung (BT-Drucks. 14/4553, S. 64).

Gleichzeitig ist in der Gesetzesbegründung zum Verhältnis des privaten Wohnraummietrechts zum öffentlichen Wohnungsrecht klargestellt worden, dass der in dieser Form dann auch umgesetzte Entwurf das private Wohnraummietrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch zusammenfasse. Das betreffe in erster Linie die Vorschriften über die Erhöhung der Miete bei nicht preisgebundenen Wohnungen aus dem Miethöhegesetz; die hierin enthaltenen Vorschriften seien in das BGB eingearbeitet worden. Dagegen sei das öffentliche Wohnungsrecht (Zweites Wohnungsbaugesetz, Wohnungsbindungsgesetz, Neubaumietenverordnung, Zweite Berechnungsverordnung) nicht einbezogen worden. Gleiches gelte für die privatrechtlichen Ergänzungsvorschriften für den öffentlich geförderten Wohnungsbau, da sie nicht in das System des privaten Mietrechts passten und das Bürgerliche Gesetzbuch auch unnötig mit zahlreichen komplizierten Vorschriften überfrachten würden, die nur für einen verhältnismäßig kleinen Teil des Wohnungsbestandes gelten würden und stark an den differenzierten Anforderungen der verschiedenen Arten der Wohnungsbauförderung ausgerichtet seien (BT-Drucks. 14/4553, S. 35).

Diese Erwägungen schließen zugleich die Annahme aus, der Gesetzgeber, der bis dahin die Mieter preisgebundenen Wohnraums aufgrund der gesetzlichen Vorschriften zur Kostenmiete nicht für in gleicher Weise schutzbedürftig erachtet hat wie die Mieter preisfreien Wohnraums (vgl. BT-Drucks. 7/2011, S. 20), habe im Zuge der Aufhebung des Miethöhegesetzes den Anwendungsbereich des bisherigen § 9 Abs. 2 MHG bei der Übernahme in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB über seinen Wortlaut hinaus um den bisher ausdrücklich ausgeschlossenen preisgebundenen

Wohnraum erweitern oder sonst die vereinzelt in andere Richtung gehende, dabei jedoch dem eindeutigen Gesetzeswortlaut widersprechende Instanzrechtsprechung billigen wollen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt deshalb bereits keine durch Analogie zu schließende Regelungslücke vor, die es zuließe, den Anwendungsbereich des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB über seinen Wortlaut hinaus auf Miet- und Betriebskostenerhöhungen nach Maßgabe des § 10 WoBindG und entsprechender landesrechtlicher Kostenmietbestimmungen auszudehnen.

3. Soweit es die Kündigung vom 7. Juli 2009 anbelangt, bei deren Zugang die Voraussetzungen für einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB nach den revisionsrechtlich zu unterstellenden Mietrückständen - anders als bei den späteren Kündigungen - allein gegeben waren, erweist sich das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

a) Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob der Auslegung des Amtsgerichts zu folgen sei, nach der § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrags auch die Möglichkeiten der Klägerin zur außerordentlichen Kündigung eingeschränkt habe, wofür - so das Berufungsgericht - immerhin spreche, dass es sich bei diesem Vertrag um einen zu Lasten der Klägerin auszulegenden Formularvertrag handele. Einer solchen Auslegung, die ein auf § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB gestütztes Recht der Klägerin zur Kündigung aus wichtigem Grund ausschließen würde, kann aber entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht gefolgt werden. Diese Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann, weil formularmäßig gestaltete Vertragsbedingungen der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegen und weitere tatrichterliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. Senatsurteile vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 244/08, WuM 2010, 27 Rn. 11; vom 24. März 2010 - VIII ZR 122/08, WM 2010, 1283 Rn. 19; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 293/10, NJW 2011, 3510 Rn. 11), ergibt vielmehr, dass der von der Klägerin verwendete Formularvertrag die nach § 543 BGB bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten der Klägerin zur Kündigung des Dauernutzungsvertrages aus wichtigem Grund nicht einschränkt.

aa) Die Vertragsbestimmung in § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrages, die sich in inhaltsgleicher Form häufig in den von Wohnungsgenossenschaften verwendeten Vertragsformularen findet (Lützenkirchen, WuM 1994, 5, 9), wird in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum dahin verstanden, dass sie lediglich darauf abzielt, das Recht des Vermieters zur ordentlichen Kündigung nach § 564b BGB aF beziehungsweise § 573 BGB einzuschränken. Danach beschreibe die genannte Vertragsbestimmung im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung, nach der zur Wirksamkeit der (ordentlichen) Kündigung bereits ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne eines vernünftigen, billigen Erlangungsinteresses von nicht ganz unerheblichem Gewicht genüge, die Unauflöslichkeit des Mietverhältnisses durch ordentliche Kündigung während der Mitgliedschaft des Mieters in der Genossenschaft als Regelfall. Nur in besonderen Ausnahmefällen solle eine solche Kündigung zulässig sein, wenn wichtige berechnete Interessen der Genossenschaft eine Beendigung notwendig machten. Das habe insbesondere zur Folge, dass die Möglichkeiten des Vermieters, das

Mietverhältnis von sich aus aufzulösen, ohne dass eine Vertragsverletzung des Mieters vorliege, erheblich eingeschränkt würden (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 89, 90; LG Frankenthal, Urteil vom 27. Juli 2005 - 2 S 119/05, juris Rn. 5; LG Berlin, GE 2012, 65). Allerdings wird die genannte Vertragsbestimmung nicht zugleich dahin verstanden, dass sie auch Kündigungen ausschließt, für die etwa aufgrund eines vertragsverletzenden Verhaltens des Mieters nach den gesetzlichen Voraussetzungen ein wichtiger Grund im Sinne von § 543 BGB besteht; eine hierauf gestützte Kündigung wird von einem auf berechnete wichtige Interessen beschränkten Kündigungsrecht vielmehr als mit umfasst angesehen (vgl. OLG Karlsruhe, aaO; LG Frankenthal, aaO; ferner OLG Karlsruhe, NJW 1984, 2584; jurisPK-BGB/Mössner, aaO, § 573 Rn. 20; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 573 Rn. 40). Dem ist zu folgen.

bb) Formularvertragliche Klauseln sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen sind (Senatsurteile vom 24. März 2010 - VIII ZR 122/08, und vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 244/08, jeweils aaO).

(1) § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrages lässt nach seinem Wortlaut nicht erkennen, dass die Klägerin dem vorstehend aufgezeigten gängigen Verständnis entsprechend sich über eine Einschränkung der Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung hinaus auch ihrer gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten aus wichtigem Grund begeben wollte. Das gilt namentlich dann, wenn der Kündigungsgrund wie hier revisionsrechtlich zu unterstellen ist in einem nach der gesetzlichen Wertung des § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB als erheblich anzusehenden Mietzahlungsverzug und damit in einer Vertragsverletzung von Gewicht besteht. Auch ein verständiger und redlicher Vertragspartner kann unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise die Formularklausel, wonach die Klägerin das Nutzungsverhältnis nur kündigen kann, wenn wichtige berechnete Interessen der Genossenschaft eine Beendigung des Nutzungsverhältnisses notwendig machen, billigerweise nicht dahin verstehen, dass die Klägerin sich selbst für diesen Fall ihres gesetzlichen Kündigungsrechts begeben und die Vertragsverletzung insoweit sanktionslos stellen wollte. Dabei ist nicht nur zu berücksichtigen, dass jedenfalls § 543 Abs. 1 BGB ein allgemeines und auch nicht abdingbares Recht beider Vertragsparteien normiert, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen (BT-Drucks. 14/4553, S. 43; vgl. ferner BGH, Urteil vom 5. Juni 1992 - LwZR 11/91, BGHZ 118, 351, 355; Münch-KommBGB/Bieber, aaO, § 543 Rn. 74; Bamberger/Roth/Ehlert, aaO, § 543 Rn. 61), sodass von einer freiwilligen Einschränkung dieses für ein Dauerschuldverhältnis elementaren Rechts jedenfalls nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann. Zusätzlich ist auch in Rechnung zu stellen, dass ein Verzicht auf Rechte im allgemeinen nicht zu vermuten ist, sofern nicht eindeutige Anhaltspunkte vorliegen, die der Vertragspartner als Aufgabe des Rechts - hier des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund gemäß § 543 BGB -

verstehen darf (BGH, Urteile vom 25. November 1998 - VIII ZR 259/97, WM 1999, 868 unter III 2 a; vom 7. Januar 2003 - X ZR 94/00, BGHReport 2003, 646, 647).

(2) Solche eindeutigen Anhaltspunkte, die einen Willen der Klägerin erkennen lassen, ohne jeden Vorbehalt ein für allemal auf ihr Kündigungsrecht nach § 543 BGB zu verzichten, liegen aus der Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners nicht vor. Sie ergeben sich insbesondere auch nicht daraus, dass die mit "Fristlose Kündigung" überschriebene Bestimmung in Nr. 8 der in den Dauernutzungsvertrag einbezogenen Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) der Klägerin gestrichen worden ist. Denn die Klägerin hat in § 4 Abs. 4 des Dauernutzungsvertrages unmissverständlich klargestellt, dass sie sich ungeachtet eines dem Mieter im Vergleich zu üblichen Mietverhältnissen zugebilligten erhöhten Bestandsschutzes jedenfalls für den Fall einer - wie hier - gegebenen schwerwiegenden Vertragsverletzung gerade nicht ihres gesetzlichen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund begeben wollte.

(3) Vor diesem Hintergrund kommt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch eine Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Klägerin nicht in Betracht. Denn diese Regel ist nicht schon dann anzuwenden, wenn Streit über die Auslegung besteht. Voraussetzung ist vielmehr, dass nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbare Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar sind (BGH, Urteile vom 6. März 1996 - IV ZR 275/95, NJW-RR 1996, 857 unter 3 a; vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 14). Außer Betracht zu bleiben haben dabei allerdings Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen (BGH, Urteile vom 15. November 2007 - III ZR 247/06, WM 2008, 308 Rn. 28; vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, aaO). Das ist hier - wie vorstehend ausgeführt - hinsichtlich eines Verzichts der Klägerin auf die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB der Fall.

b) Die Wirksamkeit der Kündigung vom 7. Juli 2009 scheitert auch nicht von vornherein daran, dass sie gegenüber dem Treuhänder und nicht gegenüber der Beklagten ausgesprochen worden ist. Zwar muss eine Kündigung, um wirksam zu sein, gegenüber dem anderen Vertragsteil erklärt werden und ihm zugehen (Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 542 Rn. 36; Erman/

Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 542 Rn. 14; jurisPK-BGB/Münch, aaO, § 542 Rn. 9). Der Treuhänder war jedoch am 7. Juli 2009 der richtige Kündigungsadressat.

aa) Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten ist ihr Recht, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter, hier gemäß § 313 Abs. 1 Satz 1, § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO auf den Treuhänder übergegangen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - IX ZR 333/00, NZI 2003, 666 unter I 2). Dementsprechend hat der Dauernutzungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten, der trotz der in § 109 Abs. 1 Satz 2, 3 InsO für

Wohnungsmietverhältnisse getroffenen Sonderregelungen nicht vom Massebeschlagn ausgenommen war (Pape, NZM 2004, 401, 410; Eckert, NZM 2006, 803, 804 f.; Uhlenbruck/Wegener, Insolvenzordnung, 13. Aufl., § 108 Rn. 30, § 109 Rn. 21; jeweils mwN; aA Marotzke, KTS 1999, 269 ff.), gemäß § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestanden und ist der Treuhänder mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens anstelle der Beklagten in den vor Verfahrenseröffnung geschlossenen Vertrag eingetreten. Dieser Stellung des Treuhänders entsprechend war die Kündigung der Klägerin an den Treuhänder zu adressieren (vgl. Flatow, NZM 2011, 607, 613; Uhlenbruck/Wegener, aaO, § 109 Rn. 21).

bb) Hieran hat bei Ausspruch der Kündigung vom 7. Juli 2009 auch der Umstand nichts geändert, dass der Treuhänder gegenüber der Klägerin zuvor am 26. Mai 2009 eine Erklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgegeben hatte, wonach Ansprüche des Vermieters aus dem Wohnungsmietverhältnis, die nach Ablauf der in Satz 1 genannten, auf das Monatsende bezogenen Frist von drei Monaten fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Zwar ist umstritten, ob diese Enthftungserklärung, die dazu dient, die Enthftung der Masse für Ansprüche aus dem Mietverhältnis herbeizuführen, der sie durch den in § 108 Abs. 1 InsO angeordneten Fortbestand des Mietverhältnisses ausgesetzt ist (dazu BGH, Urteile vom 19. Juni 2008 - IX ZR 84/07, WM 2008, 1510 Rn. 22; vom 13. April 2011 - VIII ZR 295/10, WuM 2011, 282 Rn. 15 f.), zur Folge hat, dass der Mietvertrag freigegeben und auf den Schuldner übergeleitet wird und dadurch wieder vollständig dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners unterliegt, der in diesem Fall auch alleiniger Kündigungsadressat wird, oder ob sich die Bedeutung der Erklärung darauf beschränkt, dass die Masse nicht mehr für die später fällig werdenden Verbindlichkeiten haftet, der Treuhänder aber Vertragspartei bleibt und deshalb nur ihm gegenüber wirksam gekündigt werden kann (zum Meinungsstand Flatow, aaO, S. 609 f.; Cymutta, WuM 2008, 582, 584 f. mwN).

Es bedarf allerdings keiner Entscheidung, ob die vom Treuhänder abgegebene Enthftungserklärung, der der Gesetzgeber die Wirkung beilegen wollte, dass dadurch der Mietvertrag nicht beendet, sondern vom Schuldner fortgesetzt wird (BT-Drucks. 14/5680, S. 27), im Ergebnis zu der beschriebenen Freigabewirkung geführt hat. Zwar wird für diesen Fall vereinzelt vertreten, dass bereits nach Abgabe der Enthftungserklärung eine Kündigung des Vermieters nur noch gegenüber dem Mieter und nicht mehr gegenüber dem Verwalter zu erklären sei (Tintelnot in Kübler/Prütting, Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand November 2011, § 109 Rn. 21). Ganz überwiegend wird aber der Eintritt einer Freigabe- oder Enthftungswirkung erst mit dem - hier bei Abgabe der Kündigungserklärung vom 7. Juli 2009 noch nicht erfolgten - Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO angenommen (Uhlenbruck/Wegener, aaO, § 109 Rn. 19; Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 2. Aufl., § 109 Rn. 14; Dahl, NZM 2008, 585, 586; Tetzlaff, NZI 2006, 87, 91; AG Göttingen, NZM 2009, 617 f.).

Letztgenannte Auffassung trifft zu. Denn auch der Gesetzgeber wollte, wie zugleich im Wortlaut des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO hinreichend zum Ausdruck gekommen

ist, die Wirkung der Enthaltungserklärung erst nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist hier des 31. August 2009 eintreten lassen (BT-Drucks. 14/5680, aaO). In der Zeit davor war deshalb eine Kündigung des Nutzungsvertrages durch die Klägerin an den Treuhänder zu adressieren.

III.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zu den jeweils bestehenden Zahlungsrückständen der Beklagten und einem sich daraus ergebenden Kündigungsgrund getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Achilles Dr. Schneider

Dr. Fetzer Dr. Bünger