

Kammergericht Berlin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 314 Abs. 3, 543 Abs. 1 Satz 2 BGB

- 1. Die Nichtzahlung der Kaution stellt einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB dar, aufgrund dessen dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zu dessen Beendigung durch Fristablauf nicht zugemutet werden kann.**
- 2. Der Anspruch auf Kautionszahlung verwirkt grundsätzlich nicht. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (BGH NJW-RR 1992,1240).**
- 3. Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses kann nur in angemessener Frist ausgeübt werden, nachdem der Berechtigte vom Kündigungstatbestand Kenntnis erlangt hat. Die Vorschrift des § 314 Abs. 3 BGB ist auch auf die außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 BGB anwendbar. Denn § 543 BGB enthält keine Regelung dazu, in welcher Frist das Kündigungsrecht auszuüben ist.**
- 4. Unter Zugrundelegung der vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung zu dem vergleichbaren Problem des § 626 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätze, wonach bei einem Dauertatbestand die Frist nicht vor dem Entfallen des Kündigungsgrundes zu laufen beginnt (DB 1998, 1035; BB 1998, 1213; vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., § 626 BGB, Rdnr. 27), beginnt die Kündigungsfrist noch nicht mit der Nichtleistung.**
- 5. Denn wurde die Kautionszahlung nie geleistet, so setzt sich die Pflichtverletzung fort, so dass die Frist frühestens mit Ausspruch einer Abmahnung beginnt. In der Rechtsprechung werden zur Ausübung des Kündigungsrechts Fristen von zwei Monaten als angemessen angesehen.**

KG Berlin, Urteil vom 20.12.2004; Az.: 8 U 66/04

Zur Frage der Verwirkung des Kündigungsrechtes nach § 543 Abs. 1 BGB bei Nichtzahlung der vertraglich vereinbarten Kaution.

Die Berufung der Klägers gegen das am 18. Februar 2004 verkündete Urteil der Zivilkammer 29 des Landgerichts Berlin wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen mit Ausnahme der Kosten der Streithelfer, die diese selbst zu tragen haben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrages zuzüglich 10 % abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

I.

Die Berufung des Klägers richtet sich gegen das am 18. Februar 2004 verkündete Urteil der Zivilkammer 29 des Landgerichts Berlin soweit der Widerklage stattgegeben worden ist. Auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen.

Der Kläger trägt zur Begründung der Berufung vor:

Das Landgericht habe zu Unrecht die Wirksamkeit der Kündigung vom 24. September 2003 angenommen, weil zu diesem Zeitpunkt eine Mietsicherheit vom Kläger nicht mehr geschuldet gewesen sei. Die Beklagte habe auf die Beibringung der Kaution verzichtet. Soweit das Landgericht den Vortrag des Klägers zum Verzicht als unsubstantiiert angesehen habe, hätte es eines richterlichen Hinweises hierzu bedurft, der aber unterblieben sei. Nachdem dem Kläger das Schreiben vom 20. Februar 2001 zugegangen sei, habe der Kläger mit dem Center-Manager, Herrn F., zwei Gespräche geführt. Im ersten Gespräch habe der Zeuge F. erklärt, dass vorerst, und zwar zumindest bis zur Beendigung des parallel bestehenden Mietverhältnisses über die Boutique „...“ keine Rechte im Zusammenhang mit der Kaution geltend gemacht würden.

Etwa drei Wochen nach dem ersten Gespräch hätten der Kläger und der Zeuge F. erneut über die Kaution verhandelt. Hier habe der Zeuge F. im Beisein des Zeugen S. ausdrücklich einen Verzicht auf die Kaution erklärt.

Einer Kündigungserklärung wegen Ausbleibens der Kaution stehe zudem § 314 Abs. 3 BGB entgegen. Diese Vorschrift sei auf sämtliche Dauerschuldverhältnisse anwendbar. Sie werde nicht durch die §§ 543, 569 BGB verdrängt. Daher könne die Kündigung eines Mietverhältnisses aus wichtigem Grund nur in angemessener Frist ausgesprochen werden. Die Beklagte habe das Kündigungsrecht mehr als zweieinhalb Jahre nicht ausgeübt. Diese Frist kann nicht mehr als angemessen im Sinne der genannten Vorschrift angesehen werden.

Darüber hinaus sei das Kündigungsrecht auch verwirkt. Der Kläger habe sich gerade im Hinblick auf den erklärten Verzicht auf die Kaution darauf eingestellt, dass er diese nicht mehr erbringen müsse. Das Zeitmoment sei erfüllt, wenn mehr als zwei Jahre vergehen, in denen auf die Kaution nicht zurückgekommen werde. Bei der Beurteilung des Umstandsmoments habe das Landgericht den Vortrag des Klägers übergangen. Der Kläger habe vorgetragen, dass nach Verlängerung des Mietverhältnisses gemäß § 20 Abs. 3 nichts mehr dafür gesprochen habe, dass die Beklagte von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch mache. Bei der Ausübung der Verlängerungsoption und auch bei Verhandlungen über die Höhe des Mietzinses im April 2003 habe die Beklagte nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie die Mietsicherheit noch verlange.

Die Kündigungserklärung vom 21. August 2003 könne nicht als Abmahnung gewertet werden. Im Übrigen sei die Beklagte mit der Annahme der Mietkaution in Verzug gewesen. So habe der Kläger dem neuen Center-Manager, Herrn T., zwei oder drei Tage nach Zugang der Kündigung vom 21. August 2003 ausdrücklich die Übergabe der vertraglich vorgesehenen Kautionsleistung angeboten. Dies habe der Zeuge T. abgelehnt. In einem weiteren Gespräch am 09. September 2003 habe der frühere anwaltliche Vertreter des Klägers, Rechtsanwalt P., den Zeugen T. und B., Vertreter der Beklagten, mehrmals die Bereitstellung der Mietkaution in Form einer Bankbürgschaft und darüber hinaus eine weitere Sicherheit über einen Betrag von 50.000,00 EUR angeboten. Auch dieses Angebot hätten die Vertreter der Beklagten mit der Begründung abgelehnt, dass das Mietverhältnis beendet sei. Darüber hinaus habe der Zeuge P. im Schreiben vom 10. September 2003 das Angebot wiederholt, also vor Zugang der Kündigung vom 24. September 2003.

Wegen des weiteren Vortrags des Klägers in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze vom 14. Juni 2004 und 07. Dezember 2004 Bezug genommen.

Die Streithelfer sind auf Seiten des Klägers beigetreten. Wegen ihres Vortrags wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 18. Mai 2004 und 16. November 2004 verwiesen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 18. Februar 2004 - 29 O 524/03 - die Widerklage abzuweisen.

Die Streithelfer schließen sich dem Antrag des Klägers an

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt vor:

Die Beklagte habe auf die Kautionsleistung nicht verzichtet. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers habe es sich bei der Abrede im Februar 2001 nur um eine vorläufige Regelung gehandelt. Soweit der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz die Behauptung aufstelle, dass es eine weitere Besprechung in der zweiten oder dritten Märzwoche 2001 gegeben habe, in der auf die Kautionsleistung verzichtet worden sei, sei der Kläger mit diesem Vortrag gemäß den §§ 529, 531 ZPO ausgeschlossen.

Der Anspruch auf die Kautionsleistung sei nicht verwirkt. Aus der Bestätigung der Optionsausübung lasse sich nichts dafür herleiten.

Die Beklagte habe sich nicht in Annahmeverzug befunden. Wie der Kläger selbst vortrage, sei er in dem Moment als der Kläger die Sicherheitsleistung angeboten habe, nicht in der Lage gewesen, der Beklagten eine Bankbürgschaft zu übergeben oder gar den Betrag zu zahlen. Aus dem Schreiben des Klägers vom 09. September 2003 gehe hervor, dass der Kläger erklärt habe, innerhalb einer Woche eine Bankbürgschaft für die Mietkaution beizubringen, nicht aber eine solche schon vorlegen zu können.

Entscheidungsgründe:

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.

Das Landgericht hat den Kläger zu Recht zur Räumung und Herausgabe der im E.-Center in B. gelegenen Gewerberäume, dem Ladengeschäft Nr. ..., verurteilt. Das Mietverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 24. September 2003 beendet worden.

1.

Es lag ein Kündigungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB vor. Denn der Kläger hat trotz der Verpflichtung zur Zahlung der Kautions diese nicht an die Beklagte geleistet, so dass der Beklagte eine weitere Vertragsdurchführung nicht zuzumuten war und ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund vorlag.

a)

Entgegen der Auffassung des Klägers war er zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung nach wie vor zur Erbringung der mietvertraglich vereinbarten Kautionsleistung verpflichtet.

aa) Der Abschluss eines vom Kläger als Verzicht bezeichnete Erlassvertrages nach § 397 BGB ist nicht ersichtlich. Der Kläger trägt für die Abreden im Februar 2001 selbst vor, dass dies nur eine vorläufige Regelung hinsichtlich des Anspruchs auf Kautionszahlung darstellen sollte. Soweit der Kläger mit der Berufung einen Vertragsschluss im März 2001 behauptet, ist er mit diesem Vortrag nach § 529 ZPO ausgeschlossen, weil es sich um neuen Vortrag handelt und die Voraussetzungen des § 531 ZPO nicht vorliegen. Denn der Kläger kann sich auf einen Verfahrensfehler des Landgerichts nicht berufen. Soweit der Kläger vorträgt, dass die Klageschrift vom 29. September 2003 aufgrund eines Missverständnisses mit seinem früheren Prozessbevollmächtigten eine fehlerhafte Angabe zu dem Zeitpunkt der Besprechung bezüglich des behaupteten Kautionsverzichts enthalte und das Landgericht dies hätte aufklären müssen, liegt eine Verletzung der Hinweis- und Aufklärungspflicht des Landgerichts nicht vor. Denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Landgericht hätte erkennen können, dass diese Besprechung nicht einen Monat nach Vertragsschluss (so wie in der Klageschrift vorgetragen), sondern einen Monat nach Erhalt des Schreibens vom 20. Februar 2001 stattgefunden haben soll. Den behaupteten unzutreffenden Vortrag muss der Kläger aber gegen sich gelten lassen. Obwohl die Beklagte den Vortrag des Klägers ausdrücklich bestritten und vorgetragen hatte, dass es keine Verhandlungen ca. ein Monat nach Vertragsschluss gegeben hat, ist der Kläger diesem Vortrag nicht mehr entgegengetreten. Nach Vorlage des Schreibens vom 20. Februar 2001 und dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagte war überhaupt nicht erkennbar, dass hier verschiedene Vorgänge in den Prozess eingeführt werden sollten und der Kläger nicht allein aus dem Verhalten im Zusammenhang mit dem Schreiben vom 20. Februar 2001 den - rechtlich unzutreffenden - Schluss auf einen Verzicht gezogen hat.

Der Abschluss eines Erlassvertrages ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Kautions für ein anderes Mietverhältnis zurückgezahlt worden ist, ohne dass auch nur an eine Kautionszahlung für das hier betroffene Mietverhältnis erinnert worden ist. Denn insoweit ist nicht ersichtlich, woraus sich aus diesem Verhalten ein Angebot auf den Abschluss eines Erlassvertrages ergeben soll. Dies gilt

insbesondere deshalb, weil gerade an das Vorliegen einer stillschweigenden Erlassvereinbarung wegen der Wirkungen des Erlasses besonders strenge Anforderungen zu stellen sind (BGH FamRZ 1981,763; BGH NJW-RR 1996,237; BGH NJW 1997,3019) Das Verhalten muss danach unzweideutig auf einen Erlass hindeuten (BGH NJW 2001,2325; BGH BB 2002,1564). Dies ist hier nicht der Fall.

bb) Der Anspruch auf die Kautionszahlung ist nicht verwirkt. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (BGH NJW-RR 1992,1240). Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (BGH NJW 2001,1649; BGH-Urteil vom 14. November 2002- VII ZR 23/02 -, MDR 2003,207). Wegen des geschaffenen Vertrauenstatbestandes muss die verspätete Geltendmachung des Rechts als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte erscheinen (Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Auflage, § 242 BGB, Rdnr. 95 mit den dort angeführten Rechtsprechungsnachweisen). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Der Anspruch auf Zahlung der Kautionszahlung war, nachdem die Beklagten dem Kläger eine Verlängerungsfrist für deren Beibringung gesetzt hatte, am 31. Dezember 2000 fällig. Hierauf wies die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 21. Februar 2001 ausdrücklich hin. Aufgrund der Abreden im Februar 2001 musste der Kläger weiter mit der Inanspruchnahme wegen der Kautionszahlung rechnen. Denn die Abreden hatten auch nach seinem Vortrag nur vorläufigen Charakter. Der Vortrag zu einem Verzicht im März ist nicht mehr zu berücksichtigen (§§ 529,531 ZPO). Die Beklagte mahnte dann auch mit Schreiben vom 12. Mai 2003 die Zahlung der Kautionszahlung bis zum 21. Mai 2003 an. Im nachfolgenden Schreiben vom 21. August 2003 wiesen die Beklagten erneut darauf hin, dass noch die Kautionszahlung offen steht. Zwar liegt zwischen dem ersten Schreiben vom 20. Februar 2001 und dem die Kautionszahlung betreffenden nächsten Schreiben ein Zeitraum von über zwei Jahren. Unabhängig von der Frage, ob die verstrichene Zeit überhaupt für die Annahme der Verwirkung ausreichen könnte, fehlt es aber an dem Umstandsmoment. Der insoweit darlegungspflichtige Kläger hat keine auf dem Verhalten der Beklagten beruhende Umstände vorgetragen, die das Vertrauen des Klägers rechtfertigten, dass die Beklagte ihren Anspruch nicht mehr verfolgen werde und der Kläger sich daher darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass die Beklagte die Mietsicherheit nicht mehr verlangen werde. Soweit der Kläger sich darauf beruft, dass die Beklagte bei Ausübung der Verlängerungsoption im Dezember 2002 die Kautionszahlung nicht gefordert habe, lässt sich daraus ein solcher vertrauensbildender Umstand nicht herleiten. Denn die Verlängerung des Vertrages hat zunächst mit dem Recht der Beklagten auf Mietsicherheit nichts zu tun. Soweit der Kläger sich weiter darauf beruft, dass die Beklagte nach Beendigung des anderen Mietverhältnisses über die Boutique „...“ die für dieses Mietverhältnis gegebene Bankbürgschaft ohne weiteres zurückgegeben habe, ohne die Übertragung dieser Bürgschaft auf das streitbefangene Mietverhältnis zu verlangen, lässt sich auch daraus für das Umstandsmoment nichts herleiten. Denn es handelt sich insoweit um zwei voneinander unabhängige Mietverhältnisse.

cc) Die Annahme eines Grundes zur Kündigung wegen der Nichtzahlung der vereinbarten Kautionszahlung scheidet auch nicht deshalb aus, weil sich die Beklagte mit der Entgegennahme der Kautionszahlung in Verzug befunden hätte. Der Kläger geht zwar zu Recht davon aus, dass die Nichtzahlung der Kautionszahlung keinen Kündigungsgrund darstellen kann, wenn sich der Vermieter mit der Annahme der Kautionszahlung in

Annahmeverzug befindet. Diese Voraussetzungen liegen aber - wie der Senat bereits im den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil zurückweisenden Beschluss vom 15. April 2004 ausgeführt hat - nicht vor. Soweit der Kläger unmittelbar nach dem Kündigungsschreiben vom 21. August 2003 mit dem Centermanager T. in Kontakt getreten sein will und diesem die Leistung der Bürgschaft angeboten haben will, fehlt es an einem ausreichenden Angebot im Sinne der Vorschriften über den Gläubigerverzug. Denn der Kläger war zur unmittelbaren Zahlung oder Übergabe einer Bankbürgschaftserklärung in diesem Moment nicht in der Lage. Das wörtliche Angebot der Leistung nach § 295 BGB reicht auch dann nicht, wenn die Entgegennahme der Leistung abgelehnt wird, wie dies durch den Centermanager nach dem Vortrag des Klägers geschehen sein soll. Denn die Verweigerung der Entgegennahme ist nur dann ein ausreichender Anlass für ein rein wörtliches Angebot der Leistungserbringung, wenn die Verweigerung der Entgegennahme vor dem Angebot erfolgt (vgl. BGH NJW 1988,1201). Soweit der Kläger weiter eine unmissverständliche und unbedingte Kautionsbereitstellung am 09. September 2003 behauptet, ist dieser Vortrag nicht ausreichend. Denn er steht im Widerspruch zu dem Inhalt des Schreibens des früheren Klägersvertreters vom 10. September 2004. Denn dort heißt es, dass der Kläger die Kautionsleistung bis zum 21. September 2004 erbringen wollte. Das Leistungsangebot entsprach damit nicht der Verpflichtung zur sofortigen Leistung.

b)

Die Nichtzahlung der Kautionsleistung stellt auch einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB dar, aufgrund dessen der Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zu dessen Beendigung durch Fristablauf am 31. März 2009 nicht zugemutet werden kann.

Gemäß § 543 Abs. 1 BGB ist die Kündigung gerechtfertigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher wichtiger Grund ist nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB gegeben, wenn bei umfassender Interessenabwägung „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles“ die Vertragsfortsetzung für den Kündigungsberechtigten objektiv unzumutbar ist (Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 543 BGB, Rdnr. 5; Schmidt/Futterer/Blank, Mietrecht, 8. Auflage, § 543 BGB, Rdnr. 151). Dies ist hier der Fall. Entgegen der Ansicht der Berufung ist die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht deswegen zu verneinen, weil die Beklagte über einen längeren Zeitraum die Nichtzahlung der Kautionsleistung hingenommen und daraus Rechte in Bezug auf die Beendigung des Mietverhältnisses nicht hergeleitet hat.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Nichtzahlung der Kautionsleistung als Pflichtverletzung allein für die Annahme eines wichtigen Grundes ausreichte. Jedenfalls hatte die Beklagte aufgrund der Entwicklung des Mietverhältnisses ab April 2003 (wieder) einen Grund für die Sicherung ihrer Ansprüche aus dem Mietverhältnis. Der Kläger gab zunächst unter dem 29. März 2000 ein notarielles Schuldanerkenntnis über rückständige Mietzahlungen und Nebenkostennachforderungen in Höhe von 173.000,00 DM ab und verpflichtete sich zur monatlichen Ratenzahlung von 7.000,00 DM. Durch die Schaffung dieses vollstreckbaren Titels - der Kläger hatte sich wegen der Ansprüche aus der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen - wurde dem Sicherungsbedürfnis der Beklagten zunächst ausreichend Rechnung getragen, so dass die Beklagte vorläufig für diesen Zeitraum auf die Leistung der Kautionsleistung nicht bestehen musste. Dieses Entgegenkommen der Beklagten kann ihr nicht zum Nachteil gereichen mit der Folge, dass sie sich dadurch ihrer Rechte wegen der Nichtzahlung der Kautionsleistung

begeben hätte. Die (vorläufige) Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses der Beklagten kann aber nur solange angenommen werden, solange der Kläger seiner Mietzahlungspflicht und der vereinbarten Ratenzahlung nachkam. Dieser Zustand bestand zunächst über den Zeitraum nach dem Schreiben vom 20. Februar 2001 fort. Ab April 2003 leistete aber der Kläger die jedenfalls schriftlich festgelegten Mietzinsbeträge nicht mehr (bzw. nicht in dieser Höhe). Ob die Miete gemindert war oder nicht schriftlich fixierte Absprachen über eine niedrigere Miete vorlagen, kann insoweit dahinstehen, weil die Parteien gerade über diese Fragen stritten. Diese „Unstimmigkeiten“ zwischen den Parteien über die Mietzinszahlungsverpflichtung ließen das berechnete Sicherungsinteresse der Beklagten durch Leistung der Kautions wieder in den Vordergrund rücken. Gerade für solche Fälle ist die vereinnahmte Kautions für den Vermieter von besonderer Bedeutung, weil er sich aus ihr ohne besondere Schwierigkeiten befriedigen kann und der Mieter die Last der Rückforderung trägt. Eine Nichtleistung einer Kautions trotz eines solchen Sicherungsbedürfnisses reicht dann für die Annahme eines wichtigen Grundes aus (OLG Celle NZM 2003, 64; OLG Celle NZM 1998, 265 = NJW-RR 1998, 585; OLG München NJWE-MietR 1996, 127, 129; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1100). Die (fortgesetzte) Nichtzahlung der Kautions zu einer Zeit, in der ein gesteigertes Sicherungsbedürfnis des Vermieters anzuerkennen ist, begründet dann die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses. Hier ist auch zu berücksichtigen, dass das Mietverhältnis nach Ausübung der Option durch den Kläger noch bis zum 31. März 2009 befristet war, also noch über mehrere Jahre bestanden hätte. Lange Restdauer führt eher als kurze zur Unzumutbarkeit (Kraemer, NZM 2001, 553).

2.

Für die auf die Nichtzahlung der Kautions gestützte Kündigung war im vorliegenden Falle auch eine Abmahnung gemäß § 543 Abs. 3 BGB erforderlich. Diese hat das Landgericht zu Recht in der Kündigungserklärung vom 21. August 2003 gesehen. Dass der Kläger das Kündigungsschreiben vom 21. August 2003 nicht als Abmahnung aufgefasst haben will, ist ebenso unerheblich, wie sein Hinweis darauf, dass die Beklagte nicht ausdrücklich erklärt habe, dass die Kündigung jedenfalls eine Abmahnung sein solle. Denn die Kündigung ist als Willenserklärung von einem objektiven Empfängerhorizont aus auszulegen. Danach ist die vorliegende Kündigung jedenfalls als deutlicher Hinweis auf Vertragsverletzungen anzusehen, so dass die Kündigung nach § 140 BGB jedenfalls in eine Abmahnung umgedeutet werden kann (vgl. BGH ZMR 1972, 396; MDR 1969, 657; OLG München ZMR 2991, 347).

3.

Die Kündigung ist auch nicht wegen Fristablaufes unwirksam.

Mit dem Kläger ist davon auszugehen, dass die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses nur in angemessener Frist ausgeübt werden kann, nachdem der Berechnete vom Kündigungstatbestand Kenntnis erlangt hat (std. Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1985, 1894; BGH WM 1982, 429; Senatsurteil vom 27. Februar 2003 - 8 U 316/01 - KG- Report 2003, 186). Dies ist vorliegend der Fall. Die Vorschrift des § 314 Abs. 3 BGB ist auch auf die außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 BGB anwendbar. Zwar haben die Sondervorschriften vor § 314 BGB den Vorrang (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 314 BGB, Rdnr. 5; Erman/Hohloch, BGB, 11. Auflage, § 314 BGB, Rdnr. 15). Dies bezieht sich aber nur auf die in § 543 Abs. 1 und 2 BGB kodifizierten Kündigungsgründe, die

insoweit abschließend geregelt sind und lex specialis zu § 314 Abs. 1 und 2 BGB sind. Die Regelung in § 314 Abs. 3 BGB ist auch im Rahmen des § 543 BGB anwendbar (Schmidt/Futterer/Blank, a.a.O., § 543 BGB, Rdnr. 5; vgl. Beuermann, GE 2002, 718; Emmerich; NZM 2002, 362, 366; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 543 BGB, Rdnr. 44 verweist hier auch auf § 314 Abs. 3 BGB). Denn § 543 BGB enthält keine Regelung dazu, in welcher Frist das Kündigungsrecht auszuüben ist. Es kann für die Entscheidung dahingestellt bleiben, ob die Frist zur Kündigung überhaupt in Gang gesetzt wurde. Unter Zugrundelegung der vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung zum dem vergleichbaren Problem des § 626 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätze, wonach bei einem Dauertatbestand die Frist nicht vor dem Entfallen des Kündigungsgrundes zu laufen beginnt (DB 1998, 1035; BB 1998, 1213; vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., § 626 BGB, Rdnr. 27), begann die Kündigungsfrist hier noch nicht. Denn der Kläger hat die Kautionszahlung nie geleistet, so dass sich die Pflichtverletzung fortsetzte. Wenn angenommen wird, dass die Frist frühestens mit Ausspruch einer Abmahnung beginnt, so hat die Beklagte diese auch eingehalten. Denn die Abmahnung ist mit Kündigungsschreiben vom 21. August 2003 erfolgt und die Kündigung dann in der Klageschrift vom 24. September 2003 erklärt worden. In der Rechtsprechung werden zur Ausübung des Kündigungsrechts Fristen von zwei Monaten als angemessen angesehen (BGH MDR 1994, 457; Senatsurteil vom 27. Februar 2002 - 8 U 316/01 - a.a.O.). Die Kündigung ist danach in angemessener Frist erklärt worden.

Das Kündigungsrecht der Beklagten ist entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht verwirkt (§ 242 BGB). Der Kläger hat hierzu geltend gemacht, dass die Beklagte nach dem Schreiben vom 20. Februar 2001, mit dem sie die Kautionszahlung angemahnt hat, über zwei Jahre zugewartet habe, bevor sie die Kautionszahlung wieder gefordert und schließlich gekündigt habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Zeitraum für die Annahme des Verwirkungstatbestandes bereits ausreichte. Jedenfalls hat der Kläger nichts zu dem so genannten Umstandsmoment vorgetragen. Der Kläger hat keine auf dem Verhalten der Beklagten beruhende Umstände vorgetragen, aus denen er hätte entnehmen können, dass die Beklagte auch zukünftig ihr Kündigungsrecht nicht ausüben werde (vgl. BGH NJW 2001, 1649; BGH MDR 2003, 207).

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97 Abs. 1, 101 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision wird zugelassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.