

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 307, § 551 Abs. 1 a.F.; 543 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB

- 1. Eine Formulklausel, die abweichend von § 551 BGB a.F. bestimmt, dass die Miete für den jeweiligen Monat im Voraus zu zahlen ist, stellt auch in Kombination mit einer Aufrechnungsklausel, der zufolge die Aufrechnung einen Monat zuvor anzukündigen ist, keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar.**
- 2. Eine wiederholte unpünktliche Mietzahlung kann nach vorheriger Abmahnung eine fristlose Kündigung gem. § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigen.**
- 3. Zwar sind wiederkehrende Vertragsverletzungen des Mieters nicht schon deshalb in einem milderem Licht zu sehen, weil der Vermieter sie zunächst hinnimmt, ohne den Mieter alsbald abzumahnern. Anders verhält es sich aber dann, wenn der Vermieter ein wiederkehrendes vertragswidriges Verhalten des Mieters über Jahre oder gar Jahrzehnte widerspruchslos hinnimmt.**

BGH, Urteil vom 04.05.2011; Az.: VIII ZR 191/10

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger, Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Büngrer für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der Zivilkammer 67 des Landgerichts Berlin vom 28. Juni 2010 aufgehoben.

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

## **Tatbestand:**

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch um Rückgabe einer Wohnung und Erstattung vorgerichtlicher Kosten.

Der inzwischen verstorbene Ehemann der Beklagten hatte die streitgegenständliche Wohnung im Jahr 1983 von der Rechtsvorgängerin der Klägerin gemietet; die Beklagte ist in den Mietvertrag eingetreten. Gemäß § 4 Nr. 1 des Mietvertrags ist die Miete bis zum dritten Werktag des laufenden Monats

zu zahlen. § 8 des Mietvertrags sieht vor, dass eine Aufrechnung einen Monat vor Fälligkeit der Miete anzuzeigen ist.

Mit Schreiben vom 9. November 2007, das der Beklagten am 12. November 2007 zuzuging, sprach die Klägerin eine Abmahnung aus, weil die Miete bislang im gesamten Zeitraum des laufenden Jahres jeweils erst zur Monatsmitte entrichtet worden war. Die Miete für November wurde am 16. November 2007 gezahlt, die Miete für Dezember am 11. Dezember 2007. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2007 erklärte die Klägerin die fristlose Kündigung des Mietvertrages wegen unpünktlicher Mietzahlung.

Die Klägerin hat Räumung und Herausgabe der Wohnung sowie Erstattung vorgerichtlicher Kosten begehrt. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landgericht hat ihr unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung aus § 546 Abs. 1 BGB. Der Mietvertrag sei durch die Kündigung vom 7. Dezember 2007 beendet worden. Die Kündigung sei nach § 543 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Danach könne der Vermieter den Vertrag fristlos kündigen, wenn ihm unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Verschuldens der Parteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar sei. Dies könne der Fall sein, wenn der Mieter die vereinbarte Miete trotz dahingehender Abmahnung weiter unpünktlich zahle. Ein Kündigungsgrund sei in der Regel gegeben, wenn der Mieter nachhaltig, jedenfalls dreimal innerhalb eines Jahres, die Miete nicht pünktlich zahle, deswegen abgemahnt werde und anschließend eine weitere unpünktliche Zahlung erfolge. Diese Kriterien seien im vorliegenden Fall - in tatsächlicher Hinsicht unstreitig - erfüllt. Streit habe zwischen den Parteien lediglich darüber geherrscht, ob die Miete am Beginn oder Ende des jeweiligen Monats fällig gewesen sei. Nach § 4 des Mietvertrags sei eine Fälligkeit am Monatsbeginn gegeben. Die Klausel sei wirksam. Sie entfalle auch nicht wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters im Hinblick auf die Aufrechnungsregelung in § 8 des Mietvertrags. Eine sogenannte Ankündigungsklausel - wie hier - führe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (VIII ZR 337/06) auch in Kombination mit der Vorfälligkeitsklausel nicht zu deren Unwirksamkeit.

Die im Mietvertrag getroffene Vorfälligkeitsregelung sei auch nicht durch spätere vertragliche Abrede der Parteien geändert worden. Der pauschale Vortrag der Beklagten dazu sei bereits im ersten Rechtszug bestritten und darauf von der Beklagten nicht konkretisiert worden.

Zum Zeitpunkt der nach der Abmahnung vom 9. November 2007 erfolgten Kündigung sei die Miete für Dezember 2007 noch offen gewesen. Sie sei erst am 11. Dezember 2007 gezahlt worden. Die Beklagte habe die über lange Zeit

unpünktliche Zahlung nach Abmahnung fortgesetzt, wobei bereits eine weitere unpünktliche Zahlung nach Abmahnung die fristlose Kündigung rechtfertige.

Die Abwägung der beiderseitigen Interessen führe trotz der langen Dauer des Mietverhältnisses angesichts der über einen langen Zeitraum sich hinziehenden verspäteten Zahlungen hier dazu, dass der Klägerin das Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden könne.

Auf eine weitere Kündigung vom 29. Mai 2009, zu der Details nicht bekannt seien, komme es nicht an.

II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin gemäß § 546 Abs. 1 BGB auf Räumung und Herausgabe der Wohnung nicht bejaht werden. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag der Beklagten hat das Berufungsgericht bei der Beurteilung der von der Klägerin ausgesprochenen fristlosen Kündigung wesentliche Umstände rechtsfehlerhaft unberücksichtigt gelassen.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Beklagte die Miete jeweils zum dritten Werktag des Monats zu entrichten hatte, so dass sie die Mietzahlungen im Jahr 2007 durchweg zu spät erbracht hat.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats begegnet eine Formularklausel, nach der die Miete abweichend von § 551 Abs. 1 BGB a.F. für den jeweiligen Monat im Voraus zu zahlen ist, für sich genommen grundsätzlich keinen Bedenken (Senatsbeschluss vom 26. Oktober 1994 - VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245, 249 f.). Zwar kann dies anders zu beurteilen sein, wenn die Vorauszahlungsklausel mit einer Aufrechnungsklausel kombiniert und dadurch das Minderungsrecht des Mieters erheblich einschränkt wird, etwa dadurch, dass er wegen seiner Minderungsrechte auf den Klageweg verwiesen wird (Senatsbeschluss vom 26. Oktober 1994 - VIII ARZ 3/94, aaO, 251 ff.).

Eine derartige, den Mieter unangemessen benachteiligende und deshalb zur Unwirksamkeit der Vorauszahlungsklausel führende Kombination von Aufrechnungsklausel und Vorauszahlungsklausel hat das Berufungsgericht hier aber zutreffend verneint. Denn die hier verwendete Aufrechnungsklausel verlangt lediglich, dass der Mieter die Absicht der Aufrechnung einen Monat vor der Fälligkeit der Miete anzeigt. Damit wird der Mieter aber nicht wegen einer Minderung auf den Klageweg verwiesen. Zwar kann er bei einem im laufenden Monat nach Zahlung der Miete erstmals auftretenden Mangel die Minderung für diesen Monat erst bei der Mietzahlung für den übernächsten Monat berücksichtigen, weil er die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch wegen der im Hinblick auf die Minderung überzahlten Miete zunächst mit der vereinbarten Monatsfrist ankündigen muss. Eine bloße Verschiebung des Minderungsrechts um ein oder zwei Monate stellt aber, wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 14. November 2007 - VIII ZR 337/06, WuM 2008, 152 Rn. 15) richtig gesehen hat, keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar.

b) Vergeblich wendet sich die Revision ferner gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Parteien auch zu einem späteren Zeitpunkt keine vom ursprünglichen Mietvertrag abweichende Fälligkeitsabrede getroffen hätten. Ob dem Berufungsgericht darin zu folgen ist, dass die Beklagte eine derartige Abrede schon nicht schlüssig dargelegt hat, bedarf keiner Entscheidung.

Die Revisionserwiderung weist zu Recht darauf hin, dass die beweispflichtige Beklagte selbst vorgetragen hat, dass sie für ihre Behauptung keinen Beweis antreten könne. Deshalb hat das Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht eine spätere vertragliche Abänderung der in § 4 Abs. 1 des Mietvertrags enthaltenen Fälligkeitsabrede verneint.

2. Mit Erfolg macht die Revision hingegen geltend, dass das Berufungsgericht bei der Beurteilung der fristlosen Kündigung der Klägerin vom 7. Dezember 2007 wesentliche Umstände nicht berücksichtigt hat, die seiner Annahme entgegenstehen, dass die weitere Fortsetzung des seit 1983 bestehenden Mietverhältnisses für die Klägerin bei Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht mehr zumutbar war.

a) Nach § 543 Abs. 1 BGB kann der Vermieter den Mietvertrag fristlos kündigen, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Verschuldens der Parteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Diese Voraussetzung kann insbesondere dann gegeben sein, wenn der Mieter die vereinbarte Miete trotz einer Abmahnung des Vermieters weiterhin unpünktlich zahlt. Hiervon geht auch das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend aus.

Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizupflichten, dass bei der Würdigung, ob die Vertragsfortsetzung für den Vermieter unzumutbar ist, auch die vor der Abmahnung liegenden Vertragsverletzungen des Mieters zu berücksichtigen sind. Schließlich steht auch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass nach vorangegangenen unpünktlichen Zahlungen bereits eine weitere unpünktliche Zahlung nach erfolgter Abmahnung die fristlose Kündigung rechtfertigen kann, im Einklang mit der - vom Berufungsgericht auch zitierten - Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteil vom 11. Januar 2006 - VIII ZR 364/04, NZM 2006, 338 Rn. 15).

Nach dem revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Sachvortrag der Beklagten war die Miete hier jedoch - von Beginn des Mietverhältnisses im Jahr 1983 an - jeweils erst zur Monatsmitte entrichtet worden, ohne dass die Klägerin oder ihre Rechtsvorgängerin dies vor der Abmahnung im November 2007 beanstandet hätten. Diesen Umstand hat das Berufungsgericht im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der fristlosen Kündigung vom 7. Dezember 2007 rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt.

Zwar sind wiederkehrende Vertragsverletzungen des Mieters nicht schon deshalb in einem milderen Licht zu sehen, weil der Vermieter sie zunächst hinnimmt, ohne den Mieter alsbald abzumahnern. Für den Mieter besteht auch im allgemeinen kein Anlass, aus dem Ausbleiben einer alsbaldigen Reaktion des Vermieters auf eine Vertragsverletzung den Schluss zu ziehen, dass der Vermieter den Vertragsverstoß als Bagatelle ansieht oder daraus auch bei weiterer Fortsetzung des vertragswidrigen Verhaltens keine Konsequenzen herleiten wird. Anders verhält es sich aber dann, wenn der Vermieter ein wiederkehrendes vertragswidriges Verhalten des Mieters - wie hier - über Jahre oder gar Jahrzehnte widerspruchslos hinnimmt. Denn in einer solchen Fallgestaltung hat der Vermieter gegenüber dem Mieter zumindest den - erst mit der Abmahnung wieder beseitigten - Anschein gesetzt, dass er den wiederkehrenden Vertragsverletzungen kein erhebliches Gewicht beimisst und er keine wesentliche Beeinträchtigung seiner Interessen sieht; dies kann bei der umfassenden Abwägung der Interessen der Mietvertragsparteien nicht unberücksichtigt bleiben.

Nachdem es die Klägerin über viele Jahre widerspruchslos hingenommen hatte, dass die Beklagte die Miete erst zur Monatsmitte zahlte, erscheint deshalb die Annahme, ihr sei die weitere Fortsetzung des seit 1983 bestehenden Mietvertrages wegen der trotz Abmahnung erst am 11. Dezember 2007 geleisteten Zahlung der Dezembermiete nunmehr unzumutbar, nicht gerechtfertigt. Die Miete für Dezember 2007 war nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2010 - VIII ZR 129/09, NJW 2010, 2879 Rn. 44) am 5. Dezember (Mittwoch) als dem dritten Werktag in jenem Monat fällig, so dass die Klägerin nach dem revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Sachverhalt nach der Abmahnung nur eine Monatsmiete um sechs Tage zu spät erhalten hat. Dies rechtfertigt angesichts der Gesamtumstände die von der Klägerin ausgesprochene fristlose Kündigung nicht.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 BGB). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen zu der von der Beklagten vorgetragene langjährigen und von der Klägerin vor der Abmahnung nicht beanstandeten Handhabung der Mietzahlung sowie zu der weiteren Kündigung der Klägerin vom 29. Mai 2009 getroffen hat. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).