Wohnungswirtschaft und Mietrecht

70. Jg., Heft 2 Zitat: WuM Februar 2017

Benjamin Raabe

Der Abbau des Kündigungsschutzes im Wohnraummietrecht

– Vorschläge zur Verbesserung des Kündigungsrechts –

Wohnraum ist unverzichtbar. Jeder Mensch hat das Recht auf eine feste Bleibe und ist auf eine Wohnung als festen Lebensmittelpunkt angewiesen. Dies gilt nicht nur für den Eigenheimbesitzer und den selbstnutzenden Eigentümer, sondern auch für den Mieter. Viele soziale Beziehungen – Arbeit, Bildung, Freundeskreis – sind an diesem Lebensmittelpunkt orientiert und oft in existenzieller Weise von ihm abhängig.

Deshalb sieht das Grundgesetz für das Eigentum an Wohnraum eine starke Sozialbindung vor. Der Gesetzgeber hat in besonderem Maße das Recht und die Verpflichtung, den Schutz derjenigen, die auf den Wohnraum angewiesen sind, zu sichern und auch das Interesse der Allgemeinheit am sozialen Frieden durchzusetzen.

Aus diesem Grunde gibt es im bundesdeutschen Mietrecht gesetzlich einen ausgeprägten Kündigungsschutz. Leider wird dieser in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren immer stärker gerade durch die obergerichtliche Rechtsprechung eingeschränkt. Zum Teil sind aber auch die gesetzlichen Regelungen nicht eindeutig genug und lassen damit zu viel Raum für eine dem Mieterschutz abträgliche Rechtsprechung. Schließlich tut es Not, gesetzliche Regelungen zum Schutze des Mieters klarer zu fassen und auszubauen. Mit diesem Beitrag möchte ich eine kritische Diskussion anstoßen und Vorschläge zur Reform präsentieren.[1]

A. Freier Markt versus regulierter Markt

Grundsätzlich basiert die bundesrepublikanische Gesellschaft auf dem Prinzip der sozialen Marktwirtschaft. Dieses bejaht das freie Spiel der Kräfte, die Preisbildung erfolgt über Angebot und Nachfrage. Außer dem ausgleichenden Wettbewerb werden die sozialen Anforderungen berücksichtigt, sie setzen der freien Marktwirtschaft dort Grenzen, wo soziale und kulturelle Belange entweder dauernd oder zeitweise zu dem Grundsatz des freien Marktes im Widerspruch stehen.[2]

Marktmechanismen, das freie Spiel der Kräfte, funktionieren bei der Wohnraumversorgung allerdings nur unzureichend.[3] Dies liegt an mehreren Faktoren. Der nachfragende Mieter ist auf eine Wohnung angewiesen. Kann ich mich bei einem Konsumgut frei entscheiden, ob ich es kaufe oder nicht, gilt das für den Wohnraum nicht. Obdachlosigkeit ist eben keine Alternative, sondern eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.[4] Der Wohnraummieter verhält sich nicht wie der typische Konsument von Verbrauchsgütern. Er mietet Wohnungen gerne auf Dauer an, knüpft soziale Kontakte, vernetzt sich im Quartier, schickt seine Kinder in die ortsnahen Schulen und arbeitet nach Möglichkeit in der Nähe. Da unterscheidet er sich kaum von dem selbst nutzenden Haus- oder Wohnungseigentümer.

Der Wohnungsmarkt ist intransparent und heterogen. Viele Teile des Marktes sind nicht für alle Mieter zugänglich. Ein bedeutender Teil der Mieterschaft kann allein aufgrund des ihm zur Verfügung stehenden Einkommens überhaupt nicht am Markt teilnehmen.[5]

1 Der Vorschlag ist im Rahmen des Netzwerks Mieten & Wohnen entwickelt worden. Gesetzgebungsvorschlag und Begründung sind dort veröffentlicht, www.netzwerk-mieten-wohnen.de/content/mietrecht-neu-denken, abgerufen 7.1.2017.

2 Model/Creifelds, Staatsbürger-Taschenbuch Nr. 393.

3 Im Einzelnen hierzu auch: Koch, Mietpreispolitik in Deutschland, Augsburg 2005, S. 13 ff.

4 OVG Bremen, Beschl. v. 7.2.2013, 1 B 1/13, zit. nach juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.4.2016, OVG 1 S 1/16, zit. nach juris.

5 Dies gilt zunächst einmal für die 3,7 Mio. Haushalte, deren Wohnkosten direkt von den Sozialleistungsbehörden geleistet werden, die Miete nur in angemessener Höhe übernehmen. Weitere 3,9 Mio. Haushalte, deren Einkommen bis zu 50% über dem SGB-II-Satz liegt, erhalten zumindest noch zum Teil staatliche Leistungen und haben nur sehr eingeschränkten Zugang zum Markt. Insgesamt zu der Problematik: Studie des Pestel-Instituts Hannover „Mietwohnungsbau 2.0 – Bezahlbarer Wohnraum durch Neubau", 2014, im Internet abrufbar unter www.gutachtenpool.de/gutachten/2014%20Pestel-Studie%20-%20Mietwohnungsbau%202-0.pdf, abgerufen 11.1.2017.

Aber auch bei der Auswahl des Vertragspartners erweist sich der Wohnungsmarkt als „unvollkommener Markt".[6] Wie im Supermarkt gilt in den meisten anderen Märkten eine simples ökonomisches Prinzip: Wer den Preis bezahlen kann, bekommt die Ware. Dies ist bei der Anmietung einer Wohnung anders. Hier spielt – jenseits der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Mietinteressierten – die Person des Mieters als Konsument eine entscheidende Rolle, sei es der berufliche Stand, die Herkunft, das Geschlecht oder die Familiengröße.

In Zeiten großer Wohnungsknappheit und damit erheblicher Preissteigerungsmöglichkeiten steigt die Anzahl der Wohnraumkündigungen, da die Wohnungen neu zu erheblich höheren Preisen vermietet werden können. Die Kündigung wird schnell ein Mittel zur Verschärfung der Wohnraumkrise.

Dies ist der Grund dafür, dass der Wohnraummieter besonderen Schutz genießt. Tatsächlich bestand seit 1917 bis heute mit einer Unterbrechung von gut 10 Jahren von 1960 bis 1971[7] immer ein Kündigungsschutz. Der Vermieter musste stets ein berechtigtes Interesse für eine Kündigung nachweisen. Seit über 40 Jahren ist die Kündigung zur Erzielung eines höheren Mietzinses verboten. Der Kündigungsschutz wurde 2001 mit der Verlängerung der Frist zur Schonfristzahlung und der Einführung der asymmetrischen Kündigungsfristen sogar noch gestärkt. Grundsätzlich ist das Wohnraummietverhältnis nicht kündbar, es sei denn, das Festhalten am Vertrag ist dem Vermieter nicht zumutbar oder er hat ein anderes berechtigtes Interesse an der Erlangung der Wohnung.

Im Folgenden beschränke ich mich auf die Kündigungen wegen Vertragsverstoßes, die ordentliche Kündigung aus anderem Grunde wird im Nachfolgeheft von Dr. Rainer Tietzsch dargestellt.

B. Gesetzliche Regelungen zum Kündigungsrecht wegen Vertragsverstoßes

Wegen Vertragsverstoßes des Mieters kann der Vermieter nach geltendem Recht eine ordentliche und eine außerordentliche Kündigung erklären. Für eine ordentliche Kündigung ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass der Mieter gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB seine vertraglichen Pflichten nicht unerheblich verletzt. Eine Abmahnung ist nach dem Wortlaut nicht erforderlich.[8] Es bedarf allerdings eines Verschuldens des Mieters.

Demgegenüber setzt die außerordentliche Kündigung des Vermieters nach § 543 Abs. 1 BGB voraus, dass der Mieter seine vertraglichen Pflichten in erheblichem Maße verletzt hat oder dass die Mietsache erheblich gefährdet ist. Die außerordentliche Kündigung ist verschuldensunabhängig und setzt grundsätzlich eine Abmahnung voraus. Die Pflichtverletzung muss so schwer sein, dass dem anderen Teil eine Vertragsfortsetzung nicht zugemutet werden kann[9] und er auch den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht abzuwarten braucht.[10] Diese Regelung gilt zunächst für das gesamte Mietrecht, wird aber über § 569 BGB für das Wohnraummietrecht ergänzt bzw. spezifiziert. § 543 Abs. 2 und § 569 Abs. 1 und 2 BGB enthalten typische Fälle der Unzumutbarkeit.[11]

Bei einer ordentlichen Kündigung wegen schuldhafter, nicht unerheblicher Vertragsverletzungen des Mieters kommen nach geltendem Recht auch Pflichtverstöße von geringerem Gewicht in Betracht, als dies im Rahmen des § 543 Abs. 1 BGB erforderlich ist. Es ist insbesondere nicht zu verlangen, dass dem Vermieter die Fortsetzung des Vertrags bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist.[12] Beide Kündigungen sollen in einem Stufenverhältnis zueinander stehen.[13]

Die ordentliche Kündigung gem. § 573 BGB ist nur möglich, wenn der Vermieter ein berechtigtes Interesse darlegen kann. Auf den Widerspruch des Mieters soll eine Interessenabwägung erfolgen, die ggf. zu einer zeitweisen Verlängerung des Mietverhältnisses führen kann. Im Bereich der außerordentlichen Kündigung ist in § 569 BGB sowohl die Möglichkeit der Schonfristzahlung als auch der Schutz vor Kündigungen bei laufenden Mieterhöhungsverfahren vorgesehen.

Schon jetzt gibt es im BGB, aber auch im Verfahrensrecht zahlreiche Normen, die den besonderen Schutz des Wohnraummieters vor dem Verlust des Wohnraums bezwecken und seine strukturell schwächere Stellung gegenüber dem Vermieter kompensieren sollen.

Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Rechtsverhältnissen ist die Vertragsfreiheit im Wohnraummietrecht ausdrücklich zugunsten der Mieter eingeschränkt. Von den Kündigungsvorschriften kann zulasten des Mieters nicht abgewichen werden. Jede die Kündigung betreffende Norm enthält ein entsprechende gesetzliche Anordnung.

Aber auch verfahrensrechtlich finden sich in der ZPO zahlreiche Regelungen, die dem besonderen Schutz des Wohnraums Rechnung tragen.

So bedarf es stets einer gerichtlichen Entscheidung, um einen Mieter aus seiner Wohnung räumen zu lassen. Ein notariell beurkundeter Vertrag (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) kann dies nicht ersetzen. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung ist nur in den engen Grenzen des § 940a ZPO möglich. Auch die Klage auf zukünftige Leistung ist bei Wohnraum nur in den Grenzen des § 259 ZPO möglich. § 308a ZPO eröffnet dem Gericht bei einem Widerspruch des Mieters gegen die Kündigung i. S. d. §§ 574 BGB die Möglichkeit, auch ohne Antrag über eine Verlängerung des Mietverhältnisses zu entscheiden.

6 Fehlberg und Meißner, Mietsteigerungen und Wohnungsengpässe abseits der Ballungsräume, www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjDtrHg8qbRAhWsDsAKHamTA1IQFgguMAM&url=https%3A%2F%2Fwww.uni-goettingen.de%2Fde%2Fdocument%2Fdownload%2F2397f365b4d68fd7bdfea8759ba52caf.pdf%2FFehlberg_Miessner_2015_Wohnungsmarkt_Goettingen_Vorabveroeffentlichung.pdf&usg=AFQjCNFEZ6jYRqg2NEVE0UxURgD17Jzqtw&sig2=UPnFJ5NDGrsJ_vIu2XAD8g&bvm=bv.142059868,d.ZGg, abgerufen 7.1.2017.

7 Hierzu näher Lammel, Vom BGB zum BGB – Das soziale Mietrecht im Wandel der Zeiten, in: FS für Hubert Blank, 2006, S. 713 und Häublein/Lehmann-Richter, Mieterschutz in der Bundesrepublik Deutschland, in: Oberloskamp u. a., Soziales Mietrecht in Europa, 2010, S. 33, 38.

8 BGH, VIII ZR 145/07 v. 28.11.2007, WuM 2008, 31 = NJW 2008, 508.

9 Blank in Schmidt-Futterer, § 573 Rz. 13.

10 Wiek in Hannemann/Wiek/Emmert, Handbuch des Mietrechts, 2015, § 26 Rz. 108.

11 BGH, VIII ZR 142/08 v. 29.4.2009, WuM 2009, 349.

12 BGH, VIII ZR 364/04 v. 11.1.2006, WuM 2006, 193.

13 BGH, VIII ZR 364/04 v. 11.1.2006, WuM 2006, 139; Schmidt-Futterer, § 573 Rz. 13; Lehmann-Richter, AnwZert MietR 1/2010 Anm. 2.

Im Vollstreckungsrecht finden sich die Sonderregelungen über die Räumungsfrist in § 721 ZPO, aber auch der besondere Vollstreckungsschutz des § 765a ZPO.

Wohnraummietsachen werden erstinstanzlich stets vor dem Amtsgericht verhandelt, einen Anwalt benötigen die Mietvertragsparteien hierfür nicht.

Sieht man die Vielzahl von Sondervorschriften für Räumungsverfahren in Wohnraumsachen zusammen, wird klar, wie wichtig dem Gesetzgeber der Schutz des Wohnraums ist.

C. Abbau des Kündigungsschutzes durch die Rechtsprechung, insbesondere des BGH, am Beispiel der Kündigung wegen Vertragsverstoßes und Vorschläge für eine gesetzliche Korrektur

Mit der Zuständigkeit des BGH in wohnungsmietrechtlichen Revisionssachen seit dem 1.1.2002 hat sich im Wohnraummietrecht vieles geändert. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte der BGH nur im Rahmen von Rechtsentscheiden in Wohnraummietsachen entscheiden.[14] Seit 2002 gibt es eine ganze Reihe von Entscheidungen, in denen der BGH dem Räumungsverlangen der Vermieter stattgegeben und den notwendigen Kündigungsschutz deutlich eingeschränkt hat. Aber auch die Instanzgerichte tragen zum Abbau des Kündigungsschutzes bei.

Hierbei stützt sich insbesondere der BGH auf systematische und dogmatische Auslegungen, die rechtsdogmatisch meist durchaus vertretbar, manchmal handwerklichen Fehlern bei der Gesetzesformulierung geschuldet sind. Eine korrigierende Funktion zugunsten der Mieter bei der Auslegung des Gesetzes übernimmt der BGH selten. Der besondere Schutz der Wohnung, der dem Gesetzgeber besonders wichtig war, erfährt dabei keine genügende Beachtung.

Dies gilt auch und gerade für den Bereich der Kündigung wegen Vertragsverstoßes. Hierbei gibt es im Wesentlichen zwei Problembereiche. Das Nebeneinander der außerordentlichen und der ordentlichen Kündigung bei Vertragsverstößen führt zu einem Stufenverhältnis der beiden Kündigungsformen und einer Ausweitung auch der ordentlichen Kündigung. Der BGH beschränkt die Kündigungsschutzvorschriften des § 569 Abs. 3 Nr. 2 und 3 BGB auf die außerordentliche Kündigung, dies führt im Bereich der Zahlungsverzugskündigung faktisch zur Abschaffung der Schonfristzahlung und des Kündigungsschutzes im Mieterhöhungsverfahren.

Darüber hinaus wird durch eine Ausweitung der Möglichkeiten, einem Mieter wegen (angeblichen) Vertragsverstoßes zu kündigen, der Streit über Umfang und Grenzen von vertraglichen Pflichten in einen Räumungsrechtsstreit verlagert mit entsprechenden Risiken für die Mieterseite. Der Mieter verliert ggf. nicht nur den Prozess bezüglich einer zu klärenden Rechtsfrage, sondern darüber hinaus seine Wohnung.

Im Folgenden stelle ich die Rechtsprechung zu den vorgenannten Bereichen dar und entwickle hieran eine geeignete Regelung, die dem eigentlich beabsichtigten und wünschenswerten Schutz des Mieters gerechter wird.

I. Kündigung wegen Vertragsverstoßes, außerhalb der Zahlungsverzugskündigung

Auch Vertragsverletzungen, die man bisher keinesfalls für ausreichend gehalten hätte, eine Mietvertragskündigung zu tragen, sollen nach der Rechtsprechung des VIII. Senats des BGH zur ordentlichen Kündigung des Wohnraummieters ausreichen, etwa die Weigerung, eine Modernisierung oder Instandsetzung zu dulden,[15] oder die Nichtzahlung von Prozesskosten.[16]

Der Bundesgerichtshof geht ersichtlich davon aus, dass der Wohnungsmieter bei jeder Handlung und Entscheidung optimal informiert oder fachlich beraten ist. Dies entspricht – wie jeder weiß – nicht der Lebenswirklichkeit. Einen Wohnungsmietvertrag muss auch derjenige abschließen, der in keiner Weise gebildet, der deutschen Sprache mächtig und informiert ist, und gerade in prekären Lebenslagen ist es oft objektiv kaum möglich, vor jedem Schritt rechtzeitig eine fachliche Beratung in Anspruch zu nehmen. Während es – wohl mit Rücksicht auf den rechtlich nicht gewandten Einzelvermieter ohne professionelle Verwaltung – heißt, die Anforderungen an den Wohnungsvermieter dürften z. B. bei der Mieterhöhung nicht überspannt werden,[17] soll eine entsprechende Steuerung zugunsten der Wohnungsmieter nicht möglich sein.

Jede behauptete Vertragsverletzung, die früher zunächst gerichtlich geklärt worden wäre, kann heute gleich zu einer Kündigung und zur Beendigung des Mietverhältnisses führen. So gehen Vermieter sogar dazu über, Mietern zu kündigen, die Modernisierungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen nicht dulden.

1. Entscheidungen zur verweigerten Modernisierung und Betriebskosten

Dies hat der BGH in seiner Entscheidung des BGH vom 15.4.2015[18] gebilligt. Der BGH hat hier grundsätzlich dem Vermieter die Möglichkeit eröffnet, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn der Mieter Baumaßnahmen – egal, ob Modernisierung oder Instandsetzung – nicht duldet, obwohl er zur Duldung verpflichtet war. Der Vermieter müsse hier nicht erst die Duldungspflicht gerichtlich feststellen lassen. Vielmehr könne er – entgegen der bisherigen Rechtspraxis – die unterlassene Duldung gleich als Grund für eine Kündigung nehmen. Ob das Mietverhältnis nach verweigerter Duldung durch den Mieter aufgrund der ausgesprochenen Kündigung sein Ende gefunden hat, habe der Tatrichter dann allein auf der Grundlage der in § 543 Abs. 1 BGB beziehungsweise in § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB genannten Voraussetzungen unter Abwägung aller im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände zu prüfen.[19]

Ganz ähnlich sind die Fälle, in denen dem Mieter wegen nicht gezahlter Betriebskostenerhöhungen[20] oder Betriebskostennachzahlungen gekündigt wird.[21] Bezogen auf die

14 Das Rechtsentscheidsverfahren, in den 1960er Jahren für die Härte- und Sozialklausel eingeführt, wurde mit Gesetz v. 5.6.1980 auf das gesamte Wohnraummietrecht ausgeweitet; es hatte für die Praxis allerdings keine größere Bedeutung, s. dazu Wolst, Die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs in Verfahren aus dem Recht der Wohnraummiete, in: FS für Hubert Blank, 2006, S. 475.

15 BGH, VIII ZR 281/13 v. 15.4.2015, WuM 2015, 416; der BGH hielt hier auch die außerordentliche Kündigung für möglich.

16 BGH, VIII ZR 267/09 v. 14.7.2010, WuM 2010, 571.

17 BGH, VIII ZR 47/05 v. 25.1.2006, WuM 2006, 157; BGH, VIII ZR 86/13 v. 17.12.2014, WuM 2015, 165 (Parallelentscheidung VIII ZR 88/13); ZMR 2015, 216.

18 BGH, VIII ZR 281/13 v. 15.4.2015, WuM 2015, 416.

19 BGH, a.a.O. Fn. 18.

20 BGH, VIII 1/11 v. 18.7.2012, WuM 2012, 497.

21 AG Köln, ZMR 2011, 804; Blank in Schmidt-Futterer, § 573 Rz. 28.

Betriebskostenerhöhung hat der BGH ausgeführt: „Im Übrigen ist der Mieter dadurch geschützt, dass im Rahmen des Kündigungsprozesses geprüft werden muss, ob der Vermieter gemäß § 560 Abs. 4 BGB bei den Vorauszahlungen eine Anpassung auf die verlangte Höhe vornehmen durfte. Der Senat hat mit zwei Urteilen vom 15.5.2012 (VIII ZR 245/11 und VIII ZR 246/11, jeweils juris Rn. 16) entschieden, dass eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB nur insoweit begründet ist, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Der Mieter kann durch Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nachprüfen, ob die Anpassung gemäß § 560 Abs. 4 BGB gerechtfertigt ist oder nicht und welches Prozessrisiko er eingeht, wenn er nicht zahlt. Sollte ihm der Vermieter die Einsicht nicht ermöglichen, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. In diesem Fall ist eine auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung ausgeschlossen".[22]

2. Kritik

Bei den Entscheidungen wird beispielhaft deutlich, welche unangemessenen Folgen die Wahrnehmung von Rechten für den einzelnen Mieter hat. Die Frage, wann eine angekündigte Modernisierung zu dulden ist, ist auch nach der Gesetzesänderung im Jahre 2013 keine einfache. Dies hängt nicht nur von der formellen Wirksamkeit, sondern auch von technischen Sachverhalten, dem Umfang persönlicher Härten und Abwägungen im Einzelfall ab. Über diese Fragen entscheiden Gerichte höchst unterschiedlich. Eine Prognose kann man nur in eindeutigen Fällen machen. Gleiches gilt bei Nebenkostenabrechnungen, dem berechtigten Interesse an einer Untermietung,[23] den Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs und nahezu allen weiteren Streitpunkten im Wohnraum.

Von der Klärung einer Rechtsfrage oder eines Konflikts hängt das gesamte Mietverhältnis ab. Der dem Mieter an und für sich zu ratende sicherste Weg führt zu einer Verkürzung seines Rechtsschutzes. Der Mieter kann es selbstverständlich auch darauf ankommen lassen, allerdings verliert er für den Fall, dass er sich in der Einschätzung der rechtlich zu klärenden Frage geirrt hat oder diese schlicht anders als erwartet entschieden wird, nicht nur den Prozess, sondern gleich seine Wohnung. Die Prognose des Prozessausgangs ist – da zum Teil von Beweisfragen abhängig – auch nicht immer sicher, ohne anwaltliche Hilfe oftmals kaum zu treffen, zumal es doch stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankommt und sich schematische Betrachtungsweisen verbieten. Wenn man sich dann noch vor Augen führt, dass die Entscheidungen auch zwischen den Instanzen divergieren oder gar die höchstrichterliche Rechtsprechung sich ändern kann, wird schnell klar, dass sich der Mieter nur bei ganz eindeutigen Fehlern des Vermieters zu einer Verweigerung entschließen sollte. Aber was ist schon eindeutig?

Natürlich bleibt der Weg, unter Vorbehalt zu leisten. Der gewissenhafte Berater des Mieters müsste diesem wohl genau dies raten. Dies kann aber nicht in allen Fällen die Rechte sichern und entspricht auch nicht dem Anspruch, ein für den Mieter verständliches Recht vorzuhalten.

a) Probleme der Vorbehaltszahlung

Gangbar ist dieser Weg natürlich bei jeder Art von Zahlung. Nebenkosten kann der Mieter beispielsweise erst einmal unter Vorbehalt zahlen und seine Zahlungspflicht nachträglich überprüfen lassen. Dies erschwert die Wahrnehmung der ohnehin schon sehr eingeschränkten Rechte des Mieters weiter. Hier konfrontiert der Vermieter den Mieter mit einer Forderung. Grundsätzlich hat er diese eigentlich auch darzulegen und zu beweisen. Wenn er aber bei Nichtzahlung der Nebenkosten kündigen kann, dann verkehren sich die Verhältnisse. Nun muss der Mieter seinen Rückforderungsanspruch darlegen. Hierzu reicht es nicht, dass er die angesetzten Posten bestreitet. Er muss regelmäßig die Belege einsehen, um überhaupt substantiiert Einwände erheben zu können.[24] Hierzu muss er sich, sofern es sich um preisfreien Wohnraum handelt, zu seinem Vermieter begeben, denn in der Regel ist der Einsichtsort der Sitz des Vermieters.[25] Der Mieter kann sich dann entweder den Inhalt der Belege abschreiben oder sich diese abfotografieren oder einscannen, einen Anspruch auf Kopien hat er nicht.[26] Im Hinblick auf Umfang und Wege und die damit verbundenen Kosten wird er sich in der Regel kaum eines fachkundigen Rates für die Belegeinsicht bedienen können, worauf Langenberg zu Recht hinweist.[27] Ist die Nebenkostenabrechnung erst einmal bezahlt, schwindet oft die Bereitschaft des Vermieters, hinsichtlich der Überprüfung zu kooperieren. Die Mühen und Kosten des Mieters stehen dann oft in keinem Verhältnis mehr zu der Forderung, die von ihm realisiert werden kann, zumal wenn er ein Belegeinsichtsrecht sogar erst erstreiten muss. Der Zugang zum Recht wird dem Mieter über die drohende Kündigung bei Nichtzahlung der Nebenkosten erheblich erschwert.

b) Probleme bei Modernisierungsmaßnahmen

Noch komplizierter wird es aber, wenn sich der Mieter einer Modernisierungsmaßnahme gegenüber sieht. Soll der Mieter dann erst einmal alles über sich ergehen lassen und im Nachhinein auf Rückbau klagen? Und was sagen dann wohl die Nachbarn dazu, wenn er im Klageverfahren obsiegt und nun die über Monate durchgeführten Umbaumaßnahmen über weitere Monate rückgängig gemacht werden sollten? Die erheblichen Beeinträchtigungen, die Grund für den Härteeinwand waren, lassen sich im Nachhinein nicht rückgängig machen. Da nützt es auch nichts, dass der Mieter Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

c) Abweichung von der Intention des Gesetzgebers

Zudem muss man berücksichtigen, dass der Gesetzgeber planmäßig die Hürden für den Wohnungsmieter bei der Rechtswahrnehmung niedrig halten will. Der Mieter benötigt keinen Anwalt, um in der ersten Instanz gegen seinen Vermieter zu prozessieren. Er muss sein Minderungsrecht nicht ausüben, da die Miete mit Kenntnis des Mangels durch den Vermieter automatisch gemindert ist. Er muss sich auch in der Regel nicht mit dem üblichen Kleingedruckten auseinandersetzen, da seine Rechte über die halbzwingenden Normen im Wesentlichen kaum von den gesetzlichen Regelungen abweichen können. Der Zugang zum Recht soll

22 BGH a. a. O. Fn. 20.
23 Blank in Schmidt-Futterer, § 573 Rz. 40a, mit Verweis auf BGH v. 2.2.2011, VIII ZR 74/10, WuM 2011, 169 = NJW 2011, 1065.
24 OLG Düsseldorf, NZM 2000, 762; LG Berlin, GE 2001, 1469; Langenberg in Schmidt-Futterer, § 556 Rz. 539.
25 BGH, VIII ZR 78/05 v. 8.3.2006, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.
26 v. Brunn/Emmerich in Bub/Treier, III A. 248; Emmert in Hannemann/Wiek, § 14 Rz. 187.
27 Langenberg, a. a. O., § 556 Rz. 495.

für den Mieter einfach sein, aber warum wird es dann schwierig, wenn er seine Reche wahrnehmen will? Wie erklärt man dem Mieter, dass er – ohne hierzu eigentlich verpflichtet zu sein – die Modernisierungsmaßnahme dulden und die Betriebskostennachzahlung leisten, aber den befreundeten Untermieter besser nicht einziehen lassen sollte, da er andernfalls seine Wohnung verlieren könnte?

Letztlich führt dies zu einer Disziplinierung der Mieter und einer Beschneidung ihrer Rechte. Ob dies gesellschaftlich und rechtspolitisch sinnvoll ist, erscheint mehr als fraglich. Denn der Mieter kann sich seiner Rechte vor einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung nie völlig sicher sein, muss also zur Sicherung seiner Wohnexistenz im Zweifel auf die Rechtswahrung verzichten. Im Ergebnis werden Mieterrechte zur leeren Hülse und dies stärkt nicht das Vertrauen in den Rechtsstaat.

3. Konsequenz

Hier muss der Gesetzgeber tätig werden. Es wäre wünschenswert, dass Umfang und Grenzen der vertraglichen Pflichten im Rahmen des Mietverhältnisses unabhängig von seinem Bestand geklärt würden und nur in Ausnahmefällen das Mietverhältnis selbst gefährdet wäre.

Der Vermieter sollte im Regelfall den Mieter gerichtlich auf Unterlassung oder Vornahme der Handlung in Anspruch nehmen, von der er meint, dass der Mieter diese ihm schulde. Angesichts der Bedeutung der Wohnung für die Lebensgestaltung des Mieters bedarf dieser regelmäßig hinreichender Gewissheit, ob sein Verhalten tatsächlich vertragswidrig ist. Dies hätte auch den Vorteil, dass sich die Parteien über das Bestehen von Rechten und Pflichten und deren Umfang direkt streiten und nicht im Rahmen eines Räumungsrechtsstreits. Nur wenn der Mieter trotz Urteils sein vertragswidriges Verhalten fortsetzt und sich damit uneinsichtig zeigt, muss es dem Vermieter möglich sein, das Vertragsverhältnis zu beenden.

In besonderen Ausnahmefällen, d. h. in Fällen von schweren Vertragsverstößen, in denen von vornherein eine vorherige Klage auf Unterlassung oder Vornahme von Handlungen entweder keinen Erfolg verspricht oder dem Vermieter nicht zuzumuten ist, kann nicht auf die vorherige Führung eines Klageverfahrens verwiesen werden. Hier sieht bereits jetzt das Gesetz Ausnahmen für die Pflicht zur Abmahnung vor (§ 543 Abs. 3 Satz 2 BGB). Entsprechend können diese als Ausnahmen von der Vorrangigkeit einer Duldungs- bzw. Unterlassungsklage übernommen werden.

II. Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Die Kündigung wegen Zahlungsverzugs ist anders zu bewerten als die wegen Vertragsverstoßes, denn die Mietzahlungsverpflichtung ist die vertragliche Hauptleistungspflicht des Mieters. Der Termin der Verpflichtung steht fest und auch die Höhe der Zahlungspflicht ist – von den Fällen der einseitigen Mieterhöhung nach § 559 BGB, der Minderung und des Zurückbehaltungsrechts abgesehen – in der Regel bekannt. Hier soll daher einer Kündigung keine Leistungsklage vorausgehen müssen.

Der Mieter muss aber gerade bei Mängeln der Mietsache die Möglichkeit haben, seine Rechte zu wahren, ohne seine Wohnung zu riskieren (hierzu später). Vordringlich muss der gesetzlich in § 569 Abs. 3 Nr. 2 und 3 BGB geregelte Kündigungsschutz wieder wirksam gemacht werden.

1. Nebeneinander von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung

Das Nebeneinander von außerordentlicher und ordentlicher Kündigung wirkt sich nämlich gerade bei der Kündigung wegen Zahlungsverzugs mit der laufenden Miete zulasten des Mieters aus.

a) Kündigungsrelevanter Rückstand

Mietrückstände, die eine Monatsmiete nur geringfügig übersteigen,[28] reichen nach dem Wortlaut des Gesetzes ohne Abmahnung für eine ordentliche Kündigung aus – es soll dabei nach der Rechtsprechung des VIII. Senats nicht darauf ankommen, ob sie durch die Wahrnehmung des gesetzlichen Minderungsrechts zustande gekommen sind, die im Ergebnis zu hoch bemessen, aber nicht völlig abwegig[29] war. Für eine fristlose Kündigung bedarf es im Regelfall eines Mietrückstands von zwei Monaten.

b) Mieterschutzvorschriften des § 569 Abs. 3 BGB gelten nur für außerordentliche Kündigung

Umgekehrt sollen von der Rechtsprechung jahrzehntelang zugunsten der Wohnungsmieter angewendete Schutzmechanismen nicht mehr anwendbar sein. Sie sollen nur für die außerordentliche Kündigung gelten.

(1) Schonfristzahlung

Beispielhaft sei hier auf das Verfahren BGH VIII ZR 6/04[30] verwiesen. Hier stellte sich dem BGH die Frage, ob die in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB geregelte sog. Schonfristzahlung nur für die fristlose Kündigung oder auch für die ordentliche Kündigung gilt. Diese Regelung – kodifiziert in der für die außerordentliche Kündigung erlassenen Bestimmung – gestattet dem Mieter, durch Nachzahlung aller rückständigen Mieten die Kündigung wegen Zahlungsverzugs unwirksam zu machen und damit die Räumung abzuwenden.

Der BGH hat sich – im Gegensatz zur damals vorherrschenden Rechtspraxis[31] und Teilen der Lehre[32] – im Hinblick auf die gesetzessystematische Stellung und den Wortlaut des Gesetzes in seinem Urteil vom 16. 2. 2005 dagegen entschieden, dies auch auf die ordentliche (fristgemäße) Kündigung anzuwenden. Wenn der Vermieter also neben einer fristlosen auch eine fristgerechte Kündigung ausspricht – was heute die Regel ist –, nutzt die Nachzahlung nichts mehr. Der Mieter hat dann nur noch das Recht, die drei- bis neunmonatige Kündigungsfrist abzuwohnen.

Nun muss man wissen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Schonfristzahlung an anderer Stelle aufgegriffen

28 BGH, VIII ZR 107/12 v. 10.10.2012, WuM 2012, 682 = NJW 2013, 159; sogar wenn aufgrund unklarer Abrechnungen Erhöhungen der Vorauszahlungen verlangt werden und dies zu Zahlungsdifferenzen führt, BGH, VIII ZR 102/06 v. 25.10.2006, WuM 2007, 24; BGH, VIII ZR 261/07 v. 28.5.2008, WuM 2008, 407; BGH, VIII ZR 261/15 v. 24.8.2016, WuM 2016, 658.

29 BGH, VIII ZR 102/06 v. 25.10.2006, WuM 2007, 24 (Beraterverschulden); BGH, VIII ZR 138/11 v. 11.7.2012, WuM 2012, 499 = NJW 2012, 2882 (Schimmel).

30 BGH, VIII ZR 6/04 v. 16.2.2005, WuM 2005, 250 = MDR 2005, 680; nochmals bekräftigt in BGH, VIII ZR 321/14 v. 23.2.2016.

31 Z. B. LG Augsburg, WuM 1987, 388; AG Schöneberg, WuM 1978, 128; LG Berlin, GE 2004, 237, diese Entscheidung wurde vom BGH (VIII ZR 6/04, Fn. 29) aufgehoben.

32 Franke, ZMR 1992, 81, 83; Beuermann, WuM 1997, 151, 153; Sternel, Mietrecht aktuell 3. Aufl. Rz.1130, Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 8. Aufl., § 573 Rz. 32; Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 2. Aufl., § 573 Rz.19; Scholl, WuM 1993, 99; Asper, WuM 1996, 315.

hat: Er hat Menschen mit geringerem Einkommen oder in prekären sozialen Situationen die Möglichkeit gegeben, für die Begleichung der Mietschulden eine Zahlung auf Darlehensbasis von den Sozialleistungsbehörden zu erhalten, um damit die Obdachlosigkeit des Mieters zu verhindern. Ein entsprechender Anspruch auf Kostenübernahme wurde in § 22 SGB II und § 36 SGB XII aufgenommen. Gleichzeitig wurden die Gerichte verpflichtet, die Sozialleistungsbehörden in jedem einzelnen Fall von einer Räumungsklage zu unterrichten. Die Hilfe kann nicht nur von ALG II-Beziehern, sondern von allen von einer Kündigung wegen Zahlungsverzug Bedrohten in Anspruch genommen werden, sofern sie die rückständigen Mieten selbst nicht aufbringen können.

Die Briefe vom Gericht an die Sozialleistungsbehörden gibt es zwar immer noch, allerdings hat sich seit der Entscheidung des BGH vom 16. 2. 2005 die Übernahme rückständigen Mietzinses erheblich verkompliziert. Denn Voraussetzung ist nun die Zusage des Vermieters, dass das Mietverhältnis fortgesetzt wird und er auf die Kündigung „verzichtet". Dies ist rechtlich schon deshalb schwierig, weil die fristgerechte Kündigung zur Beendigung geführt hat und es einer Einigung der Vertragsparteien über die Fortsetzung bedarf. Letztlich bedarf es hier immer eines Entgegenkommens des Vermieters. Gerade in den Ballungsgebieten haben Vermieter daran aber regelmäßig nur sehr wenig Interesse. Man kann kritisieren, dass der Gesetzgeber keine handwerklich saubere Anordnung formuliert hat, durch welche ausdrücklich die Abwendungszahlung auch die ordentliche Kündigung unwirksam macht, und dass er sich auch 2001 auf die mit kleinen Abänderungen seit 30 Jahren anerkannte Rechtspraxis verlassen hat. Aber im Ergebnis stellt die Auslegung des Gesetzes den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers auf den Kopf. Die BGH-Rechtsprechung zur Schonfristzahlung führt auch zur Kostensteigerung bei der öffentlichen Hand. Die Vermieter machen die Fortsetzung des Mietverhältnisses oft von der Übernahme der Prozesskosten abhängig oder erwirken einen Räumungstitel, aus dem sie bei weiteren Vertragsverstößen vollstrecken. Sehr instruktiv ist hier die Studie von Artz/Lehmann-Richter, die diese im Auftrag des Mietgerichtstags erstellt haben.[33]

Bezüglich der Abwendungszahlung sieht nunmehr auch das Bundesjustizministerium Änderungsbedarf.[34] Ob der dort erarbeitete Vorschlag Gesetz wird, ist aber noch nicht abzusehen.

(2) Mieterhöhung

Auch der Schutz des Mieters vor Kündigungen bei laufenden Auseinandersetzungen über eine Mieterhöhung nach §§ 558 bis 560 BGB wird im Hinblick auf die systematische Stellung des § 569 BGB vom VIII. Senat des BGH auf die außerordentliche Kündigung beschränkt.[35] Dies hat bei Mieterhöhungsverfahren nach § 559 BGB letztlich Auswirkungen. Gerade Mieterhöhungen nach durchgeführter Modernisierung sind erheblich. Oftmals geht es hier um finanzielle Härteeinwände, die der Mieter nach der Mietrechtsänderung im Jahre 2013 gem. § 555d Abs. 3–5 BGB bereits gegenüber der Modernisierungsankündigung vorbringen musste, die aber erst im späteren Mieterhöhungsverfahren geklärt werden. Da die Frage, wann eine Mieterhöhung die Belastbarkeit des Mieters übersteigt und damit eigentlich nicht geschuldet wird, stets eine Frage des Einzelfalls ist, generalisierende Aussagen zu etwaigen Quoten sich verbieten,[36] riskiert der Mieter bei Nichtzahlung des Modernisierungszuschlags seine Wohnung. Zwar hat der Mieter Geld zu haben, aber der Gesetzgeber räumt dem Mieter aus sozialpolitischen Gründen ja gerade das Recht ein, die Zahlung des erhöhten Mietzinses zu verweigern, wenn er die Mieterhöhung nicht leisten kann. Der Mieter wird sich verschulden müssen, wenn er sicher in der Wohnung bleiben möchte.

c) Konsequenz

Gerade die Konkurrenz zwischen der außerordentlichen und der ordentlichen Kündigung hat sich in der Vergangenheit oft als problematisch erwiesen. Vertragsverstöße des Mieters, die für eine fristlose außerordentliche Kündigung nicht reichten, führten dann zumindest über die ordentliche Kündigung zur Beendigung des Mietverhältnisses. Dem Mieter wird so nur ein zeitweiliger Aufschub gegönnt. Die Folgen beider Kündigungen sind weitgehend gleich. Der Mieter verliert in beiden Fällen seine Wohnung, die unterschiedlichen Räumungszeitpunkte haben wegen der Dauer der gerichtlichen Verfahren und wegen einer etwaigen Räumungsfrist nach § 721 ZPO i. d. R. nur marginale Bedeutung.[37] Gleichzeitig dürften sowohl die Aushebelung der Schonfristzahlung als auch die Ausweitung der Kündigungsmöglichkeiten der gesetzgeberischen Intention widersprechen und dem Schutz von Wohnraum und dessen oben beschriebener überragender Bedeutung für die Wohnbevölkerung nicht gerecht werden.

Aus diesem Grunde ist es angezeigt, § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ersatzlos zu streichen. Im Hinblick auf die überragende Bedeutung des Wohnraums für Mieter soll sich der Vermieter nur dann vom Mietvertrag lösen können, wenn die Fortsetzung des Mietverhältnisses mit diesem Mieter unzumutbar ist. Ist dies tatsächlich der Fall, dann bedarf es auch keiner Frist. Mit der Streichung des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB hätte man zudem eine klare Trennung beider Kündigungstatbestände. Die fristgerechte Kündigung würde ausschließlich gegenüber dem vertragstreuen Mieter, die außerordentliche Kündigung gegenüber dem nicht vertragstreuen Mieter zur Anwendung kommen.

Zudem ist es sinnvoll, dass der Mieter vor Ausspruch einer Kündigung zumindest stets durch eine Abmahnung gewarnt wird.

2. Kündigung und Räumung bei Mängeln und Minderung

Gerade Mängel geben immer wieder Anlass zu Streitigkeiten zwischen den Mietvertragsparteien. Die dort angelegte Grundproblematik betrifft sowohl die fristlose als auch die fristgemäße Kündigung. Die vom Mieter vorgenommene Minderung führt regelmäßig zu Vermieterkündigungen: Summieren sich die geminderten Beträge auf mehr als eine Monatsmiete, dann kann der Vermieter das Mietverhältnis ordentlich kündigen. Zwar ist die Kündigung unwirksam, wenn der Mieter die Miete berechtigt in angemessener Höhe gemindert hat. Aber dies stellt sich erst

33 www.mietgerichtstag.de/app/download/6086788862/Gutachten%20Zahlungsverzugskündigung%20und%20öffentliche%20Hand.pdf?t=1449752379.

34 Der Entwurf zur 2. Tranche der Mietrechtsreform ist bekannt, aber noch nicht als Regierungsentwurf bekanntgegeben.

35 BGH, VIII ZR 107/12 v. 10.10.2012, WuM 2012, 682.

36 BGH, VIII ZR 174/13 v. 10.12.2013, WuM 2014, 145.

37 Blank in Schmidt-Futterer, § 573 Rz. 13.

im Laufe des – für den Mieter oft existenzbedrohenden – Rechtsstreits heraus. Praktisch wird die Ausübung des Minderungsrechts für den Mieter zur Gefahr.

Das widerspricht den Grundentscheidungen des Gesetzes: Die Minderung der Miete tritt automatisch ein, sobald der Vermieter vom Mangel weiß, der Mieter darf nach dem Gesetz (§ 536 BGB) sofort weniger zahlen, der Vermieter darf nur noch die geminderte Miete fordern. Nach dem Gesetz (§ 320 BGB) hat der Mieter außerdem das Recht, seine Leistung (Mietzahlung) zurückzuhalten, bis der Vermieter seine Pflicht erfüllt hat. Außer in Fällen völlig willkürlich überzogener Mietminderung gibt es keinen vernünftigen Grund, dass ein Streit über Mietminderung im Räumungsprozess geklärt werden muss.

Andererseits muss auch der Vermieter die Möglichkeit haben, das Mietverhältnis zu kündigen, wenn der Mieter mit seiner Hauptleistungspflicht ausfällt und Mängel nur vorschiebt. Wie sich aus den Ausführungen zu (1) ergibt, wird man den Mieter im Zweifel darauf verweisen, die streitige Mietzahlung zu leisten und diese danach zurückzufordern. Zur Kompensation dieses Nachteils müssen allerdings seine Rechte und sein Schutz im Zusammenhang mit den Gewährleistungsrechten gestärkt werden.

a) Feststellung der Mangelursache, Vorbehaltszahlung

Ein klassischer Fall: Der Mieter hat den Mangel selbst verursacht, weiß dies aber aufgrund von bautechnischen oder anderen Vorfragen nicht. Dieses Problem stellt sich regelmäßig bei Feuchtigkeits- oder Schimmelschäden:[38] Es taucht ein Schimmelfleck in der Wohnung auf. Der Mieter mindert und der Vermieter verweigert die Mängelbeseitigung oder reagiert schlicht gar nicht. Nachdem sich der Minderungsrückstand auf eine Monatsmiete summiert, kündigt der Vermieter fristgerecht wegen Zahlungsverzugs. Im späteren Gerichtsverfahren muss der Vermieter sich dann zunächst entlasten, dass keine bautechnischen Mängel vorliegen, der Vermieter nicht für den Mangel verantwortlich ist. Gelingt dem Vermieter dies, muss der Mieter beweisen, dass er richtig gelüftet und geheizt hat. Dies misslingt oft, da der Mieter normalerweise sein Wohnverhalten nicht dokumentiert.

Der Mieter kann also aus schlichter Beweisnot schnell seine Wohnung verlieren, ohne dass ihn hier ein besonderes Verschulden trifft. Da – nach derzeitiger Rechtsprechung des BGH – eine nachträgliche Zahlung nur die fristlose, nicht aber die fristgemäße Kündigung abwendet, bleibt ihm als sicherer Weg nur, die Mietzahlungen sofort in voller Höhe unter Vorbehalt zu leisten und dann später aktiv einzuklagen.[39]

Der Mieter, der nach dem Gesetz eigentlich zur Erlangung seines Minderungsrechts gar nichts tun muss, ist hier aber durch § 814 BGB zu einer Handlung gezwungen, die außer Juristen niemandem einleuchtet: Er muss, wenn er die Miete nicht mindert, gegenüber dem Vermieter erklären, dass er sich vorbehält, diese Zahlung (teilweise) zurückzufordern. Andernfalls gilt seine Mietzahlung als „vorbehaltlos erbracht" und damit nicht rückforderbar. Der Mieter muss sogar nachweisen, dass seine „Vorbehaltserklärung" den Vermieter erreicht hat.

Dies scheitert in der Praxis oft daran, dass der Mieter vom Minderungsrecht und seinem Umfang erst später erfährt und die Miete – schon zur Vermeidung von Kündigungsfolgen – ohne ausdrücklichen Vorbehalt weiter zahlt und damit trotz Vorliegen eines Mangels die gesetzliche Mietminderung zumindest für einige Zeit vereitelt wird.

Die Anwendung des § 814 BGB auf Mietminderungen ist ein systemwidriger Formalismus, der dem Ansatz eines bürgernahen Mietrechts diametral widerspricht. Daher soll § 536 BGB, der das Minderungsrecht regelt, dahingehend ergänzt werden, dass § 814 BGB in diesem Zusammenhang ausgeschlossen ist, der Mieter also trotz vorbehaltloser Zahlung sein Minderungsrecht nicht einbüßt. Ein entsprechendes Vorbild lässt sich dem neuen § 556g BGB entnehmen.

b) Minderungshöhe

Ein weiteres Problem stellt sich bei Vorliegen eines Mangels hinsichtlich der Minderungshöhe. Der Minderungsbetrag wird regelmäßig über Anteile der Bruttomiete berechnet. Die Höhe des Minderungssatzes richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und ist regelmäßig kaum vorauszusehen. Es gibt zwar Minderungstabellen, die aber lediglich als Orientierung herangezogen werden können. Letztlich wird die Höhe der Minderung (rückschauend) durch das Gericht festgelegt.

In der Praxis muss der Mieter zunächst die Miete – ggf. nach Einholung eines Rechtsrats – kürzen und selbst hierfür eine angemessene Minderungsquote festlegen. Fordert der Vermieter später die Miete gerichtlich ein und wendet der Mieter Mängel ein, dann wird letztlich anhand der gerichtlich festgelegten Minderungshöhe die Forderung des Vermieters beziffert.

Die Höhe der Minderungsquote – selbst für erfahrene Praktiker nicht zuverlässig einschätzbar – entscheidet letztlich über den Verbleib in der Wohnung. Aufgrund dieser Unsicherheit sollte dem Mieter im begrenzten Maße ein Irrtumsrecht zugestanden werden.

Daher schlagen wir vor, dass eine in Grenzen überzogene Minderung dann unschädlich sein sollte, wenn dieser Irrtum vom Mieter nicht grob fahrlässig verursacht worden ist. Eine Überschreitung der Minderungsquote von bis zu 50% sollte den Mieter nicht die Wohnung kosten. Die näheren Kriterien sollte die Rechtsprechung entwickeln. Der insofern entstandene Mietrückstand sollte bei Bemessung einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs unberücksichtigt bleiben. Es bedarf hier jeweils einer Entscheidung im Einzelfall, wobei sich derjenige Mieter, der fachkundigen (aber letztlich vom Gericht als unzutreffend bewerteten) Rat eingeholt hat, eher entlasten kann als der Mieter, der sich diese Mühe nicht gemacht hat. Eine weit überzogene Minderung indiziert eher die grobe Fahrlässigkeit als eine nur geringfügige Überschreitung.

Eine entsprechende Regelung sollte mit in § 569 BGB aufgenommen werden. Damit ist klargestellt, dass dies nur für die Wohnraumkündigung Geltung beansprucht.

c) Zurückbehaltungsrecht

Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht des Wohnungsmieters praktisch vereitelt. Allgemein gewährt § 320 BGB in einem gegenseitigen Vertrag jeder Seite das Recht, die eigene Leis-

38 BGH, VIII ZR 138/11 v. 11.7.2012, WuM 2012, 499.

39 Zu der Problematik des Irrtums über die Verursachung des Mangels und dem Risiko, hierdurch die Wohnung zu verlieren, wird auf den Aufsatz von Streyl in WuM 2013, 454 verwiesen.

tung zurückzuhalten, wenn die andere Seite ihre Leistung nicht erfüllt. Der Vertragspartner soll – nicht zuletzt zur Entlastung der Gerichte – ein Druckmittel in die Hand bekommen, die andere Seite zur Vertragserfüllung zu bewegen. Anders als ein Minderungsbetrag muss ein zurückbehaltener Betrag sofort nachgezahlt werden, wenn der Mangel beseitigt ist. Maßstäbe für Höhe und Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sind im allgemeinen Schuldrecht nicht näher geregelt.

Für das Wohnungsmietrecht hatte zumindest ein wesentlicher Teil der Instanzrechtsprechung[40] es jahrzehntelang für angemessen gehalten, dass der Wohnungsmieter – über den angemessenen Minderungsbetrag hinausgehend – einen mehrfachen Betrag bis zur Höhe von mehreren Monatsmieten zurückbehalten darf. Ausgehend davon, dass den letztlich vom Richter für angemessen gehaltenen Minderungsbetrag zu Anfang niemand kennt, waren die Maßstäbe für die Zurückbehaltung wenig strikt, es gab allerdings hierzu auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Dies hat sich jetzt geändert.

Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 17.6.2015 das Zurückbehaltungsrecht des Wohnungsmieters praktisch wertlos gemacht: Eine Zurückbehaltung soll betragsmäßig begrenzt werden. Es soll weder die Mängelbeseitigungskosten überschreiten noch ein Mehrfaches der Monatsmiete betragen.[41] Im Übrigen verlangt der BGH hier eine strikte Einzelfallprüfung. Damit verliert das Instrument des Zurückbehaltungsrechts jede Voraussehbarkeit. Letztlich nimmt der BGH dem Mieter ein gesetzlich vorgesehenes Druckmittel zur Durchsetzung seiner Mängelbeseitigungsansprüche.

Rechtlich bedeutsam ist das Zurückbehaltungsrecht nur in Fällen, in denen sich der Vermieter weigert, Mängel zu beseitigen. Ernsthaft kann niemand annehmen, dass die Zurückbehaltung eines Betrags von einer Monatsmiete einen widerstrebenden Vermieter bewegen kann, seine Hauptpflicht zu erfüllen. Der BGH denkt hier jedoch in eine gänzlich andere Richtung: Wenn sich der Vermieter durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht zur Vornahme der beabsichtigten Instandsetzungsmaßnahme anhalten lasse, sei dieses Mieterrecht offenbar fehlgeschlagen und dürfe deshalb nicht weiter ausgeübt werden.[42] Das läuft – wenn nicht der Mangel gänzlich erfunden ist – darauf hinaus, den klar vertragsbrüchigen Vermieter zu prämieren.

Es ist daher angezeigt, das Zurückbehaltungsrecht im Wohnungsmietrecht entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes und der vorherigen Rechtsprechung wieder zu stärken. Dabei sollte zur Klärung die Höhe genauer festgelegt werden. Es wäre sinnvoll, dem Mieter das Recht einzuräumen, die Miete in Höhe des vierfachen Minderungsbetrags zurück zu halten.

Zum Zurückbehaltungsrecht im Wohnungsmietrecht enthält schon bisher § 556b BGB eine Regelung. Hier soll eine Präzisierung eingefügt werden.

D. Zusammenfassung

Der Wohnraum ist für alle unersetzlich, ihn zu schützen ist Aufgabe des Staates. Leider ist der Schutz des Wohnraums durch die Rechtsprechung des BGH in den letzten fünfzehn Jahren immer stärker abgebaut worden. Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber gefragt. Er muss hier eingreifen, den Mieterschutz klarer regeln und seinen Willen stärker zum Ausdruck bringen, um den sozialen Frieden in diesem Land zu wahren und dazu beitragen, dass die Wohnung nicht zur Ware, sondern zum geschützten Raum für seine Bürger wird.

Unser Vorschlag für eine Neukonzeption des Wohnraumkündigungsschutzrechts und weiteren Aspekten des Wohnraummietrechts geht daher zum Ausgangspunkt zurück:

1. **Außerordentliche und ordentliche Kündigung müssen getrennt werden.** Die Kündigung wegen Vertragsverstößen muss daher aus dem ordentlichen Kündigungsrecht gestrichen werden.
2. **Vertragsverletzungen** seitens des Mieters – zum Zahlungsverzug s. Ziffer 3. – dürfen erst dann zu einer Beendigung des Mietvertrags führen, wenn ein Gericht die angebliche Vertragsverletzung geprüft und den Mieter entsprechend verurteilt hat und dieser die Vertragsverletzung dennoch fortsetzt. Dann allerdings ist die fristlose Kündigung berechtigt.
3. **Mietrückstände** dürfen nur dann zu einer Kündigung berechtigen, wenn diese – gleich über wie viele Monate verteilt – zwei Monatsmieten übersteigen und wenn der Zahlungsverzug auf (grobem) Verschulden des Mieters beruht. Der Mieter muss das Recht haben, eine auf angebliche Zahlungsrückstände gestützte Kündigung durch Nachzahlung unwirksam zu machen. Weder einseitige Modernisierungsmieterhöhungen noch die Verweigerung von Mietminderungen noch Verschulden der Transferleistungsstellen dürfen zur Begründung einer Kündigung ausreichen.
4. Zudem sollte die Kündigung wegen Zahlungsrückständen ebenso wie bei sonstigen Vertragsverstößen von einer **Abmahnung** abhängig gemacht werden. Mit der Abmahnung soll dem Mieter noch einmal die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens und die Gefahr seines Verhaltens für das Mietverhältnis vor Augen geführt werden.
5. Soweit Mängel nach dem Gesetz zu einer **Mietminderung** und einem **Zurückbehaltungsrecht** des Mieters führen, soll sichergestellt werden, dass diese im Sinne eines modernen Verbraucherschutzrechts ohne übertriebene Anforderungen realisiert werden können.

Der Vorschlag führt für alle Seiten zu einer klaren und übersichtlichen Lage und gibt dadurch die Chance, Streitigkeiten schon im Vorfeld zu bereinigen. Andererseits führt er auch im Prozessfalle zur Entlastung der Justiz, weil Rechtsstreitigkeiten sich auf jeweils wirklich streitigen Ansprüche konzentrieren.

Zudem darf es nur in absoluten Ausnahmefällen dazu kommen, dass Menschen unverschuldet wohnungslos werden. Ist dem Mieter keine schwere Vertragsverletzung vorzuwerfen, dürfen nur besondere Vermieterinteressen – dringender Eigenbedarf oder die Bedrohung der wirtschaftlichen Erhaltung – eine Kündigung rechtfertigen. Dabei ist sicherzustellen, dass der Mieter, der diesen besonderen Interessen des Vermieters weichen muss, mit Ersatzwohnraum versorgt wird.[43]

40 LG Berlin, GE 1995, 821; LG Hamburg, WuM 1989, 172; AG München, WuM 1987, 216.
41 BGH, VIII ZR 19/14 v. 17.6.2015, WuM 2015, 568.
42 BGH, a.a.O., Fn. 41.
43 Dazu wird Dr. Rainer Tietzsch im folgenden Heft Ausführungen machen.