

## Rundschreiben 05/2011

### Thema: Kündigung wegen Nichtgewährung des Gebrauchs

#### 1. Einleitung

§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB räumt dem Mieter ein fristloses Kündigungsrecht ein, wenn der Vermieter ihm den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder ihm dieser entzogen wird<sup>1</sup>.

#### 2. Vertragsgemäßer Gebrauch

Der *vertragsgemäße Gebrauch* der Mietsache richtet sich nach dem Mietvertrag, der unter Berücksichtigung des *vereinbarten Mietzwecks* auszulegen ist.

Wohnraum muss so beschaffen sein, dass der Mieter darin auf Dauer wohnen kann<sup>2</sup>. Währenddessen Geschäftsraum den öffentlich rechtlichen Bauvorschriften für die vertraglich vereinbarte Nutzungsart genügen muss. Unabhängig vom Verschulden des Vermieters ist jedes Zurückbleiben der Leistung des Vermieters hinter dem mietvertraglich vereinbarten Standard ausreichend.

Grund für Kündigungsrechte des Mieters nach dieser Alternative sind regelmäßig Sach- oder Rechtsmängel der Mietsache bzw. Unmöglichkeit und Verzug.

Fallgruppen sind beispielsweise die Doppelvermietung, Unbewohnbarkeit infolge Bauarbeiten, mangelhafte Beheizbarkeit, baurechtliche unzulässige Benutzung der Mietsache, jedoch nicht formelle Baurechtswidrigkeit ohne konkrete Gefahr des Einschreitens oder mit Duldung der Behörde<sup>3</sup>. Die Vorenthaltung, d.h. die Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs kann sich ergeben aus:

- der Verzögerung der Übergabe
- der Übergabe einer mangelhaften Mietsache
- dem Angebot der Mietsache in vertragswidrigem Zustand
- der Entziehung des Mietgebrauchs oder
- nachträglichen Mängeln der Mietsache

Erforderlich ist jedoch für alle der vorstehen genannten Alternativen, dass die Gebrauchsbeeinträchtigung *erheblich* sein muss. Der Mieter kann seine außerordentlich fristlose Kündigung somit nicht auf Bagatellfälle stützen.

Nach § 543 Abs. 4 Satz 1 BGB sind die §§ 536b, 536d BGB entsprechend anzuwenden. Falls der Mieter den zur Kündigung berechtigten *Mangel der Mietsache* bei Vertragsschluss *kannte*

<sup>1</sup> Der Mieter ist aber nicht gezwungen zu kündigen, er kann auch seinen *Erfüllungsanspruch* gem. § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB einfordern und vom Vermieter beispielsweise unter Androhung der Ersatzvornahme nach § 536a Abs. 2 BGB verlangen, dass dieser die Mietsache in einen vertragsgemäßen Zustand versetzt.

<sup>2</sup> LG Mannheim ZMR 1990, 220

<sup>3</sup> OLG München ZMR 1996, 494; OLG Nürnberg NZM 1999, 419

oder infolge *grober Fahrlässigkeit* nicht kannte, ist eine Kündigung des Mieters ausgeschlossen. Ausnahmsweise besteht ein Kündigungsrecht, wenn der Vermieter den Mangel *arglistig verschwiegen* hat oder der Mieter sich seine Rechte bei Übergabe der Mietsache *vorbehält*.

Die Frage, ob der Mieter bei nach Vertragsabschluss auftretenden Mängeln sein fristloses Kündigungsrecht durch *rügeloses Fortsetzen des Mietgebrauchs über längere Zeit* analog § 536b BGB verwirkt, ist nicht ausdrücklich entschieden. Allerdings dürfte die Entscheidung des BGH<sup>4</sup> für die Zeiträume nach dem 01.09.2001 in Bezug auf eine Analogie dieser Vorschrift für das Minderungsrecht abgelehnt hat, auch auf das Kündigungsrecht übertragbar sein.

Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass auch das Kündigungsrecht vom rügelosen Fortsetzen des Mietgebrauchs unberührt bleibt, und allenfalls eine Verwirkung gem. § 242 BGB in Betracht kommt.

*Verletzt der Mieter seine Mängelanzeigepflicht*, so dass der Vermieter keine Abhilfe schaffen konnte, ist der Mieter erst zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn er dem Vermieter gem. § 536c Abs. 2 Nr. 3, § 543 Abs. 3 BGB eine angemessene Frist zur Abhilfe gesetzt hat. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung kann ebenfalls ausgeschlossen sein, wenn der Mieter zur *Duldung verpflichtet* ist, wenn die Gebrauchsbeeinträchtigung auf *Verschulden des Mieters* beruht, der Mieter *Abhilfemaßnahmen vereitelt* oder ihm *zumutbare Mitwirkung* versagt.

Die außerordentlich fristlose Kündigung des Mieters ist grundsätzlich erst nach *Ablauf einer angemessenen Frist zur Abhilfe* oder gem. § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB zulässig.

Auch der Mieter muss in seiner Fristsetzung die einzelnen *Störungen* konkret bezeichnen, so dass der Vermieter erkennen kann, welche Arbeiten er vornehmen soll. Ferner muss der Mieter vom Vermieter *Abhilfe verlangen*, wobei eine Mängelanzeige gem. § 536c Abs. 1 BGB nicht ausreicht. Die *Angemessenheit* der Frist hängt vom Einzelfall ab. Als Mindestfrist kann von 6 Wochen ausgegangen werden<sup>5</sup>. Kürzere Fristen sind denkbar bei akuter Gefährdung des Eigentums des Mieters, z.B. bei defektem Dach.

Selbst eine seitens des Mieters zu kurz bemessene Frist führt nicht zur Unwirksamkeit des Abhilfeverlangens, sondern ist unter Zugrundelegung einer angemessenen Frist wirksam<sup>6</sup>.

Hat der Mieter dem Vermieter einen Mangel angezeigt, zur Mängelbeseitigung bis innerhalb einer bestimmten Frist aufgefordert und die *Ersatzvornahme* gem. § 536a Abs. 2 BGB *angedroht*, kann er nach Fristablauf das Mietverhältnis nicht sofort kündigen, sondern muss dem Vermieter erneut eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen<sup>7</sup>.

Die *Fristsetzung* kann gem. § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB *entbehrlich* sein, falls eine Mängelbeseitigung innerhalb der angemessenen Frist *unmöglich* erscheinen muss oder wenn dem Mieter ein Abwarten nicht mehr zumutbar ist<sup>8</sup>.

Nach Ablauf der Nachfrist *kann* der Mieter das Mietverhältnis gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB kündigen, ist dazu aber nicht gezwungen. Allerdings darf auch der Mieter nicht *zu spät* kündigen, da ansonsten eine Kündigung gem. § 242 BGB verwirkt sein kann. Den *Mieter* trifft

<sup>4</sup> BGH NJW 2003, 2601

<sup>5</sup> AG Lübeck DWW 1998, 180

<sup>6</sup> LG Frankfurt a. Main WuM 1987, 55

<sup>7</sup> LG Hamm NJW-RR 1991, 1035

<sup>8</sup> Beispielsweise mehrere erfolglose Abhilfeversuche des Vermieters oder bei längerer Verzögerung und abschließender Verweigerung der Reparatur der Mietsache.

die *volle Beweislast für alle Voraussetzungen des Kündigungsrechts*. Er muss also die *Mängel* sowie die Vornahme der *Fristsetzung* bzw. die Ausnahmetatbestände dazu beweisen.

Der *Vermieter* trägt gem. § 543 Abs. 4 Satz 2 BGB die Beweislast dafür, dass er *rechtzeitig* den Mietgebrauch gewährt oder Abhilfe geschaffen hat. Sofern der Mieter bewiesen hat, dass die Mietsache mangelhaft ist, muss der Vermieter die *Unerheblichkeit* des Mangels beweisen.

### **3. Zusammenfassung**

Der Mieter sollte die Möglichkeit kennen, sich von einem Vertrag lösen zu können, wenn der vertragliche Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt oder nicht gewährt wird. Auch hier gilt es für eine ordnungsgemäße Dokumentation zu sorgen, um keine Rechtsnachteile zu erleiden.