BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

VIII ZR 19/14

Verkündet am:
17. Juni 2015
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 286 ff., 320 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b;
InsO § 112, § 109 Abs. 1 Satz 2

a) Die Kündigungssperre des § 112 InsO gilt nach Wirksamwerden der Enthaftungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO weder im Insolvenzverfahren noch in dem sich daran anschließenden Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff. InsO). Nach Wirksamwerden der Enthaftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO sind rückständige Mieten, mit deren Zahlung der Mieter bereits vor Insolvenzantragstellung in Verzug geraten war, bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer (auch) hierauf gestützten fristlosen Kündigung des Vermieters nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB zu berücksichtigen.

b) Der Verzug (§§ 286 ff. BGB) des Mieters mit der Entrichtung der Miete endet nicht mit der Insolvenzeröffnung.

c) Das dem Mieter neben der kraft Gesetzes eintretenden Minderung (§ 536 BGB) zustehende Recht, die Zahlung der (geminderten) Miete nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zu verweigern, unterliegt nach seinem Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung dessen, dass das durch den Mangel der Wohnung bestehende Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung durch die Minderung wieder hergestellt ist, grundsätzlich einer zeitlichen und betragsmäßigen Begrenzung.

d) Bei der gemäß § 320 Abs. 2 BGB an dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) orientierten Beurteilung, in welcher Höhe und in welchem zeitlichem Umfang dem Mieter einer mangelbehafteten Wohnung neben der Minderung (§ 536 BGB) das Recht zusteht, die (geminderte) Miete zurückzuhalten, verbietet sich jede schematische Betrachtung. Die Frage ist vielmehr vom Tatrichter im Rahmen seines Beurteilungsermessens aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden.

BGH, Versäumnisurteil vom 17. Juni 2015 - VIII ZR 19/14 - LG Kassel
AG Kassel

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles, Dr. Schneider und Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Kassel vom 12. Dezember 2013 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Kassel vom 31. Januar 2013 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte zu 2 ist seit dem Jahr 1988 Mieter einer im Eigentum der Klägerin stehenden Wohnung in B. , in der er zusammen mit seiner Ehefrau, der Beklagten zu 1, lebt. Die monatliche Gesamtmiete belief sich seit Februar 2008 auf 530,90 € (332,90 € Kaltmiete sowie 198 € Nebenkostenvorauszahlung).

2 Der Beklagte zu 2 zahlte in den Monaten März 2009 bis Oktober 2012 keine oder nur einen Teil der Miete. Seit dem 8. Juni 2009 sprach die Klägerin

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gegenüber den Beklagten unter Berufung auf den jeweils aufgelaufenen Mietrückstand wiederholt die Kündigung des Mietverhältnisses aus. Die Kündigungserklärung vom 23. Oktober 2012 ist auf im Einzelnen spezifizierte Mietrückstände in Höhe von insgesamt 14.806,36 € (seit März 2009) gestützt. Während des Berufungsverfahrens kündigte die Klägerin erneut mit Schreiben vom 28. Juni 2013, in der sie die seit Juni 2010 aufgelaufenen Mietrückstände auf insgesamt 16.201,01 € bezifferte. Die Beklagten vertreten die Auffassung, dass die Miete im streitigen Zeitraum wegen eines Schimmelpilzbefalls in mehreren Zimmern gemindert gewesen sei und dem Beklagten zu 2 im Übrigen ein den Verzug ausschließendes Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe.

3 Auf Antrag des Beklagten zu 2 vom 20. Mai 2010 wurde mit Beschluss vom 17. Juni 2010 das Verbraucherinsolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die Treuhänderin erklärte am 1. Juli 2010 die "Freigabe" des Mietverhältnisses. Am 18. Januar 2012 wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben.

4 Das Amtsgericht hat der Räumungsklage stattgegeben, das Landgericht hat sie unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagten in der mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten waren. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis, sondern einer Sachprüfung (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.).

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Klägerin stehe der geltend gemachte Räumungs- und Herausgabeanspruch nicht zu, da keine der ausgesprochenen Kündigungen das Mietverhältnis beendet habe. Unter Berücksichtigung des dem Beklagten zu 2 neben der kraft Gesetzes (§ 536 BGB) eingetretenen Mietminderung zustehenden Zurückbehaltungsrechts aus § 320 Abs. 1, § 273 BGB sei keine der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigungen zu einem Zeitpunkt erklärt worden, zu dem ein zur Kündigung berechtigender Zahlungsrückstand des Beklagten zu 2 vorgelegen habe.

8 Auf die vor dem 20. Mai 2010 (Insolvenzeröffnungsantrag) aufgelaufenen Mietrückstände könne die Klägerin eine Kündigung schon deshalb nicht stützen, weil dem die Kündigungssperre aus § 112 Nr. 1 InsO entgegenstehe. Die von der eingesetzten Treuhänderin mit Schreiben vom 1. Juli 2010 gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgegebene Enthaftungserklärung habe lediglich zur Folge gehabt, dass die Klägerin eine erneute Kündigung nur auf die seit Juni 2010 neu aufgelaufenen Mietrückstände habe stützen können. Ein Rückgriff auf die bis zur Antragsstellung aufgelaufenen Rückstände sei der Klägerin auch während der derzeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens laufenden "Wohlverhaltensphase" (Restschuldbefreiungsverfahren) verwehrt.

9 Hinsichtlich der seit der Stellung des Insolvenzantrags (mithin seit dem 1. Juni 2010) aufgelaufenen Mietrückstände gelte folgendes:

10 Das Amtsgericht habe dem Beklagten zu 2 wegen des Schimmelbefalls zu Recht eine Minderungsquote von 20 % der Bruttomiete zugebilligt. Nach den

Feststellungen des in erster Instanz angehörten Sachverständigen sei der Schimmelbefall auch bei ausreichendem Lüftungsverhalten der Beklagten aufgrund baulicher Mängel nicht zu vermeiden gewesen. Die Minderungsquote von 20 % habe selbst die Klägerin für angemessen gehalten. Den danach von der Miete im Zeitraum von Juni 2010 bis Oktober 2012 verbleibenden Gesamtbetrag von 6.540,77 € habe der Beklagte zu 2 entgegen der Auffassung des Amtsgerichts ebenfalls einbehalten dürfen.

11 Denn über die kraft Gesetzes eingetretene Minderung der Miete stehe dem Beklagten zu 2 ein Zurückbehaltungsrecht zur Seite, das im Streitfall den Verzugseintritt insgesamt verhindert habe. Bei der geschuldeten Miete von 530,90 € je Monat belaufe sich die Minderung auf 106,18 €. Dem Beklagten zu 2 sei jedenfalls - wie es auch das Amtsgericht angenommen habe - der vierfache Minderungsbetrag als monatliches Zurückbehaltungsrecht zuzubilligen, mithin 424,72 € je Monat. Minderungsbetrag und Höhe des Zurückbehaltungsrechts erreichten somit die geschuldete Gesamtmiete, so dass Verzug mit der Mietzahlung nicht habe eintreten können.

12 Die Höhe des Zurückbehaltungsrechts sei hier nicht zu beanstanden, da der Klägerin bereits seit dem Frühjahr 2009 aufgrund eines von ihr eingeholten Privatgutachtens bekannt gewesen sei, dass von ihr zur Verhütung des Schimmelbefalls diverse baulich bedingte Mängel abzustellen gewesen wären; hierzu seien der Klägerin auch konkrete Vorschläge unterbreitet worden. Da die Klägerin dennoch untätig geblieben sei, sei es nicht unbillig, dem Beklagten zu 2 im Ergebnis ein die Gesamtmiete umfassendes Minderungs- und Zurückbehaltungsrecht zuzugestehen. Der mögliche Mitverantwortungsteil der Beklagten, der darin gesehen werden könnte, dass auch sie ab dem Jahre 2009 Anlass gehabt hätten, ihr Heizungs- und Lüftungsverhalten umzustellen, sei vom Amtsgericht bereits dadurch ausreichend berücksichtigt worden, dass es die

Minderungsquote lediglich auf 20 % der Miete angesetzt und damit einen erheblichen Teil der Verantwortung für die Schimmelbildung den Beklagten zugeordnet habe. Im Übrigen sei auch nicht ersichtlich, dass der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz einbehaltene Betrag von 9.000 € zur Beseitigung der in der baulichen Beschaffenheit wurzelnden Ursachen für die Schimmelpilzbildung ausreichend wäre.

13 Es sei im Streitfall angemessen, das Zurückbehaltungsrecht mit dem Vierfachen der Minderungsquote zu bemessen. Gegen eine Anknüpfung des Zurückbehaltungsrechts an den Mangelbeseitigungsaufwand spreche schon, dass dann zur Bemessung des Zurückbehaltungsrechts regelmäßig ein Sachverständigengutachten einzuholen wäre, um den Mangelbeseitigungsaufwand beziffern zu können. Zudem führe diese Auffassung dazu, dass der Mieter auch bei nur wenig beeinträchtigenden Mängeln, die jedoch einen hohen Beseitigungsaufwand erforderten, für längere Zeit von seiner Mietzahlungspflicht gänzlich freigestellt bleibe. Soweit vertreten werde, der Mieter müsse sich in doppelter Weise sowohl auf den Gesamtbetrag der Mangelbeseitigungskosten als absolute Obergrenze des Zurückbehaltungsrechts wie auch für den laufenden Monat in entsprechender Anwendung des § 641 Abs. 3 BGB auf maximal das Doppelte der monatlichen Minderungsquote als möglichen Einbehalt beschränken, lasse diese Auffassung unbeachtet, dass der Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis auf einen laufenden periodischen Austausch der beiderseitigen Leistungen ausgerichtet sei. Es erscheine deshalb nicht unangemessen, dass der Vermieter, der es in der Hand habe, durch Beseitigung des Mangels das Zurückbehaltungsrecht jederzeit zu beenden, einem über die Minderung hinausreichendem Druckmittel ausgesetzt sei. Andernfalls wäre es in das Belieben des Vermieters gestellt, ob er die Minderung hinnehmen und von einer Mangelbeseitigung absehen wolle.

14 Auch der Bundesgerichtshof habe eine Orientierung des Zurückbehaltungsrechts am voraussichtlichen Mangelbeseitigungsaufwand nur in den Fällen erwogen, in denen es dem Mieter möglich und zumutbar sei, die Reparatur nach erfolgter Fristsetzung selbst auszuführen oder ausführen zu lassen. Das sei hier schon angesichts des Privatinsolvenzverfahrens und der den Beklagten während der Wohlverhaltensphase treffenden Obliegenheiten nicht der Fall. Im Übrigen könne dem Beklagten zu 2 auch nicht zugemutet werden, auf seine Kosten erhebliche Eingriffe in die Bausubstanz vorzunehmen, derer es nach dem von der Klägerin eingeholten Privatgutachtens im Streitfall bedürfe.

15 Nicht zu folgen sei dem Amtsgericht jedoch in der Auffassung, dass die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auf etwa den Gesamtbetrag einer Jahresmiete begrenzt sei. Dies erscheine schon deshalb nicht überzeugend, weil auch diese Betragsschwelle bei längerer Untätigkeit des Vermieters und damit einhergehender Ersparnis der von ihm zu tragenden Instandsetzungsaufwendungen überschritten werden könne, ohne dass dies auf vom Mieter zu beeinflussende Umstände zurückgehe.

II.

16 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat den auf die Kündigung vom 23. Oktober 2012 gestützten Räumungsanspruch der Klägerin gemäß § 546 Abs. 1, § 985 BGB zu Unrecht verneint. Denn es hat bei der Beurteilung dieser Kündigung rechtsfehlerhaft die vor dem 20. Mai 2010 (Insolvenzantragsstellung) aufgelaufenen Mietrückstände außer Betracht gelassen und dem Beklagten darüber hinaus durch eine verfehlte schematische Bemessung ein zu weit reichendes Zurückbehaltungsrecht zugebilligt.

17 1. Die Klägerin hat die am 23. Oktober 2012 ausgesprochene Kündigung mit in dem Zeitraum März 2009 bis Oktober 2012 aufgelaufenen Mietrückständen in Höhe von insgesamt 14.806,36 € begründet und hierbei auch in der Zeit vor Insolvenzantragstellung fällig gewordene Mieten aufgeführt, mit deren Zahlung der Beklagte zu 2 in Verzug geraten war.

18 Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die letztgenannten Mietrückstände bei der Beurteilung einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs aufgrund der Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO außer Betracht zu bleiben hätten, ist von Rechtsfehlern beeinflusst; insbesondere hat das Berufungsgericht verkannt, dass die Klägerin nach dem Wirksamwerden der sogenannten Enthaftungserklärung der Treuhänderin nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht (mehr) gehindert war, eine außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB mit Erfolg auch auf vor Insolvenzantragstellung nicht gezahlte Mieten, mit denen der Beklagte zu 2 in Verzug geraten war, zu stützen.

19 a) Nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO kann der Insolvenzverwalter ein Miet- oder Pachtverhältnis über einen unbeweglichen Gegenstand oder über Räume, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung kündigen; die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Ist Gegenstand des Mietverhältnisses die Wohnung des Schuldners, so tritt an die Stelle der Kündigung das Recht des Insolvenzverwalters zu erklären, dass Ansprüche, die nach Ablauf der in Satz 1 genannten Frist fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO).

20 Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, geht das Mietverhältnis mit der Enthaftungserklärung - auch Freigabeerklärung genannt - nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO wieder vollständig in die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Mieters/Schuldners über (BGH, Urteile vom 9. April 2014 - VIII ZR 107/13, WM 2014, 1000 Rn. 13 ff.; vom 22. Mai 2014 - IX ZR 136/13, WM 2014, 1239 Rn. 10 ff., jeweils mwN).

21 Ob dies zur Folge hat, dass der Vermieter eine außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB mit Erfolg auch auf vor der Insolvenzantragstellung aufgelaufene Rückstände mit der Mietzahlung stützen kann, ist im Hinblick auf § 112 Nr. 1 InsO umstritten. Nach dieser Vorschrift kann ein Miet- oder Pachtverhältnis, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen eines Verzugs mit der Entrichtung der Miete oder Pacht, der in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten ist, nicht gekündigt werden.

22 aa) Eine verbreitete Auffassung will es dem Vermieter unter Verweis auf den Wortlaut und die systematische Stellung des § 112 Nr. 1 InsO verwehren, unter Berufung auf vor Insolvenzantragstellung aufgelaufene Mietrückstände zu kündigen. § 112 Nr. 1 InsO enthalte keine Einschränkung für die Fälle des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Wolle man eine Kündigung durchgreifen lassen, werde das mit § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO verfolgte Ziel, die Obdachlosigkeit eines in Insolvenz gefallenen Mieters zu vermeiden, nicht erreicht. Auch seien Mietforderungen aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung bloße Insolvenzforderungen, die nur nach den Regeln des Insolvenzverfahrens befriedigt werden könnten und gegebenenfalls von einer Restschuldbefreiung erfasst würden. Es widerspräche daher dem insolvenzrechtlichen Verteilungssystem, wenn der Vermieter eine Kündigung nach der Freigabe der Wohnung durch die Enthaftungs-

erklärung auf insolvenzbehaftete Forderungen stützen könnte (LG Neubrandenburg, WuM 2001, 551 f.; AG Hamburg, NZI 2009, 331, 334; Flatow, NZM 2011, 607, 614 f.; Derleder, ZAP 2005, Fach 14, S. 513, 517 f.; Derleder in Festschrift für Blank, 2006, S. 673, 687; Wegener in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 109 Rn. 20 und § 112 Rn. 7; Belz/Lüke in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. VIII.C Rn. 480; Gürlevik, Die Rechtsstellung des insolventen Wohnraummieters, 2011, S. 149 ff.; Mohrbutter/Ringstmeier/Homann, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 7 Rn. 88; Franken/Dahl, Mietverhältnisse in der Insolvenz, 2. Aufl., 7. Teil Kap. IV Rn. 45; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 542 BGB Rn. 138, 143; Schmidt, Privatinsolvenz, 4. Aufl., VI. 1; Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 109 Rn. 18; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, 4. Aufl., § 109 Rn. 12; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 18. Aufl., § 109 Rn. 25; HmbKommInsO/Pohlmann-Weide, 5. Aufl., § 109 Rn. 30 und § 112 Rn. 1; Werres in Vallender/Undritz, Praxis des Insolvenzrechts, 2012, Kap. 6 Rn. 41; Pape/Uhländer/Wedekind, InsO, § 109 Rn. 72).

23 bb) Nach anderer Auffassung entfällt die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO mit Abgabe, jedenfalls aber mit Wirksamwerden der Enthaftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Die Enthaftungserklärung bewirke, dass das Mietverhältnis nicht mehr massebefangen sei, sondern in die Verfügungsbefugnis der Vertragsparteien zurückfalle, so dass eine Kündigung möglich sei. Insolvenzrechtliche Gründe stünden der Kündigungsbefugnis des Vermieters nicht entgegen. Der Mieter könne die Kündigungsfolgen durch Zahlung der Mietrückstände gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB aus seinem pfändungsfreien Vermögen abwenden; auch sei eine Befriedigung der Mietschulden von dritter Seite, insbesondere öffentlichen Stellen, trotz des laufenden Insolvenzverfahrens möglich. Die Gegenauffassung übersehe, dass § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO keine Vorschrift des sozialen Mieterschutzes sei, sondern eine Norm, die

ausschließlich insolvenzrechtliche Ziele verfolge und daher die Massebefangenheit des Mietverhältnisses voraussetze. Auch mute die Gegenauffassung dem Vermieter zu, trotz des vor Verfahrenseröffnung aufgelaufenen, an sich zur Kündigung berechtigenden Mietrückstands, einen weiteren Zahlungsverzug abzuwarten. Diese Besserstellung des Insolvenzschuldners gegenüber dem nicht im Insolvenzverfahren befindlichen Mieter könne nicht mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens gerechtfertigt werden (MünchKommInsO/Eckert, 3. Aufl., § 109 Rn. 59; Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand Februar 2015, § 109 Rn. 19; Pape, NZM 2004, 401, 410; Pape, InsBüro 2005, 169, 174 f.; Pape, in ZMR 2009, 885, 890 f.; Hinz, NZM 2014, 137, 150; Tetzlaff, NZI 2006, 87, 91; Grote, ZInsO 2009, 9, 12; Eckert, ZVI 2006, 133, 138; im Ergebnis auch: Andres/Leithaus/Andres, InsO, 3. Aufl., § 109 Rn. 14; Wendler in Schmid/Harz, Fachanwaltskommentar Mietrecht, 4. Aufl., § 109 Rn. 25; Wagner in Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht, 6. Aufl., Kap. 6 Rn. 125; Jablonski, GE 2008, 716, 719).

24 cc) Der Senat entscheidet die Streitfrage im Sinne der letztgenannten Auffassung.

25 (1) Auf den ersten Blick spricht der Wortlaut des § 112 Nr. 1 InsO allerdings dafür, dass der Vermieter in der Insolvenz des Mieters gehindert ist, eine Kündigung wegen eines vor Insolvenzantragstellung eingetretenen Zahlungsverzugs auszusprechen. Gewichtigere Gründe, insbesondere die systematische Stellung der Norm sowie deren Sinn und Zweck, stehen jedoch deren Fortgeltung über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Enthaftungserklärung hinaus entgegen.

26 (a) Zu Unrecht berufen sich die Befürworter einer Fortgeltung der Kündigungssperre des § 112 InsO über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Ent-

haftungserklärung hinaus auf die systematische Stellung des § 112 in der Insolvenzordnung. § 112 InsO steht im Dritten Teil der Insolvenzordnung, der mit "Wirkungen der Insolvenzeröffnung" überschrieben ist. Von § 112 InsO werden daher nur solche Mietverhältnisse erfasst, die im Zeitpunkt der Kündigungserklärung (noch) insolvenzbefangen sind. Daran fehlt es bei Mietverhältnissen, hinsichtlich derer der Insolvenzverwalter/Treuhänder eine Enthaftungserklärung abgegeben hat, denn diese hat zur Folge, dass die Verbindung des Mietverhältnisses zur Insolvenzmasse für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist vollständig gelöst wird (BGH, Urteil vom 22. Mai 2014 - IX ZR 136/13, aaO Rn. 15, 23).

27 (b) § 112 InsO beruht auf der insolvenzrechtlichen Überlegung, dass die wirtschaftliche Einheit im Besitz des Schuldners nicht zur Unzeit auseinandergerissen werden darf. Gemietete oder gepachtete Gegenstände sollen dem Insolvenzverwalter nicht aufgrund von Zahlungsrückständen des Schuldners entzogen werden, da sie etwa für die Fortführung eines Unternehmens erforderlich sein können (BT-Drucks. 12/2443, S. 148; vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2002 - IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 372 mwN; Grote, aaO; Andres/Leithaus/Andres, aaO, § 112 Rn. 1).

28 Die Kündigungssperre dient somit dem Schutz der Insolvenzmasse und einer möglichen Fortführung des Schuldnerunternehmens und gerade nicht dem persönlichen Schutz des bei Insolvenzantragsstellung im Zahlungsverzug befindlichen und damit vertragsuntreuen Mieters/Schuldners vor dem Verlust der Wohnung. Auch deshalb kann aus dem Wortlaut des § 112 Nr.1 InsO kein überzeugender Grund dafür hergeleitet werden, es dem Vermieter auch nach dem Wirksamwerden der Enthaftungserklärung (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO) zu verwehren, eine Kündigung (auch) auf Rückstände aus der Zeit vor Insolvenzantragstellung zu stützen.

29 (2) Verstärkt wird dieser Befund durch die Überlegungen, die den Gesetzgeber zur Einführung der Enthaftungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bewogen haben. Nach den Gesetzesmaterialien dient die Vorschrift des § 109 Abs.1 Satz 2 InsO nur insoweit dem Schutz des Mieters von Wohnraum, als sie verhindern soll, dass der Mieter das Verfahren der Verbraucherinsolvenz nur um den Preis des Verlustes seiner Wohnung durchführen kann. Denn Anlass der Einführung der Enthaftungserklärung war die zu beobachtende Praxis, dass Insolvenzverwalter/Treuhänder das Mietverhältnis nach § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO gekündigt haben, um die Kaution zur verwertbaren Masse ziehen zu können, auch wenn dem Mieter keine Pflichtverletzung zur Last fiel (BT-Drucks. 14/5680, S. 27). Dieser unerwünschten Entwicklung ist der Gesetzgeber dadurch entgegengetreten, dass der Insolvenzverwalter/Treuhänder bei Wohnraummietverhältnissen nicht mehr kündigen, sondern nur noch die Erklärung abgeben kann, dass die Insolvenzmasse nach Ablauf der in § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bestimmten Frist nicht mehr für die danach fällig werdenden Ansprüche hafte. Dass mit dieser ersichtlich im Interesse des vertragstreuen Mieters vorgenommenen Gesetzesänderung eine Ausweitung des Mieterschutzes dahingehend beabsichtigt war, dem Vermieter die Verpflichtung aufzuerlegen, ein Mietverhältnis mit einem vertragsuntreuen Mieter auch dann, ohne dass die Begleichung der Mietrückstände sichergestellt ist, fortzuführen, wenn das Mietverhältnis nicht mehr massebefangen ist, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen.

30 (3) Im Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin (23. Oktober 2012) war das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten zu 2 bereits aufgehoben (Aufhebungsbeschluss vom 18. Januar 2012); der Beklagte zu 2 befand sich bereits im Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff. InsO).

31 Im Ausgangspunkt ist anerkannt, dass § 112 InsO nicht über das Insolvenzverfahren hinaus gilt und die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses nach dessen Aufhebung daher auch mit Rückständen aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung begründet werden kann (Schmidt/Ringstmeier, aaO, § 112 Rn. 21; Belz/Lüke in Bub/Treier, aaO).

32 Dennoch wollen manche Instanzgerichte und einige Autoren die Kündigungssperre des § 112 InsO - wohl in analoger Anwendung - auf das Restschuldbefreiungsverfahren erstrecken. Der Schuldner habe innerhalb des sich an das Insolvenzverfahren anschließenden Restschuldbefreiungsverfahrens mit Rücksicht auf § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 Nr. 4 InsO nicht die Möglichkeit, die Mietschulden zu begleichen, und wäre schutzlos gestellt, wenn dem Vermieter eine Kündigung aufgrund der vor der Stellung des Insolvenzantrags aufgelaufenen Rückstände gestattet würde. Entgegen der Intention des Gesetzgebers stünde dem Mieter in diesem Fall nicht die Möglichkeit der Fortführung des Mietverhältnisses zu (LG Neubrandenburg, aaO; AG Hamburg, aaO; Graf-Schlicker/Breitenbücher, aaO, § 112 Rn. 10; Pape/Uhländer/Wedekind, aaO, § 112 Rn. 38; Flatow, aaO; Gürlevik, aaO S. 154 f.; Flöther/Wehner/Hergenröder in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, aaO, § 112 Rn. 14; Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 112 Rn. 58).

33 Dem kann nicht gefolgt werden. Zum einen fehlt es an einer Regelungslücke als Voraussetzung einer Analogie; zum anderen lässt sich auch aus den vom Gesetzgeber mit dem Restschuldbefreiungsverfahren verfolgten Intentionen nichts für diese Auffassung gewinnen.

34 (a) Angesichts des insolvenzrechtlichen Regelungszwecks des § 112 InsO, die wirtschaftliche Einheit für das Insolvenzverfahren im Besitz des Schuldners zu halten (BT-Drucks. 12/2443, S. 148), kann eine planwidrige Re-

gelungslücke nicht angenommen werden. Der Schutz des vertragsuntreuen Mieters/Schuldners vor dem Verlust der angemieteten Wohnung ist nicht Zweck des § 112 InsO. Vielmehr sind die im Bürgerlichen Gesetzbuch hierzu getroffenen Regelungen abschließend.

35 Der Gesetzgeber hat in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB die Wertung getroffen, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter jedenfalls dann unzumutbar ist, wenn sich der Mieter mit zwei vollen Monatsmieten in Verzug befindet. In einem solchen Fall ist der Vermieter allein aufgrund des Verzuges zur fristlosen Kündigung berechtigt, ohne dass es noch einer Abwägung zwischen Mieter und Vermieterinteressen bedarf (Senatsurteile vom 4. Februar 2015 - VIII ZR 175/14, NZM 2015, 196 Rn. 21, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; vom 29. April 2009 - VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297 Rn. 16; jeweils mwN). Dem Interesse des vertragsuntreuen Mieters, der einen erheblichen Mietrückstand hat auflaufen lassen, die Wohnung gleichwohl zu erhalten, ist der Gesetzgeber dadurch entgegengekommen, dass er ihm - allerdings vorrangig zum Zwecke der im allgemeinen Interesse liegenden Vermeidung von Obdachlosigkeit - durch § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB (genauso wie zuvor schon durch § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF) eine Schonfrist zur einmaligen Nachholung rückständiger Mietzahlungen innerhalb von zwei Jahren eingeräumt hat, um bei deren Einhaltung eine auf den eingetretenen Mietzahlungsverzug gestützte Kündigung unwirksam werden zu lassen (BT-Drucks. 14/4553, S. 64). Zugleich hat es der Gesetzgeber bei Verfolgung dieses Ziels genügen lassen, dass eine Befriedigung des Vermieters nicht sofort, wie in § 535 Abs. 2 BGB vorgesehen, durch Entrichtung der bis dahin fälligen Miete oder Entschädigung, sondern durch Vorlage der entsprechenden Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle erfolgt (vgl. bereits BT-Drucks. IV/806, S. 10).

36 Durch diese Sonderregelung (vgl. Senatsurteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 267/09, NJW 2010, 3020 aaO Rn. 21) hat der Gesetzgeber - allerdings abschließend - im allgemeinen Interesse zugleich auch dem Anliegen eines leistungsunfähigen Mieters, eine auf einen erheblichen Mietzahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nachträglich ungeschehen zu machen und ihm darüber die gemietete Wohnung zu erhalten, Rechnung getragen (Senatsurteil vom 4. Februar 2015 - VIII ZR 175/14, aaO Rn. 25 mwN).

37 Dem Vermieter wird eine Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem vertragsuntreuen Mieter mithin nur dann zugemutet, wenn die gesamten Mietrückstände ausgeglichen werden oder - was dem im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommt - sich eine öffentliche Stelle innerhalb der Schonfrist dazu verpflichtet.

38 (b) Hierzu kann es auch im Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff. InsO) kommen. Weder dessen Vorschriften noch der mit diesem Verfahren vom Gesetzgeber verfolgte Zweck schließen einen Ausgleich der rückständigen Mietschulden aus.

39 Geht dem Mieter - wie hier dem Beklagten zu 2 - im Restschuldbefreiungsverfahren eine fristlose Kündigung des aufgrund der Enthaftungserklärung nicht mehr massebefangenen Mietverhältnisses zu, die (jedenfalls auch) mit vor Insolvenzantragstellung aufgelaufenen Mietschulden begründet wird, so kann der Mieter diese Mietrückstände aus seinem pfändungsfreien Vermögen begleichen oder es kann sich eine öffentliche Stelle zur Zahlung verpflichten.

40 Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 294 Abs. 2 InsO oder eine Obliegenheitsverletzung nach § 295 Abs. 1 Nr. 4 InsO liegt in beidem nicht: Leistungen an einzelne Insolvenzgläubiger aus seinem pfändungsfreien Vermögen sind dem Mieter/Schuldner nach ganz überwiegender Auffassung

jederzeit gestattet (Ahrens in Kohte/Ahrens/Grote/Busch, Verfahrenskostenstundung, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren, 7. Aufl., § 295 Rn. 134; in FK-InsO/Ahrens, 8. Aufl., § 294 Rn. 59 und § 295 Rn. 139; Vallender in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, aaO, § 295 Rn. 55; HmbKomm-InsO/Streck, 5. Aufl., § 294 Rn. 11; MünchKommInsO/Ehricke, § 294 aF Rn. 32; Wenzel in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 294 Rn. 5; Kupka, ZInsO 2010, 113, 115; Pape, InVO 2006, 454, 460; aA HK-InsO/Waltenberger, 7. Aufl., § 295 aF Rn. 31).

41 Letztlich bedarf diese vom Bundesgerichtshof bislang offen gelassene (BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - IX ZR 93/09, WM 2010, 523 Rn. 10) Frage auch hier keiner Entscheidung, denn jedenfalls fehlt es einer derartigen Zahlung an der für die Versagung der Restschuldbefreiung erforderlichen Gläubigerbenachteiligung nach § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO (MünchKommInsO/Ehricke, aaO; Vallender in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, aaO Rn. 56; FK-InsO/Ahrens, aaO Rn. 134). Sofern öffentliche Stellen die vor Insolvenzantragsstellung aufgelaufenen Mietrückstände begleichen, werden sie im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig und handeln nicht als Erfüllungsgehilfe des Schuldners (Senatsurteil vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 64/09, NJW 2009, 3781 Rn. 27 ff.). Im Übrigen wird die Haftungsmasse durch die Zahlung Dritter nicht verkürzt (vgl. MünchKomm InsO/Ehricke, aaO; Hinz, NZM 2014, 137, 150; FK-InsO/Ahrens, aaO, Rn. 135).

42 Die im Rahmen eines Verbraucherinsolvenzverfahrens nach Maßgabe der §§ 286 ff. InsO zu gewährende Restschuldbefreiung dient dem Ziel, dem Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen (BT-Drucks. 12/2443, S. 188; BT-Drucks. 14/5680, S. 11, 27; BGH, Urteil vom 17. September 2009 - IX ZR 63/09, NZM 2010, 359 Rn. 8). Erfüllt der Schuldner seine Obliegenheiten in der Wohlverhaltensphase (vgl. § 295 InsO), kommt ihm nach deren erfolgreichen Abschluss die Befreiung von den noch nicht getilgten Insol-

venzforderungen zu Gute, zu denen, sofern der Schuldner Mieter ist, auch die bei Insolvenzantragstellung vorhandenen Mietrückstände unabhängig von einer etwaig danach erfolgten Enthaftungserklärung gehören. Mit der Restschuldbefreiung kann der Vermieter Ansprüche auf Zahlung rückständiger Miete, soweit es sich um Insolvenzforderungen handelt, endgültig nicht mehr gegen den Mieter durchsetzen. Denn die Restschuldbefreiung führt zur Entstehung einer unvollkommenen Verbindlichkeit, die zwar weiterhin erfüllbar, aber nicht erzwingbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2008 - IX ZB 205/06, WM 2008, 2219 Rn. 11).

43 In dieser allein die Zahlungspflicht betreffenden Regelung erschöpft sich allerdings der Schutz des Mieters/Schuldners durch das Verfahren der Verbraucherinsolvenz beziehungsweise der Restschuldbefreiung. Die Auffassung, dass darüber hinaus ein umfassender Kündigungsschutz aus einer vom Verbraucherinsolvenzverfahren bezweckten "Reorganisation der Schuldnerexistenz einschließlich seiner Wohnung" abzuleiten wäre (so Derleder, ZAP 2005, Fach 14, S. 513, 518) findet im Gesetz keine Stütze. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der vertragsuntreue Mieter durch das Verfahren der Verbraucherinsolvenz auf Kosten des Vermieters einen über die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinausreichenden Kündigungsschutz dahin erfahren sollte, dass der Vermieter das Mietverhältnis mit dem Mieter, der einen Rückstand von mindestens zwei Monatsmieten hat auflaufen lassen, auf längere Zeit fortsetzen muss, ohne dass die Begleichung der Rückstände gesichert ist.

44 b) Mit dem Wirksamwerden der Enthaftungserklärung des Insolvenzverwalters/Treuhänders gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO entfällt deshalb die Kündigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO. Der Vermieter ist ab diesem Zeitpunkt nicht gehindert, eine Kündigung des Mietverhältnisses auf Mietrückstände zu

stützen, mit denen der Mieter bereits vor Stellung des Insolvenzantrags in Verzug gewesen war.

45 Entgegen einer vereinzelt anzutreffenden Meinung (Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 109 Rn. 65 und § 112 Rn. 58) endet der Verzug nicht etwa mit der Insolvenzeröffnung. Der Schuldnerverzug endet für die Zukunft grundsätzlich nur dann, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt, die zu seinem Eintritt geführt haben oder wenn gegen die Forderung eine materiell-rechtliche Einrede besteht beziehungsweise geltend gemacht wird, die der Forderung die Durchsetzbarkeit nimmt, wie etwa die Einrede der Verjährung oder ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Stundungsabrede. Die Insolvenzeröffnung ändert an einem zuvor eingetretenen Verzug indes nichts, sondern lässt diesen fortbestehen (Henckel in Henckel/Jaeger, InsO, 2004, § 39 Rn. 12; Hess, Insolvenzrecht, 2. Aufl., § 39 Rn. 26 ff.; Hirte in Uhlenbruck/Hirte/Vallender, aaO, § 39 Rn. 16; Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB, Neubearb. 2014, § 286 Rn. 132; MünchKommBGB/Ernst, 6. Aufl., § 286 Rn. 99; Soergel/Benicke/Nalbantis, BGB, 13. Aufl., § 286 Rn. 202). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist vielmehr als ein Leistungshindernis im Sinne des § 287 Satz 2 BGB anzusehen, das der Schuldner während des Verzugs zu vertreten hat (Hess, aaO Rn. 30; Hirte, aaO). Auch die Insolvenzordnung geht ersichtlich von einem Fortbestand eines bei Insolvenzeröffnung bereits eingetretenen Verzugs aus, bestimmt sie doch in § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dass die seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen der Forderungen der Insolvenzgläubiger nachrangig zu berichtigen sind.

46 c) Das Berufungsgericht hätte deshalb die vor Insolvenzantragsstellung aufgelaufenen Mietrückstände bei der Beurteilung der fristlosen Kündigung der Klägerin berücksichtigen müssen. Erst recht waren die Beträge, die der Beklagte zu 2 vor der Insolvenzantragstellung mit Rücksicht auf ein Leistungsverwei-

gerungsrecht nach § 320 BGB nicht gezahlt hat, in die Würdigung einzubeziehen, ab welchem Zeitpunkt beziehungsweise ab welchem insgesamt einbehaltenen Betrag die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts in der Zeit danach gegen § 320 Abs. 2 BGB verstößt (dazu sogleich unter Ziffer 3).

47 2. Frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Miete gemäß § 536 BGB im streitgegenständlichen Zeitraum wegen eines nicht unerheblichen Mangels (baumängelbedingter Schimmelpilzbefall) um 20 % der Bruttomiete gemindert war, so dass sich die von der Klägerin errechneten Mietrückstände um die entsprechenden Beträge vermindern; dies greift die Revision auch nicht an.

48 3. Zutreffend ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, dass dem Beklagten zu 2 über die Minderung der Miete hinaus im Grundsatz ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zustand.

49 a) Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt richtig ausgeführt hat, war der Beklagte zu 2 zunächst - vorübergehend - berechtigt, sich über die Minderung hinaus auf ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zu berufen, weil die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum ihrer Gebrauchsüberlassungspflicht nicht in vollem Umfang nachgekommen ist. Diese aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB resultierende Hauptleistungspflicht des Vermieters stellt eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung dar (Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 104/09, BGHZ 184, 253 Rn. 17 mwN). Sie erschöpft sich nicht in der einmaligen Handlung des Überlassens, sondern geht dahin, die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten (Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 104/09, aaO). Der aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Erfüllungsanspruch des Mieters kann dem Vermieter - neben der Minderung - grundsätzlich gemäß § 320

BGB entgegengehalten werden (BGH, Urteile vom 7. Mai 1982 - V ZR 90/81, BGHZ 84, 42, 45 f.; vom 19. Juni 2006 - VIII ZR 284/05, NZM 2006, 696 Rn. 9; Senatsbeschluss [Rechtsentscheid] vom 26. Oktober 1994 - VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245, 250; jeweils mwN). Die Einrede des nichterfüllten Vertrages dient dazu, auf den Schuldner Druck zur Erfüllung der eigenen, im Gegenseitigkeitsverhältnis zur geltend gemachten Forderung stehenden Verbindlichkeit auszuüben (Senatsurteile vom 3. November 2010 - VIII ZR 330/09, NJW-RR 2011, 447 Rn. 12; vom 19. Juni 2006 - VIII ZR 284/04, aaO Rn. 14; Staudinger/Otto, BGB, Neubearb. 2009, § 320 Rn. 1).

50 b) Grundsätzlich gewährt § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der gesamten Gegenleistung. Hat allerdings eine Partei die von ihr geschuldete Leistung - wie vorliegend die Klägerin - teilweise erbracht, so kann die Gegenleistung gemäß § 320 Abs. 2 BGB insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

51 aa) In der Rechtsprechung und Literatur werden unterschiedliche Auffassungen zu der Frage vertreten, nach welchen Kriterien ein infolge der Mangelhaftigkeit der Mietsache vorgenommener Einbehalt zu bemessen und unter welchen Umständen er noch als verhältnismäßig im Sinne des § 320 Abs. 2 BGB anzusehen ist. Hierbei ist insbesondere streitig, ob die Beurteilung an der Höhe der monatlichen berechtigten Mietminderung oder der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten auszurichten ist.

52 (1) Nach einer Auffassung sind die Mangelbeseitigungskosten für die Bemessung des nach § 320 Abs. 2 BGB noch angemessenen Einbehalts maßgeblich. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages sei als Druckmittel gedacht,

das einen Bezug zur Mangelbeseitigung aufweise (so etwa Lützenkirchen/ Lützenkirchen, Mietrecht, 2013, § 535 BGB Rn. 892). Im Hinblick auf die konkrete Höhe des Zurückbehaltungsrechts wird teilweise angenommen, der Mieter sei regelmäßig berechtigt, jedenfalls einen Betrag in Höhe des Dreifachen (LG Saarbrücken NZM 1999, 757 f.; Derleder NZM 2002, 676, 680; wohl auch Gramlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 536 Rn. 5; vgl. auch zu einem das Gewerberaummietrecht betreffenden Einzelfall: BGH, Urteil vom 26. März 2003 - XII ZR 167/01, NJW-RR 2003, 873 unter 4) beziehungsweise des Drei- bis Fünffachen (LG Bonn, ZMR 1990, 58, 59; LG Bonn, WuM 1991, 262; OLG Naumburg, NZM 2001, 100, 102) der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten einzubehalten.

53 Andere Stimmen stellen mit Blick auf die in § 641 Abs. 3 BGB enthaltene Regelung lediglich auf das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten ab (Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 5. Aufl., Kap. 20 Rn. 25; Soergel/ Gsell, aaO, § 320 Rn. 88; wohl auch Kraemer/Ehlert in Bub/Treier, aaO, Kap. III. B Rn. 3284; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 320 Rn. 11; BeckOK-BGB/Ehlert, Stand Mai 2014, § 536 Rn. 101). Vereinzelt wird der Einbehalt auf die Höhe des Mangelbeseitigungsaufwandes beschränkt (Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Kap. IV 2.5. Rn. 279).

54 (2) Eine weitere Auffassung will den nach § 320 Abs. 2 BGB noch angemessenen Einbehalt nach Maßgabe der berechtigten Minderung berechnen. Die mangelhafte Leistung des Vermieters störe die Ausgewogenheit des synallagmatischen Verhältnisses, welches durch den Minderungsbetrag wieder hergestellt werde. Es sei sachgerecht, den Einbehalt im Rahmen des § 320 BGB an dem Minderungsbetrag auszurichten, da auf diese Weise bei kleineren Mängeln auch dann nur ein geringer Druck auf den Vermieter ausgeübt werde, wenn die Mangelbeseitigung mit einem hohen Kostenaufwand einhergehe

(Conrad, MDR 2013, 1381, 1383). Bei größeren Mängeln könne auf diese Weise hingegen entsprechend der Funktion des Zurückbehaltungsrechts ein höherer Druck auf den Vermieter ausgeübt werden (vgl. Schmidt, NZM 2013, 705, 715). Ein an die Mangelbeseitigungskosten anknüpfender Einbehalt laufe auf eine Gleichsetzung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit einem Zurückbehaltungsrecht des Mieters aus § 273 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 536a Abs. 2 BGB (Ansparung eines Kostenvorschusses zur Selbstbeseitigung des Mangels) hinaus, was nicht sachgerecht sei (Gellwitzki, WuM 1999, 10, 14 mwN).

55 Im Hinblick auf die Höhe des auf der Basis des Minderungsbetrages zu berechnenden Einbehalts begrenzen einige Autoren - teilweise unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 641 Abs. 3 BGB - das Zurückbehaltungsrecht auf das Doppelte des monatlichen Minderungsbetrages (Schmidt-Futterer/Eisenschmidt, aaO, § 536 BGB Rn. 425 f. mwN; Schmidt, aaO). Überwiegend wird hingegen vertreten, der Mieter könne monatlich etwa das Dreifache (AG Bergheim, WuM 2012, 580, 581; AG Waldbröl, Urteil vom 27. Oktober 1988 - 3 C 2/88, juris Rn. 19) beziehungsweise das Drei- bis Fünffache des Minderungsbetrages von der laufenden Miete zurückbehalten (OLG Naumburg, GuT 2002, 15, 18 [zur Gewerberaummiete]; LG Berlin, GE 1994, 403 [höchstens das Fünffache]; WuM 1998, 28 f.; GE 1990, 1037, 1038; LG Hamburg, ZMR 2010, 855; ZMR 1984, 128 f., und ZMR 2010, 855; AG München, WuM 1987, 216, 217; AG Charlottenburg, Urteil vom 31. August 2010 - 226 C 111/10, BeckRS 2011, 26546 [fünffacher Minderungsbetrag]; Köhler/Kossmann/Meyer-Abich, Handbuch der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 79 Rn. 15; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 536 BGB Rn. 189; Gellwitzki, aaO S. 15; Börstinghaus, NZM 1998, 656, 657).

56 (3) Andere Autoren billigen dem Mieter ein Wahlrecht zu, ob er den zurückbehaltenen Betrag aus einem Vielfachen der Minderung oder der Mangelbeseitigungskosten berechne (MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., Vorbem. zu § 536 Rn. 15; BeckOG/Bieber, § 536 BGB Rn. 25; wohl auch Selk, NZM 2009, 142; vgl. Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2014, § 536 Rn. 61).

57 (4) Soweit das Zurückbehaltungsrecht auf der Grundlage der berechtigten Mietminderung ermittelt werden soll, ist weiter streitig, für welchen Zeitraum der Mieter die monatliche Mietzahlung mit Blick auf die Mängel zurückbehalten darf. Hierzu wird vereinzelt vertreten, das Zurückbehaltungsrecht wirke sich nur für den jeweiligen Monat aus; wenn dieser abgelaufen sei, dürfe der Mieter die Miete nicht mehr einbehalten, weil der vertragliche Erfüllungsanspruch für die Vergangenheit durch Zeitablauf unmöglich geworden sei und das Zurückbehaltungsrecht daher seine Druckfunktion nicht mehr entfalten könne (OLG Frankfurt, ZMR 1999, 628, 629 f. [zum Gewerberaummietrecht]; MünchKommBGB/Häublein, aaO). Dem Mieter erwachse hieraus kein Nachteil, weil er mit dem ihm zustehenden Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung gegenüber dem Anspruch auf Mietzahlung aufrechnen könne (MünchKommBGB/Häublein, aaO).

58 Demgegenüber wird überwiegend mit Blick auf die während des gesamten Mietverhältnisses fortbestehende Gebrauchsüberlassungspflicht und die mit dem Zurückbehaltungsrecht verbundene Druckfunktion angenommen, der Mieter könne den Einbehalt so lange vornehmen, bis ihm die Mietsache wieder in mangelfreiem Zustand zur Verfügung stehe (OLG Naumburg, aaO; Schmidt-Futterer/Eisenschmidt, aaO Rn. 419; Blank in Blank/Börstinghaus, aaO Rn. 188 f.; BeckOK-BGB/Ehlert, aaO; Kraemer/Ehlert, aaO Rn. 3286; Köhler/Kossmann/Meyer-Abich, aaO Rn. 17; Lützenkirchen/Lützenkirchen, aaO Rn. 891; Conrad, aaO S. 1383; vgl. auch Bieber, NZM 2006, 683, 687).

59 bb) Das vorstehend skizzierte Meinungsbild ist geprägt von dem Bemühen, einen über den Einzelfall hinausreichenden, allgemein gültigen Rahmen vorzugeben, innerhalb dessen der angemessene Umfang des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich Bemessungsmaßstab, Höhe und Dauer gefunden werden soll. Die Frage, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum dem Mieter, der die mit Mängeln behaftete Wohnung weiter nutzen kann und auch nutzt, danach ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, entzieht sich jedoch einer allgemein gültigen Betrachtung. Sie ist vielmehr vom Tatrichter im Rahmen seines Beurteilungsermessens aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 320 Abs. 2, § 242 BGB) zu beantworten (BGH, Urteile vom 18. April 2007 - XII ZR 139/05, NZM 2007, 484 Rn. 29; vom 26. März 2003 - XII ZR 167/01, aaO; vgl. auch Conrad, aaO S. 1382; Schmidt, aaO S. 714 f.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, aaO Rn. 424) und kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob die Wertungsgrenzen erkannt, die tatsächliche Wertungsgrundlage ausgeschöpft und die Denk- und Erfahrungssätze beachtet worden sind (vgl. BGH, Urteile vom 30. April 1993 - V ZR 234/91, BGHZ 122, 308, 314; vom 8. Mai 2003 - VII ZR 216/02, NJW 2003, 2448 unter III 2; vom 12. Januar 2011 - XII ZR 83/08, BGHZ 188, 50 Rn. 25; jeweils mwN). Auch einer solchen - eingeschränkten - Prüfung hält das Berufungsurteil indes nicht stand.

60 Das dem Tatrichter eingeräumte Beurteilungsermessen ist überschritten, wenn das Zurückbehaltungsrecht - wie hier vom Berufungsgericht - schematisch mit dem in zeitlicher Hinsicht praktisch unbegrenzten vierfachen Minderungsbetrag bemessen wird. Denn eine solche Bemessung des Zurückbehaltungsrechts führte dazu, dass der Mieter, dem - wie hier - ein Minderungsbetrag von 20 % der Miete (oder mehr) zusteht, auf unabsehbare Zeit überhaupt keine Miete zu zahlen hätte. Eine derartige Betrachtung lässt rechtsfehlerhaft die Be-

sonderheiten des auf dauernden Leistungsaustausch gerichteten Wohnraummietverhältnisses außer Acht und wird darüber hinaus weder dem Zweck des Zurückbehaltungsrechts noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht.

61 cc) Das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB dient dazu, auf den Schuldner (Vermieter) - vorübergehend - Druck zur Erfüllung der eigenen, im Gegenseitigkeitsverhältnis zur geltend gemachten Mietforderung stehenden Verbindlichkeit auszuüben (Senatsurteil vom 3. November 2010 - VIII ZR 330/09, aaO). Deshalb endet das Zurückbehaltungsrecht nicht nur bei Beseitigung des Mangels, sondern auch - unabhängig von einer Mangelbeseitigung - bei Beendigung des Mietverhältnisses (vgl. Senatsurteil vom 3. November 2010 - VIII ZR 330/09, aaO Rn. 13); mit dem Wegfall des Zurückbehaltungsrechts werden die gesamten zunächst zu Recht einbehaltenen Beträge grundsätzlich sofort zur Zahlung fällig (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. September 2014 - VIII ZR 221/14, WuM 2014, 681 Rn. 5; vom 26. Oktober 1994 - VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245, 253).

62 Anders als etwa beim Kauf- oder Werkvertrag, bei dem durch die Mängelbeseitigung die Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung vollständig möglich ist, kann bei einem Dauerschuldverhältnis wie der Miete das mangelbedingte Ungleichgewicht nur für die Zukunft beseitigt werden. Für die bereits abgelaufenen Zeitabschnitte verbleibt es zwangsläufig bei der mangelbedingt eingeschränkten Gebrauchstauglichkeit. Für diese abgelaufenen Zeitabschnitte ist dem Äquivalenzverhältnis aber bereits dadurch (abschließend) Rechnung getragen, dass der Mieter gemäß § 536 BGB nur eine geminderte Miete zu zahlen hat. Die Besonderheit, dass das Zurückbehaltungsrecht angesichts des Charakters der Miete als Dauerschuldverhältnis nur auf zukünftige Nutzungszeiträume abzielen kann, ist bei der Bemessung des Umfangs des Zurückbehaltungsrechts im Rahmen des § 320 Abs. 2 BGB zu

beachten. Es ist daher grundsätzlich verfehlt, das Leistungsverweigerungsrecht des Wohnraummieters aus § 320 BGB ohne zeitliche Begrenzung auf einen mehrfachen Betrag der monatlichen Minderung oder der Mangelbeseitigungskosten zu bemessen.

63 Darüber hinaus kann das Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Mietzahlungen redlicherweise nur so lange ausgeübt werden, als es noch seinen Zweck erfüllt, den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mangelbeseitigung anzuhalten. Ist es aufgrund der Höhe des Mieteinbehalts und/oder der verstrichenen Zeit seit dem erstmaligen Einbehalt der Miete nicht mehr zu erwarten, dass der Vermieter seiner Verpflichtung auf Beseitigung des Mangels unter dem Druck der Leistungsverweigerung nachkommen wird, hat das Leistungsverweigerungsrecht seinen Zweck verfehlt, den Vermieter zur eigenen Vertragstreue anzuhalten. Mit einer weiteren Fortsetzung eines über die Minderung hinausgehenden Einbehalts würde der Zustand eintreten, dass der Mieter einen Mangel, der die Gebrauchstauglichkeit lediglich einschränkt, aber nicht aufhebt, hinnimmt, aber für einen längeren Zeitraum - im Streitfall mehr als drei Jahre - nicht die geschuldete (geminderte) Miete entrichtet.

64 dd) Schließlich muss der insgesamt einbehaltene Betrag in einer angemessenen Relation zu der Bedeutung des Mangels stehen. Das Zurückbehaltungsrecht ist deshalb - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - grundsätzlich betragsmäßig begrenzt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Vermieter bis zur Beseitigung des Mangels nur eine geminderte Miete erhält und er damit einem erheblichen Druck zur (Wieder-)Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes ausgesetzt ist. Anders als im Kauf- oder Werkvertragsrecht tritt im Wohnraummietrecht das Zurückbehaltungsrecht neben die Minderung.

65 ee) Den vorstehend dargelegten Besonderheiten bei der Miete von Wohnraum ist dadurch Rechnung zu tragen, dass das Leistungsverweigerungsrecht insbesondere bei Mängeln, die - wie hier - die Gebrauchstauglichkeit nur in beschränktem Umfang mindern, schonend auszuüben ist und grundsätzlich sowohl einer zeitlichen als auch einer betragsmäßigen Beschränkung unterliegt. Dabei mag ein zusätzlicher Einbehalt eines Teils der geschuldeten Miete für einen gewissen, etwas längeren Zeitraum ebenso in Betracht kommen wie der Einbehalt der gesamten Miete für einen kurzen Zeitraum. Allgemein gültige Grundsätze lassen sich insoweit aber nicht aufstellen; vielmehr sind die gesamten Umstände des Einzelfalls, wie etwa die Bedeutung des Mangels, die Frage, ob er mit geringem Aufwand oder nur unter größeren Schwierigkeiten zu beseitigen ist, gegebenenfalls auch das Verhalten der Vertragsparteien im Zusammenhang mit dem aufgetretenen Mangel zu berücksichtigen.

66 ff) Die zeitliche und betragsmäßige Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB stellt den Wohnraummieter nicht rechtlos. Denn er kann unbeschadet der Minderung (§ 536 BGB) gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Mangelbeseitigung klagen, im Falle des Verzuges des Vermieters mit der Mangelbeseitigung Schadensersatz geltend machen (§ 536a Abs. 1 BGB) sowie in geeigneten Fällen von der Befugnis Gebrauch machen, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der Aufwendungen zu verlangen (§ 536a Abs. 2 BGB). Außerdem hat der Mieter im Fall eines bestehenden Selbstbeseitigungsrechts Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten (BGH, Urteile vom 7. Mai 1971 - V ZR 94/70, BGHZ 56, 136, 141, vom 28. Mai 2008 - VIII ZR 271/07, NJW 2008, 2432 Rn. 8), mit dem er gegen die Miete aufrechnen kann. Schließlich kommt auch eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB (gegebenenfalls in Kombination mit der Geltendmachung des Kündigungsfolgeschadens) in Betracht.

III.

67 Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind, entscheidet der Senat in der Sache selbst (§ 563 Abs. 3 ZPO).

68 Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob der Beklagte das Zurückbehaltungsrecht hier in der Weise ausüben durfte, dass er in einigen Monaten 80 % der (ungeminderten) Monatsmiete einbehielt und so für die betreffenden Monate überhaupt keine Miete zahlte. Jedenfalls war ein Einbehalt, der etwa drei oder vier Monatsmieten deutlich überstieg, unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt. Da der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts allein in dem Zeitraum von Juni 2010 bis Oktober 2012 über die berechtigte Minderung hinaus einen Betrag von 6.540,77 € (mehr als eine Jahresmiete und somit weit über einen noch als angemessen anzusehenden Betrag hinaus) einbehalten hat, befand er sich im Zeitpunkt der Kündigung vom 23. Oktober 2012 mit einem Betrag in Verzug, der zwei Monatsmieten weit überstieg. Die fristlose Kündigung war daher gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB begründet und hat das Mietverhältnis zwischen den Parteien beendet, so dass der Klägerin ein Anspruch auf Räumung gegen den Beklagten zu 2 (aus § 546 Abs. 1 BGB) sowie gegen die Beklagte zu 1 (aus § 985 BGB) zusteht. Die Berufung der Beklagten gegen das auf Räumung und Herausgabe der Wohnung erkennende amtsgerichtliche Urteil war daher zurückzuweisen.

69 **Rechtsbehelfsbelehrung:**

70 Gegen dieses Versäumnisurteil steht der säumigen Partei der Einspruch zu. Dieser ist von einem bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab der Zustellung des Versäumnisurteils bei dem Bundesgerichtshof, Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.

Dr. Milger Dr. Hessel Dr. Achilles

Dr. Schneider Dr. Bünger

Vorinstanzen:
AG Kassel, Entscheidung vom 31.01.2013 - 454 C 4666/09 -
LG Kassel, Entscheidung vom 12.12.2013 - 1 S 73/13 -