BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 134/06

Verkündet am:
23. Juli 2008
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2

a) Ein Verzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete i.S. des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB liegt bei vereinbarter monatlicher Mietzahlung auch bei der Geschäftsraummiete jedenfalls dann vor, wenn der Rückstand den Betrag von einer Monatsmiete übersteigt.

b) Ein solcher Rückstand reicht für eine außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB nur aus, wenn er aus zwei aufeinanderfolgenden Zahlungszeiträumen (hier: Monaten) resultiert.

c) Ein Rückstand, der diese Voraussetzung nicht erfüllt, weil er (auch) aus anderen Zahlungszeiträumen herrührt, rechtfertigt die außerordentliche fristlose Kündigung lediglich, wenn seine Höhe zwei Monatsmieten erreicht (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB).

BGH, Urteil vom 23. Juli 2008 - XII ZR 134/06 - OLG Jena
LG Meiningen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juli 2008 durch den Richter Sprick, die Richterin Weber-Monecke, den Richter Fuchs, die Richterin Dr. Vézina und den Richter Dose

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 27. Juli 2006 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien verlangen mit der Klage und der Widerklage Feststellung, dass der zwischen ihnen bestehende Mietvertrag über Gewerberäume durch ihre wechselseitigen außerordentlichen Kündigungen beendet worden ist, und begehren Ersatz des ihnen daraus entstandenen Schadens. Der Beklagte verlangt weiter Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde, die er dem Kläger zur Abwendung des Vermieterpfandrechts übergeben hat.

2 Der Kläger vermietete an den Beklagten mit Vertrag vom 15. Oktober 2002 noch nicht fertig gestellte Räume in einem Neubau zum Betrieb eines "Ca-

fes und Backshops (Bäckercafe)" für die Zeit vom 1. Dezember 2002 bis 30. November 2012 mit Verlängerungsoption zu einem im Voraus bis spätestens zum 3. Werktag eines jeden Monats an den Vermieter zu zahlenden monatlichen Mietzins von 7.779,54 € einschließlich Nebenkostenvorauszahlung und 16 % MwSt. Dieser Mietzins setzt sich im Einzelnen zusammen aus einer "Netto-Kaltmiete" von 6.370 € für eine Mietfläche von 130 m², einer Nebenkostenvorauszahlung für 130 m² von 260 €, einer "Netto-Kaltmiete" für einen Technikraum von 9 m² von 67,50 € und einer Nebenkostenvorauszahlung für diesen Raum von 9 €, jeweils zuzüglich MwSt. Die exakte Miethöhe sollte gemäß § 20 Ziff. 5 des Mietvertrages nach Aufmass festgelegt und bei einer Fläche von weniger als 130 m² entsprechend korrigiert werden.

3 Nach § 2 Nr. 6 des Mietvertrages sollte der Vermieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus wichtigem Grund kündigen können,

a) wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit einem Betrag rückständig ist, der eine Monatsmiete übersteigt, oder

b) wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit einem Betrag in Höhe von zwei Monatsmieten rückständig ist.

4 Zum Konkurrenzschutz enthält § 18 des Mietvertrages die Zusicherung des Vermieters, dass im selben Gebäude kein (weiteres) Bäckercafé vermietet wird.

5 Am 31. Dezember 2002 oder 2. Januar 2003 eröffnete in dem Gebäude, in dem sich die Mieträume befinden, die "Bar und Café Ü. ". Der Beklagte erhielt am 17. Dezember 2002 die Schlüssel für die Mieträume, in denen er am 10. Januar 2003 einen Backshop mit Café eröffnete. Er zahlte für Dezember

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

2002 keine und für den Zeitraum von Januar bis Mai 2003 eine wegen behaupteter Mängel und eines behaupteten Verstoßes gegen das Konkurrenzschutzgebot geminderte Miete und zwar am 6. März 2003: 12.898,62 €, am 3. April 2003: 6.909,54 € und am 5. Mai 2003: 6.039,54 €, somit insgesamt 25.847,70 €. Für Januar und Februar 2003 minderte er die Miete um jeweils 3000 € netto, für März 2003 um 2.250 € netto und für April und Mai 2003 um jeweils 1.500 € netto, wovon der Betrag von jeweils 1.500 € netto auf die behauptete Verletzung der Konkurrenzschutzklausel und der jeweilige Restbetrag auf die Mängel entfiel.

6 Mit Anwaltschreiben vom 7. Mai 2003 kündigte der Kläger den Mietvertrag fristlos wegen Zahlungsverzugs mit einem Mietzins in Höhe von insgesamt 15.643,18 €. Bei der Berechnung dieses Rückstands legte er eine wegen verspäteter Übergabe auf ein Drittel = 2.593,18 € reduzierte Dezembermiete und für die Monate Januar bis Mai 2003 die vertraglich vereinbarte Miete von monatlich 7.779,54 €, somit eine geschuldete Miete für die Zeit von Dezember 2002 bis Mai 2003 in Höhe von insgesamt 41.490,88 €, zugrunde.

7 Der Beklagte widersprach der Kündigung und erklärte seinerseits mit Schreiben vom 22. Mai 2003, abgeändert durch Schreiben vom 25. Juni 2003, wegen Verstoßes gegen die Konkurrenzschutzklausel die fristlose Kündigung des Mietvertrages zum 31. August 2003.

8 Nach erfolglosen Vergleichsverhandlungen räumte der Beklagte das Mietobjekt Ende September 2003.

9 Das Landgericht hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Landgerichts abgeändert und der

Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat es zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

11 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Die fristlose Kündigung des Klägers sei gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB wirksam. Der Beklagte sei zum Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete, von dem bei einem Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete auszugehen sei, in Verzug gewesen. Der Gesamtrückstand an Miete und Nebenkosten habe 15.643,18 € betragen und damit den monatlich vereinbarten Betrag von 7.779,54 € überstiegen.

12 Der im Mietvertrag vereinbarte Mietzins sei nicht wegen Wuchers sittenwidrig. Zwar liege bei gewerblichen Mietverträgen ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, wenn die vereinbarte Miete knapp 100 % höher sei als die Marktmiete. Hier überschreite der vereinbarte Mietzins den ortsüblichen Mietzins schon nicht um 100 %. Ausgehend von der von dem Sachverständigen ermittelten, für die Berechnung des Mietzinses maßgeblichen Fläche von 138 m^2 ergebe sich unter Berücksichtigung der vereinbarten Netto-

miete von 6.437,50 € ein Nettomietzins von 46,65 €/m^2. Dieser Mietzins überschreite den von dem Sachverständigen ermittelten ortsüblichen Mietzins von 23,60 €/m^2 nicht um 100 %. Im Übrigen fehle es an der für eine Sittenwidrigkeit der Miete neben dem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung erforderlichen verwerflichen Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten. Die vom Kläger vorgelegte Halbjahresanalyse der ortsansässigen Makler weise für 1 a-Lagen Gewerberaummieten zwischen 37,50 €/m² im 1. Halbjahr 2003 und 40 €/m² im 1. Halbjahr 2002 aus. Dagegen beliefen sich die Quadratmeterpreise für Ladenlokale in der 1 b-Lage lediglich auf 10 €/m² bis 13 €/m². Da es oft schwierig sei zu entscheiden, ob ein in guter Geschäftslage liegendes Objekt der 1 a-Lage oder der 1 b-Lage zuzuordnen sei, ergebe sich eine Preisspanne von 10 € bis 40 €. Einem privaten Vermieter, der einen Mietpreis im Bereich der dargelegten Schwankungsbreite durchgesetzt habe, könne man angesichts der kurzfristig möglichen Mietzinsveränderungen bei der Gewerberaummiete nicht ohne weiteres ein unredliches Verhalten vorwerfen, wenn ein Sachverständiger später zu dem Ergebnis gelange, dass innerhalb der Schwankungsbreite ein um die Hälfte niedrigerer Mietzins marktüblich gewesen wäre. Es müssten dann weitere Umstände für eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Vertragspartners sprechen. Solche Umstände lägen hier nicht vor. Vielmehr sei der Beklagte, der im Zeitpunkt der Anmietung des Mietobjekts bereits mehrere Backshops in der Region unterhalten habe, unternehmerisch nicht derart unerfahren gewesen, dass er bei der Vereinbarung des Mietzinses dem Kläger unterlegen gewesen sei und dieser seine Unerfahrenheit ausgenutzt habe.

13 Ein Verzug mit der Entrichtung von mehr als einer Monatsmiete scheitere auch nicht an der von dem Beklagten geltend gemachten Minderung. Selbst wenn der Beklagte die von dem Kläger in Höhe von 2.593,18 € verlangte Miete für Dezember 2002 wegen der behaupteten Nichtgewährung des Gebrauchs

nicht geschuldet hätte und die von ihm für die Zeit von Januar bis März 2003 angenommene Minderung wegen angeblicher Mängel in Höhe von insgesamt 3.750 € netto berechtigt gewesen wäre, somit der Minderungsbetrag insgesamt 6.343,18 € betragen hätte, verbliebe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung des Klägers ein Mietzinsrückstand, der eine Monatsmiete übersteige.

14 Gegenüber diesem Anspruch habe dem Beklagten auch kein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 1.500 € monatlich wegen der behaupteten Verletzung des vereinbarten Konkurrenzschutzes zugestanden.

15 Die in § 18 des Mietvertrages vereinbarte Konkurrenzschutzklausel sei bei verständiger Würdigung dahin auszulegen, dass der Kläger dem Beklagten Konkurrenzschutz lediglich in Bezug auf künftig abzuschließende weitere Mietverträge zugesagt habe. Aus den nicht angegriffenen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils ergebe sich aber, dass bereits zu Vertragsbeginn im Obergeschoss des Anwesens das Café Ü. als gastronomische Einrichtung existiert habe. Diese Feststellungen stünden im Einklang mit dem klägerischen Vortrag, wonach der mit dem Konkurrenten bestehende Mietvertrag bereits im März 2003 (richtig: 2002) geschlossen worden sei. Der Kläger sei auch nicht verpflichtet gewesen, dem Beklagten den Umfang des von dem Café Ü. angebotenen Warensortiments zu offenbaren. Vielmehr habe der Beklagte, dem bei Vertragsschluss die Vermietung der Räume an das Café Ü. bekannt gewesen sei, selbst Erkundigungen über die dort angebotenen Waren einholen müssen. Im Übrigen habe der Beklagte nicht ausreichend dargelegt, dass der vereinbarte Konkurrenzschutz verletzt sei. Grundsätzlich erstrecke sich der Konkurrenzschutz nur auf die Fernhaltung solcher Konkurrenten, welche die von dem Beklagten als Hauptartikel seines Geschäfts vertriebenen Waren oder Leistungen ebenfalls als Hauptartikel vertrieben und damit dieselbe Verbrauchergruppe ansprächen. Einen die Ertragslage in der Regel nicht we-

sentlich beeinträchtigenden Wettbewerb in bloßen Nebenartikeln müsse der Mieter dagegen hinnehmen. Der Beklagte habe aber nicht dargetan, dass das Café Ü. vom Schwerpunkt her auf bäckerspezifische Angebote ausgerichtet und damit einem Backshop vergleichbar sei. Dem Beklagten sei es bei Vertragsschluss ersichtlich darauf angekommen, vor dem Betrieb eines Bäckereigeschäftes geschützt zu werden, das in der näheren Umgebung die gleichen Kunden anspreche wie sein eigenes Unternehmen.

16 Da der Beklagte den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 7. Mai 2003 auch zu vertreten habe, sei er dem Kläger dem Grunde nach verpflichtet, den aus der Kündigung entstandenen Schaden zu ersetzen.

17 Im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigung des Klägers vom 7. Mai 2003 habe die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 22. Mai 2003 bzw. 25. Juni 2003 nicht mehr zur Beendigung des Vertragsverhältnisses führen können, weshalb die Widerklage abzuweisen sei.

II.

18 Die Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

19 1. Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings, das Berufungsgericht sei rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, der im Mietvertrag vereinbarte Mietzins sei nicht sittenwidrig überhöht.

20 a) Zwar beanstandet die Revision zu Recht, dass das Berufungsgericht bei seiner Annahme, der vereinbarte Mietzins übersteige den ortsüblichen Mietzins nicht um 100 %, sondern liege knapp darunter, unzutreffend von der im

Sachverständigengutachten mit 138 m^2 festgestellten Gesamtmietfläche ausgegangen ist. Das Berufungsgericht hätte vielmehr die für die Berechnung des im Mietvertrag mit 6.370 € netto vereinbarten Mietzinses maßgebliche Hauptnutzungs- und Verkehrsfläche zugrunde legen müssen, die nach den Feststellungen des Sachverständigen lediglich 130,52 m^2 beträgt.

21 Dieser Fehler wirkt sich jedoch auf die Entscheidung nicht aus. Denn das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats davon ausgegangen, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bereits dann vorliegt, wenn die vereinbarte Miete - wie hier - knapp 100 % höher ist als die ortsübliche Miete (Senatsurteile vom 14. Juli 2004 - XII ZR 352/00 - NJW 2004, 3553, 3554 und BGHZ 141, 257, 262; BGHZ 146, 298, 302).

22 b) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht bei der Annahme, es fehle an einer verwerflichen Gesinnung des Klägers, keine Ausführungen und Beweisanträge des Beklagten übergangen.

23 Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des Senats, nach der bei gewerblichen Mietverträgen allein aus einem auffälligen Missverhältnis zwischen der vereinbarten und der marktüblichen Miete noch nicht auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen werden kann, geprüft, ob das bestehende auffällige Missverhältnis für den Kläger erkennbar war (Senatsurteile vom 14. Juli 2004 - XII ZR 352/00 - NJW 2004, 3553, 3555, vom 13. Juni 2001 - XII ZR 49/99 - NJW 2002, 55, 57 und vom 31. Oktober 2001 - XII ZR 159/99 - BGH-Report 2002, 224). Dabei ist es unter Berücksichtigung der von dem Kläger vorgelegten Halbjahresanalyse der ortsansässigen Makler davon ausgegangen, dass dem Kläger angesichts der erheblichen Unterschiede der Mietpreise für Objekte in der 1 a- und der

1 b-Lage und der Schwierigkeit zu entscheiden, welcher genauen Lage das Objekt zuzuordnen sei, nicht ohne Weiteres ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden könne. Andere Umstände, die eine verwerfliche Gesinnung des Klägers begründen könnten, hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht.

24 Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht dadurch, dass es nicht ausdrücklich auf die von dem Beklagten behauptete Überrumpelung durch den Kläger bei Abschluss des Mietvertrages und dessen Tätigkeit auf dem Gebiet der Immobilienerrichtung, -verwertung, sowie -verwaltung eingegangen ist, nicht gegen Art. 103 GG verstoßen.

25 Zwar verpflichtet das Gebot des rechtlichen Gehörs das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist aber erst verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Das Gericht ist dabei nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Deshalb müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (BVerfGE 86, 133, 145 f.).

26 Solche besonderen Umstände sind hier nicht gegeben. Vielmehr hat das Berufungsgericht der von dem Beklagten behaupteten Überrumpelung im Hinblick darauf, dass dieser im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages bereits mehrere Backshops in der Region betrieb und deshalb unternehmerisch nicht derart unerfahren war, dass er bei der Vereinbarung des Mietzinses dem Kläger unterlegen gewesen wäre und dieser seine Unerfahrenheit ausgenutzt

hätte, zu Recht kein entscheidendes Gewicht beigemessen. Angesichts der besonderen Erfahrung des Beklagten und der sich aus der Halbjahresanalyse der ortsansässigen Makler ergebenden Mietpreise kam auch der Tätigkeit des Klägers auf dem Immobiliensektor für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit keine eigenständige Bedeutung zu.

27 2. Die Revision rügt weiter ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen Art. 103 GG ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen Verletzung der vereinbarten Konkurrenzschutzklausel verneint.

28 a) Das Berufungsgericht hat die in § 18 des Mietvertrages getroffene Vereinbarung der Parteien, in der sich der Kläger gegenüber dem Beklagten verpflichtet hat, im selben Gebäude kein Bäckercafé zu vermieten, in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin ausgelegt, dass der Kläger nur vor der Konkurrenz eines vom Konzept her einem Backshop mit Café gleichenden, vom Schwerpunkt auf bäckereispezifische Angebote ausgerichteten Betriebs geschützt werden sollte, nicht aber generell vor gastronomischen Einrichtungen. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, liegt der Schwerpunkt des auf einen Barbetrieb ausgerichteten Café Ü. nicht in der Versorgung von Gästen mit Kaffeespezialitäten und Backwaren. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht dabei den Vortrag des Beklagten berücksichtigt, wonach das Café Ü. auch Kaffeespezialitäten mit backspezifischen Waren anbietet.

29 3. Das Berufungsgericht hat jedoch - wie die Revision zu Recht rügt - rechtsfehlerhaft angenommen, die dem Beklagten am 9. Mai 2003 zugegangene Kündigung des Klägers vom 7. Mai 2003 sei gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB wirksam, weil der Gesamtrückstand der Miete einschließlich

Nebenkosten für die Zeit von Januar bis Mai 2003 zum Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung den Mietzins für einen Monat überstiegen habe.

30 a) Nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages, der die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung regelt, nicht ausdrücklich erwähnt und ausschließlich auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB abstellt. Denn § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages stimmt weitgehend mit § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB überein, nach dem für eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund der Verzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete für zwei aufeinander folgende Termine ausreicht. § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages konkretisiert lediglich den nicht unerheblichen Teil dahin, dass der Verzug mit einem Betrag, der eine Monatsmiete übersteigt, ausreicht. Ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ist auch gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB als nicht unerheblich anzusehen. Das ergibt sich aus § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB, der dies für die Wohnraummiete ausdrücklich regelt. Da § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB eine Schutzvorschrift zugunsten des Wohnraummieters ist, ist nach einhelliger Auffassung ein Mietrückstand von einer Monatsmiete bei gewerblichen Mietverhältnissen erst recht erheblich (BGH Urteil vom 15. April 1987 - VIII ZR 126/86 - NJW-RR 1987, 903, 905 zu § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB a.F.; Palandt/Weidenkaff 67. Aufl. § 543 BGB Rdn. 24; Both NJW 1970, 2197). Im Hinblick auf die Übereinstimmung mit § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages durfte das Berufungsgericht allein auf die gesetzliche Regelung des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a BGB abstellen.

31 b) Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei bei Zugang der Kündigung mit mehr als einer Monatsmiete in Verzug gewesen. Miete im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB und damit gemäß § 2 Nr. 6 des Mietvertrages ist die Grundmiete zuzüglich der Nebenkostenvorauszahlung (Senatsurteil vom 10. Oktober 2001 - XII ZR 307/98 - BGHReport

2002, 225 m.w.N.; Sternel Mietrecht 3. Aufl. IV Rdn. 402), hier somit ein Betrag von monatlich insgesamt 7.779,54 €.

32 Das Berufungsgericht hat zugunsten des Beklagten unterstellt, dass dieser die von dem Kläger für Dezember 2002 in Höhe von 2.593,18 € verlangte Miete wegen Nichtgewährung des Gebrauchs und die Miete für die Zeit von Januar bis März 2003 wegen verschiedener Mängel in Höhe von 3.750 € (richtig: 3.750 € zzgl. 16 % MwSt. = 4.350 €), folglich in Höhe von insgesamt 6.343,18 € (richtig: 6.943,18 €), nicht geschuldet habe. Davon ist im Revisionsverfahren auszugehen. Der Betrag von 6.943,18 € ist somit bei der Berechnung des Rückstandes von dem für die Zeit von Dezember 2002 bis Mai 2003 vertraglich noch geschuldeten Mietzins von 15.643,18 € in Abzug zu bringen. Danach bestand zur Zeit des Zugangs der Kündigung des Klägers ein Mietzinsrückstand von 8.700 €, der sich aus den wegen der behaupteten Verletzung des Konkurrenzschutzgebots von den Mieten für Januar bis Mai 2003 monatlich jeweils einbehaltenen 1.500 € zuzüglich 16 % MwSt. zusammensetzt. Einer anderen Verrechnung der geleisteten Zahlungen steht die ausdrückliche Leistungsbestimmung des Beklagten entgegen (§ 366 Abs. 1 BGB).

33 Mit diesem die monatliche Miete von 7.779,54 € übersteigenden Gesamtbetrag befand sich der Beklagte zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 9. Mai 2003 gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verzug, da die Miete gemäß § 4 des Mietvertrages monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag des Monats zur Zahlung fällig war.

34 c) Zu Unrecht geht das Berufungsgericht jedoch davon aus, dass dieser Rückstand die weitere Voraussetzung des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB erfüllt, indem er für zwei aufeinander folgende Termine angefallen ist. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts genügt hierfür nicht, dass sich der

Rückstand in Höhe von mehr als einer Monatsmiete aus Einzelbeträgen zusammensetzt, die für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen sind (wie das Berufungsgericht: OLG Düsseldorf DWW 2006, 240; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rdn. 109). § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB setzt vielmehr voraus, dass der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultiert (BGH Urteil vom 15. April 1987 - VIII ZR 126/86 - NJW-RR 1987, 903; MünchKomm/Bieber 5. Aufl. § 543 Rdn. 46; Staudinger/Emmerich [2006] § 543 BGB Rdn. 52; Bub/Treier/Grapentin Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. IV Rdn. 178; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 15 Rdn. 210; Gramlich Mietrecht § 553 Rdn. 10; Both NJW 1970, 2197). Diese Auslegung von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a BGB ergibt sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

35 Schon der Wortlaut: "wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils der Miete (§ 2 Nr. 6 des Mietvertrages: mit einem Betrag, der eine Monatsmiete übersteigt) in Verzug ist", spricht dafür, dass der Rückstand aus zwei aufeinander folgenden Monaten herrühren muss.

36 Zudem lassen die beiden Regelungen in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a und b (§ 2 Nr. 6 a und b des Mietvertrages) erkennen, dass der Fall, in dem der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Mietzahlung in Verzug ist, abweichend von dem Fall, in dem der Verzug sich über eine Zeitraum von mehr als zwei Terminen erstreckt, dahin geregelt werden soll, dass im ersten Fall ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ausreicht, während im zweiten Fall ein Rückstand in Höhe von zwei Monatsmieten erforderlich ist. Dieser Wille des Gesetzgebers ist auch den Gesetzesmaterialien zu § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

und Nr. 2 BGB a.F. (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a und Nr. 3 b BGB) zu entnehmen. Danach sollten in § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a.F. zwei selbständige Tatbestände geregelt werden, nämlich der des Verzugs für zwei aufeinander folgende Termine, bei dem der Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete für die außerordentliche fristlose Kündigung ausreicht, und der des Verzugs in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, bei dem aber ein Rückstand von zwei Monatsmieten erforderlich ist (Materialien zum Ersten Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963, Bundestag 4. Wahlperiode 12. Ausschuss Stenografisches Protokoll 56. Sitzung des Rechtsausschusses vom 12. Juni 1963 S. 10, 11). § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB erfasst folglich nur die Fälle, in denen Rückstände, die eine Monatsmiete übersteigen, aus zwei aufeinander folgenden Terminen entstanden sind, wohingegen § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB die Fälle abdeckt, in denen sich die Rückstände aus mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen ergeben. Da sich der Gesamtrückstand des Beklagten über einen Zeitraum von Januar bis Mai 2003 und damit über mehr als zwei Termine erstreckte, ohne die Höhe von zwei Monatsmieten zu erreichen, liegen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB bzw. § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages nicht vor.

37 4. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die von dem Beklagten geltend gemachte Minderung wegen behaupteter Mängel in der Zeit von Januar bis März 2003 und wegen Nichtgewährung des Gebrauchs im Dezember 2002 berechtigt ist. Andernfalls hätte der Mietzinsrückstand zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung des Klägers, am 9. Mai 2003, zwei Monatsmieten erreicht, so dass die Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1Nr. 3 b BGB wirksam wäre. Ist dies nicht der Fall, wäre die Kündigung des Klägers unwirksam und zu prüfen, ob die Kündigung des Beklagten vom 22. Mai 2003 den

Mietvertrag beendet hat und der Kläger zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet ist. Der Rechtsstreit war deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Sprick Weber-Monecke Fuchs

Vézina Dose

Vorinstanzen:
LG Meiningen, Entscheidung vom 23.08.2005 - 2 O 596/03 -
OLG Jena, Entscheidung vom 27.07.2006 - 1 U 911/05 -