

Der relevante Zahlungsrückstand bei der Verzugs Kündigung

Komplizierte Welt oder Paralleluniversum?*

Von VorsRiLG Ralf-Dietrich Schulz, Berlin

* aktualisierte Fassung des Vortrags des Verfassers gehalten auf dem 28. Deutschen Mietgerichtstag in Dortmund am 13. März 2026

1 Einleitung

„Der relevante Zahlungsrückstand bei der Verzugsrückmeldung“, das klingt nach Kontenblättern, Zahlenkolonnen und Taschenrechner. Tatsächlich lassen sich typische Konstellationen systematisieren, indem man konkrete Fälle in € und Cent durchrechnet und die Ergebnisse (mit manchmal überraschenden Wendungen) vergleichend betrachtet. Darstellungen mit einem in dieser Weise strukturierten Überblick über das Zusammenspiel zwischen geforderter, geschuldeter und gezahlter Miete liegen allerdings bereits vor.¹

Der hier gewählte Untertitel beschreibt eine andere Sicht auf das Thema, bei der grundlegende Mechanismen der Wohnraummiete stärker in das Blickfeld rücken. „Komplizierte Welt oder Paralleluniversum?“²; diese Frage stelle ich, weil die Gesetze zur Zahlungsverzugsrückmeldung³ gerade 25 Jahre alt sind. In dieser Zeit sind Erkenntnisse gewachsen, die wir oft gesetzesgleich anwenden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat besonders im Zeitraum von 2005-2020 grundlegende Aussagen etabliert, die heute als das Maß der Dinge gelten. An ihnen richten sich die meisten Entscheidungen über Zahlungsverzugsrückmeldungen aus.

Aus diesen Grundannahmen setzt sich inzwischen ein extrem kleinteiliges Bild zusammen, das sich Schritt für Schritt - von einer Entscheidung zur nächsten - entwickelt hat. Beharrlich wird zur Rechtsfertigung auf „besondere Gegebenheiten“ im Wohnraummietrecht verwiesen, weshalb sich jede schematische Lösung verbietet. Offenbar kann sich ungeachtet gewisser Grundsätze das konkrete Ergebnis im einzelnen Fall kaum jemals einstellen, bevor „alle Umstände des Einzelfalls“ umfassend gewürdigt worden sind.

Der vorliegende Beitrag geht einen Schritt zurück. Es gilt zu überprüfen, ob es nicht der Schnelligkeit, Sicherheit und Überzeugungskraft von Entscheidungen in Räumungsverfahren dienlich wäre, wenn häufiger anstelle eines „sonderrechtlichen“ Mosaiks (auch) im Wohnraummietrecht konsequenter die allgemeinen Regelungen und Rechtsanwendungstechniken zur Anwendung kämen.

Meine zentralen Fragen sind also:

Wo führen Weiterentwicklungen, die den 25 Jahre alten Gesetzestext heute ergänzen, in einer komplizierten Welt zu wirklich überzeugenden Lösungen? Wo besteht demgegenüber die Gefahr, dass sich ein Paralleluniversum mit „ganz anderen Regeln“ aufbaut? Wo fallen deshalb Gerichtsentscheidungen rätselhafter und unverständlicher aus, als es nötig wäre?

¹ Beispielhaft sei verwiesen auf *Schwab*, NZM 2019, 36 ff.; *Breiholdt*, ZMR 2017, 788 ff.; *Lehmann-Richter*, ZMR 2017, 372 ff.; *Börstinghaus*, MK 2023, 33 ff.; juris. Diese Beiträge sind unverändert aktuell, weil sie zeitlich nach den grundlegenden Weichenstellungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung verfasst wurden.

² In der Betrachtung (und Herstellung) komplizierter Welten sind wir geübt. Ein Paralleluniversum wäre ein zusätzlicher Kosmos neben unserer „realen“ Welt; dort herrschen grundlegend andere Regeln, selbst für die Naturwissenschaften oder die Geschichte, und insbesondere für die Begriffe von richtig oder falsch.

³ Mietrechtsreformgesetz vom 19.6.2021; in Kraft getreten zum 1.9.2021; Schuldrechtsreformgesetz vom 26.11.2001; in Kraft getreten zum 1.1.2002.

2 Die Kündigungstatbestände

Die zu betrachtenden Kündigungstatbestände sind § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB⁴, zu dem ich später komme, vorrangig aber § 543 BGB. Dieser ist aus der Mietrechtsreform als neue Norm ohne kodifizierte Vorgängerregelung hervorgegangen. Fristlose Kündigungen waren vorher im Wohnraummietrecht zwar richterrechtlich anerkannt, es gab dazu aber keinen Wortlaut und keine verlässliche Ordnung.

Der Gesetzgeber hat sich für eine Generalklausel als Kündigungstatbestand in § 543 Abs. 1 BGB entschieden. Erforderlich ist ein wichtiger Grund, der bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls jede weitere Vertragsfortsetzung unzumutbar macht. Verschulden ist dabei keine Voraussetzung, sondern nur einer von vielen Aspekten in der erforderlichen Gesamtabwägung. Es kann also nicht nur fristlos, sondern unter Umständen auch „schuldlos“ gekündigt werden. Die fristlose Kündigung zeigt sich hier als radikale Ultima Ratio: Wir wägen alle erdenklichen Umstände ab; wenn dann der Bogen überspannt ist, ist aber auch sofort Schluss.

Der Zahlungsverzug ist in dieses Kündigungssystem gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 BGB eingeordnet. Der wichtige Grund liegt „insbesondere vor“, wenn der Mieter mit qualifizierten Rückständen in Verzug ist. Da es um die Kardinalpflicht des Mieters geht, greift das Gesetz sogar zu Verschärfungen: Die typisierten Kündigungstatbestände in Nr. 3a) und 3b) lassen keine Abwägung von Umständen des Einzelfalls zu. Zwischen diesem Zahlungsverzug und der Kündigung liegen auch sonst keine Hindernisse. Die Abmahnung, an der der Gesetzgeber „in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung“⁵ grundsätzlich festhält, ist gegenüber dem qualifiziert säumigen Mieter ausdrücklich entbehrlich (§ 543 Abs. 3 Nr. 3 BGB).

Wir sehen beim qualifizierten Verzug also nochmals Verschärfungen des ohnehin schon scharfen Schwertes einer fristlosen Kündigung. Auf den ersten Blick kann nach dem Willen des Gesetzgebers nun wirklich keinerlei Pardon mehr gegeben werden.

Ein zweiter Blick weckt daran aber doch Zweifel. Neben den scheinbar schonungslosen Aspekten existieren als grundlegende Inhalte des gesetzlichen Konzepts auch solche, in denen die Wucht einer Kündigung sich mildert oder sogar ganz auflöst. Der Verschärfung des scharfen Schwertes in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB steht nämlich zunächst gegenüber, dass nicht ein „Rückstand“, sondern nur Verzug genügt, was begrifflich auf weitere Anforderungen nach den gesetzlichen Vorgaben in § 286 Abs. 4 BGB verweist. Außerdem kann nach der Verwirklichung eines Kündigungstatbestandes die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein oder nach § 569 Abs. 3 BGB unwirksam werden.

Wir haben es mit einem zusammenhängenden System von „ermöglichen“ und „hemmen“ zu tun, mit nicht trennbaren zwei Seiten derselben Medaille: Ja, der qualifizierte Zahlungsverzug berechtigt den Vermieter zu radikalen Schritten. Er darf ohne Vorwarnung das Mietverhältnis mit sofortiger Wirksamkeit beenden, weil eine Fortsetzung absolut unzumutbar ist. Und dennoch liegt es am Ende in der Hand des Mieters, ob die „unzumutbare“ Vertragsfortsetzung dennoch erfolgen muss. Diese Chance setzt nicht einmal Verständnis für das Verhalten des Mieters voraus, und sie

⁴ Die ordentliche Kündigung war schon vor der Reform vergleichbar geregelt in § 564b BGB a.F.

⁵ Vgl. BT-Drucks. 14/4553; S. 44

beruht nicht auf dessen Sympathiewerten. Auch der böswillige Mieter mit einem großen Rückstand kann nach Maßgabe von § 569 Abs. 3 BGB die Kündigung am Ende unwirksam machen. Auch in diesem Punkt findet (wie bei den Kündigungsvoraussetzungen in § 543 Abs. 2 BGB) keine Abwägung statt.

Das ganze Bild ist also ein uneinheitliches, ein doppeltes: Nach qualifiziertem Zahlungsverzug bedarf es (wie streng!) keiner Abmahnung. Und doch kann der Mieter (wie milde!) auf den Pfad der Tugend zurückkehren und sein Mietverhältnis retten. Fast so, als wäre er eben doch nur erfolgreich abgemahnt worden.

Das vom Gesetzgeber gereichte Schwert ist in mancher Hinsicht scharf und in anderer Hinsicht stumpf - und zwar beides gleichzeitig.

2.1 Zahlungsrückstand und § 543 BGB

Nicht jeder Verzug muss in eine Kündigung und ein Räumungsverfahren münden. In der gerichtlichen Praxis tritt die fristlose Kündigung aber als die schrillste Farbe eines nicht funktionierenden Mietmarktes auf, und der folgende Räumungsprozess wie eine Zwangsläufigkeit. Und damit nicht genug, ist die Kündigung praktisch durchgängig „hilfsweise auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützt“; sie ist dann in einem nicht aufeinander abgestimmten Durcheinander von Grundsätzen und Kriterien zu überprüfen.

Das erweist sich im Wohnraummietverhältnis als besonders schädlich, haben wir hier doch (neben dem Arbeitsverhältnis) sicher das heikelste Dauerschuldverhältnis vor uns, das im Gesetz und im Leben vorkommt. Ist es nicht geradezu absehbar, dass jedenfalls in langjährigen Mietverhältnissen auch ernste Konflikte auftreten und ausgetragen werden müssen? Auch der wichtige Streit über die Miethöhe und deren Bezahlung könnte als ein Punkt verstanden werden, der halt gelegentlich geklärt werden muss. Dafür stehen unterschiedlichste Primäransprüche zur Verfügung, etwa auf Anpassung der Miete, Auskunft, Zahlung, Duldung und auf Rücksichtnahme nach § 241 BGB. Wir haben uns aber daran gewöhnt, bei jedem Streit über Zahlungspflichten im Mietvertrag das „Unerhörte“ als Rechtfertigung für die Ultima Ratio auch dort zu sehen, wo es sich mit Augenmaß kaum finden lässt.

Ja, es gilt (rüde formuliert): Wer nicht zahlt, fliegt raus! Wenn der relevante Zahlungsrückstand vorliegt, darf der Vermieter sofort kündigen.

Und er wird es häufig nicht tun. Es gibt andere Mechanismen auf niedrigerer Schwelle, um den Mieter durch fühlbare Konsequenzen dazu anzuhalten, seine Pflichten ernster zu nehmen. Er schuldet Verzugszinsen, kann abgemahnt und verklagt werden, und er hat den Kostenaufwand für Rechtsanwälte und Gerichte zu ersetzen. Mancher lernt eine solche Lektion schnell.

Wer stattdessen zur fristlosen Kündigung greift, wählt Gerichtsverfahren, Diskussionen um Schadensersatz und Schönheitsreparaturen, Kautionsabrechnungen, Annoncen und Besichtigungstermine vor einer Neuvermietung. Und wer weiß, ob der nächste Mieter wirklich besser ist. Muss das sein?

Auch der Mieter kann schließlich ein aufgetretenes Problem leicht lösen, indem er einfach weicht. Er muss ja nicht daran interessiert sein, nach verschuldetem Zahlungsverzug den Weg zum Gericht

oder zum Anwalt anzutreten. Was er dort hört, sind absehbar schlechte Nachrichten, die zudem viel Geld kosten.

Hier endet aber schon der Blick in eine theoretisch heile Welt, die es in Deutschland in Ballungsräumen seit Jahren nicht mehr gibt. In angespannten Wohnungsmärkten funktioniert das Mietrecht heute grundlegend anders. Jeder Konflikt ist geprägt von größtmöglicher Intensität, mit der um nahezu jeden Preis herbeigeführt werden soll, was möglicherweise nicht geht. Man ist geneigt, im Umgang mit den Parteien zugleich von Dünnhäutigkeit und von Dickfelligkeit zu sprechen.

Für den Vermieter bedeutet der extreme Nachfrageüberhang, dass die Kündigung trotz eines risikobehafteten Räumungsverfahrens eben nicht nur Mühe bedeutet, sondern - nach einer lukrativen Neuvermietung - dauerhaft bessere Erträge. Vor allem für institutionelle Vermieter, also bei der emotionslosen Bewirtschaftung von Wohnraum, ist der wirtschaftliche Gewinn ein zentrales Argument.

Auch auf Mieterseite führen angespannte Wohnungsmärkte zu einer anderen Strategie. Einsicht in ein selbst verschuldetes Problem und die Konsequenz eines Wohnungswechsels kommen nicht in Betracht, wenn der Wechsel gar nicht möglich ist. Wer keinen bezahlbaren Wohnraum findet, steckt den Kopf in den Sand und hofft auf ein Wunder. Und selbst was man nicht mehr abwenden kann, kann man wenigstens hinauszögern. Dazu braucht es zunächst nur substantiierte Behauptungen, z.B. zu allen Parametern des relevanten Zahlungsverzuges. Die Aufklärung aller Umstände des Einzelfalls kann danach lange dauern, weil sie ja schließlich in den Förmlichkeiten der ZPO erfolgen muss.

Es ist deshalb wichtig, im Blick zu behalten, dass zwar viele Fälle kompliziert sind, ebenso viele aber kompliziert gemacht werden. Die Rechtsprechung in allen Instanzen erweckt dabei nicht selten den Eindruck, dass Gerichte sich von einem fast hysterischen Vorgehen der Parteien anstecken lassen. Liegt z.B. ein Zahlungsverzug mit genau einer Monatsmiete vor, dann fehlt der für § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a) BGB zusätzlich nötige „1 Cent aus dem Vormonat“. Man muss dann ganz sicher nicht lange darauf warten, bis ein Gericht erwägt, ob es anstelle des fehlenden Cent nicht ebenso genügt, dass der Mieter erklärt haben soll, künftig nicht zahlen zu können.⁶ Ein Abwarten kommt offenbar keinesfalls in Betracht.

Es geht um kleinste und allerkleinste Zahlungsdifferenzen. Wir rücken mit starken Grundsätzen und großer Konsequenz auf ein Ergebnis vor, bei dem es ganz knapp schon reicht für ein Räumungsurteil, oder aber ebenso knapp doch noch nicht reicht. Und wenn uns die angewendeten Grundsätze

⁶ Vgl. z.B. zu § 554 Abs. 1 BGB a.F. OLG Düsseldorf vom 23.5.1991 (10 U 119/90); juris. Ganz ähnliche Effekte gibt es bei vielen Kündigungsvoraussetzungen; ein anschauliches Beispiel bieten die Erwägungen, ob der Mieter Schwierigkeiten beim Ausgleich einer hohen Nachzahlung für Nebenkosten wegen enormer Energiepreisteigerungen (im Rahmen einer Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) dadurch fahrlässig verschuldet hat (und also gekündigt werden kann), dass er trotz "Absehbarkeit" von Preisteigerungen keine höheren Vorauszahlungen geleistet hat oder in Urlaub gefahren ist; vgl. den Überblick bei Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Rz. 36 zu § 573 BGB m.w.N.).

zu allzu krausen Einzelergebnissen führen, helfen immer noch die Grundsätze von Treu und Glauben (in ihren zahlreichen Gewändern)⁷.

Die Kündigung im Wohnraummietverhältnis könnte viel von dem ihr angemessenen Charakter der Ultima Ratio zurückgewinnen, wenn wir häufiger auf das Naheliegende zurückgreifen würden. Transparenz und Vorhersehbarkeit in der Bewertung einer Kündigung lassen sich in vielen Fällen deutlich verbessern, wenn man es im Wohnraummietrecht bei der Anwendung auch sonst akzeptierter Grundsätze belässt. Soweit sich dabei maßvoll engere Grenzen für die Kündbarkeit eines Wohnraummietvertrages einstellen, als es bei einer „Jagd nach Kündigungsvoraussetzungen“⁸ der Fall wäre, spiegelt dies die ausbalancierte Struktur zwischen scharfen und milden Anteilen der gesetzlichen Regelung wider.

Dies gilt es näher zu betrachten.

2.2 Verzug mit der Entrichtung der Miete

Die beiden Tatbestände in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB sind in Umrissen vertraut: Buchstabe a): eine Miete plus 1 Cent; Buchstabe b): zwei Mieten.

Für Nr. 3 b) bestätigt sich der erste Eindruck des Unkomplizierten: Es muss „irgendwie“ ein Rückstand von zwei Mieten aufgelaufen sein. Andere Anforderungen sind im Gesetz nicht zu sehen.

Anders ist es aber bei Nr. 3a). Dieser gibt streng einen Zeitrahmen für den Rückstand vor, welcher eben exakt aus zwei aufeinanderfolgenden Monaten stammen muss. Zudem enthält 3a) eigentlich zwei Tatbestände, nämlich das Ausbleiben der gesamten Miete, daneben aber auch den Verzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete. Für diese Variante steht nach der strikten Festlegung in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB immerhin die Grenze fest: der Gesamtrückstand muss die Miete für einen Monat übersteigen.

Weniger deutlich ist aber, ob sonst noch etwas für die Erfüllung dieses Kündigungstatbestandes erforderlich ist. Der Bundesgerichtshof ist unmissverständlich der Ansicht, dass keine weiteren Voraussetzungen zu beachten sind. Der erforderliche nicht unerhebliche Teilbetrag sei zweifelsfrei und abschließend in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB definiert; insbesondere müssten nicht beide Rückstände in dem Monat ihrer Fälligkeit einen „nicht unerheblichen Teil“ der Monatsmiete ausmachen. Für solche weiteren Anforderungen fehle jede gesetzliche Grundlage.⁹

Diese Behauptung lohnt einen genaueren Blick. Was § 569 BGB für den Tatbestand in § 543 BGB bewirken soll, hat der Gesetzgeber einleitend klar formuliert. Die für den Gesamtrückstand festgelegte Grenze soll „... im Falle des § Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe a ...“ maßgeblich sein. Das ist nach gängigen Kriterien als Rechtsgrundverweisung zu lesen. Nur wo ein Fall des Kündigungstatbestandes aus Nr. 3a) vorliegt, gilt dann die Konkretisierung für Wohnraummietverhältnisse. § 569 Abs. 3

⁷ Nicht selten tritt die für das praktische Ergebnis entscheidende Wirkung einer „Notbremse“ dadurch zutage, dass der konkrete Einwand gegen ein bestimmtes Ergebnis ohne die dafür anerkannten Parameter (etwa Zeitpunkt und Umstandsmoment bei der Verwirkung) bejaht wird. Aus jüngster Zeit z.B. AG Gießen vom 17.1.2025 (46 C 55/24), ZMR 2026, 121 f., wonach eine Kündigung zugleich treuwidrig, rechtsmissbräuchlich und verwirkt ist.

⁸ Vgl. Fn. 6

⁹ BGH vom 8.12.2021 (VIII ZR 32/20); ZMR 2022, 191 ff.

Nr. 1 BGB bestimmt demnach nicht nur, wie § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a) BGB (durch eine Gesamthöhe) konkretisiert wird, sondern er setzt den vollen Tatbestand der Ausgangsnorm voraus.

Bleibt also die Frage, was dieser Inhalt ist. Der Wortlaut fordert, dass der Mieter „...für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist ...“. Die Formulierung „für zwei aufeinanderfolgende Termine“ ließe es zu, mit einer gewissen Sturheit zuerst zu prüfen, ob der Mieter für den ersten der beiden Termine einen nicht unerheblichen Teil der Miete schuldig geblieben ist, um gegebenenfalls fortzufahren, dasselbe für den folgenden zweiten Termin zu untersuchen. Die Prüfung wäre beendet, sobald für einen der beiden Termine der nicht unerhebliche Rückstand fehlt. Dass es für dieses sture Vorgehen an jeglicher gesetzlichen Grundlage fehlen soll, ist schwer zu erkennen.¹⁰

Überlegen wir weiter: Möglicherweise beweist sich die vorzugswürdige Lösung an ihren Konsequenzen. Betrachten wir dazu einen einfachen Fall.

*Die Dame **Palmström** schuldet in ihrem 30 Jahre währenden Mietverhältnis eine mtl. Gesamtmiete von 499,99 €. Stets gibt sie zum Monatswechsel am Bankschalter den zuhause ausgefüllten Überweisungsträger ab. Vielleicht verschreibt sie sich, vielleicht liest der Bankmitarbeiter die schwierige Handschrift falsch: Jedenfalls kommt es im Januar dazu, dass die Überweisung anstatt mit einer 9 mit einer 0 ausgeführt wird. Je nachdem, wo genau dieses Versehen passiert, sind nun für Januar 9 Cent, 90 Cent, 9 € oder 90,- € unbezahlt. Bemerken tut dies zunächst niemand. Anfang Februar herrscht Glatteis und Frau Palmström entschließt sich nach dem Wetterbericht, den Gang zur Bank bis zum Einsetzen von Tauwetter zu verschieben.*

Welche Situation haben wir nun in diesem Mietverhältnis?

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs befindet sich Frau Palmström am 4. Februar im qualifizierten Zahlungsverzug. Die Februarmiete ist fällig und unbezahlt. Sollten im Januar nur 9 Cent offengeblieben sein, wird zwar offensichtlich niemand sagen, dass für den Termin Januar ein nicht unerheblicher Teil der Miete offen sei. Darauf käme es aber gerade nicht an. Es besteht dann also das Recht zur fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a) BGB.

2.2.1 § 543 Abs. 2 Nr. 3 a) und 3 b) BGB als gleichwertige Tatbestände

Nun muss nicht alles, was erstaunt, deswegen auch unzutreffend sein. Gehen wir also für eine Überprüfung davon aus, dass § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB zwar zwei unterschiedliche Tatbestände ausformuliert, die aber in der gesetzlichen Bewertung vergleichbar sind, und die aus diesem Grund zu demselben Sanktionsregime führen. Stellen wir uns dazu den Nachbarn von Frau Palmström vor.

*Dieser Herr **Korff** hat sich in einem gleich gelagerten Mietverhältnis angewöhnt, es in seinem Alter mit den Verpflichtungen nicht mehr so genau nehmen zu müssen. Den Betrag von zwei Monatsmieten, was 999,98 € wären, ist er zwar nicht schuldig. 900,- € Rückstand sind aber leider schon*

¹⁰ Mit sprachlicher Spitzfindigkeit ließe sich fragen, ob die „sture Prüfung“ nicht im Gesetz dadurch hätte ausgedrückt werden können, dass hinter den zwei Terminen ein „jeweils“ eingefügt worden wäre. Ebenso gut ließe sich aber behaupten, die bloße Addition von beliebig hohen Einzelrückständen (nach BGH) hätte nicht durch einen Betrag „für zwei aufeinander folgende Termine“ ausgedrückt werden müssen, sondern durch einen solchen „im Ergebnis zweier Termine“ oder einfach „nach zwei Terminen“. Womöglich genügt eine Meinung dazu, was sprachlich zutreffender durch welche Wortwahl des Gesetzes ausgedrückt worden wäre, nicht für eine überzeugende Beantwortung der Frage.

aufgelaufen. Der größte Teil stammt vom Anfang 2025, als er im Urlaub war. Aber immerhin ist seither nicht mehr viel dazugekommen. Herr Korff kann ruhig schlafen, denn wenn er von nun an gut aufpasst, droht ihm aus § 543 Abs. 2 Nr. 3b) keine Kündigung. Diese ist unterhalb von 2 Mieten offensichtlich nicht möglich.

Im Fall der Frau Palmström soll dennoch die Kündigung nach Nr. 3a) möglich sein?

*Nehmen wir an, das Tauwetter setzt zügig ein. Frau **Palmström** zahlt die volle Miete am 10. Februar. Die Mieterin war schnell, aber – wie es in einem Duell mit Pistolen heißen würde – der Vermieter war schneller. Am 7. Februar hat er die Kündigung in den Briefkasten geworfen.*

Wie steht es jetzt in dem Mietverhältnis? Frau Palmström ist wirksam gekündigt, nachdem sie im Januar einen kleinen Betrag nicht entrichtet hat, vielleicht sind es 9 Cent, vielleicht auch 9 €. Die Februarmiete hat sie zwar vollständig gezahlt, aber eine Woche zu spät.

Herr Korff schuldet seit vielen Monaten 900,- €; seine Anstrengungen, daran etwas zu ändern, sind so gering wie sein schlechtes Gewissen. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB lässt gleichwohl eine Kündigung nicht zu.

Passen diese Wertungen zueinander? Oder verweist das Staunen bei einem Vergleich der beiden Fälle darauf, wie leicht der innere Grund verloren geht, aus dem die beiden Tatbestände in Nr. 3a) und Nr. 3b) dieselben Folgen auslösen? Übersetzen wir die beiden unterschiedlichen Zahlungsrückstände so, dass deutlich wird, inwiefern in beiden gesetzlich vorgesehenen Konstellationen eine gleichwertige Gefährdung der Belange des Vermieters eintritt.

Für den Tatbestand in Nr. 3a) könnte der Titel lauten „das wird sehr bald schlimm enden“. Was diesen Rückstand so besonders macht, ist das dynamische Anwachsen hoher Beträge in kurzer Zeit. Deshalb darf der Vermieter so schnell (nämlich zu Beginn des zweiten Monats, also nach einem Zeitraum von ca. 5 Wochen) mit der fristlosen Kündigung reagieren. Gibt es ein solches dynamisches Anwachsen im Fall unserer Frau Palmström? Wenn jeder offene Cent aus einem Vormonat an jedem ohne Mieteingang anbrechenden vierten Werktag des Monats zur fristlosen Kündbarkeit der Wohnung führt, stehen die gesetzlichen Wertungen in 3a) und 3b) nicht in konsistentem Verhältnis zueinander; die Tatbestände sind dann in dem gesetzlich bewerteten vertraglichen Unrecht nicht vergleichbar.

Der Tatbestand aus Nr. 3b) ließe sich übersetzen „jetzt reicht es aber, das Maß ist voll“. Die kleinen Schritte, in denen Unterzahlungen sich ansammeln, sind kaum bedeutend; sie stellen sich fast unmerklich ein. Wenn es aber zu viel wird, ist entschlossenes Handeln gefragt und muss also auf Seiten des Vermieters möglich sein. Bei Herrn Korff ist das Maß noch nicht voll. Vielleicht greift der Vermieter zur Abmahnung und lässt ihn durch Anwaltskosten lernen, dass sein Verhalten inakzeptabel ist.

Nach diesem Abgleich müsste der Räumungsprozess wegen einer Kündigung aus § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB in beiden Fällen denkbar kurz ausfallen. Herr Korff hat einen Kündigungstatbestand nicht verwirklicht. Für Frau Palmström muss dasselbe gelten, weil es an einem erheblichen Rückstand in **einem** der beiden Monate durchgängig gefehlt hat. Wenn sich das Gericht auf diese Wertungen beschränkt, müssen hier „alle Umstände des Einzelfalls“ nicht gewürdigt (und noch wichtiger: nicht aufgeklärt) werden. Wer sich in den letzten Jahren im Mietverhältnis wie verhalten

hat, was aus Treu und Glauben gefolgert werden oder zu Fragen der Verwirkung einer Kündigungsmöglichkeit überprüft werden könnte, würde keine Rolle spielen. Und genau dies würde dem Sachverhalt auch gerecht werden.

2.2.2 § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB

Wenden wir uns einer Abmilderung zu, die im System der fristlosen Kündigung verankert ist, nämlich dem Ausschluss der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB. Nehmen wir an, dass ein Kündigungstatbestand verwirklicht ist:

*Unser Herr **Korff** hat seinem Rückstand von 900,- € noch weitere 100,- € hinzugefügt. Der Vermieter kann nun zweifellos eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b) BGB erklären. Wie geht es aber weiter, wenn er das nicht tut? Was, wenn Herr Korff bei nächster Gelegenheit nicht nur alle laufenden Mieten pünktlich zahlt, sondern den alten Rückstand auch auf restliche 200,- € reduziert?*

In diesem Fall hilft die Rechtswohlthat aus § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB Herrn Korff - gar nichts! Der noch bestehende Rückstand von 200,- € rechtfertigt zwar zweifellos weder nach Nr. 3a) noch nach Nr. 3b) eine Kündigung, darauf kommt es aber nach Ansicht des Bundesgerichtshofs auch nicht an. Die einmal entstandene Befugnis des Vermieters zur Kündigung dürfe nicht entwertet und insbesondere nicht durch bloße Teilzahlungen des Mieters unterlaufen werden. Eine Befriedigung des Vermieters könne nur im Falle der vollständigen Tilgung des relevanten Rückstands vorliegen. Der Eingang einer Teilzahlung, durch die der Rückstand nur unter die Kündigungsschwelle sinkt, sei mit dieser Vorschrift „ersichtlich nicht gemeint“. ¹¹

Das Berufungsgericht in jenem Verfahren hatte in Anwendung allgemeiner Regeln die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung verneint. Es hatte nach § 130 BGB für alle Wirksamkeitsvoraussetzungen auf den Zugang der Erklärung abgestellt, als unstreitig ein ausreichender Rückstand nicht (mehr) vorlag.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs dürfe aber der vertragsuntreue Mieter es nicht in der Hand haben, „...einer berechtigten fristlosen Kündigung (...) dadurch zu entgehen, indem er lediglich (...) den Gesamtrückstand unter die Grenze des erforderlichen Betrages verringert ...“. ¹²

Es ist in der Gedankenführung problematisch, vorauszusetzen, man habe eine „berechtigte fristlose Kündigung“ vor sich, wenn man gerade erst prüft, ob die Kündigung nach einer gesetzlichen Vorschrift ausgeschlossen ist. Hier entsteht der Eindruck, dass das Gesamtsystem der Mechanismen für eine fristlose Kündigung allein in seinen „aggressiven“ Teilen wahrgenommen wird, während die gesetzlich vorgesehenen Relativierungen der Befugnisse des Vermieters und die Milderungen der gesetzlichen Folgen eines Zahlungsrückstands wie eine Störung erscheinen, wie ein abzuwehrender Trick des Mieters. ¹³

¹¹ BGH vom 27.9.2017 (VIII ZR 193/16); ZMR 2018, 17 ff.

¹² BGH vom 27.9.2017 (VIII ZR 193/16); ZMR 2018, 17 ff.

¹³ Bei genauer Betrachtung prüft der BGH nicht die Voraussetzungen der Wirksamkeit des streitgegenständlichen Gestaltungsrechts; er beantwortet stattdessen die (davon losgelöste) selbst formulierte Frage, ob ein Kündigungsrecht untergegangen ist oder aber fortbesteht. Das „Kündigungsrecht“ erfährt dadurch einen eigenen Schutz, als handle es sich um einen Vermögenswert oder eine Anwartschaft. Die rechtserhebliche Frage muss stattdessen stets lauten, ob der eingeklagte Anspruch besteht, weil eine streitgegenständliche

Die dadurch bewirkte Beschränkung des Kündigungsausschlusses ist unter zwei konkreten Aspekten der gesetzlichen Regelung zu bezweifeln:

Die Kündigung ist nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht unwirksam oder unzulässig, sondern „ausgeschlossen“. Diesen Wortlaut wählt das Gesetz, wenn es um eine bisher nur mögliche künftige Entwicklung geht, die noch nicht eingetreten ist, und die nun aus bestimmten Gründen auch nicht mehr eintreten soll. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist z.B. der „Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen“ soweit er unmöglich ist.¹⁴

Überträgt man dies auf den Kündigungsausschluss, so geht es auch hier um eine Kündigung, die es bisher noch nicht gibt, und die es nun auch nicht mehr geben soll. Der Mieter „entgeht“ nicht „einer berechtigten Kündigung“¹⁵, sondern diese soll unter den veränderten Umständen (der „Befriedigung“) nicht mehr erfolgen.

Der zweite Umstand ist die Tatsache, dass die Befriedigung in § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB deutlich anders formuliert ist, als bei § 569 BGB. Der Ausschluss der (noch nicht existenten) Kündigung setzt hier voraus, dass der Vermieter „vorher befriedigt“ wird. Die Unwirksamkeit einer bereits erklärten Kündigung tritt dagegen nach § 569 BGB nur ein, wenn der Vermieter vor Ablauf der Schonfrist „...hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach § 546 a Abs. 1 befriedigt wird...“.

Dass im letzteren Fall - bei der nachträglichen Schonfristzahlung - nach dem Willen des Gesetzes alle Nutzungsentgelte vollständig geflossen sein müssen, liegt auf der Hand. Man muss aber nicht genau dasselbe annehmen, wenn ein explizit anders gewählter Wortlaut im Gesetz vorliegt. Die zentrale These des Bundesgerichtshofs, Teilzahlungen seien von § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB „ersichtlich nicht gemeint“, stellt keine Begründung dar, sondern bedürfte einer solchen.

Prüfen wir auch hier, was die Folgen sind, wenn man bei § 543 BGB zu einem anderen Verständnis gelangt, als bei § 569 BGB. Im Zeitraum vor der rechtlichen Existenz einer Kündigung würde eine Teilzahlung die Kündigung dann ausschließen, wenn der Vermieter nach dem Eingang keinen kündigungsrelevanten Rückstand mehr geltend machen kann. Man wird schwer sagen können, dass dies ein „unerhörtes“ Ergebnis wäre, dem ein Bedarf nach wertender Korrektur auf die Stirn geschrieben steht, weil es „nicht richtig sein kann“. Wir haben dieselbe Rechtsfolge vor uns, die sich einstellt, wenn man § 130 BGB (auch) auf die Kündigung anwendet. Ohne überraschende Erwägungen ergibt sich das Ergebnis zwanglos aus den allgemeinen Vorschriften (und Prinzipien).

Überprüfen wir dies noch einmal am Beispiel der Frau **Palmström**:

Wenn sie am 10. Februar die vollständige Februarmiete zahlt, ist immer noch der mehr oder weniger kleine Fehlbetrag aus dem Januar offen. Ob es 9 Cent, oder 90 Cent oder 90,- € sind: Der gesamte kündigungsrelevante Rückstand ist definitiv nicht ausgeglichen worden. Nach dem Bundesgerichtshof ist die Kündigung auch für die Zukunft nicht nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Sie bleibt also möglich. Und das, obwohl nach dem 10. Februar noch genau zwei kleine Fehler feststellbar sind: Es gibt eine offene Restzahlung für Januar, die ganz eindeutig zu gering ist,

Kündigung ggf. mit ihrem Zugang wirksam geworden ist, was wiederum vom Bestehen eines Kündigungsgrundes abhängig ist.

¹⁴ Nach § 281 Abs. 4 BGB tritt dasselbe ein, wenn statt der Leistung Schadensersatz verlangt wurde.

¹⁵ So BGH vom 27.9.2017 (VIII ZR 193/16); ZMR 2018, 17 ff.

um eine Kündigung zu rechtfertigen. Außerdem ist unbestreitbar die Mietzahlung für Februar um eine Woche verspätet gezahlt worden. Keiner dieser beiden Fehler hat aber rechtlich einen Platz in den Kündigungstatbeständen von § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Naheliegend wäre es daher, dass jetzt eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist.¹⁶

Das praktische Problem wird regelmäßig nicht darin bestehen, dass die Gerichte einen derartigen Fall etwa im Ergebnis nicht befriedigend lösen könnten. Die wenigsten Gerichte würden wohl nach einer Kündigung umstandslos ein Räumungsurteil gegen Frau Palmström erlassen. Aber wer könnte sicher vorhersagen, woran genau der Vermieter wohl scheitern würde? Wer wollte sich festlegen, nach welcher Prozessdauer durch wie viele Instanzen feststünde, worauf es hier rechtlich entscheidend ankam?

Der Fall der Frau Palmström ist einfach und unspektakulär. Das Problem ist nicht der Fall. Das Problem ist die Schwierigkeit einer Vorhersage, wie genau die einfache und schnelle Antwort der Gerichte auf diesen Fall lauten muss.

¹⁶ Zwar haben wir einen altmodisch (Papierüberweisung am Bankschalter) und im zeitlichen Ablauf zugespitzten Fall vor uns; auch die rührselige Einkleidung des Problems in das Mietverhältnis einer rechtschaffenen älteren Dame könnte den Einwand „praxisfern“ heraufbeschwören. Es geht aber nicht darum, wer und "wie" die Mietpartei ist; der Kern des Beispiels ist die Feststellung, dass zwei Lappalien im Dauerschuldverhältnis zur fortbestehenden Kündbarkeit führen, obwohl beide Anlässe eine Kündigung „eigentlich“ nicht rechtfertigen können. So bildet sich in der Wohnraummiete ohne Not ein „Sonderrecht“, von dessen Folgen (sobald sie unerwünscht erscheinen) man sich mühsam im Einzelfall wieder lösen muss (vgl. AG Gießen Fn.7).

3 Verzug und Kündigung

Betrachten wir nun die rechnerisch-kalkulatorischen Aspekte, die sich beim relevanten Zahlungsrückstand auswirken. Auch hier wäre es wünschenswert, die Häufigkeit der im Ergebnis schwer vorherzusehenden Konstellationen zu reduzieren. Auch hier gibt es Naheliegendes, mit dem die Komplexität der Effekte zwischen Rechenweg und Kündigungsgrund gedämpft werden kann.

*Schwab*¹⁷ hat vorgeschlagen, zu einer konsistenten Ermittlung des maßgeblichen Rückstands (und damit zur sicheren Beurteilung der fristlosen Kündigung) zu gelangen, indem die rechtsethische Rechtfertigung von § 543 Abs. 2 BGB in dessen praktische Anwendung einfließt. Den abwägungs-festen Automatismus gebe es in § 543 Abs. 2 BGB deshalb, weil die Austauschgerechtigkeit betroffen ist (also ein Kernbereich im Mietverhältnis), und weil die Pflichtenlage für den Mieter eindeutig ist. Aus diesem Grund seien spiegelbildlich die Pflichtverletzung des Mieters offensichtlich schwerwiegend und der Vertrauensverlust des Vermieters groß.¹⁸ Diesen inneren Grund gilt es im Umgang mit dem konkreten Zahlenwerk in einem Mietverhältnis im Auge zu behalten.

3.1 ...vor der Kündigung

Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung hängen davon ab, welche Zahlungsansprüche überhaupt rechtsverbindlich entstehen.

Hier sind wir bei dem mietrechtlichen Soll. Bei § 543 Abs. 2 Satz 1 BGB stecken in Nr. 3a) und 3b) im Wort „Miete“ zwei unterschiedliche Soll-Beträge. Der eine betrifft den „wirklichen Rückstand“, der dem Mieter tatsächlich zur Last fällt; er ist häufig vom Vermieter in einem Mieterkonto für den konkreten Betrachtungszeitraum errechnet worden.

Etwas ganz anderes ist die „Kündigungsschwelle“, die darüber entscheidet, ob nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB der konkrete Rückstand schon eine Kündigung rechtfertigt oder nicht.

Die Kündigungsschwelle richtet sich nach der vollen vereinbarten Gesamtmiete.¹⁹ Sie ändert sich nicht dadurch, dass der Mieter für einzelne Monate im Verzugszeitraum womöglich eine geringere Zahlung schuldete, weil die Miete z.B. gemindert oder berechtigt zurückbehalten war.

3.1.1 Grundsatz: Bruttomieten

Der Bezugspunkt für kündigungsrelevante Zahlungsrückstände sind Bruttomieten. Dazu zählen die Grundmiete, sowie Vorauszahlungen und regelmäßig fällige Pauschalen auf Nebenkosten. Abgeleitet wird dies aus dem Gesetzeswortlaut, wonach der qualifizierte Zahlungsverzug in beiden Varianten für mehrere regelmäßig eintretende „Termine“ ermittelt wird. Diese Voraussetzung ist nur für die laufenden Zahlungen erfüllt.

Andere Zahlungen im Wohnraummietverhältnis ohne den Charakter einer laufenden Zahlung sind besonders Nachzahlungen aus Nebenkostenabrechnungen. Es ist immer noch Konsens, dass solche Beträge eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB nicht rechtfertigen. Dies erscheint allerdings weniger deutlich, seit der Bundesgerichtshof kürzlich die Frage ausführlich angesprochen und

¹⁷ *Schwab* NZM 2019, 36 ff.

¹⁸ *Schwab* NZM 2019, 37 f.

¹⁹ BGH vom 27.9.2017 (VIII ZR 193/16); ZMR 2018, 17 ff.; zur Frage, ob dies eine Präzisierung oder doch eher eine Abkehr von früheren Entscheidungen (z.B. BGH vom 24.8.2016 (VIII ZR 261/15), ZMR 2017, 30) darstellt vgl. *Beyer* jurisPR-MietR 23/2017 Anm. 3.

als „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ eingeordnet hat.²⁰ Die Entscheidung der Frage ist nur deshalb unterblieben, weil das Verfahren in der Hauptsache erledigt und nur noch eine Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO erforderlich war.

Es ist sehr zu hoffen, dass es auch künftig nicht zu einer Aufweichung der Begrifflichkeiten in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB kommt. Damit verbundene neue Abgrenzungsfragen und Differenzierungen mit zweifelhaftem Nutzen sind aktuell (noch) entbehrlich. Nachforderungen aus einer Nebenkostenabrechnung haben eine mögliche Bedeutung (nur) im Rahmen der Generalklausel in § 543 Abs. 1 BGB (dort allerdings eingebunden in eine Abwägung und ein mögliches Abmahnerfordernis), oder im Rahmen einer ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Lag allerdings bereits vor der Nebenkostenabrechnung Verzug mit den zugehörigen Vorauszahlungen vor, ändert die Abrechnung oder das Eintreten von Abrechnungsreife daran nichts. Dies hat der Bundesgerichtshof für Zinsen nach Verzug in einem Gewerbemietverhältnis entschieden.²¹ Das OLG Rostock hat dieselbe Folge auch für eine Kündigung nach Verzug im Gewerbemietrecht bestätigt.²² Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Wohnraummiete dürfte naheliegen.

3.1.2 Teilunwirksamkeit kraft Gesetzes

Unterschiedliche Ansichten gibt es zu der Frage, ob die Kündigungsschwelle beeinflusst wird, wenn die volle Vertragsmiete dauerhaft kraft Gesetzes teilunwirksam ist. Zu denken ist an §§ 134, 138 BGB, an Fälle nach dem WiStrG oder dem WoBindG.

Manche betonen, die Kündigungsschwelle knüpfe zwar an die vereinbarte Miete an, meine aber die gesetzlich gebilligte Miethöhe.²³ Es käme dann z.B. bei einer wucherischen Miete nur auf den noch zulässigen Betrag an; die Kündigungsschwelle wäre schneller erreicht, eine Kündigung also schneller möglich. Die Gegenansicht stört sich genau an diesem Effekt, durch den nämlich der gesetzwidrig handelnde Vermieter mit erleichterten Kündigungsmöglichkeiten belohnt würde.

Schwab weist darauf hin, dass ein Vermieter, der eine Kündigung auf Grundlage einer niedrigeren Kündigungsschwelle durchsetzen will, als sie sich aus der von ihm selbst verlangten Miete ergibt, sich anspruchsbegründend auf das eigene rechtswidrige Verhalten beruft, was nach § 242 BGB nicht hinnehmbar sei.²⁴ Er entwickelt daraus einen allgemeinen Gedanken von großer Reichweite. In allen Fällen, in denen verschiedene Miethöhen den konkreten Verzugszeitraum geprägt haben, entscheidet danach der höchste in dem betrachteten Zeitraum aufgetretene Betrag über die Kündigungsschwelle. Gesetzesverstöße des Vermieters werden dann nicht durch eine schneller eintretende Kündigungsmöglichkeit prämiert. Gleiches gilt in Fällen der Schlechterfüllung der Vermieterpflichten, also in Fällen von Mängeln und Minderung, und zwar auch dann, wenn es sich um einen

²⁰ BGH vom 13.8.2024 (VIII ZR 255/21); ZMR 2025, 301 f.; dazu *Theesfeld-Betten*, jurisPR-MietR 23/2024 Anm. 3.

²¹ BGH vom 26.09.2012 (XII ZR 112/10); juris.

²² OLG Rostock vom 09.02.2023 (3 U 22/21); ZMR 2024, 117 ff.

²³ Mit ausführlicher Darstellung der unterschiedlichen Ansichten *Breiholdt* (Fn. 1); a.a.O. 789.

²⁴ *Schwab* a.a.O. S. 38.

unbehebbarer Mangel handelt, wenn also die Reduzierung der Miethöhe (z.B. infolge einer wesentlichen Flächenunterschreitung) dauerhaft eintritt.²⁵

3.1.3 Sonderfall Mietpreisbremse?

Bei der Mietpreisbremse scheint dieselbe Situation vorzuliegen, wie z.B. beim Wucher. Auch § 556d BGB verhindert ohne weiteres einen Zahlungsverzug in der Höhe, in der die vereinbarte Miete gesetzswidrig überhöht ist.²⁶ Diese Folge hängt nicht etwa von der Erhebung der in § 556 g BGB geregelten Rüge ab; abhängig von ihr ist nur die Entstehung und das Maß von Rückforderungsansprüchen des Mieters.²⁷ Auch hier fordern manche Autoren, die Teilunwirksamkeit der Miete müsse auch bei der Kündigungsschwelle maßgeblich sein. Zahlt danach der Mieter, mit dem die teilunwirksame Miete vereinbart worden ist, also z.B. eine Zeit lang nichts, wäre die Kündigung auch hier früher möglich.²⁸

Allerdings besteht zu anderen Fällen einer Teilunwirksamkeit (z.B. infolge Mietwuchers) hier ein Unterschied dann, wenn der Mietvertrag vor dem 1.4.2020 geschlossen wurde. In diesem (derzeit in der Praxis häufig vorliegenden) Fall kann der Mieter eine Rückforderung nicht für die Zeit vor Zugang der Rüge beanspruchen. Die überhöhten Zahlungen des Mieters waren also zwar nicht geschuldet, wenn sie aber geflossen sind, muss der Vermieter die Überzahlungen nicht erstatten. Der endgültige Verbleib der Miete in vereinbartem Umfang (einschließlich der Überzahlungen) ist dann ein zusätzliches Argument dafür, den vollen (vereinbarten) Betrag auch bei der Kündigungsschwelle anzusetzen.

Der Gedanke von *Schwab* überzeugt: Das Verhalten des Vermieters hat dafür gesorgt, dass das Postulat der Einfachheit und Eindeutigkeit von Pflichtverletzungen beeinträchtigt wurde. Ist diese Eindeutigkeit der wichtige innere Grund für den abwägungsfesten Automatismus in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB, so dürfen die zusätzlichen Risiken für eine fristlose Kündigung nicht durch schneller erfüllte Kündigungstatbestände zum Nachteil des Mieters verschoben werden.²⁹

3.1.4 Mieterhöhung nach § 558 BGB

Ein verblüffender Effekt kann sich bei der Mieterhöhung nach § 558 BGB einstellen. Das bloße Erhöhungsverlangen des Vermieters kann hier keinen Zahlungsanspruch begründen, weil es keine unmittelbar eintretende Erhöhung der Miete zur Folge hat. Diese tritt ohne freiwillige Zustimmung des Mieters erst durch die Rechtskraft der Verurteilung zur Zustimmung ein.

Viele Vermieter stellen aber im Mieterkonto eine beanspruchte Anhebung der Miete mit dem Datum ins Soll, das auch der dann erhobenen Zustimmungsklage entspricht. Wenn die Zustimmungsklage Erfolg hat, wird der Mieter ja auch rückwirkend zur Mieterhöhung verurteilt. Dennoch gerät er allein durch das Urteil nicht in Verzug mit den während des gerichtlichen Verfahrens aufgelaufenen Mehrforderungen.³⁰ Der Vermieter kann also wegen solcher Mehrforderungen nach

²⁵ *Schwab* a.a.O. S. 38; nach Darstellung höchstrichterlicher Rspr. zu Flächenabweichungen offen gelassen von *Börstinghaus* (Fn. 1) a.a.O. S. 51.

²⁶ Vgl. nur B/S/*Siegmund* Rz. 39 zu § 556d BGB.

²⁷ B/S/*Siegmund* Rz. 115 zu § 543 BGB

²⁸ So *Börstinghaus*, MK 2023, 33 ff., 37.

²⁹ *Schwab*, a.a.O. S. 40.

³⁰ BGH vom 4.5.2005 (VIII ZR 94/04); ZMR 2005, 699 ff.

Rechtskraft des Urteils nicht sofort kündigen.³¹ Da die Fälligkeit für die (rückwirkend) erhöhten Mietanteile vom Urteil abhängt, ist sie nicht nach dem Kalender bestimmt (§ 286 Abs. 2 BGB). Der Vermieter muss deshalb Verzug erst durch Mahnung der Beträge nach Rechtskraft des Zustimmungsurteils herbeiführen.³²

3.1.5 Mieterhöhungen kraft Erklärung; § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB

Ganz anders (und problematisch) ist die Lage bei einer Erhöhung der Miete nach einer Nebenkostenabrechnung oder Modernisierung, also in den Fällen von §§ 559, 560 BGB. Hier tritt die Änderung der Miete (mit geringerer zeitlicher Verzögerung) unmittelbar auf der Grundlage des Zugangs der Erhöhungserklärung ein. Diese Erklärung ist in der Regel besonders umfangreich und kompliziert, und oft ist sie nur zu einem Teil erfolgreich und zu einem anderen Teil nicht.

Unangemessene Risiken für den Mieter werden in dieser Lage - so scheint es - durch § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB aufgefangen. Da der Mieter die Berechtigung der Vermieterforderung erst durch eine rechtskräftige Verurteilung kennt, schützt ihn das Gesetz bis dahin durch eine Kündigungssperre.

Dieser Schutz ist aber nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs wenig wert. Da § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB die Kündigungssperre an eine rechtskräftige Verurteilung „zur Zahlung“ knüpft, soll der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet sein, wenn der Vermieter eine Zahlungsklage wegen der geforderten Erhöhung überhaupt nicht erhebt.³³

Dem ist zu widersprechen. Schaut man auch hier nach dem Naheliegenden, läge dies darin, die schützende Wirkung des Gesetzes a majore ad minus zu übertragen, und zwar aus zwei Gründen:

Zunächst ist alleiniger Veranlasser der möglichen Zweifel über die zutreffende Miethöhe der Vermieter; er greift die bis zu seiner Erhöhungserklärung etablierten Verhältnisse im Wohnraummietverhältnis an. Außerdem ist allein er überhaupt in der Lage, die zur unmittelbaren Anwendung von § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB führende Zahlungsklage zu erheben, um seine Forderung einer verbindlichen Überprüfung zuzuführen.³⁴ Wenn es also um nichts anderes als eine Zahlungsklage des Vermieters gehen kann, und wenn ihm ein Kündigungsrecht selbst nach Rechtskraft seines gerichtlichen Erfolges erst nach einer Sperre erwächst, erscheint dieselbe Sperre beim Fehlen jeder gerichtlichen Klärung ohne Zweifel geboten.

Nach der Lösung des Bundesgerichtshofs erfolgt die gerichtliche Klärung der Erhöhungsforderung stattdessen inzident im Räumungsverfahren. Wenn sich dort nach komplexen Erwägungen herausstellt, dass materiell eine erhebliche Mehrforderung des Vermieters (die auch der Kündigung zugrunde liegt) begründet ist, kann der Wohnungsverlust nicht mehr abgewendet werden. Jede

³¹ BGH vom 18.7.2012 (VIII ZR 1/11); ZMR 2012, 853 ff.

³² BGH vom 4.5.2005 (VIII ZR 94/04), ZMR 2005, 699 ff.; dazu auch juris; *Bieber*, jurisPR-MietR 18/2005 Anm. 2 (auch zur Geltendmachung von Verzugsschaden).

³³ BGH vom 18.7.2012 (VIII ZR 1/11); ZMR 2012, 853 ff.; konkret wirft der Senat auch hier eine selbst formulierte Frage auf (s. zu der damit verbundenen Verschiebung der Betrachtung bereits Fn. 11), nämlich ob sich aus § 569 Abs. 3 Nr. 3 eine Verpflichtung des Vermieters ergibt, den Mieter vor Ausspruch einer Kündigung zu verklagen; diese Frage wird dann verneint.

³⁴ Der Mieter (als Kläger einer denkbaren Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Erhöhung) kann die Folgen von § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB durch Einschaltung der Gerichte nicht auslösen, nachdem die Verurteilung „zur Zahlung“ sich im Feststellungsverfahren nicht einstellen kann.

gerichtliche Überprüfung einer komplizierten Betriebskostenabrechnung oder Modernisierungsumlage wird nämlich deutlich länger dauern, als der Mieter (in den ersten 2 Monaten nach Klagezustellung) für eine Schonfristzahlung zur Verfügung hätte.

Diese Schieflage wird auch in Entscheidungsbesprechungen mit spürbarem Erstaunen vermerkt. Der Mieter trage das um ein Vielfaches höhere Prozessrisiko und müsse, wenn er die Wohnung in keinem Fall verlieren will, die geforderten Erhöhungsbeträge unter Vorbehalt zahlen.³⁵

An dieser Option stören allerdings die praktischen Grenzen ihrer Umsetzbarkeit, und zwar besonders in wirtschaftlich beengten Verhältnissen.³⁶ Selbst wenn ein Mieter aber erhebliche Mehrforderungen „ungeprüft“ aufbringen könnte: Warum sollte ihm dies im Lichte von § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB abverlangt werden? Die Praxis zeigt, dass zwischen der Forderung aus einer Modernisierungserhöhung und dem Ergebnis ihrer Überprüfung gelegentlich Welten liegen. Der Mieter wird dann gleichwohl gezwungen, allein aus Vorsicht und Sorge um den Verlust der Wohnung zum Kreditgeber des Vermieters zu werden.

Im Übrigen werden zahlreiche Mietverhältnisse nicht von finanzstarken Mietern autonom finanziert. Welche Aussichten hat wohl ein Leistungsbezieher, der dem Jobcenter eine 25-seitige Modernisierungsmieterhöhung übergibt und darum bittet, die daraus ersichtlichen Mehrforderungen von mtl. 180,- € mögen doch bitte bis auf weiteres laufend bezahlt werden.³⁷ Dass in solchen Fällen die „sicherheitshalber erforderliche“ erhebliche Erhöhung der Zahlungsbeträge reibungslos gelingt, muss nachdrücklich bezweifelt werden.

3.2 ...bei der Kündigung

Bei der Kündigung gilt es zunächst die Anforderungen zu beachten, die für die Darstellung des relevanten Zahlungsrückstandes im Kündigungsschreiben erforderlich sind.

3.2.1 Grundsatz: keine hohen formellen Anforderungen

Für diese Darstellung wird seit jeher betont, es dürfe nicht um formalistische und überzogene Anforderungen gehen. Dies hat der Bundesgerichtshof von den ursprünglich gemeinten klaren und einfachen Fällen später auch auf kompliziertere Zahlenwerke übertragen.³⁸ Seither wird es verbreitet als ausreichend angesehen, in dem Kündigungsschreiben den Zahlungsverzug als Kündigungsgrund zu benennen und den Gesamtbetrag der rückständigen Miete zu beziffern.³⁹

Mehr dürfte aber zu verlangen sein, wenn der Tatbestand neben einem rückständigen Gesamtbetrag weitere gesetzlich qualifizierte Voraussetzungen hat, wie es bei § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a) BGB der Fall ist. Dort ist zum Verständnis des Kündigungsvorwurfs erforderlich, dass die Kündigungserklärung eine Festlegung enthält, auf welche beiden „aufeinanderfolgenden Termine“ nach Ansicht

³⁵ Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 18/2012, Anm. 3.

³⁶ Eine Modernisierungsumlage kann sich leicht auf vierstelligen Jahresbeträge belaufen; dasselbe hat sich in jüngster Zeit im Bereich schwankender Energiepreise gezeigt, in deren Folge die Belastung durch hohe Nachzahlungen sich durch erhöhte Vorauszahlungen verstärkt.

³⁷ Womöglich ergänzt er wahrheitsgemäß, dass der von ihm befragte Mieterverein die Forderung für weitestgehend unbegründet hält, „aber man wisse ja nie“.

³⁸ BGH vom 12.05.2010 (VIII ZR 96/09); ZMR 2010, 839 ff.

³⁹ Vgl. B/S/Siegmund; Rz. 89 f. zu § 569 BGB m.w.N.

des Vermieters abzustellen ist. Entsprechend liegt es, wenn die Kündigungserklärung einen aktuellen Gesamtrückstand oberhalb der Kündigungsschwelle anführt, der zur maßgeblichen Zeit tatsächlich aber nicht begründet war; ein im laufenden Prozess erfolgender Wechsel der Begründung auf einen früher im Mietverhältnis aufgefundenen ausreichenden Kündigungsrückstand scheitert dann daran, dass für diesen die erforderliche Begründung nach § 569 Abs. 4 BGB fehlt.⁴⁰

3.2.2 Aufschieben der Kündigungserklärung

Der bereits betrachtete Versuch, losgelöst von der Entwicklung eines Zahlungsrückstandes durch Teilzahlungen abstrakt das „einmal entstandene Kündigungsrecht“ zu schützen⁴¹, erhält zusätzliche Brisanz, sobald eine längere Zeitachse zu betrachten ist. Wie lange schwebt das Unheil einer zugunsten des Vermieters „geschützten Kündbarkeit“ über dem Mietverhältnis?

3.2.2.1 „vertagte“ Unzumutbarkeit – § 314 Abs. 3 BGB?

Die fristlose Kündigung ist gerade auch im Wohnraummietrecht eine Reaktion darauf, dass schwerwiegende Gründe zur Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Vertrages führen. Mit fortschreitender Zeit stellt sich dann die Frage, ob und wann eine stetig praktizierte Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses jede Behauptung ihrer Unzumutbarkeit selbst widerlegt. Hier geht es um eine Anwendung von § 314 Abs. 3 BGB.

Danach muss der wichtige Grund im Dauerschuldverhältnis auch schnell zu etwas führen, nämlich innerhalb angemessener Frist zu einer Entscheidung, ob nun eine Notwendigkeit für die Kündigung gesehen wird oder nicht. Dem Kündigungsrecht wohnt naturgemäß eine gewisse Dringlichkeit inne. Diese lässt sich nicht haltbar machen und für „später“ aufbewahren.

So könnte man meinen. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs wird allerdings die allgemeine Vorschrift des § 314 Abs. 3 BGB von der besonderen Regelung in § 543 BGB als Spezialgesetz verdrängt, ist dort also nicht anzuwenden.⁴²

Dies erstaunt doppelt. Zunächst enthält ja § 543 BGB zu einem zeitlichen Fenster für die Ausübung des Kündigungsrechts keine (eigene) Regelung. Allein das Schweigen würde also die im Allgemeinen Schuldrecht vorangestellte Regelung verdrängen?

Hinzu kommt ein zweiter Punkt. Es ist mit zwingender Folgerichtigkeit darauf hingewiesen worden⁴³, dass § 314 BGB erst anlässlich der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 in Kraft getreten ist, also zeitlich nach der Mietrechtsreform. Mit dieser trat bereits am 1.9.2001 die vermeintliche Spezialregelung in § 543 BGB in Kraft. Dieser zeitlich frühere Gesetzgebungsakt kann dann ein Verhältnis zu § 314 Abs. 3 BGB schon deshalb nicht beeinflusst haben, weil letztere Vorschrift noch gar nicht existierte.

Schaut man auch hier auf das Naheliegende, so entspricht die Geltung der Norm aus dem Allgemeinen Teil den Grundsätzen über die Systematik des Gesetzes. Ein Abweichen davon konnte nur dem späteren Gesetzgeber zustehen, der durch die Einführung einer allgemeinen Vorschrift eine Systematik im Gesetz überhaupt erst ausgeprägt hat. Hier (erst) hätte der Gesetzgeber entweder Anlass

⁴⁰ LG Duisburg vom 24.03.2006 (13 T 28/06), ZMR 2006, 532 f.

⁴¹ S.o. zur Fn. 11.

⁴² BGH vom 13.7.2016 (VIII ZR 296/15); ZMR 2016, 937 ff.

⁴³ Kunze/Tietzsch, WuM 2016, 619 f.

gehabt, die Wirkung von § 314 Abs. 3 BGB nicht im Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu verankern, oder er hätte Anlass gehabt, eine Ausnahme von der Anwendung dort vorzusehen, wo sie seiner (allein maßgebenden) Ansicht nach gelten sollte.

Überprüfen wir die Auswirkungen durch einen letzten Blick auf Frau **Palmström**:

Nehmen wir an, nicht nur sie, sondern auch ihr Vermieter hätte die Eisglätte auf der Straße gescheut; er hätte deshalb keine Kündigung in den Briefkasten geworfen. Wenn die Mieterin bei Tauwetter am 10. Februar zur Bank geht und korrekt die Februarmiete zahlt, gerät die ganze Episode vielleicht einfach in Vergessenheit. So wird es vielleicht Weihnachten. Im schlimmsten Fall sind jetzt fast ein Jahr lang 90,- € offen, im weniger schlimmen Fall sind es 9 Cent. An dem Bestehen eines Kündigungsrechts des Vermieters ändert dies alles nichts. Spricht der Vermieter nun pünktlich zum Fest die Kündigung aus (wohl gemerkt: Es geht immer noch um das am 4. Februar vermeintlich entstandene Kündigungsrecht), steht dem eine klare gesetzliche Regelung nicht entgegen. § 314 Abs. 3 BGB gilt ja im Wohnraummietrecht nicht.

Auch hier ist sicher zu erwarten, dass der Fall sich im Ergebnis wird lösen lassen. Aber im Ergebnis wovon? Im Ergebnis eines jahrelangen Räumungsrechtsstreits? Im Ergebnis der Beweiserhebung über alle Umstände, die beide Seiten zum Für und Wider einer Verwirkung oder zu Treu und Glauben vorgetragen haben?

In der Praxis der Tatgerichte werfen viele Fälle die Frage auf: Untersuchen wir hier noch eine fristlose Kündigung mit äußerstem Gesamtaufwand, weil die anspruchsvolle und detailreiche Angelegenheit dies zur Entscheidung über die Ultima Ratio erfordert? Oder absolvieren wir einen fast gespenstisch komplizierten Parcours in einem Fall, für den nach allgemeinen Regeln einfache und schnelle Lösungen zur Verfügung stünden?

3.2.2.2 § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB / Verdopplung des Kündigungsgrundes

In gebotener Kürze erscheinen einige Anmerkungen geboten zu dem besonders weiten Feld rechtlicher Probleme, die sich aus der Behandlung des Zahlungsverzugs im Rahmen der ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergeben.

Die Anführung eines einzigen qualifizierten Zahlungsrückstands genügt bekanntlich nach praktisch einhelliger Ansicht, um zwei grundlegend unterschiedliche Kündigungsstreitigkeiten in ein und demselben gerichtlichen Verfahren auszutragen. Dazu wird die fristlose Kündigung nach § 543 BGB mit einer hilfsweise ordentlich erklärten Kündigung nach § 573 BGB kombiniert. Der Vorwurf lautet (bei identischem Sachverhalt) im ersten Kündigungssystem auf „Zahlungsverzug“, und im zweiten auf „schuldhafte nicht unerhebliche Verletzung vertraglicher Pflichten“.

Was zunächst nicht unähnlich klingt, soll doch grundverschieden und ein gesetzlich zwingend vorgegebener Anlass sein, das einheitliche historische Geschehen im Mietverhältnis in zwei eigenständigen und in wichtigen Wirkungen nicht koordinierten Systemen zu bewerten. Und zwar deshalb, weil der Zahlungsverzug in § 543 BGB kein Verschulden voraussetzt⁴⁴, die ordentliche Kündigung in § 573 BGB aber offensichtlich schon. Hier begegnen wir einer Quelle unzähliger Verwicklungen, Wertungswidersprüche und Unvorhersehbarkeiten für Voraussetzungen und Folgen

⁴⁴ Übersicht über so unterschiedliche Parameter wie „Verschulden“, „Vertretenmüssen“, „Befreiung von der Leistungspflicht“ bei B/S/Siegmund; Rz. 101 ff. zu § 543 BGB m.w.N.

einer Verzugs Kündigung. Im Rahmen dieses Beitrags beschränke ich mich auf zwei Bemerkungen, die den ganz grundlegenden Umgang mit den beiden Kündigungsvorschriften in Fällen des Zahlungsverzugs betreffen.

1. Bemerkung: Die Verantwortlichkeit des Mieters für den Zahlungsverzug soll bei § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB keiner näheren Feststellung bedürfen, denn insoweit gelte in Abkehr vom Verschuldensprinzip der Grundsatz „Geld hat man zu haben“. Ein verwandtes Prinzip war in Gestalt von § 279 BGB a.F. bis zu Schuldrechtsreform im BGB geregelt. Die Norm betraf Gattungsschulden und führte dazu, dass ein Schuldner nicht von einer Leistungspflicht frei wird, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist.⁴⁵

Das Reichsgericht⁴⁶ hat die Vorschrift in einer Entscheidung von 1911 auch für eine Geldschuld in Bezug genommen und hergeleitet, dass der Schuldner es zu vertreten habe, sich das für die Vertragsdurchführung erforderliche Geld zu beschaffen (woraus im konkreten Fall ein Rücktrittsrecht der anderen Vertragspartei resultierte).

§ 279 BGB a.F. wurde in der Schuldrechtsreform gestrichen; selbst entfernte Anklänge an den Satz „Geld hat man zu haben“ sucht man seither im Text des BGB vergebens.

Was man nicht vergebens sucht, ist allerdings die Existenz eines Beschaffungsrisikos. Ein solches bildet dort, wo es den Schuldner trifft, nach § 276 Abs. 1 BGB eine der gesetzlich anerkannten Grundlagen für Vertretenmüssen; dies wiederum begründet den Schuldnerverzug (§ 286 Abs. 4 BGB). § 276 Abs. 1 BGB spricht dabei (nach dem Verschulden) im Kontext einer Garantie und eines Beschaffungsrisikos ausdrücklich von einer strengeren oder milderer Haftung, die nach dem Gesetz vorliegen kann.

Dies führt (wo es um den Mangel an erforderlichen Geldmitteln geht) unmittelbar zu einem verfassungsrechtlichen Grundpfeiler unseres Rechts- und Wirtschaftssystems, dem Sozialstaatsprinzip. Darin garantiert der Staat nach Maßgabe klarer Vorgaben Leistungsansprüche, und zwar solche, die das genaue Gegenteil des Grundsatzes „Geld hat man zu haben“ zwingend voraussetzen. Es ist nicht nur möglich und zulässig, sondern sogar notwendig, dass der Leistungsbezieher im Sozialrecht „kein Geld hat“. Das Rechts- und Wirtschaftssystem verbietet ihm in dieser Situation weder die rechtsgeschäftliche Betätigung, noch sanktioniert es sie. Es eröffnet stattdessen Zugang zu staatlich garantierten Geldmitteln, die als Gegenstand einer gebundenen Verwaltung im Umfang eines validen Leistungsanspruchs das (notwendigerweise!) fehlende „Geld des Schuldners“ ersetzen.

Richtig ist also, dass der mittellose Schuldner sich die benötigten Geldmittel beschaffen muss. Und zwar nach den Maßstäben des dafür geschaffenen gesetzlichen Systems. Dies konkretisiert und begrenzt dann aber auch sein Beschaffungsrisiko, das er zivilrechtlich zu vertreten hat. Das im

⁴⁵ Die Frage nach dem „Freiwerden von der Leistungspflicht“ galt für die Geldschuld bereits vor der Schuldrechtsreform als kaum rechtserheblich, weil das Vertretenmüssen ggf. anstelle der „Leistungspflicht in Geld“ zur Entstehung der neuen Schuld „Schadensersatz in Geld“ führte. Das „Freiwerden von der Leistungspflicht“ hatte dann weniger Ähnlichkeit mit einer real eintretenden Rechtsänderung, als mit der bloßen Umbenennung der in der Sache fortbestehenden Geldschuld.

⁴⁶ RGZ 75, 337.

Sozialstaat existente Risiko, Geld zu beschaffen, bedeutet etwas völlig anderes, als eine angebliche Garantie dafür, Geld zu haben. Das Risiko zur Geldbeschaffung verpflichtet dazu, rechtzeitig und mit der gebotenen Sorgfalt das behördliche Verfahren für die Leistungsgewährung zu betreiben. Dies hat der Leistungsberechtigte als zivilrechtlicher Schuldner zu vertreten; nicht weniger, aber eben auch nicht mehr. In den Buchstaben des Gesetzes (§ 276 Abs. 1 BGB) stehen sich die strengere Verantwortlichkeit mit der beispielhaft angeführten Garantie und die mildere Verantwortlichkeit (!) des Schuldners mit dem angeführten Beschaffungsrisiko gegenüber. Bei dieser Verknüpfung der Prinzipien des Sozialstaats mit klaren zivilgesetzlichen Regelungen für die Entstehung von Schuldnerverzug fehlt jede Notwendigkeit, innerhalb des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ein weiteres Sonderrecht im Mietrecht anzuerkennen. Die überall geltenden Maßstäbe des Schuldnerverzugs lassen sich bruchlos durch die Kriterien aus § 276 Abs. 1 BGB in das Recht der Zahlungsverzugskündigung überführen. Wir dürfen also wegen eines vermeintlichen Grundsatzes, der nirgends im Gesetz steht, nicht die sehr genau im Gesetz stehenden allgemeinen Mechanismen zur Bestimmung einer Verantwortlichkeit des Schuldners unbeachtet lassen.

Dass für den Zahlungsverzug in § 543 BGB kein Verschulden vorliegen muss, ist also nicht ohne den Zusatz richtig, dass jeder Verzug allein nach den gesetzlichen Vorgaben in § 276 BGB (also bei „Vertretenmüssen“) eintritt. Ein Schuldner, der in unverschuldeter Geldnot ist, trägt nach dem (milderen) gesetzlichen Maßstab das Beschaffungsrisiko durch Nutzung der sozialrechtlich verankerten Verfahren. Entspricht er dieser Verantwortung nicht mit der gebotenen Sorgfalt, hat er dies zu vertreten; anderenfalls liegt kein Verzug vor (also auch keine mietrechtliche Kündigungsmöglichkeit).

Diese mildere Verantwortlichkeit betrifft alle Fälle der staatlich verantworteten Verfahren zur Realisierung begründeter Ansprüche auf Transferleistungen. Wenn wir in der Anwendung von § 543 BGB beim Verzugserfordernis das Vertretenmüssen ernst nehmen und entsprechend den gesetzlichen Regeln handhaben, ist das doppelte und unkoordinierte Sanktionsregime in einer Konkurrenz zwischen § 543 BGB und § 573 BGB entbehrlich. Diejenigen Sachverhalte, die den Tatbeständen von § 543 BGB zuzuschreiben sind, erscheinen dann als spezialgesetzlich geregelte Kündigungssachverhalte, die einen Rückgriff auf § 573 BGB verbieten (und entbehrlich machen).

Es ist also rechtlich möglich und zur Überwindung zahlreicher Querstände im Kündigungsrecht dringend wünschenswert, das bisher verfochtene doppelte Kündigungsregime für einen singulär aufgetretenen Sachverhalt ausdrücklich aufzugeben. Die Systeme sind nicht aufeinander abgestimmt; das auf „Verschulden“ beruhende System (§ 573 BGB) wird bei einer gesetzeskonformen Prüfung von „Vertretenmüssen“ gemäß § 543 BGB nicht benötigt.

2. Bemerkung: *Lehmann-Richter*⁴⁷ hat aufgezeigt, dass die Kündigungstatbestände des qualifizierten Zahlungsverzuges mit § 543 BGB in ein mieterschützendes Normennetz eingebunden sind. Dies verbietet es, bei § 573 BGB Erst-Recht-Schlüsse zu ziehen etwa dahingehend, dass die Pflichtverletzung eine fristgemäße Kündigung erst recht trägt, wenn sie sogar eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

⁴⁷ *Lehmann-Richter*, ZMR 2017, 372 ff.

§ 573 BGB eröffnet (z.B. mit dem Kündigungswiderspruch wegen einer besonderen Härte) ein vollkommen anderes System möglicher Rechtsfolgen. Nichts anderes gilt auf der Tatbestandsseite mit den komplexen Wertungen zur Erheblichkeit der Pflichtverletzung.

Der Bundesgerichtshof hat die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung bei Zahlungsverzug unterhalb der Grenzen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB mit konkretisierenden Einschränkungen versehen; eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung fehle, wenn der Rückstand nicht höher als eine Monatsmiete und die Verzugsdauer kürzer als ein Monat gewesen sei.⁴⁸ Im System von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB verbietet sich gleichwohl die Annahme, dass dadurch starre Grenzen definiert wären, die sich (unmittelbar oder in einem Umkehrschluss) beliebig übertragen ließen.⁴⁹ Eine Kündigung nach § 573 BGB kennt gerade nicht den vom Gesetz in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB eingerichteten Automatismus. Dieser hat seine Berechtigung aber eben nur innerhalb des Systems aus Strenge und Milde, wie es spezialgesetzlich für den Zahlungsverzug nach § 543 BGB gesetzlich eingerichtet ist.

⁴⁸ BGH vom 10.10.2012 (VIII ZR 107/12), ZMR 2013, 104 ff.

⁴⁹ *Lehmann-Richter* a.a.O.

4 Folgen für die gerichtliche Praxis

In der praktischen Rechtsanwendung ist die sorgfältige und schnelle Behandlung der Verfahren nach einer Kündigung von Wohnraum dringend zu fordern. Die Postulate „sorgfältig“ und „schnell“ stehen allerdings auch bei den Gerichten in einer Konkurrenz, die sich nur in Grenzen befriedigend auflösen lässt.

Die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der individuellen Verhältnisse der beteiligten Parteien ist dort, wo das Gesetz sie einfordert, zu gewährleisten. Wer alle Umstände berücksichtigen will, muss sie aber zunächst belastbar feststellen. Wenn hysterische Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt eingezogen sind, wird sich in dem alles entscheidenden Räumungsprozess kein einziger explizit thematisierter Umstand finden, der unstreitig bleibt. Wer dann alle Umstände berücksichtigen will, hätte im Kleinen und Allerkleinsten winzige Bausteine für ein Gesamtbild zusammenzusetzen (von denen die Parteien zunächst einmal begreifen müssten, dass es auf all diese Kleinigkeiten überhaupt ankommen kann und soll). Die Lektüre veröffentlichter Urteile belegt, dass dergleichen offenbar so gut wie nie tatsächlich stattfindet.

Wenn eine echte „Würdigung aller Umstände“ unterbleiben muss, weil diese nicht als rechtserheblich erkannt und/oder nicht aufgeklärt sind, besteht ein dennoch ergehendes Urteil nicht selten aus Mutmaßungen verbunden mit dem Ausweichen in eine behauptete Undeutlichkeit der Faktenlage. Die konkreten Umstände werden dann nicht selten als „nicht hinreichend substantiiert“ angesehen, oder in komplexeren Zusammenhängen zeigen sich „einander widersprechende Darstellungen“, oder es handelt sich um zwar substantiiert dargelegte Aspekte, die aber „für sich allein betrachtet ohnehin nicht geeignet sind, das Ergebnis entscheidend zu beeinflussen“. Durch solche „bedauerlichen Befunde“ ist das Gericht in die Lage versetzt, eine Verfahrensbeendigung ohne weiteren Aufwand herbeizuführen.

Je mehr wir aber (durch unnötiges Abweichen von sonst anerkannten Grundsätzen) den Bereich bedrohlicher Kündigungssachverhalte ausdehnen, umso häufiger behaupten wir vermeintlich „strenge“ (vor allem: nicht erfüllte) Anforderungen an das Parteivorbringen auch dort, wo dies nur Mittel zum Zweck ist. Ihr größter Vorzug besteht in einem konkreten Prozessverfahren darin, zahllose Beweiserhebungen nicht durchführen zu müssen, wenn doch die streitigen Behauptungen zur Historie oder zu zahllosen Nebenschauplätzen im Mietverhältnis nicht in der vermeintlich unerlässlichen Weise dargelegt sind.

Wir können gerade im Recht der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen nicht darauf verzichten, dass sorgfältig auf den Einzelfall geblickt und jeder (wirklich erforderliche) Aufwand betrieben wird, um eine gerechte und gesetzeskonforme Lösung zu finden. Wenn diese Forderung aber mit Ernst erhoben und in den schwierigen Fällen durchgehalten werden soll, dann darf sie sich nicht wie ein Nebel auch auf alle anderen Fälle ausbreiten.

Wo es (durch die schlichte Beibehaltung auch sonst angewendeter Grundsätze) möglich ist, sollten die Gerichte jeder allzu überdreht hergeleiteten Behauptung eines wichtigen Grundes für eine Kündigung Grenzen setzen. Das Schwert der Kündigung ist in dem gesetzlichen System selbst – absichtsvoll - zugleich scharf und stumpf. Und wo es stumpf ist, sollte sich das nicht erst am Ende kompliziertester Annahmen zu Rechtsmissbrauch, Treu und Glauben oder Verwirkung ausdrücken.

Das Wohnungsmietrecht kennt nicht an jeder Stelle eigene Regeln und braucht sie auch nicht. Es muss zugunsten aller Verfahrensbeteiligten um das Ziel gehen, die besonders anspruchsvollen Fälle von denjenigen Konstellationen zu unterscheiden, in denen bei Anwendung allgemeiner Prinzipien die Aussichten einer Kündigung (auch mit negativem Ausgang) leicht feststellbar sind.

5 Zusammenfassung / Thesen

1. Bei Anwendung der Verzugstatbestände muss die Kündigung im Wohnraummietrecht als Ultima Ratio angesehen werden. Der Gesetzgeber hat zwar eine strikte Kündigungsbefugnis in die Hand des Vermieters gelegt, damit aber untrennbar Möglichkeiten des Mieters verbunden, die Beendigung des Mietverhältnisses abzuwenden. Wertungen, die im Ergebnis zur Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit führen, widersprechen dem gesetzlichen System nicht, sondern sind in ihm vorgesehen.
2. Nach Zahlungsverzug des Mieters führt das Festhalten an allgemein anerkannten Grundsätzen zu einer ausgewogenen Begrenzung der Kündigungsmöglichkeit.
 - a) Einer Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a) BGB steht es entgegen, wenn in einem der beiden aufeinanderfolgenden Monate nur ein unerheblicher Rückstand feststellbar ist.
 - b) Ein Kündigungsausschluss nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB tritt entsprechend den Wirkungen von § 130 BGB auch dann ein, wenn vor der Kündigung eine Teilzahlung geleistet wird, nach deren Eingang die Kündigungsschwelle nicht mehr erreicht wird.
 - c) § 314 Abs. 3 BGB ist als allgemeine Vorschrift in Ermangelung einer abweichenden Regelung im Wohnraummietrecht anzuwenden.
 - d) § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist auch anzuwenden, solange der Vermieter darauf verzichtet, die von ihm beanspruchte Mieterhöhung gerichtlich geltend zu machen.
3. Der abwägungsfreie Automatismus für Kündigungen nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB beruht auf der Annahme, dass die Pflichtenlage während des Verzugszeitraums eindeutig war und der Verzug des Mieters deshalb schwerwiegend erscheint. Für die Kündigungsschwelle ist deshalb die volle Vertragsmiete auch dann maßgeblich, wenn sie wegen eines Gesetzesverstosses teilweise unwirksam ist. Wechselt die maßgebliche Miethöhe, so richtet sich die Kündigungsschwelle nach dem höchsten im Verzugszeitraum aufgetretenen Wert.
4. Zahlungsverzug gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB muss nicht deshalb einem eigenen Kündigungssystem neben § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zugerechnet werden, weil bei der fristlosen Kündigung vermeintlich auch unverschuldeter Rückstand ausreicht. Für den Zahlungsverzug sind stattdessen die allgemeinen Vorschriften der §§ 286 Abs. 4, 276 Abs. 1 BGB anzuwenden. Das erforderliche Vertretenmüssen darf nicht nach einem Grundsatz „Geld hat man zu haben“ wie eine Garantie behandelt werden. Die gesetzliche Verantwortlichkeit richtet sich stattdessen nach dem in § 276 BGB vorgesehenen Beschaffungsrisiko, das dem Schuldner u.a. die Beschaffung erforderlicher Geldmittel durch Inanspruchnahme leistungspflichtiger Sozialbehörden aufgibt. Zu vertreten hat der Schuldner in einem solchen Fall auf das fehlerfreie Betreiben des für die Transferleistung eingeführten gesetzlichen Verfahrens; sind diese Anforderungen erfüllt, ist der Leistungsbezieher mit einem etwa rückständigen Mietzins nicht in Verzug.