

Der relevante Zahlungsrückstand bei der Verzugskündigung

**Komplizierte Welt oder Paralleluniversum?**

*Vortrag für den 28. Deutschen Mietgerichtstag*

*gehalten in Dortmund am 13. März 2026*

	I
<i>Der relevante Zahlungsrückstand bei der Verzugskündigung</i>	
<b>1 Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2 Die Kündigungstatbestände</b>	<b>3</b>
2.1 Zahlungsrückstand und § 543 BGB	4
2.2 Verzug mit der Entrichtung der Miete	7
2.2.1 § 543 Abs. 2 Nr. 3 a) und 3 b) als gleichwertige Tatbestände	10
2.2.2 § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB	12
<b>3 Verzug und Kündigung</b>	<b>17</b>
3.1 ...vor der Kündigung	17
3.1.1 Grundsatz: Bruttomieten	18
3.1.2 Teilunwirksamkeit kraft Gesetzes	19
3.1.3 Sonderfall Mietpreisbremse?	20
3.1.4 Mieterhöhung nach § 558 BGB	21
3.1.5 Mieterhöhungen kraft Erklärung; § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB	22
3.2 ...bei der Kündigung	24
3.2.1 Grundsatz: keine hohen formellen Anforderungen	24
3.2.2 Aufschieben der Kündigungserklärung	25
3.2.2.1 „vertagte“ Unzumutbarkeit – § 314 Abs. 3 BGB?	25
3.2.2.2 § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB / Verdopplung des Kündigungsgrundes	27
<b>4 Folgen für die gerichtliche Praxis</b>	<b>32</b>
<b>5 Zusammenfassung / Thesen</b>	<b>35</b>

# 1 Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Zuhörende,

ich habe es mit einem schönen Thema und einem schwierigen Titel zu tun. „Der relevante Zahlungsrückstand bei der Verzugskündigung“, das klingt so sehr nach Exceltabelle und Taschenrechner, dass ich mir einen anschaulichen Untertitel gesucht habe: Komplizierte Welt oder Paralleluniversum.

Was eine komplizierte Welt ist, wissen wir, weil wir diese ja häufig genug selbst herstellen. Ein Paralleluniversum wäre ein zusätzlicher Kosmos neben unserer realen Welt, wo vollkommen andere Regeln herrschen, sogar für die Naturwissenschaften oder die Geschichte, und auch für die Begriffe von richtig oder falsch.

Auf diesen Untertitel komme ich, weil die Gesetze zur Zahlungsverzugskündigung<sup>1</sup> in Kürze 25 Jahre alt sind. Da lohnt ein Blick, wohin diese Gesetze sich entwickelt haben bzw. wohin sie entwickelt worden sind.

In dieser Zeit Erkenntnisse gewachsen, die wir heute oft gesetzesgleich anwenden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat besonders im Zeitraum von 2005-2020 grundlegende Aussagen etabliert, die heute das Maß der Dinge sind. An ihnen richten sich die meisten Entscheidungen über Verzugskündigungen aus.

Man kann den relevanten Zahlungsrückstand für viele typische Konstellationen in € und Cent durchrechnen und die nicht selten kuriosen Wendungen in den Ergebnissen betrachten. Das werde ich aber nur am Rande tun, weil es Andere bereits ausführlich getan haben. Nachhaltig wirkende Darstellungen, die das Zusammenspiel von

---

<sup>1</sup> Mietrechtsreformgesetz vom 19.6.2021; in Kraft getreten zum 1.9.2021; Schuldrechtsreformgesetz vom 26.11.2001; in Kraft getreten zum 1.1.2002.

geforderter, geschuldeter und gezahlter Miete mit System untersuchen liegen z.B. von Schwab<sup>2</sup>, Lehmann-Richter<sup>3</sup> und Börstinghaus<sup>4</sup> vor. Diese sind bis heute aktuell, weil sie zeitlich nach den grundlegenden Beiträgen der höchstrichterlichen Rechtsprechung liegen.

Ich werde mich stattdessen dem relevanten Zahlungsrückstand aus einer größeren Entfernung nähern. Nämlich von grundlegenden Strukturen und Annahmen ausgehend hin zu konkreten Auswirkungen in der gerichtlichen Praxis, in der ich selbst arbeite. Die Kürze der Vortragszeit hat dabei eine entschlossene Beschränkung der Themen notwendig gemacht. Meine zentralen Fragen sind also:

Wo führen anerkannte Grundsätze, die den reinen Gesetzestext ergänzen, in einer unvermeidlich komplizierten Welt zu überzeugenden Lösungen? Wo kann die Gefahr bestehen, dass sich ein Paralleluniversum auftut? Wo fallen Gerichtsentscheidungen rätselhafter und unverständlicher aus, als es nötig wäre.

---

<sup>2</sup> Schwab, NZM 2019, 36 ff.

<sup>3</sup> Lehmann-Richter, ZMR 372 ff.

<sup>4</sup> Börstinghaus, MK 2023, 33 ff.; juris.

## 2 Die Kündigungstatbestände

Die zu betrachtenden Kündigungstatbestände sind § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB<sup>5</sup>, zu dem ich später komme, und vorrangig § 543 BGB. Dieser ist in der Mietrechtsreform als ganz neue Norm geschaffen worden. Fristlose Kündigungen waren vorher zwar richterrechtlich anerkannt, es gab dazu aber keinen einen klaren Wortlaut und keine verlässliche Ordnung.

Der Gesetzgeber hat sich für eine Generalklausel als Kündigungstatbestand in § 543 Abs. 1 entschieden: Einen wichtigen Grund, der bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls jede weitere Vertragsfortsetzung unzumutbar macht. Verschulden ist keine Kündigungsvoraussetzung, sondern nur einer von vielen Aspekten in der Abwägung. Damit kann also nicht nur fristlos, sondern unter Umständen „schuldlos gekündigt“ werden. Die fristlose Kündigung 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 gemäß § 543 Abs. 2 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 dem Zahlungsverzug und der Kündigung liegen keine Hindernisse: Die Abmahnung, an der der Gesetzgeber „in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung“<sup>6</sup> grundsätzlich festhält, ist für den qualifiziert säumigen Mieter ausdrücklich abgeschafft (§ 543 Abs. 3 Nr. 3).

Wir sehen also nochmals Verschärfungen des ohnehin schon scharfen Schwertes einer fristlosen Kündigung. Auf den ersten Blick kann nach

---

<sup>5</sup> Die ordentliche Kündigung war schon vor der Reform vergleichbar geregelt in § 564b BGB a.F.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Ds. 14/4553; S. 44

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 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 gegenüber, dass nicht ein Rückstand, sondern nur ein Verzug genügt, dass auch dann die Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein oder nach § 569 BGB unwirksam werden kann.

Wir haben es mit einem zusammenhängenden System zu tun, mit nicht trennbaren zwei Seiten derselben Medaille. Ja, der qualifizierte Zahlungsverzug berechtigt den Vermieter zu radikalen Schritten. Er darf ohne Vorwarnung mit dem Mietverhältnis sofort Schluss machen, 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 beruht nicht auf dessen Sympathiewerten. Auch der böswillige Mieter mit einem großen Rückstand kann nach Maßgabe von § 569 BGB die Kündigung am Ende unwirksam machen.

Das ganze Bild ist also doch 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 wie eine Zwangsläufigkeit auf.

Das Wohnraummietverhältnis ist neben dem Arbeitsverhältnis sicher das heikelste Dauerschuldverhältnis, 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 erscheinen, der halt gelegentlich geklärt werden muss. Dafür stehen unterschiedlichste Primäransprüche zur Verfügung, etwa auf Auskunft, Zahlung, Duldung und auf Rücksichtnahme nach § 241 BGB. Wir haben uns aber daran gewöhnt, bei jedem Streit über Zahlungspflichten im Mietvertrag das Unerhörte auch dort zu sehen, wo es sich mit Augenmaß kaum finden lässt.

Ja, es gilt: 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 eintretende 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, Besichtigungstermin vor einer Neuvermietung. Und wer weiß, ob der nächste Mieter wirklich besser ist.

Auch der Mieter kann ein aufgetretenes Problem leicht lösen, indem er nämlich 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 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 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 naheliegenderweise ein wichtiges 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 hinauszögern. Dazu braucht es zunächst nur substantiierte Behauptungen, z.B. zu allen Parametern des relevanten Zahlungsverzuges. Die Aufklärung aller Umstände des Einzelfalls kann dann lange dauern, wenn sie 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 aber 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 Nr. 3a) 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<sup>7</sup>. 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 Grundsätze zu allzu krausen Einzelergebnissen führen, helfen immer noch Treu und Glauben.

Ich möchte zeigen, dass die Kündigung im Wohnraummietverhältnis viel von dem ihr angemessenen Charakter der Ultima Ratio zurückgewinnen könnte, wenn wir häufiger auf das Naheliegende zurückgreifen. Dies gilt es jetzt näher zu betrachten.

## 2.2 Verzug mit der Entrichtung der Miete

Zuerst die beiden konkreten Tatbestände in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Die Kündigungsvoraussetzungen sind bekannt: Buchstabe a): eine Miete plus ein 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 nicht zu sehen.

Anders ist es aber bei Nr. 3a). Dieser gibt einen strengen Zeitrahmen für den Rückstand vor, der eben exakt aus zwei aufeinanderfolgenden Monaten stammen muss. Außerdem enthält 3a) 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

---

<sup>7</sup> Vgl. z.B zu § 554 Abs. 1 BGB a.F. OLG Düsseldorf vom 23.5.1991 (10 U 119/90); juris.

Nr. 1 aber immerhin die Grenze fest: der Gesamtrückstand muss die Miete für einen Monat übersteigen.

Weniger deutlich ist aber, ob sonst noch etwas für die Erfüllung des Tatbestandes erforderlich ist. Der Bundesgerichtshof ist unmissverständlich der Ansicht, dass es keine weiteren Voraussetzungen gibt. Der erforderliche nicht unerhebliche Teilbetrag sei zweifelsfrei und abschließend in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB definiert; insbesondere müssten nicht beide Rückstände in dem jeweiligen Monat einen nicht unerheblichen Teil der Monatsmiete ausmachen. Für solche weiteren Anforderungen fehle jede gesetzliche Grundlage<sup>8</sup>.

Diese Behauptung lohnt einen genaueren Blick. Was § 569 BGB für den Tatbestand in § 543 BGB bewirken soll, hat der Gesetzgeber einleitend klar formuliert. Die festgelegte Grenze soll „im Falle des § Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe a...“ maßgeblich sein. Das wäre nach gängigen Kriterien als Rechtsgrundverweisung zu lesen. Nur wo ein Fall des Kündigungstatbestandes aus Nr. 3a) vorliegt, gilt die Konkretisierung für Wohnraummietverhältnisse. § 569 Abs. 3 Nr. 1 bestimmt nicht nur, wie § 543 Abs. 2 Nr. 3a) (durch eine Gesamthöhe) konkretisiert wird, sondern er setzt den vollen Tatbestand, also den Inhalt 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 jedenfalls 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

---

<sup>8</sup> BGH vom 8.12.2021 (VIII ZR 32/20); JURIS

unerhebliche Rückstand fehlt. Dass es für dieses sture Vorgehen an jeglicher gesetzlichen Grundlage fehlen soll, ist schwer zu erkennen<sup>9</sup>.

Überlegen wir aber zunächst 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 monatliche 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. Bemerkten 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 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 Nr. 3a).

---

<sup>9</sup> Mit sprachlicher Spitzfindigkeit ließe sich fragen, ob dieses Vorgehen nicht im Gesetz dadurch hätte vorgegeben werden können, dass an passender Stelle ein „jeweils“ eingefügt worden wäre. Ebenso gut ließe sich aber behaupten, die vom BGH verlangte einfache Addition von beliebig hohen Einzelrückständen wäre nicht durch einen erheblichen Teilbetrag „für zwei aufeinander folgende Termine“, sondern durch einen erheblichen Teilbetrag „im Ergebnis zweier Termine“ oder einfach „nach zwei Terminen“ treffend auszudrücken gewesen. Womöglich genügt eine Meinung dazu, was sprachlich zutreffender durch welche Wortwahl des Gesetzes ausgedrückt worden wäre, nicht für eine zwingende Antwort auf die Frage.

2.2.1 § 543 Abs. 2 Nr. 3 a) und 3 b) 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 Nr. 3 zwei unterschiedliche Tatbestände ausformuliert, die nach gesetzlicher Bewertung vergleichbar sind, und aus diesem Grund zu demselben Sanktionsregime führen.

Stellen wir uns also nun 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 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, dass Tauwetter setzt zügig ein. Frau Palmström zahlt die volle Miete am 10. Februar. Die Mieterin war schnell, aber – wie es in einem Western 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 Nr. 3 lässt gleichwohl eine Kündigung nicht zu.

Passen diese Wertungen zueinander? Oder verweist das Nebeneinander der 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 also die beiden unterschiedlichen Zahlungsrückstände so, dass deutlich wird, inwiefern in beiden Konstellationen eine gleichwertige Gefährdung der Belange des Vermieters eintritt.

Für den Tatbestand in Nr. 3a) schlage ich den Titel vor „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 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 Monatsvierten 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 der Nr. 3b) ließe sich vielleicht 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.

Ein Räumungsprozess wegen einer Kündigung aus § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB müsste 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 der Abmilderungen zu, die im System der fristlosen Kündigung verankert sind, nämlich dem Ausschluss der Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Nehmen wir an, dass zweifelsfrei ein Kündigungstatbestand verwirklicht ist, etwa indem unser Herr Korff seinem Rückstand von 900 € noch weitere 100 € hinzugefügt hat. Der Vermieter kann nun zweifellos eine fristlose Kündigung nach § 543 Nr. 3b) 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 Rechtswohltat aus § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB unserem Herrn Korff - gar nichts! Der noch bestehende Rückstand von 200 € rechtfertigt zwar zweifellos weder nach Nr. 3a) noch nach Nr. 3b) eine Kündigung nicht, 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<sup>10</sup>. Eine Befriedigung des Vermieters könne nur im Falle der vollständigen Tilgung des relevanten Rückstandes vorliegen. Der Eingang einer Teilzahlung, durch die der Rückstand nur unter die

---

<sup>10</sup> BGH vom 27.9.2017 (VIII ZR 193/16); JURIS Rz. 35

Kündigungsschwelle sinkt, sei mit dieser Vorschrift „ersichtlich nicht gemeint“.

Das Berufungsgericht 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...“.

Es ist nicht unproblematisch, vorauszusetzen, dass die Kündigung gerechtfertigt ist, wenn man gerade prüft, ob sie 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 Konsequenzen aus dem Zahlungsrückstand wie eine Störung, wie ein abzuwehrender Trick des Mieters erscheinen<sup>11</sup>.

Diese Beschränkung des Kündigungsausschlusses ist unter zwei konkreten Aspekten der gesetzlichen Regelung zu bezweifeln:

Die Kündigung ist 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

---

<sup>11</sup> Bei genauer Betrachtung beantwortet der BGH die selbst formulierte Frage, ob ein Kündigungsrecht untergegangen ist oder fortbesteht. Das „Kündigungsrecht“ erfährt dadurch einen eigenen Schutz, als handele es sich um einen Vermögenswert oder eine Anwartschaft. Die rechtserhebliche Frage lautet stattdessen stets, ob eine Kündigung mit ihrem Zugang wirksam geworden ist, was vom Bestehen eines Kündigungsgrundes abhängt.

eintreten soll. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist z.B. der „Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen“ soweit er unmöglich ist<sup>12</sup>.

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“, sondern diese soll unter den veränderten Umständen nicht mehr erfolgen.

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

Dass hier - bei der nachträglichen Schonfristzahlung - nach dem Willen des Gesetzes alle Nutzungsentgelte vollständig geflossen sein müssen, liegt auf der Hand. Man muss aber doch 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 wohl weniger eine Begründung dar, als dass sie einer solcher bedürfte.

Prüfen wir auch hier, was die Folgen sind, wenn man bei § 543 BGB zu einer anderen Lösung gelangt, als bei § 569 BGB. Vor der rechtlichen Existenz einer Kündigung würde eine Teilzahlung die Kündigung ausschließen, sobald der Vermieter danach keinen kündigungsrelevanten Rückstand mehr geltend machen kann. Man wird schwer sagen können, dass dies ein „unerhörtes“ Ergebnis darstellt, dem ein Bedarf nach wertender Korrektur auf die Stirn geschrieben steht, weil

---

<sup>12</sup> Nach § 281 Abs. 4 BGB tritt dasselbe ein, wenn statt der Leistung Schadensersatz verlangt wurde.

es etwa „nicht richtig sein kann“. Das Ergebnis wäre kein anderes, als würde man die allgemeinen Vorschriften für die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung anwenden. Ohne überraschende Erwägungen ergibt sich dann das Ergebnis einfach aus § 130 BGB.

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 ausgeschlossen.

Sie bleibt weiter 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, 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. Naheliegender wäre es daher, dass jetzt eine Kündigung nach dieser Vorschrift ausgeschlossen ist.

Ich räume ausdrücklich ein, dass der Fall altmodisch und zugespitzt konstruiert ist. Ich habe ihn rührselig in das Mietverhältnis einer rechtschaffenen älteren Dame verpackt. Das dient allerdings allein der Unterhaltsamkeit längerer mündlicher Ausführungen. Es geht aber nicht darum, wer und wie die Mietpartei ist; es geht auch nicht darum, dass die Gerichte diesen aufregenden Fall etwa nicht lösen könnten. Die wenigsten Gerichte würden wohl nach einer Kündigung umstandslos ein Räumungsurteil gegen Frau Palmström erlassen.

Aber wer von uns könnte sicher vorhersagen, woran genau der Vermieter wohl scheitern würde? Und nach welcher Prozessdauer durch wie viele Instanzen feststünde, worauf es 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.

### 3 Verzug und Kündigung

Kommen wir nun konkreter zu den kalkulatorischen Faktoren, die sich beim relevanten Zahlungsrückstand auswirken.

Schwab hat 2019 den Vorschlag unterbreitet, zu einer konsistenten Behandlung dieser Faktoren und so zur sicheren Anwendung der fristlosen Kündigung zu gelangen, indem die rechtsethische Rechtfertigung von § 543 Abs. 2 BGB in dessen praktische Anwendung einfließt. In dieser Norm gebe es den abwägungsfesten Automatismus deshalb, weil die Austauschgerechtigkeit betroffen ist (also ein Kern des Mietvertrages), 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<sup>13</sup>. 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 stecken bei Nr. 3a) und 3b) in dem Wort „Miete“ zwei unterschiedliche Soll-Beträge. Der eine ist der Rückstand, der dem Mieter tatsächlich zur Last fällt, und der zum Beispiel in einem Mieterkonto für den konkreten Betrachtungszeitraum nachvollziehbar errechnet worden ist.

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

---

<sup>13</sup> Schwab a.a.O.

Die Kündigungsschwelle richtet sich nach der vollen vereinbarten Gesamtmiete<sup>14</sup>. Sie ändert sich nicht dadurch, dass der Mieter für einzelne Monate im Verzugszeitraum womöglich eine konkret geringere Zahlung schuldet, 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 Nr. 3 nicht tragen können. Ob es dabei bleibt, erscheint weniger deutlich, seit der Bundesgerichtshof 2024 die Frage ausführlich angesprochen und als „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ eingeordnet hat<sup>15</sup>. Die abschließende Beurteilung 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 zu hoffen, dass es auch künftig nicht zu einer Aufweichung der Begrifflichkeiten in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB kommt.

So haben Nachforderungen aus einer Abrechnung eine mögliche Bedeutung nur im Rahmen der Generalklausel in § 543 Abs. 1 BGB (dort

---

<sup>14</sup> BGH vom 27.9.2017 (VIII ZR 193/16); JURIS (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) darstellt vgl. Beyer jurisPR-MietR 23/2017 Anm. 3).

<sup>15</sup> BGH vom 13.8.2024 (VIII ZR 255/21); JURIS ; dazu Theesfeld-Betten, jurisPR-MietR 23/2024 Anm. 3.

allerdings mit Abwägung und womöglich Abmahnung), oder im Rahmen einer ordentlichen Kündigung. Liegt aber bereits vor der Abrechnung Verzug mit Vorauszahlungen vor, ändert die Abrechnung oder die Abrechnungsreife daran nichts. Dies hat der für Gewerbemiete zuständige XII. Senat des Bundesgerichtshofs für Verzugszinsen entschieden<sup>16</sup>. Ebenfalls in einem Gewerbemietfall hat das OLG Rostock 2023 explizit für die Folge einer Verzugs Kündigung so entschieden<sup>17</sup>. 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. Es käme dann z.B. bei einer wucherischen Miete nur auf den noch zulässigen Betrag an<sup>18</sup>. Die Kündigungsschwelle wäre schneller erreicht, eine Kündigung also schneller möglich. Die Gegenansicht stört sich genau daran, dass dadurch nämlich der gesetzwidrig handelnde Vermieter mit erleichterten Kündigungsmöglichkeiten belohnt würde.

Schwab weist darauf hin, dass sich ein Vermieter, der eine Kündigung auf Grundlage einer geringeren Miethöhe durchsetzen will, als er selbst sie verlangt hat, sich anspruchsbegründend mittelbar auf das eigene rechtswidrige Verhalten beruft, was nach § 242 BGB nicht hinnehmbar sei<sup>19</sup>. Er entwickelt dazu einen Gedanken mit allgemeiner Reichweite. In allen Fällen, in denen verschiedene Miethöhen innerhalb des konkret betrachteten Verzugszeitraum in Ansatz gebracht

---

<sup>16</sup> BGH vom 26. September 2012 – XII ZR 112/10 –, juris.

<sup>17</sup> OLG Rostock vom 9. Februar 2023 – 3 U 22/21 –, juris

<sup>18</sup> Breiholdt, ZMR 2017, 788.

<sup>19</sup> Schwab a.a.O. S. 38.

werden könnten, entscheidet danach der höchste aufgetretene Betrag über die Kündigungsschwelle. Gesetzesverstöße des Vermieters werden dann nicht durch eine schneller eintretende Kündigungsmöglichkeit prämiert. Gleiches gilt bei einer Schlechterfüllung der Vermieterpflichten, also in Fällen von Mangel und Minderung, und zwar auch dann, wenn es sich um einen unbehebaren Mangel handelt, wenn also die Reduzierung der Miethöhe (z.B. infolge einer wesentlichen Flächenunterschreitung) dauerhaft eintritt<sup>20</sup>.

### 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 gesetzwidrig überhöht ist<sup>21</sup>. 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<sup>22</sup>. Auch hier meinen zur Kündigungsschwelle 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<sup>23</sup>.

Allerdings besteht zur Teilunwirksamkeit in Fällen z.B. des Mietwuchers ein deutlicher Unterschied z.B. dann, wenn der Mietvertrag vor dem 1.4.2020 geschlossen wurde. Hier 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 diese Überzahlungen nicht zurückzahlen. Dieser endgültige Verbleib der Miete in ihrem

---

<sup>20</sup> Schwab a.a.O. S. 38.

<sup>21</sup> Vgl. nur Siegmund Rz, 39 zu § 556d BGB.

<sup>22</sup> Siegmund Rz, 115 zu § 543 BGB

<sup>23</sup> So Börstinghaus MK 2023, 33 (37); juris.

vereinbarten Umfang (einschließlich der Überzahlungen) beim Vermieter ist dann ein zusätzliches Argument dafür, den vollen Betrag auf bei der Kündigungsschwelle anzusetzen.

Auch hier überzeugt der Gedanke von Schwab: 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 Nr. 3, so dürfen die zusätzlichen Risiken für eine fristlose Kündigung durch schneller erfüllte Kündigungstatbestände nicht zum Nachteil des Mieters verschoben werden<sup>24</sup>.

#### 3.1.4 Mieterhöhung nach § 558 BGB

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

Viele Vermieter stellen aber im Mieterkonto eine beanspruchte Anhebung der Miete mit dem Datum ins Soll, das auch der 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<sup>25</sup>. Der Vermieter kann also wegen solcher Mehrforderungen nach Rechtskraft des Urteils nicht sofort kündigen<sup>26</sup>. Da die Fälligkeit für die (rückwirkend) erhöhte Mietanteile vom Urteil abhängt, ist sie nicht nach dem Kalender bestimmt (§ 286 Abs. 2 BGB). Der Vermieter

---

<sup>24</sup> Dazu Schwab, NZM 2019, 36 (40).

<sup>25</sup> BGH vom 4.5. 2005 (VIII ZR 94/04); juris

<sup>26</sup> BGH vom 18.7. 2012 (VIII ZR 1/11); JURIS (dort Rz. 19 a.E.)

muss deshalb Verzug erst durch Mahnung der Beträge nach Rechtskraft des Zustimmungsurteils herbeiführen<sup>27</sup>.

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

Anders und noch problematischer ist die Lage bei einer Erhöhung der Miete nach Nebenkostenabrechnung oder Modernisierung, also in den Fällen von § 559 und 560 BGB. Hier tritt die Änderung des Mietzinses 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 scheinbar 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 die Kündigungssperre an eine rechtskräftige Verurteilung knüpft, soll der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet sein, wenn der Vermieter eine Zahlungsklage wegen der geforderten Erhöhung überhaupt nicht erhebt<sup>28</sup>. Konkret wirft die Entscheidung die Frage auf, 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<sup>29</sup>.

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

---

<sup>27</sup> BGH vom 4.5. 2005 (VIII ZR 94/04); juris; Bieber, jurisPR-MietR 18/2005 Anm. 2 (auch zur Geltendmachung von Verzugsschaden)

<sup>28</sup> BGH VOM 18.7. 2012 (VIII ZR 1/11); JURIS

<sup>29</sup> BGH a.a.O. JURIS Rz. 9.

zu seiner Erhöhungserklärung etablierten Verhältnisse im Wohnraummietverhältnis angreift. Außerdem kann auch er allein die Zahlungsklage zur Klärung seiner Forderung überhaupt erheben. Würde der Mieter umgekehrt mit einer Feststellungsklage die Unwirksamkeit der Erhöhungsforderung verfolgen, könnte dies unter keinen Umständen die Folgen von § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB auslösen, nachdem die Vorschrift von einer Verurteilung zur Zahlung spricht. 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 begründet ist, kann der Wohnungsverlust nicht mehr abgewendet werden. Insbesondere wird jede Überprüfung einer komplizierten Betriebskostenabrechnung oder Modernisierungsumlage deutlich länger dauern, als der Mieter 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<sup>30</sup>.

An dieser Option kann aber doch stören, dass eine Modernisierungsumlage sich leicht auf vierstellige Jahresbeträge belaufen kann. Selbst

---

<sup>30</sup> Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 18/2012, Anm. 3.

wenn ein konkreter Mieter dies problemlos aufbringen könnte: Warum sollte ihm das im Lichte von § 569 Abs. 3 Nr. 3 abverlangt werden? Die Praxis zeigt, dass zwischen der Forderung aus einer Modernisierungserhöhung und dem Ergebnis ihrer Überprüfung gelegentlich Welten liegen. Der Mieter wird so 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 monatlich 180 € mögen doch bitte bis auf weiteres laufend bezahlt werden. Womöglich ergänzt er wahrheitsgemäß, dass der von ihm befragte Mieterverein die Forderung für weitestgehend unbegründet hält, „aber man wisse ja nie“.

Wird das klappen? Starke Zweifel sind wohl angezeigt.

### 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 die Darstellung des relevanten Zahlungsrückstandes wird seit jeher betont wird, es dürfe nicht um formalistische und überzogene Anforderungen gehen. Dies hat der Bundesgerichtshof inzwischen von den ursprünglich gemeinten klaren und einfachen Fällen auch auf kompliziertere Zahlenwerke übertragen<sup>31</sup>. Mehr dürfte aber zu fordern sein, wenn der Tatbestand neben einem Rückstand weitere gesetzlich qualifizierte Voraussetzungen hat, wie es bei § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a) BGB der Fall ist. Dort ist jedenfalls zu fordern, dass die

---

<sup>31</sup> BGH vom 12. Mai 2010 – VIII ZR 96/09 –, juris Rz. 37

Kündigung eine Festlegung enthält, für welche beiden „aufeinanderfolgenden Termine“ nach Ansicht des Vermieters abzustellen ist.

### 3.2.2 Aufschieben der Kündigungserklärung

Wir hatten schon die Unterschreitung der Kündigungsschwelle durch Teilzahlungen vor einer Kündigung betrachtet. In dem betrachteten Beispiel war der Vermieter mit seiner Kündigung um drei Tage schneller, als Frau Palmström mit ihrer Zahlung. Der losgelöst von der Entwicklung befürwortete Schutz des einmal entstandenen Kündigungsrechts erhält weitere Brisanz, wenn es um eine längere Zeitachse geht. Wie lange schwebt das Unheil der „geschützten Kündigung“ über dem Mietverhältnis?

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

Wie lange kann man die schwerwiegende Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Vertrages geltend machen, während das Mietverhältnis fortgesetzt wird? 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 als Spezialgesetz verdrängt, ist dort also nicht anzuwenden<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> BGH vom 13.7.2016 (VIII ZR 296/15); JURIS

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

Hinzu kommt ein zweiter Punkt. Es ist mit größter Folgerichtigkeit darauf hingewiesen worden<sup>33</sup>, 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. Die Geltung der Norm aus dem Allgemeinen Teil entspricht den Grundsätzen der Gesetzssystematik. Eine Abweichung davon konnte doch wohl nur dem späteren Gesetzgeber zustehen. Dieser hätte entweder Anlass gehabt, die Wirkung von § 314 Abs. 3 nicht im Allgemeinen Teil zu verankern, oder aber Anlass, eine Ausnahme von dessen Anwendung dort vorzusehen, wo sie seiner (allein maßgebenden) Ansicht nach gelten soll.

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 und 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 4. Februar vermeintlich

---

<sup>33</sup> Kunze/Tietzsch, WuM 2016, 619 f.

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?

Es gibt auf der Tatsachenebene nicht selten Fälle, in denen die Frage berechtigt ist: Untersuchen wir hier noch eine fristlose Kündigung mit größtem Gesamtaufwand, weil es eine schwierige Sache ist, über die Ultima Ratio zu entscheiden? 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*

Ich komme in der gebotenen Kürze zu dem besonders weiten Feld der ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Anführung eines einzigen qualifizierten Zahlungsrückstands genügt nach praktisch einhelliger Ansicht, um zwei grundlegend unterschiedliche Kündigungsstreitigkeiten in ein und demselben gerichtlichen Verfahren zu verfolgen. Dazu wird die fristlose Kündigung nach § 543 mit einer hilfsweise ordentlich erklärten Kündigung nach § 573 verbunden. Der Vorwurf bei identischem Sachverhalt lautet im ersten Kündigungssystem auf Zahlungsverzug und im zweiten auf schuldhaft nicht unerhebliche Verletzung vertraglicher Pflichten.

Was beim ersten Hören nicht unähnlich klingt, soll doch grundverschieden sein. Und zwar deshalb, weil der Zahlungsverzug in § 543 kein Verschulden voraussetzt, die ordentliche Kündigung in § 573 aber offensichtlich schon.

Hier begegnen sich gleich mehrere abendfüllende Themenfelder, weshalb ich mich hier auf 2 Bemerkungen beschränken muss und will:

**1. Bemerkung:** Die Verantwortlichkeit des Mieters für den Zahlungsverzug soll bei § 543 Abs. 2 BGB keiner Feststellung bedürfen, denn insoweit gelte „ohne Verschulden“ 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<sup>34</sup>. Das Reichsgericht<sup>35</sup> 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. § 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 die Grundlage für Vertretenmüssen und damit die Grundlage für Verzug (§ 286 Abs. 4 BGB). § 276 Abs. 1 BGB spricht dabei zunächst von Verschulden, und dann im Kontext des Beschaffungsrisikos von einer strengeren oder milderer Haftung, die 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

---

<sup>34</sup> Die Folge eines „Freiwerdens von der Leistungspflicht“ galt für die Geldschuld bereits vor der Schuldrechtsreform als nicht rechtserheblich, weil und soweit das Vertretenmüssen ggf. anstelle der „Leistungspflicht in Geld“ zur Entstehung der „neuen“ Schuld „Schadensersatz in Geld“ führte; das „Freiwerden von der Leistungspflicht“ hatte damit weniger Ähnlichkeit mit einer real eintretenden Rechtsfolge, als mit der bloßen Umbenennung der in der Sache fortbestehenden Geldschuld.

<sup>35</sup> RGZ 75, 337; ferner 106, 181.

Vorgaben Leistungsansprüche, und zwar solche, die das genaue Gegenteil des Grundsatzes „Geld hat man zu haben“ zwingend voraussetzen. Es ist nicht nur möglich, sondern notwendig, dass der Leistungsbezieher kein Geld hat. Auch dies ist Teil des Rechts- und Wirtschaftssystems.

Richtig ist also, dass der mittellose Schuldner sich die benötigten Geldmittel beschaffen muss. Und zwar nach den Maßstäben des dafür geschaffenen gesetzlichen Systems. Diese konkretisieren und begrenzen dann aber auch sein Beschaffungsrisiko, dass er zivilrechtlich zu vertreten hat. Das im 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 in jeder Hinsicht sorgfältig das behördliche Verfahren für die Leistungsgewährung zu betreiben. Dies hat der Leistungsberechtigte als zivilrechtlicher Schuldner zu vertreten; nicht weniger, aber eben auch nicht mehr.

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 nicht Verschulden vorliegen muss, ist nur mit dem ganz wesentlichen Zusatz richtig, dass aber immer nach den gesetzlichen Kriterien in § 276 BGB Vertretenmüssen feststellbar sein muss. Anderenfalls liegt kein Verzug vor, der ab er zwingend für den Kündigungstatbestand erforderlich ist. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang damit, dass das Gesetz ausdrücklich neben dem Verschulden nicht allein strengere Haftung kennt (wie die dafür beispielhaft in § 276 Abs. 1 BGB eigens genannte Garantie), sondern auch eine mildere Verantwortlichkeit anerkennt, nämlich das in der Norm angeführte Beschaffungsrisiko. Diese mildere und weniger weitgehende Verantwortlichkeit hat ihren Platz in den stattdessen verantworteten Verfahren

zur Realisierung von begründeten Ansprüchen auf Transferleistungen.

Wenn wir in der Anwendung von § 543 BGB beim Verzugserfordernis das Vertretenmüssen ernst nehmen und entsprechend den gesetzlichen Regeln handhaben, so ist das doppelte und unkoordinierte Sanktionsregime zwischen § 543 und § 573 entbehrlich. Diejenigen Fälle, die den Tatbeständen von 543 zuzuschreiben sind, erscheinen dann als spezialgesetzlich geregelte Kündigungssachverhalte, die einen Rückgriff auf § 573 BGB verbieten (und unnötig machen).

Es ist also rechtlich möglich und im Sinne der Überwindung zahlreicher Querstände im Kündigungsrecht dringend wünschenswert, das bisher verfochtene doppelte Kündigungsregime für einen singulär aufgetretenen Sachverhalt ausdrücklich aufzugeben. Die unterschiedlichen Systeme sind nicht aufeinander abgestimmt; sie werden für ein und denselben kündigungsrelevanten Zahlungsrückstand nicht nebeneinander benötigt.

## 2. Bemerkung:

In dem eingangs erwähnten Beitrag hat auch Lehmann-Richter<sup>36</sup> aufgezeigt, dass die Kündigungstatbestände des qualifizierten Zahlungsverzuges mit § 543 in ein mieterschützendes Normennetz eingebunden sind. Dies verbiete 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.

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

---

<sup>36</sup> a.a.O. Fn. 3.

Soweit also zu § 573 BGB inzwischen Entscheidungen vorliegen, wonach auch andere als die qualifizierten Zahlungsrückstände aus § 543 BGB eine Kündigung rechtfertigen können, wenn der Rückstand eine Monatsmiete übersteigt und die Verzugsdauer jedenfalls einen Monat betragen habe, verbietet sich die Annahme, dass dadurch starre Grenzen definiert wären, die sich beliebig übertragen ließen. Eine Kündigung nach § 573 kennt gerade nicht den vom Gesetz in § 543 eingerichteten Automatismus. Dieser hat seine Berechtigung aber eben nur innerhalb des Systems aus Strenge und Milde.

Die Festlegung von Schwellen nach Betrag und Zeitraum kann den unzutreffenden Eindruck erwecken, als sei bei einer solchen Überschreitung eine ordentliche Kündigung stets ohne Prüfung anderer Umstände begründet. Dass dies nicht gemeint ist, betont die höchstrichterliche Rechtsprechung immer wieder selbst.

## 4 Folgen für die gerichtliche Praxis

In der praktischen Rechtsanwendung ist die sorgfältige und schnelle Behandlung der Verfahren bei einer Kündigung von Wohnraum dringend zu fordern. Die Postulate nach „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 einem Mietmarkt 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 das gesamte Bild aufzuklären. Die Lektüre veröffentlichter Urteile belegt, dass dies offenbar so gut wie nirgends wirklich stattfindet.

Wenn eine echte „Würdigung aller Umstände“ unterbleiben muss, weil diese nicht geklärt sind, besteht ein dennoch ergehendes Urteil nicht selten aus Mutmaßungen verbunden mit dem Ausweichen in eine behauptete Undeutlichkeit der Faktenlage. Die wirklich 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 all diese Befunde ist das Gericht in die Lage versetzt, eine Verfahrensbeendigung ohne ganz außergewöhnlichen Aufwand herbeizuführen. Wo wir durch nicht erzwungene Abweichungen von allgemein anerkannten Grundsätzen den Bereich bedrohlicher Kündigungssachverhalte weit ausdehnen, beschwören

wir solche „strengen“ Anforderungen geradezu herauf, und zwar auch dort, wo sie nur Mittel zum Zweck sind. Ihr größter Vorzug besteht in einem konkreten Prozessverfahren darin, zahllose Beweiserhebungen nicht durchführen zu müssen, wenn doch streitige Behauptungen zur Historie oder zu Nebenschauplätzen im Mietverhältnis nicht in der vermeintlich unverzichtbaren Weise dargelegt sind.

Wir können gerade im Recht der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen nicht darauf verzichten, dass sorgfältig auf den Einzelfall geblickt und jeder 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 möglich ist, sollten die Gerichte der allzu überdreht hergeleiteten Behauptung eines wichtigen Grundes auch Grenzen setzen. Das Schwert der Kündigung ist gemäß dem gesetzlichen System - also 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.

Meine Ausführungen sollten in einem ersten Schritt dazu anregen, für die zahlreichen Wertungen, die über Verlauf und das Ergebnis in einem Räumungsverfahren entscheiden, die gesamte gesetzliche Struktur der Kündigungsregelungen als Ultima Ratio im Blick zu behalten. Daran anknüpfend ging es in konkreten Beispielen der Rechtsanwendung darum, wie in der Praxis das ausbalancierte Regelungssystem, zu dem auch Abmilderungen von Kündigungsmöglichkeiten gehören, umgesetzt werden kann. Dabei muss es 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 leicht feststellbar sind.

Damit die starke Beschränkung der hier behandelten Themen nicht den Blick auf bestehende Zusammenhänge erschwert, sollen die Ergebnisse thesenhaft zusammengefasst werden:

## 5 Zusammenfassung / Thesen

1. In der konkreten Anwendung der Verzugstatbestände ist im Blick zu behalten, dass die Kündigung im Wohnraummietrecht die Ultima Ratio darstellt. 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. Auch 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 allgemeinen rechtlichen Grundsätzen zu einer ausgewogenen Begrenzung der Kündigungsmöglichkeit.

a) Einer Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz eins 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 zwei 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. Die Annahme, Zahlungsverzug müsse gemäß § 543 BGB einem anderen Kündigungssystem zugerechnet werden, als gemäß § 573 BGB, weil für die fristlose Kündigung Verschulden unerheblich sei, ist nicht überzeugend. Für den zur fristlosen Kündigung führenden Zahlungsverzug sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 286 Abs. 4, 276 Abs. 1 BGB anzuwenden. Das erforderliche vertreten müssen kann nicht an einem Grundsatz „Geld hat man zu haben“ ausgerichtet werden, sondern nur an der Frage, ob die vom Gesetz vorgegebene Verantwortlichkeit festgestellt werden kann. Das in § 276 enthaltene Beschaffungsrisiko erfasst auch die Beschaffung erforderlicher Geldmittel durch Inanspruchnahme leistungspflichtiger Sozialbehörden. Das vertreten müssen erstreckt sich in einem solchen Fall auf das unverzügliche und fehlerfreie betreiben des für die Transferleistung eingeführten gesetzlichen Verfahrens.

---