

Die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Vorsitzender Richter am Landgericht *Dr. Werner Hinz*, Itzehoe

Stand: Oktober 2016

Inhalt	Seite
I. Einleitung	4
II. Kündigung wegen Mietrückständen	5
1. Rückstand in einer zur fristlosen Kündigung berechtigenden Höhe	5
a) Rechtsprechung des BGH	5
b) Urteil des LG Berlin vom 16.6.2016	6
2. Rückstand jenseits der Schwelle zur fristlosen Kündigung	7
a) Rechtsprechung des BGH	7
b) Stellungnahme	8
3. Verschulden	9
4. Zwischenergebnis	9
III. Kündigung wegen Kautionsverzugs	9
1. Anwendbarkeit der ordentlichen Kündigung	9
2. Höhe des Kautionsrückstands	10
3. Sonderfall: Verletzung der Wiederauffüllungspflicht	11
IV. Kündigung wegen nicht gezahlter Abrechnungssalden	12
1. Grundsätzliches	12
2. Höhe des Rückstands	13
3. Verzug mit Nachforderung	14
a) Fälligkeit	14
b) Durchsetzbarkeit	15
c) Mahnung	15
4. Materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Abrechnung	15

V. Kündigung wegen Nichtbegleichung anderer Forderungen	17
1. Schadensersatzforderungen	17
2. Prozesskostenerstattung	18
VI. Auswirkung der nachträglichen Begleichung des Rückstands	19
1. Grundsätze	19
2. Geltung auch bei der Kündigung wegen Einmalzahlungen?	21
a) Kautionsverzug	21
b) Betriebskostennachforderungen	22
VII. Kündigungssperre nach Mieterhöhung	22
VIII. Ausblick	22
1. Ausweitung der mieterschützenden Vorschriften bei der fristlosen Kündigung auf die ordentliche Kündigung?	22
2. Ausweitung der Kündigungssperrfrist?	24

I. Einleitung

Die Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs ist im geltenden Wohnraummietrecht in zwei Sondertatbeständen normiert, nämlich in §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2, 569 Abs. 3 BGB für den Verzug mit laufenden Mietzahlungen und in § 569 Abs. 2a BGB für die Mietsicherheit. Beide Tatbestände erlauben dem Vermieter eine außerordentliche fristlose Beendigung der auf unbestimmte wie auf bestimmte Zeit eingegangenen vertraglichen Bindung (vgl. § 542 BGB). Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie einerseits einen qualifizierten Zahlungsverzug, also einen solchen in bestimmter Höhe, verlangen und andererseits dem Mieter ein Nachholrecht gewähren (vgl. § 569 Abs. 3 Nr. 2 ggf. iVm. Abs. 2a Satz 4 BGB).

Vielfach spricht der Vermieter aber neben der außerordentlichen fristlosen Kündigung hilfsweise eine ordentliche Kündigung aus. Diese beendet das unbefristete Mietverhältnis, falls es nicht durch einen temporären Kündigungsausschluss reglementiert ist¹, zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist (vgl. § 573c BGB). Der Vermieter von Wohnraum benötigt hierzu allerdings ein berechtigtes Interesse i. S. des § 573 Abs. 1 BGB. Ein solches ergibt sich nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft *nicht unerheblich* verletzt hat. Dabei braucht die Pflichtverletzung – wie *Sternel* es in seinem Mietrechtshandbuch aus dem Jahre 1988 sehr treffend formuliert hat² – keineswegs erheblich zu sein; sie darf nur nicht unerheblich sein, sich also nicht als Bagatelle ausnehmen. Das harmoniert durchaus mit der gesetzgeberischen Intention des mietrechtlichen Kündigungsschutzes. Dieser will nicht etwa den sozial schwachen Mieter vor der Obdachlosigkeit bewahren, sondern den rechtstreuen Mieter vor den Unzuträglichkeiten eines Wohnungswechsels infolge einer willkürlichen Kündigung schützen³. Dieser soll die finanziellen und immateriellen Unzuträglichkeiten des Wohnungswechsels, etwa die Kosten des Umzugs, die Durchführung von Schönheitsreparaturen in der alten Wohnung, die Renovierung der neuen Wohnung, den Verlust der gewohnten Umgebung, die Umschulung der Kinder sowie den u.U. längeren Weg zum Arbeitsplatz nur dann auf sich nehmen müssen, wenn der Vermieter für seinen Erlangungswunsch ein berechtigtes Interesse reklamieren kann⁴.

Und doch hat der VIII. Zivilsenat des BGH an die materielle Rechtmäßigkeit einer auf Zahlungsverzug gestützten ordentlichen Kündigung tendenziell recht hohe Anforderungen gestellt. Ein Zahlungsrückstand – so führt er in dem grundlegenden Urteil vom 25.10.2006

¹ S. dazu BGH, WuM 2013, 617, 618 mit Anm. *Wiek*; WuM 2014, 148.

² *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, IV Rn. 116.

³ BT-Drs. 7/2011, S. 7; BGH, WuM 2009, 182 184; ferner *Emmerich*, WuM 2012, 259, 267.

⁴ BT-Drs. 7/2011, S. 7; s. dazu NK-BGB/*Hinz*, 3. Aufl. 2016, § 573 Rn. 3.

(„Mietervereinsurteil“) aus – kann eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung i. S. des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellen, wenn er eine *spürbare Gefährdung* der Interessen des Vermieters begründet, weil dieser das Insolvenzrisiko des Mieters zu tragen hat⁵. Und auf die nicht beglichenen Kosten eines durch nachträgliche Zahlung gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB erledigten Räumungsrechtsstreits soll nach dem Urteil vom 14.7.2010⁶ auch eine ordentliche Kündigung – ungeachtet der Höhe des offenen Betrags – überhaupt nicht stützbar sein. Allerdings hat der BGH eine analoge Anwendung der in § 569 Abs. 3 Nr. 2 und 3 BGB statuierten Schutzvorschriften zugunsten des Mieters auf die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in ständiger Rechtsprechung abgelehnt⁷.

Im Folgenden sollen die unterschiedlichen Fallgestaltungen der ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs beleuchtet werden. Dabei wird vor allem der Frage nachzugehen sein, ob und inwieweit einzelne Rechtsgedanken der sehr detailliert geregelten außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs auf die ordentliche Kündigung übertragbar sind. Auch die in dem (bislang noch nicht offiziell ausgegebenen) Referentenentwurf eines Gesetzes zur weiteren Novellierung mietrechtlicher Vorschriften (Zweites Mietrechtsnovellierungsgesetz – 2. MietNovG) des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vom 11.4.2016 vorgeschlagenen Änderungen des Kündigungsrechts, sollen Gegenstand der Betrachtung sein. Auch wenn sie in dieser Legislaturperiode aller Voraussicht nach keine Umsetzung mehr erfahren werden⁸, sind sie von erheblichem Interesse.

II. Kündigung wegen Mietrückständen

1. Rückstand in einer zur fristlosen Kündigung berechtigenden Höhe

a) Rechtsprechung des BGH

Der VIII. Zivilsenat hat erstmals in dem erwähnten Mietervereinsurteil, aber auch in zahlreichen anderen Entscheidungen klargestellt, dass eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung i. S. des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB jedenfalls dann vorliegt, wenn der Mieter mit einem Mietbetrag, der die Bruttomiete für zwei Monate erreicht, über einen Zeitraum von mehr als zwei Zahlungsterminen in Verzug gerät⁹. Darf der Vermieter bei einem Zahlungsrückstand in dieser Größenordnung das Mietverhältnis nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. b BGB sogar außerordentlich fristlos kündigen, so spricht vieles dafür, dass er auch zur ordentlichen fristgemäßen

⁵ BGH, WuM 2007, 24, 26 f (Tz. 28).

⁶ BGH, WuM 2010, 571.

⁷ BGH, WuM 2005, 250, 251; 2007, 24, 26 f.; 2012, 682, 684; 2016, 225.

⁸ S. Föller, WuM 2016, 600 f.

⁹ BGH, WuM 2010, 495, 497 (Tz. 21); WuM 2010, 571 (Tz. 15); s. auch BGH, WuM 2007, 24 (Tz. 9); WuM 2008, 31 (Tz. 14).

Kündigung berechtigt ist¹⁰. Doch hat der Senat diesen Rechtsstandpunkt keineswegs immer konsequent durchgehalten, wie die Ausführungen unter II. 2. b) ergeben werden.

b) Urteil des LG Berlin vom 16.6.2016

Der Auffassung des BGH ist jüngst die 67. Zivilkammer (ZK 67) des LG Berlin entgegengetreten. Nach deren Urteil vom 16.6.2016¹¹ soll ein Verzug mit laufenden Mietzahlungen den Vermieter selbst dann nicht ohne Weiteres zur ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB berechtigen, wenn die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB vorliegen. Die Kammer begründet dies damit, dass der Vermieter sich mittels einer außerordentlichen fristlosen Kündigung grundsätzlich nur dann endgültig aus dem Wohnraummietverhältnis lösen könne, wenn eine Begleichung der Zahlungsrückstände innerhalb der Schonfrist nicht erfolge. Da dem Mieter im Falle einer ordentlichen Kündigung ein Nachholrecht, wie in § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB geregelt, gerade nicht zustehe, sei der Schluss, dass ein kündigungsrelevanter Rückstand nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ohne Weiteres ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses begründe, nicht gerechtfertigt. Wann ein Zahlungsverzug eine nicht unerhebliche Vertragspflichtverletzung darstelle, sei anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls zu ermitteln.

Die Auffassung der ZK 67 erweist sich – ungeachtet der Auswirkungen einer nachträglichen Zahlung auf die ordentliche Kündigung – bereits deswegen als bedenklich, weil sie die Anforderungen an das berechtigte Beendigungsinteresse des Vermieters übermäßig hoch ansetzt. Ein solches liegt bereits dann vor, wenn der auf Wunsch des Vermieters nach Beendigung des Mietverhältnisses auf vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht – mit anderen Worten: er nicht willkürlich (s. oben unter I.) oder gar rechtsmissbräuchlich¹² erscheint. Das aber ist bei einem Zahlungsverzug in der in §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB festgeschriebenen Größenordnung keineswegs der Fall. Dem Vermieter kann nicht angesonnen werden, das Vertragsverhältnis mit dem zahlungssäumigen Mieter auf unbestimmte Zeit fortzuführen – zumindest solange nicht, wie ein (u.U. auch nachträglicher) Ausgleich der Zahlungsrückstände nicht sichergestellt ist.

¹⁰ BGH, WuM 2007, 24 (Tz. 9).

¹¹ LG Berlin, 67 S 125/16, zit. nach juris.

¹² So BGH, WuM 2015, 304, 307 (Tz. 19 a.E.) bezogen auf den Kündigungsgrund des Eigenbedarfs.

2. Rückstand jenseits der Schwelle zur fristlosen Kündigung

a) Rechtsprechung des BGH

Es erscheint daher plausibel, wenn der VIII. Zivilsenat des BGH – wie mit Urteil vom 10.10.2012¹³ dekretiert – eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung auch bei einem Mietrückstand unterhalb der Schwelle der §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr.3, 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB zulässt. Nicht ganz klar erscheint indes, wo die Untergrenze für ein kündigungsrelevantes Zahlungsdefizit liegen soll. Der Senat hat in dem erwähnten Urteil die Auffassung vertreten, dass eine erhebliche Verletzung der Zahlungspflicht noch nicht vorliegt, wenn der Rückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt¹⁴. Dabei hat der Senat davon abgesehen, auf den Rechtsgedanken des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB zu rekurrieren. Diese Vorschrift bewertet einen Mietrückstand nur dann als nicht unerheblich, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt. Man könnte argumentieren, dass der Mieter, der sich mit einem „nicht unerheblichen“ Mietrückstand im Verzug befindet, dadurch auch seine Vertragspflichten nicht unerheblich verletzt. Diesen Schluss will der VIII. Senat offenbar aber nicht ziehen. Seiner Auffassung nach muss bei der Bewertung einer Pflichtverletzung als „nicht unerheblich“ neben der Höhe auch die Dauer des Zahlungsverzugs berücksichtigt werden¹⁵. Zwar erfordert ein Zahlungsrückstand von mehr als einem Monatsentgelt bei den in der Praxis üblichen Zahlungsintervallen per se eine Verzugsdauer von einem Monat. Doch dürfte dem Senat das nicht genügen, denn dann wäre der Hinweis auf die Verzugsdauer als zusätzliches Moment – betont durch das Adverb „zudem“ – gänzlich überflüssig. Es spricht somit vieles dafür, dass die Verzugsdauer ein zusätzliches Erfordernis neben der Rückstandshöhe darstellt. In diesem Sinne hat die mittlerweile ganz h.M. die BGH-Entscheidung vom 10.10.2012 auch interpretiert¹⁶.

Im Übrigen soll es sich – worauf *Milger* hinweist¹⁷ – bei dem Mietrückstand von mehr als einer Monatsmiete und der Verzugsdauer von mindestens einem Monat nach Auffassung des VIII. Zivilsenats lediglich um eine Untergrenze für den kündigungserheblichen Mietrückstand bilden. Allein aus deren Überschreiten kann noch nicht auf eine „nicht unerhebliche“ Vertragspflichtverletzung geschossen werden¹⁸.

Das bedeutet, dass jedenfalls bei einem Mietrückstand von weniger als zwei, aber mehr als einer Monats(gesamt)miete und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat die Be-

¹³ BGH, WuM 2012, 682, 683.

¹⁴ BGH, WuM 2012, 682, 683 (Tz. 20).

¹⁵ BGH, WuM 2012, 582, 683 (Tz. 20).

¹⁶ Exemplarisch LG Bonn, GE 2015, 383, 384; LG Berlin, GE 2014, 60; AG Mitte/LG Berlin, GE 2015, 386, 387; AG Lichtenberg/LG Berlin, GE 2014, 1590, 1591.

¹⁷ *Milger*, NZM 2013, 553, 555.

¹⁸ *Milger*, NZM 2013, 553, 555.

wertung der „nicht unerheblichen“ Pflichtverletzung einem tatrichterlichen Beurteilungsspielraum unterliegt. Zu berücksichtigen sind dabei sämtliche Umstände des Einzelfalls, nämlich die bisherige Dauer des Mietverhältnisses, die Häufigkeit von Zahlungspflichtverletzungen in der (jüngeren) Vergangenheit sowie das Verhalten des Mieters im Übrigen.

b) Stellungnahme

Der VIII. Senat geht bei Tz. 19 seiner Entscheidung vom 10.10.2012 zutreffend davon aus, dass eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs unterhalb der in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB festgelegten Grenze möglich sein muss. Wenn er dann aber bei Tz. 20 eine Untergrenze von mehr als einer Monatsmiete und *darüber hinaus* eine Verzugsdauer von mindestens einen Monat fordert, stellt er an die ordentliche Kündigung partiell höhere Anforderungen als an die außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a BGB. Denn diese ist – wie aus § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB folgt – bei einem aus zwei Folgemonaten resultierenden Rückstand bereits dann möglich, wenn dieser eine Monatsmiete übersteigt. Für die ordentliche Kündigung bedarf es indes – als zusätzliches Kriterium – noch einer einmonatigen Verzugszeit. Diese Sichtweise scheint mit der unter II. 1. a) zitierten Senatsjudikatur zu kollidieren, nach der ein Zahlungsrückstand gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB regelmäßig eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung i. S. des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB indizieren soll. Andererseits ist eine ordentliche Kündigung nach dieser Vorschrift ohne Weiteres zulässig, wenn ein Rückstand unterhalb von zwei Monatsmieten aus mehr als zwei Monaten resultiert; hier kommt eine außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a BGB nach der Rechtsprechung des BGH nicht in Betracht¹⁹.

Die vom VIII. Senat in dem Urteil vom 10.10.2012 postulierte Verzugsdauer von mindestens einem Monat erscheint allenfalls deswegen vertretbar, weil der Ausschlussbestand des § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB bei der ordentlichen Kündigung nicht – auch nicht analog – gilt. Der BGH hat dies in dem Urteil vom 11.1.2006 (betr. ständige unpünktliche Mietzahlung) eher beiläufig klargestellt²⁰. § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmt, dass die (fristlose) Kündigung nicht mehr in Betracht kommt, wenn der Mieter den (zunächst kündigungsrelevanten) Zahlungsrückstand vollständig beglichen hat. Findet diese Restriktion bei der ordentlichen Kündigung keine Anwendung, so bedeutet dies, dass der Vermieter sie prinzipiell auch noch aussprechen könnte, nachdem der Mieter den Rückstand komplett beglichen hat. Dieser hat seine vertraglichen Pflichten bereits durch die Zahlungsverzögerung verletzt. Dann aber ergibt eine Verzugsdauer von mindestens einen Monat als Limitierung durchaus einen Sinn; denn wenn der Mieter das Zahlungsdefizit innerhalb eines solchen Zeitraums ausgleicht,

¹⁹ BGH, NZM 2008, 770; krit. dazu *Blank*, NZM 2009, 113.

²⁰ BGH, WuM 2006, 193, 195 (Tz. 20).

dürfte seine Pflichtverletzung stets unterhalb der Erheblichkeitsschwelle liegen. Das bedeutet übrigens nicht, dass eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ohne Weiteres möglich bleibt, wenn der Mieter den aufgelaufenen Rückstand erst nach einem längeren Zeitraum als einen Monat getilgt hat. Auch hier unterliegt die Frage der Erheblichkeit (oder „Nicht-Unerheblichkeit“) der Pflichtverletzung der tatrichterlichen Beurteilung; maßgebend sind wiederum die Umstände des Einzelfalls.

3. Verschulden

Im Übrigen setzt die verhaltensbedingte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein Verschulden des Mieters voraus. Anders als bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB, bei der der Mieter sein wirtschaftliches Unvermögen nach §§ 276 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs., 286 Abs. 4 BGB immer zu vertreten hat²¹, kann er sich gegenüber der ordentlichen Kündigung auf eine unverschuldete wirtschaftliche Notlage, etwa infolge von unverhoffter Arbeitslosigkeit oder plötzlicher Erkrankung berufen²². Sind die wirtschaftlichen Engpässe allerdings vorhersehbar, so wird ihm abverlangt, in zumutbarem Umfang Vorkehrungen zu treffen, um seine Leistungsfähigkeit zu erhalten²³. So wird er während eines laufenden Rechtsstreits, insbesondere wenn dieser nur eine geringfügige Forderung betrifft, entsprechende Rücklagen zu bilden haben. Die Darlegungs- und Beweislast für schuldausschließende Umstände liegt – wie der BGH unlängst in seinem Urteil vom des BGH vom 13.4.2016 klargestellt hat²⁴ – beim Mieter.

4. Zwischenergebnis

Die Darstellung zeigt, dass die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB jedenfalls in den Fällen des Verzugs mit Mietzahlungen durchaus anderen Prinzipien gehorcht als die außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB.

III. Kündigung wegen Kautionsverzugs

1. Anwendbarkeit der ordentlichen Kündigung

Nach § 569 Abs. 2a BGB steht dem Vermieter von Wohnraum ein außerordentliches fristloses Kündigungsrecht wegen Verzugs mit einer Sicherheitsleistung nach § 551 BGB in Höhe eines Betrags von zwei Monatsmieten abzüglich Betriebskostenvorauszahlung oder -pauschale – also zwei monatlichen Grundmieten – zu. Die Vorschrift wurde durch das Miet-

²¹ Grdl. BGH, WuM 2015, 152, 154; ferner BGH, WuM 2016, 365, 367 (Tz. 17).

²² BGH, WuM 2005, 250, 251 mit Anm. *Blank*; ferner BGH, WuM 2012, 282, 283 (Tz. 24); instruktiv dazu *Börstinghaus*, WuM 2005, 446, 447.

²³ Vgl. etwa KG, DWW 2008, 379.

²⁴ BGH, WuM 2016, 365.

rechtsänderungsgesetz zum 1.5.2013 in den § 569 BGB eingefügt²⁵; nach der Intention des Gesetzgebers soll sie „nunmehr ausdrücklich und abschließend die Voraussetzungen einer Kündigung wegen Nichtzahlung der Kautions für den Bereich der Wohnraummiete“ regeln²⁶. Gleichwohl lässt § 569 Abs. 2a BGB das Recht des Vermieters zur ordentlichen Kündigung unberührt²⁷; die Vorschrift ist lediglich gegenüber § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB *lex specialis*.

2. Höhe des Kautionsrückstands

Weitgehend ungeklärt ist, in welcher Höhe der Kautionsrückstand bestehen muss, um den Vermieter zur ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berechtigen. Jedenfalls muss auch hier der Grundsatz gelten, dass ein Verzug mit zwei Kautionsraten (vgl. § 551 Abs. 2 Satz 2 und 3 i. V. mit § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB), regelmäßig eine nicht unerhebliche Vertragspflichtverletzung des Mieters i. S. des § 569 Abs. 2a BGB darstellt. Berechtigt ein solcher Verzug den Vermieter sogar zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses, so darf er dieses – falls die weiteren Voraussetzungen des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen – auch ordentlich, also zum Ablauf der Kündigungsfrist (§ 573c BGB) beenden. In Verzug gerät der Mieter bereits, wenn er die ihm in § 551 Abs. 2 Satz 1 BGB nachgelassenen Teilzahlungen nicht zu den dortigen Zahlungsterminen erbringt; aufgrund der gesetzlichen Fälligkeitsregelungen in § 551 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB ist eine vorherige Mahnung nicht erforderlich; es liegt eine kalendermäßige Leistungsbestimmung i. S. des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.

Fraglich ist somit allein, ob der Vermieter hierzu auch bei einem Kautionsrückstand unterhalb der Schwelle des § 569 Abs. 2a Satz 1 BGB berechtigt ist. Die wohl überwiegende Auffassung will sich wiederum am Rechtsgedanken des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB orientieren²⁸. Dann müsste das die Kündigung begründende Kautionsdefizit eine Monats(gesamt)miete übersteigen. Das wäre erst bei Fälligkeit der zweiten Kautionsrate (vgl. § 551 Abs. 2 Satz 3) der Fall.

Zieht man indes die Kriterien des BGH zum kündigungserheblichen Mietrückstand heran, bedarf es zusätzlich einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat. Dann aber wäre regelmäßig bereits die dritte Kautionsrate fällig (vgl. § 551 Abs. 2 Satz 3 BGB), so dass – je-

²⁵ Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG) vom 11.3.2013, BGBl. I, 434; s. dazu *Wiek*, WuM 2013, 195; *Karabulut*, WuM 2014, 186.

²⁶ BT-Drs. 17/10485, S. 25.

²⁷ Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 569 Rn. 32j; *Hannemann/Horst*, Das neue Mietrecht, 2013, § 6 Rn 10; NK-BGB/Hinz, § 573 Rn. 27; *Häublein*, PiG 97 (2014), 35, 56; *Karabulut*, WuM 2014, 186, 188; *Kinne*, GE 2014, 844, 851.

²⁸ AG Neukölln/LG Berlin, GE 2016, 330; AG Neukölln, GE 2013, 217; Schmidt-Futterer/*Blank* (Fn. 27), § 573 Rn. 29.

denfalls unter dem Strich – an die ordentliche Kündigung wegen Kautionsverzugs höhere Anforderungen gestellt würden als an die außerordentliche fristlose Kündigung. Es spricht daher einiges dafür, dass ein Kautionsrückstand in Höhe von mehr einer Monats(gesamt)-miete, das wäre die volle erste Kautionsrate und ein Teilbetrag x aus der zweiten Rate, für eine ordentliche Beendigung des Mietverhältnisses ausreicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verletzung der Kautionsabrede gleich zu Beginn des Mietverhältnisses das Vertrauen des Vermieters in die künftige Vertragstreue des Mieters schon dadurch strapaziert, dass er die geschuldeten Beträge nicht zu dem vorgesehenen Termin erhält. Allein das dürfte ein nachvollziehbares Interesse an einer fristgemäßen Beendigung des Mietverhältnisses begründen, so dass es einer weiteren Verzögerung kaum mehr bedarf.

Zumindest aber rechtfertigt die Nichtzahlung der Mietsicherheit in voller Höhe den Vermieter zur ordentlichen Kündigung²⁹. Das dürfte auch dann gelten, wenn die Parteien eine Kautionsunterhalb der Schwelle des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB vereinbart haben, was in Regionen mit einem Wohnungsüberhang keineswegs selten vorkommt. Anderenfalls würde man dem Vermieter ansinnen, an dem Mietverhältnis selbst dann festzuhalten, wenn er gegen den Mieter einen Titel über den Kautionszahlungsanspruch erwirkt hätte und die Vollstreckung daraus gescheitert wäre. Das würde dem Charakter der Mietkaution als essentielles Sicherungsmittel für den Vermieter, namentlich im Hinblick auf einen schadhaften Zustand des Mietobjekts bei Vertragsende³⁰, jedoch eklatant widersprechen.

3. Sonderfall: Verletzung der Wiederauffüllungspflicht

Im Übrigen kann eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht kommen, wenn der Mieter nach rechtmäßigem Zugriff des Vermieters auf die Kautionsguthaben während des laufenden Mietverhältnisses dessen Anspruch auf Wiederauffüllung des Guthabens nicht erfüllt. Eine auf die Generalklausel des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB gestützte außerordentliche fristlose Kündigung dürfte hier aufgrund des speziellen Kündigungstatbestands des § 569 Abs. 2a BGB ausgeschlossen sein³¹, der nach der Intention des Gesetzgebers insoweit eine abschließende Regelung beinhaltet (s. oben unter II. 1.). Ein Wiederauffüllungsanspruch besteht allerdings nur, wenn die Forderung des Vermieters, derentwegen er auf das Kautionsguthaben zugegriffen hat, rechtskräftig festgestellt, unstreitig oder zumindest unbestreitbar ist; denn wegen einer streitigen Forderung darf der Vermieter während des laufenden Vertragsverhältnisses die Kautionsguthaben nicht in Anspruch nehmen³². Im Übrigen darf die offene Forderung des Vermieters nicht auf Erstattung der Kosten eines durch Schonfristzahlung

²⁹ AG Neukölln/LG Berlin, GE 2008, 1431.

³⁰ Vgl. BGH, WuM 2003, 495, 496; NZM 2007, 400 (Tz. 18).

³¹ So explizit *Wiek*, WuM 2013, 195, 199 f.

³² BGH, WuM 2014, 418.

nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB erledigten Räumungsrechtsstreits gerichtet sein (s. dazu unter V. 2.)³³.

Zu beachten ist schließlich, dass beim Wiederauffüllungsanspruch, anders als beim originären Kautionsanspruch des Vermieters (vgl. § 551 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB), der Leistungszeitpunkt gesetzlich nicht bestimmt ist. Der Vermieter muss die Forderung somit noch fällig stellen, also der Höhe nach geltend machen; eine Rechnungslegung ist nicht erforderlich³⁴. Darüber hinaus muss er den Mieter in Verzug setzen, was regelmäßig durch Übersendung einer Mahnung geschieht (vgl. § 286 Abs. 1 BGB).

IV. Kündigung wegen nicht gezahlter Abrechnungssalden

1. Grundsätzliches

Eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt weiterhin in Betracht, wenn der Mieter eine fällige Betriebskostennachforderung nicht begleicht³⁵. Anders als beim Verzug mit Mietrückständen oder Kautionsraten gibt es hier keinen Sonder tatbestand für die außerordentliche fristlose Kündigung. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB erfasst nach ganz h.M. neben der Grundmiete auch die Betriebskostenvorauszahlungen bzw. die Pauschale, nicht jedoch den Abrechnungssaldo³⁶. Die mangelnde Begleichung dieses Betrags kann der Vermieter lediglich auf die Generalklausel des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB stützen. Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass ihm die Fortführung des Mietverhältnisses bis zum regulären Beendigungszeitpunkt nicht mehr zumutbar wäre. Das ist jedoch bei einem unbefristeten Wohnraummietverhältnis – sofern es keinem befristeten Kündigungsausschluss unterliegt – schon deswegen regelmäßig nicht der Fall, weil es im Falle einer schuldhaften Vertragspflichtverletzung des Mieters nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist beendet werden kann, die bei einem bis zu fünfjährigen Mietverhältnis lediglich drei Monate beträgt (s. § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine außerordentliche fristlose Kündigung kommt deshalb bei Wohnraum nur in krassen Fällen der Verletzung der Betriebskostenabrede in Betracht. Einen solchen hat die 63. Zivilkammer des LG Berlin bereits angenommen, wenn der Mieter mit einem Betrag, der zwei (volle) Monatsmieten deutlich übersteigt, mehr als einen Monat in Rückstand gerät³⁷. Meist wird jedoch ein Rückstand aus mehreren Abrechnungsperioden verlangt³⁸. So soll nach einem Urteil des AG München aus dem Jahre 2009 ein offener Betrag von mehr als einer Monatsmiete ausreichen, sofern dieser aus

³³ *Börstinghaus*, PiG 90 (2011), 65, 68; NK-BGB/*Hinz* (Fn. 4), § 569 Rn. 53.

³⁴ *MüKo-BGB/Krüger*, 7. Aufl. 2016, § 271 Rn. 10, 19.

³⁵ S. nur LG Kleve, WuM 1996, 37; *Schmidt-Futterer/Blank* (Fn. 27), § 573 Rn. 28.

³⁶ Grdl. OLG Koblenz, NJW 1984, 2369; ferner OLG Brandenburg, ZMR 2008, 116, 117; AG München, ZMR 2009, 696; *Hinz*, NZM 2010, 57, 58 n. w. Nachw.

³⁷ LG Berlin, GE 2015, 452.

³⁸ S. etwa *Schmidt-Futterer/Blank* (Fn. 27), § 543 Rn. 185.

zwei Abrechnungsperioden resultiert und eine der Nachforderungen bereits gerichtlich tituliert ist³⁹. Aber selbst in diesen Fallgestaltungen drängt sich die Frage auf, ob dem Mieter hier eine ordentliche Vertragsbeendigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist tatsächlich unzumutbar wäre. Von besonderem Interesse ist daher, welche Anforderungen an die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen nicht beglichener Abrechnungssalden gestellt werden.

2. Höhe des Rückstands

Auch hier stellt sich die Frage nach einer Untergrenze für die Höhe des Rückstands. Teilweise wird wiederum auf den Rechtsgedanken des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB zurückgegriffen und somit eine rückständige Nachforderung jedenfalls von mehr als einer Monatsmiete verlangt⁴⁰. Mit Blick auf die BGH-Entscheidung vom 10.10.2012 (s. oben unter II. 2. a) liegt eine mehr als einmonatige Verzugsdauer als zusätzliches Kriterium nahe⁴¹. Eine gänzlich andere Position hat indes *Michael Reinke* auf dem Hamburger Betriebskostentag 2016⁴² verfochten. Entscheidend ist seiner Auffassung nach die wirtschaftliche Bedeutung der Nachforderung für den Vermieter; diese lasse sich aber nicht durch eine relative Anknüpfung an die geschuldete Monatsmiete, sondern nur durch eine absolute Betrachtung ermitteln. Anderenfalls sei der Mieter einer preisgünstigen Wohnung gegenüber demjenigen einer teureren Wohnung bei einer Nachforderung in identischer Höhe benachteiligt. *Reinke* favorisiert einen Rekurs auf Art. 2 Abs. 1 der Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen Nr. 861/2007/EG („Small-Claims-VO“)⁴³, welche die Grenze für niedrige Geldforderungen bei 2.000,00 € ansetze.

Für diese Sichtweise lässt sich immerhin ins Feld führen, dass die Entwicklung der Betriebskostenhöhe von allgemein wirtschaftlichen Faktoren abhängt, die mit der Höhe der vereinbarten Miete in keinerlei Zusammenhang stehen. Allerdings korreliert die Höhe der Betriebskostenlast des Mieters auch mit der Größe der Wohnung, und diese bildet einen maßgeblichen Faktor für die Höhe der zu entrichtenden Miete. Im Übrigen bemisst sich die wirtschaftliche Bedeutung einer Forderung des Vermieters aus dem Mietverhältnis insbesondere auch nach der Höhe seiner Mieteinkünfte. Deshalb erscheint eine Anknüpfung an die in dem betreffenden Mietverhältnis vereinbarte Miete jedenfalls nicht fernliegend. Letztlich sprechen die besseren Argumente wohl doch dafür, bei der ordentlichen Kündigung wegen nicht begli-

³⁹ AG München, ZMR 2009, 696.

⁴⁰ So etwa *Hinz*, NZM 2010, 57, 63.

⁴¹ In diesem Sinne etwa *Schmidt-Futterer/Blank* (Fn. 27), § 573 Rn. 28; *NK-BGB/Hinz* (Fn. 4), § 573 Rn. 24.

⁴² S. das dort an die Teilnehmer ausgegebene Skript.

⁴³ ABl. L 199 v. 31.7.2007, S. 1, zit. nach juris.

chener Betriebskostennachforderungen keine wesentlich anderen Anforderungen zu stellen als bei derjenigen wegen Mietzahlungsverzugs.

3. Verzug mit Nachforderung

Auch hier muss sich der Mieter mit der Nachforderung im Verzug befinden. Diese muss also fällig und durchsetzbar sein; zudem bedarf es grundsätzlich einer Mahnung (vgl. § 286 Abs. 1 BGB).

a) Fälligkeit

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Betriebskostennachforderung grundsätzlich bereits mit Übersendung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung fällig⁴⁴. Formell ordnungsgemäß ist eine Abrechnung, wenn sie eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben i. S. des § 259 BGB enthält und damit für den verständigen, betriebswirtschaftlich aber nicht geschulten Durchschnittsmieter nachprüfbar, also gedanklich und rechnerisch nachvollziehbar ist⁴⁵. Hierzu genügen im Regelfall folgende Mindestangaben: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und erforderlichenfalls die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen⁴⁶.

Nicht ganz klar erscheint auf der Grundlage dieser Rechtsprechung, ob die Abrechnung auch inhaltlich richtig sein muss. Das würde voraussetzen, dass ihr ein materiell-rechtlicher Nachzahlungsanspruch zugrunde liegt. Jedenfalls hat der BGH mit Urteil vom 15.5.2012 unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass eine Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB nicht nur eine formell ordnungsgemäße, sondern auch eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erfordert⁴⁷. Aber unabhängig davon setzt die Fälligkeit eines Anspruchs bereits denklogisch zunächst einmal das Bestehen eines solchen voraus. Auch für den Anspruch auf Begleichung eines Abrechnungssaldos kann letztlich nichts anderes gelten⁴⁸. Davon losgelöst ist die Frage zu betrachten, wer die materielle Richtigkeit der Abrechnung darzulegen hat. Ist es nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB Sache des Mieters, innerhalb von zwölf Monaten Einwendungen gegen die ihm übermittelte formell ordnungsgemäße Abrechnung zu erheben, so spricht einiges dafür, dass diese zunächst einmal das Bestehen eines darin rechnerisch zutreffend ausgewiesenen (materiellen) Nachforderungsanspruchs indiziert.

⁴⁴ BGH, WuM 2006, 200, 202 (Tz. 20); 2008, 407 (Tz.10).

⁴⁵ S. nur BGH, WuM 2009, 42, 43; 2016, 170, 171 mit Anm. *Blank*.

⁴⁶ Grdl. BGH, NJW 1982, 573, 574; s. ferner BGH, WuM 2016, 170, 171 mit Anm. *Blank*; WuM 2010, 627, 628.

⁴⁷ BGH, WuM 2012, 321; anders noch BGH, WuM 2008, 31, 32 (Tz. 18); 2010, 490, 492.

⁴⁸ A.A. noch *Hinz*, DMT-Bilanz 2011, 758, 771.

b) Durchsetzbarkeit

Darüber hinaus muss die Nachforderung durchsetzbar sein. Daran fehlt es, wenn sie mit einer Einrede behaftet ist; in diesem Fall kann der Mieter die Leistung zumindest vorübergehend verweigern⁴⁹. So steht dem Mieter gegen die Nachforderung insbesondere die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB zu, solange der Vermieter einem Belegehensverlangen des Mieters noch nicht nachgekommen ist⁵⁰. Gleiches gilt, wenn der Mieter gegen den Vermieter wegen materieller Unrichtigkeit der Abrechnung einen Korrekturanspruch geltend macht⁵¹.

c) Mahnung

Im Übrigen bedarf es für einen Verzug mit einer Betriebskostennachforderung regelmäßig einer vorherigen Mahnung des Mieters gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine kalendermäßige Leistungsbestimmung i. S. des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt auch hier nicht in Betracht, denn es fehlt an einer gesetzlichen Regelung und eine diesbezügliche Vereinbarung ist kaum denkbar. Allerdings tritt Verzug nach Ablauf von 30 Tagen seit dem Zugang der Abrechnung ein (vgl. § 286 Abs. 3 BGB), wobei der Mieter von Wohnraum als Verbraucher (§ 13 BGB) auf diese Folge in der Abrechnung besonders hingewiesen werden muss.

4. Materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Abrechnung

Wird die Nachforderung regelmäßig bereits mit Übersendung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung an den Mieter fällig, so fragt es sich, welchen Einfluss die von ihm geltend gemachten materiell-rechtliche Einwendungen auf die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung haben. Hier ist zunächst zu differenzieren:

- Erhebt der Mieter innerhalb der zwölfmonatigen Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB begründete Einwände gegen die Abrechnung, welche die fällig gestellte Nachforderung – und sei es über den Umweg eines Korrekturanspruchs – im Ergebnis zu Fall bringen, ist die Kündigung unbegründet. Allein der Umstand, dass der Mieter den durch Übermittlung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung fällig gestellten, inhaltlich aber fehlerhaften Saldo nicht begleicht, vermag eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung i. S. des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht zu begründen.
- Anders verhält es sich, wenn der Mieter den materiell-rechtlichen Einwand erst nach Ablauf der Einwendungsfrist formuliert, und er an einem fristgerechten Vortrag auch nicht ohne sein Verschulden gehindert gewesen ist (vgl. § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB). In diesem

⁴⁹ Ausf. dazu MüKo-BGB/*Ernst* (Fn. 34), § 286 Rn. 20 ff.

⁵⁰ BGH, WuM 2006, 200, 202 (Tz. 21).

⁵¹ Dazu *Emmerich*, Vortrag Herbstveranstaltung DMT 2016, S. 4, abrufbar bei www.mietgerichtag.de; *Hinz*, ZMR 2013, 414.

Fall gilt die Abrechnung unwiderlegbar als inhaltlich richtig⁵². Der Mieter kann sich nunmehr gegen die auf den nicht beglichenen Abrechnungssaldo gestützte Kündigung nicht mehr mit dem Argument zur Wehr setzen, die zugrunde liegende Abrechnung sei inhaltlich unrichtig.

Fraglich ist, welche Auswirkungen es auf die Kündigung hat, wenn der Mieter innerhalb der ihm zustehenden Einwendungsfrist gegen die Abrechnung sachliche, d.h. objektiv nachvollziehbare Einwendungen erhebt, diese aber im Ergebnis nicht verfangen. Auch hier dürfte die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht durchgreifen, ohne dass es auf die Frage des Verschuldens bei bestehendem Rechts- oder Tatsachenirrtum ankommt⁵³. Das ergibt sich bereits daraus, dass bei der ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs, soweit die Untergrenze hinsichtlich der Rückstandshöhe und der Verzugsdauer überschritten ist, bei der Erheblichkeitsprüfung sämtliche Umstände des Einzelfalls heranzuziehen sind. Dazu gehört auch die Geltendmachung von diskutablen, wenngleich im Ergebnis nicht durchstehenden Einwendungen gegen die Forderung, deren mangelnde Begleichung den Anlass für die Kündigung darstellt. Im Übrigen dürfte auch mit Blick auf das verfassungsrechtlich geschützte Besitzrecht des Mieters (vgl. Art. 14 Abs. 1 BGB)⁵⁴, die mangelnde Begleichung einer Betriebskostennachforderung in solchen Fällen keine kündigungsrelevante Pflichtverletzung darstellen. Angesichts der außerordentlichen Komplexität des Betriebskostenrechts wäre es mit der Eigentumsgarantie kaum vereinbar, wenn ein plausibel vorgetragener Rechtsstandpunkt, der im Ergebnis nicht durchsteht, in einen Verlust der Wohnung münden würde⁵⁵. Anders verhält es sich, wenn die fehlende Relevanz des Einwands bereits in einem vorausgegangenem Rechtsstreit zwischen den Parteien durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt ist. Verweigert der Mieter dessen ungeachtet mit derselben Argumentation auch die Begleichung des aus der Folgeabrechnung resultierenden Saldos, ist die darin liegende Pflichtverletzung hinreichend schwer, um eine Beendigung des Mietverhältnisses innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfrist zu rechtfertigen.

Entsprechendes könnte gelten, wenn der Mieter Einwendungen formuliert, deren mangelnde Erheblichkeit der BGH bereits abschließend geklärt hat. Das würde freilich bedeuten, dass er zunächst anwaltlichen Rat einholen müsste, bevor er den Ausgleich des Saldos verweigert. Eine Kenntnis der umfangreichen BGH-Rechtsprechung zum Betriebskostenrecht wird bei ihm regelmäßig nicht vorhanden sein. Mit Blick auf die hohen Hürden, die der BGH an die

⁵² Dabei gibt es freilich unterschiedliche Theorien *Blank*, DWW 2009, 91, 93 ff.

⁵³ S. dazu BGH, WuM 2007, 24; 2014, 489, 494; 562, 565; für eine großzügige Handhabung des Rechtsirrtums bei Betriebskostenstreitigkeiten *Sternel*, WuM 2009, 699, 705 f.

⁵⁴ BVerfGE 89, 1 = WuM 1993, 377.

⁵⁵ Ausf. zu diesem Gesichtspunkt *Hinz*, NZM 2010, 64; ders., DMT-Bilanz 2011, 758, 762 f., 771.

Exkulpation des Rechtsirrtums stellt, wird dem Mieter die Konsultation eines Anwalts jedoch zumutbar sein⁵⁶.

Eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung liegt jedoch ohne Weiteres vor, wenn der Vermieter über die Betriebskostennachforderung bereits einen Titel erwirkt hat, der Mieter diese aber dessen ungeachtet nicht begleicht. Das gilt fraglos dann, wenn die erwähnte Untergrenze von einer Monatsmiete überschritten ist – eine mehr als einmonatige Verzugsdauer wird ohnehin gegeben sein. Aber selbst unterhalb dieses Limits dürfte in solchen Fällen ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses gegeben sein. Allenfalls bei ganz geringfügigen Abrechnungssalden wird eine Kündigung mit Blick auf das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum des Mieters an seinem Besitzrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) unverhältnismäßig erscheinen; hier wird es dem Vermieter ausnahmsweise zuzumuten sein, die Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung zu suchen.

V. Kündigung wegen Nichtbegleichung anderer Forderungen

Eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt aber auch bei einem Verzug mit anderen aus dem Mietverhältnis resultierenden Forderungen in Betracht.

1. Schadensersatzforderungen

In dem aktuellen Urteil vom 13.4.2016⁵⁷ war der VIII. Zivilsenat des BGH u.a. mit der Frage befasst, ob dem Vermieter ein ordentliches Kündigungsrecht aus § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch dann zustehen kann, wenn der Mieter eine aus der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht resultierende Schadensersatzforderung (§§ 281 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) nicht begleicht. Der Senat braucht sich dazu nicht abschließend zu verhalten; eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung hat er jedenfalls in dem beharrlichen Leugnen des Mieters und annehmbaren Fortsetzen seines Fehlverhaltens erblickt, wegen welchem dieser bereits rechtskräftig zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt worden war.

Ob indes allein der Verzug mit einer Schadensersatzforderung aus dem Mietverhältnis eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung darstellt, hängt wiederum von sämtlichen Umständen des Einzelfalls ab. Ein Kündigungsgrund dürfte regelmäßig anzunehmen sein, wenn die Forderung rechtskräftig festgestellt, unbestritten oder den Umständen nach unbestreitbar ist. Anders verhält es sich, wenn der Schadensersatzanspruch auf einem technisch komplexen

⁵⁶ S. etwa BGH, WuM 2014, 489, 494; 562, 565.

⁵⁷ BGH, WuM 2016, 365.

Geschehen basiert. Hier kann der Mieter durchaus ein berechtigtes Interesse an einer gerichtlichen Klärung haben, bevor er die vom Vermieter aufgemachte Forderung begleicht (Beispiel: In der Wohnung sind Feuchtigkeitsschäden aufgetreten, deren Ursache zwischen den Parteien streitig ist.) In solchen Fallgestaltungen spricht vieles dafür, dass der Vermieter über die besagte Forderung zunächst einen rechtskräftigen Titel erwirken muss, bevor er das Mietverhältnis wegen ihrer Nichtbegleichung kündigt.

Im Übrigen fragt es sich, ob die Schadensersatzforderung, um Kündigungsrelevanz zu erlangen, eine gewisse Höhe aufweisen muss. Dafür spricht, dass sie nur in diesem Fall eine erheblich wirtschaftliche Bedeutung für den Vermieter erlangen kann, so dass ihre mangelnde Begleichung ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses begründet. Es bietet sich somit an, auch hier auf den Rechtsgedanken des § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB zurückzugreifen. Sofern die Schadensersatzforderung nicht mehr als eine Monatsmiete beträgt, stellt deren Nichtbegleichung auch bei einem bestehenden Titel noch keine kündigungserhebliche Pflichtverletzung dar. Dem Vermieters wird zuzumuten sein, zunächst einen Vollstreckungsversuch zu unternehmen. Erst wenn dieser fehlgeschlagen ist, wird der Vermieter zur Kündigung berechtigt sein.

2. Prozesskostenerstattung

Über einen Sonderfall der Kündigung wegen Zahlungsrückständen hat der VIII. Zivilsenat des BGH mit Urteil vom 14.7.2010⁵⁸ entschieden. Danach ist dem Vermieter wegen unterbliebener Zahlung von Rechtsverfolgungs- und Zwangsvollstreckungskosten aus einem zwischenzeitlich erledigten Räumungsrechtsstreit sowohl die außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB als auch die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB versagt. Zwar hat der Senat die mangelnde Begleichung solcher Forderungen als mietvertragliche Pflichtverletzung bewertet; diese soll aber nicht erheblich sein, ohne dass es dabei auf die Höhe der Forderung ankommt. Zur Begründung bezieht er sich auf die Schonfristregelung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, deren Wertung er nunmehr bei dem Kriterium der „nicht unerheblichen“ Pflichtverletzung berücksichtigt wissen will. Mit der Schonfrist wollte der Gesetzgeber der Gefahr einer Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter begegnen⁵⁹. Dem würde es jedoch zuwider laufen, wenn dem Vermieter die Möglichkeit verbliebe, das Mietverhältnis erneut zu kündigen, nunmehr wegen Zahlungsrückständen, deren Begleichung gerade nicht Bedingung für die zuvor erfolgte Vertragsfortführung gewesen sei. Denn der Gesetzgeber habe die Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Verzugskündigung in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB allein von der Begleichung der Mietrückstände

⁵⁸ BGH, WuM 2010, 571.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 64.

und der fälligen Nutzungsentschädigung, nicht aber der aus dem Räumungsrechtsstreit resultierenden Prozesskosten abhängig gemacht. Diese Wertung muss nach Ansicht des Senats auch bei der ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gelten, da anderenfalls mit ihrer Hilfe das Nachholrecht umgangen werden könnte.

Allerdings wird der Vermieter bei Fortführung des Mietverhältnisses verlangen können, dass der Mieter auf die weiterhin offene Prozesskostenforderung entsprechend seinen finanziellen Möglichkeiten regelmäßige, wenn auch nur geringe Abträge leistet. Geht der Mieter auf ein angemessenes Ratenzahlungsangebot nicht ein oder gerät er mit entsprechenden Raten in Höhe eines Betrags von mehr als einer Monatsmiete über einen Zeitraum von mindestens einem Monat in Verzug, so lässt sich durchaus daran denken, nunmehr doch noch ein berechtigtes Kündigungsinteresse des Vermieters i. S. des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB anzunehmen⁶⁰. Mit dieser Thematik brauchte sich der BGH in dem Urteil vom 14.7.2010 nicht zu befassen.

VI. Auswirkung der nachträglichen Begleichung des Rückstands

1. Grundsätze

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH führt ein nachträglicher Ausgleich der Mietrückstände innerhalb der Schonfrist nicht ohne Weiteres zur Unwirksamkeit der (neben der außerordentlichen fristlosen Kündigung meist hilfsweise ausgesprochenen) ordentlichen Kündigung⁶¹. § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB gilt hier weder direkt noch analog. Allerdings soll – so hat der VIII. Senat in dem Urteil vom 16.2.2005 dekretiert⁶² – die nachträgliche Zahlung der Mietrückstände im Rahmen der Verschuldensabwägung berücksichtigungsfähig sein; sie lasse ein etwaiges Fehlverhalten des Mieters „in einem milderem Licht“ erscheinen. In neueren Entscheidungen greift der Senat hingegen auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs zurück⁶³. Dem Vermieter sei es aufgrund der nachträglich erfolgten Zahlung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die bereits ausgesprochene Kündigung zu berufen⁶⁴. Der Senat hatte bereits in dem Urteil vom 9.11.2005⁶⁵ entschieden, dass eine Kündigung nachträglich wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirksam werden kann, wenn der mit ihr geltend gemachte Grund entfallen ist und der Vermieter dem Mieter diesen Umstand nicht mitgeteilt hat. Allerdings besteht eine solche Mitteilungspflicht nur bis zum Ablauf der (grundsätzlich dreimonatigen) Kündigungsfrist (vgl. § 573c BGB). Eine nachver-

⁶⁰ S. dazu bereits *Hinz*, DMT-Bilanz 2011, 758, 777.

⁶¹ Grdl. BGH, WuM 2005, 250 mit Anm. *Blank*; ferner BGH, WuM 2007, 24, 25, 27 (Tz 11, 29); WuM 2008, 31, 32.

⁶² BGH, WuM 2005, 250 mit Anm. *Blank*.

⁶³ BGH, WuM 2012, 682, 684; 2016, 225, 226.

⁶⁴ BGH, WuM 2016, 225, 226.

⁶⁵ BGH, WuM 2005, 782.

tragliche Treupflicht hält der Senat indes nicht für aner kennenswert⁶⁶. Ob dies auch im Falle einer nachträglichen Begleichung des (vor und nach der Kündigung aufgelaufenen) Zahlungsrückstand gelten soll, ist völlig offen. Dagegen lässt sich argumentieren, dass das Mietverhältnis infolge der außerordentlichen fristlosen Kündigung ohnehin sofort beendet wird, so dass die Kündigungsfrist letztlich gar keine Rolle spielt. Andererseits verliert die außerordentliche Kündigung durch die Schonfristzahlung ihre Wirkung mit der Folge, dass das Mietverhältnis zunächst rückwirkend geheilt wird⁶⁷. Erst jetzt kommt die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung überhaupt zum Tragen, indem sie das Vertragsverhältnis wiederum – nunmehr zum Ablauf der Kündigungsfrist – beendet. Bis zu diesem Zeitpunkt muss also – sofern man die vom BGH entwickelte Dogmatik nicht verlassen will – die Zahlung erfolgt sein. Das aber bedeutet, dass sich der Mieter mit der nachträglichen Zahlung keinesfalls immer bis zum Ablauf von zwei Monaten seit Rechtshängigkeit der Räumungsklage Zeit lassen darf⁶⁸.

Für ein Unwirksamwerden der Kündigung spricht:

- ein Zahlungsausgleich in einem engen zeitlichen Zusammenhang zum Kündigungsausspruch⁶⁹, zumindest aber innerhalb der ordentlichen Kündigungsfrist des § 573c BGB,
- ein lediglich fahrlässig verursachter Zahlungsrückstand⁷⁰,
- ein geringes Verschulden bei der Entstehung des Rückstands (unerwartete Arbeitslosigkeit, plötzliche Erkrankung, schwere Depression, wirtschaftliche Engpässe).

Gegen ein Unwirksamwerden der Kündigung spricht:

- ein Zahlungsausgleich erst eine geraume Zeit nach Erhebung der Räumungsklage⁷¹, insbesondere nach Ablauf der Kündigungsfrist des § 573c BGB,
- ein vorsätzlicher Zahlungsrückstand,
- ein Zahlungsrückstand nachdem innerhalb der letzten zwei Jahre bereits eine Verzugs kündigung durch nachträgliche Zahlung unwirksam geworden ist – hier mag ein ganz vorsichtiger Rekurs auf den Rechtsgedanke des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BGB denkbar sein⁷²,

⁶⁶ BGH, WuM 2005, 782, 784 f. (Tz. 21).

⁶⁷ Vgl. BGH, WuM 2007, 387, 388 f.

⁶⁸ Tendenziell auch *Milger*, NZM 2013, 553, 555; *Sternel*, PiG 90 (2011), 175, 183.

⁶⁹ KG, WuM 2008, 411; s.a. *Sternel*, PiG 90 (2011), 175, 183, der einen Zeitraum von zwei Monaten ab Kündigungsausspruch als Richtlinie betrachten will.

⁷⁰ KG, WuM 2008, 411.

⁷¹ BGH, WuM 2007, 24, 26 f.

⁷² LG Bonn, WuM 2015, 293, 294 f., nachgehend BGH, WuM 2016, 225.

- eine Nachzahlung lediglich unter Vorbehalt, ohne dass ein sachlicher Grund dafür besteht⁷³.

Letztlich entzieht sich die Frage eines Wegfalls des Kündigungsinteresses infolge nachträglicher Zahlung jeder schematischen Betrachtung. Maßgebend sind stets die Umstände des Einzelfalls, deren Würdigung dem Tatgericht obliegt⁷⁴.

2. Geltung auch bei der Kündigung wegen Einmalzahlungen?

Bislang ungeklärt ist, ob die vorstehenden Grundsätze zum Wegfall des Kündigungsinteresses infolge nachträglicher Zahlung auch im Falle einer ordentlichen Kündigung wegen nicht gezahlter Kautionsraten oder von Abrechnungssalden zum Tragen kommen. Letztlich können auch hier keine anderen Grundsätze gelten als beim Verzug mit Mietbeträgen. Das Festhalten des Vermieters an der ausgesprochenen ordentlichen Kündigung kann sich als treuwidrig erweisen, wenn infolge der nachträglichen Zahlung ein vernünftiges und nachvollziehbares Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr besteht.

a) Kautionsverzug

Bei einer Kündigung wegen Kautionsverzugs dürfte das bereits anzunehmen sein, wenn sich der Mieter nach Ausspruch der Kündigung zeitnahe an den zuständigen Sozialleistungsträger wendet und dieser die Kautionszahlung übernimmt. Damit sollte das ihm vorzuwerfende Verhalten, sich bei Abschluss des Vertrags wirtschaftlich überschätzt zu haben, regelmäßig relativiert sein. Das wird vor allem dann gelten, wenn der Leistungsträger auch die Zahlung der laufenden Miete übernimmt, der Vermieter somit vollständig abgesichert ist. Im Übrigen kann auf die für den Zahlungsverzug dargestellten Kriterien – mit Ausnahme des wiederholten Rückstands innerhalb von zwei Jahren – zurückgegriffen werden (s. oben unter VI. 1.).

Demgegenüber dürfte die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung wegen Verzugs mit der Wiederauffüllungspflicht nach rechtmäßigem Zugriff des Vermieters auf die Kautionszahlung während des laufenden Mietverhältnisses durch eine nachträgliche Zahlung grundsätzlich nicht entfallen. Ist die gesicherte Forderung entweder bereits tituliert oder unstreitig bzw. unbestreitbar gewesen und ist der Mieter deshalb schon vor dem Zugriff auf die Kautionszahlung zu deren umgehenden Ausgleich verpflichtet gewesen, so dürfte deren verspätete Auffüllung die gerade in der Verspätung liegende Pflichtverletzung kaum beseitigen.

⁷³ BGH, WuM 2008, 31, 32; LG Hamburg, ZMR 2010, 117, 118; LG Köln, ZMR 2009, 921; dagegen aber *Sternel*, PiG 90 (2011), 175, 183.

⁷⁴ BGH, WuM 2016, 225, 226.

b) Betriebskostennachforderungen

Auch hier wird eine nachträgliche Begleichung des Rückstands ein Festhalten des Vermieters an der ausgesprochenen Kündigung nur in seltenen Fällen als treuwidrig erscheinen lassen. Ohnehin kommt eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung bei nicht gezahlten Betriebskostennachforderungen im Wesentlichen nur in Betracht, wenn der Mieter innerhalb der zwölfmonatigen Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB entweder gar keine oder nur substanzlose Einwendungen erhoben hat. Es wird daher schon ganz besonderer Umstände bedürfen, damit die Kündigung in solchen Fällen durch nachträgliche Zahlung ihre Wirkung verliert. Denkbar wäre das, wenn der Verzug auf einem geringen Verschulden beruht und die Zahlung zeitnah nach Kündigungsausspruch erfolgt.

VII. Kündigungssperre nach Mieterhöhung

Der BGH hat in dem bereits erwähnten Urteil vom 10.10.2012⁷⁵ ebenfalls entschieden, dass die Kündigungssperrfrist nach Mieterhöhung gem. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB keine – auch keine analoge – Anwendung bei der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung findet. Es ist allerdings darüber nachzudenken, ob die Nichtbegleichung von titulierten Rückständen aufgrund einer Mieterhöhung nach §§ 558, 559 oder 560 BGB überhaupt eine „nicht unerhebliche“ Vertragspflichtverletzung darstellt. Das dürfte zumindest dann nicht der Fall sein, wenn der Mieter den Vermieter direkt nach Zustellung des Urteils um Zahlungsausschub oder Bewilligung einer Ratenzahlung ersucht hat⁷⁶.

VIII. Ausblick

1. Ausweitung der mieterschützenden Vorschriften bei der fristlosen Kündigung auf die ordentliche Kündigung?

Nach wie vor steht die Frage in Raum, ob die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs einer gesetzlichen Konkretisierung bedarf, insbesondere ob eine Regelung der Höhe des Rückstands sowie der Folgen einer nachträglichen Zahlung geboten ist. Gerade letztere Forderung ist in der Vergangenheit vielfach erhoben worden⁷⁷. Der eingangs erwähnte Referentenentwurf des BMJV zu einem 2. MietNovG (s. oben unter I.) nimmt sich der Thematik an, indem er folgende Neufassung des § 573 Abs. 3 BGB unter Aufrücken der bisherigen Absätze 3 und 4 vorschlägt:

„(3) Besteht die Verletzung einer vertraglichen Pflicht nach Absatz 2 Nummer 1 darin, dass der Mieter mit der Entrichtung der Miete in Verzug ist, liegt eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung nur unter

⁷⁵ BGH, WuM 2012, 682, 683.

⁷⁶ S. bereits Hinz, ZMR 2012, 842, 848.

⁷⁷ S. etwa Blank, WuM 2015, 3, 9; Häublein, NZM 2013, 521, 525; Lehmann-Richter, NZM 2013, 526, 528; Derckx, NZM 2011, 652; Hinz, DMT-Bilanz 2011, 758, 779 ff; skeptischer hingegen ders., ZMR 2012, 842, 849.

den Voraussetzungen des § 543 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 569 Absatz 3 Nummer 1 vor. In diesem Fall gelten § 543 Absatz 2 Satz 2 und 3 sowie § 569 Absatz 3 Nummer 2 und 3 entsprechend. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung nach Absatz 2 Nummer 1 liegt ferner vor, wenn der Mieter mit einer Sicherheitsleistung nach § 551 in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der der zweifachen Monatsmiete entspricht. § 569 Absatz 2a Satz 2 bis 4 gilt entsprechend.“

Die besondere Problematik der vorgeschlagenen Regelung liegt darin, dass sie die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs hinsichtlich ihrer Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung gänzlich gleichstellt, insoweit also eine Vollharmonisierung vornimmt. Indes braucht die Pflichtverletzung bei der ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht so intensiv zu sein, dass dem Vermieter eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann⁷⁸. Gerade hierin liegt der maßgebliche Unterschied zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund. Deshalb sollten die auch Mindestanforderungen für eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs unterhalb derjenigen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB festgelegt werden.

Sachgerecht erscheint zunächst ein Rekurs auf § 569 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 BGB. Danach ist ein Mietrückstand – jedenfalls bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a BGB – nur dann als „nicht unerheblich“ anzusehen, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt. Das lässt zwanglos den Schluss zu, dass der Mieter, der einen Zahlungsverzug in solch einer Höhe entstehen lässt, eine „nicht unerhebliche“ Pflichtverletzung begeht (vgl. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB). Eines zusätzlichen zeitlichen Moments, wie der BGH es in dem Urteil vom 10.10.2012 postuliert hat (s. oben unter II. 2. a), bedarf es nicht. Das gilt namentlich dann, wenn die Regelung des § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB, die insbesondere auch eine Kündigung bei lediglich kurzer Verzugsdauer verhindert (s. oben unter II. 2. b), auf die ordentliche Kündigung transferiert wird. Zu befürworten ist letztlich auch die im Referentenentwurf angestrebte Harmonisierung der außerordentlichen fristlosen und der ordentlichen Kündigung im Hinblick auf die Schonfrist. Die dafür sprechenden Argumente sind verschiedentlich ins Feld geführt worden⁷⁹; sie sollen an dieser Stelle nicht noch einmal wiederholt werden.

Schwierig zu beantworten ist allerdings die Frage, welche Formen des Zahlungsverzugs de lege ferenda in einen Konkretisierungsstatbestand einbezogen werden sollen. Geboten ist dies jedenfalls in den Fällen, in denen spezielle Tatbestände der außerordentlichen fristlosen Kündigung existieren, also bei Verzug mit laufenden Mietzahlungen gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB sowie beim (diesem weitgehend gleichgestellten) Kautionsverzug nach § 569

⁷⁸ BGH, WuM 2006, 193, 195 (Tz. 19).

⁷⁹ S. etwa die in Fn. 77 aufgeführter Autoren.

Abs. 2a BGB. Schon im Hinblick auf das bei beiden Kündigungstatbeständen bestehende Nachholrecht erscheint eine Harmonisierung geboten. Nur so kann sichergestellt werden, dass eine Übernahme der Verbindlichkeiten durch Sozialleitungsträger tatsächlich eine Fortführung des Mietverhältnisses bewirken. Demgegenüber bedarf es in den eher seltenen Konstellationen der Verletzung der Wiederauffüllungspflicht keiner gesetzlichen Regelung der nachträglichen Zahlung.

Gleiches gilt für Betriebskostennachforderungen. Wie bereits ausgeführt, dürfte dort, wo die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung durchgreift, kein übermäßig hohes Bedürfnis bestehen, den nachträglich zahlenden Mieter vor deren Folgen zu schützen (s. dazu oben VI. 2. b). Die relativ wenigen Fälle, in denen sich ein Festhalten des Vermieters an der ausgesprochenen Kündigung als treuwidrig erweist, lassen sich nach den obigen Grundsätzen über

§ 242 BGB lösen (s. oben unter VI. 1.). Auch für sonstige Forderungen aus dem Mietverhältnis bedarf es keiner Regelung zur Abwendung der ordentlichen Kündigung; gerade hier stehen – wie die Untersuchung ergeben hat (s. oben unter V.) – die Umstände des Einzelfalls im Vordergrund, so dass eine generelles Nachholrecht nicht unbedingt ergebnisgerecht wäre.

Eine gesetzliche Limitierung der ordentlichen Kündigung in den Fällen des Verzugs mit Mietzahlungen oder mit der Mietsicherheit sollte nach alledem wie folgt lauten:

„(3) Besteht die Verletzung einer vertraglichen Pflicht nach Absatz 2 Nummer 1 darin, dass der Mieter mit der Entrichtung der Miete oder der Mietsicherheit in Verzug ist, liegt eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung nur vor, wenn der betreffende Rückstand die Miete für einen Monat übersteigt. Im Übrigen gelten § 543 Absatz 2 Satz 2 und 3 sowie § 569 Absatz 3 Nummer 2 und 3 entsprechend.“

2. Ausweitung der Kündigungssperrfrist?

Der nach dem Referentenentwurf des 2. MietNovG neuzugestaltende § 573 Abs. 3 BGB sieht im Übrigen eine Bezugnahme auch auf die Kündigungssperrfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB vor. Von erheblichem Interesse ist im Übrigen die vorgeschlagene Neufassung der letztgenannten Vorschrift. Diese soll folgenden Wortlaut erhalten:

„3. Beruht der rückständige Teil der Miete auf einer Erhöhung nach § 559 oder § 560 und hat der Mieter seine Einwände gegen die Erhöhung gegenüber dem Vermieter schriftlich geltend gemacht, kann der Vermieter das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters frühestens zwei Monate nach dessen rechtskräftiger Verurteilung zur Zahlung des erhöhten Betrags kündigen. Stimmt der Mieter einer Mieterhöhung nach § 558 nicht zu, kann der Vermieter das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters frühestens zwei Monate nach rechtskräftiger Verurteilung zur Zustimmung kündigen.“

Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind.“

Damit erhält die Kündigungssperre nach Mieterhöhung einen weitaus größeren Anwendungsbereich als auf der Grundlage des geltenden § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt sie nur für diejenigen rückständigen Erhöhungsbeträge, die während des Zustimmungs- oder Zahlungsklageverfahrens aufgelaufen sind⁸⁰. Unklar ist indes, ob sie dem Vermieter das Kündigungsrecht wegen rückständiger Erhöhungsbeträge bereits während des laufenden Rechtsstreits oder erst nach dessen Abschluss durch rechtskräftiges Urteil nehmen. Der Wortlaut des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB dürfte für letztere Sichtweise streiten⁸¹, mit der Folge, dass die Sperrwirkung für die vermierterseitige Verzugs Kündigung erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils über die Zustimmung zur Mieterhöhung bzw. zur Zahlung der Erhöhungsbeträge eintritt⁸². Die rechtskräftige Verurteilung ist – wie *Volker Emmerich* es treffend formuliert hat⁸³ – Voraussetzung für die Sperrfrist, nicht aber Voraussetzung für die Kündigung.

Nach der vorgeschlagenen Neufassung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist die Kündigung wegen rückständiger Mieterhöhungsbeträge generell erst zulässig, nachdem der Vermieter über diese einen rechtskräftigen Titel erwirkt hat, vorausgesetzt der Mieter hat seine Einwände gegen die Erhöhung dem Vermieter schriftlich mitgeteilt. Dazu formuliert die Entwurfsbegründung:

„Bei Zahlungsverzug hinsichtlich einer Mieterhöhung nach § 559 und § 560 BGB kann der Vermieter bei schriftlicher Zurückweisung der Mieterhöhung durch den Mieter zukünftig erst dann kündigen, wenn die Verpflichtung zur Zahlung der erhöhten Miete rechtskräftig feststeht. Solange sich die Parteien über die Rechtmäßigkeit einer Mieterhöhung streiten, soll der Vermieter dem Mieter nicht wegen Verzugs im Hinblick auf den streitbefangenen Betrag kündigen können. Die Neuregelung schließt damit auch die nicht ganz widerspruchsfreie Auslegung aus, nach der im Fall der rechtskräftigen Feststellung einer Mieterhöhung eine Kündigung erst nach Ablauf von zwei Monaten nach Rechtskraft möglich ist, während eine Kündigung bereits bei Verzug möglich ist, wenn der Vermieter keine Klage eingereicht hat.“⁸⁴

⁸⁰ BGH, WuM 2012, 497; 681.

⁸¹ Ausf. dazu *Hinz*, ZMR 2012, 842, 844 ff.

⁸² Zu den Zeitpunkten des Rechtskräfteintritts in den unterschiedlichen Fallgestaltungen s. Schmidt-Futterer/*Blank* (Fn. 27), § 569 Rn. 73.

⁸³ Staudinger/*Emmerich*, BGB – Mietrecht 2, Neubearbeitung 2014, § 569 Rn. 53; *Emmerich/Sonnenschein/Emmerich*, Miete, 11. Aufl. 2014, § 569 Rn. 33a.

⁸⁴ Referentenentwurf 2. MietNovG, S. 45.

In diesem Sinne ist auch der geltende § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB – bevor der VIII. Senat ihn in der dargestellten Weise einschränkend interpretiert hat – mitunter verstanden worden⁸⁵. Diese Sichtweise harmoniert durchaus mit der gesetzgeberischen Intention der Vorschrift, die auch darin liegt, der Austragung von Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Mieterhöhungen unter dem Damoklesschwert einer fristlosen Kündigung entgegenzuwirken⁸⁶. Dem trägt die Neufassung uneingeschränkt Rechnung: der Vermieter dürfte wegen rückständiger Mieterhöhungsbeträge, sofern sich der Mieter schriftlich gegen die Erhöhung gewendet hat, erst kündigen, wenn deren Berechtigung gerichtlich geklärt ist. Das würde auch für diejenigen Erhöhungsbeträge gelten, die bereits vor Klageerhebung aufgelaufen sind. Vielleicht sollte die derzeit für die Einwendungen geforderte Schriftformerfordernis (§ 126 BGB) durch eine einfache Textform (§ 126b BGB) ersetzt werden, zumal diese auch bei den gegen die Modernisierungsankündigung artikulierten Einwendungen ausreicht (vgl. § 555d Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 BGB).

Zumindest eine Überlegung ist es wert, eine Kündigungssperre, wie sie im Referentenentwurf für rückständige Beträge aus Mieterhöhungen gem. §§ 558 bis 560 BGB vorgesehen ist, auch für Betriebskostennachforderungen zu statuieren, sofern der Mieter innerhalb der Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB seine Einwände gegen die Abrechnung in Textform erhoben hat. Im Schrifttum ist ein solcher Gedanke schon einmal angeklungen. *Michael Schmid* hat in einem frühen Fachaufsatz⁸⁷ die Ansicht vertreten, den vormaligen § 9 Abs. 2 MHG (heute § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB) auf Betriebskostennachforderungen analog anzuwenden. Gewiss erscheint es sehr fraglich, ob die Voraussetzungen für eine Analogie hier vorliegen; der BGH hat die Kündigungssperre stets als eng zu interpretierende, nicht analogiefähige Ausnahmebestimmung deklariert⁸⁸. Gleichwohl mag es Argumente geben, die *le lege ferenda* für ein Kündigungsverbot vor gerichtlicher Klärung der Betriebskostenangelegenheit streiten.

Andererseits hat die Darstellung gezeigt, dass Kündigungen wegen nicht beglichener Abrechnungssalden ohnehin eher selten zum Erfolg führen. Eine Kündigungsgefahr besteht für den Mieter nach der hier vertretenen Auffassung (s. oben IV. 4.) nur dann, wenn dieser sich mit der Abrechnung entweder überhaupt nicht oder in gänzlich substanzloser Weise auseinandergesetzt hat, so dass der Eindruck entsteht, er wolle die Begleichung des Saldos

⁸⁵ So etwa *LG Berlin*, ZMR 1989, 305; *LG München I*, WuM 1979, 16, 17; *AG Altena*, NJW-RR 1987, 1232; *Schmid*, WuM 1982, 199; *Hinz*, NZM 2010, 57, 66 f.

⁸⁶ BT-Drs. 7/2011, S. 13; dazu *Hinz*, ZMR 2012, 842, 845 f.; ders., NZM 2010, 57, 66.

⁸⁷ *Schmid*, WuM 1982, 199.

⁸⁸ BGH, WuM 2012, 440, 441 mit Anm. *Blank*; WuM 2012, 497, 499.

lediglich hinauszögern. Ob dem Vermieter in letztere Fallgestaltung ein berechtigtes Kündigungsinteresse tatsächlich erst dann zuzuerkennen ist, wenn er einen rechtskräftigen Titel über die Nachforderung erwirkt hat, muss fraglich erscheinen. Möglicherweise hält das geltende Recht mit dem offen formulierten Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zumindest insoweit doch eine angemessene Lösung bereit. Nicht alles im Mietrecht muss novelliert werden!