

## **Der kündigungsrelevante Zahlungsrückstand**

### **I. Einleitung**

Der vergleichsweise breite, insbesondere durch die Entscheidung des BGH vom 20. Juli 2016<sup>1</sup> auf die Agenda des Deutschen Mietgerichtstags 2017 gelangte Vortragstitel bedarf inhaltlicher Beschränkungen. Es kann im Folgenden nicht darum gehen, sämtliche Voraussetzungen und Konstellationen einer Kündigung wegen Zahlungsrückstands abzubilden. Untersuchungsgegenstand ist nur, welche Anforderungen an den Zahlungsrückstand mit Blick auf seine Höhe und Dauer zu stellen sind, damit eine Kündigung in Betracht kommt. Der Beitrag ist auf die typische Vertragsgestaltung beschränkt, in denen Wohn- oder Geschäftsräume gegen Zahlung eines monatlich fällig werdenden Mietzinses vermietet werden; untersucht wird nur die Nichtzahlung dieser laufenden Miete sowie von Forderungen aus Betriebskostenabrechnungen.<sup>2</sup>

### **II. Grundlagen**

Bevor im nächsten Abschnitt auf Detailfragen eingegangen wird, sind vorab die allgemeinen Probleme des Untersuchungsgegenstands zu erörtern.

#### **1. Begriff des Rückstands**

Der im Vortragstitel gewählte Begriff des Rückstands ist dem Gesetz als solcher fremd.<sup>3</sup> Soweit die Kündigungsregeln konkret an das Zahlungsverhalten des Mieters anknüpfen, setzen sie Verzug voraus (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3; 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB), erfordern neben der zu einem Rückstand führenden Nichtleistung also noch die Prüfung von § 286 BGB. Eine Kündigung wegen eines nicht auf Verzug beruhenden Rückstandes ist nach den Generalklauseln denkbar, da diese den Kündigungsgrund nicht konkret beschreiben und daher auch der nicht auf Verzug beruhende Zahlungsrückstand unter diese Normen subsumiert

---

<sup>1</sup> BGH NJW 2016, 3231: Betriebskostennachzahlungen sind wiederkehrende Leistungen gemäß § 216 Abs. 2 BGB. Zur den Auswirkungen dieser Ansicht auf die Auslegung von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB s. III 1 b) aa).

<sup>2</sup> Zur Nichtzahlung der Kaution siehe § 569 Abs. 2a BGB (Wohnraummiete) sowie BGH ZMR 2007, 444 und ZMR 2007, 525 (Geschäftsraummiete); zur Nichtzahlung von Schadensersatzforderungen s. etwa BGH NJW 2010, 3020 (Prozesskosten); zu anderen sog. „Einmalzahlungen“ s. Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 88 f.

<sup>3</sup> § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB spricht allerdings von einem „rückständigen Teil der Miete“ und meint damit durch den Verweis auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB den Betrag, mit dem sich der Mieter in Zahlungsverzug befindet.

werden kann.<sup>4</sup> Zum Zwecke der hiesigen Untersuchung wird unter Rückstand die Miete verstanden, die der Mieter trotz bestehender Zahlungspflicht nicht an den Vermieter geleistet hat.

## **2. Zweck des Kündigungsrechts bei Zahlungsrückstand**

In der Literatur wird verbreitet darauf verwiesen, die Möglichkeit der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund sei ein Freiheitsrecht der Beteiligten.<sup>5</sup> Damit ist der (offensichtliche) Ausgangspunkt der Zweckermittlung beschrieben: Das Kündigungsrecht dient den Interessen des Berechtigten, im hiesigen Kontext also dem Vermieter. Bei der Konkretisierung dieser Interessen ist beim Zahlungsrückstand zunächst die Vermeidung von weiteren Nachteilen durch zukünftige Zahlungsausfälle zu nennen (präventiver Vermögensschutz). Präventionsfunktion hat das Kündigungsrecht auch im unbeendeten Mietverhältnis hinsichtlich der laufenden Mietforderungen. Denn ein Mieter, dem die Kündigungsmöglichkeit bekannt ist, wird einen kündigungsrelevanten Rückstand vermeiden wollen; das Kündigungsrecht hat also auch eine Anreizfunktion, die Mieten zu bezahlen.<sup>6</sup> Daneben geht es beim Kündigungsrecht allgemeiner darum, dem Vermieter eine Korrektur seiner Vermietungsentscheidung zu ermöglichen, wenn diese auf dem Vertrauen in eine ordnungsmäßige Zahlungsmoral des Mieters beruhte; berührt ist hier mithin die negative Vertragsfreiheit. Pönale Erwägungen tragen das Recht zur Kündigung wegen Zahlungsrückstands indes nicht<sup>7</sup>; dies wäre schon mit dem zivilrechtlichen Charakter der Vorschriften nicht zu vereinbaren. Eine auf die Generalklauseln gestützte Kündigung, die allein der Bestrafung des Mieters dient, wäre aus diesem Grund nicht wirksam.

## **3. Absolute Kündigungsründe und Generalklauseln**

Wird eine Kündigung auf die Generalklauseln (§§ 543 Abs. 1, 573 Abs. 1 S. 1 BGB) gestützt, ist das Beendigungsinteresse des Vermieters anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Dies ordnet § 543 Abs. 1 S. 2 BGB für die fristlose Kündigung ausdrücklich an, ist aber auch für § 573 Abs. 1 S. 1 BGB anerkannt.<sup>8</sup> Bei der Kündigung wegen Zahlungsrückstands ist der Rechtsanwender von dieser Bürde befreit, wenn der in Rede

---

<sup>4</sup> Vgl. Lorenz, WuM 2013, 202, 208.

<sup>5</sup> Etwa MünchKommBGB/Henssler, 7. Aufl. (2016), § 626 Rn 1; Staudinger/Preis (2016), § 626 Rn. 5.

<sup>6</sup> Vgl. OLG Koblenz NJW 1984, 2369.

<sup>7</sup> Kraemer, NZM 2001, 553, 555; Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. (1988) Rn. IV 374; vgl. auch BAG NJW 2011, 167 Rn. 28 (zu § 626 BGB).

<sup>8</sup> Etwa BGH WuM 2016, 682 Rn. 9; NJW 2013, 225 Rn. 12.

stehende Rückstand unter einen der absoluten („benannten“<sup>9</sup>) Kündigungsgründe subsumiert werden kann.<sup>10</sup> Hierbei handelt es sich um Tatbestände, die den Kündigungsgrund konkret vorgeben. Dies betrifft vor allem § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB, einen Kündigungstatbestand, den der Gesetzgeber in ein Normennetz eingebunden hat (Entbehrlichkeit der Abmahnung, § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB; „Nachholrechte“, §§ 543 Abs. 2 S. 2 und S. 3, 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB; Definition der „Erheblichkeit“, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB; Kündigungssperre bei eingeklagter Mieterhöhung, § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB). Zu den absoluten Kündigungsgründen gehört daneben § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der allerdings seinem Wortlaut nach nicht konkret auf den Zahlungsrückstand zugeschnitten ist, sondern an eine nicht unerhebliche, schuldhaft Pflichtenverletzung anknüpft (näher dazu bei III 4).

Da das Gesetz die fristlose Kündigung wegen Zahlungsrückstands konkret regelt, stellt sich ein doppeltes Konkurrenzproblem. Einmal geht es darum, inwieweit diese absoluten Tatbestände abschließender Natur sind, also einen Rückgriff auf die Generalklauseln verbieten. Lässt man einen Rückgriff auf die Generalklauseln zu, führt dies zu der Folgefrage, ob die absoluten Tatbestände der fristlosen Kündigung auf die Auslegung der Generalklauseln ausstrahlen. Auf diese Konkurrenzprobleme wird an gegebener Stelle (III 3 und III 4) zurückzukommen sein.

#### **4. Kündigungsrelevante Faktoren**

Bei der Kündigung wegen eines Zahlungsrückstands sind zwei Umstände von Bedeutung, nämlich einmal die Höhe des Rückstands (Betragsfaktor) und zum anderen ein Zeitmoment. In diesen Zeitfaktor fließen zwei Tatbestände ein. Dies ist zum einen der Zeitraum, innerhalb dem der Rückstand aufgelaufen ist („Ansammlungszeitraum“) und zum zweiten der Zeitraum, in dem (irgendein) Rückstand besteht („Rückstandszeitraum“). Betrags- und Zeitfaktor bedingen einander, weil kein Fall denkbar ist, in dem ein Zahlungsrückstand besteht, ohne dass dadurch nicht auch (irgendein) Zeitmoment ausgelöst wird:

Fall 1: Die Miete beträgt 300 Euro/Monat. M zahlt am 2. Januar 200 Euro, am 3. Februar 100 Euro und am 4. März 100 Euro. Die Kündigung geht am 10. März zu.

Je nach Betrachtungszeitpunkt sind in Fall 1 unterschiedliche Betrags- und Zeitfaktoren feststellbar. So betrug etwa am 2. Februar der Rückstand 100 Euro, der Rückstand wurzelt in einem Zahlungstermin und dauerte einen Monat an. Am 3. März betrug der Rückstand

---

<sup>9</sup> So die Bezeichnung z.B. von Kraemer, NZM 2001, 553, 557.

<sup>10</sup> BGHZ 204, 134 Rn. 21; MDR 1969, 657; Häublein, ZMR 2005, 1.

hingegen 300 Euro, wurzelte in zwei Zahlungsterminen und dauerte in Bezug auf 100 Euro einen und in Bezug auf 300 Euro ebenfalls einen Monat an.

### **a) Maßgeblicher Zeitpunkt**

Das Beispiel verdeutlicht, dass es der Bestimmung des Zeitpunkts bedarf, zu dem der kündigungsrelevante Rückstand vorliegen und damit vom Rechtsanwender festgestellt werden muss. Hier ist zu beachten, dass der Zahlungsrückstand eine Pflichtverletzung des Mieters bedeutet, die nicht dadurch ex tunc wegfällt, dass der Mieter den Rückstand begleicht.<sup>11</sup> Für die Kündigung bedeutet dies, dass auch der beendete Zahlungsrückstand weiterhin ein kündigungsrelevanter Umstand ist. Das überzeugt schon deshalb, weil auch ein zwischenzeitlich abgestelltes pflichtwidriges Verhalten Aufschluss darüber geben kann, ob ein Interesse des Vermieters an der Beendigung des Vertrags anzuerkennen ist. Wird eine Kündigung erklärt, ist mithin zu prüfen, ob zu irgendeinem Zeitpunkt in der Vergangenheit ein kündigungsrelevanter Rückstand vorlag; es ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass dieser Rückstand bei Wirksamwerden der Kündigung noch besteht.<sup>12</sup> Dieses Prinzip wird im Gesetz allerdings verschiedentlich durchbrochen. Ist beispielsweise eine fruchtlose Abmahnung Voraussetzung für eine Kündigung wegen Zahlungsrückstands<sup>13</sup>, so entfällt durch Nachzahlung der Kündigungsgrund, weil dieser dann eben nicht nur den Zahlungsrückstand, sondern auch die fruchtlos verlaufende Abmahnung voraussetzt. Eine Durchbrechung enthält auch § 543 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach die fristlose Kündigung wegen eines auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB gestützten Zahlungsrückstands ausgeschlossen ist, wenn der Vermieter vorher befriedigt wird. Diese Vorschrift enthält eine verbindliche gesetzliche Interessenbewertung: Sind die Voraussetzungen der Norm erfüllt, ist die konkrete Abwägung entbehrlich, ob aufgrund der Nachzahlung des Mieters das Interesse des Vermieters an der Vertragsbeendigung entfallen ist oder nicht.

### **b) Gewichtung von Betrags- und Zeitfaktor**

Eine weitere allgemeine Frage betrifft die Gewichtung von Betrags- und Zeitfaktor. Ist es so, dass die Kündigungsrelevanz sich anhand der Summe beider Faktoren bestimmt, mit der

---

<sup>11</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 125; zur ex nunc wirkenden Beendigung des Schuldnerverzugs s. Staudinger/Löwisch/Feldmann (2014), § 286 Rn. 120.

<sup>12</sup> Blank NZM 2009, 113; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. (2015), § 543 Rn. 228.

<sup>13</sup> In den praxisrelevanten Fällen der Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist die Abmahnung allerdings nach § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich. Gleiches gilt nach Ansicht des BGH bei der auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützten Kündigung wegen Zahlungsrückstands, BGH NJW 2008, 508; kritisch etwa MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. [2016], § 573 Rn. 58.

Folge, dass ein vergleichsweise „hoher“ Betragsfaktor einen vergleichsweise „niedrigen“ Zeitfaktor kompensieren könnte und vice versa? In den besonderen Regeln zur Kündigung wegen eines Zahlungsrückstands lässt sich ein solches Prinzip nicht nachweisen, weil § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB (in der Wohnraummiete i.V.m. § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) für einen kürzeren Zeitraum einen geringeren Rückstand voraussetzt als § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB. Dies schließt es indes nicht aus, diesen Gedanken bei einer Anwendung der Generalklauseln fruchtbar zu machen. Denn häufig wird das Kündigungsinteresse des Vermieters steigen, je länger ein vergleichsweise kleiner Betrag offen ist, weil die Vertragsuntreue des Mieters mit der Zeit immer stärker zum Vorschein tritt. Dieser Gesichtspunkt kommt – indes in anderem Zusammenhang – im Merkmal „nachhaltig“ bei der Kündigung wegen Hausfriedensstörung im Gesetz (§ 569 Abs. 2 BGB) zum Ausdruck. Spiegelbildlich tritt bei vergleichsweise hohen Beträgen der „Rückstandszeitraum“ regelmäßig in den Hintergrund, weil höhere Rückstände geeignet sind, auch größere Nachteile beim Vermieter auszulösen. Zwingend ist diese Betrachtung indes nicht, weil im Einzelfall das Zeitmoment (Abwarten des Vermieters) die Pflichtverletzung auch relativieren kann.<sup>14</sup> Dies zeigt, dass bei den kündigungsrechtlichen Generalklauseln, die eine Einzelfallbewertung verlangen (III 3 und III 4), sich eine schematische Anwendung des hier beschriebenen Korrelationsprinzips verbietet.

### **III. Einzelfälle**

Im Folgenden werden einzelne Konstellationen der Kündigung wegen Zahlungsrückstands untersucht und dafür nach den im Gesetz geregelten Tatbeständen differenziert.

#### **1. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB (Doppelverzug)**

§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB erlaubt die fristlose Kündigung, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. In der Wohnraummiete ist nach § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB nur ein Rückstand von mehr als einer Monatsmiete erheblich.

##### **a) Zeitfaktor**

Den Zeitfaktor regelt das Merkmal „zwei aufeinander folgende Termine“, über dessen Verständnis keine Einigkeit besteht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB nur erfüllt, wenn sich der relevante Rückstand innerhalb von zwei

---

<sup>14</sup> Hinz, DMT-Bilanz (2011), 758, 764.

aufeinanderfolgenden Terminen angesammelt hat<sup>15</sup> - der BGH versteht unter dem Zeitfaktor also einen „Ansammlungszeitraum“ (s.o. II 4). Nach der Gegenansicht ist die Kündigung möglich, sobald ein Verzug für zwei aufeinanderfolgende Termine besteht und ein im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB erheblicher Rückstand erreicht ist.<sup>16</sup> Diese Auffassung versteht unter dem Merkmal mithin einen „Rückstandszeitraum“, fordert allerdings nicht, dass der erhebliche Rückstand innerhalb dieses Zeitraums bestand.

Fall 2 (nach Blank NZM 2009, 113): Vermietet ist Wohnraum, die monatliche Miete beträgt 1.000 Euro. M zahlt von Januar bis Mai monatlich jeweils nur 750 Euro. V kündigt deshalb am 9. Mai, als ein Rückstand von 1.250 Euro besteht.

Nach der Mindermeinung kann nach der Norm gekündigt werden, weil M an zwei aufeinanderfolgenden Zahlungsterminen in Verzug war und mit Verstreichen des Maitermins der Rückstand eine Monatsmiete überstieg. Nach Ansicht des BGH ist § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB hingegen nicht erfüllt, weil im zweimonatigen Ansammlungszeitraum kein erheblicher Rückstand (mehr als eine Monatsmiete, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) entstanden ist.

Der Wortlaut der Norm („*wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine ... in Verzug ist*“) ist mit Blick auf den Zeitfaktor nicht eindeutig. Bei unbefangener Lesart kann man dies so verstehen, dass die Kündigung – bei monatlicher Mietzahlung – erst möglich ist, wenn der relevante Rückstand über einen Zeitraum von zwei Monaten andauerte – erst dann ist der Mieter zwei aufeinanderfolgende Termine mit der genannten Miete in Verzug. Diese Interpretation im Sinne eines Rückstandszeitraums wird (soweit ersichtlich) nicht vertreten, was überzeugt. Denn der Gesetzgeber ist nicht den Vorbildern in anderen Gesetzen gefolgt, welche bereits den Rückstand an einem Zahlungstermin ausreichen ließen, sondern hat sich für die Nichtzahlung an zwei aufeinanderfolgenden Terminen entschieden.<sup>17</sup> Dies erhellt, dass es nicht um einen Rückstands-, sondern einen Ansammlungszeitraum geht. Aus diesem Grund ist dem BGH zu folgen: Der kündigungsrelevante Rückstand muss sich innerhalb von zwei aufeinanderfolgenden Terminen ansammeln.

---

<sup>15</sup> BGH NJW 2008, 3210 Rn. 34 ff; aus der Literatur etwa Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. (2015), § 543 Rn. 243; Sternel WuM 2009, 699, 702.

<sup>16</sup> Insb. Blank NZM 2009, 113, 114; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 112 ff; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl. (2010), § 543 Rn. 61; wohl auch Staudinger/Emmerich (2014), § 543 Rn. 52.

<sup>17</sup> Mugdan, Materialien zum BGB (Neudruck 1970), Band 2, S. 232.

## **b) Betragsfaktor**

Den kündigungsrelevanten Betragsfaktor regelt die Norm mit den Worten „Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete“.

### **aa) Begriff der Miete**

§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB enthält keine Legaldefinition der Miete, was einen Rückgriff auf § 535 Abs. 2 BGB nahe legt. Miete wäre danach jede Gegenleistung, die der Mieter für die Gebrauchsüberlassung schuldet. Damit wären insbesondere auch Forderungen des Vermieters aus einer Betriebskostenabrechnung erfasst. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat diese Frage jüngst offen gelassen.<sup>18</sup> Der XII. Zivilsenat des BGH versteht hingegen mit der allgemeinen Meinung aus der Literatur unter Miete nur den monatlich vereinbarten Betrag, also die sog. Grundmiete (Nettokaltmiete) sowie die monatlichen Zahlungen auf die Betriebskosten, sei es als Pauschale oder als Vorauszahlungen.<sup>19</sup> Diese Ansicht überzeugt. Für sie streitet zum einen der Wortlaut, weil § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB die Kündigung nicht alleine an einen Mietrückstand, sondern auch an einen Zeitfaktor knüpft und diesen mit „Terminen“ bezeichnet. Schon dies spricht dafür, dass die Norm nur Rückstände aus der pro rata temporis geschuldeten Miete erfasst.<sup>20</sup> Ausschlaggebend ist aber vor allem der Charakter der Norm als absoluter Kündigungstatbestand. Dieser beruht auf der Wertung, dass bei dem in der Vorschrift beschriebenen Rückstand dem Vermieter in jedem Fall die Vertragsfortsetzung unzumutbar ist. Diese Annahme erscheint nur bei der Nichtzahlung der monatlichen Raten gerechtfertigt, weil hier Höhe und Zahlungstermine dem Mieter vorab bekannt sind. Wenn es dem Mieter nicht gelingt, diese Raten so zu zahlen, dass § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nicht verletzt wird, ist die normative Schlussfolgerung zulässig, der Mieter werde auch in Zukunft die Miete nicht vertragsgemäß entrichten. Für Einmalzahlungen wie Forderungen aus Betriebskostenabrechnungen lässt sich dies nicht behaupten, da hier Zahlungstermin und -höhe bei Vertragsabschluss nicht feststehen. Sie können daher auch einen Mieter, der für die vertragsgemäße Entrichtung der Monatsraten vorgesorgt hat, unvorbereitet treffen, ohne dass hieraus der Rückschluss auf eine generelle Vertragsuntreue gerechtfertigt wäre.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> BGH NJW 2016, 3231 Rn. 17.

<sup>19</sup> BGH NJW 2008, 3210 Rn. 31; OLG Koblenz NJW 1984, 2369; LG Dessau-Roßlau, Urteil vom 29. Dezember 2016 – 5 S 141/16, juris; Hinz, NZM 2010, 57, 58; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 87 f.; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. (2015), § 543 Rn. 222; a.A. wohl OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 973 (der Entscheidung ist indes nicht zweifelsfrei zu entnehmen, dass es um Forderungen aus einer Betriebskostenabrechnung ging).

<sup>20</sup> OLG Koblenz NJW 1984, 2369; Hinz, NZM 2010, 57, 58.

<sup>21</sup> Vgl. LG Dessau-Roßlau, Urteil vom 29. Dezember 2016 – 5 S 141/16, juris.

## **bb) Höhe des Rückstands**

§ 543 Abs. 1 S. 1 Nr. 3a BGB enthält mit Blick auf die Rückstandshöhe zwei Regelungen. Der kündigungsrelevante Rückstand ist einmal erreicht, wenn der Mieter zu den beiden aufeinanderfolgenden Terminen überhaupt keine Miete zahlt. Möglich ist die Kündigung aber auch unterhalb dieser Schwelle, nämlich bei einem Rückstand mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete. Diese „Doppelung“ in der Formulierung besteht seit Inkrafttreten des BGB<sup>22</sup>; sie ist redundant, weil die Nichtzahlung der gesamten Miete immer zu einem nicht unerheblichen Rückstand führt.

### **(1) Unterschiede bei Wohn- und Geschäftsraummiete**

Den nicht unerheblichen Rückstand definiert § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB für die Wohnraummiete – mit Ausnahme bei Vermietung zum vorübergehenden Gebrauch – dahingehend, dass der Rückstand eine Monatsmiete überschreiten muss. Für die Geschäftsraummiete bedarf es hingegen einer Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs. Der BGH hat hier zunächst entschieden, dass jedenfalls der Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete auch in der Geschäftsraummiete erheblich ist, weil der Schutz des Geschäftsraummieters nicht weitergehen darf als der des Wohnraummieters.<sup>23</sup> Die Literatur hat sich diesem überzeugenden Argument angeschlossen, ist zur Frage, ob auch unterhalb dieser Schwelle eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB möglich ist, indes gespalten. Teilweise wird eine Anwendung der Norm unter Verweis auf die Umstände des Einzelfalls befürwortet<sup>24</sup>, teilweise aber auch generell abgelehnt.<sup>25</sup> Mit Urteil vom 13. Mai 2015 hat sich der XII. Senat zu diesem Problem positioniert und erklärt, dass es sachgerecht erscheine, für die Erheblichkeit teilweiser Nichtzahlungen regelmäßig zumindest die Hälfte des in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB genannten Betrags, also eine Monatsmiete, zu verlangen. Ein geringerer Rückstand sei hingegen nur dann erheblich i.S.d. lit a, wenn besonderer Umstände hinzutreten, die den Schluss auf die Erheblichkeit im betreffenden Mietverhältnis zulassen. Der BGH nennt hier neben der Kreditwürdigkeit des Mieters insbesondere die finanzielle Situation des Vermieters und die Auswirkungen des konkreten Zahlungsrückstands auf diese.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> § 554 Abs. 1 S. 1 BGB i.d.F. vom 1.1.1900 lautete: „Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Miethverhältniß kündigen, wenn der Miether für zwei auf einander folgende Termine mit der Entrichtung des Miethzinses oder eines Theiles des Miethzinses im Verzug ist.“

<sup>23</sup> BGH NJW 2008, 3210

<sup>24</sup> Etwa Bub/Treier/Grapentin, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Rn. IV 374; MünchKommBGB/Bieber, 7. Aufl. (2016), § 569 Rn. 46.

<sup>25</sup> Etwa Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl. (2010), § 543 Rn. 60.

<sup>26</sup> BGHZ 205, 301 Rn. 54 ff.

Dieser Verweis des BGH auf die Umstände des Einzelfalls verträgt sich nicht mit dem Charakter von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB, der eine Kündigung ohne Abmahnung und ohne die nach § 543 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung alleine wegen des eingetretenen Zahlungsverzugs ermöglicht. Damit ist es nicht in Einklang zu bringen, wenn der relevante Rückstand davon abhängig gemacht wird, dass besondere Umstände ihn als erheblich erscheinen lassen. Denn für den Mieter sind diese Umstände – z.B. die finanzielle Lage des Vermieters – nicht zwingend ersichtlich. Der Mieter kann daher gar nicht sicher beurteilen, ob er von einer abmahnungslosen Zahlungsverzugskündigung bedroht ist. Zwar ist die Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe bei der fristlosen Kündigung nicht unbekannt (etwa bei der unerlaubten Gebrauchsüberlassung, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB oder bei der Störung des Hausfriedens, § 569 Abs. 2 BGB). Indes wird in diesen Fällen der Mieter durch die notwendige Abmahnung vor einer Fehleinschätzung der Rechtslage gewarnt. Da bei der Zahlungsverzugskündigung die Mahnung entbehrlich ist (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BGB), muss deshalb der Kündigungsgrund hinreichend deutlich aus dem Gesetz ablesbar sein. Die Beschränkung von § 554 BGB a.F. im Jahr 1963 dahingehend, dass eine Kündigung einen nicht unerheblichen Rückstand voraussetzt und die Beschränkung der Legaldefinition auf die Wohnraummiete<sup>27</sup> war insofern ein Sündenfall, weil sich dieser unbestimmte Rechtsbegriff mit dem beschriebenen Charakter der Norm nicht verträgt. Bis dato hatte nach dem Wortlaut der Norm<sup>28</sup> jeder Rückstand ausgereicht, was aus Sicht des Mieters zwar eine scharfe, aber jedenfalls klar erkennbare Rechtsfolge war. Diese Erkennbarkeit gilt es auch zum geltenden Recht herzustellen, was nur gelingt, wenn der nicht unerhebliche Rückstand betragsmäßig beziffert wird. Hier überzeugt es, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB analog anzuwenden und auch in der Geschäftsraummiete eine Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB nur zuzulassen, wenn der Rückstand mehr als eine Monatsmiete beträgt.

## **(2) Einzel- oder Gesamtbetrachtung?**

Das Verständnis des Zeitfaktors aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB im Sinne eines Ansammlungszeitraums (III 1a) führt zu der Frage, wie der Rückstand sich auf die beiden Zahlungstermine verteilen muss, um eine Kündigung zu rechtfertigen. Unproblematisch sind Konstellationen, in denen der Mieter an beiden Terminen gar keine Miete zahlt. Schwierigkeiten bereiten hingegen auf den ersten Blick Teilzahlungen.

---

<sup>27</sup> BGBl 1963 I S. 505.

<sup>28</sup> S. Fn. 22.

Fall 2: Vermietet ist Wohnraum, die monatliche Miete beträgt 1.000 Euro. M zahlt im Januar gar keine Miete und im Februar nur 990 Euro. V kündigt deshalb am 9. Februar, als ein Rückstand von 1.010 Euro besteht.

Der Wortlaut § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB lässt es zu, hier die Kündigung für unbegründet zu halten, weil der Zahlungsrückstand im Februar nur 1% der Monatsmiete beträgt und daher „unerheblich“ scheint. Dies entspräche einer „Einzelbetrachtung“ der Erheblichkeit.<sup>29</sup> Die h.M. leitet indes aus der Legaldefinition in § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB eine Gesamtbetrachtung ab, wonach der Rückstand nicht an beiden Terminen erheblich sein muss, sondern es ausreicht, wenn insgesamt ein erheblicher Rückstand bei Ablauf des zweiten Termins besteht.<sup>30</sup> In der Tat verbietet § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB in der Wohnraummiete typischerweise eine Einzelbetrachtung. Denn danach ist nur ein Rückstand von mehr als einer Monatsmiete erheblich und bei monatlicher Mietzahlung kann ein solcher Rückstand an einem Termin durch Nichtzahlung nicht entstehen.<sup>31</sup> Eine gespaltene Auslegung – Gesamtbetrachtung in diesem Fall, Einzelbetrachtung in allen anderen Fällen – ist aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen.

## **2. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB (Dauerverzug)**

§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB erlaubt die fristlose Kündigung, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht. Die Norm betrifft nur die pro rata temporis geschuldete Miete (III 1 b), so dass der Rückstand auf dieser Schuld beruhen und in der Summe mindestens den Betrag von zwei monatlichen Raten entsprechen muss. Mit Blick auf den Zeitfaktor regelt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB einen Ansammlungszeitraum, nicht einen Rückstandszeitraum (III 1 a). Es ist also nicht erforderlich, dass der Verzug über mehr als zwei Monate andauerte, sondern es ist notwendig – aber auch ausreichend –, dass der Rückstand sich aus offenen Forderungen zusammensetzt, die auf mehr als zwei Raten beruhen.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Dafür bereits RGZ 86, 334 (sub specie § 242 BGB, da § 554 BGB a.F. [s. Fn. 22] keine Erheblichkeitsregel enthielt) und aus jüngerer Zeit Stornel, WuM 2009, 699, 701.

<sup>30</sup> BGH ZMR 1987, 289; MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. (2016), § 569 Rn. 39; NK-BGB/Hinz, 3. Aufl. (2016), § 569 Rn. 52.

<sup>31</sup> BGH ZMR 1987, 289. Der Gesetzgeber hat bei Einführung der Erheblichkeitsregel im Jahr 1963 dieses Problem nicht gesehen, vgl. BT-Drs. 4/806 S. 10.

<sup>32</sup> BGH NJW 2010, 3015 Rn. 40; Alberts in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiere (2015), § 543 Rn 56; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 122.

### 3. § 543 Abs. 1 BGB

Sind die absoluten Kündigungstatbestände nicht erfüllt, stellt sich die Frage, ob wegen Zahlungsrückstands nach der Generalklausel fristlos gekündigt werden kann. Dieses Konkurrenzproblem ist mehrschichtig.

#### a) Kündigung wegen Rückstands mit den monatlichen Raten

Die erste Frage geht dahin, ob § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB es erlaubt, dass eine Kündigung wegen des Verzugs mit den monatlichen Raten auf die Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB gestützt wird. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1969 hat der BGH diese Frage allgemein bejaht: Die absoluten Kündigungstatbestände enthielten zur Erleichterung der Kündigung gegenüber zahlungsunwilligen Mietern einen schematisierten Tatbestand, bei dessen Vorliegen der Vermieter kündigen kann, ohne nachweisen zu müssen, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wegen der mangelhaften Zahlungsmoral des Mieters für ihn unzumutbar sei. Könne der Vermieter diesen Nachweis hingegen erbringen, so sei nicht einzusehen, warum er seine Kündigung nicht auf die Generalklausel stützen könne.<sup>33</sup>

Die Entscheidung betraf die ständig unpünktliche Mietzahlung, eine Fallgruppe, für die heute allgemein eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB anerkannt ist.<sup>34</sup> Im Übrigen wird in der Literatur eine freie Normenkonkurrenz im Sinne der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1969 aber abgelehnt, weil die absoluten Kündigungstatbestände nicht durch Rückgriff auf § 543 Abs. 1 BGB umgangen werden dürften.<sup>35</sup> Dem ist zuzustimmen. Denn die absoluten Kündigungstatbestände haben den Zweck, das Kündigungsrecht des Vermieters klar und eindeutig abzubilden. Dieser Aspekt der Rechtssicherheit dient auch dem Mieter, der aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ablesen kann, wann er einer fristlosen Kündigung ausgesetzt ist. Hierfür spricht auch, dass anderenfalls eine Entwertung der mieterschützenden „Heilungsregeln“ (§§ 543 Abs. 2 S. 2 und S. 3; 569 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 BGB) droht, die ihrem Wortlaut nach auf § 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB beschränkt sind. Abschließend ist die Norm indes nur innerhalb ihres Regelungsbereichs und dieser betrifft das Kündigungsrecht wegen des kontinuierlichen Ansammlens eines Rückstands mit der monatlichen Miete (s. III 1 a). Wird dem Mieter hingegen eine andere Pflichtverletzung vorgeworfen wie dies bei der

---

<sup>33</sup> BGH MDR 1969, 657.

<sup>34</sup> BGH NJW 2006, 1585; ZMR 1988, 16; Bub/Treier/Grapentin, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Rn. IV 399; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. (2015), § 573 Rn. 93.

<sup>35</sup> Etwa Bub/Treier/Grapentin, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Rn. IV 397; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 4; Staudinger/Emmerich (2014), § 543 Rn. 43.

ständigen unpünktlichen Mietzahlung der Fall ist, kann die Kündigung auf § 543 Abs. 1 BGB gestützt werden.

#### **b) Kündigung wegen Rückstands mit Einmalzahlung (Betriebskostenabrechnung)**

Aus dem soeben beschriebenen Regelungszweck von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB folgt auch, dass diese Norm nicht die fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB wegen eines Rückstands verbietet, der nicht (allein) die monatlichen Raten betrifft. Für die hiesige Untersuchung ist dies mit Blick auf die Nichtzahlung einer Forderung aus einer Betriebskostenabrechnung von Bedeutung, die eine Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigen kann.<sup>36</sup> Mit Blick auf die Höhe des hierfür erforderlichen Rückstands verbietet sich eine schematische Betrachtung. Das ist auch der Ausgangspunkt der allgemeinen Meinung, die aber aus den absoluten Kündigungstatbeständen „Anhaltspunkte“ ableiten möchte.<sup>37</sup> Das ist abzulehnen, weil die hinter diesen Tatbeständen stehende Wertung (s. III 1 b aa) sich auf Forderungen aus Betriebskostenabrechnungen, deren Höhe und Fälligkeit für den Mieter unvorhersehbar sind, nicht übertragen lässt. Entscheidend ist mithin allein, ob nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Vertragsfortsetzung objektiv unzumutbar ist.<sup>38</sup>

#### **4. § 573 Abs. 1 BGB**

§ 573 Abs. 1 BGB berechtigt den Wohnraumvermieter zur Kündigung unter Beachtung einer Kündigungsfrist, wenn ein Grund vorliegt. Wird die Kündigung auf einen Zahlungsrückstand gestützt, ist zu prüfen, ob und ggf. ab welcher Höhe hierin eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegen kann.

#### **a) Meinungsbild**

Nach allgemeiner Ansicht sperren die absoluten Kündigungstatbeständen aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB eine ordentliche Vermieterkündigung wegen Zahlungsrückstandes nicht.<sup>39</sup> Begründet wird dies vor allem mit dem Stufenverhältnis der Kündigungsregeln<sup>40</sup>, weil es bei der fristlosen Kündigung um eine absolute Unzumutbarkeit geht, während dem Vermieter bei

---

<sup>36</sup> Etwa OLG Koblenz NJW 1984, 2369; Bub/Treier/Grapentin, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Rn. IV 398; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 171.

<sup>37</sup> Mindestens eine Monatsmiete: Hinz, NZM 2010, 57, 60; Bub/Treier/Grapentin, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Rn. IV 398; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 543 Rn. 185.

<sup>38</sup> Allg. etwa BGH WuM 2017, 23. Rechtsprechungsübersicht zur Kündigung wegen Nichtzahlung eines Betriebskostensaldos bei Hinz, NZM 2010, 57, 59 f.

<sup>39</sup> Etwa Blank, DMT-Bilanz (2011), 254; Hinz, DMT-Bilanz (2011), 758, 761; Staudinger/Emmerich (2014), § 543 Rn. 43.

<sup>40</sup> S. etwa MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. (2016), § 573 Rn. 57.

der ordentlichen Kündigung noch das Abwarten der Kündigungsfrist abverlangt wird. Was die Höhe des Rückstandes angeht, ist mit Blick auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand zwischen der monatlichen Miete und einer Betriebskostennachforderung zu unterscheiden. Für die monatliche Miete hat der BGH entschieden, dass eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB typischerweise vorliegt, wenn der Tatbestand des § 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB erfüllt ist, weil dann sogar eine fristlose Kündigung möglich ist.<sup>41</sup> Aber auch wenn diese Norm nicht erfüllt ist, ist nach der Rechtsprechung des BGH eine ordentliche Kündigung denkbar. Voraussetzung sei aber, dass der Rückstand eine Monatsmiete übersteigt und zudem die Verzugsdauer jedenfalls einen Monat beträgt.<sup>42</sup>

### **b) Stellungnahme**

Bei einem „Erst-Recht-Schluss“ zu § 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB darf nicht übersehen werden, dass das Gesetz diese absoluten Kündigungstatbestände in ein mieterschützendes Normennetz eingebunden hat (s. II 3). Ein „Erst-Recht-Schluss“ könnte daher nur überzeugen, wenn dieses Normennetz auf die ordentliche Kündigung übertragen wird, einen Schritt, den der BGH für § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB bekanntlich abgelehnt hat.<sup>43</sup> Die vom BGH gezogene Untergrenze (Rückstand höher als eine Monatsmiete, Verzugsdauer jedenfalls einen Monat) kann sich von vorneherein nicht auf eine Parallele zu § 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB stützen, weil die dortigen Tatbestände eine Kündigung in diesem Fall nicht zulassen. Es überzeugt auch nicht, die für § 573 Abs. 1 BGB relevanten Betrags- und Zeitfaktoren aus einer „Ausstrahlungswirkung“ der §§ 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB abzuleiten.<sup>44</sup> Denn diese Normen enthalten Kündigungsregeln, die sich aus diversen gesetzgeberischen Entscheidungsmomenten (Zusammenspiel ganz konkreter Betrags- und Zeitfaktoren; Heilungsmöglichkeiten zugunsten des Mieters, Kündigungssperren) zusammensetzen. Einzelne Elemente dieser Kündigungsregeln tragen für sich genommen die Wertung des Gesetzes mithin nicht und dürfen daher – bildlich gesprochen – nicht herausgebrochen und zur Ausfüllung einer anderen Kündigungsregel verwendet werden.

---

<sup>41</sup> BGH NJW 2007, 428 Rn. 9; NJW 2008, 508 Rn. 14; NJW 2010, 2879 Rn. 21 und NJW 2010, 3020 Rn. 15.

<sup>42</sup> BGHZ 195, 64 Rn. 20; ablehnend etwa Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 573 Rn. 27.

<sup>43</sup> BGHZ 195, 64 Rn. 26 ff.; kritisch etwa MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. (2016), § 573 Rn. 61.

<sup>44</sup> Anders im Ausgangspunkt etwa MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. (2016), § 573 Rn. 59; Hinz, DMT-Bilanz (2011), 758, 760 ff.

§ 573 Abs. 2 BGB enthält absolute Kündigungstatbestände, die von einer einzelfallbezogenen Prüfung des berechtigten Kündigungsinteresses entbinden.<sup>45</sup> § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ähnelt insofern § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB (s. II 3). Anders als jene Norm regelt § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB den kündigungsrelevanten Rückstand aber nicht konkret. Denn ein Zahlungsrückstand bedeutet zwar eine Pflichtverletzung des Mieters (s. II 1), indes erlaubt § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Kündigung nicht bei jeder, sondern nur bei einer nicht nur unerheblichen Pflichtverletzung. Die Anwendung der Norm setzt also die Subsumtion des Zahlungsrückstands unter diesen unbestimmten Rechtsbegriffs voraus. Der Begriff beschränkt das Kündigungsrecht des Vermieters; seine präzise Bestimmung bereitet bis heute Schwierigkeiten.<sup>46</sup> Beim Zahlungsrückstand erscheint es verlockend, diesen Schwierigkeiten auszuweichen, indem man eine hinsichtlich des Betrags- und Zeitfaktors absolute Grenze der Erheblichkeit postuliert. Dies würde allerdings übersehen, dass dem Merkmal „nicht unerheblich“ eine relative Komponente innewohnt, die eine allgemein gültige Grenzziehung verbietet. Denn für die Bewertung des Grades einer Pflichtverletzung sind ganz unterschiedliche Faktoren maßgeblich, die überwiegend von den Umständen des Einzelfalls geprägt werden. Deshalb verbietet sich bei § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine schematische Betrachtung und es bedarf – ähnlich wie bei § 573 Abs. 1 S. 1 BGB – einer Interessenabwägung.<sup>47</sup> So spielt es beim Zahlungsrückstand etwa eine Rolle, ob dieser im konkreten Fall den Rückschluss zulässt, dass hiermit auch zukünftig zu rechnen ist. Das lässt sich allein anhand der Rückstandshöhe und -dauer nicht ablesen, etwa wenn der Mieter eine Betriebskostennachforderung gerichtlich überprüfen lassen möchte. Andere Gesichtspunkte sind etwa der bisherige (störungsfreie) Verlauf des Mietverhältnisses.<sup>48</sup> Dies zeigt, dass sich die Festlegung einer starren Rückstandsgrenze bei § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB verbietet.<sup>49</sup> Auf diesem Standpunkt steht im Ergebnis auch der BGH, nach dessen Rechtsprechung etwa die Nachzahlung oder das Fehlen einer Abmahnung der ordentlichen Kündigung entgegenstehen kann.<sup>50</sup> Dem BGH ist aber vorzuwerfen, dass er sowohl durch den „Erst-Recht-Schluss“ zu §

---

<sup>45</sup> BGH NJW 2017, 547 Rn. 37; MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl. (2016), § 573 Rn. 34.

<sup>46</sup> Die Gesetzesmaterialien sind wortkarg, s. BT-Drs. 6/1549 S. 8 (Das Kündigungsrecht greife nicht nur, „wenn Gründe vorliegen, die den Vermieter ... zur fristlosen Kündigung berechtigen, sondern auch bei schuldhaften Vertragsverletzungen geringeren Gewichts, mit Ausnahme solcher, die unerheblich — z. B. weil nur vereinzelt vorgefallen — sind.“).

<sup>47</sup> BVerfG ZMR 2004, 566; BGH NJW 2010, 3020 Rn. 20 und 25; Bub/Treier/Grapentin, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Rn. IV 110; NK-BGB/Hinz, 3. Aufl. (2016), § 573 Rn. 15.

<sup>48</sup> Weitere Kriterien etwa bei Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. (1988) Rn. IV 117 ff.

<sup>49</sup> Zutreffend LG Berlin WuM 2017, 83, 85; a.A. unter Hinweis auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit Wolter, Mietrechtlicher Bestandsschutz (1985), S. 285.

<sup>50</sup> BGH NJW 2008, 508 Rn. 19 und Rn. 28.

543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB<sup>51</sup> als auch die Vorgabe einer Untergrenze (Rückstand höher als eine Monatsmiete, Verzugsdauer jedenfalls einen Monat) die Anwendung von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in eine falsche Richtung gelenkt hat. Denn diese Schwellen vermitteln den unzutreffenden Eindruck, als sei bei ihrer Überschreitung eine ordentliche Kündigung stets und damit ohne konkrete Prüfung anderer Umstände begründet.<sup>52</sup>

#### **IV. Vertragsgestaltung**

In der Wohnraummiete ist es nicht möglich, den kündigungsrelevanten Rückstand vertraglich festzulegen (§§ 569 Abs. 5, 573 Abs. 4 BGB). In der Geschäftsraummiete besteht hingegen Vertragsfreiheit. Geht es um eine Individualvereinbarung, ist § 138 BGB die Wirksamkeitsschranke. Diese Norm ist jedenfalls nicht verletzt, wenn der Verzug an einem Fälligkeitstermin als Kündigungsgrund vereinbart wird.<sup>53</sup> In Vermieter-AGB zieht § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nach h.M. engere Grenzen: Der BGH hält Abweichungen von § 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB „regelmäßig“ für unwirksam, insbesondere dann, wenn sie eine Kündigung bei einem nur unerheblichen und unverschuldeten Zahlungsrückstand genügen lassen.<sup>54</sup> Diese Kriterien werden in der Literatur teilweise als Wirksamkeitsschranken rezipiert<sup>55</sup>, während andere Stimmen jede Erweiterung von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zugunsten des Vermieters für unwirksam halten.<sup>56</sup>

#### **V. Fazit und Ergebnisse**

*Heinrich Honsell* hat im Jahr 1986 das Zusammenspiel zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung wegen eines Zahlungsrückstands als kompliziert und unübersichtlich beschrieben.<sup>57</sup> Daran hat sich 30 Jahre später leider nichts Wesentliches geändert. Der heutige Zustand wird einerseits durch Detailprobleme bei der fristlosen

---

<sup>51</sup> Insb. durch die Passage BGH NJW 2007, 428 Rn. 9: „Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB berechtigt dieser Umstand [Zahlungsverzug, d. Verf.] den Vermieter sogar zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund. Nach Auffassung des Gesetzgebers handelt es sich bei einem solchen Verhalten also um eine erhebliche Pflichtverletzung, die die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter regelmäßig als unzumutbar erscheinen lässt. Es begründet daher jedenfalls ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.“

<sup>52</sup> S. etwa Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Aufl. (2017), § 573 Rn. 16 („Soweit der KündGrd des § 543 II 1 Nr 3 erfüllt wird, ist die Künd auf jeden Fall gerecht [BGH NJW 08, 509, 07, 428]“).

<sup>53</sup> Opreé in: Lindner-Figura/Opreé/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl. (2012) Kap. 15 Rn. 239.

<sup>54</sup> BGH NJW 1987, 2506 zur (unwirksamen) Klausel: Der Verpächter ist zur Kündigung berechtigt, wenn der Pächter mit der Zahlung einer Pachtzinsrate ganz oder teilweise länger als einen Monat nach Zahlungsaufforderung trotz schriftlicher Mahnung im Rückstand ist.

<sup>55</sup> Etwa AGB-Klauselwerke/Drettmann Geschäftsraummiete (2012) Rn. 133; Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, 12. Aufl. (2016), Mietverträge Rn. 47.

<sup>56</sup> Hau in: Wolff/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. (2013), Rn. M 67.

<sup>57</sup> Honsell, AcP 186 (1986), 115, 141 ff., der daneben noch deutlichere Worte der Kritik am mietrechtlichen Kündigungssystem äußert.

Kündigung, andererseits – dies betrifft nur die Wohnraummiete – von einer zu unkritischen Übertragung der Rückstandshöhe der fristlosen auf die ordentliche Kündigung geprägt. Der zuletzt genannte Punkt hat erhebliche Sprengkraft, ist er doch geeignet, den wohnraummietrechtlichen Bestandschutz aus den Angeln zu heben. Die Gerichte müssen daher mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, dass sich insbesondere aus einem Zahlungsrückstand i.S.d. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nicht automatisch ein Recht zur ordentlichen Kündigung ergibt, sondern die Tatsacheninstanzen das Recht (und die Pflicht) haben, eine Subsumtion anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Eine jüngere Entscheidung des LG Berlin<sup>58</sup>, die eben diesen Weg beschritten hat, gibt Anlass zur Hoffnung, dass sich diese Linie in der Rechtsprechung durchsetzen könnte.

Die konkreten Ergebnisse dieser Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Das Kündigungsrecht bei Zahlungsrückstand dient dem präventiven Schutz des Vermögens des Vermieters sowie der Korrektur seiner Vermietungsentscheidung.
2. Beim Zahlungsrückstand lassen sich stets ein Betrags- und Zeitfaktor feststellen; beim Zeitfaktor sind Ansammlungs- und Rückstandszeitraum zu unterscheiden. Eine bestimmte Gewichtung beider Faktoren ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.
3. Für den Betragsfaktor ist bei § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nur die monatliche Miete relevant, nicht hingegen Einmalzahlungen wie Forderungen aus Betriebskostenabrechnungen. In der Geschäftsraummiete ist bei § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB aus Gründen der Rechtssicherheit ein Analogie zu § 569 Abs. 3 BGB geboten, so dass – entgegen der Ansicht des BGH – eine Kündigung erst bei einem Rückstand von mehr als einer Monatsmiete möglich ist.
4. Der Zeitfaktor bei § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB regelt den Ansammlungszeitraum, weshalb sich der kündigungsrelevante Rückstand innerhalb von zwei aufeinanderfolgenden Zahlungsterminen angesammelt haben muss. Es gilt eine Gesamtbetrachtung, weshalb nicht erforderlich ist, dass der Rückstand an beiden Terminen nicht unerheblich war.
5. Ein Rückgriff auf die Generalklausel in § 543 Abs. 1 BGB wird durch § 543 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB nur insoweit gesperrt, als es (allein) um die Kündigung wegen des kontinuierlichen Ansammelns eines Rückstands mit der monatlichen Miete geht. Mit Blick auf die ordentliche Kündigung besteht hingegen keine Sperrwirkung.

---

<sup>58</sup> LG Berlin WuM 2017, 83.

6. Eine Ausstrahlungswirkung von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB auf andere Kündigungstatbestände (§§ 543 Abs. 1, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zwecks Ermittlung des kündigungsrelevanten Rückstands ist abzulehnen. Ein „Erst-Recht-Schluss“ zu § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist daher ebenso unzulässig wie die Entwicklung einer anderen, starren Rückstandsgrenze.