

# Die Vermieterkündigung in der Energiekrise

## Mietpreisschutz und die Auslegung von Vertretenmüssen, Verschulden und anderer Kündigungsvoraussetzungen bei Zahlungsrückständen

### Inhalt

I. Einleitung.....	2
II. Geringe subjektive Anforderungen der Rspr. an die Kündigung wegen Zahlungsrückständen .....	2
1. Außerordentliche Kündigung – „Geld hat man zu haben“ .....	2
2. Ordentliche Kündigung – nur ausnahmsweise Entlastung vom Verschulden .....	3
III. Auch sonst kündigungsfreundliche Tendenz der Rspr.....	4
1. keine Abwägung i.R.v. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.....	5
2. Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2, § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB nach dem Gesamtrückstand .....	6
3. Ausstrahlung der Mindestbeträge in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	7
4. kein Abmahnungserfordernis bei der ordentlichen Kündigung .....	9
5. keine Erstreckung der Heilung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB auf die ordentliche Kündigung	9
6. Ausschluss des Widerspruches nach § 574 Abs. 1 S. 2 BGB trotz rechtzeitiger Schonfristzahlung .....	11
IV. Bedeutung des Bestands des Mietverhältnisses für den sozialen Mietpreisschutz.....	12
1. Verwirklichung des sozialen Mietpreisschutzes primär als Bestandsmietschutz .....	12
2. Folge: Zentrale Bedeutung des Kündigungsschutzes für den Mietpreisschutz .....	13
a. Individuelle Perspektive .....	14
b. Gemeinwohlperspektive – „ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen“.....	15
V. Auslegung der Kündigungsvorschriften im Lichte der Bedeutung des Bestands des Mietverhältnisses für den sozialen Mietpreisschutz geboten.....	15
1. Richtungswechsel der Rechtsprechung systematisch-teleologisch geboten .....	15
2. Auslegungsspielräume im Rahmen von Vertretenmüssen und Verschulden sind bestandsmieterhaltend zu nutzen.....	18
VI. Fazit.....	20

## I. Einleitung

Verschulden und Vertretenmüssen als Voraussetzungen der Kündigung bei Zahlungsrückständen sind kein einfaches Thema. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass man diese Kündigungsvoraussetzungen eigentlich gar nicht vernünftig isoliert betrachten kann. Vielmehr muss man, wenn man beurteilen möchte, ob ihr Verständnis angemessen ist, etwas weiter ausholen und insgesamt die Schwelle betrachten, die bei Zahlungsrückständen erreicht sein muss, damit der Vermieter dem Mieter kündigen kann. Ich möchte zunächst das herrschende Verständnis von Verschulden und Vertretenmüssen als Voraussetzung der Kündigung wegen Zahlungsrückständen kurz darstellen (unter II.). Anschließend möchte ich aber auch den Kontext dieses Verständnisses beleuchten und zeigen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung in vielerlei Hinsicht ausgesprochen streng umgeht mit dem Mieter, der nicht rechtzeitig zahlt. Ich möchte erläutern, aus welchen systematisch-teleologischen Erwägungen diese Rechtsprechungslinie aus meiner Sicht zu streng ist, und zwar bereits unabhängig von der Energiekrise, erst recht aber natürlich angesichts besonderer Krisen wie der Energiekrise (III.). Schließlich möchte ich auf Vertretenmüssen und Verschulden zurückkommen und zeigen, welche Korrekturen des herrschenden Verständnisses insofern geboten und dringlich wären (unter IV.).

## II. Geringe subjektive Anforderungen der Rspr. an die Kündigung wegen Zahlungsrückständen

### 1. Außerordentliche Kündigung – „Geld hat man zu haben“

Nun zunächst zum herrschenden Verständnis der subjektiven Voraussetzungen der Kündigung wegen Zahlungsrückständen. Bekanntlich setzt eine außerordentliche Kündigung wegen Mietrückständen nach §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BGB Verzug voraus, ebenso wie die außerordentliche Kündigung wegen Nichtzahlung einer Sicherheitsleistung nach § 551 BGB gemäß §§ 543 Abs. 1, 569 Abs. 2a BGB. Auch wenn dies in § 276 BGB, der die Verantwortlichkeit des Schuldners regelt, so nicht explizit niedergelegt ist<sup>1</sup>, folgt die ganz herrschende Meinung für Geldschulden dem Grundsatz einer Garantiehafung, getreu der Devise: „Geld hat man zu haben.“ Dies gilt auch für den

---

<sup>1</sup> Vgl. auch BT-Drs. 40/6040, S. 132 im Kontext der Streichung des § 279 BGB a.F.: „Der bisherige § 279 wird damit überflüssig. Er muss auch nicht deshalb beibehalten werden, weil aus ihm die Garantiehafung des Geldschuldners folgen würde. Der Grundsatz, dass der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat, ist auch unabhängig von der insoweit problematischen Reichweite des § 279 allgemein anerkannt (Palandt/Heinrichs, § 279 Rdnr. 4) und wird jetzt in § 276 Abs. 1 Satz 1 RE durch die Bezugnahme auf die Natur der Schuld angesprochen.“; näher zur historischen Entwicklung Harke, NZM 2016, 449,454 ff.

vorliegenden Kontext. Für das Vertretenmüssen des Zahlungsrückstandes wird also nicht gefragt, ob der Mieter es fahrlässig oder gar vorsätzlich verursacht hat, dass er womöglich nicht über die notwendigen Mittel zur Zahlung verfügt.<sup>2</sup> So entlastet den Mieter auch der Umstand, dass er auf Sozialleistungen angewiesen ist zur Bestreitung der Miete und diese rechtzeitig beantragt hat, ebenso wenig „wie der Umstand, dass der zuständige Träger der Sozialhilfe nach Kündigungsausspruch zur Übernahme der Mietschulden verpflichtet worden ist“.<sup>3</sup> Unterstellt man also, dass ein finanziell von vornherein eng aufgestellter Mieter infolge aktuell hoher Inflation die Grundmiete nicht mehr bestreiten kann oder hinsichtlich einer nach § 560 Abs. 4 BGB erfolgten Anhebung der Heizkostenvorauszahlung<sup>4</sup> säumig bleibt, so kann der Vermieter – die bisherige Lesart des Gesetzes unterstellt – unter den übrigen Voraussetzungen §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BGB, kündigen, ohne dass der Mieter sich entlasten kann.

## *2. Ordentliche Kündigung – nur ausnahmsweise Entlastung vom Verschulden*

Anders wird die Rechtslage hingegen beurteilt bei der ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Getreu dem Wortlaut des Gesetzes wird hier nicht lediglich Vertretenmüssen, sondern ein schuldhaftes Verhalten gefordert. Dementsprechend erlaubt die Rechtsprechung dem Mieter die Berufung darauf, dass er „unverschuldet in eine wirtschaftliche Notlage gekommen ist“.<sup>5</sup> Für ein mangelndes Verschulden ist allerdings der Mieter darlegungs- und beweispflichtig.<sup>6</sup> Zweifel im Tatsächlichen, ob der Mieter wirklich alles Zumutbare unternommen hat, etwa unverzüglich Anträge auf Wohngeld o.ä. gestellt hat,

---

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 04.02.2015 – VIII ZR 175/14 BGHZ 204, 134, juris Rn. 18 m.w.Nachw.: „Eine solche strengere Haftung besteht aber nach allgemeiner Auffassung bei Geldschulden. Danach befreit eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten, um die es hier geht, den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der (rechtzeitigen) Leistung, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht. Vielmehr hat jedermann nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, das § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB genauso zugrunde liegt wie der Vorgängerregelung des § 279 BGB aF und das im Übrigen auch aus dem geltenden Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht abzuleiten ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen.“ zum Kreditvertrag und bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung BGH, Urt. v. 28.2.1989 – IX ZR 130/88 BGHZ 107, 92, juris Rn. 24: „Zahlungsunfähigkeit befreit den Schuldner auch dann nicht, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht. Nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, das aus dem Grundgedanken des § 279 BGB und dem geltenden Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht abzuleiten ist, hat jedermann für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen.“

<sup>3</sup> S. BGH, Urt. v. 04.02.2015 – BGHZ 204, 134, juris Rn. 17; abl. aber Harke, NZM 2016, 449, 454 ff.

<sup>4</sup> Dazu näher Lehmann-Richter, WuM 2022, 633, 634 ff.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 16.02.2005 – VIII ZR 6/04 NZM 2005, 334 juris Rn. 20; BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508 juris Rn. 26; ebenso BGH, Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 39/15 NJW-RR 2016, 849 juris Rn 17.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 39/15 NJW-RR 2016, 849 juris Rn 17.

um seinen gestiegenen Zahlungspflichten nachzukommen<sup>7</sup>, und ob er nicht umgekehrt Ausgaben getätigt hat, die er mit Blick auf die Mietschuld hätte unterlassen sollen, gehen also zu seinen Lasten.

Schließlich wird in der Literatur nicht ausgeschlossen, dass trotz unverschuldeter Zahlungsnot eine Kündigung nach der Generalklausel des § 573 Abs. 1 BGB möglich bleibt.<sup>8</sup>

### III. Auch sonst kündigungsfreundliche Tendenz der Rspr.

Sind damit also nach der gängigen Lesart des Gesetzes die subjektiven Anforderungen an die außerordentliche wie auch die ordentliche Kündigung bei Zahlungsrückständen des Mieters gering, so steht dies im Kontext einer ganz generellen Tendenz gerade auch der jüngeren Rechtsprechung, die Kündigungsvorschriften bei Zahlungsrückständen ausgesprochen mieterfeindlich auszulegen. Die ersichtlich fehlende wechselseitige gesetzliche Koordination der Beendigungstatbestände – außerordentliche Kündigung einerseits und ordentliche Kündigung andererseits – wird nicht im Sinne einer systematisch-teleologischen Auslegung und Rechtsfortbildung mit dem Ergebnis einer stimmigen und angemessenen Gesamtkonzeption der Zahlungsverzugskündigung überwunden. Vielmehr werden ganz im Gegenteil mieterschützende Hürden und Grenzen des einen Kündigungstatbestandes sehenden Auges so ausgelegt, dass sie durch eine (hilfsweise) Kündigung nach dem anderen Kündigungstatbestand im Ergebnis ihre praktische Wirkung verlieren, das, was man im Europarecht den *effet utile* nennt. Und dies, obwohl das Doppelregime von außerordentlicher Kündigung und ordentlicher Kündigung bei Zahlungsrückständen ersichtlich darauf beruht, dass die maßgeblichen Regelungen unterschiedlichen gesetzlichen Entwicklungsschichten, Entstehungszeitpunkten und Reformperspektiven zuzuordnen sind und dies schon vielfach zurecht aufgezeigt wurde.<sup>9</sup> Der BGH wird dennoch nicht müde zu betonen, nicht mehr tun zu

---

<sup>7</sup> S. dazu auch MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 83, 89; Lehmann-Richter, WuM 2022, 633, 638

<sup>8</sup> S. MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 83.

<sup>9</sup> Besonders offensichtlich für die Heilungsregelungen bei Zahlungsrückständen, also die Vorläufer der heutigen § 543 Abs. 2 S. 2 und 3, § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB, die 1923 als § 3 des Gesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter (MieterSchG) erlassen wurden, vgl. RGBl. I 353. Damals musste auf Aufhebung des Mietverhältnisses geklagt werden, wobei eine hilfsweise ordentliche Kündigung nicht zulässig, sondern § 3 MieterSchG abschließend war. Als man diese dann mit dem Ersten Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften v. 29.7.1963 als § 554 BGB in das BGB übernahm, s. BGBl. I 505, hatte man keinen Anlass, eine Heilungserstreckung auf die ordentliche Kündigung anzuordnen, und zwar deshalb nicht, weil die Reform das spezielle Aufhebungsregime gerade beseitigte und die ordentliche (befristete) Kündigung ohne besondere Voraussetzungen ermöglichte (dazu BT-Drs. 3/1234 v. 6.8.1959, S. 65 f. und BT-Drs. IV/806 v. 5.12.1962, S. 11, wo es heißt: „...muß bei einem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Mietverhältnis mit einer Kündigung nach § 565 stets gerechnet werden“, wobei § 565 BGB a.F. schon seit 1900 die Kündigungsfristen regelte). Folglich konnte damals fristgemäß aus beliebigem Grund ordentlich gekündigt werden und kam in diesem Kontext der außerordentlichen Kündigung nur mehr die Bedeutung zu, über den Zeitpunkt der Beendigung des

müssen und methodenrechtlich nicht mehr tun zu können, als gleichsam achselzuckend auf den Gesetzgeber zu verweisen.<sup>10</sup> Ich halte diese höchstrichterliche Auslegung der maßgeblichen Vorschriften der beiden Zahlungskündigungsregime schon ganz unabhängig von Energiekrise und Inflation für dringendst korrekturbedürftig. Es ist selbstverständlich die Aufgabe der Rechtsprechung, auch unvollkommene und einander in ihrer Wirkung beschneidende Rechtsschichten möglichst so auszulegen und fortzubilden, dass insgesamt angemessene und möglichst widerspruchsfreie Ergebnisse erzielt werden. Insbesondere ergibt sich entgegen dem BGH<sup>11</sup> ein angeblich eindeutiger Wille des Gesetzgebers nicht bereits daraus, dass Reformvorstöße erfolglos bleiben. Dies hat das zurecht in Sachen Schonfristregime widerspenstige und seinen Rechtsprechungsauftrag aus Art. 97 Abs. 1 GG ernst nehmende LG Berlin<sup>12</sup> und haben auch andere<sup>13</sup> längst überzeugend dargetan. Ich möchte nun die wesentlichen einschlägigen Auslegungsfragen kurz ins Gedächtnis rufen.

*1. keine Abwägung i.R.v. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB*

---

Mietverhältnisses zu entscheiden scheiden, hingegen nicht mehr über das Ob. Eine Erstreckung der Heilungswirkung auf die ordentliche Kündigung wäre folglich schon technisch schwierig gewesen. Denn einer aus beliebigem Grund zulässigen ordentlichen Kündigung lässt sich doch gar nicht ansehen, ob sie wegen Zahlungsverzuges erfolgte. Grund für eine Erstreckung des Heilungsregimes auf die ordentliche Kündigung hätte allerdings die Begrenzung der ordentlichen Kündigung durch Art. 1 § 1 des Wohnraumkündigungsschutzgesetzes v. 25.11.1971, BGBl. I 1839, und deren Übernahme als § 564b BGB als Vorläufer des heutigen § 573 BGB im Jahre 1974 in das BGB durch das Zweite Wohnraumkündigungsschutzgesetz v. 21.12.1974 BGBl. I 3603 geboten. Dass der Gesetzgeber dies damals unterlassen hat, ist bedauerlich, angesichts der mangelnden expliziten Regelung der Zahlungsverzugskündigung im Rahmen der ordentlichen Kündigung und überhaupt der Komplexität des Zusammenspiels beider Rechtsschichten aber auch wenig überraschend, worauf in der Literatur zurecht schon vielfach hingewiesen wurde, s. zum Ganzen nur statt vieler Scholl, WuM 1993, 99 ff. u. zuletzt Häublein/Lehmann-Richter, JZ 2023, 89 ff. m.w.Nachw.

<sup>10</sup> S. nur BGH, Urt.v. 5.10.2022 – VIII ZR 307/21 NJW-RR 2023, 2022, Leitsatz Ziff. 2 zur mangelnden Erstreckung der Schonfristzahlung auf die ordentliche Kündigung: „Diese (beschränkte) Wirkung des Nachholrechts des Mieters entspricht dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, so dass der an Gesetz und Recht gebundene Richter (Art. 20 Abs. 3 GG) diese Entscheidung nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen darf, die so im Gesetzgebungsverfahren (bisher) nicht erreichbar war.“

<sup>11</sup> S. den Nachw. in der vorhergehenden Fn.

<sup>12</sup> S. LG Berlin, Urt. v. 01.07.2022 – 66 S 200/21 juris Rn. 57: „Der Umstand, dass gesetzliche Vorschriften existent und nicht verändert worden sind, zwingt die Gerichte dazu, den vorzugswürdigen Inhalt der Gesetze in ihrer unveränderten Gestalt zu bestimmen und anzuwenden. Dafür ist es untunlich, schlichte Mutmaßungen darüber anzustellen, was der „heutige Gesetzgeber“ womöglich aktuell zu einer Vorschrift meint, die seit 20 Jahren in Kraft ist und seitdem nie geändert worden ist. Soweit der Erlass von Gesetzen Nebenwirkung auf eine (selbst unverändert gebliebene) Regelung haben kann, sind solche selbstverständlich sorgfältig zu ermitteln. Die Vorstellung aber, schon die Unterlassung einer Gesetzgebung bringe in gleicher Weise wie ein Gesetz zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber mit einer bestimmten unter mehreren bei den Gerichten herrschenden Ansichten zu einer Norm explizit einverstanden sei, erscheint fernliegend“; für Erstreckung des Schonfristregimes auf die ordentliche Kündigung auch bereits LG Berlin, Urt. v. 30.03.2020 – 66 S 293/19; dem schließt sich an AG Schwandorf, Urt. v. 08.08.2022 – 2 C 216/22, juris Rn. 30 ff.

<sup>13</sup> S. nur zuletzt Häublein/Lehmann-Richter, JZ 2023, 92 m.w.Nachw.

§§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BGB enthalten eine gesetzliche Vertypung der allgemeinen Generalklausel des wichtigen Grundes, wie sie nach § 543 Abs. 1 BGB zur Kündigung berechtigt. Der BGH versteht dies dahin, dass dann, wenn §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BGB tatbestandlich erfüllt sind, „eine Berücksichtigung von persönlichen Umständen und Zumutbarkeitserwägungen grundsätzlich nicht statt[findet]“, also „die in § 543 Abs. 1 BGB genannten Abwägungsvoraussetzungen nicht noch zusätzlich erfüllt sein müssen.“<sup>14</sup> Raum für eine Abwägung, dass aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles der Zahlungsverzug nicht so schwer wiegt, um die Kündigung zu rechtfertigen bzw. dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses zuzumuten ist, soll es also prinzipiell nicht geben.

## *2. Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2, § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB nach dem Gesamtrückstand*

Weiter favorisiert der BGH auch bei der Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2, § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB eine mieterfeindliche Auslegung. Danach soll die Erheblichkeit nicht für jeden Teilrückstand zu fordern sein, sondern „allein nach der Gesamthöhe der beiden rückständigen Teilbeträge zu bestimmen“ sein.<sup>15</sup> Dabei lässt das Gesetz nach Auffassung des BGH „für eine darüberhinausgehende gesonderte Bewertung der Höhe der einzelnen monatlichen Rückstände im Verhältnis zu jeweils einer Monatsmiete und damit für eine richterliche Anhebung der Anforderungen an eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs [...] keinen Raum“.<sup>16</sup> Diese Einordnung einer abweichenden Auslegung der Norm als „richterliche Anhebung“ der Kündigungsanforderungen erscheint methodisch fragwürdig. Denn weder der Wortlaut von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB noch von § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB ist eindeutig hinsichtlich der Frage, ob nicht zusätzlich zu der in § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB festgelegten Erheblichkeitsschwelle, die mit „rückständige[m] Teil“ einigermaßen eindeutig den Gesamtbetrag in Bezug nimmt<sup>17</sup>, auch für den rückständigen Teilbetrag eine gewisse

---

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 04.02.2015 – VIII ZR 175/14 BGHZ 204, 134, juris Leitsatz Ziff. 1 u. Rn. 21 m.w.Nachw.; ebenso bereits BGH, Urt. v. 15.04.1987 – VIII ZR 126/86 juris Rn. 25.

<sup>15</sup>S. BGH, Urt. v. 08.12.2021 – VIII ZR 32/20 juris Leitsatz Ziff. 1 u. Rn. 16 ff.

<sup>16</sup> S. den Nachw. in der vorhergehenden Fn.

<sup>17</sup> Dass hier der Gesamtrückstand gemeint sein muss, ergibt sich einigermaßen deutlich daraus, dass eine von zwei (ganz oder teilweise) ausstehenden Monatsmieten per se nicht eine Monatsmiete übersteigen kann. Allerdings sind für die Fälligkeit der Mietzahlung nach § 556b BGB auch andere Zeitabschnitte (Vierteljahr, Jahr usw.) denkbar, s. Staudinger/Emmerich, Neubearb. 2021 § 556b Rn. 12 f.; Gellwitzki, WuM 2001, 373 ff., so dass der Wortlaut auch eine andere Deutung zuließe, die aber im Widerspruch dazu stünde, dass üblicherweise monatliche Mietzahlung vereinbart wird.

Erheblichkeit gefordert wird. Denn dass beide Regelungen zu der Frage schweigen, wie genau die Erheblichkeit des Teilbetrages zu bestimmen ist, heißt nicht notwendig, dass es keine solche Erheblichkeitsschwelle gibt.<sup>18</sup> Dafür spricht vielmehr, dass auch die im BGB von 1900 enthaltene Vorgängerregelung in § 554 BGB a.F. so ausgelegt wurde, dass der jeweilige Teilrückstand erheblich sein musste.<sup>19</sup> Ferner wird eine solche Auslegung durch den Zusatz in § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB gestützt, dass „nur“ und nicht etwa „schon“ bei einem entsprechenden Gesamtrückstand eine Erheblichkeit gegeben ist. Dies deutet darauf hin, dass die Regelung die allgemeine Schwelle in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB zugunsten des Mieters eher erschweren und nicht etwa erleichtern möchte. Sollte man also bei allgemeiner Auslegung von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB so wie früher das Reichsgericht für § 554 BGB a.F.<sup>20</sup> zu dem Schluss gelangen, dass der jeweilige Teilrückstand erheblich sein muss, so ergibt sich folglich aus § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB, der nur die Erheblichkeit der Gesamtschwelle klärt, nichts Abweichendes. Jedenfalls befindet man sich meines Erachtens klar im Bereich der „einfachen“ Gesetzesauslegung und nicht etwa der richterlichen Rechtsfortbildung, wenn man auch für den Teilrückstand eine gewisse Erheblichkeit fordert. Der BGH lässt übrigens offen, ob der Kündigung unter besonderen Umständen des Einzelfalls nicht der Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegensteht, wenn der Rückstand eine Monatsmiete „nur um einen Cent“ übersteigt.<sup>21</sup>

### *3. Ausstrahlung der Mindestbeträge in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB*

Eine weitere bemerkenswerte Facette der herrschenden Auslegung der beiden Kündigungsregime besteht darin, dass die Mindestrückstände, die in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung angeordnet werden, vielfach ohne größeres Hinterfragen erst recht für die ordentliche Kündigung gleichsam als

---

<sup>18</sup> Insoweit übereinstimmend mit dem BGH, s. Rn. 15, aber die überwiegende Kommentarliteratur, s. die Nachw. in BGH, Urt. v. 08.12.2021 – VIII ZR 32/20 juris Rn. 15 f.

<sup>19</sup> S. RGZ 86, 334, 335, wo es heißt: „Die Frage, ob ein Teilrückstand zu geringfügig ist, um eine Kündigung zu rechtfertigen, ist daher nach dem Verhältnis des rückständigen Teilbetrags zu der betreffenden Rate, nicht nach dem Gesamtbetrage der Rückstände aus beiden Raten zu beurteilen“. Dies ist bemerkenswert, wenn man bedenkt, dass § 554 Abs. 1 BGB a.F. überhaupt keine explizite Erheblichkeitsschwelle enthielt, sondern lautete: „Der Vermieter 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. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Miether den Vermieter befriedigt, bevor sie erfolgt.“

<sup>20</sup> S. den Nachw. in Fn. 19.

<sup>21</sup> S. BGH, Urt. v. 08.12.2021 – VIII ZR 32/20 juris Rn. 30; für Rechtsmissbrauch in solchen Fällen MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 47.

Obergrenze übernommen werden, folglich die ordentliche Kündigung sogar bei geringeren Rückständen zulässig sein soll<sup>22</sup>. Dahinter steckt die Überlegung, die außerordentliche Kündigung sei gravierender als die ordentliche. Auch die Anerkennung einer solchen Ankerwirkung der gesetzlichen Mindestrückstände für die außerordentliche Kündigung im Rahmen der ordentlichen Kündigung ist nicht unproblematisch. Dies deshalb, weil damals, als man die Mindestrückstände im Jahre 1964 mit dem Ersten Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29.7.1963 als § 554 BGB in das BGB übernahm, die ordentliche (befristete) Kündigung ohne Weiteres ermöglicht und gerade nicht an ein berechtigtes Interesse des Vermieters geknüpft wurde.<sup>23</sup> Anders als heute entschied die außerordentliche Kündigung damit im Ergebnis gar nicht über das Ob der Beendigung des Mietverhältnisses, sondern nur über das Wann, eben weil jederzeit ohne besonderen Grund fristgemäß gekündigt werden konnte. (Auch) insofern ist gewiss dem Gesetzgeber vorzuwerfen, dass er bei der späteren Einführung der Beschränkung der ordentlichen Kündigung<sup>24</sup> nicht insgesamt geprüft hat, was die angemessene Hürde für eine Kündigung bei Zahlungsrückstand sein soll. Dieses gesetzgeberische Versäumnis ändert aber nichts daran, dass die Tragweite der Zahlungsrückstandskündigung heute eine ganz andere ist als unter einem System der frei zulässigen ordentlichen Kündigung. Den für die außerordentliche Kündigung gesetzlich geforderten Mindestrückständen kann deshalb nach meinem Dafürhalten allenfalls eine Ausstrahlungswirkung auf die heute unzweifelhaft beschränkte ordentliche Kündigung im Sinne einer Untergrenze dahin zugebilligt werden, dass auch diese regelmäßig zu unterbleiben hat, wenn die Mindestrückstände für die außerordentliche Kündigung verfehlt werden.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> S. BGH, Urt. v. 10.10.2012 – VIII ZR 107/12 juris Leitsatz Ziff. 1 u. Rn. 19 (m. Nachw. auch der Gegenansicht in Rn. 16 ff.): „Eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs ist auch unterhalb der für die fristlose Kündigung geltenden Grenze des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB möglich. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters liegt jedoch nicht vor, wenn der Mietrückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt.“; deutlich für ein entsprechendes Stufenverhältnis der Kündigungstatbestände MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 71 m.w.Nachw.

<sup>23</sup> S. dazu schon eingehend Fn. 9 m.w.Nachw.

<sup>24</sup> S auch dazu schon Fn. 9 m.w.Nachw.

<sup>25</sup> In diesem Sinne immerhin BGH, Urt. v. 14.07.2010 – VIII ZR 267/09 juris Rn. 20 ff. gegen die Zulässigkeit einer außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung nach rechtzeitiger Schonfristzahlung, jedoch unterbliebenem Ausgleich der Verfahrenskosten im Prozess: „Wenn man dem Vermieter in dieser Situation das Recht zugesteht, allein wegen der offenen Prozesskosten das Mietverhältnis ordentlich oder erneut außerordentlich zu kündigen, würde ihm hierdurch die Möglichkeit eröffnet, die vom Gesetzgeber zur Vermeidung der Obdachlosigkeit des Mieters getroffenen Vorkehrungen zu umgehen und die Auflösung des Mietverhältnisses ausschließlich aus Gründen zu erreichen, die der Gesetzgeber nur für eingeschränkt schutzwürdig erachtet hat“; ähnl. auch etwa MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 71.



#### 4. kein Abmahnungserfordernis bei der ordentlichen Kündigung

Zu Ungunsten des Mieters wirkt es sich auch aus, dass der BGH bei der ordentlichen Kündigung auf eine vorherige Abmahnung verzichtet. Vielmehr soll nur ausnahmsweise die Missachtung einer Abmahnung der Vertragsverletzung das für die Kündigung erforderliche Gewicht verleihen können.<sup>26</sup> Damit ist also gleichsam die fehlende Abmahnung für den Vermieter unschädlich, die erfolgte Abmahnung aber für den Mieter ausnahmsweise schädlich. Bemerkenswert ist dabei, dass der BGH den angeblich fehlenden Bedarf für eine Abmahnung maßgeblich damit begründet, dass die ordentliche Kündigung Verschulden des Mieters voraussetze. Damit habe es der Mieter selbst in der Hand, ob er dem Vermieter Anlass zur Beendigung des Mietverhältnisses biete.<sup>27</sup> Diese Argumentation leugnet meines Erachtens zu Unrecht einen Zusammenhang zwischen Mahnung und Verschulden. Das Verschulden eines Schuldners, der trotz Mahnung oder Abmahnung nicht leistet, ist aber deutlich qualifiziert gegenüber dem schlicht nichtleistenden Schuldner. Dies zeigt ganz allgemein und in aller Deutlichkeit das Mahnungserfordernis im Rahmen des Verzuges nach § 286.<sup>28</sup> Da wie dargelegt hohe Anforderungen an die Entlastung vom Verschulden bestehen, muss der Verzicht auf das Abmahnungserfordernis bei der ordentlichen Kündigung im Ergebnis typischerweise dazu führen, dass die hilfsweise ordentlich erklärte Kündigung auch dann durchgreift, wenn die für die außerordentliche Kündigung in § 543 Abs. 3 S. 1 BGB grundsätzlich angeordnete Abmahnung unterblieben ist. Das Abmahnungserfordernis wird damit in seinem *effet utile* unterminiert.

#### 5. keine Erstreckung der Heilung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB auf die ordentliche Kündigung

Nur kurz möchte ich zu der wohl gravierendsten und dementsprechend zurecht besonders hartnäckig und anhaltend kritisierten Durchkreuzung eines Mieterschutzmechanismus‘ durch die Verweigerung einer Erstreckung auf das alternative gesetzlich verfügbare Kündigungsregime kommen: Die mangelnde Erstreckung der gesetzlichen

---

<sup>26</sup> S. BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508 juris Leitsatz u. Rn. 21 (m.Nachw. auch der Gegenansicht), 22 ff., 26; dagegen überzeugend auch Streyll, WuM 2013, 454, 459 f.

<sup>27</sup> S. BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508 juris Rn. 25.

<sup>28</sup> Dazu, dass der grundsätzlich eine Mahnung voraussetzende Schuldnerverzug die Schwelle der Verantwortlichkeit des Schuldners bestimmt, bereits Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 36 Anm. 2; zum Ganzen näher Gsell, FS Canaris, 2007, 337, 349 f. m.w.Nachw.

Schonfristmechanismen auf die ordentliche Kündigung.<sup>29</sup> Es ist dem BGH sowohl vom *Landgericht Berlin*<sup>30</sup> als auch in der Literatur jüngst nochmals von *Häublein* und *Lehmann-Richter*<sup>31</sup> sehr deutlich vor Augen geführt worden, dass er sich im Ergebnis, aber auch methodologisch mit seiner Behauptung, das Schonfristregime ziele lediglich auf Vermeidung kurzfristiger Obdachlosigkeit, nicht aber darauf, dem Mieter seine Wohnung dauerhaft zu erhalten<sup>32</sup> genauso wie mit der Einschätzung, das Schonfristregime dürfe aus Gewaltenteilungsgründen mangels Erfolgs entsprechender Gesetzesinitiativen nicht richterlich auf die ordentliche Kündigung erstreckt werden<sup>33</sup>, auf dem Holzweg befindet. Ich kann mich dem nur mit Nachdruck anschließen. Und ich möchte auch nicht mein Erstaunen über die methodische Begründung des *judicial self-restraint* des VIII. Zivilsenates<sup>34</sup> in dieser Frage verhehlen. Wenn man bedenkt, mit welcher methodischen Unbekümmertheit, ja Leichtfüßigkeit der VIII. Zivilsenat sonst bei der Rechtsfortbildung zugange ist, so beispielsweise in Fällen einer unwirksamen Renovierungsklausel in AGB bei Anmietung einer unrenovierten Wohnung<sup>35</sup>, dann reibt man sich doch verwundert die Augen. Da hilft es auch wenig, wenn der BGH es für möglich hält, dass die Berufung auf die Kündigung trotz Schonfristzahlung „bei tatrichterlicher Würdigung der konkreten Einzelfallumstände“ als treuwidrig erscheint<sup>36</sup> bzw. in einer schon etwas älteren Entscheidung immerhin zulassen wollte, dass die Schonfristzahlung im Rahmen der Beurteilung des Verschuldens des Mieters berücksichtigt wird, „weil sie ein etwaiges Fehlverhalten in einem milderem Licht erscheinen

---

<sup>29</sup> S. BGH, Urt. v. 16.02.2005 – VIII ZR 6/04 NZM 2005, 334 juris Rn. 13 ff. u. zuletzt BGH, Urt. v. 05.10.2022 – VIII ZR 307/21 juris Leitsatz Ziff. 1 u. 2 u. Rn. 12 ff. m.Nachw. auch der Gegenansicht in Rn. 17; s. ferner die Nachw. in Fn. 9.

<sup>30</sup> S. die Nachw. in Fn. 12.

<sup>31</sup> S. den Nachw. in Fn. 13.

<sup>32</sup> S. nur jüngst BGH, Urt. v. 13.10.2021 – VIII ZR 91/20 NJW-RR 2022, 80, juris Rn. 59 (gegen LG Berlin, Urt. v. 30.3.2020 – 66 S 293/19): „Für die Annahme des Berufungsgerichts, die Schonfristzahlung ziele darauf, "den vom Gesetzgeber gewünschten (dauerhaften) Verbleib" in der Wohnung ungeachtet einer zu der fristlosen Kündigung hinzutretenden (ordentlichen) Kündigung wegen Zahlungsverzugs zu sichern [...], finden sich in den Materialien keine belastbaren Anhaltspunkte und solche benennt auch das Berufungsgericht nicht.“

<sup>33</sup> S. nur BGH, Urt. v. 05.10.2022 – VIII ZR 307/21 juris Rn. 19.

<sup>34</sup> S. nur BGH, Urt. v. 05.10.2022 – VIII ZR 307/21 juris Leitsatz Ziff. 2 u. Rn. 19, wo gescheiterte Reforminitiativen in eine „mehrfach zum Ausdruck gebrachte - gesetzgeberische Entscheidung“ umgemünzt werden, an die der BGH gebunden sei, und dies, obwohl historisch die Heilung überhaupt die Aufhebung des Mietverhältnisses ausschloss, eine ordentliche Kündigung also gerade nicht zulässig bleib, dazu die Nachw. in Fn. 9.

<sup>35</sup> S. BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18 u. VIII ZR – 270/18 NZM 2020, 704 u. 710, kritisch Gsell/Mayrhofer, NZM 2020, 1065 ff. m.w.Nachw.

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 16.02.2005 – VIII ZR 6/04 NZM 2005, 334 juris Rn. 20; s. auch BGH, Urt. v. 20.07.2016 – VIII ZR 238/15 WuM 2016, 682 juris Rn. 18, wo die „mildere Licht“-Erwägung § 242 BGB und dem Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zugeordnet wird.

lässt.“<sup>37</sup> Denn wann das genau der Fall sein soll, lässt sich kaum rechtssicher prognostizieren.<sup>38</sup>

#### 6. Ausschluss des Widerspruches nach § 574 Abs. 1 S. 2 BGB trotz rechtzeitiger Schonfristzahlung

Ich komme nun zu einer letzten von der Rechtsprechung dermaßen mieterfeindlich ausgelegten gesetzlichen Regelung, dass ihr *effet utile* bei der Zahlungskündigung im Ergebnis typischerweise verhindert wird: Gemeint ist das Recht zum Widerspruch nach § 574 BGB wegen nicht zu rechtfertigender Härte. Gemäß § 574 Abs. 1 S. 2 BGB greift das Widerspruchsrecht jedoch nicht, wenn ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund vorliegt. Der BGH legt diese Ausschlussklausel nun so weit aus, dass ein Zahlungsrückstand, der wegen Schonfristzahlung im Ergebnis gerade keine wirksame außerordentliche Kündigung hervorbringt, gleichwohl als fortbestehender außerordentlicher Kündigungsgrund betrachtet wird und so verhindert, dass der – nach Auffassung des BGH trotz Schonfristzahlung möglichen<sup>39</sup> – ordentlichen Kündigung ein Widerspruch entgegengehalten werden kann.<sup>40</sup> Es wird sozusagen für den Mieter ausschließlich das Schlechteste aus beiden Welten herausgegriffen und kombiniert: Obwohl innerhalb der Welt der außerordentlichen Kündigung im Ergebnis gar kein Kündigungsgrund vorliegt, wird der dafür geltende Ausschluss des Widerspruches auf den allein durchgreifenden ordentlichen Kündigungsgrund übertragen, für den das Gesetz einen solchen Ausschluss nicht vorsieht. Mich überzeugt dies vor allem aus teleologischen Erwägungen nicht: Wenn die Heilungswirkung der Schonfristzahlung so stark ist, dass sie dem Vermieter bei allein außerordentlicher Kündigung die Fortsetzung des Mietverhältnisses zumutet, dann kann doch der außerordentliche Kündigungsgrund dem weniger weitreichenden Widerspruch sinnvollerweise ebenfalls nicht mehr länger entgegenstehen. Erreichen lässt sich dies

---

<sup>37</sup> S. BGH, Urt. v. 19.09.2018 – VIII ZR 231/17 BGHZ 220, 1 juris Rn. 43.

<sup>38</sup> S. nur die berechtigte Kritik von LG Berlin, Urt. v. 30.03.2020 – 66 S 293/19 juris Rn. 54, 74; LG Berlin, Urt. v. 01.07.2022 – 66 S 200/21 juris Rn. 76 ff.

<sup>39</sup> S. dazu unter 5.

<sup>40</sup> S. BGH, Urt. v. 01.07.2020 – VIII ZR 323/18 NZM 2020 834 juris – Leitsatz Ziff. 2 u. Rn. 27: „Der nach Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung unter den Voraussetzungen des § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB gegebene Anspruch des Mieters auf Fortsetzung des Mietverhältnisses ist nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen, wenn ein Grund vorliegt, der den Vermieter zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Vermieter die außerordentliche Kündigung erklärt hat; es genügt, wenn dem Vermieter bei Zugang der ordentlichen Kündigung (auch) ein Recht zur fristlosen Kündigung zusteht.“ In diesem Sinne auch bereits (ohne jede Begründung) BGH, Urt. v. 16.02.2005 – VIII ZR 6/04 NZM 2005, 334 juris Rn. 20.

konstruktiv problemlos durch die Annahme, dass die Schonfristzahlung den außerordentlichen Kündigungsgrund auch mit Wirkung für § 574 BGB beseitigt.<sup>41</sup>

#### IV. Bedeutung des Bestands des Mietverhältnisses für den sozialen Mietpreisschutz

Ich habe es bereits angedeutet: Nach meinem Dafürhalten wäre – oder besser gesagt – ist es sehr wohl Aufgabe des BGH, durch Auslegung und erforderlichenfalls auch wortlautübersteigende Rechtsfortbildung *praeter legem*, die beiden gesetzlichen Kündigungsregime *bereits de lege lata* in systematischer und teleologischer Auslegung so zu interpretieren, dass sie sich nicht in ihren mieterschützenden Aspekten gegenseitig ausschalten, sondern sich ein möglichst stimmiges und angemessenes, selbstverständlich auch Vermieterbelange hinreichend Rechnung tragendes Gesamtsystem ergibt, das zudem eine sinnvolle Verzahnung mit dem Sozial(hilfe)recht ermöglicht. Dies gilt schon generell, aber erst recht sind Mieterinnen und Mieter in Krisenzeiten auf einen wohlverstandenen Kündigungsschutz angewiesen. Bevor ich mich wieder speziell dem Vertretenmüssen und dem Verschulden bei Zahlungsrückständen zuwende, möchte ich nachfolgend kurz umreißen, welche teleologische Erwägung es allgemein und erst recht in Krisenzeiten rechtfertigt, die Voraussetzungen der Kündigung wegen Zahlungsrückständen enger zu verstehen als dies derzeitiger Rechtsprechungspraxis des BGH entspricht. Ein maßgeblicher Belang, der ein engeres Verständnis der Kündigungsvoraussetzungen rechtfertigt, ist aus meiner Sicht die zentrale Bedeutung des Bestands des Mietverhältnisses für den sozialen Mietpreisschutz.

##### 1. Verwirklichung des sozialen Mietpreisschutzes primär als Bestandsmietschutz

Es dürfte allgemein bekannt sein, dass es auf angespannten Mietmärkten in Deutschland eine starke Diskrepanz gibt zwischen der Höhe von Neuvermietungsmieten und derjenigen von Bestandsmieten aus älteren Mietverträgen.<sup>42</sup> Dies liegt daran, dass grundsätzlich nur die

---

<sup>41</sup> I.E. ebenso MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 574 Rn. 32; für Rückwirkung der Schonfristzahlung auch

<sup>42</sup> S. z.B. die Pressemitteilung Nr. N 001 v. 1.10.2019 zu den Ergebnissen der Mikrozensus-Erhebung des Statistischen Bundesamtes aus dem Jahre 2018, abrufbar (am 14.03.2023) unter [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/10/PD19\\_N001\\_129.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/10/PD19_N001_129.html), wonach in den sieben größten Metropolen die seit 2015 eingezogenen Mieterinnen und Mieter ein Fünftel mehr zahlen als Personen mit älteren Mietverträgen.; s. ferner die

Pressemitteilung Nr. N 071 vom 19.12.2022 zu Vorabergebnissen des Mikrozensus zur Wohnsituation für das erste Halbjahr 2022, abrufbar (am 14.03.2023) unter [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/12/PD22\\_N071\\_12\\_63.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/12/PD22_N071_12_63.html), wonach in Großstädten bei Neuvermietungen ab 2019 oder später rund 18 % mehr als die durchschnittliche Nettokaltmiete für Wohnungen in Metropolen bezahlt wurde; zu diesen Ungleichlagen und deren Folgen auch bereits Gsell, NZM 2017, 305, 308 ff.

Bestandsmieten reguliert, also begrenzt sind, während die Neuvermietungsmieten frei vereinbart werden können, soweit nicht die „Mietpreisbremse“ eingreift. Mit anderen Worten: Sozialer Mietpreisschutz verwirklicht sich nach dem Gesetz grundsätzlich als Bestandsmietschutz. Selbst unter der örtlichen Geltung der „Mietpreisbremse“ bestehen preisliche Divergenzen zwischen Alt- und Neuvertragsmieten typischerweise fort, und zwar einmal deshalb, weil bei Neuvermietung die ortsübliche Vergleichsmiete nach § 556d Abs. 1 BGB um bis zu 10 Prozent überschritten werden darf, in deren Berechnung im Übrigen nach § 558 Abs. 2 S. 1 BGB nur Neuvertragsschlüsse und Mietänderungen der letzten sechs Jahre einfließen, nicht aber der gesamte Mietbestand<sup>43</sup>.

Die deutliche Segmentierung der Mietpreise in Altmietvertragsmieten und Neumietvertragsmieten folgt aber – selbst bei Geltung der „Mietpreisbremse“ – auch daraus, dass nicht alle Bestandsvermieter zu allen Zeiten die Möglichkeit zur Anpassung der Miete an die ortsübliche Vergleichsmiete ausgeschöpft haben. Eine betragsmäßig an sich mögliche Nachholung unterliegt dann aber durchaus erheblichen mieterschützenden Grenzen. So muss die letzte Mieterhöhung nach § 558 Abs. 1 S. 1 BGB mindestens fünfzehn Monate her sein, und müssen nach § 558 Abs. 3 BGB Kappungsgrenzen von 20% oder gar – soweit eine entsprechende landesrechtliche Verordnung existiert – von 15% binnen drei Jahren eingehalten werden. Dabei dürfte die im Jahre 2013 eingeführte Ermächtigung zur landesrechtlichen Senkung der Kappungsgrenze auf 15%<sup>44</sup> die Segmentierung der Mietpreise noch weiter befördern. Mit anderen Worten: Bei Altmietverträgen liegt die geschuldete Miete nicht selten deutlich unter der ortsüblichen Vergleichsmiete. Sie darf aber dennoch aus Gründen des Mieterschutzes nicht zeitnah an diese angepasst werden.

## *2. Folge: Zentrale Bedeutung des Kündigungsschutzes für den Mietpreisschutz*

Verwirklicht sich also der gesetzliche soziale Mietpreisschutz maßgeblich im Bestandsmietverhältnis, so bedeutet dies zugleich, dass der Kündigungsschutz zentrale Bedeutung für den Preisschutz des Mieters erlangt. Denn bei Kündigung geht das Bestandsmietverhältnis eben gerade verloren. Dies hat der Gesetzgeber auch durchaus

---

<sup>43</sup> Kritisch gegenüber der 1983 durch Art. 2 und Art. 6 des Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen, BGBl. I 1982, 1912 eingeführten Ausklammerung älterer Verträge Gsell, NZM 2017, 305, 310. Immerhin wurde die maßgebliche Frist von vier auf sechs Jahre erhöht, und zwar durch das Gesetz zur Verlängerung des Betrachtungszeitraums für die ortsübliche Vergleichsmiete v. 21.12.2019, BGBl. I 2911 (in Kraft getreten am 1.1.2020).

<sup>44</sup> S. das Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG) v. 11.03. 2013, BGBl.

anerkannt, so wenn er in § 573 Abs. 1 S. 2 BGB explizit die Änderungskündigung zum Zwecke der Mieterhöhung ausschließt.

#### a. Individuelle Perspektive

Nun mag man vielleicht denken wollen, dass ein Altvermieter, der die Miete in der Vergangenheit nur zögerlich angepasst hat, vermutlich auch bei Zahlungsrückständen nicht gleich eine Kündigung aussprechen wird. Tatsächlich stellt man aber fest, wenn man die einschlägige BGH-Rechtsprechung stichprobenweise unter diesem Aspekt untersucht, dass es häufig nicht die ursprünglichen Vermieter, sondern spätere Erwerber der Immobilie sind, die wegen Zahlungsrückständen kündigen.<sup>45</sup> Dies kann nicht überraschen. Der Markt preist einen Bestandsmietvertrag bei der Preisbildung für die Immobilie erwiesenermaßen ein<sup>46</sup> und wird dies erst recht tun, wenn die Vertragsmiete deutlich unter dem ortsüblichen Niveau liegt. Dies bedeutet, dass für Vermieter-Erwerber ein handgreiflicher ökonomischer Anreiz besteht, den Bestandsmieter loszuwerden zugunsten einer teureren Neuvermietung oder Weiterveräußerung. Auf angespannten Wohnungsmärkten wie Berlin wird die Zahlungsrückstandskündigung für den Vermieter gleichsam zum Lottogewinn. Der Wert der betroffenen Wohnung erhöht sich schlagartig beträchtlich, wenn der Mietvertrag beendet werden kann.

Umgekehrt bedeutet dies für den von der Kündigung betroffenen Mieter, dass sich seine Belastung durch die Kündigung nicht allein im Verlust seiner bisherigen Wohnung erschöpft, er also eine neue Wohnung finden muss, was auf einem angespannten Wohnungsmarkt schon schwierig genug ist und im Übrigen häufig mit einem mehr oder weniger einschneidenden

---

<sup>45</sup> So waren zB. in den nachfolgenden vom BGH entschiedenen Fällen die Kläger jeweils nicht die ursprünglichen Vermieter: BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508 juris Rn. 1: Mietvertrag seit 1987 und Erwerb durch die Klägerin im Jahre 2001; BGH, Urt. v. 10.10.2012 – VIII ZR 107/12 juris Rn. 1: Anmietung im Jahre 1972, Eigentumserwerb der Klägerin im Jahre 2003; BGH, Urt. v. 19.09.2018 – VIII ZR 231/17 BGHZ 220, 1, juris Rn. 1: Anmietung im Jahre 2004 und Eigentumserwerb durch die Klägerin im Jahre 2005; BGH, Urt. v. 01.07.2020 – VIII ZR 323/18 NZM 2020 834, juris Rn. 1: Anmietung von der Rechtsvorgängerin der Klägerin im Jahre 1987; BGH, Urt. v. 05.10.2022 – VIII ZR 307/21 juris Rn. 1, 3: Mietvertragsschluss im Jahre 1984 und Eigentumserwerb der Klägerin im Jahre 2014; s. ferner BGH, Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 39/15 NJW-RR 2016, 849 juris Rn 2: Mietvertragsschluss im Jahre 2008 und spätere Klage durch den Testamentsvollstrecker der Vermieterin;

<sup>46</sup> So lag etwa der Mittelwert für Erst- und Weiterverkäufe umgewandelter ehemaliger Mietwohnungen des sozialen Wohnungsbaus (Baujahre ab 1950) im Jahre 2021 in Berlin bei vermieteten Wohnungen bei 3.633 € pro Quadratmeter, bei bezugsfreien hingegen bei 4.805 € pro Quadratmeter, s. den Immobilienmarktbericht Berlin 2021/2022 des Gutachterausschusses für Grundstückswerte in Berlin, abrufbar (am 14.3.2023) unter S. 70; s. auch S. 67 ff., wonach sich deutliche Preisdifferenzen zwischen bezugsfreien und vermieteten Wohnungen ebenso ergeben für andere Wohnungsverkäufe, so z.B. für Erst- und Weiterverkäufe umgewandelter ehemaliger Mietwohnungen der Baujahre bis 1919, ebenso wie für Erst- und Weiterverkäufe umgewandelter ehemaliger Mietwohnungen der Baujahre 1920 bis 1948; Erst- und Weiterverkäufe umgewandelter ehemaliger Mietwohnungen des steuerbegünstigten bzw. freifinanzierten Wohnungsbaus der Baujahre 1949 – 1970 usw.

Verlust des bisherigen örtlichen Lebensmittelpunktes einhergeht. Die Kündigung bedeutet darüber hinaus vielmehr, dass der Mieter den Mietpreisschutz des Bestandsmietverhältnisses verliert. Und aufgrund der beträchtlichen Divergenzen zwischen Alt- und Neumietverträgen führt die Kündigung damit regelmäßig auch dazu, dass der Mieter künftig sehr viel mehr Miete zahlen muss, u.U. bei einer bislang deutlich unter der ortsüblichen Vergleichsmiete liegenden Altmiete gar das Mehrfache der bisherigen Miete.

#### b. Gemeinwohlperspektive – „ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen“

Dass sich die soziale Mietpreisregulierung des BGB maßgeblich im Bestandsmietverhältnis verwirklicht, hat aber auch eine Gemeinwohldimension. Ehrlicherweise muss man wohl einräumen, dass eine Mietwohnung mit günstiger Altmiete für das betreffende Mietpreissegment im Regelfall verloren geht und zwar endgültig verloren geht, wenn es zu einer Kündigung wegen Zahlungsrückständen kommt. Selbst ein an sich mieterfreundlicher Eigentümer wird die Gelegenheit nicht verstreichen lassen, sondern deutlich teurer vermieten oder die Wohnung als nunmehr bezugsfrei deutlich teurer weiterverkaufen.

### V. Auslegung der Kündigungsvorschriften im Lichte der Bedeutung des Bestands des Mietverhältnisses für den sozialen Mietpreisschutz geboten

#### 1. Richtungswechsel der Rechtsprechung systematisch-teleologisch geboten

Dass nun eine einzige Mietwohnung durch die Kündigung wegen Zahlungsrückstandes dem Segment „bezahlbare Mietwohnungen“ entzogen wird, mag man vielleicht für lässlich halten. Es bleibt aber doch der Befund, dass im Fall der Kündigung wegen Zahlungsrückstandes der gesetzlich grundsätzlich vorgesehene Mietpreisschutz endgültig scheitert. Dies ist jedenfalls für den typischen Fall, dass Mieter (auch) deshalb nicht rechtzeitig zahlen, weil sie wirtschaftlich eng aufgestellt sind oder gar tatsächlich nicht über die nötigen Mittel verfügen, ein problematischer Befund. Denn gerade diese Personen in dieser prekären Situation sind doch besonders dringend auf den Mietpreisschutz angewiesen. Und diese Menschen müssen ja dann auch nach der Kündigung irgendwie weiter untergebracht werden, ihre Versorgung mit bezahlbarem Wohnraum ist ersichtlich ein Gemeinwohlbelang.

Erst recht ist der geschilderte Befund in Situationen ökonomischer Krisen problematisch, in denen viele Mieter vor finanziellen Herausforderungen stehen wie aktuell in der Energiekrise. Würde es dazu kommen, dass massenhaft armen oder armutsgefährdeten Mietern gekündigt

würde, weil sie aufgrund stark gestiegener Energiekosten<sup>47</sup> sowie hoher Inflation<sup>48</sup> Miete und/oder Nebenkosten nicht mehr pünktlich bezahlen könnten, so würden massenhaft Altmietverträge mit – aus den geschilderten Gründen – im Regelfall eher günstigeren Mieten endgültig für den Mietmarkt verloren gehen. Ein solcher massenhafter Verlust des Mietpreisschutzes wäre selbstverständlich ein massives Gemeinwohlproblem. Denn bekanntlich gibt es viel zu wenige Wohnungen im unteren Preissegment<sup>49</sup> und sind die Baukosten so dramatisch gestiegen<sup>50</sup>, dass mit rascher Abhilfe durch Neubauten nicht zu rechnen ist. Umgekehrt würde kündigende Vermieter, obwohl ihnen das Gesetz die deutlichen gesetzlichen Grenzen der Mieterhöhung im Bestandsmietvertrag an sich zumutet, durch einen massenhaften Windfall in Gestalt einer deutlichen Werterhöhung ihrer Immobilie bzw. künftig deutlich höhere Neuvermietungsmieten belohnt.

Vor diesem Hintergrund besteht aus meiner Sicht kein Zweifel daran, dass der Mietpreisschutz als zentraler gesetzgeberischer Belang des sozialen Mieterschutzes des BGB im Rahmen der systematischen und objektiv-teleologischen Auslegung der Kündigungsvoraussetzungen berücksichtigt werden muss. Dies gilt schon allgemein, erst recht aber in Krisenzeiten.

Dem verweigert sich der BGH nach dem oben Dargelegten bislang ziemlich konsequent, und es ist deshalb eine grundlegende Korrektur der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kündigung wegen Zahlungsrückständen gefordert. Bei der gebotenen systematisch-teleologischen Auslegung und Fortbildung des geltenden Rechts ergibt sich eine deutlich höhere Hürde für eine erfolgreiche außerordentliche oder ordentliche Zahlungskündigung. Würde der BGH beispielsweise wegen der primären gesetzlichen Verwirklichung des Mietpreisschutzes im Bestandsmietverhältnis im Rahmen der systematisch-teleologischen

---

<sup>47</sup> S. nur zu den zuletzt bis Januar 2023 stark angestiegenen Wohnungsnebenkosten und Kosten für Haushaltsenergie die statista-Wohnkosten Statistik S. 4, abrufbar (am 14.03.2023) unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1345546/umfrage/verbraucherpreisindex-fuer-nettokaltnietenebenkosten-und-energie-in-deutschland/>.

<sup>48</sup> S. dazu, dass die hohe Inflation im Dezember 2022 und im Gesamtjahr 2022 Haushalte mit niedrigen bis mittleren Einkommen am stärksten belastet hat, die Pressemitteilung des IMK (Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung) v. 19.01.2023, abrufbar (am 15.03.2023) unter <https://www.boeckler.de/de/pressemitteilungen-2675-haushalte-mit-niedrigen-bis-mittleren-einkommen-stark-durch-inflation-belastet-46281.htm>

<sup>49</sup> Nach von der Hans Böckler Stiftung im Jahre 2018 ermittelten Daten fehlen in den deutschen Großstädten 1,9 Millionen bezahlbare Wohnungen, s. (abrufbar am 15.03.2023) <https://www.boeckler.de/de/boeckler-impuls-unbezahlbare-mieten-4100.htm>

<sup>50</sup> S. dazu nur die Statistik des Statistischen Bundesamtes, abrufbar (am 15.03.2023) unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Konjunkturindikatoren/Preise/bpr110j.html>, wonach der Baupreisindex für den Neubau (konventionelle Bauart) von Wohngebäuden im vierten Quartal des Jahres 2022 im Vergleich zum Vorjahresquartal um 16,9 % angestiegen ist.



Auslegung der Schonfristregeln anerkennen, dass der konkrete Mietvertrag möglichst erhalten bleiben muss<sup>51</sup>, so würde er selbstverständlich zu deren Erstreckung auf die ordentliche Kündigung gelangen. Die durch den BGH torpedierte Koordination zwischen Sozial(hilfe)recht und Mieterschutz durch das BGB wäre wiederhergestellt. Denn es wäre gewährleistet, dass durch die Schonfristzahlung aus öffentlichen Mitteln tatsächlich eine „Sicherung der Unterkunft“ erreicht würde, wie sie § 22 Abs. 8 SGB II<sup>52</sup> voraussetzt, damit die Behörde überhaupt zahlen darf<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> S. dazu oben unter m.w.Nachw.

<sup>52</sup> § 22 Abs. 8 und 9 SGB II lauten:

(8) 1 Sofern Bürgergeld für den Bedarf für Unterkunft und Heizung erbracht wird, können auch Schulden übernommen werden, soweit dies zur Sicherung der Unterkunft oder zur Behebung einer vergleichbaren Notlage gerechtfertigt ist. 2 Sie sollen übernommen werden, wenn dies gerechtfertigt und notwendig ist und sonst Wohnungslosigkeit einzutreten droht. 3 Vermögen nach § 12 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 4 Satz 1 ist vorrangig einzusetzen. 4 Geldleistungen sollen als Darlehen erbracht werden.

(9) 1 Geht bei einem Gericht eine Klage auf Räumung von Wohnraum im Falle der Kündigung des Mietverhältnisses nach § 543 Absatz 1, 2 Satz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 569 Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein, teilt das Gericht dem örtlich zuständigen Träger nach diesem Buch oder der von diesem beauftragten Stelle zur Wahrnehmung der in Absatz 8 bestimmten Aufgaben unverzüglich Folgendes mit:

1.

den Tag des Eingangs der Klage,

2.

die Namen und die Anschriften der Parteien,

3.

die Höhe der monatlich zu entrichtenden Miete,

4.

die Höhe des geltend gemachten Mietrückstandes und der geltend gemachten Entschädigung und

5.

den Termin zur mündlichen Verhandlung, sofern dieser bereits bestimmt ist.

2 Außerdem kann der Tag der Rechtshängigkeit mitgeteilt werden. 3 Die Übermittlung unterbleibt, wenn die Nichtzahlung der Miete nach dem Inhalt der Klageschrift offensichtlich nicht auf Zahlungsunfähigkeit der Mieterin oder des Mieters beruht.

<sup>53</sup> Dazu, dass die mangelnde Erstreckung der Schonfristzahlung durch den BGH gerade verhindert, dass Sozial(hilfe)behörden Mietschulden begleichen dürfen, eindringlich LG Berlin, Urt. v. 30.03.2020 – 66 S 293/19 Rn 72 ff., 74: „Praktisch ist diese in sich schlüssige Konsequenz der Ämter gleichbedeutend mit der vollständigen Abschaffung des Instituts der Übernahme von Mietschulden zum Erhalt der Wohnung des Leistungsbeziehers. Da die in § 22 SGB II vorgesehenen Ziele durch die Übernahme von Schulden nicht erreichbar sind, werden die Schulden nicht (mehr) übernommen. In der Folge tritt dann schon der äußere Tatbestand einer Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB erst gar nicht mehr ein; auch die Frage nach der Unwirksamkeit einer (ordentlichen) Kündigung kann sich also in diesem zentralen Anwendungsbereich der Regelung überhaupt nicht mehr stellen. Das Ausbleiben behördlicher Schonfristleistungen beendet damit auch die (nach den Worten des BGH „in jedem Einzelfall“ erforderliche) Prüfung, ob im Kontext einer Schonfristzahlung „mildes Licht“ oder Rechtsmissbrauch einem Räumungstitel entgegen stehen. Weil (bzw. solange) die Rechtsprechung darauf beharrt, eine Entscheidung über den Erhalt der Wohnung (unvorhersehbar) nach den Maßstäben von § 242 BGB zu treffen, liegen die sozialrechtlichen Voraussetzungen für behördliche Zahlungen nicht vor, so dass der gesamte „Fall“ (einschließlich der vermeintlichen Einzelfallprüfungen) von vornherein ausbleibt.“

Und erhalte der Bestand des individuellen Mietverhältnisses als *Telos* mehr Gewicht bei der Auslegung der gesetzlich vertypen Mindestrückstände, so würde man doch wohl zu dem Ergebnis gelangen, dass im Rahmen von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a Alt. 2 BGB auch beide Teilrückstände eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten müssen.

## *2. Auslegungsspielräume im Rahmen von Vertretenmüssen und Verschulden sind bestandsmieterhaltend zu nutzen*

Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, nun näher auf alle, nach dem Vorstehenden denkbaren Einzelkorrekturen der herrschenden vermierterfreundlichen Meinung und Praxis näher einzugehen. Es soll aber wenigstens kurz skizziert werden, welche Auslegungskorrekturen im Bereich von Vertretenmüssen und Verschulden besonders dringlich erscheinen.

Was den Grundsatz „Geld hat man zu haben“ im Rahmen der außerordentlichen Kündigung bei Zahlungsrückständen anbelangt, so hat bereits *Harke*<sup>54</sup> eingehend dargelegt, warum die an sich berechtigte Rechtfertigung der unbeschränkten Einstandspflicht des Schuldners für sein finanzielles Leistungsvermögen mit der Funktionsteilung zwischen materiellem Recht einerseits und Vollstreckungsrecht andererseits bei den Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung nicht verfährt, soweit der Mieter-Schuldner sozialhilferechtlichen Anspruch auf Kostentragung hat. Denn soweit das Sozialhilferecht die Tragung der Unterkunftskosten ermöglicht, soll der Mieter-Schuldner gerade vor einer Räumungsvollstreckung bewahrt werden. *Harke* konstatiert deshalb zurecht: „Zur heutigen Rechtsordnung, auf die man bei dem Schluss auf die unbeschränkte Vermögenshaftung Rücksicht nehmen muss, gehören aber auch die Bestimmungen über die Gewährung von Alg II und Sozialhilfe in SGB II und SGB XII. Zwar stellen sie das überkommene Prinzip nicht schlechthin in Frage. Im Fall des Bedarfs für Heizung und Unterkunft, die der zuständigen Behörde gewissermaßen zur Verwaltung zugewiesen sind, vermögen sie jedoch für eine Einschränkung des Grundsatzes der unbeschränkten Vermögenshaftung zu sorgen. Denn man kann ihnen entnehmen, dass der Schuldner, wenn die Voraussetzungen dieser Leistungen gegeben sind, sich damit begnügen kann, durch rechtzeitigen Antrag die Übernahme der Erfüllung seiner Zahlungspflicht durch den Sozialleistungsträger herbeizuführen. Darf er sich auf diese Leistung verlassen, ist er insoweit auch keiner Garantiehaftung für die eigene finanzielle Leistungsfähigkeit mehr ausgesetzt.“ Konsequenterweise muss das

---

<sup>54</sup> Harke, NZM 2016, 449, 455.

Vertretenmüssen im Rahmen von § 543 BGB entfallen, soweit der leistungsberechtigte Schuldner bei der Beantragung der einschlägigen öffentlichen Hilfen die erforderliche Sorgfalt hat walten lassen. Und im Ergebnis erscheint es in der Tat auch nicht angemessen, das Mietverhältnis zu beenden, obwohl der Vermieter damit rechnen darf, die Miete verlässlich vom Jobcenter oder Sozialamt zu erhalten.

Selbst wenn man dem nicht folgen mag, sollte man wenigstens trotz der Vertypung in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 569 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 BGB einen ergänzenden Rückgriff auf § 543 Abs. 1 BGB zulassen und eine Berücksichtigung besonderer Umstände der konkreten Situation bzw. des konkreten Einzelfalles zulassen. So rechtfertigt es gewiss die Energiekrise zum Zwecke der Vermeidung des vorstehend beschriebenen massenhaften Verlustes bezahlbaren Wohnraums, dem Vermieter eher ein Festhalten am Vertrag zuzumuten als in normalen Zeiten.

Dass man trotz gesetzlicher Vertypung besondere Umständen berücksichtigt, ist methodisch meines Erachtens nicht nur zulässig, sondern als teleologische Reduktion der Vertypung geboten. Denn nochmals<sup>55</sup>: Die Vertypung stand bei ihrer Übernahme in § 554 BGB aF in einem deutlich abweichenden systematisch-teleologischen Kontext und auch die tatsächlichen Umstände waren andere: Den sich heute im Bestandsmietverhältnis verwirklichenden Mietpreisschutz gab es so nicht, sondern es wurde die ordentliche Kündigung ohne berechtigtes Interesse ermöglicht. Zur Illustration der fundamental gewandelten tatsächlichen Rahmenbedingungen möchte ich nur zitieren aus einer einschlägigen Brundesatagsdrucksache<sup>56</sup> aus dem Jahre 1959: „Der Anteil der Miete am Einkommen ist seit dem ersten Weltkrieg ständig gesunken. Er betrug [...] 1958 nur noch 9,3 v. H. Demgegenüber sind die Einkommen ständig gestiegen. [...] Die Mietanpassungen [...] können also ohne größere Schwierigkeiten im Rahmen der Einkommenserhöhungen vor sich gehen, die mit den Produktivitätssteigerungen unserer Volkswirtschaft mutmaßlich ohnehin eintreten. Nur ein Teil des jährlichen Einkommenszuwachses wird für die Mietanhebungen verbraucht werden.“

Was schließlich das Verschuldensersfordernis im Rahmen der ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsrückständen anbelangt, so sollten auch daran angesichts der beträchtlichen Folgen des Wohnungsverlustes für den Mieter strengere Anforderungen gestellt werden. Nochmals<sup>57</sup>:

---

<sup>55</sup> S. oben vor und mit Fn. 9.

<sup>56</sup> S. BT-Drs. 3/1234, S. 53.

<sup>57</sup> Dazu eingehend oben unter IV.2.

Ihm droht nicht allein der Verlust der konkreten Wohnung, sondern darüber hinaus der Verlust des sozialen Mietpreisschutzes. Er kann seine bisherige günstige Miete nicht in eine neue Wohnung mitnehmen, und es wird voraussichtlich auch sonst niemand zu derselben günstigen Miete in der alten Wohnung wohnen können. Grundsätzlich sollte deshalb ein hinreichendes Verschulden verneint werden, solange der Schuldner nicht wenigstens erfolglos abgemahnt wurde.<sup>58</sup> Und auch Tatsachen- und Rechtsirrtümer sollten nicht mit Strenge behandelt werden, solange sich der Mieter-Schuldner nicht leichtfertig einer besseren Einsicht verschlossen hat. Der Durchschnittsmieter ist kein Jurist. Fehlvorstellungen, die ohne größere Verbiegungen ernsthaft entschuldbar erscheinen, rechtfertigen nicht den schwerwiegenden Verlust der Wohnung und damit auch des wohlerworbenen Mietpreisschutzes. So rechnet der BGH zwar nicht das Verhalten der Sozialbehörden dem Mieter nach § 278 BGB zu<sup>59</sup>, wohl aber eine Fehleinschätzung durch beratende Rechtsanwälte und Mietervereine<sup>60</sup>. Und auch bei Tatsachenirrtümern, etwa hinsichtlich der Berechtigung einer Minderung, ist der BGH meines Erachtens zu streng.<sup>61</sup> Auch insofern muss meines Erachtens dem Mietpreisschutz als Telos des sozialen Mietrechts des BGB bei der Auslegung der Kündigungsvoraussetzungen stärker Rechnung getragen werden.

## VI. Fazit

Ich komme zum Schluss und kann nur nochmals an die Rechtsprechung appellieren: Es ist die vornehme Aufgabe der Gerichte, bei der Auslegung der Gesetze einer gewandelten systematischen Einbettung einzelner Normen, aber auch einer durch gesetzgeberische Reformen veränderten teleologischen Ausrichtung des betreffenden Normkomplexes Rechnung zu tragen und zwar auch dann, wenn diese Reformen Unvollkommenheiten und Widersprüchlichkeiten aufweisen. Dies gilt auch für die Voraussetzungen der Kündigung wegen Zahlungsrückständen des Mieters und ihre Bedeutung für den gesetzlich beabsichtigten Mietpreisschutz im Bestandsmietverhältnis. Die Gerichte sind keine

---

<sup>58</sup> In diesem Sinne auch bereits Streyll, WuM 2013, 454, 459 f. m.w.Nachw.

<sup>59</sup> S. BGH, Urt. v. 21.10.2009 – VIII ZR 64/09 NJW 2009, 3781 juris Leitsatz u. Rn. 27 f., 30; zustimmend, wenn auch mit abw. Begr. Harke, NZM 2016, 449, 554; a.A. und nicht überzeugend Rieble, NJW 2010, 816 f.

<sup>60</sup> S. BGH, Urt. v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 NJW 2007, 428, juris Leitsatz Ziff. 1 u. Rn. 15; abw. MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 87; zum Ganzen auch Harke, NZM 2016, 449, 452 ff.

<sup>61</sup> S. zu Streit um Schimmel BGH, Urt. v. 11.07.2012 – VIII ZR 138/11 juris Rn. 19:

„Der Senat hat bereits entschieden, dass auch im Wohnraummietrecht an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen sind und kein Grund besteht, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen milderen Sorgfaltsmaßstab anzulegen (Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 - VIII ZR 102/06, NZM 2007, 35 Rn. 25 ff.). Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen - hier der Ursache einer Schimmelpilzbildung - angesiedelten Irrtums besteht dafür kein Grund.“

Rechtsprechungsautomaten, keine bloß repetierende „bouches de la loi“, sondern verpflichtet zu verantwortungsvoller, sozialem und ökonomischem Wandel und einem möglichst widerspruchsfreien Gesamtverständnis des Mietrechts Rechnung tragender Auslegung und Rechtsfortbildung und zwar bis zur Grenze unzulässigen *contra legem*-Judizierens. Der BGH darf und sollte seine einschlägige kündigungsfreundliche Rechtsprechung endlich selbstbewusst ändern und nicht mehr länger auf den Gesetzgeber verweisen. Die Energiekrise könnte dazu ein Anlass sei, ein Rechtsprechungswechsel sollte sich aber nicht auf diese besondere Situation beschränken.