

Kündigung wegen Nichtzahlung von Betriebskostennachforderungen und erhöhten Vorauszahlungen

Hubert Fleindl

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München

I. Einleitung

In Folge des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine sind die Preise für Energie ab dem 24.02.2022 und insbesondere im Spätsommer 2022 exorbitant gestiegen. Bis Anfang August 2022 hatte sich etwa der Gaspreis gegenüber dem Vorkriegsniveau mehr als verdreifacht.¹ Auch wenn die Energiekosten, insbesondere der Gaspreis, in den letzten Wochen teilweise auf das Niveau von Anfang 2022 zurückgefallen sind² und der Bundesgesetzgeber etliche Maßnahmen zur Entlastung der Verbraucher und Unternehmen gesetzgeberisch umgesetzt hat³, mussten viele Vermieter die in 2022 stark angestiegenen Kosten für Energie, insbesondere für die Brennstoffversorgung für Heizung und Warmwasser, vorfinanzieren und können diese dann im Rahmen der Jahresabrechnung nach §§ 556 Abs. 3 BGB, 2 Nr. 4-6 BetrKV in voller Höhe auf ihre Mieter umlegen.

Über die Betriebskosten für 2022 ist bei der meist vereinbarten Mietstruktur einer Nettomiete mit monatlichen Betriebskostenvorauszahlungen und dem Kalenderjahr als Abrechnungszeitraum nach § 556 Abs. 3 S. 2 BGB spätestens bis 31.12.2023 abzurechnen. Mietern drohen aufgrund der massiv angestiegenen Energiepreise hohe Nachzahlungen, die teilweise auch mehrere Brutto-Monatsmieten betragen können.⁴ Dies kann und wird gerade einkommensschwache Mieter in vielen Fällen an die Grenze der finanziellen Belastbarkeit oder aber auch darüber hinausbringen, zumal dann, wenn die Nettomiete nach § 557b BGB als Indexmiete vereinbart ist und der Mieter über den gestiegenen Verbraucherpreisindex⁵ letztlich die Preisexplosion doppelt bezahlt. Hinzu kommt, dass regelmäßig gleichzeitig auch noch eine Anpassung der Vorauszahlungen nach § 560 Abs. 4 BGB auf das neue Preisniveau erfolgen wird. Der nachfolgende Beitrag wird sich damit beschäftigen unter welchen Voraussetzungen eine vermierterseitige Kündigung des Mietverhältnisses erfolgen kann, wenn der Mieter eine Betriebskostennachforderung aus der Abrechnung oder aber erhöhte Vorauszahlungen nicht bezahlen kann und daher in Verzug mit seinen Zahlungsverpflichtungen gerät.

¹<https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/wirtschaft/gaspreise-verdreifacht-russland-energie-inflation-krise-krieg-100.html>

²<https://www.ndr.de/ratgeber/verbraucher/Gaspreis-aktuell-wie-viel-kostet-Kilowattstunde.gaspreis142.html>

³<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/entlastung-fuer-deutschland>

⁴<https://www.mieterbund.de/service/heizkostenexplosion.html>

⁵ Der ja gerade durch die gestiegenen Energiekosten hochgetrieben wird, vgl. https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/_inhalt.html

II. Fälligkeit und Verzugseintritt bei Nachforderungen des Vermieters

Sind gemäß § 556 Abs. 1 S.1, Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB Vorauszahlungen auf die Betriebskosten vereinbart, so ist hierüber gemäß § 556 Abs. 3 S. 1 BGB jährlich abzurechnen. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt dieser Betriebskostenabrechnung kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zu. Sie ist vielmehr ein reiner Rechenvorgang im Sinne des § 259 BGB, der lediglich die Fälligkeit eines etwaigen Nachforderungsanspruchs des Vermieters herbeiführt.⁶ Der Anspruch auf Nachzahlung ist daher – wie umgekehrt ein Rückzahlungsanspruch des Mieters – bereits mit der mietvertraglichen Regelung zur Betriebskostentragung nach § 556 Abs. 1 BGB dem Grunde nach entstanden.⁷ Dass ein etwaiger Nachforderungsanspruch des Vermieters Teil der vom Mieter nach § 535 Abs. 2 BGB zu zahlenden Miete darstellt, steht nicht in Zweifel. Problematisch allerdings erscheint, ob es sich hierbei um „wiederkehrende Leistungen“ im Sinne von §§ 197 Abs. 2, 216 Abs. 3 BGB handelt und die Nachforderung aus der Abrechnung daher unter den Mietbegriff des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB fällt (hierzu unten unter III).⁸ Da ein Kündigungsrecht – sei es nun als außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 BGB oder als ordentliche nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB - in allen Fällen einen Zahlungsverzug des Mieters hinsichtlich der Nachforderung voraussetzt, sollen die Voraussetzungen des Verzugseintritts vorab geprüft werden.

1. Fälligkeit und Zurückbehaltungsrecht

Der Verzugseintritt setzt zunächst eine nach § 271 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB fällige und durchsetzbare Forderung voraus. Der BGH hat entgegen einer im Schrifttum der Rechtsprechung bis dahin vorherrschenden Meinung am 08.03.2006 entschieden, dass der Eintritt der Fälligkeit des Nachforderungsanspruchs des Vermieters nicht voraussetzt, dass dem Mieter nach Zugang einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung zunächst eine gewisse Frist zur Überprüfung deren Rechtmäßigkeit verbleibt.⁹ Vielmehr, so der BGH, könne der Vermieter die Leistung aus der Betriebskostenabrechnung gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort verlangen, weil das Gesetz eine Zeit für die Leistung weder bestimmte noch dies sonst aus den Umständen zu entnehmen sei. Auch darf der Mieter mit der Begleichung des Abrechnungssaldos nicht bis zum Ablauf seiner zwölfmonatigen Einwendungsfrist nach § 556 Abs. 3 S. 5 BGB warten, da dies lediglich sein Recht, Einwendungen zu erheben, betrifft, nicht aber die Fälligkeit des Nachzahlungsanspruchs aufschiebt.¹⁰

Fällig wird der Abrechnungssaldo folglich mit dem Zugang einer formell ordnungsgemäßen und fristgerechten Abrechnung des Vermieters, § 556 Abs. 3 BGB.¹¹ Hierbei ist hinsichtlich der formellen Wirksamkeit zu beachten, dass an die Abrechnung von Betriebskosten in

⁶ BGH VIII ZR 263/14 Rn. 20; BGH VIII ZR 319/09.

⁷ BGH VIII ZR 263/14 Rn. 20.

⁸ Ersteres bejaht von BGH VIII ZR 263/14, letzteres in der gleichen Entscheidung unter Rn. 17 offengelassen.

⁹ BGH NJW 2006, 1419, 1421 unter Rn. 20; bestätigt von BGH NJW 2018, 1599 unter Rn. 25.

¹⁰ Hinz WuM 2019, 673, 676 unter Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien BT-Drs. 14/4553, S. 87.

¹¹ BGH NJW 2006, 1419, 1421; BGH NJW 2005, 1499.

formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.¹² Es genügen als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und ggfs. Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen.¹³ Eine Erläuterung des Umlageschlüssels ist hierbei nur dann geboten, wenn dies zum Verständnis der Abrechnung notwendig ist.¹⁴ Für die Frage der Fälligkeit ist weiter in jedem Falle die Rechtsprechung des BGH zu beachten, wonach ein nach den vorgenannten Grundsätzen vorliegender Fehler in formeller Hinsicht nur dann zur Unwirksamkeit der Abrechnung insgesamt – und damit einem Anspruch des Mieters auf Neuerteilung – führt, wenn sich dieser durchgängig durch die gesamte Abrechnung zieht.¹⁵ Betrifft indes ein einzelner Fehler nur eine oder mehrere Kostenpositionen (z.B. bei einem fehlerhaften Verteilerschlüssel), so bleibt die formelle Wirksamkeit der Abrechnung im Übrigen unberührt.¹⁶ Der Vermieter hat dann einen Nachforderungsanspruch, der in materieller Hinsicht um die fehlerhafte Position zu kürzen ist, wie im Übrigen jedweder Anspruch auf Nachzahlung aus einer Betriebskostenabrechnung selbstverständlich voraussetzt, dass die Abrechnung inhaltlich und rechnerisch richtig ist, der Betrag mithin vom Mieter auch tatsächlich materiell-rechtlich geschuldet wird.

Macht der Mieter gemäß § 259 Abs. 1 HS 2, 556 Abs. 3 S. 1 HS 1 BGB sein Einsichtsrecht in die Abrechnungsunterlagen geltend, so steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zu, solange der Vermieter dem Mieter unberechtigt eine begehrte Belegeinsicht verweigert.¹⁷ In diesem Fall ist der Mieter auch nicht Zug-um-Zug zur Zahlung des Abrechnungssaldos zu verurteilen, weil es sinnwidrig ist, den Mieter, der eine Abrechnung erst noch nachprüfen möchte, sogleich zur Zahlung des ungeprüften Betrags zu verurteilen.¹⁸ Das Zurückbehaltungsrecht ist vor Zugang einer etwaigen Kündigung geltend zu machen, weil der Vermieter in die Lage versetzt werden muss, von seiner Abwendungsbefugnis Gebrauch zu machen.¹⁹ Das Zurückbehaltungsrecht entfällt, sobald der Vermieter dem Mieter die geschuldete Belegeinsicht anbietet, die geschuldete Leistung also bewirkt.²⁰

2. Verzugseintritt, § 286 Abs. 1 BGB

Der Mieter gerät im Falle eines Abrechnungssaldos erst nach Zugang einer Mahnung in Zahlungsverzug, § 286 Abs. 1 BGB. Denn anders als im Falle der meist monatlich zu

¹² BGH NJW-RR 2021, 394 unter Rn. 17 (XII. ZS); BGH NJW 2016, 866 Rn. 13 (VIII. ZS)

¹³ BGH NJW-RR 2020, 587 Rn. 8

¹⁴ BGH NJW-RR 2020, 587 Rn. 8

¹⁵ BGH NJW-RR 2021, 394 unter Rn. 18 (XII. ZS); BGH NJW 2010, 3363 unter Rn. 14 (VIII. ZS)

¹⁶ BGH NJW 2010, 3363 unter Rn. 14.

¹⁷ BGH NJW 2018, 1599 Rn. 25.

¹⁸ BGH NJW 2018, 1599 Rn. 28.

¹⁹ Hinz, WuM 2019, 673, 677.

²⁰ Zuletzt BGH NJW 2022, 772: danach hat der Mieter auch im digitalen Zeitalter weiterhin ein Recht auf Einsicht in die Originalbelege; den aus praktischer Sicht vorherrschenden Regelfall einer digitalen Aktenführung und Rechnungstellung per E-Mail im Dateiformat PDF hat der BGH unter Rn. 26f. eher beiläufig und als „Ausnahmefall“ erwähnt. Es sei Aufgabe des Tatrichters unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, ob dem Mieter ausnahmsweise nur eine Einsichtnahme in Kopien oder „Scanprodukte“ zustehe.

zahlenden Grundmiete nebst Vorauszahlungen fehlt es für einen automatischen Verzugseintritt nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB an der kalendarischen Leistungsbestimmung. Die Mahnung kann nicht mit dem die Fälligkeit begründenden Abrechnungsschreiben verbunden werden. Allerdings gerät der Gewerberaum-Mieter nach § 286 Abs. 3 S. 1 BGB nach Ablauf von 30 Tagen nach Zugang der Abrechnung in Verzug. Für den Wohnraummieter, der regelmäßig Verbraucher nach §§ 13, 286 Abs. 3 S. 2 BGB ist, gilt dies nur dann, wenn er auf diese Folgen – automatischer Verzugseintritt nach 30 Tagen – in der Abrechnung ausdrücklich hingewiesen wurde.²¹

Gemäß § 286 Abs. 4 BGB kommt der Mieter nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den der Mieter nicht zu vertreten hat. Der Mieter kann sich also für Leistungshindernisse, die nicht in seiner finanziellen Leistungsfähigkeit liegen, grundsätzlich entlasten (dazu unter V. 3). Soweit der Mieter aber bei erhöhten Nachforderungen wegen gestiegener Energiekosten finanziell nicht in der Lage ist, den Anspruch des Vermieters zu befriedigen, entlastet ihn dies selbst dann nicht, wenn er mit einer solchen Nachforderung objektiv nicht rechnen konnte und durfte. Denn nach dem Grundsatz „Geld hat man zu haben“ hat der Schuldner für finanzielle Leistungsunfähigkeit stets einzustehen, auch wenn ihn hieran – z.B. bei einer unverschuldeten Arbeitslosigkeit – kein Verschulden trifft.²² Dies gilt auch dann, wenn der Mieter auf Sozialleistungen angewiesen ist und diese Leistungen rechtzeitig beantragt hat.²³

III. Außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

Der Vermieter kann das Mietverhältnis nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB fristlos kündigen, wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist (Nr. 3a) oder 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 (Nr. 3b). Jedenfalls für den Bereich der Wohnraummiete bestimmt § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB ergänzend, dass der Rückstand im Falle der Nr. 3a nur dann als nicht unerheblich anzusehen ist, wenn er die Miete für einen Monat übersteigt. Ausgehend hiervon war weitgehend einhellige Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass zur Miete im Sinne von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB alle gesetzlich zulässigen, wirksam vereinbarten und periodisch wiederkehrenden Leistungen, die mit der Überlassung der Mietsache in Zusammenhang stehen, gehören.²⁴ Dies sind insbesondere die Grundmiete einschließlich der Betriebskostenvorauszahlungen oder -pauschalen sowie – im Bereich der Geschäftsraummiete – die Umsatzsteuer.²⁵ Zwar sind auch Nachforderungen des Vermieters aus Betriebskostenabrechnungen ohne Zweifel Bestandteil der vereinbarten

²¹ Bentrop, WuM 2022, 505, 514.

²² BGH NZM 2016, 550 unter Rn. 17; BGH NZM 2005, 334, 335; Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 198f. mwN.

²³ BGH NJW 2015, 1296 für den Fall der Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

²⁴ BeckOGK BGB/Mehle, § 543 Rn. 154; Staudinger/V. Emmerich (2021) § 543 Rn. 67; Guhling/Günter/Alberts § 543 Rn. 44; Bub/Treier/Fleindl Kap. IV Rn. 366 jeweils mwN.

²⁵ Guhling/Günter/Alberts § 543 Rn. 44

Miete, weil sie gleichfalls als Entgelt für die Überlassung der Mietsache geschuldet sind,²⁶ die nahezu einhellige Meinung hält Betriebskostennachforderungen des Vermieters aber – zurückgehend auf einen Rechtsentscheid des OLG Koblenz aus dem Jahr 1984²⁷ - für einmalige Leistungen²⁸ oder jedenfalls solche, die nicht im Sinne von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 periodisch zu erbringen sind²⁹ und deshalb nicht unter den Mietbegriff dieser Vorschrift fallen. Allerdings hat der BGH in einem Urteil vom 20.07.2016 Betriebskostennachforderungen des Vermieters als „wiederkehrende Leistungen“ im Sinne von § 216 Abs. 3 BGB bezeichnet, weil auch sie aufgrund der vertraglich vereinbarten Pflicht zur Zahlung von Betriebskosten ihren Charakter als wiederkehrende Leistung nicht dadurch verlieren würden, dass sie als Saldo im Rahmen einer jährlichen Abrechnung geltend gemacht werden.³⁰ Ob der Abrechnungssaldo im Falle einer Nachforderung des Vermieters allerdings auch unter den Mietbegriff in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB fällt, hat der BGH in dieser Entscheidung ausdrücklich offengelassen.³¹

1. Nachforderungen des Vermieters als wiederkehrende Leistungen

Die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016 betraf im Ausgangspunkt die Fragestellung, ob der Vermieter gegen den Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kaution mit verjährten Forderungen aus jährlichen Betriebskostenabrechnungen aufrechnen dürfe. Nach § 216 Abs. 1 BGB hindert nämlich die Verjährung den Gläubiger im Falle des Bestehens eines Pfandrechts (hier: die Mietsicherheit) nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand auch hinsichtlich verjährter Forderungen (hier: die Forderungen aus Jahre zurückliegenden Betriebskostenabrechnungen) zu suchen. Allerdings macht das Gesetz in § 216 Abs. 3 BGB hiervon eine Unterausnahme auf Forderungen des Gläubigers aus Zinsen und wiederkehrenden Leistungen. Mit solchen verjährten Forderungen kann gerade nicht aufgerechnet werden, weil sie für den Schuldner, der sie über einen längeren Zeitraum nicht bedient, leicht zu einer erdrückenden Höhe anwachsen können.³² Während der BGH nun zu § 216 Abs. 3 BGB mit dem Zweck der Vorschrift argumentiert, wonach hinsichtlich wiederkehrender Leistungen dem Gläubiger für die Befriedigung nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung stehen soll,³³ ist die Subsumtion der Nachforderung unter den Wortlaut keineswegs zwingend und auch das Argument mit Sinn und Zweck erscheint nicht durchgreifend. Wiederkehrende Leistungen sind nach der eigenen Rechtsprechung des BGH solche, die zu von vorneherein bestimmten

²⁶ BGH NJW 2008, 3210; BGH NJW 2010, 3015; BGH WPM 1975, 895, 897; OLG Koblenz NJW 1984, 2369;

²⁷ OLG Koblenz NJW 1984, 2369

²⁸ Staudinger/V. Emmerich (2021) § 543 Rn. 68;

²⁹ LG Dessau-Roßlau ZMR 2017, 481; BeckOGK BGB/Mehle § 543 Rn. 160; Bub/Treier/Fleindl Kap. IV Rn. 366.

³⁰ BGH NJW 2016, 3231 mit Anm. Schwab JuS 2017, 264.

³¹ BGH NJW 2016, 3231 unter Rn. 17.

³² BGH NJW 1959, 239 unter II. 3e); Staudinger/Peters/Jacoby § 197 Rn. 63 zur gleichlautenden Vorschrift der wiederkehrenden Leistungen in § 197 Abs. 2 BGB.

³³ BGH NJW 2016, 3231 Rn. 22.

regelmäßig wiederkehrenden Terminen erbracht werden müssen.³⁴ Zwar verlieren Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen ihren Charakter als periodisch wiederkehrende Leistungen nicht alleine dadurch, dass sie üblicherweise von Jahr zu Jahr in der Höhe schwanken und möglicherweise – etwa im Falle eines Guthabens zu Gunsten des Mieters – auch gar nicht bestehen. Allerdings setzt nach der hier vertretenen Auffassung der Begriff einer regelmäßig wiederkehrenden Leistung auch voraus, dass diese zu von vorneherein kalendermäßig bestimmten oder jedenfalls bestimmbar Zeitpunkten fällig werden und es sich um ein Geschäft von untergeordneter Bedeutung handelt. Für die Abkürzung der Verjährung bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen im Sinne von §§ 197 Abs. 2, 216 Abs. 3 BGB ist maßgebend, dass Geschäfte des täglichen Verkehrs in der Regel nicht längere Zeit im Gedächtnis der Beteiligten gegenwärtig bleiben, dass in kurzer Zeit eine Verdunklung des Sachverhältnisses eintritt, dass der Schuldner nicht nach einer Reihe von Jahren wegen Forderungen in Anspruch genommen werden kann, die vermutlich gezahlt sind, über deren Bezahlung aber ein Nachweis nicht vorhanden ist, und dass es auch im Interesse des Gläubigers liegt, gegenüber einem säumigen Schuldner das Sachverhältnis alsbald klarzustellen und ihm die Gelegenheit zu späteren prozessualen Weiterungen, die mit der Höhe des Streitgegenstandes in keinem Verhältnis stehen, zu entziehen.³⁵ Um ein Geschäft des „täglichen Lebens“, das bei den Beteiligten alsbald in Vergessenheit zu geraten droht, handelt es sich bei der Betriebskostenabrechnung aber gerade nicht, weil diese selbst wenn man mit dem BGH von einer reinen Wissenserklärung oder einem Rechenvorgang ausgeht,³⁶ jedenfalls erheblichen formellen Voraussetzungen im Hinblick auf Inhalt und Erläuterung unterliegt, insbesondere eine geordnete Zusammenstellung der Ausgaben nach § 259 BGB erfordert und der Mieter überdies ein Belegeinsichtsrecht hat. Aber auch im Hinblick auf die zeitliche Komponente erscheint zweifelhaft, ob der Rechtsprechung des BGH uneingeschränkt zuzustimmen ist, denn die Nachzahlung muss gerade nicht zu von vorneherein bestimmten Zeitpunkten erbracht werden, sondern erfordert gemäß § 556 Abs. 3 BGB eine formell ordnungsgemäße Abrechnung, welche dem Mieter spätestens 12 Monate nach dem Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen ist.³⁷ Innerhalb dieses Zeitraums hingegen ist der Vermieter völlig frei. Er kann die Abrechnung binnen Monatsfrist erteilen oder sie am letzten Tag der Jahresfrist in den Briefkasten des Mieters einwerfen, so dass die Fälligkeit eines etwaigen Rückzahlungsanspruchs innerhalb einer erheblichen Zeitspanne dem beliebigen Willen des Vermieters unterliegt, sobald dieser die notwendigen Zahlen bzw. Belege vorliegen hat. Der Anspruch des Vermieters auf diese Zahlung steht damit seiner Höhe nach nicht im Voraus fest und ist auch nicht zu genau bestimmten Terminen zu erfüllen.³⁸ Insofern verkürzt die Rechtsauffassung des BGH zum fehlenden Erklärungswert der Abrechnung und zur Übertragung der Betriebskostenlast auf den Mieter bereits mit Abschluss des Mietvertrags den Blick auf die Wesensart wiederkehrender Leistungen, weil es eben gerade nicht auf die rechtsgeschäftliche Begründung, sondern auf die

³⁴ BGH NJW 2016, 3231 Rn. 16; BGH NJW 1959, 239; BGH MDR 1981, 995.

³⁵ BGH NJW 1981, 2563.

³⁶ BGH NZM 2020, 320.

³⁷ So wohl auch Börstinghaus WuM 2017, 254, 256.

³⁸ LG Dessau/Roßlau ZMR 2017, 481 Rn. 25.

Fälligkeit und Leistungspflicht des Schuldners ankommt, der hier aber gerade nicht zu einem bestimmten – vertraglich vorausgesetzten – Zeitpunkt, sondern letztlich zu einem vom Vermieter willkürlich festgesetzten Zeitpunkt zu leisten hat. Auch kann der Mieter seinen Anspruch auf Erteilung der Abrechnung klageweise geltend machen.³⁹ Hinzu kommt, dass die jährliche Abrechnung nach Sinn und Zweck in gleicher Weise auch zu einem Guthaben des Mieters führen kann und eine nach der Jahresfrist erteilte Abrechnung auch keineswegs unwirksam ist, sondern gemäß § 556 Abs. 3 S. 3 BGB lediglich dazu führt, dass der Vermieter keine Nachforderungen mehr geltend machen kann. Es spricht deshalb viel dafür, dass es sich bei der Nachforderung um einmalige Leistungen des Mieters handelt, welche schon aus diesem Grund nicht unter den Mietbegriff des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB fallen.⁴⁰

2. Mietbegriff des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

Selbst wenn man mit dem BGH die Forderung eines Vermieters auf Nachzahlung von Betriebskosten im verjährungsrechtlichen Sinne als wiederkehrende Leistung ansieht, ist damit noch nicht gesagt, dass eine solche Forderung auch unter den Mietbegriff des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB fällt, da diesem Begriff schon wegen der Formulierung „zwei aufeinanderfolgende Termine“ (Nr. 3a) oder „mehr als 2 Termine“ (Nr. 3b) eine andere Wertung zugrunde liegen kann – auch der BGH hat ja in der Entscheidung aus dem Jahr 2016 die Frage des Mietbegriffs beim Zahlungsverzug des Mieters ausdrücklich offengelassen.⁴¹

a) Wortlaut und Gesetzssystematik

Geht man davon aus, dass jedenfalls theoretisch eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzug mit den Betriebskostennachzahlungen unter Nr. 3b der Vorschrift fallen kann, weil der Rückstand aus der Jahresabrechnung zwei Brutto-Monatsmieten übersteigt, dann spricht der Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig gegen eine solche Auslegung. Denn dies würde zunächst nur voraussetzen, dass die Forderung aus der Abrechnung zwei Monatsmieten erreicht und der Mieter diesbezüglich in Zahlungsverzug gerät. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ist zu differenzieren zwischen dem Begriff der Miete und der Berechnung des kündigungsrelevanten Rückstands. Jedenfalls für den kündigungsrelevanten Mietrückstands ist auch nach Auffassung des BGH auf die Grundmiete zuzüglich der Betriebskostenvorauszahlung abzustellen.⁴² Schuldet der Mieter also beispielsweise eine monatliche Nettomiete von € 800,- zzgl. monatlicher Vorauszahlungen auf die Betriebskosten von € 300,-, so wäre bereits bei einem Abrechnungssaldo von € 2.200,-

³⁹ BGH NZM 2022, 833.

⁴⁰ So auch OLG Koblenz NJW 1984, 2369; LG Dessau-Roßlau ZMR 2017, 481; Staudinger/V. Emmerich (2021) § 543 Rn. 68; BeckOK MietR/Schach § 543 R. 42; Grüneberg/Weidenkaff § 543 Rn. 23; aA Lützenkirchen/Lützenkirchen § 543 Rn. 218a.

⁴¹ BGH NJW 2016, 3231 Rn. 17.

⁴² BGH NJW 2008, 3210 unter Rn. 31; BGH NZM 2002, 20;

- zu Lasten des Mieters der Tatbestand des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b erfüllt, weil für Nr. 3b irrelevant ist, aus welchen Zahlungsterminen der Rückstand stammt.⁴³

Etwas anderes ergibt sich indes aus der Zusammenschau von Nr. 3a und Nr. 3b. Auch in Nr. 3a ist von zwei Terminen die Rede, es muss sich indes gerade um zwei aufeinanderfolgende Termine handeln, der Rückstand muss also gerade aus zwei aufeinanderfolgenden Monaten herrühren.⁴⁴ Gemäß § 556b Abs. 1 BGB ist die Miete spätestens bis zum dritten Werktag des jeweils einzelnen Fälligkeitsabschnitts zu entrichten, wobei in der Praxis in den allermeisten Fällen eine monatliche Zahlweise vereinbart ist. Für die Betriebskostenabrechnung gibt es nach § 556 Abs. 3 S. 2 BGB zwar eine Abrechnungsfrist für den Vermieter, aber keinen festen Zahlungstermin. Begrifflich ist damit ein Zahlungsverzug nach Nr. 3a aus zwei aufeinanderfolgenden Betriebskostenabrechnungen im Sinne von „Terminen“ mit dem Wortlaut von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a BGB nicht in Einklang zu bringen. Geht man also mit dem BGH⁴⁵ für Nr. 3a davon aus, dass nur die regelmäßigen monatlichen Zahlungstermine nach § 556b Abs. 1 BGB mit dem Wortlaut in Einklang zu bringen sind, dann muss dies auch für die Nummer 3b gelten, da nicht davon auszugehen ist, dass das Gesetz in Nr. 3a und Nr. 3b unterschiedliche Mietbegriffe meint. Auch für Nr. 3b sind daher gesetzessystematisch nur die periodisch nach § 556b Abs. 1 zu festen Zeitpunkten zu erbringenden laufenden Mieten, nicht aber etwaige Rückforderungen aus Betriebskostenabrechnungen gemeint.⁴⁶

b) Gesetzeshistorie

In seiner Ursprungsfassung sah das Recht des Vermieters zur Kündigung des Mietverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach § 554 BGB⁴⁷ aF vor, dass der „Miether“ für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung des „Miethzinses“ oder eines „Theiles des Miethzinses“ in Verzug ist. Durch das Erste Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29.7.1963⁴⁸ wurde § 554 aF BGB im Wesentlichen auf die heutige Fassung des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB geändert, wobei die letztlich Gesetz gewordene Fassung des § 554 S. 1 Nr. 2 aF BGB (entspricht dem heutigen § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB) auf die Beratungen des Rechtsausschusses zurückging und nicht Gegenstand der Regierungsentwurfs BT-Drs. IV/806 war.⁴⁹ Das Mietrechtsreformgesetz vom 19.6.2000⁵⁰ hat den früheren § 554 BGB in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 letztlich ohne inhaltliche Änderungen übernommen, lediglich sprachlich wurde das Wort „Mietzins“ durch „Miete“ ersetzt.⁵¹

⁴³ Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 168.

⁴⁴ BGH NJW 2008, 3210 Rn. 35; BGH NJW 2022, 1014, 1015; Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 171.

⁴⁵ BGH NJW 2008, 3210 Rn. 35.

⁴⁶ Bub/Treier/Fleindl Kap IV Rn. 366; Lehmann-Richter ZMR 2017, 372, 375;

⁴⁷ RGBl. I 1896, 288.

⁴⁸ BGBl. I 1963, 505; BT-Drs. IV/806

⁴⁹ Erster schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. IV/1323 und Bericht des Abgeordneten Dr. Hauser zu BT-Drs. IV/1323.

⁵⁰ BGBl. I 2000, 1149

⁵¹ BT-Drs. 14/4553, S. 44.

Die Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1962 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften stellt im Wesentlichen nur darauf ab, dass der vom Reichsgericht entwickelte Grundsatz, dass wegen nur unerheblicher Rückstände nicht gekündigt werden kann, in den neu gefassten § 554 BGB übernommen werden soll.⁵² Explizite Ausführungen dazu, von welchem Mietbegriff die Gesetzesreform ausgeht, finden sich in der Begründung nicht. Im Bericht des Rechtsausschusses findet sich aber ein Hinweis darauf, von welchem Mietbegriff der Reformgesetzgeber 1963 ausging: So sollte durch die Beratungen im Rechtsausschuss ein Kündigungsrecht des Vermieters auch in den Fällen geschaffen werden, in denen der Mieter mit nicht aufeinanderfolgenden Zinsterminen in Verzug gerät. Wörtlich heißt es hierzu im Bericht des Abgeordneten Hauser: „Voraussetzung hierfür ist, daß sich der Zeitraum, in dem die Rückstände entstehen, über mehr als zwei Termine erstreckt und der rückständige Betrag den Mietzins für zwei Zahlungstermine erreicht.“⁵³ Das Wort Zahlungstermine findet sich zwar dann nicht wörtlich im Gesetzestext, ist aber ein klarer Hinweis darauf, dass hierunter nur die regelmäßig periodisch zu bestimmten Zeitpunkten fällig werdenden laufenden Mieten (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) gemeint sein konnten. Auch das von der Gesetzesbegründung 1962 zitierte Reichsgerichtsurteil vom 19.03.1915 spricht in seiner Entscheidung zur ursprünglichen Fassung des § 554 BGB davon, dass der Mieter in „Verzug mit der Entrichtung von zwei Raten“ sein müsse und dass sich ein Kündigungsgrund nach dem Verhältnis des rückständigen Teilbetrags zu der „betreffenden Rate“ beurteilt.⁵⁴ Der Begriff der Rate (aus dem lateinischen *rata pars*) bezeichnet jedenfalls in diesem Zusammenhang eine auf eine Zeitspanne bezogene Größe, durch die in regelmäßigen Zeitabständen durch eine erfolgende Zahlung eine Schuld teilweise getilgt wird.⁵⁵ Dass unter Zahlungstermine auch regelmäßige Betriebskostenabrechnungen fallen, wird in der Gesetzesbegründung nicht erwähnt. Die Worte „Raten“ und „Zahlungstermine“ lassen aber ohne weiteres den Rückschluss zu, dass auch im gesetzeshistorischen Sinne nur die zu bestimmten Zahlungsterminen fälligen laufenden Mietzinsen gemeint waren. Jedenfalls aber spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber die Problematik des Verzugs mit Betriebskostennachforderungen jedenfalls nicht bedacht hat.⁵⁶

c) Gesetzeszweck

Die Vorgängerversion des heutigen § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ging wie ausgeführt auf das Erste Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften aus dem Jahr 1963 zurück. Es sollte die durch das „Abbaugesetz“ vom 23.06.1960⁵⁷ aufgehobenen wohnungszwangswirtschaftlichen Bindungen in ein soziales Mietrecht in das BGB überführen, weil man mit Aufhebung der seit dem Ende des Ersten Weltkriegs bestehenden Wohnungszwangswirtschaft nicht einfach zu den ursprünglichen Regelungen des BGB 1896 zurückkehren konnte.⁵⁸ Der Regierungsentwurf aus dem

⁵² BT-Drs. IV/806, S. 10.

⁵³ Zu BT-Drs. IV/1323, S. 2.

⁵⁴ RGZ 86, 334.

⁵⁵ Nach Duden, Wörterbuch

⁵⁶ Hinz, WuM 2019, 673, 674.

⁵⁷ BGBl. I 1960, 389

⁵⁸ Bericht des Rechtsausschusses, zu BT-Drs. IV/1323, Seite 1.

Jahr 1962 hatte das Ziel, diejenigen Vorschriften, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Fragen der Kündigung oder sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses standen, in das BGB einzufügen um dieses in ein „soziales Mietrecht“ umzugestalten.⁵⁹

Gesetzeszweck des heutigen § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist nicht nur der Schutz des Vermieters dahingehend, dass er ein Entgelt für die Überlassung der Mietsache erhält, das er im Rahmen seiner Wirtschaftlichkeitsberechnung im Voraus fest eingeplant hat und auf das er zur Erfüllung seiner eigenen Zahlungsverpflichtungen auch dringend angewiesen ist,⁶⁰ sondern auch der Schutz des Mieters vor Kündigungen wegen geringer Teilbeträge, gerade weil die Vorschrift 1963 um die Worte „eines nicht unerheblichen Teils“ der Miete ergänzt wurde (s.o.). Es kann daher nicht Sinn und Zweck der Regelung sein, das Kündigungsrecht des Vermieters auf Rückstände aus Betriebskostenabrechnungen zu erstrecken bzw. zu erweitern, die jährlich abgerechnet werden und von denen der Mieter ohne nähere Prüfung bereits nicht weiß, ob die Forderung überhaupt berechtigt ist und auf deren Zeitpunkt der Erteilung er auch keinerlei Einfluss hat.⁶¹ Schwab⁶² spricht überzeugend von einer rechtsethischen Rechtfertigung der Zahlungsverzugskündigung des Vermieters, die an eine in besonderer Weise offensichtliche Pflichtverletzung des Mieters geknüpft ist. Weil der Mieter aber bei der Betriebskostenabrechnung nicht voraussehen könne, wann er eine etwaige Zahlung zu leisten habe, wohne dieser Pflichtverletzung nicht jener qualifizierte Unrechtsgehalt inne, der es rechtfertige, den Automatismus einer Zahlungsverzugskündigung in Gang zu setzen. Hinzu kommt, dass der Mieter in vielen Fällen auch gar nicht wissen wird, ob er überhaupt eine Nachzahlung zu leisten hat.⁶³ Der dem Recht zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs innewohnende Gedanke des Verlustes des Vertrauensverhältnisses durch mangelnde Zahlungsmoral des Mieters kann bei der Nichtzahlung von Betriebskostennachforderungen daher gerade nicht angenommen werden.⁶⁴

Damit ist das Ergebnis einer gesetzeskonformen Auslegung, dass selbst dann, wenn man Forderungen des Vermieters aus Betriebskostenabrechnungen mit dem BGH als wiederkehrende Leistungen ansieht, diese jedenfalls nicht unter den Mietbegriff des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB fallen.⁶⁵ Dies gilt sowohl für das Wohnraum- als auch das Gewerbemietrecht. Der Vermieter, der sich einem Mieter gegenüber sieht, der eine hohe Nachforderung nicht bezahlen will oder kann, ist hierdurch nicht schutzlos

⁵⁹ Bericht des Rechtsausschusses, zu BT-Drs. IV/1323, Seite 2.

⁶⁰ OLG Koblenz NJW 1984, 2369 Rn. 9; LG Dessau-Roßlau ZMR 2017, 481 Rn. 26.

⁶¹ OLG Koblenz NJW 1984, 2369 Rn. 10.; Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 165.

⁶² Schwab, NZM 2019, 36, 41.

⁶³ Freilich mit Einschränkungen im Bereich der Abrechnungs- und Verbrauchsinformationen bei fernablesbaren Ausstattungen nach § 6a HeizkostenVO

⁶⁴ OLG Koblenz NJW 1984, 2369 Rn. 10.

⁶⁵ Offengelassen von BGH NJW 2016, 3231 unter Rn. 17; Wie hier: OLG Koblenz NJW 1984, 2369; Brandenburgisches OLG ZMR 2008, 116; OLG München NZM 2003, 554; LG Dessau/Roßlau ZMR 2017, 481; Börstinghaus jurisPR-BGHZivilR 1//2016 Anm. 4; Staudinger/V. Emmerich (2021) § 543 Rn. 68; Guhling/Günter/Alberts § 543 Rn. 44; BeckOK MietR/Schach § 243 Rn. 42; BeckOGK BGB/Mehle § 543 Rn. 160; Hinz, WuM 2019, 673; Schwab, NZM 2019, 36; aA OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 973, das allerdings den möglichen Rückgriff auf die Generalklausel übersieht; Lützenkirchen/Lützenkirchen § 543 Rn. 218a

gestellt. Zwar liegt der Zweck des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB auch darin, dass der Vermieter das Entgelt nicht erhält, das er im Rahmen seiner Wirtschaftlichkeitsberechnung im Voraus fest eingeplant hat und das er zur Erfüllung seiner eigenen Zahlungsverpflichtungen benötigt.⁶⁶ Nachdem der Anwendungsbereich der Nr. 3 nicht eröffnet ist, bietet sich ihm die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB (dazu sogleich) und – im Wohnraummietrecht – das Recht zur ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁶⁷

IV. Außerordentliche fristlose Kündigung nach der Generalklausel, § 543 Abs. 1 BGB

Dass aufgrund der Nichtanwendbarkeit der Vorschriften über die Zahlungsverzugskündigung die Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB nicht gesperrt ist, ist in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend unstrittig.⁶⁸ Allerdings muss sich dieser Beitrag nun von den dogmatischen Ausführungen zu § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB lösen und eine praxisbezogene Darstellung zur Zumutbarkeit einer Vertragsfortsetzung für den Vermieter unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls versuchen. Nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Vermieterkündigung vor, wenn dem Kündigenden unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zumutbar ist.

1. Tatbestandliche Voraussetzungen

Ob die Nichtzahlung eines Betriebskostensaldos überhaupt eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigen kann, ist durchaus umstritten,⁶⁹ im Ergebnis aber zu bejahen, weil die Frage der Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung unter Abwägung aller Umstände stets nur im Einzelfall getroffen werden und auch die Aufstellung allgemein gültiger Kriterien für den Abwägungsvorgang nur schwerlich gelingen kann.⁷⁰ Wesentliche Abwägungskriterien auch für die Anwendung der Generalklausel sind (1) die Höhe und Dauer des Rückstands mit Nachforderungen des Vermieters aus der Betriebskostenabrechnung, (2) die Schwere und das Ausmaß eines etwaigen Verschuldens des Mieters sowie (3) sonstige Pflichtverletzungen des Mieters in der Vergangenheit, die im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung in die Gesamtabwägung

⁶⁶ LG Dessau-Rosslau, ZMR 2017, 481 Rn. 26

⁶⁷ Brandenburgisches OLG ZMR 2008, 116; LG Berlin GE 2015, 452; AG München ZMR 2009, 696; Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 45 und 165; Hinz, WuM 2019, 673, 675.

⁶⁸ Brandenburgisches Oberlandesgericht ZMR 2008, 116 Rn. 16; LG Berlin BeckRS 2015, 6628; BeckOGK BGB/Mehle § 543 Rn. 160 mwN; Staudinger/V. Emmerich § 543 Rn. 70 mwN.

⁶⁹ LG Köln BeckRS 1994, 7526 lehnt dies bei einer Höhe von mehr als 1 Monatsmiete mit der Begründung ab, die Mieter hätten sich durch die Bezahlung der laufenden Miete als im wesentlichen vertragstreu gezeigt; ebenso wohl BeckOK MietR/Schach § 543 Rn. 42: „in der Regel nicht“

⁷⁰ Hinz freilich hat es in WuM 2019, 673, 675 ff versucht, auch wenn zwangsläufig nicht unter Bezugnahme auf die hier maßgebliche Frage der exorbitant gestiegenen Energiekosten.

eingestellt werden. Ferner muss der Mieter erfolglos abgemahnt worden sein, § 543 Abs. 3 S. 1 BGB.

(1) Hinsichtlich der Höhe des Rückstands muss dieser zweifellos erheblich sein, im Wohnraummietrecht mit Blick auf die Wertung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB muss die Höhe der Nachforderung eine Monatsmiete übersteigen und der Verzug mindestens einen Monat andauern.⁷¹ An dieser Wertung hat man sich auch im Bereich der Gewerberaummieta zu orientieren, auch wenn hier im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände ein geringerer Rückstand ausreichen kann.⁷² Ob der Rückstand aus der Betriebskostenabrechnung indes zwei volle Brutto-Monatsmieten erreichen muss⁷³ oder gar darüber hinaus noch erfordert, dass der Rückstand aus zwei aufeinanderfolgenden Abrechnungsterminen stammen muss,⁷⁴ darf bezweifelt werden. Das hierfür ins Feld geführte Argument, wonach es dem Vermieter möglich sei, die Betriebskostenvorauszahlungen angemessen zu bemessen und dadurch hohe Nachzahlungen zu vermeiden,⁷⁵ ist ein Abwägungskriterium im Rahmen der beidseitigen Verursachungsbeiträge und passt nicht auf den hier maßgeblichen Fall einer exorbitanten Steigerung der Energiekosten, die beide Vertragsparteien nicht vorhersehen und die der Vermieter damit jedenfalls bei länger andauernden Mietverhältnissen auch nicht der Kalkulation der Betriebskostenvorauszahlungen zugrunde legen konnte. Gleiches gilt für das ähnlich gelagerte Argument, wonach es der Vermieter in der Hand hätte, durch bewusst zu niedrig kalkulierte Vorauszahlungen potentielle Kündigungsvoraussetzungen zu schaffen.⁷⁶ Zum einen dürfte dies regelmäßig schon den eigenen Interessen des Vermieters widersprechen, der ja die laufenden Kosten der Mietsache in der Regel vorfinanzieren muss, zum anderen gebietet das Gesetz in § 543 Abs. 1 S. 2 BGB eine Abwägung der beiderseitigen Interessen, so dass ein derartiges Verhalten des Vermieters, auch wenn es im Regelfall keine eigene Pflichtverletzung darstellt,⁷⁷ als Abwägungskriterium bei der Zumutbarkeitsprüfung einfließen kann. Es spricht daher vieles dafür, ab einem Verzug mit Nachforderungen aus der Betriebskostenabrechnung der **eine Brutto-Monatsmiete übersteigt**, eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 1 S. 2 jedenfalls dem Grunde nach zuzulassen und im Rahmen der Einzelfallabwägung zu prüfen, ob dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses zumutbar ist, oder nicht⁷⁸.

Setzt sich der Rückstand aus für sich genommen nicht zu einer Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB berechtigenden

⁷¹ BGH NZM 2013, 20 für die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB

⁷² BGH NJW 2015, 2419.

⁷³ So wohl LG Berlin BeckRS 2015, 6628; Hinz WuM 2019, 673, 678; BeckOGK BGB/Mehle § 543 Rn. 66; Bentrop, WuM 2022, 505, 513.

⁷⁴ Sternel PiG 90 (2011), 175, 179.

⁷⁵ LG Dessau-Roßlau ZMR 2017, 481.

⁷⁶ So aber Hinz, WuM 2019, 573, 678.

⁷⁷ BGH NZM 2004, 619 unter II. 1b).

⁷⁸ AG München BeckRS 2009, 5668.

Rückstand aus laufenden periodisch fällig werdenden Mieten **und** Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen zusammen, so kann dies für sich genommen keine außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 1 rechtfertigen, weil hierdurch ansonsten die abschließenden speziellen Regelungen des Gesetzes für den Zahlungsverzug unterlaufen würden.⁷⁹ In einem solchen Fall richtet sich folglich die Kündigungsbefugnis mit Blick auf die Höhe des Rückstands alleine nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.⁸⁰ Dies hindert den Tatrichter aber im Räumungsprozess nicht, im Rahmen der Gesamtabwägung nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB im Einzelfall zu Lasten des Mieters zu berücksichtigen, dass dieser überdies auch mit laufenden Mietzahlungen in Verzug war.

- (2) Ein weiteres wesentliches Abwägungskriterium im Rahmen der Generalklausel ist das Verschulden des Mieters (hierzu ergänzend zu den Einzelheiten auch unten zur ordentlichen Vermieterkündigung unter V.3) Auch wenn das Gesetz ein Verschulden des Kündigungsempfängers nicht zwingend voraussetzt, so ist es doch schon nach dem Wortlaut des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB in den Abwägungsvorgang einzubeziehen.⁸¹ Auch die Schwere des Verschuldens des Schuldners stellt ein wesentliches Kriterium für die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Kündigenden dar. Bei der Beurteilung eines mieterseitigen Verschuldens im Rahmen der Nichtzahlung von Betriebskostennachforderungen kann hierbei insbesondere von Relevanz werden, ob der Rückstand bereits tituliert ist und/oder ob der Mieter identische bzw. ähnliche Einwendungen bereits in der Vergangenheit (erfolglos) erhoben hat.⁸² Soweit es um die Nichtzahlung von Nachforderungen wegen exorbitant gestiegener Energiepreise geht, wird der Mieter in der Regel keine Einwendungen erheben können. Auch kann er sich mit Blick auf sehr hohe Nachforderungen nicht dahingehend entlasten, unverschuldet nicht leistungsfähig zu sein (siehe bereits oben). Allerdings muss bei der Prüfung der Schwere des Verschuldens selbstverständlich berücksichtigt werden, dass die geleisteten Vorauszahlungen im Regelfall dem Energieverbrauch in der Vergangenheit angepasst wurden und beide Vertragsteile keine Verantwortlichkeit dafür trifft, dass sich die Kosten von Energie, insbesondere von Gas, Strom, Heizöl oder Holzpellets, in 2022 teilweise mehr als verdreifacht haben. Zwar ist dem Vermieter zuzugestehen, dass er derjenige ist, der die Brennstoffkosten vorzufinanzieren hat, darum geht es aber im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung nicht. Es steht in solchen Fällen ja regelmäßig außer Zweifel, dass der Mieter die Nachforderung schuldet und diese auch eingeklagt, tituliert und beigetrieben werden kann. Man wird allerdings ohne Hinzutreten weiterer gewichtiger Umstände in Fällen beidseits nicht zu vertretender Energiekostensteigerungen kein Verschulden eines Mieters annehmen können, das so schwer wiegt, dass es eine außerordentliche fristlose

⁷⁹ Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 45; Bentrop, WuM 2022, 505, 513; Hinz WuM 2019, 673, 675.

⁸⁰ Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 45.

⁸¹ Bub/Treier/Fleindl Kap. IV Rn. 391.

⁸² AG München BeckRS 2009, 5668: beharrliche Zahlungsverweigerung trotz bereits titulierter Rückstände; Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 45.

Kündigung des Vermieters rechtfertigt. Dies gilt auch dann, wenn der Mieter aufgrund stark gestiegener Energiepreise mit einer hohen Nachzahlung rechnen musste. Oder anders gesagt: alleine der Umstand, dass der Mieter finanziell nicht in der Lage ist, eine – ggfs. auch zwei Monatsmieten übersteigende – Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung zu begleichen, die alleine oder jedenfalls überwiegend auf unvorhersehbar gestiegenen Energiekosten beruht, begründet keine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Vermieter.

- (3) Da mithin schon aufgrund eines regelmäßig nicht schwerwiegenden Verschuldens des Mieters eine fristlose Kündigung nach der Generalklausel ausscheidet, wird an dieser Stelle auf die Darstellung weiterer Kriterien für die Abwägung verzichtet.⁸³ Auf diese Kriterien wird aber im Rahmen der Prüfung der ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB noch eingegangen werden. Ergänzend wird noch darauf hingewiesen, dass eine fristlose Kündigung nach der Generalklausel regelmäßig eine Abmahnung des Mieters voraussetzt, § 543 Abs. 3 BGB.⁸⁴ Diese Abmahnung liegt nicht schon in der ersten verzugsbegründenden Mahnung durch den Vermieter.

V. Ordentliche Vermieterkündigung, § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB

Nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kann im Bereich der Wohnraummiete der Vermieter das – meist unbefristet bestehende – Mietverhältnis ordentlich kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Ein solches Interesse ist nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB insbesondere gegeben, wenn der Mieter seine vertraglichen Verpflichtungen schuldhaft nicht unerheblich verletzt. Maßgebend für die Frage der nicht unerheblichen Pflichtverletzung ist – ähnlich wie Rahmen des § 543 Abs. 1 BGB - eine Gesamtwürdigung der für die Vertragsfortsetzung maßgebenden Umstände des Einzelfalls.⁸⁵ Allerdings kommt es im Rahmen der ordentlichen Vermieterkündigung nicht auf eine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung an, sondern – lediglich – darauf, ob die Vertragsverletzung die Belange des Vermieters in einer Weise beeinträchtigt, dass sich die Kündigung als angemessene Reaktion darstellt.⁸⁶

Anders als für den Bereich des Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 S.1 Nr. 3, der sich nur auf die laufenden, periodisch zu zahlenden Mietbestandteile bezieht (dazu oben III.), kann nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch gekündigt werden, wenn sich der Mieter mit sonstigen Zahlungsverpflichtungen im Rückstand befindet. Die Vorschrift enthält gerade keine Beschränkung auf kalendermäßig zu zahlende Mieten,⁸⁷ so dass etwa neben Schadensersatzansprüchen des Vermieters gerade auch Forderungen des Vermieters aus

⁸³ Siehe hierzu die ausführliche Darstellung von Abwägungskriterien bei Hinz, WuM 2019, 673, 675 ff.

⁸⁴ Zu den Einzelheiten und einer etwaigen Entbehrlichkeit der Abmahnung vgl. Bub/Treier/Fleindl Kap. IV Rn. 293 ff.

⁸⁵ Bub/Treier/Fleindl Kap. IV Rn. 110; ähnlich Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus § 573 Rn. 18.

⁸⁶ BayObLG WuM 1995, 378; Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus § 573 Rn. 18

⁸⁷ Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus § 573 Rn. 31

Betriebskostenabrechnungen ein Kündigungsrecht auslösen können.⁸⁸ Da sowohl ein Verzug mit Forderungen aus laufenden Mieten als mit sonstigen Forderungen aus dem Mietverhältnis sich als Pflichtverletzung darstellen, kann sich ein Kündigungsrecht des Vermieters auch daraus ergeben, dass die Summe aus verschiedenartigen Rückständen die Erheblichkeit der Pflichtverletzung begründet. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist der Vermieter überdies nicht gehindert, die Kündigung fristlos und hilfsweise als ordentliche auszusprechen mit der Folge, dass im Falle der anfänglichen oder nachträglichen Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung nunmehr im Räumungsprozess die ordentliche Kündigung zu prüfen ist.⁸⁹

1. Nicht unerhebliche Pflichtverletzung

Für die Prüfung der Frage einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung ist in erster Linie auf die Höhe des Rückstands abzustellen. Nach der Rechtsprechung des VIII. Senats des BGH kann mit Blick auf die gesetzliche Wertung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nicht auf einen Mietrückstand gestützt werden, der eine Monatsmiete nicht übersteigt oder wenn die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt. Damit hat der BGH aber nur eine Negativabgrenzung nach unten vorgenommen, so dass insbesondere bei Rückständen hinsichtlich der laufenden Miete von mehr als einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer von mehr als einem Monat nicht gleichsam feststeht, dass eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung vorliegt.⁹⁰ Entsprechend der gesetzlichen Wertung des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB wird man die Erheblichkeitsschwelle für den Verzug mit laufenden Mietern aber jedenfalls dann als unzweifelhaft überschritten ansehen müssen, wenn ein Verzug vorliegt, der den Vermieter nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3a oder 3b sogar zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigen würde.⁹¹ Dies bedeutet, dass für den Bereich der ordentlichen Vermieterkündigung wegen Zahlungsverzugs grundsätzlich nur dann ein trichterlicher Beurteilungsspielraum besteht, wenn ein Mietrückstand von weniger als zwei und mehr als einer Monatsmiete besteht.⁹²

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Rechtsprechung zum Verzug mit periodisch monatlich fälligen Mietzahlungen ohne weiteres auf Nachzahlungen nach Betriebskostenabrechnungen übertragbar ist. Zwar dürfte nach dem oben schon zu § 543 Abs. 1 und der gesetzlichen Wertung in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB Gesagten auch hier eine Untergrenze dahingehend anzunehmen sein, dass der Rückstand aus einer oder mehrerer Betriebskostenabrechnungen insgesamt mehr als eine Bruttomonatsmiete aufweisen muss⁹³, für die Obergrenze gilt dies aber umgekehrt nicht. Denn der Rechtsauffassung, dass bei turnusmäßig fällig werdenden Mieten die

⁸⁸ OLG Koblenz NJW 1984, 2369; Hinz WuM 2019, 673, 680; Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus § 573 Rn. 18.

⁸⁹ BGH NJW 2018, 3517; BGH NZM 2023, 28 jeweils zur Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

⁹⁰ Milger, NZM 2013, 553, 555; Hinz, WuM 2019, 673, 680.

⁹¹ BGH NJW 2008, 3210; Grüneberg/Weidenkaff § 573 Rn. 16; Staudinger/Rolfs § 573 Rn. 46; BeckOGK BGB/Geib § 573 Rn. 46; Bub/Treier/Fleindl Kap. IV Rn. 113.

⁹² So völlig zutreffend Hinz, WuM 2019, 673, 680.

⁹³ Hinz, WuM 2019, 673, 681.

Erheblichkeitsschwelle bei einem Rückstand von 2 Monatsmieten in jedem Fall erreicht ist, beruht auf der gesetzlichen Wertung des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB, wonach eine Zahlungsverzugskündigung sich aus dem besonderen Vertrauensverlust rechtfertigt, den die fehlende Zahlungsmoral des Mieters nach sich zieht. Da aber nach den obigen Ausführungen die Zahlungsverzugsvorschriften auf Rückstände aus Betriebskostenabrechnungen schon dem Grunde nach nicht anwendbar sind, verbietet es sich auch, die dahinterstehende gesetzliche Wertung auf die Prüfung der ordentlichen Kündigung zu übertragen. Das bedeutet im Ergebnis, dass – anders als bei Rückständen mit laufenden Mieten – bei Forderungen des Vermieters aus Betriebskostenabrechnungen eine Abwägung im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums auch dann vorgenommen werden darf, wenn der Rückstand mehr als zwei Bruttomonatsmieten erreicht oder übersteigt.

2. Abwägungskriterien

Neben der Höhe des Rückstands können eine Vielzahl von Kriterien in die Abwägung mit einfließen,⁹⁴ wobei stets zu berücksichtigen ist, dass eine Pflichtverletzung des Mieters nur dann vorliegt, wenn er die geltend gemachte Nachforderung rechtlich schuldet, die Betriebskostenabrechnung also formell und inhaltlich ordnungsgemäß ist. Von Bedeutung im Rahmen der Abwägung kann insbesondere sein, ob die Rückstände bereits (teilweise) gerichtlich tituliert sind oder ob sie aus mehreren Abrechnungsjahren herrühren.⁹⁵ Auch die Schwere des Pflichtenverstoßes kann berücksichtigt werden, wenn der Mieter trotz bereits vorangegangener gerichtlicher Klärung einer Rechtsfrage im Folgejahr die Abrechnung aus den gleichen nicht haltbaren Gründen wieder kürzt. Ob auch substantielle Einwendungen gegen die Richtigkeit der Abrechnung ein Abwägungskriterium zu Gunsten des Mieters darstellen⁹⁶, darf indes bezweifelt werden. Letztlich handelt es sich hierbei um eine Frage des Verschuldens des Mieters, der aber nur einen schuldlosen Irrtum über das Bestehen seiner Zahlungspflicht nicht zu vertreten hat (siehe dazu unten 3.). Indes wird jeder Mieter, der unberechtigt die geltend gemachte Nachforderung nicht erfüllt oder kürzt, subjektiv von der Richtigkeit seines Handelns überzeugt sein. Dieser – schuldhafte, weil fahrlässige – Irrtum kann den Mieter aber letztlich nicht entlasten.

Im Bereich exorbitant gestiegener Energiekosten wird im Rahmen der Abwägung insbesondere zu berücksichtigen sein, ob und inwieweit der Mieter die Höhe der Vorauszahlungen vorhersehen konnte. Dabei spielt gegebenenfalls auch die Erfüllung der Informationspflichten des Vermieters aus § 6a HeizkostenVO eine Rolle, wenn fernablesbare Ausstattungen zur Verbrauchserfassung vorhanden sind. Sind noch keine fernablesbaren Erfassungs- bzw. Messgeräte vorhanden, verbleibt es bei der Regelung des § 6 Abs. 1 S. 2 HeizkostenVO, wonach dem Mieter das Ergebnis der Ablesung binnen eines Monats mitzuteilen ist.⁹⁷ Soweit fernablesbare Geräte vorhanden sind, sind dem Mieter seit dem 01.01.2022 nach § 6a

⁹⁴ Eingehend hierzu Hinz WuM 2019, 673, 675ff.

⁹⁵ AG München BeckRS 2009, 5668; Schmidt-Futterer(Blank/Börstinghaus § 573 Rn. 11

⁹⁶ So etwa Bentrop, WuM 2022, 505, 514 und auch Hinz, WuM 2019, 673, 679.

⁹⁷ Schmidt-Futterer/Lammel § 6a HeizkostenVO Rn. 2.

Abs. 1 HeizkostenVO monatlich Verbrauchs- oder Abrechnungsinformationen zu erteilen.⁹⁸ Die Verordnung lässt dem Vermieter die Wahl, ob er seinen Mietern Abrechnungs- oder Verbrauchsinformationen erteilt.⁹⁹ Wurde der Mieter im Rahmen der Erfüllung der Mitteilungspflichten nach § 6a HeizkostenVO auch bereits über die Höhe der voraussichtlichen monatlichen Kosten und nicht nur über die Entwicklung seines Verbrauchs monatlich in Kenntnis gesetzt, kann dies ein wesentliches Abwägungskriterium für die Erheblichkeit der Pflichtverletzung sein, wenn er gleichwohl keine Rücklagen im Hinblick auf die Jahresabrechnung bildet. Allerdings werden viele Vermieter im Regelfall eine Verbrauchsmittelung vorziehen, weil die monatliche Kostenermittlung in Abhängigkeit von Verbrauch und Kostenänderungen beim Einkauf von Energie sich im Einzelfall als sehr schwierig darstellen kann.¹⁰⁰ Kommt umgekehrt ein Vermieter seinen Mitteilungspflichten nach § 6a HeizkostenVO nicht oder nicht ordnungsgemäß nach, kann dies wiederum ein Abwägungskriterium zu Gunsten des Mieters sein, wenn dieser aufgrund der unterbliebenen Informationen die auf ihn in der Abrechnung zukommenden Nachforderungen aus dem Energieverbrauch nicht absehen konnte. Bei der Prüfung der Erheblichkeit der Pflichtverletzung wird man zu seinen Gunsten ferner berücksichtigen müssen, ob der Mieter durch sein Verbrauchsverhalten (Einsparung von Energie) jedenfalls versucht hat, die auf ihn zukommenden Kosten zu senken. Umgekehrt wird man eine Erheblichkeit der Pflichtverletzung eher dann bejahen müssen, wenn der Vermieter aufgrund eingetretener Kostensteigerungen während des Abrechnungsjahres aufgrund eingetretener Kostensteigerungen sich erfolglos darum bemüht hat, mit dem Mieter eine Einigung über die Anhebung der monatlichen Vorauszahlungen nach § 557 BGB zu erzielen, der Mieter diese verweigert hat und anschließend mangels Rücklagen eine hohe Nachzahlung nicht leisten kann. Auch kann in die Abwägung einfließen, ob der Mieter staatliche Leistungen¹⁰¹ wie die Energiepreispauschale oder einen pauschalen Heizkostenzuschuss erhalten hat, diese Gelder aber nicht für die Betriebskostenabrechnung zurücklegt, sondern für andere Zwecke verwendet.

Eine Abmahnung ist nach der Rechtsprechung des BGH nicht Voraussetzung für die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses. Eine erfolgte Abmahnung kann aber ein einzelner Gesichtspunkt bei der umfassenden Prüfung, ob eine schuldhaft, nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters vorliegt, sein.¹⁰²

3. Verschulden des Mieters

Der Wortlaut des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB setzt zwingend ein Verschulden des Mieters voraus. Gemäß § 276 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Ein Kündigungsrecht besteht daher nicht, wenn die Zahlung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Mieter nicht zu vertreten hat, wobei ein Verschulden nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird und der Mieter sich im Räumungsprozess zu entlasten

⁹⁸ Bentrop, WuM 2022, 505, 509.

⁹⁹ Wall, NZM 2022, 73, 77.

¹⁰⁰ Wall, NZM 2022, 73, 77.

¹⁰¹ Näheres unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/entlastung-fuer-deutschland/>

¹⁰² BGH NJW 2008, 508 Rn. 28; BGH NJW-RR 2020, 1275 Rn. 11.

hat, indem er sein fehlendes Verschulden darlegt und gegebenenfalls auch beweist. Anders als im Falle einer Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB (dazu schon oben) kann den Wohnraummieter im Bereich der ordentlichen Kündigung eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit wie Krankheit oder Arbeitslosigkeit entlasten.¹⁰³ Er hat sich dann aber unverzüglich um eine Übernahme der Mietschulden durch eine öffentliche Stelle, insbesondere das Jobcenter, zu bemühen, so dass auch die Verletzung dieser – vom Mieter im Streitfall zu beweisenden – Obliegenheit dazu führen kann, dass der Mieter die Pflichtverletzung zu vertreten hat.¹⁰⁴ Allerdings hat sich der Mieter im Bereich der ordentlichen Kündigung ein etwaiges Verschulden der Sozialbehörden nicht zurechnen zu lassen, da diese im Rahmen der Daseinsvorsorge staatliche Transferleistungen erbringt und damit nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters nach § 278 BGB tätig wird.¹⁰⁵

Soweit es nicht um finanzielle Leistungsunfähigkeit geht, sondern der Mieter aus anderen Gründen die Nachforderung nicht begleicht, kann ihn ein schuldloser Irrtum über das Bestehen seiner Zahlungspflicht entlasten.¹⁰⁶ Für einen unverschuldeten Rechts- oder Tatsachenirrtum gelten nach der Rechtsprechung des BGH aber strenge Maßstäbe. Danach liegt ein unverschuldeter Rechtsirrtum des Mieters als Schuldner regelmäßig nur dann vor, wenn er die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig prüft und unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.¹⁰⁷ Ein Schuldner handelt regelmäßig schon dann fahrlässig, wenn er bei einer unklaren Rechtslage mit einem anderen Rechtsstandpunkt des Gerichts rechnen musste.¹⁰⁸ Gleiches gilt für einen Irrtum im Bereich des Tatsächlichen.¹⁰⁹

Da aufgrund der medialen Berichterstattung im Jahr 2022 über die Kostenexplosionen im Energiesektor grundsätzlich mit einer hohen Nachforderung gerechnet muss bzw. musste, wird man ein Verschulden der Mieters nicht verneinen können, wenn er keine Rücklagen für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus der Betriebskostenabrechnung bildet. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Bundes-Gesetzgeber verschiedenste Entlastungspakete wie eine Energiepreispauschale oder Heizkostenzuschüsse zur Entlastung von Verbrauchern auf den Weg gebracht hat,¹¹⁰ deren Existenz und Zweck am Mieter nicht vorbeigegangen sein können. Ob der Mieter Maßnahmen zur Energieeinsparung getroffen, insbesondere seinen Verbrauch an Endenergie reduziert hat, ist keine Frage des Verschuldens, sondern vielmehr der Abwägung im Rahmen der Erheblichkeit der Pflichtverletzung. An einem Verschulden fehlt es auch nicht schon dann, wenn der auf

¹⁰³ Staudinger/Rolfs (2022) § 573 Rn. 49; Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus § 573 Rn. 36.

¹⁰⁴ Schmidt-Futterer/Blank/Börstinghaus § 573 Rn. 36.

¹⁰⁵ BGH NJW 2016, 2805.

¹⁰⁶ Guhling/Günther/Alberts § 543 Rn. 51

¹⁰⁷ BGH NJW 2014, 2717 Rn. 35 für den Rechtsirrtum und BGH NZM 2012, 637 Rn. 18f. für den Tatsachenirrtum.

¹⁰⁸ BGH NJW 2014, 2717 Rn. 35.

¹⁰⁹ BGH NZM 2012, 637 Rn. 19 für einen Irrtum über die Ursache eines Mietmangels.

¹¹⁰ <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/entlastung-fuer-deutschland/>

staatliche Transferleistungen angewiesene Mieter die Nachforderung deshalb nicht begleichen kann, weil ihm die finanziellen Mittel hierzu fehlen. Mangelndes Einkommen oder Vermögen alleine entlastet einen Mieter, der ein Dauerschuldverhältnis mit laufenden Zahlungsverpflichtungen eingeht, nicht.¹¹¹ Auch insoweit wird man daher nur von einem Aspekt ausgehen können, der für die Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung relevant ist.

Im Ergebnis kann eine auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützte Kündigung wegen der Nichtzahlung von Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen Erfolg haben, da eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Mieters kaum jemals rechtssicher verneint werden kann. Ob diese als nicht unerheblich anzusehen ist, ist eine Frage der Abwägung im Einzelfall. Hier wird neben der Höhe des Rückstands entscheidend die Frage sein, ob der Mieter mit einer Nachforderung in dieser Höhe rechnen musste und aus welchen Gründen er keine Rücklagen gebildet hat bzw. nicht bilden konnte. Dies gilt allerdings nur für die Wohnraummiete, da befristete Gewerbemietverhältnisse nicht ordentlich gekündigt werden können und eine fristlose – wie dargelegt – meist ausscheiden wird.

VI. Vermieterkündigung bei Nichtzahlung erhöhter Vorauszahlungen

Wie oben ausgeführt, sind die Betriebskostenvorauszahlungen wie auch die Betriebskostenpauschale Bestandteil der periodisch zu leistenden Gesamtmiete, sodass die Nichtleistung geschuldeter Vorauszahlungen eine Zahlungsverzugskündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB rechtfertigen kann. In der Praxis wird allerdings meist nur die Alternative 3b) in Betracht kommen, weil ein Rückstand mit Vorauszahlungen aus zwei aufeinanderfolgenden Monaten kaum jemals eine Bruttomonatsmiete erreichen wird.¹¹²

1. Rechtswirksame Erhöhung

Im Bereich des Wohnraummietrechts hat nach § 560 Abs. 4 BGB jede Partei nach einer Abrechnung das Recht, durch einseitige Gestaltungserklärung eine Anpassung der Vorauszahlungen zu verlangen. Eine Frist zur Ausübung des Anpassungsrechts besteht hierbei grundsätzlich nicht; der Vermieter kann nach der Rechtsprechung des BGH eine Erhöhung der Vorauszahlungen selbst dann noch geltend machen, wenn er erst nach Ablauf der Abrechnungsfrist über die Betriebskosten abrechnet.¹¹³ Für den Bereich des Gewerbemietrechts kann die entsprechende Geltung der Vorschrift des § 560 Abs. 4 BGB mietvertraglich vereinbart werden. Die Anpassung kann nur auf eine angemessene Höhe erfolgen, wobei Voraussetzung hierfür eine formell und inhaltlich korrekte Abrechnung ist.¹¹⁴ Hinsichtlich formeller Fehler ist hierbei freilich zu beachten, dass ein formeller Fehler nur dann zur Unwirksamkeit der Abrechnung insgesamt führt, wenn er sich durchgängig durch die gesamte Abrechnung zieht und nicht nur einzelne Betriebskostenarten oder -

¹¹¹ So zutreffend Staudinger/Rolfs (2022) § 573 Rn. 49.

¹¹² Hinz, WuM 2021, 137, 142.

¹¹³ BGH NJW 2011, 145 LS 2.

¹¹⁴ BGH NZM 2012, 455

positionen betrifft.¹¹⁵ Andernfalls liegt ein inhaltlicher Fehler vor, der sich nur auf die jeweilige Position bezieht, die Richtigkeit der Abrechnung im Übrigen aber unberührt lässt. Für die Erhöhung einer Betriebskostenpauschale gilt § 560 Abs. 1 BGB. Die Erhöhung einer Pauschale ist nach dieser Vorschrift nur dann möglich, wenn dies im Mietvertrag vereinbart ist.

Ergibt die Jahresabrechnung aufgrund stark gestiegener Energiepreise eine sehr hohe Nachforderung des Vermieters, so kann er die Vorauszahlung grundsätzlich auf die entsprechende Höhe (monatlich 1/12 des Nachzahlungsbetrags) anpassen. Daneben können die Parteien jederzeit auch einvernehmlich eine Erhöhung der Vorauszahlungen nach § 557 Abs. 1 BGB vereinbaren. Schlagen sich die stark angestiegenen Energiepreise in der konkreten Jahresabrechnung noch nicht nieder, sondern sind erst während des Abrechnungszeitraums nach § 556 Abs. 3 S. 2 BGB entstanden, können diese Preissteigerungen gleichwohl in der Erhöhungserklärung berücksichtigt werden. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist die letzte Betriebskostenvorauszahlung zwar Grundlage für eine Anpassung der Vorauszahlungen, hindert aber nicht die Berücksichtigung anderer – bereits eingetretener oder eintretender – Umstände, von denen die im laufenden Jahr entstehenden Kosten voraussichtlich beeinflusst sein werden.¹¹⁶ Dies muss freilich auch umgekehrt gelten, so dass der Mieter gegebenenfalls eine Absenkung wirksam erhöhter Vorauszahlungen dann verlangen kann, wenn die Energiepreise im Lauf eines Abrechnungszeitraums auf ein deutlich niedrigeres Niveau absinken.

Ob eine „unterjährige“ Erhöhung der Vorauszahlungen darüber hinaus ohne Bezug zu einer Abrechnung rechtlich zulässig ist, erscheint sehr zweifelhaft, da der Vermieter mit einer einmal erfolgten Anpassung nach einer Abrechnung sein Gestaltungsrecht verliert und dieses daher nicht mehrfach nach einer Abrechnung ausüben kann.¹¹⁷ Unzulässig ist für den Bereich der Wohnraummiete nach § 560 Abs. 6 BGB jedenfalls eine Formular Klausel oder individualvertragliche Vereinbarung, wonach der Vermieter während des Laufs einer Abrechnungsperiode unabhängig von einer Abrechnung zu einer Erhöhung der Vorauszahlungen berechtigt sein soll.

2. Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Sind die Vorauszahlungen wirksam erhöht worden und werden diese vom Mieter nicht geleistet, so kann der Vermieter die Rückstände aus mehreren Zahlungsterminen auflaufen lassen, bis sich insgesamt ein Rückstand ergibt, der 2 Bruttomonatsmieten nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b erreicht. Es ist nicht erforderlich, dass der Vermieter unter dem Gesichtspunkt des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB zuvor eine Leistungsklage hinsichtlich der offenen Vorauszahlungen erhoben hat, weil diese Vorschrift bei Kündigungen ohne vorhergehende Zahlungsklage bereits nicht anwendbar ist.¹¹⁸ Zu beachten ist bei Teilzahlungen des Mieters allerdings, dass im Falle des Fehlens einer Tilgungsbestimmung

¹¹⁵ BGH NZM 2021, 301; BGH NJW 2010, 3363.

¹¹⁶ BGH ZMR 2012, 90; hierzu schon Bub, NZM 2011, 644, 647.

¹¹⁷ Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter § 560 Rn. 55; a.A. allerdings derselbe in WuM 2022, 633.

¹¹⁸ BGH NJW 2012, 3089.

des Mieters in analoger Anwendung von § 366 Abs. 2 BGB Teilleistungen zunächst auf die Betriebskostenvorauszahlungen anzurechnen sind, weil diese nach erfolgter Abrechnung nicht mehr geltend gemacht werden können und daher für den Vermieter die geringere Sicherheit bieten.¹¹⁹ Sofern der Mieter aber kommentarlos nach einer wirksam erfolgten Erhöhung der Vorauszahlungen die bisherige Bruttomiete weiterbezahlt, wird man von einer vorrangigen Tilgungsbestimmung des Mieters nach § 366 Abs. 2 BGB ausgehen können.

Ein Sonderfall kann dann eintreten, wenn hinsichtlich der Betriebskosten Abrechnungsreife eingetreten ist. Denn dann kann der Vermieter die Zahlung von Betriebskostenvorauszahlungen nicht mehr verlangen.¹²⁰ Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Vermieter zu diesem Zeitpunkt ein bereits entstandenes Kündigungsrecht noch nicht ausgeübt hat. Ergeben aber Rückstände aus Vorauszahlungen kein Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB, weil der Gesamtrückstand zwei Bruttomonatsmieten nicht erreicht, dann reduziert sich der Rückstand entsprechend mit Eintritt der Abrechnungsreife für ein bestimmtes Abrechnungsjahr, meist das Kalenderjahr, weil die Zahlungspflicht des Mieters entfällt.¹²¹

3. Ordentliche Vermieterkündigung, § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Insoweit gelten mit Blick auf den Zahlungsverzug und der Heilungsmöglichkeit nach § 569 Abs. 2 Nr. 2 BGB keine Besonderheiten. Auch hier kann der Vermieter für den Fall der Nachzahlung hilfsweise ordentlich kündigen. Auf die obigen Ausführungen am Anfang von Gliederungspunkt V. wird Bezug genommen.

VII. Zusammenfassung

Die im Jahr 2022 massiv gestiegenen Energiepreise werden in vielen Fällen zu deutlich erhöhten Betriebskostennachforderungen des Vermieters führen, soweit nicht im Einzelfall – sei es nun einseitig oder durch vertragliche Vereinbarungen zwischen den Mietvertragsparteien – eine Anpassung auf die zu erwartende Nachzahlung bereits während des Kalenderjahres erfolgt ist. Ist der Mieter – auch weil er keine Rücklagen gebildet hat – zu einer Bezahlung der Nachforderung finanziell nicht in der Lage, werden einige Vermieter eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs in Erwägung ziehen. Die Vorschriften über den Zahlungsverzug nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB sind allerdings nicht einschlägig, weil es sich bei der Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung nicht um periodisch zu zahlende Mieten handelt. Damit ist zwar grundsätzlich die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB eröffnet, allerdings wird eine hierauf gestützte fristlose Kündigung im Regelfall daran scheitern, dass sich aus der Nichtzahlung einer Nachforderung auf Betriebskosten, die alleine oder jedenfalls weit überwiegend auf eine von den Parteien nicht beeinflussbaren Steigerung

¹¹⁹ BGH NZM 2018, 444 Leitsatz 9a

¹²⁰ Hinz, WuM 2021, 137, 142.

¹²¹ Guhling/Günter/Alberts § 543 Rn 44; Hinz, WuM 2021, 137, 142;

von Energiekosten zurückzuführen ist, keine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Vermieter ergibt. Damit wird ein Kündigungsrecht im Bereich befristet abgeschlossener Gewerbemietverträge nur in den wenigsten Fällen bestehen, sofern dieses nicht im Einzelfall auf vertraglichen Regelungen beruht. Im Bereich der Wohnraummiete kann eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB greifen, wenn der Mieter mit einer Nachforderung in dieser Höhe rechnen musste und trotz Erhalts staatlicher Unterstützung in Form von Energiepreispauschalen oder Heizkostenzuschüssen keine Rücklagen gebildet hat.

Die Nichtzahlung von Betriebskostenvorauszahlungen kann eine außerordentliche Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 BGB begründen, praktisch meist allerdings nur dann, wenn ein Rückstand aufgelaufen ist, der zwei Bruttomonatsmieten erreicht. Dies setzt allerdings voraus, dass die Erhöhung der Vorauszahlungen wirksam erfolgt ist oder einvernehmlich vereinbart wurde. Bei der Berechnung des kündigungsrelevanten Rückstands ist zu beachten, dass der Vermieter mit Eintritt der Abrechnungsreife nach § 556 Abs. 3 S. 2 BGB die nicht geleisteten Vorauszahlungen nicht mehr verlangen kann, die Kündigung also nicht mehr auf diese Zeiträume gestützt werden kann.