



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 261/17

Verkündet am:  
19. September 2018  
Vorusso  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3; § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1

Zur Geltungswirkung einer vom Vermieter hilfsweise mit einer fristlosen Kündigung verbundenen ordentlichen Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses in den Fällen des Zahlungsverzugs (im Anschluss an Senatsurteil vom 19. September 2018 - VIII ZR 231/18, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

BGB §§ 564c, 564b aF

Ein nach § 564c BGB aF begründetes Wohnraummietverhältnis mit Verlängerungsklausel kann selbst dann, wenn im Mietvertrag vorgesehen ist, dass es sich nicht verlängert, wenn eine der Parteien rechtzeitig widerspricht, nur unter Einhaltung der Kündigungsvoraussetzungen der - gemäß Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB anwendbaren - §§ 564b, 565, 565a BGB aF zum jährlich vereinbarten Ablauftermin beendet werden (Fortführung der Senatsurteile vom 6. April 2005 - VIII ZR 155/04, NJW 2005, 1572 unter II 2 a aa; vom 23. Juni 2010 - VIII ZR 230/09, NJW 2010, 3431 Rn. 19).

BGH, Urteil vom 19. September 2018 - VIII ZR 261/17 - LG Berlin

AG Tempelhof-Kreuzberg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2018 durch die Richterin Dr. Fetzer als Vorsitzende, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Bünger, Kosziol und Dr. Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil der Zivilkammer 66 des Landgerichts Berlin vom 15. November 2017 wird insoweit als unzulässig verworfen, als sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die Kündigung der Klägerin vom 2. Oktober 2017 für nicht durchgreifend erachtet hat.

Soweit sie sich dagegen wendet, dass das Landgericht die mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsrückständen als wirkungslos bewertet hat, wird das vorbezeichnete Urteil aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte mietete mit Vertrag vom 23. April 1999 gemeinsam mit seiner Ehefrau von der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine in einem Mehrfamilienhaus gelegene 70 qm große Wohnung. Im Sommer 2014 wurde die Klägerin als neue Eigentümerin des Anwesens im Grundbuch eingetragen.

2 In § 2 des Formularmietvertrags ist als Mietbeginn der 1. Mai 1999 festgelegt. Weiter ist dort unter der vorformulierten Überschrift "Mietzeit und ordentliche Kündigung" folgender maschinenschriftlicher Vordruck enthalten, der durch die handschriftliche Eintragung des Mietenddatums ergänzt worden ist:

"Das Mietverhältnis endet am 30. April 2000.  
Es verlängert sich jeweils um 12 Monate (1 Jahr), wenn eine der Parteien nicht spätestens drei Monate vor Ablauf der Mietzeit der Verlängerung widerspricht." [...]

3 Die Bruttomiete belief sich zuletzt auf 500,92 € monatlich. Der Beklagte zog am 15. Mai 2016 aus der gemeinsamen Wohnung aus. In den Monaten Oktober 2016 bis einschließlich Dezember 2016 erhielt die Klägerin trotz Mahnung keine Mietzahlungen. Der Beklagte ließ am 19. Dezember 2016 die Wohnungseingangstür durch einen Schlüsseldienst öffnen, nachdem er am Vortag vergeblich versucht hatte, sich mit seinem Schlüssel und durch Klingeln Zutritt zu der Wohnung zu verschaffen. Dabei stellte er fest, dass seine Ehefrau unter Mitnahme vieler Gegenstände die Wohnung verlassen, jedoch die Wohnungseinrichtung zurückgelassen hatte.

4 Wegen des aufgelaufenen Mietrückstands erklärte die Klägerin mit einem an den Beklagten und seine Ehefrau unter der Adresse der angemieteten Wohnung gerichteten Schreiben vom 21. Dezember 2016 die fristlose, hilfsweise die

fristgerechte Kündigung des Mietvertrags. Am 22. Dezember 2016 überwies der Beklagte eine Monatsmiete an die Klägerin. Das Kündigungsschreiben ging dem Beklagten am 28. Dezember 2016 zu. Ungeklärt ist, ob es auch seiner Ehefrau zuzuging.

5 Am 5. Januar 2017 beglich der Beklagte den gesamten bis dahin aufgelaufenen Rückstand und richtete einen Dauerauftrag für künftige Mietzahlungen ein. Einige Tage später reichte die Klägerin gegen den Beklagten und seine Ehefrau eine auf den 5. Januar 2017 datierte Klage auf Räumung und Herausgabe ein, in der sie - gestützt auf einen angeblichen Mietrückstand für Oktober 2016, November 2016 und Januar 2017 - erneut die fristlose und fristgerechte Kündigung des Mietverhältnisses erklärte. Die Klageschriften wurden am 28. Januar 2017 in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten eingelegt. Die gegen die Ehefrau des Beklagten gerichtete Klage nahm die Klägerin im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens zurück.

6 Das Amtsgericht hat der von der Klägerin gegen den Beklagten erhobenen Räumungsklage aufgrund der mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses stattgegeben. Auf die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Dabei hat es die Klage auch insoweit abgewiesen, als die Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2017 eine weitere fristlose und hilfsweise fristgerechte Kündigung wegen des von ihr als vorsätzlich wahrheitswidrig eingestuften Vortrags des Beklagten ausgesprochen hat, er habe während der gesamten Mietlaufzeit seine vertraglichen Verpflichtungen stets erfüllt. Mit der vom Berufungsgericht beschränkt auf die Wirksamkeit der Kündigung vom 21. Dezember 2016 zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die

Verurteilung des Beklagten zur Räumung und Herausgabe der von ihm genutzten Wohnung.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat - soweit sie eröffnet ist - Erfolg.

A.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

9 Ansprüche auf Räumung und Herausgabe der Mietwohnung gegen den Beklagten bestünden nicht. Zwar seien solche Ansprüche aufgrund der gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB wirksamen fristlosen Kündigung vom 21. Dezember 2016 zunächst entstanden, weil beim Zugang der Kündigung ein Zahlungsverzug in diesem Sinne vorgelegen habe. Sie seien aber vor Klageerhebung aufgrund der vollständigen Begleichung der Mietrückstände nach Maßgabe der Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nachträglich erloschen. Der Beklagte habe am 5. Januar 2017 die zu diesem Zeitpunkt noch offenen Mieten für Oktober 2016, November 2016 und die Nutzungsentschädigung für Januar 2017 vollständig ausgeglichen.

10 Die im Kündigungsschreiben vom 21. Dezember 2016 daneben hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses gehe ins Leere, weil das Mietverhältnis durch den Zugang der wirksam ausgesprochenen fristlosen Kündigung ein sofortiges Ende gefunden habe und daher ein Mietverhältnis, das nach Ablauf einer Kündigungsfrist beendet werden könnte, nicht mehr bestehe. Die rechtzeitig erfolgte Schonfristzahlung gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB

habe zwar dazu geführt, dass die Wirkungen der fristlosen Kündigung, also unter anderem die mit ihrem Zugang entstandenen Ansprüche des Vermieters, erloschen seien. Es bleibe aber gleichwohl dabei, dass im Zeitraum zwischen Zugang der Kündigungserklärung und Eingang der Schonfristzahlung ein Mietverhältnis nicht mehr bestanden habe. Die erfolgte Schonfristzahlung führe - wie die Kammer bereits in dem Verfahren 66 S 90/17 mit Urteil vom 13. Oktober 2017 (veröffentlicht in ZMR 2018, 38) ausgesprochen habe - nicht dazu, dass die hilfsweise erfolgte fristgerechte Kündigung nun später "wirksam" werde.

11 Das Mietverhältnis sei auch nicht durch die mit der Klageschrift vom 5. Januar 2017 ausgesprochene fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung beendet worden. Bei Zugang der Klage seien nämlich sämtliche Zahlungsrückstände ausgeglichen gewesen. Schließlich habe auch die im Verlauf des Berufungsverfahrens mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2017 erklärte Kündigung nicht zur Beendigung des Mietverhältnisses geführt. Diese Kündigung sei zwar nach § 533 Abs. 1 Nr. 1, § 263 ZPO zulässig in den Prozess eingeführt worden. Ein die Kündigung des Mietverhältnisses nach § 543 Abs. 1, § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB rechtfertigendes unredliches Prozessverhalten des Beklagten habe die Klägerin aber nicht hinreichend substantiiert dargelegt.

## B.

12 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung, soweit sie aufgrund des beschränkten Umfangs der Revisionszulassung eröffnet ist, nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten auf Räumung und Herausgabe der von diesem angemieteten Wohnung nach § 546 Abs. 1, § 985 BGB nicht verneint werden. Das Beru-

fungungsgericht hätte der mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 zugleich hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses nicht deswegen die Wirkung versagen dürfen, weil das Mietverhältnis bereits durch die im selben Schreiben vorrangig erfolgte fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB sein Ende gefunden hat und dies zur Folge hätte, dass die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung "ins Leere" gegangen wäre.

I.

13            Soweit die Revision sich auch dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2017 erklärte fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung wegen vorsätzlich wahrheitswidrigen Vortrags des Beklagten im Prozess für nicht durchgreifend erachtet hat, ist das Rechtsmittel unstatthaft und damit als unzulässig zu verwerfen (§ 543 Abs. 1, § 552 Abs. 1 ZPO). Denn das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision zulässigerweise auf die Frage der Wirksamkeit der wegen Zahlungsverzugs fristlos und hilfsweise ordentlich ausgesprochenen Kündigung vom 21. Dezember 2016 beschränkt.

14            1. Eine Beschränkung der Revisionszulassung muss nicht im Tenor des Urteils angeordnet sein, sondern kann sich auch aus dessen Entscheidungsgründen ergeben, wenn sie sich diesen mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen lässt. Dies ist anzunehmen, wenn eine Rechtsfrage, zu deren Klärung das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, nur für einen selbständig anfechtbaren Teil des Streitgegenstands erheblich ist, weil dann in der Angabe dieses Zulassungsgrundes regelmäßig die eindeutige Beschränkung der Zulassung der Revision auf diesen Anspruch zu sehen ist (st. Rspr.; vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 24. Januar 2012 - VIII ZR 206/11, WuM 2012, 163 Rn. 4; vom 20. Juli 2016 - VIII ZR 238/15, WuM 2016, 682 Rn. 5).

15            So liegen die Dinge hier. Die vom Berufungsgericht für klärungsbedürftig erachtete Frage der "rechtlichen Folgen einer Schonfristzahlung auf eine zeitlich hilfsweise fristgemäß ausgesprochene Kündigung" stellt sich nur bei der Kündigungserklärung vom 21. Dezember 2016.

16            Die somit gegebene Eindeutigkeit der Beschränkung wird entgegen der Auffassung der Revision nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Berufungsgericht die von ihm bejahte Klärungsbedürftigkeit der aufgeworfenen Rechtsfrage - neben dem Erfordernis einer eingehenden höchstrichterlichen Entscheidung - auch damit begründet hat, die vorliegende Entscheidung weiche "auch im Ergebnis von den Rechtsfolgen ab, die die Klägerin unter Hinweis auf höchstrichterliche Rechtsprechung für sich in Anspruch" nehme. Diese Erwägung bezieht sich ersichtlich allein auf die vom Berufungsgericht für zulassungsrelevant erachtete und nur die Kündigung vom 21. Dezember 2016 betreffende Rechtsfrage, ob eine hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs dann zum Zug kommt, wenn auf eine vorrangig erklärte und wirksam gewordene fristlose Kündigung eine rechtzeitige Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB erfolgt. Demzufolge hat das Berufungsgericht dieselbe Formulierung bereits bei seinen Zulassungserwägungen im Urteil vom 13. Oktober 2017 - 66 S 90/17 (ZMR 2018, 38; nachfolgend Senatsurteil vom heutigen Tage - VIII ZR 231/17, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) verwendet, bei dem alleiniger Streitgegenstand eine - fristlose, hilfsweise ordentliche - Kündigung wegen Zahlungsverzugs war.

17            2. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung der Revisionszulassung ist auch wirksam. Ihm ist anerkanntermaßen die Möglichkeit eröffnet, die Revision nur hinsichtlich eines tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teils des Gesamtstreitstoffs zuzulassen, auf den auch



die Partei selbst die Revision beschränken könnte (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteil vom 15. März 2017 - VIII ZR 295/15, NJW 2017, 2679 Rn. 13; Senatsbeschluss vom 10. April 2018 - VIII ZR 247/17, NJW 2018, 1880 Rn. 20; jeweils mwN). Voraussetzung hierfür ist eine Selbständigkeit des von der Zulassungsbeschränkung erfassten Teils des Streitstoffs in dem Sinne, dass dieser in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden und auch im Falle einer Zurückverweisung kein Widerspruch zum nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteil vom 15. März 2017 - VIII ZR 295/15, aaO Rn. 14; Senatsbeschluss vom 10. April 2018 - VIII ZR 247/17, aaO Rn. 21; jeweils mwN). So verhält es sich, wenn - wie hier - mehrere Kündigungen ausgesprochen werden (vgl. Senatsbeschlüsse vom 13. September 2011 - VIII ZR 84/11, WuM 2011, 690 Rn. 3; vom 6. Oktober 2015 - VIII ZR 321/14, WuM 2016, 225 Rn. 4).

## II.

18            Soweit die Revision eröffnet ist, ist sie begründet. Das Berufungsgericht hat den Inhalt der von der Klägerin am 21. Dezember 2016 wegen der eingetretenen Mietrückstände hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung nicht hinreichend erfasst und hat zudem den Regelungsgehalt des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB grundlegend verkannt.

19            1. Noch rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die von der Klägerin ausgesprochene außerordentliche fristlose Kündigung das Mietverhältnis mit ihrem Zugang beim Beklagten am 28. Dezember 2016 mit sofortiger Wirkung beendet hat. Der Beklagte und seine Ehefrau befanden sich nach den in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zu diesem Zeitpunkt mit den Mieten für Oktober und November 2016 in Verzug. Damit lag der Kündigungsgrund des - gemäß

Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB anwendbaren - § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB vor. Da die Mieter diesen Rückstand nicht vor dem Zugang der Kündigungserklärung ausgeglichen hatten, war die Kündigung nicht gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 BGB ausgeschlossen (vgl. hierzu Senatsurteile vom 24. August 2016 - VIII ZR 261/15, NJW 2016, 3437 Rn. 22; vom 27. September 2017 - VIII ZR 193/16, NJW 2018, 939 Rn. 27, 30; jeweils mwN).

20 Die mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 erklärte fristlose Kündigung des Mietverhältnisses war auch nicht deswegen bei ihrem Zugang unwirksam, weil offen geblieben ist, ob sie auch der Ehefrau des Beklagten als Mitmieterin zugegangen ist. Zwar kann ein Mietverhältnis, an dem auf Mieterseite mehrere Personen beteiligt sind, wirksam nur gegenüber allen Vertragspartnern gekündigt werden (Senatsurteile vom 16. März 2005 - VIII ZR 14/04, NJW 2005, 1715 unter II 1 mwN; vom 31. Januar 2018 - VIII ZR 105/17, WuM 2018, 153 Rn. 22). Jedoch ist die vom Amtsgericht vorgenommene und vom Berufungsgericht un- ausgesprochen gebilligte rechtliche Würdigung, dem Beklagten sei es nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf einen fehlenden Zugang des Kündigungsschreibens an seine Ehefrau zu berufen, weil diese aus der Wohnung ausgezogen sei, ohne dies der Klägerin anzuzeigen und eine neue An- schrift zu hinterlassen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. Senats- beschluss vom 14. September 2010 - VIII ZR 83/10, WuM 2010, 680 Rn. 2, 5).

21 2. Ebenfalls noch zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Voraussetzungen des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB durch den recht- zeitigen Ausgleich der Rückstände erfüllt sind. Nach den unangegriffenen Fest- stellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte am 5. Januar 2017, und da- mit innerhalb der Schonfrist, die beim Zugang des Kündigungsschreibens am 28. Dezember 2016 noch offenen Mieten für Oktober 2016 und November 2016 sowie die Nutzungsentschädigung für Januar 2017 vollständig beglichen.

22           3. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 daneben hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nach den hier gemäß der - für befristete Mietverhältnisse geltenden - Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB anwendbaren Vorschriften der §§ 564c, 564b Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB aF (heute: § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB) habe - trotz des späteren Unwirksamwerdens der fristlosen Kündigung infolge der getätigten Schonfristzahlung (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB) - keine Wirkung mehr entfalten können, weil bereits die gleichzeitig zugewandene, aber vorrangig ausgesprochene fristlose Kündigung das Mietverhältnis (zunächst) beendet habe.

23           Das Berufungsgericht hat sich weder in seinem Urteil noch in dem dort in Bezug genommenen Beschluss vom 3. August 2017 in der Beschwerdesache 66 T 49/17 näher mit der sich in erster Linie stellenden Frage befasst, wie die Kündigungserklärung eines Vermieters auszulegen ist, der - wie hier - zusätzlich zu einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) aufgrund desselben Mietrückstands hilfsweise eine auf § 564b Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB aF beziehungsweise auf § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB (nicht unerhebliche schuldhaft Pflichtenverletzung) gestützte ordentliche Kündigung erklärt. Es hat sich wegen eines teilweise fehlerhaften Verständnisses der Rechtsnatur eines Gestaltungsrechts und aufgrund einer grundlegenden Verkennung der rechtlichen Wirkungen einer Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB von vornherein den Blick dafür verstellt, dass ein Vermieter, der neben einer fristlosen Kündigung hilfsweise oder vorsorglich eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses wegen des aufgelaufenen Zahlungsrückstands ausspricht, diese bei Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln nicht nur für den Fall einer bereits bei Zugang des Kündigungsschreibens gegebenen Unwirksamkeit der vorrangig erfolgten fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses erklärt. Vielmehr bringt er damit - sofern keine belastbaren abwei-

chenden Anhaltspunkte bestehen - regelmäßig zum Ausdruck, dass die ordentliche Kündigung auch dann zum Zuge kommen soll, wenn die zunächst wirksam erklärte fristlose Kündigung aufgrund eines gesetzlich vorgesehenen Umstands (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB [unverzügliche Aufrechnung], § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB [Schonfristzahlung oder Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle]) nachträglich (rückwirkend) unwirksam wird.

24 a) Ein Vermieter, der von der Kündigungsmöglichkeit des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB Gebrauch macht und diese mit einer hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB (bzw. nach § 564b Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB aF) verbindet, macht damit nicht nur deutlich, dass die fristlose Kündigung Vorrang haben soll (so aber das Berufungsgericht), sondern erklärt zugleich, dass die ordentliche Kündigung in allen Fällen Wirkung entfalten soll, in denen die zunächst angestrebte sofortige Beendigung des Mietverhältnisses aufgrund einer - entweder bei Zugang des Kündigungsschreibens schon gegebenen oder einer nachträglich gemäß § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB (unverzügliche Aufrechnung durch Mieter) oder § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB (Schonfristzahlung oder behördliche Verpflichtungserklärung) rückwirkend eingetretenen - Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung fehlgeschlagen ist. Dies ergibt sich aus einer sachgerechten Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Kündigungserklärung (Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 231/17, unter II 3 a, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

25 aa) Bei der Auslegung einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung, wie sie hier vorliegt, ist nicht allein auf den Wortlaut abzustellen. Vielmehr ist sie so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 21. Mai 2008 - IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702 Rn. 30; vom 17. Dezember 2014

- VIII ZR 86/13, ZMR 2015, 216 Rn. 38; BAGE 41, 37, 46; jeweils mwN). Für die Auslegung sind nur solche Umstände heranzuziehen, die dem Erklärungsempfänger bekannt oder für ihn erkennbar waren (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2006 - III ZR 166/05, NJW 2006, 3777 Rn. 18 mwN; BAG, aaO).

26 Gemessen daran erklärt ein Vermieter, der eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs und daneben hilfsweise oder vorsorglich eine ordentliche Kündigung ausspricht, zum einen, dass er sich in erster Linie auf den Beendigungsstatbestand des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB beruft, also auf dessen Rechtswirkungen, nämlich die sofortige Auflösung des Mietverhältnisses, nicht verzichten will (vgl. auch BAGE 145, 184 Rn. 44; BAG, NJW 2014, 3533 Rn. 20; jeweils mwN [zu einer hilfsweise erfolgten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses]). Zum anderen bringt er damit zum Ausdruck, dass das Mietverhältnis - falls die vorrangig gewollte fristlose Kündigung (gleich aus welchen Gründen) nicht zu der angestrebten Beendigung führt - wenigstens mit Ablauf der geltenden Kündigungsfrist sein Ende finden soll.

27 bb) In Anbetracht der feinmaschigen, verschiedene Phasen berücksichtigenden Ausgestaltung, die eine fristlose, außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB durch den Gesetzgeber erfahren hat, steht bei Zugang einer wirksamen Kündigungserklärung regelmäßig noch nicht endgültig fest, dass das Mietverhältnis hierdurch tatsächlich sein Ende gefunden hat. Bei verständiger Betrachtung bringt daher ein Vermieter, der seine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs hilfsweise oder vorsorglich mit einer ordentlichen Kündigung verknüpft, auch aus objektiver Mietersicht zum Ausdruck, dass die zugleich erklärte (vgl. hierzu Senatsurteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 e) ordentliche Kündigung auch dann zum Zuge kommen soll, wenn die fristlose Kündigung infolge der gesetzlichen Anordnung in § 543 Abs. 2 Satz 3, § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht

zu dem angestrebten Ziel der endgültigen sofortigen Beendigung des Mietverhältnisses, sondern dazu geführt hat, dass dieses trotz fristloser Kündigung rückwirkend betrachtet als ununterbrochen fortgeführt gilt (Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 231/17, aaO unter II 3 a bb).

28 (1) Das Gesetz sieht verschiedene Tatbestände vor, nach denen eine wirksame fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs nachträglich unwirksam wird, nämlich bei unverzüglicher Tilgung der Rückstände durch eine Aufrechnung des Mieters (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB; vgl. hierzu Senatsurteile vom 24. August 2016 - VIII ZR 261/15, aaO; vom 27. September 2017 - VIII ZR 193/16, aaO Rn. 27) oder durch eine spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach der Erhebung einer Räumungsklage erfolgte Zahlung der Mietrückstände beziehungsweise eine binnen dieser Frist von einer öffentlichen Stelle eingegangene Verpflichtung zur Befriedigung des Vermieters (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB). Eine solche Schonfristzahlung oder Übernahmeerklärung der zuständigen Behörde führt gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BGB nur dann nicht zu einer nachträglichen Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung, wenn dieser vor nicht länger als zwei Jahren eine nach Satz 1 unwirksam gewordene Kündigung vorausgegangen ist.

29 (2) Indem das Berufungsgericht allein darauf abstellt, dass eine in materieller und formeller Hinsicht wirksam erklärte fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs das Mietverhältnis (zunächst) aufgelöst hat, lässt es diese rechtlichen Zusammenhänge außer Acht und spaltet den einheitlichen natürlichen Lebenssachverhalt (Zahlungsverzug, Kündigung, nachträgliche Befriedigung des Vermieters), auf den sich die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung bei vernünftiger, lebensnaher und objektiver Betrachtung stützt, künstlich in einzelne Bestandteile auf. Das Berufungsgericht sieht seine gegenteilige Sichtweise durch den Charakter einer Kündigung als einseitiges Gestaltungsrecht des

Vermieters und den Umstand bestätigt, dass eine einmal herbeigeführte Beendigung des Mietverhältnisses weder vorläufig eintreten noch wiederholt bewirkt werden könne. Um diese Gestaltungswirkung unangetastet zu lassen, spricht es einer Schonfristzahlung lediglich die Wirkung zu, dass entstandene Räumungs- und Herausgabeansprüche erlöschen. Seine Rechtsauffassung erweist sich aber bereits im Ansatz als unzutreffend.

30 (a) Zwar handelt es sich bei der Kündigung um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Vermieters, das seine Gestaltungswirkung mit dem Zugang bei dem Mieter entfaltet (§ 130 BGB) und - sofern der geltend gemachte Kündigungsgrund vorliegt und auch die formellen und materiellen Anforderungen an eine Kündigungserklärung (Angabe von Kündigungsgrund; Geschäftsfähigkeit) erfüllt sind - das Mietverhältnis entweder sofort oder nach Ablauf der vorgesehenen Kündigungsfrist enden lässt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1998 - XII ZR 195/96, BGHZ 139, 123, 126 f., 128 f.; vgl. auch Senatsurteil vom 9. Mai 2018 - VIII ZR 26/17, ZIP 2018, 1244 Rn. 22 [zur Minderung im Kaufrecht]; BAG, NZA-RR 2013, 609 Rn. 15 [zur Kündigung einer Dienstvereinbarung]). Die durch eine wirksam erklärte Kündigung eingetretene Umgestaltung des Mietverhältnisses kann grundsätzlich nicht mehr einseitig, sondern nur durch rechtsgeschäftliches Zusammenwirken der Parteien rückgängig gemacht werden (BGH, Urteil vom 24. Juni 1998 - XII ZR 195/96, aaO, S. 128 f.; vgl. auch BAG, aaO).

31 (b) Dem Gesetzgeber bleibt es im Rahmen seines Gestaltungsspielraums jedoch unbenommen, die Gestaltungswirkung, die eine wirksame Kündigung mit ihrem Zugang entfaltet hat, rückwirkend entfallen zu lassen (so auch Beyer, GE 2018, 175). Hiervon hat der Gesetzgeber in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB Gebrauch gemacht, indem er die durch das ausgeübte Gestaltungsrecht ausgelöste Rechtswirkung der Beendigung des Mietverhältnisses im Wege einer ge-

setzlichen Fiktion rückwirkend als nicht eingetreten behandelt (Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 231/17, aaO unter II 3 a bb (2) (b)).

32 Anders als das Berufungsgericht meint, ist die gesetzliche Regelung in § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB nicht dahin zu verstehen, dass im Falle einer Schonfristzahlung oder behördlicher Verpflichtungserklärung die Beendigung des Mietverhältnisses nicht als rückgängig gemacht anzusehen ist, sondern hierdurch lediglich die durch die fristlose Kündigung ausgelösten Räumungs- und Herausgabeansprüche des Vermieters (§ 546 Abs. 1 BGB) erlöschen. Vielmehr hat der Gesetzgeber insoweit die gesetzliche Fiktion geschaffen, dass die durch die wirksam erklärte fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) bewirkte Beendigung des Mietverhältnisses rückwirkend als nicht eingetreten gilt (so auch etwa OLG Stuttgart, NJW-RR 1991, 1487 [Rechtsentscheid zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 BGB aF]; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 13. Aufl., § 569 BGB Rn. 37; Häublein/Lehmann-Richter, ZMR 2018, 43 f.; Staudinger/V. Emmerich, BGB, Neubearb. 2018, § 569 Rn. 39, 44; Herrlein in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 569 Rn. 30; Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl., § 569 BGB Rn. 43; Beyer, aaO S. 176; Weber, ZMR 1992, 41, 43 [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 BGB aF]). Diese Sichtweise hat der Senat seinen Entscheidungen, die sich mit dem Tatbestand des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB befassen, unausgesprochen zugrunde gelegt.

33 Von diesem Verständnis gehen letztlich auch weitere Stimmen in der Instanzrechtsprechung und in der Literatur aus, die sich zwar mit der Frage der gesetzlichen Fiktion nicht näher befassen, bei Verwirklichung des Tatbestands des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB aber eine rückwirkend eintretende Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung bejahen (vgl. etwa LG Bonn, Urteil vom 6. November 2014 - 6 S 154/14, juris Rn. 17; LG Aurich, Beschluss vom



11. Oktober 2016 - 1 T 191/16, juris Rn. 4 f.; AG Sinsheim, NJW-RR 1986, 1345 [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF]; MünchKommBGB/Häublein, 7. Aufl., § 569 Rn. 44; Erman/Lützenkirchen, BGB, 15. Aufl., § 569 Rn. 23; Hinz in Harz/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 6. Aufl., Kapitel 14 Rn. 290; BeckOK-Mietrecht/Theesfeld, Stand 1. Juni 2018, § 569 BGB Rn. 75, 81; BeckOK-BGB/Wöstmann, Stand 1. Mai 2018, § 569 Rn. 13; BeckOGK-BGB/Geib, Stand 1. Juli 2018, § 569 Rn. 69; Schuschke in 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 2011, S. 735, 738; Buchmann, WuM 1996, 78, 79 [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF]). Soweit andere Autoren der Bestimmung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB mit unterschiedlicher Begründung nur eine Heilungswirkung für die Zukunft ("ex-nunc-Wirkung") beimessen (so etwa Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., XII Rn. 152; Elzer in Prütting/Wegen/Weinrich, BGB, 12. Aufl., § 569 Rn. 18; Beuermann, WuM 1997, 151, 152 [zu § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF]; Both, Festschrift Blank, 2006, S. 93, 102 ff.; O'Sullivan, ZMR 2002, 250, 253), haben diese den Regelungsgehalt der genannten Vorschrift nur unzureichend erfasst und können sich insoweit auch nicht auf das - von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung angeführte - Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. Dezember 2006 (IX ZR 66/05, NJW 2007, 1591 Rn. 13; vgl. auch Urteil vom 30. Juni 1960 - VIII ZR 200/59, NJW 1960, 2093 [zu § 3 Abs. 3 MSchuG]) stützen. Denn mit der dort verwendeten Formulierung, das Mietverhältnis "lebe" nach einer rechtzeitigen Schonfristzahlung "wieder auf", wird gerade zum Ausdruck gebracht, dass das bisherige Mietverhältnis fortgilt und nicht neu begründet werden soll.

34            Dass der Gesetzgeber mit § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB die gesetzliche Fiktion einer rückwirkenden Unwirksamkeit der wegen Zahlungsverzugs ausgesprochenen fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB angeordnet hat, ergibt sich zwar noch nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB, jedoch folgt dies vor allem aus dem Regelungszweck und der

Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung und findet zudem im systematischen Zusammenhang zu § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB eine Stütze (Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 231/17, aaO unter II 3 a bb (2) (b)).

35 (aa) § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB setzt eine nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB wirksame Kündigung wegen Zahlungsverzugs voraus. Sie kommt also - ebenso wie § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB - erst und nur dann zum Zuge, wenn das Gestaltungsrecht der fristlosen Kündigung ausgeübt und das Mietverhältnis durch die ausgesprochene fristlose Kündigung beendet worden ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Dezember 2006 - IX ZR 66/05, aaO). Der Gesetzgeber hat aber die Notwendigkeit gesehen, die durch die wirksame Ausübung des Gestaltungsrechts "fristlose Kündigung" bewirkte Beendigung des Mietverhältnisses für bestimmte Fallgestaltungen zu durchbrechen. Dabei ging es ihm darum, in den Fällen, in denen er bei Abwägung der beiderseitigen Belange die wirtschaftlichen Interessen des Vermieters für ausreichend gewahrt ansah (unverzügliche Aufrechnung des Mieters; Zahlung oder Verpflichtungserklärung innerhalb der Schonfrist), eine ununterbrochene und unveränderte Fortsetzung des Mietverhältnisses zu gewährleisten (vgl. auch Beyer, aaO).

36 Diese Zielsetzung wird in den Gesetzesmaterialien zu § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zwar nicht ausdrücklich angesprochen, sie klingt aber an mehreren Stellen an und lässt sich auch der Entstehungsgeschichte der genannten Vorschriften entnehmen. Im Rahmen der Begründung zu § 569 Abs. 3 BGB-E ist ausdrücklich von der Abfolge Mietrückstand, Kündigung und "Vertragsfortsetzung" die Rede (BT-Drucks. 14/4553, S. 64). Schon diese Wortwahl - es wird nicht der Begriff "Neubegründung des Mietverhältnisses" verwendet - bietet einen ersten Anhalt dafür, dass der Gesetzgeber das im Rahmen der Privatautonomie begründete Wohnraummietverhältnis nicht - unter Verkomplizierung der Rechtslage - dauerhaft in drei verschiedene Phasen aufspalten wollte, nämlich in ein

zunächst bestehendes Mietverhältnis, anschließend in ein Rückabwicklungsverhältnis und ab Verwirklichung des Tatbestands des § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB in ein gesetzlich neu begründetes, mit den ursprünglichen mietvertraglichen Vereinbarungen inhaltsgleiches Vertragsverhältnis, das aber nicht in jeder Hinsicht dem Mieter dieselben Rechte gewähren würde (etwa Verkürzung der gesetzlichen Kündigungsfrist des Vermieters wegen Neubegründung des Mietverhältnisses).

37 (bb) Ausschlaggebend ist letztlich jedoch, dass es dem Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes bei der Schaffung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht darum ging, eine rechtliche Lösung zu finden, die die Gestaltungswirkung einer Kündigung in jeder Hinsicht unangetastet lässt, sondern er eine für beide Seiten angemessene Regelung zu der Frage treffen wollte, unter welchen Voraussetzungen das Mietverhältnis trotz wirksamer Kündigung fortzusetzen ist. Hierbei war für ihn entscheidend, ob der Mieter das finanzielle Interesse des Vermieters in einem noch hinnehmbaren zeitlichen Rahmen nachträglich befriedigt hat. In diesen Fällen wollte er den Mieter grundsätzlich so stellen, als ob das Mietverhältnis nicht beendet worden wäre. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf denselben Wertungen wie ihre Vorgängerregelungen beruht. Die genannte Bestimmung entspricht im Wesentlichen der durch das Erste Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963 (BGBl. I S. 505; im Folgenden Erstes Mietrechtsänderungsgesetz) eingeführten Regelung des § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB aF (BT-Drucks. 14/4553, S. 64). Diese Vorschrift griff wiederum den in § 3 Abs. 3 des Gesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. Juni 1923 entwickelten "Gedanken eines Nachholungsrechts des Mieters" auf (BT-Drucks. IV/806, S. 10; RGBI. I 1923, S. 353, im Folgenden Mieterschutzgesetz; vgl. auch BT-Drucks. 3/1234, S. 73).

38 (aaa) § 3 Abs. 1 des Mieterschutzgesetzes sah vor, dass dem Vermieter von Gebäuden oder Gebäudeteilen anstelle der bis dahin vorgesehenen Möglichkeit einer Kündigung des Mietvertrags wegen Zahlungsverzugs (§ 554 BGB in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung [RGBl. I 1896, S. 195]) nur noch eine Klage auf Aufhebung des Mietverhältnisses eröffnet sein sollte (vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, RT-Drucks. Nr. 4185, S. 29, 32 f.). § 3 Absatz 3 des Mieterschutzgesetzes ließ eine Aufhebung des Mietvertrags aber dann nicht (mehr) zu, wenn der Mieter den Vermieter vor Erlass des Urteils befriedigte oder wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und bis zum Erlass des Urteils die Aufrechnung erklärte. Demgegenüber sah § 554 Satz 3 BGB in der bis dahin geltenden Fassung lediglich vor, dass die Kündigung wegen Zahlungsverzugs "unwirksam ist, wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt" (RGBl. aaO).

39 (bbb) Mit dem Mieterschutzgesetz verfolgte der damalige Gesetzgeber die Zielsetzung, "den Mieter vor einer gegen seinen Willen erfolgenden Beendigung des Mietverhältnisses so weit zu schützen, als sich dies mit berechtigten Interessen des Vermieters irgendwie vereinen lässt" (RT-Drucks. Nr. 4185, S. 13). Durch den von ihm eingeführten Wegfall einer Aufhebung des Mietverhältnisses bei den - gegenüber § 554 BGB in der bis dahin geltenden Fassung erweiterten - Fallgestaltungen einer nachträglichen Befriedigung des Vermieters vor Erlass eines Aufhebungsurteils brachte er zum Ausdruck, dass er bei Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage eine Beendigung des Mietverhältnisses nicht nur bei einer unverzüglichen Aufrechnung des Mieters, sondern auch bei einer erst im Verlauf des Aufhebungsverfahrens erfolgenden Aufrechnung oder Zahlung für unangemessen erachtete und das Mietverhältnis in all diesen Fallgestaltungen ohne Unterbrechung fortbestehen lassen wollte.

40 (ccc) Jahrzehnte später leitete der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetzes zwar einen Systemwechsel von dem Mieterschutz zu dem sozialen Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein (vgl. BT-Drucks. 3/1234, S. 54 i.V.m. BT-Drucks. IV/806, S. 7) und ersetzte den bisherigen Anspruch des Vermieters auf eine Aufhebung des Mietverhältnisses (wieder) durch ein Recht zur fristlosen Kündigung (BT-Drucks. aaO). Er gab aber im Falle einer Befriedigung des Vermieters binnen eines Monats nach Erhebung der Räumungsklage dem Interesse des Mieters an dem Erhalt der Wohnung nach wie vor den Vorrang vor dem Beendigungsinteresse des Vermieters. Aus Sicht des Gesetzgebers hatte sich insoweit im Vergleich zum früheren Recht an der Interessenlage der Mietvertragsparteien nichts verändert. Wenn er an dem jahrzehntelang geltenden Nachholungsrecht des Mieters trotz der Rückkehr zu dem Gestaltungsrecht der Kündigung festhielt und dabei davon absah, die Rechtswirkungen einer nachträglichen Befriedigung des Vermieters durch ausdrückliche Bestimmung dahin zu regeln, dass das Mietverhältnis in diesem Fall in Abweichung zur bisherigen Rechtslage - nach einer vertragslosen Zwischenphase - neu zu begründen ist, ist dies Ausdruck seines Willens, den Mieter nach erfolgter Schonfristzahlung oder Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle grundsätzlich (Ausnahme: § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB aF) so zu stellen, als wäre das Mietverhältnis nie beendet worden.

41 Der Umstand, dass es sich bei der Kündigung des Vermieters um ein Gestaltungsrecht handelt, steht einer solchen Fiktion, die letztlich Ausdruck einer normativen Wertung ist, nicht entgegen. So entfällt die Wirkung einer Kündigung etwa auch im Falle ihrer Anfechtung - und zwar ebenfalls im Wege einer gesetzlichen Fiktion (§ 142 Abs. 1 BGB; vgl. etwa MünchKommBGB/Busche, aaO, § 142 Rn. 2) - rückwirkend (so auch Beyer, aaO S. 175). Durch eine solche Rückwirkungsfiktion wird auch kein mit einem Gestaltungsrecht nicht zu vereinbarenden Schwebezustand geschaffen. Denn das Gesetz hält nicht die

Gestaltungswirkung einer wirksam ausgesprochenen fristlosen Kündigung in der Schwebe, sondern es ordnet an, dass die ausgelöste Gestaltungswirkung, die bis zu der Schonfristzahlung oder Übernahmeerklärung zu beachten ist (daher verlangt § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch die Zahlung fälliger Nutzungsent-schädigung nach § 546a BGB), rückwirkend als nicht eingetreten gilt.

42 (ddd) Dass der Gesetzgeber des Ersten Mietrechtsänderungsgesetzes die Kündigung als rückwirkend unwirksam bewertet wissen wollte, lässt sich darüber hinaus auch aus dem Umstand ableiten, dass er das im Entwurf eines Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Mietrecht vorgesehene Gesamtregelungswerk, das nur in einzelnen Punkten (so etwa bezüglich der Härteklausele in § 556a BGB aF) vor Ende der Legislaturperiode noch verabschiedet werden konnte, nunmehr unter Übernahme der dort bereits eingeflossenen Wertungen verwirklichen wollte (vgl. BT-Drucks. IV/806, S. 7). Der genannte Entwurf hatte zwar nicht bei dem bereits damals vorgesehenen und später fast inhaltsgleich im Entwurf zum Ersten Mietrechtsänderungsgesetz übernommenen § 554 Abs. 2 und 3 BGB-E (vgl. hierzu BT-Drucks. 3/1234, S. 21; BT-Drucks. IV/806, S. 3; es wurde lediglich ohne nähere Begründung die Wendung "ist unwirksam" in "wird unwirksam" geändert) näher dazu Stellung genommen, ob die "Unwirksamkeit" der Kündigung rückwirkend eintreten sollte. In der dortigen Entwurfsbegründung ist aber bezüglich der Härteklausele des § 565a BGB-E, in der sich in Abs. 3 Satz 2 ebenfalls die Wendung "durch den Widerspruch wird die Kündigung unwirksam" findet und die durch das Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960 (BGBl. I S. 389) mit verändertem, aber der Sache nach gleichbedeutendem Wortlaut ("Mieter kann die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen") als § 556a BGB in das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Eingang gefunden hat, ausdrücklich die Rede davon, dass der Widerspruch die "Nichtigkeit" der Kündigung, mit anderen Worten

also deren rückwirkende Unwirksamkeit, zur Folge habe (BT-Drucks. 3/1234, S. 54 i.V.m. S. 22).

43 Dass die in den Gesetzesmaterialien erwähnte Nichtigkeitsfolge nur im Rahmen des § 565a BGB-E und nicht auch bei dem zeitgleich konzipierten § 554 Abs. 2 und 3 BGB-E eintreten sollte, der dann nachfolgend durch das Erste Mietrechtsänderungsgesetz in Kraft gesetzt worden ist, ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auszuschließen.

44 (cc) Auch systematische Gründe sprechen für die beschriebene gesetzliche Fiktion der Rückwirkung einer rechtzeitig erfolgten Schonfristzahlung oder Übernahmeerklärung. § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB sieht - ebenso wie seine Vorgängerregelungen (vgl. etwa § 554 Abs. 1 Satz 3 BGB aF; § 3 Abs. 3 Mieterschutzgesetz; § 554 Satz 3 BGB in der am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Fassung) - vor, dass die Kündigung unwirksam wird, wenn der Mieter sich von seiner Schuld durch Aufrechnung hätte befreien können und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Hieran anknüpfend regelt § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB, dass "die Kündigung auch dann unwirksam wird", wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Norm erfüllt sind. Durch die Verwendung des Begriffs "auch" wird deutlich, dass die Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB dieselbe Rechtswirkung entfalten soll wie die Regelung des § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB.

45 Die letztgenannte Bestimmung geht auf § 554 Satz 3 BGB in der Fassung vom 1. Januar 1900 zurück, die ausweislich der Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen wurde, um sicherzustellen, dass eine Aufrechnung, die die Forderung des Vermieters rückwirkend zum Erlöschen bringt (§ 389 BGB), auch die hierauf gestützte Kündigung rückwirkend unwirksam macht. Dabei trafen zwei gegensätzliche Meinungen aufeinander, die aber letzt-

lich dasselbe Ziel verfolgten, so dass der Antrag auf Aufnahme des § 554 Satz 3 BGB aF die erforderliche Mehrheit fand. Eine Auffassung ging davon aus, dass die Rückwirkung der Aufrechnung auch die Kündigung automatisch rückwirkend hinfällig mache, wollte diese Möglichkeit dem Mieter aber im Interesse der Rechtssicherheit (einschränkend) nicht bei jeder Aufrechnung zubilligen, sondern nur für den Fall, dass er die Aufrechnung unverzüglich nach Ausspruch der Kündigung erklärt (Mugdan, Band 2, S. 872 f. [Protokolle zum BGB]). Die Gegenmeinung vertrat die Ansicht, dass sich aus den Wirkungen der Aufrechnung allein noch nicht ableiten lasse, dass auch die Kündigung rückwirkend entfalle, hielt es aber aus Gründen der Billigkeit für angezeigt, dem Mieter durch eine gesonderte gesetzliche Regelung eine solche Möglichkeit im Falle einer unverzüglich erklärten Aufrechnung - als Erweiterung seiner Rechtsposition - einzuräumen (Mugdan, aaO). Beide Auffassungen waren sich also darin einig, dass eine unverzügliche Aufrechnung zu einem rückwirkenden Wegfall der Kündigungswirkungen führen sollte.

46 (dd) Führt eine rechtzeitige Schonfristzahlung oder Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle somit dazu, dass die fristlose Kündigung rückwirkend als zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unwirksam anzusehen ist, geht eine zugleich hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung nicht ins Leere, weil die fristlose Kündigung zwar das Mietverhältnis zunächst beendet hat, diese Beendigungswirkung aber wegen § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB als nicht eingetreten gilt und der Vermieter eine hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung regelmäßig auch auf den Umstand dieser rückwirkenden Fiktion stützt.

47 Soweit einzelne Stimmen in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum meinen, der Vermieter habe die hilfsweise ordentliche Kündigung nur für den Fall ausgesprochen, dass die fristlose Kündigung schon bei Zugang der Kündi-



gungserklärung nicht begründet gewesen sei, und nicht darauf, dass sie infolge rechtzeitiger Schonfristzahlung rückwirkend als bei Zugang der Kündigungserklärung unwirksam anzusehen ist (LG Bielefeld, Urteil vom 29. Juni 1994 - 2 S 192/94, juris Rn. 8; Buchmann, WuM 1996, 78, 79), entspricht dies nicht der gebotenen interessengerechten Auslegung der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung, die - wie bereits ausgeführt - auch aus Sicht eines objektiven Empfängers unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber bei einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs vorgesehenen, ineinandergreifenden Phasen zu erfolgen hat.

48 Im Übrigen könnte die vom Berufungsgericht eingenommene Sichtweise unter Missachtung der berechtigten Interessen des Vermieters dazu führen, dass dieser in Fällen des Zahlungsverzugs unter Verzicht auf eine fristlose Kündigung lediglich eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses ausspricht. Dies hätte eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Aushöhlung des Rechts auf fristlose Kündigung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) zur Folge.

49 b) Dass die Klägerin zeitgleich zu der fristlosen Kündigung hilfsweise eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses ausgesprochen hat, ist zulässig. Zwar verträgt eine Kündigung grundsätzlich keine Bedingung, weil eine Gestaltungserklärung die Rechtslage eindeutig klären muss und den Erklärungsempfänger nicht im Ungewissen über den durch die Willenserklärung neu zu schaffenden Rechtszustand lassen darf (vgl. BGH, Urteile vom 21. März 1986 - V ZR 23/85, BGHZ 97, 264, 267 [zum Rücktritt]; vom 22. Oktober 2003 - XII ZR 112/02, NJW 2004, 284 unter 2 a aa [zur Kündigung eines Gewerberaummietverhältnisses]; vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 e [zur Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses]; BAGE 97, 193, 195 [zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses]; BAG, NZA-RR 2013, 609 Rn. 15 [zur Kündigung eines Dienstverhältnisses]).

50            Wenn ein Vermieter - wie hier - einen Zahlungsrückstand des Mieters zum Anlass nimmt, das Mietverhältnis fristlos und hilfsweise fristgemäß zu kündigen, wird die hilfsweise ausgesprochene Kündigung jedoch unbedingt erklärt (Senatsurteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04, aaO). Er spricht also beide Kündigungen gleichzeitig (und nicht zeitlich versetzt) aus, macht aber deutlich, dass die ordentliche Kündigung erst nachrangig geprüft werden soll (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04, aaO). Weiter bringt er zum Ausdruck, dass die nachrangige Prüfung der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung bei objektiver und vernünftiger Betrachtung seiner Kündigungserklärung nicht nur dann erfolgen soll, wenn die fristlose Kündigung bereits bei ihrem Zugang unwirksam sein sollte, sondern auch dann, wenn sie nachträglich (durch unverzügliche Aufrechnung oder durch rechtzeitige Schonfristzahlung oder Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle) als - bezogen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung - rückwirkend unwirksam gilt (Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 231/17, aaO unter II 3 b). Diese Angaben sind erforderlich, aber auch ausreichend, um die Bestimmtheit der Kündigungserklärungen zu gewährleisten.

### III.

51            Nach alledem hat das Berufungsurteil keinen Bestand; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist noch nicht zur Endentscheidung reif, da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die von der Klägerin mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung die Voraussetzungen der - hier gemäß Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB auf befristete Mietverhältnisse im Sinne von § 564c BGB aF anwendbaren (vgl. Senatsbeschluss vom 19. September 2006 - VIII ZR 336/04, NJW-RR

2007, 10 Rn. 6) - Vorschrift des § 564b Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB aF erfüllt sind und ob gegebenenfalls der kurze Zeit nach Zugang der Kündigung erfolgte Ausgleich der Rückstände bei tatrichterlicher Würdigung der konkreten Einzelfallumstände die Berufung auf die ordentliche Kündigung als treuwidrig (§ 242 BGB) erscheinen lässt.

52 Die Notwendigkeit einer Kündigung des Vermieters haben die Vertragsparteien nicht durch die Vereinbarung abbedungen, dass sich das Mietverhältnis nicht verlängert, wenn eine der Parteien spätestens drei Monate vor Ablauf der Verlängerung widerspricht. Denn diese Abrede läuft - soweit die Kündigung des Vermieters betroffen ist - den zwingenden Vorschriften der §§ 565a, 564b BGB aF zuwider (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 7. Aufl., § 565a BGB aF Rn. 2 mwN; vgl. auch Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., § 565a Rn. 6; vgl. ferner Senatsurteile vom 6. April 2005 - VIII ZR 155/04, NJW 2005, 1572 unter II 2 a aa; vom 23. Juni 2010 - VIII ZR 230/09, NJW 2010, 3431 Rn. 19). Das nach § 564c BGB aF begründete Mietverhältnis mit Verlängerungsklausel kann daher vom Vermieter nur unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsvoraussetzungen in §§ 564b, 565a, 565 BGB aF - zum vereinbarten jährlichen Ablauftermin (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2005 - VIII ZR 155/04, aaO unter II 1, 2 a aa; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2007 - VIII ZR 230/06, WuM 2007, 513 Rn. 7) - gekündigt werden.

53 Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dr. Fetzer

Dr. Hessel

Dr. Bünger

Kosziol

Dr. Schmitt

Vorinstanzen:

AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Entscheidung vom 12.06.2017 - 7 C 9/17 -

LG Berlin, Entscheidung vom 15.11.2017 - 66 S 192/17 -