

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:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil der Zivilkammer 66 des Landgerichts Berlin vom 13. Oktober 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Kläger erkannt worden ist.

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 zu 1 mietete mit Vertrag vom 28. Juli 2004 von der Rechtsvorgängerin der Kläger eine in einem Mehrfamilienhaus gelegene Einzimmerwohnung. Die Kläger wurden am 6. Juni 2005 als neue Eigentümer des Anwesens im Grundbuch eingetragen. Der - in den Rechtsmittelverfahren nicht mehr beteiligte - Beklagte zu 2 hat die von dem Beklagten zu 1 angemietete Wohnung gegenüber der Meldebehörde und dem Amtsgericht als seinen Wohnsitz angegeben.

2 Die Bruttomiete belief sich seit April 2015 auf 250,15 € monatlich. Der Beklagte zu 1 zahlte die zum dritten Werktag des jeweiligen Monats fälligen Mieten für Juni und Juli 2016 nicht. Wegen des eingetretenen Zahlungsverzugs ließen die Kläger mit Anwaltsschreiben vom 11. Juli 2016 die außerordentliche fristlose Kündigung, verbunden mit einer Aufforderung zur Räumung und Herausgabe der Mietsache binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung, und daneben "rein vorsorglich und hilfsweise" die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zum nächstmöglichen Zeitpunkt aussprechen. Nach dem am 14. Juli 2016 erfolgten Zugang der Kündigung überwies der Beklagte zu 1 am 19. Juli 2016 die rückständige Miete (500,30 €) und widersprach der Kündigung.

3 Das Amtsgericht hat der von den Klägern gegen beide Beklagte erhobenen Räumungsklage aufgrund der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses stattgegeben. Auf die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zu 1 hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die gegen diesen gerichtete Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehren die Kläger die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht (LG Berlin, Urteil vom 13. Oktober 2017
- 66 S 90/17, ZMR 2018, 38) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit
für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

6 Ansprüche auf Räumung und Herausgabe der Mietwohnung gegen den
Beklagten zu 1 bestünden nicht. Zwar seien solche Ansprüche aufgrund der
gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB wirksamen fristlosen Kündi-
gung zunächst entstanden, da sich der Beklagte zu 1 mit der Zahlung von zwei
Monatsmieten in Verzug befunden 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.

7 Die im Kündigungsschreiben daneben "rein vorsorglich und hilfsweise"
erklärte ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses (§§ 573, 573c BGB) habe
keine Wirkung entfaltet. Nach dem im Kündigungsschreiben erklärten Willen der
Kläger habe das Mietverhältnis durch die hilfsweise ausgesprochene ordentli-
che Kündigung nur dann nach Verstreichen einer Frist (§ 573c BGB) enden sol-
len, wenn es nicht schon zuvor durch die fristlos erklärte Kündigung beendet
worden sei. Das Mietverhältnis habe aber mit dem Zugang des Kündigungs-
schreibens am 14. Juli 2016 aufgrund der dort vorrangig ausgesprochenen frist-
losen Kündigung "sofort" geendet und sei in ein Abwicklungsverhältnis umge-
wandelt worden. Die mit der hilfsweisen ordentlichen Kündigung verfolgte
Rechtsfolge (Beendigung des Mietverhältnisses erst nach Ablauf der gesetzli-
chen Kündigungsfrist) habe daher zum maßgeblichen Zeitpunkt ihres Zugangs
nicht ausgelöst werden können, so dass diese Kündigung "ins Leere gehe".

8 Hieran habe sich auch durch die Schonfristzahlung des Beklagten zu 1 und die damit eingetretenen rechtlichen Wirkungen des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nichts geändert. Denn dies führe zwar zum Erlöschen der aus der fristlosen Kündigung resultierenden Ansprüche auf Räumung und Herausgabe, mache diese Kündigung aber nicht ungeschehen. Die fristlose Kündigung habe als Gestaltungserklärung mit ihrem Zugang die Rechtslage unmittelbar umgestaltet. Mit dieser Wirkung wäre es unvereinbar, eine Änderung der Rechtslage unter rückwirkenden Bedingungen oder Vorbehalten zuzulassen. Eine Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB lasse daher die einschränkungslos eingetretene Beendigung des Mietverhältnisses unberührt und führe lediglich dazu, dass Ansprüche auf Räumung und Herausgabe der Mietsache erlöschen würden.

9 Soweit im Schrifttum teilweise vertreten werde, eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs werde mit einer Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB rückwirkend (ex tunc) unwirksam, so dass in der Zeitspanne zwischen Zugang der fristlosen Kündigung und Eingang der Zahlung eine "Schwebezeit" herrsche, sei dieses Verständnis der Rechtswirkungen des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht mit der Wirkung ausgeübter Gestaltungsrechte in Einklang zu bringen. Die damit verbundene Durchbrechung der grundlegenden Mechanismen privatautonomer Einflussnahme auf die eigenen rechtlichen Verhältnisse lasse sich weder begründen noch in ihren Konsequenzen überzeugend handhaben.

II.

10 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können Ansprüche der Kläger gegen

den Beklagten zu 1 auf Räumung und Herausgabe der von diesem angemieteten Wohnung nach § 546 Abs. 1, § 985 BGB nicht verneint werden. Das Berufungsgericht hätte der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB nicht deswegen die Wirkung versagen dürfen, weil das Mietverhältnis bereits durch die 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. Das Berufungsgericht hat den Inhalt der von den Klägern am 14. Juli 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.

11 1. Noch rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die von den Klägern ausgesprochene außerordentliche fristlose Kündigung das Mietverhältnis mit ihrem Zugang am 14. Juli 2016 mit sofortiger Wirkung beendet hat. Der Beklagte zu 1 befand sich nach den in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts mit den Mieten für Juni und Juli 2016 in Verzug. Damit lag der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a BGB vor. Da der Beklagte zu 1 den Rückstand nicht vor dem Zugang der Kündigungserklärung ausgeglichen hatte, 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).

12 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 Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte zu 1 die rückständige Miete für Juni und Juli 2016 vollständig am 19. Juli 2016, und damit innerhalb der Schonfrist, beglichen. Ansprüche auf Nutzungsentschädigung für August 2016 waren noch nicht entstanden.

13 3. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die daneben hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1, § 573c 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 zugegangene, aber vorrangig ausgesprochene fristlose Kündigung das Mietverhältnis (zunächst) beendet habe.

14 Das Berufungsgericht hat sich nur am Rande 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 § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB (nicht unerhebliche schuldhafte Pflichtverletzung) gestützte ordentliche Kündigung erklärt. Es hat sich mit der Annahme begnügt, "nach dem im Kündigungsschreiben erklärten Willen der Kläger sollte [...] "rein vorsorglich" das Mietverhältnis nach Verstreichen einer Frist (§ 573c BGB) enden, wenn es nicht schon zuvor durch die fristlos erklärte Kündigung beendet würde".

15 Hierbei hat es 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 abweichenden 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.

- 16 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 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.

- 17 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).
- 18 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 Beendigungstatbestand 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.
- 19 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 fristlosen Kündigung regelmäßig noch nicht endgültig fest, ob 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.

20 (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.

21 (2) Indem das Berufungsgericht allein darauf abstellt, dass eine in materieller und formeller Hinsicht wirksam erklärte fristlose Kündigung wegen Zah-

lungsverzugs 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.

22

(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 wer-

den (BGH, Urteil vom 24. Juni 1998 - XII ZR 195/96, aaO S. 128 f.; vgl. auch BAG, aaO).

23 (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 gesetzlichen Fiktion rückwirkend als nicht eingetreten behandelt.

24 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 Tat-

bestand des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB befassen, unausgesprochen zugrunde gelegt.

25

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 291/16, 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 Stornel, 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 Senatsurteil 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.

26 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.

27 (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).

- 28 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).
- 29 (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; RGBl. I 1923, S. 353, im Folgenden Mieterschutzgesetz; vgl. auch BT-Drucks. 3/1234, S. 73).

30 (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 Abs. 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).

31 (bbb) Mit dem Mieterschutzgesetz verfolgte der damalige Gesetzgeber die Zielsetzung, "den Mieter vor einer gegen seinen Willen erfolgenden Beendi-

gung 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.

32 (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.

33 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 Schwebestand 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.

34 (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 Härteklausel 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 Härteklausel 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).

35 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.

36 (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.

37 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 letztlich 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.

38 (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.

39 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 Kündigungserklärung 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.

40 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.

41 b) Dass die Kläger zeitgleich zu der fristlosen Kündigung hilfsweise eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses ausgesprochen haben, ist - was letztlich auch das Berufungsgericht nicht in Frage stellt - 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]).

42 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 Kündi-

gungserklärung 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. Diese Angaben sind erforderlich, aber auch ausreichend, um die Bestimmtheit der Kündigungserklärungen zu gewährleisten.

III.

43 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 den Klägern hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung die Voraussetzungen des § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB erfüllt 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. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dr. Fetzer

Dr. Hessel

Dr. Bünger

Kosziol

Dr. Schmitt

Vorinstanzen:

AG Berlin-Pankow/Weißensee, Entscheidung vom 30.03.2017 - 102 C 333/16 -

LG Berlin, Entscheidung vom 13.10.2017 - 66 S 90/17 -