

Kündigung wegen Zahlungsverzug und Schonfristzahlung: „Kippt“ die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung?

LG Berlin, Urteil vom 13. Oktober 2017¹

Kündigung wegen Zahlungsverzugs des Mieters dürfte in der Praxis der häufigste Fall der Beendigung eines Mietverhältnisses sein. Seit langem ist es üblich, diese Kündigung sowohl als fristlose wie auch – vorsorglich und hilfsweise – als ordentliche Kündigung auszusprechen. Der Grund hierfür liegt in der Wirkung der sog. Schonfristzahlung, d.h. der Tilgung des Mietrückstandes spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit der Räumungsklage mit der Folge, dass „die Kündigung unwirksam wird“. Die einschlägige Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ist nicht neu; bereits vor der Mietrechtsreform von 2001 bestand eine identische Regelung in § 554 Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F.; geändert hat sich lediglich die Länge der Schonfrist, die auf Grund der Erfahrungen der Sozialhilfebehörden von einem auf zwei Monate ausgedehnt wurde (Begründung MietRRefG, BT-Drucks. 14/4553, S. 64).

In der Rechtsprechung und im mietrechtlichen Schrifttum war es lange Zeit *umstritten*, ob die Schonfristzahlung – entsprechend dem Wortlaut des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB – nur die fristlose Kündigung oder darüber hinaus *auch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung unwirksam macht*.² Der BGH hat diese Frage in einem Urteil vom 16. Februar 2005³ dahin entscheiden, dass die Tilgung die ordentliche Kündigung „*nicht ohne weiteres*“ unwirksam werden lässt, dass sie aber bei der Prüfung der Frage, ob dem Mieter eine schuldhafte, nicht unerhebliche Verletzung seiner vertraglichen Pflichten anzulasten ist (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ein etwaiges Fehlverhalten „*in einem milderem Licht erscheinen lässt*“.⁴ In einem Urteil vom 10. Oktober 2012⁵ hat er eine – in der Instanzrechtsprechung vertretene – entsprechende (analoge) Anwendung der Schonfristregelung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf die ordentliche Kündigung mit eingehender und überzeugender Begründung ausgeschlossen.

Spätestens seit der Entscheidung vom 16. Februar 2005 gehörte es zur ordnungsgemäßen anwaltlichen Beratung, den (rechtsunkundigen) Vermieter auf die Möglichkeit und Notwendigkeit der „doppelten“ Kündigung hinzuweisen, und in der Praxis kommen „einfache“, d.h. ausschließlich fristlos erklärte Kündigungen wegen Zahlungsverzugs nicht mehr vor. Ob dies auch in Zukunft gilt, könnte nach einem Urteil des LG Berlin vom 13. Oktober 2017⁶ fraglich sein. Mit einer Entscheidung des BGH über die vom Landgericht zugelassene Revision ist voraussichtlich nicht vor Ende 2018 zu rechnen.

¹ 66 S 90/17, Grundeigentum 2017, 1347 = WuM 2017, 650 (Stand 15. Januar 2018)

² vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 = NZM 2005, 334 = ZMR 2005, 356 = DWW 2005, 150 unter II 2 vor a), juris-RNr. 12

³ VIII ZR 6/04 aaO

⁴ aaO unter d) cc), juris-RNr. 20

⁵ VIII ZR 107/12, BGHZ 195, 64; WuM 2012, 682 = Grundeigentum 2012, 1629 = NJW 2013, 159 = NZM 2013, 20 = ZMR 2013, 104 = DWW 2013, 136, unter II 2 c), RNr. 27 ff

⁶ 66 S 90/17, WuM 2017, 650 = Grundeigentum 2017, 1347 (Stand 8. Januar 2018)

1) Das Urteil des LG Berlin und seine Begründung

Das Urteil vom 13. Oktober 2017 geht einen Schritt weiter; es wird, falls der BGH es bestätigen sollte⁷, für die Praxis erhebliche Auswirkungen haben, weil der „Rettungsanker“ der für den Fall der Schonfristzahlung vorsorglich eingelegten ordentlichen Kündigung dann nicht mehr greift. Auf einen Satz „komprimiert“, besagt die Entscheidung Folgendes:

Die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs beendet das Mietverhältnis; die zusätzlich und vorsorglich für den Fall einer Schonfristzahlung erklärte ordentliche Kündigung „geht ins Leere“, weil im Zeitpunkt ihres Zugangs (an den Mieter) ein Mietverhältnis infolge der vorrangigen fristlosen Kündigung nicht mehr besteht.

Das LG Berlin, das – im Fall der Rechtskraft seines Urteils – der gesamten bisherigen Diskussion über die „doppelte“ Kündigung, einschließlich der Überlegungen des Gesetzgebers über eine „Korrektur“ der als unbefriedigend empfundenen BGH-Rechtsprechung, den Boden entziehen würde, ist sehr sorgfältig und umfangreich begründet. Die wesentlichen Argumente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

(1) Maßgebend für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung ist der Zeitpunkt ihres Zugangs (hier: an den Mieter).

(2) Bei Zugang der ordentlichen Kündigung hat die vorrangig erklärte fristlose Kündigung bereits ihre Wirkung entfaltet und das Mietverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet.

(3) Besteht das Mietverhältnis somit nicht mehr, geht die nachrangig (hilfsweise) erklärte ordentliche Kündigung „ins Leere“.

(4) An diesem Ergebnis ändert die Schonfristzahlung nichts; sie macht die fristlose Kündigung „nicht ungeschehen“⁸, sondern lässt lediglich ihre zunächst ausgelösten Wirkungen wieder entfallen. Nur in diesem eingeschränkten Sinn ist die Formulierung „die Kündigung wird... unwirksam“ in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zu verstehen.⁹

(5) Die Ansicht, dass während der Schonfrist, also bis zum Eingang der Zahlung bzw. bis zum Ablauf der Frist eine „Schwebezeit“ besteht¹⁰, ist unzutreffend und würde eine „Durchbrechung der grundlegenden Mechanismen privatautonomer Einflussnahme auf die eigenen rechtlichen Verhältnisse“ bedeuten.¹¹

(6) Auch die Annahme, die fristlose Kündigung werde durch die Schonfristzahlung rückwirkend unwirksam und könne deshalb der ordentlichen Kündigung nicht mehr „im Wege ste-

⁷ Die vom LG Berlin zugelassene Revision zum BGH ist (vom Vermieter) eingelegt worden

⁸ Urteil vom 13. Oktober 2017 aaO, unter 2. vor a), juris-RNr. 32

⁹ aaO unter 1 c), juris-RNr. 27

¹⁰ so MünchKomm/Häublein, 7. Aufl. § 569 RNr. 44

¹¹ aaO unter 1 c), juris-RNr. 24, 25 ff

hen“, ist mit dem Wesen eines Gestaltungsrechts und mit allgemein anerkannten Voraussetzungen und Wirkungen einer rechtsgestaltenden Verfügung unvereinbar.¹²

(7) *Eingetretene Wirkungen der Kündigung können sich weiter verändern, aber sie können nie mehr „nicht eingetreten“ sein. Konkret: Der Räumungsanspruch kann erfüllt oder erlassen werden, er kann verjähren oder kraft Gesetzes (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB) erlöschen, er kann aber nicht „nie entstanden“ sein.*¹³

2) Überlegungen zur Begründung des LG Berlin

Vorweg: Das Urteil ist sorgfältig und eingehend begründet. Es ist sehr anzuerkennen, wenn ein Landgericht, das – wie das LG Berlin – stark belastet ist und dem einzelnen Verfahren nicht so viel Zeit widmen kann wie etwa der VIII. Senat des BGH, einmal ganz neue, grundsätzliche Überlegungen zu einer alles andere als einfachen, aber praktisch sehr bedeutsamen Rechtsfrage anstellt. Ob allerdings die Gedankengänge der Zivilkammer 66 dogmatisch zwingend sind und der gesamten bisherigen einschlägigen Rechtsprechung und Praxis die Grundlage entziehen, ist eine andere Frage. Ihr gelten die folgenden Ausführungen.

a) *Der „unproblematische“ Ausgangspunkt: Das Verhältnis der beiden Kündigungen und ihre unterschiedlichen Wirkungen*

Unproblematisch und von keiner Seite in Zweifel gezogen sind die vom LG angeführten Grundsätze zum Wirksamwerden einer Kündigung sowie das Rangverhältnis der fristlosen und der zugleich hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung. Die Kündigung als einseitige, rechtsgestaltende und empfangsbedürftige Willenserklärung entfaltet ihre Wirkung der Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Zugang an den Adressaten, konkret: den Mieter; bei der fristlosen Kündigung tritt diese Rechtsfolge sofort ein. Eine weitere, nur hilfsweise „für den Fall des Falles“ erklärte nachrangige Kündigung aus demselben Grund kann deshalb nichts mehr bewirken, weil ihr „Ziel“, das Mietverhältnis, zu diesem Zeitpunkt nicht mehr existiert.

b) *Die schwierige Frage: Der rechtliche Zustand des Mietverhältnisses während der zweimonatigen Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB*

Mit dem Wirksamwerden der fristlosen Kündigung mit ihrem Zugang an den Mieter tritt ein Zustand ein, in dem das weitere Schicksal des gekündigten Mietverhältnisses ungewiss ist. Bis zum letzten Tag der Zwei-Monatsfrist, die mit der Rechtshängigkeit der Räumungsklage, d.h. mit ihrer Zustellung an den Mieter beginnt, bleibt es, falls der Mietrückstand nicht bereits vorher vollständig getilgt wird, *kraft Gesetzes offen, ob die Kündigung das Mietverhältnis endgültig beendet hat oder ob es* – untechnisch gesprochen – durch die Begleichung des

¹² aaO unter 2 a), juris-RNr. 34

¹³ aaO, juris-RNr. 34

Rückstandes (oder die rechtlich gleichwertige Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle) *wieder auflebt*.¹⁴ Wenn Häublein diese (vorübergehend) ungeklärte Situation als „Schwebezeit“ bezeichnet¹⁵, ist der Zustand damit treffend und rechtlich einwandfrei umschrieben.

Die von Häublein vorgenommene Einordnung widerspricht – entgegen der Auffassung des LG Berlin¹⁶ – auch nicht dem System der Wirkung ausgeübter privatrechtlicher Gestaltungsrechte. Zunächst einmal ist es Sache des Gesetzgebers, das System privatrechtlicher Gestaltungsrechte zu formen. Davon hat er in der Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB Gebrauch gemacht, wenn er dort bestimmt, dass die Kündigung „unwirksam wird“, wobei der Wortlaut der Norm es allerdings offen lässt, ob diese Folge des Unwirksamwerdens *rückwirkend* („ex tunc“) oder *nur für die Zukunft* („ex nunc“) eintritt. Dass diese Folge generell dem Wesen einer rechtsgestaltenden einseitigen, auf Dauer angelegten Willenserklärung widerspricht, ist nicht zu bestreiten. Aber, wie so oft, gilt auch hier der Satz: Keine Regel ohne Ausnahme, und eben eine solche Ausnahme hat der Gesetzgeber in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB aus übergeordneten Gründen des Mieterschutzes geschaffen.

Zum anderen kennt das Privatrecht auch in anderen Zusammenhängen den nachträglichen Eintritt der Unwirksamkeit einseitiger Gestaltungsrechte. Wird eine Willenserklärung, gleich welcher Art, wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung (§§ 119, 123 BGB) angefochten, so ist sie „als von Anfang an nichtig anzusehen“ (§ 142 Abs. 1 BGB). Sie fällt also ersatzlos weg. Im Fall des Irrtums bleibt die Willenserklärung bis zur (unverzöglichen) Anfechtung (§ 121 Abs. 1 BGB), bei Täuschung oder Drohung bis zur Anfechtung längstens nach einem Jahr (§ 124 Abs. 1 BGB), im Übrigen bis zum Ablauf der Ausschlussfrist von 10 Jahren (§§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 BGB) „*schwebend*“ wirksam.

Für das Mietrecht folgt hieraus: Auch die Kündigung unterliegt der Anfechtung nach den allgemeinen Regeln, sie kann mithin rückwirkend beseitigt werden; bis zur (rechtzeitigen) Anfechtung bleibt sie „schwebend“ wirksam. Weshalb diese Rechtslage im Fall der Schonfristzahlung schlechthin ausgeschlossen sein soll, ist nicht ersichtlich.

c) *Eine notwendige Präzisierung: Unwirksamkeit der Kündigung mit oder ohne Rückwirkung (ex tunc oder ex nunc)?*

Die letztlich entscheidende Frage für die Beurteilung der Rechtsfolgen der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung ist die rechtliche Qualität der durch die Schonfristzahlung von Gesetzes wegen eintretenden Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung:

¹⁴ BGH, Urteil v. 30. Juni 1960 – VIII ZR 200/59, NJW 1960, 2093, unter III 2, juris-RNr. 25 a.E.; Urteil vom 21. Dezember 2006 – IX ZR 66/05, ZMR 2007, 348 = NJW 2007, 1591 = WuM 2007, 387, RNr. 13

¹⁵ aaO Fußn. 9

¹⁶ aaO unter 1 c), juris-RNr. 25

Wirkt die Schonfristzahlung auf den Zeitpunkt der Erklärung der fristlosen Kündigung zurück (ex tunc) oder nur für die Zukunft, also ab dem Zeitpunkt der Tilgung des Mietrückstandes (ex nunc)?

Das LG Berlin verneint eine (vollständige) Rückwirkung mit der Begründung, sie sei mit den Grundsätzen der Wirkung rechtsgestaltender Willenserklärungen unvereinbar¹⁷. Dies überzeugt nicht.

(aa) Allerdings lässt der *Wortlaut des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB* beide Auslegungen zu – sowohl im Sinne einer „echten“ Rückwirkung ex tunc als auch einer Wirkung nur ex nunc; denn die Formulierung „Die Kündigung wird... unwirksam“ ist insoweit jedenfalls nicht eindeutig. Auch die *Entstehungsgeschichte der Vorschrift* gibt für die Differenzierung in der einen oder anderen Richtung nichts her; die einzige Bemerkung in diesem Zusammenhang stammt aus der Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des MietRRefG; dort hatte der Bundesrat zur „Klarstellung des Gewollten“ vorgeschlagen, das im Regierungsentwurf enthaltene Wort „unwirksame“ in § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BGB durch die präzisere Formulierung „unwirksam gewordene“ zu ersetzen.¹⁸ Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag zugestimmt, die Gesetz gewordene Fassung der Vorschrift hat die Formulierung übernommen.

Nach *Both*¹⁹ verstärkt die Formulierung, dass die Kündigung *unwirksam wird* – also eine „zukunftsgerichtete Zeitform“ – im Zusammenspiel mit dem Verweis auf § 546a BGB die Annahme, dass der Gesetzgeber eine Wirkung (der Schonfristzahlung) *ex nunc* verfolgte. Das überzeugt nicht: Zum einen kam von vornherein nur die Formulierung „Die Kündigung *wird*... unwirksam“ in Betracht; denn sie bezieht sich auf ein *nachträgliches* Ereignis, konkret: auf die *nach* der Kündigung erfolgte Tilgung des Rückstands. Die Alternative „die Kündigung *ist* unwirksam“ musste deshalb denkgesetzlich ausscheiden. In dieselbe Richtung geht auch der erwähnte Vorschlag des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren, das in § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz BGB ursprünglich enthaltene Wort „unwirksame“ zur Klarstellung des Gewollten durch „unwirksam gewordene“ zu ersetzen.²⁰ Auch der Hinweis auf § 546a BGB verfährt, wie noch auszuführen sein wird, nicht.²¹

(bb) *Für die Rückwirkung* auf den Zeitpunkt der Abgabe der Kündigungserklärung spricht vor allem der *Sinn und Zweck des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB*. Durch die Schonfristzahlung (oder die entsprechende Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle) soll das Mietverhältnis unverändert in dem Zustand fortbestehen, in dem es sich vor der Kündigung befunden hat. Das gilt insbesondere etwa für die Fristen einer ordentlichen Kündigung des Vermieters, de-

¹⁷ aaO unter 1 b) und 2 a) und b), juris-RNr. 21 und 33 ff

¹⁸ zitiert nach Haas, Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz, S. 233

¹⁹ in: Theorie und Praxis des Miet- und Wohnungseigentumsrechts, Festschrift für Hubert Blank, 2006, S. 93, 104 unter 3) a.E.

²⁰ zitiert nach Haas aaO

²¹ s. dazu nachfolgend unter cc).

ren Länge von der Dauer des Mietverhältnisses abhängt (§ 573c Abs. 1 BGB), oder für das gesetzliche Vorkaufsrecht des Mieters gem. § 577 BGB. Dementsprechend geht die ganz h.M.²² von einer uneingeschränkten Rückwirkung (ex tunc) der Schonfristzahlung aus mit der Folge, dass *nunmehr wieder* – entgegen der Auffassung des LG Berlin – *im maßgebenden Zeitpunkt des Zugangs der ordentlichen Kündigung – ein kündbares Mietverhältnis besteht*. Das erloschene Mietverhältnis „lebt... rückwirkend wieder auf, so als wäre die Kündigung nie erfolgt.“²³ Schlicht gesagt, handelt es sich hierbei um eine *gesetzliche Fiktion*, wie sie insbesondere im Privatrecht auch in anderen Zusammenhängen vorkommt.

Soweit *Both* in diesem Zusammenhang bemerkt, die Annahme einer gesetzlichen Fiktion sage noch nichts über die Rechtsfolge der Schonfristzahlung aus, d.h. über ihre Wirkung ex nunc oder ex tunc²⁴, überzeugt dies m.E. nicht. Die schlichte „Heilung“ des Mietverhältnisses für die Zukunft (ex nunc) wäre jedenfalls nicht die typische Form einer Fiktion im Sinne der Herstellung eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtszustandes.

(cc) Allerdings scheint die Bezugnahme auf die Befriedigung des Vermieters „*hinsichtlich... der fälligen Entschädigung nach § 546 a Abs. 1*“ in § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB für eine Wirkung der Schonfristzahlung lediglich für die Zukunft, also ex nunc, zu sprechen, worauf *Both* zu Recht hinweist.²⁵ Bei näherem Hinsehen greift dieses Argument jedoch nicht; denn § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB stellt insoweit – zwangsläufig und folgerichtig – ausschließlich auf den Zustand vor dem Eingang der Zahlung des Mieters (oder der gleichwertigen Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle) ab; zu diesem Zeitpunkt ist aber das Mietverhältnis durch die fristlose Kündigung *tatsächlich beendet* und damit der „*vertragslose*“ Zustand hergestellt, *auf den § 546a BGB abstellt*. Erst mit der Tilgung des Rückstands, also nach der Beendigung dieses vertragslosen Zustandes tritt die *Fiktion der Unwirksamkeit der Kündigung* ein mit der Folge, dass der Mieter *für die Schwebezeit tatsächlich nur die vereinbarte Miete schuldet*²⁶ und den Differenzbetrag zu einer gezahlten höheren Entschädigung nach § 546a BGB zurückfordern kann (§ 812 BGB).

²² LG Aurich, Beschl. v. 11. Oktober 2016 – 1 T 291/16 (nur in juris veröffentlicht), RNr. 4; SG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Juli 2008 – S 28 AS 145/08, ZMR 2008, 980, RNr. 12; wohl auch LG Bonn, Urteil v. 6. November 2014, 6 S 154/14, Grundeigentum 2015, 383 = WuM 2015, 293, RNr. 17; MünchKomm/Häublein, 7. Aufl. § 569 RNr. 44; Mössner in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 569 BGB, RNr. 185 („Sofern die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt sind, entfällt die (Gestaltungs-)Wirkung der vom Vermieter zunächst zu Recht ausgesprochenen Kündigung kraft gesetzlicher Anordnung. Dies wiederum hat zur Folge, dass das vormalig durch die Kündigung beendetete Mietverhältnis *mit gleichem Inhalt wie zuvor wieder auflebt*.“); ähnlich Staudinger/V Emmerich (2018) BGB § 569, RNr. 44 („... das Mietverhältnis lebt kraft Gesetzes wieder auf, und zwar wohl rückwirkend...“); ebenso Emmerich/Sonnenschein in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl. 2014, § 569, RNr. 28 (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 S 1 enthält... eine gesetzliche Fiktion, die zur Folge hat, dass das Mietverhältnis als ununterbrochen und unverändert fortbestehend gilt.“); unklar Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 569 RNr. 16.

²³ Schuschke in: 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, 2011, S. 735, 738

²⁴ in: Theorie und Praxis des Miet- und Wohnungseigentumsrechts, Festschrift für Hubert Blank, 2006, S. 93, 103 unten

²⁵ aaO S. 104 unter 3. am Ende

²⁶ MünchKomm/Häublein aaO

(dd) Der BGH hat die Frage der zeitlichen Wirkung der Schonfristzahlung – ex tunc oder ex nunc –, worauf das LG Berlin zutreffend hinweist²⁷, bislang nicht konkret entschieden. In einem Urteil aus dem Jahr 1960 hat er sich auf die Formulierung beschränkt, die Kündigung werde unwirksam und das Mietverhältnis lebe wieder auf.²⁸ Im Mittelpunkt seiner Rechtsprechung zur Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB und ihrer Bedeutung für die „doppelte“ Kündigung steht seit dem Grundsatzurteil vom 16. Februar 2005²⁹ und den nachfolgenden einschlägigen Entscheidungen³⁰ die Frage der unmittelbaren oder entsprechenden (analogen) Anwendung der Schonfristregelung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf die ordentliche Kündigung (wegen Zahlungsverzugs), die der BGH durchgehend mit überzeugender Begründung verneint. Allerdings setzt diese Rechtsprechung stillschweigend – und zwingend – die Rückwirkung der Schonfristzahlung voraus, weil nur so die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung noch ein bestehendes Mietverhältnis beenden kann; eben dies ist ja der zentrale „Angriffspunkt“ des LG Berlin.

(ee) Gegen die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung bestehen auch im Übrigen keine Bedenken. Insbesondere ist sie, wie der BGH in seinem Urteil vom 16. Februar 2005³¹ klargestellt hat, *nicht unter einer Bedingung, sondern unbedingt erklärt*. Eine Einschränkung enthält sie lediglich insoweit, als sie erst nachrangig zu prüfen ist, nämlich bei dem nachträglichen Wegfall der vorrangigen fristlosen Kündigung.

3) Die offene Frage: Wie wird der BGH entscheiden?

Die Revision gegen das Berliner Urteil wird dem BGH Gelegenheit geben, die Wirkung der Schonfristzahlung auf die ordentliche Kündigung erneut zu prüfen und sich dabei mit den Argumenten des LG Berlin im Einzelnen auseinanderzusetzen. Mit allem Vorbehalt: Die Wahrscheinlichkeit, dass er das Berliner Urteil im Ergebnis und in der Begründung bestätigt, schätze ich als nicht allzu hoch ein; denn die gesamte bisherige einschlägige Rechtsprechung des VIII. Senats geht (stillschweigend) von der Rückwirkung der Schonfristzahlung aus, weil nur so die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung überhaupt eine vertragsbeendende Wirkung entfalten kann. Immerhin hat aber *Rudolf Beuermann*, ein erfahrener ehemaliger Berliner Richter, in der Zeitschrift GRUNDEIGENTUM³² des Bundes der Berliner Haus- und Grundbesitzervereine, mithin an „unverdächtiger“ Stelle, in einer Anmerkung zu dem Urteil der Zivilkammer 66 des LG Berlin eine gewisse Sympathie für diese Entscheidung erkennen lassen.

²⁷ aaO unter 2 b), juris-RNr. 37

²⁸ Urteil v. 30. Juni 1960 – VIII ZR 200/59, NJW 1960, 2093, unter III 1 und 2, juris-RNr. 22 und 25

²⁹ VIII ZR 6/04, WuM 2005, 250 = NZM 2005, 334 = ZMR 2005, 356 = DWW 2005, 150

³⁰ Urteil vom 10. Oktober 2012 – VIII ZR 107/12, s. oben Fußn. 3; zuletzt Beschluss vom 6. Oktober 2015 – VIII ZR 321/14, Grundeigentum 2016, 453 = WuM 2016, 225, RNr. 6 und 7

³¹ VIII ZR 6/04 aaO, unter II 2 e), juris-RNr. 21

³² 2017, 1255

Ein Zeitpunkt für die Verhandlung vor dem VIII. Senat des BGH ist z.Zt. noch nicht abzusehen. Im Allgemeinen vergeht etwa ein Jahr vom Eingang der Revision bis zur Entscheidung, das wäre also etwa November/Dezember 2018.

Auswirkungen für die Praxis: Welcher Kündigungsmodus empfiehlt sich derzeit?

Für die Praxis stellt sich während der „Schwebezeit“ bis zur Entscheidung des BGH die Frage, ob und ggf. wie sie auf das Berliner Urteil reagieren soll. Dafür bieten sich *drei Möglichkeiten* an:

- Entweder kündigt der Vermieter *nur fristlos*, weil er nach der Berliner Entscheidung davon ausgeht, dass eine hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ohnehin sinnlos ist. Der „Nachteil“: Mit der Schonfristzahlung fällt die fristlose Kündigung *ersatzlos* weg, das Mietverhältnis wird auf jeden Fall fortgesetzt, der konkrete Zahlungsverzug ist als Kündigungsgrund verbraucht.
- Oder der Vermieter spricht *lediglich die ordentliche Kündigung* aus und vermeidet damit das Risiko einer aus seiner Sicht „kontraproduktiven“ Schonfristzahlung. Dann besteht aber immer noch die Möglichkeit, dass im Rahmen der Prüfung des nunmehr einschlägigen Kündigungstatbestandes des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, d.h. der schuldhaften, nicht unerheblichen Verletzung der vertraglichen Pflichten, die Kündigung scheitert, weil es – anders als im Fall der fristlosen Kündigung gem. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB – am *Tatbestandsmerkmal des Verschuldens fehlt* oder weil bei der Tilgung des Rückstandes und der Würdigung der Gesamtumstände *die Pflichtverletzung in einem „milderen Licht“ erscheint*; eines Rückgriffs auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), konkret: auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs bedarf es nicht.³³ Einen rechtlichen Vorteil bringt deshalb diese Alternative für den Vermieter nicht in jedem Fall.
- Am *„sichersten“* aus Vermietersicht bleibt damit immer noch *die Kombination beider Kündigungen*. Sie entspricht der gefestigten Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte. Dass der VIII. Senat sich der Auffassung und Begründung des LG Berlin anschließt, ist zwar, wie erwähnt, nicht ausgeschlossen, aber eher unwahrscheinlich. Damit bleibt die Wirkung der ordentlichen Kündigung grundsätzlich erhalten, und die Wahrscheinlichkeit, dass dies auch in Zukunft so bleibt, ist relativ hoch. Daran sollte sich die Praxis orientieren.

³³ so z.B. BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04 aaO, unter II 2 d) cc), juris-RNr. 20