

**Fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzug (§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB):**  
**1) Maßgeblich ist die vereinbarte Gesamtmiete, Minderung unerheblich**  
**2) Kündigung unwirksam nur bei vollständiger Tilgung des Rückstands**

BGH, Urteil vom 27. September 2017 – VIII ZR 193/16<sup>1</sup>

Ein Urteil des LG Potsdam hat dem VIII. Senat des BGH Gelegenheit gegeben, seine Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs noch einmal mit eingehender Begründung zu bestätigen und zugleich in einem nicht unwichtigen Nebenpunkt zu präzisieren. Das Urteil zeichnet sich im Kern durch eine äußerst sorgfältige und überzeugende Argumentation aus; die Definition des Begriffs „Miete“ ist etwas kurz ausgefallen, aber dennoch eine interessante Klarstellung. Für die Zukunft sollten damit wenn nicht alle, so doch jedenfalls die wichtigsten Fragen der detaillierten gesetzlichen Regelung des Zahlungsverzugs und seiner „Heilung“ in den §§ 543 Abs. 2 und 569 Abs. 3 BGB geklärt sein.

Der Fall:

Es geht um das Mietverhältnis für eine Zweizimmerwohnung. Die Miete beträgt 386,96 € zuzüglich einer Betriebskostenvorauszahlung von 93 €, insgesamt somit 479,96 €.

Im September 2014 forderte die Mieterin die Vermieterin auf, den – angeblich abgenutzten und teilweise schadhaften – Teppichboden bis Ende Oktober zu erneuern, andernfalls werde sie ab November die Miete um 15% mindern. Ab Oktober werde sie außerdem wegen einer Belästigung durch eine andere Mieterin die Miete um weitere 20% mindern. Die Vermieterin widersprach der Minderung, kündigte jedoch die Erneuerung des Teppichbodens ab dem 1. Dezember an. Dazu kam es allerdings nicht mehr, weil die Mieterin die ihr angebotenen Termine ablehnte.

Ab Oktober 2014 zahlte die Mieterin nur noch eine geminderte Miete, und zwar im Oktober 383,96 € und ab November 2014 bis Januar 2015 jeweils 287,96 €. Am 9. Januar 2015 leistete sie eine Nachzahlung in Höhe von insgesamt 456 €, und zwar für Oktober 96 € und für die drei folgenden Monate je 120 €. Im Februar 2015 überwies sie 407,96 € und für März 402,96 €, die am 16. März 2015 auf dem Konto der Vermieterin eingingen.

Mit Schreiben vom 16. März 2015, der Mieterin zugegangen am 17. März, kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich wegen Zahlungsverzugs. Den Rückstand für die Monate Februar und März 2015 tilgte die Mieterin in der Folgezeit nicht vollständig, und zwar auch nicht innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Wegen weiteren Zahlungsverzugs kündigte die Vermieterin mehrfach fristlos, hilfsweise ordentlich.

Mit der Klage verlangt die Vermieterin u.a. die Räumung und Herausgabe der Wohnung. Das Amtsgericht hat die Mieterin insoweit antragsgemäß verurteilt und die Widerklage (auf Er-

---

<sup>1</sup> bisher nur in juris veröffentlicht (Stand 10. November 2017). Der Sachverhalt ist hier etwas vereinfacht dargestellt.

neuerung des Teppichbodens) abgewiesen. Auf die Berufung der Mieterin hat das Landgericht die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs scheide bereits dann aus, wenn der Rückstand teilweise beglichen werde und im maßgebenden Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung – wie hier – der noch offene Restbetrag nicht die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB erfülle. Die Kammer folge insoweit nicht der Rechtsprechung des BGH, nach der die Kündigung nur bei vollständiger Tilgung des Rückstandes gem. § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen sei. Der Wortlaut der Bestimmung sei insofern unergiebig, und es handele sich um eine Schutznorm, die nicht zu Lasten des Mieters ausgelegt werden dürfe.

#### Die Entscheidung:

Auf die vom Berufungsgericht zugelassene Revision, mit der die Vermieterin ihren Räumungs- und Herausgabeanspruch weiterverfolgt, hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt. An seiner Rechtsprechung, dass das Recht des Vermieters zur fristlosen Kündigung bei einem Rückstand in der in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a) oder b) BGB genannten Höhe nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Rückstand vor Zugang der Kündigung vollständig getilgt wird, hält er ohne Einschränkung fest.

1) *Definition der „Miete für einen Monat“ (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr.3 Buchst. a) i.V.m. § 569 Abs. 3 Nr.1 BGB): einschließlich Betriebskostenvorauszahlung, jedoch ohne Minderung*

Bei Zugang der Kündigung am 17. März 2015 befand sich die Mieterin mit insgesamt 503,96 € in den beiden aufeinander folgenden Monaten Februar und März 2015 in Verzug. Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen; allerdings hat es bei der Beantwortung der Frage, ob der Rückstand die Miete für einen Monat überstieg, auf die (zu Recht) geminderte Miete von 455,96 € abgestellt. Maßgebend ist insoweit jedoch, wie der BGH an dieser Stelle unter Hinweis auf seine einschlägige Rechtsprechung klarstellt, *nicht die geminderte, sondern die vertraglich vereinbarte Miete einschließlich der Betriebskostenvorauszahlung.*<sup>2</sup> Für den konkreten Fall kam es hierauf allerdings garnicht an, weil der Rückstand von 503,96 € auch die vereinbarte monatliche Gesamtmiete von 479,96 € überstieg.<sup>3</sup>

2) *Überwiegende, aber nicht vollständige Tilgung des Rückstands ist unerheblich*

Dass die Mieterin am 16. März 2015, mithin exakt *einen Tag vor Zugang der fristlosen Kündigung*, einen nicht unerheblichen Teil des Rückstands bezahlt hat, wäre zwar in zeitlicher Hinsicht gerade noch ausreichend gewesen (§ 543 Abs. 2 Satz 2 BGB), schließt die Kündigung aber dennoch nicht aus, weil ein offener Restbetrag von 101 € aus dem Zwei-Monats-Verzug von 503,96 € verblieb. Dass der Restbetrag für sich genommen eine Kündigung nicht rechtfertigen würde, wie das LG angenommen hat, ist unerheblich.

<sup>2</sup> a.A. Schmidt-Futterer/*Blank*, MietR, 13. Aufl., § 543 RNr. 114a (Berücksichtigung einer Minderung)

<sup>3</sup> RNr. 19

a) *Bisheriger Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur*

In einer geradezu „historischen“ Bezugnahme auf seine eigene Rechtsprechung seit 1970 sowie die anschließende Instanzrechtsprechung und das Schrifttum hält der VIII. Senat uneingeschränkt an seiner Linie fest, dass *nur die vollständige Tilgung des Rückstands* die Kündigung ausschließt, und zwar nach allen drei Tatbeständen der *Zahlung vor Zugang der Kündigung* (§ 543 Abs. 2 Satz 2 BGB), der *unverzüglichen Aufrechnung nach Zugang der Kündigung* (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB) und der sog. *Schonfristzahlung innerhalb von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit der Räumungsklage* in ihren beiden Alternativen der Zahlung oder der Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB).<sup>4</sup>

b) *Zur Auslegung des § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB*

An den Rückblick auf den bisherigen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur schließt der BGH eine überzeugende Auslegung des § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB nach den klassischen Kriterien Wortlaut der Norm, Wille des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck der Bestimmung an.

aa) *Ausnahmebestimmungen* sind nach allgemein anerkannten Grundsätzen *eng auszulegen*. Dies gilt naturgemäß auch für § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB, dessen Wortlaut „...wenn der Vermieter vorher befriedigt wird“ bereits für die vom BGH vorgenommene „strenge“ Auslegung spricht. Eine Teilzahlung, die lediglich zu einer Reduzierung des Rückstandes auf weniger als eine Monatsmiete führt, ist mit dem Begriff der „Befriedigung“ nicht zu vereinbaren, sie ist, wie der BGH formuliert, „ersichtlich nicht gemeint.“<sup>5</sup>

bb) Für die vom BGH vorgenommene Auslegung des § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB spricht überdies der Wille des Gesetzgebers. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs des MietRRefG sollte die Neufassung des § 543 BGB „*im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage entsprechen*, die vor allem durch zwei Urteile des VIII. Senats aus den Jahren 1970 und 1987 sowie die anschließende Instanzrechtsprechung und Kommentarliteratur – einschließlich des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der vollständigen Rückstandstilgung – geprägt war.“<sup>6</sup>

cc) Die vom Berufungsgericht vorgenommene „mieterfreundliche“ Auslegung des § 543 Abs. 2 Satz 2 BGB ist schließlich auch nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht haltbar. Die detaillierte Regelung gibt (in Verbindung mit § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) geradezu minutiös vor, wann bei einem Zahlungsverzug des Mieters die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter nicht mehr zumutbar ist; die Interessen des (vertragsuntreuen) Mieters hat der Gesetzgeber durch die „Heilungsmöglichkeiten“ der rechtzeitigen Bezahlung, der Tilgung durch unverzügliche Aufrechnung und die Schonfristregelung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB

---

<sup>4</sup> RNr. 22 ff

<sup>5</sup> RNr. 30

<sup>6</sup> RNr. 31

mehrfach und in einer sehr ausgewogenen Art und Weise gewahrt. Zu einer „Korrektur“ dieser Regelung durch die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung besteht unter diesen Umständen kein Anlass und keine Rechtfertigung.<sup>7</sup> Insbesondere das vom Senat aufgegriffene Argument der Revision, der Mieter hätte es nach der Auffassung des LG letztlich in der Hand, schon durch geringe Teilzahlungen das Kündigungsrecht des Vermieters zu unterlaufen<sup>8</sup>, sollte letzte Zweifel an der vom BGH vorgenommenen Auslegung beseitigen.

Anmerkungen:

1) *Zur Bemessung und Definition der rückständigen „Miete“ i.S.d. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB – eine wichtige Klarstellung*

Für die Aussage des BGH, maßgebend für den Begriff der „Miete“ sei der Betrag der vereinbarten Gesamtmiete, also der Grundmiete zuzüglich der vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen, spricht schon die Systematik des Gesetzes. Die §§ 556 ff BGB tragen die amtlichen Überschriften „Kapitel 2. Die Miete“ sowie „Unterkapitel 1. Vereinbarungen über die Miete“; letzteres beginnt ohne irgendeinen „Umweg“ mit § 556 - Vereinbarungen über die Betriebskosten. Danach steht außer Frage, dass vereinbarte Betriebskostenvorauszahlungen Teil der Miete sind; für den Bereich der Kündigung kann nichts anderes gelten. Dieses Ergebnis entspricht der h.M. auch in der Kommentarliteratur.<sup>9</sup>

Bei diesem Punkt der Urteilsbegründung handelt es sich jedoch genau genommen lediglich um eine rechtliche Randbemerkung („obiter dictum“); denn auf die Frage, ob die vereinbarte Gesamtmiete oder – was für den Mieter u.U. ungünstiger wäre – die (berechtigterweise) geminderte Miete für den kündigungsrelevanten Rückstand maßgebend ist, kam es im vorliegenden Fall überhaupt nicht an, weil auch der – richtige – höhere Rückstand erreicht war.<sup>10</sup> Dennoch ist diese höchstrichterliche Klarstellung – sogar in Form eines Leitsatzes – zu begrüßen, weil sie in der Praxis von entscheidender Bedeutung sein kann.

Allerdings ist eine zusätzliche Anmerkung insofern veranlasst, als die in diesem Zusammenhang als Belege zitierten Entscheidungen des VIII. Senats vom 12. Mai 2010<sup>11</sup>, vom 11. Juli 2012<sup>12</sup> und vom 17. Juni 2015<sup>13</sup> für die jetzt vorgenommene Definition nichts hergeben – eher im Gegenteil. In allen drei Urteilen hat der Senat sich mit der Berechtigung und der Höhe der geltend gemachten Minderung befasst, ohne diesen Aspekt mit dem – nach dem

<sup>7</sup> RNR. 32 ff

<sup>8</sup> RNR. 35

<sup>9</sup> so z.B. Emmerich/ Sonnenschein, *Miete*, 11. Aufl. 2014, § 543 Rn. 30; Lützenkirchen in Erman, *BGB*, 15. Aufl. 2017, § 543 Rn. 33; Palandt/Weidenkaff, *BGB*, 76. Aufl. 2017, § 543 Rn. 23

<sup>10</sup> Rn. 19 a.E

<sup>11</sup> VIII ZR 96/09, WuM 2010, 484 = Grundeigentum 2010, 975 = NZM 2010, 548 = NJW 2010, 3015 = ZMR 2010, 839, RNR. 41 ff

<sup>12</sup> VIII ZR 138/11, NJW 2012, 2882 = WuM 2012, 499 = Grundeigentum 2012, 1161 = NZM 2012, 637 = ZMR 2013, 177, RNR. 16 ff

<sup>13</sup> VIII ZR 19/14, BGHZ 206, 1; NZM 2015, 618 = WuM 2015, 568 = Grundeigentum 2015, 1089 = NJW 2015, 3087 = ZMR 2015, 868, RNR. 46, 47

aktuellen Urteil naheliegenden – Hinweis auf die Maßgeblichkeit der ungeminderten Miete für die Berechnung des Rückstands als unerheblich zu bezeichnen. Im Gegenteil: In dem Urteil vom 17. Juni 2015 ist er im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs sogar ausdrücklich von einer Minderung von 20% ausgegangen, „so dass sich die von der Klägerin errechneten Mietrückstände um die entsprechenden Beträge vermindern.“<sup>14</sup>

Auf derselben Linie liegt ein neueres Urteil vom 24. Augst 2016<sup>15</sup>. Dort hat der Senat das Berufungsurteil allein deswegen aufgehoben, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen zu der vom Mieter geltend gemachten Minderung und der dadurch eingetretenen Reduzierung des Mietrückstandes (als Grund für die fristlose Kündigung) getroffen hatte. Diese Rechtsprechung dürfte durch das Urteil vom 27. September 2017 überholt sein, auch wenn es sich bei der betreffenden Aussage – wie erwähnt – lediglich um eine nicht tragende, weil nicht entscheidungserhebliche „Randbemerkung“ handelt. Dass der Senat diesen Punkt zum Gegenstand eines Leitsatzes gemacht hat, zeigt, welche Bedeutung er – zu Recht – dieser Klarstellung beimisst.

Zwingend ist diese Auslegung allerdings nicht. Der Wortlaut des § 543 Abs. 2 Nr. 3 und des § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB und die Gesetzesmaterialien zum MietRRefG sind insoweit unergiebig. Die Kommentarliteratur stimmt mit der neuen BGH-Rechtsprechung überein, eine nähere Begründung findet sich jedoch auch dort nicht<sup>16</sup>. Für die Auffassung des BGH sprechen letztlich vor allem die Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und Praktikabilität.<sup>17</sup>

## 2) *Nur die vollständige Tilgung des Rückstands ist ausreichend – ein zusätzliches Argument*

Den – insgesamt bereits überzeugenden – Argumenten des Senats für die Auslegung der „Heilungsregelungen“ des §§ 543 Abs. 2 Satz 2 und 3, 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ließe sich aus den Gesetzesmaterialien noch hinzufügen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 543 Abs. 2 BGB in anderem Zusammenhang, nämlich bei dem Tatbestand der Gebrauchsvorenthaltung durch den Vermieter (Nr. 1 aaO) durchaus auch eine Bagatellgrenze als Ausschlussgrund bedacht hat.<sup>18</sup> Wenn sich für eine ähnliche Überlegung bei dem Komplex Kündigung wegen Zahlungsverzug solche Anhaltspunkte in den Materialien nicht finden, spricht dies zusätzlich für die vom VIII. Senat vorgenommene Auslegung nach dem Kriterium des Willens des Gesetzgebers.

<sup>14</sup> aaO RNr. 47

<sup>15</sup> VIII ZR 261/15, NZM 2016, 765 = Grundeigentum 2016, 1272 = DWW 2016, 330 = WuM 2016, 658 = NJW 2016, 3437 = ZMR 2017, 30

<sup>16</sup> Emmerich/Sonnenschein aaO und § 569 Rn. 24; Lützenkirchen, Palandt/*Weidenkaff* jeweils aaO; a.A. *Blank* in Schmidt-Futterer, MietR, 13. Aufl., § 543 Rn. 114a, 142 (Berücksichtigung einer Minderung)

<sup>17</sup> s. dazu unten S. 6, Auswirkungen für die Praxis, Ziff. 2)

<sup>18</sup> Haas, Das neue Mietrecht – Mietrechtsreformgesetz, Bundesanzeiger Nr. 145a/2001, S.118 RNr. 9

### 3) Keine Regel ohne Ausnahme: minimaler Rückstand und „mildernde Umstände“ (§ 242 BGB)

Die Aussage, dass nur die vollständige Tilgung des Mietrückstands die Kündigung ausschließt oder unwirksam macht, mag auf den ersten Blick recht streng erscheinen. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Senat immer dann, wenn die *besonderen Umstände des Einzelfalls* dazu Anlass geben, prüft, ob der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben ausnahmsweise eine „Korrektur“ des buchstabengetreuen Ergebnisses rechtfertigt. Eine solche Fallgestaltung lag einem Beschluss vom 6. Oktober 2015<sup>19</sup> zugrunde. Dort hatte der Senat die Beurteilung des Tatrichters, wegen der Geringfügigkeit des Rest-Rückstandes und des Bemühens des Mieters um die Tilgung erschienen die Kündigung und die Räumungsklage als rechtsmissbräuchlich, ausdrücklich gebilligt. *Die Prüfung und Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere Höhe und Ursache des Zahlungsrückstandes, das Bemühen des Mieters um die Tilgung des Rückstandes und das gesamte sonstige bisherige und zu erwartende Verhalten des Mieters sind gewichtige Aspekte bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben* und ermöglichen es dem Tatrichter, die Frage der Wirksamkeit der Kündigung sachgerecht zu entscheiden. Jede schematische Beurteilung ist, wie der BGH in vergleichbaren Fällen immer wieder betont, verfehlt und mit dem Ausnahmecharakter der Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht zu vereinbaren.

#### Auswirkungen für die Praxis:

1) Mit dem Urteil vom 27. September 2017 sollten die wichtigsten praxisrelevanten Fragen der fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs geklärt sein – Stichworte:

- Begriff der „Miete“ und Berechnung des kündigungsrelevanten Rückstands,
- Heilung der Folgen des Zahlungsverzugs grundsätzlich nur durch vollständige Tilgung des Rückstands.

#### 2) Minderung und kündigungsrelevanter Verzug

Für beide Seiten – Mieter und Vermieter – hat die vom BGH jetzt vorgenommene Klarstellung hinsichtlich der vereinbarten Miete (einschließlich Betriebskostenvorauszahlungen) als Berechnungsgrundlage und der Unbeachtlichkeit einer etwaigen Minderung den erheblichen Vorteil, dass *Unsicherheiten*, die bisher mit einem Streit über Grund und Höhe einer etwaigen Minderung zwangsläufig verbunden waren, künftig *insoweit ausgeschlossen* sind. Für den Mieter wird es erst kritisch, wenn eine über mehrere Monate vorgenommene Minderung zu einem Rückstand führt, der die vereinbarte Miete für einen Monat übersteigt (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a) i.V.m. § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Ob er diesem Risiko dadurch Rechnung trägt, dass er rechtzeitig wieder die ungeminderte Miete, wenn auch unter Vorbehalt, zahlt, muss er selbst entscheiden.

<sup>19</sup> VIII ZR 321/14, Grundeigentum 2016, 453 = WuM 2016, 225, RNR. 10



### 3) Rechtzeitigkeitsklausel und Verzug

Im Übrigen sollte bei der Prüfung der Frage, ob der Mieter mit der Mietzahlung in Verzug geraten ist, das Urteil vom 6. Oktober 2016<sup>20</sup> zur sog. *Rechtzeitigkeitsklausel* nicht übersehen werden. Die bisher übliche Formulierung, dass es für die Rechtzeitigkeit der Zahlung nicht auf die Absendung, sondern auf den Eingang beim Vermieter ankommt, hat der VIII. Senat für unwirksam erklärt, weil die Klausel – in der maßgeblichen „kundenfeindlichen“ Auslegung (§ 305c BGB) – dem Mieter das Verzögerungsrisiko im Bereich der beteiligten Zahlungsdienstleister auferlegt und ihn dadurch unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung und der mietrechtlichen Diskussion „haltbare“ Klausel<sup>21</sup> könnte folgendermaßen lauten:

*"Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung kommt es nicht auf die Absendung, sondern auf die Ankunft bzw. Gutschrift des Betrages bei dem Vermieter an. Die durch das Fehlverhalten von Zahlungsdienstleistern verursachten Verzögerungen hat der Mieter nicht zu vertreten."*

---

<sup>20</sup> VIII ZR 222/15, BGHZ 212, 140; WuM 2017, 31 = Grundeigentum 2017, 99 = NZM 2017, 120 = ZMR 2017, 231 = NJW 2017, 1569

<sup>21</sup> vgl. auch *Schach*, Grundeigentum 2017, 80