

## **Fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzug: Ausgeschlossen oder unwirksam nur bei vollständiger Tilgung des Rückstands (§§ 543 Abs.2, 569 Abs.3 BGB)**

BGH, Urteil vom 24. August 2016 - VIII ZR 261/15<sup>1</sup>

Die fristlose Kündigung wegen eines Zahlungsrückstandes des Mieters ist schon im Gesetz umfangreich und ziemlich kompliziert geregelt. Durch die vielfältigen praktischen Fallgestaltungen wird sie nicht einfacher. Mit einem Urteil vom 24. August 2016 hat der BGH versucht, die Rechtslage etwas zu präzisieren, was ihm aber, wenn man eine Entscheidung aus dem Jahr 2015 betrachtet, nur zum Teil gelungen ist.

### Der Fall:

In den Jahren 2011 und 2012 hatte die Vermieterin in einer größeren Wohnanlage umfangreiche energetische Sanierungsmaßnahmen durchgeführt, u.a. verbunden mit einem Austausch der Gasetagenheizung gegen eine zentrale Heizungsanlage. Anschließend hatte sie die Miete für die Wohnung des Mieters um rd. 125 € erhöht und zusätzlich monatliche Vorauszahlungen für Heiz- und Warmwasserkosten verlangt. Der Mieter war mit der Mieterhöhung nicht einverstanden und zahlte deshalb in der Folgezeit – u.a. wegen einer Minderung – jeweils nur einen Teil der Miete. Wegen der dadurch entstandenen Rückstände in Höhe von insgesamt rd. 1.782 € (einschließlich eines Heizkostensaldos von 220 €) kündigte die Vermieterin im Juli 2014 und erneut im Januar 2015 – nunmehr wegen eines neu berechneten Rückstandes von 1.381 € – das Mietverhältnis fristlos und hilfsweise ordentlich.

Das Berufungsgericht hatte die Kündigungen als unwirksam angesehen und die Räumungsklage abgewiesen, weil es der Auffassung war, dass die Heiz- und Warmwasserkostenabrechnungen der Vermieterin formell mangelhaft seien und die geltend gemachten Nachforderungen deshalb nicht bestünden; im Übrigen habe der Mieter mit Betriebskostenguthaben aufgerechnet bzw. aufrechnen können. Danach verbleibe ein Rückstand von weniger als zwei Monatsmieten, so dass die fristlose Kündigung bereits aus diesem Grund unwirksam sei und eine *erhebliche* Pflichtverletzung des Mieters als Grund für eine ordentliche Kündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB<sup>2</sup> nicht vorliege. Auf die Berechtigung der vom Mieter vorgenommenen Mietminderung komme es deshalb nicht mehr an.

### Die Entscheidung:

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und das Verfahren an das Landgericht zurückverwiesen, allerdings nicht wegen der im Mittelpunkt der Entscheidung stehenden Betriebskosten und der von den Parteien erklärten Aufrechnungen bzw. der Aufrechnungsmöglich-

---

<sup>1</sup> NZM 2016, 765 = Grundeigentum 2016, 1272 = NJW 2016, 2437 = WuM 2016, 685 = DWW 2016, 330

<sup>2</sup> Bei der Angabe „§ 573 Abs. 1 Nr. 1 BGB“ im Urteil (RNr. 16 a.E.) handelt es sich offensichtlich um ein Schreibversehen.

keiten; diese Fragen hat der Senat abschließend dahin beantwortet, dass entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein kündigungsrelevanter Verzug vorgelegen hat – vorbehaltlich der Berechtigung der vom Mieter vorgenommenen Mietminderung. Diesen Punkt wird das Landgericht in der neuen Berufungsverhandlung zu klären haben.

(1) *Berechnung des Rückstandes; Datum der Kündigung als maßgebender Zeitpunkt*

Noch in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht geht der BGH zunächst von einem Mietrückstand in Höhe von 1.424,73 € sowie einem unstreitigen Abzug von 83,95 € (Guthaben des Mieters aus der Betriebskostenabrechnung 2011) aus. Der danach verbleibende Rückstand von 1.340,78 € übersteigt den Betrag von zwei Monatsmieten (zu je 558,53 €), er berechnete daher den Vermieter zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr.3 b) BGB, und er hat auch *im maßgebenden Zeitpunkt der Kündigung* vom 16. Juli 2014 in dieser Höhe bestanden. Darauf, ob der Rückstand auch noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die Räumungsklage bestanden hat, kommt es nicht an.<sup>3</sup>

(2) *Die engen Voraussetzungen für den Ausschluss oder die (nachträgliche) Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung*

Geradezu lehrbuchartig weist der BGH sodann auf die engen gesetzlichen Voraussetzungen hin, unter denen eine an sich wegen eines Mietrückstandes nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB begründete Kündigung *ausgeschlossen ist oder nachträglich unwirksam* wird, und zwar:

- bei der *Tilgung des Rückstandes vor Zugang der Kündigung* ist die Kündigung *ausgeschlossen* (§ 543 Abs. 2 Satz 2 BGB);
- durch eine *nach der Kündigung unverzüglich erklärte Aufrechnung* wird die Kündigung *nachträglich unwirksam* (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB); und schließlich
- wird die Kündigung *nachträglich unwirksam* durch die *Tilgung innerhalb der sog. Schonfrist* von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Räumungsklage (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB).<sup>4</sup>

Das alles ist nicht neu, muss aber im Einzelfall stets genau geprüft werden, wie der vorliegende Sachverhalt zeigt. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal setzen die genannten Bestimmungen stets voraus, dass der Vermieter *vollständig befriedigt* wird.<sup>5</sup> Dies hat das Landgericht verkannt. Tatsächlich verblieb nämlich nach den vom Mieter erklärten Aufrechnungen (*ihre Wirksamkeit unterstellt*) in Höhe von insgesamt rd. 420 € (Guthaben aus der Betriebskostenabrechnung für 2012)<sup>6</sup> noch ein Mietrückstand von rd. 921 €. Von einer voll-

<sup>3</sup> aaO RNr. 19

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

<sup>5</sup> aaO RNr. 23

<sup>6</sup> aaO RNr. 11, 24

ständigen Tilgung des Rückstandes kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Im Übrigen scheidet die Aufrechnung hier schon daran, dass der Mieter sie erst in der Klageerwiderung vom September 2014 und somit *nicht unverzüglich* nach der im Juli 2014 erfolgten Kündigung erklärt hat (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB).

(3) Zur Aufrechnung: Wirksamkeit der vorhergehenden Aufrechnung der Vermieterin mit Heizkostennachforderungen

Bevor der Mieter im September 2014 mit seinen Forderungen in Höhe von rd. 420 € aus der *Betriebskostenabrechnung 2012* die Aufrechnung erklärt hatte, hatte die Vermieterin bereits ihrerseits am 10. Juli 2014 mit *Heizkostennachforderungen* aus den Jahren 2011/2012 und 2012/2013 in Höhe von insgesamt 1.021,48 € die Aufrechnung erklärt.<sup>7</sup> Damit waren die Forderungen des Mieters (rd. 420 €) erloschen und standen für eine Aufrechnung nicht mehr zur Verfügung. Das Berufungsgericht hatte allerdings die von der Vermieterin erklärte Aufrechnung als unwirksam angesehen, weil es die zugrundeliegenden Heizkostenabrechnungen wegen ungenügender Angaben zu den Schätzgrundlagen für formell fehlerhaft gehalten hat. Diese Annahme war jedoch, wie der BGH näher ausgeführt hat, unzutreffend.<sup>8</sup>

Die unzutreffende Beurteilung der beiden Heizkostenabrechnungen betrifft sämtliche Kündigungen der Vermieterin, also auch die jeweils hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigungen.<sup>9</sup> Die erneute Berufungsverhandlung ist, wie erwähnt, nur deshalb erforderlich, weil das Landgericht einen kündigungsrelevanten Zahlungsverzug des Mieters schon im Hinblick auf die seiner Meinung nach (formell) unwirksamen Heizkostenabrechnungen der Vermieterin verneint und deshalb die Frage, ob der Rückstand überdies noch wegen der vom Mieter erklärten *Mietminderung* verringert sei, offen gelassen hat. Darauf kann es nun aber ankommen; greift die Minderung durch und verbleibt danach nur noch ein Rückstand, der eine fristlose Kündigung nach einer der Alternativen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB oder eine ordentliche Kündigung wegen einer schuldhaften nicht unerheblichen Pflichtverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB)<sup>10</sup> nicht rechtfertigt, wäre die Räumungsklage abzuweisen.

Anmerkungen:

(1) *Die zentrale Aussage: Nur die vollständige Tilgung „rettet“ den Mieter*

Bei der Lektüre des Urteils sollte man sich nicht von der Vielzahl der Zahlen aus den einzelnen Betriebskosten- und Heizkostenabrechnungen und den damit zusammenhängenden Berechnungen der Zahlungsrückstände verwirren lassen. Klammert man dieses Rechenwerk gedanklich aus, dann bleibt als Kern der Entscheidung die Aussage, dass

<sup>7</sup> aaO RNr. 13

<sup>8</sup> aaO RNr. 25 ff

<sup>9</sup> aaO RNr. 29

<sup>10</sup> s. dazu Urteil vom 10. Oktober 2012 – VIII ZR 107/12, WuM 2012, 682 = Grundeigentum 2012, 1629 = NJW 2013, 159 = NZM 2013, 20 = ZMR 2013, 104 = DWW 2013, 136

*nur die vollständige Tilgung eines kündigungsrelevanten Rückstandes die fristlose Kündigung ausschließt oder nachträglich unwirksam macht.*

Dass der Mieter u.U. Gegenforderungen hat, mit denen er gegen Betriebs- oder Heizkostennachforderungen oder sonstige Ansprüche des Vermieters aufrechnen *kann*, hilft ihm nichts. Das Gesetz ist insoweit eindeutig: Die Kündigung wird (nur) unwirksam, wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte *und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt* (§ 543 Abs. 2 Satz 3 BGB).

Dasselbe gilt naturgemäß auch für die sog. *Schonfristzahlung*, d.h. die Tilgung des Rückstandes innerhalb der Frist von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit, also nach Zustellung der Räumungsklage an den Mieter (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB; §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO). Auch hier ist die vollständige Tilgung des Rückstandes erforderlich.

(2) *Keine Regel ohne Ausnahme: Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und die Behandlung „marginaler“ Rückstände*

Es kommt nicht allzu selten vor, dass der BGH ein Ergebnis, das bei buchstabengetreuer Anwendung des Gesetzes eine Kündigung oder eine andere Rechtsfolge, die für eine der Parteien ausgesprochen hart erscheint, durch den *Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben* (§ 242 BGB) „korrigiert“. Ein sehr anschauliches und überzeugendes Beispiel für diese Linie bietet ein Beschluss vom 17. Februar 2015<sup>11</sup>. In jenem Fall hatte der – unverschuldet in eine finanzielle Notlage geratene – Mieter den Rückstand bis auf einen kleinen Restbetrag von 43,88 € innerhalb der Schonfrist bezahlt. Die laufende Miete bezahlte das Jobcenter direkt an die Vermieterin. Irgendwelche „belastende“ Umstände zum Nachteil des Mieters waren nicht gegeben. Das Berufungsgericht hatte deshalb die fristlose Kündigung wegen der besonderen Ausnahmesituation für unwirksam gehalten, obwohl der Rückstand nicht vollständig getilgt war. Diese Bewertung hat der BGH gebilligt; es sei *„im Hinblick auf die außergewöhnlichen Umstände ausnahmsweise geboten, den verbleibenden Rückstand mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) außer Betracht zu lassen.“*<sup>12</sup>

Dieser Einschätzung wird man zweifellos zustimmen können. Von einem vergleichbaren geringfügigen Mietrückstand konnte aber in dem Fall, der dem Urteil vom 24. August 2016 zugrundegelegt hat, nicht die Rede sein.

<sup>11</sup> VIII ZR 236/14, Grundeigentum 2015, 653 = NJW 2015, 1749 = NZM 2015, 487 = ZMR 2015, 374

<sup>12</sup> aaO RNr. 5