

Gericht:	BGH 12. Zivilsenat	Normen:	§ 313 Abs 1 BGB, § 366 Abs 1 BGB, § 366 Abs 2 BGB
Entscheidungsdatum:	15.07.2026		
Aktenzeichen:	XII ZR 7/24		
ECLI:	ECLI:DE:BGH:2026:150726UXIIZR7.24.0		
Dokumenttyp:	Urteil		

Anpassung von Geschäftsmiete bei Geschäftsgrundlagenstörung wegen hoheitlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie

1. Im Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruht, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht (im Anschluss an Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99).
2. Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls (im Anschluss an Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99).
3. Erbringt der Mieter ohne Tilgungsbestimmung nur eine Teilzahlung auf die Gesamtbruttomiete, ist § 366 Abs. 2 BGB analog zur Festlegung heranzuziehen, auf welchen Bestandteil (Nettomiete oder geschuldete Nebenkostenvorauszahlung) die Zahlung zu verrechnen ist. Zahlungen, die für die Tilgung der jeweiligen Gesamt-Bruttomiete nicht ausreichen, sind daher zunächst auf die darin enthaltene Forderung auf Erbringung von Nebenkostenvorauszahlungen anzurechnen (im Anschluss an Senatsurteil vom 21. März 2018 - VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 = NZM 2018, 444).

Verfahrensgang

vorgehend OLG Oldenburg (Oldenburg), 27. Dezember 2023, Az: 5 U 35/23
vorgehend LG Osnabrück, 23. Mai 2023, Az: 12 O 2098/22

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 27. Dezember 2023 aufgehoben, soweit darin zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Die Anschlussrevision des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung von im Zuge der COVID-19-Pandemie einbehaltener Gewerberaummieta.
- 2 Die Klägerin ist Eigentümerin einer mit einem Ladenlokal bebauten Immobilie, die ihre Rechtsvorgängerin im Jahr 2013 an den Beklagten zum Betrieb eines Sportgeschäfts vermietet hatte. Die Miete betrug zuletzt inklusive Betriebskostenvorauszahlung monatlich 11.659,51 € brutto (Kaltmiete netto 9.057,91 € zzgl. Betriebskostenvorschuss von netto 740,00 €, jeweils zzgl. Umsatzsteuer). Aufgrund der Beschränkungen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie musste der Beklagte in der Zeit vom 17. März 2020 bis zum 19. April 2020 und vom 16. Dezember 2020 bis zum 7. März 2021 sein Ladengeschäft schließen. Danach war bis Mai 2021 die Öffnung des Geschäftslokals nur im Rahmen der Betriebsformen „click and meet“ bzw. „click and collect“ möglich. Mit Blick auf diese betrieblichen Beschränkungen entrichtete der Beklagte in diesen Zeiträumen nur teilweise die vertraglich geschuldete Miete. So zahlte er 5.829,76 € für April 2020, 4.473,21 € für Mai 2020, 2.914,88 € für Januar 2021 und für Februar bis Mai 2021 monatlich jeweils 5.829,75 €.
- 3 Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten Zahlung von rückständiger Miete in Höhe von 45.079,72 € nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das erstinstanzliche Urteil abgeändert und den Beklagten zur Zahlung von 12.743,02 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abrechnung der „Nebenkostenvorauszahlungen“ verurteilt. Hiergegen wenden sich die Klägerin mit der vom Senat zugelassenen Revision und der Beklagte mit der Anschlussrevision.

Entscheidungsgründe

- 4 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit mit diesem zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Die Anschlussrevision des Beklagten ist unbegründet.

I.

- 5 Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:
- 6 Die Miete sei für die Monate April 2020 und Januar 2021 bis Mai 2021 anzupassen, weil in diesen Zeiträumen die Geschäftsgrundlage des Mietvertrags gestört gewesen sei. Bei einer Störung der großen Geschäftsgrundlage, die hier vorliege, geschehe die Anpassung regelmäßig durch hälftige Teilung des Risikos. In den genannten Monaten habe der Beklagte aufgrund der hoheitlichen Beschränkungen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie die gemieteten Flächen überhaupt nicht oder nur eingeschränkt nutzen können. Deshalb sei er berechtigt gewesen, die Bruttokaltmiete um die Hälfte zu kürzen. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliege, sei zwar grundsätzlich auf die einzelnen Monate abzustellen. In Zeiträumen, in denen die Störung mehrere zusammenhängende Monate andauere, sei die Störung aber nach

dem Durchschnitt dieses Zeitraums zu bemessen. Bei der Bemessung der Störung seien lediglich die erzielten Umsätze und erhaltene staatliche Hilfen zu berücksichtigen. Ergebe sich danach im Vergleich zu den Vorjahresumsätzen ein Rückgang um mehr als 50 %, sei der Vertrag gestört und anzupassen, was - aufgrund des durch Zeugenbeweis bestätigten Vortrags des Beklagten - hier der Fall gewesen sei.

- 7 Soweit der Beklagte dem Zahlungsverlangen der Klägerin entgegenhalte, diese schulde noch die Abrechnung der Betriebskosten, führe dies nicht zu einer Reduzierung des Zahlungsanspruchs um die Nebenkostenvorauszahlungen. Es sei davon auszugehen, dass die Minderung, die der Beklagte in der Vergangenheit vorgenommen habe, auf die Bruttokaltmiete erfolgt sei. Die Klägerin habe die geleisteten Teilzahlungen daher als ungekürzte Zahlungen auf die Betriebskosten verstehen müssen, so dass Gegenstand des Rechtsstreits nur noch die ausstehenden Kaltmieten seien. Der Einwand des Beklagten könne daher nur als Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts verstanden werden. Da die Klägerin unstreitig die Abrechnung der Betriebskosten noch schulde, sei der Beklagte Zug um Zug gegen Abrechnung der „Nebenkostenvorauszahlungen“ zu verurteilen.

II.

- 8 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

- 9 1. Revision der Klägerin

- 10 a) Noch zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass für den Fall einer Geschäftsschließung oder -beschränkung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruht, ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich in Betracht kommt (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 41; BGHZ 234, 229 = NZM 2022, 802 Rn. 34 und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NZM 2022, 292 Rn. 27). Eine solche Anpassung kann gemäß § 313 Abs. 1 BGB verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Durch die COVID-19-Pandemie und die damit verbundenen weitreichenden Beschränkungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens hat sich die sog. große Geschäftsgrundlage für den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag schwerwiegend geändert (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 43 und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NZM 2022, 292 Rn. 28). Ebenso kann mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Mietvertrag mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie bei Vertragsschluss die Möglichkeit einer Pandemie und die damit verbundene Gefahr einer hoheitlich angeordneten Betriebschließung oder -einschränkung vorausgesehen und bedacht hätten. Denn es ist anzunehmen, dass redliche Mietvertragsparteien für diesen Fall das damit verbundene wirtschaftliche Risiko nicht einseitig zu Lasten des Mieters geregelt, sondern in dem Vertrag für diesen Fall eine Möglichkeit zur Mietanpassung vorgesehen hätten (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 52 und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NZM 2022, 292 Rn. 28).

- 11 b) Nicht frei von Rechtsfehlern ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die vom Beklagten zu entrichtende Miete sei in den Zeiträumen, in denen sein Geschäftsbetrieb durch die pandemiebedingten Maßnahmen beeinträchtigt gewesen ist, um die Hälfte zu reduzieren.
- 12 aa) Obwohl in den Fällen einer pandemiebedingten Betriebsschließung oder -beeinträchtigung die sog. realen und hypothetischen Elemente des § 313 Abs. 1 BGB regelmäßig erfüllt sind, kommt ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Vertragsanpassung nur in Betracht, wenn auch das sog. normative Element des § 313 Abs. 1 BGB gegeben ist. Denn die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB berechtigt für sich genommen noch nicht zu einer Vertragsanpassung. Vielmehr verlangt die Vorschrift als weitere Voraussetzung, dass dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Das ist nur dann der Fall, wenn ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 53 mwN und BGHZ 234, 229 = NZM 2022, 802 Rn. 37). Eine tatsächliche Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Mieters ist allerdings nicht erforderlich (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 59 mwN).
- 13 bb) Ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, bedarf einer umfassenden Abwägung nach § 313 Abs. 1 BGB, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Dabei ist zunächst von Bedeutung, welche Nachteile dem Mieter durch die Geschäftsschließung oder -einschränkung und deren Dauer entstanden sind, sofern diese auf pandemiebedingten hoheitlichen Maßnahmen beruhen, die den jeweiligen Betrieb konkret erfassen. Dies sind etwa die Anordnungen von Betriebsschließungen oder in Bezug zur Geschäftsfläche gesetzte Begrenzungen der Personenzahl (Senatsurteil BGHZ 234, 229 = NZM 2022, 802 Rn. 39). In Betracht kommt auch - wie hier - die Beschränkung des Zugangs oder der Geschäftstätigkeit durch kontaktvermeidende Maßnahmen wie „click and meet“ und „click and collect“.
- 14 Nachteile, die einem gewerblichen Mieter durch pandemiebedingte hoheitliche Maßnahmen entstanden sind, dürften primär in einem konkreten Umsatzrückgang für die fragliche Zeit der Schließung oder Nutzungseinschränkung bestehen (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 58 und BGHZ 234, 229 = NZM 2022, 802 Rn. 38). Da eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage jedoch nicht zu einer Überkompensation der entstandenen Verluste führen darf, sind bei der Prüfung der Unzumutbarkeit grundsätzlich auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 59). Zu berücksichtigen ist auch, ob und in welchem Umfang er in der Zeit der Nutzungsbeschränkung Aufwendungen erspart hat. Ebenso kann bei der Abwägung zu berücksichtigen sein, welche Maßnahmen der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um die drohenden Verluste während der Geschäftsschließung zu vermindern (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 58 und BGHZ 234, 229 = NZM 2022, 802 Rn. 40).
- 15 cc) Auf dieser Grundlage hat das Gericht in tatrichterlicher Verantwortung und unter Berücksichtigung von § 287 ZPO für den konkreten Einzelfall die Voraussetzungen des § 313 BGB festzustellen und gegebenenfalls eine Vertragsanpassung vorzunehmen. Eine pauschale Betrachtungsweise wird den Anforderungen an dieses normative Tatbestandsmerkmal der Vorschrift nicht gerecht. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung etwa dahingehend, dass ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände die Miete für den Zeitraum der Geschäftsschließung grundsätzlich um die Hälfte herabgesetzt wird, weil das Risiko einer pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkung der Mietsache keine der beiden Mietvertragsparteien allein trifft, nicht in Betracht.

(vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 57 mwN und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NJW 2022 1378 Rn. 32).

- 16 dd) Nach diesen Grundsätzen ist die Auffassung des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall sei der Mietvertrag dahingehend anzupassen, dass der Beklagte für die Monate, in denen er aufgrund der pandemiebedingten Betriebsbeeinträchtigungen einen Umsatzrückgang von mehr als 50 % erlitten hat, nur die hälftige Miete schulde, rechtsfehlerhaft.
- 17 Das Berufungsgericht hat bereits die im Rahmen der Prüfung des normativen Elements des § 313 Abs. 1 BGB erforderliche - konkret auf den Einzelfall bezogene - Abwägung aller relevanten Umstände nicht ausreichend vorgenommen. Zwar hat es umfangreiche Feststellungen dazu getroffen, welche Auswirkungen die Betriebsbeschränkungen in den streitgegenständlichen Zeiträumen auf die vom Beklagten erzielten Umsätze hatten. Der vom Berufungsgericht daran anknüpfend gezogene Schluss, bei einem festgestellten Umsatzrückgang von mehr als 50 % sei ein Festhalten an dem Vertrag für den Beklagten unzumutbar und der Vertrag entsprechend anzupassen, ist jedoch fehlerhaft. Auch wenn ein eingetretener Umsatzrückgang grundsätzlich einen wesentlichen Aspekt in der vorzunehmenden Abwägung darstellt, hätte das Berufungsgericht seine Prüfung nicht auf einen Vergleich der Umsatzzahlen und der sich daraus ergebenden Umsatzrückgänge beschränken dürfen. Bereits aus den vom Landgericht getroffenen Feststellungen ergaben sich weitere Umstände, die für die wirtschaftliche Situation des Beklagten und damit für die Frage, ob ihm ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag zumutbar ist, von Bedeutung sein konnten. Diese hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht in den Blick genommen. So hat das Landgericht festgestellt, dass der Beklagte Leistungen aus einer Betriebsausfallversicherung erhalten und er für seine Arbeitnehmer Kurzarbeit beantragt hatte. Nach den erstinstanzlich getroffenen Feststellungen war der Beklagte zudem in der Lage, die Miete in den Monaten Juni 2020 bis November 2020 und ab Juni 2021 vollständig zu bezahlen. Außerdem ergaben sich aus der in der landgerichtlichen Entscheidung enthaltenen tabellarischen Liste der in den Jahren 2020 und 2021 erzielten Umsätze Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte die Umsatzeinbußen, die er während der Zeit der pandemiebedingten Betriebsbeschränkungen erlitten hat, möglicherweise durch Nachholeffekte jedenfalls teilweise ausgleichen konnte.
- 18 Schließlich ist die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung rechtsfehlerhaft, ein Mieter schulde in den Monaten, in denen er aufgrund von pandemiebedingten Betriebsbeeinträchtigungen einen Umsatzrückgang von mehr als 50 % erlitten habe, nur die hälftige Miete. Insoweit hat das Berufungsgericht verkannt, dass nach der Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn das normative Tatbestandsmerkmal des § 313 Abs. 1 BGB erfüllt ist, stets eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Anpassung des Mietvertrags vorzunehmen ist. Eine Vertragsanpassung, wonach ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände die Miete für den Zeitraum pandemiebedingter Betriebsbeschränkungen grundsätzlich um die Hälfte herabgesetzt wird, kommt nicht in Betracht (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NZM 2022, 99 Rn. 57).
- 19 2. Anschlussrevision des Beklagten
- 20 Die Anschlussrevision (§ 554 ZPO) ist zulässig, weil sie einen Anspruch betrifft, der mit der zugelassenen (Haupt-)Revision in rechtlichem und wirtschaftlichem Zusammenhang steht (vgl. Senatsurteil vom 18. Februar 2015 - XII ZR 199/13 - NJW-RR 2015, 690 Rn. 31 mwN). Sie ist jedoch unbegründet.

- 21 a) Der Beklagte erstrebt mit seinem Anschlussrechtsmittel die Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit das Berufungsgericht der Klage in Höhe von mehr als 9.881,07 € nebst Zinsen stattgegeben hat. Zur Begründung führt er aus, ein über diesen Betrag hinausgehender Zahlungsanspruch der Klägerin bestehe nicht. Das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass durch die erbrachten Teilzahlungen der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Betriebskostenvorschusses für die streitgegenständlichen Monate vollständig erloschen sei. Der Beklagte habe mit den erbrachten Teilzahlungen für die Monate April 2020 und Februar bis Mai 2021 die Bruttokaltmiete und die Betriebskostenvorauszahlung jeweils zur Hälfte und mit der Zahlung für den Monat Januar 2021 diese in Höhe von jeweils einem Viertel begleichen wollen. Durch die Zahlung von 50 % bzw. 25 % der vertraglich vereinbarten Gesamtmiete habe der Beklagte eine entsprechende - zumindest konkludente - Tilgungsbestimmung vorgenommen. Deshalb habe das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen müssen, dass von den geleisteten Teilzahlungen nur ein Betrag in Höhe von insgesamt 2.861,99 € auf rückständige Betriebskostenvorauszahlungen geleistet worden sei. Hinsichtlich der restlichen mit der Klage geltend gemachten Betriebskostenvorauszahlungen stehe der Klägerin kein Zahlungsanspruch (mehr) zu. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehe der Anspruch des Vermieters auf Zahlung von Betriebskostenvorauszahlungen mit der Betriebskostenabrechnung für die entsprechende Periode unter, spätestens aber mit dem Ablauf einer angemessenen Abrechnungsfrist, die für die Abrechnung von Betriebskosten für Geschäftsräume in der Regel spätestens ein Jahr nach Ablauf des Abrechnungszeitraums ende. Die Jahresfrist sei im vorliegenden Fall verstrichen.
- 22 b) Damit kann die Anschlussrevision nicht durchdringen. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die vom Beklagten geleisteten Teilzahlungen vollumfänglich auf die Betriebskostenvorauszahlungen und nur der jeweils verbleibende Restbetrag auf die Bruttokaltmieten zu verrechnen waren und nur noch diese im vorliegenden Fall im Streit sind.
- 23 aa) Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das vom Schuldner Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird nach § 366 Abs. 1 BGB diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt. Nimmt der Schuldner bei der Leistung keine wirksame Tilgungsbestimmung vor, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt (§ 366 Abs. 2 BGB).
- 24 § 366 Abs. 2 BGB ist zwar im Hinblick auf die im Zusammenhang mit der Bestimmung der Bemessungsgrundlage für eine Minderung der Mietsache (§ 536 BGB) ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Vermieter eine einheitliche Leistung (Raumüberlassung; Nebenleistungen) erbringt, für die der Mieter ebenfalls eine einheitliche Gegenleistung (Miete und Betriebskosten) zahlt (vgl. Senatsurteil BGHZ 163, 1, 7 = NZM 2005, 455 f.; BGH Urteil vom 13. April 2011 - VIII ZR 223/10 - NZM 2011, 453 Rn. 11), im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar. Nach der Rechtsprechung des für das Recht der Wohnraummiete zuständigen VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ist § 366 BGB jedoch bei Teilzahlungen auf die Nettomiete und auf Betriebskosten (Vorauszahlung oder Pauschale) analog anwendbar (vgl. BGHZ 218, 139 = NZM 2018, 444 Rn. 38 ff.; BGH, Urteil vom 21. März 2018 - VIII ZR 84/17 - NZM 2018, 454 Rn. 38 ff.). Für das Recht der Gewerberaummieta gilt nichts anderes. Die Anwendbarkeit des § 366 BGB einerseits auf Mietrückstände aus verschiedenen Zeiträumen und andererseits auf die Einzelbestandteile offener Bruttomietrückstände hat zur Konsequenz, dass bei Fehlen einer Tilgungsbestimmung des Mieters Zahlungen, die zur Deckung der Gesamtforderungen nicht ausreichen, unter Heranziehung der abgestuften Anrechnungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB zu verrechnen sind (BGHZ 218, 139 = NZM 2018, 444 Rn. 43; BGH, Urteil vom 21. März 2018 - VIII ZR 84/17 - NZM 2018, 454 Rn. 43). Zahlungen des Mieters, die zur vollständigen Tilgung der jeweiligen Bruttomiete nicht ausreichen, sind daher zunächst auf die darin enthaltene Forderung

auf Erbringung von Betriebskostenvorauszahlungen anzurechnen, weil diese nach Eintritt der Abrechnungsreife oder erfolgter Abrechnung grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden kann und daher weniger sicher ist als die Nettomietforderung (vgl. BGHZ 218, 139 = NZM 2018, 444 Rn. 48; vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2018 - VIII ZR 84/17 - NJW NZM 2018, 454 Rn. 53).

- 25 bb) Danach ist es aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die in den streitgegenständlichen Monaten erbrachten Teilzahlungen des Beklagten auf die jeweils geschuldeten Betriebskostenvorauszahlungen verrechnet hat.
- 26 (1) Eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung hat der Beklagte bei Leistung der Teilzahlungen nicht getroffen. Es liegt aber auch keine konkludente Tilgungsbestimmung vor, aus der die Klägerin den Willen des Beklagten hätte erkennen können, dass er mit den Teilzahlungen nicht nur die Kaltmiete, sondern auch die Betriebskostenvorauszahlungen jeweils nur zur Hälfte - bzw. im Monat Januar 2021 zu einem Viertel - tilgen wollte. Zwar muss eine Tilgungsbestimmung nicht ausdrücklich getroffen werden, sondern kann sich auch konkludent aus den Umständen des Einzelfalls, insbesondere aus der Interessenlage ergeben (BGH, Urteile vom 21. April 2010 - VIII ZR 6/09 - NZM 2010, 699 Rn. 18 und vom 9. März 1999 - XI ZR 155/98 - NJW 1999, 2043, 2044). Erforderlich ist jedoch, dass der Bezug der Leistung auf eine bestimmte Forderung für den Gläubiger ohne weiteres ersichtlich ist (MünchKommBGB/Schmidt 10. Aufl. § 366 Rn. 12).
- 27 (2) Gemessen hieran ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Vorliegen einer stillschweigenden Tilgungsbestimmung, wonach durch die geleisteten Teilzahlungen die Betriebskostenvorauszahlungen nur anteilig erbracht werden sollten, verneint hat. Zwar könnte der Umstand, dass die vom Beklagten erbrachten Teilzahlungen für die Monate April 2020 und Februar bis Mai 2021 rechnerisch der Hälfte bzw. für den Monat Januar 2021 einem Viertel der jeweils geschuldeten Miete einschließlich der Betriebskostenvorauszahlungen entsprachen, für eine entsprechende konkludente Tilgungsvereinbarung sprechen. Insbesondere im Hinblick auf die in § 7 Nr. 5 des Mietvertrags enthaltene ausdrückliche Tilgungsvereinbarung ist es jedoch rechtsbedenkenfrei, dass das Berufungsgericht zu der Annahme kam, für die Klägerin sei nicht zweifelsfrei erkennbar gewesen, wie der Beklagte die erbrachten Teilzahlungen jeweils auf die beiden unterschiedlich hohen Forderungen verrechnen möchte. Nach dieser Tilgungsvereinbarung, auf deren AGB-rechtliche Wirksamkeit es entgegen der Auffassung der Anschlussrevision in diesem Zusammenhang nicht ankommt, sind Zahlungen des Mieters, die ohne Zweckbestimmung erfolgen, in der Reihenfolge „Prozess- und Verzugskosten, Kautions-, Neben- und Betriebskosten, Mietzinsrückstand, laufende Miete“ zu verrechnen. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte für die streitgegenständlichen Teilzahlungen eine hiervon abweichende Tilgungsreihenfolge bestimmen wollte, lagen aus der Sicht der Klägerin nicht vor.
- 28 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den von der Anschlussrevision zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 17. September 2001 (II ZR 275/99 - NJW 2001, 3781) und vom 14. Juli 2008 (II ZR 204/07 - NJW 2008, 3438). Dort hat der Bundesgerichtshof zwar entschieden, dass es für eine Tilgungsbestimmung im Sinne des § 366 Abs. 1 BGB ausreicht, wenn im Falle mehrerer durch die Zahlung nicht vollständig gedeckter Verbindlichkeiten für den Empfänger ersichtlich ist, dass eine bestimmte Forderung nach dem Willen des Leistenden getilgt werden soll. Dies ist unter anderem dann anzunehmen, wenn gerade der Betrag der Schuldsumme gezahlt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 2008 - II ZR 204/07 - NJW 2008, 3438 Rn. 16 und Urteil vom 17. September 2001 - II ZR 275/99 - NJW 2001, 3781, 3782).
- 29 Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall jedoch nicht übertragbar. Die vom Beklagten geleisteten Teilzahlungen entsprachen in ihrer Höhe weder der vertraglich geschuldeten monatlichen Kaltmiete noch den zu leistenden Betriebskostenvorauszahlungen. Anders als in

den Sachverhalten, die den beiden vorgenannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zugrunde lagen, hat der Beklagte damit gerade nicht genau den Betrag einer der Schuldsummen geleistet. Mithin fehlt es im vorliegenden Fall an dem insoweit entscheidenden Kriterium für die Annahme einer stillschweigenden Tilgungsbestimmung.

Guhling

RiBGH Dr. Günter
ist wegen Eintritts
in den Ruhestand
an der Signatur
gehindert.

Nedden-Boeger

Guhling

RinBGH Müller
ist wegen Urlaubs
an der Signatur
gehindert.

Krüger

Guhling

© Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
sowie des Bundesamts für Justiz - <https://www.rechtsprechung-im-internet.de>