

COVID-19 -

Probleme in der Wohn- und Geschäftsraummiete

von Elmar Streyll, Vorsitzender Richter am Landgericht Krefeld¹

I. Kündigungsbeschränkungen gem. Art. 240 § 2 EGBGB

Die Bundesregierung hat am 25.3.2020 einen Gesetzesvorschlag zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht in den Bundestag eingebracht,² der innerhalb von drei Tagen weitgehend unverändert die parlamentarischen Beratungen von Bundestag und -rat passiert und bereits zwei Tage darauf, am Freitagabend im Bundesgesetzblatt stand.³ Die für das Mietrecht einschlägige Vorschrift finden sich in Art. 240 § 2 und 4 EGBGB.

1. Fortbestehen der Hauptleistungspflichten

Der Vermieter muss die Wohnung weiterhin zur Verfügung stellen und der Mieter monatlich Miete und gegebenenfalls Vorauszahlungen auf die Betriebskosten zahlen. Die mietrechtliche Regelung des COVID-19-Gesetzes ändert daran nichts. Art. 240 § 2 EGBGB enthält keine Anordnung in dem Sinne, dass die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung der Miete gestundet wird. Das Gesetz hat dies für andere Dauerschuldverhältnisse in Art. 240 §§ 1 und 3 EGBGB anders geregelt, für die Miete in § 2 nicht. Somit lässt sich festhalten, dass die Parteien des Wohnraummietvertrags in aller Regel trotz der Pandemie zur Erbringung ihrer Hauptleistungen verpflichtet bleiben.

2. Zahlungsverzug des Mieters

Da die Zahlungsansprüche des Vermieters auch während der Krise fällig werden, im Zweifel zum 3. April, 6. Mai, 4. Juni 2020, kommt der Mieter in Verzug, wenn die Miete

¹ Die Ausführungen in dem Text sind veröffentlicht zu finden in Schmidt, COVID-19, 2. Aufl., § 3.

² BT-Drucks. 19/18110.

³ BGBl I 2020, 569.

nicht rechtzeitig beim Vermieter ankommt. Im Einzelfall mag es dem Mieter helfen, die Nichtleistung nicht zu vertreten zu haben, § 286 Abs. 4 BGB. Allerdings beansprucht auch in diesen Zeiten der Pandemie der Grundsatz „Geld hat man zu haben“ Geltung.⁴ Zahlungsschwierigkeiten gehen in aller Regel zu Lasten des Mieters. Unterbleibt die Mietzahlung trotz Fälligkeit, so gerät der Mieter daher grundsätzlich in Verzug und es fallen Verzugszinsen an.

3. Halbzwingender Kündigungsschutz durch Art. 240 § 2 EGBGB

Die mietrechtliche Regelung des COVID-19-Gesetzes bezweckt die Einführung eines besonderen Kündigungsschutzes für den Fall, dass der Mieter in der Phase von April bis Juni 2020 kündigungsrelevant in Verzug gerät. Betroffen ist hier sowohl die ordentliche Kündigung des Vermieters wegen Pflichtverletzung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB als auch die fristlose Kündigung aus § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Überschlüssig und unter Verzicht auf Einzelfragen lässt sich hier festhalten, dass ein Kündigungsrecht des Vermieters jedenfalls dann entsteht, wenn der Mieter nach der ersten auch die zweite Mietzahlung schuldig bleibt.⁵ Konkret: Nachdem die Aprilmiete nicht gezahlt wurde, bleibt auch die Mietzahlung zum 6. Mai 2020 aus. Für diesen Fall ordnet die Regelung nun an, dass der Vermieter nicht allein aus dem Grund kündigen kann, dass das Ausbleiben der Zahlung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht.

Die Regelung ist wohl so zu verstehen, dass das Kündigungsrecht des Vermieters in Folge des Verzugs zwar entsteht, er aber an der Ausübung gehindert ist. Diese Sperrwirkung gilt nach § 2 Abs. 4 bis zum 30. Juni 2022. Danach kann der Vermieter wegen nicht beglichener Rückstände kündigen.

Betroffen von diesem Kündigungsausschluss sind sämtliche Mietverträge über Räume und Grundstücke, also insbesondere die Wohnraum- und Geschäftsraummiete. Von der Regelung kann nach Maßgabe von Abs. 2 nicht zu Lasten des Mieters abgewichen werden. Die aus dem Wohnraummietrecht bekannte halbzwingende Wirkung erfasst

⁴ Eingehend dazu *St. Lorenz WuM* 2013, 220.

⁵ Zu den Einzelheiten *Schmidt-Futterer/Blank* § 543 BGB Rn. 81ff. und § 573 BGB Rn. 25ff.; *Staudinger/V. Emmerich* § 543 BGB Rn. 51 und § 543 BGB Rn. 46.

hier auch die Geschäftsraummiete, unabhängig davon, ob der Vermieter Unternehmer oder ein Privatmann, also Verbraucher ist.

Entsteht im Regelungszeitraum – April bis Juni 2020 – ein Kündigungsgrund unter einem anderen Gesichtspunkt als dem Zahlungsverzug, etwa wegen unbotmäßigen Verhaltens des Mieters oder wegen Eigenbedarfs des Vermieters, so kann der Vermieter auch in dieser Phase kündigen.

4. Probleme der Regelung

Die Formulierung des § 2 hat, sicher der Eile des Gesetzgebungsprozesses geschuldet, einige Fragen aufgeworfen. Viele Probleme sind sicher im Wege der verständigen Auslegung des Gesetzes lösbar, eine Klarstellung durch den Gesetzgeber schadet allerdings nicht.

a) Das Wörtchen „allein“

Die Vorschrift verfolgt das Ansinnen, einen Kündigungsschutz für den Fall zu gewähren, dass der Mieter in dem bezeichneten Zeitraum in Verzug gerät und dies auf die Auswirkungen der Pandemie zurückzuführen ist. Zu denken ist an einen Gastwirt, der privat nicht über hinreichende Rücklagen verfügt und dem durch die Schließung seiner Gaststätte die nötigen Einnahmen wegbrechen, um die Miete für die entsprechenden Monate zu zahlen. Die Verwendung des Worts „allein“ führt nun allerdings dazu, dass nur der Fall erfasst ist, in dem sich der Mieter nicht bereits im März in Schwierigkeiten befunden und das Ausbleiben der Zahlung im April das Fass zum Überlaufen gebracht hat. Die Zahlungsschwierigkeiten müssen sich nach dem Wortlaut auf den gesetzlich bestimmten Zeitraum beschränken. Der Wortlaut der Norm kann aber bei ganz großzügiger Betrachtung und vollständiger Verwirklichung des Gesetzeszwecks auch so verstanden werden, dass die Formulierung „allein“ nur andere Kündigungsgründe wie Eigenbedarf oder Pflichtverletzung, nicht ausschließen will⁶.

⁶ Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 535 Rn. 732.

b) Zwischenzeitliche oder nachträgliche Befriedigung des Vermieters

Der hinreichende Zahlungsverzug berechtigt den Vermieter zur ordentlichen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB und zur fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a) BGB. Hinsichtlich der fristlosen Kündigung kennt das Gesetz zwei Möglichkeiten, durch die der Mieter oder ein Dritter die Beendigung des Mietverhältnisses trotz einmal entstandenen Kündigungsgrunds noch verhindern kann. Die Befriedigung des Vermieters nach § 543 Abs. 2 Satz 2 vor Ausspruch der Kündigung und die sogenannte Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB. In beiden Fällen ist allerdings die Anwendung dieser Rettungswege auf die ordentliche Kündigung sehr umstritten, wobei man sich hinsichtlich der Schonfristzahlung sogar über eine entgegenstehende Rechtsprechung des BGH hinwegsetzen müsste, um die ordentliche Kündigung nachträglich aus der Welt zu schaffen.⁷ Aus der Begründung zu Art. 240 § 2 EGBGB ergibt sich nun, dass der Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, auch das Recht zur ordentlichen Kündigung falle nachträglich weg, wenn der Mieter den Rückstand nachzahlt.⁸ Dies hätte, weil dem nach den Vorschriften des BGB jedenfalls nicht eindeutig so ist, in der Vorschrift geregelt werden sollen.

c) Glaubhaftmachung des Zusammenhangs mit der Pandemie

An dieser Stelle sei nur kurz klargestellt, dass die Bestimmung, der Mieter müsse den Zusammenhang von Nichtleistung und COVID-19-Pandemie glaubhaft machen, eine Privilegierung und keine Belastung des Mieters darstellt. Es geht darum, dass der Mieter den Zusammenhang „nur“ glaubhaft machen muss. Das bedeutet, es ist nicht Voraussetzung des zeitweiligen Kündigungsausschlusses, dass der Mieter sich bei Fälligkeit an den Vermieter wendet und den Grund für das Ausbleiben der Miete erläutert und beweist. Relevant wird die Glaubhaftmachung erst im Rechtsstreit (im Streitfall⁹). Hier führt sie zu einer Herabsetzung des Beweismaßes zu Gunsten des beweispflichtigen Mieters. Er hat den den Zusammenhang von Nichtleistung und COVID-19-Pandemie nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts zu beweisen, sondern nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit.¹⁰ § 294 Abs. 2 ZPO gilt nicht.

⁷ Dazu Schmidt-Futterer/Blank § 569 BGB Rn. 71a und 573 BGB Rn. 31.

⁸ BT-Drucks. 19/18110 S. 37 zu Abs. 4.

⁹ BT-Drucks. 19/18110 S. 36.

¹⁰ BGH NJW-RR 2007, 669.

II. Gewerberaummiete

Bei pandemiebedingten Einschränkungen kann der Mieter das Gewerbeobjekt nicht mehr wie vorgesehen für den vereinbarten Verwendungszweck nutzen. Diese faktische Einschränkung ist auf ihre rechtlichen Folgen zu untersuchen: Ist dem Vermieter etwa bei einer Betriebsuntersagung die Gebrauchsgewährung unmöglich? Ist die Mietsache mangelhaft? Ist die Miete anzupassen oder kann der Vertrag beendet werden? Oder bleibt die Nutzungseinschränkung rechtlich folgenlos?

1. Pflicht zur Mietzahlung

Entscheidend für den Anspruch des Vermieters auf Miete aus § 535 Abs. 2 BGB ist bei den Corona-bedingten Betriebseinschränkungen die Frage nach dem Verwendungsrisiko. Es kann sich in verschiedenen Vertragsstadien verwirklichen. Maßgeblich ist die Unterscheidung zwischen der Zeit vor und nach Überlassung der Mietsache. Hiervon hängt die dogmatische Verortung der Rechtsfolgen ab.

a) Konkurrenzen

Wird dem Vermieter die Gebrauchsgewährung (ganz oder teilweise) unmöglich, ist der Mieter gem. § 326 Abs. 1 BGB (ganz oder teilweise) von der Mietzahlungspflicht befreit.¹¹ Soweit die Unmöglichkeit auf einer Mangelhaftigkeit bzw. Gebrauchsuntauglichkeit der Mietsache beruht, werden die Regeln des allgemeinen Schuldrechts **nach Überlassung der Mietsache**¹² allerdings durch das Gewährleistungsrecht der §§ 536 ff. BGB verdrängt; das gilt auch bei teilweiser oder zeitweiser Unmöglichkeit.¹³ Nur bei einer völligen Zerstörung der Mietsache ist das anders, weil es dann keinen überlassungsfähigen Gegenstand mehr gibt, der mangelhaft sein könnte.¹⁴

¹¹ S. näher zum Zusammenhang von §§ 326, 537 BGB Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter BGB § 537 Rn. 10.

¹² Kritisch zur Maßgeblichkeit des Überlassungszeitpunkts MüKoBGB/Häublein BGB Vor § 536 Rn. 12.

¹³ Allg. Meinung, s. nur MüKoBGB/Häublein BGB Vor § 536 Rn. 8.

¹⁴ BeckOGK/Bieder BGB § 536 Rn. 7; BeckOGK/Harke BGB § 537 Rn. 16.

Vor Überlassung der Mietsache ist hingegen das allgemeine Schuldrecht anwendbar. Die praktische Frage lautet: Muss der Mieter das Mietobjekt übernehmen bzw. hat der Vermieter im Fall der Weigerung des Mieters einen Mietzinsanspruch? Außer im Fall der Betriebspflicht besteht keine Pflicht zur Übernahme der Mietsache oder gar zum Gebrauch; der Mieter hat aber die vereinbarte Miete zu zahlen.¹⁵ Von der Mietzahlungspflicht wäre er nur befreit, wenn der Vermieter wegen Unmöglichkeit den Gebrauch nicht gewähren konnte (§ 326 Abs. 1 BGB).

In Bezug auf das **Verwendungsrisiko** bedeutet das Folgendes: Trägt der Vermieter das Verwendungsrisiko¹⁶, dann wird ihm – vor Überlassung – die Gebrauchsgewährung (teilweise/zeitweise) unmöglich bzw. dann ist – nach Überlassung – das Mietobjekt mangelhaft und die Miete gem. § 536 BGB gemindert; letzteren falls hat der Mieter auch ein Kündigungsrecht gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Trägt der Mieter das Verwendungsrisiko muss er die Miete ab Beginn der Vertragslaufzeit zahlen bzw. weiterzahlen; §§ 326, 536 BGB sind nicht anwendbar, es gilt § 537 Abs. 1 BGB.

Unabhängig davon, wem man das Verwendungsrisiko zuordnet, ist eine Korrektur (Vertragsanpassung oder Kündigung) nach den Grundsätzen des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) möglich.

b) Unmöglichkeit

Eine Leistung kann objektiv aus tatsächlichen (naturgesetzlichen) oder aus rechtlichen Gründen unmöglich sein.¹⁷ Die körperliche Beschaffenheit einer Gewerbemieteinheit ist durch die Einschränkungen in Folge der Corona-Krise nicht einmal vorübergehend gestört. Auch ist es dem Vermieter weder tatsächlich noch rechtlich verwehrt, dem Mieter die Mietsache zu überlassen.¹⁸ Zu diskutieren ist allenfalls eine **Zweckstörung**, wenn etwa der Mieter das Objekt nicht für Kundenverkehr öffnen darf, weil ihm der Betrieb öffentlich-rechtlich untersagt wurde, wenn der Kundenverkehr wegen

¹⁵ Staudinger/V. Emmerich BGB § 535 Rn. 91. Soweit der Vermieter dann weiterhin die nach der Überlassung dem Mieter obliegende Obhut ausüben muss, kann er Schadensersatzansprüche haben.

¹⁶ S. zum Zusammenhang von Verwendungsrisiko und Mangel auch Staudinger/V. Emmerich BGB § 536 Rn. 44 und Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter BGB § 537 Rn. 14.

¹⁷ Palandt/Grüneberg BGB § 275 Rn. 13.

¹⁸ AA Schall JZ 2020, 389.

Ausgangsbeschränkungen ausbleibt oder, allgemein gesprochen, wenn der Mieter das Mietobjekt nicht so verwenden kann, wie er es beabsichtigt hat und wie es ihm vertraglich erlaubt war. Eine Zweckstörung der Vermieterleistung liegt darin aber nur, wenn der von ihm geschuldete Leistungserfolg ausbleibt.¹⁹ Hierzu ist die vom Vermieter geschuldete Leistung zu bestimmen.²⁰ Der Vermieter hat, wie eingangs dargelegt, lediglich das Mietzinsrisiko zu tragen, soweit sein Leistungserfolg gestört ist.

Die **Abgrenzung von Vermieterleistung und Verwendungsrisiko** kann nicht als endgültig geklärt angesehen werden, wie insbesondere die jetzt auftretenden Fälle der allgemeinen Betriebsuntersagung zeigen. Zwar kann etwa ein Vermieter dem Mieter von Gaststättenräumlichkeiten auch während des Shutdowns den Zugang zum Mietobjekt ermöglichen und insoweit den Gebrauch gewähren. Aber niemandem ist dort ein sinnvoller Betrieb einer Speisegaststätte möglich. Ein Mieter mietet aber nicht, um Gaststättenräumlichkeiten zu besitzen, er möchte dort Gäste bewirten – und Geld verdienen, um ua die Miete zu bezahlen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des **BGH**²¹ zur Mangelhaftigkeit eines Mietobjekts gefährden öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Mietobjekts entgegenstehen, den vom Vermieter geschuldeten Leistungserfolg nur dann, wenn sie auf der **konkreten Beschaffenheit der Pachtsache** beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Pächters ihre Ursache haben; letzteres betrifft ausschließlich das Verwendungsrisiko des Mieters. Diese Rechtsprechung ist auf die Frage nach einer Unmöglichkeit vor Gebrauchsüberlassung oder eines persönlichen Hinderungsgrundes gem. § 537 Abs. 1 BGB zu übertragen. Denn sowohl der Mangelbegriff, als auch die Unmöglichkeit, als auch die persönliche Verhinderung erfordern dieselbe Abgrenzung von Vermieter- und Mierrisiko.

¹⁹ Zur Maßgeblichkeit des Leistungserfolgs s. Palandt/Grüneberg BGB § 275 Rn. 18; BGH NJW 2011, 756.

²⁰ So auch BeckOGK/Harke BGB § 537 Rn. 9.

²¹ S. nur BGH NJW 2011, 3151 Rn. 8; 1981, 2405.

Ein Teil der Literatur²² weist in Präzisierung dieser Rechtsprechung das Mietzinsrisiko sowohl für individuelle als auch für allgemeine Nutzungshindernisses dem Mieter zu, der Vermieter habe lediglich das Mietzinsrisiko für sachbezogene Hindernisse zu tragen.

Ein anderer Teil der Literatur²³ möchte insbesondere das Risiko für allgemeine Hindernisse anders verteilen und verneint ein persönliches Hindernis des Mieters iSv § 537 BGB, wenn die konkret vereinbarte Nutzung für jedermann unmöglich ist. Nach dieser Meinung wäre ein Corona-bedingtes Betriebsverbot ein Fall der Unmöglichkeit bzw. – nach Überlassung der Mietsache – ein Mangel gem. § 536 BGB.

Die unterschiedlichen Ansätze beruhen auf einer unterschiedlichen Bestimmung des vom Vermieter **geschuldeten Leistungserfolgs**.²⁴ Dessen Bestimmung ist deshalb essentiell und im Grunde eine Frage der Vertragsauslegung. Sind konkrete Absprachen hierzu nicht vorhanden, kommt es maßgeblich darauf an, was für die Vermieterleistung vertragstypisch ist. Hier gilt zunächst das immer wiederholte, aber letztlich unkonkrete Mantra, dass der Vermieter dem Mieter grundsätzlich nur die Möglichkeit des Gebrauchs zu verschaffen und hierzu die Mietsache in einem dem Verwendungszweck entsprechenden Zustand zu halten hat. Immerhin aber wird hierdurch die Richtung vorgegeben. ME gilt Folgendes:

Der Vermieter will und soll dem Mieter die beabsichtigte Nutzung ermöglichen. Bei der Gewerbemiete bedeutet das idR die Möglichkeit, dort einen Geschäftsbetrieb zu führen. Er schuldet aber nicht die Überlassung des Betriebs selbst, sondern nur die Überlassung der dazu notwendigen Räume. (Gewerberaum-) Miete ist ein Rechtsgeschäft, das eine **körperliche Sache als Vertragsgegenstand** hat, nicht eine Gesamtheit von materiellen und immateriellen Sachen. Das hat auch Auswirkungen auf Rechtshindernisse wie die hier in Rede stehenden Betriebsuntersagungen. Nur rechtliche Umstände, die die körperliche Beschaffenheit der Mietsache betreffen oder Einfluss auf sie haben, gehören zum Leistungserfolg des

²² BeckOGK/Harke BGB § 537 Rn. 9ff., auch in Auseinandersetzung mit der gelegentlich unscharfen Abgrenzung in Literatur und Rechtsprechung, was unter einem von "in seiner Person liegenden Grund" gem. § 537 Abs. 1 BGB zu verstehen ist.

²³ Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter BGB § 537 Rn. 26. Im Ergebnis auch Sentek/Ludley NZM 2020, 406 und wohl auch Leo/Götz NZM 2020, 403.

²⁴ S. auch Häublein/Müller NZM 2020, 485.

Vermieters. Alles andere betrifft eine erfolgreiche Nutzung des Mieters und damit sein Verwendungsrisiko.

Die Betriebsuntersagungen oder -erschwerungen auf Grund der Corona-Krise betreffen das Verwendungsrisiko des Mieters, da hierfür die baulichen Gegebenheiten des Mietobjekts in aller Regel unerheblich sind, sondern es allein auf die Art der Nutzung der Gebäude und den dort stattfindenden Publikumsverkehr ankommt.²⁵ So hat es auch der BGH für die Einschränkungen ausgeurteilt, die mit dem Erlass der **Nichtraucherschutzgesetze** für Gaststätten- und Restaurantbetreiber verbunden waren.²⁶ Beide Sachlagen sind vergleichbar.²⁷ Auch wenn ein Betriebsverbot erheblich weiter geht als die mit den Nichtraucherschutzgesetzen verbundenen Einschränkungen, so setzt das öffentliche Recht in beiden Fällen gleichermaßen nicht beim Mietobjekt und dessen Gegebenheiten an, sondern bei der Art des dort geführten Betriebs; die Überlassung der Mietsache ist nicht verboten.²⁸ Aus ähnlichen Gründen führt die Betriebsuntersagung nicht zu einer (ggf. nur zeitweiligen) Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot.²⁹ Die Corona-bedingten Betriebsuntersagungen richten sich vielmehr – wie auch andere behördliche oder gesetzliche Verbote, die mietrechtlich relevant sind – einseitig an eine Vertragspartei und stellen allein dessen Vertragsrisiko dar.

Das entspricht den Grundsätzen des allgemeinen Unmöglichkeitensrecht, wo anerkannt ist, dass das Verwendungsrisiko einer Sache der Gläubiger trägt, also kein Fall der Unmöglichkeit vorliegt.³⁰ Soweit das **RG**³¹ für **kriegsbedingte Betriebsverbote** eine Unmöglichkeit angenommen hatte, weil der Vertragszweck nicht zu erreichen war, so entspricht dies zunächst nicht mehr der dargestellten Auffassung des BGH. Zu erklären ist diese Rechtsprechung des RG wohl vor allem damit, dass das Risiko kriegsbedingter Wirtschaftseinschränkungen nicht allein dem Mieter als persönliches Hindernis zugewiesen werden sollte. Das rechtfertigt es aber nicht, das

²⁵ Ähnlich Göldner ZfIR 2020, 407.

²⁶ BGH NJW 2011, 3151.

²⁷ So auch Sittner NJW 2020, 1171.

²⁸ Göldner ZfIR 2020, 407.

²⁹ So aber Leo/Götz NZM 2020, 404.

³⁰ BGH NJW 1979, 1818; Palandt/Grüneberg BGB § 275 Rn. 20. S. auch Guhling/Günter/Leonhard BGB § 313 Rn. 38 zum vom Mieter zu tragenden Ertragsrisiko bei Einkaufszentren.

³¹ S. etwa RGZ 94, 268 und, in dieselbe Richtungweisend, RGZ 89, 203. Anders RGZ 86, 397, der Fall betraf aber nicht ein kriegsbedingtes Verbot, sondern eine Verschlechterung der Geschäftschancen.

Verwendungsrisiko unter Außerachtlassung des im Wege der Auslegung ermittelten Leistungserfolgs vollständig auf den Vermieter zu verlagern. Ein angemessener Ausgleich für eine derartige Sondersituation ist mit den üblichen Risikozuweisungsregeln vielmehr nicht zu erreichen; er ist, wenn überhaupt, nur nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu finden,³² die das RG erst spät, jedenfalls nach den genannten Entscheidungen im 100. Band entwickelte.³³

Fazit: Der Mieter trägt das Verwendungsrisiko der Mietsache. Die durch die Corona-Krise bedingten Betriebseinschränkungen betreffen idR das Verwendungsrisiko und nicht die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters. Eine Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung iSv § 275 BGB liegt deshalb nicht vor. Weil die Regeln des Unmöglichkeitrechts bei der Miete praktisch nur vor Überlassung der Mietsache anwendbar sind, hat dies folgende Konsequenz: Der Mieter darf die Übernahme des Mietobjekt nicht wegen Corona-bedingter Betriebseinschränkungen zurückweisen; tut er es dennoch, ist er – vorbehaltlich einer Anpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage – zur Zahlung der Miete verpflichtet.

c) Minderung

Nach Überlassung der Mietsache werden die Folgen einer Mangelhaftigkeit durch das Gewährleistungsrecht der §§ 536 ff. BGB geregelt. Ob ein Mangel vorliegt, der gem. § 536 BGB zur Minderung der Miete berechtigt, beurteilt sich ebenso wie die Frage der Unmöglichkeit danach, ob die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters betroffen ist. Es ist dieselbe Abgrenzung zu machen wie bei der Frage nach der Unmöglichkeit. Deshalb ist auch hier maßgeblich, dass die Corona-bedingten Betriebseinschränkungen **grundsätzlich das Verwendungsrisiko des Mieters** betreffen und kein Mangel der Mietsache sind.

Ausnahmen sind allerdings denkbar: Wenn es dem Vermieter seinerseits verboten ist, dem Mieter die Mietsache (weiterhin) zu überlassen, kann der Mieter mindern. Im üblichen Fall der Miete oder Untermiete, bei der der Mieter unmittelbarer Alleinbesitzer

³² So auch BeckOGK/Harke BGB § 537 Rn. 11.1.

³³ S. dazu MüKoBGB/Finkenauer BGB § 313 Rn. 23.

der Mietsache ist, kommt das nicht in Betracht. Möglich ist es aber etwa bei der Shop-in-Shop-Vermietung, wenn der Vermieter (!) dem Shop-Betreiber oder dessen Kunden den Zugang aus öffentlichem Recht verweigern muss.³⁴ Die Beschaffenheit der Mietsache und damit das Vermieterrisiko sind auch betroffen bei der ab Ende April 2020 zeitweise angeordneten Betriebsbeschränkung auf **Verkaufsflächen von unter 800 qm**, da es hierbei auf die physische Beschaffenheit der Mietsache ankommt. Gleichfalls trägt der Verpächter das Risiko bei der (Betriebs-) **Pacht**, wenn durch die Betriebsuntersagung die von ihm zu gewährende Fruchtziehungsmöglichkeit beeinträchtigt wird, oder der Vermieter bei der **Umsatzmiete**, wenn der Umsatz unmittelbar (!) krisenbedingt unzumutbar niedrig ist, bzw. bei der **Ferienhausmiete**, wenn sich an den Ferienhausvermieter ein Überlassungsverbot richtet.

Ähnlich wäre es bei allgemeinen Ausgangssperren, wie sie offenbar in Frankreich und Spanien verhängt wurden. Wenn sie so adressiert wären, dass der Vermieter jeglichen Zugang zum Mietobjekt unterbinden muss, dann würde er seiner Pflicht zur Verschaffung einer Gebrauchsmöglichkeit nicht nachkommen können. Damit wären ein Mangel und eine wohl vollständige Minderung der Miete gegeben.

d) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Gem. § 313 Abs. 1 BGB kann eine Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, falls sie diese Veränderung vorausgesehen hätten; dies gilt aber nur, soweit das Festhalten am unveränderten Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, unzumutbar ist. Zunächst werden die Grundlagen des § 313 BGB an Hand des Beispiels der behördlichen pandemiebedingten **Untersagung des Betriebs** eines Gewerbes dargestellt, um anschließend einige praktische Konstellationen zu beleuchten.

³⁴ Die Verschaffung des Zugangs zur Mietsache gehört nach BGH NJW 1981, 2405 zur Vermieterleistung.

aa) Störung der Geschäftsgrundlage

Die Störung der Geschäftsgrundlage ist für von der Corona-Krise betroffene Gewerberaummietverhältnisse unproblematisch zu bejahen, soweit die Parteien nicht, was **vorrangig** wäre,³⁵ **vertragliche Vorsorge** getroffen hätten oder eine **ergänzende Vertragsauslegung** möglich wäre: Selbstverständlich haben die Vertragsparteien vorausgesetzt, dass es nicht zu einer globalen Pandemie mit weitreichender Stilllegung des öffentlichen Lebens, mit Kontakt- und Zugangsbeschränkungen, mit Betriebsuntersagungen bzw. Betriebseinschränkungen, mit dem Abbruch von Lieferketten sowie zu einem weitreichenden Erlahmen wirtschaftlicher Tätigkeit kommt. Das stellt ohne Weiteres eine Änderung der (objektiven³⁶) Vertragsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB dar. Betroffen ist die sog. **große Geschäftsgrundlage**, weil die Änderung aus den allgemeinen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen herrührt und nicht aus sonstigen, nur den konkreten Vertrag betreffenden Umständen.³⁷ Diese allgemeine Feststellung entpflichtet aber nicht davon, die **Betroffenheit des konkreten Vertragsverhältnisses** nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen.³⁸ Dies erfolgt – notwendig vergrößernd – später fallgruppenbezogen.

Schwerwiegend ist eine Änderung der Umstände dann, wenn unzweifelhaft zumindest eine Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, hätte sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage gekannt oder vorhergesehen.³⁹ Auch diese Voraussetzung ist für den konkreten Einzelfall zu prüfen. Bei Dauerschuldverhältnissen wie der Miete geht es allerdings nicht darum, dass ein Vertragsschluss ganz unterblieben wäre, weil nicht zu erwarten ist, dass die Vertragspartner jegliches Wirtschaften aus Sorge vor einer Krise eingestellt hätten, deren Eintritt und Ausmaß ungewiss war. Aber es dürfte offensichtlich sein, dass redliche Vertragspartner einen beiderseits angemessenen Ausgleich für die Zeit der Krise je nach dem Ausmaß der Betroffenheit vereinbart hätten.

³⁵ Kumkar/Voß ZIP 2020, 896 (auch zu einzelnen Vertragsgestaltungen); Warmuth COVuR 2020, 16.

³⁶ Hierunter fallen alle Umstände, die notwendig sind, um einen Vertrag als sinnvolle Regelung ansehen zu können; s. dazu und zur Abgrenzung von objektiver und subjektiver Geschäftsgrundlage Göldner ZfIR 2020, 404.

³⁷ So auch Weller/Habrigh NJW 2020, 1021; Häublein/Müller NZM 2020, 487.

³⁸ BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 58.2.

³⁹ Palandt/Grüneberg BGB § 313 Rn. 18; MüKoBGB/Finkenauer BGB § 313 Rn. 58.

bb) Unzumutbarkeit

Ähnliches gilt für die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung zu den vereinbarten Bedingungen. Eine Vertragsanpassung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH⁴⁰ nur dann zulässig, wenn es zur **Vermeidung eines untragbaren**, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden **Ergebnisses** unabweislich erscheint. Der Kritik an dieser Formel⁴¹ ist zuzugeben, dass sie keine klare Grenzziehung erlaubt. Das trifft aber auf den Begriff der Zumutbarkeit in anderen Zusammenhängen ebenso zu. Die damit verbundene Unsicherheit bei der Rechtsanwendung ist einem allgemeinen Korrekturinstrument wie dem Wegfall der Geschäftsgrundlage wesensimmanent und muss hingenommen werden.

Die Unzumutbarkeit ist wiederum für den Einzelfall zu prüfen, was gewisse Typisierungen und Leitlinien nicht ausschließt. Der allgemeine Shutdown im Frühjahr 2020 hat ca. sechs Wochen gedauert, es verblieben aber erhebliche, teilweise unabsehbar lange dauernde Beschränkungen (insbesondere das Abstandsgebot), die als Lockerungen bezeichnet werden. Schon bei einer **sechswöchigen Dauer** ist ein erheblicher Teil der jährlichen Nutzungszeit betroffen und potenziell über 10 % des Jahresumsatzes und Jahresgewinns. Allein das erscheint angesichts der niedrigen Margen und Rücklagen in vielen Geschäftsbereichen als sehr erheblich⁴². Wenn man zudem darauf abstellt, dass die Miete periodisch, nämlich üblicherweise nach Monaten, bemessen wird, dann steht mindestens einer dieser Perioden kein oder nur ein sehr eingeschränkter Nutzwert der Mietsache gegenüber. Abgesehen davon wird man für die Bestimmung der Unzumutbarkeit wohl auf längere Zeiträume abstellen müssen als die Dauer der Betroffenheit von einem allgemeinen Shutdown.⁴³ Die Geschäftstätigkeit und damit die Verwirklichung des Verwendungszwecks der Mietsache wird nicht nur durch gesetzliche oder behördliche Verbote beeinträchtigt, sondern auch durch behördliche oder wissenschaftliche Verhaltensempfehlungen, die schon vor dem allgemeinen Shutdown zu Kontakteinschränkungen aufforderten und die es nach den

⁴⁰ S. nur BGH NJW 2012, 1718 Rn. 30.

⁴¹ MüKoBGB/Finkenauer BGB § 313 Rn. 76.

⁴² Häublein/Müller NZM 2020, 488 nehmen eine Unzumutbarkeit bei pandemiebedingten Einbußen von 50 % an. Skeptisch bei pandemiebedingten Einschränkungen von wenigen Wochen Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., § 535 Rn. 760.

⁴³ So auch Häublein/Müller NZM 2020, 491.

Lockerungen des Shutdown weiter gibt. Das **Abstandgebot** etwa führt dazu, dass sich in vielen Gewerberäumen nur noch eine erheblich geringere Zahl von Personen aufhalten darf als vor der Krise. Das beeinträchtigt die Nutzbarkeit und damit die Rentabilität des Mietobjekts.

cc) Risikozuweisung

Weitere Hürde für eine Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB ist die Frage nach der Risikoverteilung. Ist das Risiko einer Partei durch Vertrag oder Gesetz zugewiesen, kommt eine Anpassung grundsätzlich nicht in Betracht. Vorliegend geht es um die Verwirklichung des Vertragszwecks⁴⁴, konkret darum, dass der Mieter das Gewerbemietobjekt krisenbedingt nicht wie vorgesehen nutzen kann und die Anmietung unrentabel ist. Das betrifft das **Verwendungsrisiko**, das nach dem eingangs zur Unmöglichkeit Gesagten grundsätzlich der Mieter trägt.

Diese Risikoverteilung hindert eine Anpassung aber nur, solange sich ein „normales“ Verwendungsrisiko verwirklicht. Ist hingegen die Grenze des übernommenen **Risikos überschritten** und kann die benachteiligte Vertragspartei in der getroffenen Vereinbarung ihr Interesse nicht mehr auch nur annähernd gewahrt sehen, kommt eine Anpassung in Betracht.⁴⁵ Bei der Frage der Risikoverteilung zeigt sich wiederum, dass die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB ineinandergreifen, ja fast redundant sind: Wenn die Geschäftsgrundlage weitreichend und schwerwiegend außerhalb der Vorstellung der Parteien liegt, wird sie regelmäßig auch nicht von deren vereinbarter oder vorausgesetzter Risikoverteilung erfasst sein.

So ist es vorliegend.⁴⁶ Der **krisenbedingte Shutdown** war spätestens ab dem 23.3.2020 allumfassend. An diesem Tag traten in ganz Deutschland umfangreiche Ausgangs- und Kontaktverbote sowie Betriebseinschränkungen in Kraft; in einigen Bundesländern (zB Bayern) oder Kommunen bzw. in einigen Lebensbereichen (zB Schulen) galten sie schon früher. Vom Shutdown ausgenommen waren nur wenige

⁴⁴ So auch Zehelein NZM 2020, 398.

⁴⁵ BGH NJW 1980, 2241; Kumkar/Voß ZIP 2020, 899 mit weiteren Beispielen.

⁴⁶ Wie hier: Weller/Habrich NJW 2020, 1021; Göldner ZfIR 2020, 407; Zehelein NZM 2020, 398; Häublein/Müller NZM 2020, 487; Weidt/Schiewek NJOZ 2020, 481 (484); Warmuth COVuR 2020, 16 (20); Schall JZ 2020, 388 (394); Krepold WM 2020, 734; Gerlach/Manzke ZMR 2020, 554. AA Leo/Götz NZM 2020, 405; BeckOK Mietrecht/Bruns BGB § 542 Rn. 58; Lützenkirchen MietRB 2020, 111 (114); Klimesch/Walther ZMR 2020, 556.

unerlässliche Versorgungs- und Infrastruktureinrichtungen. Eine derartige Stilllegung des öffentlichen wie privaten Lebens und Wirtschaftens hat es seit dem II. Weltkrieg nicht gegeben. Dauer und wirtschaftliche Folgen sind noch nicht ansatzweise absehbar. Es wird aber allgemein eine schwere Rezession vorhergesagt und der Bund hat finanzielle Soforthilfen in bisher ungekanntem Ausmaß zugesagt, um einen gesamtwirtschaftlichen Kollaps und eine Welle von Insolvenzen zu verhindern.

Es ist allerdings zwischen einer allgemeinen gesellschaftlichen bzw. **wirtschaftlichen Notlage** und einer Störung der Geschäftsgrundlage zu unterscheiden. Das Zivilrecht ist weder dazu berufen noch in der Lage einen gesamtgesellschaftlichen Lastenausgleich herzustellen; es hat grundsätzlich nur die Beziehung Einzelner zueinander im Blick. Deshalb muss eine gesellschaftliche oder wirtschaftliche Notlage unmittelbare Auswirkungen auf ein Schuldverhältnis, hier das Gewerberaummietverhältnis haben.⁴⁷ Die allgemeine Beeinträchtigung von Erwerbchancen oder sonstige Folgen der Notlage zu beheben oder abzumildern, ist Aufgabe des Gesetzgebers; die Übergänge sind aber fließend, eine Abgrenzung schwierig und weitgehend ungeklärt. Hierzu kann er etwa die Steuerlast vermindern, direkte Unterstützungsleistungen erbringen oder in Verträge eingreifen. Letzteres ist nach dem II. Weltkrieg durch das inzwischen aufgehobene Gesetz über die richterliche Vertragshilfe (Vertragshilfegesetz)⁴⁸ geschehen.

Eine über die allgemeine Notlage hinausgehende **unmittelbare Betroffenheit** durch die Corona-Krise ist für viele Gewerberaummietverhältnisse gegeben. Das gilt insbesondere und offensichtlich für Betriebsuntersagungen und Betriebseinschränkungen, die bestimmte Geschäftstätigkeiten direkt unterbinden. Das ist keine bloß mittelbare Folge der Krise, es geht vielmehr um die Abwehr von Gesundheitsgefahren, die ihre Ursache in einem pandemischen Infektionsgeschehen haben, welches nur durch weitgehende Kontaktbeschränkungen eingedämmt werden können. Teil dieser Kontaktbeschränkungen sind Betriebsuntersagungen und Betriebserschwerungen, die nichts mit der konkreten Betriebsführung oder dem konkreten Nutzungszweck der Mietsache zu tun haben, sondern allein damit, dass es Publikumsverkehr mit einer unkontrollierbaren Vielfalt von Personen gibt. Der

⁴⁷ Ähnlich Palandt/Grüneberg BGB § 313 Rn. 5; BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 219; Warmuth COVuR 202, 18; Göldner ZfIR 2020, 408.

⁴⁸ BGBl. 1952 I 198.

betroffene Gewerbemieter übernimmt hier (auch) eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, weil die Infektionszahlen durch die Kontaktverbote so gesteuert werden sollen, dass das Gesundheitssystem nicht durch eine zu hohe Zahl Erkrankter überlastet wird. An der damit verbundenen wirtschaftlichen Last ist der Vermieter angemessen zu beteiligen.

Überdies haben die Parteien diese Situation bei Vertragsschluss nicht berücksichtigt, sie hat deshalb weder Auswirkungen auf die Preisfindung gehabt, noch haben sie Regeln für die Handhabung einer solchen Lage entwickelt.⁴⁹ Sie unterlagen vielmehr einer **beiderseitigen Fehlvorstellung**. In einer solchen Konstellation hat der BGH⁵⁰ die Anpassung einer werkvertraglichen Pauschalpreisabrede gem. § 313 BGB zugelassen, obwohl die dortige Fehlvorstellung sehr viel weniger abseitig war als diejenige, von einem Shutdown anlässlich einer Pandemie betroffen zu werden, und obwohl die Folgen wesentlich geringer waren.

Dass der Vermieter einen Teil der Last mittragen muss, leuchtet auch ein, wenn man sich die Wiedervermietungssituation verdeutlicht. Bei Betriebsuntersagungen würde es ihm nicht bzw. kaum gelingen, das Objekt weiterzuvermieten.

Schließlich ist es eine Frage der Rechtstechnik und des **Zufalls**, wessen Vertragsrisiko betroffen ist: Hätte der Gesetzgeber nicht Betriebseinschränkungen verfügt, sondern den Grundstückeigentümern auferlegt, die Grundstückszugänge gegen Zutritt zu sperren, hätte der Vermieter die Möglichkeit des Gebrauchs nicht mehr gewähren können; sein Vertragsrisiko wäre betroffen.⁵¹ Bei der Vermietung von Ferienhäusern ist derartige in vielen Urlaubsregionen tatsächlich geschehen. Ebenso ist bei den ab Ende April 2020 angeordneten Betriebsbeschränkungen auf **Flächen von unter 800 qm** die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters verletzt, weil sich nun an der körperlichen Beschaffenheit der Mietsache festmacht, ob ein Betrieb möglich ist oder nicht. Wähte sich anfänglich mancher Vermieter hinsichtlich der Verteilung des Verwendungsrisikos in Sicherheit, wendete sich das nach Erlass der

⁴⁹ Soweit eine große Modehauskette in ihren Mietverträgen vorgesehen hat, dass bei ähnlichen Krisen alle vertraglichen Pflichten ausgesetzt werden, dürfte dies wegen unangemessener Benachteiligung gem. § 307 BGB unwirksam sein; ein Alles oder Nichts ist in einer derartigen Situation nicht angemessen. S. auch Sittner NJW 2020, 1169 (1170).

⁵⁰ BGH NJW 2011, 3287.

⁵¹ So auch BGH NJW 1981, 2405; KG NZM 2008, 526.

Flächenbeschränkungen. Wird eine Gaststätte oder ein Hotel **verpachtet** anstatt Räume zum Betrieb derselben zu vermieten, betrifft die Betriebsuntersagung die Pflicht des Vermieters zur Gewährung der Fruchtziehungsmöglichkeit und damit sein Verwendungsrisiko. Das verdeutlicht, dass die krisenbedingten Beschränkungen zufällige Ergebnisse zeitigen, die über das Vertragsrisiko hinausgehen.

dd) Art. 240 § 2 EGBGB als spezialgesetzliche Regelung

Eine Anwendung von § 313 BGB wäre gesperrt, wenn der Gesetzgeber die mietrechtlichen Folgen der Corona-Krise in Art 240 § 2 EGBGB abschließend geregelt hätte. Für das oben erwähnte Vertragshilfegesetz hatte der BGH⁵² eine entsprechende Sperrwirkung angenommen. Eine Sperrwirkung kann Art. 240 § 2 EGBGB jedoch nicht entnommen werden.⁵³ Unmittelbar wird dort nur eine Beschränkung des Kündigungsrechts geregelt, aber nichts zur Höhe der Miete oder einem Anpassungsrecht des Mieters gem. § 313 Abs. 1 BGB. Die zeitliche Beschränkung des Kündigungsausschlusses in Abs. 4 der Regelung besagt hierzu ebenfalls nichts. Zwar geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Vermieter bei entsprechendem Rückstand nach dem 30.6.2022 kündigen kann; er unterstellt also eine weiterhin bestehende Zahlungspflicht. Dass der Mieter die volle vereinbarte Miete schuldet, folgt daraus jedoch nicht. Die Gesetzesmaterialien schweigen sich zu einer Anwendung von § 313 BGB aus. In der Gesetzesbegründung⁵⁴ wird als Gesetzeszweck allein die Bestandssicherung des Mietverhältnisses genannt. Schon das dürfte eine Sperrwirkung für Mietanpassungen gem. § 313 Abs. 1 BGB ausschließen. Überdies differenziert die Gesetzesbegründung nicht zwischen der Wohnraum- und der Geschäftsraummiete. In Bezug auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gibt es zwischen beiden aber wesentliche Unterschiede. Während bei der Wohnraummiete der vom Mieter beabsichtigte Zweck, das Wohnen, auch in Krise verwirklicht werden kann, ist dies, wie dargestellt, bei der Geschäftsraummiete oftmals nicht oder nur eingeschränkt möglich.

⁵² BGH NJW 1955, 59.

⁵³ Wie hier Ekkenga/Schirrmacher NZM 2020, 415; Kumkar/Voß ZIP 2020, 895; Göldner ZfIR 2020, 408. AA Klimesch/Walther ZMR 2020, 556.

⁵⁴ BT-Drs. 19/18110, 36.

Es kommt folgendes hinzu: Aus Gesprächen mit dem BMJV ist mir bekannt, dass es zahlreiche Anfragen an über die Sperrwirkung gegeben hat. Daraufhin hat sich das Justizministerium veranlasst gesehen, auf seiner Webseite⁵⁵ folgende Klarstellung zu veröffentlichen, die zu unterlassen der extremen Schnelligkeit des Gesetzgebungsverfahrens geschuldet war:

„Artikel 240 § 2 EGBGB ist keine abschließende Regelung zu den miet- und pachtrechtlichen Folgen der COVID-19-Pandemie. Insbesondere trifft sie keine Aussage darüber, ob und in welcher Höhe bei Einschränkungen infolge der COVID-19-Pandemie Miet- und Pachtzahlungen fällig werden. Dies bestimmt sich weiterhin nach den vertraglichen Vereinbarungen und den allgemeinen gesetzlichen Regelungen. Dies betrifft beispielsweise Rechte auf Mietminderung bei Mängeln der Mietsache oder Ansprüche auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage.“

ee) Fallgruppen

Wie zuvor erwähnt führen die Pandemie als solche, der dadurch verursachte Shutdown oder die allgemeine wirtschaftliche Rezession nicht bzw. nicht automatisch zu einer Anpassung aller Mietverträge gem. § 313 Abs. 1 BGB. Es ist vielmehr eine **Prüfung jedes einzelnen Vertragsverhältnisses** vorzunehmen. Für jeden Einzelfall müssen auch die Anpassungsfolgen bestimmt werden. Das schließt eine gewisse Fallgruppenbildung und Typisierung nicht aus.⁵⁶

(1) Grundregel

Entscheidend ist folgende Weichenstellung: **War das Mietverhältnis von unmittelbaren Auswirkungen der Corona-Pandemie betroffen?** Mittelbare Auswirkungen wie etwa eine Corona-bedingte Rezession oder eine allgemeine wirtschaftliche Notlage genügen nicht. Ebenso genügen nicht allein in der Person eines Beteiligten liegende Hinderungsgründe wie etwa die **Erkrankung einer Vertragspartei** durch das Virus oder das Betroffensein von einer

⁵⁵ https://www.bmju.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Miete/Corona_Miete_node.html

⁵⁶ Weitere Fälle bei Breiholdt/Leo in Zehelein Corona und Miete § 4.

Quarantänemaßnahme. Hier verwirklicht sich das vom Mieter zu tragende⁵⁷ allgemeine Lebensrisiko. Ähnlich ist es bei Erkrankung oder Quarantäne von Mitarbeitern des Mieters. Die Vertragsbezogenheit greift erst dann, wenn auf Vermieterseite die Gebrauchsgewährungsmöglichkeit und auf Mieterseite die Nutzungsmöglichkeit objektiv eingeschränkt wird.

(2) Keine Krisenbetroffenheit

Es gibt Mietverträge, bei denen der Mieter nicht oder kaum von krisenbedingten Einschränkungen oder Umsatzeinbußen betroffen ist. Hierzu gehören etwa Lebensmittelmärkte, Drogerien, Apotheken, Büroräume, Versandhändler, evtl. auch Bäckereien. Sie dürfen für Publikumsverkehr weiter geöffnet sein. Teilweise steigen ihre Umsätze krisenbedingt sogar, weil die Menschen sich in höherem Maß zu Hause als an der Arbeitsstelle verpflegen. Soweit die Mieter solcher Geschäfte krisenbedingten Mehraufwand haben (Personal zur Kontrolle von Zugangsbeschränkungen, Hygienemaßnahmen, Schutzeinrichtungen an Kassen etc), dürfte dies in aller Regel nicht die notwendige Unzumutbarkeitsschwelle überschreiten.

Bei den „**Krisengewinnern**“ kommt eine Anpassung der Miete nach oben, also zu Gunsten der Vermieter, nicht in Betracht. Denn sie sind nicht unmittelbar von krisenbedingten Maßnahmen betroffen, sondern profitieren nur mittelbar von einem Wirtschaftsaufschwung in einem begrenzten Teilmarkt der Gesamtwirtschaft. Abgesehen davon ist § 313 BGB keine Norm der Chancengerechtigkeit, sondern der Krisenanpassung. Wer von der Krise nicht negativ betroffen ist, erhält kein Anpassungsrecht. Der Krisenprofiteur ist nicht negativ betroffen, aber auch dessen Vermieter nicht, der dieselbe Miete erhält wie vor der Krise.

(3) Bloße Umsatzeinbußen

Andere Mieter unterliegen ebenfalls keinen krisenbedingten Einschränkungen, sie erleiden aber teilweise erhebliche Umsatzeinbußen, weil ihre Leistungen wegen der wirtschaftlichen Unsicherheit oder schon eingetretener wirtschaftlicher Schwierigkeiten von den Kunden in geringerem Umfang nachgefragt werden. Das

⁵⁷ Staudinger/V. Emmerich BGB § 536 Rn. 44.

betrifft etwa Autowerkstätten. Hierbei handelt es sich allerdings nur um mittelbare Folgen der Krise, nämlich um die Folgen einer allgemeinen wirtschaftlichen Notlage. Eine Vertragsanpassung kommt hier nicht in Betracht.⁵⁸

(4) Betriebsuntersagung, Betriebsbeschränkung

Zu Beginn des allgemeinen Shutdown im März 2020 wurde die Nutzung zum vertraglichen Zweck vielfach vollständig untersagt, Betriebsbeschränkungen in Form von Auflagen waren die Ausnahmen. Bei Betriebsuntersagungen greift das Anpassungsrecht des § 313 Abs. 1 BGB ein. Das betrifft etwa den Bereich der Gastronomie (außer Liefer- bzw. Abholdienste)⁵⁹ oder weite Bereiche des Einzelhandels. Hier kommt der Geschäftsbetrieb nahezu vollständig zum Erliegen. Das ist eine schwerwiegende, unzumutbare Störung. Da das Risiko für die Betriebsuntersagung in gleichem Maß außerhalb des Risikobereichs von Mieter und Vermieter lag, scheint eine **Anpassung auf die Hälfte des Mietzinses** angemessen.⁶⁰ Das gilt auch für verbrauchsunabhängige Betriebskosten. Lediglich die verbrauchsabhängigen Betriebskosten hat der Mieter vollständig zu tragen, da sie durch seine (eingeschränkte) Fortsetzung der Geschäftstätigkeit verursacht wurden. Eine Anpassung ist auch bei einer **Umsatzmiete** durchzuführen.⁶¹ Je nach erzieltm Umsatz ist allerdings entweder das Verwendungsrisiko des Mieters oder das Ertragsrisiko des Vermieters betroffen. Es ist eine fiktive Miete zu bilden⁶², die dann nach den hier dargestellten Grundsätzen, also idR hälftig anzupassen ist.

§ 313 BGB ist kein Instrument des sozialen Ausgleichs oder der Vermeidung von Existenzgefährdungen einer Vertragspartei,⁶³ sondern ein auf Billigkeit und grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen beruhendes Rechtsinstitut zur Wiederherstellung der Vertragsangemessenheit (Äquivalenz) und Vertragsgerechtigkeit.⁶⁴ Deshalb führen **krisebedingte Unterstützungsleistungen**

⁵⁸ So auch Göldner ZfIR 2020, 408; Häublein/Müller NZM 2020, 488.

⁵⁹ Zur Absage von Veranstaltungen s. Spenner/Estner BB 2020, 852.

⁶⁰ So auch BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 226; Zehelein NZM 2020, 399; Ekkenga/Schirmacher NZM 2020, 414 und im Ansatz Häublein/Müller NZM 2020, 490.

⁶¹ S. dazu auch Häublein/Müller NZM 2020, 489 und 491.

⁶² Zu den Bestimmungsmethoden s. Breiholdt/Leo in Zehelein Corona und Miete § 4 Rn. 83.

⁶³ In diese Richtung geht aber der Ansatz von Häublein/Müller NZM 2020, 491, wenn dort auf die Umsatzeinbußen abgestellt wird.

⁶⁴ Ähnlich Ekkenga/Schirmacher NZM 2020, 414. BGH MDR 1996, 146 und BAG NJW 2003, 3005 sprechen in ähnlicher Weise von einer Anpassung an die geänderten Verhältnisse. Aus BGH NJW

des Staates im Ansatz nicht zu einer anderen Anpassung des Mietzinses.⁶⁵ Mit diesen Leistungen muss der Mieter zunächst die angepasste (hälftige) Miete bestreiten. Umgekehrt gilt dies auch für Unterstützungsleistungen des Staates an den Vermieter; hiermit kann dieser zunächst den anteiligen Mietausfall kompensieren. Ab einer bestimmten Höhe der Unterstützungsleistungen kommt aber ggf. eine geänderte Anpassung in Betracht, weil es der Gerechtigkeit widersprechen würde, die krisenbedingte Vertragsunangemessenheit doppelt zu kompensieren. Als Faustformel für eine Grenzziehung könnte evtl. dienen, dass der Mieter deutlich mehr als 50 % seines durchschnittlichen Umsatzes vor der Krise (einschließlich Unterstützungsleistungen) erzielt haben muss. Ähnlich wie bei der Berücksichtigung von Unterstützungsleistungen ist es bei der Berücksichtigung von Umsätzen auf Grund kurzfristiger Umstrukturierungen des Betriebs, etwa die Außer-Haus-Lieferung von Speisen durch einen Gastronomiebetrieb.

Die Vertragsanpassung dauert so lange, wie die krisenbedingten Einschränkungen andauern.⁶⁶ Das ist mindestens die Länge der Betriebsuntersagung. Danach sind weitere Einschränkungen denkbar, insbesondere etwa Abstandsregeln und eine daraus folgende Beschränkung der Gästezahlen in Gastronomiebetrieben oder Kunden in Einzelhandelsgeschäften (1 Kunde pro 10 qm). Solche Beschränkungen können den Anspruch auf **Vertragsanpassung fortbestehen** lassen.⁶⁷ (oder ggf. erstmals entstehen lassen, wenn es zuvor keine Betriebsuntersagung gab). Die Höhe der Anpassung muss allerdings den Auswirkungen auf die Nutzbarkeit angepasst werden. Der Anpassungsanspruch entfällt erst dann (vollständig), wenn es keinerlei unmittelbare Beschränkungen mehr gibt oder diese nur geringfügig sind, wobei gleichgültig ist, ob diese auf Verboten oder behördlichen bzw. wissenschaftlichen Empfehlungen beruhen; entscheidend ist die verhaltenssteuernde Wirkung. Eine Anpassung entfällt also erst, wenn ein in Bezug auf das betroffene Mietverhältnis ungestörtes Wirtschaftsleben möglich (nicht aber unbedingt erfolgreich möglich) ist.

2020, 333 Rdn. 37 (unter Bezugnahme auf BGH NJW 2000, 1714) ergibt sich nichts anderes. Zwar ist dort von „unter Umständen existenziell bedeutsamen Folgen“ die Rede; eine Existenzgefährdung wird aber damit nicht für notwendig erklärt, die Formulierung ist nur konkreter Ausdruck der Unzumutbarkeit einer unangepassten Vertragsfortsetzung.

⁶⁵ AA wohl Weidt/Schiewek NJOZ 2020, 484; Zehelein NZM 2020, 401; Häublein/Müller NZM 2020, 491. Differenzierend Schall JZ 2020, 395. Zum Konkurrenzverhältnis zu staatlichen Unterstützungsleistungen Scholz NJW 2020, 2209; zum Konkurrenzverhältnis zu Versicherungsleistungen Eusani MDR 2020, 889.

⁶⁶ So auch Häublein/Müller NZM 2020, 491.

⁶⁷ So auch Göldner ZfIR 2020, 408; Eusani MDR 2020, 892.

Danach verbleibende Geschäftseinbußen wegen fortbestehender Rezession berechtigen nicht zur Vertragsanpassung, da das Zivilrecht nicht dazu berufen ist, einen allgemeinen gesellschaftlichen Lastenausgleich herbeizuführen.

Neben der Vertragsanpassung kommt eine gesonderte, neben die Anpassung der Miethöhe tretende **Stundung** der Miete nicht in Betracht.⁶⁸ Abgesehen von dem – möglicherweise nicht unüberwindbaren⁶⁹ – Problem, dass Art. 240 § 2 EGBGB eine solche Stundung der Miete gerade nicht vorsieht, sondern nur eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit, würde das Risiko zu sehr auf die Seite des Vermieters verschoben: Er würde durch die der Anpassung nicht nur einen Teil des Mietzinses verlieren, sondern bei einer Stundung zeitweise auch vollständig die mit der Mietzahlung verbundene Liquidität. Zudem vergrößert sich das Risiko des endgültigen Zahlungsausfalls, wenn der Mieter in Insolvenz gerät. Die Stundung würde praktisch zu einem Zwangsdarlehen des Vermieters an den potenziell prekären Mieter führen, für das dieser in wirtschaftlich sehr schwieriger Situation keine Sicherheit stellen muss. Wenn man dem hier vertretenen Ansatz folgt, dass über § 313 BGB vornehmlich die Äquivalenz wiederhergestellt werden soll, gibt es auch keine größeren Probleme bei der Feststellung der angepassten Miete.⁷⁰ Soweit es für die Feinsteuerung bzw. eine Korrektur der Äquivalenzmiete doch auf die Kenntnis der relevanten Umsatzzahlen ankommt, kann und muss der Mieter jedenfalls ein gewisses Minimum zahlen. Hierzu faktisch nicht in der Lage zu sein, vergrößert zwar an sich sein Kündigungsrisiko; hiervor ist er aber durch Art. 240 § 2 EGBGB geschützt.

(5) Allgemeine Beschränkungen

Es gibt Betriebe, die ihre Leistungen Großteils außerhalb des Mietobjekts erbringen. Dazu gehören etwa Caterer, Handwerker, aber auch fahrende Friseure. Soweit die krisenbedingten Einschränkungen dazu führen, dass der Mieter seine Leistungen nicht erbringen kann, etwa weil ein Betreten von Altenheimen nicht mehr zulässig ist oder weil Veranstaltungen aller Art verboten sind, handelt es sich ebenfalls um eine

⁶⁸ AA Häublein/Müller NZM 2020, 490 unter Berufung auf die Schwierigkeiten bei dem Ausmaß der Mietanpassung und unter Berufung auf „Interessengerechtigkeit“.

⁶⁹ Häublein/Müller NZM 2020, 490.

⁷⁰ AA Häublein/Müller NZM 2020, 490.

unmittelbare Krisenfolge, die – abhängig vom Ausmaß der Betroffenheit – zur Anpassung berechtigen kann.

(6) Zugangsbeschränkungen

Teilweise gibt es – etwa in Einkaufszentren oder bei Betriebsbeschränkungen auf Verkaufsflächen von unter 800 qm – direkte Zugangsbeschränkungen zum Mietobjekt. In diesem Fall kann nach den obigen Ausführungen der Vermieter seiner Gebrauchsgewährungspflicht nicht mehr nachkommen, sein Risikobereich ist im Ansatz betroffen.⁷¹ Die Miete ist dann gemindert, wenn der Mieter ein Geschäft mit Publikumsverkehr führt.⁷² In diesem Fall führt das Anpassungsrecht gem. § 313 Abs. 1 BGB dazu, dass der Mieter einen Teil der Miete weiterzahlen muss, obwohl er die Mietsache nicht für den vereinbarten Zweck nutzen kann.⁷³

(7) Ferienhäuser

In vielen Urlaubsgebieten war es Ferienhausvermietern zeitweise verboten, den Mietern die Wohnungen zu überlassen. Das betrifft das Vertragsrisiko des Vermieters. Dem Vermieter dürfte angesichts der meist kurzzeitigen Vertragsdauern ein Anpassungsrecht idR nicht zustehen, da die Schwelle der Unzumutbarkeit – bezogen auf den einzelnen Vertrag – kaum einmal überschritten ist. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass der Erwerb des Vermieters insgesamt genauso beeinträchtigt sein kann wie bei einem Gastronomen; § 313 BGB dient aber ausschließlich der Einzelvertragsgerechtigkeit. Kostenlose Stornierungsmöglichkeiten schließen eine Vertragsanpassung ohnehin aus.

(8) Vertragsschluss nach Krisenbeginn

Bei einem Vertragsschluss nach Krisenbeginn kommt eine Vertragsanpassung nicht in Betracht, da den Parteien das Risiko pandemiebedingter Nutzungseinschränkungen bekannt war.⁷⁴

⁷¹ So auch BGH NJW 1981, 2405; KG NZM 2008, 526.

⁷² So auch Lützenkirchen MietRB 2020, 111 (113).

⁷³ Ähnlich Schall JZ 2020, 388 (395).

⁷⁴ S. näher zum Zeitpunkt Ekkenga/Schirmacher NZM 2020, 412.

ff) Verfahren

§ 313 Abs.1 BGB führt nicht zu einer Anpassung des Vertrages qua Gesetz, die Vertragsparteien müssen sich hierüber **verständigen**,⁷⁵ nötigenfalls ist die Anpassung einzuklagen.⁷⁶ Im Passivprozess kann der Mieter den Anpassungsanspruch auch einredeweise geltend machen.⁷⁷ Um Bestehen und Umfang des Anpassungsrechts beurteilen zu können, sind die Vertragspartner ggf. zur gegenseitigen Auskunft über die maßgeblichen Umstände verpflichtet.⁷⁸

2. Kündigung

a) Nichtgewährung des Gebrauchs

Wenn der Mieter, wie oben dargelegt, das Verwendungsrisiko trägt, hat der Vermieter seiner Gebrauchsgewährungspflicht genüge getan, der Mieter kann nicht gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB außerordentlich kündigen.

b) § 313 BGB

Auch eine **Kündigung gem. § 313 Abs. 3 S. 2 BGB** kommt nicht in Betracht. Zwar ist nach dem Vorgesagten die Geschäftsgrundlage vieler Gewerberaummietverhältnisse gestört; dies führt aber lediglich zu einem Anpassungsrecht gem. § 313 Abs. 1 BGB, nicht aber zu einem Beendigungsrecht gem. § 313 Abs. 3 BGB. Würde man ein Beendigungsrecht annehmen, würde – wie bei Aufrechterhaltung der üblichen Risikoverteilung – die Krisenlast nur von einer Vertragspartei zu tragen sein.

Solange der Mieter den Anpassungsanspruch nicht geltend macht, ist die Miete in voller Höhe fällig und ein Kündigungsrecht kann – vorbehaltlich der Regelung des Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB – entstehen. Wenn der Mieter dem Zahlungsanspruch das Anpassungsrecht einredeweise entgegenhalten kann, muss dies auch bei einer auf die unangepasste Miete gestützten **Zahlungsverzugskündigung** möglich sein. Hier

⁷⁵ Gem. BGH NJW 2012, 373 besteht eine ggf. schadensersatzauslösende Verhandlungspflicht.

⁷⁶ Einzelheiten bei MüKoBGB/Finkenauer BGB § 313 Rn. 82ff.; BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 127 ff.

⁷⁷ BGH NJW 2010, 1663. S. auch BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 125.

⁷⁸ BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 132.

bietet es sich an, die Vorschrift des § 543 Abs. 2 S. 3 BGB entsprechend anzuwenden; das bedeutet, dass der Mieter sich unverzüglich nach Ausspruch der Kündigung auf ein konkretes, dh der Höhe nach bestimmtes Anpassungsrecht berufen muss. Der Mieter wird sich aber idR nicht darauf berufen können, er habe die Höhe der Anpassung nicht hinreichend vorhersehen können. Nach der hier vertretenen Meinung ist dem nicht so. Soweit der Mieter ausnahmsweise Schwierigkeiten bei der Feststellung der angemessenen Miete hat, muss er jedenfalls den sicher für ihn feststellbaren Mindestbetrag bezahlen; hinsichtlich des Unsicherheitsbereichs kann ausnahmsweise ein Tatsachenirrtum in Betracht kommen, der den Verzug als schuldlos erscheinen lässt.

c) Art. 240 § 2 EGBGB

Das außerordentliche Kündigungsrecht des Vermieters wegen Zahlungsverzugs gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist durch Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB beschränkt. Die Vorschrift gilt nicht nur für Wohnraum-, sondern auch für Gewerbemietverhältnisse über Räume und Grundstücke sowie über Pachtverhältnisse (Art. 240 § 2 Abs. 3 EGBGB), nicht aber für die Erbpacht, die ein dingliches Rechtsinstitut ist. Die Erstreckung auf Gewerbemietverhältnisse ergibt sich aus dem einschränkungslosen Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung.⁷⁹ Wegen der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Kündigungseinschränkung gem. Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB kann auf die obigen Ausführungen zur Wohnraummiete verwiesen werden.

Zu der Voraussetzung des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB, dass die Nichtzahlung der Miete im relevanten Zeitraum auf den Auswirkungen der Corona-Pandemie beruht, gilt im Hinblick auf die Besonderheiten von Gewerbemietverhältnissen Folgendes:

Der Mieter muss im relevanten Zeitraum außer Stande sein, die fällige Miete zu zahlen. Das ist nicht gleichzusetzen mit Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinn. Aus der Beschränkung des Kündigungsrechts des Vermieters ergibt sich vielmehr, dass Gesetzeszweck die Betriebsfortführung ist, was die Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses erfordert. Das bedeutet, dass der Mieter außer Stande sein muss, zum Fälligkeitszeitpunkt (!) die Miete aus den vorhandenen Mitteln oder Rücklagen zu

⁷⁹ BT-Drs. 19/18110, 36.

befriedigen, einschließlich rechtzeitig (!) beschaffbarer Kredite oder staatlicher Unterstützungsleistungen. Der Mieter ist hierbei nicht gehalten, den Vermieter vorrangig zu befriedigen. Der Gesetzeszweck intendiert vielmehr, dass der Mieter diejenigen Verbindlichkeiten zuerst befriedigen darf, die er nach seiner unternehmerischen Entscheidung für die Fortführung seines Betriebes für vorrangig hält. Diese unternehmerische Entscheidung muss nachvollziehbar und vernünftig sein, ansonsten steht sie aber im nicht nachprüfaren Ermessen des Mieters.

In den Fällen der Betriebsuntersagung dürfte es für Betriebe vieler Branchen auf der Hand liegen, dass ein vollständiger Einnahmeausfall der Grund für die Nichtzahlung der Miete ist. Dann reicht nach der Gesetzesbegründung⁸⁰ zur Glaubhaftmachung zunächst der bloße Hinweis auf die pandemiebedingte Betriebsuntersagung. Zweifelt der Vermieter das aber mit nachvollziehbaren Gründen an, muss der Mieter die Ursächlichkeit näher in der zuvor geschilderten Weise darlegen und glaubhaft machen.

d) Wiederauffüllung der Kautio

In der Literatur⁸¹ wird diskutiert, dass der Vermieter sich aus einer geleisteten Sicherheit befriedigen könne, woraufhin der Mieter zur Wiederauffüllung der Sicherheit verpflichtet sei; komme er dem nicht nach, könne ein Kündigungsrecht bestehen. Ein solches Vorgehen ist aus mehreren Gründen nicht erfolgreich. Zunächst dürfte eine solche Kündigung unwirksam sein, weil sie eine Umgehung von Art. 240 § 2 EGBGB darstellt.⁸² Abgesehen davon müsste der Vermieter überhaupt ungehinderten alleinigen Zugriff auf die Sicherheit haben, um sich aus ihr befriedigen zu können; das ist nur bei der Barkautio und allenfalls noch bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern der Fall⁸³. Ist ein solcher faktischer Zugriff gegeben, steht die Treuhandabrede einer Verwertung der Sicherheit auch im laufenden Gewerbemietverhältnis entgegen,⁸⁴ es sei denn, die Forderung des Vermieters wäre unstrittig.⁸⁵ Schließlich wäre aber, dies alles hintangestellt, eine Kündigung nach der Rechtsprechung des BGH⁸⁶ wohl nicht

⁸⁰ BT-Drs. 19/18110, 37.

⁸¹ Lindner AnwZert MietR 6/2020 Anm. 2.

⁸² So auch wohl Mahdi/Rosner NZM 2020, 421 und Klimesch/Walter ZMR 2020, 357.

⁸³ Mahdi/Rosner NZM 2020, 418.

⁸⁴ Schmidt-Futterer/Blank BGB § 551 Rn. 118; Sittner NJW 2020, 1169 (1173).

⁸⁵ Mahdi/Rosner NZM 2020, 417.

⁸⁶ BGH NZM 2007, 401.

möglich, weil in die anzustellende Interessenabwägung die gesetzgeberische Wertung des Art. 240 § 2 EGBGB einzubeziehen wäre.