

# Alles klar? – Anpassung des Gewerberaumietvertrags nach § 313 BGB im Lockdown

Rechtsanwältin Ruth Breiholdt und Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leo

## I. Einleitung

Der BGH<sup>1</sup> hat mit mehreren Entscheidungen für die Praxis die ehemals umstrittene Frage entschieden, wie die Folgen eines Lockdowns in der Gewerberaumiete bezüglich des Rechtsgrunds zu bewältigen sind, entschieden<sup>2</sup>. Er geht mit der herrschenden Meinung<sup>3</sup> in der Literatur von einem Fall des § 313 BGB aus.

Angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe im Tatbestand des § 313 BGB und der konkreten Ausgestaltung der (faktischen) Vorgaben des BGH für die Instanzgerichte stellt sich die Frage, ob mit der Richtungsentscheidung zugunsten der Anwendbarkeit der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Probleme für die Praxis gelöst sind oder erst beginnen.

## II. Die Grundsätze des BGH

### *Halbe, Halbe? Fall 1:*

*V und M schlossen im September 2013 einen bis 2023 befristeten Mietvertrag über ein Ladenlokal für ein Einzelhandelsgeschäft für Textilien aller Art ab. Die Miete beträgt 7.800.- €/Monat.*

*Aufgrund von Allgemeinverfügungen des Bundeslandes, in dem die Mietsache liegt, war das Geschäft des M vom 19.3.2020 bis einschließlich 19.4.2020 zwangsweise geschlossen. Nach entsprechender Ankündigung zahlte M die Miete für den Monat April 2020 nicht und rechnete gegen die Mietzahlungspflicht für die Zeit vom 20. bis 30.4.2020 mit der aus seiner Sicht überzahlten Miete für die Zeit vom 19. bis 31.3.2020 auf.*

*V klagt die aus seiner Sicht rückständige Miete für April ein.*

*Wie ist die Rechtslage?*

---

<sup>1</sup> BGH NZM 2022, 99; 292; 329.

<sup>2</sup> Anders für den Bereich der Pflegeheimverträge: BGH BeckRS 2022, 12059.

<sup>3</sup> Weidt/Schiewek NJOZ 2020, 481; Sittner NJW 2020, 1169; Warmuth COVuR 2020, 16; Strey/NZM 2020, 817; a.A. Stegmaier ZMR 2022, 444f.

Der BGH<sup>4</sup> sieht in der Beeinträchtigung der Nutzbarkeit der Mietsache durch einen staatlich verfügten Lockdown – wie gesagt – weder einen Mangel der Mietsache noch einen Fall der §§ 275, 326 BGB/Unmöglichkeit<sup>5</sup>. Vielmehr komme eine Anpassung des Mietvertrags nach Maßgabe des § 313 BGB in Betracht. Hierbei sei nicht – wie von der Vorinstanz einer der BGH – Entscheidungen<sup>6</sup> favorisiert – schematisch im Sinne einer hälftigen Kürzung der Miete vorzugehen. Ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, bedürfe der umfassenden Abwägung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. Deshalb komme eine Vertragsanpassung dahingehend, dass die Miete für den Zeitraum der Geschäftsschließung grundsätzlich um die Hälfte herabgesetzt wird, nicht in Betracht. Insoweit könne auch kein Regel-Ausnahme-Verhältnis im Sinne einer Herabsetzung der Miete um die Hälfte für den Regelfall, von der in Ausnahmen Abweichungen gemacht werden können, angenommen werden<sup>7</sup>. Bei der dementsprechend vorzunehmenden Abwägung soll zunächst von Bedeutung sein, welche Nachteile dem Mieter durch die Geschäftsschließung und deren Dauer entstanden sind. Also u.a.:

- Konkreter Umsatzrückgang für die Zeit der Schließung, wobei jedoch nur auf das konkrete Mietobjekt und nicht auf einen möglichen Konzernumsatz abzustellen ist<sup>8</sup>;
- Ggf. hoheitlich verfügte Begrenzungen der Verkaufsflächen oder Zugangsbeschränkungen wie „2G“ oder 2G+<sup>9</sup>;
- Eine tatsächliche Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Mieters ist nicht erforderlich, bei Vorliegen aber zu berücksichtigen<sup>10</sup>.

In die Abwägung einzubeziehen sollen auch etwaige Kompensationen sein, also u.a.:

- Welche Maßnahmen der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um die drohenden Verluste während der Geschäftsschließung zu vermindern<sup>11</sup>;

---

<sup>4</sup> BGH NZM 2022, 99; 292; 329.

<sup>5</sup> Anders zum Fitnessstudiovertrag: BGH BeckRS 2022, 9338.

<sup>6</sup> OLG Dresden NZM 2021, 231.

<sup>7</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 32.

<sup>8</sup> BGH NZM 2022, 99 Rn. 58; vgl. a. OLG Oldenburg BeckRS 2022, 6729 zur fehlenden Anwendbarkeit des § 313 BGB auf Gewerberaummietverträge über Lagerhallen.

<sup>9</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 31.

<sup>10</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 35.

<sup>11</sup> BGH NZM 2022, 99 Rn. 58; OLG Hamm BeckRS 2022, 5455.

- Die finanziellen Vorteile, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich dieser pandemiebedingten Nachteile erlangt hat oder hätte erlangen können<sup>12</sup>. Hierbei soll auch die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu berücksichtigen sein<sup>13</sup>. Staatliche Darlehn sind insoweit nicht zu berücksichtigen;
- Leistungen einer einstandspflichtigen Betriebsversicherung des Mieters<sup>14</sup>.

Schließlich werden als weitere Abwägungskriterien genannt:

- Das Zahlungsverhalten des Mieters in den weiteren von Lockdownmaßnahmen betroffenen Zeitabschnitten<sup>15</sup>;
- Eine ggf. im Vertrag vorhandene, kurzfristige Kündigungsmöglichkeit nebst Zumutbarkeit der Ausübung für den Mieter<sup>16</sup>.

Nicht zu berücksichtigen sind nach Auffassung des BGH,

- Umsatzrückgänge aufgrund freiwilliger Verkürzung der Öffnungszeiten<sup>17</sup>;
- eine ggf. durch die Pandemie entstandene allgemeine Zurückhaltung der Bevölkerung/der Kunden beim Konsum<sup>18</sup>.

Zur Vermieterseite lässt sich den Urteilen des BGH nur recht wenig entnehmen, da bisher lediglich darauf verwiesen wurde, dass bei der Abwägung auch die Interessen des Vermieters in den Blick zu nehmen sind<sup>19</sup> und es auch Bedeutung erlangen könne, inwieweit der Vermieter wirtschaftlich auf die Miete angewiesen ist.<sup>20</sup>

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht bei der Bestimmung des Anpassungsinhalts ein weiter, revisionsrechtlich nur bedingt überprüfbarer Ermessensspielraum des Tatrichters.<sup>21</sup> Hierbei sei von den Gerichten auch § 287 ZPO

---

<sup>12</sup> BGH NZM 2022, 99 Rn. 59.

<sup>13</sup> OLG Hamm BeckRS 2022, 13809 Rn. 51.

<sup>14</sup> vgl. hierzu BGH NZM 2022, 99 Rn. 59; 209.

<sup>15</sup> BGH NZM 2022, 99 Rn. 64.

<sup>16</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 33.

<sup>17</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 31.

<sup>18</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 31; Grüneberg/Grüneberg § 313 Rn.37; BeckOK BGB/Lorenz 62. Ed. 1.5.2022 BGB § 313 Rn. 88; a.A. BeckOGK/Martens 1.4.2022 BGB § 313 Rn.250.

<sup>19</sup> BGH NZM 2022, 99 Rn. 60.

<sup>20</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 35.

<sup>21</sup> BGH NZM 2022, 329 Rn.38.

heranzuziehen<sup>22</sup>. Der Vertrag müsse so angepasst werden, dass diejenige Partei, die bei unverändertem Vertrag ein ihr nicht zugewiesenes Risiko trüge, von eben diesem Risiko befreit wird; der Eingriff in den Vertrag dürfe daher nicht weiter gehen als zur Risikobefreiung erforderlich. Die Vertragsanpassung könne vor allem nicht dazu führen, dass nunmehr der andere Teil die Folgen des sich realisierenden Risikos trägt.<sup>23</sup> Es seien vielmehr diejenigen Rechtsfolgen zu wählen, die den Parteien unter Berücksichtigung der Risikoverteilung zumutbar sind und durch die eine interessengerechte Verteilung des verwirklichten Risikos bei einem möglichst geringen Eingriff in die ursprüngliche Regelung hergestellt wird. Die Anpassung darf in die Vereinbarung der Parteien nicht weiter eingreifen, als es durch die veränderten Umstände geboten ist<sup>24</sup>. Unzumutbar soll eine Vertragsanpassung sein, wenn sie gegenüber dem ursprünglichen Vertrag zu einer Mehrbelastung einer Partei führen würde, der diese nicht wenigstens hypothetisch bei Vertragsabschluss zugestimmt hätte, wenn sie die Grundlagenstörung vorausgesehen hätte.<sup>25</sup>

Im konkreten Fall, der stark vergrößert in Fall 1 wiedergegeben ist, hat der BGH das Urteil des OLG Dresden<sup>26</sup> aufgehoben und den Fall zur weiteren Verhandlung zurückverwiesen.

### III. Die Nöte der Instanzgerichte

#### 1.

##### a)

Nach den Vorgaben der BGH – Rechtsprechung fällt nunmehr den Tatsacheninstanzen die Aufgabe zu, im Rahmen einer umfassenden Abwägung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls eine Entscheidung zu treffen<sup>27</sup>. Dies ist eine alles andere als triviale Aufgabe.

Die Schwierigkeiten beginnen bereits bei der Frage, wann eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags zu unveränderten Bedingungen gegeben ist. Dies ist generell nach der Rechtsprechung der Fall, wenn ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene

---

<sup>22</sup> BGH NZM 2022, 99 Rn. 62.

<sup>23</sup> KG BeckRS 2022, 9023 Rn.63.

<sup>24</sup> BGH NZM 2022, 329 Rn.34.

<sup>25</sup> BGH NZM 2022, 329 Rn. 35.

<sup>26</sup> OLG Dresden NZM 2021, 231.

<sup>27</sup> S.a. Grüneberg/Grüneberg § 313 Rn.37.

Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt<sup>28</sup>. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass auch dieser Definition jede Trennschärfe fehlt<sup>29</sup>. Sie trägt in der Praxis eher zur Vergrößerung denn zur Lösung der Probleme bei. Der Verdeutlichung sollen die nachfolgenden Fallbeispiele dienen:

### **Schlimmer geht immer Fall 2:**

*Die M GmbH (M) hat von der V eines ihrer vier Einzelhandelsgeschäfte im Jahr 2012 für zehn Jahre mit zwei Verlängerungsoptionen a 5 Jahre angemietet.*

*Das Objekt liegt in einer sehr gesuchten 1a – Lage. Dementsprechend ist der Mietvertrag extrem vermietetfreundlich ausgestaltet.*

*M ist von den Auswirkungen der Pandemie arg gebeutelt. In der Zeit des ersten Lockdowns hat M trotz aller Bemühungen keinen Umsatz machen können. Auch bei Berücksichtigung der einzigen für M in Betracht kommenden staatlichen Hilfe in Gestalt von Kurzarbeitergeld hat der Betrieb vor Ort in der Schließungszeit erhebliche Verluste erwirtschaftet.*

*V weist zutreffend darauf hin, dass das Geschäft der M in den ersten Jahren allenfalls zu einer schwarzen Null geführt hat und zumindest in den Jahren 2018 und 2019 defizitär war. Diese bereits begonnene Entwicklung habe sich allenfalls durch den Lockdown fortgesetzt und verstärkt. M betont, dass sie in den vergangenen Jahren keine Rücklagen durch den Betrieb im Objekt bilden konnte. Sie hat daher bereits im März 2020 einen Anspruch auf Vertragsanpassung geltend gemacht.*

*V verweist darauf, dass sie sich – wie man der Tendenz des Vertrags bereits entnehmen könne – niemals auf eine wie auch immer geartete Pandemieklausele eingelassen hätte.*

*Greift § 313 BGB zugunsten der M ein?*

### **Variante zu Fall 2:**

---

<sup>28</sup> BGH NZM 2022, 99 Rn. 53; 329 Rn. 31; KG BeckRS 2022, 9023 Rn. 59.

<sup>29</sup> Zehelein/Streyll Mietendeckelung in Zeiten von Corona 2. Aufl. 2021 § 7 Rn. 6.

*Ändert sich an der Einschätzung etwas, wenn das vom Vermieter gestellte, dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff BGB unterfallende Vertragsmuster eine Vielzahl von unangemessen benachteiligenden und damit gemäß § 307 BGB unwirksamen Klauseln enthält?*

b)

aa)

Schon dieser relativ einfach gelagerte Sachverhalt illustriert, wie schwierig die Feststellung der Unzumutbarkeit einerseits und die Abwägung des Einzelfalls andererseits sind.

Logisch betrachtet lässt der bis zum Pandemiebeginn eingetretene Gewinnverlauf/Verlust ohne Weiteres zwei diametral entgegengesetzte Sichtweisen zu:

Nach einer Sichtweise kommt weder eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietvertrags zu unveränderten Bedingungen noch eine Anpassung nach § 313 BGB in Betracht, da das Mietverhältnis aus Mietersicht schon lange defizitär war und der Lockdown hieran nichts Grundlegendes geändert hat. Ohne Weiteres kann man – diametral anders wertend – den Mieter in einschlägigen Fällen als besonders schutzwürdig ansehen, weil er bereits durch lange finanzielle Durststrecken wirtschaftlich entkräftet ist und die von ihm unverschuldete coronabedingte Vergrößerung des Defizits nicht mehr tragbar erscheint. Schließlich ist es möglich, mit einer zumindest in der Literatur vertretenen Auffassung anzunehmen, die Möglichkeit oder Unmöglichkeit, Rücklagen zu bilden, sei im Rahmen der Anpassung nach § 313 BGB unbeachtlich<sup>30</sup>.

Dem Gesetz kann nicht entnommen werden, welche der Varianten vorzugswürdig ist. Wie soll diese Wertungsfrage von den Gerichten entschieden werden? Ist es denkbar, dass ein Oberlandesgericht zugunsten des Vermieters entscheidet und ein anderes dem Mieter eine Vertragsanpassung gewährt und der BGH beides von der Spannbreite tatrichterlichen Ermessens gedeckt hält?

bb)

Hinzu kommt der nicht von der Hand zu weisende Einwand der V, sie hätte sich nicht auf eine Pandemieklausel eingelassen und M hätte das „geschluckt“, sodass Anhaltspunkte für eine vom

---

<sup>30</sup> BeckOGK/Martens 1.4.2022 BGB § 313 Rn. 252.

Regelfall abweichende Vertragsgestaltung im Sinne der BGH – Rechtsprechung<sup>31</sup> vorliegen. Jedoch hinterlässt die Vorstellung, derjenige Vermieter, der seine Verträge von vornherein besonders mieterunfreundlich gestaltet und seine Interessen ggf. im Übermaß durchsetzt, werde in der Pandemiesituation vor einem Anpassungsanspruch des Mieters in besonderer Weise geschützt, einen leicht schalen Nachgeschmack.

Höchst problematisch wird diese Betrachtungsweise in der Variante zu Fall 2. Denn wenn aus der besonders einseitigen und unwirksamen Gestaltung von Vermietervertragsmustern im Zusammenhang mit einem Anpassungsanspruch gemäß § 313 BGB Schlüsse zugunsten des Verwenders gezogen werden, gerät man zu Wertungswidersprüchen im Verhältnis zu den §§ 305 ff BGB. Ist in einschlägigen Konstellationen regelmäßig oder nur im Ausnahmefall der Gedanke des BGH<sup>32</sup>, „redliche“ Parteien hätten sich auf eine Vertragsanpassungsregelung für Pandemiefälle verständigt, wenn sie bei Abschluss des Vertrags die Problematik bedacht hätten, aufzunehmen? Wenn man dies annehmen möchte, in welcher Weise soll dieser eher an ergänzende Vertragsauslegung erinnernde Gesichtspunkt<sup>33</sup> bei der Anpassung des Vertrags berücksichtigt werden? Wie können Kriterien für ein „redliches“ Verhalten gefunden werden? Gilt insoweit ein abstrakt genereller Maßstab oder ist nach Branchen, Regionen, Groß- und Kleinvermietern und –mietern zu differenzieren?

Zumindest das Gesetz scheint insoweit keine Antworten zu enthalten. Stark voneinander abweichende Entscheidungen der einzelnen Gerichte mit jeweils anderem Vorverständnis scheinen vorprogrammiert. Ein bereits in Hinblick auf die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen problematisches Ergebnis.<sup>34</sup>

2.

Dieser Befund vertieft sich bei genauerer Betrachtung alltäglicher Fälle:

### ***Der Glücksritter Fall 3:***

*M hat mit einem auf 20 Jahre befristeten Mietvertrag Gewerberaum für den Betrieb eines Ausflugslokals von V im Jahr 2015 angemietet. Die Gäste werden bis zum Beginn der Pandemie*

---

<sup>31</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 28; s.a. KG BeckRS 2022, 9023 Rn. 57; Sittner NJW 2022, 1349.

<sup>32</sup> BGH 2022, 99 Rn. 52; 329 Rn. 30.

<sup>33</sup> Vgl. Häublein/Müller NZM 2020, 481, 489.

<sup>34</sup> S.a. Jung DStR 2022, 560.

*im Jahr 2020 dem M mit Reisebussen an 7 Tage die Wochen frei Haus „angeliefert“ und Umsatz und Gewinn explodieren und machen M zu einem wohlhabenden Mann. Dies trotz der hohen Monatsmiete von 30.000.- €, die im Mietvertrag vereinbart wurde.*

*Der Lockdown führte dazu, dass M von einem Tag auf den anderen keinen Umsatz mehr machen konnte. Außer Kurzarbeitergeld hat er keine Hilfen erhalten können.*

*M verlangt von V eine Mietanpassung, da sein ehemals üppiger Gewinn sich in einen massiven Verlust verwandelt hat. V ist der Meinung, M müsse einen Teil seiner Gewinne aus der Vergangenheit einsetzen, um die Verluste während des Lockdown auszugleichen.*

### **Variante zu Fall 3:**

*Ändert sich an der Lösung etwas, wenn es sich bei M um eine GmbH handelt, die die Gewinne der Vergangenheit vollständig an ihre Gesellschafter ausgeschüttet hat, die diese an gemeinnützige Vereine gespendet haben. M verweist zutreffend darauf, dass sie schon mit der ersten Mietzahlung im Lockdown in eine existenzgefährdende Situation gerate, da das Stammkapital aufgebraucht würde und fällige Forderungen nicht bedient werden können.*

a)

In der Konstellation des Falls 3 ergeben sich erneut weder aus dem Gesetz noch aus den Vorgaben der bisherigen BGH – Rechtsprechung eindeutige Kriterien für die Gewährung/Nichtgewährung einer Vertragsanpassung.

Auf den ersten Blick erscheint es naheliegend, den Mieter mit seinem „Schaden“ allein zu lassen und ihm keinen Anpassungsanspruch zu gewähren. Damit würde der Mieter jedoch das nach Vorstellung des BGH nicht allein in seine Risikosphäre fallende Pandemierisiko allein tragen. Dies selbst und vor allen Dingen dann, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse extrem zu seinen Lasten verändern. Nachdenklichkeit erweckt zudem die Variante. Denn in dieser Konstellation ist die durch die Konstruktion der GmbH verursachte Existenzgefährdung zugunsten der mietenden Gesellschaft zu berücksichtigen. Es stellt sich nicht nur in diesem Zusammenhang durchaus die Frage, ob es richtig sein kann, vorausschauend und solide wirtschaftenden Mietern einen Anpassungsanspruch zu versagen, um ihn einen Hasardeur bzw. einem schwach kapitalisierten Mieter zuzugestehen.



b)

**Exkurs:** Wenn man im Fall 3 zu einem Anpassungsanspruch dem Grunde nach gelangt, stellt sich sogleich die Frage, in welcher Weise die Anpassung unter der Prämisse des vom BGH verordneten „minimal invasiven Eingriffs“ in das Vertragswerk zu erfolgen hat. Ist die Miete für betroffene Zeiträume endgültig herabzusetzen oder reicht – wie es etwa das KG<sup>35</sup> im Einzelfall angenommen hat – eine vorübergehende Stundung aus? Wenn man je nach Lage des Einzelfalls von einer Stundung oder einer endgültigen Herabsetzung auszugehen hat, nach welchen Kriterien erfolgt die Abgrenzung der einschlägigen Sachverhalte oder anders gewendet, welche Tatbestandsvoraussetzungen müssen abstrakt generell betrachtet vorliegen, um zur Stundung zu gelangen, und welche sind für eine Herabsetzung vonnöten? Erneut steht der Rechtsanwender vor einer Wolke des Nichtwissens, da sich Vorgaben aus dem Gesetz nicht ableiten lassen und der BGH die Entscheidung als weitgehend nicht reversibel den Instanzgerichten zugewiesen hat. Mangels Orientierungsrahmen sind selbst bei nahezu identischen Sachverhalten erheblich voneinander abweichende Entscheidungen der einzelnen Gerichte fast zwangsläufig.

3.

a)

Wird der Grad der Komplexität nur ein wenig gesteigert und nimmt man Varianten auf Vermieterseite mit in den Blick, geht jede Vorhersehbarkeit der Entscheidung endgültig verloren.

#### ***Einfach kann jeder Fall 4:***

*Die V im Fall 2 wurde zum Zwecke der steuerrechtlichen Optimierung in den Niederlanden in der Rechtsform der B.V. angesiedelt. Sie hat den Erwerb der an M vermieteten Immobilie zu 100 % fremdfinanziert. Die nach dem Vertrag von M zu zahlende Miete ist zu 95 % jeweils an die finanzierenden Banken abzuführen, um den nur aus Zinsen ohne Tilgung zu leistenden Kapitaleinsatz zu bedienen. Ohne vollständigen Eingang der Mieten werden sowohl das Darlehn*

---

<sup>35</sup> KG BeckRS 2022, 9023; s.a. Häublein/Müller NZM 2020, 481, 489f; Kappus NZM 2022, 106.

*als auch V, die mit dem Objekt bewusst auf steigende Immobilienpreise und einen erheblichen Erlös aus einem Weiterverkauf wettet, ohne Weiteres notleidend.*

*Alleinige Gesellschafter der B.V. sind zwei Privatpersonen mit jeweils dreistelligen Millionenvermögen ungeklärter Herkunft.*

*Der von M beauftragte Rechtsanwalt R fragt sich, welchen Einfluss im Fall 2 die Tatsachen haben, dass M die Gehälter ihrer Mitarbeiter während der Phase der Kurzarbeit freiwillig auf 100 % aufgestockt, aus sozialer Verantwortung gegenüber den Mitarbeitern und in der Hoffnung auf bessere Zeiten nach Ende des ersten Lockdowns die erste der beiden 5 Jahresoptionen gezogen und nur eine Miete in den Lockdownphasen gekürzt gezahlt hat.*

*Welche Auskunft kann R seiner Mandantin M geben, die ihn zu den Erfolgsaussichten des sich abzeichnenden Mietzahlungsprozesses befragt?*

b)

aa)

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>36</sup> kann der Aspekt, dass der Vermieter wirtschaftlich auf die Miete angewiesen ist, bei der Prüfung der Zumutbarkeit bedeutsam sein. Nach Auffassung des OLG Frankfurt<sup>37</sup> ist bei der Abwägung im Rahmen des § 313 BGB zu prüfen, ob es auch dem Vermieter, der seine vertraglich geschuldete Leistung der Überlassung der Mietsache weiterhin uneingeschränkt erbringe, im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation des Mieters zuzumuten ist, auf einen Teil der Miete zu verzichten. Dies soll bei erheblichen aus den Mieteinnahmen abzudeckenden Verbindlichkeiten nicht mehr der Fall sein.

bb)

Bezogen auf die vermietende B.V. würde dies im Fall 4 einen Anpassungsanspruch ausschließen. Es stellt sich sogleich die Frage, ob man das Vermögen der hinter der B.V. stehenden Gesellschafter in die Betrachtung mit einbezieht. Ein solcher „Durchgriff“ ist grundsätzlich nicht möglich und wird nur zur Vermeidung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

---

<sup>36</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 35.

<sup>37</sup> OLG Frankfurt NZM 2021, 851 Rn. 46.

zugelassen<sup>38</sup>. Für eine solche Rechtsmissbräuchlichkeit ist im Fall 4 nichts zu erkennen. Vielmehr haben die Gesellschafter eine von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Gestaltungsform genutzt ohne hierbei gezielt die Interessen des Mieters verkürzen zu wollen. Unabhängig hiervon bleibt erneut das Unbehagen, dass das Recht den vorausschauend und vorsichtig agierenden schlechter als den unvorsichtigen Vermieter stellt.

cc)

Prozessual würde sich bei einer Berücksichtigung der Gesellschafterstruktur vermietender Gesellschaften sogleich die Frage der Darlegungs- und Beweislast stellen. Müsste der Vermieter (vorsorglich) vortragen und ggf. auch stille Beteiligungen vermöglicher Personen offenbaren? Kann der Mieter entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BGH<sup>39</sup> entsprechend vermutete Tatsachen in den Prozess einbringen und etwa Beweis durch Parteivernahme des Vorstands/der Geschäftsführer der vermietenden Gesellschaft oder durch Zeugnis der Gesellschafter antreten? Müssen diese dann ihre Vermögensverhältnisse offenbaren?

c)

Selbst wenn man zur Möglichkeit einer Anpassung der Miete gelangen könnte, blieben am Bestehen eines Anpassungsanspruchs des Mieters im Fall 4 erhebliche Zweifel:

aa)

Ist M unzumutbar, an V die volle Miete zu zahlen, wenn er seinen Arbeitnehmern überobligatorische Leistungen erbringt? Dies scheint das OLG München in einem anhängigen einschlägigen Prozess zumindest kritisch zu sehen. Auch hier erscheint das Argument zweiseitig und die Auffassung, der freiwillige Schutz der Interessen der Arbeitnehmer schließe im Verhältnis zum Vermieter einen Anpassungsanspruch aus, je nach Vorverständnis nicht unproblematisch. Erneut lassen sich weder aus dem Gesetz noch aus den Vorgaben des BGH auch nur annähernd verlässliche Anhaltspunkte für die Beurteilung des konkreten Sachverhalts ermitteln. Sowohl der Ausschluss eines Anpassungsanspruches als auch die

---

<sup>38</sup> BGH NJW 1970, 2015; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 1234 zum Konkurrenzschutz.

<sup>39</sup> BGH NJW 1995, 2111; NJOZ 2021, 1519 Rn. 21.

fehlende Relevanz für die Entscheidung bei freiwilligen Leistungen des Mieters an seine Arbeitnehmer lässt sich rechtlich genauso gut oder schlecht vertreten.

bb)

Ebenso problematisch ist eine „freiwillige“ Verlängerung des Mietverhältnisses in Hinblick auf einen Ausschluss eines Anpassungsanspruches nach Maßgabe des § 313 BGB. Das OLG Hamm<sup>40</sup> hat in der Ausübung einer Verlängerungsoption ein potentiell Indiz für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses auch während des Lockdowns zu unveränderten Bedingungen gesehen. Dieses Argument scheint durchaus auf der Linie des BGH<sup>41</sup> zu liegen, der Laufzeitgesichtspunkte in die Abwägung einbeziehen möchte.

Doch auch insoweit bleibt zumindest bisher vage, nach welchen Kriterien derartige Laufzeitaspekte in die Abwägung einzustellen sind. Soll es dem Mieter z.B. zum Nachteil gereichen, wenn er aus sozialen Erwägungen eine Verlängerung des Mietvertrags durch Optionsausübung herbeiführt, obwohl er prognostisch während der Verlängerungszeit keine nennenswerten Gewinne macht, jedoch seinen Arbeitnehmern den Arbeitsplatz unter Berücksichtigung von Allgemeinwohlinteressen erhalten möchte?

cc)

Da zumindest das OLG Hamm<sup>42</sup> in der ungekürzten Zahlung weiterer Mieten ein Indiz für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des unveränderten Vertrags sieht, wird auch insoweit Auswahl und Bewertung von Kriterien nicht vorhersehbarer. Denn auch hier ließe sich wieder argumentieren, der Mieter, der seinen Anpassungsanspruch auf das absolut Notwendige minimiert, dürfe nicht schlechter gestellt werden, als der mit seinen Einbehalten weit über das Ziel Hinausschießende behandelt werden.

Bisher lautet das Fazit für Vermieter wahrscheinlich: Aussitzen und warten, dass sich die Sache durch eine Verlängerung oder nicht erfolgende Kündigung von selbst erledigt.

---

<sup>40</sup> OLG Hamm BeckRS 2021, 34799 Rn. 48f.

<sup>41</sup> BGH NZM 2022, 292 Rn. 33.

<sup>42</sup> OLG Hamm BeckRS 2022, 13809 Rn. 51.

4.

a)

Wie alle im Gewerberaummietrecht Tätigen bei dem Versuch, mittels einer ausgefeilten „Auflockerungsrechtsprechung“ der Hydra des Schriftformerfordernisses der §§ 578, 550, 126 BGB den Kopf abzuschlagen, feststellen mussten, schlagen die vielen unerwarteten Sachverhaltsvarianten und zu bedenkenden rechtlichen Aspekte dem Ansatz auf vermeintlich einfache und schnelle Weise zum „gerechten“ Ergebnis zu kommen, ein ums andere Mal ein Schnippchen. Dies dürfte bei der vermeintlich naheliegenden und einzelfallgerechten Bewältigung der Lockdownfolgen kaum anders sein.

#### *Nicht bei mir Fall 5:*

*V hat an M in München langfristig Verkaufsflächen in einer Größe von 4.000 m<sup>2</sup> zu einer monatlichen Miete von 300.000.- € zum Betrieb eines Kaufhauses mit Luxuswaren vermietet. Aufgrund der für die Zeit vom 20.4.2020 bis zum 3.5.2020 geltenden Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, die zwar eine Öffnung für Geschäfte bis 800 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche nicht jedoch auch für größere Flächen beinhaltete, ließ M sein Geschäft in der Zeit geschlossen. Dies auch in der Zeit vom 28.4. bis 2.5.2020, obwohl am 28.4.2020 in allen Medien von dem Beschluss des VGH München (VGH München BeckRS 2020, 6630) berichtet wurde, mit dem der Verstoß der Verordnung gegen Art. 3 Abs. 1 GG in Bezug auf die Verkaufsflächenbegrenzung festgestellt wurde.*

*V verlangt von M anteilige Miete für die Zeit vom 28. bis zum 30.4.2020 mit dem Argument, M hätte spätestens ab dem 28.4.2020 die Mietsache wieder nutzen können.*

*Wie ist die Rechtslage?*

b)

aa)

Zwar hat der BGH<sup>43</sup> für rechtmäßige Coronaschutzmaßnahmen Staatshaftungsansprüche abgelehnt. Im Fall 5 stehen jedoch ggf. rechtswidrige Maßnahmen in Rede, sodass Ansprüche

---

<sup>43</sup> BGH NZM 2022, 340.

gegen den Staat durchaus in Betracht kommen. Nach zutreffender Ansicht kann der Mieter im Verhältnis zum Staat die rechtswidrigen Verordnungen nicht dulden und anschließend liquidieren. Vielmehr oblag es ihm Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen<sup>44</sup>.

bb)

Eine aus dem Mängelrecht stammende Überlegung führt zu der naheliegenden Frage, ob und wie ggf. die mehr oder weniger offenkundige Rechtswidrigkeit der Coronaschutzverordnung(en) und die ggf. seinerzeit bestehende Möglichkeit, verwaltungsrechtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch zu nehmen, in die Abwägung im Rahmen des § 313 BGB einzustellen ist.

(1)

Ansatzpunkt für die mietrechtliche Wertung entsprechender Sachverhalte könnte die Rechtsprechung des BGH zum Bereich behördlicher Untersagungen des Mietgebrauchs sein. Danach soll es dem Mieter grundsätzlich zuzumuten sein, behördliche Anordnungen betreffend den Gebrauch der Mietsache auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen<sup>45</sup>. Auf das Risiko eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreits mit ungewissem Ausgang muss sich der Mieter jedenfalls dann nicht einlassen, wenn die Behörde bereits eine sofortige Untersagung der Nutzung der Mietsache verfügt hat und der Gegenstand der ordnungsbehördlichen Beanstandungen außerhalb des Einwirkungsbereichs des Mieters liegt.

(2)

Ob diese auf Verwaltungsakte bezogene Rechtsprechung auch auf Rechtsverordnungen übertragen wird, bleibt abzuwarten. Geht man von einer Übertragbarkeit aus, spricht manches dafür, dass man zu einer Zahlungspflicht des Mieters gelangt:

Denn nachdem die Rechtswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen der Verordnung festgestellt war, war mit einem Vorgehen der Behörden im Fall der Zuwiderhandlung nicht mehr ernsthaft zu rechnen. Eine gegen M gerichtete Schließungsverfügung wäre ersichtlich rechtswidrig gewesen.

---

<sup>44</sup> *OLG Köln NJW-RR 2021, 1536.*

<sup>45</sup> *BGH NZM 2017, 73 Rn. 16; 2014, 165 Rn. 20; BeckRS 1971, 31126177.*

cc)

Spätestens an dieser Stelle bzw. bei der Notwendigkeit, ggf. komplexe öffentlich – rechtliche Fragestellungen inzidenter in einem gewerberaummietrechtlichen Streit entscheiden zu müssen, droht schon angesichts des mittlerweile mehr als beachtlichen Arbeitsaufkommen in den landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Dezernaten endgültige Überlastung.

5.

a)

Die Folgerichtigkeit der Lösungen im Rahmen des § 313 BGB muss sich nicht nur im Regelfall sondern auch bei eher exotischen Sachverhalten erweisen. Auch dies verspricht durchaus herausfordernd zu werden:

#### ***Der tumbe Tor Fall 6:***

*V und M sind über einen langfristigen Mietvertrag über ein Ladenlokal verbunden. M ist ein eher schlichter Charakter. Daher hat er sich in seinem Einzelhandelsortiment auf zwei Produktgruppen spezialisiert: Toilettenpapier/Hygieneartikel in allen Qualitäten und Nudeln aller Art.*

*V hat M bereits vor Vertragsschluss in sein großes Herz eingeschlossen und daher mit ihm eine Miete vereinbart, die am unteren Rand der Bandbreite der marktüblichen Entgelte lag.*

*Im Frühjahr 2020 machte M die Geschäfte seines Lebens. Sowohl Toilettenpapier als auch einfache Schutzmasken sowie Nudeln verkaufte er „von der Palette“ und konnte hierbei nahezu jeden Preis durchsetzen. Sein Gewinn hat sich im Jahr 2020 verzehnfacht. Zugleich sieht sich V berechtigten Anpassungsansprüchen der weiteren, durch die Pandemiefolgen in ihrer Existenz bedrohten Mieter im Objekt ausgesetzt.*

*Kann V unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Mieterhöhung für das Frühjahr 2020 verlangen?*

b)

Ob und unter welchen Bedingungen dem Vermieter ein Anpassungsanspruch nach Maßgabe des § 313 BGB im Rahmen von Gewerberaummietverträgen zustehen kann, ist bisher nur in Ansätzen erörtert worden. So wird ein Anpassungsanspruch des Vermieters bei einer reinen Umsatzmiete für möglich erachtet<sup>46</sup>, jedoch mitunter im Verhältnis von Vermietern zu von der Pandemie wirtschaftlich profitierenden Mietern abgelehnt<sup>47</sup>.

c)

Spiegelbildlich zu den von Mietern initiierten Anpassungsfällen wird man bei einer Anwendung des § 313 BGB auch zugunsten des Vermieters unterstellen können, dass die Voraussetzungen des Wegfalls der „großen Geschäftsgrundlage“ gegeben sind und die Parteien, den Vertrag ggf. mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie die Pandemiesituation und die hiermit für den Mieter eintretende Sonderkonjunktur vorausgesehen hätten. Scheitern kann der Anpassungsanspruch des Vermieters jedoch an dem Zumutbarkeitskriterium. An der vertraglich vereinbarten Miete festgehalten zu werden, wird im Regelfall mit Blick auf das konkrete Mietverhältnis kaum jemals unzumutbar sein. Nur wenn man eine ggf. vorhandene Gesamtsituation mit berechtigten Anpassungsansprüchen weiterer Mieter im Objekt berücksichtigt, kann sich ein Anpassungsanspruch des Vermieters ergeben.

Ob man eine solche Konstellation berücksichtigen darf oder sogar muss, lässt sich erneut weder dem Gesetz noch den höchstrichterlichen Vorgaben entnehmen.

6.

a)

Die Kommentare aus der populärwissenschaftlichen Literatur lassen erwarten, dass es nur eine Frage der Zeit ist, bis die nächste Pandemie mit ähnlichen Auswirkungen, wie sie seit 2020 zu beobachten sind, ins Haus steht. Daher ist die Frage naheliegend, ob die Deutsche Rechtsordnung und speziell das Gewerberaummietrecht mit dem Lösungsansatz des § 313 BGB gut gewappnet ist.

---

<sup>46</sup> BeckOGK/Martens 1.4.2022 BGB § 313 Rn.253.

<sup>47</sup> Streyll NZM 2020, 817, 824.



### *Zurück in eine ungewisse Zukunft Fall 7:*

*Nach Ende der Coronapandemie schließen V und M im Jahr 2024 einen auf 20 Jahre befristeten Mietvertrag für ein Bekleidungsgeschäft ab.*

*Im Jahr 2030 kommt es zu einem neuerlichen Ausbruch einer Pandemie, die ähnliche Folgen für das Geschäft des M wie die Pandemie der Jahre 2020 ff. zeitigt.*

*M ist wirtschaftlich von den Folgen übelst betroffen. Er verlangt unter Berufung auf § 313 BGB von V eine Vertragsanpassung.*

*Wie wäre die Rechtslage?*

b)

Ein Anpassungsanspruch § 313 Abs.1 BGB besteht schon nach dem Wortlaut der Norm nur, 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 abgeschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.

Für vor der Covid-19-Pandemie abgeschlossene Verträge geht der BGH regelmäßig von der Erfüllung dieser Voraussetzungen in Gestalt der Störung der sog. „großen Geschäftsgrundlage“ aus<sup>48</sup>. Es spricht eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit dafür, dass § 313 BGB für zukünftige Pandemiefälle „verbraucht“ ist.<sup>49</sup> Denn seit März 2020 muss und wird jede Vertragspartei mit einer neuerlichen Pandemie rechnen. Vorausssehbare Änderungen erfüllen die Voraussetzungen des § 313 BGB nicht und ein Anpassungsanspruch scheidet aus<sup>50</sup>.

c)

Die Hoffnung, „redliche Vertragsparteien“ werden zukünftig eine vertragliche Vorsorge treffen, scheint nach den bisherigen Erfahrungen trügerisch. Große Vermieter bzw. solche mit attraktiven Standorten werden Regelungen zu zukünftigen Pandemien entweder verweigern oder sogar ausdrücklich die Risiken allein dem Mieter aufbürden. Spiegelbildlich werden die marktstarken Mieter insbesondere gegenüber nicht geschäftserfahrenen Vermietern

---

<sup>48</sup> BGB NZM 2022, 292, Rn. 28.

<sup>49</sup> Vgl. Beyer/Hoffmann NJOZ 2022, 161.

<sup>50</sup> Klose NZM 2021, 832, 838f.

vertragliche Regelungen vereinbaren, die dafür Sorge tragen, dass Einschränkungen durch Pandemien wie Mängel der Mietsache behandelt werden. Entsprechende Vertragsklauseln sind bereits in großer Zahl in der Kautelarpraxis anzutreffen und werfen weitere Fragen, insbesondere bei formularvertraglicher Verwendung auf.<sup>51</sup>

Unabhängig hiervon besteht die Aufgabe des Zivilrechts auch und gerade darin, für Streitige Fälle, für die Parteien keine Lösung vereinbart haben und finden können, eine Entscheidung des dann unweigerlich entstehenden Streits bereit zu halten.

7.

Das aktuelle Weltgeschehen stellt auch die Gewerberaummieter in anderem Zusammenhang vor nicht allzu langer Zeit unvorstellbare Herausforderungen.

### *Noch eine Geschäftsgrundlage? Fall 8:*

*V und M haben im Jahr 2019 einen Mietvertrag über ein noch zu errichtendes Objekt mit Mietbeginn 01.12.2022 vereinbart. Der Vermieter ist seinerzeit von Herstellungskosten in Höhe von 25 Mio. Euro ausgegangen, was bei den damaligen Baukosten inklusive einer jährlichen Steigerung der Baukosten von 6% realistisch war.*

*Aufgrund der Pandemie, zusammengebrochener Lieferketten und des Ukraine-Kriegs explodieren die Baupreise. V muss nachfinanzieren und der Mietvertrag ist unter den geänderten Bedingungen selbst bei Ausschöpfung einer im Vertrag einschließlich Optionen vorgesehenen dreißigjährigen Laufzeit ein starkes Zuschussgeschäft für V.*

*V fragt sich, ob er eine Vertragsanpassung verlangen kann.*

*Wie ist die Rechtslage?*

a)

Auch in der in Fall 8 geschilderte Konstellation könnte eine Vertragsanpassung unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der sog. großen Geschäftsgrundlage in Betracht kommen. Der BGH hat sie wie folgt definiert:

---

<sup>51</sup> Göldner NZM 2022, 243.

*„Unstreitig hatte keine der Parteien bei Abschluss des Mietvertrags im Jahr 2013 die Vorstellung, während der vereinbarten Mietzeit werde es zu einer Pandemie und damit verbundenen erheblichen hoheitlichen Eingriffen in den Geschäftsbetrieb der Bekl. kommen, durch die die beabsichtigte Nutzung der Mieträume eingeschränkt wird. Aufgrund der vielfältigen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie Geschäftsschließungen, Kontakt- und Zugangsbeschränkungen und der damit verbundenen massiven Auswirkungen auf das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben in Deutschland während des ersten Lockdown im Frühjahr 2020 ist im vorliegenden Fall die so genannte **große Geschäftsgrundlage** betroffen. Darunter versteht man die Erwartung der vertragsschließenden Parteien, dass sich die **grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern und die Sozialexistenz nicht erschüttert werde...**“ (Hervorhebungen nicht im Original)*

b)

Bleibt man in der Argumentationskette des BGH trifft V vorliegend ein weit über das gewöhnliche Preisrisiko hinausgehendes Schockereignis, dessen Auswirkungen ihm vertraglich nicht allein zugewiesen sind. Man wird auch davon ausgehen können, dass die Vertragsparteien den Vertrag in Kenntnis der später eingetretenen Umstände nicht oder zumindest mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten. Es wäre daher nur folgerichtig dem Vermieter bei einer gegebenen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags zu unveränderten Bedingungen einen Anpassungsanspruch zu gewähren. Dies wird für (Bau)werkverträge vertreten.<sup>52</sup>

c)

Da sich ein weiteres Konfliktfeld in Gestalt gegenwärtig/zukünftig explodierender Betriebskosten, insbesondere für Heizung und Energie bereits deutlich am Horizont abzeichnet, dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis auch diesbezüglich der Ruf nach einer Anwendung des § 313 BGB ertönt. Gleiches gilt aufgrund der stark anziehenden Preisentwicklung in nahezu allen langfristigen Mietverträgen enthaltenen Wertsicherungsklausel. Erneut wird man bei allen diesen potentiellen Anwendungsfällen auf Schwierigkeiten treffen, die denjenigen im

---

<sup>52</sup> Lührmann NZBau 2022, 251; Kues/Simlesa NZBau 2022, 319; Leinemann UKuR 2022, 53.

Zusammenhang mit dem aktuellen Pandemiegeschehen in nichts nachstehen. Unabhängig hiervon ist auf diese Weise § 313 BGB auf dem besten Weg von einer Ausnahme- und Sonderfallregel – systemwidrig – zu einer den Regelfall dominierenden Norm zu werden.

#### IV. Fazit

Der Versuch, mit § 313 BGB die Rechtsfolgen der staatlich verordneten Lockdownmaßnahmen zu gestalten, endet in der allseitigen Überforderung. Die aus § 242 BGB abgeleitete Korrektornorm ist bereits aufgrund der in ihr in großer Zahl enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe nicht geeignet, eine eine Vielzahl von Fällen betreffende Situation angemessen zu bewältigen. Die auf den ersten Blick so verführerisch erscheinende Möglichkeit, Einzelfallgerechtigkeit herstellen zu können<sup>53</sup>, verkehrt sich in ihr Gegenteil. Mangels ableitbarer Kriterien für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags zu unveränderten Bedingungen kann auch der redlichste Rechtsanwender im Ergebnis nur auf höchst subjektive und im Ergebnis beliebig austauschbare Wertungen und ein mehr oder weniger reflektiertes Vorverständnis zurückgreifen. Bereits die Auswahl der in eine durchzuführende Abwägung einzustellenden Kriterien lässt sich nicht aus dem Gesetz oder objektiven Kriterien ableiten und fällt damit zwangsläufig willkürlich aus. Entsprechendes gilt für die Rechtsfolgenbestimmung eines Anpassungsanspruches. Wann etwa nur eine Stundung und wann eine Herabsetzung der Miete Rechtsfolge des § 313 BGB sein kann oder sein muss, lässt sich nicht nachvollziehbar erläutern. Ein nicht nur unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisches Ergebnis.

---

<sup>53</sup> Jung DStR 2022, 560.