



Wanderer und Partner

WIR - VIP - Meeting #15

Das Corona-Gewitter in der Gewerbemiete und seine Wirren.

Welche Schlüsse lassen die bisherigen Entscheidungen des BGH zu/offen?

RA Frank Weißenborn

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Themen:

- 1 Das mietrechtliche Mängelgewährleistungsrecht (Einführung)
- 2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen
- 3 Härtefallregelungen im Mietvertrag (Schlussgedanke)

1 Das mietrechtliche Mängelgewährleistungsrecht

Vorüberlegung

- **Mietrechtlicher sog. subjektiver Mangelbegriff** (Danach liegt ein Mangel vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist.)
- **Gewährleistungsansprüche**
 - Erstherstellungsanspruch
 - Minderungsrecht (mehr als unerhebliche Mängel)
 - Instandsetzungsanspruch (keine Erheblichkeitsschwelle)
 - Kündigungsrecht (z.B. Vorenthaltung der Mietsache)
 - Schadensersatzanspruch
- **Zulässigkeit von Beschaffenheitsvereinbarungen** (Vertragsfreiheit)

1 Das mietrechtliche Mängelgewährleistungsrecht

Der Raucherkneipenfall, BGH XII ZR 189/09

- **Frage:** Liegt ein Mangel des Mietobjektes vor, wenn ein Mieter einer kleinen Kneipe, Vertragszweck: „*Raucherkneipe*“ plötzlich aufgrund einer gesetzlichen Anordnung (Nichtraucherschutzgesetz Rheinland Pfalz) das Rauchen im Gastraum zu untersagen und unterlassen hat (weil er aufgrund der geringen Fläche nicht in der Lage war, die Grundfläche und die Anzahl der Sitzplätze in den Nebenräumen mit Raucherlaubnis kleiner zu gestalten als in den übrigen rauchfreien Gasträumen, wie dies das Gesetz vorgesehen hat), wenn der Mietvertrag selbst keinen Anpassungsanspruch und keine Härteregelung vorsieht?
- **Antworten:**
 1. Es obliegt nach der ständigen Rechtsprechung jenes XII. Zivilsenats des BGH dem **Verantwortungsbereich des Mieters** von Gewerberaum, als Unternehmer die Erfolgsaussichten seines Geschäfts in der von ihm gewählten Art und Lage abzuschätzen. Jener Verantwortungsbereich erstreckt sich sowohl auf die später florierenden Gewerbeobjekte, als auch die Möglichkeit des Scheiterns des Geschäftsmodells bzw. Gewerbebetriebes. Dieses gilt sowohl für allgemeine Gewerberaummietverträge, als auch für Shoppingcenter (vgl. BGH XII ZR 131/08 + BGH XII ZR 252/98 + BGH XII ZR 279/97).

1 Das mietrechtliche Mängelgewährleistungsrecht

Der Raucherkneipenfall, BGH XII ZR 189/09

- **Antworten:**

2. Eine nachteilige **Abweichung des tatsächlichen Zustandes des Mietobjektes von dem vertraglich geschuldeten Zustand** stellt einen Mangel im miet- und pachtrechtlichen Sinne dar. Dabei können als Mangel sowohl tatsächliche Umstände, als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf das Mietobjekt als Mangel in Betracht kommen (vgl. dazu BGH XII ZR 66/03 + BGH XII ZR 279/97).

3. Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Mietobjektes entgegenstehen, begründen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allerdings nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB, wenn sie **auf der konkreten Beschaffenheit der Pachtsache beruhen** und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Pächters ihre Ursache haben (vgl. std. Rspr. des BGH u.a. vom 02.11.2016 zu XII ZR 153/15 sowie zuvor: BGH XII ZR 1/07 + BGH XII ZR 24/06 + BGH XII ZR 175/92 + BGH XII ZR 44/91 + BGH XII ZR 63/90). **Das gilt auch in Fällen, in denen es durch nachträgliche gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Mieters oder Pächters kommt** (vgl. BGH vom 13.07.2011 zu XII ZR 189/09).

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

Der Kitzbühel-Fall

- **Frage:** Bei welcher Maßgabe können bei der Anwendung **Österreichischen Rechts** Anpassungsansprüche von Mietern bestehen, wenn diese plötzlich pandemiebedingt staatlichen Schließungsanordnungen oder Nutzungsbeschränkungen unterliegen?
- **Antwort:**

§ 1104 ABGB

„Wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Wetterschläge, oder wegen gänzlichen Mißwachses gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten“.

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

Die Annäherungen der Wissenschaft

- **Frage:** Bei welcher Maßgabe **deutschen Rechts** können Anpassungsansprüche von Mietern bestehen, wenn diese plötzlich pandemiebedingt staatlichen Schließungsanordnungen oder Nutzungsbeschränkungen unterliegen?
- **Antworten:**
 1. Nun doch ein Mangel des Mietobjektes?
 2. Unmöglichkeit? (vgl. dazu BGH XII ZR 64/21 für ein Fitnessstudio)
 3. (Teil-) Unwirksamkeit? (§§ 134, 138 BGB)
 4. Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

Der Gesetzeswortlaut des Deutschen BGB

§ 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage

- (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, **nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert** und **hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen**, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, **das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann**.
- (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.
- (3) 1Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. 2An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

Die wichtigsten „Elemente“ + Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 BGB

- **Reales Element:** Verletzung der großen Geschäftsgrundlage! Darunter versteht man die **Erwartung der Vertragschließenden**, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrages nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine Naturkatastrophe ändern und die soziale Existenz nicht erschüttert werde. Diese Erwartung wurde schwerwiegend gestört!
- **Hypothetisches Element:** Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte könne auch davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Mietvertrag mit **einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten**, wenn sie bei Vertragsschluss die Möglichkeit einer Pandemie und die damit verbundene Gefahr einer hoheitlich angeordneten Betriebsschließung vorhergesehen und bedacht hätten; redliche Vertragsparteien hätten eine Möglichkeit zur Anpassung vorgesehen!
- **Normatives Element:** Fraglich ist im Einzelfall, ob ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem **nicht mehr tragbaren Ergebnis** führt. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung jedenfalls dann nicht in Betracht wenn ein Festhalten zumutbar ist.

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

BGH 12.01.22, XII ZR 8/21, zuvor OLG Dresden, betroffener Zeitraum 19.03.20-19.04.2020, Zurückverweisung

- **Erkenntnisse (1):**

1. Das Verwendungsrisiko trägt der Mieter. Die Vertragsparteien können durch **vertragliche Abreden die Risikoverteilung** ändern. Derartige mietvertragliche Vereinbarungen sind allerdings grundsätzlich eng auszulegen.

2. Im Rahmen der Prüfung eines konkreten Anpassungsanspruch verbieten sich pauschale Betrachtungsweisen (und eine formelhafte Kürzung der Zahlungspflicht um 50 %.). Maßgeblich sind vielmehr sämtliche **Umstände des Einzelfalls**.

3. Ein Anpassungsanspruch nach § 313 BGB soll nicht zu einer Besserstellung des Mieters im Sinne einer **Überkompensation** führen. Daher sind auch finanzielle Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter dauerhaft aus staatlichen Leistungen oder von (Betriebsausfall-,) Versicherungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat. Demgegenüber sind rückzahlbare staatliche Darlehen im Rahmen der Bewertung nicht zu berücksichtigen.

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

BGH 12.01.22, XII ZR 8/21, zuvor OLG Dresden, betroffener Zeitraum 19.03.20-19.04.2020, Zurückverweisung

- **Erkenntnisse (2):**

4. Im Rahmen der erforderlichen Darlegung und tatrichterlichen Bewertung ist der **konkrete Umsatzrückgang bezüglich des Mietobjektes für die Zeit der Schließung** zu betrachten, wobei es nicht auf einen möglichen Konzernumsatz ankommt. Dabei kann es auch zu berücksichtigen sein, welche Maßnahmen der Mieter zur Abwendung seiner wirtschaftlichen Folgen ergriffen hat oder hätte ergreifen können, um die Verluste zu beschränken.

5. Neben den Umständen des Mieters, können im Rahmen der Abwägung auch die **Interessen des Vermieters** Berücksichtigung finden müssen.

6. Der **Mieter muss darlegen und beweisen**, welche Nachteile ihm aus der Betriebsschließung entstanden sind, die ihm eine vollständige Mietzahlung für diesen Zeitraum unzumutbar machen und welche zumutbaren Anstrengungen er unternommen hat, um drohende Verluste auszugleichen. Behauptet der Mieter, keine staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten zu haben, muss er darlegen und beweisen, dass er sich um solche Hilfeleistungen vergeblich bemüht hat. Gelingt ihm dies nicht, muss er sich so behandeln lassen, als hätte er die staatliche Unterstützungsleistungen erhalten. Wendet hingegen der Vermieter ein, dass die vom Mieter behaupteten Verluste nicht auf der Pandemie beruhen, trifft ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

BGH 16.02.22, XII ZR 17/21, zuvor OLG FFM, betroffener Zeitraum 18.03.20-19.04.2020, Vorbehaltssurteil im Urkundenprozess

- **Erkenntnisse (3):**

7. Im Rahmen der Einzelfallbetrachtung müssten die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen auf pandemiebedingten hoheitlichen Maßnahmen beruhen, **die den jeweiligen Betrieb konkret erfassen**. Dies sei bei Schließungsanordnungen, bei angeordneten Begrenzungen von Personenzahlen oder Zutrittsbeschränkungen (z.B. „2G“ oder „2G+“) sehr wohl der Fall. Ausgenommen seien demgegenüber Entwicklungen die eine anderweitige Ursache haben und eben keine unmittelbare Folge der pandemiebedingten Beschränkungen darstellten. Als irrelevant werden ausdrücklich mittelbare Folgen unternehmerischer Entscheidungen (z.B. zur Verkürzung der Ladenöffnungszeiten aus wirtschaftlichen Gründen) ebenso benannt, wie eine allgemeine Kaufzurückhaltung.

8. Es sei bei dieser Betrachtung auch **nicht von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis** auszugehen, dass etwa von einer Herabsetzung um 50 % ausgehe und die davon abzuweichen versuchende Partei solches darlegen müsse (Rz. 32).

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

BGH 16.02.22, XII ZR 17/21, zuvor OLG FFM, betroffener Zeitraum 18.03.20-19.04.2020, Vorbehaltssurteil im Urkundenprozess

- **Erkenntnisse (4):**

8. Dabei könne es für die Frage des Erfordernisses einer Vertragsanpassung auch von Bedeutung sein, ob für die Mieterseite eine **kurzfristige Kündigungsmöglichkeit** bestanden habe (Rz. 33).

9. In dieser Abwägung könne es auch von Bedeutung sein, **inwieweit der Vermieter wirtschaftlich auf die Miete angewiesen** ist (Rz. 35).

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

BGH 02.03.22, XII ZR 36/21, zuvor LG Essen, Hochzeitsfall, Raummiete, betroffener Zeitraum 01.05.2020, Kündigung nur als Ultima Ratio

- **Erkenntnisse (5):**

10. Die **Kündbarkeit** oder ein Rücktrittsrecht stellen als eine Art **ultima ratio** nur dann eine Loslösungsmöglichkeit dar, wenn keine andere Anpassung des Vertrages möglich oder zumutbar ist; solches hätte in diesem Fall die um eine gänzliche Loslösung bemühte Mieterseite darzulegen gehabt.

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

Die Anwendung der Erkenntnisse

- **Fall:**

Mieter hat in 2020 eine Umsatzhalbierung von 1.000.000,00 € im Vorjahr 2019 auf 500.000,00 € in 2020 hat. Er erhält in jenem Jahr 2020 nicht rückzahlbare staatliche Fördermittel in der Höhe von 100.000,00 €. Die Miete beträgt 5.000,00 € nettokalt pro Monat. Die Kosten sind 2020 25 % geringer als Im Vorjahr.

	2019	2020
Umsatz	1.000.000,00 €	600.000,00 €
Fördermittel	0,00 €	100.000,00 €
Jahresmiete	60.000,00 €	60.000,00 €
Kosten	100.000,00 €	75.000,00 €
Gewinn	840.000,00 €	565.000,00 €

- **Frage:**

In welcher Höhe ist der Mieter denn nun zum Einbehalt berechtigt? **Tendiert der BGH eher zu 5 % oder eher zu 80 %?**

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

Offene Fragen

- Worauf sind Fördermittel anzurechnen? Kommt es auf die Inhalte der Bescheide an?
- Wie kann denn der Mieter darlegen, „*welche konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen die Geschäftsschließung in dem streitgegenständlichen Zeitraum*“ hatte? Der Jahresabschluss oder die Bilanz dürften doch wohl das Geschäftsergebnis des gesamten Jahres abbilden und damit z.B. auch die Zeiträume zwischen den Lockdowns!?
- Können Kompensationszeiträume eine Bedeutung haben (wenn die Kunden z.B. nach Wiedereröffnung im Mai 2020 doppelt so viele Waren gekauft haben)?
- Kommt ein Anpassungsanspruch z.B. einer Apotheke in einem Shopping-Center in Betracht, die selbst auch während der Lockdowns öffnen konnte, jedoch mittelbar unter den Schließungsanordnungen zu Lasten der Nachbarn und deren ausbleibenden Kunden gelitten hat (dagegen: LG Potsdam 4 O 56/21).

2 Die Fälle pandemiebedingter Anordnungen

Offene Fragen

- Besteht der Anpassungsanspruch des Mieters auch nach Beendigung eines Mietvertrages während des Zeitraumes einer Vorenthaltung des Mietgegenstandes (vgl. Post vom 09.12.2021 bezüglich: KG 8 U 85/21)?
- Wie genau sind ersparte Aufwendungen (wie Kurzarbeitergeld, Ersparnis von Einkäufen etc.) den Umsatzrückgängen gegenüber zu stellen?
- Kann ein die Mieten während des Lockdowns vorbehaltlos zahlender Mieter nach deren Ausgleich eine rückwirkende Anpassung nach § 313 BGB verlangen und seine Zahlungen zurückfordern (oder gegen spätere Mietzahlungspflichten aufrechnen)?
- Verändert sich die Bewertung der vorstehenden Frage, wenn die Zahlungen auf die Mieten erst später in einem laufenden Passiv-Rechtstreit erfolgt sind, um die Forderungen des klagenden Vermieters prozessual zur Erledigung zu bringen?

3 Härtefallregelungen im Mietvertrag („Force Majeure“)

Was regelt das Gesetz?

- **Was ist das?:**
 - Der Begriff der höheren Gewalt ist **gesetzlich nicht definiert**. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet diesen Begriff zwar mehrfach (z.B. § 651 j BGB, Kündigung bei Reise; § 701 Haftung des Gastwirtes); jedoch unkommentiert.
 - Der Bundesgerichtshof versteht unter höherer Gewalt ein **von außen kommendes, keinen betrieblichen oder persönlichen Zusammenhang aufweisendes, auch durch äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis** (so bereits das RG 13.12.1920 VI 455/20 + BGH X ZR 142/15 = BGHZ 2015, 81 = NJW 2017, 2677).
 - Darunter fallen etwa **Krieg**, terroristische Anschläge, massive gewalttätige Unruhen, **Naturkatastrophen** oder ein Reaktorunfall (BGHZ 109, 224).

3 Härtefallregelungen im Mietvertrag („Force Majeure“)

Wer kann denn eine Veranlassung dazu haben, bei Neuabschlüssen eine Härteregelung aufzunehmen?

- **Aus Vermietersicht:**

Ein Vermieter wird eine solche Anpassungsregel aus Gründen der Fairness, der Klarheit und inhaltlich vielleicht primär für die Folgen von Kriegen und Naturkatastrophen verwenden.

- **Aus Mietersicht:**

Insoweit dürfte auch für Pandemien ein Bedürfnis für solche Regelungen bestehen, weil es zu einer erneuten Anpassung über § 313 BGB bereits an dem realen Element (§ 313 BGB) fehlen dürfte. Es dürfte seit März 2020 bei jedermann die Erkenntnis, aber auch die Erwartung bestehen, dass sich so eine Pandemie wiederholen kann.

Wanderer und Partner
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte PartG mbB
Bürocenter am Lützowplatz
Karl-Heinrich-Ulrichs-Str. 24
10785 Berlin

Telefon: +49 (30) 405 994 - 0
Telefax: +49 (30) 405 994 - 16

E-Mail: info@wir-wanderer.de



Wanderer und Partner