

**Das „Schicksal“ der Miet- und Pachtzahlungsverpflichtung bei covid19-bedingten
Betriebsschließungen von Gewerbebetrieben unter Würdigung der
Literaturmeinungen, der gegenwärtigen Rechtsprechung und
der aktuellen Reform der gesetzlichen Regelung**

Die Mieter und Pächter besonders kundenpräsentierender Gewerbebetriebe, insbesondere der Clubszene, der Gastronomie, der Hotellerie und zahlreicher weiterer Betriebstypen des Veranstaltungs- und Vergnügungsbereichs, aber auch deren Vermieter und Verpächter sehen sich seit den im März 2020 erstmals angeordneten und später gestuft wiederholten Betriebsschließungen mit zahlreichen Rechtsproblemen konfrontiert.

Besonders umstritten ist die Frage, ob eine Betriebsschließung und der damit verbundene Wegfall der mit der Überlassung der Miet – oder Pachtfläche verbundenen „Fruchtziehungsmöglichkeit“ bereits aus Rechtsgründen zu einer Reduktion der vereinbarten Vertragsmiete oder der Vertragspacht führt.

Der nachfolgende Beitrag soll den unübersichtlichen Stand der gegenwärtigen Diskussion zusammenfassen und ein wenig erhellen:

1. Die rechtliche Kulisse (vorrangig am Beispiel der VO in Bayern):

a. Die Pandemieverordnungen:

Beginnend mit der Nr. 2 der Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 20.03.2020, Az. Z6a-G8000-2020/122-98, waren in Bayern Gastronomiebetriebe jeder Art (vorbehaltlich hier nicht einschlägiger Sonderfälle) zunächst vom 21.03.2020 an bis Ende Mai 2020 kraft Hoheitsaktes untersagt und deshalb geschlossen. Der Regelungsgehalt dieser Bestimmung der Allgemeinverfügung wurde nach Überführung in die Form von Verordnungen (vgl. die jeweiligen Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen: § 2 Abs. 2 BayIfSMV vom 27.03.2020, § 2 Abs. 2 2. BayIfSMV vom 16.04.2020, § 4 Abs. 2 3. BayIfSMV vom 05.05.2020, § 13 Abs. 1 4. BayIfSMV 05.05.2020, § 13 Abs. 1 5. BayIfSMV vom 29.05.2020 usw.) beibehalten.

Mit § 13 Abs. 1 der 8. BayIfSMV vom 30.10.2020 wurde die zuvor ab Ende Mai 2020 (unter Auflagen) wieder eröffnete Gastronomie (im stehenden Gewerbe) ab 01.11.2020 erneut vollständig untersagt und damit geschlossen.

In Vorbereitung des „harten Lockdowns“ ab 16.12.2020 wurde diese Schließung in § 13 Abs. 1 der nun mittlerweile 11. BayIfSMV vom 15.12.2020 und der ÄnderungsVO vom 08.01.2021 erneuert und bestätigt.

Folgerichtig konnten in diesen Zeiträumen aufgrund behördlicher Anordnungen keine Umsätze erzielt werden.

b. Die Meinungen im Schrifttum:

Von Anbeginn an wurde unter Juristen, dort insbesondere unter den mit Gewerbeimmobilien befassten Spezialisten, lebhaft diskutiert, wie mit dem Problem der durch die Nutzungsbeschränkungen verbundenen faktischen Unmöglichkeit der Fruchtziehung umgegangen werden soll. Die gegen Vergütung überlassenen Mietflächen waren im Rahmen des vertraglich vereinbarten Nutzungszwecks zwar baulich durchaus, aber faktisch eben doch nicht mehr geeignet, Umsätze solcher Höhe zu generieren, die erforderlich sind, um die im Synallagma zur Flächenüberlassung stehende Verpflichtung zur Miet/Pachtzahlung zu bedienen.

Es wurden/werden in diesem Umfeld im Wesentlichen 5 Meinungen vertreten:

- (1) Die coronabedingte fehlende Nutzungsmöglichkeit beruht nicht auf im engeren Sinne zu bewertende „Eigenschaften“ der Immobilie. Die Beschränkungen fallen deshalb vollständig in den Risikobereich des Mieters/Pächters. (Die Verpflichtung zur Zahlung der Miete/Pacht bleibt nach dieser Auffassung in vollem Umfang bestehen)
- (2) Eine Nutzung der Miet/Pachtfläche zum vertraglich vereinbarten Zweck wird unmöglich (§ 275 BGB).
Damit entfällt nach § 326 Abs. 1 BGB auch die Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung (Zahlung der Miete oder Pacht).
Nach dieser Auffassung ist ein Mieter/Pächter während der behördlich angeordneten Schließung von der Verpflichtung zur Mietzahlung vollständig befreit. Ungeklärt bleibt dabei allerdings, was mit dem Mietverhältnis „an sich“ nach dieser Auffassung geschehen soll. Da die Dauer der Schließung, oder die Häufigkeit der Wiederholung der Schließung nicht absehbar ist, wird in diesem Kontext unter anderem auch vertreten, dass das Mietverhältnis endet, oder gegebenenfalls (wechselseitig) außerordentlich gekündigt werden könne.
Zudem stellt sich die Frage, ob durch die behördliche Anordnung der Schließung die Nutzung der Mietfläche überhaupt unmöglich wird.
- (3) Zum Teil wird vertreten, der Risikoverteilung des § 535 BGB läge zugrunde, dass der Wegfall der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit der Mietsache aufgrund eines Verbots der öffentlichen Hand zulasten des Vermieters ginge. Das leite sich aus den Unmöglichkeitregelungen (oben (2)), aber auch aus der Regelung des § 134 BGB ab, der anordnet, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist. Bei einer hier gegebenen zeitanteiligen „Nichtigkeit“ seien die Vertragspflichten (damit auch die Mietzahlungsverpflichtung) zeitanteilig suspendiert.
- (4) Gewichtige Stimmen meinen, dass die behördlich angeordnete Schließung zu einer (mangelbedingten) Minderung der Miete/Pacht führt. Die Vertreter dieser Meinung sind der Konterpart zu denjenigen, die der obigen Ziffer (1) folgen möchten. Hier wird in einer Art „Umkehrschluss“ argumentiert, Ansprüche wegen fehlender Gebrauchstauglichkeit kämen immer dann in Betracht, sofern die Beeinträchtigung nicht in den persönlichen Verhältnissen des Mieters liegt.

Da die Beeinträchtigung hier in der abstrakten Gefahr, die von einer Gaststätte ausgehen kann, liegt, beruhe die Beeinträchtigung damit nicht in der Person des Mieters, sondern in der besonderen „Qualität“ des Mietobjekts.

Das Mietobjekt „tauge“ (während der Zeit der behördlichen Schließungen) nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch.

Der Mieter sei deshalb zur Minderung berechtigt.

Problematisch ist hier insbesondere, dass der für Gewerbemietverhältnisse zuständige XII. Zivilsenat des BGH in der sogenannten „Bolzplatz Entscheidung“ eine Minderung jedenfalls dann grundsätzlich ausgeschlossen hat, sofern der Vermieter/Verpächter die Nutzungsbeeinträchtigung nicht abwehren kann (genauer gesagt: wenn er keine rechtlichen Möglichkeiten hat, die Beeinträchtigung selbst abzuwehren)

- (5) Eine gewichtige Gruppe vertritt hingegen die Auffassung, es handele sich hier um einen in § 313 BGB geregelten Fall der sogenannten „Störung der Geschäftsgrundlage“.

Diese Voraussetzungen sind dann gegeben, sofern eine Lage eintritt, die beide Vertragsparteien nicht vorhergesehen hatten, im Falle der Vorhersehbarkeit aber geregelt hätten.

Als Rechtsfolge ist in diesem Fall ein 2-stufiges System vorgesehen.

Zunächst sind die Parteien verpflichtet, sich wechselseitig so zu stellen, als wenn sie diese „Lage“ vorhergesehen hätten. Sie müssen wechselseitig dann also die Vertragsregelungen so anpassen, wie sie es redlicherweise ausverhandelt hätten, sofern sie die Lage vorhergesehen hätten.

Ist das nicht möglich, so können beide Parteien das Mietverhältnis außerordentlich kündigen. (Stichwort: „Anpassung vor Auflösung“)

Im Ergebnis wird hier in der Regel (meines Erachtens etwas arg „pauschal“) vertreten, dass das Risiko zwischen den Parteien (aufgrund der Unvorhersehbarkeit) gleichmäßig geteilt werden sollte, was zumeist dazu führt, dass die Miete/Pacht um 50 % zu reduzieren wäre.

Eine tatsächliche Risikoteilung müsste sich meines Erachtens allerdings vorrangig an der gewählten Kalkulation der Miet – oder Pachthöhe, sowie an der vereinbarten und noch verbleibende Laufzeit orientieren.

Dieser Auffassung hat sich nun auch im Wesentlichen der Gesetzgeber angeschlossen und mit § 7 zu Art 240 EGBGB für coronabedingte Betriebsbeeinträchtigungen eine gesetzliche Vermutung einer „Störung der Geschäftsgrundlage“ geschaffen (dazu unten mehr).

c. Die bisherige Rechtsprechung:

Aufgrund der Tatsache, dass die Problemlage erst seit Ende März 2020 existiert, liegt zu dieser Thematik sachlogisch noch keine höchstrichterliche Entscheidung (des zuständigen XII. Zivilsenats des BGH) vor.

Die (wenigen) bekannten Entscheidungen beschränken sich gegenwärtig auf Urteile eines Amtsgerichts (Düsseldorf), einiger Landgerichte und einer verhältnismäßig aktuellen Eilentscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg.

Die Entscheidungslage sieht, soweit gegenwärtig veröffentlicht, gegenwärtig weitgehend aus wie folgt:

- (1) **LG Mannheim vom 23.07.2020:** Hier hatte der Mieter eines Großraumbüros eine Mietreduktion von 50 % verlangt. Zur Begründung führte der Mieter aus, er habe das Büro bis auf eine Notbesetzung schließen müssen, weil sich ein Mitarbeiter mit dem Covid-19 Erreger infiziert hatte. Die Schließung habe sich zudem aus der dort gültigen (Baden-Württemberg) Coronaverordnung ergeben.
Die Schließung beruhen deshalb auf einer schwerwiegenden Änderung der Vertragsumstände, die zu einer Störung der Geschäftsgrundlage des Mietvertrages führe und deshalb eine Mietanpassung durch entsprechende Minderung erfordere. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.
Zur Begründung führt das Landgericht aus, dass der Mieter das Verwendungsrisiko für die Mietfläche trägt. Bei der geschilderten Sachlage läge bereits deshalb keine Störung der Geschäftsgrundlage vor, weil die Bindung des Mieters an die vertragliche Regelung im konkreten Fall zu keinem nicht mehr tragbaren Ergebnis führen würde.
- (2) **LG Heidelberg vom 30.07.2020:** Hier war eine Einzelhandelsfläche betroffen. Das Landgericht hat der Klage des Vermieters in vollem Umfang stattgegeben und sowohl einen Sachmangel der Mietsache, als auch eine Unmöglichkeit, sowie den Wegfall der Geschäftsgrundlage verneint. Meine Meinung dazu: Die Sachlage bei einer Handelsfläche kann nicht ohne weiteres auf eine Gastrotfläche übertragen werden. Ich halte das Urteil inhaltlich im Übrigen für nur sehr oberflächlich begründet.
- (3) **LG Frankfurt/Main vom 02.10.2020:** Auch hier war eine Handelsfläche betroffen. Auch das Landgericht Frankfurt/Main verneint eine Unmöglichkeit und einen Minderungsanspruch. Bei der Frage der Störung der Geschäftsgrundlage differenziert das Landgericht. Es hält dieses Rechtsprinzip grundsätzlich für möglich und anwendbar.
Im konkret zu entscheidenden Fall lehnt das Landgericht die Anwendung des § 313 BGB aber ab, sofern die Schließung für den Mieter/Pächter nicht zu existenziellen Folgen führt. Das Urteil ist meiner Meinung nach – insbesondere zum letzten Punkt (Wegfall der Geschäftsgrundlage) – nicht sehr überzeugend begründet.
- (4) **LG München I vom 22.09.2020:** Auch hier handelte es sich um eine Handelsfläche. Das Landgericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Mietsache aufgrund der Corona bedingten Nutzungsbeschränkungen mangelhaft im Sinne des § 536 BGB sei. Im Rahmen der monatsweisen Bemessung der Nutzungsmöglichkeit weist das Landgericht der Mietfläche dann für die Monate April bis Juni Minderungsquoten zwischen 80 % und 15 % zu. Zugleich bejaht das Landgericht die Anwendung der Prinzipien des Wegfalls/Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), hält diese dort aber deshalb nicht für anwendbar, weil die dort anwendbaren Regelungen einer mangelbedingten Minderung vorrangig seien.
- (5) **LG München I vom 05.10.2020:** Hier handelt es sich um eine Entscheidung zu einem Mietvertrag über eine Kunstgalerie. Im Ergebnis hat das Landgericht die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage bejaht. Die Miete war danach in den Monaten, in denen die Galerie von einer Schließung betroffen war, nach Auffassung der Kammer im Ergebnis um 50 % zu reduzieren.

- (6) **AG Düsseldorf vom 10.11.2020:** Hier handelt es sich um eine Entscheidung zu einem Mietvertrag über eine Bäckereifiliale mit Stehcafé. Das Amtsgericht hat (mit m.E. durchaus vertretbarer Argumentation) sowohl einen Minderungsanspruch, als auch eine (partielle) Unmöglichkeit verneint. Letztlich verneint das Amtsgericht aber auch mit wenig überzeugenden Argumenten die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Unter Abwägung aller Umstände einschließlich der vertraglichen Risikoverteilung sei es dem Mieter mangels Existenzgefährdung zumutbar, an der vertraglich vereinbarten Mietzahlungspflicht in vollem Umfang festzuhalten. Der Mieter trage insoweit das volle Verwendungsrisiko.

- (7) **OLG Nürnberg vom 19.10.2020:** Bei dieser Entscheidung handelt es sich nicht um ein Urteil, sondern um einen Beschluss über die Frage, ob ein Mieter, der in der 1. Instanz zur Räumung und Herausgabe verurteilt worden war, nun in der Berufung vorab die Einstellung der Zwangsräumung/Zwangsvollstreckung verlangen kann, weil die Zahlungsrückstände, auf die sich die fristlose Kündigung stützte, darauf beruhten, dass in dem betroffenen Zeitraum in dem Mietobjekt keine, bzw. nahezu keine Umsätze generiert werden konnten.

In diesem Fall handelte es sich um eine Gaststätte.

An sich überrascht diese Entscheidung zunächst eigentlich nicht, weil in dem sogenannten „Coronagesetz“ in Art. 240 § 2 Abs. 1 Satz 2 EGBGB ja ausdrücklich angeordnet worden war, dass coronabedingte Zahlungsrückstände aus den Zeiträumen April bis Juni 2020 (jedenfalls bis zum 30.06.2022) gerade nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigen sollen.

Neu ist in dieser Entscheidung allerdings, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Gründe der Liquiditätsschwäche präzisiert und herabgesetzt worden sind.

Zum einen reicht es für die Glaubhaftmachung aus, sofern der Betriebsinhaber eine BWA aus dem betroffenen Zeitraum vorlegt und sich daraus ergibt, dass die Einnahmen die Bezahlung der Mieten nicht mehr ermöglichen.

Andere Liquiditätsquellen (Rücklagen, Ersparnisse) muss der Mieter somit offensichtlich nicht heranziehen.

Zum anderen meint das OLG Nürnberg (zutreffend), dass eine Glaubhaftmachung der Gründe für diese Liquiditätsschwäche jedenfalls dann nicht erforderlich ist, wenn es sich um eine Gaststätte handelt.

Denn die behördlich angeordnete Schließung ist/war offenkundig.

Für die hier aufgerufene Frage interessant ist eine Nebenbemerkungen unter der Rz. 11 der Entscheidung.

Denn der Senat (immerhin eines Oberlandesgerichts) führt dort wörtlich aus:

„Es wird jedenfalls in der rechtlichen Diskussion mit beachtlichen Gründen vertreten, dass dann, wenn ein z.B. als Gaststätte, als Hotel, als Freizeiteinrichtung oder als Seminarraum angemietetes Objekt aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften schließen muss, die Mietsache mangelhaft und der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB befreit ist.“

Das lässt zwischen den Zeilen eigentlich nur den Schluss zu, dass der Senat im Falle einer behördlichen Schließung dem Mieter einen Minderungsanspruch zubilligen möchte.

d. Gesetzesreform:

Der Gesetzgeber beabsichtigt, gesetzlich klarzustellen, dass staatlich angeordnete Nutzungsbeschränkungen regelmäßig zu einer Störung der Geschäftsgrundlage des vereinbarten Miet/Pachtverhältnisses führen.

Der Bundestag hat deshalb in seiner Sitzung vom 17.12.2020 in § 7 zu Art 240 EGBGB folgende Regelung aufgenommen:

(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

(2) Absatz 1 ist auf Pachtverträge entsprechend anzuwenden.

Der Bundesrat hat der Ergänzung in seiner Sitzung vom 18.12.2020 zugestimmt.

Die Regelung ist mit Veröffentlichung im BGBl I S. 3320 am 30.12.2020 in Kraft getreten.

2. Zusammenfassung:

Wie bereits dargelegt, ist die Frage der Risikoverteilung coronabedingter Betriebsschließungen und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Verpflichtung zur Miet/Pachtzahlung in der juristischen Fachdiskussion noch ganz am Anfang einer Klärung. Auch die wenigen gerichtlichen Entscheidungen lassen noch keine verlässlichen Rückschlüsse auf eine gefestigte Rechtsprechung zu.

Es lassen sich - jedenfalls im Bundesland Bayern, und dort insbesondere in München – gegenwärtig allerdings gewisse Tendenzen erkennen.

In diesem Umfeld werden gegenwärtig im Ergebnis wohl die Prinzipien der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB angewendet.

Das deckt sich mit der zwischenzeitlich beschlossenen gesetzlichen Regelung.

Die in der Literatur und in der Rechtsprechung gegenwärtig diskutierte pauschale hälftige Risikoverteilung und insbesondere eine daraus abgeleitete Mietreduktion auf 50 % erscheint mir allerdings etwas voreilig.

Meines Erachtens müssten in jedem Einzelfall Prüfungen vorgenommen werden, was die Parteien in Kenntnis der pandemischen Lage wohl redlicherweise vereinbart hätten.

Dabei spielt die wirtschaftliche Risikoverteilung, aber auch die vereinbarte und noch verbleibende Laufzeit, sowie der Betriebszweck und die Ausgestaltung der Mietstruktur eine ganz besondere Rolle.

Gerade wenn Umsatzpachten vereinbart worden sein sollten, dürfte die Risikoverteilung wurden besonderem Maße zu Lasten des Vermieters zu bewerten sein.

Mietern oder Pächtern, denen es nicht gelingt, mit ihrem Vermieter oder Verpächter eine einvernehmliche Regelung für den Zeitraum der Schließung zu vereinbaren, dürften allerdings gut beraten sein, Miet- oder Pachtzahlungen zunächst unter dem Vorbehalt der Rückforderung zu leisten. Denn bei vorbehaltlosen Zahlungen in (möglicher) Kenntnis eines eventuellen Rückforderungsanspruchs könnten sie sonst Gefahr laufen, gegebenenfalls nach § 814 BGB („Kenntnis der Nichtschuld“) einen Rückforderungsanspruch für die Vergangenheit zu verlieren, sofern die Frage einer schließungsbedingten Mietreduktion gesetzlich, oder gerichtlich zu Gunsten der Mieter oder Pächter entschieden werden sollte.

Stand: 14.01.2021 (Dieser Beitrag wird laufend aktualisiert)