

**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 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. Auch wenn mit der zwischenzeitlich in Kraft getretenen 13. BayIfSMV in der Fassung vom 28.07.2021 deutliche Lockerungen Anwendung finden, bleibt die Frage offen, ob den von den vorausgegangenen Verordnungen ganz oder

teilweise betroffenen Betrieben aus den laufenden Miet- und Pachtverhältnissen (Rück-)Zahlungsansprüche zustehen

b. Die Meinungen im Schrifttum:

Von Anbeginn an wurde in der mietrechtlichen Fachliteratur, 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 wurde 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 meinten, 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 zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen zahlreicher Landgerichte und einiger Oberlandesgerichte lassen allerdings nun eine deutliche Tendenz erkennen.

In den Instanzen hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die pandemiebedingten Beeinträchtigungen der Nutzungsmöglichkeit der Miet- oder Pachtsache zu einer Störung der dem Miet- oder Pachtverhältnis immanenten Geschäftsgrundlage führt.

Zwischenzeitlich hatte auch der Gesetzgeber klargestellt, dass staatlich angeordnete Nutzungsbeschränkungen regelmäßig zu einer Störung der Geschäftsgrundlage des vereinbarten Miet/Pachtverhältnisses führen.

§ 7 zu Art 240 EGBGB lautet insoweit:

(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.

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

Ob die neue Regelung für sich genommen zur Klärung der schwierigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der pandemische Lage wirklich beitragen kann, ist allerdings zu bezweifeln.

Denn letztlich handelt es sich lediglich um die Anordnung einer gesetzlichen Vermutung, die zuvor eigentlich niemand ernstlich infrage gestellt hatte.

Die Problematik liegt vielmehr auf der Ebene des normativen Elements der Rechtsfolgen einer Störung der Geschäftsgrundlage und damit letztlich in der Beantwortung der Frage, wann die Störung so schwerwiegend ist, dass das unveränderte Fortwirken der mietvertraglichen Verpflichtungen des Mieters für diesen unzumutbar werden, bzw. wen das insoweit betroffene Betriebsrisiko trifft.

Und hier gehen die Meinungen der mit dieser Frage befassten Oberlandesgerichte noch weit auseinander.

Das reicht von dem Erfordernis, die Folgen der Schließung müssten für den Mieter/Pächter auch unter Berücksichtigung von Hilfszahlungen „existenziell“ sein, über vermittelnde Lösungen, bis hin zu der pauschalen „Lösung“ es handele sich um ein geteiltes Risiko, so dass die Miete weitgehend pauschal auf 50% herabgesetzt werden müsse.

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 nicht abschließend geklärt.

Die vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen lassen allerdings langsam eine gewisse Tendenz erkennen.

Die Frage ob es sich bei der pandemische Lage grundsätzlich um eine Störung der Geschäftsgrundlage wird (in Anlehnung der nun auch erfolgten gesetzlichen Vermutung) überwiegend bejaht. Damit sind Diskussionsansätze über eine (Teil-) Unmöglichkeit, oder eine Minderung der Miete weitgehend vom Tisch.

Im Bereich der dann erforderlichen normativen Wertung, also ob die Störung zu einer unzumutbaren Situation für den Mieter führt, bleibt die Diskussion weiter offen, wenngleich die Anforderungen an die Darlegungslast des betroffenen Mieters zunehmend verschärft werden.

Erfreulich ist, dass alle mit der Frage befassten Senate der Oberlandesgerichte jeweils die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen haben, so dass der XII. Zivilsenat (hoffentlich) bald ein „Machtwort“ sprechen wird.

Mietern oder Pächtern, denen es gegenwärtig jedenfalls nicht gelingen sollte, mit ihrem Vermieter oder Verpächter eine einvernehmliche Regelung für den Zeitraum der Schließung zu vereinbaren, dürften deshalb weiterhin gut beraten sein, im Falle von Schließungsmaßnahmen 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 in verlässlichem Umfang gerichtlich zu Gunsten der Mieter oder Pächter entschieden werden sollte.

Stand: 02.08.2021 (Dieser Beitrag wird laufend aktualisiert)