

Rundschreiben 10/2020

Thema: Geschäftsraummiete & COVID-19-Pandemie, Mietzahlungspflicht? / Mietrecht

1. Einleitung

Die COVID-19-Pandemie wirft auch im Mietrecht zahlreiche Rechtsfragen auf. Besonders umstritten ist, ob und inwieweit der Mieter bei einer Schließung seines Geschäftsbetriebes berechtigt ist, gegenüber dem Vermieter die Miete zu reduzieren bzw. gar das Mietverhältnis zu kündigen. In der Rechtsprechung herrscht bunte Meinungsvielfalt, wobei überwiegend zu Gunsten des Vermieters entschieden wird. In der Literatur wird gleichfalls kontrovers diskutiert. Der Gesetzgeber hat nun zu Gunsten des Mieters nachgebessert und am 17.12.2020 eine Gesetzesänderung beschlossen. Die nachfolgende Darstellung versucht, die aktuelle Situation in der Geschäftsraummiete unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der gesetzlichen Regelungen wiederzugeben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die aktuelle Rechtsprechung, aber auch die Gesetzgebung, kritisch zu beobachten ist. Die Entwicklung ist ähnlich der COVID-19-Pandemie selbst auch im Rechtsbereich sehr dynamisch.

2. Überblick

Der Gesetzgeber hat am Anfang des Jahres und nun am Ende des Jahres 2020 mit Sonderregelungen reagiert.

Das „COVID-19-Gesetz“ vom 27.3.2020:¹

Art. 240 § 2 EGBGB Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen

- (1) *Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.*
- (2) *Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.*
- (3) *Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.*
- (4) *Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.*

Hinweis:

Sinn und Zweck der Regelung war der Erhalt der Mietverträge, weshalb ein zeitlich befristetes Kündigungsverbot geregelt wurde. Die Bestimmung hat keinen Einfluss auf die Mietzahlungspflicht.

Die vom Bundestag am 17.12.2020 beschlossene und vom Bundesrat am 18.12.2020 gebilligte Regelung im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) lautet:

¹ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (BGBl. 2020 I 569)

Art. 240 § 7 EGBGB Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen

- (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.

Hinweis:

Sinn und Zweck der Regelung ist es, durch die Vermutung des Wegfalls einer Geschäftsgrundlage die Parteien quasi zu Verhandlungen zwecks Anpassung der Miete zu zwingen. Die Bestimmung hat selbst noch keinen Einfluss auf die Mietzahlungspflicht.

3. Mietzahlungspflicht Geschäftsraummieter

Nachfolgend werden die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zum Thema „Mietzahlungspflicht“ vorgestellt. Dies betrifft die Rechtsauffassungen bis zur Regelung vom 17.12.2020:

Strittig war und bleibt die Mietzahlungspflicht des Mieters bei Betriebseinschränkungen aufgrund der COVID-19-Pandemie.

Kontrovers diskutiert werden dabei Fragen zur:

- Unmöglichkeit,
- Mängelrechte des Mieters (insbesondere Mietminderung) und
- Wegfalls der Geschäftsgrundlage (WGG).

3.1. Meinungsbild Rechtsprechung – Mietzahlungspflicht des Geschäftsraummieters?

Es liegen zwischenzeitlich die ersten divergierenden Gerichtsentscheidungen vor:

„pro Zahlungspflicht“	„contra Zahlungspflicht“
<ul style="list-style-type: none"> - LG Heidelberg, Urteil vom 30.07.2020 Az: 5 O 66/20 - LG Zweibrücken, Urteil vom 11.09.2020 Az: HK O 17/20 - LG Frankfurt/Main, Urteil vom 05.10.2020 Az: 2-15 O 23/20 - LG Stuttgart, Urteil vom 19.11.2020 Az: 11 O 215/20 - LG Wiesbaden, Urteil vom 05.10.2020 Az: 9 O 852/20 - LG München II, Urteil vom 22.09.2020 Az: 13 O 1697/20 - LG München II, Urteil vom 06.10.2020 Az: 13 O 2044/20 - LG Lüneburg, Urteil vom 17.11.2020 Az: 5 O 158/20 	<ul style="list-style-type: none"> - LG München I, Urteil vom 22.09.2020 Az: 3 O 4495/20 - LG München I, Urteil vom 05.10.2020 Az: 34 O 6013/20 - LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 Az: 12 O 154/20

Im Ergebnis ist die Rechtsprechung geteilter Meinung, wobei sich eine Tendenz dahingehend ergibt, dass meist ein „Mangel der Mietsache“, damit die „klassische“ Mietminderung, abgelehnt wird. Beim Thema „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ wird teilweise deren Anwendung abgelehnt oder aber auf Extremfälle, d. h. Existenzgefahr für den Mieter, reduziert. Auch die obigen Entscheidungen zugunsten einer Mietzahlungspflicht des Mieters lehnten einen Wegfall der Geschäftsgrundlage meist nicht generell ab, sondern sahen nur deren Voraussetzungen im konkreten Fall als nicht gegeben an. Diese Entscheidungen beruhen noch auf dem Rechtsstand vor dem 17.12.2020, d. h. ohne der Vermutung eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

3.2. Meinungsbild Literatur – Mietzahlungspflicht des Geschäftsraummieters?

Die COVID-19-Pandemie hat auch zu einer kritischen Auseinandersetzung der Situation in der Literatur geführt. Tatsache ist, dass die bestehenden Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (= BGB) nun mit einer völlig neuen Situation umgehen mussten. Dabei war im Blickpunkt, ob und inwieweit die COVID-19-Pandemie einen Mangel darstellt bzw. einen Wegfall der Geschäftsgrundlage. Eine ausdrückliche Regelung enthält das BGB zu dieser Problematik nicht. Im Einzelnen:

3.2.1. Pflicht zur Mietzahlung – Geschäftsraum – Allgemein

Gesetzliche Regelungen BGB:

Ausgangspunkt der Beurteilung sind die gesetzlichen Regelungen:
Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters, § 535 Abs. 1 BGB
Mietzahlungspflicht des Mieters, § 535 Abs. 2 BGB

Gesetzliche Regelungen „COVID-19 Gesetz“:

Art. 240 § 1 EGBGB (das Moratorium für Geldschuldner) gilt nicht für Miet- und Pachtverträge, Art. 240 § 1 Abs. 4 Nr. 1 EGBGB

Konkurrenzen:

Bei der Anwendung der verschiedenen Regelungen sind zunächst die Konkurrenzen, d. h. das Verhältnis der Regelungen zueinander, zu klären. Nach Überlassung der Mietsache wird das allgemeine Leistungsstörungenrecht (z.B. Unmöglichkeit, Verzug usw.) regelmäßig von den Vorschriften der §§ 536, 537 BGB (Mängelhaftung) verdrängt.

Vertragliche Regelungen:

Im Regelfall sind pandemiebedingte Betriebsschließungen nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) vertraglich unregelt. Selbst Klauseln, die allgemein „höhere Gewalt“, „acts of god“ und „force majeure“ regeln, dürften in Geschäftsraummietverträgen selten sein.

Gibt es solche, gehen diese aber den gesetzlichen Regelungen grundsätzlich vor

- Entfall der Mietzahlungspflicht bei „höherer Gewalt“ in von marktstarken Mietern gestellten AGB²: § 307 Abs.1 BGB?
- Eine vorrangige vertragliche Regelung könnte mittelbar auch die Vereinbarung einer Umsatzmiete oder Umsatzpacht sein.

Neuere Geschäftsraummietverträge ab März 2020 bzw. Nachträge zu derartigen Mietverträgen dürften schon die Bestimmungen zu diesem Regelungskomplex haben. Diese wären, sofern wirksam und abschließend, vorrangig vor gesetzlichen Regeln.

² Sittner, NJW 2020, 1169,1170

3.2.2. Pflicht zur Mietzahlung – Geschäftsraum – Unmöglichkeit

Unmöglichkeit - §§ 275, 326 BGB:

Keine Unmöglichkeit der Leistungspflicht des Mieters nach § 275 BGB

Die Leistungspflicht des Mieters besteht in der Mietzahlung. Die Mietzahlung an sich ist aber nicht unmöglich, da nach allgemeinem Grundsatz der Schuldner „Geld zu haben hat“.

Keine Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährleistungspflicht des Vermieters:

- Nach Gebrauchsüberlassung werden die allgemeinen Regelungen zum Leistungsstörungsrecht durch die §§ 536 ff. BGB verdrängt³
- Dies gilt jedenfalls bei teilweiser oder zeitweiser Unmöglichkeit der Nutzung der Mietsache. Ausnahme: völligen Zerstörung der Mietsache⁴

Im Ergebnis wird die Unmöglichkeit meist ausscheiden und die Lösung der Sachverhalte entweder im Mängelhaftungsrecht des Mietrechts oder im Wegfall der Geschäftsgrundlage zu suchen sein.

3.2.3. Pflicht zur Mietzahlung – Geschäftsraum – Mangel

Mangelhaftigkeit der Mietsache, Anwendbarkeit §§ 536 ff. BGB:

Umstritten ist bereits die Frage, ob die Regelungen des Art. 240 §§ 1-4 EGBGB als speziellere Vorschriften die Regelungen der §§ 536 ff. BGB ausschließen.

Meinung 1:

Es sei der Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass die Mietzahlungspflicht unberührt sein soll. In der Gesetzesbegründung⁵ wird ausgeführt:

„Aber die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete bleibt im Gegenzug im Grundsatz bestehen“

Meinung 2:

Die Regelung des Art. 240 §§ 1-4 EGBGB schließen die Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften in §§ 536 ff. BGB nicht aus, da die Formulierung „im Grundsatz“ deutlich macht, dass der Gesetzgeber sich nicht sicher war, ob die Zahlungspflicht besteht oder nicht⁶.

Im Ergebnis erscheint es richtig, dass das COVID-19 Gesetz die Anwendung mietrechtlicher Vorschriften der §§ 536 ff. BGB nicht stört.

Im Ergebnis dürften die Regelungen der §§ 536 ff. BGB anwendbar sein. Dies sagt aber nichts darüber aus, ob auch ein Sachmangel vorliegt.

³ vgl. Schmidt-Futterer § 537 BGB Rn. 10 – wohl allg. Meinung

⁴ BeckOGK BGB § 536 BGB Rn. 7

⁵ BT-Drs 19/18110, Seite 18

⁶ zum Ganzen mit weiteren Nachweisen Neuhaus IMR 2020, 1060

Mangelhaftigkeit der Mietsache, § 536 Abs. 1 BGB:

Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht."

Vorrangig ist immer die Vertragsauslegung – fehlt es aber an konkreten Vereinbarungen zur den Folgen der Corona-Pandemie, so ist maßgebend, was für die Leistung des Vermieters vertragstypisch ist.

Im Regelfall hat der Vermieter dem Mieter grundsätzlich nur die Möglichkeit des Gebrauchs zu verschaffen und die Mietsache in einem dem Verwendungszweck entsprechenden Zustand zu erhalten:

- Der Vermieter schuldet nur die Überlassung der für den Betrieb notwendige Räume, nicht aber die Überlassung des Betriebs selbst
- Vertragsgegenstand (Mietsache) ist nur eine körperliche Sache und nicht eine Gesamtheit von materiellen und immateriellen Rechten
- Daher gehören nur rechtliche Umstände, welche die körperliche Beschaffenheit der Mietsache betreffen zur Leistungspflicht des Vermieters – die Nutzung gehört allein zum Verwendungsrisiko des Mieters

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und –beschränkungen, die Ihre Ursache nicht in der Beschaffenheit der Mietsache selbst haben, betreffen ausschließlich das Verwendungsrisiko des Mieters⁷.

Nur solche Beeinträchtigungen sind einen Mangel, bei denen die Maßnahmen unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache zusammenhängen⁸. Umstände, die zum allgemeinen Risiko eines jeden Unternehmers gehören bewirken keinen Mangel. Das Verwendungsrisiko trägt der Mieter⁹. Dies ist auf pandemiebedingte hoheitliche Maßnahmen übertragbar, denn die tatsächliche Grundlage für behördliche Einschränkungen ist die jeden Bürger betreffende Gesundheits- und Infektionslage, so dass es sich um ein allgemeines Verwendungsrisiko handelt¹⁰.

Der Virus wirkt sich auf die Substanz der Mietsache nicht aus, denn die Mietsache kann vom Virus nicht befallen werden. Allein die politische Reaktion auf die Verbreitung des Virus wirkt sich auf die Nutzung der Mietsache aus¹¹.

Nach diesseitiger Auffassung liegt **kein Mangel** im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB vor.

⁷ BGH NJW 2011, 3151 Rn 8; BGH NJW 1981, 2405 – anders noch RGZ 89, 203 aus dem Jahr 1917 für die kriegsbedingte Schließung eines Tanzlokals: Mangel bejaht – aber vor der richterlichen Entwicklung von der Störung der Geschäftsgrundlage

⁸ BGH NJW 2011, 3151 Rauchverbot in Gaststätten

⁹ BGH IMR 2016, 71; BGH IBR 2000, 396

¹⁰ Neuhaus IMR 2020, 1060

¹¹ Both in Zehelein, COVID-19 § 3 Rn. 23 ff.; a.A. Sentek/Ludley NZM 2020, 406; Kreppold WM 2020, 726

3.2.4. Pflicht zur Mietzahlung – Geschäftsraum – WGG

Mit der Ablehnung eines Sachmangels ist die rechtliche Prüfung des Sachverhalts aber nicht abgeschlossen. Es stellt sich die hoch umstrittene Frage, ob die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (WGG) anwendbar sind. An diese Problematik knüpft auch die Neuregelung des Gesetzgebers vom 17.12./18.12.2020 an, in dem die Vermutung ausgesprochen wird, dass der Wegfall der Geschäftsgrundlage auf diese Situation anwendbar ist. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zeigt aber, dass die Frage der Anwendbarkeit also nicht so einfach zu sein scheint, wie es der Wortlaut suggeriert.

Störung der Geschäftsgrundlage, Anwendbarkeit § 313 BGB

Umstritten ist bereits die Frage, ob die Regelungen des Art. 240 §§ 1-4 EGBGB als speziellere Vorschriften die Regelungen des § 313 BGB ausschließen.

Die Anwendung des § 313 BGB wäre gesperrt, wenn der Gesetzgeber durch das COVID-19-Gesetz den Fall der Mietzahlungen abschließend geregelt hätte.

Meinung 1:

Der Gesetzgeber habe für den Zeitraum 01.04. bis 30.06.20 Liquiditätsengpässe durch den Kündigungsschutz abschließend geregelt¹².

Meinung 2:

Der Gesetzgeber beschränkt aber in Art. 240 § 2 EGBGB ausdrücklich nur das Kündigungsrecht¹³

- Regelungen zu Mietzahlungen ergeben sich aus dem Gesetz nicht, der Regierungsentwurf (BT-Drs. 19/18110, S. 36) beabsichtigt lediglich die Bestandssicherung des Mietverhältnisses
- Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich nicht, dass der Mieter auch unter den Einschränkungen des IfSG weiterhin die volle Miete schuldet.

Art. 240 § 2 EGBGB ist daher wohl **keine spezialgesetzliche Regelung**, die eine Anwendung der Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sperrt (str.).

Mit diesem Ergebnis, dass der Wegfall der Geschäftsgrundlage hinsichtlich der Anwendbarkeit nicht ausgeschlossen ist, wird im Grunde die neu eingeführte Vermutung des Gesetzgebers nur bestätigt. Der Gesetzgeber hat mit der Neuregelung nun klargestellt, dass die bisherige Regelung nicht abschließend sein sollte. Die Anwendbarkeit des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist somit nicht gesperrt.

Nach diesseitiger Auffassung ist die Neuregelung aber nicht dahingehend zu verstehen, dass damit auch die Tatbestandsvoraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage automatisch gegeben sind. Daher bedarf es, sowohl für die Sachverhalte vor der neuen gesetzlichen Regelung vom 17./18.12.2020 als auch nach dem Inkrafttreten der Regelung einer näheren Betrachtung der Voraussetzungen der WGG auch für die aktuellen Sachverhalte.

¹² wohl LG Frankfurt/Main, Urteil vom 02.10.2020 – 2-15 O 23/20 (nicht rechtskräftig)

¹³ z.B. Neuhaus IMR 2020, 1060 m.w.N.

Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Folgt man der Auffassung, dass kein Mangel vorliegt und der WGG nicht gesperrt ist, ist grundsätzlich das nachrangige allgemeine Leistungsstörungenrecht einschließlich Störung der Geschäftsgrundlage anwendbar. Diese Auffassung, die in Rechtsprechung und Literatur auch stark vertreten ist, wird durch die gesetzliche Vermutung des Art. 240 § 7 EGBGB nun gestärkt. Die WGG ist definiert in § 313 BGB:

§ 313 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 Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.*
- (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*

Die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen sind nun:

Liegt eine Störung der Geschäftsgrundlage vor?

Vorliegen von Umständen, die eine Partei bei Vertragsschluss vorausgesetzt hat, die aber nicht Vertragsinhalt geworden sind, und die sich nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben.

- Haben die Parteien – nach ihren gemeinsamen Vorstellungen - vorausgesetzt, dass es nicht zu einer COVID-19 Pandemie mit Stilllegung des öffentlichen Lebens, Kontaktbeschränkungen und Betriebsschließungen kommt?
- Betroffen ist die sog. „Große Geschäftsgrundlage“, weil die Umstände nicht vertragsimmanent sind, sondern aus den allgemeinen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen herrühren.
- Der Umstand alleine, dass das betroffene Risiko hier in die Sphäre des Mieters fällt, hindert nicht, sich auf § 313 BGB zu berufen (BGH NJW 1984, 1746, 1747)
- Mindestens eine Vertragspartei müsste den Mietvertrag so nicht abgeschlossen haben – redlicherweise hätten die Parteien, wenn sie den Fall vorausgesehen hätten, den Vertrag jedenfalls bei kompletten Betriebsstilllegungen so nicht abgeschlossen (hypothetisches Element)

Das Gesetz vom 17.12.2020 führt nun eine Vermutungswirkung zu Gunsten des WGG ein, so dass Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nun zu beachten sind. Eine Vermutung kann widerlegt werden und entbindet nicht vom Einhalt der Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 BGB!

Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung zu den vereinbarten Konditionen?

Eine Anpassung ist nur dann zulässig, wenn dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann¹⁴.

¹⁴ BGH NJW 2012, 1718

Aber nicht jede gravierende Veränderung der gemeinsamen Vorstellungen rechtfertigt eine Vertragsanpassung, die Aufrechterhaltung muss vielmehr zu nicht mehr tragbaren Ergebnissen führen.

In Bezug auf das vom Mieter zu tragende Verwendungsrisiko (Risikozuweisung) aber auch die wohl nur vorübergehenden Betriebsschließungen für einige Wochen ist eine Störung der Geschäftsgrundlage eher nicht anzunehmen (sehr str.):

- Allgemeine gesellschaftliche und wirtschaftliche Not beeinträchtigt noch nicht die Beziehungen der Vertragspartner zueinander
- Mieter können die Krise teilweise kompensieren (vorgezogene Instandhaltungen, Lieferservice, Fertigung Atemschutzmasken usw....)
- der Staat (Bund und Länder) haben umfangreiche Hilfspakete zur Abwendung wirtschaftlicher Risiken gewährt. Beispielsweise wurden in der Gastronomie für November 2020 staatliche Hilfen in Höhe von 75 % des Vorjahresumsatzes des November 2019 angekündigt.

Ergebnis:

Der automatische Rückgriff auf die Grundsätze des WGG zur Lösung der COVID-19 Probleme im Mietrecht erscheint nicht immer angemessen, obwohl die Rechtsfolgenseite ein flexibles Instrumentarium bietet. Entscheidend sind nach diesseitiger Auffassung die Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 BGB und die klare Risikozuweisung des Verwendungsrisikos an den Mieter, die die eigentliche Hürde für die Vertragsanpassung ist. (sehr str.) Daran dürfte auch Art. 240 § 7 EGBGB nichts ändern, der nur die Anwendbarkeit regelt, nicht aber das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen oder gar die Rechtsfolgen des WGG vermutet. Sinn und Zweck der Neuregelung ist der Zwang zur Vertragsverhandlung.

Rechtsfolgen bei Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB:

Das **Kündigungsrecht** des Mieters nach § 313 Abs. 3 BGB ist eher die Ausnahme, weil bei vorübergehenden Betriebsschließungen eine Anpassung möglich und beiden Vertragsparteien auch zumutbar ist.

Für den Vermieter gilt insoweit ohnehin die Sonderregelung des Art. 240 § 2 EGBGB (Kündigungssperre)

Die **Anpassung der Miete** erfolgt durch Verständigung der Parteien ggfs. ist diese im Prozess durch Einrede des Mieters geltend zu machen.

Die Anpassung (Reduzierung der geschuldeten Miete) liegt im Prozess im tatrichterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

In der Literatur besteht bunte Meinungsvielfalt: Teilweise zeitlich gestaffelt, d.h. die ersten 2 Wochen 50%, danach Entfall der Miete¹⁵, einerseits maximal 50% Mietreduzierung¹⁶, andere erachten 50%:50% generell für angemessen^{17,18}.

¹⁵ Ekkenga/Schirmmacher NZM 2020, 410, 414

¹⁶ Sittner NJW 2020, 1169, 1172

¹⁷ Leo/Götz NZM 2020, 402

¹⁸ vgl. Neuhaus IMR 2020, 1060 m.w.N. dieser für generelle Kürzungsquote 40%:60% zu Lasten des Mieters mit Möglichkeit auf Basis dieser Grundlage nach oben oder unten anzupassen

4. Bewertung

Im Ergebnis bleibt es weiterhin bei einer Interessensabwägung zwischen Vermieter und Mieter im Einzelfall. Daran ändern die gesetzlichen Maßnahmen und auch der jüngste Versuch des Gesetzgebers nichts. In den Altfällen werden vertragliche Regelungen meist fehlen. Hier bedarf es eines Rückgriffes auf die gesetzlichen Vorschriften, wie vorstehend geschildert. In den neuen Fällen könnten vertragliche Regelungen den Weg zu den gesetzlichen Vorschriften sperren. Die gesetzliche Regelung ist, sofern die vertraglichen Regelungen wirksam sind, nachrangig. Aber auch in den neuen Fällen, d. h. Verträgen ab etwa März 2020, wird es eine Frage des Einzelfalls bleiben, ob und inwieweit tatsächlich der Mieter die Miete reduzieren kann. Die Möglichkeiten des Mieters bei fehlender vertraglicher Vorsorge, werden eher schlechter sein als zuvor. Wenn die Vertragsparteien während einer laufenden Pandemie vertragliche Vereinbarungen treffen, wird man davon ausgehen können, dass das Risiko mit berücksichtigt wurde. Das Verwendungsrisiko liegt aber, wie vorstehend geschildert, beim Mieter. Die gesetzliche Neuregelung vom 17.12./18.12.2020 wird in der Praxis wohl eher wenig zur Lösung beitragen. Sie mag dazu dienen, dass die Vertragsverhandlung zwischen den Parteien gefördert wird. Behauptungen, dass mit dieser Regelung eine Mietminderung eingeführt worden sei, entbehren jeglicher Grundlage. In den Printmedien findet keine ausreichende Differenzierung statt¹⁹. Die Behauptung, dass sich durch diese gesetzliche Regelung nichts geändert habe, entbehrt aber ebenso einer Tatsachengrundlage. Im Grunde wird man sich vor Gericht im Streitfall den Einzelfall betrachten müssen. Eine mathematische Lösung verbietet sich. Daher sollten die Vertragsparteien eher einvernehmliche Lösungen anstreben, bevor sie vor Gericht mit nicht prognostizierbaren Einschätzungen konfrontiert werden.

5. Auswirkungen der COVID-19-Pandemie im Streitfall und in der Vertragsgestaltung

5.1. Beurteilungsfaktoren/Argumentationshilfen für Sachvortrag im Streitfall

Vermieter bzw. Mieter sollten bei der noch nicht abschließend geklärten Rechtslage sich Gedanken über den notwendigen Sachvortrag im Streitfall machen:

Beispiele:

- Prüfung, ob Mietvertrag vorrangige Regelungen zu Fällen einer Pandemie (beziehungsweise höhere Gewalt) hat
- Prüfung, ob Mietvertrag vorrangige Regelungen zum Verwendungszweck (Verlagerung auf Vermieter oder Mieter) hat
- Prüfung, ob Mietvertrag Ausschluss/Einschränkungen der Mängelrechte des Mieters (z.B. Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsklauseln) enthält.
- Prüfung Zeitraum des Mietvertragsabschlusses (COVID -19 Pandemie bekannt?)
- Prüfung, wer trägt nach dem Mietvertrag das allgemeine unternehmerische Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko? direkt oder indirekt (Umsatzmiete?)
- Prüfung, ob extremer Ausnahmefall mit unvorhergesehene Entwicklung mit eventuell existenziellen Folgen für eine Partei vorliegt?
- Prüfung, ob und inwieweit Nutzung des Mieters tatsächlich eingeschränkt war (Onlinehandel, Lieferservice, Lagerverkauf, aber auch staatliche Hilfen)?

¹⁹ Beispiel: „Mieten dürfen wegen Corona gesenkt werden: Neues Gesetz kommt noch vor Weihnachten“, Focus online vom 16.12.2020. Die Schlagzeilen suggerieren ein Mietminderungsrecht, wobei nicht zwischen der Mängelhaftung und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage differenziert wird.

5.2. Kautelarpraxis:

Vermieter und Mieter sollten aufgrund der unklaren Rechtslage (solange keine sichere Rechtsprechung des BGH vorliegt) aufgrund der bunten Meinungsvielfalt in Rechtsprechung und Literatur in den Vertragsverhandlungen für den Neuabschluss oder Nachträgen pragmatische Lösungsansätze entwickeln, wobei auch wirtschaftliche Aspekte (Insolvenzgefahr) den Handlungsbedarf prägen bzw. prägen werden.

Laufende Mietverhältnisse:

Es sollten Nachträge unter Beachtung der Schriftform (§§ 550, 578 BGB) geschlossen werden unter Rückgriff auf den „Werkzeugkasten der Vertragsgestaltung“. Dies können zeitlich befristete Mietsenkungen sein (Kleine Lösung) oder weitergehende Regelungen bis hin zur Neugestaltung des Vertragsverhältnisses sein, z.B. geänderte Laufzeiten, flexible Mietanpassungen, Sonderkündigungsmöglichkeiten, Verschiebung/Neuregelung von Erhaltungslasten (Große Lösung)

Künftige Mietverhältnisse:

Es sollten in künftige Mietverträge die Risiken der COVID-19 Pandemie bzw. vergleichbarer Situationen („höhere Gewalt“) berücksichtigt werden. Regelungsbereiche können Nutzung der Mietsache, Mietbeginn, Laufzeit, Miete, Mängelhaftung und Nebenpflichten (z.B. Versicherung) sein²⁰.

6. Zusammenfassung

Das Thema COVID-19-Pandemie wird die Vertragsparteien eines Geschäftsraummietvertrages noch länger begleiten. Die erste Welle im Frühjahr 2020 war nur der Vorbote für die weit größere zweite Welle. Deren Ausmaß und Dauer ist derzeit nicht abschätzbar. Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass die Vertragsparteien versuchen sollten, gemeinsame Lösungen zu finden. Viele Rechtsfragen sind noch ungeklärt. Es droht einer der Vertragsparteien im Falle einer Eskalation der wirtschaftliche Zusammenbruch. Dies hilft dem anderen Vertragspartner wenig. Dabei ist nicht nur auf den Mieter zu sehen, sondern auch auf den Vermieter. Während es zumindest bei Betriebsschließungen staatliche Hilfen für den Mieter gibt, mögen sie auch noch so unzureichend sein, sind Hilfen auf Seiten des Vermieters eher überschaubar. Der Immobilienmarkt ist aber nicht nur geprägt von Investmentfonds, die in der Geschäftsraummiets investieren. Auch so mancher Vermieter gerät in existenzielle Notlagen. Daher werden Gerichte, wenn einvernehmliche Lösungen zwischen den Parteien scheitern, stets den Einzelfall beurteilen müssen, wobei sowohl die Interessen des Vermieters als auch die Interessen des Mieters zu berücksichtigen sind. Es ist zu empfehlen, frühzeitig anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, um gegebenenfalls bei Neuabschluss von Verträgen oder Nachträgen die Probleme anzusprechen und einer Lösung zuzuführen. Die Beratungspraxis zeigt, dass viele Vertragsparteien mit dieser Thematik überfordert sind und teilweise Regelungen getroffen werden, die nur Teilaspekte klären bzw. unzureichend klären mit den damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken.

²⁰ Zu Gestaltungsmöglichkeiten Sittner in Zehelein, COVID-19, § 9, 2020