

Dr. Ulrich Leo und Emanuel Götz\*

## Fälle und Lösungen zum Schicksal der Mietzahlungspflicht des Gewerberaummieters in COVID-19-Zeiten

Zugleich zur temporären Suspendierung vertraglicher Pflichten infolge hoheitlicher Eingriffe in die Nutzung von bestimmten Mieträumen

### NZM-Übersicht

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>I. Einleitung</p> <p>II. Der berühmte „Blick ins Gesetz“</p> <p>1. Mietmangel</p> <p>2. Mietzahlungspflicht bei persönlicher Verhinderung des Mieters</p> <p>3. Gesetzliches Verbot, Ausschluss der Leistungspflicht oder Befreiung von der Gegenleistung/ Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht?</p> | <p>a) Suspendierung mietvertraglicher Pflichten infolge hoheitlicher Pandemieabwehr?</p> <p>b) Alternativ: Vorübergehende Unmöglichkeit?</p> |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>4. Wegfall der Geschäftsgrundlage?</p>                                                                                                    |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>III. Zusammenfassung</p>                                                                                                                  |

### I. Einleitung

Die gegenwärtige Pandemie hat Deutschland und dementsprechend auch das deutsche Zivilrecht unvermittelt getroffen. Und unvorbereitet, obwohl die Bundesregierung entsprechende Bedrohungsszenarien bereits mit der Wende 2012/2013 – nämlich mit der „Unterrichtung durch die Bundesregierung“ in Form eines „Bericht(s) zur Risikoanalyse zum Bevölkerungsschutz 2012“<sup>1</sup> – konkret zur Pandemie durch Virus „Modi-SARS“ – hat beleuchten lassen. Angesichts dessen ist in einer ex-post-Perspektive die fehlende Vorbereitung nicht nur des BGB auf die Bedrohungslage umso erstaunlicher.

Der Gesetzgeber hat mit dem am 27.3.2020 verabschiedeten „COVID-19-Gesetz“<sup>2</sup> mit eiligen Maßnahmen versucht, eine gewisse „Sturmfestigkeit“ auch des deutschen Mietrechts – über eine zeitlich befristete Kündigungssperre im pandemiebedingten Zahlungsrückstand – herzustellen. In den Motiven heißt es dazu, insoweit klingt allerdings auch bereits ein Regel-Ausnahmen-Ansatz an:

„Wegen Mietschulden aus dem Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 dürfen Vermieter das Mietverhältnis nicht kündigen, sofern die Mietschulden auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhen. Die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete bleibt im Gegenzug im Grundsatz bestehen.“<sup>3</sup>

Wie nicht zuletzt die heftigen medialen Reaktionen auf die Ankündigungen einiger Großmieter, während der Phase der hoheitlich erzwungenen Ladenschließungen keine oder nur eine geminderte Miete an ihre Vermieter überweisen zu wollen (und sich anschließend teils auf den Rückzug zu begeben), zeigen, hat die Krise heftige Auswirkungen auf den Gewerberaummietmarkt. Zumindest längerfristig erzwungene Schließungen von Ladenlokalen, Gaststätten, Kinos etc. drohen sich sowohl für Vermieter als auch für Mieter zu einer existenziellen Bedrohung auszuwachsen. Die Frage, ob Mieter trotz fehlender Nutzungsmöglichkeit zur Mietzahlung verpflichtet bleiben oder ob Vermieter auf entsprechende Mieteinnahmen verzichten müssen, treibt alle Beteiligten und nicht zuletzt ihre juristischen Berater um. Gerade bei Allgemeinjuristen wird, mangels einschlägiger Vorbefassung, verbreitet Unwissenheit über die spezifischen Rechtsfolgen vorherrschen. Nach einer ersten Phase, in der vor allen Dingen im Internet ua von Juristen, insbesondere im Rahmen von

Blog-Beiträgen auf Kanzlei-Webseiten, mehr oder weniger einseitige/interessengeleitete Einschätzungen zur Rechtslage verbreitet wurden, hat nunmehr der wissenschaftlichen Diskurs in Bezug auf die zutreffende rechtliche Einordnung entsprechender Lebenssachverhalte begonnen. Dabei geht es an dieser Stelle vorrangig darum, einen Diskussionsbeitrag zu leisten, weil fertige und damit rechtssichere Lösungen derzeit fehlen.

Für die folgenden Überlegungen wird davon ausgegangen, dass die in den einzelnen Bundesländern geltenden Nutzungseinschränkungen/untersagungen rechtmäßig sind und auf entsprechenden Rechtsakten beruhen. Des Weiteren werden nachfolgend nur Fälle behandelt, in denen die Nutzungsmöglichkeit der Mietsache aufgrund der Pandemie aus Rechtsgründen vollständig entfällt und im Mietvertrag ein konkreter Mietzweck – zB „Bekleidungs-geschäft“ – vereinbart ist. Sonderfälle wie die Vereinbarung einer Mindest- nebst Umsatzmiete<sup>4</sup> bleiben ebenso

\* Der Autor Leo ist Partner, der Autor Götz wissenschaftlicher Mitarbeiter der Sozietät *avocado*, Hamburg. Stand des Beitrags ist der 8.4.2020.

1 BT-Drs. 17/12051 v. 3.2.2013, 5: „Das (unter fachlicher Federführung des Robert Koch-Instituts und unter Mitwirkung weiterer Bundesbehörden durchgeführte; Anm. d. Verf.) Szenario beschreibt ein außergewöhnliches Seuchengeschehen, das auf der Verbreitung eines neuartigen Erregers basiert. Hierfür wurde der zwar hypothetische, jedoch mit realistischen Eigenschaften versehene Erreger „Modi-SARS“ zugrunde gelegt. Die Wahl eines SARS-ähnlichen Virus erfolgte u. a. vor dem Hintergrund, dass die natürliche Variante 2003 sehr unterschiedliche Gesundheitssysteme schnell an ihre Grenzen gebracht hat. Die Vergangenheit hat bereits gezeigt, dass Erreger mit neuartigen Eigenschaften, die ein schwerwiegendes Seuchenergebnis auslösen, plötzlich auftreten können (z. B. SARS-Coronavirus (CoV), H5N1-Influenzavirus, Chikungunya-Virus, HIV).“ Das Chikungunya-Virus, in der Region La Réunion/Mauritius auftretend mit dutzenden Toten, hat die deutsche Rechtsprechung zum (Pauschal-)Reiserecht bereits vor dem Regierungsbericht beschäftigt; s. AG *München* NJW-RR 2008, 139 u. RRA 2008, 132 = BeckRS 2008, 13555 (bestätigt durch LG *München I* RRA 2008, 269); dazu Kappus in Graf v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht u. AGB-Klauselwerke, Allg. Reisebedingungen, Stand April 2014, Rn. 103 mit Fn. 576. Zu SARS (in China) im reiserechtlichen Zusammenhang s. AG *Augsburg* RRA 2005, 84 = BeckRS 2004, 16212.

2 BGBl. 2020 I 569, dort Art. 5, in Kraft getreten am 1.4.2020 (s. Art. 6 V des Gesetzes).

3 BT-Drs. 19/18110, 18; das herausstellend Häublein NZM-info Heft 7/2020, V.

4 Dazu Sittner NJW 2020, 1169 (1171 f. unter dem Aspekt, dass vertragliche Abreden einer Vertragsanpassung infolge Geschäftsgrundlagenstörung nach § 313 BGB vorgehen).

wie Fälle, in denen im Mietvertrag *einschlägige* Vereinbarungen zur *Risikoverteilung* enthalten sind, außer Betracht.

## II. Der berühmte „Blick ins Gesetz“

### 1. Mietmangel

In einem ersten Schritt der Annäherung an eine Lösung der Frage, ob der von Zwangsschließung betroffene Mieter zur Zahlung von Miete und Nebenkosten verpflichtet bleibt, fällt der Blick auf §§ 535 ff. BGB. Naheliegend ist zunächst die Annahme eines Mangels der Mietsache iSd § 536 I Var. 2 BGB.

**Fall 1 (Die Rosenverkäuferin in der exklusiven Ladenpassage):** Die 65-jährige *M* hat bei Großgrundbesitzer *V* in einer frei zugänglichen Ladenpassage in einer deutschen Großstadt mit hohen Mieten ein kleines Ladenlokal angemietet. Der Mietzweck besteht im Verkauf von Rosen. *M* versucht, mit ihrem Geschäft ihre karge, knapp über Hartz IV-Niveau liegende Rente so weit aufzubessern, dass sie sich die eine oder andere Besonderheit, wie einen einwöchigen Urlaub pro Jahr, leisten kann. Am dritten Werktag des März 2020 hat sie ihre Miete von 1000 Euro an *V* gezahlt. Seit dem 22.3.2020 muss das Geschäft aufgrund einer von der Landesregierung erlassenen Rechtsverordnung wegen der COVID-19-Pandemie geschlossen bleiben. *V*, dessen Gebäude und Herz aus Stein sind, zahlt *M* weder die anteilige Miete seit dem 22.3.2020 zurück,<sup>5</sup> noch möchte er auf die Aprilmiete verzichten. Vielmehr droht er *M* für den Fall der ausbleibenden Zahlung der April-Miete, ebenso wie seinem weiteren Mieter, der international sehr erfolgreichen Firma *A*, die das Umsatzminus während der Schließung leicht verkraften kann, Klage an. Steht *M* unter Berufung auf einen Mangel der Mietsache ein Rückforderungsanspruch für einen Teilbetrag der März-Miete zu und kann sie sich mit Erfolg gegen die Klage des *V* verteidigen?

In der gegenwärtig geführten Diskussion wird mitunter ein Mangel angenommen.<sup>6</sup> Unter dieser Prämisse schuldet der von zwangsweiser (hoheitlicher) Schließung betroffene Mieter weder Miete noch (Vorauszahlungen auf) Betriebskosten<sup>7</sup> für die Dauer der Geltung des Verbots. Geht man hiervon aus, stünde *M* im Fall 1 ein Rückforderungsanspruch bezüglich der anteiligen März-Miete zu. Die Miete für April wäre für die Dauer der Zwangsschließung nicht geschuldet. Legt man die Rechtsprechung des BGH<sup>8</sup> zugrunde, wird man in *Fall 1* nicht von einem Mangel ausgehen können. Zwar geht der für das Gewerberaummietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Nutzung der Mietsache einen Mangel iSd § 536 BGB darstellen können; um einer Ausufahrung des Mangelbegriffs und den einschneidenden Folgen eines Mangels vorzubeugen, verlangt der BGH aber – anders als das RG<sup>9</sup> – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 536 BGB eine Anknüpfung der öffentlich-rechtlichen Einschränkung an die konkrete Lage oder die Beschaffenheit der jeweiligen Mietsache („Individualansatz“).<sup>10</sup> Eine solche spezifische, an die konkrete Mietsache anknüpfende öffentlich-rechtliche Einschränkung ist im gegenwärtigen Pandemiefall, flächendeckende hoheitliche Schließungsmaßnahmen auslösend, indessen nicht gegeben.

**Fazit:** § 536 BGB wird in der Praxis voraussichtlich keine Perspektive für die Fälle der flächendeckenden hoheitlichen Schließung von Ladenlokalen bieten<sup>11</sup>

### 2. Mietzahlungspflicht bei persönlicher Verhinderung des Mieters

Wie eingangs erwähnt, enthalten §§ 535 ff. BGB für den Fall eines öffentlich-rechtlich bewirkten allgemeinen Gebrauchshindernisses (COVID-19-Pandemie) keine aus-

drückliche Regelung. Jedoch sieht § 537 I 1 BGB für den Fall eines in der Person des Mieters liegenden Grundes einer Gebrauchshinderung ausdrücklich Rechtsfolgen vor. In der Konstellation des § 537 I 1 BGB soll der Vermieter seinen Anspruch auf Miete gerade nicht verlieren. Der hieraus folgende Befund für den nunmehr eingetretenen Pandemiefall ist nicht eindeutig: Einerseits könnte man versuchen, den Wegfall der Nutzungsfähigkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Zweck noch den in der Person des Mieters liegenden Gründen in Gestalt seiner persönlichen Nutzungsabsicht zuzuordnen. Dies erscheint jedoch als allzu weitgehende Auslegung und kaum noch von Wortlaut und Sinn der Norm gedeckt, die gleichwohl im Ergebnis teilweise vertreten wird.<sup>12</sup> Andererseits ist ein Umkehrschluss nicht fernliegend: Hinderungsgründe, die weder aus dem Bereich des Mieters noch des Vermieters stammen, befreien den Mieter von seiner Zahlungspflicht. Eine entsprechende „Sphärenzuweisung“ von Nutzungshindernissen wird in der Literatur durchaus vertreten. Nach dieser Auffassung trägt der Vermieter das Risiko der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, das der nutzbringenden Verwendung der Mieter.<sup>13</sup> Die Rechtsfolgen einer nicht in die Sphäre des Mieters fallenden Gebrauchshinderung seien entweder aus § 313 BGB oder aus §§ 275, 326 BGB herzuleiten.<sup>14</sup>

**Fazit:** Eine Befreiung des Mieters von seinen laufenden Zahlungsverpflichtungen im Pandemiefall COVID-19 nebst vollständiger Nutzungsbeschränkung in Bezug auf den Mietzweck wird man damit ebenso wenig wie eine fortdauernde Zahlungsverpflichtung unmittelbar aus § 537 BGB ableiten können.

### 3. Gesetzliches Verbot, Ausschluss der Leistungspflicht oder Befreiung von der Gegenleistung/Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht?

Mangels einschlägiger Vorschriften für den Pandemiefall im besonderen Schuldverhältnis Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB) ist der Rechtsanwender auf den Allgemeinen Teil des BGB (Buch 1) und das Recht der Schuldverhältnisse jenseits der „einzelnen Schuldverhältnisse“ (Buch 2 Abschnitte 1 bis 7) verwiesen.

a) *Suspendierung mietvertraglicher Pflichten infolge hoheitlicher Pandemieabwehr?* Bevor man sich mit den Fragen des allgemeinen Schuldrechts befasst, ist vorrangig zu prüfen, ob für den Zeitraum hoheitlicher Nutzungsverbote nach Maßgabe der einschlägigen Normen zur Bekämpfung der Ausbreitung der COVID-19-Pandemie ein wirksamer Vertrag vorliegt. Auch wenn es sich auf den ersten Blick nicht aufdrängt, stellt sich die Frage, ob ein-

5 Ausf. zu Fälligkeit der Miete und Verzug im Fall der Minderung *Flatow* NZM 2017, 273.

6 *Drygala* [www.lto.de/recht/hintergruende/h/adidas-deichmann-corona-gewerbe-miete-april-aussetzung-vertrag/](http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/adidas-deichmann-corona-gewerbe-miete-april-aussetzung-vertrag/); aA *Melcher* IMR 2020, 1038 (online).

7 Vgl. zur Berechnungsgrundlage der Minderung *BGHZ* 163, 1 = NZM 2005, 455.

8 *BGH* NZM 2011, 727 Rn. 8 mwN – Rauchverbot kraft Nichtraucherschutzgesetzgebung in Rheinland-Pfalz.

9 *RGZ* 89, 203 (Pacht).

10 *BGH* NZM 2011, 727 Rn. 8 mwN.

11 S. auch *Sittner* NJW 2020, 1169. Die „Rauchverbot“-Entscheidung *BGH* NZM 2011, 727, ist überdies nicht einschlägig, da sie das „Wie“ und nicht das „Ob“ einer Nutzung von Mieträumen betrifft.

12 BeckOGK BGB/*Harke*, Stand 1.1.2020, § 537 Rn. 10.1: Die Vermieterleistung beschränke sich auf die Bereitstellung der Mietsache im gebrauchstauglichen Zustand und schließe ihre Nutzung folglich nicht mehr ein.

13 *Blank* in *Blank/Börstinghaus*, Miete, 5. Aufl. 2017, § 537 Rn. 5.

14 MüKoBGB/*Bieber*, 8. Aufl. 2020, § 537 Rn. 5; *Blank* in *Blank/Börstinghaus* (o. Fn. 11), § 537 Rn. 8.

schlägige Mietverträge zumindest im Einzelfall nichtig oder teilweise bzw. vorübergehend nichtig sind.

**Fall 2 („Flohmarkt“ 1):** V und M halten nichts von den in Deutschland ergriffenen Maßnahmen zur Eindämmung und Verlangsamung der Ausbreitung des Coronavirus, sie sind glühende Verfechter einer „Herden-Immunität“. Es sei alles daran zu setzen, diese so schnell wie möglich herbeizuführen. Sie schließen daher am 31.3.2020 einen Mietvertrag für einen Standplatz auf einem Flohmarkt in Köln, den V am 4.4.2020 veranstalten will, ab. Ist der Vertrag wirksam?

§ 3 I Nr. 2 NRWCoronaSchVO enthält für Spezialmärkte und ähnliche Einrichtungen ein Verbot für die Zeit vom 23.3.2020 bis 20.4.2020. Dieses Verbot wird Flohmärkte mitumfassen. Anerkanntermaßen sind vom Anwendungsbereich des § 134 BGB nicht nur förmliche Gesetze, sondern auch aufgrund von Gesetzen ergangene Rechtsverordnungen umfasst.<sup>15</sup> Dementsprechend ist der Vertrag in Fall 2 bereits zum Zeitpunkt seines Abschlusses auf einen Zweck ausgerichtet, der einem gesetzlichen Verbot widerspricht. Der Vertrag ist dementsprechend gem. § 134 BGB nichtig. Es stellt sich die Frage, ob und ggf. welchen Erkenntnisgewinn diese Lösung für eine Sonderkonstellation im Generellen erbringt.

**Fall 3 („Flohmarkt“ 2):** V und M haben am 2.1.2020 einen Mietvertrag über einen Flohmarktstand für Flohmärkte in Köln am 15.1., 15.2. und am 29.3.2020 zu einer Miete von 100 Euro pro Markttag abgeschlossen. Die beiden Termine im Januar und Februar sind zur wechselseitigen Zufriedenheit verlaufen. Der dritte Termin wird aus den bekannten Gründen nicht durchgeführt. Kann V von M mit Erfolg die Miete für den Termin am 29.3.2020 verlangen?

**Fall 4 („Flohmarkt“ 3):** V hat an M einen Stand für einen permanent in der Zeit zwischen dem 1.3.2020 und dem 31.12.2020 täglich geplanten Flohmarkt in Köln zu einer Tagesmiete von 100 Euro vermietet. Seit dem 23.3.2020 ist die Nutzung gem. § 3 I Nr. 2 NRWCoronaSchVO verboten. Ist M gleichwohl zur Mietzahlung für die Zeit vom 23.3.2020 bis zum Entfall des Verbots verpflichtet?

Für die Lösung von Fall 3 kommt erneut – wie in Fall 2 – Nichtigkeit des Vertrags in Betracht. § 134 BGB ist jedoch anerkanntermaßen für Fälle konstruiert, in denen der Gesetzesverstoß bereits bei *Vertragsabschluss* gegeben war.<sup>16</sup> Tritt das gesetzliche Verbot erst nach Vertragsabschluss in Kraft, soll § 134 BGB nicht unmittelbar zur Nichtigkeit führen, sondern lediglich eine *Auslegungsregel* enthalten.<sup>17</sup> Es sei im Regelfall zu prüfen, ob nach Sinn und Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes Gesamtnichtigkeit, Nichtigkeit ex nunc oder nur für die Dauer des verbotswidrigen Zustands anzunehmen ist.<sup>18</sup>

Legt man dies für Fall 3 zugrunde, ist die Lösung erstaunlich einfach: Für die ersten beiden Termine bleibt der Vertrag wirksam. Für den in den Verbotszeitraum fallenden Termin greift eine untechnisch gesprochen „temporäre Nichtigkeit“ in Gestalt einer Auslegung des Vertrags ein, nach der die wechselseitigen Hauptleistungsfolgen bei Fortbestand des Mietvertrags im Übrigen *suspendiert* sind. Miete ist aufgrund der nicht bestehenden Verpflichtung zur Überlassung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand nicht geschuldet. Denn die Verbotsnorm richtet sich nicht grundsätzlich gegen die Vermietung von Flohmarktständen. Flohmärkte werden lediglich im Hinblick auf den Schutz vor einer unkontrollierten Ausweitung der Pandemie verboten. Dementsprechend ist eine rückwirkende Nichtigkeit sicherlich nicht interessengerecht. Vielmehr ist es ausreichend, die „Nichtigkeitsfolge“/die Aussetzung der wechselseitigen Hauptleistungspflichten auf den Zeitraum ab dem 23.3.2020 anzunehmen.

Auch Fall 4 lässt sich bei Annahme einer „temporären Nichtigkeit“ auf den ersten Blick für die Dauer der Geltung des gesetzlichen Verbots auf den ersten Blick bruchfrei lösen: Die Miete ist bis einschließlich 22.3.2020 zu zahlen. Aus den vorgenannten Erwägungen folgenden Gründen ist für die Zeit ab dem 23.3.2020 bis zum Außerkrafttreten des Verbots der vertraglichen Nutzung eine temporäre Nichtigkeit/eine Suspendierung der wechselseitigen Hauptleistungspflichten des Vertrags gegeben und M daher nicht zur Zahlung von Miete verpflichtet.

Gleichwohl führt dieser Lösungsansatz bei Annahme temporärer Nichtigkeit zu Folgeproblemen: Für die Dauer der Nichtigkeit hätte der Mieter nämlich kein Recht zum Besitz, er müsste der Sache nach räumen. Spätestens nach einem entsprechenden Verlangen des Vermieters wäre Nutzungsschädigung geschuldet. Richtigerweise wird man in dem Fall der nachträglich eintretenden Wirkung des Verbots den Mietvertrag im Licht des nach der Rechtsprechung des BGH als Auslegungshilfe fungierenden § 134 BGB dahingehend (ergänzend) auszulegen haben, dass während der Dauer des Verbots die wechselseitigen Hauptleistungspflichten zumindest insoweit suspendiert sind, wie neben der Überlassung der Mietsache die Gewährleistung des vertragsgemäßen Gebrauchs und die Mietzahlung betroffen sind. Die Überlassungspflicht einer- und die Obhutspflichten des Mieters andererseits bleiben hingegen, wie der Mietvertrag im Übrigen, unberührt.

Sofern man in den einschlägigen Regelungen der jeweiligen Landesrechtsakte eine Verbotsnorm iSd § 134 BGB sieht, spricht auf der Grundlage der bisherigen BGH-Rechtsprechung sehr viel für die Annahme einer Suspendierung der wechselseitigen Hauptleistungspflichten des Mietvertrags. Derartige Schwebezustände sind dem Gesetz nicht fremd, wie sich bereits durch einen Blick auf § 545 BGB („Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses“)<sup>19</sup> ergibt. Unter dieser Prämisse schulden Mieter für die Dauer hoheitlich verfügbarer Nutzungsverbote kein vertragliches Entgelt. Erfolgt eine wie auch immer geartete Nutzung, wäre diese ggf. nach Maßgabe der §§ 812 ff., 818 II BGB zu vergüten.

Auch Fall 1 löst sich mit diesem Ansatz einfach: M steht für die Zeit ab Beginn der erzwungenen Schließung im März 2020 ein Rückforderungsanspruch in Bezug auf Miete und Nebenkostenvorauszahlungen zu. Für die Folgezeit sind laufende Miete und Nebenkosten(voraus)zahlungen bis zur Aufhebung der Nutzungsverbotslage nicht geschuldet.

b) *Alternativ: Vorübergehende Unmöglichkeit?* Teilt man die vorstehende Lösung nicht, stellt sich die Frage, ob (zusätzlich) die Unmöglichkeitregelungen der §§ 275 I Var. 2, 326 I 1 BGB eingreifen. Eine Unmöglichkeit der Mietzahlung ist im Fall der pandemiebedingten Unbenutzbarkeit einer Mietsache aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen keinesfalls gegeben. Denn bekannt-

15 BGHZ 201, 363 = NJW 2014, 3016 – Gebot der AVBFernwärmeV aF, Preisänderungsklauseln so auszugestalten, dass sie die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme angemessen berücksichtigen; s. auch MüKoBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 134 Rn. 30-32.

16 BGHZ 201, 363 = NJW 2014, 3016 – Preisänderungsklauseln unter AVBFernwärmeV aF; BGHZ 45, 322 = NJW 1966, 1265 – Wiederauflösen einer durch gesetzliches Verbot entfallenen Pflicht eines Energieversorgers.

17 BGHZ 201, 363 = NJW 2014, 3016.

18 BGHZ 201, 363 = NJW 2014, 3016 Rn. 33.

19 Zum Spannungsverhältnis der Norm mit § 542 BGB s. Leo/Götz NZM 2019, 601.

termaßen hat man – zumindest rechtlich betrachtet – „Geld zu haben“. Differenzierter zu betrachten ist die Problematik, ob für die Vermieterleistung vorübergehend Unmöglichkeit zu verzeichnen ist und dementsprechend der Mieter gem. §§ 275, 326 BGB von seiner Gegenleistungspflicht in Gestalt von Miete und Nebenkosten (voraus)zahlung frei wird. Anerkanntermaßen steht § 536 BGB mangels Anwendbarkeit der Annahme einer Unmöglichkeit nicht entgegen.<sup>20</sup>

Gem. § 535 I 2 BGB besteht die Hauptleistungspflicht des Vermieters darin, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. In der hier zu behandelnden Konstellation ist eine solche Überlassung niemandem mehr möglich, da die Nutzung der Mietsache zum vertraglich vorgesehenen Zweck kraft Hoheitsakts *verboten* ist. Anerkanntermaßen kann eine Unmöglichkeit iSd § 275 BGB auch in Gestalt der rechtlichen Unmöglichkeit bzw. durch ein rechtliches Hindernis eintreten.<sup>21</sup> Dies ist ua für den Fall der fehlenden Genehmigungsfähigkeit der Nutzung bzw. der Errichtung der Mietsache anerkannt.<sup>22</sup> Ein Grund, der es rechtfertigen würde, die gegenwärtig durch die öffentlich-rechtlichen Regelungen zur COVID-19-Pandemie eingetretenen *rechtlichen* Hindernisse anders zu behandeln, ist nicht ersichtlich. Insbesondere setzt die Annahme einer Unmöglichkeit iSd §§ 275, 326 BGB *kein Verschulden* voraus.

**Das Tanzveranstaltungsverbot im Ersten Weltkrieg als paralleles Beispiel zu Nutzungsverboten unter der COVID-19-Pandemie:** Dementsprechend ist bereits das *RG* für Pachtverträge über Tanzcafés im Ersten Weltkrieg von einer nachträglichen, vom Vermieter nicht verschuldeten Unmöglichkeit ausgegangen, als Tanzveranstaltungen verboten wurden.<sup>23</sup>

Folgt man einem Teil der Literatur,<sup>24</sup> tritt unter Bezugnahme auf die zitierte Rechtsprechung des *RG* aufgrund des Fixcharakters der Gebrauchsüberlassung bei nicht in der Sphäre des Mieters liegenden Gründen, die die Nutzung der Mietsache zum vertragsgemäßen Zweck ausschließen, Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters iSd § 275 I Var. 2 BGB ein. Dies mit der Folge, dass der Mieter von einer Gegenleistungspflicht befreit wird, § 326 I 1 BGB. In der Literatur wird für den – auch aufgrund der gegenwärtigen Pandemie gegebenen – Fall eines generellen Nutzungsverbots Entsprechendes vertreten<sup>25</sup> und erscheint zutreffend.

Unterstellt man dies für *Fall 2*, wäre erneut keine Standmiete geschuldet. In den *Fällen 3 und 4* wäre ebenfalls jeweils ab dem 23.3.2020 Teilunmöglichkeit gegeben, so dass der Mieter von seiner Leistungspflicht in Bezug auf Miete und Nebenkosten befreit würde. § 275, 326, 441 III BGB analog ergeben auch für den Fall einer verbleibenden Restnutzung der Mieträume, etwa einem „to-go-Verkauf“ nach zwangsweiser Schließung des stationären Betriebs eines Restaurants, die notwendige Anpassung der Gegenleistungspflicht des Mieters. Diese Lösung könnte für sich beanspruchen, zusätzlich zu der Kodifikation in §§ 275, 326 BGB über den Umkehrschluss aus § 537 BGB eine Stütze in den mietrechtlichen Vorschriften des BGB zu finden und sich in Einklang mit der Rechtsprechung des *BGH*<sup>26</sup> zur permanenten Neuentstehung der Vermieterpflichten iSd § 535 I 2 *BGH* zu befinden.

Zuzugeben ist jedoch, dass auch die Annahme einer (Teil-)Unmöglichkeit der Vermieterleistung nicht zwingend ist, sondern von den gesetzten Prämissen abhängt: Sieht man den Vermieter als nur zur Überlassung der Mietsache in einem generell zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand verpflichtet an, wäre seine Leistung auch

unter Geltung der COVID-19-Pandemievorschriften nicht nur nach wie vor möglich, sondern mit Übergabe der Mietsache auch *erbracht* worden. Dementsprechend wird in der Literatur vertreten, dass eine Störung der Nutzungstätigkeit des Mieters aufgrund von Gesetzen, Epidemien etc. die Mietzahlungsverpflichtung grundsätzlich unberührt lässt.<sup>27</sup> Allenfalls über § 313 I BGB soll nach dieser Auffassung in derartigen Fällen eine Korrektur möglich sein.

#### 4. Wegfall der Geschäftsgrundlage?

Dies korrespondiert mit der Auffassung eines nicht unerheblichen Teils der Stimmen im Rahmen der aktuellen Diskussion über die Rechtsfolgen der zur COVID-19-Pandemie. Sie sieht die Lösung für die hier zu behandelnde Problematik in § 313 I BGB, dem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Folgt man der hier favorisierten Auffassung, nach der über den Rechtsgedanken des § 134 BGB die vertraglichen Hauptleistungspflichten für die Dauer des Verbots *suspendiert* sind, ist bereits aus diesem Grund § 313 BGB nicht anzuwenden. Denn anerkanntermaßen kommt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht, wenn durch Auslegung des Vertrags<sup>28</sup> und/oder durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Unmöglichkeit die Rechtsfolgen eines Ereignisses bestimmt können werden.<sup>29</sup> § 313 I BGB soll des Weiteren keine Anwendung finden, wenn normative Risikozuweisungen vorhanden sind.<sup>30</sup> Auch insoweit scheint der Anwendungsbereich der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegend gesperrt zu sein. Denn das allgemeine Risiko der Vermietbarkeit<sup>31</sup> und der Möglichkeit, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen, weist das Gesetz ua in § 535 I 2 BGB ausdrücklich dem Vermieter zu.<sup>32</sup> Dieses Risiko kann er – wie spiegelbildlich der Mieter sein Risiko, durch den vertragsgemäßen Gebrauch Gewinn oder Verlust zu erwirtschaften<sup>33</sup> – auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dem Mieter überbürden.

**Fazit:** Bei der Lösung der Frage, ob und ggf. in welchem Umfang die Pflicht des Gewerberaummieters in Zeiten hoheitlicher Nutzungsbeschränkungen der Mietsache COVID-19-Pandemie fortbesteht, kann § 313 I BGB keine Anwendung finden.<sup>34</sup>

20 Palandt/Weidenkaff, BGB, 79. Aufl. 2020, § 536 Rn. 10.

21 Palandt/Grüneberg (o. Fn. 20), § 275 Rn. 16; BGHZ 174, 39 = NJW 2008, 1070 Rn. 21 ff. – Umdeutung des infolge Verfehlens der öffentlichen-rechtlichen Anforderungen an einen Schuldbeitritt zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nichtigen Schuldbeitritts in eine Bürgschaft.

22 OLG Hamm BeckRS 2012, 10988 – Objektive Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung aufgrund öffentlich-rechtlichen Gebrauchshindernisses (Stellplatznachweis); Günter in Gubling/Günter, Gewerberaummieter, 2. Aufl. 2019, § 536 Rn. 176.

23 RGZ 89, 203 (205); s. auch RGZ 88, 96 (99).

24 Staudinger/Emmerich, BGB, 2018 § 537 Rn. 3.

25 Blank in Blank/Börstinghaus (o. Fn. 11), § 537 Rn. 8.

26 BGHZ 184, 253 = NZM 2010, 235 Rn. 17.

27 BeckOGK BGB/Harke (o. Fn. 12), § 537 Rn. 10.1.

28 Vgl. auch Sittner NJW 2020, 1169.

29 BGH NJW-RR 1995, 853 – Teilunmöglichkeit bei Verkauf einer Gesamtfläche (Flughafen München II).

30 BGH NZM 2020, 54 Rn. 37; DtZ 1995, 285; Palandt/Grüneberg (o. Fn. 20), § 313 Rn. 21; Melcher IMR 2020, 1038 (online).

31 Vgl. zum Leerstandsrisiko bei der Betriebskostenumlage s. BGH NZM 2006, 655 Rn. 13.

32 MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 73; Günter in Gubling/Günter (o. Fn. 22), § 536 Rn. 80; Leonhard in Gubling/Günter, § 313 Rn. 34.

33 Hierzu BGH NZM 2000, 492.

34 AA Melcher IMR 2020, 1038 (online); s. auch Häublein NZM-info Heft 7/2020, V.

Für die weitere Diskussion darf in diesem Zusammenhang auf einen weiteren Gesichtspunkt hingewiesen werden: Rechtstatsächlich wäre die in § 313 I BGB angeordnete Folge in Gestalt eines *Anpassungsanspruchs* aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte vollkommen ungeeignet, um die anstehenden Probleme bei der Bewältigung der COVID-19-Pandemie im Bereich bestehender Gewerberaumietverhältnisse in den Griff zu bekommen.<sup>35</sup> Insoweit mag ein Blick auf den Sachverhalt von *Fall 1* ausreichen: Sollen die Rosenverkäuferin *M* und die international erfolgreiche Firma *A* gleich behandelt werden? Soll *M* im Gegensatz zu *A* von der Mietzahlungspflicht befreit werden? Wie wäre es, wenn die finanzielle Notlage von *M* darauf beruht, dass sie ihr ursprünglich vorhandenes Vermögen beim Glücksspiel oder (infolge von COVID-19-bedingten Turbulenzen) am Aktienmarkt verloren hat?

### III. Zusammenfassung

War man vor einer näheren Befassung mit der aktuellen Literatur in Bezug auf die Rechtsfolgen einer COVID-19-Pandemie nebst vollständiger Gebrauchshinderung einer Gewerbeimmobilie hinsichtlich der Frage des Fortbeste-

hens der Mietzahlungspflicht gleichsam unwissend, wird dieser Zustand nach Lektüre der in diesem Heft zusammengeführten Beiträge durch ein „qualifiziertes Nichtwissen“ ersetzt, da einerseits die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten werden und andererseits auf den ersten Blick für eine Reihe von Auffassungen Ansatzpunkte im Gesetz gefunden werden können.

Legt man die Risikoverteilung des § 535 BGB zugrunde, geht der Entfall der Nutzungsmöglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Zweck aufgrund eines Verbots der öffentlichen Hand zulasten des Vermieters. Für dieses Ergebnis spricht neben den Unmöglichkeitregelungen auch der Rechtsgedanke des § 134 BGB sowie, in begrenztem Umfang, der Umkehrschluss aus § 537 I 1 BGB. Im Ergebnis teilen sich Vermieter und Mieter gleichwohl ihr Leid. Denn beiden gehen ihre Einnahmen verloren: Dem Mieter Umsatz nebst Gewinn, dem Vermieter die Miete. Vielleicht ist deshalb ein fifty-fifty – auf den zweiten Blick – auch materiell-rechtlich keine falsche Lösung.

---

<sup>35</sup> Vgl. auch *Sittner* NJW 2020, 1169.