

Zeitschrift für

**EUROPARECHT** 

**INT. PRIVATRECHT &**

**RECHTSVERGLEICHUNG**

Redaktion **Helmut Ofner (Chefredakteur), Hans-Peter Folz**

Wissenschaftlicher Beirat **Willibald Posch, Michael Schweitzer,**

**Martin Selmayr, Manfred Straube**

Begründet von **Fritz Schwind**

**Juni 2020**

**03**

97 – 148

Europarecht

**Union Aktuell** *Suzan Topal-Gökceli* ➔ 100

Rechtsvergleichung

**COVID-19 und Mietrecht**

*Stephan Wolf und Yannick Minnig* ➔ 119

**Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich**

*Helmut Ofner* ➔ 107

**Corona und Mietrecht in Deutschland** *Christoph U. Schmid* ➔ 113

**Mietrecht in Zeiten des Coronavirus: italienische Perspektive**

*Tereza Pertot* ➔ 131

**COVID-19 hält New York City in Atem – droht nun auch den**

**Mietern die Luft auszugehen?** *Maximilian Ludvik* ➔ 140

Rechtsprechung

**EuGH** ➔ 103

**Internationales Privatrecht** ➔ 145

# Corona und Mietrecht in Deutschland

## Insbesondere zur Verpflichtung des Gewerberaummieters zur Zinszahlung nach behördlichen Schließungsanordnungen

Auch der deutsche Gesetzgeber hat sich der Corona-bedingten Probleme von Mietern angenommen, dabei jedoch nur einen Aufschub von Kündigungen infolge Zahlungsverzugs explizit festgeschrieben. Die ungeregelt gebliebene Verpflichtung des Gewerberaummieters zur Zinszahlung nach behördlichen Schließungsmaßnahmen ist dagegen Gegenstand einer wissenschaftlichen Kontroverse über die Anwendung verschiedener Institute des Allgemeinen Schuldrechts.

Von **Christoph U. Schmid**

ZfRV 2020/14

Art 240 § 2 Abs 1  
EGBGB;  
§§ 313, 535 ff  
BGB

Mietrecht;  
Corona;  
Gewerberaummieter

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Wohnraummiete
- C. Gewerbliche Mietverhältnisse
  1. Verstoß eines Mietvertrags gegen öffentlich-rechtliche Verbotsnormen
  2. Gewährleistungsrecht
  3. (Vorübergehende) Unmöglichkeit
  4. Störung der Geschäftsgrundlage
- D. Zusammenfassung

### A. Einleitung

Die grundstürzenden Folgen, die die Corona-Epidemie im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben weltweit und natürlich auch in Deutschland ausgelöst hat, betreffen auch die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft. Im Zentrum stehen die Zahlungsunfähigkeit von Mietern und die nach Seuchenrecht angeordneten Schließungen gewerblich genutzter Immobilien, die viele Wirtschaftsteilnehmer existenziell treffen.

In dieser außergewöhnlichen Notstandssituation ist zunächst der Staat mit Hilfsprogrammen auf den Plan gerufen. Zwar gibt es wohl keine Entschädigungsansprüche von der Schließung betroffener Betriebe nach allgemeinem Seuchenrecht, auf das die behördlichen Maßnahmen gestützt sind.<sup>1)</sup> Jedoch gewähren der neu eingerichtete sog Corona-Schutzschild des Bundes und vergleichbare Instrumente der Länder allgemeine Hilfen in Milliardenhöhe – in Gestalt direkter Zuschüsse, Darlehen, Bürgschaften und Steuervergünstigungen – auch für Gewerbetreibende.<sup>2)</sup> Allerdings gibt es bisher keine spezifischen Programme wie einen von Verbänden geforderten Mieter-Hilfsfonds, aus dem

1) Vgl. *Cornils*, <https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungs-rechtlich-betrachtet/> (abgerufen am 31. 5. 2020). Ausnahme: Seit dem 28. 3. 2020 besteht ein Entschädigungsanspruch für Verdienstauffälle von Eltern wegen Schließung von Kitas und Schulen, solange sie Kinder mangels zumutbarer Alternativen selbst betreuen (§ 56 Abs 1 a IfSG).

2) Ein aktueller Überblick zu den gesetzgeberischen Maßnahmen zur Linderung der Corona-Folgen findet sich auf: <https://www.datev.de/web/de/aktuelles/nachrichten-steuern-und-recht/steuern/corona-informationen-fuer-steuerberater-und-ihre-mandanten/> (abgerufen am 31. 5. 2020).

Gewerbetreibenden die Mietkosten ersetzt werden könnten.<sup>3)</sup>

Da solche Hilfsmaßnahmen nie alle Probleme lösen können, ist auch das Privatrecht zur Bewältigung der Krise gefordert. Das gilt gerade für den Schutz von Mietern, denen durch die staatlichen Schließungsmaßnahmen kurzfristig Einkünfte weggebrochen sind, so dass sie die Miete für Wohn- oder Geschäftsräume nicht mehr zahlen können. Denn säumigen Mietern drohen Kündigungen und in letzter Instanz Zwangsräumungen, die zu weiteren Existenzgefährdungen führen. Auf diese Gefahren haben die Gesetzgeber zwischenzeitlich in allen EU-Staaten reagiert, wenn auch naturgemäß nicht einheitlich.<sup>4)</sup>

Besonders sticht dabei eine österreichische Regelung hervor. Die Väter des österreichischen ABGB haben bemerkenswerterweise – Tu felix Austria! – schon im Jahr 1811 daran gedacht, die mietrechtlichen Folgen einer Seuche zu regeln. Dort heißt es in § 1104 bis heute unverändert: „Wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, [...] gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten.“

In Deutschland fehlt es an einer solch klaren Orientierung zur Mietzinsverpflichtung. Zwar hat man das Mietrecht in einem neuen Gesetz zur Milderung der Corona-Folgen vom März dJ mitbedacht, die Regelung enthält aber nur einen Kündigungsaufschub. Deswegen ist in den letzten Monaten eine wissenschaftliche Kontroverse über die Mietzahlungspflicht im gewerblichen Bereich entbrannt, bei der es um Anwendbarkeit und Reichweite allgemeiner zivilrechtlicher Institute geht. Diese Kontroverse haben bekannte Großmieter wie die Firma Adidas dadurch in die Öffentlichkeit getragen, dass sie – trotz offenbar vorhandener Liquiditätsreserven – Mietzahlungen eingestellt haben. Dies haben wiederum viele Bürger als unanständig empfunden – was jedenfalls die genannte Firma dazu bewogen haben mag, die Zahlungen zwischenzeitlich wieder aufzunehmen.

Vor diesem Hintergrund sei im Folgenden ein kurzer Überblick zu den mietrechtlichen Folgen von Corona in Deutschland gegeben. Dieser unterscheidet Wohnraum- (II) und Geschäftsraummiete, für die ein Lösungsvorschlag zur Mietzahlungspflicht erarbeitet wird (III).

## B. Wohnraummiete

An erster Stelle zu nennen ist die gesetzliche Neuerung, die durch das Gesetz zur Milderung der Corona-Folgen v 27. 3. 2020 in Art 240 § 2 Abs 1 EGBGB eingefügt wurde.<sup>5)</sup> Der Vermieter kann danach ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. 4. 2020 bis 30. 6. 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht; diese Regel ist halbzwingend, kann also nicht zulasten des Mieters abbedungen werden. Überdies enthält das Gesetz eine Ermächtigung, wonach die Regierung die „Schonfrist“, sofern erforderlich, verlängern darf.

Damit hat der Gesetzgeber sowohl für Wohn- als auch Geschäftsraummieten nur einen Kündigungsaufschub im genannten Zeitraum verfügt. Nach Abs 4 ist diese Regelung nur bis zum 30. 6. 2022 anzuwenden. Das bedeutet, dass ein Mieter bis dahin auch während der Corona-Krise aufgelaufene Mietschulden – sofern sie nach den nachfolgend aufgestellten Grundsätzen bestehen – wieder beglichen haben muss, will er deswegen nicht eine Kündigung riskieren. Ansonsten bleibt es bei der Kündigung wegen Zahlungsverzugs bei den allgemeinen Regeln, wonach eine solche grundsätzlich bei einem Mietrückstand von zwei Monatsraten möglich ist (vgl für die ordentliche Kündigung § 573 Abs 2 Nr 1<sup>6)</sup> und für die außerordentliche Kündigung § 543 Abs 2 Nr 3).

Zum Schicksal der Mietzahlungsverpflichtung sagt das Gesetz nichts,<sup>7)</sup> nur in den Motiven findet sich dagegen ein wichtiger Satz: „[...] Die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete bleibt im Gegenzug im Grundsatz bestehen.“ Für den Normalfall, dass der Mieter seine Wohnung trotz Corona nutzen kann (und dort meist sogar mehr Zeit als sonst verbringt, Stichwort *Homeoffice*) ist diese Verpflichtung unproblematisch. Wenn der Mieter die Mietzahlung wegen Einkommensausfällen nicht leisten kann, müssen öffentlich-rechtliche Unterstützungsmaßnahmen wie Sozialhilfe oder Wohngeld greifen. Zahlungsausfälle bewirken nach den allgemeinen Regeln auch den Eintritt des Verzugs (§ 286) mit der Folge der Haftung auf Zinsen und etwaige Verzögerungsschäden (§ 288 Abs 1 und 4); wegen der Regel, wonach man Geld immer haben muss, scheidet dies auch nicht am ansonsten fehlenden Verschulden des Mieters (vgl § 286 Abs 4). Obwohl es bisher keine gesetzliche Ausnahme gibt, erscheint es jedoch mit Sinn und Zweck des Kündigungsaufschubs nicht vereinbar, wenn der Mieter auch für diesen Zeitraum Verzugszinsen zahlen müsste.

Auch wenn die Wohnung weiterhin nutzbar bleibt, ist denkbar, dass der Mieter Nebeneinrichtungen, wie zB einen Kinderspielfeld, Corona-bedingt nicht mehr nutzen kann. Hier ist zu unterscheiden: Fällt die Ursache für den Wegfall der Nutzungsmöglichkeit in die Sphäre des Mieters (etwa wenn er wegen einer Quarantäneanordnung das Haus nicht verlassen darf), hat sich das ihn treffende Verwendungsrisiko hinsichtlich der Mietsache verwirklicht (arg ex § 537 I) und er hat keine Ansprüche. Schließt der Vermieter dagegen den Spielfeld aufgrund behördlicher Anordnung, soll dies nach

3) Natürlich darf der Mieter die genannten allgemeinen Corona-Hilfen nach eigenem Ermessen auch zur Bestreitung der Mietkosten verwenden. Zum bisher nicht umgesetzten Projekt eines „Sicher-Wohnen-Fonds“ für Wohnraummieter, vgl etwa <https://www.deutscher-verband.org/service/presse/pressemitteilungen/sicher-wohnen-fonds.html> (abgerufen am 31. 5. 2020).

4) Überblick bei *Kholodilin*, Housing policy during COVID-19 crisis: Challenges and solutions, [https://rpubs.com/Konstantin\\_Xo/605805](https://rpubs.com/Konstantin_Xo/605805) (abgerufen am 31. 5. 2020).

5) Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BGBl I 2020/14.

6) Bestimmungen ohne Gesetzesangabe sind solche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

7) Das Gesetz hat die Erfüllung von Ansprüchen in Art 240 §§ 1 und 3 EGBGB nur für Dauerschuldverhältnisse mit Verbrauchern sowie Verbraucherdarlehen unter engen Voraussetzungen zurückgenommen; auf Mietverträge ist dies nicht anwendbar, Art 240 § 1 Abs 4 Nr 1.

einer Ansicht zu einer Mietminderung infolge eines Mangels iSd § 536 berechtigen.<sup>8)</sup> Anstatt dieser Alles-oder-nichts-Lösung könnte man hier besser ebenso wie bei der behördlichen Untersagung der Nutzung einer Gewerbeimmobilie verfahren (vgl sogleich unten).

Separat zu behandeln ist schließlich auch die Miete einer Ferienimmobilie, deren Nutzung durch behördliche Anordnung untersagt wird; das Verbot galt freilich in einzelnen Bundesländern wie Schleswig-Holstein dann nicht, wenn sich der Mieter gerade darin befand. Zu einer solchen Nutzungsuntersagung wird vertreten, dass diese keinen Mangel der Wohnung nach sich ziehe, sondern in das Verwendungsrisiko des Mieters falle.<sup>9)</sup> Dies zeige sich gerade darin, dass sich der in der Immobilie befindliche Mieter auf seinen Vertrag berufen könne und die Wohnung auch voll nutzen dürfe. Indes scheint es unzulässig, von der selbstverständlichen Ausnahme für den Fall der zulässigen tatsächlichen Nutzung auf den Regelfall der mangelnden Nutzungsfähigkeit der Wohnung zu schließen. Letzterer sollte vielmehr ebenso wie die entfallene Nutzungsmöglichkeit von (anderen) Gewerbeimmobilien behandelt werden (vgl sogleich unten). Für den deutsch-österreichischen Rechtsverkehr zu bedenken ist, dass sich diese Frage internationalprivatrechtlich in Anwendung von Art 4 Abs 1 lit c) Rom I-VO nach dem am Lageort der Wohnung geltenden Recht richtet. Hatte ein deutscher Urlauber eine Ferienwohnung in Österreich gemietet und konnte er diese schon wegen der vorübergehenden Grenzschießung nicht nutzen, richtet sich der Fall mit hin allein nach österreichischem Recht.

### C. Gewerbliche Mietverhältnisse

Die eigentlich problematische Konstellation stellt die Geschäftsraummiete dar. Hier wirken sich die behördlichen Anordnungen zur Schließung oder Einschränkung des Betriebs so aus, dass das Mietobjekt ganz oder teilweise nicht mehr genutzt werden kann, mithin eine Äquivalenzstörung vorliegt. Dies ist der wichtigste Anwendungsfall von § 1104 ABGB, wonach in einer solchen Situation die Miete nicht mehr geschuldet wird, sowie der gegenläufigen Gesetzesbegründung zum neuen Art 240 § 2 Abs 1 EGBGB, wonach die Pflicht zu Mietzahlung im Grundsatz bestehen bleibe.

Letztere Begründung ist indes kritikwürdig. In der Tat ist schon unklar, ob der Gesetzgeber bei diesem mit heißer Nadel gestrickten Notstandsgesetz überhaupt an die unterschiedliche Ausgangslage von Wohn- und Geschäftsraummiete gedacht hat; in der Begründung selbst findet sich dazu nichts. Noch gewichtiger schlägt jedoch zu Buche, dass sich eine Gesetzesbegründung, die auch nur von einer Zahlungspflicht „im Grundsatz“ spricht, normenhierarchisch nicht über gegenläufige Gesetzesbestimmungen hinwegsetzen könnte. Deswegen hat die Zeitschriften- und Kommentarliteratur in den letzten Monaten das ganze Regelungsarsenal des Schuldrechts zur Frage der Mietzahlungsverpflichtung mit deutscher Gründlichkeit umfassend geprüft:<sup>10)</sup> die mögliche Nichtigkeit des Mietvertrags infolge Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Verbotsnormen (1); Gewährleistungs- (2) und Unmöglichkeitensrecht (3) sowie

schließlich das nur subsidiär anwendbare Institut der Störung der Geschäftsgrundlage (4).

#### 1. Verstoß eines Mietvertrags gegen öffentlich-rechtliche Verbotsnormen

Eine Auffassung<sup>11)</sup> bringt die Bestimmung des § 134 aus dem Allgemeinen Teil des BGB ins Spiel. Danach sind Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig, sofern sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt. Auch eine seuchenrechtliche Anordnung zur Schließung bestimmter Gewerbeimmobilien könne dazu führen, dass der zugrundeliegende Mietvertrag, der ebendiese Nutzung vorsieht, als unwirksam zu bewerten sei.

Anerkanntermaßen sind vom Anwendungsbereich des § 134 nicht nur förmliche Gesetze, sondern auch aufgrund von Gesetzen ergangene Rechtsverordnungen des Bundes- oder Landesgesetzgebers umfasst. So stellen etwa die neuen Vorschriften des Landes Berlin zum sog Mietendeckel, nämlich das Einfrieren von Bestandsmieten und die Bindung neuer Mieten an eine gesetzliche Obergrenze, Verbotsnormen iSd § 134 dar.<sup>12)</sup> Weiterhin ist § 134 zwar vorrangig für Fälle konstruiert, in denen der Gesetzesverstoß bereits bei Vertragsabschluss gegeben war. Tritt das gesetzliche Verbot – wie regelmäßig im Fall der Corona-bedingten seuchenrechtlichen Anordnungen – erst nach Vertragsabschluss in Kraft, soll § 134 zwar nicht unmittelbar zur Nichtigkeit führen, jedoch immer noch eine Auslegungsregel enthalten: 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 sei.<sup>13)</sup>

Noch vorgelagert ist freilich ebenfalls unter Rückgriff auf Sinn und Zweck eines Gesetzes zu prüfen, ob dieses überhaupt als Verbotsgesetz mit der Folge der Nichtigkeit entgegenstehender Rechtsgeschäfte zu qualifizieren ist oder diese als bloße Ordnungsvorschrift unberührt lässt. Dazu hat sich in der Praxis eine reiche Kasuistik gebildet.<sup>14)</sup> Während zum Seuchenrecht keine Präzedenzfälle ersichtlich sind, führt etwa die bau- oder gewerberechtliche Unzulässigkeit der vereinbarten Nutzung grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit des Mietvertrags nach § 134.<sup>15)</sup> Vorliegend erscheint das gleiche Ergebnis geboten: Sinn und Zweck des Gesetzes bedingen nur einen Ausschluss der Nutzung, insb des Publikumsverkehrs in bestimmten Gewerbeimmobilien zum Zweck des Seuchenschutzes – nicht dagegen, dass der Mieter diese auf vertraglicher Grundlage nicht mehr rechtmäßig im Besitz haben dürfte. →

8) Vgl Artz in Schmidt (Hrsg), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise (2020) § 3 Mietrecht 47 ff.

9) Vgl Drasdo, Miete von Ferienwohnungen, IMR 2020, 180.

10) Vgl im Überblick Sittner, Mietrechtspraxis unter COVID-19, NJW 2020, 1169.

11) Leo/Götz, Fälle und Lösungen zum Schicksal der Mietzahlungsverpflichtung des Gewerberaummieters in COVID-19-Zeiten, NZM 2020, 402.

12) Vgl dazu zuletzt Ch. Schmid, Falsche Fronten im Mietendeckelstreit, JZ 2020, 610 ff.

13) BGHZ 201, 363 = NJW 2014, 3016 Rn 33.

14) Vgl etwa Armbrüster, in MünchKomm zum BGB<sup>80</sup> (2018) § 134 Rn 50 ff.

15) Armbrüster, aaO, Rn 92.

So wäre es unsachgemäß und treuwidrig, könnte der Vermieter die sofortige Räumung der Immobilie verlangen, weil der Mietvertrag nichtig sei. Vielmehr wird der Mieter meist ein Interesse am weiteren Bestand des Vertrags trotz vorübergehender Nutzungsuntersagung haben, etwa weil er vorhandene Warenbestände schlecht auslagern kann oder will oder weil er bei Aufhebung der Beschränkungen seinen Geschäftsbetrieb sofort wieder aufnehmen plant. In der Summe wird man deswegen die Einordnung der seuchenrechtlichen Anordnungen als gesetzliche Verbote iSd § 134 BGB abzulehnen haben.

## 2. Gewährleistungsrecht

Andere Autoren werten die öffentlich-rechtliche Geschäftsschließung als Mangel der Mietsache mit der Folge, dass der Mieter zur Mietminderung berechtigt ist.<sup>16)</sup> In der Tat hat die Rechtsprechung den Mangelbegriff im Mietrecht weit ausgedehnt. So kann der Mangel auch in einer äußeren Einwirkung auf die Mietsache bestehen, wenn diese den Gebrauchswert unmittelbar beeinträchtigt, auch wenn der Vermieter darauf keinen Einfluss hatte, diese also auch nicht verschuldet hatte. Hier spricht man vom einem Umwelt- oder Umfeldmangel.<sup>17)</sup> Anerkannte Beispiele sind (genehmigte) Baumaßnahmen im Nebengebäude, die die Schließung erzwingen,<sup>18)</sup> die Sperrung des Zugangsbereichs<sup>19)</sup> oder der Betrieb eines Bordells in der Nachbarschaft.<sup>20)</sup> Unbeachtlich sind hingegen mittelbare Beeinträchtigungen, insb die unerwartet schwache Kundenfrequenz in Einkaufspassagen.<sup>21)</sup>

Auch behördliche Maßnahmen auf der Grundlage des öffentlichen Rechts können einen Umfeldmangel darstellen, sofern sie sich gegen den Betrieb und nicht gegen die Person des Mieters richten. Offenbar um einer zu starken Ausdehnung des Mangelbegriffs entgegenzuwirken, verlangt der BGH dabei aber eine Anknüpfung der öffentlich-rechtlichen Einschränkung an die konkrete Lage oder Beschaffenheit der jeweiligen Mietsache („Individualansatz“). Mit dieser Begründung hat der BGH 2011 einen Mangel einer vermieteten Gaststätte durch das öffentlich-rechtlich angeordnete Rauchverbot verneint.<sup>22)</sup> Eine spezifische, an die konkrete Mietsache anknüpfende öffentlich-rechtliche Einschränkung wäre demnach auch im gegenwärtigen Pandemiefall zu verneinen. Denn hier hat man es mit flächendeckend wirkenden hoheitlichen Schließungsmaßnahmen zu tun, die nicht an das jeweilige Mietobjekt anknüpfen, sondern der Minimierung sozialer Kontakte in der Öffentlichkeit dienen.

Im Gewande des Mangelbegriffs geht es hier in Wirklichkeit jedoch um die Abgrenzung der Risikosphären der beiden Parteien, konkret die Frage, ob man die spezifische gewerbliche Nutzungsmöglichkeit der Mietsache der vom Vermieter sicherzustellenden Gebrauchstauglichkeit zum vertraglich vereinbarten Zweck zuordnet (arg § 535 Abs 1 Satz 2) oder das Verwendungsrisiko des Mieters (arg § 537) für einschlägig hält. Jedoch ist im Fall der behördlichen Schließung eines Betriebs nach Seuchenrecht beides betroffen, so dass eine Alles-oder-nichts-Zuordnung auf begrifflicher Grundlage eine „begriffsjurisprudenzielle Über-

steuerung“ darstellen würde. Vielmehr bedarf es weiterer Wertungen, die nicht gut im Rahmen des Mangelbegriffs aufgehoben sind.

## 3. (Vorübergehende) Unmöglichkeit

Weiterhin hat man das Institut der Unmöglichkeit als *sedes materiae* zur Erfassung der gegebenen seuchenrechtlichen Beschränkungen der Nutzung von Gewerbeimmobilien diskutiert. Dabei geht es konkret um die Frage, ob für die Vermieterleistung vorübergehende Unmöglichkeit anzunehmen ist und dementsprechend der Mieter gem § 275 Abs 1, § 326 Abs 1 von seiner Gegenleistungspflicht (Miet- und ggf Nebenkostenzahlung) frei wird.

Wie dargelegt, besteht die Hauptleistungspflicht des Vermieters darin, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen (§ 535 Abs 1 Satz 2). Vorliegend könnte eine solche Überlassung objektiv unmöglich sein, da die Nutzung der Mietsache zum vertraglich vorgesehenen Zweck kraft Hoheitsakts verboten ist. Diese Konstruktion soll dagegen dann scheitern, wenn der Vertrag keinen ausdrücklichen Zweck vorsieht, so dass der Vermieter nicht das Risiko der Realisierbarkeit dieses Zwecks trage.<sup>23)</sup> Die Annahme der Unmöglichkeit setzt weiterhin kein Verschulden voraus, und auch die vorrangigen Vorschriften zur Mängelgewährleistung sind, wie soeben begründet, nicht einschlägig.<sup>24)</sup>

Auch zur Unmöglichkeit ist weiter anerkannt, dass diese durch ein öffentlich-rechtliches Leistungshindernis eintreten kann, wie etwa die fehlende baurechtliche Genehmigung der Errichtung oder Nutzung des Mietgebäudes. Das Reichsgericht hat sogar einen der vorliegenden Konstellation grob vergleichbaren Fall entschieden: Als im Ersten Weltkrieg Tanzveranstaltungen verboten wurden, hat das Gericht bei Pachtverträgen über Tanzcafés nachträgliche, beiderseits unverschuldete Unmöglichkeit angenommen. Für den Fall der Möglichkeit einer Restnutzung (zB Außerhausverkauf bei einer Gaststätte) könnte nach §§ 275, 326, 441

16) So etwa *Drygalla*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten: Handelt Adidas juristisch vertretbar? <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/adidas-deichmann-corona-gewerbe-miete-april-aussetzung-vertrag/> (abgerufen am 31. 5. 2020); *Solf*, Gewährleistungsansprüche von Gewerbemietern im Falle öffentlich-rechtlicher Nutzungsuntersagungen und -einschränkungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie, AnwZert MietR 8/2020 Anm 1; *Hellmich*, Vollständige Miete bei vollständigem Verlust der Nutzbarkeit? Die Untersagung des Publikumsverkehrs als Mangel im Sinne von § 536 Abs 1 Satz 1 BGB, COVuR 2020, 189; *Melcher*, Miete zahlen trotz Corona? Ansprüche gewerblicher Mieter wegen der behördlichen COVID-19-Maßnahmen, IMR 2020 1038.

17) Vgl etwa *Eisenschmid*: Neuere Entwicklungen beim BGH zum Mietminderungsrecht bei Umfeldmängeln, NZM 2016, 841.

18) BGH NJW 2008, 2497.

19) KG Berlin NZM 2008, 526.

20) *Blank/Börstinghaus*, Miete<sup>2</sup> (2017) § 536 Rn 36 mwN.

21) BGH NJW 2000, 1714.

22) NJW 2011, 3151; dazu *Günter*, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen auf mietvertragliche Vereinbarungen, NZM 2016, 569.

23) So *Häger/Rochner*, Geschlossene Geschäfte in der Coronakrise: Müssen Ladenbetreiber weiter Miete zahlen? <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-krise-laeden-geschlossen-zahlung-miete-gewerbliche-mieter/> (abgerufen am 31. 5. 2020).

24) Jedoch wird für den vorliegenden Fall einer nur vorübergehenden Unmöglichkeit die vorrangige Anwendbarkeit des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gefordert; vgl *Warmuth* § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise – am Beispiel der Gewerberaumiete, CoVuR 2020, 16f (FN 6).

Abs 3 analog eine Anpassung der Gegenleistungspflicht des Mieters verfügt werden.

Allerdings ruht die Unmöglichkeitskonstruktion auf denselben Prämissen wie die Lösung nach Gewährleistungsrecht, nämlich dass der Vermieter die Gebrauchsüberlassung zum bestimmten gewerblichen Nutzungszweck der Mietsache schuldet – dass also maW wiederum das Beschaffungsrisiko des Vermieters und nicht das Verwendungsrisiko des Mieters betroffen ist. Diese Unterscheidung wird teils bereits in § 537 Abs 1 verortet, wonach der Mieter von der Zahlungspflicht nicht durch eine in seiner Person liegende Hinderung an der Ausübung des Gebrauchsrechts befreit wird;<sup>25)</sup> § 537 lasse sich insoweit als *lex specialis* zum Unmöglichkeitensrecht werten.<sup>26)</sup> Nicht in der Person des Mieters liegen sollen hierbei auch Fälle höherer Gewalt, Katastrophen, Streiks oder Versagen öffentlicher Verkehrsmittel; bei diesen entfalle die Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs 1.<sup>27)</sup> Auch die Corona-Fälle ließen sich sicherlich so erfassen.

Wie zum Mangelbegriff schon ausgeführt, überzeugt die Dichotomie von Beschaffungs- und Verwendungsrisiko vorliegend jedoch nicht. Denn beides erscheint betroffen, so dass eine Alles-oder-nichts-Lösung wenig plausibel ist. Deswegen eignet sich auch das Unmöglichkeitensrecht nicht gut zur Erfassung der vorliegenden Problemkonstellation.

#### 4. Störung der Geschäftsgrundlage

Das letzte Institut des Schuldrechts mit dem wohl größten Potenzial, die mietvertraglichen Konsequenzen der behördlichen Seuchenschutzmaßnahmen zu adressieren, stellt die sog Störung der Geschäftsgrundlage (*clausula rebus sic stantibus*) dar. Dieses hat die Rechtsprechung in einer anderen Notstandssituation – nämlich der Wirtschaftskrise und Inflation der 1920er-Jahre – entwickelt. Die Schuldrechtsreform des Jahres 2002 hat die früher gewohnheitsrechtliche geltende Regelung in § 313 kodifiziert:

##### 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) 1. 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.

Mit diesem nur subsidiär anwendbaren Institut, das einen Ausnahmecharakter gegenüber den Regeln des Schuldrechts, insb des Leistungsstörungenrechts, besitzt, lassen sich auch die Wirkungen der behördlichen Schließungsmaßnahmen auf Verträge erfassen.<sup>28)</sup> Diese Maßnahmen verlangen den Parteien gewissermaßen eine Aufopferung für kollektive Ziele des (meist) vorbeugenden Schutzes von Leben und Gesundheit ab. Eine solche Inpflichtnahme der Parteien für außerhalb des Vertragsverhältnisses liegende Ziele hebt sich stark von gewöhnlichen Störungen des vertraglichen Leistungsaustauschs ab. Eben für solche massiven „Außeninflüsse“ eignet sich die Störung der Geschäftsgrundlage.

Der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage enthält ein reales, ein hypothetisches und ein normatives Element. Das reale Element meint die schwerwiegende Veränderung von Umständen, die Grundlage (aber nicht Inhalt) des Vertrags geworden sind. Vorliegend stellt es unproblematisch eine tragende Grundlage eines Gewerbemietvertrages dar, dass das Vertragsobjekt auch ständig zur Ausübung des Gewerbes genutzt werden kann und nicht behördlich geschlossen wird. Auch das hypothetische Element, dass die Parteien den Vertrag bei Kenntnis dieser Umstände nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, ist im Fall der Corona-bedingten Betriebsschließungen offensichtlich zu bejahen.

Normativ darf das Festhalten am Vertrag einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erstens nicht unzumutbar sein. Dabei wird die zwangsweise Schließung für mindestens einen Monat regelmäßig bereits als unzumutbar zu werten sein, weil nur wenige Unternehmen über Rücklagen für deutlich längere Zeiträume verfügen dürften. Die konkrete Entscheidung bleibt der Abwägung im Einzelfall überlassen. Für die Unzumutbarkeit spricht weiter auch, dass den Mietern, wie erwähnt, keine Entschädigungsansprüche gegen den Staat nach Seuchenrecht zustehen.

Zweitens darf aus normativer Sicht das Risiko nicht einer Partei zugewiesen sein. Es wurde schon mehrfach angesprochen, dass das nach der hier vertretenen Ansicht gerade nicht der Fall ist, da durch die behördlichen Betriebsschließungen sowohl das Beschaffungsrisiko des Vermieters als auch das Verwendungsrisiko des Mieters betroffen sind. Wollte man dem nicht folgen und das Risiko des Mieters für allein betroffen halten, wäre an eine ausnahmsweise Anwendung des Instituts auch in solchen Fällen zu denken, „in denen eine unvorhergesehene Entwicklung mit unter Umständen existenziell bedeutsamen Folgen für eine Partei eintritt.“<sup>29)</sup> *Cara Warmuth* hat diese etwas unklare Formulierung dahingehend konkretisiert, dass „§ 313 BGB entgegen der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung ausnahmsweise dann zur Anwendung gelangt, wenn sich mit Wegfall der Geschäftsgrundlage das ei-

25) *Illies*, Während der COVID-19-Pandemie ist weiterhin Miete zu zahlen, IMR 2020, 223.

26) *Bieber* in MünchKomm zum BGB<sup>90</sup> (2020) § 537 Rn 1.

27) *Bieber* in MünchKomm zum BGB<sup>90</sup> (2020) § 537 Rn 5.

28) In diesem Sinne auch *Warmuth*, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise – am Beispiel der Gewerberaummiets, CoVuR 2020, 16.

29) BGH NJW 2020, 331 (334); NJW 2000, 1714 (1716 mwN).

gentlich einseitig zu tragende Risiko in extremer Form verwirklicht hat. Die eingetretenen Umstände müssen also deutlich über das hinausgehen, was die Parteien als übliche Verantwortungsbereiche definiert haben, und zwar so, dass vernünftigerweise keine der Vertragsparteien es akzeptiert hätte, hierfür qua Vertrag oder Gesetz das Risiko zu tragen. Das ist – auch wenn sich für § 313 BGB eine regelbeispielartige Aufzählung verbietet – insb bei Krieg, kriegsähnlichen Zuständen, Naturkatastrophen und Epidemien oder Pandemien der Fall. Das bedeutet ausdrücklich nicht, dass § 242 BGB angewendet würde, denn das wäre im Rahmen von § 313 BGB nicht zulässig. Im Fall der COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen Folgen wäre folglich der Zugriff auf § 313 Abs 1 BGB für Gewerberaummieter entgegen der [vertraglichen] Risikozuweisung ausnahmsweise möglich.<sup>30)</sup>

Rechtsfolge ist – entsprechend dem Vorrang prozeduraler Rahmenvorgaben gegenüber inhaltlichen Eingriffen in den Vertrag – zunächst eine beiderseitige Nachverhandlungspflicht mit dem Ziel einer einvernehmlichen Vertragsanpassung. Scheitert eine solche Nachverhandlung, muss der Richter die Vertragsanpassung selbst vornehmen. Zentrale Richtschnur hierfür ist die Zumutbarkeit, wobei die Anpassung auch stets mit der Alternative der Vertragsaufhebung ins Verhältnis zu setzen ist. Teils wird zur Anpassung vertreten, dass sie nicht zu einer reinen Billigkeitsentscheidung führen dürfe, sondern der Richter den Nachteil der von den geänderten Umständen negativ betroffenen Partei nur auf ein nach dem hypothetischen Parteiwillen gerade noch zumutbares Maß zurückführen dürfe.<sup>31)</sup> Dies ist jedoch eine wohl mehr akademisch als praktisch relevante Unterscheidung, die sich in der Rechtsprechung kaum wiederfindet. Die Rechtsprechung greift zur Konkretisierung des beiderseits Zumutbaren vielmehr auf eine Einzelfallabwägung zurück, wie sie grob vergleichbar auch im Rahmen der Billigkeitshaftung eines nicht deliktischen minderjährigen Kindes nach § 829 greift.

Obwohl die Bandbreite möglicher Anpassungsinhalte sehr groß ist, neigt die Rechtsprechung zu einer hälftigen Teilung der Risiken als Ausgangspunkt.<sup>32)</sup> Vorliegend würde dies eine Mietminderung um 50% bedeuten, wenn der Mieter seine Gewerbeimmobilie überhaupt nicht mehr nutzen kann.<sup>33)</sup> Zusätzlich sind jedoch in jedem Einzelfall weitere Billigkeitsgesichtspunkte zu berücksichtigen. So erscheint eine weitere Minderung bis zur Höhe der laufenden Kosten des Vermieters für die Immobilie denkbar, soweit diese die alleinige Einkommensquelle des Mieters darstellt (etwa beim Betrieb eines ersatzlos geschlossenen Ladengeschäfts) und nennenswerte weitere Reserven nicht vorhanden sind. Andererseits darf zulasten des Mieters auch seine Betriebsgröße und Finanzkraft in Ansatz gebracht werden, sodass bei den Adidas-Fällen auch eine Minderung um weniger als 50% infrage käme. Weiterhin sind öffentliche Zuschüsse oder sonstige Förderungen sowie verbleibende Erwerbsmöglichkeiten wie der schon erwähnte weiterhin zulässige Straßenverkauf einer Gastwirtschaft zulasten des Mieters in Anschlag zu bringen, wobei man im Zweifel deren Höhe zum Durchschnittseinkommen zu normalen Zeiten ins Ver-

hältnis setzen wird. Zugunsten des Vermieters ist zu berücksichtigen, ob er in Bezug auf die vermietete Immobilie Kreditverpflichtungen zu bedienen hat, soweit er für diese nicht öffentliche Hilfen erhält. Eine Vertragsauflösung, sollte sie vom Vermieter gewollt sein, ist schließlich zum Schutz des Mieters im Regelfall zu versagen, jedenfalls solange sich die Mietminderung nach den gerade aufgestellten Grundsätzen auf einige Monate beschränkt; auch die Höhe der Minderung sollte für die Festlegung der Dauer der zumutbaren Weiterführung des Vertrags berücksichtigt werden.

Insgesamt lässt sich mit diesem Ansatz eine „materiale Zerfaserung“<sup>34)</sup> der Rechtsanwendung zwar nicht vermeiden. Pauschale Ansätze, namentlich Alles-oder-nichts-Lösungen, wie sie sowohl für die Mieter- als auch die Vermieterseite vertreten werden, führen jedoch zu noch größeren Gerechtigkeitsdefiziten. Vielmehr gilt es wie immer bei neuen Rechtsproblemen, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen durch Fallgruppenbildungen zu verbessern.

#### D. Zusammenfassung

Die drastischen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen der Corona-Epidemie betreffen auch die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft. Die größten Probleme gehen dabei von der Zahlungsunfähigkeit von Mietern und der behördlichen Schließung von gewerblich genutzten Immobilien aus.

In erster Linie gefordert ist der Staat mit öffentlich-rechtlichen Hilfsmaßnahmen, namentlich Zuschüssen, Darlehen, Bürgschaften und Steuervergünstigungen. Da solche Maßnahmen aber nicht alle Probleme lösen können, hat auch das Privatrecht einen Beitrag zur Bewältigung der Krise zu leisten. Während der deutsche Gesetzgeber bisher nur einen temporären Kündigungsaufschub für Corona-bedingten Zahlungsverzug geregelt hat, bereitet das Schicksal der Zahlungsverpflichtung größere Probleme – also die Frage, ob die Miete weiterhin geschuldet wird, obwohl dem Mieter infolge der Epidemie Einnahmen weggebrochen sind oder eine Gewerbeimmobilie aufgrund behördlicher Anordnung ganz oder teilweise nicht mehr genutzt werden darf.

Für Wohnraummieten ist die fortdauernde Mietzahlungspflicht unproblematisch zu bejahen, soweit der Mieter das Mietobjekt, wie es regelmäßig der Fall ist, auch während der Epidemie weiterhin nutzen kann; kann er Corona-bedingt die Miete nicht mehr aufbringen, stehen nur öffentlich-rechtliche Maßnahmen wie Sozialhilfe oder Wohngeld zur Verfügung. Ausnahmen von der fortdauernden Mietzahlungspflicht kommen nur für nicht mehr nutzungsfähige Sondereinrichtun-

30) Warmuth, aaO 20.

31) So Finkenauer in MünchKomm zum BGB<sup>8</sup> (2019) § 313 Rn 92 ff.

32) Finkenauer, aaO, Rn 98, mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen in FN 358.

33) Der Immobilienverband ZIA und der Handelsverband HDE haben sich zwischenzeitlich in einem unverbindlichen Kodex auf eine solche hälftige Reduzierung des Mietzinses geeinigt, vgl [https://www.haufe.de/immobilien/wirtschaft-politik/mietenmoratorium-gesetzgeber-reagiert-auf-corona-krise\\_84342\\_512414.html](https://www.haufe.de/immobilien/wirtschaft-politik/mietenmoratorium-gesetzgeber-reagiert-auf-corona-krise_84342_512414.html) (abgerufen am 31. 5. 2020).

34) Vgl zu diesem Begriff Ch. Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die EU (2010), 25 ff.

gen von Wohnungen, wie Spielplätzen, oder für nicht mehr zugängliche Ferienimmobilien infrage.

Dagegen ist die Lage bei behördlich geschlossenen Gewerbeimmobilien ungleich komplexer. In der Literatur werden dazu kontrovers verschiedene Institute des allgemeinen Zivilrechts diskutiert: das Mängelgewährleistungsrecht, das Unmöglichkeitensrecht sowie das subsidiär anwendbare Institut der Störung der Geschäftsgrundlage. Nach allen Konstruktionen ist letztlich die Frage entscheidend, ob bei den behördlichen Schließungsanordnungen das Beschaffungs- und Erhaltungsrisiko des Vermieters oder das Verwendungsrisiko des Mieters betroffen ist. Jedoch erweist sich eine solche alternative Zuordnung vorliegend als nicht sachgerecht, da die öffentlich-rechtlichen Einwirkungen in den Vertrag aufopferungsgleiche Wirkungen für beide Parteien nach sich ziehen, was gegen eine Alles-oder-nichts-Lösung zulasten einer Partei spricht. Angemessen erscheint deswegen eine einzelfallbezogene Abwägungslösung im Rahmen des Instituts der

gestörten Geschäftsgrundlage. Ausgehend vom Grundsatz einer hälftigen Teilung des Risikos sind dabei gerechte Lösungen für den Einzelfall zu entwickeln. So lässt sich für den Fall, dass ein kleiner Gewerbebetreiber ohne Rücklagen mit der Schließung der Gewerbeimmobilie auch seine alleinige Erwerbgrundlage verliert, eine Reduzierung der Miete bis zur Höhe der laufenden Kosten des Vermieters befürworten.

Obwohl das Institut der gestörten Geschäftsgrundlage somit einen halbwegs brauchbaren Rahmen für die Erfassung der mietrechtlichen Folgen der Corona-Krise bietet, handelt es sich nur um ein temporäres Notfallregime, das deren gravierende wirtschaftliche Auswirkungen nicht ansatzweise beheben kann. In erster Linie gefordert – und das dürfte auch der in dieser Zeitschrift praktizierte rechtsvergleichende Ansatz belegen – sind Staat, Länder und Kommunen und nicht zuletzt die Europäische Union samt der Europäischen Zentralbank. Und damit wären wir nach diesem Ausflug ins Privatrecht wieder am Anfang des Beitrags angelangt.

### → In Kürze

Neben zahlreichen öffentlich-rechtlichen Unterstützungsmaßnahmen für Gewerbetreibende hat der deutsche Gesetzgeber zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise auch ins private Mietrecht eingegriffen, dabei jedoch nur einen Aufschub von Kündigungen infolge Zahlungsverzugs statuiert. Während die Zinsverpflichtung des Wohnraummieters, der seine Wohnung auch in der Krise weiterhin nutzen kann, relativ unproblematisch zu bejahen ist, wird die Verpflichtung des Gewerberaummieters zur Zinszahlung nach behördlichen Schließungsmaßnahmen in Wissenschaft und Praxis kontrovers diskutiert. Der vorliegende Beitrag erörtert die bestehenden Vorschläge, die sich auf Gewährleistungsrecht, Unmöglichkeitensrecht sowie die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage stützen, und spricht sich für eine Lösung nach dem letztgenannten Institut aus.

### → Summary

Alongside a set of state aid measures for undertakers, the German legislator has also amended tenancy law in order to address the economic consequences of the Corona

crisis; however, only a temporary suspension of termination notices against tenants was regulated explicitly by statute. Whereas the rent payment obligation for residential tenants able to use their dwelling even during the crisis is rather uncontroversial, the payment obligation of commercial tenants affected by public closing orders is debated in academia and legal practice. The present contribution analyses the existing proposals, which refer to warranty, impossibility and the doctrine of frustration of contract (Störung der Geschäftsgrundlage), and advocates a solution based on the latter.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Christoph U. Schmid ist Professor für Bürgerliches Recht, Europäisches Privat- und Wirtschafts- sowie Wirtschaftsverfassungsrecht an der Universität Bremen und Direktor am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP). Er hat sich im Rahmen des europäischen Tenlaw-Projekts ([www.tenlaw.uni-bremen.de](http://www.tenlaw.uni-bremen.de)) mit vergleichendem Wohnungsrecht beschäftigt.

