

Gewerberaummietverhältnisse – Rechte des Mieters auf Vertragsanpassung in Zeiten der Pandemie

17.04.2020

von Prof. Dr. Michel Schulte, LL.M., Krefeld, Düsseldorf
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Der Verfasser ist Mitautor des Fachanwaltshandbuchs für Miet- Wohnungseigentumsrecht
(Hrsg. Harz, Kääh, Riecke, Schmid, Luchterhand Verlag, 6. Auflage)

Eine Vielzahl von Gewerberaummietverhältnissen sind von der Corona-Epidemie und behördlich angeordneten Schließungsmaßnahmen betroffen. Die Kommunen haben auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes und landesgesetzlicher Erlasse in Amtsblättern veröffentlichte Allgemeinverfügungen zur Beschränkung von sozialen Kontakten erlassen. Einzelhandelsgeschäfte, Gastronomie- und Hotelbetriebe, Dienstleistungsunternehmen sind geschlossen oder können nur noch einen sehr eingeschränkten Geschäftsbetrieb aufrecht erhalten. Die Kommunen überwachen die Schließungen.

Welche Folgen haben diese Schließungsverfügungen und Beschränkungen nun für die gewerblichen Mietverhältnisse; für Einzelhandelsgeschäfte, Gastronomie- und Hotelbetriebe?

Es werden sukzessive Lockerungen erwartet, die eine Nutzung der Räumlichkeiten ganz oder teilweise ermöglichen sollen. Ob ein Teilbetrieb aufgrund des weiterhin gebotenen social distancing mit sukzessivem Betreten der Geschäftsräume einen rentablen oder weiterhin nur einen defizitären Geschäftsbetrieb ermöglicht, hängt wohl vom Einzelfall ab. Die dereinst durch den Bundesgerichtshof zu klärenden Rechtsfragen lauten:

1. Hat der Gewerberaumvermieter (künftig „Vermieter“) gegen den Gewerbetreibenden (künftig „Mieter“) Anspruch auf Fortentrichtung des Mietzinses bzw. kann der Mieter die Zahlung des Mietzinses verweigern?
2. Ist der Mieter berechtigt, das gewerbliche Mietverhältnis entsprechend § 543 Abs. 2 S. 1 BGB wegen der nicht möglichen Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs aus wichtigem Grunde außerordentlich und fristlos zu kündigen?
3. Oder liegt ein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor mit der Verpflichtung der Vertragsbeteiligten das Mietverhältnis, falls möglich, anzupassen und die Anpassungsverhandlungen an die sich fortlaufend ändernden Verhältnisse und die sich sukzessive ändernden Nutzungsbeschränkungen/Lockerungen zu führen?
4. Besteht ggf. ein außerordentliches Kündigungsrecht falls der Vermieter Anpassungsverhandlungen verweigert?

Hierzu ein Ausgangsfall aus der Praxis, dessen Problematik er für hunderttausende Einzelhändler in diesen Tagen typisch ist:

Die zu einem Kaufhauskonzern gehörende Vermieterin hat an einen Möbeleinzelhändler in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG in einer rheinischen Großstadt eine Verkaufsfläche mit 410 m² mit einer Nebenfläche von 265 m² im Erdgeschoss des Kaufhauses vermietet. Laut Mietvertrag wird im Objekt ein Geschäft für Möbel, Kleinmöbel und Accessoires betrieben. Nutzungsänderungen und Sortimentsänderungen bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters. Das Mietverhältnis ist erstmals ordentlich zum 30.09.2025 kündbar. Eine Untervermietung ist nicht gestattet. Die Mieterin fordert mit Schreiben vom 30.03.2020 die Aufnahme von Verhandlungen, ob und wie das Mietverhältnis fortgesetzt werden kann. Die Rechtsabteilung des Kaufhauskonzerns ist der Auffassung, dass die Mieterin zur Fortzahlung des Mietzinses verpflichtet ist und verweigert die Aufnahme von Anpassungsverhandlungen. Der Mieter möge Kredite aufnehmen. Die Mieterin hat Kurzarbeit angemeldet und kann ihre fixen und variablen Kosten auf ca. 40 % senken. Sie versucht die Folgen der Betriebsschließung durch einen Onlinehandel zu mindern, der jedoch höchstens 10 % des bisherigen Umsatzes erreichen wird. Das vorhandene Eigenkapital ist in ca. 3 Monaten aufgebraucht. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung drohen. Mit Wirkung ab 20.04.2020 sollen einzelne Kunden das Ladenlokal wieder betreten dürfen. Der Geschäftsbetrieb dürfte auflagenbedingt weiterhin stark defizitär bleiben.

Wie ist die Rechtslage?

Der Gesetzgeber hat zur Abmilderung der Folgen der Covid-19 Pandemie ein Artikelgesetz auf (Covid-19G) erlassen, dass die Insolvenzantragspflicht vorübergehend aussetzt. Das Corona-Abmilderungsgesetz (vom 27.03.2020 (BGBl. I 2020 569)) wurde der Kabinettsentwurf am 22.03.2020 vorgelegt, am 25.03.2020 vom Bundestag beschlossen und hat am 27.03.2020 den Bundesrat passiert und wurde noch am selben Tag ausgefertigt, um am 01.04.2020 in Kraft zu treten. Seine Zielsetzung ist es, Corona-Folgen abzumildern und den Grundsatz einzuschränken: „Geld hat man zu haben“.

1. Sonderkündigungsschutz für Mieter bei pandemiebedingter Illiquidität

Für das Miet- und Pachtrecht wurde ein Sonderkündigungsschutz geschaffen. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass diese zusätzlichen Schutzmaßnahmen gegen pandemiebedingte Geldknappheit, die bisherige Risikoverteilung des Mietrechts und die Grundsätze der Mangelrechtsprechung des BGH und die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Eilverfahren aushebeln wollten. Es ist wohl davon auszugehen, dass in Bezug auf die Folgen der behördlichen Betriebschließungen ein Motivirrtum des Gesetzgebers vorgelegen hat, dass er es für nötig hielt einen Sonderkündigungsschutz für den Fall zu schaffen, dass – ganz allgemein – pandemiebedingt Geldknappheit herrscht.

In Artikel 240 § 2 Abs. 1 EGBGB ist geregelt.

Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder Räume nicht alleine aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 01.04.2020 bis 30.06.2020 trotz Fälligkeit der Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistungen auf den Auswirkungen der Covid-19 Pandemie beruht. Ein Zusammenhang zwischen Covid-19 Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen.

Es war das gesetzgeberische Bestreben, Mieter, die infolge der wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19 Pandemie die Miete nicht zahlen können, für den befristeten Zeitraum von 3 Monaten die fällige Mietzahlung aussetzen zu können. Die Kündigung ist bis zum 30.06.2022 ausgeschlossen. Der Mieter hat also 2 Jahre Zeit, seine Mietrückstände auszugleichen. Danach lebt das Kündigungsrecht des Vermieters wieder auf. Also eine Rechtswohltat der Zwangsstundung des Mietzins in Höhe von 3 Monatsmieten für die Dauer von 2 Jahren. In der Regel wird es für die Glaubhaftmachung genügen, dass der Mieter darauf verweisen kann, dass der Betrieb seines Unternehmens im Rahmen der Covid-19 Pandemie untersagt oder erheblich eingeschränkt worden ist.

Die Insolvenzantragspflicht wird flankierend hierzu rückwirkend zum 01.03.2020 bis zum 30.09.2020 ausgesetzt, es sei denn die Insolvenz beruht nicht auf den Auswirkungen der Covid-19 Pandemie oder es besteht keine Aussicht auf die Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit. Für einen 6-monatigen Aussetzungszeitraum ist auch das Recht der Gläubiger suspendiert, die Eröffnung von Insolvenzverfahren zu beantragen.

2. Sonderkündigungsschutzrecht, keine abschließende lex specialis zu § 536 und § 313 BGB

Die Gesetzesbegründung zu Artikel 240 EGBGB stellt nach § 2 Abs. 1 auf die „fällige Miete“ ab. In der Gesetzesbegründung hingegen heißt es: „Die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete bleibt im Gegenzug im Grundsatz bestehen“. Hierbei hatte der Gesetzgeber die Wohnraummiete vor Augen. Das Gesetz will diejenigen unterstützen, die durch die Pandemie in wirtschaftliche Not geraten sind. Allerdings hat das Justizministerium in der Eile des nur wenige Tage dauernden Gesetzgebungsverfahrens die bestehende Rechtsprechung des BGH zum Gewerberaummietrecht übersehen und diese nicht in die gesetzgeberischen Erwägungen und Gesetzesbegründung mit einbezogen.

Es stellt sich die Frage, ob das Corona-Abmilderungsgesetz die bisherige Rechtslage als lex specialis zu § 536 und der hierzu bestehenden Rechtsprechung zum Nachteil der Gewerberaummieter und zum Vorteil der Vermieter abändern wollte. Es stellt sich die grundsätzliche Frage, warum der

Mieter weiterzahlen soll, obwohl er infolge öffentlich-rechtlicher Beschränkungen gehindert ist, die vertragliche Nutzungen zu ziehen. Bleibt nun der Vermieter weiterhin verschuldensunabhängig für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache verantwortlich oder fällt das Risiko der Pandemie in den Bereich des Mieters, alternativ in den Risikobereich beider Parteien.

Artikel 240 § 2 EGBGB enthält keine abschließende Regelung für den Fall, dass der dem Mieter vertraglich zu gewährende Gebrauch - das Äquivalent ist der zu zahlende Mietzins – aufgehoben oder eingeschränkt ist. Nach dem Gesetzeswortlaut muss die Miete fällig sein. Kann jedoch die Miete ganz oder teilweise wegen Unmöglichkeit der Nutzung gemindert werden, ist die Miete nicht fällig und es bedarf keiner Kündigungsbeschränkungen. Der Anwendungsbereich des § 2 zielt nach seinem Wortlaut und seinem Zweck ganz allgemein darauf ab, dass leistungsschwache Schuldner in Zeiten der Pandemie – gleich aus welchem Grund einen Zwangskredit beim Vermieter aufzunehmen können – und temporär die Kündigung auszuschließen. § 2 enthält hinsichtlich tatbestandlicher Voraussetzungen und Rechtsfolgen somit keine abschließende Regelung für die Fälle, in denen der Betrieb infolge behördlicher Maßnahmen geschlossen ist. § 536 BGB und die bisherige Rechtsprechung zum Mangelbegriff sind durch die Gesetzesänderung nicht modifiziert worden. Der Gesetzgeber hat die Rechtslage und diese Rechtsprechung ersichtlich weder gesehen noch in sein gesetzgeberisches Ermessen einbezogen oder gar abgewogen. Ebenso wenig ist § 313 BGB durch Artikel 240 EGBGB abgeändert worden.

3. Herkömmliche Risikoverteilung zwischen Vermieter und Mieter gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH

Die herkömmliche Rechtsprechung zu den so genannten Umfeldmängeln, die zur Mietminderung oder Kündigung berechtigen, ist folgende:

Kann die vereinbarte Nutzung des Mietobjektes aus bauordnungsrechtlichen Gründen nicht ausgeübt werden, liegt ein Sachmangel vor (Schmidt/Futterer, Mietrecht, 2019, § 536 Rn. 95; BGH XII ZR 24/06 = ZMR 2008 276; OLG Köln ZMR 1998, 91). Weitere Beispiele für Umfeldmängel sind unzumutbare Geruchsbelästigungen (Schmidt/Futterer, a.a.O. Rn. 111), gesundheitsgefährdender Lärm (Schmidt/Futterer, a.a.O. Rn. 127), Beeinträchtigung infolge von Bauarbeiten (Schmidt/Futterer, a.a.O. Rn. 138 m.w.N.) sowie der fehlende Zugang zu den Mieträumen zum Zwecke des Kundenverkehrs (Schmidt/Futterer, a.a.O. Rn. 210; BGH NJW 1981, 2405) insbesondere im Falle von Straßenbaumaßnahmen der öffentlichen Hand, die den Zugang zum Mietobjekt erheblich beeinträchtigen oder beseitigen. In den Risikobereich des Vermieters fallen mithin alle Störungen aus

dem Umfeld, die regelmäßig unter den Fehlerbegriff des § 536 BGB fallen, mithin eindeutig der Vermietersphäre zuzuordnen sind (Schmidt/Futterer, a.a.O. Rn. 160).

In den Risikobereich des Mieters fallen also alle Umstände, die nicht mit der Beschaffenheit der Mietsache und öffentlich-rechtlichen Beschränkungen zusammenhängen, sondern in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben (BGH ZMR 1994, 253 = NJW 1988, 2664). Das wirtschaftliche Risiko des Betriebs ist allein Sache des Mieters (Attraktivitätsverlust des Gebietes, Ansiedlung marktstärkerer Konkurrenten, Verkehrsbedingte Maßnahmen).

Diese herkömmliche Abgrenzung der Risikobereiche in der BGH Rechtsprechung erfolgt dogmatisch über den Begriff des Mangels im Sinne des § 536 BGB. Bei näherem Hinsehen erkennt man jedoch, dass das Risiko einer Pandemie, das alle Gewerbetreibende und alle Vermieter trifft, schlechterdings nicht allein dem Risikobereich des Mieters zugeordnet werden kann. Er hat mit dem Vermieter vertraglich vereinbart, dass er für die tatsächliche Gewährung des dem Verträge nach vorausgesetzten Gebrauchs, im Ausgangsfall dem Betrieb eines Möbeleinzelhandels, die Miete entrichtet. Er hat sich hierzu verpflichtet, weil er über den Betrieb des Ladens die notwendigen Erträge zur Erwirtschaftung der Gegenleistung erzielen kann. Andererseits ist nicht einzusehen, dass das Pandemierisiko, das der Vermieter von einem Risiko das alle Bundesbürger betrifft ausgenommen werden soll. Hierfür gibt es keinen sachlichen Grund. Vermieter haben finanziert und haben Kreditverpflichtungen zu tragen. Mieter haben allerdings auch bei fehlender Nutzungsmöglichkeit und fehlender Einnahmen Betriebskosten zu tragen. Es entspricht daher nicht nur dem Rechtsempfinden und den allgemeinen Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit, sondern auch der ratio legis des § 313 BGB, dass die pandemiebedingten Betriebsschließung und Nutzungseinschränkungen über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gelöst werden sollte. So ist auch die vielfältige zu beobachtende Praxis: Vermieter lenken von sich aus ein.

4. Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Wendet man die Grundsätze des § 313 BGB auf die pandemiebedingten Rechte des Mieters an, ergibt sich das folgende, den Interessen und der Risikosphäre beider Parteien am ehesten gerecht werdende Rechtlage.

Geschäftsgrundlage ist die bei Vertragsschluss zutage getretene und vom Gegner in ihrer Bedeutung erkannte und nicht beanstandete Vorstellung einer Partei vom Fortbestand und Eintritt bestimmter Umstände (BGH NJW 1976, 565). Die Geschäftsgrundlage ist das Prinzip der Vertragstreue, dass nur durchbrochen werden darf, wenn ein Festhalten am Vertrag zu untragbaren mit Recht und Rechtlichkeit nicht vereinbarten Ergebnissen führt, einer Partei ein Festhalten nach Treu

und Glauben nicht zugemutet werden kann (also insbesondere bei langfristiger Beeinträchtigung und Langzeitmietverhältnisses). Hierbei ist auf die Risikoverteilung der Partner zu achten (Schmidt/Futterer, § 536 Rn. 612). Die Covid-19 Pandemie ist ein solcher Fall, wenn man sie nicht dogmatisch zweifelhaft und weniger interessengerecht unter dem Topos des Mangelbegriffs einordnet (hierzu Schmidt/Futterer, § 536 Rn. 605).

- es müssten sich nach Vertragsschluss Umstände entscheidend verändert haben: *Pandemie*
- die Umstände dürften nicht Inhalt des Vertrages geworden sein: *darin hat regelmäßig niemand gedacht*
- die Parteien hätten den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen: *Dafür spricht eine tatsächliche Vermutung und das Gebot der Gerechtigkeit*
- es ist einer Partei aufgrund der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und rechtlichen Risikoverteilung dem Mieter nicht zumutbar am Vertrag ohne Anpassung festzuhalten: *Hohe Verluste und Insolvenz drohen*

Rechtsfolge ist der Anspruch auf Anpassung des Vertrages an die veränderten Umstände. Ist eine Anpassung einer Partei nicht zumutbar, kann das Dauerschuldverhältnis gekündigt werden.

In der Regel hat keine Vertragspartei das Pandemierisiko vorausgesehen und vertraglich geregelt. In der Rechtsprechung sind Grundsätze als Wegfall der Geschäftsgrundlage und ein Kündigungsrecht des Mieters bejaht worden für folgende im Ergebnis wertungskongruente Fallgestaltung:

- Mietvertrag über eine Verkaufsfläche zum Betrieb von Backwaren in der Vorkassenzone eines Supermarktes, wenn der Supermarkt nicht mehr betrieben wird (OLG Dresden, Beschluss vom 08.02.2017, 5 O 1669/16)
- Verlegung der KFZ-Zulassungsstelle und außerordentliche Kündigung der in unmittelbarer Nähe gelegenen Mieträumlichkeiten zur Fertigung von KFZ-Kennzeichen (Schilderpräger; OLG Naumburg, Urteil vom 18.09.2017, 1 U 82/17)

5. Rechtsfolgen der Vertragsanpassung, ggf. außerordentliche Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Das Pandemierisiko ist eine tatsächliche Entwicklung, die von beiden Vertragsparteien nicht vorhergesehen worden ist. Die Anpassung erfolgt dergestalt, dass die Vertragsparteien zunächst gehalten sind, alle anderen Möglichkeiten zur Problemlösung auszuschöpfen (OLG Dresden NZM 2002, 165; Schmidt/Futterer, § 543 RN. 231).

Das Gericht kann bei fehlender Anpassung nach billigem Ermessen zulasten des Kündigenden eine Ausgleichszahlung anordnen (Grundlage § 242 BGB) und hierbei die Aufwendungen, die der Gekündigte im Vertrauen auf die Fortdauer des Mietverhältnisses gemacht hat (Frustrationsschaden) berücksichtigen und andererseits nach billigem Ermessen einen Ausgleich des entgangenen Gewinns des Gekündigten bestimmen. Namentlich, wenn der Mietzweck in den Vertrag hineingeschrieben ist, hier Betrieb eines Möbeleinzelhandels, wäre es unbillig, wenn das Pandemierisiko allein auf den Mieter verlagert werden würde.

Das Gericht würde im Ausgangsfall den fortbestehenden Vorteil des Mieters berücksichtigen, dass er die Verkaufsfläche weiterhin als Lagerfläche nutzen kann.

Die Rechtsprechung des BGH hat das Rechtsinstitut der Anpassung und des Vertrages nach billigem Ermessen nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage angewandt und bei gleicher Risikobetroffenheit die Vergütung auf die Hälfte der vereinbarten Gegenleistung beschränkt

BGH, Urteil vom 08.02.1984, VIII ZR 254/82, Celle:

Inbesondere kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, dass das BerGer. das Risiko, das sich in der Grundlagenstörung verwirklicht hat, auf beide Parteien je zur Hälfte verteilt hat. Diese Aufteilung bietet sich bei Fehlen von Anhaltspunkten, die für eine andere Verteilung sprechen könnten, an, wenn die Folgen der Grundlagenstörung nicht einer Partei allein zugewiesen werden können (vgl. auch Roth, in: MünchKomm, § 242 Rdnr. 577; Medicus, in: Festschr. f. Flume, 1978, S. 642)

Der Gewerberaumvermieter und -mieter sind bei pandemiebedingten Betriebsschließungen und/oder erheblichen betrieblichen Einschränkungen gut beraten, sich auf Vertragsanpassungen einzulassen. Es wird voraussichtlich noch geraume Zeit in Anspruch nehmen, bis in diesem Punkt rechtliche Klarheit herrscht. Der Vermieter, der sich nicht auf Vertragsverhandlungen einlässt, geht das Risiko ein, dass der Mieter das Mietverhältnis fristlos gemäß § 543 BGB, ggf. nach erneuter Abmahnung, kündigen kann. Die Aussicht auf Abschluss eines äquivalenten Anschlussmietverhältnisses mit einem anderen Mieter ist derzeit begrenzt. Anders als im Falle der mängelbedingten Mietminderung (ex tunc) gemäß § 536 BGB besteht das Anpassungsrecht gemäß § 313 BGB nur ex nunc.

Der Zwang zu Anpassungsverhandlungen führt auch dazu, dass flexible Regelungen vereinbart werden können, etwa dass der Vermieter den Mietzins stundet und/oder teilweise und zeitweilig aussetzt.

Der Zwang zur Anpassung ist ein heilsamer und interessengerechter Weg um zur Lösung der Konflikte in pandemiebedingten Gewerberaummietverhältnissen beizutragen. Im Zweifel sollte der Halbteilungsgrundsatz gelten.

Falls Vermieter die Anpassung zu Unrecht verweigern, dürfte nach hier vertretener Auffassung eine Kündigung aus wichtigem Grunde gemäß § 543 BGB berechtigt sein.