

**Herausgeber:**

Prof. Dr. Wolfgang Lüke, Leipzig

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hanns Prütting,  
Köln

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt,  
Hamburg

**Gründungsherausgeber:**

RA Dr. Bruno M. Kübler,  
Köln/Dresden

**Heribert Anzinger/Christian Strahl**

„Landlords will take it easy“ – Auswirkungen  
der Corona-Pandemie auf gewerbliche Miet-  
und Pachtverträge

S. 1833

**Maximilian Lotz**

Der Anwendungsbereich der Regelungen  
zu „Related Party Transactions“ im fak-  
tischen Aktienkonzern

S. 1843

**Hans-Patrick Schroeder/Kathrin Asschenfeldt**

Zur (Un-)Zulässigkeit einer Dissenting  
Opinion in Schiedssprüchen nach deut-  
schem Schiedsverfahrensrecht

S. 1847

**BVerfG, 19. 6. 2020**

Verbot des Einsatzes von Streikbrechern  
verfassungsgemäß

S. 1876

**BGH, 21. 7. 2020**

Zur Außenhaftung des Kommanditisten  
in der Insolvenz der Gesellschaft

S. 1869

**BGH, 21. 7. 2020**

Zur Zuständigkeit für Klagen wegen falscher,  
irreführender oder unterlassener öffentlicher  
Kapitalmarktinformation

S. 1879

**BGH, 14. 7. 2020**

Zur rechtzeitigen Bekanntmachung von  
durch Minderheitsaktionäre ergänzter  
Tagesordnung

S. 1857

Heribert Anzinger/Christian Strahl<sup>\*)</sup>

## „Landlords will take it easy“ – Auswirkungen der Corona-Pandemie auf gewerbliche Miet- und Pachtverträge

*Die Verteilung des in der Corona-Pandemie realisierten unternehmerischen Risikos zwischen gewerblichen Mietern und ihren Vermietern ist mit wirtschaftlichen Herausforderungen, rechtspolitischen Positionen und mit der Auslegung des geltenden Schuldrechts verbunden. Während in den hochpreisigen Lagen der Fußgängerzonen großer Städte vertretene Einzelhandelsunternehmen bereits mit der Ankündigung, Mietzahlungen vorübergehend einzustellen, negative politische Reaktionen hervorriefen, wird umgekehrt von substantiellen Mieterlassungen berichtet. Wo keine Einigung zustande kommt, stellt sich die Frage nach der gesetzlichen Risikoverteilung. Mit dem nachfolgenden Beitrag wird dargelegt, dass vorrangig mietrechtliches Mängelgewährleistungsrecht eingreift, ergänzt um die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Daraus werden für verschiedene Fallgruppen Folgerungen für die Höhe einer fortbestehenden Mietzahlungsverpflichtung gezogen. Darüber hinaus beschäftigt sich der Beitrag mit der Frage, inwiefern die Corona-Pandemie Auswirkungen auf den Bestand von gewerblichen Mietverhältnissen hat und beleuchtet dabei etwaige Kündigungsrechte von Mietern und Vermietern.*

### I. Einleitung

Die fortwirkende Problemstellung ergibt sich aus dem bisherigen Verlauf der Corona-Pandemie und den hierzu ergangenen staatlichen Maßnahmen zur Verhinderung bzw. Einschränkung von Publikumsverkehr: Nach einem Lockdown mit der weitreichenden Schließung von Ladengeschäften, Gaststätten und Hotels von Mitte März bis Anfang Mai 2020,<sup>1)</sup> durften in einer ersten Lockerungsstufe kleinere Ladengeschäfte wieder öffnen<sup>2)</sup> und Teilflächen bewirtschaftet werden.<sup>3)</sup> In einer weiteren Lockerung wurden solche Flächenbegrenzungen aufgehoben, an deren Stelle traten im Wesentlichen die Begrenzung der Personenzahl, die sich in Räumen aufhalten dürfen und Auflagen zur Abstandwahrung nebst einer Maskenpflicht.<sup>4)</sup> Fortwirkend<sup>5)</sup> unterliegen Freizeiteinrichtungen (Kino, Theater, Fitness- und Tanzstudios) Beschränkungen durch Hygienekonzepte und einer Personenbegrenzung.<sup>6)</sup> Auf unabsehbare Zeit

sind Sportstadien, Tagungs- und Veranstaltungsräume und -hallen, Clubs und Messegebäude für Großveranstaltungen, insbesondere für Sportevents, Partys und Konzerte geschlossen. Weitere Pandemiewellen und regional gestiegene Infektionszahlen führten zu einer auf die betroffenen Gebiete begrenzten Rückkehr zu schärferen Beschränkungen.<sup>7)</sup>

Einigkeit besteht im Schrifttum darin, dass die durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. 3. 2020<sup>8)</sup> eingefügte Vorschrift des Art. 240 § 2 EGBGB bis zum 30. 6. 2020 bewirkte Aussetzung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung von Mietverträgen aufgrund Zahlungsverzugs in der Zeit vom 1. 4. bis 30. 6. 2020 einerseits die grundsätzliche Pflicht zur Mietzahlung nicht berührt (Mieten also unverändert eingeklagt und ggf. im Wege der Zwangsvollstreckung eingebracht werden können), und andererseits die Corona-Pandemie auch grundsätzlich weitergehende Auswirkungen auf gewerbliche

<sup>\*)</sup> Dr. iur. Heribert Anzinger, Universitätsprofessor, Ulm, und Rechtsanwalt Christian Strahl, München. „Landlords will take it easy“: Trump, Präsident der Vereinigten Staaten, zitiert nach Israel, *The American Independent* v. 31. 3. 2020, abrufbar unter <https://americanindependent.com/renters-coronavirus-april-1-landlords-donald-trump-housing-covid-19/> (Abruf am 20. 8. 2020).

1) Exemplarisch Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (BayIfSMV) v. 27. 3. 2020, BayMBl 2020 Nr. 158 v. 27. 3. 2020; über die Rechtsgrundlagen *Krepold*, WM 2020, 726, 726 f.; *Zehlein*, NZM 2020, 390.

2) Exemplarisch BayIfSMV i. d. F. Änderungsverordnung v. 31. 3. 2020, GVBl 2020, 194; zur Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG BayVGh v. 27. 4. 2020, 20 NE 20.793.

3) Exemplarisch § 4 3. BayIfSMV v. 1. 5. 2020, BayMBl 2020 Nr. 239 v. 1. 5. 2020.

4) Exemplarisch §§ 1 ff. 6. BayIfSMV v. 19. 6. 2020, BayMBl 2020 Nr. 348 v. 19. 6. 2020.

5) Stand: 24. 8. 2020.

6) Exemplarisch § 4 BW-CoronaVO i. d. F. Änderungsverordnung v. 28. 7. 2020, GVBl Nr. 28 v. 5. 8. 2020.

7) Exemplarisch Stadt Offenbach am Main, abrufbar unter <https://www.offenbach.de/leben-in-oft/gesundheits/6/corona/pm/ueberblick-neue-massnahmen-in-offenbach.php> (Abruf am 25. 8. 2020).

8) BGBl I 2020, 569, 573.

Mieten haben kann.<sup>9)</sup> Weitgehend ungeklärt ist demgegenüber die Frage, wie sich insbesondere Teilbeschränkungen auf die Verteilung des Verwendbarkeits- und des Verwendungsrisikos zwischen Mieter und Vermieter auswirken. Damit verbunden sind die Fragen nach der Berechtigung zur Vertragsanpassung und zur Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung des Mieters oder des Vermieters.

Im Folgenden werden zunächst die Wirkung von Betriebs-schließungen und -beschränkungen als Mangel der Mietsache (II), die Anwendbarkeit des Unmöglichkeitrechts (III) und die Bedeutung der Regelung des § 313 BGB (IV) untersucht. Im Anschluss werden die Rechtsfolgen, zunächst bezogen auf den Umfang einer Befreiung von der Mietzahlungsverpflichtung und möglichen Ansprüchen auf bauliche Maßnahmen (V) und sodann bezogen auf die Kündigungsrechte von Mieter und Vermieter analysiert (VI). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung (VII).

## II. Betriebsschließungen als Mangel der Mietsache

Betriebsschließungen, nur teilweise erlaubte Flächennutzung oder Auflagen können sich als öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen darstellen, die die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch herabsetzen und damit einen Mangel i. S. v. § 536 BGB darstellen. Das setzt voraus, dass sie sich mit der Beschaffenheit der Mietsache verknüpfen lassen, ihre Ursache zumindest nicht überwiegend in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters haben und die Parteien subjektiv von einer beschränkungs-freien Verwendbarkeit der Mietsache durch den Mieter ausgehen sind.<sup>10)</sup>

### 1. Ausgangspunkt: Anknüpfung an die Beschaffenheit der Mietsache

Öffentlich-rechtliche Hindernisse und Beschränkungen begründen nur dann einen Mangel, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache beruhen.<sup>11)</sup> Typischerweise ist dies bei Nutzungsbeschränkungen aus dem Bauordnungs- und Bauplanungsrecht der Fall. Die lagebedingte Unvereinbarkeit einer bestimmten Mietnutzung mit Bauordnungs- und Bauplanungsvorschriften hebt zwar nicht die faktische Nutzbarkeit einer Mietsache auf, wohl aber – bei gegebenem oder wahrscheinlichem Vollzug der rechtlichen Beschränkung – die rechtliche Nutzungsmöglichkeit. Deshalb kann ein Mangel bestehen, wenn eine Nutzungsmöglichkeit durch rechtliche Beschränkungen ausgeschlossen wird, die die Vertragsparteien mit der Mietsache verbunden haben.<sup>12)</sup> Nichts anderes ist für rechtliche Nutzungsbeschränkungen aufgrund von Pandemiemaßnahmen anzunehmen. Auch diese verfolgen u. a. das Ziel, die Nutzung in einem bestimmten Gebiet (Pandemiegebiet) belegener Immobilien einzuschränken. Für die grundsätzliche Einordnung als Mietmangel besteht kein Unterschied, ob eine vorgesehene Nutzung (z. B. Betrieb einer Diskothek) untersagt wird, weil sie in einem Wohngebiet liegt und deshalb mit dem baurechtlichen Gebietscharakter unvereinbar ist oder weil sich die betreffende Immobilie in einem Pandemiegebiet befindet und aus diesem Grund nicht als Diskothek betrieben werden darf. Den Lage-

bezug pandemiebedingter Nutzungsbeschränkungen verdeutlichen Beispiele aus der ersten Phase der Pandemiemaßnahmen. So war es zeitgleich in Baden-Württemberg erlaubt, Baumärkte zweckentsprechend zu nutzen, in Bayern aber nicht, dafür dort aber, Eisdielen zu öffnen, die wiederum in Baden-Württemberg geschlossen bleiben mussten. Beispiele sind im August 2020 die für Offenbach am Main oder Rosenheim geltenden, ausschließlich für das jeweilige Stadtgebiet wirkenden Einschränkungen. Und es zeichnet sich ab, dass hoheitliche Pandemiemaßnahmen zunehmend gebiets-, orts- und sogar gebäudebezogen ergriffen werden.

Fraglich ist, ob abseits hoheitlicher, unmittelbar in die Nutzung einer Gewerbeimmobilie eingreifender Nutzungsunter-sagungen ein Mietmangel auch in pandemiebedingten Aus-gangsbeschränkungen gesehen werden könnte, die u. a. dazu führen, dass ein mit der Nutzung des Mietgegenstands vor-ausgesetzter, in der Regel besonders hoher Publikumsverkehr ausbleibt (z. B. Kiosk in einem Bahnhof). Die Problematik vorübergehender lagebezogener Nutzungseinschränkungen ver-dichtete sich in der Rechtsprechung bislang besonders am Bei-spiel von Zugangsbehinderungen, wie sie etwa von Baustellen ausgehen können. Die Fallgruppen der Zugangsbehinderun-gen durch Baustellen und der Beeinträchtigungen durch Um-feld- oder Umweltmängel<sup>13)</sup> lassen sich als Vergleichsmaßstab für die neue Fallgruppe der Beschränkungen durch Pandemiemaßnahmen heranziehen.<sup>14)</sup> Zwar begründen, nach einer im Schrifttum angefochtenen Rechtsprechung zu Lärmimmissionen im Wohnraummietrecht, Umwelteinflüsse, die auch der Vermieter ohne Abwehr- und Entschädigungsansprüche hin-nehmen müsste, weil sie unwesentlich oder ortsüblich sind, keinen Mangel.<sup>15)</sup> Das lässt sich auf das Gewerberaummiet-recht und auf Zugangsbeschränkungen aber nur eingeschränkt übertragen.<sup>16)</sup> Denn für gewerblich genutzte Räume begründet, umgekehrt, nach bislang unangefochtener Rechtsprechung je-denfalls eine erhebliche und andauernde Zugangsbeschrän-

9) *Eusani*, MDR 2020, 889, 891; *Göldner*, ZfR 2020, 403, 408; *Häublein/Müller*, NZM 2020, 482, 490; *Liebscher/Zeyher/Steinbrück*, ZIP 2020, 852, 853; *Krepold*, WM 2020, 726, 728; *Kumkar/Vöfß*, ZIP 2020, 893, 894 f.; *Leo/Götz*, NZM 2020, 402; *Schall*, JZ 2020, 388, 392 f., 396; *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, NJW 2020, 1103, 1106; *Strake*, ZfR 2020, 361, 362; *Weller/Thomale*, BB 2020, 962, 963; *Zehlein*, NZM 2020, 390, 401; zur insolvenzrechtlichen Einordnung *Pfäfler/Scholz*, ZIP 2020, 1633.

10) St. Rspr. BGH v. 20. 1. 1971 – VIII ZR 167/99, WM 1971, 531; BGH v. 20. 4. 1977 – VIII ZR 287/15, NJW 1977, 1285, unter II 1; BGH v. 13. 7. 2011 – XII ZR 189/09, WM 2011, 2390, unter II 1; OLG Hamm v. 8. 4. 2020 – 30 U 107/19 (m. Anm. *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 12/2020 Anm. 3); *Eisenschmid*, in: *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 14. Aufl., 2019, § 536 Rz. 78; *Staudinger/Emmerich*, BGB, Neubearb. 2018, § 536 Rz. 5, 42 mit Beispielen in Rz. 45 f.; *MünchKomm-Häublein*, BGB, 8. Aufl., 2020, § 536 Rz. 3, 25; *Erman/H.P. Westermann*, BGB, 15. Aufl., 2017, § 536 Rz. 35.

11) BGH v. 11. 12. 1991 – XII ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267, unter II 2; BGH v. 23. 9. 1992 – XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226, unter 2 a; BGH NJW 2011, 3151, unter II 1; BGH v. 20. 11. 2013 – XII ZR 77/12, NJW-RR 2014, 264, unter B I 1.2 b aa; BGH v. 2. 11. 2016 – XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104, unter II 1 b aa (1) (a).

12) BGH v. 2. 11. 2016 – XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104, unter II 1 b aa (1) (a); OLG Düsseldorf v. 20. 9. 2010 – 24 U 202/09, ZMR 2011, 865, unter I. 2.

13) Überblick bei *Eisenschmid* (FuBn. 10), § 536 Rz. 78, 105 ff. und *Staudinger/Emmerich* (FuBn. 10), § 536 Rz. 52.

14) Zutreffend *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481, 483 f.

15) BGH v. 29. 4. 2020 – VIII ZR 31/18, MDR 2020, 847, Rz. 28; BGH v. 29. 4. 2015 – VIII ZR 197/14, NZM 2015, 481; abweichend LG Berlin v. 21. 8. 2019 – 64 S 190/18 (m. Anm. *Eisenschmid*, jurisPR-MietR 3/2020 Anm. 2); zum Meinungsstand *Staudinger/Emmerich* (FuBn. 10), § 536 Rz. 52.

16) *Günter*, in: *Gubling/Günter*, Gewerberaummiete, 2. Aufl., 2019, § 536 Rz. 22.

kung, die die Vertragsparteien nicht vorhergesehen haben und die den Verwendungszweck beeinträchtigt, einen Mangel der Mietsache, unabhängig davon, ob der Vermieter die Möglichkeit zur Abhilfe hat.<sup>17)</sup> Demzufolge kommt es nicht auf die Ortsüblichkeit einer Beeinträchtigung, sondern auf den durch den Verwendungszweck vermittelten, subjektiven Mangelbegriff an.

## 2. Subjektiver Mangelbegriff und Verwendungszweck

Dem Mietgewährleistungsrecht liegt ein subjektiver Mangelbegriff zu Grunde.<sup>18)</sup> Danach besteht ein Mangel, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich geschuldeten nachteilig abweicht, sofern dadurch die Tauglichkeit zu dem im Vertrag bestimmten Gebrauch unmittelbar aufgehoben oder gemindert ist.<sup>19)</sup> Dabei definiert der bestimmungsgemäße Gebrauch die Anforderungen an die Beschaffenheit der Mietsache.<sup>20)</sup> Wird eine Lagerhalle zur Verwendung als Großmarkthalle vermietet, sind damit andere Anforderungen etwa an die Zugänglichkeit verbunden als bei der Vermietung derselben Lagerhalle als selten angefahrener Lagerort für Geschäftsunterlagen. Wird ein Ladenlokal zum Verkauf hochwertiger elektronischer Geräte gemietet, gehen die Parteien von anderen Anforderungen an den Einbruchschutz aus<sup>21)</sup> als bei einer Vermietung zum Betrieb einer Kleidertauschbörse.

Den Vertragsparteien steht es frei, durch Vereinbarung einer bestimmten Nutzung, meist als „Mietzweck“,<sup>22)</sup> „Verwendungszweck“, „Betriebszweck“ oder „Nutzungszweck“<sup>23)</sup> bezeichnen,<sup>24)</sup> den jeweils geschuldeten Gebrauch zu bestimmen und damit auch, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter während der Vertragsdauer haben muss.<sup>25)</sup> Der Inhalt des Mietzwecks kann zur Übernahme eines betrieblichen Risikos durch den Vermieter und damit zu einer Ausweitung der Sollbeschaffenheit oder zu einer vertraglichen Begrenzung von Nutzungen in Verbindung mit einem Ausschluss von Mietmängeln führen. Er stellt eine Widmung der Mieträume durch den Vermieter dar und im Rahmen dieser Widmung eine in der Regel typisierte Nutzungsbandbreite, denn ganz überwiegend wird die Nutzung nicht im Einzelnen im Hinblick auf die Vornahme oder das Unterlassen von bestimmten Handlungen konkretisiert, sondern nur mit Schlagworten umschrieben („Betrieb einer Gaststätte“, „Nutzung für Bürozwecke“, „Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts für Lederwaren“, „Nutzung als Veranstaltungshalle“, „Betrieb eines Tanzstudios“). Die Festlegung erfolgt in aller Regel durch den Vermieter, der ein Interesse an der Nutzung der Mietsache zu einem bestimmten Zweck hat, denn dieser bestimmt nicht nur den Grad der Abnutzung und die Auswirkungen auf benachbarte (häufig ebenfalls dem Vermieter gehörenden) Einheiten, sondern steckt auch den Rahmen des vertragsmäßigen Gebrauchs i. S. v. § 541 BGB ab, dessen Überschreitung zu Unterlassungsansprüchen und einem Kündigungsrecht des Vermieters führt.

Die durch den Mietzweck getroffene Beschaffenheitsvereinbarung ist nach der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben – ggf. ergänzend – auszulegen,<sup>26)</sup> wobei durch die Ortsüblichkeit vermittelte Weiterentwicklungen der Verkehrsanschau-

ung zu berücksichtigen sind.<sup>27)</sup> Mit Feststellung des Leistungsprogramms des Vermieters im Einzelfall kann sodann ermittelt werden, ob eine nachteilige Abweichung der Sollbeschaffenheit von der Istbeschaffenheit der Mietsache vorliegt.<sup>28)</sup>

Die rechtlichen Nutzungsbeschränkungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie zielen darauf ab, die gleichzeitige Anwesenheit einer Vielzahl von Personen auf engem Raum zu verhindern. Soweit der Mietzweck nach der Verkehrsanschauung typischerweise die Anwesenheit einer Personenvielzahl umfasst, wird eine Beschränkung dieser Nutzbarkeit im Ausgangspunkt einen Mietmangel darstellen:

- Sind Räume zum Betrieb einer Gaststätte vermietet, müssen diese Räume nicht nur zur Zubereitung von Speisen, sondern vor allem zur Verpflegung und zur Beherbergung von Gästen in den Mieträumen geeignet sein. Sofern der Betrieb einer Gaststätte in dem Gebiet untersagt ist, in dem die zum Betrieb einer Gaststätte vermieteten Räume belegen sind, und aus diesem Grund keine Gäste in den Räumen verpflegt werden können, weicht die Istbeschaffenheit von der lagebezogenen Sollbeschaffenheit der Räume ab;
- Zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts gehört nach der Verkehrsanschauung die Möglichkeit des Aufenthalts von Kaufinteressenten in den Mieträumen. Wird diese Nutzung durch räumlich umgrenzte behördliche Verbote ganz oder teilweise vereitelt, liegt eine nachteilige Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit der Mietsache vor. Wie bei Gaststätten gilt dies auch bei Flächen- oder Publikumsbegrenzungen, wenn etwa die für den Publikumsverkehr zulässig geöffnete Ladenfläche auf 800 qm begrenzt wird. Dann bleibt zwar die Nutzbarkeit der Mietfläche im Rahmen des Mietzwecks dem Grunde nach erhalten, sie wird aber quantitativ beschränkt. Die durch örtliche, für ein Landesgebiet, eine Region, einen Landkreis

17) OLG Frankfurt/M. v. 11. 2. 2105 – 2 U 174/14, NZM 2015, 542; KG v. 12. 11. 2008 – 8 U 194/06, NZM 2008, 526, 527; *Eisenschmid* (Fußn. 10), § 536 Rz. 78; *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 59; *Fritz*, NZM 2008, 825, 830. 18) *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 5; *MünchKomm-Häublein* (Fußn. 10), § 536 Rz. 3, 25; *Erman/H.P. Westermann* (Fußn. 10), § 536 Rz. 3.

19) BGH v. 21. 9. 2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, unter II 1; BGH v. 7. 7. 2010 – VIII ZR 85/09, NJW 2010, 3088, unter II 2; BGH v. 15. 12. 2010 – XII ZR 132/09, NJW 2011, 514, unter II 1 a.

20) Zutreffend *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 5; BGH v. 29. 4. 2020 – VIII ZR 31/18, NZM 2020, 598, Rz. 25: „Soweit allerdings Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt“.

21) Dazu BGH v. 7. 6. 2006 – XII ZR 34/04, WM 2006, 1872.

22) OLG Hamm v. 8. 4. 2020 – 30 U 107/19 (m. Anm. *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 12/2020 Anm. 3); OLG Düsseldorf v. 12. 9. 2019 – 24 U 197/18, NJW-RR 2019, 1484; OLG Koblenz v. 25. 4. 2018 – 5 U 1161/17, NJW-RR 2018, 845; OLG Dresden v. 1. 6. 2017 – 5 U 477/17, ZMR 2017, 880; KG Berlin v. 21. 11. 2016 – 8 U 121/15, ZMR 2017, 156.

23) BGH v. 19. 12. 2012 – VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680; BGH v. 29. 5. 1991 – XII ZR 119/90, NJW-RR 1991, 1102.

24) *Günter* (Fußn. 16), § 536 Rz. 74 f.; *Sentek/Ludley*, NZM 2020, 406, 407.

25) BGH v. 17. 6. 2009 – XIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441, Rz. 9; BGH v. 23. 9. 2009 – VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133, Rz. 11; BGH NJW 2010, 3088, Rz. 12; BGH v. 5. 6. 2013 – VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417, Rz. 15.

26) BGH v. 29. 4. 2020 – VIII ZR 31/18, NZM 2020, 598, Rz. 35; BGH v. 29. 4. 2015 – VIII ZR 197/14, NZM 2015, 481, Rz. 23.

27) BGH v. 29. 4. 2015 – VIII ZR 197/14, NZM 2015, 481, Rz. 28.

28) Zutreffend und mit weiteren Beispielen *Krepold*, WM 2020, 726, 729.

oder eine Gemeinde ausgesprochenen Nutzungsbeschränkungen begründen dann aber eine lagebezogene Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit;

- Werden Räume als Veranstaltungshalle vermietet, umfasst dies nach der Verkehrsanschauung die Möglichkeit, Publikumsveranstaltungen in diesen Räumen im Rahmen der bei Vertragsschluss bestehenden bauordnungsrechtlichen Vorgaben abhalten zu können. Wird diese Nutzungsmöglichkeit durch örtliche (bundes-, landes-, kreis- oder gemeindebezogene) öffentlich-rechtliche Nutzungseinschränkungen vereitelt, liegt eine nachteilige Abweichung vom Leistungsprogramm des Vermieters und damit eine Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit der Mietsache vor;
- Die Vermietung einer Fläche zum Betrieb einer Imbissbude auf dem Parkplatz eines Baumarkts, in einer Fußgängerzone oder an Haltestellen des öffentlichen Personennahverkehrs umfasst nach der Verkehrsanschauung die Zubereitung und den Verkauf von Speisen und Getränken an einem öffentlichen Ort. Auf dem Höhepunkt der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das öffentliche Leben suchte nahezu niemand solche Orte auf. Sofern ein bestimmtes Publikumsaufkommen als Sollbeschaffenheit und die Corona-Pandemie als ein Umweltmangel anzusehen ist, könnte, isoliert betrachtet, nach der Rechtsprechung zu den Fallgruppen der Zugangsbehinderungen durch Baustellen und der Beeinträchtigungen durch Umfeld- oder Umweltmängel darin ebenfalls ein Mietmangel gesehen werden. Das setzt aber eine entsprechende Risikoordnung voraus.

### 3. Einschränkung des Mangelbegriffs nach Risikosphären durch ein Unmittelbarkeitserfordernis

Um eine übermäßige Ausdehnung des mietrechtlichen Mangelbegriffs zu vermeiden,<sup>29</sup> darf eine Nutzungseinschränkung ihre Ursache zumindest nicht überwiegend in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters haben. Der Vermieter trägt zwar das Risiko der Verwendbarkeit der Mieträume, nicht aber das Verwendungsrisiko, in dem sich die mit der betrieblichen Nutzung der Mieträume verbundenen (wirtschaftlichen) Erwartungen des Mieters realisieren.<sup>30</sup> So können beispielsweise für die Rolle des Mieters als Arbeitgeber nachteilige Änderungen von Arbeitsschutzbestimmungen, gesellschaftliche Entwicklungen (z. B. ein Rauchverbot), Nachfrageveränderungen aufgrund gesundheitlicher Erkenntnisse (z. B. Solarien), technischer Entwicklung (z. B. Videotheken) oder ein allgemeines Nachlassen der Attraktivität einer bestimmten Nutzung zu wirtschaftlichen Einbußen führen. Solche Entwicklungen können zwar ebenfalls mit der Beschaffenheit des Mietgegenstands verbunden sein, sind aber dann, wenn sie sich nicht aus der Beschaffenheit der Mietsache ergeben, dem unternehmerischen Risiko des Mieters zuzuordnen. Enttäuschte Umsatzerwartungen in der zweckentsprechend möglichen Nutzung der Mietsache stellen keinen Mangel dar.<sup>31</sup>

Die Rechtsprechung hat diese wertende Korrektur durch eine Risikoordnung in einem wertungsoffenen Unmittelbarkeitserfordernis für äußere Einwirkungen mit dem subjektiven

Mangelbegriff verflochten. Eine Mietminderung begründen danach nur solche Einflüsse, die sich unmittelbar auf die Brauchbarkeit der Mietsache auswirken und mit dieser verbunden sind.<sup>32</sup> Sie hat dieses Unmittelbarkeitskriterium bisher insbesondere in Fallgruppen für Immissionen, Naturkatastrophen, Kundenverkehr und das wirtschaftliche Umfeld herangezogen<sup>33</sup> und darin auch ein System für die Zuordnung von allgemeinen Lebens- und Unternehmensrisiken zum Verwendungs- oder zum Verwendbarkeitsrisiko entwickelt.

Folgerichtig sind Nutzungsbeschränkungen durch gesetzliche Rauchverbote nicht der Beschaffenheit und der Lage der Räume zuzuordnen, sondern den betrieblichen Verhältnissen und damit dem Verwendungsrisiko des Pächters.<sup>34</sup> Ein Rauchverbot betrifft nur das Verhalten der Gäste in der Gaststätte, nicht die Räume selbst. Die Gaststätte kann rauchfrei weiterbetrieben werden. Demgegenüber kann ein allgemeines Bade- oder Tanzverbot sich unmittelbar auf die Nutzbarkeit von nur zum Betrieb einer Diskothek oder nur zum Betrieb eines Hallenbades geeigneten Räume auswirken.<sup>35</sup> Ein Vermieter, der eine Diskothek oder ein Hallenbad errichtet, um es zweckentsprechend an Betreiber zu vermieten, trägt das Verwendbarkeitsrisiko seiner Räume als Diskothek oder Hallenbad.

Weniger kontrastreich ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Umwelteinflüsse, etwa Lärm-, Staub- und Geruchsbelästigungen, ebenso wie Überschwemmungen und Zugangsbeschränkungen in Einzelfällen unmittelbar auf die Beschaffenheit des Mietobjekts bezogen werden können und einen Mangel begründen können.<sup>36</sup> Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob der Vermieter die Beeinträchtigung abwenden kann. Das ist bei Straßensperrungen,<sup>37</sup> wie bei Naturkatastrophen regelmäßig nicht der Fall. Der Vermieter muss gleichwohl in hochwassergefährdeten Gebieten Vorsorge treffen, um Schäden durch Überschwemmungen abzuwenden. Die gleiche Pflicht trifft ihn zwar nicht bei seltenen oder ungewöhnlichen Naturkatastrophen.<sup>38</sup> Diese Einschränkung schützt den Vermieter aber nur vor Schadensersatzansprüchen. Eine Beschränkung der Verwendbarkeit durch eine nach Begründung des Mietverhältnisses eintretende Naturkatastrophe begründet demgegenüber auch dann einen Mangel, wenn der Vermieter ihn weder abwenden konnte noch musste.<sup>39</sup>

Fraglich ist aber, inwieweit Änderungen der Lebenswirklichkeit im allgemeinen Lebensrisiko stets möglicher Veränderun-

29) *Eisenschmid* (Fußn. 10), § 536 Rz. 78; *MünchKomm-Häublein* (Fußn. 10), § 536 Rz. 18.

30) Zutreffend *Weller/Thomale*, BB 2020, 962, 964.

31) OLG Düsseldorf v. 7. 12. 1995 – 10 U 18/95, NJWE-MietR 1996, 154; *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481, 484.

32) BGH NJW 2006, 899, Rz. 19; BGH v. 15. 10. 2008, NJW 2009, 664, Rz. 34; *Eisenschmid* (Fußn. 10), § 536 Rz. 15; *MünchKomm-Häublein* (Fußn. 10), § 536 Rz. 18.

33) Zur Kasuistik *MünchKomm-Häublein* (Fußn. 10), § 536 Rz. 18 ff.; *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 9 ff.

34) BGH v. 13. 7. 2011 – XII ZR 189/09, MDR 2011, 520.

35) Dazu RG v. 20. 2. 1917 – III 384/16, RGZ 89, 203; a. A. ohne Begründung *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 44.

36) *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 48.

37) OLG Frankfurt/M. v. 5. 7. 2017, ZMR 2017, 882; *Eisenschmid* (Fußn. 10), § 536 Rz. 16 m. w. N. in Fußn. 50.

38) *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 38.

39) Zutreffend *Eisenschmid* (Fußn. 10), § 536 Rz. 166; *MünchKomm-Häublein* (Fußn. 10), § 536 Rz. 23; mit der Parallele zur Corona-Pandemie: *Sentek/Ludley*, NZM 2020, 406, 409.

gen sich auch auf die Sollbeschaffenheit der Mietsache auswirken können. Anlass zu diesen Überlegungen gibt das im Schrifttum vielfach kritisierte<sup>40)</sup> Bolzplatz-Urteil des für das Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des BGH zur Risikozuweisung von Lärmimmissionen.<sup>41)</sup> Nach dieser Rechtsprechung trifft den Vermieter das Risiko für negative Veränderungen der Istbeschaffenheit nur für solche Umwelteinflüsse, die er nach § 906 BGB abwenden kann oder aus denen er einen Ausgleichsanspruch gegen den Verursacher geltend machen kann. Trifft den Vermieter eine Duldungspflicht, soll sich diese für den Mieter fortsetzen. Begründet wurde diese Rechtsprechung am Beispiel eines nach Begründung des Mietverhältnisses eingerichteten Bolzplatzes. Der BGH hat sie im Beispiel der Geräusch- und Schmutzimmissionen durch eine Baustelle fortgesetzt.<sup>42)</sup>

Bezogen auf die hier zu untersuchende Fallgruppe der rechtlichen Nutzungsbeschränkungen anlässlich der Corona-Pandemie lassen sich dieser Rechtsprechung, unabhängig von ihrer Kritik im Schrifttum, keine übergeordneten Wertungsgrundsätze entnehmen. Die Bolzplatz-Rechtsprechung behandelt tatsächliche Nutzungseinschränkungen durch Geräusch- und Schmutzimmissionen, die ihre Ursache in langfristigen, ortsüblich gewordenen Entwicklungen haben. Im Gegensatz dazu stehen rechtliche Nutzungsbeschränkungen aufgrund einer plötzlich aufgetretenen Naturkatastrophe bzw. Pandemie. Auf solche Nutzungsbeschränkungen lässt sich diese Rechtsprechung nicht sinnvoll übertragen. Würde jede vom Vermieter unabwendbare Beschaffenheitsänderung eine Mietminderung ausschließen, würde die im Gesetz angelegte verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters, in den Fällen, in denen der Vermieter das Risiko nicht weiterreichen kann, gegen den Gesetzeswortlaut in eine verschuldensabhängige umgedeutet. Zur Abgrenzung der Risikosphären und zur Zuordnung allgemeiner Lebensrisiken zum Verwendungsrisiko des Mieters oder dem Verwendbarkeitsrisiko des Vermieters bleibt damit nur das Unmittelbarkeitskriterium. Mit diesem Kriterium ist die Wertungsfrage aufgeworfen, ob pandemiebedingte Nutzungsbeschränkungen überwiegend durch den Mietgegenstand oder überwiegend in der Person des Mieters bzw. seines Betriebs begründet sind. Für eine Unmittelbarkeit im Hinblick auf den Mietgegenstand spricht:

- Nutzungsbeschränkungen durch Corona-Pandemiemaßnahmen knüpfen durch ihre territoriale Begrenzung auf ein bestimmtes Risikogebiet an die Belegenheit des Mietgegenstands und damit unmittelbar an eine wesentliche Eigenschaft der Mietsache an. Es hängt von einem lokalen Pandemiegeschehen und den lokalen Regeln ab, ob etwa ein Baumarkt oder eine Eisdielen öffnen darf oder nicht;
- Weiterhin knüpfen hoheitliche Pandemiemaßnahmen an die bauliche Beschaffenheit der Mietflächen an, etwa in der Unterscheidung von geschlossenen Räumen im Gegensatz zu Freiflächen oder die ebenfalls durch die bauliche Beschaffenheit des Mietgegenstands geschaffene Möglichkeit zur Abstandhaltung. So ist etwa die Außengastronomie geringeren Beschränkungen unterworfen als eine Gaststätte, die nur über Innenräume verfügt. Je deutlicher die Verbreitungswege des Corona-Virus werden, umso klarer

zeigt sich, dass geschlossene Räume ein Risiko bilden, das abhängig von den Belüftungsmöglichkeiten und der Raumgröße unmittelbar der Mietsache anhaftet.

- Damit die Nutzung einer Gewerbemietfläche im Rahmen eines bestimmten Mietzwecks realisiert werden kann, muss die betreffende Mietfläche bestimmte bauliche Gegebenheiten vorweisen. Die physische Nutzbarkeit einer Mietfläche ist eine dem Mietgegenstand innewohnende Eigenschaft. Auch in dieser Hinsicht knüpfen hoheitliche Pandemiemaßnahmen, die auf die Verhinderung dieser durch die Baulichkeit vermittelten Nutzung des Mietgegenstands gerichtet sind, unmittelbar objektbezogen an.

Umgekehrt kann nicht festgestellt werden, dass hoheitliche Pandemiemaßnahmen unmittelbar an der Person des Mieters anknüpfen. Soweit eine bestimmte betriebliche Nutzung (z. B. Nutzung als Gaststätte) einen Anknüpfungspunkt für hoheitliche Pandemiemaßnahmen darstellt, wird dies gleichermaßen für die physische Beschaffenheit des Mietgegenstands gelten. Aufgrund der ausschließlich für den Mietgegenstand bestehenden Anknüpfungspunkte „Lage“ und „bauliche Beschaffenheit“ ist im Ergebnis in weitaus höherem Maße Unmittelbarkeit im Hinblick auf den Mietgegenstand als auf den Mieter und seine betrieblichen Verhältnisse gegeben. Daraus folgt, dass ein nach dem subjektiven Mangelbegriff festgestellter Mietmangel keiner Korrektur im Rahmen einer davon abweichenden Risikozuweisung bedarf.

Demgegenüber lässt sich an der Unmittelbarkeit zweifeln, wo die staatlichen Maßnahmen nicht in die Nutzung eingreifen, sondern sich darauf beziehen, der Bevölkerung eine allgemeine Ausgangssperre aufzuerlegen oder zu verbieten, bestimmte Orte (z. B. Fußgängerzonen in Innenstädten) aufzusuchen. Dann wäre ein Umweltmangel zwar zu bejahen, eine wertende Korrektur nach Risikosphären hätte aber zum Ergebnis, dass solche allgemeinen Einschränkungen mit anderen nachteiligen Entwicklungen im Publikumsverhalten vergleichbar (z. B. Sperrung von Innenstadtbereichen bei der Sicherheitskonferenz in München) sind und somit überwiegend dem betrieblichen Risiko des Mieters zuzuordnen wären. Demnach würde das Vorliegen eines Mietmangels nach wertender Korrektur ausscheiden. Erst recht würde dies gelten, wenn staatliche Maßnahmen nicht Verbote, sondern warnende Informationen zum Inhalt hätten und die Bevölkerung ihr Verhalten freiwillig darauf ausrichtet.

#### 4. Zwischenergebnis

Im Rahmen der Corona-Pandemie erfolgte oder (wieder) erfolgende vollständige oder teilweise Untersagungen der Nutzung gewerblicher Mietfläche sowie an den besitzberechtigten Betreiber eines Gewerbes gerichtete Auflagen, die eine Begrenzung der Besucheranzahl vorsehen, sind als ein Mangel der Mietsache i. S. v. § 536 Abs. 1 BGB zu qualifizieren. Keine

40) *Eisenschmid*, NZM 2016, 841; *Emmerich*, JuS 2015, 1040, 1041; *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 52; *Flatow*, WuM 2016, 459; *Gsell*, NZM 2016, 702; *MünchKomm-Häublein* (Fußn. 10), § 536 Rz. 21; *Selk*, NZM 2015, 885.

41) BGH NJW 2015, 2177.

42) BGH v. 29. 4. 2020 – VIII ZR 31/18, MDR 2020, 847, Rz. 25 ff.; kritisch dazu *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), § 536 Rz. 51.1 (Aktualisierung v. 14. 7. 2020).

Mietmängel sind hingegen Auflagen zur Abstandwahrung oder eine Maskenpflicht, denn mit diesen wird nicht in das aus dem Eigentumsgrundrecht resultierende Nutzungsrecht eingegriffen und die Beschaffenheit des Mietgegenstands nachteilig verändert, sondern das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) beschränkt. Dies löst im Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter keine Rechtsfolgen aus.

### III. Anwendbarkeit von Unmöglichkeitensrecht

#### 1. Allgemeiner Vorrang des Mietgewährleistungsrechts

Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und dem spezielleren Mietgewährleistungsrecht ist nicht vollständig geklärt.<sup>43)</sup> Nach einer Auffassung verdrängt das mietrechtliche Gewährleistungsrecht nach Überlassung der Mietsache als sachnäheres und spezielleres Recht grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften zur Unmöglichkeit.<sup>44)</sup> Nach anderer Ansicht bleibt das allgemeine Leistungsstörungenrecht neben dem besonderen Mietgewährleistungsrecht bestehen. Auch nach dieser Ansicht regeln aber die §§ 536 ff. BGB die Folgen von Sach- und Rechtsmängeln abschließend, solange etwa wegen Zerstörung der Sache kein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit eintritt.<sup>45)</sup> Zur Anwendung des Unmöglichkeitensrechts gelangt grundsätzlich nur, wer einen Mietmangel ablehnt.<sup>46)</sup> Lässt sich dagegen, wie oben vertreten, ein Mangel feststellen, weil eine dem Mietzweck entsprechende Nutzbarkeit aufgrund einer nach Übergabe der Mietsache eintretenden rechtlichen Nutzungsbeschränkung ausgeschlossen ist, wird der Vermieter nicht nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei, während die Miete nach § 536 BGB gemindert ist.

#### 2. Nachträgliche Unmöglichkeit bei zeitlich unabsehbarer Nutzungsuntersagung

Dies kann – beispielsweise bei größeren Veranstaltungshallen – dazu führen, dass der Vermieter, ohne die durch die Corona-Pandemie herbeigeführte Mangelhaftigkeit verursacht zu haben, auf unabsehbare Dauer keine Miete erhält. Bleibt der Vermieter zur Überlassung verpflichtet, wäre ihm die wirtschaftliche Auswertungsmöglichkeit seines Eigentums genommen, wenn statt des mietvertraglich vereinbarten Nutzungszwecks eine andere Nutzungsmöglichkeit bestünde, die nicht von einem behördlichen Nutzungsverbot betroffen wäre.

Anknüpfend an die ausnahmsweise Anwendbarkeit von Unmöglichkeitensrecht bei Zerstörung der Mietsache<sup>47)</sup> könnte daran gedacht werden, die Fälle eines unabsehbar langen Nutzungsverbots einem Untergang der Mietsache gleichzustellen und somit die Anwendbarkeit von Unmöglichkeitensrecht zu eröffnen. Dieser Weg war in der Rechtsprechung schon früh beschritten worden, beispielsweise in dem vielfach zitierten Fall des kriegsbedingt verhängten Tanzverbots nach Anmietung eines Tanzlokals.<sup>48)</sup> Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben war abgeleitet worden, dass ein zeitweiliges Gebrauchshindernis einer gänzlichen Unmöglichkeit gleichzustellen sei,<sup>49)</sup> wenn der Zeitpunkt des Wegfalls der Nutzungsuntersagung nicht abzusehen ist. War die Nutzungsuntersagung ohne Schuld des Vermieters eingetreten, so wurde er nach der Rechtsprechung

des Reichsgerichts von seiner Leistungspflicht frei und schuldete keinen Schadensersatz.

Ob eine dauernde Nutzungsuntersagung der wirtschaftlichen Zerstörung der Mietsache gleichzustellen und der Ansicht zu folgen ist, nach der in diesem Fall die Rechtsfolgen einer nachträglichen Unmöglichkeit nach den Regeln des § 275 BGB eingreifen, kann insoweit offenbleiben, als die gegenwärtigen pandemie-bedingten Nutzungsbeschränkungen nicht auf Dauer angelegt sind. Die Gleichstellung einer unabsehbaren Nichtnutzbarkeit im Rahmen des Mietzwecks mit der physischen Zerstörung des Mietgegenstands nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, lässt sich in diesen Fällen vorrangig bei § 313 BGB verorten.<sup>50)</sup>

### IV. Anwendbarkeit von § 313 BGB

#### 1. Vorrang Mietgewährleistungsrecht

Besteht ein Mietmangel und greift daher das mietrechtliche Gewährleistungsrecht ein, kommt eine Vertragsanpassung, insbesondere zugunsten des Vermieters, nach § 313 Abs. 1 BGB nicht in Betracht.<sup>51)</sup> Ein Lückenschluss im Wege ergänzender Vertragsauslegung kann in diesem Fall nur die gesetzliche Entscheidung über die Risikoverteilung aufnehmen und die vertragliche Risikoverteilung darf nicht unterlaufen werden, solange nicht ein den gesetzlichen Wertungen widersprechender Fall krasser Unbilligkeit vorliegt.<sup>52)</sup> Anpassungen zugunsten des Mieters sind hingegen möglich, sowohl ergänzend bei Eingreifen des mietrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts wie bei dessen Nichteingreifen (wie beispielsweise bei Verkaufsständen im öffentlichen Raum).<sup>53)</sup> Wer, anders als hier vertreten, in den Nutzungsbeschränkungen keinen Mietmangel erkennt, muss die Ansatzpunkte für den Wegfall ausführlicher begründen.<sup>54)</sup>

#### 2. Einschränkung des Vorrangs

Das mietrechtliche Gewährleistungsrecht dient der Herstellung der Äquivalenz zwischen den Leistungen des Vermieters und des Mieters und verleiht mit diesem Ziel grundsätzlich ausschließlich dem Mieter Rechte, insbesondere die Berufung

43) Zu den Wertungswidersprüchen *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), Vorbem. § 536 Rz. 2; *Erman/H.P. Westermann* (Fußn. 10), § 536 Rz. 12 ff.

44) *MünchKomm-Häublein* (Fußn. 10), Vor § 536 Rz. 7.

45) *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), Vorbem. § 536 Rz. 5; *Eisenschmid* (Fußn. 10), § 536 Rz. 550.

46) So *Schall*, JZ 2020, 388, 389.

47) *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), Vorbem. § 536 Rz. 5; *Eisenschmid* (Fußn. 10), § 536 Rz. 550.

48) RGZ 89, 203; dazu *Kegel/Rupp/Zweigelt*, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, 1941, S. 194 f.

49) RG v. 29. 11. 1934 – IV 258/34, RGZ 146, 60, 66: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist ein zeitweiliges Erfüllungshindernis einem dauernden dann gleichzuachten, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die teilweise Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner die Einhaltung des Vertrags nicht zugemutet werden kann“.

50) Ebenso *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 893, 898.

51) Zutreffend *Weller/Thomale*, BB 2020, 962, 963.

52) BGH v. 21. 2. 2008 – III ZR 200/07, NZM 2008, 462, unter II 3 a; BGH v. 16. 2. 2000 – XII ZR 279/97, ZIP 2000, 887, unter II 3 b, dazu *EWiR* 2000, 469 (*Eckert*); BGH NJW-RR 1992, 267, unter III 1; OLG Hamm v. 8. 4. 2020 – 30 U 107/19, juris Rz. 90; *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), Vorbem. § 536 Rz. 18.

53) Dazu unten V 4.

54) Auf diesem Weg etwa *Göldner*, ZfR 2020, 403, 407; *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481, 486 ff.; *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 893, 898 ff.; *Schall*, JZ 2020, 388, 390 ff.; *Strake*, ZfR 2020, 361, 363; *Zehelein*, NZM 2020, 390, 397 ff.

auf eine eingetretene Minderung der Miete und die Wahrnehmung eines Kündigungsrechts nach § 543 BGB.<sup>55)</sup>

Vor diesem Hintergrund sind, unter dem Stichwort der Zweckstörung, im Schrifttum nur die Fälle diskutiert worden, in denen das Verwendungsrisiko ausnahmsweise auf den Vermieter übergehen soll, auch wenn kein Mietmangel vorliegt. Das ist an die Voraussetzung geknüpft worden, dass der Verwendungszweck des Mieters Vertragsinhalt geworden ist.<sup>56)</sup> In diesen Fällen fließt der Mietzweck wie oben dargestellt aber bereits in die Sollbeschaffenheit ein. Eine Zweckverfehlung wird dadurch vom Mietgewährleistungsrechts erfasst und verbietet eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB.

Umgekehrt kann aber eine Äquivalenzstörung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ausnahmsweise eine Vertragsanpassung zu Gunsten des Vermieters rechtfertigen. Das ist dann der Fall, wenn ein unabsehbar langes Nutzungsverbot besteht, aus dem sich zu Gunsten des Mieters eine Herabminderung der Miete auf Null ergibt. In diesem Fall kann das Interesse des Vermieters an einer wirtschaftlichen Nutzung seines Eigentums gegenüber dem Interesse des Mieters am Fortbestand des Mietverhältnisses überwiegen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Vermieter im Rahmen einer anderweitigen Nutzung des Mietgegenstands eine nennenswerte Fruchtziehung betreiben kann und zugleich diese Alternativnutzung nicht auch im Rahmen einer Zwischennutzung des Mietgegenstands realisierbar wäre, das ursprüngliche Mietverhältnis also nicht beseitigt werden müsste. Wäre dies der Fall, so müsste sich der Mieter auf eine Vertragsanpassung dahingehend einlassen, dass er dem Vermieter die anderweitige Nutzung und Fruchtziehung so lange gestattet, wie das Nutzungsverbot für die vertraglich vereinbarte Nutzung besteht. Nur wenn diese Anpassung nicht möglich ist oder der Mieter sich hierauf nicht einlässt, wäre dem Vermieter ausnahmsweise ein Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 S. 2 BGB zuzubilligen. Ein Anwendungsfall wäre beispielsweise eine Konzert- bzw. Veranstaltungshalle, die aufgrund der Corona-Pandemie auf unabsehbare Zeit nicht als solche genutzt werden kann, wohl aber als Lagerhalle.

## V. Rechtsfolgen im Hinblick auf die Miethöhe und bauliche Maßnahmen

### 1. Miethöhe bei (Teil-)Schließungen für den Publikumsverkehr

Bei einer vollständigen Nutzungsuntersagung (Schließung für den Publikumsverkehr) ist bei Gewerbemietern, die in den Mieträumen gegenüber Kunden Dienstleistungen erbringen (z. B. Friseur, Nagelstudios, Haarentfernung, Sporteinrichtungen, Tanzstudio, Diskotheken, Wellnesszentren, Bildungseinrichtungen, Solarien) oder Einzelhändlern, die überwiegend saisonale,<sup>57)</sup> verderbliche<sup>58)</sup> bzw. zur Ansicht bereitgehaltene<sup>59)</sup> oder beratungsinensive<sup>60)</sup> Waren anbieten, während der Nutzungsuntersagung die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch vollständig aufgehoben. Nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Mieter in dieser Zeit von der Entrichtung der Miete befreit.

Soweit bei einer Schließung für den Publikumsverkehr Nutzungen im Rahmen des Mietzwecks gleichwohl möglich sind (z. B. Lagerflächen für unverderbliche Wirtschaftsgüter), ist die Tauglichkeit nur gemindert und gem. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB

geschuldet ist eine angemessen herabgesetzte Miete. Das im Regelungsprogramm des § 536 BGB konkretisierte und verschuldensunabhängig wirkende Äquivalenzprinzip<sup>61)</sup> verbietet hierbereine im Schrifttum<sup>62)</sup> aus allgemeineren Wertungen des BGB gefolgerte per capita-Aufteilung zwischen Mieter und Vermieter. Das Maß der Mietminderung bestimmt sich allein aus dem Maß der Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Mietfläche.<sup>63)</sup> Können Teile der vermieteten Fläche nicht dem Mietzweck entsprechend genutzt werden, ist für die betroffenen Teilflächen keine Miete zu entrichten, während die Mietzahlungsverpflichtung für die übrigen nutzbaren Flächen unverändert besteht. Anzutreffen ist dies beispielsweise bei Gastronomiebetrieben, bei denen der Mietzweck neben der Verpflegung von Gästen vor Ort nach der Verkehrsanschauung typischerweise auch die Belieferung von Kunden bzw. die Selbstabholung umfasst (z. B. Pizzeria).<sup>64)</sup> Für die Berechnung der Miete ist grundsätzlich, solange die Parteien im Mietvertrag für unterschiedliche Flächen nicht unterschiedliche qm-Mieten vereinbart haben, vom Flächenmaß und dem m<sup>2</sup>-Preis der gesamten Mietfläche auszugehen und nicht davon, dass eine bestimmte Fläche aufgrund ihrer Funktionalität höher zu bewerten wäre oder der Mieter mit einer Teilfläche besonders hohe Umsätze erzielen kann (anderenfalls läge eine Übernahme des Verwendungsrisikos durch den Vermieter vor).

**Beispiel Gaststätte:** Maßgebend sind die Möglichkeiten zur Weiternutzung von Teilflächen. Die konkrete Berechnung der Mietminderung zeigt sich am Beispiel eines Restaurants, gehobenes Niveau, ohne Straßenverkauf, gesamte Mietfläche 100 m<sup>2</sup>, davon Gastraum 35 m<sup>2</sup>, Sanitär 5 m<sup>2</sup>, Küche 20 m<sup>2</sup>, Keller 20 m<sup>2</sup> (davon 10 m<sup>2</sup> für Wein, 10 m<sup>2</sup> für verderbliche Waren), Terrasse 20 m<sup>2</sup>, mit einer vereinbarten monatlichen Miete von 2.500 €.

Bei Schließung für den Publikumsverkehr entfielen die Nutzbarkeit des Gastraums, der Terrasse und des Kellers für die Lagerung verderblicher Ware. Ist eine Umstellung auf Straßenverkauf oder Heimbeflieferung möglich, besteht im Umfang von 40 m<sup>2</sup> eine Nutzbarkeit (Küche und Keller), anderenfalls lediglich im Umfang der langfristigen Lagernutzung (10 m<sup>2</sup> Weinkeller), weswegen sich die Miete, abhängig von der Möglichkeit, auf Straßenverkauf oder Heimbeflieferung umzustellen, auf monatlich 1.000 € oder 250 € vermindert.

**Beispiel Tanzstudio:** Wo Kurse in Tanzstudios überhaupt nicht mehr abgehalten werden dürfen, reduziert sich die Miete bei

55) Staudinger/Emmerich (Fußn. 10), § 536 Rz. 4; MünchKomm-Haublein (Fußn. 10), § 536 Rz. 1; Eisenschmid (Fußn. 10), § 536 Rz. 3.

56) Staudinger/Emmerich (Fußn. 10), Vorbem. § 536 Rz. 26.

57) Bsp.: Textileinzelhandel.

58) Bsp.: Blumenhandlungen.

59) Bsp.: Buchhandlungen.

60) Bsp.: Verkaufsräume von Autohäusern.

61) Staudinger/Emmerich (Fußn. 10), § 536 Rz. 91; Haublein/Müller, NZM 2020, 481, 483.

62) Weller/Thomale, BB 2020, 962, 966.

63) Einen Sonderfall stellt die Umsatzmiete dar, denn bei dieser ist der Vermieter unabhängig von einem Mangel am Verwendungsrisiko des Mieters beteiligt. Bei einer Kombination mit einer Basismiete und einer Umsatzmiete kann die Basismiete nach dem Flächenmaßstab gemindert sein (im Ergebnis ähnlich, mit dem Weg über das Institut der Geschäftsgrundlage, Haublein/Müller, NZM 2020, 481, 489).

64) Anders hingegen für Gastronomiebetriebe im Spitzenbereich (Stererestaurants), da für diese nach dem Mietzweck eine Verpflegung der Gäste und die Erbringung von Dienstleistungen vor Ort typisch ist.



zum Zweck des Betriebs eines Tanzstudios vermieteten Räumen für die Dauer der vollständigen Nutzungsuntersagung auf Null, mit Ausnahme der als Büro weiter nutzbaren Flächen. Soweit in den Mieträumen z. B. Lehrvideos produziert werden, um diese an bisherige Teilnehmer zu senden, wird es sich in der Regel um eine minimale Nebennutzung zur Kundenbindung handeln, die am Ausschluss der Tauglichkeit nichts ändert. Können dagegen in den Räumen regelmäßig entgeltliche Kurse über dieses Medium produziert werden, wäre die Miete nur für die dafür nicht nutzbaren Flächen zu mindern.

**Beispiel Buchhandlung:** Buchhandlungen halten die in den Regalen und Auslagen befindlichen Bücher zur Ansicht bereit, um Ladenkunden zu einem Kauf zu animieren. Eine darüberhinausgehende Lagerhaltung findet nicht statt. Mit der Schließung für den Publikumsverkehr reduziert sich die Miete auf Null, soweit der Laden keine andere Funktion, etwa durch Schaufenster als Werbefläche erfüllt oder eine Bürofläche zur Umstellung auf einen Versandhandel mit Stammkunden genutzt werden kann. Anders wäre dies bei einem Antiquariat, das einen Warenbestand vorrätig hält; im Hinblick auf die für die Lagerung und für die Abwicklung des Bestellwesens erforderlichen Flächen träte keine Mietminderung ein.

Soweit Teilflächen für den Publikumsverkehr nicht von einer Nutzungsuntersagung betroffen sind, ist von einer uneingeschränkten Nutzbarkeit von Produktions- und Lagerflächen auszugehen. Sowohl für diese Flächen wie für eine für den Publikumsverkehr zugelassene Teilfläche ist Miete zu zahlen. Schwieriger ist die Bemessung einer Mietminderung, wenn sich die Nutzungsuntersagung nicht auf die Fläche, sondern raumbezogen auf die Zahl der Personen bezieht, die auf der gemieteten Fläche empfangen werden dürfen. Auch diese Zahl ist mit dem Gebäude und regelmäßig mit den Eigenschaften und dem Umfang der gemieteten Fläche verbunden. Deshalb stellt die Anzahl der maximal gleichzeitig nutzenden Personen eine Beschaffenheit des Mietgegenstands dar. Wird die Personenanzahl durch eine entsprechende hoheitliche Anordnung reduziert, liegt eine nachteilige Abweichung der Soll- von der Istbeschaffenheit vor, weswegen sich die Miete entsprechend verringert.

**Beispiel Gaststätte:** Wird bei einem Restaurant die Außenfläche zur Bewirtschaftung wieder zugelassen, dürfen aber statt bisher acht nur vier Tische aufgestellt werden, ist die volle Miete für die Produktionsflächen (Küche und Keller mit insgesamt 40 m<sup>2</sup>), Sanitär (5 m<sup>2</sup>) und der halben Terrassenfläche (10 m<sup>2</sup>) geschuldet, mithin eine Miete von 1.375 €. Wird im Rahmen einer weiteren Lockerung der Gastraum wieder zugelassen, aber auf die hälftige Personenzahl beschränkt, kommt der Gastraum hälftig hinzu (17,5 m<sup>2</sup>), die Miete von ursprünglich 2.500 € ist um 27,5 % gemindert und beträgt dann 1.812,50 €.

**Beispiel Tanzstudio:** Können in den gemieteten Räumen statt bisher drei Gruppen gleichzeitig nur noch zwei Gruppen gleichzeitig unterrichtet werden, reduziert sich die Miete um 1/3 der auf die Tanzflächen bezogenen Miete.

## 2. Anrechnung von Vorteilen

Umgekehrt stellt sich die Frage, inwiefern sich im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erlangte Vorteile auf gewerb-

liche Mietverhältnisse auswirken. Soweit der Mieter bei aufgehobener Nutzbarkeit von Flächen sein betriebliches Konzept im Rahmen des Mietzwecks umstellt und ungewöhnlich hohe Erträge erzielt, hat dies keinen Einfluss auf die Miethöhe, denn hierbei handelt es sich um die Realisierung des Verwendungsrisikos des Mieters.

**Beispiel Gaststätte:** Erzielt ein Restaurant durch den Straßenverkauf unerwartet hohe Einkünfte und steigert den Ertrag gegenüber der bisherigen Nutzung um 100 % (vermehrte Nachfrage, geringere Personalkosten), ändert dies nichts an der im Ausgangsbeispiel auf 1.000 € reduzierten Miete.

Wird die Mietfläche abweichend vom Mietzweck genutzt, um anderweitige Einkünfte zu erzielen, hat dies ebenfalls keinen Einfluss auf die geminderte Miete. Zu denken ist aber an einen Anspruch des Vermieters, um Vermögensvorteile des Mieters im Rahmen einer Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) abzuschöpfen, wenn diese Nutzung auf Kosten des Vermieters ginge. Jedenfalls aber läge eine vom Mietzweck abweichende und damit vertragswidrige Nutzung vor, die den Vermieter zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen würde, stellt der Mieter die Nutzung nach einer Abmahnung nicht umgehend ein.

**Beispiel Tanzstudio:** Entscheidet sich der Mieter des Tanzstudios, ein Rechenzentrum einzurichten, ändert dies nichts an der geminderten Miete. Die mit dem Betrieb des Rechenzentrums erlangten Erträge darf der Mieter behalten, da die vertragswidrige Nutzung nicht „auf Kosten“ des Vermieters geht. Allerdings riskiert er eine außerordentliche Kündigung.

Einigen sich Mieter und Vermieter auf die vom Mietzweck abweichende Nutzung, läge im Beispielfall eine Beseitigung des Minderungssachverhalts vor (der Betrieb eines Rechenzentrums ist nicht von Corona-Nutzungsverboten betroffen) und die volle Miete wäre zu zahlen. Wahrscheinlicher ist aber, dass die Mietvertragsparteien in einem solchen Fall nicht nur den Mietzweck neu regeln, sondern auch die Miethöhe.<sup>65)</sup>

Zu den öffentlichen Unterstützungsmaßnahmen gehört mancherorts, dass Gastronomiebetriebe Zusatzflächen im öffentlichen Raum für die Bewirtung von Gästen nutzen dürfen (sog. „Schanigarten“). Auch dies hat keinen Einfluss auf die geminderte Miete. Eine dem Schadensersatzrecht entstammende „Vorteilsanrechnung“ ist dem Vertragsrecht fremd.

**Beispiel Gaststätte:** Darf das Restaurant zusätzlich zur 50 %-Nutzung der Terrasse und des Gastraums durch eine als städtische Soforthilfe vorübergehend eingeräumte Sondernutzungserlaubnis noch einen öffentlichen Rasenstreifen und die Flächen von drei Kfz-Parkplätzen nutzen und wird dadurch die ursprüngliche Anzahl an bewirtbaren Plätzen wieder erreicht, ändert dies nichts an der im obigen Beispiel errechneten Mietminderung von 27,5 %.

65) Auch für kurzfristige Zwischennutzungen mit Rückkehr zum ursprünglichen Mietzweck sollte bei Mietverhältnissen mit einer vereinbarten Laufzeit von mehr als einem Jahr auf die Wahrung der Schriftform des § 550 Satz 1 BGB geachtet werden.

### 3. Erfüllung baulicher Auflagen

In ihren Wirkungen gleicht die Corona-Pandemie dem Naturereignis einer Überschwemmung. Ständen Mieträume unter Wasser, stellt der Vermieter im Rahmen der Mangelbeseitigung Trocknungsgeräte auf und erneuert durch Wasser zerstörte Bestandteile der Mietsache, um die Nutzbarkeit der Mieträume und eine Mietzahlungsverpflichtung in voller Höhe wiederherzustellen. In hochwassergefährdeten Regionen muss er zudem Vorsorgemaßnahmen zum Schutz vor Wasserschäden treffen. Nicht anders verhält es sich grundsätzlich mit baulichen Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erforderlich werden und von baulicher Seite notwendig sind, um die Eignung der Räume zur Verwirklichung des Mietzwecks herzustellen. Dabei ist zwischen den Maßnahmen zu unterscheiden, die die vom Mieter vorzunehmenden Einbauten betreffen (z. B. sog. Spuckschutz am Besprechungstisch des Rechtsanwalts oder am Kassentresen des Tankstellenpächters) und Maßnahmen die die Räume betreffen (z. B. Verbesserung der Belüftung zur Einhaltung behördlicher Vorgaben für den Publikumsverkehr). Diese sind durch den Vermieter als Maßnahme der Mangelbeseitigung auf dessen Kosten zu veranlassen und wieder rückzubauen, sollte eine Nutzung wie vor Ausbruch der Corona-Pandemie wieder möglich sein.

### 4. Volle Miete bei Nutzbarkeit aller Flächen, auch bei erheblichen Einschränkungen

In voller Höhe ist die Miete geschuldet, wenn der Mieter sämtliche Flächen im Rahmen des Mietzwecks wieder nutzen kann, auch wenn die Nutzung aufgrund von Schutzmaßnahmen deutlich eingeschränkt sein mag. Die Auflagen, Desinfektionsmöglichkeiten bereitzustellen, in den Betriebsabläufen auf die Einhaltung von Abständen zu achten und verstärkte Hygienemaßnahmen zu integrieren, stellen keinen Minderungssachverhalt dar, denn hierbei ist nicht die Beschaffenheit des Mietgegenstands betroffen, sondern eine allgemeine, jedermann und überall treffende Umweltbedingung angesprochen. Ebenso gilt dies für die Pflicht von Besuchern, Atemschutzmasken zu tragen. Wie beim Rauchverbot in Gaststätten<sup>66)</sup> sind die Besucher Normadressat der Maskenpflicht, der Mieter einer Gewerbefläche daher nur reflexhaft und mittelbar betroffen; unter keinem Gesichtspunkt kann es sich insoweit um eine Beschaffenheit der Mietsache handeln. Auch bei wertender Betrachtung sind derartige Schutzmaßnahmen der betrieblichen Sphäre des Mieters zuzuordnen, hieraus erwachsende wirtschaftliche Nachteile (Kosten der Aufstellung von Spendern für Desinfektionsmittel, Personalkosten für die Überwachung der Einhaltung von Abständen und Erfüllung der Maskenpflicht) betreffen sein Verwendungsrisiko und sind durch ihn zu tragen.

### 5. Anpassung der Miethöhe gem. § 313 BGB

Keine Mietminderung tritt bei denjenigen Mietverhältnissen ein, bei denen es nicht zu einer Schließung der Mieträume für den Publikumsverkehr kam (z. B. Imbissbude im öffentlichen Raum), auch wenn diese vom Lockdown möglicherweise intensiver betroffen waren als beispielsweise Gastronomiebetriebe mit einem Stammpublikum, das Speisen zur Mitnahme nachfragte. Das mietrechtliche Gewährleistungsrecht verfolgt ein

strenges Äquivalenzprinzip, in dem der Mieter das Verwendungsrisiko trägt und für Anpassungen nach Billigkeitsgesichtspunkten kein Raum ist.<sup>67)</sup> Anpassungen sind allenfalls dann zugunsten des Mieters denkbar, wenn das Vorhandensein eines besonders hohen Publikumsverkehrs (etwa in einer Fußgängerzone, in Flächen des öffentlichen Personennahverkehrs) Geschäftsgrundlage der Mietvertragsparteien und aus diesem Grund eine weit über der ortsüblich durch gewerbliche Vermietung erzielbaren Miete vereinbart war. Im Schrifttum ist dazu auf das Beispiel einer Kleinstfläche zum Betrieb eines öffentlichen Geldautomaten verwiesen worden.<sup>68)</sup> Insoweit könnte der durch den Lockdown verursachte Wegfall nahezu allen Publikumsverkehrs für den betroffenen Zeitraum eine Anpassung der Miete nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage rechtfertigen.<sup>69)</sup> Diese tritt jedoch im Unterschied zum mietrechtlichen Mängelgewährleistungsrecht nicht ipso iure ein, sondern ist durch den Mieter durch ein Anpassungsverlangen gegenüber dem Vermieter geltend zu machen. Bei gewerblichen Mietverhältnissen, bei denen ein besonders hohes Aufkommen an Publikumsverkehr nicht Geschäftsgrundlage war, wird eine Anpassung regelmäßig weder statt einer Mietminderung noch ergänzend in Betracht kommen. Andernfalls wäre zu besorgen, dass der Vermieter über den Umweg des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in das Verwendungsrisiko des Mieters einbezogen würde.

**Beispiel Gaststätte:** Darf ein Restaurant aufgrund der behördlichen Auflagen nur die Hälfte der bisherigen Platzanzahl bewirten und stellt sich (nach erfolgter Mietminderung) heraus, dass ein wirtschaftlicher Betrieb nicht möglich ist, ermöglicht dies keine weitergehende Reduktion der Miete nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Da bei einem Mietmangel grundsätzlich ein Kündigungsrecht des Mieters aus § 543 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 BGB besteht (dazu sogleich unter VI), ist der Mieter insoweit nicht ohne Reaktionsmöglichkeiten. Es unterliegt aber der Einschätzung des Mieters und dem damit verbundenen Prognoserisiko, ob er die Mieträume behalten will, um die Corona-bedingten Ausfälle (etwa in Erwartung einer Marktkonsolidierung und der Durchsetzbarkeit höherer Preise) zu einem späteren Zeitpunkt zu erwirtschaften. Einen Anspruch auf eine (über die Mietminderung hinausgehende) Anpassung der Miete hat der Mieter nicht, wohl aber eine Verhandlungsgrundlage, wenn er dem Vermieter darlegen kann, dass ein Mietnachlass ein Fortbestehen des Betriebs ermöglichen würde und der Vermieter ein Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Vermietung hat.

## VI. Kündigungsrechte

### 1. Unzumutbarkeit der Fortsetzung wegen Mängeln der Mietsache

Ein erheblicher Mietmangel stellt eine gänzliche oder teilweise Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauchs i. S. v. § 543

66) BGH v. 13. 7. 2011 – XII ZR 189/09, MDR 2011, 520.

67) Zutreffend *Staudinger/Emmerich* (Fußn. 10), Vorbem. § 536 Rz. 25.

68) *Krepold*, WM 2020, 726, 734.

69) Zutreffend *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 893, 898.

Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 BGB dar. Unter den weiteren Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 BGB hat der Mieter die Möglichkeit, das Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung zu beenden, wenn also nach Setzung einer angemessenen Abhilfefrist die vertragsgemäße Nutzung nicht wiederhergestellt werden kann und ein Festhalten am Mietvertrag unzumutbar ist. Ohne Abhilfefrist kann der Mieter gem. § 543 Abs. 3 Satz 2 BGB kündigen, wenn eine Frist oder Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Das ist der Fall, wenn der Vermieter die Beschränkung, etwa durch bauliche Maßnahmen zur Pandemie-Bekämpfung, nicht beseitigen kann<sup>70)</sup> und das Nutzungsverbot dauerhaft oder auf längere Zeit nicht absehbar ist, dass es aufgehoben wird, und die hiermit verbundene Unsicherheit für den Mieter nicht zumutbar ist. Ein Festhalten am Mietverhältnis ist bei einer bestehenden Mangellage für den Mieter insbesondere dann unzumutbar, wenn der Mangel zwar nicht die Bewirtschaftung der Mieträume insgesamt ausschließt, aber dazu führt, dass dem Mieter auf längere Zeit eine Gewinnerzielung nicht mehr möglich ist. Dieses Kündigungsrecht kann verwirkt werden, nämlich dann, wenn der Mieter die für eine Entscheidung wesentlichen Faktoren kennt und längere Zeit zuwartet. Angesichts der Unsicherheit zur Entwicklung der Corona-Pandemie und ihren Auswirkungen ist aber davon auszugehen, dass eine Verwirkung des Kündigungsrechts des Mieters erst deutlich nach von Instanzgerichten vereinzelt angenommenen ein<sup>71)</sup> bis zwei<sup>72)</sup> Monaten eintreten kann.<sup>73)</sup>

### 2. Subsidiäres Kündigungsrecht des Mieters gegen Abfindung, wenn Vertragsanpassung über § 313 BGB nicht möglich

Bei denjenigen Mietern, bei denen kein Mietmangel gegeben ist, bei denen aber ein bestimmtes Publikumsaufkommen als Geschäftsgrundlage anzunehmen ist (s. o. V 4), besteht vorrangig ein Anspruch auf Anpassung der Miete. Nur dann, wenn eine interessengerechte Anpassung nicht möglich ist, kann der Mieter auf der Grundlage von § 313 BGB berechtigt sein, das Mietverhältnis zu kündigen. Hierbei ist durch den Mieter eine angemessene Ausgleichszahlung zu leisten.

### 3. Kündigungsrecht des Vermieters bei unabsehbarem Nutzungsverbot

Unter den bei IV 2 genannten Voraussetzungen hat ausnahmsweise der Vermieter nach Treu und Glauben das Recht, das Mietverhältnis durch Kündigung zu beenden, wenn also eine Nutzung des Mietgegenstands im Rahmen des ursprünglichen

Mietzwecks auf unabsehbare Zeit nicht möglich ist, eine Zwischennutzung im Rahmen eines anderen Zwecks möglich wäre und der Mieter sich hierauf nicht einlässt.<sup>74)</sup> In diesem Fall kann dem Vermieter nach Treu und Glauben ein Festhalten am Mietvertrag nicht zugemutet werden.

## VII. Zusammenfassung

1. Zur Bekämpfung der Corona-Pandemie begründete Verhaltenspflichten, in den Betriebsabläufen auf die Einhaltung von Abständen zu achten und verstärkte Hygienemaßnahmen zu integrieren, haben keine Auswirkungen auf gewerbliche Mietverhältnisse.

2. Anderes gilt für hoheitliche Nutzungsbeschränkungen, die die Verwirklichung des vereinbarten Mietzwecks beschränken oder vereiteln. Wo sie an die Lage (Pandemiegebiet) oder an die Beschaffenheit (Fläche, Freiluftfläche oder geschlossene Räume) anknüpfen und die Nutzbarkeit von gewerblichen Mieträumen zum vertraglich vereinbarten Gebrauch beeinträchtigen, begründen sie insoweit einen Mietmangel. Aus dem verschuldensunabhängigen Äquivalenzprinzip folgt daher: Für die Zeit, in der zum Betrieb einer Gaststätte vermietete Räume nicht als Gaststätte genutzt werden dürfen, ist keine Miete geschuldet.

3. Wo ein Mietmangel besteht, werden das Unmöglichkeitensrecht und die Grundsätze des § 313 BGB verdrängt. Eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt zusätzlich zur Mietminderung nur ausnahmsweise dort in Betracht, wo äußere Umstände, etwa ein besonders hoher Publikumsverkehr als Geschäftsgrundlage des Mietverhältnisses vereinbart war.

4. Im Spektrum der Pandemiemaßnahmen und entlang unterschiedlicher Fallgruppen ergeben sich allerdings vielfältige Abstufungen, für die vorrangig das gesetzliche Mängelgewährleistungsrecht und ergänzend das Institut der Geschäftsgrundlage differenzierte Anpassungen und Reaktionsmöglichkeiten der Mietvertragsparteien vorsehen. Der Beitrag ist diesen Abstufungen auch mit Blick auf kleinräumige und ortsbezogene hoheitliche Maßnahmen nachgegangen und hat gezeigt, wie die Zuordnung des Verwendungs- und des Verwertungsrisikos im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie nach den gesetzlichen Vorschriften vorzunehmen ist.

70) Dazu *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., 2019, § 543 Rz. 34.

71) OLG Saarbrücken v. 23. 9. 1998 – I U 969/97, MDR 1999, 86.

72) LG Berlin v. 28. 8. 2000 – 62 S 108/00, GE 2000, 1475.

73) Zur Bemessung: *Blank* (Fußn. 70), § 543 Rz. 35.

74) RG v. 20. 2. 1917 – III 384/16, RGZ 89, 203, 206 – Tanzverbot.