

Henrik Solf, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Gewährleistungsansprüche von Gewerbemieter im Falle öffentlich-rechtlicher Nutzungsuntersagungen und -einschränkungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie

A. Einleitung

Die Bundesrepublik sieht sich aktuell einer in ihrer Geschichte beispiellosen Situation ausgesetzt. Unter der akuten Gefahr der Covid-19-Pandemie ist das öffentliche Leben fast zum Stillstand gekommen. In allen Bundesländern wurde die Schließung zahlreicher Gewerbebetriebe angeordnet.¹ Für die Betroffenen stellen sich damit existentielle Fragen, da die anfallenden Kosten zumeist nicht mehr erwirtschaftet werden können.

Dieser Beitrag möchte eine erste Antwort auf die Frage geben, ob den von den Schließungen und weiteren öffentlich-rechtlichen Einschränkungen betroffenen Gewerbemieter Gewährleistungsrechte zustehen.

B. Die Rechtslage

Die Folgen der Corona-Pandemie bringen nicht nur die Menschen an ihre Grenzen, sondern auch die bundesdeutsche Rechtswissenschaft, die sich mit solchen Extremlagen in der Vergangenheit noch nicht auseinandersetzen hatte. Allein in der Folge der Flutkatastrophe von 2002 bestand Anlass, sich mit mietrechtlichen Konsequenzen einer Ausnahmesituation auseinanderzusetzen. Dennoch blieben die Versuche in der Rechtsprechung und Literatur, die Grenzen der Gewährleistung im Falle höherer Gewalt auszuloten, eher dürftig.² Zudem bereitet die konkrete rechtliche Beratung erhebliche Schwierigkeiten, weil zahlreiche Gewerbemietverträge Einschränkungen hinsichtlich der Gewährleistungsrechte enthalten.

1. Sachmangel

Nach allgemeiner Ansicht trägt der Vermieter die aus § 535 Abs. 1 BGB folgende Verpflichtung, die Mietsache in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten und dafür Sorge zu tragen, dass dem vertragsgemäßen Gebrauch keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen.

Zentrale Voraussetzung der §§ 536 ff. BGB ist das Vorhandensein eines Mangels der Mietsache. Der Gesetzgeber hat sich dabei an dem alten „subjektiven“ Fehlerbegriff orientiert. Danach liegt ein Mangel vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist.³ Nach der allgemein anerkannten Risikozuweisung trägt der Vermieter das Beschaffungsrisiko bzw. das Risiko von Leistungsschwierigkeiten und der Mieter das Verwendungsrisiko.⁴

Zu fragen ist daher, in welchem Maße die Mietsache überhaupt zum Vertragszweck genutzt werden kann und welches Risiko sich in der Einschränkung verwirklicht. Dabei hilft es im konkreten Fall zu fragen, ob z.B. der Betrieb eines Cafés in den zu diesem Zweck angemieteten Räumen überhaupt noch

¹ vgl. nur für Berlin die Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin vom 22.03.2020 https://www.berlin.de/corona/masnahmen/verordnung/#headline_1_4

² vgl. Eisenschmid, NZM 2002, 889; Riecke, Hinz, WE 2004, 255; LG Leipzig NZM 2003, 510; AG Grimma NZM 2003, 196; AG Friedberg WuM 1995, 393

³ Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 19

⁴ Günter in Guhling/Günter, Gewerberaummietrecht, 2. Aufl. 2019, § 536 Rn. 83

möglich ist. Ein in die Vermietersphäre liegender Sachmangel ist nämlich dann anzunehmen, wenn die nachteiligen Umstände der Mietsache direkt anhaften.⁵ Sollte aber einem anderen Mieter „ein Nachteil bei gleichem Gebrauch nicht entstehen“⁶, liegt ein Sachmangel nicht vor, da die Ursachen der Nutzungseinschränkung in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters selbst liegen. Sie fallen in seine Risikosphäre.

Bei alledem kommt es aber nicht darauf an, ob den Vermieter ein Verschulden trifft oder er irgendeinen Einfluss auf das Gebrauchshindernis hat.⁷

Daher ist etwa die Teilspernung einer Zugangsstraße ein objektbezogener Umstand, der im Risikobereich des Vermieters liegt und nicht ein auf den Betrieb der Gaststätte selbst bezogen, so dass der Mieter der Gaststätte dafür einzustehen hätte.⁸ Darüber hinaus gehören zu den nicht in der Person des Mieters liegenden Gründen höhere Gewalt, Katastrophen oder Streiks.⁹ In all diesen Fällen ist der Vermieter gerade nicht in der Lage, dem Mieter die Mieträume so zu überlassen, dass dieser darin ungehindert dem vereinbarten Vertragszweck nachgehen kann.¹⁰

Aus dem Vorstehenden folgt, dass behördliche Gebrauchsbeschränkungen einen Sachmangel unter folgenden Voraussetzungen darstellen: „(1) Die behördliche Maßnahme muss ihren Grund in der konkreten Beschaffenheit der Mietsache haben; Maßnahmen die aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Mieters ergriffen werden oder die wegen der Art und Weise des Geschäftsbetriebs ergehen, scheiden aus. (2) Der Vermieter muss auf Grund des Mietvertrags verpflichtet sein, für diejenigen Umstände einzustehen, auf deren Fehlen oder Vorliegen sich die behördliche Maßnahme bezieht. (3) Es genügt nicht, dass die Behörde tätig werden kann; Voraussetzung ist vielmehr, dass sie tatsächlich tätig wird und dass der vertragsgemäße Gebrauch hierdurch tatsächlich beeinträchtigt wird.“¹¹

Folgerichtig können auch behördlich angeordnete Schließungen von Gewerbebetrieben nach ständiger Rechtsprechung ein Sachmangel sein.¹² Zur Abgrenzung der Risikosphären von Mietern und Vermietern bei gesetzlichen und behördlichen Verboten ist eine umfangreiche und kaum überschaubare Kasuistik entwickelt worden.¹³ So kann ein Sachmangel etwa vorliegen, wenn ein Wohnheim den in behördlichen Richtlinien festgelegten baulichen Mindestanforderungen nicht mehr genügt.¹⁴ Öffentlich-rechtliche Regelungen zum Nichtraucherschutz sollen hingegen nur die konkrete Art und Weise der Betriebsführung des Mieters betreffen und daher keine objektbezogene Gebrauchsbeschränkung sein.¹⁵ Denn das Vorhandensein von separaten Raucherräumen o.ä. ist keine Konzessionsvoraussetzung.¹⁶ Der Mieter kann dem Vertragszweck in den Mieträumen trotzdem weiter nachgehen. Das vom Mieter zu tragende Verwertungsrisiko wäre auch betroffen, wenn die Behörde das Café wegen einer Erkrankung der Köchin geschlossen hätte.

⁵ Wiederhold in: BeckOK BGB, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 536 Rn. 37

⁶ BGH, Urt. vom 11.02.1958 – VIII ZR 12/57

⁷ Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 341

⁸ OLG Frankfurt (Main) ZMR 2017, 882 Rn. 38; LG Hamburg BeckRS 2018, 38684.

⁹ Bieber in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 537 Rn. 5

¹⁰ Diesem Rechtsgedanken folgt auch das österreichische ABGB sogar ausdrücklich in § 1104: „Wenn die in Bestand genommene Sache wegen (...) Seuche (...) gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, (...) ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten.“

¹¹ Blank in: Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 543 Rn. 24 m.w.N.

¹² BGH, Urt. vom 20.11.2013 – XII ZR 77/12; OLG Düsseldorf MDR 2012, 902

¹³ vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 78ff.

¹⁴ BGH, Urt. vom 22.10.1975 – VIII ZR 160/74

¹⁵ Günter, NZM 2016, 569, 572

¹⁶ Leo, Ghassemi-Tabar, NZM 2008, 271, 272

2. Mietminderung §§ 536ff. BGB

Nach den Ausführungen unter 1. stellen die aktuellen behördlichen Anordnungen zur Schließung von Geschäften und Gewerbebetrieben einen Sachmangel i.S. § 536 Abs. 1 BGB dar. Lützenkirchen, der dagegen die Schließungsanordnungen dem Verwendungsrisiko des Mieters zuordnet und somit einen Mangel verneint¹⁷, übersieht den allgemeinen Charakter der aktuellen behördlichen Anordnungen. Sie machen die Nutzung der Mietsache nicht nur dem einzelnen betroffenen Mieter unmöglich, sondern auch jedem anderen. Die Mietsache ist während ihrer Geltung generell nicht als Café nutzbar. Mithin ist der Vermieter nicht in der Lage, seiner vertraglichen Verpflichtung zu erfüllen und dem Mieter eine vertragsgemäß nutzbare Mietsache zu überlassen.

Da der Mieter in den vermieteten Räumen aus diesem Grund dem vertragsgemäßen Zweck nicht nachgehen kann, ist die Miete gemindert. Soweit damit u.U. sogar die gesamte Nutzbarkeit des Mietobjekts zum Vertragszweck ausgeschlossen ist, wird die Bruttomiete um 100% auf null reduziert sein. Ist hingegen in gastronomischen Einrichtungen ein Außer-Haus-Verkauf noch vertraglich erlaubt, wird man wohl von einer entsprechend geringeren Minderungsquote ausgehen müssen.

3. Außerordentliche Kündigung gemäß § 543 BGB

Ein öffentlich-rechtliches Gebrauchshindernis könnte auch ein Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB rechtfertigen. Auf ein Verschulden des Vermieters käme es auch hier nicht an. Daher wäre eine Kündigung auch dann zulässig, wenn der Vermieter keinen Einfluss auf die Umstände der Gebrauchsentziehung hat.¹⁸

Soweit vertreten wird, die behördliche Nutzungsuntersagung müssten auch rechtswirksam und unanfechtbar sein¹⁹, kann dies zumindest für die aktuellen Anordnungen dahinstehen. Denn die Nutzungsuntersagungen werden durch die Ordnungsbehörden derzeit konsequent durchgesetzt – unabhängig davon, ob gegen diese Rechtsmittel erhoben werden.

Ist der vertragsgemäße Zustand der Mietsache in angemessener Zeit nicht wiederherzustellen, bedarf es schließlich keiner besonderen Fristsetzung gemäß § 543 Abs. 3 BGB durch den Mieter.²⁰ Dies muss erst recht angesichts der unbestimmten Dauer öffentlich-rechtlicher Gebrauchsverbote gelten.

4. Befreiung von der Leistungspflicht § 275 Abs. 1 BGB, § 326 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt auch eine Befreiung des Mieters von der Leistungspflicht. Dazu müsste dem Vermieter die Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden sein. Dann würde der Mieter seinerseits von der Pflicht zur Gegenleistung gemäß § 326 Abs. 1 BGB frei. Für eine solche nachträgliche Unmöglichkeit durch Gebrauchsuntauglichkeit aber § 536 Abs. 1 BGB Vorrang haben. Es sei denn, es handelt sich um einen nicht behebbaren Schaden der Mietsache (Untergang, Zerstörung) oder einen Schaden, dessen Beseitigung dem Vermieter nicht zuzumuten ist.²¹ Darüber hinaus soll der Vermieter dem Mieter nach den §§ 536 ff. BGB haften.²² Für eine Anwendung der Regeln zur Unmöglichkeit besteht daher nach h.M. kein Anlass.

¹⁷ Lützenkirchen, MietRB 2020, S1(Heft 3), S. 2

¹⁸ BGH, Urt. vom 18.09.1974 – VIII ZR 63/73

¹⁹ Blank in: Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 543 Rn. 19

²⁰ LG Düsseldorf DWW 1993, 99

²¹ Weidenkaff, Palandt, 78. Aufl., § 536 Rn. 10

²² Eisenschmid in Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 550; Häublein in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, vor § 536 Rn. 13

4. Wegfall der Geschäftsgrundlage § 313 BGB

Vorstellbar ist auch, dass sich betroffene Mieter auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage berufen. Fraglos haben sich die Umstände seit Vertragsschluss unvorhersehbar und schwerwiegend geändert. Denn zu diesen können auch „Eingriffe von hoher Hand“ zählen.²³ Allerdings ist die Regelung des § 313 BGB auch nach der Schuldrechtsreform vom Gedanken der Subsidiarität gegenüber anderen Regelungen geprägt.²⁴

Ordnet man wie Lützenkirchen, die Schließungsanordnungen dem Verwendungsrisiko des Mieters zu²⁵, bleibt auch für eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB nicht viel Raum. Allerdings verweist Lützenkirchen zu Recht darauf, dass die Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher Hilfen bei der Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen sein wird. Nach der hier vertretenen Auffassung tritt die Minderung der Miete schon gemäß § 536 Abs. 1 BGB ein. Für eine weitere Herabsetzung besteht daher kein Anlass. Vorstellbar wäre jedoch ein Anspruch auf eine Zustimmung des Vermieters zu einer zumindest vorübergehenden Änderung des Vertragszwecks, so dass die Mietsache trotz öffentlich-rechtlicher Beschränkungen vom Mieter weiter gewerblich genutzt werden kann. Beispielhaft erschiene etwa der Betrieb eines Speiseliesservice in den Räumen eines Restaurants.

5. Individual- und formularvertragliche Einschränkungen

Soweit man dem Mieter tatsächlich grundsätzlich Gewährleistungsansprüche zugestehen sollte, dürfen dem natürlich keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen.

In allgemeinen Geschäftsbedingungen soll das Risiko behördlicher Genehmigungen aber nicht auf den Mieter umgelegt werden können²⁶, in einer Individualvereinbarung freilich schon.²⁷

Eine formularvertragliche Mietminderungsausschlussklausel wird als zulässig angesehen, wenn sie dem Mieter die Möglichkeit belässt, den geminderten Teil der Miete nach § 812 BGB zurückzufordern, da § 536 Abs. 4 BGB nur für Wohnraummietverhältnisse gilt.²⁸ Ein komplettes Verbot der Mietminderung verstößt gegen § 307 BGB.

C. Auswirkungen für die Praxis

Wie eingangs erwähnt, ist die aktuelle Situation in der Geschichte der Bundesrepublik beispiellos. Alle Anknüpfungspunkte für eine rechtliche Beratung erscheinen daher als unsicher und unzureichend. Festen Boden werden wir erst wieder erreichen, wenn in einigen Jahren die obergerichtliche Rechtsprechung ihre eigenen rechtlichen Schlussfolgerungen gezogen hat.

Bis dahin kann sich die Rechtsberatung nur an den abstrakten Maßstäben der Vergangenheit orientieren und ist gehalten, Mandanten über ihre Rechte zu beraten und gleichzeitig den sichersten Weg durch diese Krise aufzuzeigen.

²³ Grüneberg in: Palandt, 78. Aufl., § 313 Rn. 34

²⁴ Böttcher in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 313 Rn. 32

²⁵ Lützenkirchen, MietRB 2020, S1(Heft 3), S. 2

²⁶ Hübner/Griesbach/Fuerst in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl. 2017, Kapitel 14, Rn. 286; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 95

²⁷ BGH, Urt. vom 02.03.1994 – XII ZR 175/92

²⁸ BGH, Urt. vom 23.04.2008 – XII ZR 62/06, Rnr. 8; zur Kritik vgl. nur Streyl, NZM 2015, 841