


<b>Autor:</b>	Henrik Solf, RA und FA für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
<b>Datum:</b>	30.04.2020
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 536 BGB, § 543 BGB, § 313 BGB, § 535 BGB, § 812 BGB ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	AnwZert MietR 8/2020 Anm. 1
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Oliver Elzer, RiKG Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter, Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin
<b>Zitiervorschlag:</b>	Solf, AnwZert MietR 8/2020 Anm. 1

---

## **Gewährleistungsansprüche von Gewerbemieterern im Falle öffentlich-rechtlicher Nutzungsuntersagungen und -einschränkungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie**

### **A. Einleitung**

Die Bundesrepublik Deutschland 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.<sup>1</sup> Für die Betroffenen stellen sich damit existentielle Fragen, da die anfallenden Kosten zumeist nicht mehr erwirtschaftet werden können. Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage, ob den von den Schließungen und weiteren öffentlich-rechtlichen Einschränkungen betroffenen Gewerbemieterern 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 auseinanderzusetzen 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.<sup>2</sup> Zudem bereitet die konkrete rechtliche Beratung erhebliche Schwierigkeiten, weil zahlreiche Gewerbemietverträge Einschränkungen hinsichtlich der Gewährleistungsrechte enthalten.

#### **I. Sachmangel**

Der Vermieter trägt 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.<sup>3</sup> Nach der allgemein anerkannten Risikozuweisung trägt der Vermieter das Beschaffungsrisiko bzw. das Risiko von Leistungser schwerungen und der Mieter das Verwendungsrisiko.<sup>4</sup>

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

möglich ist. Ein in der Vermietersphäre liegender Sachmangel ist nämlich dann anzunehmen, wenn die nachteiligen Umstände der Mietsache direkt anhaften.<sup>5</sup> Sollte aber einem anderen Mieter „ein Nachteil bei gleichem Gebrauch nicht entstehen“<sup>6</sup>, 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.<sup>7</sup>

Mit der Sperrung einer Zugangsstraße zu einer Gaststätte liegt eine erhebliche Beeinträchtigung ihrer vertraglich vereinbarten Nutzbarkeit vor. Es handelt sich um einen objektbezogenen Umstand, der dem Risikobereich des Vermieters unterfällt, nicht um einen auf den Betrieb der Gaststätte selbst bezogenen Umstand, für welchen der Mieter und Betreiber der Gaststätte einzustehen hätte<sup>8</sup>. Darüber hinaus gehören zu den nicht in der Person des Mieters liegenden Gründen höhere Gewalt, Katastrophen oder Streiks.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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.“<sup>11</sup>

Folgerichtig können auch behördlich angeordnete Schließungen von Gewerbebetrieben nach ständiger Rechtsprechung ein Sachmangel sein.<sup>12</sup> Zur Abgrenzung der Risikosphären von Mietern und Vermietern bei gesetzlichen und behördlichen Verboten ist eine umfangreiche und kaum überschaubare Kasuistik entwickelt worden.<sup>13</sup> So kann ein Sachmangel etwa vorliegen, wenn ein Wohnheim den in behördlichen Richtlinien festgelegten baulichen Mindestanforderungen nicht mehr genügt.<sup>14</sup> Öffentlich-rechtliche Regelungen zum Nichtraucherschutz sollen hingegen nur die konkrete Art und Weise der Betriebsführung des Mieters betreffen und daher keine objektbezogene Gebrauchsbeschränkung sein.<sup>15</sup> Denn das Vorhandensein von separaten Raucherräumen o.ä. ist keine Konzessionsvoraussetzung.<sup>16</sup> Der Mieter kann dem Vertragszweck in seinen Mieträumen trotzdem weiter nachgehen und dort ein Restaurant betreiben. Etwas anderes wäre denkbar, wenn die Parteien ausdrücklich den Betrieb einer Raucherneige als Vertragszweck vereinbart hätten. Insoweit greift der Rückgriff auf die Entscheidung des BGH zum Raucherschutz und seinen Hinweis, die gesetzliche Änderung sei mit einer nachträglichen Änderung der Sperrzeit vergleichbar<sup>17</sup>, zu kurz. Denn auch eine Änderung der Sperrzeit schließe den Betrieb eines Restaurants nicht völlig aus. Die Entscheidung, zu welchen Zeiten das Restaurant betrieben wird, betrifft allein die Art und Weise der Geschäftsführung des Mieters.

Die floskelhafte Wiederholung der Feststellung des BGH, wonach nur dann ein Sachmangel i.S.d. §§ 536 ff. BGB vorliegt, wenn dieser auf der konkreten Beschaffenheit der Pachtsache beruht und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Pächters ihre Ursache hat<sup>18</sup>, hilft in der aktuellen Situation leider nicht wirklich weiter. Denn bei genauerer Betrachtung kommt keine der beiden Alternativen zum Tragen.<sup>19</sup> Ohne eine Veränderung der äußeren Beschaffenheit haften die behördlichen Schließungsanordnungen der Mietsache dennoch für die Dauer der Anordnung dieser unmittelbar an – der vertragsgemäße Betrieb eines Restaurants ist in den Räumen generell ausgeschlossen.

Lützenkirchen, der dagegen die Schließungen dem Verwendungsrisiko des Mieters zuordnet und somit einen Mangel verneint<sup>20</sup>, übersieht den allgemeinen Charakter der aktuellen behördlichen Anordnun-

gen. Sie machen die nach dem Vertragszweck bestimmte Nutzung der Mietsache nicht nur dem einzelnen betroffenen Mieter unmöglich, sondern auch jedem anderen. Eine Anpassung der Art und Weise der Betriebsführung an die neue Rechtslage ist dem Mieter im Rahmen des Vertrages objektiv nicht möglich. Behördliche Rauchverbote ließen dagegen noch die Möglichkeit offen, künftig ein Nichtraucherrestaurant zu betreiben.

Mithin ist der Vermieter nicht in der Lage, seine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen und dem Mieter eine vertragsgemäß nutzbare Mietsache zu überlassen. Dabei kommt es – wie oben erwähnt – gerade nicht darauf an, ob dies dem Vermieter auch zuzurechnen ist.

## **II. Mietminderung gemäß den §§ 536 ff. BGB**

Nach den obigen Ausführungen stellen die aktuellen behördlichen Anordnungen zur Schließung von Geschäften und Gewerbebetrieben einen Sachmangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB dar.

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.

## **III. 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.<sup>21</sup>

Soweit vertreten wird, die behördliche Nutzungsuntersagung müssten auch rechtswirksam und unanfechtbar sein<sup>22</sup>, 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.<sup>23</sup> Dies muss erst recht angesichts der unbestimmten Dauer öffentlich-rechtlicher Gebrauchsverbote gelten.

## **IV. Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 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.<sup>24</sup> Allerdings ist die Regelung des § 313 BGB auch nach der Schuldrechtsreform vom Gedanken der Subsidiarität gegenüber anderen Regelungen geprägt.<sup>25</sup>

Ordnet man wie Lützenkirchen die Schließungsanordnungen dem Verwendungsrisiko des Mieters zu<sup>26</sup>, 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 Gesamtbetrachtung 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 Beschrän-

kungen vom Mieter weiter gewerblich genutzt werden kann. Beispielhaft erschiene etwa der Betrieb eines Speiselieferservice in den Räumen eines Restaurants.

#### **V. Individual- und formularvertragliche Einschränkungen**

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

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) soll das Risiko behördlicher Genehmigungen aber nicht auf den Mieter umgelegt werden können<sup>27</sup>, in einer Individualvereinbarung freilich schon.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> 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.

#### **D. Literaturempfehlungen**

Herlitz, Corona (Covid-19): Die Kündigungsbeschränkung im Mietrecht, jurisPR-MietR 8/2020 Anm. 1.

Tiedemann, Miet- und Pachtrecht bei COVID-19: Keine Kündigung bei Zahlungseinstellung?, abrufbar unter: [https://www.juris.de/jportal/nav/juris\\_2015/aktuelles/magazin/corona-mietrecht-pachtrecht.jsp](https://www.juris.de/jportal/nav/juris_2015/aktuelles/magazin/corona-mietrecht-pachtrecht.jsp), zuletzt abgerufen am 16.04.2020.

Lützenkirchen, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Mietverhältnisse, MietRB 2020, S1.

#### **Fußnoten**

- 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, abrufbar unter:

[https://www.berlin.de/corona/massnahmen/verordnung/#headline\\_1\\_4](https://www.berlin.de/corona/massnahmen/verordnung/#headline_1_4), zuletzt abgerufen am 16.04.2020.

- 2) Eisenschmid, NZM 2002, 889; Riecke/Hinz, WE 2004, 255; LG Leipzig, Urt. v. 28.05.2003 - 1 S 1314/03 - NZM 2003, 510; AG Grimma, Urt. v. 22.01.2003 - 2 C 983/02 - NZM 2003, 196; AG Friedberg, Urt. v. 03.05.1995 - C 1326/94 - 11 - WuM 1995, 393.
- 3) Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 536 BGB Rn. 19.
- 4) Günter in: Guhling/Günter, Gewerberaummietrecht, 2. Aufl. 2019, § 536 BGB Rn. 83.
- 5) Wiederhold in: BeckOK-BGB, 53. Edition, Stand: 01.02.2020, § 536 Rn. 37.
- 6) BGH, Urt. v. 11.02.1958 - VIII ZR 12/57.
- 7) Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 536 BGB Rn. 341.
- 8) OLG Frankfurt, Urt. v. 05.07.2017 - 2 U 152/16 Rn. 38 - ZMR 2017, 882; LG Hamburg, Urt. v. 16.11.2018 - 412 HKO 159/17.
- 9) Bieber in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, § 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, Mietrecht, § 543 BGB Rn. 24 m.w.N.
- 12) BGH, Urt. v. 20.11.2013 - XII ZR 77/12 m. Anm. Eisenschmid, jurisPR-MietR 17/2014 Anm. 2; OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.01.2012 - I-24 U 152/11 - MDR 2012, 902; vgl. auch Eupen, MietRB 2012, 136.
- 13) Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 536 BGB Rn. 78 ff.
- 14) BGH, Urt. v. 22.10.1975 - VIII ZR 160/74.
- 15) Günter, NZM 2016, 569, 572.
- 16) Leo/Ghassemi-Tabar, NZM 2008, 271, 272.
- 17) BGH, Urt. v. 13.07.2011 - XII ZR 189/09 Rn. 14; vgl. auch Horst, MietRB 2011, 313.
- 18) BGH, Urt. v. 13.07.2011 - XII ZR 189/09 Rn. 8.
- 19) Vgl. a.A. Sittner, NJW 2020, 1169, 1171; Herlitz, jurisPR-MietR 8/2020 Anm. 1.
- 20) Lützenkirchen, MietRB 2020, S1.
- 21) BGH, Urt. v. 18.09.1974 - VIII ZR 63/73.

- 22) Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 543 BGB Rn. 19.
- 23) OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.01.1993 - 10 U 58/92 - DWW 1993, 99.
- 24) Grüneberg in: Palandt, BGB, § 313 Rn. 34.
- 25) Böttcher in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 313 Rn. 32.
- 26) Lützenkirchen, MietRB 2020, S1.
- 27) Hübner/Griesbach/Fuerst in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl. 2017, Kap. 14 Rn. 286; Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 536 BGB Rn. 95.
- 28) BGH, Urt. v. 02.03.1994 - XII ZR 175/92.
- 29) BGH, Urt. v. 23.04.2008 - XII ZR 62/06 Rn. 8 m. Anm. Lammel, jurisPR-MietR 19/2008 Anm. 3; zur Kritik vgl. nur Streyll, NZM 2015, 841.