

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller und Prof. Dr. Chris Thomale, LL.M.*

Gewerbemietrecht – Mietminderung in der Corona-Krise

Tausende Geschäfte von Einzelhandelsunternehmen sind derzeit infolge der Corona-Krise durch hoheitliche Verfügung geschlossen, gleichwohl laufen die Gewerbemieten als erheblicher Kostenblock weiter. Das neue COVID-19-Gesetz soll hier für Abmilderung sorgen, indem Vermietern ab dem 1.4.2020 untersagt ist, das Mietverhältnis zu kündigen, wenn die Nichtzahlung der Miete durch den Gewerberaummieter im Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Die grundsätzliche Mietzahlungspflicht und die Fälligkeit der Miete lässt das COVID-19-Gesetz jedoch unberührt. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden geprüft, ob und inwiefern die vertraglich vereinbarte Pflicht zur Zahlung der monatlichen Miete von gewerblichen Mietern auf Basis des dispositiven Gesetzesrechts reduziert ist, sofern die vermieteten Gewerbeimmobilien infolge von hoheitlich verfügbaren Geschäftsschließungen nicht mehr entsprechend genutzt werden können.

I. Einführung und Problemstellung

Die COVID-19-Pandemie führt zu erheblichen Verwerfungen bei der Vertragsdurchführung.¹ Im Bereich des Gewerbemietrechts stellt sich ein besonders virulentes Problem: So dürfen bestimmte Ladengeschäfte aktuell nicht mehr für den Publikumsverkehr öffnen. Hintergrund der hoheitlich verfügbaren Schließungen sind die Rechtsverordnungen der jeweiligen Landesregierungen und die diese konkretisierenden Allgemeinverfügungen der Gesundheitsbehörden nach § 28 InfSG. Dies führt bei vielen Betrieben des Einzelhandels dazu, dass die Umsätze aus dem Präsenzhandel wegfallen, während die Gewerbemieten als erheblicher Kostenblock weiterlaufen.

Der Gesetzgeber hat zwar mit Art. 5 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020 (nachfolgend: „COVID-19-Gesetz“)² in Art. 240 EGBGB, § 2 das Recht des Vermieters zur außerordentlichen Kündigung bis zum 30.6.2020 ausgesetzt, sofern der Mieter im Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet und diese Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Das COVID-19-Gesetz lässt jedoch die grundsätzliche Mietzahlungspflicht und die Fälligkeit der Miete unberührt.

II. Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Mietzinszahlungspflicht des Gewerbemieters

1. Meinungsstand

Grundsätzlich hat der Vermieter einer Gewerbeimmobilie gegen den Gewerberaummieter einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Miete aus § 535 Abs. 2 BGB. Die Mietzinszahlungspflicht könnte indes (teilweise) weggefallen sein. Rechtsprechung speziell zur Corona-Pandemie gibt es zu dieser Frage naturgemäß noch nicht: Allerdings werden in der Literatur bereits verschiedene Ansätze diskutiert, die

auf eine Reduzierung oder gar auf einen kompletten Entfall der Mietzinszahlungspflicht hinauslaufen. Diskutiert werden:

1. ein Entfall der Mietzinszahlungspflicht nach § 326 Abs. 1 BGB infolge rechtlicher Unmöglichkeit der Nutzung der Immobilie (§ 275 Abs. 1 BGB),³
2. ein Anspruch auf Reduzierung der Mietzinshöhe aus § 313 BGB infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage,⁴
3. eine Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB.⁵

2. Gang der Untersuchung

Im Folgenden wird aufgezeigt, dass das Mietgewährleistungsrecht als *lex specialis* Vorrang vor den allgemeinen schuldrechtlichen Instituten der Unmöglichkeit und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage genießt (unter III.). Die hoheitlichen Betriebsschließungen sind als Mietmangel zu qualifizieren, weil sie den nach dem Gewerberaummietvertrag typischerweise vorausgesetzten Verwendungszweck des Mietobjekts beeinträchtigen (unter IV.). Als Rechtsfolge mindert sich der Mietzins *ipso iure* nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Verfasser legen dar, dass eine Reduzierung um 50 % sachgerecht ist (unter V.).

III. Vorrang des Mietgewährleistungsrechts

1. Vorrang gegenüber der Unmöglichkeit (§§ 326, 275 BGB)

Die hoheitlichen Schließungsanordnungen könnten die objektive rechtliche Unmöglichkeit der Mietraumnutzung gemäß § 275 Abs. 1 BGB nach sich ziehen, infolge dessen die Mietzahlungspflicht aus § 535 Abs. 2 BGB im Wege des konditionalen Synallagmas aus § 326 Abs. 1 S. 1 HS 1 BGB entfallen sein könnte.⁶

Dies setzt die sachliche Anwendbarkeit der §§ 275, 326 BGB voraus. Diese werden indes durch die §§ 536ff. BGB als *leges speciales* verdrängt. Ausnahmen werden lediglich für anfängliche Mängel vor Ab-

* Der Beitrag geht auf eine Anfrage aus der Praxis im Zusammenhang mit der Beantragung eines Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO zurück.

1 Überblick und Lösungsvorschläge bei Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 ff.

2 BGBl. 2020 I Nr. 14, 569 ff.

3 Unmöglichkeit bejahend Schall, JZ 2020, 388, 389; Zillich, Corona-Krise und Gewerbemietrecht v. 27.3.2020, abrufbar unter <http://www.anwalt-kreuzberg.de/aktuelle-recht-sprechung/> (Abruf: 14.4.2020); Drygalla, Corona und ausbleibende Gewerbemieten, Legal Tribune Online v. 7.4.2020, spricht einerseits von der „Unmöglichkeit des vertragsgemäßen Gebrauchs“, bejaht andererseits zugleich eine Minderung infolge Mietmangels nach § 536 BGB. Allerdings verneint er im Ergebnis sowohl Unmöglichkeit als auch Minderung im Lichte des aus seiner Sicht nunmehr spezielleren COVID-19-Gesetzes.

4 Bejahend Heider/Heller, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Mietzahlungspflicht in Gewerbmietverträgen, 23.3.2020, S. 4, abrufbar unter https://www.goerg.de/sites/default/files/2020-03/200323_G%C3%96RG_Legal_Update_Auswirkungen%20Corona%20Mietzahlungspflicht.pdf (Abruf: 17.4.2020); ablehend Lützenkirchen, MietRB 2020, 111, 112.

5 Drygalla, Corona und ausbleibende Gewerbemieten, Legal Tribune Online v. 7.4.2020, bejaht einen „Umwelt- oder (treffender) Umfeldmangel“ und gelangt im Zwischenergebnis zu einer 100 %-igen Minderung nach § 536 BGB. Den Rekurs auf die Minderung hält er jedoch im Lichte des aus seiner Sicht spezielleren COVID-19-Gesetzes als gesperrt an. Einen Mietmangel ablehnend Lützenkirchen, MietRB 2020, 111, 112.

6 So Schall, JZ 2020, 388, 389, 396; Zillich, Corona-Krise und Gewerbemietrecht v. 27.3.2020 (Fn. 3).

schluss des Mietvertrags sowie für die Zerstörung der Mietsache diskutiert.⁷ Somit ist die Frage von Bestehen und Umfang einer trotz Schließungsanordnungen fortgesetzten Mietzahlungspflicht vorrangig nach §§ 536 ff. BGB zu beurteilen.

2. Vorrang gegenüber dem Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

Die faktische Nutzbarkeit der Mietsache ist die unvordenkliche gemeinsame Erwartung der Mietvertragspartner und auch vom wechselseitigen Geschäftswillen umfasst. Die Corona-Pandemie wird als Fallgruppe des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB angesehen.⁸ Im Gewerbemietrecht wird teilweise ein Anspruch auf Reduzierung der Mietzahlungspflicht aus § 313 Abs. 1 BGB bejaht.⁹ Eine Reduzierung um bis zu 50% wird dabei als interessengerecht erachtet.¹⁰ Wiederum müsste jedoch § 313 Abs. 1 BGB sachlich anwendbar sein.¹¹ Ausgangspunkt ist der spezielle Charakter des § 536 BGB für die von ihm umfassten Sachverhalte:¹² Seine Kombination (1) einer Beschränkung auf Mängel, welche die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufheben, (2) einer niedrigen Eintrittsschwelle nach § 536 Abs. 1 S. 3 BGB und (3) einer Selbstvollstreckung *ipso iure* verleihen ihm eine so spezifische Wirkungsarchitektur, dass diese regelmäßig nicht durch den deutlich unschärferen, in seiner Essenz auf das ubiquitäre Gebot von Treu und Glauben zurückgehenden § 313 BGB unterlaufen werden kann. Insbesondere verbleibt dem § 313 BGB, seiner systematischen Stellung im Allgemeinen Schuldrecht und damit auch als auf den Mietvertrag im Grundsatz anwendbaren Norm, ein Anwendungsbereich für äußere, etwa welt- oder währungspolitische Ereignisse ohne Bezug zur vertragsgemäßen Tauglichkeit der Mietsache.¹³ Somit sind die vorliegenden hoheitlichen Schließungsanordnungen, die einen gewerblichen, also von Gewinnerzielung getragenen Gebrauch der Mietsache unmöglich machen, nicht nach § 313 BGB, sondern nach § 536 BGB zu beurteilen.

3. Keine Verdrängung durch das COVID-19-Gesetz vom 27.3.2020

Die allgemeinen mietvertragsrechtlichen Regelungen einschließlich § 536 BGB könnten in Anbetracht des Coronavirus und der damit verbundenen hoheitlichen Maßnahmen durch das COVID-19-Gesetz spezialgesetzlich verdrängt sein.¹⁴

Dies würde zunächst voraussetzen, dass das COVID-19-Gesetz überhaupt allgemein mietvertragsrechtliche Regelungen trifft, die in einen sachlichen Anwendungskonflikt mit den §§ 536 ff. BGB treten könnten. Dies ist indes nicht ersichtlich: Die einzige Regelung des Gesetzes mit unmittelbarem Mietvertragsbezug ist Art. 240 EGBGB § 2. Dort geht es der amtlichen Überschrift entsprechend jedoch lediglich um die „Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen“. Genauer betrifft Art. 240 EGBGB § 2 Abs. 1, wie insbesondere S. 3 verdeutlicht, lediglich die außerordentliche Kündigung aus § 543 BGB aus dem wichtigen Grund der Nichtzahlung des Mietzinses nach §§ 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 286 BGB. Diese Mikroregelung lässt das *vermieter* verpflichtende Mietmangelgewährleistungsrecht insgesamt unberührt, weil sie sich nur mit *mieterseitigen* Vertragsverletzungen beschäftigt.

Zudem ist dem Art. 240 EGBGB § 2i COVID-19-Gesetz eine insgesamt mieterschützende Schutzrichtung zu entnehmen, so dass es widersinnig wäre, unter Berufung auf sie andere mieterschützende Regelungen wie § 536 BGB¹⁵ als verdrängt anzusehen. Eine Sperrwirkung des COVID-19-Gesetzes besteht somit nicht.

IV. Mangel der Mietsache (§ 536 BGB)

1. Subjektiver Mangelbegriff des § 536 Abs. 1 S. 1 BGB

§ 536 BGB knüpft wortlautgemäß an einen Mangel der Mietsache an, welcher ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Verbrauch aufhebt. Damit bezweckt der Gesetzgeber in Verlängerung der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung vorgenommenen Änderungen u. a. des Kaufrechts die bewusste Anknüpfung an dessen subjektiven Fehlerbegriff.¹⁶ Ausgangspunkt jeder Mangelbetrachtung ist mithin die vertraglich bestimmte Solltauglichkeit. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, kann sich diese, dem Rechtsgedanken des § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB folgend, auch aus einer nicht ausdrücklich vereinbarten, aber nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung ergeben. Die vorliegenden Fälle sind in Ermangelung eines detaillierten Studiums der einschlägigen Mietverträge nur summarisch zu würdigen. Immerhin dürfte typischerweise der gewerbliche Gebrauch der Mieträume als *Einzelhandelsverkaufsräume* nicht ernsthaft in Frage stehen. Von diesem vertraglich antizipierten Sollzustand weicht der durch die hoheitlichen Schließungen hervorgerufene Istzustand offensichtlich ab. Fraglich ist allein, ob es sich auch um einen Sollzustand *der Mietsache* handelt.

2. Umweltbeziehungen als Mangel

Da der Mangel einer Mietsache an die subjektive Verwendungstauglichkeit anknüpft, ist er nicht auf physische Eigenschaften der Mietsache beschränkt, sondern kann sich auch aus ihrer Umweltbeziehung ergeben. Dies unterstreicht in systematischer Auslegung § 536 Abs. 3 BGB, der sogar die Störung des Mieters durch bloße Rechte Dritter, welche die Mietsache naturgemäß substantiell überhaupt nicht betreffen, als Mangel einordnet. Im Grundsatz zählen auch Zugangshindernisse sowie öffentlich-rechtliche Verbote und Beschränkungen des Mietsachgebrauchs dazu.¹⁷

Vorliegend ist eine Kombination aus Umweltbeziehung und öffentlich-rechtlichen Verboten gegeben: Die hoheitlichen Schließungsanordnungen wirken wie ein unsichtbarer Bannkreis, ein normatives Zugangshindernis, welches die vertragsgemäße Einzelhandelsnutzung ausschließt. Lässt sich also das vorliegende Nutzungshindernis sachlich als subjektiver Mangel im Sinne einer negativ von der Sollbeschaffenheit abweichenden Ist-Umweltbeziehung qualifizieren, so stellt sich die Frage, ob dies auch unter Wertungsgesichtspunkten gerechtfertigt ist.¹⁸

7 Statt aller Bieder, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 9; Häublein, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 536 Rn. 8; § 536 Rn. 23, 25; Emmerich, in: Staudinger, BGB, 2018, Vor § 536 Rn. 5, § 536 Rn. 46, 59.

8 Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017, 1121 f.; differenzierend jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Pfeiffer, § 313, Rn. 13.4f.

9 Heider/Heller, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Mietzahlungspflicht in Gewerbemietverträgen, 23.3.2020, S. 4 (Fn. 4).

10 Heider/Heller, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Mietzahlungspflicht in Gewerbemietverträgen, 23.3.2020, S. 4 (Fn. 4).

11 Schall, JZ 2020, 388, 390, verneint einen Mietmangel und bejaht stattdessen eine Kombinationslösung aus §§ 275, 326, 313 BGB.

12 Bieder, in: BeckOGK, BGB, Stand: 1.1.2020, § 536, Rn. 26.

13 Bieder, in: BeckOGK, BGB, Stand: 1.1.2020, § 536, Rn. 27 m. w. N.

14 Vgl. jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Pfeiffer, § 313, Rn. 131 ff. zum Anwendungsbereich des COVID-19-Gesetzes im Verhältnis zu § 313 BGB.

15 Zu dieser allg. Schutztenenz des § 536 BGB s. Emmerich, in: Staudinger, BGB, 2018, § 536, Rn. 4.

16 BT-Drs. 14/4553, 40, re. Sp.; BT-Drs. 14/7052, 203, re. Sp. Zusammenfassend Emmerich, in: Staudinger, BGB, 2018, § 536, Rn. 1.

17 Bieder, in: BeckOGK, BGB, Stand: 1.1.2020, § 536, Rn. 48 ff., 62 ff. m. w. N.

18 Häublein, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 25: „Es geht um *adäquate* Risikoverteilung, die etwa für die Lösung der kontroversen Fälle der *Zugangsbehinderung* nicht

3. Risikosphären

In teleologischer Hinsicht gründet der mietrechtliche Mangelbegriff auf der Funktion der Minderung, Äquivalenzstörungen im Mietvertrag zu beheben.¹⁹ Solche Äquivalenzstörungen treten im Ausgangspunkt bei allen Veränderungen auf, die, hätten sie von Anfang an vorgelegen, zu einer abweichenden Mietzinsbestimmung geführt oder einen Vertragsschluss ganz verhindert hätten.

Dennoch muss einschränkend die Tatsache berücksichtigt werden, dass der Mietvertrag für sich bereits eine gewisse Risikoverlagerung vom Vermieter zum Mieter beinhaltet. Deshalb gewährt § 536 Abs. 1 S. 3 BGB die Minderung nur bei erheblichen Mängeln, schließt also insbesondere solche Mängel aus, die nahezu aufwandlos zu beseitigen sind oder lediglich das ästhetische Empfinden des Mieters stören, um eine treuwidrige quasi-schikanöse Streitigkeit wegen Petitessen auszuschließen.²⁰ Um Petitessen geht es vorliegend freilich nicht, sondern um den vollständigen gewerblichen Nutzungsausfall der gemieteten Verkaufsräume.

a) Mieter trägt Verwendungsrisiko

Darüber hinaus ist jedoch anerkannt, dass dem Mieter grundsätzlich, insbesondere bei der Gewerbemiete, das *Verwendungsrisiko* bezüglich der Mietsache aufzubürden ist.²¹ Gemeint ist „das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Danach fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst auch das Risiko einer Veränderung der Mieterstruktur im Umfeld des Mietobjekts.“²² Hier wird deutlich, dass es bei dem Verwendungsrisiko um die Art und den Umfang der Verwendung der Mietsache geht, also darum, ob die konkrete Verwendung der Mietsache in dem Sinne ertragreich ist, dass sie den Mietzins rechtfertigt oder nicht.²³ Dieses Risiko einer „Zweckstörung“, also die Mietsache zu einem minderwertigen Zweck zu verwenden, liegt, wie das allgemeine Risiko, einen gegenüber der geplanten Verwendung unrentablen Mietzins zu vereinbaren, allein beim Mieter, weil es in seinen „persönlichen oder betrieblichen Verhältnissen“ wurzelt.²⁴ Denn die innere ökonomische Rechtfertigung des Gewerbemietvertrags liegt gerade darin, dass der Mieter kraft unternehmerischen Ermessens zu der Überzeugung gelangt, mit der Mietsache Erträge generieren zu können, die über dem vereinbarten Mietzins liegen. An dieser privatautonomen Entscheidung muss er festgehalten werden.

b) Vermieter trägt Verwendbarkeitsrisiko

Anders liegt es freilich beim *Verwendbarkeitsrisiko*. Auf dieses hat der Mieter in der Regel keinen Einfluss. Denn die allgemeine Verwendbarkeit hängt, anders als die konkrete Verwendung, nicht von seiner unternehmerischen Entscheidung ab, sondern bildet vielmehr umgekehrt die notwendige Grundbedingung, um eine unternehmerische Verwendungsentscheidung überhaupt sinnvoll treffen zu können. Die Verwendbarkeit mag zwar gleichzeitig außerhalb der Einflussphäre des Vermieters liegen, so etwa bei Naturkatastrophen,²⁵ zu denen auch die Corona-Pandemie zählt.²⁶ Jedoch ist dies – auf tatbestandlicher Ebene (zur Rechtsfolge siehe sogleich) – nicht von Belang. Denn den Vermietereigentümer trifft das grundsätzliche Verwendbarkeitsrisiko seiner Sache, aus der er mittelbare Sachfrüchte nach § 99 Abs. 3 BGB ziehen möchte.²⁷ So wie den Eigentümer nach der überlieferten *Maxime des casum sentit dominus* das Risiko der zufälligen Sachentwertung trifft,²⁸

so muss ein Vermietereigentümer grundsätzlich hinnehmen, dass eine Mietsache, die aufgrund behördlicher Anordnung nicht einzelgewerblich nutzbar ist, keine gewerblichen Fürchte einbringt.

Anderenfalls wäre dem zwischenzeitlich abgeschlossenen Mietvertrag ein Versicherungselement zu unterstellen, welches diesem offensichtlich fremd ist: Es ist nicht die Aufgabe des Mieters, die krisensicheren Erträge des Vermietereigentums zu gewährleisten. Sein Geschäftsmodell besteht allein darin, unter Normalbedingungen zumindest diese Erträge zu erwirtschaften.²⁹ Die fehlende effektive Zugangsmöglichkeit für einzelgewerblichen Kundenverkehr bewirkt, dass ebendiese Normalbedingungen nicht mehr gegeben sind. Deshalb hat die Rechtsprechung immer schon im gewerblichen Zusammenhang die Unterbindung von Kundenverkehr durch äußere Umstände selbst dann als Mangel eingeordnet, wenn der Vermieter keinen Einfluss darauf hatte.³⁰ In einer Entscheidung zum früheren (in Bezug auf den Mangelbegriff aber im Wesentlichen unveränderten) Mietrecht hat der BGH ausgeführt:

„Maßgebend für die Beantwortung der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen eine derartige unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, ist in erster Linie der zum Vertragsinhalt erhobene Verwendungszweck.

Betrifft der Mietvertrag – wie hier – ein Ladenlokal, in dem der Mieter ein Schuhgeschäft betreiben will oder soll, so kann über die Eignung der Räume in ihrer baulichen Ausgestaltung hinaus auch der ungehinderte Zutritt des Publikums zu diesem Geschäft – also die Möglichkeit, es beschwerde-, gefahrlos und bequem betreten zu können – für die Gebrauchstauglichkeit unmittelbar bestimmend sein. Wird diese Möglichkeit durch bauplanerische oder bauausführende Maßnahmen in der näheren Umgebung des Ladenlokals nachhaltig beeinträchtigt, so kann dies einen Mangel im Sinne des § 537 Abs. 1 BGB darstellen.

überzeugend bei der räumlichen Nähe ansetzen kann. Abzustellen ist darauf, ob sich der Mieter in der berechtigten, vom Vermieter zustimmend zur Kenntnis genommenen Erwartung befand, eine bestimmte *Zugangssituation* werde geschaffen respektive *beibehalten*.“ (Hervorhebung durch Verf.).

19 BGH, 6.4.2005 – XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713, 1714: „Die Minderung ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden *Äquivalenzprinzips*. Zutreffend weist das BerGer. darauf hin, dass durch die Mietminderung das von den Vertragsparteien festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen den Leistungen des Vermieters der Bereitstellung einer im Vertragssinne *nutzbaren Mietsache* und der Leistung des Mieters der Mietzahlung bei einer Störung auf der Vermietersseite wieder hergestellt werden. Für eine *reduzierte Vermieterleistung* soll der Mieter auch nur *reduziert leisten müssen*. Die Leistung des Vermieters besteht in der Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache. Das umfasst alles, was erforderlich ist, um die vertragsgemäße Nutzung sicherzustellen.“ (Hervorhebung durch Verf.).

20 Bieder, in: BeckOGK, BGB, Stand: 1.1.2020, § 536, Rn. 84f.

21 BGH, 17.3.2010 – XII ZR 108/08, NJW-RR 2010, 1016, Rn. 17 m. w. N.

22 BGH, 17.3.2010 – XII ZR 108/08, NJW-RR 2010, 1016, Rn. 17.

23 BGH, 21.9.2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901, Rn. 30: „die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können.“ Zu pauschal erscheint hingegen die begriffliche Abgrenzung ‚objektsbezogene vs. betriebsbezogene Umstände‘, die etwa *Wiederhold*, in: BeckOK, BGB, Stand: 1.2.2020, § 536, Rn. 50; *Günter*, NZM 2016, 569 bevorzugt: Aus der maßgeblichen *wirtschaftlichen* Perspektive können im Einzelfall auch objektbezogene Umstände auf der unternehmerischen Entscheidung des Mieters beruhen und umgekehrt betriebsbezogene Umstände außerhalb der konkreten Einflussphäre des Mieters liegen.

24 *Emmerich*, in: Staudinger, BGB, 2018, Vorbem. zu § 536, Rn. 21; § 536, Rn. 44; *Wiederhold*, in: BeckOK, BGB, Stand: 1.2.2020, § 536, Rn. 46.

25 *Häublein*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 23: „Die durch *Katastrophenverursachten Beeinträchtigung* der Mietsache begründen *unabhängig davon einen Mangel*, ob der Vermieter dagegen *Vorkehrungen treffen konnte/musste*. Das gilt z. B. für die (...) *Jahrhunderthochwasser* und andere Naturkatastrophen, die eine Nutzung der Sache vorübergehend oder auf Dauer unmöglich machen.“ (Hervorhebung durch Verf.).

26 Der Chefvirologe der Charité, *Christian Drosten*, spricht von einer „Naturkatastrophe in Zeitlupe“, Tagesspiegel v. 13.3.2020.

27 Ist der Vermieter nicht Eigentümer, wie insb. im Fall der Untervermietung, gilt dieselbe Analyse: Auch Untermieterträge gelten als mittelbare Sachfrüchte, vgl. BGH, 12.8.2009 – XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522, Rn. 23, so dass es gerechtfertigt ist, sowohl Miet- als auch Untermietzins nach § 536 BGB zu mindern.

28 *Finkenaue*, in: BeckOGK, BGB, § 313, Rn. 69, 231, 243f. m. w. N. Zum Spruch mit der ausdrücklichen Ableitung, ein Zufallsschaden könne nicht auf den Mieter abgewälzt werden siehe *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtspruchwörter, 1982, 36, Eintrag C 2.

29 Vgl. die sog. *Rentabilitätsvermutung*, die nicht nur im Hinblick auf mietrechtliche Schadenersatzansprüche, sondern auch umgekehrt für den Mietzins als Aufwendung gilt. Zum Ganzen etwa *Gsell*, NZM 2010, 71, 77 m. w. N.

30 S. etwa KG Berlin, 12.11.2007 – 8 U 194/06, NJW-RR 2008, 1042, Rn. 6.

Etwas anderes wird dagegen dann gelten, wenn das kaufinteressierte Publikum ganz allgemein nicht in dem erwarteten Maße den Bereich, in dem sich das vermietete Ladenlokal befindet, besucht, – etwa weil der Verkehrsstrom an dem Bereich, in dem das Ladenlokal liegt, weitgehend vorbeigeleitet wird oder die Bevölkerung aus sonstigen Gründen diesen Bereich nicht als Verkaufszentrum „annimmt“.³¹

Hier kommt die implizit zugrunde gelegte Unterscheidung zwischen Verwendungs- und Verwendbarkeitsrisiko plastisch zum Tragen:

- Das *unternehmerische Einschätzungsrisiko*, ob die Lage der Mietsache für die angedachte Verwendung geeignet sein wird, verbleibt alleine beim Mieter.
- Ob die Mietsache hingegen *überhaupt für Publikumsverkehr zugänglich* bleibt, ist eine so unvordenkliche Grundbedingung einer einzelhandelsgewerblichen Vermietung, dass dieses Verwendbarkeitsrisiko verschuldensunabhängig dem Vermieter aufzubürden ist.

4. Zwischenergebnis

Die Corona-bedingten, hoheitlich verfügten Geschäftsschließungen stellen in Bezug auf die gemieteten Geschäftslokale ein normatives Zugangshindernis dar. Dieses Zugangshindernis schließt die in Gewerbemietverträgen – typischerweise explizit, hilfsweise aber jedenfalls implizit – vorausgesetzte *Einzelhandelsnutzung* aus.

Dass ein Geschäftslokal für den *Publikumsverkehr zugänglich* bleibt, ist eine so unvordenkliche Grundbedingung einer einzelhandelsgewerblichen Vermietung, dass dieses *Verwendbarkeitsrisiko* – anders als das davon zu unterscheidende *Verwendungsrisiko* – den *Vermieter* trifft.

Vor diesem Hintergrund sind die Corona-bedingten hoheitlichen Nutzungsuntersagungen als Mangel der Mietsache (§ 536 BGB) im Sinne einer negativ von der Sollbeschaffenheit abweichenden Ist-Umweltbeziehung (nämlich: Verwendbarkeit als publikumszugängliches Geschäftslokal) zu qualifizieren.

5. Rechtsvergleichende Bestätigung: Österreich

Die vorstehenden Befunde zum deutschen Mietrecht lassen sich durch die nachfolgende rechtsvergleichende Betrachtung stützen. Die Rechtsvergleichung ist zwar im deutschen Recht nicht allgemein – neben Wortlaut, Systematik, Gesetzgebungsgeschichte und objektivem Gesetzeszweck – als eigenständige (fünfte) Auslegungsmethode anerkannt.³² Die Rechtsprechung³³ zieht die Rechtsvergleichung aber sehr wohl als Auslegungshilfe heran, wenn es um die Ausformung neuer Rechtsinstitute oder aber – wie hier – um die Auslegung offener Rechtsbegriffe („Mangel“) im Lichte neuer oder im deutschen Sachrecht bislang nicht relevanter Lebensphänomene geht.³⁴

Vor diesem Hintergrund ist das österreichische Zivilrecht von Interesse, welches das „Seuchenrisiko“ (allein) beim Vermieter belässt. Art. 1104 ABGB statuiert:

„Wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, (...) gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten.“

Festzuhalten ist, dass nach österreichischem Zivilrecht den Vermieter verschuldensunabhängig („außerordentlicher Zufall“) das Nutzbarkeits- bzw. Verwendbarkeitsrisiko trifft.³⁵ Die Regelung weist nicht nur – wie im deutschen Recht – das Verwendbarkeitsrisiko dem Vermieter zu. Sie sieht darüber hinaus eine Alles-oder-Nichts-Rechtsfolge trotz des Zufallscharakters von Infektionen vor: Nach österreichischem Recht wird der Mieter von der Pflicht zur Mietzinszahlung *vollständig*

frei. Dies wird in der aktuellen Literatur auch und gerade für Covid-19-bedingte Schließungen von Kundenlokalen genau so gesehen.³⁶

V. Rechtsfolge: Minderung der Mietzahlungspflicht

Im Folgenden wird aufgezeigt, dass auf Grundlage des deutschen Rechts – im Unterschied zu Art. 1104 ABGB – eine proratarische (hälftige) Aufteilung des wirtschaftlichen Risikos zwischen Vermieter und Mieter angezeigt ist mit der Folge, dass sich die Mietzahlungspflicht nicht wie in Österreich um 100 %, sondern nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB um 50 % mindert.

1. Kürzung der Miete ipso iure nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB

Das Vorliegen eines Mangels führt nach § 536 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB *ipso iure* zur – partiellen oder vollständigen – *Befreiung* von der Pflicht zur Zahlung der Miete aus § 535 Abs. 2 BGB. Anders als die Minderung im Kauf- und Werkvertragsrecht (§§ 441, 638 BGB), die als Gestaltungsrechte konzipiert sind und dementsprechend vom Käufer bzw. Besteller performativ erklärt werden müssen, tritt die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB automatisch ein („so ist der Mieter (...) befreit“).³⁷ Anders gewendet: Der Mieter schuldet die Miete nur in gemindertem Umfang.³⁸ Die rechtsvernichtende Einwirkung der Minderung ist überdies unabhängig davon, ob der Vermieter den Mangel zu vertreten hat und ob der Mieter von der Sache, wäre sie nutzbar gewesen, Gebrauch gemacht hätte.³⁹ Wird, etwa wegen Vorauszahlung oder ungekündigten Dauerauftrags, dennoch der volle Mietzins entrichtet, ist dieser nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB – in Abwesenheit treuwidrig schikanösen Zahlens trotz bewusster Nichtschuld gemäß § 814 Alt. 1 BGB⁴⁰ – kondizierbar.

2. Bezugspunkt der Minderung: Bruttomiete

Der Bezugspunkt der Minderung – Netto-, Brutto- oder Bruttokaltmiete – war lange Zeit umstritten.⁴¹ Der BGH hat im Jahr 2005 in einer Grundsatzentscheidung für die Gewerbemiete festgehalten, dass die Minderungsquote auf die Bruttomiete zu beziehen ist; der Leitsatz lautet:

„Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB ist die Bruttomiete (Mietzins einschließlich aller Nebenkosten). Dabei ist unerheblich, ob die Nebenkosten als Pauschale oder Vorauszahlung geschuldet werden.“⁴²

31 BGH, 1.7.1981 – VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405; BGH, 19.9.1961 – VI ZR 259760, BeckRS 1961, 103665 – Ginseng.

32 Vgl. zu den Aufgaben der kontemporären Rechtsvergleichung die Beiträge von *Thomale/Weller*, in: Stroumsa (Hrsg.), *Comparative Studies in the Humanities*, 2018, S. 223 ff., 240 ff.

33 BGH, 19.9.1961 – VI ZR 259760, BeckRS 1961, 103665 – Ginseng; Heranziehung des Schweizer Obligationenrechts zur Ausformung der Dogmatik der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts; BGH, 28.11.1966 – VII ZR 79/65, BGHZ 46, 240; Heranziehung des englischen Rechts sowie des US-amerikanischen Rechts bei der Ausformung des Schadensersatzanspruchs des Kindes aus Gründen des sog. „wrongful life“.

34 Zur Rechtsvergleichung als Erkenntnisquelle für die Auslegung des deutschen Rechts *Thomale/Weller*, FS Krieger, 2020 (im Erscheinen); zur *Funktionstrias* der Rechtsvergleichung *Weller*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, 2016, S. 191, 216 ff.

35 Liegt das Ereignis in der konkreten Beherrschungssphäre des Vermieters, greift die allgemeine Minderungsvorschrift des Art. 1196 ABGB.

36 *Prader/Gottardis*, *immolex* 2020, 106 m.w.N.

37 *Häublein*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 32.

38 *Häublein*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 32.

39 *Häublein*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 32.

40 Dazu *Thomale*, *Leistung als Freiheit*, 2012, S. 191 f.

41 Zum Streitstand *Häublein*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 36.

42 BGH 6.4.2005 – XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713 f. (gewerbliches Mietverhältnis): „Die vom Mieter zu erbringenden Leistungsentgelte (Grundmiete u. Nebenkosten) sind die Gegenleistung für die vom Vermieter geschuldete Gesamtleistung. Der Mieter zahlt nicht etwa

Die Minderung erfolgt taggenau für den Zeitraum, während dessen die Nutzbarkeit der Mietsache eingeschränkt ist.⁴³

3. Höhe der Minderung

Nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB führt die Minderung zu einer „angemessenen herabgesetzten Miete“. Der Gesetzgeber hat – anders als bei § 441 Abs. 3 BGB – auf eine Konkretisierung der Berechnung der Minderung verzichtet. Im Mietrecht gilt die Minderung als „angemessen“, wenn sie vor allem der Schwere des Mangels sowie dem Grad und der Dauer der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit entspricht, was als Tatfrage im Einzelfall zu würdigen ist.⁴⁴

a) Pandemie als allgemeines Lebensrisiko

Die von den Gesundheitsbehörden verfügten Geschäftsschließungen, welche für die Dauer ihrer Anordnung die Verwendbarkeit der gemieteten Geschäftslokale aufheben, sind auf das Infektionsschutzgesetz gestützt, weil sie auf die Corona-Pandemie zurückgehen. Diese Pandemie hat weder die Vermieter- noch die Mieterseite zu vertreten. In einer Pandemie verwirklicht sich vielmehr das allgemeine Lebensrisiko.

Das allgemeine Lebensrisiko trägt im Grundsatz jede Partei selbst. Das Gesetz wälzt das Zufallsrisiko nur ganz ausnahmsweise auf die andere Seite (alleine) über: So haftet der Schuldner, der in Schuldnerverzug gerät, nach § 287 S. 2 HS 1 BGB „auch für Zufall“. Für den „zufälligen Untergang“ oder die „zufällige Unmöglichkeit“ haftet ferner der Deliktstäter, der eine Sache unerlaubt entzogen hat, § 848 HS 1 BGB. Diese Konstellationen setzen aber beide ein Vertretenmüssen bzw. Verschulden desjenigen voraus, auf den das Zufallsrisiko übergewälzt wird (vgl. § 286 Abs. 4 BGB sowie das Tatbestandsmerkmal „unerlaubte Handlung“ in § 848 BGB, dem das Verschuldenselement immanent ist).

b) Per capita-Aufteilung von Lebens- und Zufallsrisiken

Im Umkehrschluss kann aus den kodifizierten Fällen des „*versari in re illicita*“ geschlossen werden, dass die Zuweisung der Zufallshaftung zu Lasten von nur einer Seite *ohne* ein solches subjektives Fahrlässigkeitselement *nicht* der gesetzlichen Wertung der §§ 287, 848 BGB entspräche.

Beim Pandemie-Risiko handelt es sich um ein Zufallsrisiko. Es ist weder vom Vermieter noch vom Mieter zu vertreten, sondern vielmehr von beiden „gleich weit entfernt“ oder, je nach Perspektive, „gleich nah dran“. Das Pandemie-Risiko allein dem Vermieter zuzuweisen, entspräche u. E. somit nicht den gesetzlichen Wertungen.

Der Natur eines jede Seite gleichermaßen treffenden Lebens- und Zufallsrisikos entsprechend erscheint uns vielmehr eine 50%ige Minderung sachgerecht. Damit trüge jede Seite das Risiko zur Hälfte.

Diese ausgewogene Risikoverteilung deckt sich nicht nur mit der Natur des Lebensrisikos, sondern auch mit anderen gesetzlichen Wertungen, wenn es um die Aufteilung von Haftungsquoten geht: Das Pro-Kopf-Prinzip (sog. *Per capita*-Aufteilung). In Ermangelung speziellerer (gesetzlicher oder vertraglicher) Regelungen erhellen nämlich die §§ 426 Abs. 1, 830, 840 BGB dass die Haftungsverteilung im Zweifel „zu gleichen Anteilen“ zu erfolgen hat.

Dass es sich bei der *Per capita*-Aufteilung um ein universelles Gerechtigkeitsprinzip handelt, zeigen weiter die §§ 659 Abs. 2 S. 1, 742 BGB. Bei diesen geht es nicht um die (negative) Haftung, sondern um die Verteilung (postiver) Vorteile. Die ausgelobte Summe ist im Zweifel unter mehreren Findern pro Kopf aufzuteilen, § 659 Abs. 2 BGB („ge-

bührt jedem ein gleicher Teil der Belohnung“), ebenso, wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, § 742 BGB („gleiche Anteile“).

Das Pandemie-Risiko als Lebens- und Zufallsrisiko ist u. E. nach diesem universellen Verteilungsprinzip, das „im Guten wie im Schlechten“ gilt, aufzuteilen. Dies führt zu einer Minderung des Mietzinses um die Hälfte.

VI. Zusammenfassung in Thesenform

1. Die Corona-bedingten, hoheitlich verfügten Geschäftsschließungen stellen in Bezug auf die gemieteten Geschäftslokale ein normatives Zugangshindernis dar. Dieses Zugangshindernis schließt die in Gewerbemietverträgen – typischerweise explizit, hilfsweise aber jedenfalls implizit – vorausgesetzte Einzelhandelsnutzung aus. Dass ein Geschäftslokal für den Publikumsverkehr zugänglich bleibt, ist eine so unvordenkliche Grundbedingung einer einzelhandelsgewerblichen Vermietung, dass dieses Verwendbarkeitsrisiko – anders als das davon zu unterscheidende Verwendungsrisiko – den Vermieter trifft. Vor diesem Hintergrund sind die Corona-bedingten hoheitlichen Nutzungsuntersagungen als Mangel der Mietsache (§ 536 BGB) im Sinne einer negativ von der Sollbeschaffenheit abweichenden Ist-Umweltbeziehung (nämlich: Verwendbarkeit als publikumszugängliches Geschäftslokal) zu qualifizieren.
2. Kann das gemietete Geschäftslokal aufgrund hoheitlich verfügter Geschäftsschließungen nach dem Infektionsschutzgesetz nicht genutzt werden, mindert sich die Mietzahlungspflicht gemäß § 536 Abs. 1 S. 2 BGB für die Dauer der Schließung *ipso iure*.
3. Das Pandemie-Risiko als Lebens- und Zufallsrisiko ist nach dem universellen, auch dem Bürgerlichen Recht zugrunde liegenden *Per capita-Verteilungsprinzip* aufzuteilen, das nach den gesetzlichen Regelungen „im Guten wie im Schlechten“ gilt. Dies führt zu einer Minderung des Mietzinses um die Hälfte.

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.



Prof. Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale), ist Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht an der Universität Wien.



isoliert jede Nebenleistung, sondern ein Gesamtentgelt. (...) Dementsprechend besteht auch die Gegenleistung des Mieters in einer einheitlichen Leistung, unabhängig davon, wie die Nebenkosten im Einzelnen gemäß der vertraglichen Vereinbarung zu bezahlen sind. Daraus ergibt sich, dass ein Mangel der Haupt- oder einer Nebenleistung stets ein Mangel der geschuldeten Gesamtleistung ist mit der Folge, dass die dafür geschuldete gesamte Gegenleistung (Bruttomiete) gemindert werden muss, um die Äquivalenz wieder herzustellen.“

⁴³ Häublein, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 35.

⁴⁴ Häublein, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 536, Rn. 34 f.