

# IMMR

## Immobilien- und Mietrecht



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft  
Mietrecht und Immobilien

### Redaktionsbeirat

Henrike Butenberg

Wiebke Först

Michael Sommer

### Beiträge

- 431 Corona-bedingte Schließungen in der Gewerberaummieta: Warum es sich doch um einen Mietmangel handelt! (Kai-Jochen Neuhaus)
- 441 Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Immobilien-Maklerrecht (Teil 1) (Dr. Detlev Fischer)

### Aus der Rechtsprechung

- 449 BGH: Was zur Wohnfläche zählt, richtet sich nach dem Mietvertrag (Arnold Lehmann-Richter)
- 450 BGH: Mieterhöhung: Formelle Anforderungen bei Bezugnahme auf Mietspiegel (Ulf Börstinghaus)
- 453 AG Gronau: Mieterhöhungsverlangen: Auf die Größe kommt es an! (Jana Gelfert)
- 458 OLG Frankfurt: Kündigungsgrund Corona? (Michael E. Freudenreich)
- 459 LG Düsseldorf: Mietvertrag in Zeiten der Pandemie nicht wichtig! (Michael Sommer)
- 465 LG München I: Laden ist keine kulturelle Begegnungsstätte! (Birgit Sommer)
- 467 LG Frankfurt/Main: Rechtfertigen Hausgeldrückstände die Entziehung eines Wohnungseigentums? (Oliver Elzer)
- 472 AG Wedding: Eigentümersammlung unter freiem Himmel? (Johannes Hogenschurz)

11/2021

16. Jahrgang · Seiten 431 bis 480 · November 2021

Verlag C.H. Beck München

id Verlag GmbH Mannheim

# Corona-bedingte Schließungen in der Gewerberaummiete: Warum es sich doch um einen Mietmangel handelt!

von RA Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund

## 1. Problemaufriss

Derzeit dürfte das „heißeste“ Thema im Mietrecht die Frage sein, welche Auswirkungen hoheitlich angeordnete Schließungen von Ladengeschäften oder anderen gewerblich genutzten Mietobjekten mit hohem Publikumsverkehr in den diversen Lockdowns hatten bzw. haben. Die Corona-Pandemie ab etwa März 2020, die in mietrechtlichen Entscheidungen immer öfter als Systemkrise bezeichnet wird, führte zu einem ersten Lockdown, der am 22.03.2020 in Kraft trat und mit den ersten Lockerungen nach sieben Wochen am 04.05.2020 endete. Insbesondere die Gastronomie und alle nicht systemrelevanten Geschäfte mit Publikumsverkehr und sog. körperbezogenen Dienstleistungen wurden geschlossen. Nach einem wegen der immer schneller steigenden Infektionszahlen ab November 2020 ausgerufenen „Lockdown Light“ wurde im Dezember 2020 von Bund und Ländern ein zweiter, „harter“ Lockdown beschlossen, der zunächst bis zum 10.01.2021 gelten sollte, dann aber mehrere Male bis ins späte Frühjahr 2021 verlängert wurde. In den landesrechtlichen Verordnungen zum Schutz von Neuinfektionen mit dem COVID-19-Virus wurden konkrete Schutzmaßnahmen angeordnet. Zu den Kernmaßnahmen gehörten die Schließungen des Einzelhandels und der Gastronomie.

Obwohl das Gewerberaummietrecht dadurch geprägt ist, dass beide Mietparteien als Unternehmer eine wirtschaftliche Betrachtungsweise pflegen und deshalb bei konträren Ansichten häufig eine außergerichtliche Einigung anstreben, kam es und kommt es zu immer mehr gerichtlichen Auseinandersetzungen über Mietkürzungen in den Lockdown-Zeiten. Dabei wird bisher fast durchgängig die Ansicht vertreten, hoheitlich bedingte Schließungsanordnungen seien kein Mietmangel.<sup>1</sup> Ein interessengerechter Ausgleich wird überwiegend über das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gesucht. Eine Entscheidung des BGH dazu steht aus.

Der Beitrag setzt sich kritisch mit der Frage auseinander, ob tatsächlich hoheitliche Maßnahmen, die Schließungen bedingen, nicht als Mangel i.S.v. § 536 BGB anzusehen sind.

Bungen bedingen, nicht als Mangel i.S.v. § 536 BGB anzusehen sind.

## 2. Die überwiegende Rechtsprechung und Literatur zu Corona-Maßnahmen

Die vorgenannten Entscheidungen begründen die fehlende Qualifikation der Betriebsuntersagung als Mietmangel zusammengefasst damit, dass Voraussetzung dafür der unmittelbare Zusammenhang der Gebrauchsbeschränkung mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts wäre. Bei einer behördlich angeordneten Schließung im Rahmen einer Allgemeinverfügung gebe es dafür keine Anhaltspunkte. Vielmehr trage das Verwendungsrisiko nach wie vor der Mieter, weil die Nutzung der Räume an sich weiter möglich sei. Die Lage des Mietobjekts spiele insofern keine Rolle, weil die Schließungsanordnungen landesweit gelten. Soweit ein bestimmter Mietzweck vereinbart sei (etwa der „Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts mit Verkaufs- und Lagerflächen“) ergebe sich nichts anderes, weil aus einer Auslegung solcher Vereinbarungen folge, dass ein Vermieter nicht die vereinbarte Nutzung unter allen erdenklichen Umständen gewährleisten wolle. Vertiefend sei dazu beispielhaft aus OLG Köln, Beschluss vom 31.05.2021 – 22 U 205/20, IMR 2021, 364, zu einem Gastronomiebetrieb zitiert: *„Die Einschränkung des Publikumsverkehrs aufgrund der Corona-Pandemie und der hoheitlichen Anordnungen im Wege der Coronaschutzverordnung stellt indes insoweit keine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit der gemieteten Räume zum vertraglich vereinbarten Zweck als Geschäftslokal zum Betrieb eines Gastronomiebetriebs dar. Eine solche Nutzung war – prinzipiell –*

<sup>1</sup> OLG Schleswig, IMR 2021, 407 = NZM 2021, 605; OLG Köln, IMR 2021, 364; KG, IMR 2021, 240 = ZMR 2021, 579 (Ausführungen nur zu § 313 BGB, da wirksame Ausschlussklausel für Mietminderung im Vertrag); OLG Frankfurt, IMR 2021, 191; OLG Karlsruhe, IMR 2021, 154 = NZM 2021, 224; OLG München, IMR 2021, 153 = NZM 2021, 226; OLG Dresden, IMR 2021, 190 = ZMR 2021, 476 = MDR 2021, 553; beispielhaft aus den unteren Instanzen: LG Frankfurt/Main, IMR 2021, 280; LG München I, IMR 2021, 108 = NZM 2021, 194; LG Mönchengladbach, IMR 2021, 24; LG Wiesbaden, IMR 2021, 71; LG Dortmund, IMR 2021, 194; AG Dortmund, IMR 2021, 282; AG Oberhausen, IMR 2021, 283.

auch weiterhin möglich, die Mieträume waren speziell in den nicht von einem Lockdown betroffenen Monaten und Zeiträumen unter Beachtung der Coronaschutzverordnung frei zugänglich und zumindest der sog. „Außer-Haus-Verkauf“ war zu keinem Zeitpunkt untersagt, selbst im Rahmen des „Lockdown“ (vgl. § 14 Abs. 2 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 – Coronaschutzverordnung – CoronaSchVO, in der ab dem 02.11.2020 in Kraft getretenen Fassung vom 30.10.2020, GV NRW S. 1044b ff.). Die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts wird insofern von derartigen Maßnahmen nicht infrage gestellt. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet den Vermieter, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht, das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko trägt hingegen der Mieter allein (BGH, Urteil vom 13.07.2011 – XII ZR 189/09, Rz. 9, NZM 2011, 727 m.w.N.; Urteil vom 16.02.2000 – XII ZR 279/97, NZM 2000, 492, 494; Sittner, Mietrechtspraxis unter COVID-19, NJW 2020, 1169). Soweit die Gewährleistung einer höchstmöglichen oder mit Mindestgrenzen zu Grunde gelegten Besucher-Kundenfrequenz nicht vertraglich konkret vereinbart ist, haben die Vertragsparteien diese grundsätzliche vertragliche Risikoverteilung hinsichtlich des reinen Verwendungsrisikos jedenfalls nicht ersichtlich zu Lasten des Vermieters geändert. Die vom Vermieter geschuldete Hauptleistung schließt es insofern nicht ein, die pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkungen zu beseitigen bzw. für die Folgen der Nichtbeseitigung im Gewährleistungswege einzustehen.“

Das OLG Frankfurt (Urteil vom 19.03.2021 – 2 U 143/20, IMR 2021, 191) führt zu einem Einzelhandelsgeschäft für Damenoberbekleidung aus: „Die Mietsache selbst war weiterhin ordnungsgemäß und wies keinen Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB auf. Der Klägerin als Vermieterin war die von ihr vertraglich geschuldete Leistung weiterhin uneingeschränkt möglich. Die Klägerin schuldete der Beklagten die Verschaffung der Möglichkeit des Gebrauchs des Mietobjekts und hatte hierzu dieses in einem dem Verwendungszweck entsprechenden Zustand zu halten (§ 535 Abs. 1 BGB). Der Erfüllung dieser Verpflichtung der Klägerin als Vermieterin standen die behördlich angeordneten Einschränkungen nicht

entgegen. Dabei wird davon ausgegangen, dass die auf den §§ 16, 28 und 32 IfSG basierenden Anordnungen wirksam und rechtmäßig sind. Die behördlich angeordneten Einschränkungen wirkten sich nicht objektbezogen aus, sondern bezogen sich inhaltlich auf den Betrieb der Beklagten als Mieterin. Die Klägerin schuldete allein die Möglichkeit, in den überlassenen Räumen einen Geschäftsbetrieb zu führen, nicht aber in irgendeiner Weise die Überlassung des Betriebs selbst. Insofern kann dahinstehen, ob etwas anderes bei Vorliegen eines Pachtvertrags gälte, bei welchem der Verpächter nicht nur die Überlassung von Räumen, sondern auch die Möglichkeit der Fruchtziehung schuldet (§ 581 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Eine Beeinträchtigung der von der Klägerin zu erbringenden Leistung mit der Folge des Vorliegens eines Sachmangels ergibt sich nicht daraus, dass die Beklagte die Mieträume nach § 1 des Mietvertrags nicht allgemein zu gewerblichen Zwecken, sondern zum spezifischen Zweck des Betriebs eines Einzelhandels für den Vertrieb insbesondere von Damenoberbekleidung angemietet hat. Denn auch ein solcher Betrieb war ihr in den Räumlichkeiten nach deren baulichen Gegebenheiten grundsätzlich unverändert möglich. Dass die Beklagte infolge der behördlichen rechtlichen Einschränkungen im Mietobjekt den vertraglich vereinbarten Nutzungszweck zeitweise gar nicht mehr und zeitweise nur noch deutlich eingeschränkt erreichen konnte, reicht insofern nicht aus und begründet nicht die Mangelhaftigkeit der Mietsache selbst ...“

Die Hauptargumentation, warum Gewährleistungsansprüche verneint werden, liegt zusammengefasst darin, dass die aufgrund der Corona-Pandemie hoheitlich verfügbaren Nutzungs- und Betriebsbeschränkungen so beurteilt werden, dass sie nicht auf dem baulichen Zustand oder der Lage der Mietsache beruhen und es unabhängig vom konkreten Betrieb darum geht, durch Kontaktvermeidung von Kunden untereinander das allgemeine Infektionsrisiko zu verringern. Dies soll – so beispielsweise die Formulierung von OLG Köln<sup>2</sup> – „nichts mit der Mietsache als solcher zu tun“ haben. Auch in großen Teilen der Literatur (jedoch nicht durchgängig) wird den Folgen der staatlichen Schließungsanordnungen die Qualifikation als Mangel abgesprochen.<sup>3</sup>

### 3. Die „rechnerische“ Mindermeinung zu Corona-Maßnahmen

Die derzeit quantitativ „unterlegene“ Meinung stellt teilweise auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>4</sup> zu

<sup>2</sup> OLG Köln, IMR 2021, 364.

<sup>3</sup> Beispielhaft: Both, in: Zehelein, COVID-19 - Mieten in Zeiten von Corona, § 3 Rz. 30; Streyll, in: COVID-19 - Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 3 Rz. 72; Leo, NZM 2021, 249, 257; Walburg, GE 2020, 423, 424; Sittner, NJW 2020, 1169.

<sup>4</sup> RG, JW 1913, 596 Nr. 10; RG, Urteil vom 09.11.1915 – Rep. III 145/15; RG, Urteil vom 15.02.1916 – Rep. III 333/15; RG, Urteil vom 26.10.1917 – Rep. III 212/17.

kriegsbedingten Einschränkungen von Geschäften ab und bejaht daran anknüpfend einen Mietmangel.<sup>5</sup> Das Reichsgericht hatte, soweit ersichtlich, durchgängig die Anwendung des Gewährleistungsrechts bei hoheitlichen Einschränkungen (etwa Vorverlegung der Polizeistunde) bejaht und dabei zusammengefasst argumentiert, dass der Mietgegenstand unmittelbar betroffen und der vertragsgemäße Gebrauch entzogen werde. Teilweise wird sich in der aktuellen Rechtsprechung auch (leider) ohne nähere Begründung für eine Mangelhaftigkeit ausgesprochen.<sup>6</sup> Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Literatur sieht dies mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen im Ergebnis ebenso.<sup>7</sup>

#### 4. Grundsätze der (bisherigen) höchstrichterlichen Rechtsprechung

##### a) Umweltfehler

Ein Mangel der Mietsache liegt vor, wenn deren „Ist-Beschaffenheit“ von der „Soll-Beschaffenheit“ abweicht. Die Vertragsparteien bestimmen durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs, welchen Soll-Zustand die vermietete Sache aufweisen muss. Ohne eine ausdrückliche Regelung zum Soll-Zustand, muss anhand der üblichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) geprüft werden, was der Vermieter schuldet bzw. was der Mieter aufgrund des Vertrags vom Vermieter verlangen kann.<sup>8</sup> Zum vertraglich vereinbarten Zustand der Mietsache gehören über deren physische Beschaffenheit hinaus auch die tatsächlichen Zustände und rechtlichen Verhältnisse, die mit der Mietsache zusammenhängen und ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen, also auch Störungen, die **außerhalb der Mietsache** liegen.

Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermeiden, führen solche außerhalb der Mietsache selbst liegenden Umstände allerdings nur dann zu einem Mangel der Mietsache, wenn sie deren **Gebrauchstauglichkeit unmittelbar beeinträchtigen**; bloß mittelbar wirkende Umstände sind kein Mangel.<sup>9</sup> Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, ist danach in erster Linie der von den Parteien vereinbarte vertragsgemäße Gebrauch. Aus dem zur Erfüllung des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlichen Zustand der Mietsache ergibt sich deren geschuldeter Zustand.<sup>10</sup>

Es ist damit grundsätzlich anerkannt, dass Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen, einen Mangel begründen können. Ein Mangel der Mietsache kommt in

Betracht, wenn das Mietobjekt selbst ordnungsgemäß ist, aber eine Einwirkung von außen vorliegt, die sich unmittelbar auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache auswirkt. In der Rechtsprechung wird dies zusammengefasst unter dem Stichwort „Umweltfehler“ diskutiert.

##### b) Öffentlich-rechtliche Hindernisse und Beschränkungen

Parallel und teilweise überlappend zu den Grundsätzen zu Umweltfehlern ist seit Langem anerkannt, dass außer reinen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache auch behördliche Beschränkungen und Gebrauchshindernisse die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern können, dass sie einen Mangel i.S.v. § 536 BGB begründen.<sup>11</sup> Ob ein relevanter Mangel vorliegt, richtet sich grundsätzlich danach, in welcher Sphäre er wurzelt (Mieter oder Vermieter?) Nach der Rechtsprechung des BGH gilt folgender Grundsatz: **Öffentlich-rechtliche Hindernisse und Beschränkungen des Gebrauchs** oder der Nutzung einer Miet- oder Pachtsache (beispielsweise eine fehlende Nutzungsänderungsgenehmigung bzw. eine entsprechende Versagungsverfügung) stellen einen **Mangel** i.S.d. § 536 BGB dar, wenn sie auf der **konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Miet- oder Pachtsache beruhen**, also mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen (**Objektbezogenheit**), nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben (keine Personen- oder Betriebsbezogenheit) und mietvertraglich die Rechte des Mieters/Pächters

<sup>5</sup> LG München I, IMR 2020, 500 = ZMR 2021, 229 = GE 2020, 1493.

<sup>6</sup> LG Kempten, IMR 2021, 110.

<sup>7</sup> Hellner, NJOZ 2020, 769, 771; Säcker/Schubert, BB 2020, 2563; Weller/Thomale, BB 2020, 962; Krepold, WM 2020, 726; Sentek/Ludley, NZM 2020, 406; Bieber, GE 2020, 657, 658; wohl auch Geib, in: BeckOGK/Geib, Stand: 01.01.2021, Art. 240 EGBGB § 2 Rz. 16.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 18.12.2013 – XII ZR 80/12, Rz. 20, IMRRS 2014, 0248; IMR 2006, 20 = NZM 2006, 582, 583; IMR 2006, 48 = NZM 2006, 626, 627.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 10.10.2012 – XII ZR 117/10, Rz. 30, IMRRS 2012, 2931 = BGHZ 195, 50 - 64.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 10.10.2012 – XII ZR 117/10, Rz. 31, IMRRS 2012, 2931 = BGHZ 195, 50 - 64; Urteil vom 01.07.1981 – VIII ZR 192/80, NJW 1981, 2405.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 02.11.2016 – XII ZR 153/15, Rz. 15, IMRRS 2016, 1786 = ZMR 2017, 36 = NZM 2017, 73 = NJW 2017, 1104; NZM 2017, 73 = NJW 2017, 1104; IMR 2014, 63 = ZMR 2014, 266 = InfoM 2014, 535 = MDR 2014, 141; IMR 2009, 371 = InfoM 2009, 367 = MDR 2009, 1383.

nicht wirksam ausgeschlossen oder beschränkt sind.<sup>12</sup> Die Mietsache kann durch neue gesetzliche oder behördliche (rechtmäßige) Maßnahmen auch **nachträglich mangelhaft** werden.<sup>13</sup> Umstände, die zum allgemeinen Risiko eines jeden Gewerbetreibenden gehören, bewirken jedoch keinen Mangel. Das Verwendungsrisiko trägt grundsätzlich der Mieter.<sup>14</sup>

## 5. Mangel: Ja oder nein?

### a) Grundsätzliche Überlegungen

Zu den Meinungen, die einen Mietmangel ablehnen, ist zunächst einmal anzumerken, dass die Entscheidungen (jedenfalls zum Großteil) nicht generell in Abrede stellen, dass das mietrechtliche Gewährleistungsrecht anzuwenden ist. So führt beispielsweise das OLG Köln<sup>15</sup> aus, dass corona-bedingte Umsatzeinbußen „in der Regel“ keinen Mangel des Mietobjekts begründen. Es besteht insoweit eine (meist nicht ausdrücklich ausformulierte oder vertiefte) Einigkeit, dass das mietrechtliche Gewährleistungsrecht grundsätzlich anwendbar ist.

Dabei erwecken manche Entscheidungen durchaus den Eindruck, als habe man die Urteilsgründe in Passagen aus früher ergangenen Entscheidungen übernommen. Dem mag zu Grunde liegen, dass die zur Entscheidung berufenen Richter, Kammern oder Senate tatsächlich die anderen Auffassungen inhaltlich teilten, für denjenigen, der lange Erfahrung mit Rechtsstreit hat, ist es aber zumindest auch denkbar, dass man hier salopp formuliert durch Übernahme der Argumentationen anderer Entscheidungen „kurzen Prozess gemacht“ und die schwierigen zu Grunde liegenden Rechtsfragen nicht umfassend analysiert hat. Dadurch entwickelt sich dann

möglicherweise eine Art „Kette“ von inhaltlich gleichen Entscheidungen, die dann irgendwann allein deshalb als „herrschende Meinung“ bezeichnet wird, weil es sich rechnerisch um mehr Entscheidungen handelt als diejenigen der „Mindermeinung“. Der bloße Verweis auf eine „herrschende Meinung“ – also faktisch die derzeit rechnerisch häufigere Meinung – ersetzt aber (natürlich) nicht die umfassende Auseinandersetzung mit den einzelnen maßgeblichen Aspekten.

### b) Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts

Auf die vom LG München I (Urteil vom 22.09.2020 – 3 O 4495/20, IMRRS 2020, 1302) angesprochene Rechtsprechung des Reichsgerichts gehen aktuell nur wenige Urteile überhaupt ein. Teilweise wird eine Fortgeltung dieser Rechtsprechung abgelehnt. Das OLG Frankfurt führt dazu aus:<sup>16</sup> *„Zwar sind die den Entscheidungen zu Grunde liegenden Fallkonstellationen, die im Wesentlichen behördliche Anordnungen zum Gegenstand hatten, die auf Folgen des Zweiten Weltkriegs für die Bevölkerung beruhten, der Situation einer Pandemie als Naturkatastrophe in ihren Auswirkungen in gewisser Weise vergleichbar. Die Rechtsprechung hat aber in späteren Jahrzehnten den Umfang der Pflichten des Vermieters weiter konkretisiert und als weitere Möglichkeit der rechtlichen Würdigung einer solchen Fallgestaltung insbesondere das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage entwickelt, welche inzwischen in § 313 BGB kodifiziert wurde und die eine spezifischere rechtliche Beurteilung einer solchen Situation ermöglicht.“* Diese Argumentation verfängt aus folgenden Gründen nicht: Unabhängig davon, dass es in den Entscheidungen des Reichsgerichts um den Ersten Weltkrieg ging, sind die Ausführungen des OLG Frankfurt deshalb falsch, weil das erst ab ungefähr Anfang der 1920er Jahre entwickelte Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage **nicht das mietrechtliche Gewährleistungsrecht ersetzt, sondern unabhängig daneben steht**. Es handelt sich nicht um eine Konkretisierung des Gewährleistungsrechts o. Ä., sondern um ein eigenes Rechtsinstitut. Insofern liegt das Argument des OLG Frankfurt neben der Sache, denn es ist vorab, zumindest aber parallel zu prüfen, ob das mietrechtliche Gewährleistungsrecht eingreift. Allenfalls würde das Gewährleistungsrecht die Anwendung des § 313 BGB verdrängen, nicht aber umgekehrt.<sup>17</sup>

### c) Schließungsanordnung als Umweltfehler i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB

Es spricht viel dafür, hoheitliche Schließungsanordnungen wie einen sog. Umweltfehler zu behandeln. Das folgt daraus, dass der BGH mit nachvollziehbarer Argu-

<sup>12</sup> BGH, IMR 2014, 63 = ZMR 2014, 266 = InfoM 2014, 535 = MDR 2014, 141; Urteil vom 13.07.2011 – XII ZR 189/09, Rz. 8, IMRRS 2011, 2370 = NJW 2011, 3151 zur Pacht; IMR 2008, 81 = CuT 2007, 434 = InfoM 2008, 67; Urteil vom 02.03.1994 – XII ZR 175, 92, WuM 1994, 1136 = ZMR 1994, 253; BGH, Urteil vom 11.12.1991 – XII ZR 63/90, NJW-RR 1992, 267 = WuM 1992, 313; BGH, Urteil vom 20.01.1971 – VIII ZR 167/69, WuM 1971, 531 = NJW 1971, 555 Ls.; KG, Urteil vom 23.06.2016 – 8 U 62/15, IMRRS 2017, 0582 = ZMR 2016, 855; IMR 2016, 331 = ZMR 2016, 685; OLG Düsseldorf, IMR 2011, 1042 – nur online.

<sup>13</sup> BGH, IMR 2011, 455 = ZMR 2011, 943; OLG Frankfurt, IMR 2017, 321.

<sup>14</sup> BGH, IMR 2016, 71 = MDR 2016, 146; IBR 2000, 396 = NJW 2000, 1714, 1716.

<sup>15</sup> OLG Köln, IMR 2021, 364.

<sup>16</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 19.03.2021 – 2 U 143/20, IMRRS 2021, 0428.

<sup>17</sup> Siehe dazu auch KG, Urteil vom 01.04.2021 – 8 U 1099/20, Rz. 89, IMRRS 2021, 0468 = ZMR 2021, 579, das genau eine solche Verdrängung prüft, aber letztlich ausschließt; weil es das Gewährleistungsrecht nicht für einschlägig hält.

mentation bereits lange vor der Pandemie entschieden hat, dass Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen und auf öffentlich-rechtlichen Maßnahmen basieren, als Mangel anzusehen sind.

So kann auch der ungehinderte Zutritt des Publikums zu einem 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 eines Ladenlokals nachhaltig beeinträchtigt, so kann dies einen Mangel darstellen.<sup>18</sup>

Daran anknüpfend ist nach der obergerichtlichen Rechtsprechung das sog. Verwendungsrisiko des Vermieters beispielsweise betroffen, wenn erhebliche, über das übliche Maß hinausgehende Behinderungen des Zugangs zu Gaststätten und Ladengeschäften für die Kunden vorliegen. Dies ist dem Risiko der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts zuzuordnen und demzufolge als Mangel des Mietobjekts anzusehen.<sup>19</sup>

So liegt in der Sperrung einer Zufahrt zur Gaststätte eine erhebliche Beeinträchtigung der vertraglich vereinbarten Nutzbarkeit, wofür der Vermieter einzustehen hat, weil es sich um einen objektbezogenen Umstand handelt, der dem Risikobereich des Vermieters unterfällt. Es handelt sich hier nicht um einen auf den Betrieb der Gaststätte selbst bezogenen Umstand, für den der Mieter und Betreiber der Gaststätte einzustehen hätte.<sup>20</sup> Auch die Zugangsbehinderung zu einem Ladenlokal infolge Baumaßnahmen stellt einen Mangel der Mietsache dar, und zwar auch dann, wenn sie nicht durch vom Vermieter beeinflussbare Baumaßnahmen hervorgerufen wird (hier: völlige Zugangsversperrung wegen Bau einer U-Bahn-Trasse).<sup>21</sup> Diese Fallkonstellation liegt insbesondere vor, wenn die öffentliche Hand beispielsweise Straßenbaumaßnahmen durchführt, die den Zugang zum Mietobjekt erheblich beeinträchtigen. Ferner kommt es durch die Bebauung auf einem Nachbargrundstück oder außerhalb des Mietshauses auf demselben Grundstück für die Bauphase zu einer negativen Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit der Mietsache (sog. Ist-Beschaffenheit) von der nach dem Vertrag vorausgesetzten Beschaffenheit (sog. Soll-Beschaffenheit) mit der Folge eines Mietmangels, für den der Vermieter einzustehen hat.<sup>22</sup> Auch Gehwegarbeiten vor einem Ladengeschäft führen zu einer Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs und berechtigen zu einer Mietminderung.<sup>23</sup> Ein Mangel liegt auch darin, wenn ein Platz, an dem das vermietete

Ladenlokal liegt, vollständig in eine dann lange Zeit brachliegende Baugrube umgewandelt wurde, so dass die anliegenden Läden nur noch über am Rande des Platzes angebrachte Holzstege erreichbar waren.<sup>24</sup>

Das gilt auch, soweit es Mängel betrifft, die der **Vermieter nicht zu vertreten** hat, denn die Minderung setzt **kein Verschulden** auf Seiten des Vermieters voraus. Der Mieter kann vielmehr selbst dann mindern, wenn der Vermieter nicht über die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels verfügt.<sup>25</sup> Insoweit wird dem Vermieter die Vergütungsgefahr auferlegt; er verliert den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung, weil er die von ihm geschuldete Leistung, die Überlassung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, nicht erbringen kann.<sup>26</sup> Es ist insoweit völlig unerheblich, ob der Vermieter den Mangel bzw. die Tauglichkeitsminderung zu vertreten hat, sie beheben kann oder ihre Ursache überhaupt in seinem Einflussbereich liegt.<sup>27</sup>

Für diese Fälle ist die Rechtsprechung (jedenfalls sofern der Mieter die Bautätigkeit weder gekannt hat noch erkennen konnte und sich die Maßnahme nicht gegen den Betrieb und insbesondere gegen die Person des Mieters richtet) sehr eindeutig und gewährt dem Mieter einen Minderungsanspruch des Mietzinses auf null, obwohl streng genommen die Mietsache selbst mangelfrei ist.<sup>28</sup>

Es stellt sich nun die Frage, ob die Grundsätze und **Rechtsfolgen dieser „Baustellen-Fälle“ auch auf staatliche Schließungsanordnungen in der Corona-Pandemie zu übertragen** sind. Das ist zu **bejahen**, weil

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 01.07.1981 – VIII ZR 192/80, Rz. 11, IMRRS 2007, 2566 = NJW 1981, 2405.

<sup>19</sup> OLG Frankfurt, IMR 2017, 445; OLG Frankfurt, IMR 2015, 317 = NJW 2015, 2434; KG, IMR 2008, 47 = NZM 2008, 526, 527; OLG Dresden, IMR 2009, 123; OLG Dresden, IBR 1999, 284.

<sup>20</sup> OLG Frankfurt, IMR 2017, 445.

<sup>21</sup> KG, IMR 2008, 47.

<sup>22</sup> AG Hamburg-Blankenese, Urteil vom 26.02.2003 – 517 C 175/02, ZMR 2003, 746.

<sup>23</sup> LG Berlin, Urteil vom 13.02.2003 – 67 S 277/02, GE 2003, 669.

<sup>24</sup> OLG Dresden, IBR 1999, 284.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 23.04.2008 – XII ZR 62/06, Rz. 20, IMRRS 2008, 1222.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 23.04.2008 – XII ZR 62/06, Rz. 20, IMRRS 2008, 1222.

<sup>27</sup> KG, 2008, 47.

<sup>28</sup> Hellner, NJOZ 2020, 769, 771.

die **Möglichkeit des Zugangs von Kunden zu einem Ladengeschäft** oder anderen mit physischem Kundenverkehr betriebenen Objekten im Normalfall eine **zwingende Voraussetzung** ist, um **weitere Geschäfte zu betreiben**. Es ist kein wirklicher Unterschied zu der Situation zu erkennen, dass ein Geschäft durch behördlich angeordnete Baumaßnahmen wie etwa die Sperrung einer Zugangsstraße faktisch vom Publikumsverkehr abgeschnitten wird. Der einzige wirkliche Unterschied in den „Baustellen-Fällen“ und einer corona-bedingten Schließung ist augenscheinlich, dass es sich im Fall der Baustelle um ein **physisches Hindernis des Zugangs** zur Mietsache handelt und bei dem corona-bedingten Verbot der Öffnung des Ladenlokals um ein **rechtliches Hindernis**. Letztlich ist aber auch dies nur eine oberflächliche Betrachtung, weil die physischen Hindernisse so gut wie immer auch auf behördlichen Anordnungen beruhen (etwa der Bewilligung einer Baugenehmigung oder der öffentlich-rechtlichen Sperrung einer Straße etc.). Daher haben beide Fallkonstellationen nicht nur deutliche Gemeinsamkeiten, sondern sind faktisch identisch – vor allem, weil sie im Ergebnis zur **faktischen Unmöglichkeit des Betriebs** des Geschäfts führen.<sup>29</sup>

In beiden Fällen – Baustelle etc. einerseits/corona-bedingte Schließung andererseits – führen (vereinfacht formuliert) **äußere Umstände**, auf die der **Mieter und der Vermieter keinen Einfluss** haben, dazu, dass der Mieter **keine oder nur noch geringere Umsätze** machen kann, weil es den **Kunden unmöglich** gemacht wird, das **Geschäft aufzusuchen**. Ob sich eine behördliche Anordnung darauf bezieht, dass der Mieter das Geschäft zu schließen hat oder darauf, dass beispielsweise in der Umgebung des Geschäfts Baustellen oder andere Zugangsbeschränkungen eingerichtet werden, ist für das Ergebnis (= Kundenverkehr und daraus resultierende Umsätze entfallen) letztlich irrelevant. In beiden Fällen liegt deshalb anknüpfend an die „alten“ Baustellen-Fälle ein Mangel vor, der den Mieter zur Minderung berechtigt.

Unterstrichen wird dies dadurch, dass es auch in der Gesetzesbegründung zu den ersten Corona-Maßnahmen<sup>30</sup> zu Art. 240 § 2 EGBGB (Miet-Moratorium) heißt, dass

<sup>29</sup> Hellner, NJOZ 2020, 769, 771.

<sup>30</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 24.03.2020, BT-Drs. 19/18110, S. 36.

<sup>31</sup> So auch – gleichwohl mit Verneinung eines Mangels – OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021 – 5 U 1782/20, IMRRS 2021, 0280 = ZMR 2021, 476 = MDR 2021, 553, mit Bezugnahme auf OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06.07.2020 - 13 B 940/20, BeckRS 2020, 14802.

die Mieter „*damit nach allgemeinen Grundsätzen zur Leistung verpflichtet bleiben und gegebenenfalls auch in Verzug geraten können.*“ Wenn aber nach wie vor für die Mieter die „allgemeinen Grundsätze“ gelten, so umfasst dies (jedenfalls spiegelbildlich) dann auch die Geltung des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts. Diese vom Gesetzgeber getroffenen Formulierungen sprechen deshalb indiziell dafür, dass er sämtliche mietrechtlichen Grundsätze einschließlich der Gewährleistung für anwendbar hält.

d) Schließungsanordnung als Mangel im Sinne der Rechtsprechung zu öffentlich-rechtlichen Gebrauchsbeschränkungen oder -hindernissen  
Die Qualifizierung von hoheitlichen Schließungsanordnungen als Mangel ergibt sich ferner daraus, dass diese abweichend von der bisherigen überwiegenden Meinung eine öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung darstellen, die **objektbezogen mit dem Mietobjekt zusammenhängt**. Die vom BGH geforderte Objektbezogenheit folgt zunächst einmal aus der jeweiligen Lage des Miet- oder Pachtobjekts als Anknüpfungspunkt. Eine staatliche Schließungsanordnung ist auch nach den bisherigen Kriterien des BGH ein Mangel des Mietobjekts i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB, weil sie unmittelbar mit der konkreten Lage des Mietobjekts in einem geographischen Bereich in Zusammenhang steht, in dem die pandemie-bedingten Schutzmaßnahmen aufgrund von § 28 Abs. 1 IfSG aus staatlicher Sicht erforderlich waren. Ein solcher Eingriff ist nicht betriebsbezogen, sondern **ortsbezogen**, weil im Rahmen des Pandemiegeschehens Orte vielfältiger menschlicher Begegnung weitgehend beseitigt werden sollten, um dadurch zu ermöglichen, dass eine Übertragung des COVID-19-Virus, die den Kontakt eines infizierten zu einem nicht infizierten Menschen erfordert, nicht stattfindet.

In den jeweiligen Bundesländern sollte grundsätzlich der Betrieb bestimmter Geschäfte des Einzelhandels – abgesehen von bestimmten lebensnotwendigen Ausnahmen wie Lebensmittelhandel etc. – ruhen, um auf diesem Wege menschliche Kontakte – sowohl im Geschäft als auch auf dem Weg zum und vom Geschäft auf der Straße und im öffentlichen Personenverkehr – zu reduzieren. Die Zielrichtung der Eingriffsmaßnahmen nach § 28 IfSG, auf dem dann die konkreten landesrechtlichen Verordnungen basieren, ist deshalb landesweit ortsbezogen und richtet sich nach der konkreten Betroffenheit des Ortes oder der Region durch das Infektionsgeschehen und der daraus resultierenden Dringlichkeit der Reduzierung von Kontakten der Menschen.<sup>31</sup> Aus der Ortsbezogenheit folgt jedoch die

**Objektbezogenheit**, weil es damit immer um das am konkreten Ort befindliche Mietobjekt geht, so dass die gesetzgeberischen Maßnahmen in die Risikosphäre des Vermieters fallen. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass diese Schließungsregelungen landesweit galten und viele andere Unternehmen betrafen, denn es geht im Kern allein darum, ob die Maßnahmen objektbezogen sind oder nicht.

Darüber hinaus lassen sich auch die Beschaffenheit und der Zustand des Objekts als Anknüpfungspunkt ausmachen. Nach der oben genannten BGH-Rechtsprechung kommt ein Mangel nicht nur wegen der Ortsbezogenheit, sondern auch in Betracht, wenn die hoheitlichen Beschränkungen auf der **konkreten Beschaffenheit oder dem Zustand eines Mietobjekts** beruhen. Diesbezüglich ist in Erinnerung zu rufen, worauf die Schließungsanordnungen konkret basieren. So wurde beispielhaft in den diversen Niedersächsischen Corona-Verordnungen<sup>32</sup> und ähnlich oder identisch in den Verordnungen anderer Bundesländer durchgängig wie folgt zum Einzelhandel formuliert: *„Für den Kundenverkehr und Besuche sind alle Verkaufsstellen des Einzelhandels, einschließlich der Outlet-Center und der Verkaufsstellen in Einkaufszentren, geschlossen, ausgenommen die Verkaufsstellen für die Versorgung mit Lebensmitteln oder mit Gütern oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs in den Betrieben und Einrichtungen des Lebensmittelhandels ...“* (es folgt eine Aufzählung diverser Ausnahmen).

Argumentiert wird in diesem Zusammenhang von der überwiegenden Meinung praktisch durchgängig, dass die hoheitlichen Maßnahmen (Schließungsanordnung etc.) dem Schutz der Bevölkerung vor allgemeinen gesundheitlichen Gefahren dienen und dadurch nicht unmittelbar an die konkrete Beschaffenheit der Mietsache anknüpfen, sondern allein an den Betrieb des jeweiligen Mieters. Die Maßnahmen sollen dabei nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten abstellen, sondern allgemein auf die Nutzungsart sowie den Umstand, dass in den betroffenen Flächen Publikumsverkehr stattfindet und dies Infektionen begünstigt.<sup>33</sup>

Diese Argumentation scheint auf den ersten Blick nachvollziehbar, sie ist aber zu oberflächlich, weil sie im Schwerpunkt auf den bloßen Zweck der hoheitlichen Maßnahme abstellt, anstatt – wie es im mietrechtlichen Gewährleistungsrecht richtig ist – das Mietobjekt und den Mietzweck in den Fokus zu nehmen. Dies sei am Beispiel von Einzelhandelsgeschäften erläutert:

Die vorgenannte Argumentation ignoriert, dass bei lebensnaher Betrachtung der in Bezug genommene Publikumsverkehr untrennbar mit der Qualifikation als Einzelhandelsgeschäft verbunden ist. Würde es sich nicht um ein solches Einzelhandelsgeschäft handeln, gäbe es keinen oder jedenfalls nur geringen Publikumsverkehr mit erhöhten Infektionsmöglichkeiten. Der Betrieb als Einzelhandelsgeschäft ist wiederum nur deshalb möglich, weil die gemieteten Räumlichkeiten dies sozusagen hergeben. In der Regel ist insoweit der **Mietzweck im Mietvertrag ausdrücklich vereinbart**. Es handelt sich dann um ein Objekt, das zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts vermietet wurde. Betrachtet man allein die baulichen Aspekte und lässt den vereinbarten Mietzweck einmal beiseite, so wird es in sehr vielen Fällen so sein, dass die gemieteten Einzelhandelsflächen vom Mieter genauso gut aufgeteilt und mit den entsprechenden baulichen Maßnahmen in einzelne Büroflächen umgebaut werden können, um beispielsweise dort – wenn es etwa um einen Konzern mit zahlreichen Filialen geht – eine größere Verwaltungseinheit für den Konzern zu betreiben. In diesem Fall wäre dann das Mietobjekt nicht von der hoheitlichen Schließungsanordnung betroffen gewesen, da Büroräume nicht erfasst wurden. Die Qualifizierung als Einzelhandelsobjekt und der diesbezüglich meist vertraglich festgelegte Mietzweck bedingte hingegen kausal die Schließung. Der Betrieb als Einzelhandelsobjekt durch den Mieter folgt **unmittelbar aus den konkreten baulichen Gegebenheiten**.

Man kann es auch so ausdrücken: Ohne die konkreten baulichen Gegebenheiten gäbe es kein Einzelhandelsobjekt und daran anknüpfend keinen vermehrten Publikumsbetrieb mit erhöhtem Infektionsrisiko. Der bauliche, örtliche und räumliche Zustand des Mietobjekts (also im Beispiel die „Widmung“ als Einzelhandelsgeschäft) führte deshalb dazu, dass es in den Anwendungsbereich der hoheitlichen Maßnahmen fiel. Damit liegen jedoch dann die Voraussetzungen der o. g. BGH-Rechtsprechung vor. Allein der Umstand, dass die hoheitlichen Maßnahmen sozusagen flächendeckend wirken, ändert nichts daran, dass an Lage und Zustand der Mietobjekte angeknüpft wurde.

<sup>32</sup> Vgl. Folgeverordnungen zur Niedersächsischen Verordnung zum Schutz von Neuinfektionen mit dem Corona-Virus vom 30.10.2020, Nds. GVBl. S. 368.

<sup>33</sup> Vgl. beispielsweise LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 - 12 O 154/20, m.w.N., IMRRS 2020, 1381 = BeckRS 2020, 30731.

Als Gegenargument wird von der aktuellen Rechtsprechung häufig die Entscheidung des BGH (IMR 2011, 455) zitiert, wonach (verkürzt dargestellt) Beschränkungen eines Gewerberaummieters aufgrund eines vom Gesetzgeber neu eingeführten Rauchergesetzes keinen Mietmangel bedingen. Der BGH führt dort aus:<sup>34</sup> „Die baulichen Gegebenheiten der betroffenen Gebäude oder Gebäudeteile sind für die Geltung des gesetzlichen Rauchverbots unerheblich. Maßgeblich sind allein die Art der Nutzung der Gebäude und der Umstand, dass in den Einrichtungen Publikumsverkehr stattfindet. Das gesetzliche Rauchverbot bezieht sich folglich auf die Art und Weise der Betriebsführung des Mieters oder Pächters, betrifft also nur dessen betriebliche Verhältnisse.“ Zunächst einmal bedeutet eine solche Feststellung des BGH natürlich nicht, dass sie für alle Zeiten sozusagen in Stein gemeißelt ist und sich die dort vertretene Auffassung nicht ändern kann. Unabhängig davon liegt der wesentliche Unterschied zur „Raucher-Entscheidung“ darin, dass die davon betroffenen Gaststätten **weiterbetrieben** werden konnten und ihnen somit **nicht ein Kernelement des vereinbarten Nutzungszwecks**, nämlich die Möglichkeit des Besuchs von Kunden, entzogen wurde. Darüber hinaus war durch das Unterlassen des Rauchens ein stärkerer Kunden-, Gäste und insbesondere auch Arbeitsschutz für Mitarbeiter bezweckt. Damit handelte es sich um Schutzbestimmungen, deren **Schwerpunkt im Arbeitsrecht** lagen bzw. zumindest dorthin abstrahlte. Mit dem vereinbarten Mietzweck hat das nichts zu tun.<sup>35</sup>

#### e) Konkludente Beschaffenheitsvereinbarung im Einzelfall

Zu denken ist auch daran, dass durch die im Gewerberaummietrecht in der Regel erfolgende konkrete Vereinbarung eines Mietzwecks und weitergehender Vereinbarungen zumindest **konkludent von einer Beschaffenheitsvereinbarung** zwischen den Parteien im Sinne von „**Kundenzugang zu den Mieträumen**“ auszugehen sein könnte. Ist beispielsweise ausdrücklich oder konkludent eine **Betriebspflicht** Bestandteil der mietvertraglichen Absprachen (möglicherweise noch mit harten Sanktionen), geht das über eine normale Zweckbestimmung hinaus, weil die Betriebspflicht insoweit ein „Mehr“ darstellt. Der Verknüpfung der Betrieb-

spflicht mit dem Mietzweck lässt sich dann konkludent entnehmen, dass der Mieter auch die **tatsächliche Möglichkeit haben muss, Kunden Zugang zu seinem Geschäft zu gewähren**. Daraus wiederum folgt, dass es ihm möglich sein muss, sein Geschäft zu öffnen. Diese „**Öffnungsfähigkeit**“ stellt eine **Beschaffenheitsvereinbarung** dar, für die der Vermieter einzustehen hat.

Selbst wenn man dies nicht als Beschaffenheitsvereinbarung qualifiziert, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand aber unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt, denn keine verständige Mietvertragspartei vereinbart redlicherweise eine Betriebspflicht im Fall von allgemeinen, pandemie-bedingt verfügbaren behördlichen Ausgangsbeschränkungen etc. Daraus folgt, dass der Mietgebrauch beeinträchtigt ist, sobald hoheitliche Maßnahmen diesen Zugang versperren. Die Beeinträchtigung wirkt unmittelbar auf die Mietsache. Diesen Umstand hat der Mieter auch nicht verursacht. Dass der Vermieter ihn in gleicher Weise nicht verursacht hat, ist unerheblich. Es kommt – sobald und soweit eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt – damit auch nicht mehr darauf an, ob das Verwendungsrisiko des Mieters betroffen ist. Durch hoheitliche Schließungsverfügungen, Kontaktsperren und Ausgangsbeschränkungen im Zusammengang mit der COVID-19-Pandemie wird dann der so vereinbarte Mietgebrauch i.S. v. § 536 BGB beeinträchtigt.<sup>36</sup>

#### f) Verwendungsrisiko beim Vermieter aufgrund vertraglicher Vereinbarungen

Außerdem kann sich im Einzelfall auch aus anderen vertraglichen Vereinbarungen ergeben, dass der Vermieter im konkreten Fall der corona-bedingten Maßnahmen das Verwendungsrisiko trägt. Bekanntlich ist es im Gewerberaummietrecht üblich, dass die Einholung etwaiger erforderlichen behördlichen Genehmigungen oder Zustimmungen vertraglich auf den Mieter abgewälzt werden. Solche Klauseln sehen beispielsweise wie folgt aus:<sup>37</sup> „Der Mieter verpflichtet sich, alle erforderlichen behördlichen Erlaubnisse, Konzessionen, Genehmigungen und ähnliche Verwaltungsakte selbst und auf eigene Kosten einzuholen, sofern diese mit seiner Person oder seinem Betrieb zusammenhängen. Dies gilt ebenfalls für behördliche Erlaubnisse etc., die sich zwar auf das Mietobjekt beziehen (Baugenehmigung, Nutzungsänderungsgenehmigung u. Ä.), die aber durch ein Handeln oder Unterlassen des Mieters erforderlich werden. Werden diesbezügliche Erlaubnisse etc. versagt, kann der Mieter daraus keine Rechte gegenüber dem

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011 – XII ZR 189/09, Rz. 12, 13, IMRRS 2011, 2370.

<sup>35</sup> So auch LG München I, Urteil vom 22.09.2020 – 3 O 4495/20, IMRRS 2020, 1302 = ZMR 2021, 229 = GE 2020, 1493.

<sup>36</sup> Sentek/Ludley, NZM 2020, 406, 409.

<sup>37</sup> Ausführlich dazu Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummieta, 7. Aufl., Kap. 20 Rz. 129 ff.

*Vermieter herleiten. Insbesondere besteht kein Recht zur Mietminderung."*

Solche Klauseln beziehen sich fast immer (nur) darauf, dass es sich um behördliche Erlaubnisse etc. handelt, die der Mieter selbst einzuholen hat. Hier geht es also im Wesentlichen um Nutzungsänderungsgenehmigungen, Baugenehmigungen bei Umbauten usw. Das ist jedoch eine andere Situation als bei einer ohne Initiative des Mieters ausschließlich und „von oben“ angeordneten hoheitlichen Maßnahme. Schon tatbestandlich greifen deshalb solche „Zuordnungsklauseln“, wenn sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen überhaupt wirksam sind und zwischen personen- bzw. betriebsbezogenen und objektbezogenen Umständen differenzieren,<sup>38</sup> in der Regel nicht ein. Die Klausel bewirkt deshalb keine Verschiebung des Verwendungsrisikos einseitig zu Lasten des Mieters.

Solche Klauseln können wie erwähnt jedenfalls als Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht wirksam die Verantwortung des Vermieters für objektbezogene Umstände, die mit dem Mieter nicht zu tun haben (wie beispielsweise baulich bedingte Brandschutzanforderungen), abwälzen oder ausschließen. Für alles, was essenziell mit den baulichen oder örtlichen Gegebenheiten des Mietobjekts zu tun hat, trägt der Vermieter das Risiko in Bezug auf behördliche Maßnahmen. Da die diskutierten Corona-Schließungsverfügungen aber jedenfalls nach der hier vertretenen Meinung an das Mietobjekt anknüpfen, kann auch der vielleicht mit etwas Fantasie in eine derartige Klausel hinein interpretierbare liegende Grundgedanke, dass der Mieter jedenfalls einen Teil des Verwendungsrisikos trägt, nichts daran ändern, dass es auch insoweit bei einem dem Vermieter zuzuordnenden Verwendungsrisiko bleibt.

Das gilt erst recht, wenn solche Klauseln gar nicht vorhanden oder unwirksam sind oder beispielsweise nach den Formulierungen ohnehin der Vermieter für alle einzuholenden Erlaubnisse und Genehmigungen zuständig ist und der Mieter sich nur verpflichtet hat, diese umzusetzen. Wenn nämlich der Vermieter generell und immer für die Einholung von behördlichen Genehmigungen und Erlaubnissen und damit über rein objektbezogene Aspekte hinaus sogar für Umstände zuständig ist, die den normalen Geschäftsbetrieb des Mieters betreffen (etwa bei einer Nutzungsänderung oder dem Mieter erlaubten baulichen Veränderungen des Mietobjekts), spricht das indiziell für eine **Übernahme des Verwendungsrisikos auch in Bezug auf den Betrieb des Geschäfts** analog zu den o. g. „Baustellen-Fällen“.

Als Beispiele seien (bewusst vereinfacht dargestellt) die Erweiterung der Verkaufsfläche genannt, die bei einem Einzelhandel eine genehmigungsbedürftige Nutzungsänderung darstellen kann, oder die Durchführung einer Verkaufsveranstaltung, wenn wegen Verkauf bzw. Ausschank von Alkohol eine Zustimmung des Ordnungsamts in Form einer Schankerlaubnis erforderlich sein kann.

g) Ergänzend zur aktuellen Rechtsprechung  
Dass insoweit die angeführten Argumente zur Vergleichbarkeit mit „Baustellen-Fällen“ und eine dezidierte Auslegung und Abwägung der Begriffe „Zustand oder der Lage der Mietsache“ sowie die Prüfung einer konkreten Beschaffenheitsvereinbarung anhand der individuellen Vereinbarungen erfolgt ist, lässt sich der bisherigen Rechtsprechung nicht wirklich entnehmen. Die (mittlerweile) fast schon gebetsmühlenartig wiederholte Formel, dass hoheitliche Schließungsanordnungen aus Gründen des Infektionsschutzes erfolgen und alle Ladengeschäfte etc. treffen, weshalb wegen der fehlenden Objektbezogenheit kein Mangel vorliege, ersetzt nicht die detaillierte Auseinandersetzung mit dem Verhältnis des Mangelbegriffs und der Art und Weise des Geschäftsbetriebs und den Besonderheiten der mietvertraglichen Absprachen. Wie so oft steckt der Teufel auch hier im Detail.

Teilweise reduziert sich der Kern der Begründung in Gerichtsentscheidungen oberflächlich auf wenige Worte, ohne sich wirklich detailliert mit einer Analyse der Begrifflichkeiten und der tatsächlichen Gegebenheiten überhaupt auseinanderzusetzen. So beschränkt sich beispielsweise die Kernbegründung in der Entscheidung des KG<sup>39</sup> auf folgende Worte: *„Danach liegt hier kein Sachmangel vor, weil die hoheitlichen Maßnahmen wegen der Pandemie (wie in der Regel) nicht an die baulichen Gegebenheiten der Mietsache anknüpfen, sondern an die Nutzungsart und den sich daraus ergebenden Publikumsverkehr, der Infektionen begünstigt. Das Mietobjekt ist nach Beschaffenheit und Lage für den vereinbarten Zweck weiterhin geeignet.“*

Von einer vertieften Auseinandersetzung kann man hier wohl kaum sprechen. Warum die hoheitlichen Maßnahmen nur an die Nutzungsart und nicht auch

<sup>38</sup> Zu den Voraussetzungen vgl. Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 7. Aufl., Kap. 20 Rz. 155 ff. und insbesondere BGH, IMR 2008, 81, und Urteil vom 22.06.1988 – VIII ZR 232/87, NJW 1988, 2664

<sup>39</sup> KG, Urteil vom 01.04.2021 – 8 U 1099/20, IMRRS 2021, 0468 = ZMR 2021, 579.

an bauliche Gegebenheiten anknüpfen sollen, wird nicht begründet, sondern lediglich als Behauptung in den Raum gestellt. Es ist noch nicht einmal eindeutig, ob das Gericht nun die Meinung vertritt, dass hoheitliche Maßnahmen nie an die baulichen Gegebenheiten anknüpfen, denn der Einschub „in der Regel“ besagt, dass es auch Ausnahmen geben könnte.

In den Entscheidungsgründen des LG Frankfurt/Main<sup>40</sup> heißt es beispielsweise: *„Die behördlichen Schließungen und Beschränkungen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie sind nicht gegen den Geschäftsbetrieb an sich, insbesondere in den bestimmten Mieträumen, gerichtet, sondern dienen ausschließlich dem Zweck der Eindämmung der weiteren Ausbreitung des Virus SARS-CoV 2 und damit dem Gesundheitsschutz (vgl. LG München I, Urteil vom 25.01.2021 – 31 O 7743/20, IMRRS 2021, 0090 = NZM 2021, 194 ff.). Es geht um die Abwehr erheblicher Gesundheitsgefahren, die ihre Ursache in einem pandemischen Infektionsgeschehen haben, welches nur durch weitgehende Kontaktbeschränkungen eingedämmt werden kann (vgl. Strey, NZM 2020, 817 ff., 823). Diese führen zu Betriebsuntersagungen und -erschwerungen, die sich nicht gegen die konkrete Betriebsführung oder den konkreten Nutzungszweck der Mietsache – hier als Nachtclub – richten, sondern allein darauf beruhen, dass die Geschäftstätigkeit zum Publikumsverkehr mit einer nicht ausreichend kontrollierbaren Vielzahl von Personen führt.“*

Hier sind die Aussagen in den unterstrichenen Passagen schlicht falsch, denn selbstverständlich richten sich die behördlichen Schließungsanordnungen gegen den Geschäftsbetrieb und die konkrete Betriebsführung als Nachtclub. Gerade weil es sich um einen Nachtclub handelte und nicht beispielsweise um ein Büro, unterfiel der Mieter der Schließungsanordnung. Jegliche behördliche Anordnung zielte deshalb auf den konkreten Geschäftsbetrieb und den konkreten Nutzungszweck der Mietsache ab, weil gerade der konkrete Geschäftsbetrieb untrennbar mit dem vom LG Frankfurt/Main angeführten intensiven Publikumsverkehr verknüpft ist. Die vorgenommene Aufspaltung in die Objektbezogenheit einerseits und die Abwehr von Gesundheitsgefahren andererseits ist künstlich und lebensfremd.

<sup>40</sup> LG Frankfurt/Main, Urteil vom 06.05.2021 – 2-14 O 113/20, IMRRS 2021, 0588.

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 23.04.2008 – XII ZR 62/06, Rz. 20, IMRRS 2008, 1222.

<sup>42</sup> Die von mir im Aufsatz, IMR 2020, 482, vertretene Auffassung, dass ein Mietmangel nicht in Betracht kommt, gebe ich hiermit auf.

Wogegen sonst als letztlich die vom LG Frankfurt/Main erwähnte konkrete mit der Art und Weise des Mietobjekts zusammenhängende Betriebsführung und den Nutzungszweck (hier als Nachtclub) sollte sich die Schließungsanordnung richten? Nur weil sozusagen alle Betriebe mit erhöhtem Publikumsverkehr betroffen waren, bedeutet das nicht, dass deshalb kein konkreter und individueller Bezug zu den einzelnen Geschäftstätigkeiten und Nutzungszwecken und damit auch zum Mietobjekt bestand. In der beispielhaft angeführten Entscheidung des LG Frankfurt/Main fehlt deshalb – wie derzeit so oft – eine dezidierte Auseinandersetzung mit den entscheidenden Aspekten.

#### g) Zur Höhe der Mietminderung

Da der Vermieter den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung der Miete verliert, weil er die von ihm geschuldete Leistung, die Überlassung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand, nicht erbringen kann,<sup>41</sup> ist die Miete während der Dauer einer vollständigen Schließung auf null gemindert. Sind die Geschäftstätigkeiten noch teilweise möglich gewesen (etwa bei einem Außer-Haus-Verkauf oder „Click & Collect“) erscheint es sinnvoll, die Mietminderung an den durch die Einschränkungen bedingten prozentualen Umsatzrückgang, verglichen mit entsprechenden früheren Zeiträumen, zu knüpfen.

## 6. Zusammenfassung

Nach der derzeit in der Rechtsprechung deutlich überwiegenden Meinung führen corona-bedingte staatliche Schließungen nicht zu einem Mietmangel. In der Literatur wird das deutlich kritischer gesehen, auch hier überwiegt aber (wenn auch nicht rechnerisch so dominant wie in der Judikatur) die Auffassung, dass § 536 BGB nicht greift. Anknüpfend an die sog. „Baustellen-Fälle“ in der Rechtsprechung (auch des BGH) ist eine solche Schlussfolgerung aber nicht gerechtfertigt. Dasselbe gilt in Bezug auf die Entscheidungen des BGH zu öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Einschränkungen, weil nicht ausreichend abgewogen und differenziert wird, dass die hoheitlichen Schließungsanordnungen letztlich im Kern an örtliche und bauliche Gegebenheiten des Miet- oder Pachtobjekts anknüpfen. Darüber hinaus kann das Verwendungsrisiko durch bestimmte vertragliche Regelungen konkludent auf den Vermieter verlagert worden sein.<sup>42</sup>