

Lützenkirchen Rechtsanwälte, Aachener Str. 1053-1055, 50858 Köln

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt¹
Lehrbeauftragter an der TH Köln

Dr. Marc Dickersbach

Rechtsanwalt¹

Peter J.S. Lau

Rechtsanwalt¹

¹zgl. Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Büro

Aachener Str. 1053-1055
D- 50858 Köln
Fon 0221 - 17 929-0
Fax 0221 - 17929-22
www.ld-ra.de
Fach K1105

Bankverbindung

Sparkasse KölnBonn

IBAN: DE48 3705 0198 1902 5398 97
BIC: COLSDE33XXX

In Bürogemeinschaft mit:

Dr. Stefan Strunden

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Mietverhältnisse

A. Sachverhalt

Die Bundesregierung hat mit den Bundesländern am 16.03.2020¹ vereinbart, dass das öffentliche Leben in der Bundesrepublik Deutschland eingeschränkt werden soll, um die Verbreitung des Corona-Virus einzuschränken. Die Bundesländer, in deren Zuständigkeit unter anderem die Umsetzung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) gehört, haben die Vereinbarung durch entsprechende Erlasse² umgesetzt. Ziel aller Maßnahmen ist es, soweit wie möglich den unkontrollierten Kontakt von Menschen untereinander einzuschränken.

Im Wesentlichen geltend danach folgende Beschränkungen:

- Folgende Einrichtungen, Begegnungsstätten und Angebote **sind zu schließen beziehungsweise einzustellen**: Alle Kneipen, Cafés, Opern- und Konzerthäuser (ab 16. März), alle Messen, Ausstellungen, Freizeit- und Tierparks und Anbieter von Freizeitaktivitäten (drinnen und draußen), Spezialmärkte und ähnliche Einrichtungen, Reisebusreisen, jeglicher Sportbetrieb auf und in allen öffentlichen und privaten Sportanlagen sowie alle Zusammenkünfte in Vereinen (ab 17. März), Spielhallen, Spielbanken, Wettbüros und ähnliche Einrichtungen (ab 16. März), Prostitutionsstätten, Bordelle und ähnliche Einrichtungen (ab 16. März).
- **Alle Spiel- und Bolzplätze sind zu schließen.**
- Der **Zugang zu Bibliotheken** (außer Bibliotheken an Hochschulen), **Mensen, Restaurants und Speisegaststätten sowie Hotels** für die Bewirtung von Übernachtungsgästen ist zu beschränken und nur unter strengen Auflagen (sowohl für den Innen- als auch den Außenbereich) zu gestatten. Auflagen sind Besucherregistrierung mit Kontaktdaten, Reglementierung der Besucherzahl, Vorgaben für Mindestabstände zwischen Tischen von 2 Metern, Hygienemaßnahmen, Aushänge mit Hinweisen zu richtigen Hygienemaßnahmen etc. **Restaurants und Speisegaststätten** dürfen frühestens ab 6 Uhr öffnen und sind spätestens ab 15 Uhr zu schließen.
- **Folgenden Geschäften ist bis weiteres auch die Öffnung an Sonn- und Feiertagen von 13 bis 18 Uhr gestattet** (dies gilt nicht für Karfreitag, Ostersonntag und Ostermontag): Geschäften des Einzelhandels für Lebensmittel, Wochenmärkten, Abhol- und Lieferdiensten sowie Apotheken, außerdem Geschäften des Großhandels.
- Sämtliche Verkaufsstellen im Sinne des Ladenöffnungsgesetzes müssen die erforderlichen **Maßnahmen zur Hygiene, zur Steuerung des Zutritts und zur Vermeidung von Warteschlangen** treffen.
- **Übernachtungsangebote dürfen nur zu nicht touristischen Zwecken genutzt werden.**
- **Veranstaltungen sind grundsätzlich untersagt.**

¹ <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/vereinbarung-zwischen-der-bundesregierung-und-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-bundeslaender-angesichts-der-corona-epidemie-in-deutschland-1730934>

² für NRW z.B.

https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/200317_fortschreibung_der_erlasse_15._und_17.03.2020_kontaktreduzierende_massnahmen.pdf

Shopping-Center dürfen nur insoweit geöffnet werden, wie dies für den Zugang zu Geschäften notwendig ist, die nach der vorstehenden Übersicht der Grundversorgung der Bevölkerung dienen. Verkaufsstellen im Sinne des § 3 Ladenöffnungsgesetz NRW³ (LÖG) sind Ladengeschäfte aller Art, Apotheken und Tankstellen sowie sonstige Verkaufsstände, falls in ihnen ebenfalls von einer festen Stelle aus ständig Waren zum Verkauf an jedermann gewerblich angeboten werden. Dem gewerblichen Anbieten steht das Zeigen von Mustern, Proben und Ähnlichem gleich, wenn Warenbestellungen in der Einrichtung entgegengenommen werden.

Die Einhaltung der Verbote und Beschränkungen werden durch die örtlichen Ordnungsämter überwacht.

Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen, werden sowohl der Bund als auch die Länder Finanzhilfen zur Verfügung stellen. Dazu ist zwar der finanzielle Rahmen bereits beschlossen. Die inhaltliche Ausgestaltung der Bedingungen, unter denen die Finanzhilfen gewährt werden, werden noch ausgearbeitet. Es ist davon die Rede, das verlorene Zuschüsse geleistet und Darlehen gewährt werden sollen. Auch das Kurzarbeitergeld soll großzügiger gestaltet werden. Für Privatleute sind zusätzliche Hilfen vorgesehen, um Einbußen beim Privateinkommen zu ergänzen. Für sämtliche finanziellen Hilfen müssen die Grundlagen durch Gesetze geschaffen werden. Dies kann noch einige Zeit in Anspruch nehmen.

Die Industrie- und Handelskammer zu Köln und andere Berufsverbände haben in Rundschreiben an ihre Mitglieder unter anderem die Vermieter zur Solidarität mit Mietern, die sich infolge der Maßnahmen, die wegen der Corona-Pandemie beschlossen werden, in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, aufgerufen.

B. Rechtliche Würdigung

Vorab ist klarzustellen, dass die behördlichen (vorübergehenden) Einschränkungen keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der bestehenden Mietverträge (egal ob Wohn- oder Geschäftsraum) hat. Nach § 134 BGB wäre dafür ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot erforderlich. Der Verstoß gegen die Erlasse kann zwar nach § 74 IfSG bestraft werden und sind Straftatbestände grundsätzlich Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB⁴. Der Abschluss des Mietvertrages selbst begründet aber keinen Gesetzesverstoß, sondern allein die (vorsätzliche) Handlung gegen Auflagen und ähnliche behördliche Anordnungen.

I. Gewerberaummiete

1. Mangel der Mietsache/Minderung der Miete

Nach § 536 Abs. 1 BGB kann der Mieter die Miete mindern, wenn die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist. Ist die Tauglichkeit der Mietsache aufgehoben, braucht der Mieter keine Miete zu zahlen. Die Vorschrift sieht vor, dass die entsprechende Reduzierung der Miete automatisch eintritt.

³ Die Ladenöffnungsgesetze der anderen Bundesländer enthalten gleichlautende Begriffsbestimmungen.

⁴ Palandt/*Ellenberger*, 78. Aufl., § 134 BGB Rz. 24.

Unabhängig davon, dass in den meisten Mietverträgen über Gewerberaum (Ladengeschäfte, Büros etc.) der Automatismus der Minderung zulässigerweise ausgeschlossen ist, sodass der Mieter zu viel gezahlte Miete zurückfordern muss, ist durch die behördlichen Beschränkungen und Verbote der Nutzung bestimmter Gewerberäume ein Mangel der Mietsache grundsätzlich nicht gegeben.

a) Schließung/Beschränkung der Öffnungszeiten

Durch die Erlasse der Bundesländer sind die betroffenen Gewerbetreibenden gezwungen, ihre Läden zu schließen oder können (z.B. Gaststätten) nur innerhalb bestimmter Öffnungszeiten ihr Geschäft betreiben. Dies könnte einen Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB begründen.

Ein Mangel der Mietsache liegt vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit der Mietsache von der nach dem Vertrag vorausgesetzten Beschaffenheit für den Mieter negativ abweicht. Insoweit kommt ein sog. öffentlich-rechtlicher Mangel in Betracht. Ein öffentlich-rechtlicher Mangel ist gegeben, wenn die Mietsache infolge behördlichen Einschreitens in ihrer Nutzung eingeschränkt ist⁵. Diese Voraussetzungen könnten noch gegeben sein. Immerhin darf der Mieter sein Geschäft nach dem Erlass der Landesregierung (= Behörde) entweder nicht mehr öffnen oder nur noch in beschränkten Zeiten.

Weitere Voraussetzung für einen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache ist jedoch, dass der Umstand, der zur Gebrauchsbeeinträchtigung führt, aus dem Risikobereich des Vermieters stammt⁶. Im Hinblick auf die Verantwortlichkeit des Vermieters für die Erhaltung der Mietsache gemäß § 535 Abs. 1 BGB wird allgemein angenommen, dass der Vermieter das Risiko des baulichen Zustandes der Mietsache trägt.

Demgegenüber trägt der Mieter das Verwendungsrisiko der Mietsache⁷. Dazu gehört vor allem das Risiko, durch die Nutzung des Mietobjektes Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich seine Gewinnerwartung nicht, verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters⁸. Ebenso unterliegt die Betriebsführung durch den Mieter allein seinem Risiko⁹.

Öffentlich-rechtliche Anordnungen, Auflagen und sonstige Maßnahmen, die den Betrieb des Mieters einschränken, werden dem Risikobereich des Mieters zugeordnet¹⁰. Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Mietverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen

⁵ BGH v. 28.11.1979 – VIII ZR 302/78, MDR 1980, 306; OLG Düsseldorf v. 20.9.2010 – 24 U 202/09, ZMR 2011, 865; OLG Düsseldorf v. 21.1.1993 – 10 U 90/92, ZMR 1993, 275.

⁶ BGH v. 5.12.2018 – VIII ZR 271/17, MDR 2019, 150.

⁷ BGH v. 21.9.2005 – XII ZR 66/03, MDR 2006, 506; BGH v. 26.5.2004 – XII ZR 149/02, MDR 2004, 1233; BGH v. 29.9.1999 – XII ZR 313/98, MDR 2000, 79; BGH v. 16.2.2000 – XII ZR 279/97, MDR 2000, 821 m. Anm. *Leo* = NJW 2000, 1714 (1716); BGH v. 19.7.2000 – XII ZR 176/98, MDR 2001, 22.

⁸ LG Düsseldorf v. 19.7.2017 – 23 O 372/16, ZMR 2017, 807.

⁹ Vgl. BGH v. 21.9.2005 – XII ZR 66/03, MDR 2006, 506; BGH v. 26.5.2004 – XII ZR 149/02, MDR 2004, 1233; BGH v. 19.7.2000 – XII ZR 176/98, MDR 2001, 22; BGH v. 16.2.2000 – XII ZR 279/97, MDR 2000, 821 m. Anm. *Leo* = NJW 2000, 1714 (1716); BGH v. 29.9.1999 – XII ZR 313/98, MDR 2000, 79.

¹⁰ BGH v. 13.7.2011 – XII ZR 189/09, MDR 2011, 1092 (Rauchverbot in Gaststätten).

Gebrauchs eines gewerblichen Mietobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen¹¹. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Mieters¹². Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht.

Die behördlichen Erlasse, die die Öffnung von Geschäften verbieten oder die Öffnungszeiten beschränken, haben ihre Grundlage nicht in der Beschaffenheit der Mietsache. Vielmehr betreffen sie die Art des Geschäftes des Mieters und fallen damit in sein Verwendungsrisiko.

Ein öffentlich-rechtlicher Mangel ist daher nicht gegeben.

b) Shopping-Center

aa) Verschließen der Zugänge

In Shopping-Centern ist es denkbar, dass Zugangsbehinderungen eintreten, weil der überwiegende Teil der Geschäfte geschlossen ist und einzelne Mieter, die ihre Geschäfte geöffnet halten dürfen/müssen (z.B. Apotheken) nicht erreicht werden können, weil der Betreiber die allgemeinen Zugänge zur Mall (teilweise) verschließt.

In diesem Fall liegt grundsätzlich ein Mangel der Mietsache vor. Der Mieter kann infolge einer Maßnahme des Vermieters den vertragsgemäßen Gebrauch (z.B. Führung einer Apotheke) nicht ausüben. Insoweit dürfte eine 100%-ige Minderung gerechtfertigt sein.

Werden die Zugänge nur teilweise verschlossen, sodass die dem Geschäft des Mieters räumlich näher liegenden Zugänge jedenfalls geöffnet sind, besteht ein Anspruch des Mieters, an den verschlossenen Eingängen Hinweisschilder anzubringen, die dem potentiellen Kunden den Weg zu seinem Ladengeschäft aufzeigen. Verhindert der Vermieter diese Möglichkeit, wird eine Minderungsquote gerechtfertigt sein, die sich am Umsatzrückgang orientieren kann, jedenfalls aber 10% der Gesamtmiete.

bb) Schließung der überwiegenden Zahl der Geschäfte

Für den Mieter, der nach den Erlassen der Bundesländer sein Geschäft offenhalten darf/muss, können zusätzlich dadurch Umsatzeinbußen eintreten, dass die im Shopping-Center angesiedelten Verkaufsgeschäfte i.S.v. § 3 LÖG geschlossen sind und dadurch das Shopping-Center als solches seine Anziehungskraft auf Kunden verliert.

¹¹ Vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl. § 536 BGB Rz. 63.

¹² *Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rz. 200.

Dieses Phänomen ist vergleichbar mit dem (überwiegenden) Leerstand in einem Einkaufszentrum. Dieser Umstand wird ebenfalls dem Verwendungsrisiko des Mieters zugeordnet und berechtigt daher nicht zur Minderung¹³.

c) Einrichtung von Home-Office

Insbesondere Mieter von Büroräumen, die zur Verringerung der Kontaktaufnahme ihren Mitarbeitern Arbeitsplätze zum Home-Office einrichten, sind mit zusätzlichen Ausgaben belastet und benötigen den angemieteten Büroraum jedenfalls nicht mehr vollständig.

Abgesehen davon, dass diese Maßnahme auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung des gewerblichen Mieters beruht, fällt die Tatsache, dass der Mieter die angemietete Fläche wegen der Verringerung der Mitarbeiter nicht mehr vollständig nutzen kann, in das Verwendungsrisiko des Mieters. Daher liegt ein Mangel der Mietsache nicht vor und ist eine Minderung nicht begründet.

d) Zwischenergebnis

Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, die durch die Erlasse der Bundesländer den Gewerbetreibenden auferlegt werden, kann der Mieter von Gewerberaum grundsätzlich nicht die Miete nach § 536 Abs. 1 BGB mindern. Eine Minderung kommt allenfalls in Betracht, wenn durch Maßnahmen des Vermieters der Zugang zu Geschäften, die geöffnet bleiben dürfen, behindert wird.

2. Anpassung der Miete nach § 313 BGB

Ein Anspruch des Mieters auf Anpassung der Miete wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt grundsätzlich nicht in Betracht¹⁴. Zwar könnte die objektive Geschäftsgrundlage gestört sein, weil sich nach Vertragsschluss die Umstände unvorhersehbar geändert haben. Indessen fällt das Verwendungsrisiko ausschließlich in den Bereich des Mieters. In diesem Fall sind die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage generell nicht anwendbar¹⁵.

Eine Ausnahme soll bestehen, wenn die gesetzliche Risikoverteilung zu einer Existenzgefährdung führt¹⁶. Abgesehen davon, dass dies nur im Einzelfall entschieden werden kann, sollen gerade dafür staatliche Hilfen bereitgestellt werden. Demnach müsste die Existenzgefährdung trotz der staatlichen Hilfen gegeben sein.

Doch selbst wenn § 313 BGB für einschlägig gehalten wird, kann die danach vorrangig durchzuführende Vertragsanpassung allenfalls auf eine Stundung (eines Teils) der Miete bis zur erfolgreichen Beantragung staatlicher Hilfe erfolgen.

¹³ BGH v. 17.3.2010 – XII ZR 108/08, MDR 2010, 737.

¹⁴ andeutungsweise a.A. Häublein,

<https://www.lifepr.de/inaktiv/miller-radack-schultz-rechtsanwite-notare/Mueller-Radack-Schultz-Geschaeftraummieter-koennen-aufgrund-Corona-Krise-unter-Umstaenden-Anpassung-der-Mieten-verlangen/boxid/791319>

¹⁵ . Palandt/*Grüneberg*, 78. Aufl., § 313 BGB Rz. 19, 36.

¹⁶ Erman/*Böttcher*, 15. Aufl. § 313 BGB Rz. 21 m.w.N.

3. Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Zahlt der Mieter infolge der Umsatzrückgänge/-einbußen keine oder nur eine verringerte Miete, kann für den Vermieter das Recht zur fristlosen Kündigung begründet sein.

Unabhängig von besonderen vertraglichen Regelungen sieht das Gesetz in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB für diesen Fall mehrere Varianten vor. Danach ist eine außerordentliche fristlose Kündigung zulässig,

- sobald der Mieter an zwei aufeinanderfolgenden Terminen keine Miete zahlt,
- durch die Zahlungsweise des Mieters in zwei aufeinanderfolgenden Terminen ein nicht unerheblicher Rückstand entsteht,
- über einen längeren Zeitraum ein Rückstand entsteht, der zwei Monatsmieten erreicht.

Auch in der Gewerberaummieta ist ein nicht unerheblicher Rückstand im Sinne der 2. Variante gegeben, wenn der Rückstand mehr als einer Monatsmiete beträgt. Insoweit wird § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB als Auslegungsregel herangezogen¹⁷.

Allein der Rückstand nach einer der drei Varianten reicht für die Kündigung jedoch noch nicht aus. Vielmehr muss Verzug i.S.v. § 286 BGB vorliegen. Da das Gesetz (§§ 579 Abs. 2, 556b Abs. 1 BGB) den Mieter verpflichtet, die Mietzahlung bis zum 3. Werktag des vereinbarten Zeitabschnitts zu leisten, ist nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Mahnung zur Herbeiführung des Verzuges nicht erforderlich.

§ 286 Abs. 4 BGB verlangt für den Verzug jedoch ein Verschulden des Schuldners (Mieter). Daran könnte die Kündigung scheitern, weil der Mieter infolge unvorhersehbarer Umstände (Corona-Pandemie mit entsprechenden behördlichen Erlassen) nicht vorhersehen konnte, dass sich Umsatzeinbußen ergeben, die es ihm unmöglich machen, die Miete (in voller Höhe) zu zahlen.

Für das Verschulden gelten die allgemeinen Vorschriften (§ 276 BGB), insbesondere hat der Mieter danach für seine Leistungsfähigkeit einzustehen¹⁸. Demnach können ihn mangelnde finanzielle Mittel nicht entlasten. Insoweit ist es unerheblich, worauf seine Leistungsunfähigkeit beruht. Der Mieter trägt das Risiko, die Miete nicht bezahlen zu können.

Entlastend könnte allenfalls ein Rechtsirrtum wirken. Dann müsste der Mieter sich jedoch auf die Einholung eines falschen Rechtsrates berufen. Ein falscher Rechtsrat führt in der Regel jedoch nicht zur Entlastung des Mieters, da sich der Mieter ein Verschulden seines Rechtsberaters zurechnen lassen muss¹⁹. Der Rechtsberater handelt fahrlässig, wenn er sich nicht sicher sein kann, dass seine Empfehlung gerichtlich bestätigt wird. Im Hinblick auf die durch den BGH mehrfach bestätigte Risikoverteilung im Rahmen eines Mietvertrages über Gewerberäume wäre es in

¹⁷ BGH v. 13.5.2015 – XII ZR 65/14, MDR 2015, 878.

¹⁸ BGH v. 4.2.2015 – VIII ZR 175/14, WuM 2015, 152.

¹⁹ BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MDR 2007, 454.

jedem Falle fahrlässig, dem Mieter wegen der Erlasse über die Beschränkung der Öffnung des Gewerberaumes zu empfehlen, keine Miete mehr zu zahlen.

Insoweit ergeben sich auch keine Unterschiede zwischen den Mietern von Ladenlokalen, Büroflächen oder sonstigen Gewerberäumen unabhängig davon, ob sie sich in einem Einkaufszentrum befinden.

Demnach ist der Vermieter berechtigt, auch einen befristeten Mietvertrag außerordentlich zu kündigen, sobald eine Fallvariante des Zahlungsverzuges gegeben ist.

Die beschriebene Möglichkeit des Vermieters zur Kündigung wegen Zahlungsverzuges gem. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB wird voraussichtlich durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht für Mietschulden²⁰ aus dem Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.9.2020 ausgesetzt werden.

4. Schadensersatz

Da ein Mangel der Mietsache nicht vorliegt und in der Regel auch keine Pflichtverletzung des Vermieters dazu beigetragen hat, dass Vorräte des Mieters verderben, Mietausfall z.B. wegen des Verbots von Veranstaltungen entsteht, soweit der Mieter entsprechende Räume untervermieten durfte, Umsatzausfälle eintreten und Kosten für die Einrichtung von Heimarbeitsplätzen entstehen, bestehen keine Schadensersatz-, Entschädigungs- oder Aufwendungsersatzansprüche des Mieters gegen den Vermieter.

5. Mitwirkungspflichten des Vermieters

Es ist davon auszugehen, dass der Erhalt staatlicher Hilfen jedenfalls teilweise von der Mitwirkung des Vermieters abhängig sein wird. Insbesondere ist anzunehmen, dass der Mieter bei den Behörden seinen Mietrückstand durch eine Bestätigung des Vermieters nachweisen muss.

Sofern in den Vorschriften über die Gewährung derartiger Leistungen an den Mieter keine besondere Mitwirkungspflicht des Vermieters geregelt wird, kommt eine solche Pflicht aus dem Gesichtspunkt der Nebenpflichten in Betracht. Gemäß § 241 Abs. 2 BGB entspricht es dem Wesen der Schuldverhältnisse, dass insbesondere auf die Interessen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen ist. Daraus können insbesondere bestimmte Auskunft- und Mitteilungspflichten entstehen²¹.

Zwar hat der BGH²² eine Pflicht des Vermieters zur Ausstellung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung verneint. Indessen beruhte die Begründung dieser Entscheidung auf der Nähe zur Ausgleichsquittung, worauf der Mieter keinen Anspruch haben soll. In der vorliegenden Konstellation geht es aber darum, die Konsequenzen der von außen an den Mieter herangetragenen Störung des

²⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht.

²¹ vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 535 BGB Rz. 178 f.

²² BGH v. 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, MDR 2010, 18.

Geschäftsbetriebes abzufedern. Insoweit entspricht es bereits der Fürsorge, zu der der Vermieter verpflichtet ist, den Mieter vor Schaden (bis hin zum Verlust seiner Existenz) zu bewahren, die den Vermieter auch zu einem positiven Tun zwingen kann²³.

Daher ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter auf Anfrage eine Bestätigung über die eingetretenen Mietrückstände vorzulegen. Verweigert der Vermieter die Aushändigung einer solchen Bestätigung, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zustehen. Sofern dieser Fall eintritt, ist eine außerordentliche (fristlose) Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgeschlossen. Denn die Einrede des Mieters (Zurückbehaltungsrecht) hindert den Eintritt des Verzuges.

6. Kündigungsrecht des Mieters

Ist eine Befristung des Gewerberaummietvertrages nicht vereinbart oder wurde der befristete Vertrag unter Verletzung der gesetzlichen Schriftform geschlossen, kann der Mietvertrag ordentlich gekündigt werden, § 542 Abs. 1 BGB. Solange keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden, bestimmt sich die Kündigungsfrist nach § 580a Abs. 2 BGB mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende des Quartals.

In der Gewerberaummieta werden regelmäßig befristete Verträge geschlossen. Diese können nur außerordentlich gekündigt werden, § 542 Abs. 2 BGB. Ein solches Recht des Mieters ist ohne weiteres nicht erkennbar.

Es könnte sich z.B. daraus ergeben, dass der Vermieter die Bestätigung des Nachweises der Schulden des Mieters verweigert (B.I.4). Eine solche Pflichtverletzung könnte nach einer Abmahnung einen wichtigen Grund gemäß § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Dafür sind jedoch die Umstände des Einzelfalles maßgeblich. Aufgrund der Weigerung muss es dem Mieter unzumutbar sein, das Mietverhältnis bis zu seinem Ende fortzusetzen. Insoweit wird zu berücksichtigen sein, wie sich der Vermieter ansonsten hinsichtlich der Mietrückstände verhalten hat.

Ein Kündigungsrecht des Mieters könnte sich aber aus § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB ergeben. Danach kann der Mieter außerordentlich kündigen, wenn der Vermieter die Bitte des Mieters, die Räume (teilweise) unterzuvermieten, abschlägig bescheidet und in der Person des potentiellen Untermieters kein wichtiger Grund vorliegt.

Da Andererseits der Mieter grundsätzlich das wirtschaftliche Risiko der Nutzung trägt, soll § 540 BGB dem Mieter zunächst die Möglichkeit bieten, z.B. bei Aufgabe der Nutzung seinen wirtschaftlichen Verlust aufzufangen, indem er den Gebrauch einem Dritten (gegen Entgelt) überlässt²⁴.

Es ist relativ unwahrscheinlich, dass der Mieter ein Zustimmungsverlangen zur Untervermietung an den Vermieter richtet. In der gegebenen Situation müsste er nämlich einen Untermieter finden, der nicht den Beschränkungen hinsichtlich der Öffnung seines Geschäftes unterliegt. Wird ein solches Verlangen dennoch gestellt, kann der Vermieter unter Umständen die Untervermietung aber schon deshalb ohne nachteilige Folgen verbieten, wenn durch die Nutzung des Untermieters eine

²³ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 535 BGB Rz. 100 m.w.N.

²⁴ BGH v. 24.5.1995 – XII ZR 172/94, NJW 1995, 2034 = MDR 1995, 1115 = WuM 1995, 481.

Änderung des Vertragszwecks, insbesondere wenn bauliche Veränderungen notwendig werden oder eine Konkurrenzsituation zu anderen Mietern eintritt²⁵. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn das Geschäft des Untermieters zu einer anderen Branche gehört.

Eine solche Entscheidung muss im Einzelfall getroffen werden.

II. Wohnraummiete

1. Mangel der Mietsache

a) Ausgangssperre

Für die Bewertung eines Mangels geltend in der Wohnraummiete grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie in der Gewerberaummiete (vgl. oben B.I.1.). Die Bundes-, aber auch die Landesregierungen haben angekündigt, eine Ausgangssperre zu verhängen, sofern die aktuellen Maßnahmen nicht den gewünschten Erfolg zeigen. Im Rahmen dieser Ausgangssperren sollen die Bürger nur noch aus notwendigem Anlass (z.B. Weg zur Arbeit, Einkauf) das Haus verlassen dürfen.

Dadurch, dass der Mieter z.B. zur Freizeitgestaltung seine Wohnung nicht mehr verlassen darf, ist kein Mangel der Mietsache gegeben. Die Mietsache befindet sich in ihrer Bausubstanz nach wie vor in dem bisherigen (unterstellt: vertragsgemäßen) Zustand.

Die Möglichkeit für den Mieter, sich außerhalb seiner Wohnung frei zu bewegen, unterliegt nicht dem Risikobereich des Vermieters.

Damit liegt ein Mangel der Mietsache nicht vor. Eine Minderung kommt nicht in Betracht.

b) nicht vorhandene Einrichtung für ein Home-Office

Um einen häuslichen Arbeitsplatz (Home-Office) einrichten zu können, benötigt der Mieter eine Internetverbindung.

Haben die Mietvertragsparteien keine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung darüber getroffen, dass zur Ausstattung der Wohnung ein Internetanschluss gehört, führt das Fehlen einer solchen Einrichtung nicht zu einem Mangel der Mietsache. Zwar soll ein Telefonanschluss schon lange zum Standard einer Wohnung gehören²⁶ und kann nach der Lebenserfahrung unterstellt werden, dass ein Festnetzanschluss in einer Wohnung vorhanden ist²⁷. Ein solcher Festnetzanschluss bietet i.d.R. die Möglichkeit, eine Internetverbindung einzurichten/herzustellen. Ist diese Internetverbindung jedoch nicht vorhanden, fällt es

²⁵ BGH v. 16.9.1981 – VIII ZR 161/80, ZMR 1982, 11; OLG Köln v. 12.4.1996 – 20 U 166/95, WuM 1997, 620; OLG Celle v. 8.3.1989 – 2 U 2/88, OLGZ 1990, 88.

²⁶ BGH v. 5.12.2018 – VIII ZR 17/18, WuM 2019, 23.

²⁷ Seit Ende 2016 müssen Neubauten mit einem hochgeschwindigkeitsfähigen Netzanschluss ausgestattet sein, § 77k Abs. 4 TKG.

grundsätzlich in den Risikobereich des Mieters mit seinem Festnetzanbieter eine entsprechende Erweiterung des Leistungspakets zu vereinbaren.

Dies gilt auch dann, wenn zwar ein Internetanschluss geschuldet wird, der Mieter aber für das Home-Office eine höhere Kapazität benötigt. Denn selbst wenn im Mietvertrag keine bestimmte Qualität des Internetanschlusses vereinbart ist, schuldet der Vermieter allein die bei Vertragsbeginn vorhandene Kapazität.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Mieter ohne weiteres oder mit Zustimmung des Vermieters einen Internetanschluss einrichten oder erweitern darf. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Internetanschluss mit einer baulichen Veränderung (Substanzverletzung der Mietsache) verbunden ist. Bauliche Veränderungen dürfen grundsätzlich nämlich nur mit Zustimmung des Vermieters durchgeführt werden²⁸.

Selbst wenn eine bauliche Veränderung notwendig sein sollte, hat der Mieter einen Anspruch auf Zustimmung des Vermieters. Zwar steht die Zustimmung – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen im Mietvertrag - grundsätzlich im freien Ermessen des Vermieters. Indessen ist ebenfalls zu prüfen, inwieweit die Maßnahme vom vertragsgemäßen Gebrauch gedeckt ist. Insbesondere weil keine wesentlichen Beeinträchtigung der Bausubstanz zu erwarten sind und der Mieter in der gegebenen Situation auf den häuslichen Arbeitsplatz angewiesen ist, überwiegen im Rahmen der notwendigen Abwägung der beiderseitigen Interessen hier ausnahmsweise die Belange des Mieters. In diesem Fall kann der Vermieter eine zusätzliche Mietsicherheit (Kaution) in Höhe der ungefähren Rückbaukosten verlangen²⁹.

Es besteht also ein Anspruch auf Zustimmung zur Durchführung einer baulichen Veränderung zum Zwecke der Einrichtung eines Internetanschlusses bzw. der Erweiterung eines vorhandenen Anschlusses.

c) Störung des Internetempfangs

Besteht ein Internetanschluss trifft den Vermieter auch dazu die Erhaltungspflicht nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB und zwar unabhängig davon, ob der Internetanschluss ausdrücklich im Mietvertrag erwähnt ist³⁰. Dementsprechend schuldet der Vermieter die Instandsetzung (Reparatur), sofern Störungen auftreten. Diese Pflicht ist unabhängig davon, ob der Mieter z.B. über seinen Festnetz-Anbieter ebenfalls die Wiederherstellung eines störungsfreien Betriebes erreichen kann.

Ist der störungsfreie Betrieb nicht gewährleistet, kann der Mieter für die Dauer der Beeinträchtigung die Miete mindern. Die Höhe der Minderung wird vom Einzelfall abhängen, wobei eine objektive Bewertung erfolgt. Je nach der Qualität der Störung kommt eine Minderung zwischen 5-10 % in Betracht.

²⁸ BGH v. 16.9.2009 – VIII ZR 67/08, NJW 2010, 436; BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 260/06, MDR 2008, 73; BGH v. 16.5.2007 – VIII ZR 207/04, NJW-RR 2007, 1243; BGH v. 17.4.2007 – VIII ZR 63/04, WuM 2007, 380; BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 5/05, MDR 2006, 741; BGH v. 2.3.2005 – VIII ZR 118/04, NJW-RR 2005, 596; BVerfG v. 9.2.1994 – 1 BvR 1687/92, BVerfGE 90, 27, 32 ff.; BVerfG v. 24.1.2005 – 1 BvR 1953/00, NJW-RR 2005, 661; BVerfG v. 27.10.2006 – 1 BvR 1320/04, GE 2007, 902.

²⁹ OLG Frankfurt v. 19.12.1991 – 6 U 108/90. WuM 1992, 56 (62).

³⁰ BGH v. 5.12.2018 – VIII ZR 17/18, WuM 2019, 23.

d) Schließung von Spiel- und Bolzplätzen

Nach den meisten Erlassen der Landesregierungen (bisherige Ausnahme z.B. Berlin) sollen Spiel- und Bolzplätze nicht genutzt werden dürfen. Diese Beschränkung gilt sowohl für öffentliche, als auch für private Spiel- und Bolzplätze. Denn insoweit lässt sich den Entscheidungen der Landesregierungen keine Einschränkung entnehmen.

Auch ohne besondere Erwähnung im Mietvertrag gehört ein (privater) Spiel- und/oder Bolzplatz zum Leistungsspektrum des Vermieters, wenn er auf dem Grundstück vorhanden ist und keine Einschränkung der Nutzung nur für bestimmte Mieter oder sonstige Personen im Mietvertrag geregelt ist. Wird der Spiel- und/oder Bolzplatz nun gesperrt, wird damit der (mögliche) vertragsgemäße Gebrauch beeinträchtigt.

Damit liegt ein Mangel der Mietsache vor, weil der Mieter nicht mehr wie vorher alle zur Verfügung stehenden Gemeinschaftsflächen nutzen kann. Insoweit ist es unerheblich, dass die Einschränkung durch eine behördliche Maßnahme erfolgt ist und ob der Vermieter dies vorhersehen konnte. Denn der Mangel ist objektiv zu ermitteln³¹. Deshalb kann auch der Mieter ein Minderungsrecht reklamieren, der an sich - z.B. weil er keine Kinder hat - als Nutzer der Einrichtung nicht in Betracht kommt.

Bei Wegfall eines Spielplatzes wird in der Regel eine Minderungsquote von 5 % zuerkannt³².

2. Kündigung wegen Zahlungsverzuges

Auch insoweit gelten grundsätzlich die gleichen Maßstäbe wie in der Gewerberaummieta (B.I.3). Der Vermieter kann den Mietvertrag zunächst fristlos kündigen, wobei der Mieter für seine Leistungsfähigkeit einzustehen hat ("Geld hat man zu haben").

Da der Mieter von Wohnraum die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB heilen kann, indem er bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Zustellung einer Räumungsklage den bis dahin eingetretenen Rückstand tilgt, und in der Wohnraummieta regelmäßig Verträge auf unbestimmte Zeit geschlossen werden, kann eine Räumung nur erreicht werden, wenn der Vermieter gleichzeitig mit der fristlosen Kündigung eine fristgerechte (ordentliche) Kündigung ausspricht.

Der Erfolg der ordentlichen Kündigung hängt davon ab, ob in der Nichtzahlung der Miete eine schuldhafte nicht unerhebliche Pflichtverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) begründet ist. Zwar reicht in der Regel bereits ein Mietrückstand von mehr als einer Monatsmiete über einen Monat aus, um eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung annehmen zu können³³. in der Rechtsprechung wird jedoch gefordert, dass im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals die Umstände des Einzelfalles zu würdigen sind³⁴. Insoweit kann es darauf ankommen, inwieweit der Mieter bisher beanstandungsfrei

³¹ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 14. Aufl., § 536 BGB Rz. 10.

³² LG Freiburg v. 18.2.1975 – 9 S 197/74, ZMR 1976, 210; AG Köpenick v. 11.7.2007 - 6 C 71/07, MM 2007, 299.

³³ BGH v. 10.10.2012 – VIII ZR 107/12, MDR 2013, 24; LG Berlin v. 7.7.2014 – 18 S 64/14, GE 2014, 1590; LG Berlin v. 1.3.2012 – 67 S 42/11, GE 2012, 548; LG Berlin v. 18.4.2011 – 67 S 502/10, GE 2011, 691.

³⁴ Z.B. LG Berlin v. 20.10.2016 – 67 S 214/16, ZMR 2017, 239; LG Berlin v. 16.6.2016 – 67 S 125/16, WuM 2017, 83.

genutzt und die Miete gezahlt hat oder der Vermieter z.B. selbst gegen Pflichten verstoßen hat.

Im Rahmen des Verschuldens kann hier berücksichtigt werden, aufgrund welcher Umstände die Zahlungsschwierigkeiten des Mieters eingetreten sind. Denn ist der Mieter z.B. unverschuldet in die Misere gekommen, fehlt das für § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB notwendige Verschulden³⁵. Ist der Mieter etwa unvorhersehbar infolge der Coronakrise arbeitslos geworden oder wird in seinem Betrieb Kurzarbeit eingeführt mit der Folge der Lohnkürzung um 40% und hat sich durch Meldung bei der Agentur für Arbeit um (Ersatz-) Einkommen bemüht, ist regelmäßig anzunehmen, dass der Zahlungsrückstand nicht verschuldet war.

Welche Umstände zum Zahlungsverzug geführt haben, muss also im Einzelfall ermittelt werden. Eine generelle Antwort lässt sich zu diesem Kündigungstatbestand nicht finden.

Die beschriebene Möglichkeit des Vermieters zur Kündigung wegen Zahlungsverzuges gem. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB wird voraussichtlich durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht für Mietschulden³⁶ aus dem Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.9.2020 ausgesetzt werden.

3. Mitwirkungspflichten

Im Rahmen seiner Fürsorgepflicht trifft auch den Vermieter von Wohnraum die Pflicht, Schaden vom Mieter abzuhalten bzw. abzuwenden. Der Vermieter ist also unter den gleichen Voraussetzungen wie der Vermieter von Gewerberaum (B.I.6.) angehalten, den Mieter bei der Stellung von Anträgen bei der Behörde zwecks Erzielung von Einkommen zu unterstützen.

C. Empfehlung

Die Politik ist sich im Klaren darüber, dass die verkündeten Beschränkungen zu erheblichen wirtschaftlichen Einbußen bei Unternehmen und Privatpersonen führen werden. Für alle diese Situationen sind staatliche Hilfen vorgesehen, die aber gesetzliche Regelungen erfordern. Deshalb wird es noch einige Zeit dauern, bis die Betroffenen Unternehmer und bedürftigen Bürger darauf zurückgreifen können. Aktuell lassen sich die gesetzgeberischen Vorhaben nur aus dem *Formulierungsvorschlag für den Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*, der von der Bundesregierung erarbeitet wurde, erahnen.

In der Zwischenzeit besteht die Möglichkeit, den Mietern nach sorgfältiger Prüfung im Einzelfall entgegenzukommen. Selbst verständlich wird es Mieter geben, die die Situation auszunutzen versuchen. Insoweit kann eine generelle Empfehlung, wie diese Gruppe ermittelt werden kann, nicht ermittelt werden. In der Regel sind jedoch die tatsächlich bedürftigen Mieter an einer Zusammenarbeit interessiert und bereit, dem

³⁵ BGH v. 16.2.2005 – VIII ZR 6/04, MDR 2005, 680.

³⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht.

Vermieter die notwendigen Unterlagen zur Prüfung der wirtschaftlichen Situation des Mieters zur Verfügung zu stellen.

Für diesen Fall bestehen Möglichkeiten, die Mietzahlung aufzuschieben, bis der Mieter über die staatlichen Hilfen verfügt. Zu denken ist hier etwa an Stundungsvereinbarungen und Abtretung künftiger Ansprüche gegen eine Behörde. Letzteres kann zwar im Einzelfall problematisch sein, da staatliche Hilfen regelmäßig unpfändbar und damit auch nicht abtretbar sind. Allein die Bereitschaft, dem Vermieter in Form einer Abtretung eine zusätzliche Sicherheit für seine Entgegenkommen zu erbringen, kann jedoch ein Indiz dafür sein, dass der Mieter an einer ehrlichen Zusammenarbeit interessiert ist. Abgesehen davon kann sich der Mieter gegenüber der Behörde regelmäßig dafür einsetzen, dass die staatlichen Hilfen unmittelbar an Dritte (hier: Vermieter) ausbezahlt werden. Dies wird teilweise insbesondere beim Wohngeld heute teilweise bereits so praktiziert.

Köln, den 23.03.2020

gez. Dr. Lützenkirchen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht