

**Titel:**

**Gewerberaummiete - Voraussetzungen für Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB wegen pandemiebedingter Betriebsuntersagung**

**Normenkette:**

BGB § 275, § 313 Abs. 1, § 326 Abs. 1, § 536 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Die pandemiebedingte Betriebsuntersagung in dem Zeitraum vom 18.03.2020 bis zum 27.04.2020 hat nicht zu einem Mangel der Mietsache iSv § 536 Abs. 1 BGB geführt. Es lag auch kein Fall der Unmöglichkeit iSv § 275 BGB vor. (Rn. 1 – 9)

2. Ein Anspruch nach § 313 Abs. 1 BGB auf Anpassung des Mietvertrages durch eine Herabsetzung oder Stundung der Miete ist in Ausnahmefällen trotz der grundsätzlich vorrangigen gesetzlichen Sonderregeln möglich. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu beachten. (Rn. 10 – 13 und 19 – 36)

**Schlagworte:**

Betriebsuntersagung, Gewerberaum, Vertragsanpassung, Mangel, Miete, Unmöglichkeit

**Vorinstanz:**

LG München II, Endurteil vom 06.10.2020 – 13 O 2044/20

**Fundstellen:**

DB 2021, 786

ZfIR 2021, 239

BeckRS 2021, 2593

NZM 2021, 226

LSK 2021, 2593

NJW 2021, 948

COVuR 2021, 223

ZMR 2021, 482

**Tenor**

Der Senat hat die Sach- und Rechtslage vorläufig beraten und weist zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung auf Folgendes hin:

Nach Auffassung des Senates führte die pandemiebedingte Betriebsuntersagung in dem Zeitraum vom 18.03.2020 bis zum 27.04.2020 nicht zu einem Mangel der Mietsache iSv § 536 Abs. 1 BGB. Es lag auch kein Fall der Unmöglichkeit iSv § 275 BGB vor. Ein Anspruch nach § 313 Abs. 1 BGB auf Anpassung des Mietvertrages durch eine Herabsetzung oder Stundung der Miete ist in Ausnahmefällen trotz der grundsätzlich vorrangigen gesetzlichen Sonderregeln möglich. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu beachten. Danach besteht im vorliegenden Fall für die Beklagte kein Anspruch auf Anpassung des Mietvertrages.

**Entscheidungsgründe**

1

1. Die in Ziffer 4. der Allgemeinverfügung vom 16.03.2020 (BayMBI. 2020, 143) enthaltene Untersagung der Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels, zu denen auch die gegenständliche Filiale der Beklagten rechnet, ab dem 18.03.2020 führte nicht zu einem Mangel der Mietsache iSv § 536 Abs. 1 BGB.

2

a) Nach der Rechtsprechung des BGH ist unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich

Geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache in Betracht kommen. Außer reinen Beschaffenheitsfehlern der Mietsache können unter anderem auch behördliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen ihre Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, dass sie einen Mangel im Sinne von § 536 BGB begründen. Letztere stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nur dann einen Mangel dar, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben (BGH, Urteil vom 20. November 2013 - XII ZR 77/12 -, Rn. 20, juris).

### 3

Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Pachtverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Pachtobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Pachtobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Pächters. Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich verpflichtet, den Pachtgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Pächter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Pachtsache trägt bei der Gewerberaummieta dagegen grundsätzlich der Mieter. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Pachtobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Pächters aufgrund eines nachträglich eintretenden Umstandes nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Pächters. Das gilt auch in Fällen, in denen es durch nachträgliche gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Pächters kommt (BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 - XII ZR 189/09 -, Rn. 9, juris).

### 4

b) Gemessen an diesen Grundsätzen, von denen abzuweichen der Senat keinen Anlass sieht, begründete die behördliche Untersagung der Öffnung der gegenständlichen Filiale keinen Mangel der Mietsache iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Untersagungsanordnung führt zu einem behördlichen Gebrauchshindernis. Das Gebrauchshindernis beruht aber nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts (vgl. Häublein/Müller, NZM 2020, 482, 485; Both in: Zehelein, Miete in Zeiten von Corona, 2020, S. 63 ff; Streyll, NZM 2020, 817, 819). Die Untersagung betrifft „das Öffnen“ bestimmter Arten von Geschäften. Die Allgemeinverfügung knüpft das Verbot nicht an die Substanz einer oder bestimmter Mietsache oder deren Zustand. Da die Allgemeinverfügung für ganz Bayern galt, spielt auch die Lage des Mietobjektes keine Rolle.

### 5

Etwas Anderes folgt auch nicht aus der Vereinbarung des Mietzwecks „zur Nutzung als Verkaufs- und Lagerräume eines Einzelhandelsgeschäftes mit sämtlichen Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs“. Zu der vertraglich geschuldeten „Sollbeschaffenheit“ gehört gerade die Eignung der Mietsache zu dem vertraglich geschuldeten Verwendungszweck (Kraemer in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 5. Aufl., Kap. III Rn. 2785). Der Vermieter hat auch für die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse einzustehen, die für die Benutzbarkeit der Mietsache maßgeblich sind. Der Umfang der mit der Vereinbarung eines Mietzweckes übernommenen Leistungspflicht des Vermieters ist durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont aus Sicht eines Mieters gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Ohne besondere Umstände, die hier nicht vorgetragen wurden, gehören nur rechtliche Umstände, die die körperliche Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage der Mietsache betreffen oder Einfluss auf sie haben, zum Leistungserfolg des Vermieters (Streyll NZM 2020, 817). Ein redlicher Mieter darf das Leistungsversprechen seines Vermieters im Zweifel nicht dahin verstehen, dieser wolle ihm die vereinbarte Nutzung unter allen erdenklichen Umständen gewährleisten (Häublein/Müller NZM 2020, 481, 484). So konnte auch die Beklagte im vorliegenden Fall die Vereinbarung des Mietzwecks nicht dahin verstehen, die Rechtsvorgängerin der Klägerin habe damit eine unbedingte Einstandspflicht für den Fall einer pandemiebedingten Öffnungsuntersagung übernehmen wollen.

### 6

2. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Miete für April 2020 ist auch nicht nach §§ 326 Abs. 1, 275 BGB entfallen.

## 7

Nach § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB entfällt bei einem gegenseitigen Vertrag der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht. Der Anspruch auf Leistung ist nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Wenn der Klägerin durch die Öffnungsuntersagung die Überlassung zur Nutzung als Verkaufsräume nachträglich unmöglich geworden ist, würde für den entsprechenden Zeitraum der Anspruch der Beklagten als Mieterin ausgeschlossen sein. Zugleich würde nach § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB entfallen. Die Leistung der Klägerin als Vermieterin könnte auch nicht nachgeholt werden (Kropek WM 2020, 726, 732).

## 8

Es kann offen bleiben, ob und in welchen Fällen das allgemeine Leistungsstörungenrecht neben den mietrechtlichen Gewährleistungsregeln anwendbar bleibt. Denn jedenfalls dann, wenn kein Mangel iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, werden die allgemeinen Regeln nicht verdrängt (vgl. Staudinger/V.Emmerich (2019) vor § 536 BGB Rn. 5 ff.). Im übrigen ist die Frage der Anwendbarkeit der §§ 275, 326 BGB schon deshalb nicht entscheidungserheblich, weil kein Fall der Unmöglichkeit iSv § 275 BGB vorliegt.

## 9

Denn das Leistungshindernis, das zur Unmöglichkeit führen soll, muss gerade die geschuldete Leistung betreffen. Jeder Anwendung des § 275 BGB muss daher eine Bestimmung der geschuldeten Leistung vorausgehen (MüKoBGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, § 275 BGB Rn. 34). Wie schon ausgeführt kann ein Mieter nach §§ 133, 157 BGB die Vereinbarung eines bestimmten Mietzweckes nicht dahin verstehen, dass der Vermieter das Beschaffungsrisiko für die Aufrechterhaltung einer allgemeinen Gesetzeslage übernimmt, bei der nicht aus Gründen, die in keinem Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Mietsache stehen, der Betrieb des konkreten Geschäfts des Mieters untersagt wird. Das Leistungshindernis besteht hier in der konkreten Öffnungsuntersagung. Der Mietvertrag begründet keine Pflicht des Vermieters, eine pandemiebedingte Öffnungsuntersagung zu verhindern oder zu beseitigen, um dem Mieter den Betrieb des als Mietzweck vereinbarten Geschäftes zu ermöglichen. Der Vermieter übernimmt nur das Risiko für die Änderung der gesetzlichen Bedingungen, die die Beschaffenheit der Mietsache betreffen (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1975 - VIII ZR 160/74 -, juris). Damit hat die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten auch in dem Zeitraum vom 18.03.2020 bis zum 27.04.2020, in dem die Beklagte ihre Filiale nicht öffnen durfte, erfüllt.

## 10

3. Aufgrund der vorläufigen Beratung neigt der Senat der Ansicht zu, dass eine Anpassung eines Mietvertrags im Hinblick auf die pandemiebedingten Einschränkungen des Geschäftsbetriebs auf Grundlage von § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich möglich ist.

## 11

a) Der Senat geht davon aus, dass in der Regel die gemeinsame Vorstellung der Vertragsparteien, dass es während der Vertragslaufzeit nicht zu einer Pandemie kommen wird, die sich ganz erheblich und weltweit auf den Handel und die sonstige Geschäftstätigkeit auswirkt und dass ein geregelter Geschäftsbetrieb überhaupt möglich ist, die Geschäftsgrundlage geworden ist (Streyll, NZM 2020, 817, 821; Häublein/Müller, NZM 2020, 482, 486).

## 12

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird die Geschäftsgrundlage gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsabschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut (BGH, Urteil vom 01. Februar 2012 - VIII ZR 307/10 -, Rn. 26, juris). Unter der „großen Geschäftsgrundlage“ versteht man die Erwartung, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen des Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern, dass die Sozialexistenz nicht erschüttert werde (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 BGB Rn. 17).

## 13

Die Betriebsuntersagungen anlässlich der Corona-Pandemie betreffen die große Geschäftsgrundlage. Soweit sich aus dem konkreten Fall nichts Anderes ergibt, geht der Senat davon aus, dass beide

Vertragsparteien bei Vertragsschluss die Vorstellung haben, der vom Mieter beabsichtigte Geschäftsbetrieb, der im Mietvertrag selbst durch Vereinbarung eines Mietzwecks mehr oder weniger konkret zum Gegenstand des Vertrages wird, sei generell möglich und werde nicht unabhängig vom Mietobjekt und unabhängig vom Mieter untersagt (vgl. BeckOGK/Martens, 1.1.2021, § 313 BGB Rn. 229; Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 1, 7).

#### 14

b) Die Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB ist nicht durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (Gesetz vom 27. März 2020, BGBl S. 569) ausgeschlossen.

#### 15

Grundsätzlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers die Folgen von durch Katastrophen verursachter allgemeiner Not durch Gesetz zu regeln (Palandt/Grüneberg, 80. Aufl., § 313 BGB Rn. 5). Soweit gesetzliche Sonderregeln vorhanden sind, schließen diese in ihrem Regelungsbereich die Anwendbarkeit von § 313 Abs. 1 BGB (BeckOGK/Martens, 1.1.2021, § 313 BGB Rn. 166). Ob eine Spezialregelung abschließend ist, unterliegt der richterlichen Wertung (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 BGB Rn. 139).

#### 16

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass die Regierung im Hinblick auf die Schließung u.a. von vielen Einzelhandelsgeschäften auch für große Unternehmen verschiedene wirtschaftliche Unterstützungsmaßnahmen plant (BT-Drs. 19/18110 S. 1). Es sei zu erwarten, dass sich auch bei Unternehmen, die zur Überwindung des pandemiebedingten finanziellen Engpasses auf staatliche Hilfen angewiesen sind, die Einnahmeverluste auf durchschnittlich mehr als zwei Monatsmieten belaufen werden (BT-Drs. 19/18110 S. 2). Dieses Problem wollte der Gesetzgeber dadurch lösen, dass das Recht der Vermieter zur Kündigung von Mietverhältnissen eingeschränkt wird. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung: „Wegen Mietschulden aus dem Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 dürfen Vermieter das Mietverhältnis nicht kündigen, sofern die Mietschulden auf den Auswirkungen der COVID19-Pandemie beruhen. Die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete bleibt im Gegenzug im Grundsatz bestehen.“ (BT-Drs. 19/18119 S. 4). Die Regelung stelle eine zeitlich begrenzte Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der (rechtzeitigen) Leistung befreit, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht (BT-Drs. 19/18110 S. 35). Wohl im Rahmen der politischen Entscheidungsfindung wurde von einer Aufhebung der Pflicht zur Mietzahlung abgesehen (vgl. Klimesch/Walther ZMR 2020, 556).

#### 17

In der Literatur wird daraus sowohl der Schluss gezogen, dass die Regelung abschließend ist (Klimesch/Walther ZMR 2021, 177 und ZMR 2020, 556), als auch der Schluss, dass eine Sperrwirkung Art. 240 § 2 EGBGB nicht entnommen werden kann (Streyll NZM 2020, 817, 823). Nach Auffassung des Senates kommt es zur Entscheidung dieser Frage darauf an, ob darauf abzustellen ist, ob überhaupt verschiedene Gesetze zur Abmilderung der Folgen der Geschäftsschließungen erlassen wurden, oder ob darauf abzustellen ist, ob gerade eine Regelung über die Anpassung der Miethöhe geschaffen bzw. ausdrücklich abgelehnt wurde. Der Senat neigt derzeit zu der Ansicht, dass das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht die Anwendbarkeit der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht vollständig ausschließt. Aus der systematischen Verortung der Vorschriften im EGBGB, ihrem Zweck und ihrem inneren Aufbau folgt, dass der Gesetzgeber die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien durch Art. 240 EGBGB nicht abschließend regeln, sondern nur spezifische Probleme einer schnellen vorübergehenden Lösung zuführen und die Stellung der Schuldner verbessern wollte (BeckOGK/Martens, 1.1.2021, § 313 BGB Rn. 236 f).

#### 18

Für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers spricht schon die Stellungnahme des BMJV vom 02.07.2020 (abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Miete/Corona\\_Miete\\_node.html](https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Miete/Corona_Miete_node.html)). Es wird darin klargestellt, dass Artikel 240 § 2 EGBGB keine abschließende Regelung zu den miet- und pachtrechtlichen

Folgen der COVID-19-Pandemie ist. Vor allem spricht für eine Anwendbarkeit der am 01.01.2021 in Kraft getretene Artikel 240 § 7 EGBGB, der mit Artikel 10 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht (Gesetz vom 22. Dezember 2020, BGBl S. 3328) im EGBGB eingefügt wurde. Nach Artikel 240 § 7 EGBGB wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat, wenn vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind. Nach dem Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 16.12.2020 (BT-Drs. 19/25322) stellt Artikel 240 § 7 EGBGB klar, dass die Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB in der besonderen Situation der COVID-19-Pandemie grundsätzlich anwendbar sind.

## 19

c) Die gesetzliche Risikoverteilung zwischen den Parteien eines Mietvertrages über gewerblich genutzte Räume steht einer Anwendung des § 313 BGB nicht entgegen.

## 20

Für die Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage ist grundsätzlich kein Raum, soweit es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2019 - XII ZR 125/18 -, BGHZ 223, 290-305, Rn. 37; BGH, Urteil vom 17. März 2010 - XII ZR 108/08 -, Rn. 15, juris). Die gesetzliche Risikoverteilung weist das Mängelrisiko grundsätzlich dem Vermieter zu (BGH, Urteil vom 23. Juni 2010 - VIII ZR 256/09 -, Rn. 22, juris). Eine Heranziehung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist im Anwendungsbereich der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nach den §§ 536 ff. BGB grundsätzlich ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 21. Februar 2008 - III ZR 200/07 -, Rn. 8, juris; BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991 - XII ZR 63/90 -, Rn. 19, juris; Bub in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. II Rn. 2025). Die diesen Bestimmungen zugrunde liegende gesetzliche Risikoverteilung darf nicht über die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage verändert werden (Staudinger/V.Emmerich (2019) vor § 536 BGB Rn. 18).

## 21

Wie bereits ausgeführt stellt eine pandemiebedingte Öffnungsuntersagung keinen Mangel dar, da die darin liegende Gebrauchsbeschränkung nicht unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Pachtobjekts in Zusammenhang steht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 - XII ZR 189/09, NJW 2011, 3151). Daraus folgt aber nicht zwingend, dass das Risiko deswegen gesetzlich ausschließlich dem Mieter zugewiesen ist. Zwar trägt das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache bei der Gewerberaummietsache grundsätzlich der Mieter (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2019 - XII ZR 125/18 -, BGHZ 223, 290-305, Rn. 32) und es fallen andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, in den Risikobereich des Mieters (BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 - XII ZR 189/09, NJW 2011, 3151; BGH, Urteil vom 17. März 2010 - XII ZR 108/08 -, Rn. 17, ZMR 2010, 598). Dies betrifft vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Es fällt 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 (BGH, Urteil vom 17. März 2010 - XII ZR 108/08 -, Rn. 17, ZMR 2010, 598).

## 22

Der Senat neigt zu der Ansicht, dass das Risiko, überhaupt ein Geschäft in der Mietsache mit dem mietvertraglich vereinbarten Mietzweck betreiben zu können, nicht ausschließlich in den Risikobereich des Mieters fällt. Denn die Öffnungsuntersagung, die dem Mieter in begrenztem Zeitraum die Möglichkeit nimmt, Gewinne zu erzielen, hängt in keiner Weise mit unternehmerischen Entscheidungen des Mieters zusammen, wie er im Rahmen des vereinbarten Mietzwecks am Markt Erfolg haben möchte. Der Senat geht davon aus, dass es die gemeinsame Vorstellung der Mietvertragsparteien war, dass überhaupt die Öffnung von Ladengeschäften möglich ist (vgl. Häublein/Müller, NZM 2020, 482, 487). Das vom Mieter zu tragende Verwendungsrisiko umfasst nicht auch das Risiko von Änderungen der großen Geschäftsgrundlage.

## 23

Dem steht auch die Rechtsprechung des BGH nicht entgegen. Der BGH hat entschieden, dass eine Risikoverteilung zu Lasten des Mieters für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit ausschließt, sich bei Verwirklichung des Risikos auf Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Etwas anderes könne allenfalls in extremen Ausnahmefällen gelten, in denen eine unvorhergesehene Entwicklung mit unter Umständen existentiell bedeutsamen Folgen für eine Partei eintritt (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2019 - XII ZR 125/18 -, BGHZ 223, 290-305, Rn. 37; BGH, Urteil vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 -, Rn. 42, juris). Das Risiko, dass ein behördliches Gebrauchshindernis einen Geschäftsbetrieb im Rahmen des Mietzwecks an sich verhindert und zwar unabhängig von dem konkreten Betrieb des Mieters und unabhängig von der Beschaffenheit und dem Zustand und der Lage des Mietobjekts, ist keiner der Mietvertragsparteien einseitig zugewiesen. Daher kommt es für die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 313 Abs. 1 BGB nicht darauf an, ob das Festhalten an dem Vertrag den Mieter in eine die wirtschaftliche Existenz bedrohliche Lage bringt.

## 24

4. Auch die konkrete vertragliche Risikoverteilung steht einer Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

## 25

Die Parteien können sich in ihrem Vertrag über die Zuweisung von Risiken einigen (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 BGB Rn. 61), insbesondere können die Parteien die gesetzliche Risikoverteilung vertraglich ändern (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2019 - XII ZR 125/18 -, BGHZ 223, 290-305, Rn. 32; BGH, Urteil vom 17. März 2010 - XII ZR 108/08 -, Rn. 18, juris). Die Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) scheidet aus, wenn bereits der Vertrag nach seinem gegebenenfalls durch (ergänzende) Auslegung zu ermittelnden Inhalt Regelungen über das Fehlen, den Wegfall oder die Veränderung bestimmter Umstände enthält (BGH, Urteil vom 12. 7. 2013 - V ZR 122/12, NJW 2013, 3779 Rn. 18).

## 26

Aus dem als K 1 vorgelegten Mietvertrag ergibt sich - soweit erkenntlich - keine vom Gesetz abweichende Risikoverteilung. Die Parteien haben keine Regelungen getroffen, aus denen eine Risikoverteilung im Falle nachträglicher genereller Schließungsanordnungen entnommen werden kann. Auch aus der Mietstruktur oder aus dem Datum des Vertragsschlusses lassen sich keine Hinweise auf eine besondere vertragliche Regelung der Risikoverteilung entnehmen.

## 27

5. Nach Auffassung des Senates haben sich durch die pandemiebedingten Betriebsuntersagungen Umstände im Sinne von § 313 Abs. 1 BGB, die zur Grundlage des Mietvertrags geworden sind, schwerwiegend geändert. Die Parteien hätten den Vertrag mit einem anderen Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.

## 28

a) Nicht jede geringfügige Änderung oder Abweichung von den Parteivorstellungen kann die Stabilität des geschlossenen Vertrages in Frage stellen. Nur erhebliche Grundlagenstörungen rechtfertigen einen Eingriff in die vertraglichen Vereinbarungen. Grundsätzlich muss für jeden Vertrag und für jede konkrete Situation gesondert bestimmt werden, ob eine erhebliche Grundlagenstörung vorliegt (BeckOGK/Martens, 1.1.2021, § 313 BGB Rn. 108). Bei vorübergehender Störung eines Dauerschuldverhältnisses ist auf ihre voraussichtliche Dauer abzustellen (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 BGB Rn. 58; Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 1, 8).

## 29

Der Umstand, dass der Mieter durch eine Betriebsuntersagung, die unabhängig von seinem konkreten Betrieb generell den Betrieb eines Geschäftes dieser Art untersagt, stellt nach Auffassung des Senates eine schwerwiegende Änderung iSv § 313 Abs. 1 BGB dar. In dem Zeitraum der verordneten Schließung kann ein Umsatz durch den Verkauf von Waren in den Geschäftsräumen nicht erzielt werden. Die Räume sind allenfalls teilweise als Lagerräume zu nutzen. Zugleich dienen sie in bestimmten Einzelfällen der Werbung mit der Marke. In der Regel rechtfertigt dieser verbleibende Nutzen in keiner Weise den vereinbarten Mietzins. Bei einer Dauer der Schließung von 5 Wochen ist diese Änderung der Umstände schwerwiegend. Allenfalls bei einer Betriebsuntersagung von einigen Tagen wäre bezogen auf den gegenständlichen

Mietzins für einen Monat die Veränderung der Umstände nicht schwerwiegend. Es ist auch davon auszugehen, dass Betriebsferien von zwei Wochen allgemein einkalkuliert werden, und auch ihr erzwungenes Datum ändert nichts daran, dass ein Unternehmer solche kurzen Betriebsunterbrechungen ohne dauerhafte Nachteile bewältigen kann (vgl. BeckOGK/Martens, 1.1.2021, § 313 BGB Rn. 248).

### 30

Auch die tatsächliche Vermutung in Artikel 240 § 7 Abs. 1 EGBGB spricht für die Annahme einer schwerwiegenden Änderung. Nach Artikel 240 § 7 Abs. 1 EGBGB wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat, wenn vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind. Der Sachvortrag der Klageseite ist nicht geeignet, die Vermutung zu widerlegen.

### 31

b) Der Senat geht davon aus, dass die Vertragsparteien den Vertrag mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Veränderung der Umstände durch die pandemiebedingten Betriebsuntersagungen vorhergesehen hätten. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vertragsparteien pandemiebedingte Betriebsuntersagungen vorhergesehen haben. Es ist anzunehmen, dass der streitgegenständliche Mietvertrag von der Beklagten jedenfalls nicht ohne eine Möglichkeit der Mietanpassung geschlossen worden wäre, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhergesehen hätte, dass der Betrieb des Geschäftes für längere Zeiträume allgemein untersagt werden würde (vgl. Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 1, 8).

### 32

6. Ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages setzt weiter voraus, dass das Festhalten an dem Vertrag für eine Seite unzumutbar ist.

### 33

Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt gemäß § 313 Abs. 1 BGB noch nicht zu einer Vertragsanpassung. Es muss hinzukommen, dass dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (BGH, Urteil vom 01. Februar 2012 - VIII ZR 307/10 -, Rn. 30, juris).

### 34

Die Prüfung dieser Voraussetzung erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 234/18 -, Rn. 23, juris), insbesondere auch der Vorteile, die der betroffenen Partei neben den Nachteilen aus den eingetretenen Veränderungen erwachsen sind (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1994 - XI ZR 189/93 -, Rn. 22, juris). Dabei ist auch zu erwägen, dass der Gesetzgeber verschiedene Maßnahmen ergriffen hat, um die wirtschaftlichen Folgen der pandemiebedingten Betriebsschließungen für die betroffenen Unternehmen abzufedern. Er hat dabei Kriterien dafür aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen Hilfsleistungen erhält. Wenn der Senat auch der Auffassung ist, dass § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich anwendbar ist, darf die Anwendung aber nicht dazu führen, dass gesetzgeberische Wertungen umgangen werden. Die Anwendung muss daher auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, bei denen ein Festhalten an der vereinbarten Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnis führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1994 - XI ZR 189/93 -, Rn. 22, juris).

### 35

Der Senat ist deshalb auch nicht der Auffassung, dass eine Herabsetzung der Miete nach einem objektiven Schema erfolgen kann wie bspw. der hälftigen Herabsetzung unter vorheriger Anrechnung von tatsächlich erfolgten oder nur möglichen Hilfsleistungen. Denn dann würde die Vertragsanpassung lediglich an die Stelle der Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB treten, bei der es auf die Unzumutbarkeit der Zahlung der vollständigen Miete für den Mieter nicht ankommt. Ein Abstellen auf den konkreten Fall bedeutet nicht nur,

dass die tatsächlichen oder möglichen Hilfeleistungen für den Mieter in eine feststehende Formel eingefügt werden. Vielmehr erfordert eine Betrachtung aller konkreter Umstände des Einzelfalles auch gerade die Beachtung der wirtschaftlichen Situation des Mieters und auch des Vermieters. Dabei kann es eine Rolle spielen, wie viele Jahre der Mietvertrag schon besteht und wie der Umsatz und Gewinn der letzten Jahre war, so dass eine Möglichkeit bestand, Rücklagen zu bilden. Da die wirtschaftliche Situation des Mieters zu berücksichtigen ist, kann es bei einem Konzern sogar auf die Konzernmutter ankommen. Es verbietet sich allerdings jede schematische Betrachtungsweise.

### **36**

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung, die Zahlung der vollen Miete im Monat April 2020 sei für den Mieter unzumutbar gewesen, nicht zwingend zu einem Anspruch auf Herabsetzung der Miete führen muss, der der Klage des Vermieters auf Mietzahlung als Einrede entgegenhalten werden kann (Bub in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. II Rn. 2098). Vielmehr kann der Anspruch auch auf eine Stundung der Miete gerichtet sein. Dann wäre der Einwand des Mieters nur entscheidungserheblich, wenn eine Anpassung des Mietvertrages in Form einer Stundung der Miete über den Termin der letzten mündlichen Verhandlung hinaus erforderlich ist.

### **37**

7. Gemessen an diesen Grundsätzen liegen nach den von dem Senat nach § 529 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigenden Umständen die Voraussetzungen einer Herabsetzung der Miete nach § 313 Abs. 1 BGB nicht vor.

### **38**

Die Beklagte trägt vor, sie habe in der gegenständlichen Filiale aufgrund der angeordneten Schließung vom 18.03.2020 bis zum 27.04.2020 gemessen am Nettoumsatz Einbußen im Verhältnis zu den beiden Vorjahren im Umfang von durchschnittlich 47,68% für den März und von durchschnittlich 78,56% für den April 2020 erlitten. Dies habe zu einer erheblichen Liquiditätslücke geführt, so dass eine Zahlung der Aprilmiete nicht möglich gewesen sei. Auch eine Kompensation durch das Online-Geschäft sei nicht möglich gewesen. Die Belegschaft sei in Kurzarbeit geschickt worden. Eine staatliche Finanzierungsunterstützung habe nicht erreicht werden können.

### **39**

Auf Grundlage dieses Vortrags wäre ein Anspruch auf Herabsetzung der Miete für März oder April 2020 nur möglich, wenn der Anspruch - wie es teilweise in der Literatur vertreten wird - allein vom Rückgang des Umsatzes ohne Ansehen der wirtschaftlichen Situation des Mieters abhinge und auch allein das Äquivalenzverhältnis des konkreten Vertrages zu beurteilen wäre. Nach Auffassung des Senates ist die Anwendbarkeit unter Berücksichtigung der Wertungen des Gesetzgebers aber auf die Ausnahmefälle beschränkt, in denen die Mietzahlung für den Mieter aus wirtschaftlichen Gründen untragbar ist.

### **40**

Für das Corona-Soforthilfe-Programm des Bundes waren nur kleine Unternehmen mit bis zu 10 Beschäftigten antragsberechtigt. Daran schloss mit der Überbrückungshilfe I ein Bundesprogramm zur Erstattung der betrieblichen Fixkosten bei Coronabedingten Umsatzausfällen an. Damit sollten auch gerade Unterstützung für die Mietkosten geleistet werden. Antragsberechtigt waren kleine und mittlere Unternehmen, die von den drei Kriterien 43 Mio. Euro Bilanzsumme, 50 Mio. Euro Umsatzerlös oder 249 Beschäftigte im Jahresdurchschnitt höchstens eines überschritten, Ziffer 2.1.b der Richtlinie für die Gewährung von Überbrückungshilfe des Bundes für kleine und mittelständische Unternehmen - Phase 1 (Überbrückungshilfe I) vom 07.07.2020, BayMBI. Nr. 397. Nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien überschreitet die Beklagte alle drei Kriterien.

### **41**

Möglich waren damit nur Leistungen aus dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds, der der Stabilisierung von Unternehmen der Realwirtschaft durch Überwindung von Liquiditätsengpässen und durch Schaffung der Rahmenbedingungen für eine Stärkung der Kapitalbasis von Unternehmen dient, deren Bestandsgefährdung erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaft, die technologische Souveränität, Versorgungssicherheit, kritische Infrastrukturen oder den Arbeitsmarkt hätte, § 16 Abs. 1 WStFG. Die Beklagte hat unstreitig Leistungen aus dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds nicht erhalten. Sie hat dabei nicht vorgetragen, ob sie überhaupt solche Leistungen beantragt hat.



**42**

Es kann dahinstehen, ob die Beklagte Anspruch auf Leistungen nach dem WStFG hatte. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber grundsätzlich den Rahmen für Unterstützungsleistungen auch für Unternehmen wie die Beklagte mit rund 2600 Filialen in Deutschland und 26.000 Mitarbeitern geschaffen hat, deren Konzernmutter auch Supermärkte und Baumärkte betreibt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Miete für April 2020 zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnis führen würde. Die Beklagte trägt nicht vor, dass ein Ausnahmefall vorliegt, der es aufgrund der besonderen wirtschaftlichen Situation der Beklagten erforderlich macht, trotz eines grundsätzlich vorhandenen Rahmens für Hilfeleistungen im Einzelfall die Miete anzupassen oder zu stunden.

**43**

8. Die Parteien können zu dem Hinweis binnen 2 Wochen ab Zustellung Stellung nehmen.