

# Fortgeschrittenenklausur: Das Restaurant in der Corona-Krise\*

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld\*\*

*Bei der Klausur handelt sich um eine sehr anspruchsvolle Aufgabe, deren Lösung sowohl gute Kenntnisse des Mietrechts als auch des allgemeinen Schuldrechts sowie die Fähigkeit im Umgang mit unbekanntem (weil neuen) Vorschriften erfordert. Zudem handelt es sich um einen komplexen Sachverhalt. Vor diesem Hintergrund ist auch der unten folgende Lösungsvorschlag zu sehen. Von den Kandidaten kann eine derart umfassende und detaillierte Aufarbeitung des Falls keineswegs erwartet werden. Dies gilt insbesondere mit Blick auf einige der im Folgenden dargestellten Streitfragen, bei denen weder eine Kenntnis der Streitstände verlangt werden kann, noch die hier vorgeschlagene Lösung als einzige Richtige anzusehen wäre. Vielmehr sind an vielen Stellen abweichende Ansichten sehr gut vertretbar. Für eine gute Arbeit sollte vielmehr eine in sich schlüssige Lösung unter Berücksichtigung aller im Fall aufgeworfenen Probleme mit Hilfe des grundlegenden juristischen Handwerkszeugs ausreichen – also eine Arbeit, die eine nachvollziehbare Struktur, ein gutes Problembewusstsein und eine überzeugende Argumentation darbietet.*

## Sachverhalt

Am 1.10.2014 haben M und V einen schriftlichen Mietvertrag über Räume in der Bielefelder Innenstadt geschlossen, in denen M ein Restaurant betreiben wollte. In dem Mietvertrag heißt es unter anderem:\*

### § 1 Mietgegenstand

Der Vermieter vermietet an den Mieter die in [...] belegenen Räume, bestehend aus einem Schankraum (200 qm), einer Küche (25 qm) und einem Lagerraum (25 qm). [...].

### § 2 Mietzweck

Das Mietobjekt wird zum Zwecke des Betriebes einer Gaststätte vermietet. Der Mieter wird das Mietobjekt ausschließlich zur Erwirtschaftung von Erträgen aus der Schank- und Speisewirtschaft nutzen. Der Mieter ist nicht befugt, den gewerblichen Charakter des Mietobjektes zu ändern.

---

\* Die Klausur wurde im Mai 2020 im Bielefelder Klausurenkurs zur Examensvorbereitung gestellt. Die behandelten Probleme und der Lösungsvorschlag basieren auf einem Vortrag, den der Autor im Rahmen der Online-Tagung „Vertragsrecht in der Corona-Krise“ gehalten hat. Der Vortrag ist abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=IHXWNMsBjWk&feature=youtu.be> (26.5.2020).

\*\* Der Autor ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld.

### § 3 Mietzeit

Das Mietverhältnis wird auf die Dauer von 10 Jahren fest abgeschlossen; es beginnt am 1.1.2015 und endet am 31.12.2025.

### § 4 Miete, Zahlungsweise

(1) Es wird eine monatliche Miete i.H.v. 2.500 € vereinbart.

(2) Der Mieter trägt zudem alle verbrauchsabhängigen Betriebskosten; diese sind in der Anlage 3 (Betriebskosten) genauer bezeichnet. Hierfür entrichtet der Pächter monatlich einen Vorauszahlungsbetrag i.H.v. 833 €. Die übrigen Betriebskosten sind in der Miete enthalten. [...].

(3) Die Miete ist monatlich im Voraus, bis spätestens zum dritten Werktag eines jeden Monats auf das Konto des Vermieters [...] zu überweisen. [...].

### § 9 Kautions

Der Mieter leistet an den Vermieter eine Kautions zur Sicherung aller Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis. Die Kautions ist vor Übergabe der Mietsache zu entrichten. Die Kautions ist als Barkautions, auf Wunsch des Pächters auch als Bankbürgschaft eines in Deutschland zum Bankgeschäftsbetrieb zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen. Die Kautions beträgt 3.000 €. [...].

### § 21 Sonstiges

Abweichend von § 367 BGB wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Hauptleistung, dann auf die Kosten und schließlich auf die Zinsen angerechnet. [...].

Jahrelang lief das Mietverhältnis zwischen M und V ohne Zwischenfälle. Anfang 2020 kam es jedoch unerwartet zu einer weltweiten Pandemie eines Coronavirus (SARS-CoV-2-Virus), der die mitunter lebensgefährliche Lungenkrankheit COVID-19 verursacht. Aus diesem Grund wurde in NRW die CoronaSchVO-NRW erlassen, die am 16.3.2020 in Kraft trat und in der es unter anderem heißt:

### § 9 Gastronomie

(1) Der Betrieb von Restaurants, Gaststätten, Imbissen, Mensen, Kantinen, Kneipen, (Eis-)Cafés und anderen gastronomischen Einrichtungen ist untersagt. [...].

(2) Abweichend von Absatz 1 sind die Belieferung mit Speisen und Getränken sowie der Außer-Haus-Verkauf durch Restaurants, Gaststätten, Imbisse, Mensen, (Eis-)Cafés und Kantinen zulässig. Für den Außer-Haus-Verkauf gilt dies nur, wenn geeignete Vorkehrungen zur Hygiene, zur Steuerung des Zutritts, zur Vermeidung von Warteschlangen und zur Gewährleistung eines Mindestabstands von 1,5 Metern gewährleistet sind. Der Verzehr in der gastronomischen Einrichtung und in einem Umkreis von 50 Metern um die gastronomische Einrichtung ist untersagt. [...].

M traf die Schließung seines Restaurants wirtschaftlich sehr. Ohne die Einnahmen aus dem Betrieb musste er zur Lebenshaltung auf seine Rücklagen zurückgreifen, welche allerdings schon Ende März aufgebraucht waren. M überlegte sogar seine als Altersvorsorge gedachte Kapitallebensversicherung zu kündigen – was jedoch nur mit einem erheblichen Verlust möglich wäre. Er entschied sich allerdings letztlich dagegen und lieh sich etwas Geld von einem Freund, um die nächsten Monate „zumindest nicht verhungern zu müssen“. Nachdem M Ende März in der Tagespresse gelesen hatte, dass Mieter wegen des sog. „Corona-Rettungsgesetzes“<sup>1</sup> keine Miete mehr zahlen müssten, stellte er die Mietzahlung an V ab April 2020 ein.

Mitte Mai erklärte V gegenüber M wegen des Zahlungsverzugs telefonisch die außerordentliche fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung und verlangte Räumung des Restaurants. M erklärte, er sei gar nicht verpflichtet die Miete zu zahlen und verwies auf das „Corona-Rettungsgesetz“ sowie auf „das allgemeine Zivilrecht“. V habe versprochen ihm (M) Räume für den Betrieb einer Gaststätte zu überlassen – hierzu seien die Räume aber wegen der CoronaSchVO-NRW derzeit nicht geeignet. Dass die Räume derzeit wirtschaftlich wertlos seien, sei allein Vs Problem. Selbst wenn das anders sein sollte, hätte er (M), wenn er die Pandemie bei Vertragsschluss vorhergesehen hätte, den Vertrag sicherlich so nicht abgeschlossen. V hätte sich redlicher Weise – wäre ihnen beiden bei Vertragsschluss die Möglichkeit einer solchen Situation in den Sinn gekommen – auf eine entsprechende Vertragsanpassungsklausel einlassen müssen.

V erwidert, aufgrund des Corona-Rettungsgesetzes könne M die Mietzahlung nicht verweigern. Und auch sonst gäbe es keinen Grund, warum M nicht die volle Miete zahlen müsse. In dem durch das Corona-Rettungsgesetz eingeführten Art. 240 § 2 EGBGB werden die Interessen zwischen Mietern und Vermietern abschließend geregelt, sodass ein Rückgriff auf das „allgemeine Zivilrecht“ nicht in Betracht kommt. Zudem habe er (V) dem M nur die Überlassung von Räumen versprochen und diese hätte M ja auch zum Gebrauch bekommen. An den Räumen selbst sei (was zutrifft) schließlich nichts auszusetzen. Ob M mit den Räumen wie erhofft Gewinn machen kann, sei nicht sein (Vs) Problem, sondern das Risiko des M. Zudem könne er (V) ja nichts für die Schließung des Restaurants – ihm sei auch gar nicht möglich dafür zu sorgen, dass M das Restaurant wieder öffnen könne. Er wird wohl kaum zu etwas verpflichtet sein, was ihm nicht möglich ist. Und auf etwaige wirtschaftliche Schwierigkeiten wegen der Corona-Pandemie hätte M ihn (V) schon vor der Kündigung hinweisen müssen – auf die erfolgte Kündigung könne das keine Auswirkungen mehr haben. Zudem könne er (V) nicht glauben, dass M nicht irgendwie Mittel hätte beschaffen können, um die Miete zu zahlen.

M entgegnet, dass er das Risiko, mit den Räumen Gewinn zu erwirtschaften, wohl kaum selbst bei einer Pandemie wie der derzeitigen vollständig allein tragen müsse. Ferner könne

es nicht sein, dass er für etwas zahlen müsse dessen Erbringung, wie V schließlich selbst festgestellt habe, unmöglich sei. Er (M) sei zwar überzeugt, nichts zahlen zu müssen, er sei aber bereit, über die Vertragsmodalitäten zu reden. V lehnt das wütend ab, kündigt an, dass M von seinem Anwalt hören werde, und legt auf.

Nach dem Telefonat ist M unsicher, ob es so eine gute Idee war, seinen Laden vollständig zu schließen. Um zumindest etwas zu verdienen, stellt M das Geschäftsmodell auf einen Außer-Haus-Lieferdienst um. Dafür ist zwar der Schankraum überflüssig, aber immerhin die Küche und der Abstellraum werden genutzt. Während sich der Lieferdienst zunächst noch zögerlich entwickelt, kommt das Geschäft ab Mitte Juni richtig in Fahrt. Deshalb kann M ab Juli 2020 auch wieder etwas Miete bezahlen und nimmt die Zahlungen „unter Vorbehalt“ in Höhe von 2.000 € für Miete und weiterer 500 € als Betriebskostenvorauszahlung pro Monat wieder auf. Mit Wirkung zum 16.9.2020 wird § 9 CoronaSchVO-NRW außer Kraft gesetzt und M nimmt den normalen Geschäftsbetrieb wieder auf. Ab Oktober 2020 zahlt M wieder die volle Miete in Höhe von 3.333 € pro Monat.

Mitte Oktober erklärt V gegenüber M, dass er (V) sich mit Blick auf die ausstehende Grundmiete soweit wie möglich „aus der geleisteten Barkaution befriedigt“ und fordert M zur Zahlung „der restlichen 9498 €“ sowie „zur Wiederauffüllung der Kaution“ auf. Nachdem M der Zahlungsaufforderungen des V in den Folgemonaten nicht nachgekommen ist, kündigt V dem M am 1.12.2020 außerordentlich und fristlos wegen Verletzung der Pflicht zur Kautionsauffüllung. Obwohl M nicht glaubt, dass der Mieterschutz des Corona-Rettungsgesetzes über einen solchen Trick ausgehebelt werden kann, überweist er dem V am 15.12.2020 die 3.000 € „zur Wiederauffüllung der Kaution“. Am 10.10.2021 erhält M eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020, welche einen Soll von 1.000 € ausweist. M überweist den Betrag noch im selben Monat an V. Im Übrigen zahlt M weiterhin lediglich die vereinbarten 3.333 € monatlich. Am 1.7.2022 fordert V den M abermals zur Zahlung von „offenen Beträgen i.H.v. 6.000 €“ auf. M erwidert, er finde man müsse doch jetzt quitt sein. Als M in den Folgemonaten weiter nur die Miete i.H.v. jeweils 3.333 € überweist, erklärt V am 5.9.2022 gegenüber M erneut wegen Zahlungsverzugs die außerordentliche fristlose Kündigung. V verlangt von M die Räumung des Restaurants sowie die Zahlung von 6.000 €.

### Fallfrage 1

Kann V von M die Zahlung von 6.000 € verlangen?

### Fallfrage 2

Unterstellen Sie, dass M im Zeitraum vom 16.3. bis zum 16.9.2020 nur zur Zahlung einer um 40 % reduzierten Miete verpflichtet war. Kann V von M die Räumung des Restaurants verlangen?

<sup>1</sup> Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.3.2020 = BGBl. I 2020, S. 569 ff. (s.u.).

**Hinweise zur Bearbeitung**

Prüfen Sie die Fragen gutachterlich und gehen sie auf alle aufgeworfenen Rechtsprobleme – ggf. hilfsgutachterlich – ein. Gehen Sie dabei von einem Bearbeitungsstand am 6.9.2022 aus.

Anlage 3 des Mietvertrags ist nicht abgedruckt. Auf § 240 BGB wird hingewiesen.

Durch Art. 5 i.V.m. Art. 6 Abs. 5 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (Corona-Rettungsgesetz) wurde (soweit für diesen Fall relevant) mit Wirkung zum 1.4.2020 ein neuer Art. 240 in das EGBGB eingeführt, der wie folgt lautet:

**Art. 240 EGBGB***§ 1 Moratorium*

(1) Ein Verbraucher hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn dem Verbraucher infolge von Umständen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind.

(2) Ein Kleinunternehmen im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36) hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Vertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn infolge von Umständen, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind,

1. das Unternehmen die Leistung nicht erbringen kann oder
2. dem Unternehmen die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs nicht möglich wäre.

Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung seines Erwerbsbetriebs erforderlich sind.

(3) [...].

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten ferner nicht im Zusammenhang

1. mit Miet- und Pachtverträgen nach § 2, mit Darlehensverträgen sowie
  2. mit arbeitsrechtlichen Ansprüchen.
- [...].

*§ 2 Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen*

(1) Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.

(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.

*§ 3 Regelungen zum Darlehensrecht*

[...].

Von der Möglichkeit zur Verlängerung des Zeitraums von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB nach Art. 5 § 4 des Corona-Rettungsgesetzes hat die Bundesregierung keinen Gebrauch gemacht.

**Lösungsvorschlag zu Fallfrage 1****I. Anspruch entstanden**

Nach § 535 Abs. 2 BGB ist der Mieter verpflichtet dem Vermieter die vereinbarte Miete zu zahlen. V und M haben am 1.10.2014 einen Mietvertrag geschlossen, indem sich M zur Zahlung von 3.333 € Miete pro Monat verpflichtet hat. In den Monaten April–Juni 2020 hat M allerdings keine Miete gezahlt und in den Monaten Juli, August und September erfolgten nur Zahlungen i.H.v. 2.500 €. Somit könnten am 4.9.2020 Mietrückstände des M i.H.v. insgesamt 12.498 € angelaufen sein. M glaubt allerdings wegen der Untersagung seines Betriebs nach § 9 CoronaSchVO-NRW gar nicht zur Zahlung von Miete verpflichtet gewesen zu sein. Es stellt sich also die Frage, ob die Pflicht des M zur Zahlung der Miete unter Berücksichtigung der behördlichen Schließung des Restaurants entfallen oder zumindest reduziert wurde.

*1. Befreiung von der Mietzahlungspflicht nach Art. 240 EGBGB*

M meint, schon aus dem sog. Corona-Rettungsgesetzes ergäbe sich, dass er nicht zur Zahlung der Miete verpflichtet sei. Aus der einschlägigen Regelung – nämlich dem neu eingeführten Art. 240 EGBGB – folgt jedoch kein Erlöschen oder eine Stundung der Zahlungspflichten des M gegenüber V. Nach Art. 240 § 1 Abs. 4 EGBGB gilt das Moratorium in Art. 240 § 1 Abs. 1 bzw. 2 EGBGB nicht für Mietverhältnisse. Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB begründet seinem Wortlaut nach kein Leistungsverweigerungsrecht für Mieter, sondern schließt lediglich das Zahlungsverzugskündigungsrecht in be-

stimmten Konstellationen aus.<sup>2</sup> Aus Art. 240 EGBGB ergibt sich somit keine Befreiung des M von seiner Pflicht zur Mietzahlung.

### 2. Befreiung bzw. Reduzierung der Mietzahlungspflicht nach den allgemeinen Regeln des BGB

M könnte jedoch auf Grundlage der allgemeinen Bestimmungen des BGB von der Pflicht zur Mietzahlung befreit bzw. nur zur Zahlung einer reduzierten Miete verpflichtet sein. In Betracht kommen insoweit die Minderung nach § 536 BGB, die Befreiung von der Gegenleistungspflicht wegen Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 275 BGB sowie die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB.

#### a) Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts?

Voraussetzung für einen Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen des Zivilrechts ist jedoch zunächst, dass Art. 240 § 2 EGBGB diesbezüglich keine Sperrwirkung entfaltet. V wendet ein, dass es sich bei der Vorschrift um eine abschließende Regelung hinsichtlich des Interessenausgleichs zwischen Vermietern und Mietern wegen der Beeinträchtigungen durch die Corona-Pandemie handelt. Ihrem Wortlaut nach regelt die Bestimmung allerdings nur Fälle, in denen der Mieter eine fällige Miete nicht zahlt.<sup>3</sup> Es wird also eine Pflicht zur Mietzahlung vorausgesetzt.<sup>4</sup> Die Frage, inwieweit überhaupt eine Pflicht zur Zahlung der Miete besteht, regelt Art 240 § 2 EGBGB jedoch nicht. Zwar ging der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass die Pflicht zur Mietzahlung wegen der Corona-Pandemie nicht per se entfällt, sonst wäre die Regelung letztlich überflüssig gewesen.<sup>5</sup> Daraus folgt aber nicht, dass Art. 240 § 2 EGBGB einem Rückgriff auf das allgemeine Zivilrecht entgegensteht.<sup>6</sup> Offensichtlich dient die Bestimmung primär dem Schutz von Mietern vor dem Verlust der Mieträume wegen pandemiebedingten Zahlungsverzugs. Eine Besserstellung der Vermieter wird durch die Regelung soweit erkennbar jedoch nicht beabsichtigt. Wenn also aus den Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts ein Ausschluss oder eine Reduzierung der Pflichten des Mieters zur Zahlung der Miete folgt, steht Art. 240 § 2 EGBGB dem nicht entgegen.<sup>7</sup>

*Hinweis:* A.A. vertretbar.<sup>8</sup>

#### b) Minderung

M könnte in der Zeit vom 16.3.2020 bis zum 16.9.2020 wegen einer Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB ganz oder

zumindest teilweise von der Pflicht zur Mietzahlung befreit gewesen sein. Nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Mieter für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu zahlen. Wenn die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch vollständig aufgehoben ist, entfällt die Pflicht zur Mietzahlung nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB sogar komplett. Voraussetzung für die Minderung ist allerdings, dass die Mietsache einen Mangel hat. Der BGH definiert den Mangel der Mietsache in ständiger Rechtsprechung als „für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten Zustand“.<sup>9</sup> Fraglich ist, ob die Beschränkungen des Restaurantbetriebs des M durch § 9 CoronaSchVO-NRW einen solchen Mangel begründen. Zum Zustand der Mietsache zählen dabei neben ihrer physischen Beschaffenheit alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, sofern diese mit der Sache zusammenhängen.<sup>10</sup> Der Zustand erfasst somit nicht nur physische Eigenschaften der Mietsache, sondern auch Umweltbeziehungen.<sup>11</sup> So folgt aus § 536 Abs. 3 BGB, dass sogar Störungen des Mieters durch bloße Rechte Dritter einen Mangel begründen können. Allerdings setzt auch der sog. Umweltmangel einen Zusammenhang mit der Mietsache voraus.<sup>12</sup> Ob ein solcher Zusammenhang zur Mietsache mit Blick auf die Einschränkungen durch § 9 CoronaSchVO-NRW gegeben ist, scheint indes fraglich.

M macht geltend, V schulde die Überlassung von Räumen für den Betrieb einer Gaststätte und sei seiner diesbezüglichen Pflicht nicht nachgekommen, weil die überlassenen Räume vom 16.3.–16.9.2020 wegen der CoronaSchVO-NRW nicht zum Betrieb einer Gaststätte geeignet waren. Dass die Räume in dieser Zeit „wirtschaftlich wertlos“ gewesen sind, sei allein Vs Problem.

V hingegen ist der Auffassung, er schulde lediglich die Überlassung der vereinbarten Räume und wäre insofern seiner Pflicht nachgekommen. Ob M mit den Räumen wie erhofft Gewinn machen kann, sei das Risiko des M.

Die Beurteilung, wer Recht hat, richtet sich letztlich danach, worin der von V geschuldete Leistungserfolg besteht.<sup>13</sup> Schuldet der V dem M – wie V meint – lediglich die Überlassung von Räumen, die aufgrund ihrer Beschaffenheit für den vertragsgemäßen Gebrauch geeignet sind? Oder schuldet der V dem M – wie M glaubt – darüber hinaus auch generell die Ermöglichung des vertragsgemäßen Gebrauchs?

Die Bestimmung des geschuldeten Leistungserfolgs ist letztlich eine Frage der Vertragsauslegung. Nach § 1 des Mietvertrags wird das Mietobjekt „zum Zwecke des Betriebes einer Gaststätte vermietet“. Aus der Formulierung „zum Zwecke“ scheint sich zu ergeben, dass V lediglich die Überlassung von Räumen schuldet, die aufgrund ihrer Beschaf-

<sup>2</sup> *Börstinghaus*, ZAP 2020, 411 (413); *Lindner*, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

<sup>3</sup> *Streyl*, in: Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 3 Rn. 88.

<sup>4</sup> *Streyl* (Fn. 3), § 3 Rn. 88.

<sup>5</sup> *Streyl* (Fn. 3), § 3 Rn. 88.

<sup>6</sup> *Streyl* (Fn. 3), § 3 Rn. 88.

<sup>7</sup> Wie hier: *Weller/Thomale*, BB 2020, 962; *Warmuth*, Co-VuR 2020,16 (17).

<sup>8</sup> So z.B. *Drygala*, LTO v. 30.3.2020, abrufbar unter [www.lto.de/persistent/a\\_id/41145/](http://www.lto.de/persistent/a_id/41145/) (1.5.2020).

<sup>9</sup> BGH NJW-RR 1991, 204.

<sup>10</sup> *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 18.

<sup>11</sup> *Weller/Thomale*, BB 2020, 962.

<sup>12</sup> BGH NJW 2013, 680 (680 Rn. 8).

<sup>13</sup> *Streyl* (Fn. 3), § 3 Rn. 67.

fenheit für den Betrieb einer Gaststätte geeignet sind und nicht auch die Ermöglichung des Betriebs selbst schuldet.

*Hinweis:* A.A. wohl ebenfalls vertretbar.

Geht man davon aus, dass sich dem Vertrag keine ausreichend eindeutigen Absprachen mit Blick auf den konkreten Leistungserfolg entnehmen lassen, käme es maßgeblich darauf an, was für die Vermieterleistung typisch ist.

Der BGH scheint insoweit davon auszugehen, dass Vermieter auch allgemein nur zur Überlassung von Räumen verpflichtet sind, die aufgrund ihrer Beschaffenheit für den vertragsgemäßen Gebrauch geeignet sind – also grds. die Ansicht des V zutreffend ist. Der BGH hat nämlich entschieden, dass öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch entgegenstehen, nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB begründen, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Sache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Vertragspartners ihre Ursache haben.<sup>14</sup> Und weiter heißt es in der Entscheidung: „Ergeben sich auf Grund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden [Verhältnisses] Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs eines gewerblichen [Objekts], kann dies nachträglich einen Mangel [...] begründen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des [Objekts] in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des [Vertragspartners].“<sup>15</sup>

Der Vermieter von Gewerberäumen schuldet grds. nicht die Überlassung des Gewerbebetriebs, sondern nur die Überlassung der dazu notwendigen Räume. Deshalb beschränkt sich der Leistungserfolg des Vermieters auch in der Regel auf die rechtlichen Umstände, die unmittelbar mit der körperlichen Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache in Zusammenhang stehen.

Die Beschränkungen des Betriebs des M aus § 9 CoronaSchVO-NRW stehen jedoch nicht in einem Zusammenhang mit der Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Räume, sondern betreffen vielmehr den Geschäftszweck – nämlich den Betrieb eines Restaurants.<sup>16</sup> Allenfalls mit Blick auf die Lage der Räume könnte man von einem „Zusammenhang“ zu der CoronaSchVO-NRW ausgehen – denn wenn diese nicht in Bielefeld belegen wären, sondern an einem Ort außerhalb von NRW, wären sie nicht in den Anwendungsbereich der CoronaSchVO-NRW gefallen.<sup>17</sup> So wollte der BGH in seiner Rechtsprechung den Zusammenhang zur Lage der Sache jedoch nicht verstanden wissen. Denn im dort entschiedenem Fall ging es um eine Beschränkung einer Gaststätte aufgrund einer rheinland-pfälzischen Nichtraucher-

schutz-Verordnung. Auch hier hätte man also einen Zusammenhang zwischen der Verordnung und der Belegenheit sehen können, weil die Verordnung nicht gegriffen hätte, wenn die Räume außerhalb von Rheinland-Pfalz belegen gewesen wären. Gleichwohl hat der BGH einen Mangel abgelehnt.

Somit stellen die Beschränkungen des Restaurantbetriebs durch § 9 CoronaSchVO-NRW keinen Mangel im Sinne des § 536 BGB dar.<sup>18</sup>

*Hinweis:* A.A. vertretbar.<sup>19</sup>

Eine Minderung der Miete für den Zeitraum vom 16.3. bis zum 16.9.2020 kommt somit nicht in Betracht.

*Hinweis:* Sollte man an dieser Stelle einen Mangel annehmen (was vertretbar wäre), wird man bei der Beurteilung des Minderungsumfangs jedoch beachten müssen, dass M offensichtlich auch unter Geltung des § 9 CoronaSchVO-NRW sowohl die Küche als auch den Abstellraum nutzen konnte. Eine vollständige Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit dürfte deshalb nicht gegeben sein. Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass M die Küche und den Abstellraum tatsächlich erst ab Mitte Mai genutzt hat. Die Nutzbarkeit für einen Lieferservice war jedenfalls von Anfang an vorhanden (etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man § 2 des Mietvertrags restriktiv versteht und den Betrieb eines Lieferservices nicht als vom vertragsgemäßen Gebrauch erfasst ansieht. Insoweit käme dann jedoch ein Anspruch auf entsprechende Vertragsanpassung nach § 313 BGB in Betracht; zu § 313 BGB siehe unten).

Geht man davon aus, dass der Betrieb eines Lieferservices vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst war, hätte die Gebrauchsbeeinträchtigung durch die CoronaSchVO-NRW nur den Schankraum (also 200 von insgesamt 250 qm). Damit wäre wohl maximal eine Minderung von  $\frac{4}{5}$  (= 80 %) angezeigt. Grds. ist bei der Minderung zwar die Gesamtmiete (also inklusive Betriebskosten) zugrunde zu legen. Da M allerdings am 10.10.2021 eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020 erhalten hat und das diesbezügliche Soll i.H.v. 1.000 € beglichen wurde, können die Betriebskosten mit Blick auf die Frage nach etwaigen Mietrückständen am 5.9.2022 vernachlässigt werden.

Die eigentliche Miete betrug vereinbarungsgemäß 2.500 €. Eine Minderung um  $\frac{4}{5}$  hätte eine Reduzierung um 2000 € auf 500 € zur Folge. Somit wäre M verpflichtet gewesen, im Zeitraum 16.3.–16.9.2020 (genau sechs Monate) ohne Betriebskosten 3.000 € zu zahlen. Tatsächlich hat M in dieser Zeit jedoch dreimal 2.000 € (sowie die hier nicht weiter zu berücksichtigenden Betriebskosten), also 6.000 € an Miete gezahlt. Versteht man Erklärung des M, „man sei doch jetzt quitt“, als Aufrechnungserklärung im Sinne

<sup>14</sup> BGH NJW 2011, 3151 (3151 Rn. 8).

<sup>15</sup> BGH NJW 2011, 3151 (3151 Rn. 9).

<sup>16</sup> Lützenkirchen, MietRB 2020, 1 (2).

<sup>17</sup> Drygala (Fn. 8).

<sup>18</sup> Wie hier: Strey (Fn. 3), § 3 Rn. 72; Lützenkirchen, MietRB 2020, 1; Schall, JZ 2020, 288 (389); Warmuth, CoVuR 2020, 16 (17).

<sup>19</sup> So etwa Weller/Thomale, BB 2020, 962; Drygala (Fn. 8).

der §§ 387 ff. BGB wären die Rückstände aus den Monaten April, Mai und Juni i.H.v. 1.500 € mit den überbezahlten 4.500 € aus den Monaten Juli, August und zu Teilen März und September zu saldieren. M hätte sich demnach bereits am 4.7.2020 nicht in Zahlungsrückstand befunden. Ab dem 16.9.2020 hätte er sogar einen Anspruch auf Rückzahlung von insgesamt 3.000 € aus § 812 BGB gehabt. Hinzu käme ein weiterer Anspruch aus § 812 BGB auf Rückzahlung der 3.000 €, die M dem V zur „Auffüllung der Kautions“ überwiesen hat.

Allerdings wird mitunter selbst von denjenigen, die mit Blick auf die Corona-Erlasse der Länder einen Mietmangel annehmen, eine vollständige Überbürdung der wirtschaftlichen Nachteile wegen der coronabedingten Gebrauchsbeeinträchtigungen auf den Vermieter für ungerecht empfunden und eine per capita-Aufteilung des Lebens- und Zufallsrisikos als universelles Gerechtigkeitsprinzip bei Beeinträchtigungen, an denen beide Parteien „gleich nah dran“ sind, propagiert.<sup>20</sup> Daraus wird geschlossen, dass in den Fällen der Gebrauchsbeeinträchtigung durch die Corona-Erlasse lediglich eine 50%ige Mietminderung nach § 536 BGB erfolgen sollte.<sup>21</sup> Auch hier dürfte sich die Minderung generell nur auf solche Bereiche beziehen, deren Gebrauchsbeeinträchtigung tatsächlich eingeschränkt ist, was im vorliegenden Fall zur Folge hätte, dass die Minderung im Zeitraum der Geltung von § 9 CoronaSchVO-NRW statt  $\frac{4}{5}$  lediglich  $\frac{2}{5}$  beträgt. Auch insoweit könnten die Betriebskostenvorauszahlungen außer Acht gelassen werden, da über diese ja abgerechnet wurde (siehe oben). In diesem Fall wäre die Grundmiete um  $\frac{2}{5}$  von 2.500 €, also um 1.000 € pro Monat auf dann 1.500 € pro Monat gemindert gewesen. M wäre somit zur Zahlung von insgesamt (6 mal 1.500 € =) 9.000 € für die Grundmiete verpflichtet gewesen. In dem Zeitraum hat M jedoch nur 6.000 € gezahlt hat. Damit wäre selbst nach Saldierung der „Überzahlung“ in den Monaten März, Juli, August und September ein Rückstand i.H.v. 3.000 € entstanden. Dieser wäre jedoch durch die Aufrechnung des V mit der Kautions Mitte Oktober nach § 389 BGB erloschen. Geht man also von einer 50%igen Minderung mit Blick auf den Speisesaal aus, wären die Zahlungsrückstände des M mit dem Ausgleich der Forderungen aus der Betriebskostenabrechnung am 15.12.2020 erloschen. Zahlungsansprüche des V gegen M bestehen am 6.9.2022 damit nicht.

### c) Wegfall der Leistungspflicht nach §§ 326, 275 BGB

M macht geltend, dass es nicht sein könne, dass er eine Gegenleistung für eine unmögliche Leistung erbringen müsse. Nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner nicht zu leisten braucht. Insofern könnte M von der Pflicht zur Mietzahlung befreit sein, wenn dem V die geschuldete Gebrauchsgewährung der Räume in einem vertragsgemäßen Zustand unmöglich wäre. Gegen eine Unmöglichkeit der Erfüllung durch V

könnte sprechen, dass wie zuvor festgestellt bereits kein Mangel durch § 9 CoronaSchVO-NRW begründet wird. Nach teilweise vertretener Ansicht begründen coronabedingte Schließungen zwar kein Mangel, führen jedoch gleichwohl zu einer Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB, wegen der auch die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt. Den Vertretern dieser Ansicht nach müsse zwischen der Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht – diese sei mit Blick auf den Vermieter bei coronabedingten Geschäftsschließungen gegeben, weil sie in ihrer inhaltlichen Dimension auch die Art und Weise der vertraglichen Nutzung etwa als Geschäftsbetrieb umfasse – und einem Mangel differenziert werden – an Letzterem fehle es insoweit, weil die Nutzungsuntersagung ihren Grund nicht in der Mietsache habe.<sup>22</sup>

Einem Rückgriff auf §§ 326, 275 BGB steht mit Blick auf den hier interessierenden Fall allerdings entgegen, dass das mietrechtliche Gewährleistungsrecht in seinem Anwendungsbereich das allgemeine Leistungsstörungenrecht verdrängt,<sup>23</sup> da andernfalls die Wertentscheidungen und Voraussetzungen der §§ 536 ff. BGB unterlaufen werden.<sup>24</sup> Denn zwar hat das RG in einem Urteil aus dem Jahre 1917 festgestellt, dass eine Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts – nämlich §§ 275, 326 BGB – nicht ausgeschlossen sein muss, wenn man einen Mangel bejaht.<sup>25</sup> Dabei hatte sich das RG allerdings auf die Erkenntnis gestützt, dass die Ergebnisse des allgemeinen Schuldrechts im konkreten Fall im Wesentlichen mit denjenigen des besonderen Mangelgewährleistungsrechts übereinstimmen.<sup>26</sup> Lehnt man allerdings mit der hier vertretenen Ansicht einen Mangel ab, würde man bei Anwendung der §§ 326, 275 BGB jedoch über das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu Ergebnissen kommen, die das besondere Mangelgewährleistungsrecht gerade nicht vorsieht und somit die Wertungen der §§ 536 ff. BGB unterlaufen. Eine Anwendung von §§ 326, 275 BGB ist damit abzulehnen.

*Hinweis:* Nach der erwähnten Rechtsprechung des RG käme eine Anwendung der §§ 326, 275 BGB allerdings in Betracht, wenn man einen Mangel annähme – für das Ergebnis wäre jedoch ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften nicht nötig. Die Ergebnisse der Anwendung der §§ 326, 275 BGB würden ohnehin denjenigen des § 536 BGB entsprechen.

Würde man einen Mangel ablehnen, aber einen Rückgriff auf §§ 326, 275 BGB für möglich halten (was mit einigem argumentativen Aufwand sicherlich vertretbar wäre), müsste man sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Auswirkungen es hat, dass M ja die Küche und den Abstellraum noch nutzen konnte. Man wird insofern wohl von einer Teilunmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB ausgehen müssen und dem V unter entsprechender

<sup>22</sup> Schall, JZ 2020, 388 (389).

<sup>23</sup> Bieder, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2020, § 536 Rn. 4; Streyll (Fn. 3), § 3 Rn. 58.

<sup>24</sup> So im Ergebnis auch Weller/Thomale, BB 2020, 962 ff.

<sup>25</sup> RGZ 89, 203.

<sup>26</sup> RGZ 89, 203.

<sup>20</sup> Weller/Thomale, BB 2020, 962 ff.

<sup>21</sup> Weller/Thomale, BB 2020, 962 ff.

Anwendung des § 441 Abs. 3 BGB zumindest einen Teilbetrag der Miete zusprechen müssen.

*d) Störung der Geschäftsgrundlage gem. 313 BGB*

Nach § 313 BGB kann eine Vertragsanpassung verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben (sog. reales Element), die Parteien den Vertrag, wenn sie dies vorhergesehen hätten, nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten (so. hypothetisches Element) und einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (sog. normatives Element).<sup>27</sup>

*aa) Reales Element*

V und M dürften bei Abschluss des Mietvertrags im Jahre 2014 nicht damit gerechnet haben, dass es einmal zu bundesweiten Schließungsanordnungen für Restaurants wegen einer Pandemie kommen wird. Die Schließungsanordnung galt für sechs Monate und war damit in ihrer Eingriffsintensität auch schwerwiegend.<sup>28</sup> Somit stellt die pandemiebedingte Schließung von Restaurants nach § 9 CoronaSchVO-NRW mit Blick auf den Mietvertrag zwischen V und M eine schwerwiegende Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, dar.<sup>29</sup> Das reale Element ist somit gegeben.

*bb) Hypothetisches Element*

Soweit M geltend macht, dass er den Vertrag, wenn er die pandemiebedingte Schließung vorhergesehen hätte, so nicht abgeschlossen hätte und V sich unter diesen Umständen redlicher Weise auf eine entsprechende Anpassungsklausel eingelassen hätte, ist dem zuzustimmen. Auch unter objektiver Betrachtung wäre unter Berücksichtigung von Treu und Glauben davon auszugehen, dass redliche Vertragsparteien, hätten sie mit einer derartigen Situation gerechnet, den Vertrag mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten.<sup>30</sup> Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass V unter der Geltung von § 9 CoronaSchVO-NRW wohl auch nicht in der Lage gewesen die Räume zu den mit M vereinbarten Konditionen an einen anderen Mieter zu vermieten.<sup>31</sup> Auch das hypothetische Element liegt demnach vor.<sup>32</sup>

*cc) Normatives Element*

Fraglich ist allerdings, ob M unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen

oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Zwar haben M und V keine vertragliche Risikoverteilung – etwa in Form einer force-majeur-Klausel – vorgenommen. Aber nach der gesetzlichen Risikoverteilung trägt der Mieter bei Gewerberaummietverträgen grds. das Risiko mit den gemieteten Räumen Gewinn zu erzielen.<sup>33</sup> Daraus wird teilweise geschlossen, dass dem Mieter wegen Beschränkungen durch die Corona-Erlasse ein Festhalten am unveränderten Vertrag wegen der gesetzlichen Risikoverteilung nicht unzumutbar sei – es also am normativen Element fehle.<sup>34</sup>

Diese Auffassung ist indes abzulehnen. Denn die Risikozuweisung, dass den Mieter das Verwendungsrisiko bzgl. der Mietsache trifft, dürfte nur mit Blick auf „normale“ wirtschaftliche Verhältnisse gelten.<sup>35</sup> Die Corona-Krise allerdings betrifft die sog. „große Geschäftsgrundlage“<sup>36</sup> – also das Grundvertrauen in den Bestand der wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen.<sup>37</sup> Derart fundamentale Änderungen sind im Rahmen der Zuweisung des Verwendungs- und Gewinnrisikos zum Mieter nicht erfasst.<sup>38</sup> Somit dürfte mit Blick auf den hier relevanten Fall keine gesetzliche Risikoverteilung bestehen, die einem Rückgriff auf § 313 BGB entgegensteht.<sup>39</sup>

*Hinweis:* A.A. vertretbar.

Wegen der Beschränkungen durch § 9 CoronaSchVO-NRW und der damit einhergehenden Unmöglichkeit einen normalen Restaurantbetrieb in den gemieteten Räumen durchzuführen, ist M somit auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht zuzumuten am unveränderten Vertrag festzuhalten.<sup>40</sup>

*dd) Rechtsfolgen des § 313 BGB*

Im Falle der Störung der Geschäftsgrundlage haben die Parteien einen Anspruch auf Anpassung des Vertrags. Die Vertragsanpassung tritt also nicht ipso iure bzw. durch gerichtliche Anpassung von Amts wegen ein.<sup>41</sup> Vielmehr bedarf es einer Einigung der Parteien oder einer richterlichen Gestaltung die durch eine entsprechende Klage durchgesetzt werden muss.<sup>42</sup> Eine Einigung zwischen M und V ist – trotz eines entsprechenden Angebots des M nicht zustande gekommen.

<sup>33</sup> BGH NJW 2006, 899 (901 Tz. 30).

<sup>34</sup> Lützenkirchen, MietRB 2020, 1 (4).

<sup>35</sup> Krebs/Jung, in: Nomos Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 313 Rn. 70; Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 81.

<sup>36</sup> Finkenauer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 17.

<sup>37</sup> Schall, JZ 2020, 388 (391); Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 (1021).

<sup>38</sup> Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 81.

<sup>39</sup> Schall, JZ 2020, 388 (391 f.).

<sup>40</sup> In diesem Sinne auch Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 93; Schall, JZ 2020, 388 (391); Warmuth, CoVuR 2020, 16 (19).

<sup>41</sup> Böttcher, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 313 Rn. 40.

<sup>42</sup> Böttcher (Fn. 41), § 313 Rn. 40.

<sup>27</sup> Instrukтив zur Anwendbarkeit von § 313 BGB mit Blick auf die Corona-Krise: Schall, JZ 2020, 388 ff.

<sup>28</sup> Warmuth, CoVuR 2020, 16 (18).

<sup>29</sup> Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 76; Warmuth, CoVuR 2020, 16 (17).

<sup>30</sup> In diesem Sinne auch Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 (1021).

<sup>31</sup> Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 86.

<sup>32</sup> Streyl (Fn. 3), § 3 Rn. 77.

Auch eine richterliche Gestaltung ist nicht erfolgt. Demnach ergibt sich aus § 313 BGB keine unmittelbare Reduktion der Mietzahlungspflicht des M.

Allerdings begründet der Anspruch aus § 313 BGB eine Einrede der benachteiligten Seite nach § 242 BGB (so die h.M.) bzw. § 273 BGB (so die Mindermeinung) gegen die Inanspruchnahme aus dem nicht geänderten Vertrag.<sup>43</sup> Geht man mit der h.M., folgt die Einrede aus dem Grundsatz *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* (treuwidrig handelt wer etwas verlangt, dass er unmittelbar wieder herausgeben müsste). Dementsprechend dürfte sich die Einrede von ihrem Umfang her auf denjenigen Teil beschränken, der nach einer Vertragsanpassung nicht geschuldet wäre.

In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ab wann der Anspruch auf Vertragsanpassung wirksam ist – ob also eine nachträgliche Anpassung ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Störung der Geschäftsgrundlage (hier ab dem 16.3.2020) erfolgt, oder der Anpassungsanspruch erst ab dem Zeitpunkt des erstmaligen Anpassungsbegehrens des Berechtigten wirkt.<sup>44</sup> Für Letzteres könnte ein schutzwürdiges Interesse des Anpassungsgegners sprechen.<sup>45</sup> Erstmals hat M Mitte Mai gegenüber V eine Anpassung des Vertrags ins Spiel gebracht. Demnach würde der Anpassungsanspruch nur die Monate Mai (teilweise), Juni, Juli, August und September (teilweise) betreffen. Letztlich ist der Zeitpunkt, auf den sich die Vertragsanpassung bezieht anhand einer umfassenden Bewertung der Interessen der Parteien zu bestimmen.<sup>46</sup> Dabei gilt, dass eine Anpassung für die Vergangenheit desto weniger in Betracht kommt, je stärker und unerwarteter die Rückwirkungen durch die Anpassung die hierdurch benachteiligte Partei trifft.<sup>47</sup> V ist hier insofern allerdings wohl nicht besonders schutzwürdig – nicht nur dürfte er bereits mit Inkrafttreten der CoronaSchVO-NRW von der schwerwiegenden Änderung der Umstände mit Blick auf den Mietvertrag gewusst haben, auch hat M bereits ab April keine Miete gezahlt, sodass mit Blick auf etwaige überzahlte Miete zunächst keine schutzwürdigen Dispositionen des V in Betracht kommen. Somit ist eine Rückwirkung des Vertragsanpassungsanspruchs anzunehmen.

Mit Blick auf eine nach Treu und Glauben vorgenommene Vertragsanpassung scheint im vorliegenden Fall eine hälftige Aufteilung des Verwendungsrisikos bzgl. des nicht nutzbaren Schankraums angemessen.<sup>48</sup> Da der Schankraum mit 200 qm  $\frac{4}{5}$  der Gesamtfläche des Restaurants umfasst, wäre bei einer hälftigen Aufteilung des Verwendungsrisikos zwischen M und V eine Reduktion der Grundmiete i.H.v. 2.500 € um 1.000 € angemessen. Ob auch eine Anpassung der Betriebskostenvorauszahlung nach § 313 BGB verlangt werden kann, scheint indes fraglich, da diese ohnehin verbrauchsabhängig abgerechnet wird und insofern keine ausreichend

schwerwiegende Änderung vorliegt, die ein unverändertes Festhalten am Vertrag unzumutbar erscheinen lässt – dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Küche, als Ort an dem wahrscheinlich die meiste Energie und das meiste Wasser verbraucht werden, weiterhin ohne Einschränkungen benutzbar waren. Somit steht dem M grds. ein Zurückbehaltungsrecht mit Blick auf 1.000 € pro Monat während der Geltung des § 9 CoronaSchVO-NRW zu.

*Hinweis:* A.A. vertretbar; die Ausführungen zum Bestehen und zum Umfang der Einrede aus § 313 BGB sind an dieser Stelle nicht zwingend erforderlich. Es reicht insofern festzustellen, dass eine Reduktion der Miete sich nicht unmittelbar aus § 313 BGB ergibt. Da allerdings an späterer Stelle auf die Einrede zurückzukommen ist, scheint es angebracht die Ausführungen schon im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen des § 313 BGB vorzunehmen.

### 3. Zwischenergebnis

Im Zeitraum April bis September ist ein Anspruch des V gegen K auf Zahlung von 12.498 € entstanden.

## II. Anspruch untergegangen

### 1. Durch Verrechnung mit Kautions i.H.v. 3.000 €

Mitte Oktober hat V gegenüber M erklärt, er befriedige sich mit Blick auf die ausstehende Grundmiete soweit wie möglich aus der Kautionsleistung. Darin könnte eine Aufrechnungserklärung des V liegen und die offenen Mietforderungen i.H.v. 3.000 € erloschen sein. Hierzu müssten jedoch auch die Aufrechnungsvoraussetzungen nach § 387 BGB erfüllt sein.

#### a) Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen

Es müssten gegenseitige und gleichartige Forderungen vorliegen. Aufrechnungsgegner und Aufrechnungserklärender müssten jeweils Gläubiger und Schuldner des anderen sein. M schuldete dem V Mitte Oktober wie festgestellt Miete in Höhe von 12.498 €. V hatte von M zum Beginn des Mietverhältnisses eine Kautionsleistung i.H.v. 3.000 € bekommen. Mit der Zahlung der Kautionsleistung entsteht bereits ein Anspruch auf Rückzahlung aus der Sicherungsabrede.<sup>49</sup> Er ist lediglich aufschiebend bedingt durch die Beendigung des Mietverhältnisses einerseits und die Rückgabe der Mietsache andererseits.<sup>50</sup> Somit hat auch M gegen V grds. einen Anspruch auf Zahlung von 3.000 €. Gegenseitige Forderungen lagen somit vor. Da es sich bei beiden Forderungen um Geldforderungen handelte, waren diese auch gleichartig.

*Hinweis:* Es wird nur von überdurchschnittlich guten Kandidaten erwartet werden können, dass Erkennen, dass bereits mit der Kautionsleistung (einer Sicherheit) ein bedingter Rückzahlungsanspruch entsteht. Allgemein dürfte es dementsprechend ausreichen, wenn Kandidaten sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Konsequenz die

<sup>43</sup> Martens, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2020, § 313 Rn. 155.

<sup>44</sup> Warmuth, CoVuR 2020, 16 (18).

<sup>45</sup> Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 97.

<sup>46</sup> Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 98.

<sup>47</sup> Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 98.

<sup>48</sup> Warmuth, CoVuR 2020, 16 (20).

<sup>49</sup> Flatow, NZM 2020, 1 (5).

<sup>50</sup> Flatow, NZM 2020, 1 (5).

Erklärung des V hat, dass er sich Blick auf die ausstehende Grundmiete soweit wie möglich „aus der Kautionsbefriedigung“ und hierbei zu einem nachvollziehbaren Ergebnis kommen.

*b) Wirksamkeit, Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Gegenforderung*

Die Gegenforderung – also die Forderung des V gegen M – müsste wirksam, fällig und durchsetzbar sein. Mit Blick auf die oben erfolgten Ausführungen zur Einrede nach §§ 242, 313 BGB dürfte die Mietforderung des V gegen M zwar teilweise einredebehaftet und damit in ihrer Durchsetzbarkeit gehemmt sein. Allerdings dürfte sich dies auf einen Teil i.H.v. 6.000 € beschränken. Dementsprechend bestand jedenfalls i.H.v. 6.498 € ein wirksamer, einredefreier, fälliger und durchsetzbarer Zahlungsanspruch des V gegen M. Selbst wenn man mit Blick auf etwaige Unsicherheiten bzgl. der Vertragsanpassung nach § 313 BGB einen größeren Betrag als einredebehaftet ansieht, würde es jedenfalls zu weit gehen, wenn man die vollen 12.498 € als einredebehaftet ansieht, sodass mit Blick auf die hier relevanten 3.000 € eine Einredefreiheit anzunehmen wäre.

*c) Wirksamkeit und Erfüllbarkeit der Hauptforderung*

Der Anspruch des M auf Rückzahlung der Kautionskaution war zwar noch nicht fällig, allerdings war er wirksam und grds. auch erfüllbar.

*d) Kein Ausschluss der Aufrechnung*

Nach teilweise vertretener Ansicht ist der Vermieter im laufenden Mietverhältnis nur dann zum Zugriff auf die Kautionskaution berechtigt, wenn dies der Befriedigung einer unstreitigen, rechtskräftig festgestellten oder unmittelbar liquiden Forderung dient.<sup>51</sup> Nach anderer Ansicht ist der Zugriff des Vermieters auf die Kautionskaution auch mit Blick auf bestrittene Forderungen gegen den Mieter zulässig.<sup>52</sup> Nach der ersten Auffassung wäre im vorliegenden Fall eine Aufrechnung des V mit der Kautionsforderung hier ausgeschlossen, da die Hauptforderung nicht unbestritten war – schließlich vertrat M die Auffassung, dass er keine Miete schulde. Nach der zweiten Ansicht wäre die Aufrechnung hingegen wirksam. Für die erste Ansicht wird angeführt, dass der Zweck der Kautionskaution in der materiellen Absicherung und nicht in der Ermöglichung einer einfachen Rechtsdurchsetzung besteht.<sup>53</sup> Für die zweite Ansicht wird angeführt, dass die Beschränkung des Zugriffs auf unstreitige, rechtskräftig festgestellte oder unmittelbar liquide Forderungen dem Sicherungsinteresse des Vermieters nicht gerecht werde und auch eine Benachteiligung des Mieters nicht erkennbar sei, weil dieser damit rechnen müsse,

dass der Vermieter im behaupteten Sicherungsfall auf die Kautionskaution zurückgreife.<sup>54</sup> Die zweite Auffassung überzeugt.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Die Kenntnis dieses Streits kann nicht erwartet werden. Für welche Auffassung man sich entscheidet dürfte im Ergebnis auch nicht erheblich sein. Denn selbst wenn man die Aufrechnung des V für unwirksam hält, wäre die Forderung des V gegen M i.H.v. 3.000 € erloschen. Denn dann hätte M die Zahlung „zur Auffüllung der Kautionskaution“ ohne Rechtsgrund geleistet und deshalb einen Rückgewähranspruch i.H.v. 3.000 € nach § 812 BGB gehabt. Spätestens durch die Erklärung des M am 1.7.2022, er finde „man sei jetzt quitt“ wäre es insofern zur Aufrechnung des Rückzahlungsanspruchs gegen V mit den Mietrückständen des M gekommen und Letztere wären in Höhe von 3.000 € erloschen.

*e) Zwischenergebnis*

Durch die Verrechnung mit der Kautionskaution i.H.v. 3.000 € haben sich die Mietrückstände des M auf 9.498 € reduziert.

*2. Ausgleich des Saldos für die Betriebskosten*

Ein Teil der offenen Forderungen des V gegen M bestand aus Betriebskostenvorauszahlungen. M ist seiner Pflicht zur Leistung von Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von monatlich 833 € in den Monaten April, Mai und Juni nicht und in den Monaten Juli, August und September nur in Höhe von jeweils 500 € nachgekommen, sodass sich insoweit ein Rückstand in Höhe von 3.498 € aufgelaufen ist. Im Rahmen der Betriebskostenabrechnung von Oktober 2021 stellt sich gleichwohl heraus, dass nur ein Betrag von 1.000 € für die Betriebskosten des Jahres 2020 noch offen war. Diesen Betrag hat M noch im Oktober an V überwiesen, sodass V keine Ansprüche wegen rückständiger Betriebskostenvorauszahlungen geltend machen kann. Damit bestand nach Begleichung der offenen Betriebskostenforderung nur noch ein Zahlungsrückstand von 6.000 €.

*3. Zwischenergebnis*

Der Anspruch des V gegen M auf Zahlung von Miete ist bis auf 6.000 € erloschen.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Wie bereits dargelegt folgt aus §§ 242 BGB i.V.m. dem Anspruch des M auf Vertragsanpassung aus § 313 BGB eine Einrede, die den M berechtigt Mietzahlungen i.H.v. 6.000 € zurückzubehalten. Hierbei handelt es sich um eine dilatorische Einrede, die bis zur Vornahme der (rückwirkenden) Vertragsanpassung zwischen M und V wirkt.<sup>55</sup> Somit ist der Anspruch des V gegen M auf Zahlung von 6.000 € aus dem Mietvertrag nicht durchsetzbar.

*Hinweis:* Kandidaten sollten erkennen, dass nach dem Wortlaut des § 313 BGB aus der Störung der Geschäfts-

<sup>51</sup> Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, BGB § 551 Rn. 91.

<sup>52</sup> Bieber, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 551 Rn. 14.

<sup>53</sup> Blank (Fn. 51), § 551 Rn. 91.

<sup>54</sup> Bieber (Fn. 52), § 551 Rn. 14.

<sup>55</sup> Finkenauer (Fn. 36), § 313 Rn. 125.

grundlage keine automatische Reduzierung der Miete folgt, sondern die Rechtsfolge sich auf einen Anpassungsanspruch beschränkt. Sodann müssten sich Kandidaten mit der Frage beschäftigen, welche Konsequenzen es im vorliegenden Fall hat, dass V sich einer Verhandlung über die Vertragskonditionen versperrt. Es scheint eine naheliegende Erkenntnis zu sein, dass es nicht gerecht wäre, wenn V, indem er sich einer Anpassung des Vertrags verschließt, den Vorteil hat weiterhin die volle Miete verlangen zu können. Wie die Kandidaten jedoch das Ergebnis, dass V (eine Störung der Geschäftsgrundlage unterstellt) die volle Miete nicht verlangen kann, rechtfertigen, dürfte grds. von geringerem Gewicht sein. Wichtiger ist vielmehr das Problem zu erkennen und überhaupt eine nachvollziehbare Lösung zu bieten.

#### IV. Antwort auf Frage 1

V kann von M am 6.9.2022 nicht die Zahlung von 6.000 € verlangen.

#### Lösungsvorschlag zu Fallfrage 2

V könnte einen Anspruch gegen M auf Räumung des Restaurants haben. Unter Räumung versteht man die Rückgabe von Räumen unter der Entfernung der vom Mieter eingebrachten Sachen.

#### I. Räumungsanspruch aus § 546 BGB

Ein Räumungsanspruch des V gegen M könnte sich aus § 546 Abs. 1 BGB ergeben. Demnach ist der Mieter verpflichtet die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Die Rückgabe von Räumen erfolgt grds. dadurch, dass diese geräumt – also unter Entfernung der vom Mieter eingebrachten Sachen – an den Vermieter übergeben werden.<sup>56</sup> Voraussetzungen für einen Räumungsanspruch des V gegen M aus § 546 BGB ist die Beendigung des Mietvertrags.

M und V haben den Mietvertrag nach § 2 für eine Dauer von zehn Jahren fest abgeschlossen, wobei als Vertragsbeginn der 1.1.2015 und als Vertragsende der 31.12.2025 vereinbart wurde. Der Vertrag könnte jedoch wegen einer Kündigung vorzeitig beendet worden sein.

##### 1. Außerordentliche fristlose Kündigung von Mitte Mai 2020 wegen Zahlungsverzugs

V könnte den Mietvertrag wirksam gekündigt haben, als er Mitte Mai bei M angerufen hat und diesem wegen Zahlungsverzugs die außerordentliche fristlose Kündigung erklärt hat.

##### a) Formell wirksame Kündigungserklärung

Es müsste eine formell wirksame Kündigungserklärung vorliegen. Bei der Kündigung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. V hat M Mitte Mai per Telefon die Kündigung erklärt. Die Erklärung ist dem M auch zugegangen. Fraglich ist jedoch, ob eine telefonische Kündigung zulässig war. Nach § 568 BGB bedarf die Kündigung des

<sup>56</sup> *Blank*, in: *Blank/Börstinghaus*, *Mietrecht*, 5. Aufl. 2017, BGB § 546 Rn. 30.

Mietverhältnisses der Schriftform. Diese Vorschrift befindet sich allerdings in Untertitel 2 von Titel 5 des Abschnitts 8 des 2. Buchs des BGB, der nur für Mietverhältnisse über Wohnraum gilt.<sup>57</sup> Eine entsprechende Anwendbarkeit auf Gewerberaummietverträge wird in § 578 Abs. 2 BGB nicht angeordnet. Somit sind Kündigungserklärungen in Gewerberaummietverträgen formlos möglich. Formvorschriften stehen einer telefonischen Kündigung also nicht entgegen.<sup>58</sup> Eine formell wirksame Kündigungserklärung liegt damit vor.

##### b) Kündigungsgrund

V müsste zudem zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt gewesen sein. Nach § 543 Abs. 1 S. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a BGB liegt ein wichtiger Grund insbesondere vor, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a, 1. Var. BGB setzt zunächst voraus, dass der Mieter an zwei aufeinanderfolgenden Terminen überhaupt keine Miete zahlt. Als V dem M Mitte Mai 2020 die außerordentliche fristlose Kündigung erklärte, war M in Rückstand mit der Miete für April und für Mai. M müsste sich auch in Verzug im Sinne des § 286 BGB befunden haben. Eine Mahnung des V war nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, weil die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt war (spätestens dritter Werktag).<sup>59</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Zahlung nicht infolge eines Umstands unterblieben ist, den M nicht zu vertreten hat und er deshalb nach § 286 Abs. 4 BGB nicht in Verzug gekommen ist. Zunächst kommt subjektive Unmöglichkeit der Mietzahlung mangels liquider Mittel in Betracht. Generell scheidet subjektive Unmöglichkeit bei Zahlungspflichten bereits an dem Grundsatz „Geld hat man zu haben“.<sup>60</sup> Ob dieser Grundsatz allerdings auch noch mit Blick auf die Corona-Pandemie seine Gültigkeit hat, wird teilweise bezweifelt.<sup>61</sup> Im vorliegenden Fall dürfte subjektive Unmöglichkeit jedoch bereits deshalb abzulehnen sein, weil M seine Lebensversicherung hätte auflösen können, um so an Geld für die Miete zu kommen. Allerdings könnte ein Verschulden des M an einem schuldausschließenden Rechtsirrtum scheitern. M hat in der Tagespresse gelesen, Mieter seien wegen des Corona-Rettungsgesetzes nicht zur Zahlung der Miete verpflichtet. Ein schuldausschließender Rechtsirrtum soll jedenfalls dann angenommen werden können, wenn der Mieter unter Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen davon ausgehen darf, dass er zur Minderung bzw. Zurückhaltung in der vorgenommenen

<sup>57</sup> *Blank* (Fn. 56) § 568 BGB Rn. 2.

<sup>58</sup> *Tiedemann*, in: *juris-Praxiskommentar zum BGB*, 9. Aufl. 2020, § 568 Rn. 10.

<sup>59</sup> *Lützenkirchen*, *MietRB* 2020, 1 (2).

<sup>60</sup> *Schall*, *JZ* 2020, 388 (391); in diesem Sinne auch *Lützenkirchen*, *MietRB* 2020, 1 (2).

<sup>61</sup> *Börstinghaus*, *ZAP* 2020, 411 (413); keine entsprechenden Zweifel hat hingegen *Schall*, *JZ* 2020, 388 (391).

Höhe berechtigt ist.<sup>62</sup> Hier hätte der berühmte „Blick in das Gesetz“ gereicht um zu erkennen, dass das Corona-Rettungsgesetz kein Recht begründet, die Miete nicht zu zahlen. Dementsprechend liegt auch kein schuldausschließender Rechtsirrtum vor.

M befand sich also ab dem 4. Mai für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete in Verzug. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 lit. a BGB lagen somit grds. vor.

*Hinweis:* Auf die Frage, ob möglicherweise ein schuldausschließender Rechtsirrtum des M vorliegen könnte und deshalb kein Verzug gegeben ist, dürften nur überdurchschnittlich gute Kandidaten eingehen.

*c) Ausschluss der Kündigung nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB*

Das Kündigungsrecht des V könnte jedoch nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ausgeschlossen gewesen sein. Demnach kann ein Vermieter ein Mietverhältnis über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1.4.2020 bis zum 30.6.2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Die Regelung schließt, sofern ihre Voraussetzungen erfüllt sind, die ordentliche und die außerordentliche Kündigung aus.

*aa) Zahlungsverzug im „Krisenzeitraum“*

Der Zahlungsverzug, auf den V seine fristlose Kündigung im Mai stützt, lag in den Monaten April und Mai und somit im „Krisenzeitraum“ zwischen 1.4. und 30.6.

*bb) Beruhen der Nichtleistung auf der Pandemie*

Die Nichtleistung des M müsste auch im Sinne des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB auf der Pandemie beruhen haben. Wegen der Pandemie wurde § 9 CoronaSchVO-NRW erlassen, durch den M sein Restaurant schließen musste und deshalb wirtschaftlich schwer getroffen wurde. Fraglich ist allerdings, ob die bloße wirtschaftliche Betroffenheit insofern bereits ausreicht. Nach teilweise vertretener Ansicht ist die Voraussetzung des Beruhens der Nichtleistung auf der Pandemie erst bei tatsächlicher subjektiver Unmöglichkeit gegeben.<sup>63</sup> Das Vorliegen einer subjektiven Unmöglichkeit des M die Miete zu zahlen wäre hier jedoch mit Blick auf die Möglichkeit der Auflösung der Lebensversicherung abzulehnen (siehe oben). Indes dürfte die Regelung wohl von ihrem Sinn und Zweck nicht so streng zu verstehen sein.<sup>64</sup> Vielmehr dürfte ein Beruhen der Nichtleistung auf der Pandemie bereits dann vorliegen, wenn dem Betroffenen ausreichende

liquide Mittel zur Zahlung der Miete fehlen.<sup>65</sup> Von Mietern zu verlangen unter Verlust illiquide Reserven zu verflüssigen, widerspricht dem Schutzzweck der Vorschrift. Da M wegen der Schließung seines Restaurants ab April keine ausreichenden liquiden Mittel zur Zahlung der Miete hatte, beruht die Nichtleistung also auf der Pandemie.

*Hinweis:* A.A. wohl vertretbar.

*cc) Glaubhaftmachung als materielle Voraussetzung?*

V macht geltend, M hätte den Zusammenhang zwischen der Nichtleistung und der Pandemie ihm gegenüber vor dem Ausspruch der Kündigung geltend machen müssen, damit die Wirkung der Kündigung nicht eintritt. Nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB hat der Mieter den Zusammenhang zwischen der Nichtleistung und der Pandemie geltend zu machen. Es stellt sich insofern die Frage, welche Bedeutung diese Vorgabe hat. Es könnte sich hierbei um eine materielle Voraussetzung für den Kündigungsschutz handeln. In diesem Fall würde sich in der Tat die Frage stellen, ob eine Glaubhaftmachung des Zusammenhangs zwischen Nichtleistung und Pandemie nach der Kündigung geeignet ist, die Kündigungswirkung nachträglich wieder zu beseitigen. Nach wohl zutreffender Ansicht handelt es sich bei der Vorschrift allerdings um eine bloße prozessuale Erleichterung für den Mieter – diese soll im streitigen Verfahren nicht gezwungen sein, den Zusammenhang zwischen Nichtleistung und Pandemie im Einzelnen zu beweisen, sondern sich darauf beschränken können den Zusammenhang im Sinne des § 294 ZPO glaubhaft zu machen.<sup>66</sup> Dafür spricht bereits, dass der Gesetzgeber hier mit Glaubhaftmachung einen feststehenden Rechtsbegriff des Prozessrechts verwendet. Insofern handelt es sich bei der Glaubhaftmachung nicht um eine materielle Voraussetzung des Kündigungsschutzes, sodass das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB bereits ausreicht, damit der Mieter vor Kündigungen des Vermieters geschützt ist. Dass M den Zusammenhang zwischen der Nichtleistung und der Pandemie erst nach dem Ausspruch der Kündigung gegenüber dem V geltend gemacht hat, ändert insofern also nichts.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Grds. dürfte es genügen, wenn Kandidaten sich unter Bezugnahme auf Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB überhaupt mit der im Sachverhalt aufgeworfenen Frage beschäftigen, ob M dem V schon vor der Kündigung hätte mitteilen müssen, wegen der Corona-Krise nicht leisten zu können.

<sup>62</sup> Lützenkirchen, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 543 Rn. 28.

<sup>63</sup> Walther, Interview in der Süddeutschen Zeitung (online) v. 17.4.2020, abrufbar unter [www.sueddeutsche.de/geld/rechtsanwalt-ein-wahres-auslegungswirrwarr-1.4877906](http://www.sueddeutsche.de/geld/rechtsanwalt-ein-wahres-auslegungswirrwarr-1.4877906) (1.5.2020).

<sup>64</sup> A.A. Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.3.

<sup>65</sup> In diesem Sinne auch Streyll (Fn. 3), § 3 Rn. 103; wohl noch weiter (bereits Betroffenheit von behördlichen Schließungsverfügungen führt dazu, dass die Nichtleistung auf der Pandemie beruht, selbst wenn Rücklagen vorhanden sind) Börstinghaus, ZAP 2020, 411 (414).

<sup>66</sup> Artz, in: Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 3 Rn. 43.

*dd) Wirkung nach dem 3.7.2020*

Fraglich ist, ob die Zahlungsverzugskündigung des V von Mitte Mai mit Wirkung zum 4.7.2020 nachträglich wirksam geworden ist. Zwar ist die Bestimmung in Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB grds. nicht so zu verstehen, dass eine Kündigung wegen Zahlungsrückständen aus dem Krisenzeitraum nach dem 30.6.2020 zulässig ist. Vielmehr folgt aus Art. 240 § 2 Abs. 4 EGBGB, wonach die Abs. 1 bis 3 bis zum 30.6.2022 anzuwenden sind, dass die Mieter grds. fast über Jahre Zeit zum Ausgleich der Rückstände aus dem Krisenzeitraum haben.<sup>67</sup>

Allerdings ist der Kündigungsschutz des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB seinem Wortlaut („alleine“) nach nur in solchen Fällen anwendbar, in denen der Mieter nicht auch außerhalb des Krisenzeitraums Zahlungsrückstände hat.<sup>68</sup> Im vorliegenden Fall hat M auch in den Monaten Juli, August und September statt der vereinbarten 3.333 € nur 2.500 € Miete gezahlt. Insofern könnte M auch außerhalb des Krisenzeitraums Zahlungsrückstände angehäuft haben. Laut Sachverhalt war die Miete in der Zeit von 16.3.–16.9.2020 indes um 40 % reduziert, sodass M in dieser Zeit nur zur Zahlung von Miete in Höhe von 1.999,80 € verpflichtet gewesen ist. Ein Mietrückstand bestand im Zeitraum nach dem 30.6.2020 somit nicht. Zudem dürfte ein nachträglicher zusätzlicher Mietrückstand wohl nicht zur nachträglichen Wirksamkeit einer im Krisenzeitraum erklärten Kündigung führen, sondern allenfalls dazu führen, dass der Kündigungsschutz gem. Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB einer späteren Kündigung nach einem zusätzlichen Rückstand nicht im Wege steht.

*Hinweis:* Die Behandlung dieses Problems wird man nur in überdurchschnittlich guten Arbeiten erwarten können.

*ee) Wirkung nach dem 30.6.2022*

Es könnte jedoch zu einem „Wiederaufleben“ der Kündigung von Mitte Mai 2020 nach dem 30.6.2022 kommen. Zu diesem Zeitpunkt ist Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB gem. Art. 240 § 2 Abs. 4 EGBGB nicht mehr anzuwenden. Fraglich ist jedoch, welche Konsequenz die Unanwendbarkeit hat. Dies hängt maßgeblich von der dogmatischen Wirkung des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ab. Nach teilweise vertretener Auffassung verhindert die Regelung nicht die Entstehung eines Verzugskündigungsrechts, sondern begründet lediglich eine Sperrwirkung bzgl. der Ausübung durch den Vermieter.<sup>69</sup> Nach dieser Auffassung wäre also ein „Wiederaufleben“ der Kündigung mit Wegfall der Sperrwirkung ab dem 30.6.2022 grds. möglich.<sup>70</sup> Nach der Gegenauffassung verhindert Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB bereits die Entstehung eines Zahlungsverzugskündigungsrechts.<sup>71</sup> Demnach wä-

re eine während der Geltung des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ausgesprochene Kündigung mangels Kündigungsrecht unwirksam und würde auch nach dem 30.6.2022 nicht wirksam werden. Es bedürfte vielmehr einer erneuten Kündigung nach dem 30.6.2022 – sofern zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Zahlungsverzugskündigung noch gegeben wären. Für diese zweite Ansicht spricht insbesondere die Gesetzesbegründung zu Art. 240 § 2 EGBGB, nach der Zahlungsrückstände im Krisenzeitraum weder einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 BGB noch ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 BGB begründen sollen.<sup>72</sup>

Mit Blick auf den vorliegenden Fall könnte ein Streitentscheid jedoch entbehrlich sein. Davon ausgehend, dass M im Zeitraum zwischen 16.3. und 16.9.2020 nur zur Zahlung einer um 40 % reduzierten Miete (also einer Miete von ca. 2.000 € pro Monat) verpflichtet war, wären die Rückstände des M spätestens zum 1.7.2022, als M erklärt man sei jetzt quitt, erloschen: Bzgl. der ausstehenden Grundmiete in Höhe von 4.500 € für die Monate April bis Mai und Juni kam es einerseits zu einer Aufrechnung i.H.v. 3.000 € aus der Kautionszahlung (siehe oben) und andererseits zur Aufrechnung mit 1.500 € als „überbezahlte Miete“ aus den Monaten Juli, August und September durch Erklärung vom 1.7.2022. Die offenen Betriebskostenforderungen sind im Rahmen der Begleichung des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020 erloschen. Nach § 543 Abs. 2 S. 2 BGB ist die Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgeschlossen, wenn der Vermieter vorher befriedigt wird. Dies gilt indes nur für Fälle, in denen die Mietrückstände vor Zugang der Kündigungserklärung ausgeglichen werden.<sup>73</sup> Geht man davon aus, dass auch im Anwendungsbereich des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB ein Kündigungsrecht entsteht und die Vorschrift lediglich eine Sperrwirkung mit Blick auf die Wirksamkeit der Kündigung entfaltet, käme eine unmittelbare Anwendung des § 543 Abs. 2 S. 2 BGB hier also nicht in Betracht. Denn der Zugang der Kündigungserklärung Mitte Mai liegt vor dem Zeitpunkt, ab dem die offenen Beträge beglichen wurden (Mitte Oktober 2020 bzw. 1.7.2022). Allerdings wäre eine analoge Anwendung denkbar. Fälle einer Sperrwirkung, wie sie evtl. in Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB vorgesehen ist, hatte der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Schaffung des § 543 Abs. 2 S. 2 BGB möglicherweise nicht bedacht. Auch scheint die Interessenlage der Fälle im Anwendungsbereich des Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB mit denjenigen des § 543 Abs. 2 S. 2 BGB vergleichbar. In beiden Konstellationen liegt noch keine wirksame Kündigung durch den Vermieter vor und sein Anspruch wurde unterdessen befriedigt, sodass kein Grund besteht, die Vertragsbeendigung nachträglich wirksam werden zu lassen.

*Hinweis:* A.A. vertretbar.

Somit ist es auch nach dem 30.6.2022 nicht zu einem „Wiederaufleben“ der Kündigung von Mitte Mai 2020 kommen.

<sup>67</sup> BT-Drs. 19/18110, S. 37.

<sup>68</sup> Artz (Fn. 66), § 3 Rn. 41; Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.3; Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2; a.A. Börstinghaus, ZAP 2020, 411 (414).

<sup>69</sup> Artz (Fn. 66), § 3 Rn. 37.

<sup>70</sup> Artz (Fn. 66), § 3 Rn. 42.

<sup>71</sup> Börstinghaus, ZAP 2020, 411 (414).

<sup>72</sup> BT-Drs. 19/18110, S. 36.

<sup>73</sup> Blank (Fn. 56), BGB § 543 Rn. 175.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Nur überdurchschnittlich gute Kandidaten dürften sich mit der Frage beschäftigen, welche dogmatische Wirkung die Regelung in Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB eigentlich hat und welche Auswirkungen dementsprechend mit dem Wegfall der Anwendbarkeit am 30.6.2022 einhergehen.

## 2. Hilfsweise ordentliche Kündigung von Mitte Mai

Das Mietverhältnis zwischen V und M könnte durch die hilfsweise ordentliche Kündigung von Mitte Mai erloschen sein. Auch insofern bestehen keine Bedenken in formeller Hinsicht. Auch hier gilt das Schriftformgebot nach § 568 BGB nicht.

Fraglich ist allerdings, ob vorliegend überhaupt eine ordentliche Kündigung in Betracht kommt. Eine ordentliche Kündigung ist bei Zeitmietverträgen ausgeschlossen.<sup>74</sup> V und M haben eine Mietdauer von zehn Jahren vom 1.1.2015–31.12.2025 vereinbart. Somit könnte ein Zeitmietvertrag vorliegen und eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen sein. Nach § 550 BGB bedarf ein Zeitmietvertrag mit einer Dauer von über einem Jahr der Schriftform. Andernfalls gilt er als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Diese Vorschrift gilt nach § 578 Abs. 2 BGB auch für Gewerberaummietverträge, wie dem Vertrag zwischen M und V. Der Mietvertrag zwischen M und V wurde schriftlich geschlossen. Somit ist die Schriftform gewahrt. Die Vorgaben des § 575 BGB, wonach der Vermieter besondere Gründe für den Abschluss eines Zeitmietvertrags haben muss und andernfalls ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit vorliegt, ist hingegen nicht auf Gewerberaummietverträge anwendbar,<sup>75</sup> sodass es hier nicht schädlich ist, dass keine Informationen über besondere Gründe für den Abschluss eines Zeitmietvertrags vorliegen.

Zwischen M und V wurde wirksam ein Zeitmietvertrag vereinbart, sodass eine ordentliche Kündigung nicht möglich ist. Durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung des V von Mitte Mai wurde der Mietvertrag zwischen M und V also nicht beendet.

*Hinweis:* Die Kenntnis, dass ein Zeitmietvertrag nicht ordentlich gekündigt werden kann, ist zu erwarten. Die vertiefte Diskussion, ob hier tatsächlich ein Zeitmietvertrag vorliegt, wird allerdings wohl nur in überdurchschnittlich guten Arbeiten erfolgen.

## 3. Außerordentliche fristlose Kündigung vom 1.12.2020 wegen Verletzung des Auffüllungsanspruchs bzgl. der Kautions

Der Mietvertrag zwischen M und V könnte aufgrund der außerordentlichen fristlosen Kündigung des V vom 1.12.2020 beendet worden sein. Auch insoweit liegt eine formell wirksame Kündigungserklärung vor. Fraglich ist jedoch, ob ein Kündigungsrecht bestand. V hat die Kündigung auf die Verletzung eines Wiederauffüllungsanspruchs bzgl. der Kautions

durch M gestützt. Wie oben erläutert, ist bereits fraglich, ob V sich mit Blick auf die Zahlungsrückstände im vorliegenden Fall überhaupt aus der Kautionsbefriedigung durfte, weil die Forderungen von M bestritten wurden. Wenn man mit der zuvor vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass dem Vermieter auch bei streitigen Forderungen ein Rückgriff auf die Kautions zur Befriedigung möglich ist, könnte der M nach § 240 BGB zur Auffüllung der Kautions, mithin eine Sicherheit, verpflichtet gewesen sein. Indem sich V aus der Kautions befriedigt hat, ist die Kautions als Sicherheit erloschen und damit unzureichend geworden. Die berechtigte Verwertung der Sicherheit stellt grds. auch kein Verschulden des V dar.<sup>76</sup> Somit war M nach § 240 BGB zur Wiederauffüllung der Kautions verpflichtet.<sup>77</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Nichterfüllung des Wiederauffüllungsanspruchs durch M, den V am 1.12.2020 zur außerordentlichen Kündigung berechtigt hat. Hierzu müsste die Verletzung der Pflicht zur Wiederauffüllung der Kautions einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB darstellen. Nach § 569 Abs. 2a BGB kann ein wichtiger Grund zur Kündigung darin bestehen, dass der Mieter mit einer Sicherheitsleistung nach § 551 BGB in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der der zweifachen Monatsmiete entspricht. Miete meint in diesem Zusammenhang Monatskaltmieten.<sup>78</sup> M und V haben eine Grundmiete von 2.500 € pro Monat vereinbart. Zwei Monatskaltmieten entsprächen somit 5.000 €. Der Wiederauffüllungsanspruch des V belief sich auf 3.000 €. Insofern wären bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 569 Abs. 2a BGB nicht erfüllt. Ob § 569 Abs. 2a BGB überhaupt für Wiederauffüllungsansprüche gilt könnte offenbleiben.<sup>79</sup>

Allerdings ist § 569 Abs. 2a BGB nur auf Wohnraummietverträge und nicht auf Gewerberaummietverträge anwendbar. Hier wäre damit also unmittelbar § 543 Abs. 1 BGB anzuwenden.<sup>80</sup> Die Nichtwiederauffüllung des Kautionsanspruchs durch M müsste also generell einen Umstand darstellen, der die Vertragsfortsetzung für V unzumutbar macht. Bei der Frage, welche Höhe ein Kautionsrückstand haben muss, um eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne zu begründen, könnte man auf die Vorgaben in § 569 Abs. 2a BGB zurückgreifen und mindestens zwei Monatskaltmieten fordern.<sup>81</sup> In diesem Fall wäre die Schwelle vorliegend nicht überschritten und ein besonderer Grund abzulehnen. Andererseits handelt es sich bei der Regelung um eine Bestimmung aus dem besonders mieterfreundlichen Wohnraummietrecht, sodass man die Anforderungen im Bereich des Gewerberaummietrechts auch geringer ansetzen kann. Zwar ist letztlich eine Einzelfallbewertung vorzunehmen, nach der teilweise vertretener Auffassung wird jedoch davon ausgegangen,

<sup>76</sup> Bach, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand 1.1.2020, § 240 Rn. 8.

<sup>77</sup> Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

<sup>78</sup> Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 569 Rn. 35.

<sup>79</sup> Zum Streit vgl. Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

<sup>80</sup> Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2.

<sup>81</sup> Der Vorschrift zumindest Anhaltspunkte entnehmend, Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.

<sup>74</sup> Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, BGB § 557 Rn. 49.

<sup>75</sup> Hoffmann, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand 1.4.2020, § 575 Rn. 6.

dass der Kautionsrückstand regelmäßig mindestens eine Monatsmiete übersteigen müsse.<sup>82</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, ob insoweit ebenfalls – wie bei § 569 Abs. 2a BGB – auf die Monatskaltmiete abzustellen ist, oder wie bei § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB auf die Gesamtmiete. Wäre ersteres der Fall, würde der Kautionsrückstand i.H.v. 3.000 € die maßgebliche Schwelle von 2.500 € überschreiten und damit grds. einen wichtigen Grund rechtfertigen. Nach der zweiten Interpretationsmöglichkeit wäre die maßgebliche Schwelle bei über 3.333 € anzusetzen und damit nicht überschritten, sodass ein wichtiger Grund zu verneinen wäre.

Aber selbst wenn man annimmt, dass die grds. maßgebliche Schwelle hier überschritten wurde, könnte die Kündigung des V als Umgehung des Schutzes von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB unwirksam sein. Dagegen könnte man zwar den Wortlaut von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 3 EGBGB anführen, wonach sonstige Kündigungsrecht – also Kündigungsrechte, die nicht auf den Verzug des Mieters mit Zahlung der Miete beruhen – nicht von der Bestimmung berührt werden.<sup>83</sup> Die Kündigung des V vom 1.12.2020, so mag man argumentieren, stützt sich nicht auf den Verzug des M mit der Zahlung der Miete, sondern auf den Verzug mit der Wiederauffüllung der Kautionsrückstands des V ist ja nur deshalb entstanden, weil V sich bzgl. des Zahlungsrückstands wegen dessen er nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB nicht kündigen durfte, mit der Kautionsbefriedigung hat. Würde nun der Verzug des damit entstandene Kautionsauffüllungsanspruchs zur Kündigung berechtigen, würde V den Schutzmechanismus des Art. 240 § 2 EGBGB unterlaufen, der M eigentlich bis zum 30.6.2022 vor Kündigungen wegen der Nichtleistung im Krisenzeitraum schützen sollte. Eine derartige Umgehung dürfte treuwidrig sein und ist deshalb nach § 242 BGB unwirksam.<sup>84</sup>

*Hinweis:* A.A. vertretbar.

Die außerordentliche fristlose Kündigung des V vom 1.12.2020 hat somit nicht zur Beendigung des Mietvertrags zwischen M und V geführt.

*Hinweis:* An dieser Stelle kann lediglich erwartet werden, dass die Kandidaten sich auf Grundlage der entsprechenden Ausführungen und Hinweise im Sachverhalt mit dem Problem beschäftigen und eine vertretbare Lösung entwickeln. Inhaltlich dürfte insoweit viel vertretbar sein.

#### 4. Außerordentliche fristlose Kündigung vom 5.9.2022

V könnte den Mietvertrag wirksam gekündigt haben, als er am 5.9.2022 wegen Zahlungsverzugs gegenüber M erneut die

<sup>82</sup> Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2; Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 78.

<sup>83</sup> Lindner, AnwZert MietR 6/2020 Nr. 2; Tiedemann (Fn. 58), § 573 Rn. 77.1.

<sup>84</sup> Streyll (Fn. 3), § 3 Rn. 105.

außerordentliche fristlose Kündigung erklärt hat. Eine formell ordnungsgemäße Kündigungserklärung liegt vor. Fraglich ist allerdings, ob ein Kündigungsgrund in Form eines wichtigen Grundes bestand. V hat die Kündigung mit einem Zahlungsverzug des M begründet. Wie zuvor bereits dargestellt, war M jedoch spätestens ab dem 1.7.2022 nicht mehr im Rückstand mit der Miete. Etwaige Rückstände bzgl. der Grundmiete aus den Monaten April, Mai und Juni sind zwischenzeitlich durch Aufrechnung erloschen. Die offenen Betriebskostenforderungen sind im Rahmen der Begleichung des Saldos aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2020 erloschen. Die außerordentliche fristlose Kündigung des V vom 5.9.2022 hat somit ebenfalls nicht zur Beendigung des Mietvertrags zwischen M und V geführt.

#### 5. Zwischenergebnis

Das Mietverhältnis zwischen M und V besteht fort und ist nicht beendet.

## II. Räumungsanspruch aus § 985 BGB

Ein Räumungsanspruch des V gegen M aus § 985 BGB, der selbstständig neben § 546 BGB stehen kann, scheidet am Recht zum Besitz des M an den Räumen. Dieses steht dem M auf Grund des nicht beendeten Mietvertrags (siehe oben) zu.

*Hinweis:* Auch einen Räumungsanspruch aus § 985 BGB kurz anzusprechen wird nur bei überdurchschnittlich guten Arbeiten zu erwarten sein.

## III. Antwort auf Frage 2

Ein Räumungsanspruch des V besteht mit Blick auf die Räume des Restaurants gegen M nicht.

### Endergebnis

V kann von M weder die Zahlung von 6.000 € noch die Räumung des Restaurants verlangen.