

**LEITFADEN  
„CORONA UND GEWERBEMIETRECHT“**

Erstellt von

**STEINPICHLER RECHTSANWÄLTE PARTG MBB,**  
Ottostr. 8, 80333 München

im Auftrag des

**DEUTSCHEN HOTEL- UND GASTSTÄTTENVERBANDES (DEHOGA BUNDESVERBAND),**

und des

**HOTELVERBANDES DEUTSCHLAND (IHA)**

Am Weidendamm 1a, 10117 Berlin

**A. EINFÜHRUNG**

Am 17.12.2020 verabschiedete der Deutsche Bundestag eine Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Miet- und Pachtrecht (COVID-19-Insolvenzfolgen-Abmilderungsgesetz) mit einer Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB). Danach wurde in **Art. 240 EGBGB** ein neuer **§ 7** („Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen“) hinzugefügt, der folgenden Wortlaut hat:

*„(1) Sind 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, so 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.*

*(2) Absatz 1 ist auf Pachtverträge entsprechend anzuwenden.“*

Darüber hinaus wurde mit **§ 44 EGZPO** („Vorrang- und Beschleunigungsgebot“) folgende Regelung verabschiedet, die zu einer Beschleunigung entsprechender Zivilprozesse führen soll:

*„(1) Verfahren über die Anpassung der Miete oder Pacht für Grundstücke oder Räume, die keine Wohnräume sind, wegen staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie sind vorrangig und beschleunigt zu behandeln.*

*(2) In Verfahren nach Absatz 1 soll ein früher erster Termin spätestens einen Monat nach Zustellung der Klageschrift stattfinden.“*

Damit sollen Verhandlungen zwischen Gewerbemietern bzw. Pächtern und Eigentümern vereinfacht und die Position der Gewerbemiet- und Pachtparteien gestärkt werden, wenn diese mit der Vermieterseite über eine neue Miet- beziehungsweise Pachthöhe (auch rückwirkend für die Zeit der Pandemie) verhandeln möchten. Das Gesetz soll einen Tag nach seiner Verkündung und somit in Kürze in Kraft treten.

Der nachfolgende Leitfaden gibt den Mitgliedern eine Orientierungshilfe an die Hand, um die im Gesetz nicht definierbaren individuellen Auswirkungen der Pandemie in den jeweiligen Miet- und Pachtverhältnissen darzulegen und gegenüber den Vermietern im Wege der Minderung bzw. Vertragsanpassung der Miet- und Pachtverhältnisse geltend zu machen.

Ausgehend davon kann das **Ergebnis** des Leitfadens wie folgt zusammengefasst werden:

- Das von den hoheitlichen Maßnahmen zur Verhütung einer Ausbreitung der Pandemie wirtschaftlich besonders hart getroffene Gaststätten- und Hotelgewerbe hat nach einer auch schon vor der obigen Gesetzesänderung deutlich im Vordringen befindlichen Meinung in der juristischen Literatur einen Anspruch auf Vertragsanpassung bzw. Minderung der Miete.
- Die wenigen, bislang in dieser Frage ergangenen erstinstanzlichen Urteile ließen keine eindeutige Tendenz erkennen. Jedoch kann festgestellt werden, dass auch die zu Lasten der Mieter ergangenen Entscheidungen die Anwendbarkeit der Grundsätze der temporären Vertragsanpassung wegen einer Störung oder des Wegfalles der Geschäftsgrundlage nicht grundsätzlich ausschlossen. Die gesetzgeberische Klarstellung wird nun auch die letzten Zweifel der Gerichte beseitigen. Die zugunsten der Mieterseite erlassenen Urteile lassen entweder eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB bezüglich der auszugleichenden Äquivalenzstörung zu oder eröffnen den Anwendungsbereich des mietrechtlichen Minderungsrechtes nach § 536 BGB.
- Die Höhe der Minderung/Vertragsanpassung richtet sich nach der individuellen Betroffenheit der Mietparteien. Zur Orientierung kann insbesondere das Ergebnis vor Pacht/Miete herangezogen werden.

Ziel der Parteien sollte es sein, ungeachtet der nachfolgend dargestellten juristischen Beurteilung des Sachverhaltes unter konkreter Darlegung der individuellen Betroffenheit angemessene, wirtschaftlich sinnvolle und der Rechtslage entsprechende Lösungen für die jeweilige Äquivalenzstörung zu finden. Der nachfolgende Leitfaden soll dabei der *internen* Aufklärung der Mieter-/Pächterparteien dienen und nicht an die Vermieter- oder Verpächterparteien ausgehändigt werden.

## **B. LEITFADEN**

Die Pandemie brachte Einschränkungen mit sich, die beinahe jeden Geschäftsbereich trafen. Besonders hart wurde die gesamte Hotellerie und Gastronomie getroffen. Die wirtschaftlichen Folgen sind existenziell. Gemäß den aktuellen Zahlen des Statistischen Bundesamtes musste das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe die mit Abstand größten Umsatzeinbußen seit dem Zweiten Weltkrieg verkraften. So betrug der reale Umsatzverlust im Gastgewerbe in den Monaten März bis Dezember 2020 39,3 Milliarden Euro. Davon entfallen 24,0 Milliarden Euro auf die Gastronomie (inkl. Caterer) und 15,3 Milliarden Euro auf das Beherbergungsgewerbe (vgl. **Anlage A 1**, Wirtschaftliche Lage im Gastgewerbe).

Die bisher in der gesamten modernen Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch unbekanntem Verwerfungen durch die COVID-19-Pandemie führten gerade im Bereich des gewerblichen Mietrechts zu der sich aufdrängenden Frage, von wem und aus welchem Rechtsgrund die Lasten durch die für die Vertragsparteien jeweils unverschuldeten, aber nur eine Vertragspartei betreffenden hoheitlichen Maßnahmen zu tragen sind. Mit der nun erfolgten gesetzlichen Klarstellung zu § 313 BGB, wonach die pandemiebedingten Einschränkungen in der Nutzbarkeit der vermieteten Räume zu einer schwerwiegenden Veränderung eines zur Grundlage des Mietvertrages gewordenen Umstandes geführt haben, wurde für die gewerblichen Mietparteien nun endgültig der Weg frei gemacht, ihre potenziellen Ansprüche auf Anpassung oder Minderung des Mietzinses geltend zu machen.

### **I. RECHTLICHE HINTERGRÜNDE**

Mieter/Pächter (nachfolgend: Mieter) haben das Recht auf Minderung der Miete unter den Voraussetzungen des § 536 BGB und das Recht auf Vertragsanpassung aufgrund der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gegenüber ihrem Vermieter/Verpächter (nachfolgend: Vermieter), wenn keine vorrangige vertragliche Spezialregelung für den Fall der Pandemie vorliegt.

#### **1. Vorrang vertraglicher Pandemiekláuseln**

Haben die Mietvertragsparteien für entsprechende Pandemiefälle eine taugliche Regelung im Mietvertrag getroffen, ist diese unter Berücksichtigung einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle vorrangig anzuwenden. Die Untersuchung von hunderten Gewerberaummietverträgen in den vergangenen Monaten hat indes gezeigt, dass der Fall der Pandemie oder von vergleichbaren Umständen von den Mietvertragsparteien in der Regel nicht berücksichtigt wurden. Dies stellt zugleich auch ein Indiz dafür dar, dass bei der Abfassung der – üblicherweise sehr ausführlich gestalteten – Mietverträge keine der Mietvertragsparteien daran dachte, dass eine solch weitreichende Naturkatastrophe das Mietverhältnis jemals betreffen könnte.

#### **2. Recht zur Minderung der Miete**

Nach einem Teil der in der *Literatur* und *Rechtsprechung* vertretenen Auffassung (vgl. bereits *RGZ* 87, 277; 89, 203; aktuell: *LG München I*, Urteil v. 22.09.2020 – 3 O 4495/20; *Hellmich CoVuR* 2020, 189; *Weller/Thomale BB* 2020, 962; *Krepold WM* 2020, 726; *Horst Miet-Rechts-Berater* 2020, 144, siehe auch **Rechtsprechungsübersicht** als **Anlage A 2**) haben auch die gewerblichen Mieterparteien das Recht zur Minderung der Miete oder Pacht, jedenfalls unter bestimmten, näher dargelegten

Voraussetzungen einer – teilweisen – von der Person des Mieters unabhängigen Nutzungsuntersagung.

Nach § 535 Abs. 2 BGB ist der Mieter verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu zahlen. Allerdings ist der Mieter gemäß § 536 Abs. 1 S. 1 BGB von der Entrichtung der Miete befreit, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch infolge eines Mangels aufgehoben ist; auch bei einer lediglich geminderten Tauglichkeit ist gemäß § 536 Abs. 1 S. 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Miete geschuldet. Diese Vorschrift ist Ausdruck des Gleichgewichts zwischen der Gebrauchsgewährung an der Mietsache und dem dafür zu zahlenden Mietzins. Kann der Vermieter den Gebrauch nicht gewähren, ist keine Miete geschuldet, ohne dass es auf ein Verschulden des Vermieters ankommt.

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Miet- oder Pachtobjekts entgegenstehen, sind nach der Rechtsprechung des *BGH* dann ein Sachmangel i.S.d. §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit, der Nutzbarkeit, dem Zustand oder der Lage der konkreten Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Pächters ihre Ursache haben (*BGH* NZM 2011, 727). Hierbei kommt es auf den vereinbarten Geschäftszweck an; die Beschränkung muss grundsätzlich bestehen (vgl. *Wiederhold* in: BeckOK BGB, 56. Ed. 1.11.2020, § 536 Rz. 50e).

Gerade *unmittelbare* Folgen für den Geschäftsbetrieb des Gastgewerbetreibenden können zu einer Minderung des Mietzinses führen, insbesondere dann, wenn der Vertragszweck durch eine vollständige Schließung des Betriebs während eines „harten Lockdowns“ unerreichbar geworden ist. Das behördliche Verbot ist geeignet, den Mieter daran zu hindern, die gemietete Sache vereinbarungsgemäß zu nutzen (*Wolf/Eckert/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rz. 228 m.w.N.). Auch wenn eine solche Situation, sprich Mangel, nachträglich eintritt, fällt dies in die Risikosphäre des Vermieters (*Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Komm. zum Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 536 BGB Rz. 297 m.w.N. zur Rspr. des *BGH*).

Je nach Intensität der Einschränkungen durch hoheitliche Maßnahmen und der damit verbundenen Minderung der Gebrauchstauglichkeit kann nach aktueller *Rechtsprechung* eine Minderung von bis zu 80 % angemessen sein (*LG München I*, Urteil v. 22.09.2020 – 3 O 4495/20).

Beachtliche Stimmen der *Literatur* sehen indes eine interessengerechte Lösung der pandemiebedingten Äquivalenzstörung in der Anwendung des § 313 BGB. Damit sei der Konflikt zwischen dem Verwendungsrisiko, welches vom Mieter zu tragen ist, und dem Gebrauchsüberlassungsrisiko, welches der Vermieter trägt, besser auflösbar (vgl. *Weidenkaff* in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 536 Rz. 13, 19 *mwN*).

### **3. Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB**

Der Mieter hat ein Recht auf Vertragsanpassung wegen der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, da ausweislich des Art. 240 § 7 EGBGB für Gewerbemiet- und Pachtverhältnisse, die von staatlichen COVID-19-Maßnahmen betroffen sind, nunmehr gesetzlich vermutet wird, dass erhebliche (Nutzungs-)Beschränkungen in Folge der COVID-19-Pandemie eine schwerwiegende Veränderung der Geschäftsgrundlage darstellen. Dabei ist bei einer Entwertung der Hauptleistung (z.B. durch

Schließung des gastronomischen Betriebs) der Anspruch auf Gegenleistung (Miet- oder Pachtzins) entsprechend anzupassen (*Grüneberg* in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 313 Rz. 37a mwN).

Bei Vertragsschluss vor der Pandemie (08.03.2020, Art. 240 § 1 EGBGB) ging üblicherweise keine der Parteien davon aus, dass im Wege des Pandemieschutzes vorübergehend eine Betriebsschließung behördlich angeordnet, Veranstaltungen abgesagt und Menschenansammlungen verboten werden könnten. Ein Wegfall der sog. großen Geschäftsgrundlage ist daher anzunehmen, wenn die Krise/Notlage alle Parteien völlig unerwartet trifft, diese flächendeckend Vertragsbeziehungen jeder Couleur beeinträchtigt und die Krise umfassende staatliche Maßnahmen auf den Plan ruft (*Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017; *Ekkenga/Schirmmacher*, NZM 2020, 413).

Mit dem Wegfall der großen Geschäftsgrundlage wird die vertraglich vereinbarte Risikoverteilung hinfällig. Stattdessen muss diese an die geänderten Umstände und den damit einhergehenden Zweckverfall angepasst werden. Die Höhe der Mietzahlungen ist anhand des bereinigten **Umsatzeinbruchs** anzupassen. Zu beachten ist auch, dass die behördlichen Einschränkungen mit zunehmender Dauer an Intensität gewinnen (*Ekkenga/Schirmmacher*, NZM 2020, 410, 415). Die Geschäftstätigkeit und damit die Verwirklichung des Verwendungszwecks der Mietsache wird nicht nur durch gesetzliche und behördliche Verbote beeinträchtigt, sondern auch durch behördliche oder wissenschaftliche Verhaltensempfehlungen, die schon vor dem allgemeinen Shutdown zu Kontakteinschränkungen aufforderten. Das Abstandsgebot etwa führte dazu, dass sich in vielen Gewerberäumen nur noch eine erheblich geringere Zahl von Personen aufhalten durfte, als vor der Krise. Das beeinträchtigte die Nutzbarkeit und damit die Rentabilität des Mietobjekts (*Streyll* in: Schmidt, COVID-19-Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Auflage 2020, § 3 Rz. 79).

Ob die Maßnahmen gegen den Vermieter bzw. auf das Mietobjekt (sachbezogen) oder gegen den Nutzer (verwendungsbezogen) gerichtet waren, ergab sich folglich nicht aus individuellen Umständen, sondern allein aus der Adressateneigenschaft. Diese Adressateneigenschaft war aber für die Parteien eines Mietvertrags zufällig und unvorhersehbar (so auch *LG Mönchengladbach*, Urt. v. 02.11.2020 – 12 O 154/20). Vermieter und Mieter bilden während der Pandemiezeit eine sog. Gefahrengemeinschaft. Als solche müssen sie den Schaden unter sich aufteilen und gemeinsam tragen (so auch allg. *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1021, 1022). Pandemiebedingte Schließungen und Einschränkungen betreffen auch nicht das einseitige Verwendungsrisiko des Mieters. Dies gilt insbesondere aufgrund der starken staatlichen Eingriffsintensität (*Weidt/Schiewek*, NJOZ 2020, 481, 484). Eine Risikoverteilung ausschließlich zu Lasten des Mieters bezüglich hoheitlicher und pandemiebedingter Anordnungen wäre willkürlich. Das Risiko für die Betriebsuntersagung aus Gründen des allgemeinen Gesundheitsschutzes liegt in gleichem Maße außerhalb des Risikobereichs des Mieters und des Vermieters. Die vom Staat erlassenen Maßnahmen in Form von Schließungsanordnungen und Hygieneauflagen sollen Gemeinwohlinteressen dienen und durch Verminderung der sozialen Kontakte das Pandemiegeschehen verlangsamen. Dabei wurden diese Gemeinwohlinteressen weder speziell durch das Verhalten der Mieter, noch durch die Vermieter oder die von ihnen vermieteten Räumlichkeiten gefährdet. Grundsätzlich wären dabei Anordnungen sowohl gegen Mieter als auch Vermieter denkbar gewesen. Der Gesetzgeber hätte gleichermaßen Grundstückseigentümern auferlegen können, die Grundstückszugänge gegen Zutritt zu sperren. In diesem Fall hätten Vermieter die Möglichkeit des Gebrauchs nicht mehr gewähren können; ihr Vertragsrisiko wäre betroffen gewesen (vgl. auch *Zehlein*, COVID-19, 2020, § 7 Rz. 12, 15). Die Störung der Geschäftsgrundlage ist für die von der

Corona-Krise betroffenen Gewerberaummietverhältnisse im Ergebnis daher **zu bejahen** (*Schubert/Säcker*, BB 2020, 2563; *Warmuth* COVuR 2020, 16; *Strey* in: Schmidt, COVID-19, 2. Aufl. 2020, § 3 Rz. 76; *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 896; *Häublein/Müller* NZM 2020, 487).

Die Höhe der Miet- und Pachtreduktion ist individuell zu bestimmen. Staatshilfen, Fixkostenzuschüsse, Kurzarbeitergeld (KuG), Kostenreduktionen und anderweitige Verdienste sind bei der Berechnung des Umsatzrückgangs zu berücksichtigen. Die Differenz des pandemiebedingten und bereinigten Umsatzrückganges im Vergleich zum Vorjahresniveau kann als Mittelwert in die Berechnung einer angemessenen Miet-/Pachtreduzierung herangezogen werden (vgl. unten).

## II. EMPFOHLENE VORGEHENSWEISE

Die Mietvertragsparteien sollten schon unter dem Gesichtspunkt eines erheblichen Prozess- und Prozesskostenrisikos im Kontext der vorherrschenden juristischen Gemengelage, in der wie selten zuvor Neuland betreten wird, eine außergerichtliche Einigung anstreben. Aktuelle Urteile (vgl. *LG München I* v. 22.09.2020, siehe **Anlage A 2**) zeigen, dass das Risiko einer pandemiebedingten Minderung oder Anpassung der Miete auch auf Seiten der Vermieter begründet ist.

### 1. Allgemeine Handlungsempfehlung für Miet- und Pachtvertragsparteien

Es ist beiden Miet-/Pachtvertragsparteien dringend anzuraten, etwaige Auseinandersetzungen über Pflicht und Höhe der Miet- und Pachtzahlungen **außergerichtlich durch Verhandlungen** zu regeln. Die Gründe hierfür sind:

- Unvorhersehbare Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung bis zu einer vollständigen Durchseuchung/ausreichenden Impfschutz in der Bevölkerung gegen das SARS-CoV2-Virus;
- Sehr hohe Kosten für eine gerichtliche Klärung der Rechtslage durch einen Rechtsstreit über potenziell drei Instanzen hinweg;
- Hohe Unsicherheit über den Ausgang eines gerichtlichen Rechtsstreits durch Volatilität in der Judikatur und in der Fachliteratur mit Tendenzen zu mieterfreundlichen Entscheidungen;
- Bilanzielle Unsicherheiten durch einen Rechtsstreit und fehlende Planzahlungen mit Auswirkungen auf die Kapitaldienstfähigkeit beider Parteien und deren Rückstellungsbildung;
- Beachtung und Abwägung der individuellen Betroffenheit etwaiger Antragspflichten wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gemäß §§ 15 ff. Insolvenzordnung
- Hohe Unsicherheiten durch Verwerfungen auf dem Gewerbeimmobilienmarkt, die auch zu einem Mietpreisverfall durch großen Leerstand bei Gewerbeimmobilien führen könnte;
- Große Verwerfungen zwischen den Mietvertragsparteien, die zu vielen weiteren Anschluss- oder Parallelrechtsstreitigkeiten um das Mietverhältnis führen können und daher eine sehr kostenintensive juristische Begleitung erforderlich machen (Vorwurf der fehlenden Solidarität gegen den Vermieter; Vorwurf der fehlenden Vertragstreue an den Mieter) usw.

## 2. Konkretes Vorgehen der Miet-/Pachtparteien

Es ist vorab den Mieterparteien zu empfehlen, zunächst von sich aus auf die Vermieterseite zuzugehen und mit aussagekräftigen Geschäftszahlen einen entsprechenden und pandemiebedingten Umsatzrückgang anzuzeigen sowie gegenüber dem Vermieter alle Umstände detailliert darzulegen, die zu diesen Umsatzrückgängen geführt haben. Darüber hinaus ist es zwingend erforderlich, dass die Mieterparteien ausdrücklich eine **Anpassung der Miete/Pacht verlangen**, und zwar auch rückwirkend für den Zeitraum seit Ausbruch der Pandemie (08.03.2020, Art. 240 § 1 EGBGB). Aufgrund der Komplexität der Verhandlungen ist es ebenfalls hilfreich, sich anwaltlicher Unterstützung zu bedienen. Die individuellen Einbrüche können tatbestandlich beispielhaft anhand der nachfolgenden Modelle gegenüber dem Vermieter plausibilisiert werden:

### a) Modellberechnung „Pandemiebedingtes Ergebnis vor Miete/Pacht“

Mit dem nachfolgenden Modell können die jeweiligen Umsatzeinbrüche abzüglich der Sondervorteile und zuzüglich der Sonderkosten jeweils einzeln konkretisiert werden (= „Pandemiebedingtes Ergebnis vor Miete/Pacht“):

- Feststellung des nachgewiesenen Umsatzrückgangs durch Vergleichszahlen zum Vorjahr (bei einem besonders außergewöhnlichen Geschäftsjahr 2019 durch Umsatzzahlen der vergangenen drei Jahre),

Dieser Umsatzrückgang sollte wie folgt durch u.a. pandemiebedingte Einnahmen und Hilfen **bereinigt** werden, die folgende Zahlungen/Hilfen/Sondereffekte/Kosten beinhalten sollten:

- Staatliche Förderungen oder Entschädigungen, wirtschaftliche Hilfen, Überbrückungshilfen, November-/Dezemberhilfen (nicht jedoch Kredite/Darlehen),
- etwaige Einsparungen bei der Personalreserve durch Einführung der Kurzarbeit (sog. KuG-Effekt),
- Zahlungen durch Versicherungen (z.B. bei Betriebsschließungsversicherungen),
- abzüglich sonstiger und nicht vermeidbarer Kosten,
- abzüglich anteilige Zinszahlungen auf pandemiebedingte Überbrückungskredite

➔ **Berechnung = pandemiebedingtes Ergebnis vor Miet-/Pachtzahlungen (GOP = Gross Operating Profit oder IBFC = Income Before Fixed Charges bzw. Betriebsergebnis).**

Als Anhaltspunkt für die Höhe des Erlasses ist die Höhe des Betriebsergebnisses vor Miete/Pacht:

- Ist der GOP/IBFC kleiner als die Jahresmiete/-pacht, so entsteht noch ein Verlust trotz keiner Miet-/Pachtzahlung. Hier wäre ein Ansatz zu wählen, der mindestens 50 % der Pacht auf den Verpächter allokiert und der auf den Pächter anfallende Anteil über eine Corona-„Nachschlagspacht“ auf die Restlaufzeit ab dem 01.01.2022 verteilt wird, die mindestens 10 Jahre andauern sollte.
- Ist der GOP/IBFC größer als die Jahresmiete/-pacht, so sollte ein Ansatz gewählt werden, der nach Akzeptanz eines geringen Unternehmerlohns die gezahlte Pacht das Ergebnis nur bis

Null mindert und die verbleibende Pachtdifferenz geteilt wird. Der auf den Pächter anfallende Anteil sollte wieder über eine Corona-„Nachschlagspacht“ auf die Restlaufzeit ab dem 01.01.2022 allokiert werden, die mindestens 10 Jahre andauern sollte.

Als Nachweis sollte seitens der Mieter erwogen werden, gegenüber den Vermietern die betriebswirtschaftlichen Auswertungen offenzulegen. Als Grundlage für Verhandlungen kann die angepasste Miet-/Pachtzahlung wie folgt berechnet werden:

- **(GOP – PACHT) \* Anteil des Mieters/Verpächters in % = echter Miet-/Pachtverzicht (PV)**
- **(1 - Anteil des Vermieters/Verpächters in %) \* PV = „Corona-Nachschlagspacht“ pro Monat Restlaufzeit in Monaten (mindestens 120 Monate)**

**b) Alternative Modellberechnung „EBITDA vor Miete“**

Mit dem nachfolgenden Modell können die jeweiligen Umsatzeinbrüche bereits durch den jeweiligen monatlichen „EBITDA vor Miete“ ausgewiesen werden. **EBITDA** (**E**arnings **B**efore **I**nterest, **T**axes, **D**epreciation and **A**mortization) beschreibt den „Gewinn vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände“. Zum bereinigten EBIT-Ergebnis sind also die Abschreibungen auf Sachanlagen sowie auf immaterielle Vermögensgegenstände hinzuzuaddieren. Beim „**EBITDA vor Miete**“ ist die Belastung durch Mietzahlungen herauszunehmen, um ein um die Mietzahlungsverpflichtungen bereinigtes EBITDA – Ergebnis zu erhalten. Der Vorteil dieses Modells ist die vereinfachte Darstellung des wirtschaftlichen Umsatzeinbruchs durch die Pandemie bereits unter Berücksichtigung aller Sondervorteile wie Staatshilfen, Kurzarbeit, Kostenreduktionen beim Wareneinsatz und bereinigte Personalkosten.

Berechnung = **Monats-EBITDA vor Miete** im prozentualen Vergleich zum Vorjahreszeitraum; hiervon Berechnung des Durchschnittswerts seit März 2020:

- [MONAT „X“ 2020, z.B. April 2020]: - XY %
  - [MONAT „Y“ 2020, z.B. Mai 2020]: - XY %
  - (...)
  - November 2020: - XY %
  - Dezember 2020 (Prognose): - XY %
- Durchschnittswert (März bis Dezember 2020): XY % (= WERT 1)**  
**WERT 2 = WERT 1 x 0,5 (= 50 % von WERT 1)**

- ➔ Mietreduktion / Vertragsanpassung März 2020 – Dezember 2020:
  - **Anpassungsrahmen: zwischen WERT 1 und WERT 2**
  - **Konkreter Vergleichsvorschlag: MITTELWERT des Anpassungsrahmens aus WERT 1 und WERT 2**

- ❖ **Beispiel:** Durchschnittswert des bereinigten Umsatzrückgangs (z.B. „EBITDA vor Miete“ in prozentualer Veränderung zum Vorjahr, Steuereffekte bei USt. ohne relevante Auswirkung) für HOTEL/RESTAURANT A für März bis Dezember 2020 ist = - 60 %
- WERT 1 = 60 %,
  - WERT 2 = 30 %,
  - Anpassungsrahmen Miete: zwischen 30 % und 60 %,
  - *Konkreter Vergleichsvorschlag:* Mieterlass für März-Dez. 2020 i.H.d. Mittelwerts von **45 %**.

### 3. Hinweise für Nachtragsgestaltungen

Achten Sie im Rahmen der Vergleichs- oder Nachtragsgestaltung darauf, dass die entsprechende Formulierung für die Verzichtphase 2020 und/oder 2021 klar und deutlich die Miete/Pacht neu regelt (echter Verzicht). Dies benötigen Sie, um nicht nur einen Stundungseffekt für die Jahre 2020 und 2021 zu erzielen, sondern auch, um die G&V zu entlasten. Bitte beziehen Sie hier unbedingt Ihren Steuerberater/Wirtschaftsprüfer mit ein, um Probleme im Zusammenhang mit einer etwaig insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung auszuschließen. Für den Fall, dass Sie eine pandemiebedingte Nachholmiete/-pacht ab dem 01.01.2022 (oder später) vereinbaren, sollte darauf geachtet werden, dass die Nachholmiete/-pacht als „pandemiebedingte Nachzahlung“ für die normalisierte Zeit beschrieben und auf die Restlaufzeit verteilt wird.

Etwaige Besserungsscheine sollten unbedingt die Perioden beschreiben, zu denen diese später zugeführt werden sollen, um steuerlich die Chance zu wahren, entsprechende Nachbuchungen tätigen zu können. Dabei sollte auch die Mindestbesteuerung in 2020 und 2021 nicht außer Acht gelassen werden. Setzen Sie sich diesbezüglich erforderlichenfalls mit einem Steuerberater Ihres Vertrauens zusammen.

### C. ZUSAMMENFASSUNG / CHECKLISTE

- ✓ Berechnen Sie Ihre pandemiebedingten Umsatzrückgänge im Vorjahresvergleich anhand der obigen Berechnungsmodelle (Ergebnis vor Miete/Pacht oder EBITDA vor Miete/Pacht); wenn dies nicht möglich ist, orientieren Sie sich an dem prozentual durchschnittlichen Umsatzrückgang in den Pandemienonaten, den Sie um positive Effekte bereinigen,
- ✓ Verlangen Sie schriftlich (ggf. mittels eingeschriebenem Brief) gegenüber dem Vermieter/Verpächter eine Anpassung der Miete entsprechend Ihren nachvollziehbaren und belegten Berechnungen, und zwar zunächst in Höhe des *Mittelwertes* zwischen dem *gesamten* prozentualen Durchschnittsumsatzrückgang und dem hälftigen prozentualen Durchschnittsumsatzrückgang (Bsp.: durchschnittlicher Umsatzrückgang zwischen März und Dezember 2020 = 60 %; hälftiger prozentualer Durchschnittsumsatzrückgang zwischen März und Dezember 2020 = 30 %; verlangen Sie zunächst 45 % Mieterlass und nutzen Sie im Verhandlungswege den Spielraum bis mindestens 30 % Mieterlass),

- ✓ Fügen Sie aussagekräftige Belege für Ihre Geschäftszahlen sowie etwaige Hilfen bei (z.B. EBITDA vor Miete, BWAen, Versicherungsleistungen, KuG, Überbrückungshilfen etc.),
- ✓ Legen Sie in dem Schreiben detailliert dar, welche konkreten Umstände zu dem Umsatzrückgang geführt haben (pandemiebedingte Einschränkungen durch Schließungen oder andere hoheitliche Beschränkungen, verändertes Kundenverhalten durch z.B. Hygieneauflagen, Abstandsregelungen, Abhängigkeiten von touristischer Nutzung bei Beherbergungsbetrieben, Abhängigkeiten von Messen/Events, Einschränkungen durch Reiseeinschränkungen gegenüber einer bestimmten Kundenklientel, u.U. Vorlage eigener Auswertungen zum Kundenverhalten) und welche Maßnahmen mit welchem Ergebnis Sie ergriffen haben, um die Umsatzrückgänge zu beschränken (Delivery-Lösungen, Sonderaktionen, Kundenbonusprogramme, Gutscheinelösungen o.ä.),
- ✓ Machen Sie Ihr Anliegen bei einem persönlichen Termin gegenüber dem Vermieter geltend,
- ✓ Erwägen Sie Zugeständnisse gegenüber dem Vermieter, wie z.B. eine Verlängerung der Miet- und Pachtzeit, Vereinbarung eines „Besserungsscheins“ für 2021, Nachholmiet-/Nachholpachtzahlungen in 2022 o.ä.,
- ✓ Beauftragen Sie bei Problemen eine Anwaltskanzlei und lassen Sie sich rechtlich beraten.

München, 22. Dezember 2020

Christian Steinpichler  
Rechtsanwalt

Alexander Lingert  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Steinpichler Rechtsanwälte PartG mbB, Ottostr. 8, 80333 München  
Tel: 089 / 2126852-0, E-Mail: steinpichler@steinpichler.de

im Auftrag des

Hotelverbandes Deutschland (IHA) e.V., Am Weidendamm 1a, 10117 Berlin  
Tel: 030 / 59 00 99 69 – 0, E-Mail: office@hotellerie.de

und des

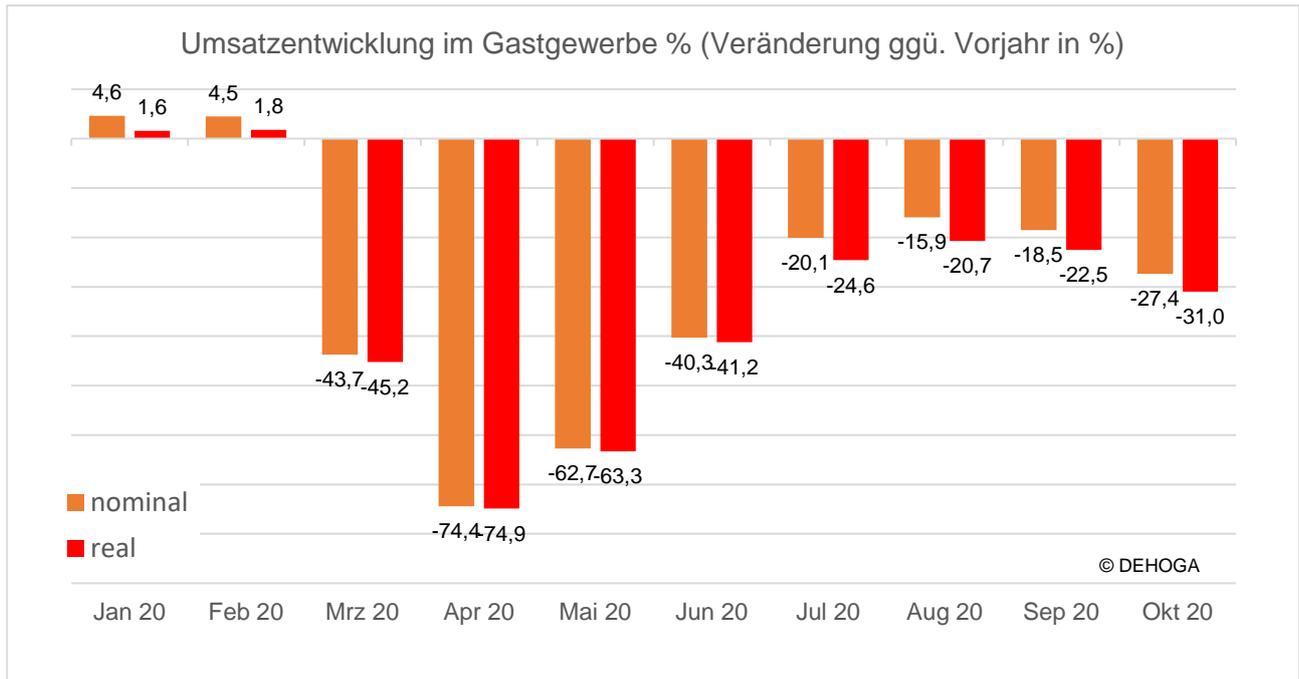
Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes (DEHOGA Bundesverband) e.V., Am Weidendamm 1a, 10117 Berlin  
Tel: 030 / 72 62 52 – 0, E-Mail: info@dehoga.de

Im Falle einer Weitergabe des obigen Leitfadens an Dritte wird zwischen den Verfassern und Dritten kein Mandatsverhältnis begründet. Darüber hinaus übernehmen die Verfasser keinerlei Verpflichtungen oder Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten.

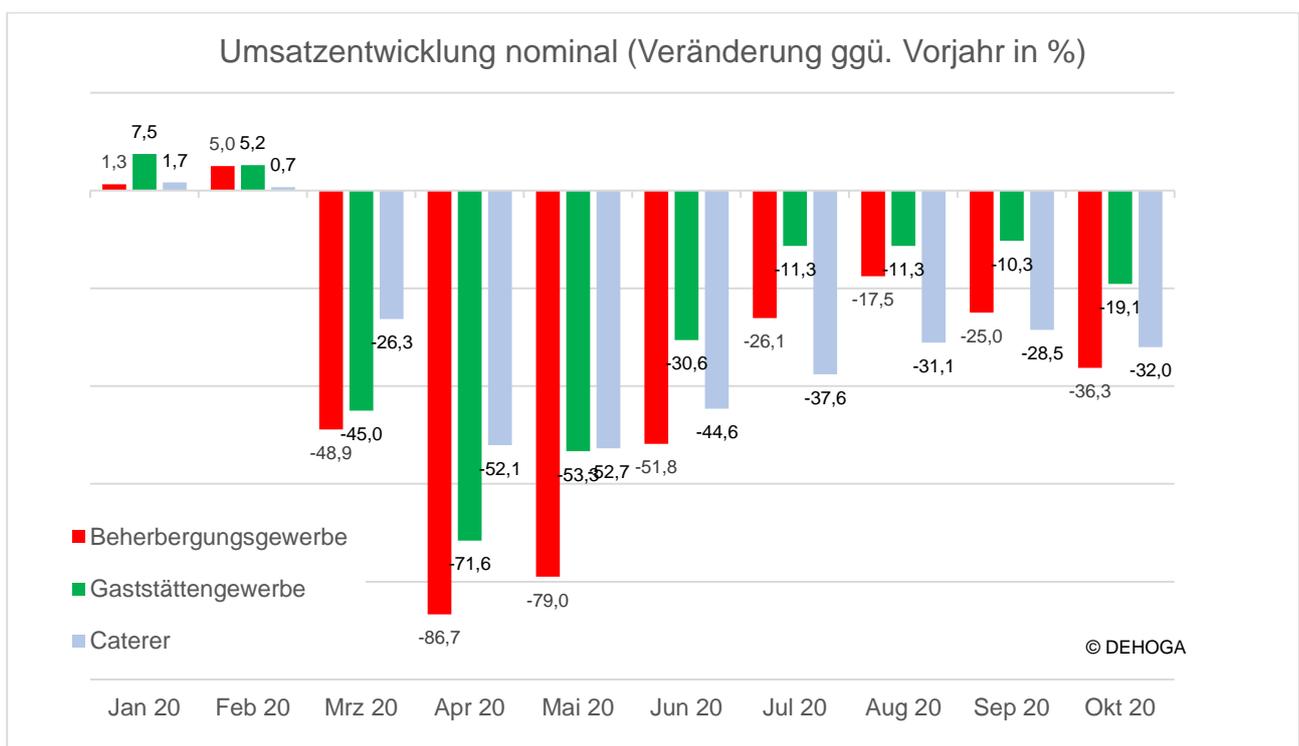
# Wirtschaftliche Lage im Gastgewerbe 2020 (Stand 17.12.20)

## 1. Umsatzentwicklung:

Seit Anfang März 2020 muss das Gastgewerbe die mit Abstand größten Umsatzeinbußen seit dem zweiten Weltkrieg verkraften. So sanken die Umsätze von März bis Oktober 2020 nach Angabe des Statistischen Bundesamtes um nominal 37,9% (real -40,4%). Die Zahlen für den November 2020 sind noch nicht veröffentlicht.



Quelle: Stat. Bundesamt



Quelle: Stat. Bundesamt

Nach Angaben des Stat. Bundesamtes und Schätzungen des DEHOGA beträgt der **reale Umsatzverlust im Gastgewerbe in den Monaten März bis Dezember 2020 38,0 Mrd. Euro (nominal -36,3 Mrd. Euro)**. Davon entfallen **23,0 Mrd. Euro auf die Gastronomie (inkl. Caterer) und 15,0 Milliarden Euro auf das Beherbergungsgewerbe**.

Nettoumsätze im Gastgewerbe gesamt (in Mrd. Euro)			
	2019	Umsatzverlust 2020 real	
Januar	6,29	0,10	
Februar	6,44	0,12	
März	7,33	-3,31	
April	7,51	-5,62	
Mai	8,19	-5,18	
Juni	8,38	-3,45	
Juli	8,39	-2,06	
August	8,45	-1,75	
September	8,59	-1,93	
Oktober	8,36	-2,59	
November	7,66	-6,13 (geschätzt)	
Dezember	8,00	-6,00 (geschätzt)	
<b>Gesamt</b>	<b>93,60</b>		<b>-38,0</b>

Quelle: Stat. Bundesamt (inkl. Rückkorrekturen), eigene Berechnungen

Nettoumsätze in der Gastronomie (in Mrd. Euro)			
	2019	Umsatzverlust 2020 real	
Januar	4,20	0,14	
Februar	4,31	0,06	
März	4,80	-2,04	
April	4,89	-3,33	
Mai	5,23	-2,83	
Juni	5,31	-1,86	
Juli	5,37	-1,19	
August	5,44	-1,13	
September	5,30	-1,06	
Oktober	5,25	-1,42	
November	5,02	-4,02 (geschätzt)	
Dezember	5,48	-4,11 (geschätzt)	
<b>Gesamt</b>	<b>60,60</b>		<b>-23,0</b>

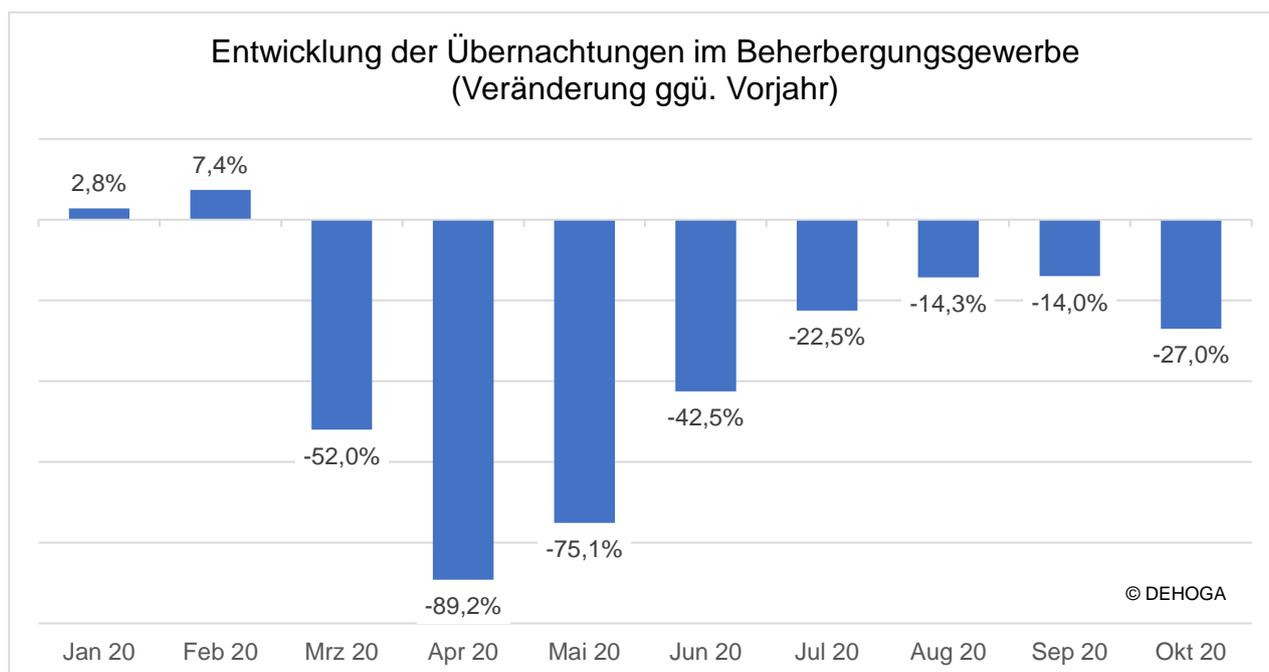
Quelle: Stat. Bundesamt (inkl. Rückkorrekturen), eigene Berechnungen

Nettoumsätze im Beherbergungsgewerbe (in Mrd. Euro)			
	2019	Umsatzverlust 2020 real	
Januar	2,09	-0,03	
Februar	2,14	0,06	
März	2,53	-1,26	
April	2,63	-2,29	
Mai	2,97	-2,35	
Juni	3,07	-1,58	
Juli	3,02	-0,87	
August	3,01	-0,62	
September	3,28	-0,87	
Oktober	3,12	-1,17	
November	2,64	-2,11 (geschätzt)	
Dezember	2,53	-1,90 (geschätzt)	
<b>Gesamt</b>	<b>33,00</b>		<b>-15,0</b>

Quelle: Stat. Bundesamt (inkl. Rückkorrekturen), eigene Berechnungen

## 2. Entwicklung der Übernachtungen im Beherbergungsgewerbe:

Nach dem zehnten Übernachtungsrekord in Folge brachen auch die Übernachtungszahlen im Zeitraum Januar bis Oktober 2020 um dramatische 33,7% gegenüber dem Vorjahreszeitraum ein. Im April 2020 betrug der Übernachtungsrückgang fast 90%.



Quelle: Stat. Bundesamt

### 3. Zimmerauslastung in der Hotellerie:

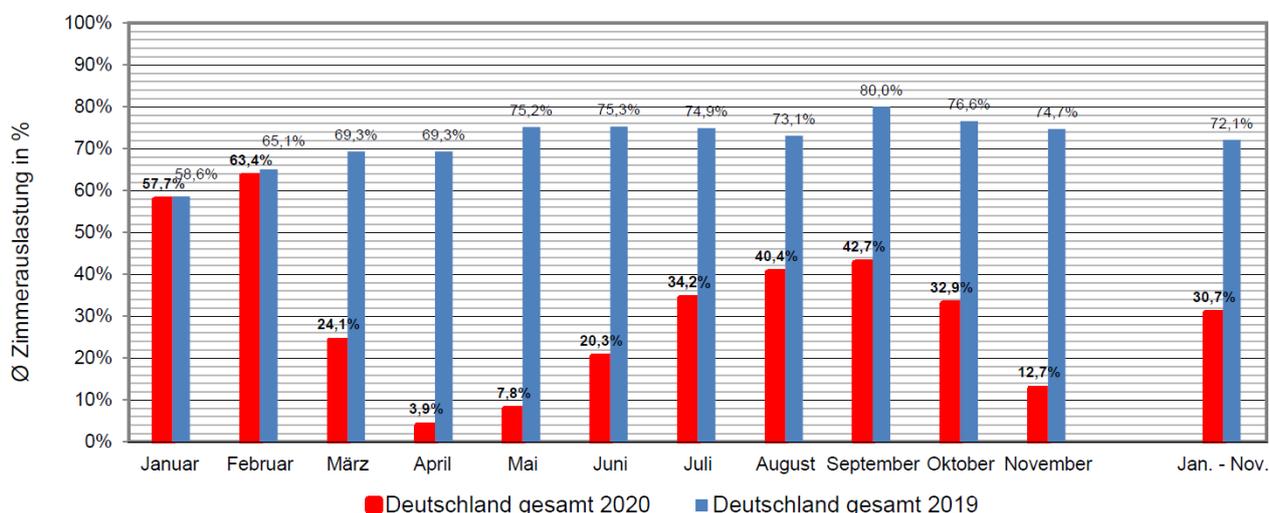
Nach Angabe des Hotelbenchmarks von Fairmas/STR lag die durchschnittliche Zimmerauslastung der Hotellerie in Deutschland im Zeitraum Januar bis November 2020 kumuliert bei 30,7%. Dies entspricht einem Minus von 57,4% gegenüber dem Vorjahreszeitraum. Im November 2020 betrug die durchschnittliche Zimmerauslastung der Hotellerie in Deutschland nur noch 12,7%, was einem Minus zum Vorjahreszeitraum von 83,0% entspricht.

Bei der Betrachtung der monatlichen Auslastungsdaten ist zu beachten, dass im April und Mai viele Hotels eine temporäre Schließung gemeldet hatten. Die gleiche Entwicklung ist auch für den November erkennbar. Insbesondere die Betriebe in den touristischen Destinationen sind seit November 2020 überwiegend komplett geschlossen.

Die Daten entstammen dem Hotelbenchmark von Fairmas/STR. Diesem liegen die Angaben von rund 1.700 Hotels in Deutschland zugrunde. Bei den teilnehmenden Hotels handelt es sich überwiegend um touristische Vielfachbetriebe, die von familiengeführten Hotelgruppen betrieben werden, die inzwischen existenziell betroffen sind. Die extremen Pachtzinsverpflichtungen wirken sich extrem verschärfend aus. Große Immobiliengesellschaften und Immobilienfonds zeigen bislang kein Entgegenkommen.

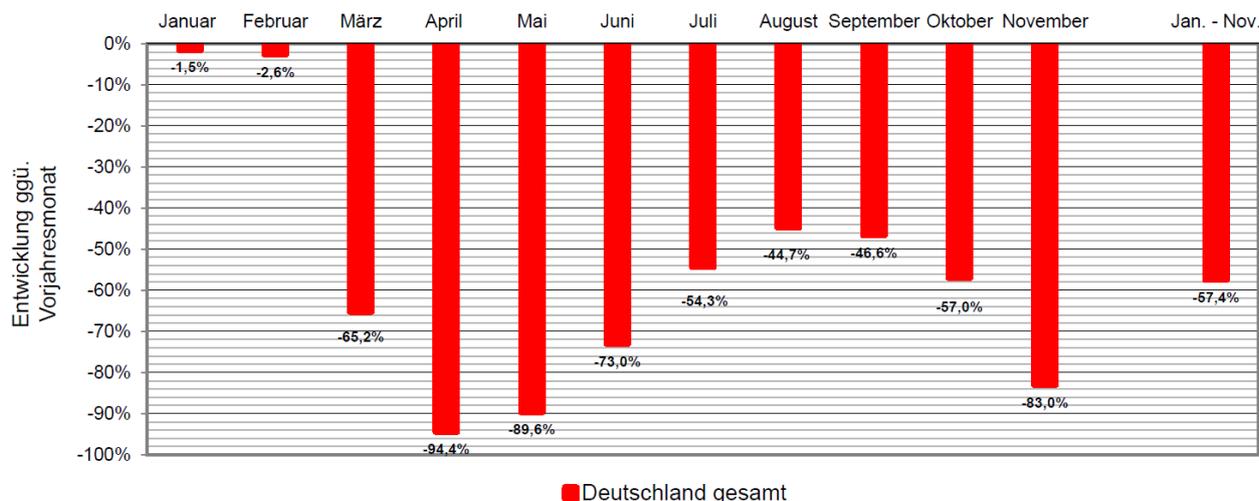
## Ø Zimmerauslastung Hotellerie Deutschland

Deutschland 2020 und im Vergleich zu 2019



Quelle: Fairmas GmbH/STR  
Berechnungsgrundlage der Kapazitäten: Physische Verfügbarkeit

## Entwicklung Zimmerauslastung Hotellerie in Deutschland ggü. Vorjahresmonaten - Deutschland 2020



Quelle: Fairmas GmbH/STR  
Berechnungsgrundlage der Kapazitäten: Physische Verfügbarkeit

### 4. Besondere Betroffenheit:

Messen, Kongresse, Tagungen sowie Kultur- und Sportveranstaltungen finden immer noch nicht statt und Geschäftsreisende und internationale Besucher fehlen. Daher ist insbesondere die wirtschaftliche Situation der Stadt- und Tagungshotellerie, der Eventcaterer, der Diskotheken und Clubs dramatisch. Auch die Verkehrsgastronomie an Flughäfen und Bahnhöfen ist besonders betroffen. Gerade in diesen Segmenten finden sich jedoch eine Vielzahl von Mischbetrieben bzw. verbundenen Unternehmen.

Berlin, 17.12.2020

## LEITFADEN „CORONA UND GEWERBEMIETRECHT“

### ANLAGE A 2: RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT (STAND: DEZEMBER 2020)

Eine ausreichend verwertbare Anzahl an Gerichtsentscheidungen liegt bislang nicht vor. Dies liegt darin begründet, dass in vielen Fällen zwischen den streitenden Mietvertragsparteien eine gütliche Lösung – oft erst im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens - gefunden wird. Nahezu alle wirtschaftlich vernünftigen Mieter- und Vermieterparteien sind sich der rechtlichen Risiken und Kosten einer gerichtlichen Auseinandersetzung bewusst. Daher ist die Vergleichsquote in solchen Fällen sehr hoch.

Die wenigen vorliegenden Entscheidungen halten sich in Bejahen und Verneinen der jeweiligen Minderungs- und Vertragsanpassungsrechte die Waage, wenngleich die diese Rechte verneinenden Entscheidungen zum Teil unzureichend begründet werden.

#### I. Mieterfreundliche Judikatur

##### 1. Tanzlokalentscheidungen des *Reichsgerichts* (RGZ 87, 277; RGZ 89, 203)

Bereits das Reichsgericht befasste sich mit den mietrechtlichen Folgen einer hoheitlichen Schließung von Gastronomiebetrieben während des Ersten Weltkriegs. Diese *höchstrichterliche Rechtsprechung* machte das Vorliegen eines Mangels nicht vom Adressaten, sondern von dem Inhalt der hoheitlichen Maßnahme abhängig und bejahte den Mangel dann, wenn die Mietsache an sich für das Verbot des Geschäftsbetriebs ausschlaggebend war.

In der *Reichsgerichtsentscheidung* vom 09.11.1915 (RGZ 87, 277) wurden öffentliche Tanzveranstaltungen polizeilich untersagt. Der Mieter einer Gaststätte machte daraufhin **Mietminderung** geltend. In der Entscheidung heißt es:

*„Der Verpächter hat die Gefahr für Unglücksfälle zu tragen, welche, den Pachtgegenstand selbst betreffend, überhaupt die Möglichkeit der Fruchtziehung ausschließen oder beeinträchtigen. Nach der Auffassung des Gerichts ist der Zufall im vorliegenden Fall von dem Verpächter zu tragen. Denn er betrifft nicht die Früchte oder deren Entstehung, sondern den Pachtgegenstand selbst und beeinträchtigt die Möglichkeit der Fruchtziehung. Ebenso wie bei einem Mietvertrag ein polizeiliches Verbot, das die Benutzung der Mietfläche zu dem vertragsmäßigen Gebrauche verhindert, den Mieter von der Zahlung des Mietzinses gem. § 537 BGB befreit, wenn es sich bei dem Verbot um irgendwelche Beziehungen (z.B. die örtliche Lage) der Mietsache handelt, so berechtigt bei einem Pachtvertrag ein polizeiliches Verbot den Pächter zu Verweigerung oder Minderung des Pachtzinses, wenn es den*

*Pachtgegenstand selbst trifft und diesem die Möglichkeit nimmt, die vertragsgemäße Nutzung zu gewähren.*

*Der Fruchtgenuss wurde durch das Verbot öffentlicher Tänze für dessen Dauer aus einem nicht in der Person des Pächters liegenden Grunde unmöglich. Das Verbot betraf den Pachtgegenstand selbst, die zum Tanzbetrieb eingerichteten und ihm seit langen Jahren dienenden Räume; sie wurden dadurch der Eigenschaft einer Tanzwirtschaft beraubt und so mit einem die Tauglichkeit zu der vertragsgemäßen Nutzung mindernden Fehler behaftet, so dass die Vorschrift des § 537 gemäß § 581 Abs. 2 BGB entsprechend anwendbar ist.“*

Diese Schlussfolgerung ergibt sich auch aus einer weiteren Entscheidung des *Reichsgerichts* (RGZ 89, 203), mit welcher das *Reichsgericht* die Mangelhaftigkeit der Mietsache bei behördlichen Einschränkungen bestätigte.

Diese Entscheidungen können in Zeiten der Corona-Krise uneingeschränkt herangezogen werden. Die Tatbestände, namentlich die flächendeckende und von der Person des Inhabers und der konkreten Ausgestaltung des Gewerbes unabhängige Untersagung ganzer Geschäftsbetriebe, sind mit den aktuellen Schließungen kompletter Branchen für den Publikumsverkehr deckungsgleich. Zudem ist nicht erkennbar, dass der *Bundesgerichtshof* in späteren Urteilen jemals von den Grundsätzen abgewichen ist, die das *RG* in der zitierten Rechtsprechung aufgestellt hat.

Demzufolge sind die Tanzlokalentscheidungen des *Reichsgerichts* noch immer gültig und können im Falle einer mangelbedingten Mietminderung immer dann herangezogen werden, wenn der Mangel nicht in der Person des Vermieters liegt.

## **2. LG München I, Urteil v. 22.09.2020 – 3 O 4495/20**

Das *Landgericht München I* bejahte in einer ganz aktuellen Entscheidung sehr weitgehende Minderungsrechte der Gewerberaummietpartei, die von der Corona-Krise betroffen war. So sah das Gericht für den Monat April 2020 eine Minderung der Gewerbemiete gemäß **§ 536 BGB** von 80 %, für den Monat Mai 2020 von 50 % und für den Monat Juni 2020 - trotz Öffnung und nur aufgrund der Einhaltung von Hygienekonzepten - noch eine Minderung von 15 % der Miete als berechtigt an.

Hierbei stellte das *LG München I* darauf ab, dass die pandemiebedingten Beschränkungen der Mietsache einen Mietmangel im Sinne von § 536 BGB darstellen, wonach der vereinbarte und von beiden Parteien gewünschte Nutzungszweck der Mietsache, auf dem die Fruchtziehung des Mieters beruht, erheblich gestört ist.

In der sehr ausführlichen Begründung verwies das *Landgericht München I*, a.a.O., S. 5 ff. darauf, dass „seit der Frühzeit der Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuchs anerkannt [ist], dass aufgrund des Verbots der Öffnung von Verkaufsstellen für den Einzelhandel oder des Gastgewerbes ein Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen kann, weil die Tauglichkeit der Mieträume für den vertragsgemäßen Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist.“

Dies belegte das *Landgericht* ausführlich mit vier vergleichbaren Entscheidungen des *Reichsgerichts* (*RG JW* 1913, 596, Nr. 10; *RG*, Urt. v. 09.11.1915, Rep. III.145/15; Urt. vom 15.02.1916, Rep. III.333/15; Urt. vom 26.10.1917, Rep. III.212/17, vgl. auch oben Ziffer I.1.).

Parallel bestätigte das Gericht, dass es sich bei der dargestellten Situation auch um eine Störung der Geschäftsgrundlage handelte, da die Parteien den Eintritt und die Folgen einer globalen Pandemie und der dazu erlassenen Infektionsschutzmaßnahmen durch den Staat offenkundig nicht bedacht hatten und daher den Mietvertrag wohl kaum mit diesem Inhalt geschlossen hätten. Jedoch sei die Anwendung der Mängelhaftungsregelungen – im vorliegenden Fall – vorrangig.

Des Weiteren belegt das *Landgericht* die eigene Begründung mit Hinweisen auf zahlreiche aktuelle *Literaturmeinungen*, so z.B. *Krepold*, WM 2020, 726 oder *Horst*, MK 2020, 89). Beide Autoren stellen im Übrigen beispielhaft auf den Vertragszweck des Hotel- und Gaststättengewerbes ab, wobei *Horst*, a.a.O. sogar von einer Minderung von bis zu 100 % ausgeht.

### **3. LG München I, Urteil v. 05.10.2020 - 34 O 6013/20**

Zu ähnlichen Ergebnissen kam auch eine andere Zivilkammer des *LG München I*. Das Gericht bejahte eine Vertragsanpassung der Gewerberaummiete gemäß **§ 313 BGB** auf 50 % der ursprünglichen Schuld für die Zeit der Schließung des Geschäfts sowie für weitere Wochen nach der Schließung aufgrund der Fortwirkung der Beschränkungen auch nach der Wiedereröffnung.

Dass das Verwendungsrisiko ausschließlich vom Mieter zu tragen sei, lehnte das Gericht ab. Die Schließung infolge der Pandemie betraf nicht die Mietpartei allein, sondern sämtliche Verkaufsgeschäfte im Freistaat Bayern, die nicht Güter des täglichen Bedarfs anboten. Eine derartige Schließung ist während der letzten Jahrzehnte nicht vorgekommen. Das Gericht hielt es daher für gerechtfertigt, dass Vermieter und Mieter gleichermaßen in solidarischer Weise dieses Risiko tragen sollen.

### **4. LG Mönchengladbach, Urteil v. 02.11.2020 - 12 O 154/20**

In einer sehr ausführlich begründeten Entscheidung verneinte das *LG Mönchengladbach* zwar die Minderung der Miete nach § 536 BGB. Das Gericht kam jedoch zu dem Ergebnis, dass die Mietpartei einen Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß **§ 313 BGB** hat, wonach für den Zeitraum der vollständigen Schließung des betroffenen Einzelhandelsgeschäfts eine Reduzierung der Miete um 50 Prozent interessengerecht war.

Das Verwendungsrisiko war in dem entschiedenen Fall nicht einseitig von der Mietpartei zu tragen, da die Maßnahmen der hohen Hand aus Gründen des Pandemieschutzes nur willkürlich und zufällig die Mietpartei trafen. Daher war es interessengerecht, über die Störung der großen Geschäftsgrundlage die Lasten der einschränkenden Maßnahmen zu gleichen Teilen zwischen Mieter- und Vermieterpartei aufzuteilen.

**5. OLG Nürnberg, Beschluss v. 19.10.2020 - 13 U 3078/20**

Inhalt dieses Beschlusses war die erfolgreiche vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem erstinstanzlichen Räumungsurteil für Gewerberäume. Das Räumungsurteil wurde auf die Nichtzahlung der Miete für Mai und Juni 2020 gestützt.

Das Gericht kritisierte die erstinstanzliche Entscheidung des *LG Nürnberg-Fürth*, wonach sich dieses nicht mit der Frage befasste, ob die skizzierten öffentlich-rechtlichen Regelungen nicht schon nach bürgerlichem Recht zu einem Wegfall der Mietzahlungsverpflichtung für die Zeit des sog. „Lockdowns“ geführt haben. Auch wies das *OLG Nürnberg* darauf hin, dass in der rechtlichen Diskussion mit beachtlichen Gründen vertreten wird, dass dann, wenn ein z.B. als Gaststätte, als Hotel, als Freizeiteinrichtung oder als Seminarraum angemietetes Objekt aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften schließen muss, die Mietsache mangelhaft und der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nach **§ 536 Abs. 1 S. 1 BGB** befreit ist.

Die Frage konnte das Gericht jedoch offenlassen, da die dort gegenständlichen Mietzahlungsverpflichtungen den Zeitraum des Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB (Kündigungsschutz) betrafen. Das *OLG Nürnberg* bejahte daher ein besonderes, überwiegendes Interesse des Schuldners an einer Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung. Die Räumungsvollstreckung würde das Aus für den Gewerbebetrieb bedeuten. Das stellte einen schwer zu ersetzenden Nachteil im Sinne des § 710 ZPO dar.

**6. LG Köln, Hinweis v. 01.09.2020 - 19 O 69/18**

Das *Landgericht Köln* bestätigte in einem Hinweis vom 01.09.2020 die Vertragsanpassung in Bezug auf die Gewerbemietzahlungen während der Pandemie:

*„In Bezug auf die widerklagend geltend gemachten Mietzinsansprüche für April bis Juni 2020 kommt nach Auffassung der Kammer eine - als Einrede zu berücksichtigende - Reduktion auf die Hälfte wegen der durch die COVID- 19-Pandemie bedingten Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB in Betracht.“*

**II. Vermieterfreundliche Judikatur**

**1. LG Heidelberg, Urteil vom 30.07.2020 – 5 O 66/20**

In einem noch sehr frühen Stadium und vor Verfestigung des Meinungsstandes in der Literatur ergangenen Entscheidung wies das *LG Heidelberg* Ansprüche einer Gewerberaummietpartei auf Minderung bzw. Vertragsanpassung zurück (kritisch: *Hübner*, ZfIR 2020, 729, Besprechung *LG Heidelberg*, a.a.O.). Das Urteil beschäftigt sich jedoch mit dem etwas ungewöhnlicheren Fall, bei welchem zwischen den Parteien eine Umsatzmiete mit einer geringen Sockelmiete vereinbart worden war. In den allermeisten Fällen ist dies in den Mietverträgen nicht der Fall. Alleine deshalb ist diese Entscheidung nur eingeschränkt anwendbar.

Die Umsatzmiete sollte im Heidelberger Fall sicherstellen, dass Vermieter und Mieter am Erfolg des Geschäfts beteiligt wurden und ihre Risiken verteilten; die Sockelmiete sollte hingegen sicherstellen, dass der Vermieter einen Mindestbetrag erhält. Damit war in der mietvertraglichen Regelung bereits eine Risikoverteilung angelegt und damit auch eine Geschäftsgrundlage für Umsatzzwankungen vereinbart, die sich schließlich realisierte. Diese Grundprämisse zieht sich durch die Begründung des Urteils und spielt auch in der Wertungsentscheidung eine Rolle.

Die vorbenannte Entscheidung ist zudem dem Einzelfall geschuldet und nicht verallgemeinerungsfähig. Insbesondere berücksichtigte das Gericht im Rahmen der Einzelfallabwägung *zu Lasten* der Mieterin, dass diese „eine Existenzgefährdung oder eine vergleichbare, zur Unzumutbarkeit führende, wirtschaftliche Beeinträchtigung weder dargelegt, noch bewiesen hat“. Es ist davon auszugehen, dass eine solche Darlegung durch die Mieterparteien regelmäßig möglich ist und geleistet werden kann.

Der Heidelberger Entscheidung fehlt es weiterhin an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit den zahlreichen Literaturmeinungen, die die Minderung oder die Störung der Geschäftsgrundlage bejahen. Besonders augenfällig ist dabei, dass das *LG Heidelberg* zum Nachweis der eigenen Begründung immer wieder auf den – *überaus einseitigen* – Aufsatz von *Sittner* in der NJW 2020 oder auf die von *Sittner* in diesem Aufsatz zitierten Fundstellen in den Fußnoten zurückgreift. Dabei hätte das *Landgericht* auch berücksichtigen müssen, dass der Autor dieses Beitrags, Herr RA Silvio Sittner von GÖRG in Berlin ausschließlich große Immobiliengesellschaften vertritt und damit regelmäßig die Vermieterposition im Blick hat.

Die Abwägung der vorbenannten Entscheidung leidet schließlich an offensichtlich fehlender Sachverhaltsaufklärung. So bemängelt das *LG Heidelberg* an diversen Stellen den fehlenden Vortrag der Mietpartei zu den nach Ansicht des *Landgerichts* relevanten Abwägungselementen. Nach der entsprechenden Begründung ist es indes nicht erkennbar, ob das *Landgericht* auf den Aspekt der fehlenden Substantiierung auch gemäß § 139 ZPO entsprechend hingewiesen hatte.

## **2. *LG Zweibrücken*, Urteil vom 11.09.2020 – HKO 17/20**

Auch das *LG Zweibrücken* beschäftigte sich in einer Entscheidung mit der vorliegenden Problematik und wies die mieterseitigen Ansprüche auf Anpassung der Miete zurück.

Ähnlich der Entscheidung des *LG Heidelberg*, ermangelt es auch diesem Urteil an einer ausführlich begründeten Auseinandersetzung mit der Rechtslage. Die Abwägung zum § 313 BGB wird dabei sogar von Abwägungsfaktoren geprägt, die für die Beurteilung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage keine Rolle spielen können. So wird zum Teil rechtsirrig in der Abwägung berücksichtigt, wie viel Eigenkapital ein Unternehmen (Mieterpartei) noch zur Verfügung hat bzw. vor der Pandemie zur Verfügung hatte. Dies würde auf eine einseitige Benachteiligung der Unternehmen hinauslaufen, die aus Gründen des weitsichtigen Wirtschaftens Gewinne thesaurieren, anstatt durch Entnahmen die Eigenkapital- und Liquiditätsdecke des Unternehmens nahe an der Zahlungsunfähigkeit zu bewegen. So müssen auch Unternehmen einer bestimmten Größenordnung zudem Eigenkapitalquoten erfüllen, um überhaupt kapitaldienstfähig zu sein. Damit kann es aber keine Rolle spielen, ob gerade diese Unternehmen sich nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen können.

Auch zeigt die Entscheidung des *LG Zweibrücken* deutliche Defizite bei der Ermittlung des Sachverhalts. Die Realität der diversen Parallelfälle zeigt, dass das absolute Gros der Gewerbemieter die extremen Verluste durch den inzwischen erneut eingetretenen Lockdown sowie aufgrund der allgemeinen Einschränkungen der hohen Hand durch Abstands- und Hygienekonzepte, die einem gastronomischen Erlebnis aus Vor-Corona-Zeiten erheblich im Wege stehen, nicht einmal annähernd durch „Kurzarbeitergeld“ oder die „Ersparnis von Betriebskosten“ auffangen können (so aber *LG Zweibrücken*, a.a.O.).

### **3. *LG Wiesbaden*, Urteil vom 05.11.2020 – 9 O 852/20**

In dem am *LG Wiesbaden* verhandelten Fall ging es um einen Mietvertrag über ein Ladengeschäft, in welchem der Mieter auch ein Café betrieb. Er musste daher bis Mitte Mai 2020 pandemiebedingt schließen. Der Vermieter stellte lediglich eine Stundung in Aussicht. Der Mieter legte indes seine Umsatzzahlen nicht offen, sodass es zu einem Vergleich nicht kam.

Das Gericht verurteilte den Mieter zur Zahlung der ungeminderten Miete. Die Einschränkungen trafen nur den geschäftlichen Erfolg des Mieters und fielen in dessen Risikobereich. Das Gericht schloss ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 313 BGB nicht aus. Jedoch verneinte das Gericht eine Existenzgefährdung des Mieters, da dieser nicht hinreichend dargelegt hatte, dass er pandemiebedingt unter einer wirtschaftliche Notlage leide.

Das Urteil ist nicht geeignet, als Referenz herangezogen zu werden. So unterließ es die Mieterseite offenkundig, hier hinreichend darzulegen, welche Umstände zu welchen konkreten Umsatzeinbrüchen geführt haben. Dies ist indes zwingend erforderlich, um einen Anspruch aus § 313 BGB auf Vertragsanpassung gerichtlich durchzusetzen. Möglicherweise hätte das Gericht in diesem Fall auch deutlich über entsprechende Hinweise auf eine ausreichende Substantiierung der klägerischen Umstände hinweisen sollen. Eine „Existenzgefährdung“ ist jedoch weder für den Anspruch aus § 313 BGB erforderlich, noch verliert der Mieter seinen Anspruch wegen etwaiger Teilzahlungen der Miete.

### **4. *LG Lüneburg*, Urteil vom 17.11.2020 – 5 O 158/20**

Auch das *LG Lüneburg* entschied, dass eine pandemiebedingte Betriebsschließung keinen zum Einbehalt des Mietzinses berechtigenden Mangel der Mietsache begründet, weil die öffentlich-rechtliche Anordnung ihren Grund nicht in einer konkreten Beschaffenheit der Mieträume oder in betrieblichen Umständen der Mieterin habe, sondern zum Gesundheitsschutz der Bevölkerung erfolgt sei. Das Ladenlokal der verklagten Mieterin blieb grundsätzlich weiter nutzbar; lediglich der Kundenzugang sei untersagt gewesen. Die Mieterin habe das Geschäftshaus auch als Warenlager für den Onlinehandel und die Schaufenster als Werbefläche genutzt.

Ein Einbehalt des Mietzinses sei auch nicht etwa wegen einer schwerwiegenden Veränderung der Umstände gerechtfertigt. Im Rahmen der insoweit vorzunehmenden Abwägung der Interessen der Vermieterin auf der einen Seite und der Mieterin auf der anderen Seite sei zu berücksichtigen, dass das Verwendungsrisiko der Mietsache grundsätzlich die Mieterin trage, die vorliegend nicht vollständig von der Nutzung des Mietobjekts ausgeschlossen gewesen sei, während die Vermieterin

uneingeschränkt für Erhaltungsmaßnahmen einzustehen habe. Eine einseitige Verlagerung des Nutzungsrisikos zu Lasten der Vermieterin sei nicht angezeigt.

Das Urteil des *LG Lüneburg* ist ebenfalls als Referenzurteil ungeeignet. Die bloße Zurückweisung des Anpassungsanspruchs aus § 313 BGB durch die einseitige Risikozuweisung des Verwendungsrisikos an die Mieterpartei widerspricht der inzwischen *herrschenden Meinung* in der *Literatur*. Die rechtliche Wertung des *LG Lüneburg* ist daher mit guten Gründen im Wege der Berufung angreifbar.

#### **5. *LG Stuttgart*, Urteil vom 19.11.2020 – 11 O 215/20**

Bei dem am *LG Stuttgart* verhandelten Verfahren ging um es Mietzahlungen eines Einzelhandelsgeschäfts für Verkauf und Lagerung von Textilien und Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs. Dieses Geschäft musste aufgrund der hoheitlichen Maßnahmen im April 2020 geschlossen bleiben.

Das Gericht lehnte zunächst einen Anspruch auf Minderung mangels Vorliegen eines Mangels ab. Dabei übernahm das *Landgericht* die Argumentation aus dem Aufsatz des Immobilienvertreters *Sittner*, NJW 2020, 1169. Eine eigene rechtliche Reflektion der Begründung einschließlich einer dezidierten Auseinandersetzung mit dem aktuellen Meinungsstand in der *Literatur* und *Rechtsprechung* ist dem Urteil nicht zu entnehmen; dieses ist daher auch nicht als Referenzentscheidung geeignet.

Das *LG Stuttgart* prüfte zudem eine potenzielle Anpassung der Miete nach § 313 BGB und lehnte diese im Ergebnis ab. Die dabei vorgenommene Abwägung ist mit guten Argumenten angreifbar. So solle § 313 BGB nicht durchgreifen, weil die Kündigungsbeschränkung aus Art. 240 § 2 EGBGB den Mieter bereits ausreichend schütze. Zudem hätte der Mieter nach Ansicht des Gerichts „ausreichende Vorkehrungen“ gegen eine pandemiebedingte Schließung treffen und zwischenzeitlich andere Einnahmequellen aufturn müssen. Welche Vorkehrungen dies sein sollten und weshalb ein Einzelhandelsgeschäft dies hätte versichern müssen, erläutert das Gericht nicht. Auch schließt die Kündigungsbeschränkung nach Art. 240 § 2 EGBGB den Anspruch aus § 313 BGB nicht aus, was nunmehr durch die kommende Klarstellung des aktuellen „Gesetzes zu Miet- und Pachtverhältnissen während der COVID-19-Pandemie“ endgültig geklärt sein sollte.