

## Die Antwort auf die Covid-19-Pandemie kann nur eine partnerschaftliche sein

Das gilt auch fürs Gewerbemietrecht. Rechtsanwalt Aldo Trentinaglia<sup>1</sup> kommentiert ein aktuelles Urteil des Landgerichts Gera, dem eine Klage eines Eigentümers gegen einen bundesweit tätigen Möbelhändler auf volle Mietzahlung im Lockdown zu Grunde lag. Er gibt Hinweise, wie Sie sich gegenüber Ihrem Vermieter am besten verhalten.

Muss ein Einzelhändler für Zeiten, in denen ihm die Ladenöffnung pandemiebedingt verboten ist, die volle Miete zahlen? Zu Beginn der Covid-19-Pandemie hatte die Mehrheit der Gerichte diese Frage bejaht. Doch es gibt immer mehr Anhaltspunkte für eine Trendwende. Auch das Landgericht Gera (Az.: 11 HK O 81/20) hat für einen von uns vertretenen, bundesweit tätigen Möbelhändler nunmehr eine Reduzierung der Kaltmiete um 50 % angenommen. Grundlage der Entscheidung war § 313 BGB.<sup>2</sup>

### 1 Übliche Einwände des Vermieters

Dabei hat das Gericht auch zu verschiedenen, von Vermietern gebetsmühlenartig vorgebrachten Einwänden Stellung genommen.

#### 1.1 „Die Covid19-Pandemie begründet keine Störung der Geschäftsgrundlage des Gewerbemietvertrags“

Das ist falsch. Die Parteien hatten die gemeinsame Vorstellung, dass die Nutzung des Mietobjekts nicht aufgrund einer weltumspannenden Pandemie untersagt werden würde. Diese gemeinsame Vorstellung ist Geschäftsgrundlage des Mietvertrags geworden und also solche durch die staatlichen Öffnungsverbote schwerwiegend gestört. Das sieht auch der Gesetzgeber so: Durch den zum 31. Dezember 2020 in Kraft gesetzten Art. 240 § 7 EGBGB<sup>3</sup> wird die Störung

<sup>1</sup> Der Autor Aldo Trentinaglia ist Rechtsanwalt bei der Kanzlei ZENK (Reinhardtstraße 29, 10117 Berlin; Tel.: 030/2475740). Er berät deutschlandweit zu allen immobilien- und wirtschaftsrechtlichen Themen. Er wird seit dem Jahr 2020 vom Handelsblatt als einer der besten Anwälte im Immobilienwirtschaftsrecht geführt.

<sup>2</sup> § 313 Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

<sup>3</sup> § 7 Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen

(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.

der Geschäftsgrundlage nunmehr widerleglich vermutet, d.h. die Beweislast liegt jetzt beim Vermieter: Er muss beweisen, dass die Geschäftsgrundlage nicht schwerwiegend gestört war. Diese Vermutung gilt auch für vor dem 31. Dezember 2020 liegenden Zeiträume.

Damit ist aus Mietersicht die erste Hürde genommen. Um zu einer Mietreduzierung zu kommen, muss dem Mieter aber das Festhalten an den Bedingungen des Vertrages, vor allem an der vereinbarten Miethöhe, auch unzumutbar sein.

Entscheidend kommt es dabei auf folgendes an: Wer trägt das sog. Verwendungsrisiko des Mietobjekts? Spielt die Vereinbarung einer Mindestmiete eine Rolle? Muss der Mieter einen Umsatzrückgang behaupten und im Zweifel auch beweisen? Wie werden mögliche Onlineumsätze berücksichtigt? Wie geht man mit Öffnungsmöglichkeiten von Teilflächen um? Können mögliche Nachholeffekte aus zukünftigen Post-Lockdown eine Rolle spielen? Auch dazu hat das Landgericht Gera Stellung genommen.

## 1.2 „Der Mieter trägt grundsätzlich das Verwendungsrisiko“

Dieser Einwand ist mindestens missverständlich. Richtig ist zunächst: Der Mieter trägt das grundsätzliche Risiko, mit seinem Geschäft Gewinne zu erwirtschaften. Es fällt in den Risikobereich des Mieters, die

wirtschaftliche Nachhaltigkeit seines Geschäftsmodells abzuschätzen. Der Mieter hat aber sicher nicht das Risiko einer weltumspannenden Pandemie übernommen. Der Mieter wird vielmehr für übergeordnete Zwecke der gesamtgesellschaftlichen Pandemiebekämpfung in Anspruch genommen, ohne dass ihm das damit verbundene Risiko der zwangsweisen Filialschließung als betriebliches Risiko zuzuordnen wäre. Dementsprechend stellt das Landgericht Gera klar, dass der Mieter das Risiko einer staatlich verfügten Einstellung seines Geschäftsbetriebs nicht übernommen hat.

## 1.3 „Aber im Mietvertrag war eine Umsatzmiete in Kombination mit einer Mindestmiete vereinbart“

Ein häufig vorgebrachtes Argument stellt auf eine im Einzelfall vertraglich vereinbarte Mindestmiete ab: Durch die Vereinbarung einer Mindestmiete hätten, so heißt es dann, die Parteien abschließend vereinbart, dass sich der Vermieter an einem Misserfolg des Mieters jedenfalls nicht soweit beteiligen wollte, dass die umsatzabhängige Miete unter die Mindestmiete rutscht. Andernfalls hätten die Parteien nur eine reine Umsatzmiete vereinbart.

Dieses Argument ist nichts anderes als das Argument des Verwendungsrisikos in neuem Gewand. Ja, die Parteien haben für den Normalfall – und nur für diesen - eine Mindestmiete vereinbart: Auch für den Fall, dass die Geschäfte des

Mieters aus Gründen schlecht laufen sollten, die mit seinem Betrieb zu tun haben, hat er sich zur Zahlung einer Mindestmiete verpflichtet. Dem Mieter aber zu unterstellen, dass er die Miete in jedem Fall, also auch für den Fall einer weltumspannenden Pandemie, die jenseits seiner Einflussosphäre liegt, vollständig zahlen wollte, dürfte den Bogen gehörig überspannen. Die Vereinbarung einer Mindestmiete stand aus Sicht des Landgerichts Gera also einer Mietreduzierung nicht entgegen.

#### **1.4 „Die vom Mieter vorgetragenen Umsatzzahlen etc. glauben wir nicht“**

Besonders umstritten ist die Frage, ob und welches Zahlenwerk der Mieter eigentlich vorbringen muss, um eine Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag zu begründen. U.a. das Landgericht Heidelberg, das eines der ersten Corona-Urteile verkündet hatte, forderte, dass der Mieter eine Existenzgefährdung darlegen und beweisen müsse. Das Landgericht Gera sieht dagegen auch das Merkmal der Unzumutbarkeit von der Vermutungswirkung nach Artikel 240 § 7 EGBGB erfasst, so dass nunmehr vielmehr der Vermieter beweisen müsse, dass die vorgetragenen Zahlen falsch seien. Auf eine Existenzgefährdung komme es nicht an. Im Ergebnis folgt es damit dem Oberlandesgericht Dresden, das eine Unzumutbarkeit schlicht und ohne Bezugnahme auf vorgetragene Umsatzzahlen mit der Begründung bejaht hatte, dass die Schwelle der

Erheblichkeit bei einer Geltungsdauer eines Öffnungsverbots von einem Monat bestehe. Dem beklagten Mieter kann angesichts der unklaren Rechtslage nur dringend zu einem möglichst detaillierten Vortrag zur Entwicklung von Umsatz und Kosten geraten werden.

#### **1.5 „Der Mieter hätte verstärkt auf seinen Onlineshop zum Ausgleich seiner Umsatzverluste setzen müssen“**

Dieser Einwand geht jedenfalls im Möbelhandel fehl. Das Landgericht meinte hierzu pointiert:

*„Es ist gerichtsbekannt, dass es für die Mehrzahl der Kunden, die sich für Polstermöbel interessieren, wichtig ist, einen haptischen Eindruck von diesen zu bekommen und ggf. ‚Probzusitzen‘. Derartige Eindrücke können bei Online-Bestellungen durch die bloße Betrachtung angebotener Polstermöbel auf Bildschirmen nicht gewonnen werden.“*

#### **1.6 „Der Mieter hätte zumindest eine Teilfläche aufmachen müssen“**

Es ist bekannt: In den meisten Bundesländern war Ende April/Anfang 2020 eine Öffnung der Verkaufsfläche zulässig, sofern diese maximal 800 m<sup>2</sup> groß war. Eine solche Öffnung ist rechtlich problematisch, weil durch die Abtrennung brandschutzrelevante Fluchtwege betroffen sein können. Sie ist auch aus Marketinggesichtspunkten fragwürdig: Wie reagieren Kunden, deren gewünschtes Möbelstück im nicht zugänglichen Bereich steht und die sich vergeblich auf den Weg ins

Möbelgeschäft gemacht haben? Anders als Textilien können Möbelstücke nun mal nicht ohne Weiteres zur Ansicht in den Verkaufsbereich getragen werden.

Aus diesem Grund hat das Landgericht Gera die Öffnung einer Teilfläche für unzumutbar gehalten.

### 1.7 „Es sind auch Umsatzsteigerungen nach Ende des Lockdowns zu berücksichtigen“

Dieses Argument kann eine gewisse Plausibilität für sich in Anspruch nehmen: Einzelhändler profitieren potentiell von Nachholeffekten. Wer die Couch nicht im Januar 2021 kauft, kauft sie eben im Juni 2021 – Umsätze werden verschoben, fallen aber nicht gänzlich weg. Beim Vermieter ist das anders: Eine einmal weggefallene Miete lässt sich nicht nachholen.

Sind also die Umsatzausfälle mit den zukünftigen Umsatzsteigerungen aufgrund solcher Nachholeffekte zu saldieren? Nein! Es ist vielmehr eine monatsweise Betrachtung anzustellen. Dies ergibt sich aus dem Mietvertrag. Dort haben die Vertragsparteien bezüglich aller wichtigen Vertragspunkte eine monatliche Betrachtungsweise angestellt: Die Miete wird monatlich fällig, eine Kündigung ist möglich bei Verzug mit zwei Monatsmieten usw.

Eine Saldierung ist auch, so das Gericht, praktisch nicht möglich. Es bliebe unklar, welche Zeiträume dafür relevant seien. Die Frage nach der Höhe der Mietzahlungspflicht ließe sich bei einer

solchen Saldierung auch nicht im entscheidenden Fälligkeitszeitpunkt beurteilen, sondern erst nachträglich nach Ablauf der einzubeziehenden weiteren Zeiträume.

## 2 Urteil

Das Landgericht hielt eine Reduzierung der Kaltmiete in Höhe von 50 % für angemessen. Das entsprach dem vorgerichtlichen Vergleichsvorschlag des beklagten Möbelhändlers.

Das Landgericht wandte die 50 %-Regel allerdings erst ab dem zweiten Monat der Betriebsschließung an. Für den ersten Monat sei dem Möbelhändler die volle Mietzahlung zumutbar. Eine Begründung für diese Wertung blieb das Landgericht schuldig, der Verweis auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Dresden geht fehl: Dieses hatte zwar geurteilt, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage dann erheblich im Sinne des § 313 BGB sei, wenn eine Schließung länger als einen Monat andauere, dann aber auch für den ersten Monat eines längeren Zeitraums eine Halbierung der Kaltmiete vorgenommen.

Die Betriebskosten seien laut Landgericht vom Mieter dagegen voll zu zahlen, weil sie verbrauchsabhängig seien. Das trifft bekanntlich allerdings nur auf einen Teil der Betriebskosten zu.

## 3 Ausblick

Es sind noch viele Fragen offen, zu denen sich das Landgericht Gera nicht verhalten hat: Wie sind

Kostensenkungen in Folge von Kurzarbeitergeld zu berücksichtigen? Wie stellt man staatliche Unterstützungszahlungen in die Bewertung ein? Ist bei der Bewertung auf die einzelne Filiale abzustellen oder auf das gesamte Unternehmen? Besteht eine Pflicht des Mieters, Rücklagen zu bilden? Es wird noch einige Zeit dauern, bis diese Fragen höchstrichterlich geklärt sind.

#### **4 Handlungsempfehlung**

Aufgrund der rechtlichen Unsicherheit sollte der Mieter, der sich Mietforderungen des Vermieters ausgesetzt sieht, überlegt handeln.

- 4.1 Eine vorgerichtliche Einigung unter Hinweis auf das hier besprochene Urteil ist einem langen Prozess in jedem Fall vorzuziehen.
- 4.2 Bei der Frage, ob man auch ohne eine Verständigung mit dem Vermieter Teilzahlungen leistet, ist zu beachten, dass es – anders als im ersten Lockdown - derzeit kein Kündigungsmoratorium gibt, das dem Vermieter eine Kündigung aufgrund Zahlungsverzugs infolge der Covid-19-Pandemie verbietet. Ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kündigung bestehen, hängt also unmittelbar davon ab, ob und in welcher Höhe der Mietanspruch reduziert wird. Der vorsichtige Mieter sollte hier die volle Mietzahlungspflicht unterstellen und so zahlen, dass er die gesetzlichen Kündigungstatbestände nicht erfüllt.

- 4.3 Alle Mietzahlungen sollten unter Vorbehalt erfolgen. Auch hier ist Vorsicht geboten: Ist der Vorbehalt zu weit, wird die Zahlung im Rahmen der Beurteilung der Kündigungsvoraussetzungen behandelt, als sei sie nicht erfolgt. Eine Kündigung droht trotz Zahlung! Ist der Vorbehalt dagegen zu eng oder wird gar kein Vorbehalt gemacht, mag darin unter Umständen ein Anerkenntnis der Mietzahlungspflicht gesehen werden. Eine spätere Rückforderung ist dann ausgeschlossen.

- 4.4 Alle Abreden zur Abänderung der Mietzahlungspflicht sollten in Gestalt eines schriftformgemäßen Nachtrags erfolgen, insbesondere dann, wenn sie Zeiträume in der Zukunft erfassen. Andernfalls riskiert man die Kündbarkeit des Mietvertrags – dieses Mal nicht wegen Zahlungsverzug, sondern wegen Verstoß gegen die Schriftform.

Aldo Trentinaglia  
Berlin, 12.05.2021

