



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 75/21

Verkündet am:
13. Juli 2022
Sauer,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB §§ 134 Abs. 1, 275 Abs. 1, 313 Abs. 1, 326 Abs. 1, 536 Abs. 1 Satz 1; EGBGB Art. 240 § 2

- a) Eine durch die COVID-19-Pandemie bedingte Betriebsbeschränkung eines Einzelhandelsgeschäfts führt nicht zu einem Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem Vermieter wird dadurch die vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand auch nicht ganz oder teilweise unmöglich (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370).
- b) Im Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruht, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370).
- c) Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, sind auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat. Zudem ist zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang der Mieter in der Zeit der Nutzungsbeschränkung Aufwendungen, etwa infolge geleisteter Kurzarbeit, erspart hat.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2022 - XII ZR 75/21 - LG Düsseldorf
AG Düsseldorf

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 2022 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 30. August 2021 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um die Zahlung restlicher Gewerberaummiete für den Monat Mai 2020 in Höhe von 627,20 €.
- 2 Die Beklagte hat vom Kläger ein Ladenlokal mit einer Größe von 89,59 qm zur Nutzung als „Brot und Backwaren-Filiale mit Stehcafé“ gemietet. Für den Cafébetrieb nutzt die Beklagte ca. 21 qm der Gesamtfläche. Die monatliche Bruttogesamtmiete beträgt 3.496 €.
- 3 Aufgrund der sich verbreitenden Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19-Pandemie) erteilte das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen am 17. März 2020 auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 IfSG die Weisung, dass ab dem 18. März 2020 unter anderem alle Cafés zu schließen sind. Durch § 9 Abs. 1 der Verordnung zum Schutz von Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung

- CoronaSchVO) vom 22. März 2020 mussten Cafés bis zum 19. April 2020 weiterhin geschlossen bleiben.

- 4 Die Beklagte stellte den Cafébetrieb daraufhin in dem Untersagungszeitraum ein. Nach dem Zeitraum der vollständigen Untersagung des Cafébetriebs reduzierte die Beklagte die vor dem Ausbruch der Pandemie vorhandenen 16 Plätze im Cafébereich aufgrund von weiter geltenden Abstandsregelungen auf zehn Plätze.
- 5 Im Mai 2020 zahlte die Beklagte auf die vereinbarte Miete einen Betrag iHv 2.868,80 €, was einer Kürzung iHv 20 % der Nettomiete, also von 627,20 € entspricht. Mit Schreiben vom 4. Mai 2020 beantragte die Beklagte bei dem Kläger unter Berufung auf § 313 BGB eine befristete Anpassung des Mietvertrags aufgrund der mit Blick auf die behördlichen Maßnahmen im Rahmen der Corona-Pandemie eingetretenen erheblichen Umsatzeinbußen. Eine Vertragsanpassung ließ der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 8. Mai 2020 zurückweisen.
- 6 Im vorliegenden Verfahren begehrt der Kläger Zahlung der restlichen Miete für den Monat Mai 2020 in Höhe von 627,20 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Die Beklagte, die sich im Wesentlichen damit verteidigt hat, dass die Miete aufgrund der hoheitlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie nicht in voller Höhe geschuldet gewesen sei, hat hilfsweise die Aufrechnung mit ihrer Auffassung nach aus den gleichen Gründen überzahlter Miete für März und April 2020 erklärt. Das Amtsgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Gegen das Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und für den Fall des Berufungserfolgs Hilfszwischenfeststellungswiderklage erhoben, mit der sie die Feststellung begehrt, dass die Miete für das streitgegenständliche Objekt monatlich um zumindest 627,20 € gemindert ist. Das Landgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom

Landgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie weiterhin die vollständige Klageabweisung und ihre Hilfszwischenfeststellungswiderklage verfolgt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I.

8 Das Landgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

9 Das Amtsgericht habe dem Kläger zu Recht einen Anspruch auf Zahlung der rückständigen Miete für Mai 2020 zuerkannt.

10 Die Betriebsbeschränkungen durch die hoheitlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie im Frühjahr 2020 führten zu keinem Sachmangel der Mietsache im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB. Dies gelte sowohl für die Beschränkungen durch die für den Betrieb des Stehcafés zu erstellenden Hygienekonzepte als auch für die vorausgegangene Schließung des Cafébetriebs, weil diese Maßnahmen nicht an die baulichen Gegebenheiten der Mietsache, sondern an die konkrete Nutzungsart anknüpften. Die Beklagte könne sich insoweit auch nicht auf eine durch die Ansammlung von Aerosolen ausgehende Gesundheitsgefahr in den Mieträumen berufen, weil diese nicht der physischen Beschaffenheit der Mietsache anhaftete, sondern ebenfalls allein aus der konkreten Nutzung durch den Mieter resultierte. Auch lasse sich aus der vertraglich vereinbarten Betriebspflicht der Beklagten und der Sortimentsbindung nicht herleiten, dass der Kläger im vorliegenden Fall ausnahmsweise das grundsätzlich den Mieter treffende Verwendungsrisiko habe übernehmen wollen. Die von der

Beklagten vertretene Auffassung, die Miete sei nicht (in voller Höhe) geschuldet, weil der Vertrag während der gesetzlichen Betriebsbeschränkungen vorübergehend auf einen verbotenen Erfolg gerichtet sei, überzeuge nicht. Denn diese Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie richteten sich gerade nicht gegen die Vermietung von Räumen zum Zweck des Betriebs von Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften oder auch nur gegen den Betrieb als solchen, sondern nur - vorübergehend - gegen die Öffnung des Geschäfts für den Publikumsverkehr. Eine Anwendung des § 134 BGB auch nur im Wege einer Auslegungsregel würde daher den Verordnungszweck überdehnen.

11 Die Leistungspflicht der Beklagten sei auch nicht gemäß § 326 Abs. 1 BGB wegen (teilweiser) Unmöglichkeit der Vermieterleistung entfallen. Es liege kein Fall der Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB vor. Der Mietvertrag der Parteien begründe keine Pflicht des Vermieters, eine pandemiebedingte Öffnungsuntersagung zu verhindern oder zu beseitigen, um dem Mieter den Betrieb des als Mietzweck vereinbarten Geschäfts zu ermöglichen. Der Vermieter habe nur das Risiko für die Änderung der gesetzlichen Bedingungen, die die Beschaffenheit der Mietsache betreffen, übernommen.

12 Die Beklagte habe auch keinen Anspruch auf eine Herabsetzung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB. Zwar sei die Vorschrift des § 313 BGB hier anwendbar und es sei auch von einer Störung der Geschäftsgrundlage auszugehen. Der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten sei es jedoch weder hinsichtlich des Gesamtkonzerns noch hinsichtlich der Einzelfiliale gelungen, substantiiert darzulegen, dass es ihr unzumutbar sei, am unveränderten Vertrag festgehalten zu werden. Hinsichtlich der streitgegenständlichen Filiale vermöge ein Umsatzrückgang von 20 % eine solche Unzumutbarkeit noch nicht zu begründen. Es fehle an hinreichendem Vortrag dazu, inwie-

weit dieser Umsatzrückgang, der gerade nicht ohne Weiteres mit einem entsprechenden Rückgang des Gewinns gleichzusetzen sei, tatsächlich zu erheblichen Beeinträchtigungen des Betriebs der Beklagten geführt habe. Außerdem sei dem Vortrag der Beklagten zu entnehmen, dass sie staatliche Hilfeleistungen in Form von Kurzarbeitergeld in Anspruch genommen bzw. durch die Anmeldung von Kurzarbeit Aufwendungen erspart habe. Inwieweit sie diese Leistungen in die Kalkulation ihres Umsatzrückgangs und damit in die Betrachtung der Beeinträchtigung einbezogen habe, sei nicht ersichtlich. Zudem habe die Beklagte nicht konkret offengelegt, wie hoch die ersparten Aufwendungen und Zuflüsse durch staatliche Leistungen gewesen seien. Auch auf einen entsprechenden richterlichen Hinweis habe die Beklagte zu diesen Fragen nicht weiter vorgetragen.

13 Die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung habe keinen Erfolg. Denn die Beklagte sei auch im März und April 2020 nicht berechtigt gewesen, Teile der Miete einzubehalten bzw. zurückzufordern.

14 Eine Entscheidung über die für den Fall der Klageabweisung im Berufungsrechtszug erhobene Hilfszwischenfeststellungswiderklage der Beklagten sei aufgrund der Unbegründetheit der Berufung nicht veranlasst.

II.

15 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

16 1. Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Revision unbeschränkt zugelassen.

17 a) Das Landgericht hat die Zulassung im Urteilsausspruch nicht eingeschränkt. Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich

auch bei - wie hier - uneingeschränkter Zulassung des Rechtsmittels im Tenor eine wirksame Beschränkung aus den Entscheidungsgründen ergeben kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass aus ihnen der Wille des Berufungsgerichts, die Revision in bestimmter Hinsicht zu beschränken, klar und eindeutig hervorgeht (vgl. Senatsurteil BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 14 mwN).

18 b) Sollte das Berufungsgericht hier eine Beschränkung beabsichtigt haben, wäre diese jedoch unzulässig und damit unbeachtlich, so dass das angegriffene Urteil auf die Revision der Beklagten in vollem Umfang überprüft werden muss. Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (Senatsurteil BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 16 mwN).

19 Danach scheidet hier eine Beschränkung der Zulassung der Revision aus. Bei der vom Berufungsgericht aufgeworfenen Frage, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Maßstäben wegen der Auswirkungen der SARS-CoV-2-Pandemie eine Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht kommt, handelt es sich um eine Rechtsfrage, die für den gesamten Rechtsstreit entscheidungserheblich ist. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sind der Anspruch des Klägers auf Zahlung der restlichen Miete für den Monat Mai 2020 und die Hilfsaufrechnungen der Beklagten. Der Erfolg des klägerischen Begehrens ist davon abhängig, ob die Beklagte in diesen Monaten aufgrund der pandemiebedingten Betriebsbeschränkungen zu einer Reduzierung der vertraglich geschuldeten Miete berechtigt war. Die Frage, ob die Beklagte in dem fraglichen Zeitraum einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB

hat, stellt daher eine reine Rechtsfrage im Rahmen des einheitlichen Klagebegehrens dar, die nicht für sich genommen Gegenstand einer Revisionszulassung sein kann.

20 2. Die Revision ist unbegründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte gemäß § 535 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung der restlichen Miete für den Monat Mai 2020. Weder war die Miete in diesem Zeitraum nach § 536 Abs. 1 BGB gemindert noch ist die Beklagte nach § 326 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der von der Beklagten geschuldeten Leistung (§ 275 Abs. 1 BGB) teilweise von ihrer Zahlungsverpflichtung frei geworden. Ihr steht auch kein Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB auf eine Anpassung des Mietvertrags dahingehend zu, dass sie von ihrer Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Miete teilweise befreit ist. Schließlich bleibt auch die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung ohne Erfolg, weil sie auch im März und April 2020 nicht berechtigt war, Teile der Miete einzubehalten bzw. zurückzufordern.

21 a) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Miete weder im Mai 2020 noch in dem der Hilfsaufrechnung zugrundeliegenden Zeitraum vom 18. März 2020 bis 19. April 2020 nach § 536 Abs. 1 BGB gemindert war, weil die durch die Weisung des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 17. März 2020 und die nachfolgenden Verordnungen zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bewirkten Einschränkungen der Nutzbarkeit der Mietsache nicht zu einem Mangel des Mietgegenstands iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB geführt haben.

22 aa) Der Senat hat nach Erlass des angegriffenen Urteils entschieden, dass Einschränkungen der Nutzbarkeit einer Mietsache, die durch die zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie angeordneten hoheitlichen Maßnahmen bedingt sind, nicht zu einem Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB

führen (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 29 ff. und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NJW 2022, 1378 Rn. 22 f.). Diese Einschränkungen beruhen nämlich nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache, sondern knüpfen an den Geschäftsbetrieb des Mieters mit dem sich daraus ergebenden Publikumsverkehr an, der die Gefahr einer verstärkten Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus begünstigt und der aus Gründen des Infektionsschutzes untersagt bzw. beschränkt werden sollte. Durch die Verordnungen wurde weder der Beklagten die Nutzung der angemieteten Geschäftsräume im Übrigen noch der Klägerin tatsächlich oder rechtlich die Überlassung der Mieträumlichkeiten verboten. Das Mietobjekt stand daher grundsätzlich weiterhin für den vereinbarten Mietzweck zur Verfügung (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 34 f. und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NJW 2022, 1378 Rn. 22).

23

bb) Danach führte die durch die hoheitlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen bewirkte Beschränkung des Café-Betriebs der Beklagten im Mai 2020 nicht zu einem Mangel der Mietsache iSv § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die Gebrauchsbeschränkung, die in diesem Zeitraum im Wesentlichen nur in der Einhaltung des Abstandsgebots im Bereich ihres Café-Betriebs bestand, nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache beruhte, sondern an den Geschäftsbetrieb der Beklagten als Mieterin anknüpfte. Gleiches gilt für den Zeitraum vom 18. März 2020 bis 19. April 2020, in dem die Beklagte zwar den Betrieb ihres Stehcafés einstellen musste, aber ansonsten ihren Geschäftsbetrieb in den Mieträumen uneingeschränkt weiterführen konnte.

24 (1) Soweit die Revision die Auffassung vertritt, die Mietsache sei im Mai 2020 deshalb mangelhaft iSv § 536 Abs. 1 BGB gewesen, weil die Beklagte aufgrund der seinerzeit geltenden Abstandsregelungen die vorhandenen 16 Plätze im Cafébereich auf zehn Plätze habe reduzieren müssen, kann dem nicht gefolgt werden.

25 Mit dem durch § 9 Abs. 1 CoronaSchVO vom 22. März 2020 eingeführten und später fortgeschriebenen Gebot, dass im öffentlichen Raum zu allen anderen Menschen grundsätzlich ein Mindestabstand von 1,5 Metern einzuhalten ist, sollte die dynamische Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus eingedämmt werden, um die besonders vulnerablen Personengruppen vor einer Ansteckung mit dem neuartigen Virus zu schützen und eine Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern. Da eine besonders hohe Ansteckungsgefahr dort gesehen wurde, wo es zu einem Zusammentreffen einer Vielzahl von Menschen kommt, sollte durch das Abstandsgebot im öffentlichen Raum eine deutliche Reduzierung menschlicher Kontakte erreicht werden. Deshalb waren nach § 14 Abs. 1 CoronaSchVO in der ab dem 16. Mai 2020 geltenden Fassung auch die Betreiber von Gaststätten, Restaurants oder Cafés gehalten, Hygienekonzepte zu erstellen, damit in ihren Geschäftsräumen von den Kunden das Abstandsgebot gewahrt wird. Da die Beklagte die Anzahl der Plätze in ihrem Stehcafé im Hinblick auf diese rechtlichen Vorgaben reduziert hat, beruhte die hiermit verbundene Gebrauchsbeschränkung damit ebenfalls nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts. Sie knüpfte allein an die Nutzungsart und den sich daraus ergebenden Publikumsverkehr an, der die Gefahr einer verstärkten Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus begünstigt. Hierdurch wurde jedoch weder der Beklagten die Nutzung der angemieteten Geschäftsräume im Übrigen noch der Klägerin tatsächlich oder rechtlich die Überlassung der Mieträumlichkeiten verboten. Das Mietobjekt stand vielmehr im Mai 2022 der Beklagten für den vereinbarten Mietzweck vollständig zur Verfügung.

- 26 (2) Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich eine Mangelhaftigkeit der Mietsache auch nicht damit begründen, dass im Mai 2020 die Nutzung des Cafébereichs mit erheblichen Gesundheitsgefahren verbunden gewesen sei. Die Revision führt hierzu aus, dass der mit der vertragsgemäßen Nutzung des Mietobjekts verbundene Personenverkehr zu einer Ansammlung von Aerosolen im Cafébereich geführt habe. Habe sich eine infizierte Person in dem Raum befunden, habe das zu einer erheblichen Steigerung des Infektionsrisikos anderer Kunden geführt. Diese Gesundheitsgefahren für die Kunden der Beklagten hätten die Brauchbarkeit des Mietobjekts für den vertraglich vereinbarten Zweck beeinflusst.
- 27 Dem kann nicht gefolgt werden. Die von der Revision beschriebene Gesundheitsgefahr durch eine vermehrte Ansammlung von Aerosolen in den Mieträumen und die damit bedingte Infektionsgefahr durch das SARS-CoV-2-Virus hat ihren Ursprung in der Nutzung eines Teils des Mietobjekts als Café und dem damit einhergehenden Publikumsverkehr. Sie betrifft damit wiederum allein die Verwendung des Mietobjekts durch die Beklagte. Der für die Annahme eines Sachmangels im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB notwendige Bezug zur konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache fehlt dagegen.
- 28 (3) Schließlich ergibt sich ein Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht aus dem im vorliegenden Fall vereinbarten Mietzweck der Räumlichkeiten zur „Nutzung als Brot und Backwaren-Filiale mit Stehcafé“. Denn ohne besondere, hier nicht vorgetragene Umstände gehören nur rechtliche Umstände, die die körperliche Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage der Mietsache betreffen oder Einfluss auf sie haben, zu der vom Vermieter geschuldeten Leistung. Für öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen, Verbote oder Gebrauchshindernisse, die sich - wie hier - aus betriebsbezogenen Umständen ergeben oder in der Person des Mieters ihre Ursache haben, hat der Vermieter

hingegen ohne eine anderslautende Vereinbarung nicht einzustehen (vgl. Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 36 mwN und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NJW 2022, 1378 Rn. 23). Allein in der vertraglichen Festlegung eines bestimmten Nutzungszwecks kann eine solche Vereinbarung nicht gesehen werden.

29 b) Die Beklagte ist auch nicht deshalb von ihrer Verpflichtung zur Mietzahlung teilweise befreit, weil dem Kläger in den maßgeblichen Zeiträumen seine vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand ganz oder teilweise unmöglich gewesen wäre (§§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB). Wie bereits ausgeführt, war es dem Kläger sowohl im Mai 2020 als auch in der Zeit vom 18. März 2020 bis 19. April 2020, in der die Beklagte den Betrieb ihres Stehcafés einstellen musste, nicht unmöglich, ihr den Gebrauch der Mietsache entsprechend dem vereinbarten Mietzweck zu gewähren. Der Kläger hat daher auch während der Zeit dieser Gebrauchsbeschränkungen die von ihm gemäß § 535 Abs. 1 BGB geschuldete Leistung erbracht. Eine Einstandspflicht für den Fall von hoheitlich angeordneten Betriebsuntersagungen und -beschränkungen im Falle einer Pandemie hatte er mangels einer entsprechenden Vereinbarung nicht übernommen (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 40).

30 c) Soweit die Revision die Auffassung vertritt, sie sei während der hier maßgeblichen Zeiträume auch deshalb nicht zur Zahlung der vollständigen Miete verpflichtet gewesen, weil der Mietvertrag aufgrund der hoheitlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie auf einen verbotenen Erfolg iSv § 134 BGB gerichtet gewesen sei, kann sie damit ebenfalls nicht durchdringen.

31 aa) Gemäß § 134 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes

ergibt. Dabei hat die Vorschrift grundsätzlich den Fall im Blick, dass ein gesetzliches Verbot schon bei Abschluss des Rechtsgeschäfts eingreift. Wird ein gesetzliches Verbot jedoch erst nach Vornahme des Rechtsgeschäfts erlassen, stellt § 134 BGB lediglich eine Auslegungsregel auf. Danach bleibt für jeden Fall zu prüfen, ob das Verbotsgesetz seinem Sinn und Zweck nach auch eine erst nach Vertragsschluss im Verlauf der Vertragsdurchführung nachträglich eintretende Unvereinbarkeit einer Vertragsbestimmung mit der Verbotsnorm überhaupt sanktionieren will und, wenn ja, ob dies durch eine rückwirkende Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmung von Anfang an oder, dem Regelfall entsprechend, durch eine erst für die Zukunft eintretende Nichtigkeit ex nunc - unter Umständen auch nur für die Dauer des verbotswidrigen Zustands - der Fall sein soll (vgl. BGHZ 201, 363 = NJW 2014, 3016 Rn. 33 mwN).

- 32 bb) Gemessen hieran ist die Verpflichtung der Beklagten zur Mietzahlung nicht entfallen. Denn die durch die landesrechtlichen Regelungen zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bewirkten Nutzungsbeschränkungen knüpfen an die Nutzungsart und den damit verbundenen Publikumsverkehr an, der die Gefahr einer verstärkten Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus begünstigt und der aus Gründen des Infektionsschutzes eingeschränkt werden sollte. Durch diese Regelungen zum Infektionsschutz wurde weder der Beklagten die Nutzung der angemieteten Geschäftsräume im Übrigen noch dem Kläger die Überlassung der Mieträume verboten. Die Nutzungsbeschränkungen betreffen allein das Verwendungsrisiko des Mieters. Deshalb verstößt der zwischen den Parteien bestehende Mietvertrag nicht gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 Abs. 1 BGB. Somit besteht entgegen der Auffassung der Revision und einer vereinzelt gebliebenen Literaturmeinung (Leo/Götz NZM 2020, 402, 404) auch kein Anlass, den Mietvertrag unter Berücksichtigung von § 134 Abs. 1 BGB dahingehend auszulegen, dass im Zeitraum der pandemiebedingten

Betriebsuntersagungen und -beschränkungen die wechselseitigen Hauptleistungspflichten der Mietvertragsparteien bei Fortbestand des Mietvertrags im Übrigen „zeitlich beschränkt nichtig“ oder suspendiert sind und die Beklagte teilweise von ihrer Verpflichtung zur Mietzahlung befreit war.

33 d) Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht schließlich angenommen, dass die Beklagte keinen Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB dahingehend hat, dass die geschuldete Miete wegen der im Mai 2020 und in der Zeit vom 18. März 2020 bis 19. April 2020 geltenden Gebrauchsbeschränkungen herabgesetzt wird.

34 aa) Für den Fall einer Geschäftsschließung oder -beschränkung, die auf eine hoheitliche Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie erfolgt, hat der Senat zwischenzeitlich entschieden, dass ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich in Betracht kommt (Senatsurteile BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 41 ff. und vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NJW 2022, 1378 Rn. 27 ff.).

35 bb) Für eine Berücksichtigung der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ist allerdings grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und um Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für die Vertragspartei regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen (vgl. Senatsurteil BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rn. 37 mwN).

36 Entgegen der Auffassung der Revision ist im vorliegenden Fall das alleinige Verwendungsrisiko für den Fall von pandemiebedingten Betriebsschließungen oder -beschränkungen der Bäckereifiliale nicht vertraglich durch den Kläger übernommen worden. Zwar können die Mietvertragsparteien durch eine entsprechende vertragliche Abrede die Risikoverteilung ändern. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung der getroffenen Vertragsvereinbarungen zu ermitteln. Soweit die Beklagte meint, vorliegend sei durch die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht und die Sortimentsbindung eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden, kann dem jedoch nicht gefolgt werden. Denn hierbei handelt es sich um Regelungen, die für Gewerberaummietverträge nicht ungewöhnlich sind, und die für sich genommen nicht zu einer Verlagerung des Verwendungsrisikos des Mieters auf den Vermieter führen (vgl. Senatsurteil vom 19. Juli 2000 - XII ZR 252/98 - juris Rn. 24).

37 cc) Obwohl in den Fällen einer pandemiebedingten Betriebsschließung oder -beeinträchtigung die sogenannten realen und hypothetischen Elemente des § 313 Abs. 1 BGB regelmäßig erfüllt sind, kommt ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Vertragsanpassung nur in Betracht, wenn auch das sogenannte normative Element des § 313 Abs. 1 BGB gegeben ist. Denn die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB berechtigt für sich genommen noch nicht zu einer Vertragsanpassung. Vielmehr verlangt die Vorschrift als weitere Voraussetzung, dass dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Das ist nur dann der Fall, wenn ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 53 mwN). Eine tatsächliche Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Mieters

ist allerdings nicht erforderlich (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 59 mwN).

38 (1) Ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, bedarf einer umfassenden Abwägung nach § 313 Abs. 1 BGB, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Dabei ist zunächst von Bedeutung, welche Nachteile dem Mieter durch die Geschäftsschließung oder -einschränkung und deren Dauer entstanden sind. Diese werden bei einem gewerblichen Mieter primär in einem konkreten Umsatzrückgang für die fragliche Zeit der Schließung oder Nutzungseinschränkung bestehen, wobei jedoch nur auf das konkrete Mietobjekt und nicht auf einen möglichen Konzernumsatz abzustellen ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 58 mwN).

39 Allerdings müssen die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen auf pandemiebedingten hoheitlichen Maßnahmen beruhen, die den jeweiligen Betrieb konkret erfassen. Dies sind etwa die Anordnungen von Betriebsschließungen oder in Bezug zur Geschäftsfläche gesetzte Begrenzungen der Personenzahl. In Betracht kommt auch die Beschränkung des Zugangs auf Personen mit einem bestimmten Impfstatus („2G“ oder „2G+“) ohne die jedermann eröffnete Möglichkeit, die Zugangsberechtigung auch durch einen Test zu erlangen. Denn damit werden potenzielle Kunden vollständig oder jedenfalls zum Teil vom Besuch des Ladengeschäfts ausgeschlossen, ohne dies kurzfristig selbst beeinflussen zu können. Von der Berücksichtigung im Rahmen des § 313 Abs. 1 BGB ausgenommen sind hingegen diejenigen Entwicklungen, die eine anderweitige Ursache haben und damit keine unmittelbare Folge der pandemiebedingten Beschränkungen darstellen. Dies gilt etwa für eine im Zuge der Pandemie zu beobachtende - möglicherweise auch durch eine Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes beeinflusste - allgemeine Kaufzurückhaltung der Kunden, sofern diese nicht durch die die Geschäftsräume betreffenden Maßnahmen der Schließung oder

Einschränkung verursacht ist. Insoweit geht es nämlich um dem Verwendungsrisiko des Mieters zuzuordnende Umstände der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - NJW 2022, 1378 Rn. 31 mwN).

40 Zu berücksichtigen kann auch sein, welche Maßnahmen der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um die drohenden Verluste während der Geschäftsschließung zu vermindern (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 58).

41 Da eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nicht zu einer Überkompensierung der entstandenen Verluste führen darf, sind bei der Prüfung der Unzumutbarkeit grundsätzlich auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 59 mwN). Zu berücksichtigen ist auch, ob und in welchem Umfang der Mieter in der Zeit der Nutzungsbeschränkung Aufwendungen erspart hat.

42 (2) Grundsätzlich obliegt es der Vertragspartei, die sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage beruft, nachzuweisen, dass ihr ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist. Im Falle einer pandemiebedingten Geschäftsschließung oder -einschränkung muss deshalb der Mieter darlegen und gegebenenfalls beweisen, welche Nachteile, die eine vollständige Mietzahlung für diesen Zeitraum unzumutbar machen, ihm durch die Maßnahme entstanden sind, und welche zumutbaren Anstrengungen er unternommen hat, um drohende Verluste auszugleichen. Behauptet der Mieter, keine staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten zu haben, muss er darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass er sich um mögliche Hilfeleistungen vergeblich bemüht hat. Gelingt ihm dies nicht,

muss er sich so behandeln lassen, als hätte er die staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten. Wendet hingegen der Vermieter ein, dass die vom Mieter behaupteten Verluste auf von der COVID-19-Pandemie (vollständig) unabhängigen Umständen beruhen, trifft ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Auf dieser Grundlage hat das Gericht in tatgerichtlicher Verantwortung und unter Berücksichtigung von § 287 ZPO für den konkreten Einzelfall die Voraussetzungen des § 313 BGB festzustellen und gegebenenfalls eine Vertragsanpassung vorzunehmen (Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 61 f. mwN).

43 (3) Nach diesen Grundsätzen ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

44 Die Beklagte hat die Unzumutbarkeit der vollständigen Zahlung der geschuldeten Miete im Wesentlichen nur damit begründet, dass in der betroffenen Filiale im Mai 2020 ein Umsatzrückgang von 20 % zu verzeichnen gewesen sei. Dass das Berufungsgericht dies nicht als ausreichenden Vortrag für die Unzumutbarkeit an einem Festhalten an dem unveränderten Vertrag angesehen hat, begegnet, unabhängig von der Höhe des prozentualen Umsatzrückgangs, keinen rechtlichen Bedenken. Insbesondere ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass aus dem behaupteten Umsatzrückgang von 20 % im Mai 2020 für sich genommen noch nicht geschlossen werden kann, der Beklagten sei die vollständige Zahlung der vertraglich geschuldeten Miete unzumutbar, rechtlich nicht zu beanstanden. Denn daraus allein ergibt sich nicht, dass die vollständige Zahlung der für Mai 2020 geschuldeten Miete für die Beklagte zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt. Die Beklagte hat schon nicht substantiiert dargelegt, dass dieser Umsatzrückgang tatsächlich auf der pandemiebedingten Verringerung der Anzahl der Plätze in ihrem Stehcafé beruht und nicht auf eine allgemeine Zurückhaltung der Kunden während der ersten Zeit der COVID-19-Pandemie zurückzuführen ist, die in das Verwendungsrisiko der Beklagten fiele.

- 45 Zu Recht hat das Berufungsgericht auch substantiierten Vortrag der Beklagten dazu vermisst, inwieweit sie infolge der in ihrem Betrieb unstreitig geleisteten Kurzarbeit Lohnkosten erspart hat. Soweit die Revision hiergegen einwendet, es könnten im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung nur solche staatlichen Leistungen - hier die Erstattung von Kurzarbeitergeld - berücksichtigt werden, die ausdrücklich zum Zweck der Zahlung von Miete gewährt werden, trifft dies bereits im Ansatzpunkt nicht zu. Bei der Prüfung des normativen Tatbestandsmerkmals des § 313 Abs. 1 BGB ist entscheidend, ob die Folgen der Störung der Geschäftsgrundlage den Mieter so erheblich belasten, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für ihn zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (vgl. Senatsurteil BGHZ 232, 178 = NJW 2022, 1370 Rn. 53 mwN). Um dies beurteilen zu können, ist eine Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Situation des Mieters erforderlich, bei der auch die Vorteile zu berücksichtigen sind, die der betroffenen Partei aus der eingetretenen Veränderung erwachsen sind und insgesamt zu einer Entlastung von Kosten führen. Dazu zählen auch ersparte Lohnkosten, etwa im Fall von Kurzarbeit (vgl. auch OLG Frankfurt NZM 2021, 395, 402; OLG Karlsruhe NJW 2021, 945, 947; Häublein/Müller NZM 2020, 481, 489).
- 46 (4) Schließlich rügt die Revision in diesem Zusammenhang ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO einen Hinweis erteilen müssen, dass es den von der Beklagten vorgetragene Umsatzrückgang von 20 % im Mai 2020 für nicht ausreichend erachtet, um die Unzumutbarkeit darzulegen.
- 47 Zwar hat das Gericht gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO darauf hinzuwirken, dass sich die Parteien rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären und insbesondere auch Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen. Deshalb muss das Gericht die Parteien auf fehlendes Vorbringen, das es als entscheidungserheblich ansieht, unmissverständlich hinweisen und ihnen

die Möglichkeit eröffnen, dieses Vorbringen zu ergänzen (BGH Beschluss vom 20. März 2019 - VII ZR 182/18 - NJW-RR 2019, 726 Rn. 20 mwN). Das Berufungsgericht hat jedoch regelmäßig keinen Anlass zu der Annahme, trotz einer in der Berufung zentral geführten Auseinandersetzung über einen Streitpunkt bestehe noch Aufklärungsbedarf und müsse der Partei Gelegenheit zu weiterem Vortrag und Beweisantritt gegeben werden.

48 Diesen Anforderungen ist das Berufungsgericht gerecht geworden. Bereits das Amtsgericht hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass der Vortrag der Beklagten zur Frage der Unzumutbarkeit unzureichend sei. So hat es in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass allein aus der Behauptung der Beklagten, sie habe im Mai 2020 einen Umsatzrückgang von 20 % erlitten, nicht auf eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung geschlossen werden könne. Außerdem hat es beanstandet, dass die Beklagte nicht vorgetragen habe, ob und in welchem Umfang sie staatliche Hilfen erhalten habe.

49 Auch im Berufungsverfahren war diese Frage ein zentrales Streitthema. Der Kläger hat bereits in der Berufungserwiderung beanstandet, dass die Beklagte zu der Frage der Unzumutbarkeit nicht substantiiert vorgetragen habe. Schließlich hat das Berufungsgericht in der mündlichen Verhandlung die Sach- und Rechtslage mit den Parteien ausführlich erörtert und der Beklagten eine Schriftsatzfrist nachgelassen, damit sie ihren Vortrag noch ergänzen kann. Dennoch hat die Beklagte die Möglichkeit nicht genutzt, in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 17. Juni 2021 hierzu weiter vorzutragen. Unter diesen Umständen war das Berufungsgericht nicht gehalten, vor einer abschließenden Entscheidung die Beklagte erneut auf die fehlende Substantiierung ihres Vortrags hinzuweisen. Deshalb kann auch der nunmehr in der Revisionsinstanz ergänzte Vortrag der Beklagten zu den erlittenen Umsatzeinbußen keine Berücksichtigung mehr finden (§ 559 Abs. 1 ZPO).

50 e) Da das Berufungsgericht somit die Berufung der Beklagten zu Recht für unbegründet erachtet hat, war eine Entscheidung über die für den Fall des Berufungserfolgs hilfsweise erhobene „Zwischenfeststellungswiderklage“ nicht mehr veranlasst.

Dose

Schilling

Günter

RiBGH Dr. Nedden-Boeger
ist urlaubsbedingt an seiner
Unterschrift gehindert.

Dose

Botur

Vorinstanzen:

AG Düsseldorf, Entscheidung vom 10.11.2020 - 45 C 245/20 -

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.08.2021 - 21 S 14/21 -