



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 17/21

Verkündet am:
16. Februar 2022
Fahrner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 275 Abs. 1, 313 Abs. 1, 326 Abs. 1, 536 Abs. 1 Satz 1; EGBGB Art. 240 § 2, Art. 240 § 7;
ZPO § 592

- a) Zur Geltendmachung der Gewerberaummieta durch den Vermieter und des Einwands der Störung der Geschäftsgrundlage durch den Mieter im Urkundenprozess.
- b) Die durch die COVID-19-Pandemie bedingte Schließung 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 vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).
- c) 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 vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).
- d) Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls. Daher sind auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat (im Anschluss an Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

BGH, Urteil vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Schilling, Dr. Botur und Guhling

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. März 2021 wird auf Kosten der Beklagten und mit folgender Maßgabe zurückgewiesen:

Auf die Berufung der Beklagten wird der Tenor des Urkundsvorbehaltsurteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 29. Oktober 2020 in Absatz 1 dahin abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 9.847,27 € nebst Jahreszinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.847,27 € vom 8. April 2020 bis zum 22. Mai 2020 und aus 4.923,63 € seit dem 23. Mai 2020 sowie aus weiteren 9.847,27 € vom 9. Mai 2020 bis zum 22. Mai 2020 und aus 2.461,82 € seit dem 23. Mai 2020 sowie aus weiteren 2.461,82 € seit dem 8. Juni 2020 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 857 € nebst Jahreszinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. Mai 2020 zu zahlen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt im Urkundenprozess von der Beklagten Zahlung restlicher Gewerberaummieta für die Monate April bis Juni 2020.

2 Im Dezember 2011 vermietete die Klägerin der Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Ladenlokal nebst Kellerfläche zum - laut § 1 des Mietvertrags - Betrieb eines Einzelhandels für den Vertrieb von Damenoberbekleidung bestimmter Marken und damit zusammenhängender Lizenzprodukte sowie weiterer Untersortimente. Das am 1. Mai 2013 beginnende Mietverhältnis hatte eine Laufzeit von fünf Jahren mit dreimaliger - einmal ausgeübter - Verlängerungsoption für die Mieterin um jeweils fünf Jahre. Die monatliche Miete einschließlich Umsatzsteuer betrug zuletzt 9.847,27 €. In § 3 des Mietvertrags ist unter anderem Folgendes geregelt:

„Der Mieter (...) hat (...) die für den Mietgebrauch erforderlichen Genehmigungen und Konzessionen in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten einzuholen. Die allgemeinen feuerpolizeilichen Auflagen für ein Ladenlokal zum Betreiben eines Einzelhandelsgeschäfts (...) werden durch den Vermieter gewährleistet; gleiches gilt für Genehmigungen und ähnlichem, die unabhängig vom individuellen Mietgebrauch sind. Sollten die Behörden den Betrieb eines Einzelhandelsgeschäftes wie in § 1 beschrieben in den Räumen untersagen, unabhängig davon, aus welchen Gründen die Untersagung erfolgt, so sind beide Vertragsparteien berechtigt, vom Vertrag fristlos zurückzutreten.“

3 Außerdem sieht der Mietvertrag in § 8 Satz 1 vor, dass der Mieter gegenüber der Miete nur aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, wenn er dies dem Vermieter vor Fälligkeit der Miete schriftlich angekündigt hat.

4 Aufgrund der sich verbreitenden Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19-Pandemie) erließ die hessische Landesregierung am 17. März 2020 die Vierte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus (GVBl. S. 167), wonach die von der Beklagten betriebene Verkaufsstelle vom 18. März bis zum 19. April 2020 einzustellen war. Die Sechste Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus der hessischen Landesregierung vom 16. April 2020 (GVBl. S. 262) mit der darin angeordneten zahlenmäßigen Begrenzung des Publikumsverkehrs führte für den Zeitraum vom 20. April bis zum 3. Mai 2020 zu

einer nur eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit der Mieträume. Mit der Siebenten Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus der hessischen Landesregierung vom 21. April 2020 (GVBl. S. 270) wurde das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung grundsätzlich verpflichtend. Die bestehenden Beschränkungen wurden durch die Achte Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus der hessischen Landesregierung vom 27. April 2020 (GVBl. S. 282) bis zum 10. Mai 2020 verlängert. Diese wurde durch die im wesentlichen identische Einschränkungen beinhaltende Verordnung zur Beschränkung von sozialen Kontakten und des Betriebes von Einrichtungen und von Angeboten aufgrund der Corona-Pandemie der hessischen Landesregierung vom 7. Mai 2020 (GVBl. S. 302) abgelöst, deren bis zum 5. Juni 2020 reichende Geltung durch die Zwölfte Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus der hessischen Landesregierung vom 25. Mai 2020 (GVBl. S. 342) bis zum 5. Juli 2020 verlängert wurde.

- 5 Mit Schreiben vom 25. März 2020 an die Klägerin erklärte die Beklagte, sie könne wegen der behördlichen Schließungen keine Umsätze mehr erzielen, während Lohn-, Overhead-, Marketing- und Warenkosten unverändert bestünden. Sie setze daher die Aprilmiete aus und bitte um persönliche Abstimmung. Mit Schreiben vom 16. April 2020 schlug sie eine prozentuale Herabsetzung der Miete vor. Die Klägerin reagierte mit dem Angebot einer Stundung und forderte mit Schreiben vom 30. April 2020 zur Zahlung der ausstehenden Miete auf.
- 6 Mitte Mai 2020 hat die Klägerin die vorliegende Klage im Urkundenprozess auf Zahlung der Mieten für April und Mai 2020 in Höhe von insgesamt 19.694,54 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten beim Landgericht eingereicht, vor deren Zustellung die Beklagte - unter Vorbehalt der Rückforderung - auf die Aprilmiete 4.923,64 € und auf die Maimiete 7.385,45 € gezahlt

hat. Daraufhin hat die Klägerin die Klage einerseits in Höhe von 12.309,09 € zurückgenommen und andererseits in Höhe von 2.461,82 € - dem von der Beklagten für Juni 2020 einbehaltenen Teilbetrag - erweitert. Das Landgericht hat der Klage mit Urkundsvorbehaltsurteil mit Ausnahme eines geringen Teils der Zinsforderung stattgegeben und der Beklagten die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

7 Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie weiterhin die vollständige Klageabweisung erstrebt.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision ist in der Hauptsache unbegründet und hat lediglich hinsichtlich der Nebenforderungen in geringem Umfang Erfolg.

I.

9 Das Oberlandesgericht hat seine in NZM 2021, 395 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet:

10 Die im Urkundenprozess zulässige Klage sei im erstinstanzlich zuerkann-
ten Umfang begründet. Die vertraglich geschuldete Miete sei aus keinem rechtli-
chen Grund herabgesetzt.

11 Eine Herabsetzung scheidet allerdings nicht schon wegen der speziellen
Regelung eines Kündigungsrechts in § 3 des Mietvertrags aus. Denn dabei han-

dele es sich nicht um die ausschließliche Rechtsfolge für den Fall einer behördlichen Schließung des Ladengeschäfts, so dass dahinstehen könne, ob überhaupt eine vorübergehende, in ihrem Fortbestand von der Entwicklung der COVID-19-Pandemie abhängige behördliche Betriebsuntersagung gemeint sei. Die Beklagte habe den Einbehalt der Miete auch entsprechend § 8 Satz 1 des Mietvertrags rechtzeitig angekündigt. Zudem entfalte Art. 240 § 2 EGBGB keine Sperrwirkung, weil der Gesetzgeber mit dieser Regelung allein das Entstehen einer Kündigungsmöglichkeit des Vermieters habe ausschließen, nicht aber anordnen wollen, dass die Miete stets unvermindert weiterzuzahlen sei.

12 Die Miete sei nicht gemindert, weil die Mietsache weiterhin ordnungsgemäß und ohne Mangel gewesen sei. Denn der Betrieb eines Einzelhandels für den Vertrieb insbesondere von Damenoberbekleidung sei der Beklagten grundsätzlich unverändert möglich gewesen. Lediglich die Art der Durchführung des Geschäftsbetriebs sei nur noch eingeschränkt gestattet gewesen. Diese Beschränkung sei nicht objektbezogen. Der Klägerin sei die Überlassung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand als ihre vertraglich geschuldete Leistung auch nicht ganz oder teilweise unmöglich geworden, weil die Bestimmungen zur Unmöglichkeit von den speziellen Regelungen des Gewährleistungsrechts verdrängt würden und es zudem an einer Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung fehle.

13 Schließlich könne im Urkundenprozess nicht festgestellt werden, dass die Beklagte wegen einer schwerwiegenden Störung der Geschäftsgrundlage des Mietvertrags eine Herabsetzung der Miete verlangen könne. Diese Einwendung sei als unstatthaft zurückzuweisen, da die Beklagte den ihr obliegenden Beweis für die von ihr hierzu vorgetragenen Tatsachen nicht mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln antreten und vollständig führen könne. Allerdings sei

die Geschäftsgrundlage durch die Folgen der COVID-19-Pandemie schwerwiegend gestört. Diese sei von den Parteien - wie nahezu einhellig von der übrigen Zivilgesellschaft - nicht konkret und ernsthaft vorhergesehen worden. Der Geschäftsbetrieb der Beklagten sei durch die Schließung und die nachfolgenden Einschränkungen, aber auch durch das pandemiebedingt geänderte Kundenverhalten schwerwiegend betroffen. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine zeitweise Herabsetzung der Miete oder jedenfalls eine zeitweise Stundung vereinbart hätten, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten. Ein Recht der Beklagten auf Vertragsanpassung komme zwar grundsätzlich in Betracht, weil auch ihr das Pandemierisiko nicht zugeordnet sei. Eine Herabsetzung der Miete um 50 % für die Zeit der behördlichen Schließung sei nicht schon allein deshalb vorzunehmen, weil keine der Vertragsparteien die Ursache hierfür gesetzt oder die Pandemie vorausgesehen habe. Denn für die Frage der Zumutbarkeit des Festhaltens einer Vertragspartei am unveränderten Vertrag seien (auch) die konkreten Umstände des Sachverhalts mit den tatsächlichen Auswirkungen einschließlich ihrer Intensität und Dauer heranzuziehen.

14

Während das zeitliche Verhältnis zwischen dem Zeitraum der Beeinträchtigungen und der Gesamtlaufzeit des Mietvertrags kein taugliches Kriterium darstelle, seien die konkreten Vertragsbedingungen und deren Auswirkungen auf die Vertragsparteien in die Abwägung miteinzubeziehen. Ferner könnten die konkreten wirtschaftlichen Folgen für den Mieter von Bedeutung sein, wobei der Umstand, dass die Beklagte selbst die Öffnungszeiten einschränkte, als unternehmerische Entscheidung nicht zu ihren Lasten zu werten sei. Relevant sei die Frage, ob der Mieter über eine einstandspflichtige Betriebsausfallversicherung verfüge und öffentliche Förderungen erhalte oder einen verhältnismäßig kurzfristig zu realisierenden Anspruch hierauf habe. Die Beklagte sei aufgrund ihrer

Größe für das Corona-Soforthilfe-Programm des Bundes und für das Bundesprogramm Überbrückungshilfe I nicht in Betracht gekommen; die Klägerin habe keine konkret mögliche öffentliche Fördermaßnahme genannt.

- 15 Bei der Betrachtung etwaiger öffentlicher Förderungen sei zu berücksichtigen, dass jede Verlagerung des Pandemierisikos auf den Vermieter im Ergebnis die öffentliche Hand entlaste, was nicht die Aufgabe des Vermieters sei. Es stelle sich auch die Frage, warum der Vermieter an den Folgen der Pandemie für den Mieter teilhaben solle, nicht aber dessen andere Vertragspartner. Eine Pflicht des Mieters zur vorbeugenden Absicherung bestehe allerdings nicht, seine wirtschaftliche Existenzgefährdung sei für die Annahme der Unzumutbarkeit nicht zwingend erforderlich. Zu berücksichtigen seien zudem die Verhältnisse der Klägerin als Vermieterin. Jedenfalls ließen die Einwände der Beklagten eine schematische Lösung nicht zu, sondern es sei die Klärung des wechselseitigen Vorbringens zu den Gesamtumständen, welche die konkrete Situation von Beklagter und Klägerin betreffen, erforderlich. Eine Berücksichtigung müsse daher im Nachverfahren erfolgen.

II.

- 16 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung im Wesentlichen stand. Die angefochtene Entscheidung ist nur hinsichtlich der Nebenforderungen geringfügig zu korrigieren.

- 17 1. Zutreffend - und von der Revision nicht in Zweifel gezogen - hat das Oberlandesgericht die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses gemäß § 592 ZPO bejaht.

- 18 Diese Vorschrift eröffnet den Urkundenprozess grundsätzlich unterschiedslos für die Geltendmachung aller Ansprüche, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand haben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies bei Mietforderungen der Fall. Der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses steht es dabei nicht entgegen, wenn der beklagte Mieter wegen behaupteter Mängel der Mietsache Minderung geltend macht oder die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB erhebt. Denn nach den auch im Urkundenprozess geltenden allgemeinen Beweislastgrundsätzen muss der Vermieter zur Begründung des Anspruchs auf Mietzahlung neben der Vorlage eines wirksamen Mietvertrags, aus dem sich die Höhe der geschuldeten Miete ergibt, nur mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln im Sinne des § 592 Satz 1 ZPO nachweisen, dass er seine vertragliche Pflicht, dem Mieter die Mietsache in vertragsgemäßem Zustand zu überlassen, erfüllt hat, sofern dies nicht unstreitig ist. Nach der Überlassung der Mietsache trägt dagegen der Mieter die Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, wenn er die ihm überlassene Sache als Erfüllung angenommen hat (vgl. Senatsurteil vom 12. Juni 2013 - XII ZR 50/12 - NZM 2013, 614 Rn. 34 mwN; Senatsbeschlüsse vom 10. März 1999 - XII ZR 321/97 - NJW 1999, 1408 und vom 16. Oktober 2013 - XII ZR 64/12 - Grundeigentum 2013, 1582 mwN; vgl. auch BGH Urteil vom 1. Juni 2005 - VIII ZR 216/04 - NJW 2005, 2701). Nicht anders verhält es sich aber für Einwendungen gegen die Miete, die der Mieter aus Unmöglichkeit oder aus einer Störung der Geschäftsgrundlage herleiten will.
- 19 Vorliegend hat die Klägerin den Anspruch und dessen Fälligkeit durch Vorlage des Mietvertrags nachgewiesen, und die mangelfreie Überlassung der Mietsache an die Beklagte ist nicht im Streit.

20 2. Es steht im Einklang mit der nach der angefochtenen Entscheidung er-
gangenen Senatsrechtsprechung (Senatsurteil vom 12. Januar 2022
- XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 18 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ be-
stimmt), dass das Oberlandesgericht Art. 240 § 2 EGBGB nicht als abschlie-
ßende, die Anwendbarkeit der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften und
der Regelungen des allgemeinen schuldrechtlichen Leistungsstörungsrechts
ausschließende Bestimmung angesehen sowie das Vorliegen eines Mangels im
Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB und einer vollständigen oder teilweisen Un-
möglichkeit nach §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB verneint hat.

21 a) Der Gesetzgeber hat in Art. 240 § 2 EGBGB, mit dem die Kündigungsmö-
glichkeit des Vermieters wegen eines coronabedingten Zahlungsverzugs des
Mieters ausgesetzt wurde, keine die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf
die Rechte und Pflichten von Mietvertragsparteien abschließend normierende
Regelung getroffen. Denn eine dahingehende gesetzgeberische Absicht lässt
sich dem Wortlaut der Vorschrift, dem Gesetzeszweck und der Gesetzesbegrün-
dung nicht entnehmen. Vielmehr enthält die Bestimmung weder Regelungen zur
Höhe der Miete noch zu sonstigen Auswirkungen der Maßnahmen zur Pande-
miebekämpfung auf die Verpflichtung des Mieters zur Mietzahlung. Ihr Zweck war
es, Mieter und Pächter vor dem Verlust ihres Lebensmittelpunktes und ihrer Exis-
tenzgrundlage zu schützen, wenn diese unverschuldet durch die Pandemie in
Zahlungsverzug geraten sollten. Hätte der Gesetzgeber mit der Einführung von
Art. 240 § 2 EGBGB tatsächlich eine abschließende Regelung im Hinblick auf die
Auswirkungen der Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung treffen wollen, würde
sich die Vorschrift hingegen zum Nachteil des gewerblichen Mieters auswirken,
der selbst dann, wenn er die von ihm angemieteten Gewerberäume aufgrund ei-
ner hoheitlichen Betriebsschließungsanordnung nicht entsprechend seinem Ge-
schäftszweck nutzen kann, stets zur Zahlung der vollständigen Miete verpflichtet

wäre (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 18 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

22 b) Die Miete war in dem streitgegenständlichen Zeitraum nicht nach § 536 Abs. 1 BGB gemindert, weil die durch die Verordnungen der hessischen Landesregierung bewirkten Einschränkungen der Nutzbarkeit der Mietsache nicht zu einem Mangel des Mietgegenstands im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB geführt haben. Diese Einschränkungen beruhen nämlich nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache, sondern knüpfen an den Geschäftsbetrieb der Beklagten als Mieterin 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 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 daher grundsätzlich weiterhin für den vereinbarten Mietzweck zur Verfügung (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 26 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

23 Nichts Anderes folgt aus der durch die Verordnungen bewirkten Zugangsbeeinträchtigung, die nicht auf die konkrete bauliche Gegebenheit der Mietsache zurückgeht, sondern auf eine hoheitliche Maßnahme, die flächendeckend für alle im gesamten Bereich des Bundeslands Hessen liegenden Geschäfte, die nicht zu den in den Verordnungen genannten Ausnahmen zählen, Beschränkungen anordnete. Auf die konkreten Umfeldbedingungen kam es dabei nicht an. Schließlich ergibt sich ein Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht aus dem im vorliegenden Fall vereinbarten Mietzweck. 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 aus betriebsbezogenen Umständen ergeben oder in der Person des Mieters ihre Ursache haben, hat der Vermieter hingegen ohne eine anderslautende Vereinbarung nicht einzustehen. Ein redlicher Mieter darf daher das Leistungsversprechen seines Vermieters im Zweifel nicht dahin verstehen, dieser wolle ihm die vereinbarte Nutzung unter allen erdenklichen Umständen gewährleisten. Mithin konnte die Beklagte im vorliegenden Fall nicht davon ausgehen, dass die Klägerin mit der Vereinbarung des konkreten Mietzwecks eine unbedingte Einstandspflicht auch für den Fall einer hoheitlich angeordneten Öffnungsuntersagung im Falle einer Pandemie übernehmen wollte (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 29 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

24 c) Aus vorgenannten Gründen war der Klägerin ihre vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand auch nicht ganz oder teilweise unmöglich im Sinne von §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB. Daher kann dahinstehen, ob diese Regelungen auch dann nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter nicht mehr anwendbar sind und von den speziellen Regelungen des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts (§§ 536 ff. BGB) verdrängt werden, wenn die Mietsache - wie hier - keinen Mangel aufweist (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 40 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

25 3. Zu Recht nimmt das Oberlandesgericht an, dass aus den pandemiebedingten Beeinträchtigungen grundsätzlich gemäß § 313 Abs. 1 BGB ein Recht der Beklagten auf Vertragsanpassung folgen kann.

- 26 a) Ohne Erfolg hält die Revisionserwiderung dem die Regelungen des Mietvertrags in §§ 3 und 8 entgegen. Das Oberlandesgericht hat in § 3 des Mietvertrags keine Regelung gesehen, die den Anspruch des Mieters auf eine Vertragsanpassung ausschließt. Diese tatgerichtliche Auslegung berücksichtigt - anders als die Revisionserwiderung meint - alle maßgeblichen Umstände und ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Revisionserwiderung weiter angeführte Bestimmung in § 8 Satz 1 des Mietvertrags ist schon ihrem Wortlaut nach nicht einschlägig, weil es bei einer möglichen Vertragsanpassung nicht um die in der Regelung allein angesprochenen Fälle von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht geht.
- 27 b) Im Fall einer Geschäftsschließung oder -beschränkung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie erfolgt, kommt ein Anspruch des Mieters - hier der Beklagten - von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich in Betracht (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 41 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Ein solcher Anpassungsanspruch besteht gemäß § 313 Abs. 1 BGB, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.
- 28 aa) Durch die COVID-19-Pandemie und die damit verbundenen weitreichenden Beschränkungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens

hat sich die sog. große Geschäftsgrundlage für den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag schwerwiegend geändert. Die Beklagte hat auch nicht vertraglich das alleinige Verwendungsrisiko für den Fall einer pandemiebedingten Schließung oder Einschränkung ihres Einzelhandelsgeschäfts übernommen. Es kann mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Mietvertrag mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie bei Vertragsschluss die Möglichkeit einer Pandemie und die damit verbundene Gefahr einer hoheitlich angeordneten Betriebsschließung oder -einschränkung vorausgesehen und bedacht hätten. Denn es ist anzunehmen, dass redliche Mietvertragsparteien für diesen Fall das damit verbundene wirtschaftliche Risiko nicht einseitig zu Lasten des Mieters geregelt, sondern in dem Vertrag für diesen Fall eine Möglichkeit zur Mietanpassung vorgesehen hätten (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 43 ff. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

29 bb) Allerdings muss - wie das Oberlandesgericht richtig erkannt hat - neben den hier gegebenen sog. realen und hypothetischen Elementen auch das sog. normative Element erfüllt sein. 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. Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergeb-

nis führt. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung zugunsten des Mieters jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn ihm ein unverändertes Festhalten an der vertraglich vereinbarten Miethöhe unter Abwägung aller Umstände einschließlich der vertraglichen Risikoverteilung zumutbar ist (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 53 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

30 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats geht es über das gewöhnliche, von ihm regelmäßig allein zu tragende Verwendungsrisiko des Mieters hinaus, wenn eine enttäuschte Gewinnerwartung auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie einer Betriebsschließung oder -einschränkung für einen gewissen Zeitraum beruht. Denn die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebschließung erlitten hat, gehen nicht auf unternehmerische Entscheidungen oder die enttäuschte Vorstellung zurück, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann. Mit der COVID-19-Pandemie hat sich damit letztlich ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht, das von der mietvertraglichen Risikoverteilung ohne eine entsprechende vertragliche Regelung nicht erfasst wird. Diese Systemkrise mit ihren weitreichenden Folgen hat vielmehr zu einer Störung der großen Geschäftsgrundlage geführt. Das damit verbundene Risiko kann regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 55 f. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

31 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. Anders als das Oberlandesgericht andeutet, können daher etwa Umsatzrückgänge, die ihre Ursache in der aufgrund unternehmerischer Entscheidung erfolgten Verkürzung der Ladenöffnungszeiten haben, insoweit keine Rolle spielen. Gleiches gilt 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 (vgl. auch Klose NZM 2021, 832, 837; Saxinger ZMR 2020, 1002, 1007; Streyll NZM 2020, 817, 822 ff.; ders. in Schmidt COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise 3. Aufl. § 3 Rn. 92; zweifelnd Warmuth COVuR 2020, 16, 18; aA wohl Göldner ZfIR 2020, 403, 407 f.). Insoweit geht es nämlich um dem Verwendungsrisiko des Mieters zuzuordnende Umstände der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung.

- 32 (2) Auch wenn die mit einer pandemiebedingten Betriebsschließung oder -einschränkung verbundene Gebrauchsbeeinträchtigung der Mietsache nicht allein dem Verwendungsrisiko des Mieters zugeordnet werden kann, bedeutet dies aber nicht, dass der Mieter stets eine Anpassung der Miete für den Zeitraum der

Maßnahme verlangen kann. Ob ihm ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, bedarf auch in diesem Fall einer umfassenden Abwägung nach § 313 Abs. 1 BGB, bei der sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Eine pauschale Betrachtungsweise wird den Anforderungen an dieses normative Tatbestandsmerkmal der Vorschrift nicht gerecht. Deshalb kommt eine Vertragsanpassung etwa dahingehend, dass ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände die Miete für den Zeitraum der Geschäftsschließung grundsätzlich um die Hälfte herabgesetzt wird, weil das Risiko einer pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkung der Mietsache keine der beiden Mietvertragsparteien allein trifft, nicht in Betracht (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 57 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Ebenso wenig ist ein - von der Revision geltend gemachtes - Regel-Ausnahme-Verhältnis anzunehmen, das von einer Herabsetzung der Miete um die Hälfte ausgeht und derjenigen Vertragspartei, die Abweichungen hiervon begehrt, die Vortrags- und Beweislast auferlegt.

- 33 (3) Bei der im jeweiligen Einzelfall vorzunehmenden (Gesamt-)Abwägung 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 vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 58 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Denn Gegenstand des § 313 Abs. 1 BGB ist die durch die Störung der Geschäftsgrundlage ausgelöste Störung des mietvertraglichen Äquivalenzverhältnisses (vgl. Römermann NJW 2021, 265, 268; Tölle/Ehrentreich IMR 2021, 178; kritisch Häublein/Müller NZM 2020, 481, 492), für die mit diesem Mietverhältnis nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang stehende Umstände grundsätzlich ohne

Relevanz bleiben. 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 vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 58, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Gegebenenfalls kann einer Vertragsanpassung entgegenstehen, dass der Mietvertrag dem Mieter eine kurzfristige Kündigungsmöglichkeit eröffnet und ihm im Einzelfall zumutbar ist, hiervon Gebrauch zu machen. Das wird allerdings bei erkennbar nur vorübergehenden, zeitlich sehr begrenzten Einschränkungen mit Blick auf das Interesse des Mieters an einer längerfristigen Weiterführung des Mietverhältnisses in der Regel nicht der Fall sein.

34 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. Leistungen einer einstandspflichtigen Betriebsunterbrechungsversicherung des Mieters (vgl. hierzu allerdings BGH Urteil vom 26. Januar 2022 - IV ZR 144/21 - juris, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) können ebenfalls in die Abwägung einzustellen sein. Staatliche Unterstützungsmaßnahmen, die nur auf Basis eines Darlehens gewährt wurden, bleiben hingegen bei der gebotenen Abwägung außer Betracht, weil der Mieter durch sie keine endgültige Kompensation der erlittenen Umsatzeinbußen erlangt (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 59 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

35 Zur Ausfüllung des normativen Tatbestandsmerkmals des § 313 Abs. 1 BGB nicht erforderlich ist eine tatsächliche Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Mieters als Folge der pandemiebedingten Maßnahmen (vgl. Senatsur-

teil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 59 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Ist eine solche jedoch gegeben und auf die Betriebsschließung oder -einschränkung zurückzuführen, ist auch dies bei der nach § 313 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen (so wohl auch Römermann NJW 2021, 265, 268; aA Klose NZM 2021, 832, 836). Umgekehrt sind - wie der Senat bereits entschieden hat - die Interessen des Vermieters ebenfalls in den Blick zu nehmen (vgl. Senatsurteil vom 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 60 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Daher kann auch Bedeutung erlangen, inwieweit der Vermieter wirtschaftlich auf die Miete angewiesen ist (vgl. Friedel AnwZert HaGesR 11/2021 Anm. 2; Güther ZMR 2021, 296, 297; Häublein/Müller NZM 2020, 481, 492).

36

(4) 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 nicht auf der COVID-19-Pandemie 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 vom 12. Januar

2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 61 f. mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

37 4. Nach diesen Maßgaben ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht die auf § 313 Abs. 1 BGB gestützte Einwendung der Beklagten gemäß §§ 598, 595 Abs. 2 und 3 ZPO als nicht im Urkundenprozess statthaft behandelt und der Beklagten gemäß § 599 Abs. 1 ZPO die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren (§ 600 ZPO) vorbehalten hat. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die von der Beklagten als Folge der pandemiebedingten Maßnahmen behaupteten Umsatzauffälle bestritten und nicht (allein) mittels Urkunden zu beweisen sind.

38 5. Teilweise Erfolg hat die Revision hingegen, soweit sie sich gegen den Ausspruch zu den Nebenforderungen richtet.

39 Zum einen macht die Revision zu Recht geltend, dass der seit 23. Mai 2020 offene, mit 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsende Betrag um einen Cent zu hoch ausgeurteilt worden ist. Denn nach den tatgerichtlichen Feststellungen ist auf die offene Monatsmiete von 9.847,27 € ein Betrag von 4.923,64 € gezahlt worden, so dass (nur) noch 4.923,63 € (statt der ausgeurteilten 4.923,64 €) offenstehen.

40 Zum anderen dringt die Revision auch teilweise mit ihren Angriffen gegen die Verurteilung zum Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen durch.

41 Allerdings verweist die Revisionserwiderung mit Erfolg darauf, dass die Klägerin ersichtlich eine 1,5-fache Geschäftsgebühr aus 9.847,27 €, mithin nach der damals geltenden Gebührentabelle 837 €, nebst Telekommunikationspauschale (20 €) in Ansatz gebracht hat. Eine Erhöhung der Geschäftsgebühr über

die Regelgebühr von 1,3 hinaus kann zwar nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit des Rechtsanwalts umfangreich oder schwierig war (BGH Urteil vom 17. November 2015 - VI ZR 492/14 - NJW 2016, 1245 Rn. 18 mwN). Die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs ist jedoch in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders frei gestellten Tatgerichts. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das Tatgericht Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (BGH Urteil vom 22. Juni 2021 - VI ZR 353/20 - NJW-RR 2021, 1070 Rn. 5 mwN). Dies wird von der Revision nicht aufgezeigt und ist auch nicht anderweitig ersichtlich.

42 Rechtsfehlerhaft hat das Oberlandesgericht jedoch hinsichtlich der demnach berechtigt geforderten 857 € eine Umsatzsteuer berücksichtigt. Denn die Klägerin ist vorsteuerabzugsberechtigt und muss sich daher die für sie gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG bestehende Möglichkeit, die anfallende Umsatzsteuer von ihrer eigenen Umsatzsteuerschuld abzusetzen, im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen (vgl. BGH Urteil vom 14. September 2004 - VI ZR 97/04 - NJW 2004, 3557 f.). Zudem handelt es sich insoweit um eine

Schadensersatz- und nicht um eine Entgeltforderung der Klägerin, so dass der Prozesszins gemäß §§ 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 291 BGB fünf - und nicht neun - Prozentpunkte über dem Basiszinssatz beträgt.

Dose

Klinkhammer

Schilling

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 29.10.2020 - 2-10 O 156/20 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 19.03.2021 - 2 U 143/20 -