

---

**Datum:** 02.11.2020  
**Gericht:** Landgericht Mönchengladbach  
**Spruchkörper:** 12. Zivilkammer  
**Entscheidungsart:** Vorbehaltsurteil  
**Aktenzeichen:** 12 O 154/20  
**ECLI:** ECLI:DE:LGMG:2020:1102.12O154.20.00

---

**Schlagworte:** Mietsache, Mieter, Mangel, Mietzahlung, Betriebsuntersagung, Betriebskostenvorauszahlungen, Gewerberaummietvertrag, Zeitraum, Lockdown, Corona, Pandemie, Urkundenverfahren

**Normen:** BGB § 134, § 275, § 313 Abs. 1, § 535 Abs. 1, § 536 Abs. 1 S. 1, § 537,; BGB § 326 Abs. 1, § 814,; EGBGB Art. 240 § 2, ZPO 592

**Sachgebiet:** Bürgerliches Recht

**Leitsätze:**

- 1. In der Zeit eines nicht zuvor in das Vorstellungsbild der Mietvertragsparteien aufgenommenen "Lockdowns" während einer Pandemie, während dessen der Betrieb vollständig untersagt ist (hier: Zeit vom 01.04. bis 19.04.2020), besteht ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB in Höhe der Hälfte der Miete.**
- 2. Die Herabsetzung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage ist, wenn dieser Umstand feststeht oder unstreitig ist, bereits im Urkundenprozess zu berücksichtigen.**

---

**Tenor:**

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 17.291,78 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.131,78 Euro seit dem 16.04.2020, aus 4.760,00 Euro seit dem 08.05.2020, aus 4.760,00 Euro seit dem 02.07.2020 und aus 4.640,00 Euro seit dem 19.09.2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 15 Prozent und die Beklagte zu 85 Prozent.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des aufgrund des Urteils gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Beklagten bleibt die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten.

---

## **Tatbestand**

- |   |   |
|---|---|
|   | 1 |
| Die Parteien streiten im Urkundenprozess um Mietzahlungsansprüche aus einem Gewerberaummietvertrag, insbesondere im Zeitraum des sog. Lockdowns wegen der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020.   | 2 |
| Die Klägerin ist Eigentümerin des Geschäftshauses in der ..... Sie ist in das zwischen dem Voreigentümer Herr ... und der Beklagten bestehende Mietverhältnis über die streitgegenständlichen Gewerberäume zum Betrieb eines Geschäftes mit Schuhen vom 19.04.2011 bzw. 07.05.2011 eingetreten. Entsprechend Nr. 3 des Nachtrags zum Mietvertrag vom 19.04./07.05.2011 (Anlage K2) wurde ein monatlicher Mietzins i.H.v. 4.000,00 Euro netto zzgl. Mehrwertsteuer (19 Prozent = 760,00 Euro / 16 Prozent = 640,00 Euro) und Nebenkosten (550,00 Euro zzgl. USt.) und damit monatlich die Zahlung des Betrages von 5.414,50 Euro (bei 19 Prozent USt.) vereinbart. Die Beklagte kam dieser Verpflichtung bis einschließlich März 2020 nach.  | 3 |
| Aufgrund des Erlasses des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 17.03.2020 wurde die Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels anlässlich der Corona-Pandemie untersagt. Der Erlass trat mit Geltung ab dem 18.03.2020 in Kraft. Auf Grundlage der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierung mit dem Corona Virus SARS-CoV-2 vom 22.03.2020 (§ 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1) wurde der Betrieb einer Verkaufsstelle des Einzelhandels für Schuhe vom 23.03.2020 bis einschließlich 19.04.2020 untersagt; wegen der Einzelheiten wird auf die entsprechenden Erlasse Bezug genommen. Das Geschäft der Beklagten blieb aufgrund vorgenannter Erlasse ab dem 18.03.2020 bis zum 19.04.2020 geschlossen. Eine Wiedereröffnung nach dem 19.04.2020 erfolgte – aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung der Beklagten – erst am 02.05.2020. | 4 |
| Mit Schreiben vom 20.03.2020 teilte die Beklagte der Klägerin mit, aufgrund der Corona-Krise jedenfalls bis einschließlich Mai 2020 keine Zahlungen vorzunehmen und eine Änderung des Mietvertrages gemäß § 313 Abs. 1 BGB zu begehren. Die Klägerin reagierte mit anwaltlichem Schreiben vom 09.04.2020, in dem sie der Beklagten eine Frist zur Zahlung für die Miete des Monats April und der entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten bis zum 15.04.2020 setzte.   | 5 |

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte würde die gesamte Miete schulden.	6
Zuletzt beantragt die Klägerin im Schriftsatz vom 17.09.2020, die Beklagte zu verurteilen,	7
an sie – die Klägerin – 20.229,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 5.414,50 EUR seit dem 02.04.2020, aus weiteren 5.414,50 EUR seit dem 02.05.2020, aus weiteren 5.414,50 EUR seit 02.06.2020 bis 17.06.2020, aus weiteren 4.640,00 € seit 18.06.2020, aus weiteren 4.640,00 € seit 02.06.2020 und aus weiteren 4.640,00 € seit 02.07.2020 zu zahlen,	8
an sie – die Klägerin – vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 480,20 EUR nebst Zinsen seit 15.04.2020 zu zahlen.	9
Die Beklagte beantragt,	10
die Klage abzuweisen.	11
Sie ist der Ansicht, dass sie für die Zeit vom 18.03.2020 bis zum 19.04.2020 keine Miete schulde, womit sie für den Monat März zu viel gezahlt habe. Bezüglich des Zeitraumes nach dem 19.04.2020 habe sie einen Anspruch auf Anpassung der Miete. Im Hinblick auf die vollständige Mietzinszahlung für den Monat März erklärt die Beklagte hilfsweise die Aufrechnung.	12
<b><u>Entscheidungsgründe</u></b>	13
Die zulässige Klage ist weit überwiegend begründet.	14
<b>1.</b> Die Klage ist zulässig. Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts ergibt sich aus § 29a ZPO. Die streitgegenständliche Mietsache befindet sich in .....und damit im Zuständigkeitsbereich des Landgerichts Mönchengladbach. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG. Der Streitwert überschreitet den Betrag von 5.000,00 Euro.	15
<b>2.</b> Die Klage im Urkundenverfahren ist gemäß § 592 ZPO statthaft. Die Klägerin macht die Zahlung einer bestimmten Geldsumme i.S.d. § 592 S. 1 ZPO geltend. Die Klage enthält gemäß § 593 Abs. 1 ZPO die ausdrückliche Erklärung, dass im Urkundenverfahren vorgegangen werden soll. Auch können sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden; bzw. unstrittige, zugestandene oder offenkundige Tatsachen stehen auch im Urkundensprozess fest und müssen nicht durch Urkunden belegt werden (BGH NJW 2015, 475 Rn. 14; Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl. 2019, 16. Teil, 1. Abschnitt, Kapitel 4, Der Urkundenprozess, Rn. 17). Die Klägerin hat die anspruchsbegründenden Tatsachen, nämlich den Abschluss des Mietvertrages, die Höhe des monatlichen Mietzinses und dessen jeweilige Fälligkeit vorgetragen und gemäß § 593 Abs. 2 S. 1 ZPO durch Urkundenvorlage belegt; im Übrigen sind diese Daten unstrittig. Der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses steht nicht entgegen, dass die Beklagte Mängel der Mietsache behauptet hat und – diesen Vortrag als richtig unterstellt – der Anspruch auf die Miete daher gemäß § 536 Abs. 1 BGB von Gesetzes wegen ganz oder teilweise erloschen ist (vgl. BGH NJW 2005, 2701). Das Vorliegen eines Sachmangels hat nicht zur Folge, dass deshalb die Höhe der Miete vom Vermieter nicht mehr i.S.d. § 592 S. 1 ZPO durch Urkunden bewiesen werden könnte (BGH NJW 2005, 2701).	16
<b>3.</b> Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses gemäß § 535 Abs. 1 BGB für die Monate April bis Juli nur i.H.v. 17.291,78 Euro (in der folgenden Tabelle wird in ( ) die	17

Aufrechnung mit einem Teil der Miete des Monats März (1.222,63 Euro) für den Zeitraum 18.03.2020 bis 31.03.2020 dargestellt; näher dazu unten unter g)).

18

Monat	Miete	USt. (19%/16%)	Zugesprochen Miete	NK	USt.	Zugesprochen NK
April	4.000 €	760 €	<b>3.131,78 €</b> (= 3.252,67 € - 120,89 €)	550 €	104,50 €	<b>0 €</b> (= 447,24 € - 447,24 €)
Mai	4.000 €	760 €	<b>4.760 €</b>	550 €	104,50 €	<b>0 €</b> (= 654,50 € - 654,50 €)
Juni	4.000 €	760 €	<b>4.760 €</b>	0 €	0 €	-
Juli	4.000 €	640 €	<b>4.640 €</b>	0 €	0 €	-
<b>Summe</b>	<b>16.000 €</b>	<b>2.920 €</b>	<b><u>17.291,78 €</u></b>	<b>1.100 €</b>	<b>209 €</b>	<b>0,00 €</b>

a) Zwischen den Parteien besteht ein wirksamer Gewerberaummietvertrag gemäß § 535 Abs. 1 BGB. Die Klägerin ist gemäß § 566 Abs. 1 BGB in die sich aus dem Mietverhältnis zwischen Herrn ... und der Beklagten ergebenden Rechte und Pflichten eingetreten, indem sie neue Eigentümerin der Immobilie wurde. Entsprechend Nr. 3 des Nachtrags zum Mietvertrag vom 19.04./07.05.2011 (Anlage K2) wurde ein monatlicher Mietzins i.H.v. 4.000,00 Euro gesamt netto nebst Mehrwertsteuer und Nebenkosten und damit monatlich die Zahlung des Betrages von 5.414,50 Euro vereinbart. Die Miete ist gemäß § 3 Nr. 3.5 des Mietvertrages (Anlage K1) im Voraus spätestens am 5. Werktag eines jeden Monats zu zahlen. 19

b) Die Beklagte ist nicht gemäß § 536 Abs. 1 S. 1 BGB wegen eines Mietmangels von der Miete befreit (ebenso: LG Frankfurt a. M. Urt. v. 2.10.2020 – 2-15 O 23/20, BeckRS 2020, 26613 Rn. 18 ff.; LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 24 ff.; BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 239). 20

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. 21

aa) Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. 22

Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können. Gegenstand einer 23

Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist. Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 – VIII ZR 152/12 –, Rn. 8, juris).

Auch öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen können die Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch mindern und damit einen Sachmangel darstellen. Insbesondere bei der Vermietung von Gewerberäumen können privat- oder öffentlich-rechtliche Hindernisse zu einem Mangel führen. Voraussetzung ist aber, dass die Beschränkungen der konkret vermieteten Sache ihre Ursache gerade in deren Beschaffenheit und Beziehung zur Umwelt haben und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters (BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9, 17; vgl. BGH, Urteil vom 02. März 1994 – XII ZR 175/92 –, Rn. 10, juris; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 78). Durch hoheitliche Maßnahmen bewirkte Gebrauchsbeschränkungen können deshalb nur dann einen Mangel begründen, wenn sie unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der konkreten Mietsache in Zusammenhang stehen. Maßnahmen, die nur den geschäftlichen Erfolg des Mieters beeinträchtigen, fallen in dessen Risikobereich. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Vermieter nur, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko trägt hingegen der Mieter allein (BGH, Urteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 –, Rn. 30, juris; LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 26; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 79; BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 239; Streyl, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 72; Sittner NJW 2020, 1169, 1171).

24

Ausgehend von diesen rechtlichen Vorgaben liegt im vorliegenden Fall kein Sachmangel vor. Die hoheitlichen Maßnahmen dienten im vorliegenden Fall dem Schutz der Bevölkerung vor allgemeinen gesundheitlichen Gefahren. Sie knüpfen nicht unmittelbar an die konkrete Beschaffenheit der Mietsache an, sondern allein an den Betrieb des jeweiligen Mieters. Die Maßnahmen stellen dabei nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten ab, sondern allgemein auf die Nutzungsart sowie den Umstand, dass in den betroffenen Flächen Publikumsverkehr stattfindet und dies Infektionen begünstigt (vgl. LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 27; Sittner NJW 2020, 1169, 1171).

25

Daran ändert auch nichts, dass die streitgegenständlichen Gewerberäume im vorliegenden Fall zur Nutzung als Verkaufs- und Lagerräume zum Betrieb vor allem eines Schuhgeschäfts (§ 1.2 des Mietvertrages) vermietet wurden. Denn die Mietsache ist zu diesem Zweck weiterhin in gleicher Weise geeignet wie vor dem hoheitlichen Einschreiten. Untersagt ist lediglich dessen Betrieb und zwar losgelöst von Fragen der Beschaffenheit oder Lage der Mietsache. Dieser Umstand fällt – wie dargelegt – in den Risikobereich des Mieters.

26

**bb)** Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. RG, Urt. v. 20.2.1917, III 384/18 „Verbot jeglicher Tanzveranstaltung“; RG Urt. v. 9.11.1915, III 145/15 „polizeiliche Untersagung öffentlicher Tänze“), die die Beklagtenseite anführt, führt nicht zur Annahme eines Sachmangels (zum Ganzen: LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 29; BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 239.1).

27

Zwar hat das Reichsgericht im „Tanzlokal-Fall“ angenommen, dass ein Mangel im Sinne von § 537 BGB vorliege, da das Tanzverbot den Pachtgegenstand selbst betroffen habe, in dem

28

es die Ausnutzung der Eigenschaft als Tanzlokal verhindere. Allerdings beruht die im vorliegenden Fall angeordnete Schließung nicht auf einer öffentlich-rechtlich missbilligten Eigenschaft der Mietsache, sondern erfasst Mieträume ausschließlich aufgrund ihrer tatsächlichen Nutzung durch den Mieter. Würde die Beklagte eine noch zulässige Nutzung betreiben oder ihr Nutzungskonzept verändern, bliebe ihr Betrieb zulässig (Zehelein NZM 2020, 390, 392). Zudem war für das Reichsgericht für die Annahme eines Mangels der Mietsache der heute in Rechtsprechung und herrschender Lehre vorausgesetzte Objektbezug der Nutzungsbeeinträchtigung (noch) nicht von entscheidender Bedeutung, wenn dort allgemein öffentlich-rechtliche Beschränkungen als die Miet- und Pachtsache „betreffend“ für ausreichend erachtet wurden (zur heutigen h. M. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 78).

Entsprechendes gilt für die Benzintankanlagenentscheidung (RG, Urt. v. 3.1.1919, III 271/18). 29  
Dort war eine vertragsgemäße ebenso wie eine anderweitige Nutzung des Gegenstandes des Vertragsverhältnisses – eine Tankanlage – aufgrund des behördlichen Veräußerungsverbot für Benzin sowie dessen Beschlagnahme und Verschwinden aus dem Handel nicht mehr möglich, was das Reichsgericht dazu veranlasste, die besondere Einrichtung der Mietsache mit deren Lage gleichzusetzen und deshalb einen Mangel anzunehmen. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber gerade um solche Beschränkungen, die losgelöst von der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache und daher nach heutigen Maßstäben (s.o.) – in Abkehr zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts – nicht als Mangel der Mietsache anzusehen sind.

**c)** Der Mietvertrag ist nicht gemäß § 134 BGB nichtig wegen Verstoßes gegen ein 30  
Verbotsgesetz.

Zwar enthielt sowohl der Erlass vom 17.03.2020 als auch die Verordnung zum Schutz vor 31  
Neuinfizierung mit dem Coronavirus SARS CoV-2 vom 22.03.2020 ein Verbot der Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels, von dem auch das Schuhgeschäft der Beklagten umfasst war.

Allerdings wurde zur Zeit der zwangsweisen Schließung lediglich die Öffnung des Geschäftes 32  
untersagt, nicht aber die weiteren Vertragsverhältnisse zwischen Mieter und Vermieter. Es handelt sich bei dem Verbot nicht um Maßnahmen, die sich gegen die Mietsache als solche richten, sondern gegen den Mieter als Betriebsinhaber. Die Betriebsuntersagungen oder -erschwerungen auf Grund der Corona-Krise betreffen das Verwendungsrisiko des Mieters, weil hierfür die baulichen Gegebenheiten des Mietobjekts in aller Regel – und so auch hier – unerheblich sind, sondern es allein auf die Art der Nutzung der Gebäude und den dort stattfindenden Publikumsverkehr ankommt (Streyl, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 69 m.w.N.). Dies ist erst recht in der „zweiten Phase“ der behördlichen Maßnahmen anzunehmen, in denen den Betrieben die Wiedereröffnung gestattet wurde, jedoch Hygieneauflagen erfüllt werden mussten. Es war der Beklagten auch trotz der hoheitlichen Anordnungen weiterhin möglich, die Mieträume anderweitig zu nutzen. Jedenfalls für die weitere Lagerung ihrer Waren wird dies der Fall gewesen sein.

Dieses Ergebnis fügt sich in die vergleichbare Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein. 33  
Dass allein das Verwendungsrisiko des Mieters betroffen ist, hat der BGH für die Einschränkungen ausgeurteilt, die mit dem Erlass der Nichtraucherschutzgesetze für Gaststätten- und Restaurantbetreiber verbunden waren (BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9, 17; vgl. BGH, Urteil vom 02. März 1994 – XII ZR 175/92 –, Rn. 10, juris). Beide Sachlagen sind vergleichbar (Streyl, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, §

3 Mietrecht Rn. 69; Sittner NJW 2020, 1169, 1171). Auch wenn ein Betriebsverbot erheblich weiter geht als die mit den Nichtraucherschutzgesetzen verbundenen Einschränkungen, so setzt das öffentliche Recht in beiden Fällen gleichermaßen nicht beim Mietobjekt und dessen Gegebenheiten an, sondern bei der Art des dort geführten Betriebs; die Überlassung der Mietsache ist nicht verboten. Aus ähnlichen Gründen führt die Betriebsuntersagung nicht zu einer (ggf. nur zeitweiligen) Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot. Die Corona-bedingten Betriebsuntersagungen richten sich vielmehr – wie auch andere behördliche oder gesetzliche Verbote, die mietrechtlich relevant sind – einseitig an eine Vertragspartei und stellen allein dessen Vertragsrisiko dar ankommt (Streyll, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 69 m.w.N.).

**d)** Die Beklagte ist nicht gemäß § 326 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht befreit (im Ergebnis ebenso: LG Frankfurt a. M. Urt. v. 2.10.2020 – 2-15 O 23/20, BeckRS 2020, 26613; LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 30 ff.). 34

**aa)** Eine Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung i.S.v. § 275 BGB liegt nicht vor. 35

Eine Befreiung der Beklagten von ihrer Leistungspflicht gemäß § 326 Abs. 1 BGB kommt dann in Betracht, wenn die Klägerin ihrerseits gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit nicht leisten kann. Dies ist jedoch nicht der Fall (vgl. Streyll, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 71). 36

Die Klägerin vermietet gemäß § 1 des Mietvertrages (Anlage K1) eine Mietfläche zum Betrieb eines Geschäfts mit Schuhen. Sie ist verpflichtet, die Mietsache zur Ausübung eines konkreten Gewerbes, hier zum Verkauf von Schuhen, zu überlassen. Insofern könnte rechtliche Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB für den Zeitraum 01.04. bis 19.04.2020 in Hinblick darauf in Betracht kommen, dass wegen behördlicher Schließungsanordnungen der Verkauf von Schuhen nicht möglich war. 37

Allerdings ist die vom Vermieter übernommene Pflicht, die Möglichkeit des Gebrauchs zu erhalten, von vornherein begrenzt. Ein Umstand, der bereits außerhalb des Leistungsprogramms liegt, kann – wie bereits unter b) dargelegt – keinen Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB begründen (Häublein/Müller NZM 2020, 481, 486). Der Mieter trägt – wie bereits dargelegt – das Verwendungsrisiko der Mietsache. Die durch die Corona-Krise bedingte Betriebseinschränkung betrifft das Verwendungsrisiko und nicht die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters, also der Klägerin. 38

**bb)** Auch Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 2 BGB ist hier nicht gegeben (vgl. Lorenz, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 1 Allgemeines Leistungsstörungsrecht und Veranstaltungsrecht Rn. 24). 39

Demnach kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. 40

§ 275 Abs. 2 BGB führt hier nicht zu einer Befreiungsmöglichkeit des Schuldners, also der Beklagten. Zu vergleichen ist dabei nämlich der Aufwand des Schuldners mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers, d.h. dem Nutzen, den der Gläubiger aus der Leistung zieht. Bei gestiegenen Marktpreisen oder anderen Lieferschwierigkeiten stünde der Gläubiger, wenn er sich die Leistung anderweitig verschaffen würde, regelmäßig vor denselben Beschaffungsproblemen wie der Schuldner. Die bloße Tatsache, dass der 41

Aufwand des Schuldners und sein Gewinn auseinanderklaffen, wird von § 275 Abs. 2 BGB gerade nicht erfasst (Lorenz, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 1 Allgemeines Leistungsstörungsrecht und Veranstaltungsrecht Rn. 24; Warmuth, COVuR 2020, 16, 17). Fälle dieser Art können lediglich unter den Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erfasst werden (dazu sogleich).

**e)** Die Beklagte hat jedoch gemäß § 313 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Vertragsanpassung für die Zeit vom 01.04. bis 19.04., die sie – wie erfolgt – im Wege einer Einrede gegen eine Inanspruchnahme aus dem für sie unzumutbar gewordenen Vertrag geltend machen kann (BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 155). 42

Ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und wenn die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, sowie wenn einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. 43

**aa)** § 313 Abs. 1 BGB ist – entgegen der Ansicht der Klägerseite – anwendbar. Insbesondere steht dem nicht die im Zuge der Corona Pandemie eingeführte Regelung des Art. 240 § 2 EGBGB entgegen. 44

Eine Sperrwirkung kann Art. 240 § 2 EGBGB nicht entnommen werden (zum Folgenden: Streyl, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 88; im Ergebnis ebenso Zehelein, COVID-19, Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 7 Wegfall der Geschäftsgrundlage Rn. 16; Ekkenga/Schirmacher NZM 2020, 410, 414 unter 5.). Der Gesetzgeber wollte den betroffenen Schuldnern nur einen zusätzlichen Schutz bieten (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 234) und nicht ihren Schutz durch die Einführung des Art. 240 § 2 EGBGB verkürzen. Dementsprechend wird in Art. 240 § 2 EGBGB nur eine Beschränkung des Kündigungsrechts geregelt, aber nichts zur Höhe der Miete oder einem Anpassungsrecht des Mieters gemäß § 313 Abs. 1 BGB. Die zeitliche Beschränkung des Kündigungsausschlusses in Abs. 4 der Regelung besagt hierzu ebenfalls nichts. Zwar geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Vermieter bei entsprechendem Rückstand nach dem 30.06.2022 kündigen kann; er unterstellt also eine weiterhin bestehende Zahlungspflicht. Dass der Mieter die volle vereinbarte Miete schuldet, folgt daraus jedoch nicht. Die Gesetzesmaterialien schweigen sich zu einer Anwendung von § 313 BGB aus. In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/18110, S. 36) wird als Gesetzeszweck allein die Bestandssicherung des Mietverhältnisses genannt. Schon das schließt eine Sperrwirkung für Mietanpassungen gemäß § 313 Abs. 1 BGB aus. Überdies differenziert die Gesetzesbegründung nicht zwischen der Wohnraum- und der Geschäftsraummiete. In Bezug auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gibt es zwischen beiden aber wesentliche Unterschiede. Während bei der Wohnraummiete der vom Mieter beabsichtigte Zweck, das Wohnen, auch in Krise verwirklicht werden kann, ist dies, wie dargestellt, bei der Geschäftsraummiete oftmals nicht oder nur eingeschränkt möglich. 45

**bb)** Die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB sind gegeben. 46

Bei Betriebsuntersagungen greift das Anpassungsrecht des § 313 Abs. 1 BGB ein. Zu Beginn des allgemeinen „Shutdown“ im März 2020 wurde die Nutzung zum vertraglichen Zweck in weiten Bereiche des Einzelhandels – und so auch im konkreten Fall – vollständig untersagt, womit der Geschäftsbetrieb jedenfalls nahezu vollständig zum Erliegen kam. Das ist eine schwerwiegende, unzumutbare Störung. Da das Risiko für die Betriebsuntersagung in 47

gleichem Maß außerhalb des Risikobereichs von Mieter und Vermieter lag, ist eine Anpassung auf die Hälfte des Mietzinses angemessen (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 241; Streyll, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 93; Häublein/Müller NZM 2020, 481, 490; Ekkenga/Schirmmacher NZM 2020, 410, 414; Zehelein NZM 2020, 390, 399; im Ergebnis ebenso Weller/Thomale, BB 2020, 962, 965; **a.A.**: eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB ablehnend: LG Frankfurt a. M. Urt. v. 2.10.2020 – 2-15 O 23/20, BeckRS 2020, 26613 Rn. 23 ff.; LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 33 ff. m.w.N.). Diese hälftige Teilung fügt sich auch in die höchstrichterliche Rechtsprechung ein, die eine solche annimmt, wenn die Folgen der Grundlagenstörung nicht einer Partei allein zugewiesen werden können (BGH NJW 1984, 1746, 1747). Die hälftige Teilung gilt auch für verbrauchsunabhängige Betriebskosten. Lediglich die verbrauchsabhängigen Betriebskosten hat der Mieter vollständig zu tragen, weil sie durch seine (eingeschränkte) Fortsetzung der Geschäftstätigkeit verursacht wurden (Streyll, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 93), was die Klägerin im Rahmen der jährlichen Betriebskostenabrechnung zu berücksichtigen haben wird.

Im Einzelnen:

48

**(1)** Eine nachträgliche Änderung vertragswesentlicher objektiver Umstände liegt vor.

49

Bei den hoheitlichen Stilllegungsanordnungen handelt es sich um den Mieter unmittelbar treffende Maßnahmen, die einen Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen. Die staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie ergingen aufgrund von epidemiologischen Erwägungen, die weder an spezifische Eigenschaften der Mieter, noch an solche der Mietobjekte anknüpften. Geschützt werden sollten Gemeinwohlinteressen, die weder speziell durch das Verhalten der Mieter, noch durch die Vermieter oder die von ihnen vermieteten Räumlichkeiten gefährdet wurden. Durch die Maßnahmen sollte vielmehr eine Verminderung der sozialen Kontakte in der Bevölkerung allgemein bewirkt werden. Dieses Ziel konnte grundsätzlich sowohl durch Anordnungen erreicht werden, die gegen die Mieter gerichtet waren, als auch durch Maßnahmen gegen die Vermieter. 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. Es wäre daher willkürlich, wenn man die Risikoverteilung in Gewerbemietverträgen davon abhängig machte, ob die Maßnahmen sachbezogen (dann Mietmangel) oder verwendungsbezogen (dann regelmäßig Verwendungsrisiko des Mieters) waren. Das Risiko beispielloser und in ihrer Richtung unvorhersehbarer staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie konnten die Parteien nicht vorhersehen und es ist daher auch nicht von der vertraglich vereinbarten Risikoverteilung umfasst, sondern sein Nichteintritt bildete die Geschäftsgrundlage ihres Vertrags. Hätten die Parteien die Risiken einer Pandemie bedacht, wäre eine sinnvolle Verteilung des Risikos, die nicht auf eine Wette hinausgelaufen wäre, nur in der Form einer hälftigen Teilung möglich gewesen (zum Ganzen: BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 241).

50

Vor dem Hintergrund ist hier als „große“ Geschäftsgrundlage die gemeinsame Vorstellung der Parteien anzuerkennen, dass es während der Vertragslaufzeit nicht zu einer Pandemie kommen wird, die sich ganz erheblich und weltweit auf den Handel und die sonstige Geschäftstätigkeit auswirkt. Allgemeiner formuliert gingen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass ein geregelter Geschäftsbetrieb überhaupt möglich ist (Zehelein, COVID-19,

51

Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 7 Wegfall der Geschäftsgrundlage Rn. 4; Häublein/Müller NZM 2020, 481, 487). Dies betrifft den Zeitraum vom 01.04. bis einschließlich 19.04.2020 (zu dem Zeitraum vom 18.03.2020 bis 31.03.2020 siehe unter g)), in dem die Geschäftsgrundlage hier gestört war.

Auch wenn die Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Hamm Anerkenntnisurteil v. 8.4.2020 – 30 U 107/19, BeckRS 2020, 8424 Rn. 84 m.w.N.) bei Gewerbemietverträgen von § 313 BGB nur sehr zurückhaltend Gebrauch macht und seine Anwendung auf Fälle „krasser Unbilligkeit“ beschränken will, so findet diese Zurückhaltung ihre Rechtfertigung nur darin, dass die Parteien regelmäßig alle Risiken abschließend in ihrem Vertrag unter einander verteilt haben und eine richterliche Korrektur dieses Vertrags ausgeschlossen sein muss. Das Risiko der COVID-19-Pandemie ist aber in der Regel gerade nicht Vertragsinhalt geworden. Es liegt folglich eine Regelungslücke vor (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 241.1). 52

**(2)** Die Umstände, die – wie zuvor dargelegt – zur Grundlage des Vertrages geworden sind, haben sich schwerwiegend i.S.d. § 313 Abs. 1 geändert. 53

Der entsprechende Umstand oder die Fehlvorstellung muss so bedeutsam gewesen sein, dass unzweifelhaft zumindest eine Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage gekannt oder vorhergesehen hätte (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019 Rn. 58, BGB § 313 Rn. 58). Bei Dauerschuldverhältnissen wie der Miete geht es allerdings nicht darum, dass ein Vertragsschluss ganz unterblieben wäre, weil nicht zu erwarten ist, dass die Vertragspartner jegliches Wirtschaften aus Sorge vor einer Krise eingestellt hätten, deren Eintritt und Ausmaß ungewiss war. Aber es ist offensichtlich, dass redliche Vertragspartner einen beiderseits angemessenen Ausgleich für die Zeit der Krise je nach dem Ausmaß der Betroffenheit vereinbart hätten (Zehelein, COVID-19, Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 7 Wegfall der Geschäftsgrundlage Rn. 5). Nicht jede geringfügige Änderung oder Abweichung von den Parteivorstellungen kann indes die Stabilität des geschlossenen Vertrages in Frage stellen. Die Verlässlichkeit von Verträgen wäre sonst bedroht und damit die Rechtsordnung und der Wirtschaftsverkehr an sich. Das normale Veränderungsrisiko nehmen die Parteien auf sich (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019 Rn. 58, BGB § 313 Rn. 58). 54

Die Mietvertragsparteien haben nicht damit gerechnet – kaum jemand hat damit ernsthaft gerechnet –, dass es zu einer globalen Pandemie mit Betriebsuntersagungen- kommt. Insoweit unterscheidet sich dieser Sachverhalt auch von dem bereits vom BGH entschiedenen und zuvor bereits erörterten „Rauchverbots“-Fall, in dem es nur um punktuelle Einschränkungen, aber nicht um eine vollständige Betriebsuntersagung ging. Es ist nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Parteien, wenn sie an eine solche Pandemie gedacht hätten, den Vertrag nicht in der Form abgeschlossen hätten. 55

**(3)** Der Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB ist für von in Zeiten der Corona Pandemie erfolgten hoheitlichen Anordnungen in Form von Betriebsuntersagungen betroffenen Gewerberaummietverträge auch nicht aufgrund der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung ausgeschlossen. 56

(i) Durch Umstände, die in den Risikobereich einer Vertragspartei fallen, wird die Geschäftsgrundlage des Vertrages grundsätzlich nicht berührt (BGH DtZ 1995, 285, 289 = BGHZ 129, 253). Nicht zur Geschäftsgrundlage gehören daher Störungereignisse, in denen sich Risiken verwirklichen, die eine Partei übernommen hat oder die zu ihrem allgemeinen Vertragsrisiko gehören (BGH NJW 1991, 1478, 1479). Dies ist hier grundsätzlich der Fall. Im Mietrecht trägt – wie bereits dargelegt – regelmäßig der Mieter das Ertrags- und 57

Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Das bedeutet, dass der Mieter eines Ladengeschäfts, der in der Corona-Krise von einer Schließungsanordnung betroffen ist und daher die Mietsache nicht nutzen kann, sich im Grundsatz nicht auf § 313 BGB berufen kann, weil das Risiko der Nutzbarkeit des Gewerberaums in seinen eigenen Risikobereich fällt (Warmuth COVuR 2020, 16, 19).

(ii) Eine Risikoverteilung ausschließlich zu Lasten des Mieters bezüglich hoheitlicher Anordnungen betreffend die Corona Pandemie ist jedoch willkürlich. Denn das Risiko für die Betriebsuntersagung lag – wie bereits eingangs dieses Abschnitts mit Fundstellen unterlegt – in gleichem Maß außerhalb des Risikobereichs von Mieter und Vermieter. 58

Die vom Staat erlassenen Maßnahmen in Form von Schließungsanordnungen und Hygieneauflagen sollten – wie bereits dargelegt – 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 (Zehelein, COVID-19, Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 7 Wegfall der Geschäftsgrundlage Rn. 12, 15; aufschlussreich zum „Abriegeln“ eines laufkundschaftabhängigen Ladenlokals für Bauarbeiten: KG NZM 2008, 526). 59

**(4)** Eine Vertragsanpassung kommt nur dann und insoweit in Betracht, als sich die Folgen der COVID-19-Pandemie so schwerwiegend auf das jeweilige Mietverhältnis ausgewirkt haben, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag einer oder beiden Parteien nicht zugemutet werden kann (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 229, 243). Das ist in der Regel nur der Fall, wenn das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbaren Ergebnissen führt (BGH GRUR 1997, 382, 384 = BGHZ 133, 321). Bei der Beurteilung, ob die Umstände sich für die Partei als unzumutbar dargestellt haben, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGH NJW 2012, 1718 Rn. 30; BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 243) 60

Unzumutbarkeit ist für den Zeitraum vom 01.04.2020 bis 19.04.2020 zu bejahen. Aufgrund der hoheitlichen Schließungsanordnung konnte die Beklagte in dem Streitgegenständlichen Ladengeschäft für diese Zeit keinerlei Umsätze verbuchen. Die Umsätze des Aprils der letzten Jahre (2017: 23.605,72 Euro; 2018: 25.796,35 Euro; 2019: 17.927,24 Euro) konnten nicht ansatzweise erreicht werden, die Beklagte verzeichnete Umsatzeinbußen von 100 %; was im Übrigen aufgrund der öffentlichen Betriebsuntersagungen allgemein bekannt ist und keines Beweises bedurfte. Es handelte sich dabei auch, die zwangsweise Schließung ab dem 19.03.2020 berücksichtigend, um einen Zeitraum von einem Monat und damit um einen Zeitraum von nicht unerheblicher Dauer. 61

**(5)** Die Beklagte hat gemäß § 313 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Vertragsanpassung für die Zeit der zwangsweisen Schließung des Betriebes im Monat April vom 01.04. bis 19.04.2020 (zu dem Zeitraum vom 18.03.2020 bis 31.03.2020 siehe unter g)). Die Miete ist für diesen Zeitraum um 50 Prozent zu mindern. 62

Für den Zeitraum von 19 Tagen im April ist die Miete auf 63

4.760,00 Euro / 30 Tage x 19 Tage / 2 = 1.507,33 Euro Miete und 64

- 654,50 Euro / 30 Tage x 19 Tage / 2 = 207,26 Euro Betriebskostenvorauszahlung, 65
- insgesamt 1.714,59 Euro anzupassen, so dass sich für April 2020 eine Gesamtmiete von 3.699,91 Euro ergibt (= 3.252,67 Euro + 447,24 Euro). Mangels Vortrags der Parteien kann die Betriebskostenvorauszahlung derzeit nur pauschal um 50 Prozent gekürzt werden, was im Rahmen der jährlichen Betriebskostenabrechnung von der Klägerin anzupassen sein wird. Denn die hälftige Teilung gilt – wie dargelegt – nur für verbrauchsunabhängige Betriebskosten. 66
- Ausnahmsweise ist eine rückwirkende Vertragsanpassung auf den Zeitpunkt des Anpassungsereignisses zulässig. Maßgeblich ist dafür eine umfassende Bewertung der Interessen beider Parteien (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn. 98). Im Allgemeinen kommt eine Anpassung für die Vergangenheit desto weniger in Betracht, je stärker und unerwarteter die Rückwirkung die durch die Anpassung benachteiligte Partei trifft (Schutz getroffener Dispositionen). Je geringer die Schutzwürdigkeit des Anpassungsgegners ist, desto eher lässt sich auch mit Wirkung für die Vergangenheit anpassen, so etwa bei einer auf Grund unzutreffender Flächenberechnung zu hohen Miete (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn. 98). Kein stichhaltiges Argument gegen eine rückwirkende Anpassung und – im Falle einer Ermäßigung der Leistungspflicht – damit verbundenen teilweisen Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen ist die häufige, formelhafte Behauptung, die Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen sei mit untragbaren Schwierigkeiten verbunden. Es mag solche Fälle geben – die Regel sind sie nicht (Loyal NJW 2013, 417, 420). 67
- Die Beklagte hat die von ihr geschuldete Miete – jedenfalls der Monate April bis Juli – noch nicht erbracht. Schwierigkeiten bezüglich praktischen Abwicklung bestehen nicht. 68
- f)** Für die nachfolgenden Zeiträume, also solche nach dem 19.04.2020, liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage vor. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Vertragsanpassung und schuldet daher die gesamte Miete (siehe obige Tabelle). 69
- Hier greift das bereits Ausgeführte, dass der Mieter das Verwendungsrisiko trägt. Insbesondere ist hier noch einmal darauf hinzuweisen, dass für die Einschränkungen, die mit dem Erlass der Nichtraucherschutzgesetze für Gaststätten- und Restaurantbetreiber verbunden waren (BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9, 17) der Mieter das Risiko trägt. Die Risiken solcher mehr oder weniger weitgehenden Einschränkungen, die zu keiner vollständigen Betriebsuntersagung führen, muss der Mieter allein tragen. 70
- Es obliegt dem Mieter, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um seinen Betrieb auch während der Pandemie soweit wie möglich aufrecht zu erhalten bzw. durch zumutbare Anpassungen seines Geschäftsmodells drohende Verluste abzuwenden. Denn der Mieter trägt das unternehmerische Risiko seines Betriebs und kann eine Vertragsanpassung nur dann verlangen, wenn und soweit eine verlustfreie Verwendung der Mieträume unternehmerisch objektiv ausgeschlossen ist. Welche Verwendungsmöglichkeiten der Mietsache dem Mieter bei einem ggf. angepassten Geschäftsmodell während der Beschränkungen infolge der COVID-19-Pandemie objektiv möglich waren, kann wiederum nur im Einzelfall festgestellt werden. Unternehmer haben hier große Kreativität bewiesen. Sofern ein Gewerbetrieber nicht hinreichend einfallsreich war, zeigt sich ein mangelndes unternehmerisches Talent, dessen Risiko nicht auf die Pandemie zurückzuführen und deshalb von ihm zu tragen ist (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 243). Das Risiko einer Gewinnerzielung in dem angemieteten Geschäftslokal trägt der Mieter (BGH NJW 1981, 2405, 2406 unter 5.). 71

**g)** Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung Miete und der Betriebskosten für den Monat April 2020 ist jedoch gemäß §§ 389, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 1.222,63 Euro erloschen, indem die Beklagte – im Hinblick auf den Zeitraum 18.03. bis 31.03.2020 – erfolgreich hilfsweise mit einem Betrag in Höhe von 1.222,63 Euro aufrechnete. 72

**(1)** Die Beklagte erklärte für den Fall, dass der Anspruch auf Mietzins der Klägerin entgegen ihres Vortrags Bestand haben sollte, hilfsweise die Aufrechnung (Bl. 33 d.A.); jedenfalls sind ihre diesbezüglichen Erklärungen dementsprechend gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen. Diese Bedingung ist hier eingetreten, da der Anspruch der Klägerin entsprechend der obigen Ausführungen gegen die Beklagte grundsätzlich besteht. Der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens steht es zunächst nicht entgegen, dass Prozesshandlungen grundsätzlich bedingungsfeindlich sind, da es sich hier lediglich um eine innerprozessuale Bedingung handelt, deren Eintritt außerhalb der Herrschaftssphäre der Parteien steht. Damit ist dem Schutzzweck, dass das Prozessrechtsverhältnis feststehen muss und die Entscheidung allein Sache des Gerichts ist, im erforderlichen Maße Rechnung getragen. 73

Die Aufrechnung hat in der Sache Erfolg. Die nach § 388 BGB erforderliche Aufrechnungserklärung durch die Beklagte liegt vor. Eine Aufrechnungslage gemäß § 387 BGB liegt vor, es bestehen gegenseitige, gleichartige Forderungen. Die Klägerin hat einen Anspruch gemäß § 535 Abs. 1 BGB auf Zahlung der Bruttomiete. Die Beklagte hat gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung von 1.222,63 Euro, die sie im Monat März zu viel gezahlt hat. Durch die reguläre Zahlung der Bruttomiete für März 2020 i.H.v. 5.414,50 Euro durch die Beklagte hat die Klägerin etwas erlangt. Dies stellt eine ziel- und zweckorientierte Mehrung des Vermögens der Klägerin dar. In Höhe von 1.222,63 Euro erfolgte dies indes ohne Rechtsgrund. Denn für den Zeitraum der zwangsweisen Schließung des Geschäfts hat die Beklagte – wie zuvor dargelegt – einen Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB. Die Miete ist für diesen Zeitraum entsprechend den obigen Ausführungen um 50 % anzupassen. 74

**(2)** Dies ergibt für den Zeitraum von 14 Tagen im Monat März mit 31 Tagen eine Reduzierung der Mietschuld der Beklagten um 75

$4.760,00 \text{ Euro} / 31 \text{ Tage} \times 14 \text{ Tage} / 2 = 1.074,84 \text{ Euro Miete und}$  76

$654,50 \text{ Euro} / 31 \text{ Tage} \times 14 \text{ Tage} / 2 = 147,79 \text{ Euro Betriebskostenvorauszahlung,}$  77

insgesamt also um 1.222,63 Euro. 78

Da die Beklagte nicht bestimmt hat, mit welchen Mieten bzw. Betriebskostenvorauszahlungen sie aufrechnet, greift hier § 366 Abs. 2 BGB analog (vgl. BGH NJW-RR 2019, 399 Rn. 18 m.w.N.; BeckOGK/Looschelders, 1.9.2020, BGB § 366 Rn. 34). Übersteigt eine für einen bestimmten Zeitraum erbrachte Zahlung oder Gutschrift die für diesen Zeitraum geschuldete Bruttomiete, so ist der überschießende Betrag analog § 366 Abs. 2 BGB in absteigendem Alter auf die ältesten Nebenkostenvorauszahlungsforderungen und anschließend – wieder beginnend mit der ältesten Schuld – auf die Nettomieten anzurechnen (BGH NJW 2018, 3448, Ls. 9; BeckOGK/Looschelders, 1.9.2020, BGB § 366 Rn. 34 m.w.N.). 79

Es ergibt sich folgende Berechnung: 80

$1.222,63 \text{ Euro} - 447,24 \text{ Euro (Verrechnung NK April)} = 775,39 \text{ Rest}$  81

$775,39 \text{ Euro} - 654,50 \text{ Euro (Verrechnung NK Mai)} = 120,89 \text{ Euro Rest}$  82

Der Rest von 120,89 Euro wird auf die Miete für April verrechnet.	83
<b>(3)</b> § 814 BGB greift hier nicht. In jedem Fall fehlt es an der Kenntnis der Nichtschuld, wenn der „Mangel“ – wie hier – erst nach der Zahlung der Miete entstanden ist (MüKoBGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, BGB § 814 Rn. 16 m.w.N.).	84
<b>2.</b> Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zinsen i.H.v. 9 Prozentpunkten jährlich über dem Basiszinssatz im Hinblick auf die Miete. Im Hinblick auf die Betriebskosten, über die hier aufgrund der Aufrechnung jedoch nicht mehr zu entscheiden ist (siehe die Verrechnung in der Tabelle), betrüge der Zinssatz nur 5 Prozentpunkte, weil Zahlungsansprüche im Mietverhältnis im Zusammenhang mit Betriebskosten keinen Entgeltcharakter haben, was auch für den Vorauszahlungsanspruch gilt (MüKoBGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 288 Rn. 31).	85
Gemäß § 3.5 S. 1 des Mietvertrages ist die Miete monatlich im Voraus spätestens am fünften Werktag eines jeden Monats zu zahlen. Gemäß § 3.5 S. 2 des Mietvertrages gerät der Mieter jedoch erst dann in Zahlungsverzug, wenn der Vermieter ihn schriftlich gemahnt und der Mieter nicht innerhalb von 5 Arbeitstagen nach Eingang der Mahnung bei ihm den Mietzins gezahlt hat.	86
Die Zinspflicht besteht dementsprechend wie folgt:	87
April 2020: Der Klägervertreter forderte die Beklagte mit Schreiben vom 09.04.2020 zur Zahlung der Miete für den Monat April 2020 bis zum 15.04.2020 auf, so dass sich die Beklagte erst seit dem 16.04.2020 mit einem Betrag in Höhe von 3.131,78 Euro in Verzug befindet (daher erhält der Klägervertreter auch keine vorgerichtlichen Anwaltskosten aufgrund seines erst den Verzug begründenden Schreibens vom 16.04.2020; siehe unter 3.).	88
Mai 2020: Die Miete hätte die Beklagte bis zum 07. Mai 2020 zahlen müssen. Der Sonnabend ist nicht als Werktag mitzuzählen (BGH NZM 2010, 661), so dass Verzug am 08.05.2020 gemäß §§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB eingetreten ist. Einer weiteren schriftlichen Mahnung bedurfte es nicht, weil die Beklagte mit Schreiben vom 20.03.2020 mitgeteilt hat, „mindestens bis einschließlich zum 31. Mai 2020“ keine Zahlungen mehr zu leisten (Anlage K4).	89
Im Übrigen besteht ein Anspruch gemäß §§ 291, 288 Abs. 2 BGB grundsätzlich seit Rechtshängigkeit. Die Zustellung der Klage erfolgte am 22.06.2020 und die Zustellung der Klageerweiterung am 18.09.2020. Im Einzelnen:	90
Juni 2020: Die Klägerin hat erst Zahlung zum 01.07.2020 verlangt (siehe ursprünglichen Klageantrag) und damit einseitig ein späteres Zahlungsziel festgestellt, worin aus objektiver Empfängersicht eine Stundung zu sehen ist (vgl. BGH NJW 2008, 50 Rn. 11), dass Zahlung erst zum 01.07.2020 verlangt wird, weshalb Verzug erst am 02.07.2020 eingetreten ist.	91
Juli 2020: Verzug ist erst am 19.09.2020 (Rechtshängigkeit) eingetreten.	92
<b>3.</b> Ein Anspruch der Klägerin auf vorgerichtliche Anwaltskosten i.H.v. 480,20 Euro, deren Berechnung sich nicht erschließt (möglicherweise ergibt sich diese aus Anlage K5, die aber – ausweislich des beA-Übermittlungsprotokolls (siehe Anlagenband Klägervertreter) – niemals übersandt wurde), besteht nicht gemäß §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1 BGB. Denn zum Zeitpunkt des Tätigwerdens des Anwalts (09.04.2020 durch Anwaltsschreiben an die Beklagte) lag noch kein Verzug vor (siehe dazu die Regelung in § 3.5 S. 2 des	93

Mietvertrages). Die Kosten der verzugsbegründenden Mahnung sind nicht als Verzugsschaden ersatzfähig.

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 11, 709 S. 2, 711 ZPO. 94

Streitwert: 20.229,00 Euro 95

---