
Datum: 29.09.2022
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 24 U 117/21
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:0929.24U117.21.00

Vorinstanz: Landgericht Kleve, 8 O 39/21

Leitsätze:

1. 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 (Anschluss an BGH, Urteil vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21).

2. Treffen die Mietvertragsparteien während der Covid-19-Pandemie Vereinbarungen zur Miethöhe, liegen die Voraussetzungen für eine Anpassung der Geschäftsgrundlage nicht mehr vor, wenn anschließend nachteilige Umstände (z.B. Geschäftsschließungen, Kontaktbeschränkungen, allgemeine Kaufzurückhaltung etc.) eintreten, die auf der Covid-19-Pandemie beruhen. Insoweit genügt die konkret-individuelle Vorhersehbarkeit der Störung.

Tenor:

I. Der Senat beabsichtigt, den Tenor des landgerichtlichen Urteils wegen offener Unrichtigkeit gem. § 319 ZPO dahin zu berichtigen, dass die Beklagte zur Zahlung von EUR 40.137,00 (anstatt EUR 43.137,00) nebst Zinsen iHv neun Prozentpunkten aus EUR 20.323,50 seit dem 6. Juni 2021 und aus EUR 19.813,50 seit dem 06. März 2021 verurteilt wird.

II. Der Senat beabsichtigt weiter, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Der Beklagten wird Gelegenheit gegeben, hierzu binnen **zwei Wochen** ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

III. Der auf den 18. Oktober 2022 bestimmte Termin zur mündlichen Verhandlung wird aufgehoben.

IV. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf EUR 40.137,00 festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem gewerblichen Mietverhältnis.

Die Beklagte schloss mit Herrn S als vorherigem Eigentümer eines Grundstücks in G, auf dem ein Wohn- und Geschäftshaus noch errichtet werden sollte, unter dem 19. September/6. und 8. Oktober 2008 einen Gewerbemietvertrag (SOP 1, GA 8-37, im Folgenden: MV). Die Vermietung erfolgte zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts mit dem jeweiligen Warensortiment der Beklagten, welche überwiegend Bekleidung verkauft. Die Miete war mit EUR 17.450,00 und für die Betriebskostenvorauszahlung mit EUR 2.094,00, jeweils zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer, vereinbart. Das Mietende war zum 15. Februar 2021 vorgesehen.

Unter Nr. 7, 2. Absatz (MV S. 5, GA 11) findet sich folgende Regelung:

„Der Mieter kann gegenüber Mietforderungen mit Gegenforderungen nur aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens 1 Monat vor der Fälligkeit der Miete schriftlich angezeigt hat. Etwaige Minderungsrechte des Mieters im Falle von Mängeln des Mietobjektes bleiben hiervon unberührt.“

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Mietvertrag Bezug genommen.

Der nachfolgend zum Mietvertrag geschlossene Nachtrag Nr. 1 vom 10./18. November 2009 (Anl. SOP 2, GA 38-39) regelt den Eintritt der Klägerin in das Mietverhältnis.

Einen 2. Nachtrag schlossen die Parteien am 06./14. Mai 2020. Darin wurde die Mietzeit bis zum 15. Februar 2026 verlängert und die Miete ab 16. Februar 2021 um EUR 800,00 auf EUR 16.650,00 zzgl. Umsatzsteuer reduziert. Für April und Mai 2020 erließ die Klägerin der Beklagten die Miete vollständig und für Juni bis September 2020 einigte man sich auf eine um 50 % reduzierte Miete. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Nachtrag (Anl. SOP 3, GA 62-65) Bezug genommen.

Aufgrund der staatlich angeordneten Maßnahmen waren die Geschäftsräume der Beklagten zwischenzeitlich geschlossen, unter anderem ab dem 16. Dezember 2020 (vgl. https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_detail_text?anw_nr=6&vd_id=18989&sg=0) bis zum 7. März 2021. Vom 8. bis zum 31. März 2021 war ein Verkauf bei der Beklagten möglich, allerdings unter Einhaltung von Flächenbeschränkungen und Testauflagen (https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=2&ugl_nr=2126&bes_id=44804&menu=0&sg)).

Die Mieten für Februar und März 2021 zahlte die Beklagte nicht. Mit anwaltlichem Schreiben vom 16. Februar 2021 (Anl. SOP 4, GA 66-68) wurde die Zahlung von der Klägerin erfolglos angemahnt.

Die Klägerin hat ihre Ansprüche zunächst im Urkundenprozess geltend gemacht, hiervon aber in der per Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht - Kammer für Handelssachen - vom 24. Juni 2021 Abstand genommen (GA 201.C-210.E).	12
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die pandemiebedingten Schließungen stellten keinen Mietmangel dar, welcher eine Minderung nach sich zöge. Die Beklagte habe auch keinen Anspruch auf Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, weil bei Abschluss des 2. Nachtrages im Mai 2020 die Pandemie und deren Folgen hinreichend und auch der Beklagten bekannt gewesen sein.	13
Die Klägerin hat beantragt,	14
1. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 20.323,50 nebst Zinsen iHv 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz des § 247 BGB hieraus seit dem 6. Februar 2021 zu zahlen;	15
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 1.088,60 nebst Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz des § 247 BGB hieraus seit dem 20. Februar 2021 zu bezahlen;	16
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 19.813,50 nebst Zinsen iHv 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz des § 247 BGB hieraus seit dem 6. März 2021 zu bezahlen.	17
Die Beklagte hat beantragt,	18
die Klage abzuweisen.	19
Sie hat die Auffassung vertreten, durch die staatlich angeordneten Schließungsmaßnahmen sei eine vollständige Minderung der Miete eingetreten, da hierdurch die Tauglichkeit der Mietsache zur vertraglichen Nutzung aufgehoben worden sei. Das Verwendbarkeitsrisiko träfe den Vermieter. Eine Risikoverteilung ausschließlich zu Lasten des Mieters sei willkürlich. Im Übrigen bestünde ein Mangel dahingehend, dass die Mieträume eine schlechte Durchlüftung aufwiesen und das Infektionsgeschehen so gefördert würde. Bei Abschluss des 2. Nachtrages im Mai 2020 seien die Parteien zudem übereinstimmend davon ausgegangen, dass fortan ein geregelter Geschäftsbetrieb durchgeführt werden könne. Mit einer globalen Pandemie und weiteren Betriebsuntersagung habe man nicht gerechnet. Durch die angeordneten Maßnahmen habe sie erhebliche Umsatzverluste erlitten, zu denen sie näher vorträgt. Kurzarbeitergeld habe sie lediglich für April 2020 erhalten.	20
Hilfsweise erklärt die Beklagte die Aufrechnung mit den für März 2020, Dezember 2020 und Januar 2021 gezahlten Mieten, da in diesen Zeiträumen durch die Schließungen ihre Mietzahlungsverpflichtung entfallen sei.	21
Das Landgericht hat mit seinem am 24. Juni 2021 verkündeten Urteil der Klage stattgegeben, indes eine Verurteilung der Beklagten iHv EUR 43.137,00 tenoriert. Insoweit und wegen der Begründung im Übrigen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (GA 202-210). Das Urteil wurde der Beklagten am 28. Juni 2021 zugestellt (GA 214). Hiergegen richtet sich ihre am 28. Juli 2021 beim Oberlandesgericht eingegangene Berufung (GA 227-230). Diese hat sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 30. September 2021 (GA 238) mit einem am Tag des Fristablaufs beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.	22
Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens führt sie aus, zum Zeitpunkt des 2. Nachtrags im Mai 2020 sei eine stark rückläufige Entwicklung der Pandemie ersichtlich gewesen. Es habe kaum noch neue Erkrankungen gegeben. Sie habe deshalb zu	23

diesem Zeitpunkt nicht von weiteren Einschränkungen ausgehen müssen, was auch auf Seiten der Klägerin der Fall gewesen sei. Man sei davon ausgegangen, dass spätestens mit Ablauf des Monats September 2020 die staatlich angeordneten Beschränkungen wegfallen würden. Andernfalls hätte sie, die Beklagte, den Nachtrag nicht abgeschlossen. Weltbekannte Virologen, wie die Professoren Drosten und Streeck, hätten die Auffassung vertreten, dass keine weiteren Coronawellen zu erwarten seien. Das Landgericht habe zudem die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Mietmangels verkannt. Bereits durch den geringen Luftaustausch in den Innenräumen des Mietobjekts läge ein Mangel vor.

Die Beklagte beantragt, 24

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 25

Die Klägerin beantragt, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Die Klägerin verweist zunächst darauf, dass die Beklagte im Berufungsrechtszug umfangreich neu vortrage und zudem versäumt habe, sich nach der von ihr, der Klägerin, erklärten Abstandnahme vom Urkundenprozess vor dem Landgericht einen Schriftsatznachlass geben zu lassen. Demgemäß sei das Vorbringen verspätet. Sie bestreitet, dass die von der Beklagten benannten Virologen im Mai 2020 von einem Ende der Pandemie ausgegangen seien. Sie vertritt die Auffassung, dass der 2. Nachtrag auch Vereinbarungen für die Zukunft enthalte. Er sollte eine abschließende Regelung der Miethöhe treffen, mit welcher die Beklagte im Übrigen in Kenntnis der Pandemiesituation einverstanden gewesen sei. Sie selbst sei nicht davon ausgegangen, dass die Pandemie mit Ablauf des Monats September 2020 ihr Ende finden würde. 28

Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den gesamten Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen. 29

II. 30

Das landgerichtliche Urteil bedarf im Hinblick auf den Tenor, welcher die Klageforderung mit einem Betrag von EUR 43.137,00 ausgeurteilt hat, obwohl die Klägerin mit ihren Anträgen zu 1. und 3. eine Verurteilung iHv EUR 40.137,00 beantragt hat, der Berichtigung. Die Tenorierung beruht auf einer offenbaren Unrichtigkeit gem. § 319 ZPO, weshalb der Senat innerhalb der ihm zustehenden Befugnis zur Berichtigung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 3. April 1996 – VIII ZR 54/95, Rn. 7 mwN, jetzt und im Folgenden zitiert nach juris; Zöller/Feskorn, ZPO, 34. Auflage 2022, § 319 Rn. 34 mwN) diese vorzunehmen beabsichtigt. Diese Berichtigung kann auch von Amts wegen und somit ohne einen dahingehenden Parteiantrag erfolgen (Zöller/Feskorn, aaO, § 319 Rn. 33). 31

III. 32

Die Berufung der Beklagten hat nach einstimmiger Auffassung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Sache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung; auch erfordert weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch Urteil des Berufungsgerichts. Schließlich ist nach den Umständen des Falls auch sonst keine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO). 33

Die Berufung kann gemäß §§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zu Grunde zulegende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Solche Umstände zeigt die Berufungsbegründung nicht in verfahrensrechtlich erheblicher Weise auf. Vielmehr hat das Landgericht der Klage zu Recht - im zu berichtigenen Umfang - stattgegeben.

Die Beklagte ist zur Mietzahlung an die Klägerin in dem beantragten, die unstreitige Miete und Nebenkostenvorauszahlung der Monate Februar und März 2021 umfassenden Umfang verpflichtet. Weder lag in diesem Zeitraum ein zur Minderung führender Mietmangel vor, noch war es der Klägerin in den genannten Monaten unmöglich, ihre Leistung gem. § 535 Abs. 1 BGB zu erbringen. Auch greifen die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im zu entscheidenden Fall nicht ein. 35

1. 36

Vorweg ist in Bezug auf die Höhe der geschuldeten Mietzinszahlungen entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof festzustellen, dass die Anwendbarkeit der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften und der Regelungen des allgemeinen schuldrechtlichen Leistungsstörungsrechts, insbesondere des § 313 Abs. 1 BGB, nicht durch Art. 240 § 2 EGBGB, mit dem die Kündigungsmöglichkeit des Vermieters wegen eines coronabedingten Zahlungsverzugs des Mieters ausgesetzt wurde, ausgeschlossen ist (BGH, Urteile vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21, Rn. 22ff.; vom 16. Februar 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 20f.). 37

2. 38

Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung war die Mietsache während der coronabedingten Einschränkungen der streitgegenständlichen Monate Februar und März 2021 bis Juni 2020 nicht mangelhaft gemäß § 536 Abs. 1 BGB. 39

Der Senat schließt sich der in den genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vertretenen Rechtsauffassung an, dass durch die coronabedingten Einschränkungen keine Mietminderung eingetreten ist (BGH, Urteile vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21, Rn. 26ff.; vom 16. Februar 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 22ff.). Auch das Landgericht hat einen Mangel der Mietsache zutreffend verneint. Diese Einschränkungen beruhten nämlich nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache, sondern sie knüpften 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, die 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. BGH, Urteile vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21, Rn. 26ff. mwN; vom 16. Februar 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 22). Nichts anderes folgt aus den durch die Verordnungen bewirkten Zugangsbeschränkungen ab 8. März 2021, die nicht auf die konkrete bauliche Gegebenheit der Mietsache zurückgehen, sondern auf hoheitliche Maßnahmen, die flächendeckend für alle im gesamten Bereich des Landes Nordrhein-Westfalen liegenden Geschäfte, die nicht zu den in den Verordnungen genannten Ausnahmen zählen, Beschränkungen anordneten. 40

Auch der Mietzweck war nicht beeinträchtigt. Für öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen, Verbote oder Gebrauchshindernisse, die sich aus 41

betriebsbezogenen Umständen ergeben oder in der Person des Mieters ihre Ursache haben, hat der Vermieter ohne eine anderslautende Vereinbarung, zu der hier weder vorgetragen noch etwas ersichtlich ist, nicht einzustehen (vgl. auch BGH, Urteile vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21, Rn. 36; vom 16. Februar 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 23).

Soweit sich die Beklagte auf eine schlechte Durchlüftung der Räume beruft, ist darauf zu verweisen, dass ihr die Lüftungsmöglichkeiten (Lüftungsanlagen, Fenster, Türen etc.) seit der Übernahme der Mieträume im Sommer 2010 bekannt waren (und sie sich auf etwaige Mängel bis zu diesem Prozess offenbar nicht berufen hat), weshalb sie mit etwaigen Gewährleistungsrechten ausgeschlossen ist (§ 536b BGB). Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 536a BGB vorliegen, denn die im Zuge der Pandemie geänderten Empfehlungen und Verhaltensweisen hinsichtlich der Durchlüftung von Räumen sind von der Klägerin nicht zu vertreten. Im Übrigen wird durch das geänderte Lüftungsbedürfnis schon kein Sachmangel gem. § 536 BGB begründet, denn die Beklagte macht nicht geltend, dass die gemäß der dem Mietvertrag beigefügten Baubeschreibung vom 27. Mai 2008 (GA 17ff.) in den Leistungsbereich des Vermieters fallende Lüftungsanlage (vgl. Nr. 19, GA 21) nicht den Anforderungen entsprochen hätte bzw. jetzt entspricht. Sie als Mieterin trägt jedoch nach der Überlassung des Mietgegenstands die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Mietsache zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, denn sie hat die ihr überlassene Sache als Erfüllung angenommen (vgl. BGH, Urteile vom 17. Juli 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 18 mwN; vom 12. Juni 2013 - XII ZR 50/12, Rn. 34 mwN). Dem Mietvertrag lässt sich weiter nicht entnehmen, dass die Klägerin den Einbau von Luftfiltern geschuldet hätte. Solches zeigt das Vorbringen der Beklagten ebenfalls nicht auf. Zudem beruht die Ansammlung von Aerosolen in den Geschäftsräumen und das damit einhergehende Infektionsrisiko auf der Verwendung des Mietobjekts als Ladengeschäft und Büro durch die Beklagte. Der für die Annahme eines Sachmangels im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB notwendige Bezug zur konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache fehlt in einem solchen Fall (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2022 – XII ZR 75/21, Rn. 27).

3. 43

Aus den 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 iSv §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB. Auch hier folgt der Senat den bereits genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteile vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21, Rn. 40; vom 16. Februar 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 24; vom 13. Juli 2022 – XII ZR 75/21, Rn. 29). Da es der Klägerin während des streitgegenständlichen Zeitraums trotz der behördlichen Schließungsanordnung und den dieser nachfolgenden Maßnahmen nicht unmöglich war, der Beklagten den Gebrauch der Mietsache entsprechend dem vereinbarten Mietzweck zu gewähren, hat sie auch während dieses Zeitraums die von ihr gemäß § 535 Abs. 1 BGB geschuldete Leistung erbracht. Eine aus den mietvertraglichen Vereinbarungen folgende Einstandspflicht für den Fall einer hoheitlich angeordneten Öffnungsuntersagung oder den Geschäftsbetrieb einschränkende Maßnahmen im Fall einer Pandemie hatte die Klägerin - auch hier - nicht übernommen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21, Rn. 40 am Ende).

4. 45

Der Anspruch der Kläger auf Zahlung der streitgegenständlichen Beträge wird auch nicht durch eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage 46

eingeschränkt. Auch dies hat das Landgericht zutreffend ausgeführt.

Die Parteien haben mit dem Nachtrag vom 6./14. Mai 2020 die Miethöhe neu geregelt (Reduzierung um EUR 800,00; Verzicht auf eine Anpassung aufgrund der bislang geltenden Wertsicherungsklausel) und auch Vereinbarungen hinsichtlich Mieten für die durch die Coronamaßnahmen beeinflussten Monate April und Mai 2020 (vollständiger Erlass) und Juni bis einschließlich September 2020 (Reduzierung um 50 %) getroffen. Diese letztgenannten Regelungen erfolgten unstreitig im Hinblick auf die durch die Coronapandemie erfolgten Einschränkungen und damit einhergehenden Umsatzeinbußen bei der Beklagten. Damit lagen die Voraussetzungen für eine Störung der Geschäftsgrundlage jedenfalls nach dem 2. Nachtrag nicht mehr vor. 47

a. 48

Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderungen vorausgesehen hätten, so kann gemäß § 313 Abs. 1 BGB eine Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Einer Veränderung der Umstände steht es gemäß § 313 Abs. 2 BGB gleich, wenn sich wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, als falsch herausstellen. Auch insoweit folgt der Senat der genannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. 49

Der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage liegt zugrunde, dass die Parteien bei Vertragsschluss einer Fehlvorstellung unterlagen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sie bei Kenntnis der später eingetretenen Umstände oder Entwicklungen den Vertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten (vgl. nur BGH, Urteil vom 16. Februar 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 27f. mwN; BeckOGK/BGB/Martens, Stand: 1. Juli 2022, § 313 Rn. 1 und 104). Aus dieser Unkenntnis und der somit fehlenden Möglichkeit, diese Umstände zu bedenken und bei den vertraglichen Absprachen zu berücksichtigen, resultiert die Unzumutbarkeit für die so belastete Partei, an der vertraglichen Regelung festzuhalten. Um eine Grundlagenstörung zu vermeiden, genügt indes die konkret-individuelle Vorhersehbarkeit der Störung (vgl. nur mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung MünchKomm/BGB/Finkenauer, 9. Auflage 2022, § 313 Rn. 74, Fn. 261). Wer eine Gefahr kennt oder kennen muss, übernimmt das Risiko ihres Eintritts, wenn er den Vertrag unverändert abschließt. Die Parteien hätten also vertragliche oder tatsächliche Vorkehrungen treffen, z.B. eine Bedingung oder Anpassungsklausel in den Vertrag aufnehmen oder eine Versicherung abschließen müssen, um des erkannten Risikos Herr zu werden (vgl. MünchKomm/BGB/Finkenauer, aaO, § 313 Rn.61 mwN). Auf eine Berücksichtigung zukünftiger Pandemiefolgen hat die Beklagte indes nicht gedrungen, obwohl sich – entgegen ihrem Vorbringen und für sie erkennbar – zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zum 2. Nachtrag bereits abzeichnete, dass die Coronapandemie auch ab September 2020 voraussichtlich noch nicht überwunden sein würde. 50

Beiden Parteien war bei Abschluss des 2. Nachtrags zum Mietvertrag im Mai 2020 bekannt, dass schon seit März 2020 die Pandemie zu weitreichenden und weltweiten Beschränkungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens geführt hat. In dieser Kenntnis wurden die Vereinbarungen zum 2. Nachtrag ausgehandelt. Die Beklagte wusste somit jedenfalls zu diesem Zeitpunkt um die Gefahr, dass aufgrund hoheitlicher Beschränkungen Geschäftsschließungen erfolgen bzw. Zugangsbeschränkungen mit strengen 51

Hygienemaßnahmen angeordnet werden können, zumal diese zeitlich unmittelbar vorausgehend bereits erfolgt waren. Die Situation, die den vom BGH entschiedenen Fällen zugrunde lag, dass nämlich der Abschluss der Mietverträge und damit einhergehend die Einigung über die Miethöhe vor Beginn und somit in Unkenntnis der COVID-19-Pandemie erfolgt waren (vgl. hier BGH, Urteile vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21, Rn. 2 und vom 16. Februar 2022 – XII ZR 17/21, Rn. 2) liegt somit schon nicht vor. Denn die Beklagte hat im Zuge der Verhandlungen mit der Klägerin nicht nur die von ihr eingeräumte Vertragsverlängerung, die – nach ihrem Vorbringen allein - zu der Mietreduzierung um EUR 800,00 geführt haben soll, erreicht, sondern auch sie begünstigende Regelungen im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Einbußen aufgrund der COVID-19-Pandemie (Erlass bzw. Teilerlasse der Mieten; Wegfall der Indexanpassungen). Die wirtschaftlichen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie waren somit Gegenstand der Vertragsverhandlungen. Dies ist vergleichbar zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 16. August 2022 – I-10 U 262/21, S. 5f., nicht veröffentlicht). Dort war der Mietvertrag während der Pandemie im Oktober 2020 abgeschlossen worden, weshalb der dortige Senat unter Hinweis auf die Kenntnis der Parteien von der Coronasituation eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB verneint hat.

Das Risiko weiterer Umsatzrückgänge aufgrund der Pandemiesituation obliegt in einem derartige Fall der beklagten Mieterin, weshalb diese Risikozuweisung Ansprüche aus § 313 BGB ausschließt. Im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache, wobei die hier eingetretenen Nutzungsbeschränkungen dieses Verwendungsrisiko betreffen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2022 – XII ZR 75/21, Rn. 32). Auch eine allgemeine Kaufzurückhaltung aufgrund der COVID-19-Pandemie unterfällt diesem Verwendungsrisiko (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2022 – XII ZR 75/21, Rn. 44 am Ende), weshalb offen bleiben kann, inwieweit diese zu den Umsatzrückgängen der Beklagten beigetragen hat.

52

Soweit die Beklagte angibt, sie sei wegen rückläufiger Fallzahlen ab April 2020 und aufgrund von Aussagen führender Virologen (Prof. Drosten und Prof. Streeck) davon ausgegangen, weitere behördliche Einschränkungen seien nicht offensichtlich gewesen (vgl. Berufungsbegründung vom 30. September 2021, S. 5, GA 244) und die Virologen seien davon ausgegangen, es würde nicht zu einer weiteren Corona-Welle kommen (vgl. Berufungsbegründung aaO, S. 6-7, GA 245-246), lässt sich dies nicht feststellen. Vielmehr ist das Gegenteil zutreffend. Sofern die Beklagte tatsächlich davon ausging, dass ab Oktober 2020 keine Einschränkungen mehr zu befürchten seien, beruht dies auf einer vermeidbaren Fehleinschätzung, deren Folgen sie selbst zu tragen hat. Die Verhängung weiterer staatlicher Beschränkungen in der Zukunft mag im Mai 2020 keine Gewissheit gewesen sein. Es handelte sich jedoch auch nach dem seinerzeitigen Wissensstand, um ein realistisches, nicht fernliegendes Szenario.

53

Denn in den Medien wurden schon im April 2020 Berichte veröffentlicht, wonach Prof. Drosten vor einer zweiten Corona-Welle warnt (siehe <https://www.n-tv.de/panorama/Drosten-warnt-vor-zweiter-Corona-Welle-article21726926.html> vom 20. April 2020). In einem weiteren Zeitungsbericht vom 22. April 2020 wird wie folgt berichtet: *„Drosten kritisierte, dass nun wieder komplette Shopping-Malls voller Menschen seien, weil die einzelnen Geschäfte darin kleiner seien als 800 Quadratmeter. »Man muss sich da schon mal fragen, ob das alles noch wirklich sinnvoll ist.«* (vgl. <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/deutschland-verspielt-vielleicht-corona-vorsprung-117132/>). In einem Artikel vom 18. November 2020 wird anlässlich eines in Österreich verhängten Lockdowns darauf hingewiesen, dass Prof. Drosten bereits im April 2020 die „aktuelle Lage“ voraussagte und erklärt habe, man müsse sich

54

darauf einstellen, im Winter in einen erneuten Lockdown zu gehen (siehe <https://www.merkur.de/welt/coronavirus-deutschland-drosten-interview-oesterreich-lockdown-prognose-charite-herbst-zr-90102220.html>).

Soweit die Beklagte auf die „Gangelt-Studie“ von Prof. Streeck verweist, verfängt auch dies nicht. Diese Studie wollte die pandemiebedingte Sterblichkeitsrate in Gangelt ermitteln, sie verhielt sich somit nicht über zukünftige Maßnahmen oder Prognosen zu erwartender Einschränkungen (vgl. <https://www.uni-bonn.de/de/neues/111-2020> vom 4. Mai 2020). Dort wird Prof. Streeck folgendermaßen zitiert: *„Die Bewertung der Erkenntnisse und die Schlussfolgerungen für konkrete Entscheidungen obliegen der Gesellschaft und der Politik.“* Im Zusammenhang mit einer nachfolgenden wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Studie wird Prof. Streeck wie folgt zitiert: *„Er habe „in Rekordzeit“ eine Studie aufgesetzt und mit Daten zur Diskussion beitragen wollen, sagte Streeck. Dann sei es plötzlich nur noch um Fragen wie Lockerungen der Corona-Beschränkungen gegangen. „Ich habe nie von Lockerungen geredet“, sagte Streeck. „Das wurde einfach unterstellt.“* (vgl. <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/virologe-streeck-wehrt-sich-gegen-vorwuerfe-2780> vom 14. Mai 2020).

55

Soweit die Beklagte Prof. Drosten als Zeugen benennt (Berufungsbegründung aaO, S. 6, GA 245), ist dem bereits deshalb nicht nachzugehen, weil die Beklagte nicht vorträgt, mit diesem persönlich gesprochen zu haben. Sie stellt vielmehr auf dessen in der Presse wiedergegebene Äußerungen ab, welche – wie oben ausgeführt – nicht die Inhalte hatten, welche die Beklagte behauptet. Aus welchen konkreten Quellen zu den Ansichten der beiden Virologen die Beklagte ihre hiervon abweichende Einschätzung herleitete, es seien ab Oktober keine weiteren Einschränkungen zu befürchten, hat sie nicht näher dargelegt, weshalb es weiterer Ausführungen hierzu auch nicht bedarf.

56

Der von der Beklagten herangezogene Lagebericht des RKI vom 1. Mai 2020 (Anl. B1, GA 252) zeigt lediglich die seinerzeit aktuelle Entwicklung auf und ließ keine belastbaren Rückschlüsse auf die Situation ab Oktober 2020 zu. Die darauf beruhende Fehleinschätzung der Beklagten, ab Oktober 2020 seien keine Einschränkungen mehr zu befürchten, geht indes aufgrund der oben genannten Risikoverteilung zu ihren Lasten.

57

Entsprechendes gilt, soweit sie darauf abstellt, das Paul-Ehrlich-Institut habe am 22. April 2020 die klinische Prüfung des Corona-Impfstoffs genehmigt (vgl. Anl. B3, GA 254). Daraus durfte sicherlich nicht hergeleitet werden, dass ab Oktober 2020 der Impfstoff bereits verabreicht werden konnte und die deutsche Bevölkerung ab diesem Zeitpunkt den Status einer „Herdenimmunität“ in Anspruch würde nehmen können, welcher einen Wegfall von Kontaktbeschränkungen hätte rechtfertigen können. Abgesehen davon, dass in dem von der Beklagten vorgelegten Pressebericht bereits darauf hingewiesen wird, dass „es aber noch mehrere Monate dauern“ wird, „bis ein Impfstoff erprobt und erforscht ist“ (Anlage. B3, aaO), somit die Herstellung desselben noch nicht einmal erwähnt wurde, lag auf der Hand, dass das Impfen der Bevölkerung (Deutschland hat über 80 Mio. Einwohner, vgl. https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/_inhalt.html) und eine darauf aufbauende Immunisierung nicht innerhalb weniger Monate würde erfolgen können.

58

Soweit die Beklagte behauptet, auch die Klägerin sei davon ausgegangen, mit Ablauf des 30. September 2020 würden die staatlich angeordneten Beschränkungen wegfallen (Berufungsbegründung aaO, S. 9, GA 248) und hierzu als Zeugen Herrn G benennt, ist dieses Vorbringen nicht substantiiert und zudem von der Klägerin bestritten worden. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Beklagte – worauf die Klägerin in der

59

Berufungserwiderung vom 5. Januar 2022 (S. 1-2, GA 277-278) hinweist – gehalten wäre, der in erster Instanz von der Klägerin erklärten Abstandnahme vom Urkundenprozess unmittelbar nachfolgend hierzu vorzutragen, zumal das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2021 ausführlich auf die einschlägigen rechtlichen Gesichtspunkte gem. § 139 ZPO hingewiesen hatte. Ob der von der Klägerin bestrittene Vortrag zu ihrer angeblichen Risikobeurteilung im Berufungsrechtszug ohne die Folgen einer Zurückweisung nach §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen sein würde, kann dahinstehen. Denn das Beweisangebot der Beklagten ist unsubstantiiert. Sie stellt in das Wissen des Herrn G innere Tatsachen (Kenntnisse, Einschätzungen) der Klägerin, wobei bereits unklar bleibt, bei welcher für die Klägerin tätigen natürlichen Person diese vorgelegen haben sollen. Zudem lässt das Vorbringen der Beklagten Anknüpfungstatsachen vermissen, woraus sich diese inneren Tatsachen ergeben sollen. Nach einer Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 4. Mai 1983 – VIII ZR 94/82) sind bei einer Beweiserhebung über innere Tatsachen zwei Konstellationen nach dem Vortrag der beweisführenden Partei zu unterscheiden. Die erste Konstellation erfasst diejenigen Fälle, in denen die betreffende innere Tatsache bei der benannten Beweisperson selbst eingetreten sein soll. Demgegenüber ist die zweite Konstellation dadurch gekennzeichnet, dass die Beweisperson etwas über eine bei einer anderen Person eingetretene innere Tatsache aussagen soll. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in der zweiten Fallgruppe zur Beachtlichkeit des Beweisanerbietens eine Substantiierung des Beweisantrags durch Nennung von Anknüpfungstatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, aufgrund welcher Umstände die Beweisperson von der bei einer anderen Person vorliegenden inneren Tatsache Kenntnis erlangt haben soll. Dahingehendes Vorbringen hat die Beklagte unterlassen. Zudem wäre auch unklar, wie die Klägerin angesichts der oben dargestellten Prognosen der Virologen zu dem Ergebnis hätte gelangen sollen, die Auswirkungen der Pandemie seien mit Ablauf des Monats September 2020 beendet.

5. 60

Auch die Aufrechnung der Beklagten greift nicht durch, denn unabhängig von der materiell-rechtlichen Berechtigung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen liegen die mietvertraglich vereinbarten Voraussetzungen bereits nicht vor. In Nr. 7 2. Absatz MV haben die Parteien vereinbart, dass eine Aufrechnung durch den Mieter voraussetzt, dass dieser seine Absicht dem Vermieter gegenüber mindestens einen Monat vorher schriftlich angezeigt hat. Zu einer derartigen Ankündigung hat die Beklagte nichts vorgetragen.

61

Gegen die Wirksamkeit dieser Klausel bestehen keine Bedenken. Der Senat folgt auch hier der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der solche „Ankündigungsklauseln“, auch bei Formularverträgen, für wirksam erachtet hat (vgl. BGH, Urteile vom 16. Dezember 1987 – VIII ZR 48/87, Rn. 21; vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 191/10, Rn. 15; vom 7. September 2011 – VIII ZR 345/10, Rn. 3 und 9; vom 10. Oktober 2012 – VIII ZR 107/12, Rn. 14; siehe auch Senat, Urteil vom 6. Juli 2001 – 24 U 199/09, Rn. 35).

62

IV. 63

Der Senat weist darauf hin, dass die Rücknahme der Berufung vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß GKG KV 1222 S. 1 und 2 kostenrechtlich privilegiert ist; statt vier fallen nur zwei Gerichtsgebühren an (OLG Brandenburg, Beschluss vom 18. Juni 2009 – 6 W 88/09; Senat, Beschluss vom 6. März 2013 – I-24 U 204/12, Rz. 19 mwN; KG, Beschluss vom 21. April 2016 - 6 U 141/15, Rz. 18; siehe auch Zöller/Heßler, ZPO, 34. Auflage, § 522 Rn. 45 mwN).

64

