

Materielles Zivilrecht im Assessorexamen

Covid-19 Auswirkungen im Zivilrecht (v.a. Miet-/Pachtrecht, Veranstaltungsrecht)

Stand: März 2021

Ein ganz aktuelles und daher für die Z-Klausuren natürlich hochinteressantes Thema ist Folgendes: Welche Auswirkungen haben die Covid-19-Pandemie und behördliche Verbote/Betriebsuntersagungen zB auf die Zahlungspflicht von Gewerbemieter/Gewerbepächtern? Die betroffenen Mieter/Pächter können dann die Miet-/Pachtsache nicht wie gewollt (wirtschaftlich) nutzen (durch die behördlichen Ge- u. Verbote), werden aber von den Vermietern/Verpächtern auf volle Mietzahlung/Pachtzahlung in Anspruch genommen. Ohne Einnahmen generieren zu können! Denken Sie zB an Kinobetreiber, Bistrobetreiber, Fitnessstudios, Schwimmbadbetreiber etc. Wie schlägt das auf das Mietverhältnis/Pachtverhältnis durch? Tut es das überhaupt? Das muss und wird die Rspr. in den nächsten Jahren klären und dann (wahrscheinlich spätestens ab den ersten obergerichtlichen Entscheidungen dazu) wird dies zum Dauerthema in Klausuren (in der Mündlichen läuft die Thematik schon seit Monaten, auch bzgl. der öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen Seite der Problematik – vgl. die Hinweise dazu in unserem Seminar zur Mündlichen Prüfung!). Auch bei der Durchführung von Veranstaltungen (zB Konzerte, Theateraufführungen) sind behördliche Beschränkungen/Untersagungen unmittelbar relevant, da diese auf die Durchführung der vertraglichen Leistungspflichten durchschlagen. Aber wie?

Empfehlenswerte Aufsätze zu den zivilrechtlichen Folgefragen der Corona-Pandemie sind:

- Römermann NJW 2021, 265 ff.; Scholz NJW 2020, 2209 ff.; Weidt/Schiewek NJOZ 2020, 481 ff.
- Weller/Lieberknecht/Habrich NJW 2020, 1017 ff.; Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609 ff.
- Sittner NJW 2020, 1169 ff.; Weller/Schwemmer NJW 2020, 2985 ff.; Rieger NJOZ 2021, 193 ff.

Wenn Sie noch Zeit haben, können Sie die o.g. Aufsätze lesen... Wenn nicht, hier weiterlesen!

Im **Veranstaltungsrecht** (dh Konzerte, Oper, Theater etc. bei Direktvertrag mit dem Veranstalter) stellen sich folgende Fragen, die die Rspr. in den nächsten Jahren klären muss und wird. Und die Sie jetzt schon v.a. im Hinblick auf die mündliche Prüfung „auf dem Radar“ haben sollten:

- Liegt bei einer behördlichen Veranstaltungsuntersagung ein Fall von **§ 275 I BGB** vor, so dass auch der Veranstalter nach **§ 326 I BGB** seinen Anspruch auf die Geldzahlung iSv § 631 BGB verliert? Wohl ja.
- Liegt bei einer eigenmächtigen Veranstaltungsabsage durch den Veranstalter aus Infektions-Präventionsgründen ein Fall von § 275 II oder **§ 275 III BGB** (ggf. nur analog) vor, so dass er auch hier nach § 326 I BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert? Wohl ja, § 275 III analog klingt gut.
- In beiden Fällen können die Besucher „eigentlich“ etwaig schon gezahlte Beträge nach **§ 326 IV BGB** zurückfordern, zugunsten der Veranstalter gilt hier aber die sog. temporäre „**Gutscheinlösung**“ aus Art. 240 § 5 EGBGB (AG Frankfurt BeckRS 2020, 29716 zweifelt an der Verfassungsmäßigkeit der Gutscheinlösung und hat dies dem BVerG vorgelegt).
- Da der Veranstalter die **Pandemie nicht zu vertreten** hat, dürfe kein Fall einer Haftung des Veranstalters zB aus pVV oder § 282 BGB ggü. den Besuchern bzw. kein Fall von § 284 BGB vorliegen.

- Bei **Werkverträgen der Veranstalter mit Dritten** (zB Caterer) dürfte dasselbe gelten wie bei den Werkverträgen mit den Besuchern, also §§ 275 I, III, 326 I BGB. Die Regelung von **§ 326 II 1 Alt. 2 BGB** (Gegenleistungsanspruch bleibt erhalten bei Annahmeverzug) dürfte hier wegen der Unmöglichkeit der Leistungsdurchführung nicht anwendbar sein.
- Bei **Dienstverträgen der Veranstalter mit Dritten** (zB Security, Künstler) dürften ebenfalls §§ 275 I, III BGB gelten, allerdings dürften die Dienstleister hier wegen der Gefahrtragungsregel in **§ 615 S. 1 BGB** ihren Anspruch auf den Dienstlohn behalten. Einzige Möglichkeit für die Veranstalter daher: Sofortige Kündigung der Dienstverträge. Frage: Greift dann § 626 BGB? Oder § 314 BGB? Oder subsidiär § 313 BGB? Das muss die Rspr. noch klären.
- Bei **(Rechts-)Kaufverträgen (§ 453 BGB!) mit Tickethändlern** stellen sich bei Absage des Konzertes wg. der Pandemie durch den Veranstalter bei AS gegen den Ticket-VK folgende Fragen:
 - Liegt Unmöglichkeit nach § 275 I BGB vor, so dass ein AS auf Rückzahlung nach §§ 453, 433, 275, 326 IV, 346 ff. BGB besteht? Wohl nein, da das verkaufte Recht ja besteht. Außerdem erfüllt der Tickethändler seine Leistung durch Übergabe + Übereignung des Tickets (§ 807 BGB)! Nix Unmöglichkeit!
 - Liegt ein Rechtsmangel iSv § 434 BGB vor, weil Konzert nicht durchgeführt wird? Knackpunkt ist hier, dass der VK bei § 453 BGB nach hM eigentlich nicht für die sog. „Bonität“ des Rechts haftet. Oder ist es hier aus Wertungsgründen anders, weil das Recht nicht durchsetzbar ist?
 - Kann der Käufer nach §§ 312c, g, 355 BGB den Vertrag widerrufen oder ist sein WiderrufsR nach § 312g Nr. 9 ausgeschlossen? Für Ausschluss die wohl hM (so auch Palandt § 312g Rn. 12).
 - Liegt ein Fall von § 313 BGB vor? Ist die Undurchführbarkeit des Konzerts einseitiges Risiko des Käufers? Oder beidseitiges? Sperrt die Gutscheinelösung nach Art. 249 § 5 EGBGB auch im VH zum Ticket-VK? Interessenabwägung wie im Miet-/PachtR (s.u.) nötig. Ergebnis offen!
 - By the way: Kann sich VK überhaupt auf die sog. Gutscheinelösung aus Art. 240 § 5 EGBGB berufen? Wohl nein, denn diese begünstigt nur die in der Existenz bedrohten Kulturveranstalter, nicht aber den Tickethändler. Spielt sie „wenigstens“ bei der Abwägung iRv § 313 BGB eine Rolle?
 - Alle diese Fragen sind problematisch und umstritten, vgl. zB AG Bremen BeckRS 2020,25056/35521/32994/33676 usw. Die Entwicklung der Rspr. bleibt abzuwarten.

Auch im **Verkehrsunfallklausuren** kann Corona eine Rolle spielen. Denn seit Beginn der Corona-Pandemie findet sich in Rechnungen von Reparaturbetrieben oder Kfz-Sachverständigen gelegentlich eine Rechnungsposition, die „Hygienezuschlag“ oder ähnlich lautet. Ist ein derartiger Zuschlag als „erforderlich“ iSd § 249 BGB anzusehen und daher vom Schädiger zu erstatten? Von den Gerichten wird dieser Umstand bisher unterschiedlich beantwortet (Mehrheit verneint die Erstattungspflicht durch den Unfallverursacher. Argumente: Es handelt sich um Allgemeinkosten der Werkstätten, allg. Lebensrisiko). Vgl. Drasdo NJW-Spezial 2021, 73.

Die wahrscheinlich wichtigsten dh klausurrelevantesten Fragen in der ganzen Debatte stellen sich im **Mietrecht (identisch im Pachtrecht)**. Solange es keine herrschende obergerichtliche Rspr. (dh kein „so wird es gemacht, Basta!“) gibt, heißt es in der Klausur/Mündlichen Prüfung auch hier (genauso wie oben im Veranstaltungsrecht): Das Erkennen der problematischen Fragen und der einschlägigen Normen zählt, dann blitzesauberen Obersatz machen, dann argumentieren, argumentieren, argumentieren. Wo liegen die Probleme? Hier:

- Liegt ein **Mangel** vor, so dass die Miete nach § 536 BGB gemindert ist? Auch öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen können die Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch

mindern und damit einen Sachmangel darstellen. 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 oder in ganz anderen Dingen. Was liegt hier vor? Als hoheitliche Maßnahmen dienen die Corona-Beschränkungen dem Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren. Deren Anknüpfungspunkt ist daher streng genommen nicht der Zustand der Mietsache selbst, sondern der Umstand, daß die bestimmungsgemäße Nutzung der Mietflächen notwendig mit Publikumsverkehr einhergeht. Ändert es etwas, wenn – wie eigentlich fast immer in der Praxis - die Parteien im Mietvertrag ausdrücklich einen bestimmten Nutzungszweck festlegen (zB „zur Nutzung als Fitnessstudio...“)? Ist es auch dann sachgerecht, die Mangelhaftigkeit zu verneinen, obwohl der vereinbarte Zweck nicht erreicht werden kann? Die Mietsache ist dann zwar zur Nutzung „geeignet“, kann jedoch nicht „zweckentsprechend verwendet“ werden. Dass muss doch ein Mangel sein... Oder doch nicht? Darf ein redlicher Mieter das Leistungsversprechen seines Vermieters wirklich dahin verstehen, dieser wolle ihm die vereinbarte Nutzung unter allen erdenklichen Umständen gewährleisten? Höchst umstritten, bislang geht die klare Tendenz in der Rspr. zu Mangel (-).

- Entfaltet das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020 (Artikel 240 § 2 Absatz 1 EGBGB) **Sperrwirkung** ggü. den Mängelrechten? Nein, da dies nicht Sinn und Zweck des Moratoriums ist und dort auch kein expliziter Ausschluss normativ geregelt ist.
- Liegt (zeitweise) **Unmöglichkeit der Überlassung** der Mietsache seitens des Vermieters vor, so dass §§ 275 I, 326 I BGB greifen? Gemäß § 535 I 2 BGB besteht die Hauptleistungspflicht des Vermieters darin, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Die Norm wird durch § 537 BGB vervollständigt, der regelt, dass der Mieter von der Entrichtung der Miete nicht dadurch befreit wird, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird. Dadurch wird deutlich, dass der Vermieter nur eine Gebrauchsmöglichkeit verschaffen muss. Ist § 326 BGB überhaupt nach Überlassung der Mietsache anwendbar = sperren §§ 536 ff. BGB? Und wenn § 326 BGB anwendbar wäre: Wird die Überlassung zum geeigneten Gebrauch hier unmöglich? Oder bleibt diese möglich, nur eben ohne die vertraglich intendierte konkrete Nutzungsauswahl, die allerdings einseitig dem Verwendungsrisiko des Mieters zuzuordnen ist, weil sie nicht mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängt? Was liegt hier vor? Die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch hat sich durch die behördlichen Vorschriften iRd Pandemie wohl nicht geändert, denn die Vermietung ist ja nicht untersagt worden, sondern nur eine bestimmte Art und Weise des Gebrauchs. Die „Geeignetheit“ dürfte aber vorliegen. Oder ist es doch anders? Alles offen, die bisherige Rspr. aber mit klarer Tendenz zu Unmöglichkeit (-).
- Liegt ein **außerordentlicher Kündigungsgrund** vor, so dass § 543 BGB oder § 314 BGB greifen? Die typischen von der Rspr. anerkannten außerordentlichen Gründe sind idR Ursachen, die aus der Sphäre der anderen Partei kommen (zurechenbare Verletzung verhaltensbezogener Pflichten). Liegt das hier vor? Nope, wohl nicht (vgl. dazu AG Nürtingen BeckRS 2020, 35623 zu Fitnessstudioverträgen).
- Wenn nix anderes greift (wg. Subsidiarität!): Liegt wenigstens ein Fall des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** vor, so dass § 313 BGB einschlägig ist? Hier liegt der Schwerpunkt der Thematik.
 - Oder entfaltet das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020 (Artikel 240 § 2 Absatz 1 EGBGB) Sperrwirkung ggü. § 313 BGB? Nein, da dies nicht Sinn und Zweck des Moratoriums war und dieses zudem die Risikoverteilung zwischen den Parteien gar nicht regelt (so ausdrücklich auch die

Gesetzesbegründung zu Art. 240 § 7 EGBGB nF, vgl. BT-Drs. 19/25322). Die grds. Anwendbarkeit des § 313 BGB hat der Gesetzgeber zudem nunmehr mit Art. 240 § 7 EGBGB nF klargestellt.

- Ist es dem Mieter unter Abwägung aller Umstände einschließlich der vertraglichen Risikoverteilung denn iSv § 313 BGB zumutbar, an der vertraglich vereinbarten Mietzahlungspflicht festzuhalten? Wer trägt in dieser krassen Pandemie-Situation das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko? Trägt nicht grds. der Mieter das Risiko der wirtschaftlichen Verwendbarkeit der Miet-/Pachtsache? Ja, eigentlich schon... aber auch hier in diesem Extremfall? Höchst umstritten/problematisch.
- Wenn § 313 BGB greifen sollte: Was wäre die Rechtsfolge? Komplettes Entfallen der Miete? Oder teilweises/häufiges Entfallen (so OLG Dresden und LG Kempten s.u.)? Oder Stundung der Miete? Oder nur Loslösung vom gesamten Vertrag? Alles offen.
- Der Gesetzgeber hat jetzt für Gewerberäume (halbherzig) reagiert: Vgl. hierzu den ab 31.12.2020 geltenden **Art. 240 § 7 EGBGB nF**, wonach eine **Veränderung der Geschäftsgrundlage bei erheblichen Nutzungsbeschränkungen iRd Corona-Pandemie vermutet wird**. Die weiteren Voraussetzungen von § 313 BGB, nämlich ob die Parteien den Vertrag nicht oder nur mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, sowie die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag – das sog. hypothetische und normative Element – werden allerdings nicht vermutet. Beide Prüfungspunkte – v.a. aber das normative Element – sind in der Praxis (und der Klausur!) aber iRv § 313 BGB in diesen Fällen die problematischsten (von daher hilft der neue Art. 240 § 7 EGBGB nF den Mietern zumindest auf den zweiten Blick nicht ganz so viel, wie man denken könnte ...). Im Ergebnis wird es also weiterhin auf eine riesige Interessenabwägung zwischen Mieter und Vermieter im Einzelfall hinauslaufen. Die Rspr. muss jetzt klären, in welche Richtung die Reise geht. Der Gesetzgeber hat hierzu Folgendes gesagt (vgl. BT-Drs. 19/25322): *...Es ist allerdings davon auszugehen, dass ohne entsprechende vertragliche Regelungen Belastungen infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie regelmäßig weder der Sphäre des Vermieters noch des Mieters zuzuordnen sind. Im Rahmen der Zumutbarkeit wird hier von Bedeutung sein, wie stark sich die staatlichen Beschränkungen auf den Betrieb des Mieters auswirken. Ein Indiz für starke Beeinträchtigungen kann in erheblich zurückgegangenen Umsätzen, zum Beispiel im Vergleich zum Vorjahreszeitraum, liegen. Zu berücksichtigen sein wird auch, ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten hat, mit denen er die Umsatzausfälle infolge staatlicher Beschränkungen jedenfalls teilweise kompensieren kann, und ob er Aufwendungen erspart hat, weil er etwa Kurzarbeit angemeldet hat oder der Wareneinkauf weggefallen ist. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. § 313 BGB gewährt keine Überkompensation.* Interessant ist übrigens auch die Frage, ob § 240 § 7 EGBGB auch für Verträge gilt, die nach dem 1. Lockdown geschlossen wurden, da sich die Parteien hier ja der Pandemie-Risiken bewusst waren (wohl nein!).

Während die Mehrzahl der ersten veröffentlichten Urteile (vgl. LG Wiesbaden MDR 2021, 28; LG Stuttgart, Urteil vom 19.11.2020 – 11 O 215/20; LG Lüneburg Urteil vom 17.11.2020 - 5 O 158/20; LG Heidelberg, Urteil vom 30.07.2020 – 5 O 66/20; LG Zweibrücken, Urteil vom 11.09.2020 – HK O 17/20; LG Frankfurt NJOZ 2021, 266; AG Düsseldorf NJOZ 2021, 112; AG Köln, Urteil vom 04.11.2020 – 206 C 76/20) die Interessen der gewerblichen Mieter jedenfalls hinter denen der Vermieter zurücktreten ließen, indem sie die obigen „Verteidigungsmöglichkeiten“ wie Mangel, Unmöglichkeit und WdG für den Gewerbemieter „abschmettern“, scheint sich das Blatt langsam zu wenden. Anders entscheiden nämlich zugunsten der Gewerbemieter

mittlerweile OLG Frankfurt Urte. v. 19.3.2021; 2 U 143/20 (für WdG); OLG Dresden Urteil vom 24.02.2021 - 5 U 1782/20 (für WdG); OLG Karlsruhe NJW 2021, 945 – für WdG, hier aber im konkr. Fall verneint da Mieter Großkonzern; OLG München NJW 2021, 948 (für WdG – hier aber im konkr. Fall verneint da Mieter Großkonzern); LG München I Urteil vom 22.09.2020 – 3 O 4495/20 (für Mangel); Urteil vom 05.10.2020 – 34 O 6013/20 (für WdG); Urteil vom 25.01.2021 – 31 O 7743/20 (für WdG, hier aber im konkr. Fall verneint); LG Mönchengladbach Urteil vom 02.11.2020 – 12 O 154/20 (für WdG); LG Kempten Urte. v. 7.12.2020 – 23 O 753/20 (für Mangel); AG Pinneberg Urteil vom 17.11.2020 – 81 C 18/20 (für Mangel). So auch AG Bremen Urteil vom 14.01.2021 – 9 C 360/20 zugunsten des Mieters einer Ferienwohnung in Spanien (dieser bekommt nach §§ 313, 346 ff. BGB die Anzahlung zurück, muss aber nach § 985 BGB als Bringschuld die ihm zugesendeten Schlüssel zurückgeben). Ähnlich pro Ferien-Mieter AG Hamburg Urteil vom 18.09.2020 – 533 C 96/20, allerdings mit anderer Begründung (Mieter darf nach § 543 BGB kündigen und bekommt nach § 812 I 2 Alt. 1 BGB sein Geld zurück). Mal gucken, wie sich das entwickelt. Es ist zu vermuten, dass sich die Rspr. auf WdG fokussiert und hierzu die relevanten Maßstäbe konkretisiert. Irgendwann wird der BGH entscheiden.

Für eine **Kautelarklausur** bietet sich das Thema natürlich auch an, wenn Sie zB in der Examensklausur die Miet-/Pachtvertragsgestaltung vornehmen müssen. Nachfolgende Fragen stellen sich hier:

- Gerade wegen der o.g. offenen Rechtslage wäre es klug, bereits **im Vertrag explizit zu regeln**, wer für den Fall einer behördlich angeordneten Geschäftsschließung wegen der Corona-Pandemie das Risiko trägt. Hier ist darauf zu achten, dass die Klausel nicht zu pauschal formuliert wird. Denn **vorformulierte Klauseln**, die pauschal dem Mieter (oder dem Vermieter) das Risiko einer behördlichen Versagung der Betriebserlaubnis aus jedwedem Grund übertragen, werden in der herrschenden Rechtsprechung idR gem. § 307 BGB für unwirksam erklärt. Eine pauschal formulierte Formarklausel hält der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zB dann nicht stand, wenn und weil sie eine Haftung des Vermieters auch für den Fall ausschließt, dass die behördliche Genehmigung für den vom Mieter vorgesehenen Gewerbebetrieb aus Gründen versagt wird, die ausschließlich auf der Beschaffenheit oder der Lage des Mietobjekts beruhen (weil dies Sphäre des Vermieters zuzuordnen ist→kann daher nicht einseitig auf Mieter abgewälzt werden). Gleiches gilt, wenn das Risiko einer behördlichen Untersagung komplett auf den Vermieter abgewälzt wird ohne danach zu differenzieren, warum die Untersagung stattfindet.
- Alternativ könnte auch vereinbart werden, dass im Falle „höherer Gewalt“ wie zB Epidemien/Pandemien ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag bzw. bei Dauerschuldverhältnissen zur Kündigung (sog. **Force-Majeure-Klausel**) besteht oder dass zB die **Zahlungspflicht um ... Prozent herabgesetzt** wird. (vgl. OLG Hamm MDR 2020, 785 mwN; Weidt/Schiewek NJOZ 2020, 481 mwN; Sittner NJW 2020, 1169 ff.)

Zum Schluss noch dies: In vielen **mündlichen Prüfungen** 2020 wurde wegen der Covid-19-Pandemie zuletzt gefragt, welche Mittel es in der ZPO gibt, um in Zeiten einer Pandemie ein Verfahren sinnvoll (zu Ende) zu führen. Hier wollte man §§ 224 f., 227, 128 II, 128a II, 246 ff., 377 III, 495a ZPO, §§ 169 ff., 175 f. GVG (sitzungspolizeiliche Maßnahmen wie zB Anordnung des Tragens einer Maske!) und die Möglichkeit, „großzügig“ mit § 216 II ZPO und § 272 II Alt. 2 ZPO zu verfahren, hören. Die Normen wurden dann hintereinander in der Prüfung abgeklappert. Ab 2021 kommt das Beschleunigungsgebot in § 44 EGZPO nF hinzu (lesen!).

Viel Erfolg!

Rechtsanwalt Torsten Kaiser www.kaiserseminare.com