

Kammergericht Berlin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 313, 535 BGB; Art. 240 § 1 EGBGB

- 1. Bei einer staatlich angeordneten Geschäftsschließung wegen der Corona-Pandemie kann die Miete gemäß § 313 BGB auf die Hälfte herabzusetzen sein, ohne dass eine Existenzbedrohung des Mieters im Einzelfall festgestellt werden muss.**
- 2. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/18110 S. 2) sollten Mieter vor dem Verlust gemieteter Räume geschützt werden und „die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete (...) im Gegenzug im Grundsatz bestehen“ bleiben. Die Einschränkung „im Grundsatz“ spricht gegen einen Willen des Gesetzgebers, in bestehende Rechte der Mieter zur Mietminderung oder Mietanpassung gemäß § 313 BGB einzugreifen.**
- 3. Auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen können zu einer schwerwiegenden Veränderung der Grundlage des Vertrages im Sinne des § 313 BGB führen.**
- 4. Der Heiz- und Warmwasserkostenanteil ist aus der vertraglichen (unzulässigen) Bruttowarmmiete herauszurechnen und ggf. als Vorauszahlung zu behandeln. Der Mieter hat den kalkulatorischen Ansatz der Heiz- und Warmwasserkosten aus dem vereinbarten Pauschalmietzins herauszurechnen.**

KG Berlin, Urteil vom 01.04.2021, Az.: 8 U 1099/20

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 14. August 2020 verkündete Urteil der Zivilkammer 34 des Landgerichts Berlin – 34 O 107/20 – teilweise abgeändert:

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 690,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.05.2020 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen haben die Klägerin 9 % und der Beklagte 91 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages zuzüglich 10 % abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.

Die Klägerin darf die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages zuzüglich 10 %

abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.

Die Revision wird – soweit die Widerklage in Höhe von 3.190,00 € abgewiesen wird – zugelassen.

Gründe:

I.

1

[1] Die Berufung des Beklagten richtet sich gegen das am 14. August 2020 verkündete Urteil der Zivilkammer 34 des Landgerichts Berlin, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird.

2

[2] Der Beklagte trägt zur Begründung der Berufung vor:

3

Der Mietvertrag zwischen der Klägerin und dem Zwangsverwalter ... sei unwirksam. Es sei eine Pauschalmiete in Höhe von 3.000,00 € vereinbart worden. Nach der Rechtsprechung des BGH sei jedoch die Vereinbarung einer Bruttowarmmiete unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2006 – VIII ZR 212/05), weil sie den Bestimmungen der Heizkostenverordnung widerspreche.

4

Aus dem zwischen der Klägerin und dem Zwangsverwalter geschlossenen Mietvertrag ergebe sich kein Verzicht des Beklagten auf seine weitergehenden Forderungen. Der Mietzins betrage 3.000,00 € brutto und damit nicht einmal die Hälfte des nach dem Urteil des Landgerichts – 12 O 188/12 – ausgeteilten Betrages, wenn man davon ausgehe, dass bereits Betriebskosten von 1.310,00 € enthalten seien.

5

Das Landgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass der Zwangsverwalter berechtigt gewesen sei, den Mietvertrag abzuschließen. Aus dem rechtswidrigen Abschluss des Mietvertrages ergebe sich dessen Unwirksamkeit, da damit das durch den ersten Rang gewährte Recht des Nießbrauchberechtigten obsolet sein würde. Die Zwangsverwaltung dürfe das Nießbrauchrecht nicht beeinträchtigen. Wenn die angeordnete Zwangsverwaltung durch eine Erinnerung beschränkt werden könne, wie das Landgericht meine, müsse dies auch im vorliegenden Verfahren geltend gemacht werden können.

6

Zugunsten der ... GmbH sei zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses ein Nießbrauchrecht bezüglich der Immobilie eingetragen (vgl. Grundbuchauszug vom 07.03.2018, Anlage B 26 sowie UR-Rolle Nr. .../12 des Notars B..., Anlage B 26). Hieraus ergebe sich ein unbefristeter Nießbrauch. Der Zwangsverwalter hätte daher die Zustimmung der Nießbrauchberechtigten einholen müssen, was der Zwangsverwalter nicht getan habe. Nachdem der Zwangsverwalter dem Beklagten mit Schreiben vom 18.12.2017 mitgeteilt hätte, dass er das Objekt für 3.000,00 € monatlich vermieten wolle, habe der Beklagte auf dem Schreiben vermerkt, dass 6.000,00 € zu zahlen seien. Dieses Schreiben habe ... an den Zwangsverwalter gefaxt und damit der Weitervermietung widersprochen. Dennoch habe der Zwangsverwalter den Mietvertrag

abgeschlossen. Nur drei Tage nach Mietvertragsschluss, nämlich am 26.01.2018, sei die Zwangsverwaltung wieder aufgehoben worden.

7

Die Ratenzahlungsvereinbarung vom 22.03.2018 sei – entgegen der Ansicht des Landgerichts – unwirksam, da diese ohne den beabsichtigten Mietvertrag gemäß Ziffer 6 der Vereinbarung keine Wirksamkeit entfalten könne. Die in Ziffer 6 enthaltene Formulierung („es wird ein neuer Mietvertrag geschlossen über eine Gesamtbruttowarmmiete von 4.500,00 €“) stelle eine Bedingung dar.

8

Die Parteien hätten zudem gemeinsam an einem Mietvertragsentwurf gearbeitet, wie sich aus dem E-Mail – Verkehr ergebe.

9

Der Beklagte sei durch das Schreiben vom 18.08.2018 (Anlage B 32) von der Ratenzahlungsvereinbarung zurückgetreten. Aufgrund des groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung sei er hierzu auch befugt gewesen. Der Beklagte habe ohne den wirtschaftlichen Nutzen des noch zu schließenden Mietvertrages mitzurechnen, lediglich 90.000,00 € zzgl. Kosten von 8.000,00 € erhalten sollen. Demgegenüber hätten dem Beklagten aus den Titeln des Landgerichts Forderungen von 142.165,40 € nebst Zinsen und weitere 119.710,00 € nebst Zinsen sowie der Räumungsanspruch zugestanden. Weiter sei zu berücksichtigen, dass eine Kautionshöhe in Höhe der siebenfachen Jahresmiete gerechtfertigt sei. Dies ergebe sich daraus, dass die Vermieterseite im Falle der Nichtzahlung der von der Klägerin zu zahlenden Vergnügungssteuer vom Finanzamt in Anspruch genommen werden könne. Es hätten gegen die ... GmbH durchaus auch Vollstreckungsaussichten bestanden.

10

Das Urteil sei auch unrichtig soweit die Herausgabe des Titels zum Az. 29 O 133/17 des Landgerichts Berlin ausgesprochen worden sei. Weder die Klägerin noch deren Prozessbevollmächtigter hätten vorgetragen, die ... GmbH zu vertreten. Rein vorsorglich werde bestritten, dass eine entsprechende Prozessführungsbefugnis vorliege.

11

Die Kündigung wegen Zahlungsverzuges mit den Mieten für April und Mai 2020 sei wirksam. Die Klägerin habe nicht hinreichend dargelegt, dass die Nichtleistung der Nutzungsentschädigung auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen sei. Die Bestimmungen des Pandemiegesetzes fänden nur dann Anwendung, wenn die Klägerin nicht schon vor der Pandemie in Zahlungsschwierigkeiten gewesen sei. Aus der Bilanz 2018 ließe sich entnehmen, dass die Klägerin bereits zahlungsunfähig und mit einem Betrag von 279.717,12 € überschuldet gewesen sei. Dies ergebe sich zudem aus dem eigenen Vortrag der Klägerin, wonach sie einen Zuschuss der IBB hätte zurückzahlen müssen und die Voraussetzungen nach dem Pandemiegesetz nicht erfüllt habe. Zudem habe die Klägerin mit E-Mail vom 31.03.2020 (Anlage B 40) um den Erlass der Miete ersucht, was auf finanzielle Schwierigkeiten hindeute.

12

Selbst wenn vom Bestehen eines Mietvertrages mit einem Mietzins von 4.500,00 € ausgegangen würde, so müssten die Zahlungen nur in Höhe von 3.190,00 € auf die Bruttomiete und im Übrigen auf die Betriebskosten (1.310,00 €) verrechnet werden. Unter Berücksichtigung der Zahlungen ergeben sich dennoch ein kündigungsrelevanter Rückstand.

13

[3] Der Beklagte erklärt in der Berufungsbegründung (Bd. II, Bl. 27) sowie in den Schriftsätzen vom 14.01.2021 (Bd. II, Bl. 90) und vom 15.02.2021 (Bd. II, Bl. 114) nochmals die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Mietvertrages. Wegen der Einzelheiten des Vortrags wird auf die genannten Schriftsätze Bezug genommen.

14

[4] Der Beklagte hat zunächst beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 14.08.2020, die Klägerin im Wege der Widerklage zu verurteilen, die von der Klägerin innegehaltene Gewerbefläche in der ... Berlin, Vorderhaus, Erdgeschoss, rechts gelegen, wie ersichtlich aus der beigefügten Grundrisszeichnung, dort umrandet, bestehend aus einem Ladenraum, einem Flur, einem Herren-WC, einem Damen-WC, mit einer Fläche von ca. 126,55 m² an den Beklagten herauszugeben.

15

Nachdem die Klägerin die Geschäftsräume an den Beklagten herausgegeben hat, haben die Parteien den Widerklageantrag übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

16

[5] Der Beklagte beantragt nunmehr noch,

17

das Urteil des Landgerichts vom 14.08.2020 aufzuheben und

18

die Klage abzuweisen sowie

19

im Wege der Widerklage

20

die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 12.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, jeweils aus einem Betrag von 6.000,00 € seit dem 04.04.2020 und aus einem Betrag in Höhe von 6.000,00 € seit dem 04.05.2020 zu zahlen.

21

[6] Die Klägerin beantragt,

22

die Berufung zurückzuweisen.

23

[7] Die Klägerin bestreitet die Bevollmächtigung des Gegnervertreters.

24

[8] Ferner tritt die Klägerin dem landgerichtlichen Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ausdrücklich bei.

25

Sie macht geltend, dass die Zwangsvollstreckung aus den streitgegenständlichen Titeln unzulässig sei, weil sie, die Klägerin, die vollständige Zahlung nach der Ratenzahlungsvereinbarung vom 22.03.2018 erbracht habe.

26

Der vom Zwangsverwalter abgeschlossene Mietvertrag, wonach sie nur eine Miete von monatlich 4.500,00 € schulde, sei wirksam.

27

Das Landgericht habe die Widerklage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin habe die vereinbarten Mietzahlungen von monatlich 4.500,00 € aufgrund der Pandemie nicht zahlen können, nachdem sie ihren Geschäftsbetrieb von Mitte März bis zum 02.06.2020 habe schließen müssen. Die vorübergehende Zahlungsunfähigkeit hätte nach Wiedereröffnung des Geschäftsbetriebes am 02.06.2020 wieder behoben werden können und die Miete für Juni 2020 und die weiteren Mieten wieder gezahlt werden können. Auf die Mieten für April und Mai 2020 sei insgesamt 2.500,00 € gezahlt worden.

28

Die Rückzahlung der Corona-Hilfen an die IBB – so hat sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt – sei durch ihre Bank vorgenommen worden, weil das Konto aufgrund einer Pfändung eines Inkassobüros unberechtigt gepfändet gewesen sei. Der Versuch, die Corona-Hilfe von der IBB erneut zu erhalten, sei an der zwischenzeitlich erfolgten Schließung des Portals gescheitert.

29

Soweit der Beklagte geltend mache, dass die Klägerin schon vor der Pandemie zahlungsunfähig gewesen, beruhe dies auf reinen Vermutungen und treffe nicht zu.

II.

30

[9] Die Berufung des Beklagten ist zulässig.

31

Gemäß § 88 Abs. 1 ZPO kann vom Gegner – wie hier von der Klägerin - in jeder Lage des Rechtsstreits der Mangel der Vollmacht gerügt werden. Der Vollmachtsmangel ist auch ein Fall nicht ordnungsgemäßer Vertretung. Ein solcher kann vorliegen, weil die Vollmacht überhaupt nicht erteilt wurde, sie unwirksam ist, widerrufen wurde oder erloschen ist oder sie (nach Ablauf der Beibringungsfrist) nicht nachgewiesen ist (vgl. Zöller/Althammer, ZPO, 33. Auflage, § 88 ZPO, Rn 1).

32

Zwar ist eine bestimmte Form für die Bevollmächtigung nicht vorgeschrieben (vgl. BGHZ 40,197; BGH VersR 1992,1244; KG Urteil vom 30.12.2010 - 2 U 16/06, Tz. 18). § 80 ZPO regelt die Form, in der der Prozessbevollmächtigte die von der vertretenen Partei erteilte Vollmacht nachweisen muss; befasst sich also nur mit dem Nachweis und nicht mit der Erteilung der Prozessvollmacht (vgl. Musielak/Voit/ Weth, ZPO, 2018, § 80 ZPO, Rn 1, 9). Zum Nachweis der Bevollmächtigung ist die Vollmachtsurkunde im Original oder in öffentlich beglaubigter Form nach § 129 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzulegen (Zöller/ Althammer, a.a.O., § 80 ZPO, Rn 8; LG Bochum vom 04.10.2017 - 13 O 136/17; vgl. BGH Beschluss vom 31.10.2019 - IX ZR 37/19).

33

Die Klägerin hat die Originalprozessvollmachten für Rechtsanwalt K... und Rechtsanwalt N... vorgelegt und damit den Bevollmächtigung nachgewiesen.

34

[10] Die Berufung des Beklagten ist nur hinsichtlich der Widerklage teilweise begründet und im Übrigen unbegründet.

35

Das Landgericht hat die Zwangsvollstreckung aus dem Schlussurteil des Landgerichts Berlin vom 23.10.2015 – 12 O 188/12 – zu Recht für unzulässig erklärt sowie auch die Herausgabe der im Tenor Ziffer 2 genannten drei Urteilstitel ausgesprochen und die Pfändungsmaßnahmen beim AG Charlottenburg aufgehoben.

36

Der Beklagte kann widerklagend von der Klägerin restliche Miete für die Monate April und Mai 2020 nur in Höhe von 690,00 € verlangen. Der weitergehende Zahlungsanspruch ist unbegründet.

37

Zur Klage

38

[11] Der Beklagte ist nicht berechtigt, die Zwangsvollstreckung aus dem Schlussurteil des Landgerichts Berlin vom 23.10.2015 zu betreiben, weil die Klägerin die wirksame Ratenzahlungsvereinbarung vom 22. März 2018 erfüllt hat.

39

[12] Zwischen den Parteien ist am 22. März 2018 eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen worden (Anlage K 2).

40

Unter Ziffer 1 ist festgehalten, dass der Beklagte gegen die Klägerin (Schuldnerin) ein Schlussurteil über die Zahlung von 142.165,40 € nebst Zinsen und ein Teilurteil über die Räumung der streitgegenständlichen Gewerberäume erwirkt hat (zum AZ: 12 O 188/12). Darüber hinaus hat das Landgericht die ... GmbH mit Versäumnis- und Schlussurteil zur Zahlung von 119.710,00 € an den Beklagten verurteilt (AZ: 29 O 133/17). Gemäß Ziffer 2 verpflichtete sich die Klägerin (Schuldnerin) „zur Abgeltung der in Ziffer 1 genannten Titel“ zur Zahlung eines Betrages von 90.000,00 € in dort im Einzelnen aufgeführten Raten.

41

Unstreitig hat die Klägerin den Betrag von insgesamt 90.000,00 € an die Klägerin ratenweise gezahlt, so dass die mit den genannten Urteilen titulierten Forderungen abgegolten sind mit der Folge, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Schlussurteil vom 23.10.2015 unzulässig ist.

42

[13] Die Ratenzahlungsvereinbarung ist wirksam abgeschlossen worden.

43

[14] Soweit der Beklagte sich erstinstanzlich darauf berufen hat, dass ... zum Abschluss einer solchen Vereinbarung für ihn nicht bevollmächtigt gewesen sei, hat das Landgericht diesen Einwand zu Recht und aus zutreffenden Gründen als unerheblich angesehen. Der Beklagte hat sich in den Berufungsgründen hiermit nicht auseinandergesetzt. Auch im Schriftsatz vom 15.02.2021 (Bd. II, Bl. 119) setzt der Beklagte sich mit den Gründen des landgerichtlichen Urteils, wonach der Beklagte das Handeln von Herrn ... durch Schreiben vom 18.08.2018 (Anlage B 2) genehmigt hat (§ 184 BGB) und auch die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht eingreifen, nicht auseinander.

44

[15] Ohne Erfolg macht der Beklagte mit der Berufung geltend, dass die Ratenzahlungsvereinbarung unwirksam sei, weil die vertraglich vereinbarte Bedingung in Ziffer 6 über den Abschluss eines Mietvertrages nicht eingetreten sei.

45

In Ziffer 6 der Vereinbarung ist geregelt, dass ein neuer Mietvertrag über eine Gesamt-Bruttowarmmiete von 4.500,00 €, keine Staffelmiete, keine Zahlungsunterwerfung, jedoch eine Räumungsunterwerfung geschlossen wird. Der Mietvertrag wird für eine Dauer von 2 mal 5 Jahren abgeschlossen mit einem Sonderkündigungsrecht für den Mieter.

46

Entgegen der Ansicht des Beklagten stellt der Abschluss eines Mietvertrages keine Bedingung für das Wirksamwerden der Ratenzahlungsvereinbarung dar.

47

Die Vereinbarung vom 22.03.2018 enthält in Ziffer 2 die eindeutige Regelung, dass „zur Abgeltung der in Ziffer 1 genannten Titel“ der vereinbarte Betrag von 90.000,00 € gezahlt wird. Dass diese insoweit ausdrücklich vereinbarte „Abgeltung“ nur dann gelten soll, wenn auch ein neuer Mietvertrag geschlossen wird, lässt sich dem Wortlaut der Vereinbarung nicht entnehmen. Die Vereinbarung ist als „Ratenzahlungsvereinbarung“ überschrieben. Dies deutet darauf hin, dass es den Vertragsschließenden vornehmlich darum ging, sich über die Zahlungen auf die Titel zu verständigen ohne einen Bezug zum Mietvertragsschluss herzustellen. Für ein solches Verständnis spricht auch, dass die Parteien konkrete Zahlungstermine für die Ratenzahlungen vereinbart haben (25.000,00 € zum 05.-10.04. 2018, 25.000,00 € zum 15.-20.05.2018 und die restlichen 40.000,00 € in Raten von jeweils 4.000,00 € beginnend ab dem 15.06.2018) und in Ziffer 3 weitere Vereinbarungen in Bezug auf die Forderungen aus den Titeln getroffen haben (Stundung/keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus den Titeln gegen die Schuldnerin und die mithaftenden Gesamtschuldner). Hingegen ist hinsichtlich des Mietvertrages formuliert, „es wird ein neuer Mietvertrag ...“ (Hervorgehoben d. Senat) abgeschlossen, was zeitlich nicht näher festgelegt ist. Dass ein Mietvertrag mit dem Zwangsverwalter schon am 23.01.2018 abgeschlossen war, ist dabei ohne Belang.

48

[16] Die Ratenzahlungsvereinbarung ist – entgegen der Ansicht des Beklagten – auch nicht sittenwidrig.

49

[17] Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es nach seinem aus Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist (BGHZ 86, 82; BGHZ 107,92). Zu berücksichtigen sind hier nicht nur der objektive Gehalt des Geschäfts, sondern auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, sowie die Absichten und Motive der Parteien (vgl. BGH, NJW 2001, 1127; BGH, NJW-RR 1998, 590; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Auflage, § 138 BGB, Rn 7 m.w.N.). Danach können gegenseitige Verträge, auch wenn der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB - für dessen Vorliegen es schon an entsprechendem Vortrag des Beklagten fehlt – nicht in allen Voraussetzungen erfüllt ist, als wucherähnliche Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt (BGH, Urteil vom 19.01.2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, Tz. 11). Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist, weil er etwa die wirtschaftlich schwächere Position des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, dass sich der andere nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den für ihn ungünstigen Vertrag eingelassen hat. Dem wirtschaftlichen Zwang zum Eingehen auf ungünstige Vertragsbedingungen stehen die in § 138 Abs. 2

BGB genannten Umstände in ihren Auswirkungen auf die freiwillige Willensentschließung gleich. Es reicht daher aus, wenn sich der Begünstigte bewusst oder grob fahrlässig der Einsicht verschließt, dass der andere Teil den Vertrag aus Mangel an Urteilsvermögen oder wegen erheblicher Willensschwäche eingegangen ist (BGH, Urteil vom 19.01.2001, a.a.O., Tz. 11 mHa BGH, WM 1985, 1269; WM 1992, 1916).

50

Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob, so kann dies den Schluss auf die bewusste oder grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragspartner in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Umstandes rechtfertigen (BGH, Urteil vom 19.01.2001, Tz. 12 m.w.N.; OLG Brandenburg, Urteil vom 14.03.2019 – 5 U 56/18, Tz. 12 m.w.N.).

51

Allerdings ist nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Vermutung, bei Vorliegen eines besonders groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung liege eine bewusst oder grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragspartner in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Umstandes vor, nicht zwingend. Maßgeblich bleiben die Umstände des Einzelfalles (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 14.03.2019 – 5 U 56/18, Tz.13).

52

[18] Nach diesen Maßstäben liegt ein sittenwidriges Geschäft nicht vor. Der Beklagte beruft sich darauf, dass ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliege. Er macht geltend, dass ihm nur ein Betrag von 90.000,00 € zugeflossen ist und ihm demgegenüber aus dem Schlussurteil gegen die Klägerin eine Forderung von 142.165,40 € und gegen die ... GmbH eine weitere Forderung von 119.710,00 € zugestanden habe.

53

Es kann für die Entscheidung dahin gestellt bleiben, ob bei der Gegenüberstellung der für die Feststellung eines groben Missverhältnisses maßgeblichen Leistungen neben dem in der Vereinbarung vereinbarten Zahlbetrag von 90.000,00 € auch die weiteren von der Klägerin für Januar bis April 2016 gezahlten Beträge von 20.000,00 € zu berücksichtigen wären, wie die Klägerin geltend macht. Den erhaltenen Beträgen von 90.000,00 € bzw. 110.000,00 € steht eine Zahlungsforderung aus den Titeln gegen die Klägerin und die ... GmbH in Höhe von ca. 261.000,00 € nebst Zinsen gegenüber. Hieraus allein lässt sich indes eine Sittenwidrigkeit des Geschäfts nicht herleiten. Vielmehr muss nach der Rechtsprechung – wie dargelegt – mindestens ein weiterer Umstand hinzukommen, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt (BGH, Urteil vom 19.01.2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, Tz. 11). Insoweit reicht der Vortrag des Beklagten nicht aus.

54

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte über zwei Zahlungstitel – und einen Räumungstitel – verfügte, wobei die Klägerin gegen das Schlussurteil vom 23.10.2015 Berufung eingelegt hat und die beiden anderen Titel offenbar rechtskräftig waren. Der Beklagte hat nichts, auch nicht ansatzweise dazu vorgetragen, aus welchen Gründen er sich dieser Titel begeben hatte. Vielmehr erscheint naheliegend, dass der Beklagte davon ausgegangen ist, dass er die titulierten Zahlungsansprüche gegen die beiden Schuldnerinnen nicht erfolgreich würde vollstrecken können. Die Klägerin hat bereits in der Klageschrift (Bd. I, Bl. 4) – unbestritten - vorgetragen, dass der Beklagte bei Aushandlung der Ratenzahlungsvereinbarung bereits mehrere erfolglose Vollstreckungsversuche aufgrund dieses Titels gegen die Klägerin unternommen hatte. Da der Beklagte die Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung offenbar nur schwer

beitreiben konnte, lag es in seinem Interesse, freiwillige – wenn auch geringere, aber nicht unerhebliche - Zahlungen von immerhin 90.000,00 € von der Klägerin zu erhalten. Im Hinblick auf die eingelegte Berufung gegen das Schlussurteil mag dem Beklagten zudem auch daran gelegen gewesen sein, Zahlungen möglichst schnell zu erhalten. Diese wirtschaftlichen Erwägungen dürften bei Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung eine entscheidende Rolle gespielt haben.

55

[19] Soweit der Beklagte mit der Berufung vorträgt, dass eine Überschuldung der ... GmbH bei Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung nicht abzusehen gewesen sei, bleibt sein Vortrag ohne Substanz. Der Beklagte beruft sich auf die notarielle Urkunde des Notars ... Sch... vom 29.06.2017 – UR Nr. .../2017 – (Anlage B 36), nach der der Geschäftsführer ... versichert hat, dass die Gesellschaft nicht krisenbehaftet ist und keine Anhaltspunkte für eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit bestehen (vgl. Abschnitt III. der notariellen Urkunde). Der Beklagte trägt schon nichts dazu vor, wann ihm diese notarielle Urkunde zur Kenntnis gelangt ist, um Feststellungen dazu zu treffen, dass er bei Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung vom 22.03.2018 hieraus hätte Schlüsse ziehen können. Im Übrigen hat der Beklagte in der Klageerwiderung vom 05.12.2019 (Bd. I, Bl. 53) selbst vorgetragen, dass man an Erklärungen von (ehemaliger Geschäftsführer der Klägerin und zugleich der ... GmbH) durchaus Zweifel haben kann, was sich aus einer Aussage des Herrn ... als Zeuge in einer Strafsache gegen Frau ergebe. Weiter hat er unter Bezugnahme auf Erklärungen von Rechtsanwalt ... (für) im arbeitsgerichtlichen Verfahren vorgetragen, dass Herr ... sogar von der Mitarbeiterin die Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung verlangt habe (vgl. Vortrag in der Klageerwiderung Bd. I, Bl. 55). Hiernach geht der Beklagte selbst davon aus, dass Erklärungen von ... wenig belastbar sind, so dass er der Erklärung von ... in der notariellen Urkunde kaum Glauben geschenkt haben dürfte. Der Beklagte hat dementsprechend erstinstanzlich auch selbst vorgetragen, dass die ... GmbH – entgegen der Erklärung in der notariellen Urkunde – hohe Verbindlichkeiten gehabt und wahrscheinlich zahlungsunfähig insolvent sei (vgl. Klageerwiderung Seite 13, Bd. I, Bl. 57).

56

Der Beklagte hat zudem bereits mit Schreiben vom 04.07.2014 (Anlage B 15) an die ... GmbH mitgeteilt, dass es schon zu fruchtlosen Pfändungen gekommen sei und der Geschäftsführer seiner Insolvenzantragspflicht nicht nachgekommen sei. Mit Schreiben vom 01.12.2016 (Anlage B 17) hat er von der ... GmbH wegen noch nicht eingeklagter Forderungen von 84.482,50 € erfolglos die Abgabe eines notariellen Schuldanerkenntnisses verlangt. Bereits aus dem vom Beklagten selbst in den Prozess eingeführten Schriftverkehr ergibt sich, dass der Beklagte davon ausging, dass er seine titulierte Forderung von 119.701,00 € nebst Zinsen bei der ... GmbH nicht würde realisieren können. Der Beklagte hat auch nicht konkret behauptet, dass er Forderungen aufgrund des gegen die ... GmbH ergangenen Titels (Versäumnisteil- und Schlussurteil über 119.710,00 € nebst Zinsen, gegen das der Einspruch der ... GmbH mit Urteil vom 17.10.2017, Anlage B 7, als unzulässig verworfen worden ist) hätte eintreiben können. Wie sich die wirtschaftliche Lage der ... GmbH bei Rechtskraft des Titels darstellte und ob der Beklagte hieraus erfolgreich hätte vollstrecken können, legt der Beklagte nicht dar. Vielmehr sprechen die dargelegten Umstände dafür, dass der Beklagte den Titel gegen die ... GmbH nicht als werthaltig beurteilt hat.

57

Soweit der Beklagte mit Schriftsatz vom 14.01.2021 geltend macht, dass die ... GmbH am 22.03.2018 noch existiert habe, lässt dies keine Schlüsse auf die Realisierbarkeit seines Titels zu und auch nicht darauf, wie er selbst dies seinerzeit trotz unstreitiger fruchtloser Vollstreckungsversuche beurteilt hat. Dies ergibt sich vermittelt auch aus dem Beschluss des AG Charlottenburg vom 08.11.2019 (Anlage B 42), mit dem der

Antrag des Beklagten (als antragstellender Gläubiger) auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgewiesen worden ist.

58

[20] Der Beklagte hält darüber hinaus keinen Vortrag zu den Beweggründen für den Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung und führt auch nichts dazu aus, welche Umstände hierzu geführt haben. Umstände, die den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 19.01.2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, Tz. 11), sind hiernach nicht feststellbar.

59

[21] Soweit der Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz vorträgt, dass er vom Finanzamt auf Zahlung von Vergnügungssteuer hätte in Anspruch genommen werden können, wenn die Klägerin ihrerseits diese nicht gezahlt hätte, ist dies unerheblich. Der Beklagte behauptet nur pauschal ohne konkreten Vortrag, dass die Klägerin ihrer Steuerpflicht nicht nachgekommen ist, was diese bestreitet.

60

[22] Der Beklagte konnte von der Ratenzahlungsvereinbarung nicht wirksam zurücktreten. Das Landgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Rücktrittsrecht bestand.

61

[23] Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht auch zur Herausgabe der im Urteilstenor zu Ziffer 2 genannten Titel verurteilt, weil die Klägerin den Abgeltungsbetrag von 90.000,00 € gemäß Ziffer 4 der Ratenzahlungsvereinbarung geleistet hat.

62

Ohne Erfolg macht der Beklagte erstmals mit der Berufung geltend, dass die Klägerin wegen des gegen die ... GmbH erwirkten Titels nicht aktiv legitimiert sei. Die Ratenzahlungsvereinbarung wurde zwischen der Klägerin und dem Beklagten geschlossen. Der Beklagte hat sich insoweit auch gegenüber der Klägerin (als Schuldnerin im Rubrum der Vereinbarung bezeichnet) zur Herausgabe des Titels verpflichtet. So ist in Ziffer 4 der Ratenzahlungsvereinbarung geregelt, dass nach vollständiger Zahlung des in Ziffer 2 genannten Betrages die vollstreckbare Ausfertigung des Teilurteils vom 10.05.2013 und des Schlussurteils vom 23.10.2015 des Landgerichts Berlin zum AZ. 12 O 188/12 sowie des Versäumnis- und Schlussurteils des Landgerichts Berlin zum Az. 29 O 133/17 an die Schuldnerin herauszugeben ist.

63

[24] Aufgrund der Zahlung des vereinbarten Abgeltungsbetrages war auch der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Charlottenburg aufzuheben, weil Vollstreckungsmaßnahmen nicht mehr zulässig sind.

64

Zur Widerklage

65

[25] Dem Beklagten steht der widerklagend geltend gemachte Mietzinsanspruch für die Monate April und Mai 2020 nur in Höhe von 690,00 € zu (§ 535 Abs. 2 BGB).

66

Die Klägerin kann sich wegen der Schließungsanordnung des Landes Berlin auf die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) berufen, so dass der vertraglich vereinbarte Mietzins um 50 % zu reduzieren ist.

67

[26] Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Mietvertrag vom 23.01.2018 zwischen Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Zwangsverwalter und der Klägerin über die Gewerberäume in der ... in Berlin wirksam ist.

68

[27] Ohne Erfolg macht der Beklagte mit der Berufung geltend, dass der Zwangsverwalter aufgrund des zugunsten der ... GmbH eingetragenen Nießbrauchs nicht zum Abschluss des Mietvertrages berechtigt war.

69

Gemäß § 152 Abs. 1 ZVG hat der Verwalter das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen. Da die Zwangsverwaltung als Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahme in erster Linie der Gläubigerbefriedigung dient, hat der Zwangsverwalter dafür Sorge zu tragen, dass das Grundstück Nutzungen abwirft, die dann nach Maßgabe von §§ 155, 156 ZVG an die Berechtigten zu verteilen sind. Es gehört daher zur ordnungsgemäßen Verwaltung das Grundstück zu vermieten und zu verpachten (Hintzen in: Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Auflage, § 152 ZVG, Rn 43).

70

[28] Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, dass der Mietvertrag unwirksam sei, weil in Rechte der Nießbrauchberechtigten eingegriffen werde.

71

Der Beklagte hat zwar mit Anlage B 21 = B 26 den Grundbuchauszug vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass zugunsten der ... GmbH am 05.10.2012 ein Nießbrauchrecht eingetragen ist (vgl. Grundbuchauszug Zweite Abteilung zur lfd. Nummer 12). Die Zwangsverwaltung, die zwischenzeitlich aufgehoben ist, war jeweils nachrangig unter der laufenden Nummer 13 am 05.04.2016 und unter der laufenden Nummer 14 am 13.12.2017 eingetragen.

72

Soweit das Landgericht Zweifel am Umfang des Nießbrauchsrechts angedeutet hat, weil nach dem Schreiben des Zwangsverwalters vom 29.03.2016 (Anlage B 22) die Mietzahlungen an geleistet worden sind, bestehen diese aus Sicht des Senats nicht. Denn war auch Liquidator der Nießbraucherin, der ... GmbH.

73

Aber selbst wenn die Vermietung durch Rechtsanwalt ... in die Rechte der Nießbrauchberechtigten eingreifen würde, hätte es der Nießbraucherin obliegen, ihre Rechte im Rahmen des Verfahrens über die Bestellung des Zwangsverwalters geltend zu machen. Der Senat nimmt zur weiteren Begründung auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil auf Seite 7 Bezug. Hier hat das Landgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Köln vom 14.08.1957 – 1 W 38/57 – (NJW 1957,1769) ausgeführt, dass nur die Nießbrauchberechtigte eine Beschränkung der Zwangsverwaltung hätte geltend machen können (vgl. BGH, Beschluss vom 14.03.2003 – IX a ZB 47/03).

74

[29] Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte mit der Berufung darauf, dass auch er als Schuldner dies geltend machen könne.

75

Neben der Eintragung der Zwangssicherungshypothek und der Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks ist die Zwangsverwaltung eine weitere Art der Vollstreckung in das bewegliche Vermögen. Für das Verfahren gelten im Wesentlichen gemäß § 146 ZVG die für das Zwangsversteigerungsverfahren geltenden Bestimmungen (Nober in: Guhling/Günter, a.a.O., Prozessrecht, Kapitel 2. Arten der Zwangsvollstreckung, Rn 98). Die Anordnung der Beschlagnahme bewirkt die Beschlagnahme der Einnahmen des Grundstücks, soweit diese dem Schuldner zustehen und zwar zugunsten des Gläubigers (vgl. Hintzen in: Guhling/Günter, a.a.O., Vorbemerkung zu § 152 ZVG, Rn 5). Dem Schuldner wird durch die Anordnung der Zwangsverwaltung die Befugnis, die Einnahmen des Grundstücks einzuziehen, sowie die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen (§ 148 Abs. 2 ZVG). Der Zwangsverwalter schließt die zur Erhaltung und wirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks erforderlichen Verträge kraft eigenen Rechts auf Grund seines Amtes, aber zu Lasten des verwalteten Vermögens des Schuldners. Folgerichtig sind etwaige beeinträchtigte Rechte – wie etwa die eines Nießbrauches – auch in dem Vollstreckungsverfahren geltend zu machen und können nicht durch den Schuldner im vorliegenden anderweitigen Erkenntnisverfahren durchgesetzt werden.

76

[30] Darüber hinaus leitet die Nießbraucherin, vertreten durch ihren Insolvenzverwalter, offenbar auch keine Rechte mehr aus dem Nießbrauch her.

77

Die Klägerin hat unter Vorlage des Schreibens der ... GmbH i.L. vom 05.10.2014 an den Beklagten (Anlage K 24, Bd. II, Bl. 51) vorgetragen, dass die ... GmbH i.L. dem Beklagten bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens mitgeteilt hat, dass das dem Nießbrauch zugrundeliegende Darlehen bis auf einen Restbetrag von 715,49 € abbezahlt worden ist. Die ... GmbH i.L. teilte dem Beklagten mit, dass im Hinblick auf die Zahlungen der Grundschriftbrief über 200.000,00 € zurückgegeben werde, und bat um Mitteilung, wann die Löschungsbewilligung für das Nießbrauchrecht und die Grundschrift notariell beurkundet werden soll.

78

Unstreitig ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der ... GmbH eröffnet worden und Rechtsanwalt ... zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Der Insolvenzverwalter hat bereits mit E-Mail vom 21.04.2016 an den Zwangsverwalter ... (Anlage K 25) im Rahmen des ersten Zwangsverwaltungsverfahrens mitgeteilt, dass er für die Dauer der Zwangsverwaltung auf Rechte aus dem Nießbrauchrecht verzichtet. Darüber hinaus hat der Zwangsverwalter mit Schreiben vom 27.12.2017 an das Amtsgericht Wedding (Anlage K 22, Bd. II, Bl. 49) mitgeteilt, dass der Insolvenzverwalter bzw. die Nießbrauchberechtigte mit der Beschlagnahme einverstanden ist.

79

[31] Der Anspruch auf restliche Miete für die Monate April und Mai 2020 ergibt sich dem Grunde nach aus Ziffer 5.1 des durch den Zwangsverwalter ... wirksam abgeschlossenen Mietvertrages vom 23.01.2018 in Verbindung mit § 535 Abs.2 BGB.

80

[32] Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass eine Bruttowarmmiete, die die pauschale Abgeltung von Kosten für Heizung und Warmwasser beinhaltet, rechtlich nicht zulässig ist.

81

Nach der Rechtsprechung des für Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ist die in einem Mietvertrag enthaltene Vereinbarung einer Bruttowarmmiete mit den Bestimmungen der Heizkostenverordnung nicht vereinbar,

weil damit eine pauschale Abgeltung der Kosten für Heizung und Warmwasser unabhängig vom tatsächlichen Verbrauch des Nutzers als pauschales Entgelt vorgesehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2006 – VIII ZR 212/05, Grundeigentum 2006, 1094, Rn 9 ff.). Der Gebäudeeigentümer ist nach §§ 4 und 5 HeizkV verpflichtet, den anteiligen Verbrauch der Nutzer an Wärme und Warmwasser zu erfassen und auf dieser Grundlage die Kosten auf die einzelnen Nutzer zu verteilen (§§ 6 bis 9 HeizkV). Die Heizkostenverordnung gilt grundsätzlich (Ausnahme nur nach § 2 HeizkV) für alle Gebäude mit mehreren Nutzern, die von einer gemeinsamen Anlage mit Wärme oder Warmwasser versorgt werden (Both in: Guhling/Günter, aaO, § 1 HeizkV, Rn 2). Die Heizkostenverordnung knüpft allein an die Bereitstellung von Heizenergie und Warmwasser an. Für ihre Anwendung kommt es nicht auf die rechtliche Einordnung der vertraglichen Beziehungen an; eine Verteilung der Heizkosten hat sowohl bei einer Nutzung als Wohnraum wie auch als Gewerberaum zu erfolgen (Lammel in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Auflage, § 1 HeizkostenV, Rn. 3).

82

Nach der Entscheidung des BGH vom 19.07.2006 (aaO) hat der Vermieter im Falle der Vereinbarung einer Bruttowarmmiete – wie hier – keinen vertraglichen Anspruch auf ein pauschal berechnetes Entgelt für die Heiz- und Warmwasserkosten. Aufgrund des Vorrangs der verbrauchsabhängigen Abrechnung der Wärme- und Warmwasserkosten ist die im Mietvertrag vereinbarte Bruttowarmmiete als eine Bruttokaltmiete (Teilinklusive), verbunden mit einer Pflicht zur gesonderten verbrauchsabhängigen Abrechnung der Kosten der Versorgung mit Wärme und Warmwasser zu behandeln. Der Heiz- und Warmwasserkostenanteil ist aus der vertraglichen Bruttowarmmiete herauszurechnen und gegebenenfalls als Vorauszahlung zu behandeln (BGH, aaO, Rn 18,19 vgl. auch BayObLG, NJW-RR 1988, 1293; OLG Hamm, WuM 1986, 267). Der Mieter hat daher den kalkulatorischen Ansatz der Heiz- und Warmwasserkosten aus dem vereinbarten Pauschalmietzins herauszurechnen (vgl. BayObLG, Rechtsentscheid vom 23.06.1988 – RE-Miet 3/88, NJW-RR 1988, 1293, Tz. 16; vgl. auch LG Potsdam, Urteil vom 17.07.2015 – 13 S 72/14, Tz. 8).

83

Der Beklagte kann danach die vereinbarte Bruttowarmmiete von monatlich 4.500,00 € nicht in voller Höhe verlangen, sondern er hätte den Heiz- und Warmwasserkostenanteil herausrechnen müssen. Da er dies nicht getan hat, ist der Betriebs- und Heizkostenvorschuss in Höhe von 1.310,00 € (gemäß unbestrittenem Vorbringen in der Berufungsbegründung, Bd. II, Bl. 25,26) insgesamt abzusetzen. Hiernach ergibt sich (zunächst) ein Zahlungsanspruch von 6.380,00 € ($4.500,00 € - 1.310,00 € = 3.190,00 € \times 2$).

84

[33] Der Mietzahlungsanspruch für die Monate April und Mai 2020 ist – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht aufgrund des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020 zu verneinen.

85

Gemäß Artikel 240 EGBGB, § 1 Abs. 4 (in der Fassung des vorgenannten Gesetzes) gilt das ohnehin nur bis zum 30. Juni 2020 geregelte Leistungsverweigerungsrecht nicht für Miet- und Pachtverträge (vgl. auch Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/18110, Seite 35: für das Miet- und Pachtrecht sowie für das Darlehensrecht sollen in den §§ 2 und 3 gesonderte Regelungen eingeführt werden; diese Rechtsbereiche sind daher vom Anwendungsbereich des Artikels 240 EGBGB § 1 Absatz 1 und 2 auszunehmen).

86

Vielmehr beschränkt § 2 des Gesetzes nur das Recht auf Kündigung. So kann der Vermieter ein Mietverhältnis nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 01. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit der Miete diese nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Diese Regelung ist befristet bis zum 30. Juni 2022 (§ 2 Abs. 4), was sich indes (nur) auf das Kündigungsrecht des Vermieters und nicht auf die Zahlungspflicht des Mieters bezieht.

87

[34] Eine etwaige Mietminderung gemäß § 536 BGB wegen Schließung von Spielhallen in Berlin gemäß der SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung vom 22/24.03.2020 und den ersten bis neunten Änderungsverordnungen kann dem mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruch nicht entgegengehalten werden. Denn nach Ziffer 13.3. des Mietvertrages ist dem Mieter die Geltendmachung eines Mietminderungsrechts mittels Abzug von der vertraglich geregelten Miete nicht gestattet. Der Mieter wird insoweit auf die Geltendmachung etwaiger Bereicherungsansprüche verwiesen. Eine solche Regelung ist bei der Gewerberaummieta nach gefestigter Rechtsprechung wirksam (vgl. BGH, NJW 1984, 2404; NJW-RR 1993, 519; NJW 2008, 2497; Senatsurteil vom 05.11.2020 – 8 U 162/19; vgl. Günter in Guhling/Günter, aaO, § 536 BGB, Rn 424 mwN).

88

[35] Die Miete ist aber wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB anzupassen und – für den hier vorliegenden Fall der vollständigen Schließung des Geschäftsbetriebes der Mieterin - um 50 % zu reduzieren.

89

[36] § 313 BGB ist anwendbar und wird durch das Gewährleistungsrecht nicht verdrängt.

90

Das Gewährleistungsrecht ist nicht einschlägig (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.02.2021 – 7 U 109/20, juris Rn. 15 ff.; LG Zweibrücken, Urteil vom 11.09.2020 – HK O 17/20, juris Rn. 40 ff.; LG Frankfurt a. M., Urteil vom 02.10.2020 – 2-15 O 23/20, Grundeigentum 2020,1495, Rn. 23 ff.; LG München II, Urteil vom 06.10.2020 – 13 O 2044/20, BeckRS 34263 Rn. 19 f.; LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 – 12 O 154/20, juris Rn. 18 ff.; LG Wiesbaden, Urteil vom 05.11.2020 – 9 O 852/20, MDR 2021,28, Rn. 13 ff.; LG Stuttgart, Urteil vom 19.11.2020 – 11 O 215/20, BeckRS 2020, 32275 Rn. 15 ff.; Artz/Streyll in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Auflage 2020 Rn. 72; grds. Leo/Götz NZM 2020, 402, 403; grds. Lützenkirchen MietRB 2020, 111, 112; Martens in: Beck OGK, Stand 01.01.2021, BGB, § 313, Rn 242; Zehelein NZM 2020, 401; a.A. für Minderung: LG München I, Urteil vom 22.09.2020 – 3 O 4495/20, juris Rn. 17 ff.; LG Kempten, Urteil vom 07.12.2020 – 23 O 753/20, BeckRS 2020, 37736 Rn. 21 ff.; Bieber GE 2020, 657, 658; tendenziell Geib in: BeckOGK/Geib, Stand: 01.01.2021, Art. 240 EGBGB § 2 Rn. 16).

91

[37] Ein Mangel der Mietsache, der gemäß § 536 BGB bei Aufhebung oder erheblicher Minderung ihrer Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch eine Mietminderung begründet, liegt vor, wenn ihr tatsächlicher vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht, welcher sich in erster Linie nach den (auch konkludenten) Beschaffenheitsvereinbarungen der Vertragsparteien bestimmt und auch Umstände umfassen kann, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken. 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 19.12.2012 - VIII ZR 152/12, MDR 2013, 262, Rn. 8).

92

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Mietobjekts entgegenstehen, begründen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann einen Sachmangel, wenn sie unmittelbar auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Sache beruhen und nicht auf persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters. Der Vermieter von Gewerberäumen ist gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko trägt dagegen grundsätzlich der Mieter (BGH, Urteil vom 13.07.2011 – XII ZR 189/09, NJW 2011, 3151 Rn 8 f. mwN).

93

Danach liegt hier kein Sachmangel vor, weil die hoheitlichen Maßnahmen wegen der Pandemie (wie in der Regel) nicht an die baulichen Gegebenheiten der Mietsache anknüpfen, sondern an die Nutzungsart und den sich daraus ergebenden Publikumsverkehr, der Infektionen begünstigt. Das Mietobjekt ist nach Beschaffenheit und Lage für den vereinbarten Zweck weiterhin geeignet.

94

[38] Eine Reduzierung der Miete nach § 313 BGB wird von der Regelung in Ziffer 13.3 des Mietvertrages nicht erfasst.

95

Dem Wortlaut nach bezieht sich Ziffer 13.3 nur auf die Geltendmachung des Mietminderungsrechts mittels Abzug von der vertraglich geregelten Miete – also auf die im Mietvertragsrecht vorgesehene Mietminderung gemäß § 536 BGB als Gewährleistungsrecht - und erfasst daher schon vom Regelungsgehalt nicht den hier besonderen Fall des § 313 BGB.

96

Aber selbst wenn man eine Unklarheit der Regelung annehmen wollte, so geht dies zu Lasten des Verwenders (§ 305 c Abs. 2 BGB). Voraussetzung ist, dass nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sind (Palandt/Grüneberg, aaO, § 305 c BGB, Rn 15). Wollte man annehmen, dass rechtlich auch vertretbar ist, dass die Klausel den (seltenen) Fall der Mietreduzierung nach § 313 BGB mit regeln sollte, so geht dies zu Lasten des Verwenders mit der Folge, dass zu Lasten des Verwenders die kundenfeindlichste Auslegung zu Grunde zu legen ist (vgl. BGH, WM 2018, 2290, Rn 16 m.w.N.).

97

[39] Ist die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters in der beschriebenen Weise begrenzt, so verstößt der Mietvertrag weder im Sinne von § 134 Abs. 1 BGB gegen ein Verbotsgesetz noch liegt Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB vor (ebenso OLG Karlsruhe aaO, R. 18 f.), welche die Mietzahlungspflicht gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB entfallen ließe (vgl. LG Frankfurt a.M., Urteil vom 02.10.2020 – 2-15 O 23/20, aaO, Rn 27 f.). Abgesehen davon käme § 536 BGB bei nach Übergabe entstandenen Mängeln Vorrang zu (vgl. Emmerich in: Staudinger, BGB, Bearb. 2018, vor § 536 Rn 48, 59; Häublein in: Münchener Kommentar zum BGB, vor § 536 R.7; Weidenkaff in: Palandt, BGB, 80. Auflage, § 536 Rn 7).

98

[40] Ein Anspruch aus § 313 BGB auf Vertragsanpassung hinsichtlich der Miethöhe kann dem Mietzahlungsanspruch einredeweise entgegengehalten werden (BGH, NJW 2010, 1663 Rn. 16) und ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil in Art. 240 EGBGB § 2 nur ein Kündigungsmoratorium geregelt wurde (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021 – 5 U 1782/29, Rn 27 mwN; OLG München, Beschluss vom 17.02.2021 – 32 U 6358/29, Rn 16ff.).

99

In Art. 240 EGBGB § 2 ist keine abschließende Regelung der mietrechtlichen Folgen der Corona-Krise zu sehen. Aus dem Kündigungsrecht des Vermieters, wenn der Zahlungsrückstand für April bis Juni 2020 nach dem 30.06.2022 noch besteht, ergibt sich zwar eine fortbestehende Zahlungspflicht des Mieters, nicht aber, dass die volle vereinbarte Miete geschuldet ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/18110 S. 2) sollten Mieter vor dem Verlust gemieteter Räume geschützt werden und „die Verpflichtung der Mieter zur Zahlung der Miete (...) im Gegenzug im Grundsatz bestehen“ bleiben. Die Einschränkung „im Grundsatz“ spricht gegen einen Willen des Gesetzgebers, in bestehende Rechte der Mieter zur (Mietminderung oder) Mietanpassung gemäß § 313 BGB einzugreifen, und eine solche Absicht ergibt sich auch nicht aus dem Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drs. 19/18158).

100

[41] Dafür spricht auch, dass durch den am 31.12.2020 in Kraft getretenen Art. 240 § 7 EGBGB ein Vermutungstatbestand zu § 313 BGB geschaffen worden ist und darauf verwiesen wird, dass in der Gesetzesbegründung zu Art. 240 § 2 EGBGB klargestellt worden sei, dass Mieter lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zur Leistung verpflichtet sind (vgl. BT-Drs. 19/25322 Seite 14).

101

Zwar ist diese Regelung erst am 31.12.2020 in Kraft getreten, so dass sie auf den hier streitgegenständlichen Zeitraum nicht anzuwenden wäre. Ob eine rückwirkende Anwendung, nämlich auf den ersten Lock-Down im zweiten Quartal 2020, ausnahmsweise in Betracht kommt (so Lützenkirchen in: Erman, BGB, 16.Auflage 2020, Anhang II zu § 543, Rn. 4; Blatt/Stobbe IMR 2021, 45; Klimesch IMR 2021, 47), mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich angesprochen, dass öffentlich-rechtliche Beschränkungen zu einer schwerwiegenden Veränderung der Grundlage des Vertrages im Sinne des § 313 BGB führen können. Dies gilt auch für die Monate April bis Juni 2020, als aufgrund des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht im Mietrecht vorübergehend ein besonderes Kündigungsschutzrecht galt. Denn jenes Gesetz regelte weder den Ausschluss der mietrechtlichen und allgemeinen Leistungsstörungsrechte noch traf es eine Aussage über die Risikoverteilung zwischen den Parteien von Mietverträgen (BT-Drs. 19/25322, Seite 14).

102

[42] Der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB setzt ein tatsächliches Element, ein hypothetisches und ein normatives Element voraus (vgl. Finkenauer in: Münchener Kommentar BGB, 8. Auflage § 313 BGB, Rn 56):

103

[43] Die Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des eigenen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut (vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2019 – VIII ZR 234/18, NZM 2020, 322; BGH, Urteil vom 24.03.2010 – VIII ZR 160/09, NJW 2010, 1663, Rn 17). Zur

Geschäftsgrundlage der Parteien als Vermieter und Mieterin von Geschäftsräumen zur Nutzung als Spielhalle gehörte danach die Vorstellung, dass es nicht zu einer Pandemie mit weitgehender Stilllegung des öffentlichen Lebens infolge pandemiebedingter Nutzungsuntersagungen und -beeinträchtigungen kommen würde, so dass das Auftreten der Pandemie mit den entsprechenden weitreichenden staatlichen Eingriffen in das wirtschaftliche und soziale Leben eine schwerwiegende Änderung der für die Vertragslaufzeit vorgestellten Umstände bedeutet und damit das tatsächliche Element der Störung der Geschäftsgrundlage verwirklicht (vgl. OLG Dresden, aaO, Rn 37 mwN).

104

Die Klägerin konnte die Räume, die sie vor Beginn der Covid-Pandemie gemietet hatte, durch hierzu ergangene staatliche Vorschriften oder Anordnungen über die Schließung überhaupt nicht in der vertraglich vorgesehenen Weise für ihr Gewerbe nutzen.

105

[44] Das hypothetische Element ist erfüllt, wenn die vertragsschließenden Parteien bzw. eine der Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Veränderung der Umstände, welche zur Geschäftsgrundlage gehören, vorhergesehen hätten (vgl. Finkenauer, aaO, § 313 BGB, Rn 58).

106

Es liegt nahe, dass die Vertragsparteien, wenn sie die Veränderung vorhergesehen hätten, den Mietvertrag mit anderem Inhalt geschlossen hätten (BT-Drs. 19/25322 aaO; Artz/Streyll aaO, Rn. 77), wenngleich sich im Einzelfall aus den vertraglichen Regelungen ein anderer Parteiwille ergeben kann (BT-Drs. 19/25322 a.a.O. unter Verweis auf LG Heidelberg, Urteil vom 30.07.2020 – 5 O 66/20 zu sechsmonatigem Kündigungsrecht bei wesentlicher Änderung der Verkehrs-/Einzelhandelssituation).

107

Es ist zu vermuten, dass eine Mietabsenkung für den Zeitraum einer zweimonatigen Zwangsschließung der Spielhalle vereinbart worden wäre, wenn die Parteien die Beschränkungen im Zuge der Covid-Pandemie vorhergesehen hätten (hypothetisches Element).

108

[45] Kernfrage im Rahmen von § 313 Abs. 1 BGB ist das normative Element, nämlich ob einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

109

[46] Dagegen spricht zunächst, dass das Verwendungsrisiko – wie ausgeführt – grundsätzlich beim Mieter liegt (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2011 – XII ZR 189/09, aaO, Rn 8f.). Denn für eine Berücksichtigung der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ist grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und um Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für die Vertragspartei – abgesehen von extremen Ausnahmefällen, in denen eine unvorhergesehene Entwicklung mit unter Umständen existenziell bedeutsamen Folgen für eine Partei eintritt – regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen (BGH, Urteil vom 23.10.2019 – XII ZR 125/18 – BGHZ 223, 290 Rn. 37 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714).

110

Es geht hier aber nicht um ein „normales“ Risiko der Gebrauchstauglichkeit bzw. Verwendung des Mietobjekts, sondern um weitgehende staatliche Eingriffe in das soziale und wirtschaftliche Leben aufgrund einer Pandemie, die als Systemkrise eine Störung der großen Geschäftsgrundlage ist. Das mit der Störung der großen Geschäftsgrundlage verbundene Risiko kann regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden (vgl. OLG Dresden, aaO, Rn 40; LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 – 12 O 154/20, Rn 41). Der aufgrund der Pandemie staatlich angeordnete Shutdown stellt einen derart tiefgreifenden, unvorhersehbaren, außerhalb der Verantwortungssphäre beider Vertragsparteien liegenden und potentiell existenzgefährdenden Eingriff in die im Vertrag vorausgesetzte Nutzungsmöglichkeit dar, dass – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls - die Nachteile solidarisch von beiden Vertragsparteien zu tragen sind und die Miete bei vollständiger Betriebsuntersagung zur Hälfte zu reduzieren ist (so OLG Dresden, aaO, Rn 44; LG München I, Urteil vom 05.10.2020 – 34 O 6013/20 juris Rn. 37; LG Mönchengladbach a.a.O. Rn. 45; LG Kempten a.a.O. Rn. 37; Artz/Streyll a.a.O. Rn. 80 ff., 93).

111

Die Beschränkungen im Zuge der Covid-Pandemie stellen einen extremen Ausnahmefall im Sinne der zitierten BGH-Rechtsprechung dar, auch wenn man ältere Entscheidungen zum Vergleich heranzieht. So ist ein Wegfall der Geschäftsgrundlage für einen Mietvertrag über ein Schuhgeschäft auf dem Gelände eines ehemaligen Energiekombinats wegen eines beabsichtigten Kraftwerkneubaus bejaht worden (BGH, ZMR 1996, 309 Rn. 30 f.) und für einen Pachtvertrag wegen abgeschnittenen Milchbezuges aus der Sowjetischen Besatzungszone immerhin in Betracht gezogen und offengelassen worden (BGH, NJW 1958, 785). Eine Halbierung der Mietbelastung bei völliger Betriebsuntersagung steht auch im Einklang dazu, dass einem Reiseveranstalter nach Kündigung wegen höherer Gewalt, nämlich dem Tschernobyl-Unglück, gegenüber dem Reisenden ein hälftiger Anspruch auf Hotel-Stornokosten analog § 651j Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. zugesprochen wurde (BGH, NJW 1990, 572).

112

[47] Es ist für einen Anspruch aus § 313 BGB nicht unabdingbar, dass eine konkrete Existenzbedrohung für den Mieter anhand seiner betriebswirtschaftlichen Daten positiv festgestellt wird, sondern es sind die „unter Umständen existenziell bedeutsame Folgen“ im Sinne der BGH-Rechtsprechung zu vermuten, wenn eine angeordnete Schließung einen Monat oder länger andauert (ebenso Artz/Streyll a.a.O. Rn. 79).

113

[48] Staatliche Hilfen sind zwar grundsätzlich (entsprechend der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/25322) mit zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin (bzw. ihre Bank) – unbestritten – die zunächst gezahlte Corona-Hilfe in Höhe von 15.000,00 € an die Investitionsbank Berlin zurückgezahlt. Soweit für die Monate April und Mai 2020 Kurzarbeitergeld an die Klägerin gezahlt worden ist, hat die Klägerin – unbestritten – vorgetragen, dass dieses an ihre Mitarbeiter ausgezahlt worden ist und die Arbeitgeberanteile abgeführt worden sind. Die Zahlung von Kurzarbeitergeld allein ändert nichts an der Unzumutbarkeit der Mietbelastung.

114

[49] Die Klägerin hat auch hinreichend glaubhaft gemacht, dass die Nichtzahlung der Miete auf die behördlich angeordnete Schließung des Spielbetriebes zurückzuführen war

115

Nach der SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung vom 22./24.03.2020 und den hierzu ergangenen Änderungsverordnungen wurde – wie ausgeführt - die Schließung der Spielhalle angeordnet wurde, so dass in den streitgegenständlichen Monaten ein kompletter Umsatzausfall mit fehlenden Einnahmen auf der Hand liegt.

116

Maßgeblich ist der signifikante Wegfall von Einnahmen infolge der Pandemie (s. OLG Nürnberg Beschluss vom 19.01.2020 – 13 U 3078/20, GE 2020, 1625, Rn 16; Illner/Beneke in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, 4. Aufl., Art 240 § 2 EGBGB Rn 5; BeckOGK/Geib, 1.1.21, Art 240 § 2 EGBGB Rn 28 f.). Die Nichtzahlung „beruht“ schon dann auf der Pandemie, wenn sie deren unmittelbare oder mittelbare Folge ist und ohne die Pandemie nicht eingetreten wäre (Geib a.a.O., Rn 30; vgl. OLG Nürnberg a.a.O., Rn 16; MüKo/Häublein, EGBGB, 1. Aufl. 2020, Art 240 § 2 Rn 19).

117

Die Klägerin hat dem Bevollmächtigten des Beklagten ... mit E-Mail vom 31.03.2020 (Anlage B 21) mitgeteilt, dass die Geschäfte der Klägerin von den Schließungen wegen der Corona-Pandemie betroffen sind und es ihr nicht möglich ist, die Miete zu zahlen. Zugleich bat sie um Mieterlass für den Monat April und die Folgemonate. Darüber hinaus hat die Geschäftsführerin der Klägerin im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht zu Protokoll erklärt, dass die Mieten April und Mai 2020 coronabedingt nicht gezahlt worden sind. Ferner hat die Klägerin in der Berufungsinstanz eine eidesstattliche Versicherung der Geschäftsführerin ... (K 26, Bd. II, Bl. 74) vorgelegt, wonach die Nichtzahlung der Mieten für April und Mai 2020 ausschließlich auf den Lock-down zurückzuführen ist. Sie hat weiter bekundet, dass vorher die Mieten gezahlt wurden und eine Überschuldung nicht vorgelegen hat.

118

Ohne Erfolg macht der Beklagte mit der Berufung geltend, dass sich aus der Bilanz 2018 der Klägerin ergebe, dass die Klägerin bereits seinerzeit überschuldet, jedenfalls in finanziellen Schwierigkeiten gesteckt habe und daher die Nichtzahlung nicht auf die Pandemie zurückzuführen sei. Die Bilanz aus dem Jahre 2018 ist indes nicht aussagekräftig für den hier maßgeblichen Zeitraum April/Mai 2020. Die Miete ist – so ist von der Geschäftsführerin eidesstattlich versichert – bis dahin gezahlt worden, was der Beklagte nicht in Abrede stellt. Ferner hat der Beklagte selbst vorgetragen, dass seit Juni 2020 insgesamt 25.000,00 € gezahlt worden sind (Bd. II, Bl. 115). Hiernach hat die Klägerin durchaus über liquide Mittel verfügt.

119

Das Beruhen der Nichtleistung im Sinne der genannten Vorschrift liegt bereits dann vor, wenn eine Mitursächlichkeit der Pandemie hierfür anzunehmen ist; einen strengeren Maßstab (im Sinne alleiniger Kausalität) rechtfertigt weder die zitierte Gesetzesbegründung noch der sonstige Gebrauch der Beruhensbegriff im Rechtsleben (vgl. OLG Nürnberg Beschluss vom 19.10.2020 – 13 U 3078/20, Grundeigentum 2020, 1625, Tz. 14 nach juris).

120

[50] Vorliegend war der Klägerin der Betrieb ihres Geschäfts – nämlich das Betreiben der Spielhalle – vollständig untersagt. Daher erscheint es gerechtfertigt, dass die Nachteile der vollständigen Betriebsuntersagung von beiden Parteien solidarisch getragen und die Miete auf die Hälfte reduziert wird.

121

Die Klägerin hat auf die Rückstände für die Monate April und Mai 2020 unstreitig 2.500,00 € gezahlt. Hiernach ergibt sich ein offener Zahlungsanspruch in Höhe von 690,00 € (6.380,00 € abzüglich 50 % = 3.190,00 € abzüglich Zahlung von 2.500,00 €). Der Hilfsaufrechnung in der Berufungserwiderung steht Ziffer 13.1 des Mietvertrages entgegen und auch § 533 ZPO.

122

[51] Für die Entscheidung kann dahin gestellt bleiben, in welchem Umfang eine Mietreduzierung in Betracht kommt, wenn der Mieter seinen (im Kernbereich untersagten) Betrieb eingeschränkt weitergeführt hat oder dies in zumutbarer Weise hätte tun können (z. B. Außerhausverkauf eines Restaurants, Onlineverkauf eines Einzelhandelsgeschäfts). Auch muss für den vorliegenden Fall nicht entschieden werden, wie sonstige Beschränkungen – etwa hinsichtlich Öffnungszeiten, der zu nutzenden Ladenfläche oder der zuzulassenden Personen – zu bewerten sind.

123

[52] Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB iVm Ziffer 5.3 des Mietvertrages.

124

[53] Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 91 a, 97 ZPO

125

Soweit die Parteien den Rechtsstreit wegen der Räumungs- und Herausgabeklage in der Berufungsinstanz in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, war über die Kosten gemäß § 91 a Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Hiernach waren die Kosten insoweit gegeneinander aufzuheben.

126

Ausschlaggebend für die zu treffende Kostenentscheidung ist in Ermangelung anderweitiger Kriterien allgemein der ohne die Erledigung zu erwartende Verfahrensausgang (BGHZ 67, 345; BGH, NJW 2007, 3429). Mithin hat die Partei die Kosten zu tragen, der sie auch nach den allgemeinen kostenrechtlichen Bestimmungen des §§ 91ff. ZPO aufzuerlegen gewesen wären (vgl. Zöller/Althammer, aaO, § 91a ZPO, Rn 24 mwN).

127

Das Gericht ist bei der Entscheidung nach § 91 a ZPO nicht schlechthin gehalten, die Grundsätze der §§ 91 ff. ZPO anzuwenden. Insbesondere braucht es in rechtlich schwierig gelagerten Fällen nicht jede für den Ausgang bedeutsame Rechtsfrage prüfen (vgl. Zöller/Althammer, aaO., § 91 a ZPO Rn 24). Im Verfahren gemäß § 91a ZPO darf von der Klärung schwieriger grundsätzlicher Rechtsfragen abgesehen werden (vgl. BGHZ 163, 195 Rn. 7; BGHZ 197, 147 Rn. 13). Dies ist hier der Fall.

128

Das Mietverhältnis der Parteien war nicht bereits aufgrund der Kündigung vom 11.05.2020 beendet. Der Beklagte war nicht berechtigt, das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzuges mit den Mieten für April und Mai 2020 zu kündigen. Denn ungeachtet einer Mietreduzierung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB, war die Räumungsklage unbegründet. Gemäß Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB (in der Fassung des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie vom 27.03.2020) war der Vermieter nicht berechtigt, das Mietverhältnis über Grundstücke und Räume allein aus dem Grund zu kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 01. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Die Klägerin hat den Zusammenhang zwischen der Covid-Pandemie und dem Ausbleiben der Mietzahlungen für April und Mai 2020 hinreichend glaubhaft gemacht (siehe Ziffer [49]; vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.01.2020 – 13 U 3078/20, aaO).

129

Die Berechtigung der zweitinstanzlichen Kündigungen vom 23.09.2020, 14.01.2021 und 15.02.2021 hängt von einer Mietanpassung gemäß § 313 BGB und deren Umfang ab sowie davon, ob Zahlungsverzug aus April und Mai 2020 entsprechend dem Wortlaut

von Art. 240 § 2 EGBGB mit zu berücksichtigen ist (anders Häublein in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, Art. 240 EGBGB § 2 Rn. 32, 33 mit Nachweisen zum Streitstand). Insoweit handelt es sich um rechtlich schwierige Fragen, die im Verfahren nach § 91 a ZPO nicht zu klären sind.

130

[54] Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

131

[55] Die Revision zum Bundesgerichtshof wird insoweit zugelassen, als der Senat die Widerklage auf rückständige Miete für April und Mai 2020 in Höhe von 3.190,00 € (50 % von 6.380, 00 €) unter Anwendung des § 313 BGB im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie abgewiesen hat. Eine Teilzulassung hinsichtlich des genannten Streitgegenstandes ist zulässig (vgl. Zöller/Heßler, aaO., § 543 ZPO, Rn 19; BGH, NJW-RR 2018, 39, Rn 9; BGH, MDR 2018, 953, Rn 10 jeweils mwN). Die Rechtssache hat insoweit grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).