

Oberlandesgericht Köln

BESCHLUSS

§§ 313, 535, 536 BGB; § 14 CoronaVV NW

- 1. Die allgemeinen Auswirkungen der Corona-Pandemie in Gestalt von Umsatzeinbußen mangels Publikumsverkehrs sowie von behördlich verordneten Beschränkungen des Gastronomiegewerbes begründen in der Regel keinen Mangel der zum Zwecke eines gastronomischen Betriebes vermieteten Mietsache im Sinne von § 536 BGB.**
- 2. Aufgrund pandemiebedingt behördlich verhängter Beschränkungen, insbesondere etwa im Gastronomiegewerbe, kann eine Anpassung des geschuldeten Mietzinses nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage geboten sein, namentlich soweit die Mietsache infolge behördlicher Schließungsanordnungen nicht ihrem mietvertraglichen Zweck entsprechend benutzt werden darf, § 313 BGB.**
- 3. Auch dann, wenn eine nachträgliche Änderung von gemeinsam zugrunde gelegten Umständen vorliegt, kommt eine Anpassung des Vertrages (§ 313 BGB) nur in Betracht, wenn das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar erscheint. Die Prüfung dieser Voraussetzung erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch kompensierender Vorteile, die der betroffenen Partei neben den Nachteilen aus den eingetretenen Veränderungen erwachsen sind.**
- 4. Soweit ein Mieter geltend machen möchte, dass er infolge pandemiebedingter Auswirkungen Anspruch auf Anpassung des Mietzinses gemäß § 313 BGB hat, muss er schlüssig und substantiiert vortragen, dass und gegebenenfalls inwieweit seine Umsätze durch die Pandemie während der Zeiten behördlich verordneter Beschränkungen zurückgegangen sind. Dies schließt substantiiertes Vorbringen zu erhaltenen oder aber zwar beanspruchbaren, aber zurechenbar dennoch nicht beantragten staatlichen Hilfszahlungen mit ein. Hingegen reicht es nicht aus, pauschal auf die Folgen der Corona-Pandemie Bezug zu nehmen und sich auf gerichtsbekannte Einschränkungen des allgemeinen Wirtschaftslebens und die Schließung des Betriebes zu berufen.**

OLG Köln, Beschluss vom 31.05.2021, Az.: 22 U 205/20

Tenor:

Es wird darauf hingewiesen, dass beabsichtigt ist, die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 19.11.2020 (2 O 284/19) gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

Gründe:

I.

1

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Räumung und Herausgabe eines Gewerbemietobjektes in Anspruch. Ursprüngliche Parteien des Mietvertrags über den vermieteten Gewerberaum, ein Restaurant in der A Straße 453 in B, waren als Vermieterin die Streithelferin und als Mieter Frau C sowie Herr D. Am 21.11.2011 löste der Beklagte Frau C ab. Die Parteien haben in erster Instanz insbesondere darüber gestritten, ob der Mietvertrag mangels rechtzeitiger und wirksamer Ausübung einer Verlängerungsoption beendet worden ist oder nicht.

2

Durch Urteil vom 19.11.2020, auf das wegen der Feststellungen und aller weiteren Einzelheiten ergänzend Bezug genommen wird (GA Bl. 101 ff.), hat das Landgericht den Beklagten im Wesentlichen antragsgemäß unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, den Gewerberaum in der A Straße 453, B, im Erdgeschoss, bestehend aus Gastraum mit drei Zusatzräumen davon zwei Toiletten und einem Kellerraum, zu räumen und an die Klägerin, die das Objekt von der Streithelferin erworben hat, herauszugeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die ordentliche Kündigung der Rechtsvorgängerin der Klägerin sei wirksam. Der Beklagte habe das im Mietvertrag vorgesehene Optionsrecht auf Verlängerung des Mietverhältnisses bis zum 31.12.2025 nicht wirksam ausgeübt. Insbesondere sein Schreiben vom 12.04.2016 stelle keine wirksame Ausübung der Option dar, wobei dahinstehen könne, ob der Beklagte überhaupt allein zur Ausübung der Option berechtigt gewesen sei. Jedenfalls sei seine Erklärung, das Mietverhältnis um acht Jahre verlängern zu wollen, nicht eindeutig so zu verstehen gewesen, dass das vertraglich vorgesehene Optionsrecht ausgeübt werden sollte. Es sei kein eindeutiger Schluss aus Sicht des Empfängers darauf möglich gewesen, ob nicht stattdessen ein neues Angebot auf Verlängerung des Mietvertrages gewollt sei, das die Streithelferin aber nicht angenommen habe. Der Vortrag des Beklagten aus dem Termin zur mündlichen Verhandlung, dass es ein weiteres vom Beklagten unterschriebenes Schreiben bezüglich der Optionsausübung gegeben habe, sei verspätet und auch eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung sei nicht geboten.

3

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung, mit der er rügt, das Landgericht habe unter Verletzung von Verfahrensrecht und materiellem Recht entschieden (GA Bl. 162). Die Auslegung des Schreibens vom 12.04.2016 ergebe eindeutig, dass der Beklagte von seinem Optionsrecht habe Gebrauch machen wollen (GA Bl. 166). Zumindest müsse das Schreiben entsprechend umgedeutet werden. Abgesehen davon habe das Gericht gemäß § 156 Abs. 1 ZPO die Verhandlung wiedereröffnen müssen, weil das vom Beklagten vorgelegte Schreiben vom 20.04.2016 entscheidungserheblich sei und der Verdacht bestehe, dass dieses von der Streithelferin unredlich unterdrückt worden sei (GA Bl. 164). Soweit Zweifel daran bestünden, ob der Beklagte allein die Option ausüben konnte, sei dies ohnehin nach § 8 des Mietvertrages unerheblich, weil sich dort die Mieter wechselseitig zur Abgabe solcher Erklärungen bevollmächtigt hätten.

4

Der Beklagte beantragt,

5

das Urteil des Landgerichts Köln vom 19.11.2020 abzuändern und die Klage abzuweisen.

6

Die Klägerin und ihre Streithelferin beantragen jeweils,

7

die Berufung zurückzuweisen.

8

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Abgesehen davon trägt sie vor, sie habe dem Beklagten mit weiteren anwaltlichen Schreiben vom 16.11.2020 bzw. 18.03.2021 außerordentlich erneut gekündigt, weil sich der Beklagte mit seinen Zahlungen in Verzug befunden habe (GA Bl. 186).

9

Die Streithelferin der Klägerin bestreitet im Übrigen, das Schreiben vom 20.04.2016 erhalten zu haben (GA Bl. 179).

10

Auf gerichtliche Nachfrage vom 13.04.2021 (GA Bl. 197) hat der Beklagte im Berufungsverfahren zu den behaupteten Zahlungsrückständen erklärt, im Zeitpunkt des Zugangs der jeweiligen Kündigungserklärungen seien die jeweils genannten Mietzahlungen nicht geleistet worden, sie seien indes allesamt unverzüglich nachgeholt worden mit Ausnahme der für den Beklagten nicht nachvollziehbaren Betriebskostenabrechnung (GA Bl. 204). Die Rückstände der laufenden Mieten fielen in den Zeitraum der infektionsbedingten Beschränkungen nach der Coronaschutzverordnung Nordrhein-Westfalen und resultierten auch hieraus insoweit, als der Beklagte seinen Restaurantbetrieb seit April 2020 zunächst vollständig habe schließen müssen, sodann im Sommer/Herbst 2020 nur unter Berücksichtigung der behördlichen Infektionsschutzanordnungen mit ganz erheblich reduzierter Gästeanzahl habe öffnen dürfen, bis er seit dem 01.11.2020 erneut habe vollständig schließen müssen. Die Mieten für September und Oktober 2020 habe der Beklagte erst am 23.11.2020 gezahlt, die Miete für November 2020 bis auf einen minimalen Fehlbetrag am 10.12.2020. Die Miete für Dezember 2020 und Januar 2021 habe er pünktlich gezahlt, die Miete für Februar 2021 am 19.03.2021 und die Miete für März 2021 am 31.03.2021 (GA Bl. 205). Nach der inzwischen vorliegenden Rechtsprechung sei für die betreffenden Zeiträume eine Anpassung des Mietvertrages in Höhe von bis zu 50 % der vereinbarten Miete anzunehmen. Damit habe es an einem hinreichenden Zahlungsrückstand gefehlt.

11

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Verfahrensstandes wird auf den übrigen Akteninhalt ergänzend Bezug genommen.

II.

12

Ausgehend von dem Sach- und Streitstand, wie er sich in der Berufungsinstanz darstellt, hat die Berufung des Beklagten in der Sache nach Aktenlage offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung aufweist, eine Entscheidung des Senats durch Urteil auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich und eine mündliche Verhandlung nicht geboten erscheint, beabsichtigt der Senat, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

1.

13

Es kann nach aktuellem Sach- und Verfahrensstand nunmehr dahinstehen, ob das Landgericht zutreffend darauf erkannt hat, dass bereits die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses vom 14.03.2019 wirksam war.

2.

14

Denn aufgrund des in der zweiten Instanz unstreitig vorgetragenen und daher gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zugrunde zu legenden Sachverhalts steht der Klägerin der mit der Klage geltend gemachte Räumungsanspruch im für die Entscheidung des Berufungsgerichts maßgeblichen Zeitpunkt bereits deshalb zu, weil sie das Mietverhältnis während des laufenden Rechtsstreits erneut zweimal außerordentlich wegen Zahlungsverzuges - nach Aktenlage wirksam - gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 a. bzw. b. BGB gekündigt hat, §§ 546 Abs. 1, 542 BGB. Für die Berufungsinstanz ist allein der durch zuzulassende neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ergänzte oder geänderte Sach- und Streitstand maßgeblich. Im Streitfall ist die Klage allerdings insbesondere unter Berücksichtigung des in zweiter Instanz neu unterbreiteten Vortrages, der in den entscheidungserheblichen Punkten unstreitig ist, begründet und damit die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts unbegründet.

a.

15

Die Klägerin hat das Mietverhältnis mit anwaltlichem Schreiben vom 16.11.2020 (GA Bl. 187, Anlage K 10) gekündigt. Die Zahlung der Mieten für September und Oktober 2020 seitens des Beklagten soll nach seinem Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 14.05.2021 erst am 23.11.2020 erfolgt sein. Hierfür hat der Beklagte bislang keinen prüfbaren Zahlungsbeleg vorgelegt, so dass die Zahlung bislang nicht überprüft werden kann. Nach eigenem Vorbringen des Beklagten wurden die behaupteten Zahlungen aber ohnehin erst nach Kündigungseingang vorgenommen.

16

Soweit der Beklagte sinngemäß vorträgt, die insoweit stockende Zahlungsweise etwa auch für die Monate September und Oktober 2020 falle in den Zeitraum der "infektionsbedingten Beschränkungen nach der Coronaschutzverordnung" (Schriftsatz vom 14.05.2021 S. 1), so bleibt dies im Ergebnis ausgehend vom wechselseitigen Vortrag ohne Erfolg. Erfolg hätte der Vortrag des Beklagten nur dann gehabt, wenn danach eine Herabsetzung des geschuldeten Mietzinses in einem solchen Maße vorzunehmen wäre, dass der Rückstand mit tatsächlich geschuldeten Zahlungen geringer wäre, als für eine außerordentliche Kündigung erforderlich. Dies ist indessen nicht der Fall (wobei der Senat zugunsten des Beklagten unterstellt, dass es sich bei § 9 Buchst. c) Satz 2 des Mietvertrages um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, die als solche unwirksam wäre):

17

(1) Insbesondere begründen die allgemeinen Auswirkungen der Corona-Pandemie in Gestalt von Umsatzeinbußen mangels Publikumsverkehrs sowie von behördlich verordneten Beschränkungen des Gastronomiegewerbes (hier: § 14 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 - Coronaschutzverordnung - CoronaSchVO, in der ab dem 01.09.2020 in Kraft getretenen Fassung vom 31.08.2020, GV NRW S. 757a ff.) in der Regel keinen Mangel der zum Zwecke eines gastronomischen Betriebes vermieteten Mietsache im Sinne von § 536 BGB. Dies entspricht soweit ersichtlich auch der h.M. in der hierzu ergangenen Rechtsprechung und Lehre (vgl. OLG München, Hinweisbeschluss vom 17.02.2021 - 32 U 6358/20, beckonline; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.02.2021 - 7 U 109/20, beckonline; i.E. auch OLG Dresden Urt. v. 24.02.2021 - 5 U 1782/20; KG Berlin, Urteil vom

01.04.2021 - 8 U 1099/20 -, juris; vgl. ferner Häublein/ Müller, "Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?" NZM 2020, 481 ff.).

18

Zwar können grundsätzlich behördlich angeordnete Nutzungs- und Betriebsverbote einen Sachmangel darstellen, doch ist die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts regelmäßig, dass die Beschränkungen ihre Ursache in Lage und/oder Beschaffenheit des Mietobjekts haben. Die aufgrund der Corona-Pandemie administrativ verfügten Nutzungs- und Betriebsbeschränkungen beruhen indessen nicht auf dem baulichen Zustand oder der Lage der Mietsache. Vielmehr geht es unabhängig vom konkreten Betrieb darum, massenhafte und unkontrollierbare Kontakte zwischen (vor allem - einander fremden -) Menschen zu unterbinden, um das allgemeine Infektionsrisiko zu verringern, das Ansteigen der Infektionszahlen zu verlangsamen, um das Gesundheitssystem funktionstüchtig zu halten. Da dies nichts mit der Mietsache als solcher zu tun hat, begründet eine daran anknüpfende behördliche Beschränkung, die unabhängig von der konkreten Mietsache alle gastronomischen Betriebe betrifft, keinen Mietmangel (vgl. ebenso wohl Blank/Börstinghaus in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Auflage 2020, § 535 Rn. 749; Streyl in Schmidt, *COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 3. Auflage 2021, § 3 Rn. 72; Rieger: *Verpflichtung zur Zahlung vereinbarter Geschäftsraummieten in Zeiten der Covid-19 Pandemie und eines "Lockdowns" - Auswirkungen auf zukünftige Insolvenzverfahren*, NJOZ 2021, 193; Sittner: *Mietrechtspraxis unter Covid-19*, NJW 2020, 1169).

19

Ebenso wenig geht der Senat davon aus, dass ein zu Minderung berechtigender sog. Umwelt- oder Umfeldmangel deshalb vorliegt, weil der Publikumsverkehr infolge der pandemiebedingten behördlich verordneten Einschränkungen des öffentlichen Lebens gezielt und gewollt vermindert wurde. Zwar können bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände einen Fehler des Mietobjekts begründen. Um eine Ausuferung des Fehlerbegriffs zu vermeiden ist allerdings stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache erforderlich, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2012 - XII ZR 117/10 -, NJW 2013, 44 Rn. 30, Urteil vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 -, NZM 2000, 492, 493 m.w.N.). Ob eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, richtet sich in erster Linie nach dem von den Parteien vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch. Aus dem zur Erfüllung des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlichen Zustand der Mietsache ergibt sich deren geschuldeter Zustand (BGH, Urteil vom 10.10.2012 - XII ZR 117/10 -, NJW 2013, 44 Rn. 31). Die Einschränkung des Publikumsverkehrs aufgrund der Corona-Pandemie und der hoheitlichen Anordnungen im Wege der Coronaschutzverordnung stellt indes insoweit keine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit der gemieteten Räume zu dem vertraglich vereinbarten Zweck als Geschäftslokal zum Betrieb eines Gastronomiebetriebs dar. Eine solche Nutzung war - prinzipiell - auch weiterhin möglich, die Mieträume waren speziell in den nicht von einem Lockdown betroffenen Monaten und Zeiträumen unter Beachtung der Coronaschutzverordnung frei zugänglich und zumindest der sogenannte "Außer-Haus-Verkauf" war zu keinem Zeitpunkt untersagt, selbst im Rahmen des "Lockdown" (vgl. § 14 Abs. 2 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 - Coronaschutzverordnung - CoronaSchVO, in der ab dem 02.11.2020 in Kraft getretenen Fassung vom 30.10.2020, GV NRW S. 1044b ff.). Die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts wird insofern von derartigen Maßnahmen nicht in Frage gestellt. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Vermieter, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht, das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko trägt hingegen der Mieter allein (BGH, Urteil vom 13.07.2011 - XII ZR 189/09 -, NZM 2011, 727 Rn. 9 m.w.N.; Urteil vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 -, NZM 2000, 492, 494;

Sittner, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, 1169). Soweit die Gewährleistung einer höchstmöglichen oder mit Mindestgrenzen zugrunde gelegten Besucher-Kundenfrequenz nicht vertraglich konkret vereinbart ist, haben die Vertragsparteien diese grundsätzliche vertragliche Risikoverteilung hinsichtlich des reinen Verwendungsrisikos jedenfalls nicht ersichtlich zu Lasten des Vermieters geändert. Die vom Vermieter geschuldete Hauptleistung schließt es insoweit nicht ein, die pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkungen zu beseitigen bzw. für die Folgen der Nichtbeseitigung im Gewährleistungswege einzustehen.

20

(2) Auch soweit der Beklagte einen Anspruch auf Anpassung des Mietzinses gemäß § 313 BGB wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage haben mag, führt dies jedenfalls im Streitfall weder dazu, dass der im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungen vom 16.11.2020 und 18.03.2021 jeweils bestehende Zahlungsrückstand von seinem Umfang eine außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt hätte, noch dazu, dass der Zahlungsrückstand rechtzeitig im Sinne von § 543 Abs. 2 S. 2 BGB zurückgeführt worden wäre.

21

Der Senat hält es zwar grundsätzlich für möglich, dass aufgrund behördlich verhängter Beschränkungen insbesondere etwa im Gastronomiegewerbe eine Anpassung des geschuldeten Mietzinses nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage geboten sein kann, namentlich soweit die Mietsache infolge behördlicher Schließungsanordnungen nicht ihrem mietvertraglichen Zweck entsprechend benutzt werden darf, § 313 BGB, gegebenenfalls - ausnahmsweise - auch über die Zeiten von Schließungsanordnungen hinaus, wobei beides aber im Streitfall nicht abschließend entschieden werden muss.

22

(aa) Insbesondere im Falle von zeitlich nicht völlig zu vernachlässigenden Schließungsanordnungen, tendenziell aber auch im Falle von pandemiebedingten, deutlich spürbaren hoheitlich verordneten Gebrauchsbeschränkungen, wird regelmäßig zumindest davon auszugehen sein, dass sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags im Sinne von § 313 BGB geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben.

23

Ob dies jeweils aus Artikel 240 § 7 Abs. 1 EGBGB in der Fassung des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht vom 22.12.2020 (BGBl. I 2020, Seite 3328) folgt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Auch wenn diese Vorschrift erst ab dem 31.12.2020 gilt (und damit erstmals während des bereits in Nordrhein-Westfalen im Wesentlichen seit dem 02.11.2020 bestehenden Lockdowns im Gastronomiegewerbe eingeführt wurde), bringt sie einen bereits zuvor, nämlich schon während des ersten Lockdowns im März/April 2020, gültigen Rechtsgedanken zum Ausdruck. So lässt sich auch den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass es sich um eine Klarstellung der Rechtslage handeln soll (vgl. BT-Drs. 19/25322 S. 14 f. zum Streitstand, vgl. Brinkmann/Thüsing NZM 2021, 5 und Römermann NJW 2021, 265; Herlitz NJ 2021, 56). Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass sich ein Umstand im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat, sofern vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind. Dasselbe Ergebnis ergäbe sich nach Einschätzung des Senates allerdings auch bei unmittelbarer Anwendung von § 313 BGB. Denn die Möglichkeit

eines gesamtwirtschaftlich gesehen "geregelten Geschäftsbetriebs" dürfte unabhängig von dem Gesetz vom 22.12.2020 als sog. "Große Geschäftsgrundlage" im Sinne einer gemeinsamen Vorstellung der Parteien im Sinne von § 313 BGB anzuerkennen sein, dass es während der Vertragslaufzeit nicht zu einer Pandemie kommen wird, die sich ganz erheblich und weltweit auf den Handel und die sonstige Geschäftstätigkeit auswirkt und dass ein geregelter Geschäftsbetrieb überhaupt möglich ist/bleibt (so etwa Häublein/Müller, NZM; 2020, 481 ff. [487 ff.]; Streyl, NZM 2020, 817 [821 ff.]).

24

(bb) Auch wird man bei den konkreten Auswirkungen der Corona-Pandemie nicht von einem Umstand auszugehen haben, der nach der vertraglichen Risikoverteilung grundsätzlich eindeutig nur vom Vermieter oder nur vom Mieter allein zu tragen und daher von vornherein unbeachtlich ist. Denn wenn auch das grundsätzliche Verwendungsrisiko im Sinne der allgemeinen wirtschaftlichen Verwendbarkeit und Rentabilität vom Mieter zu tragen ist (s.o.), so gilt diese Überlegung doch nicht grenzenlos. Ohnehin geht der Senat davon aus, dass die Grundannahme des Ausbleibens einer Pandemie zur sogenannten "Großen Geschäftsgrundlage" zählen würde, doch kann das mit der Störung der "Großen Geschäftsgrundlage" verbundene Risiko regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden (vgl. KG Berlin, Urteil vom 01.04.2021 - 8 U 1099/20 -, juris). Der aufgrund der Pandemie staatlich angeordnete Lockdown 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. Umgekehrt haben auch beide Seiten des Mietvertrages grundsätzlich von dem bisherigen Ausbleiben einer Pandemie profitiert. So konnten nämlich auch Vermieter von Geschäftsräumen die vertraglich vereinbarten Mieten in der Vergangenheit nur deswegen am Markt durchsetzen, weil Mieter grundsätzlich die Möglichkeit hatten, in den Räumen Umsätze zu erzielen, die die daraus erwirtschafteten Mieten ermöglichen. Ungeachtet aller in allgemeiner Form getroffenen Vorhersagen von Institutionen des RKI, der WHO oder anderen Stellen aus vorpandemischen Zeiten zur etwaigen Wahrscheinlichkeit des künftigen Auftretens einer Pandemie sind dem Senat aus seiner bisherigen Tätigkeit oder sonstigen Quellen keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Parteien von Gewerberaummietverträgen in der Vergangenheit das Risiko einer Pandemie auch nur mittelbar oder am Rande in ihre Verhandlungen oder Kalkulationen über die Höhe des Mietzinses je einbezogen hätten. Wenn und soweit alsdann die Gewinnerzielung unabhängig von der Person des Mieters und des von ihm betriebenen Unternehmens aufgrund der nachträglichen Realisierung eines praktisch kaum kalkulierbaren Risikos nicht mehr möglich ist, weil (hoheitlich) branchenübergreifend Schließungen angeordnet werden und die Bevölkerung zum Daheimbleiben aufgefordert wird, so muss sich dies nach in Rechtsprechung und Lehre vertretener Auffassung (vgl. OLG München, Hinweisbeschluss vom 17.02.2021 - 32 U 6358/20, beckonline; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.02.2021 - 7 U 109/20, beckonline; OLG Frankfurt, Urteil vom 19.03.2021 - 2 U 143/20 -, juris; OLG Dresden Urt. v. 24.02.2021 - 5 U 1782/20; KG Berlin, Urteil vom 01.04.2021 - 8 U 1099/20 -, juris; Häublein/Müller, NZM; 2020, 481 ff. [487 ff.]; Streyl, NZM 2020, 817 [821 ff.]), der auch der Senat zuneigt, auch auf die Miethöhe und damit mittelbar auch auf die Risikozuweisung für Pandemiefolgen auswirken.

25

(cc) Allerdings kommt auch dann, wenn eine nachträgliche Änderung von gemeinsam zugrunde gelegten Umständen vorliegt, eine Anpassung des Vertrages nur in Betracht, wenn das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar erscheint.

26

Die Prüfung dieser Voraussetzung erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Vorteile, die der betroffenen Partei neben den Nachteilen aus den eingetretenen Veränderungen erwachsen sind (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1994 - XI ZR 189/93, beckonline; OLG München, Hinweisbeschluss vom 17.02.2021 - 32 U 6358/20, beckonline; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.02.2021 - 7 U 109/20, beckonline).

27

Für Zeiten in denen eine staatliche Schließungsanordnung verhängt ist, wird zwar tendenziell die Unzumutbarkeit eines gänzlich unveränderten Festhaltens am Vertrag für Inhaber von Gastronomiebetrieben auch dann zu bejahen sein, wenn und soweit ihnen der Außer-Haus-Verkauf weiterhin gestattet ist, sofern dies nicht ohnehin nach dem Vertragszweck die eigentlich vorgesehene Nutzung der Mietsache sein sollte (etwa bei einem Pizza-Express). Jenseits der Zeiten, in denen Schließungsanordnungen verhängt sind, wird eine Anpassung des Vertrages hingegen für Zeiträume lediglich anderweitiger behördlich verordneter Beschränkungen mit Blick auf die Corona-Pandemie allenfalls ausnahmsweise und nur unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles anzunehmen sein, wenn dies unter umfassender Abwägung aller Interessen allein vertretbar erscheint.

28

Hierbei können zugunsten des Mieters naturgemäß erhebliche Umsatzeinbußen, wenn und soweit diese auf behördlich angeordneten Maßnahmen beruhen und nicht lediglich mittelbare Auswirkungen der allgemeinen wirtschaftlichen Lage sind, durchaus als wesentlicher Nachteil im Rahmen der Zumutbarkeitsbewertung berücksichtigt werden. Umgekehrt müssten aber auch erhaltene oder aber zwar beanspruchbare, aber zurechenbar dennoch nicht beantragte staatliche Hilfszahlungen in die Bewertung einfließen. Denn der Gesetzgeber hat verschiedene Maßnahmen ergriffen, um die wirtschaftlichen Folgen der pandemiebedingten Betriebsschließungen für die betroffenen Unternehmen abzufedern. Insbesondere ist allgemein zugänglichen Quellen, insbesondere den Veröffentlichungen der Bundesregierung sowie des BMWi zu entnehmen, dass etwa im Rahmen der sogenannten November- und Dezemberhilfen des Bundes Unternehmen, Betriebe, Selbstständige, Vereine und Einrichtungen, die von den temporären Schließungen ab 02. November 2020 erfasst waren, Zuschüsse pro Woche der Schließung bis zu 75% des jeweiligen Umsatzes im November bzw. Dezember 2020 bewilligt werden sollten. Hinzu kommen die später beschlossenen Maßnahmen (Überbrückungshilfe II und III), wobei die Anträge zumindest vor der zweiten Kündigung vom 18.03.2021 gegebenenfalls hätten gestellt werden können. Auch auf Landesebene wurden seit Beginn der Pandemie staatliche Hilfen zugesagt, wie etwa entsprechend dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie NRW (-VA2-81.11.14-) vom 24. August 2020, der sich auf die Überbrückungshilfe für die erste Phase der Pandemie bezieht. Hinsichtlich all dieser etwaigen staatlichen Hilfen ist allerdings weder etwas dazu vorgetragen noch anderweit ersichtlich, welche dieser Hilfen der Beklagte beantragt und gegebenenfalls auch erhalten hat (bzw. ob eine Antragstellung unterblieben ist und wenn ja, weshalb).

29

Schließlich wäre auch zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls inwieweit der Mieter durch weitere zumutbare Maßnahmen, insbesondere etwa Kurzarbeit für seine Mitarbeiter oder gar Freistellung, seine Betriebskosten hätte senken können. Auch die Möglichkeiten der Erlangung von Kurzarbeitergeld wurden von der Bundesregierung bekanntlich deutlich erweitert. Auch diesbezüglich fehlt jegliches Vorbringen des Beklagten.

30

Einstweilen kann daher nach Aktenlage für den Gastronomiebetrieb des Beklagten keine in seinem Sinne günstige Aussage getätigt werden, wobei der Senat nicht entscheiden muss, ob die Grenze der Unzumutbarkeit erst überschritten wird, wenn die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Mieters droht (dagegen auch OLG Dresden, Urteil vom 24.02.2021 - 5 U 1782/20 -, juris; KG Berlin, Urteil vom 01.04.2021 - 8 U 1099/20 -, juris). Wenn und soweit allerdings ein Mieter geltend machen möchte, dass er infolge pandemiebedingter Auswirkungen Anspruch auf Anpassung des Mietzinses gemäß § 313 BGB hat, so kann das Gericht die Interessenabwägung in seinem Sinne nur dann vornehmen, wenn er schlüssig und substantiiert dazu vorträgt, dass und gegebenenfalls inwieweit seine Umsätze durch die Pandemie während der Zeiten behördlich verordneter Beschränkungen zurückgegangen sind. Bei der Abwägung im Rahmen der Zumutbarkeit kommt es auf eine umfassende Bewertung der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Mieters an. Für die Umstände, auf die die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt werden soll, ist derjenige darlegungs- und beweispflichtig, der sich darauf beruft (BGH, Urteil vom 08.11.2002 - V ZR 398/01, beckonline), insoweit im Streitfall dem die Anpassung gegebenenfalls anstrebenden Mieter.

31

Bislang sind hierzu keine brauchbaren Anhaltspunkte vorgetragen oder prüfbare Unterlagen vorgelegt. Vielmehr hat der Beklagte lediglich pauschal auf die Folgen der Corona-Pandemie Bezug genommen und sich auf gerichtsbekannte Einschränkungen des allgemeinen Wirtschaftslebens und die Schließung des Betriebes des Beklagten berufen, ohne konkret zu den eigenen Umsatzzahlen, zu staatlichen Hilfen und sonstigen Maßnahmen vorzutragen.

32

(3) Als Folge hiervon ist nach Aktenlage von einem nicht anzupassenden Mietzins für die Monate September und Oktober 2020 auszugehen und von einem - höchstens - um 50% zu ermäßigenden Mietzins für den Monat November 2021. Weil und soweit die Zahlung für November 2020 allerdings erst im Dezember 2020 erfolgt sein soll, wäre entsprechend dem oben Gesagten selbst bei dem Beklagten günstiger Annahme einer Reduzierung des Mietzinses nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht davon auszugehen, dass bereits mit der für den 23.11.2020 behaupteten Zahlung der Miete für September und Oktober 2020 eine für § 543 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche "vorherige" Befriedigung der Vermieterin durch vollständige Zahlung gegeben wäre. Denn der Mietrückstand für die Novembermiete wäre jedenfalls nicht vor Zugang der Kündigungserklärung getilgt worden.

33

Soweit sich der Beklagte zumindest mittelbar darauf berufen möchte, dass er aus dem Zeitraum des sog. ersten Lockdown (vom 22.03. - 10.05.2020) Überzahlungen geleistet habe, so ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch dies einer Kündigung am 16.11.2020 nicht entgegenstand: die vom Beklagten vorgetragene Zahlung des vollständigen Mietzinses in der vorgenannten Zeit mag zwar aufgrund des Umstandes, dass jedenfalls im April 2020 eine vollständige Schließung des Gaststättenbetriebs zu verzeichnen war, nach Maßgabe der obigen Ausführungen zu einer Überzahlung der Miete im Monat April um 50% geführt haben (soweit der Zeitraum im März bzw. Mai 2020 betroffen ist, käme nach Aktenlage allenfalls eine herabsetzende Anpassung des Mietzinses um jeweils ca. 13 % in Betracht, sofern man eine Schließung für 10 Tage im März bzw. Mai als hinreichend beeinträchtigend ansieht, dass die unangepasste Mietzinshöhe unzumutbar im oben genannten Sinne wäre). Ein entsprechender Gegenanspruch des Beklagten nach § 812 Abs. 1 BGB hätte indes gemäß § 543 Abs. 2 S. 3 BGB unverzüglich aufgerechnet werden müssen, wofür indes nichts vorgetragen ist (dessen ungeachtet ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch eine unverzüglich nach dem 16.11.2020 erfolgende Aufrechnung mit einem etwaigen Gegenanspruch auf

Rückzahlung eines Teils der April-Miete für 2020 den zum 16.11.2020 bestehenden Zahlungsrückstand lediglich zu einem kleineren Teil getilgt hätte, so dass selbst eine rechtzeitige Aufrechnung die Kündigung nicht unwirksam gemacht haben würde und selbst unter Hinzudenken von weiteren Anpassungsbeträgen für März und Mai 2020 (s.o.) wäre von dem Rückstand immer noch weniger betroffen als eine Monatsmiete ausgemacht haben würde).

34

(4) Soweit der Beklagte andeutungsweise die Auffassung vertritt, der Mietzins sei aufgrund der mit den behördlichen Maßnahmen einhergehenden Beschränkungen möglicherweise erst später fällig geworden als jeweils zu Beginn der Monate September bis November 2020, kann dahinstehen ob damit die Einrede eines Anspruches auf Stundung gemäß § 313 BGB erhoben werden soll. Unabhängig davon, ob der Mieter in Pandemiekonstellationen einen Anspruch auf Stundung eines Teils des Mietzinses hat und ob dies gegebenenfalls dazu führen würde, dass auch der nach § 313 BGB gegebenenfalls herabzusetzende Teil der Miete noch zu stunden wäre, handelt es sich jedenfalls um eine dilatorische Einrede, die dem kündigungsrelevanten Verzug im Sinne von § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nur dann entgegensteht, wenn sie rechtzeitig vor Ausspruch der Kündigung erhoben wird. Dafür liegen im Streitfall keine Anhaltspunkte vor.

2.

35

Im Ergebnis dasselbe gilt für die Kündigung vom 18.03.2021. Auch insoweit fehlt es an prüffähigen Zahlungsbelegen, Umsatzzahlen, Angaben zu staatlichen Hilfen etc..

36

Insoweit wird eine Zahlung für den 31.03.2021 behauptet, die allerdings nach Aktenlage erst nach Zugang der erneuten Kündigung vom 18.03.2021 bewirkt worden sein dürfte. Selbst bei Annahme einer Ermäßigung des Mietzinses um 50% (s.o.) wäre der Beklagte damit im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug gewesen, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3.a BGB.

III.

37

Aus den vorgenannten Gründen hat die Berufung keine Aussicht auf Erfolg und wäre bei streitiger Fortführung des Verfahrens zurückzuweisen. Auf die Möglichkeit einer kostensparenden Rücknahme des Rechtsmittels wird hingewiesen.