

# Landgericht Düsseldorf

IN NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 134, 536 BGB

- 1. Gemäß § 134 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Die Vorschrift richtet sich gegen die Geltung rechtsgeschäftlicher Regelungen, deren Inhalt von einem Satz des positiven Rechts abgelehnt wird.**
- 2. Die hoheitlichen Beschränkungen zur Eindämmung der Corona-Pandemie zielen (nur) auf die Geschäftsöffnung für den Publikumsverkehr und nicht auf die Vermietung von Räumlichkeiten für oder den Betrieb von Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften. Daher ist ein Mietvertrag auch nicht nach § 134 BGB nichtig, weil er gegen solche Maßnahmen verstoßen würde.**
- 3. Denn die hoheitlichen Beschränkungen zur Eindämmung der Pandemie richteten sich gerade nicht gegen die Vermietung von Räumen zum Zweck des Betriebs von Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften oder auch nur gegen den Betrieb als solchen, sondern nur – vorübergehend – gegen die Öffnung des Geschäfts für den Publikumsverkehr.**

LG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2021, Az.: 21 S 14/21

### **Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 10.11.2020 (v) wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### **Gründe:**

I.

Die Parteien sind durch ein Mietverhältnis über ein Ladenlokal im Objekt ...straße ... in D... verbunden. Im Mai 2020 zahlte die Beklagte lediglich einen um 627,20 EUR reduzierten Mietzins an die Klägerin.

Vor dem Amtsgericht hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung der rückständigen Miete in Anspruch genommen. Die Beklagte hat sich im Wesentlichen damit verteidigt, die Miete sei aufgrund der Auswirkungen der SARS-CoV2-Pandemie nicht in voller Höhe geschuldet gewesen und hilfsweise die Aufrechnung mit den ihrer Auffassung nach überzahlten Mieten für März und April 2020 erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

Das Amtsgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung des gesamten Rückstands für den Monat Mai 2020 verurteilt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Amtsgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Aufrechnung der Beklagten, bei der es sich tatsächlich um eine Primäraufrechnung handele, gehe ins Leere. Es lägen keine Umstände vor, die eine Herabsetzung der Miete im Zeitraum vom 18.03.2020 bis 19.04.2020 rechtfertigen könnten. Insbesondere sei die Miete nicht gemindert. Es fehle insoweit an einem Mangel der Mietsache. Die hoheitlichen Maßnahmen, die dem Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren dienen würden, würden nicht unmittelbar an die konkrete Beschaffenheit der Mietsache, sondern an den Betrieb des jeweiligen Mieters im Sinne der Nutzungsart anknüpfen. Dieser Umstand falle in den Risikobereich des Mieters. Weiter könne sich die Beklagte auch nicht auf eine Herabsetzung der Miete unter dem Aspekt der Unmöglichkeit berufen, weil die Klägerin als Vermieterin ihrer Hauptleistungspflicht nachgekommen sei, die in der Überlassung der Mietsache und Einräumung einer Gebrauchsmöglichkeit bestehe. Eine eingeschränkte Verwendbarkeit der Sache ergebe sich nicht aus der Mietsache selbst, sondern aus der konkreten Nutzungstätigkeit der Beklagten. Die Vermieterleistung umfasse jedoch nicht mehr die Nutzung der Mietsache, sondern ausschließlich die Bereitstellung im gebrauchstauglichen Zustand. Zudem würden die Vorschriften durch die spezialgesetzlichen Gewährleistungsvorschriften verdrängt. Schließlich scheidet auch eine Herabsetzung der Miete wegen einer – durch das Amtsgericht angenommenen – Störung der Geschäftsgrundlage aus. Insoweit könne dahinstehen, ob angesichts der Schaffung des Art. 240. § 2 EGBGB überhaupt von einer Anwendbarkeit des § 313 BGB ausgegangen werden könne. Denn jedenfalls sei eine Unzumutbarkeit, am unveränderten Vertrag festzuhalten, für die Beklagte zu verneinen. Maßgeblich sei dabei insbesondere, dass der Mieter grundsätzlich das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache und, bei der gewerblichen Miete gerade das Risiko trage, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Von einer Unzumutbarkeit sei daher regelmäßig nur dann auszugehen, wenn der Mieter substantiiert darlege, in der eigenen Existenz gefährdet zu sein. Hier sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Räume weiter genutzt und hieraus auch Umsätze erzielt habe. Gleichzeitig habe sie eine Existenzgefährdung oder eine vergleichbare zur Unzumutbarkeit führende Beeinträchtigung weder dargelegt, noch bewiesen. Insbesondere habe sie die genauen Umsatzausfälle durch die Café-Schließung nicht beziffert. Der vorgetragene filialbezogene Umsatzrückgang von 20 % im Mai 2020 lasse eine Existenzgefährdung nicht erkennen. Die Beklagte habe auch nicht vorgetragen, in der Zeit der Ladenschließung besondere Bemühungen zur Umsatzgenerierung wie etwa einen Außer-Haus-Verkauf veranstaltet zu haben. Entscheidend sei weiter auch der begrenzte Zeitraum der Schließung von nur 26 Tagen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie die Verletzung materiellen und prozessualen Rechts rügt und ihr erstinstanzliches Ziel einer vollumfänglichen Klageabweisung weiterverfolgt. Im Wege einer Hilfszwischenfeststellungswiderklage begehrt die Beklagte nun zudem für den Fall einer Klageabweisung die Feststellung einer monatlichen Minderung der Miete um 627,20 EUR.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, das Amtsgericht habe eine Minderung der Miete wegen der Folgen der Pandemie rechtsfehlerhaft abgelehnt. Es habe unberücksichtigt

gelassen, dass im Mietvertrag eine Sortimentsbindung und eine Betriebspflicht konstituiert sei. Insbesondere mit der Vorschrift einer Betriebspflicht des Mieters habe die Klägerin als Vermieterin in besonders augenfälliger Weise das Verwendbarkeitsrisiko übernommen. Eine uneingeschränkte Nutzbarkeit sei in der Zeit vom 20.04.2020 bis 01.11.2020 wegen des zwingend zu erstellenden und einzuhaltenen Hygienekonzepts nicht gegeben gewesen, weil hierdurch die Zahl der Personen vor Ort stark eingeschränkt worden sei. Als mangelhaft sei die Mietsache auch deshalb anzusehen, weil sie durch die Ansammlung von Aerosolen Gesundheitsgefahren berge. Für die Einschränkungen durch die hoheitlichen Eingriffe greife überdies § 134 BGB als Auslegungsregel ein. Für die Zeit des Teil-Lockdowns sei der Vertrag vorübergehend auf einen Erfolg gerichtet gewesen, der gesetzlich weder erwünscht noch erlaubt gewesen sei. Die Auslegung nach § 134 BGB führe zu dem Ergebnis, dass für die Schließungszeiten keine Miete geschuldet und für die Zeit vom 20.04.2020 bis zum 31.10.2020 die Miete angemessen herabzusetzen sei. Zu Unrecht habe das Amtsgericht auch die Herabsetzung der Zahlungsverpflichtung gemäß §§ 275, 326 BGB abgelehnt. Die Leistung des Vermieters erschöpfe sich nicht in der bloßen Überlassung des Raums. Vielmehr schulde er die Überlassung des Raums in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand. Unter Berücksichtigung der pandemiebedingten Einschränkungen sei der vertragsgemäße Gebrauch des Café-Bereichs aber unmöglich bzw. nur eingeschränkt möglich gewesen. Hieraus folge – entgegen der Ansicht des Amtsgerichts –, dass der Vermieter seiner Gebrauchsüberlassungspflicht nicht nachgekommen sei. Der Rückgriff des Amtsgerichts auf das Verwendungsrisiko des Mieters überzeuge nicht. Denn dies betreffe nur das “Wie”, nicht aber das im Zusammenhang mit dem Lockdown in Rede stehende “Ob” der Nutzung. In jedem Fall aber sei der Vertrag wegen der Auswirkungen der Pandemie nach § 313 BGB anzupassen gewesen. Der Anwendungsbereich sei nach der entsprechenden Klarstellung des Bundesjustizministeriums eröffnet. Soweit das Amtsgericht seine Entscheidung auf eine nicht hinreichend erkennbare drohende Existenzgefährdung gestützt habe, handele es sich um eine unzulässige Überraschungsentscheidung, weil insoweit erstinstanzlich kein Hinweis erteilt worden sei. Die damit verbundene Anknüpfung an das Verwendungsrisiko des Mieters erweise sich zudem als unzutreffend; vielmehr sei auf das Verwendbarkeitsrisiko des Vermieters abzustellen. Jedenfalls sei die Klage aber wegen der von ihr erklärten Aufrechnung mit den überzahlten Mieten für die Monate März und April 2020 abzuweisen gewesen. Denn insoweit sei die Klägerin ungerechtfertigt bereichert.

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt, das Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 10.11.2020 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Mit einer mit der Berufungsbegründung erhobenen Hilfszwischenfeststellungswiderklage für den Fall des Berufungserfolgs beantragt sie außerdem, festzustellen, dass die Miete für das streitgegenständliche Objekt monatlich um zumindest 627,20 EUR gemindert ist.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen und die Hilfszwischenfeststellungswiderklage abzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die Berufung hat keinen Erfolg.

1. Die Berufung der Beklagten ist unzulässig. Sie ist insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden.

2. In der Sache bleibt die Berufung erfolglos.

Das angefochtene Urteil beruht weder auf einem Rechtsfehler (§ 546 ZPO), noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine abweichende Entscheidung.

Zu Recht hat das Amtsgericht dem Kläger einen Anspruch auf Zahlung der rückständigen Miete für Mai 2020 zuerkannt.

a. Das angefochtene Urteil weist zunächst keine entscheidungserheblichen Rechtsfehler auf, soweit es eine Minderung der Miete wegen der Folgen der Pandemie abgelehnt hat.

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert, oder wenn ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Unter einem Mangel ist dabei die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten Zustand zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. So können bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände – etwa die Behinderung des beschwerdefreien Zugangs zu einem gemieteten Geschäftslokal – einen Fehler des Mietobjekts begründen. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (st. Rspr., vgl. nur BGH Urt. v. 13.7.2011 – XII ZR 189/09, BeckRS 2011, 21250 Rn. 8; BGH NJW 2000, 1714, jew. m.zahlr.w.N., beck-online). Neben der physischen Beschaffenheit kommen insoweit auch die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Mietgegenstands zu seiner Umwelt in Betracht, die für die Brauchbarkeit und den Wert des Mietobjekts von Bedeutung sind. Diese Beziehungen müssen jedoch ihren Grund in der Beschaffenheit des Mietobjekts selbst haben, von ihm ausgehen, ihm auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Mietsache liegen (BGH a.a.O.). An einer solchen unmittelbaren Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache fehlt es insbesondere bei Einschränkungen im Umfeld der Miete wie etwa dem Fehlen einer überdachten Zuwegung vom Bahnhof zum Mietobjekt und der Bestand ausreichender Parkmöglichkeiten (BGH a.a.O.). Auch fehlgeschlagene Verkaufs- und Gewinnerwartungen sind grundsätzlich kein Mangel (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 14. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 12). Insbesondere die Fragen, ob und in welchem Umfang potenzielle Kunden die Fußgängerzone besuchen, die Geschäfte in dem Neubaugebiet aufsuchen, und/oder durch die Attraktivität des – teil- oder vollbelegten – Einkaufszentrums angezogen werden und damit letztlich zu einem wirtschaftlichen Erfolg des Gewerbes in dem gemieteten Ladenlokal beitragen, beurteilen sich hingegen auf Grund von Umständen, die außerhalb des Mietobjekts liegen (BGH NJW 2000, 1714, beck-online).

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze hat das Amtsgericht die Annahme eines Sachmangels durch die Auswirkungen der SARS-CoV2-Pandemie zu Recht abgelehnt (so im Ergebnis insbes. auch OLG München NZM 2021, 226; OLG Karlsruhe NZM 2021, 224; OLG Frankfurt am Main NZM 2021, 395; jew. m.w.N., beck-online).

(1) Ohne Erfolg beruft sich die Berufung zunächst auf von der Mietsache ausgehende Gesundheitsgefahren. Denn vorliegend haften die Gesundheitsgefahren durch die Ansammlung von Aerosolen gerade nicht der physischen Beschaffenheit der Mietsache an wie dies etwa bei einer Schadstoffbelastung von Bauteilen der Fall ist (vgl. etwa OLG Hamm NZM 2003, 395, beck-online zu Asbestbelastung), sondern resultieren allein aus der konkreten Nutzung durch den Mieter. Der Umstand, dass die bauliche Geschlossenheit die Ansammlung der Aerosole gegenüber einer Situation unter freiem

Himmel begünstigt, rechtfertigt nicht, von einem Mangel der Mietsache auszugehen. Vielmehr ergeben sich die von der Beklagten bemühten Gesundheitsgefahren ausschließlich aus der tatsächlichen Beziehung der Mietsache mit ihrer Umwelt. Denn die Gesundheitsgefahren durch die Ausbreitung von Aerosolen können nur auftreten, wenn – wie die Beklagte in der Berufung korrekt beschreibt – eine infizierte Person die Mieträume betritt. Ob und welche Personen die Mietsache betreten sowie die Frage, ob diese eine Gesundheitsgefahr für andere bergen, beurteilt sich jedoch nicht anhand der physischen Beschaffenheit der Mietsache und weist auch keinen Einfluss auf die Brauchbarkeit des Mietobjekts für den vereinbarten Vertragszweck auf.

(2) Auch aus den hoheitlichen Einschränkungen kann die Beklagte nicht mit Erfolg eine Minderung der Miete herleiten.

Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Pachtverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Pachtobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel i.S.v. §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Pachtobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahmen, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Pächters. Denn der Verpächter von Gewerberäumen ist gemäß §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich verpflichtet, den Pachtgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Pächter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Pachtsache trägt bei der Gewerberaummieta dagegen grundsätzlich der Mieter. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Pachtobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Pächters aufgrund eines nachträglich eintretenden Umstandes nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Pächters. Das gilt auch in Fällen, in denen es durch nachträgliche gesetzgeberische oder behördliche Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs des Pächters kommt (BGH Urt. v. 13.7.2011 – XII ZR 189/09, BeckRS 2011, 21250 Rn. 9, m.zahlr.w.N., beck-online).

Unter Anwendung dieser Grundsätze, die auf gewerbliche Mietverhältnisse ohne Weiteres übertragbar sind, liegt in den Betriebsbeschränkungen durch die hoheitlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie im Frühjahr 2020 kein Sachmangel der Mietsache im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB. Dies gilt sowohl für die Beschränkungen die zu erstellende Hygienekonzepte als auch für den vorangegangenen “Lockdown”. Denn die Stilllegungsverfügung knüpfte nicht an bauliche Gegebenheiten, sondern an die Nutzungsart der betroffenen Baulichkeiten an (so im Ergebnis auch: OLG Karlsruhe, NZM 2021, 224 Rn. 15 OLG München NZM 2021, 226 Rn. 4; LG Mönchengladbach BeckRS 2020, 30731 Rn. 14; LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 27; vgl. zum Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz: BGH Urt. v. 13.7.2011 – XII ZR 189/09, BeckRS 2011, 21250, alle beck-online). Zweck der hoheitlichen Einschränkungen des Betriebs der Beklagten war der Schutz der Bevölkerung vor der (weiteren) Ausbreitung des Virus SARS-CoV2. Die baulichen Gegebenheiten der betroffenen Gebäude oder Gebäudeteile waren unerheblich. Den maßgeblichen Anknüpfungspunkt bildete vielmehr allein die Art der Nutzung der Gebäude und der Umstand, dass in den Einrichtungen Publikumsverkehr stattfindet (vgl. erneut BGH a.a.O.). Die Argumentation des Beklagtenvertreters im Verhandlungstermin, die Einschränkungen betreffen nicht nur das “Wie”, sondern vielmehr bereits das “Ob” der Nutzung, überzeugt gerade vor diesem Hintergrund nicht. Dies hat auch der weitere Verlauf der Pandemie gezeigt, in welchem die Gewerbebetriebe durch verschiedene neue Wege wie zum Beispiel “click and meet” oder Lieferdienste den Betrieb in veränderter Form fortführen konnten.

(3) Eine andere Beurteilung ist weiter auch nicht unter Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Betriebspflicht der Beklagten und der Sortimentsbindung geboten. Insbesondere lässt sich hieraus – anders als die Beklagte meint – jedenfalls im vorliegenden Fall auch keine (teilweise) Übernahme eines Verwendbarkeitsrisikos seitens des Klägers herleiten. Die Parteien können die Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters – ganz oder zum Teil – übernimmt. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung der getroffenen Vertragsvereinbarungen zu ermitteln (BGH NJW 2000, 1714, beck-online). Diese gemäß §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Auslegung stützt die Auffassung der Beklagten von einer Verlagerung der Risikoverteilung auf den Vermieter gerade nicht. Erforderlich hierfür wäre, dass der Vertrag konkrete Anhaltspunkte für eine Risikoübernahme durch den Vermieter erkennen ließe. Dabei kann es sich um Vereinbarungen handeln, die den Mieter in seinen unternehmerischen Entscheidungen über das übliche Maß hinaus einschränken, sein Geschäft nach dem äußeren Erscheinungsbild zu einem eingefügten Teil einer Anlage werden lassen, oder etwa dem Vermieter das Risiko einer Betriebsunterbrechung auch dann auferlegen, wenn nicht das vermietete Geschäft, sondern nur ein anderer Teil der Anlage dem Publikumsverkehr nicht mehr zugänglich ist (BGH NJW 2000, 1714, beck-online). Solche Vereinbarungen sind dem hier streitigen Vertrag auch unter Berücksichtigung der Sortimentsbindung und der Betriebspflicht nicht zu entnehmen. Die Festlegung eines Mietzwecks wie auch die Konstituierung einer Betriebspflicht ist vielmehr in einem Mietvertrag über Gewerberäume üblich (vgl. hierzu BGH a.a.O. zu weitergehenden Regelungen im Fall eines in einem Einkaufszentrum gelegenen Mietobjekts) und dient – auch außerhalb des Bereichs von Einkaufszentren – einem übergeordneten Interesse von Vermieter und Mieter bei der Mitgestaltung des Umfelds des Gewerbebetriebs. Dies gilt insbesondere bei Gewerbebetrieben, die – wie vorliegend die Beklagte – auf die Frequentierung durch Passanten angewiesen sind. Die von der Beklagten vertretene und auf die Entscheidung BGH NZM 2020, 429 gestützte Auffassung, die AGB seien wegen der Kumulierung von Konkurrenzschutzausschluss und Betriebspflicht mit Sortimentsbindung insoweit gemäß § 307 BGB unwirksam, vermag ebenfalls keine abweichende Risikoverteilung zu begründen. Denn die Unwirksamkeit kann unterstellt werden, ohne dass sich hieraus die teilweise Übernahme eines Verwendungsrisikos des Vermieters ergäbe.

(4) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte schließlich auch auf Auslegung des Vertragsinhalts im Lichte des § 134 BGB. Die seitens der Beklagten vertretene Auffassung, die Miete sei nicht (in voller Höhe) geschuldet, weil der Vertrag während der Beschränkungen vorübergehend auf einen verbotenen Erfolg gerichtet sei, überzeugt nicht. Gemäß § 134 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Die Vorschrift richtet sich gegen die Geltung rechtsgeschäftlicher Regelungen, deren Inhalt von einem Satz des positiven Rechts abgelehnt wird (MüKoBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, BGB § 134 Rn. 1). Aus dem Normzweck ergibt sich, dass sich die Vorschrift als Auslegungsregel vorliegend bereits nicht eignet. Denn die hoheitlichen Beschränkungen zur Eindämmung der Pandemie richteten sich gerade nicht gegen die Vermietung von Räumen zum Zweck des Betriebs von Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften oder auch nur gegen den Betrieb als solchen, sondern nur – vorübergehend – gegen die Öffnung des Geschäfts für den Publikumsverkehr (LG Mönchengladbach Urt. v. 2.11.2020 – 12 O 154/20, BeckRS 2020, 30731 Rn. 26; LG Dortmund Urt. v. 23.2.2021 – 12 O 359/20, BeckRS 2021, 4565 Rn. 21, jew. beck-online). Schon aus dem von vornherein als vorübergehend angekündigten und angeordneten Inhalt der Schließungsanordnung ergibt sich, dass diese lediglich die Öffnung der betroffenen Gewerberäume betraf und gerade keine Erstreckung auf die der Nutzung der Räume zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse beinhalten sollte. Eine Anwendung des § 134 BGB auch nur im Wege einer Auslegungsregel würde daher den Verordnungszweck überdehnen.

b. Keinen Rechtsfehler lässt das Urteil des Amtsgerichts auch erkennen, soweit es einen Entfall der Gegenleistungspflicht der Beklagten wegen einer Unmöglichkeit der Vermieterleistung verneint hat.

Es kann offen bleiben, ob und in welchen Fällen das allgemeine Leistungsstörungenrecht neben den mietrechtlichen Gewährleistungsregeln anwendbar bleibt. Denn jedenfalls dann, wenn kein Mangel im Sinne von Abs. 1 S. 1, § 536 BGB vorliegt, werden die allgemeinen Regeln nicht verdrängt (OLG München NZM 2021, 226, beck-online). Denn es liegt kein Fall der Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB vor. Der Mietvertrag der Parteien begründet – auch unter Berücksichtigung der Sortimentsbindung und Betriebspflicht – keine Pflicht des Vermieters, eine pandemiebedingte Öffnungsuntersagung zu verhindern oder zu beseitigen, um dem Mieter den Betrieb des als Mietzweck vereinbarten Geschäfts zu ermöglichen. Der Vermieter übernimmt nur das Risiko für die Änderung der gesetzlichen Bedingungen, die die Beschaffenheit der Mietsache betreffen (OLG München NZM 2021, 226, m.w.N. beck-online).

c. Als im Ergebnis rechtsfehlerfrei stellt sich schließlich auch die Entscheidung des Amtsgerichts dar, soweit es einen Anspruch der Beklagten auf eine Herabsetzung der Miete wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage abgelehnt hat.

Gemäß § 313 Abs. 1 BGB kann die Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Dies ist hier nicht der Fall.

(1) Die Vorschrift des § 313 BGB ist anwendbar. Soweit in Rechtsprechung und Literatur zunächst Zweifel im Hinblick auf eine mögliche Sperrwirkung des Art. 240 § 2 EGBGB geäußert wurden, ist die Frage durch eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers als ausdrückliche Reaktion auf diese Unsicherheit zwischenzeitlich geklärt. Die Regelung des Art. 240 § 7 EGBGB erlaubt keine Umkehrschlüsse außerhalb ihres direkten Anwendungsbereichs. Von ihr geht keine Sperrwirkung aus. Insbesondere wird die Anwendbarkeit von mietrechtlichen Vorschriften, etwa die Regelung zur Minderung wegen eines Mangels oder das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund, nicht ausgeschlossen. Auch die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, zum Beispiel zur Unmöglichkeit der Leistung und zum Wegfall der Gegenleistungspflicht, bleiben unberührt. Insbesondere bleibt auch § 313 BGB im Grundsatz anwendbar, wenn die Voraussetzungen von Art. 240 § 7 EGBGB bei Miet- oder Pachtverhältnissen nicht erfüllt sind; lediglich die durch Artikel 240 § 7 EGBGB neu eingeführte Vermutungswirkung tritt in diesem Fall nicht ein (BT-Drs. 19/25322, 19, 20).

(2) Ferner ist auch von einer Störung der Geschäftsgrundlage auszugehen. Dass eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, wird gemäß Art. 240 § 7 EGBGB nun grundsätzlich vermutet. Der Kläger hat nichts vorgetragen, was diese Vermutung widerlegen könnte.

(3) Allerdings fehlt es – wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat – an der Unzumutbarkeit, des Festhaltens am unveränderten Vertrag festzuhalten.

Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt gemäß § 313 Abs. 1 BGB noch nicht zu einer Vertragsanpassung. Es muss hinzukommen, dass dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten

Vertrag nicht zugemutet werden kann. Durch diese Formulierung kommt zum Ausdruck, dass nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung oder eine Kündigung (§ 313 Abs. 3 BGB) rechtfertigt. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (BGH NJW 2012, 1718 Rn. 30). Das sogenannte normative Merkmal des § 313 Abs. 1 BGB, dass also dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, wird von der Vermutungsregelung des Art. 240 § 7 EGBGB nicht erfasst. Im Rahmen der Zumutbarkeit ist von Bedeutung, wie stark sich die staatlichen Beschränkungen auf den Betrieb des Mieters auswirken. Ein Indiz für starke Beeinträchtigungen kann in erheblich zurückgegangenen Umsätzen, zum Beispiel im Vergleich zum Vorjahreszeitraum, liegen. Zu berücksichtigen ist auch, ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten hat, mit denen er die Umsatzauffälle infolge staatlicher Beschränkungen jedenfalls teilweise kompensieren kann, und ob er Aufwendungen erspart hat, weil er etwa Kurzarbeit angemeldet hat oder der Wareneinkauf weggefallen ist. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. § 313 BGB gewährt keine Überkompensation (BT-Drs. 19/25322, 21). Dabei kann weiter eine Rolle spielen, wie viele Jahre der Mietvertrag schon besteht und wie der Umsatz und Gewinn der letzten Jahre waren, so dass eine Möglichkeit bestand, Rücklagen zu bilden (OLG München NZM 2021, 226 Rn. 35, beck-online). Die Darlegungs- und Beweislast für die Merkmale des § 313 Abs. 1 BGB trägt dabei die Partei, die sich auf sie beruft (BT-Drs. 19/25322, 20), vorliegend mithin die Beklagte. Schon nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist danach kein Raum für die teilweise vertretene pauschale Betrachtungsweise, wonach angesichts des Umstands, dass keine der Parteien die Pandemie und die damit verbundenen Geschäftsschließungen und weiteren Folgen habe vorhersehen können, eine hälftige Teilung des Risikos und damit eine hälftige Teilung der Miete anzunehmen sei, weshalb es einer Darlegung der Umsatzauffälle nicht bedürfe (so auch OLG Karlsruhe NZM 2021, 224 Rn. 27; OLG München NZM 2021, 226 Rn. 35; a.A.: OLG Dresden NZM 2021, 231 Rn. 39; jew. beck-online). Denn dann würde die Vertragsanpassung lediglich an die Stelle der Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB treten, bei der es auf die Unzumutbarkeit der Zahlung der vollständigen Miete für den Mieter nicht ankommt (OLG München a.a.O.). Im Hinblick darauf, dass die Motive des Gesetzgebers vor allem klarstellenden Charakter haben und den vor der Pandemie bereits anerkannten Rechtsgrundsätzen entsprechen, bestehen auch keine Bedenken, diese Klarstellung zu den Wertungskriterien für die Annahme der Unzumutbarkeit auf den Zeitraum vor der gesetzgeberischen Klarstellung zu erstrecken.

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist es der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten auch im Rahmen der Berufung nicht gelungen, die Unzumutbarkeit, am unveränderten Vertrag festzuhalten, substantiiert darzutun. Dabei bedarf es vorliegend keiner Entscheidung zu der bisher nicht einheitlich entschiedenen Frage, ob bei der Betrachtung auf die einzelne Filiale oder den Gesamtkonzern abzustellen ist (vgl. für eine wohl zumindest auch filialbezogene Betrachtung OLG Karlsruhe NZM 2021, 224 Rn. 23; für den Gesamtkonzern: OLG München NZM 2021, 226 Rn. 35, beck-online). Denn die Beklagte hat weder hinsichtlich des Gesamtkonzerns noch hinsichtlich der Einzelfiliale eine Unzumutbarkeit der unveränderten Vertragsfortsetzung dargelegt. Insbesondere der Vortrag zu dem Gesamtkonzern ist vollständig pauschal geblieben.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Filiale vermag – worauf bereits das Amtsgericht zutreffend hingewiesen hat – ein Umsatzrückgang von 20 % eine solche Unzumutbarkeit noch nicht zu begründen. Denn es fehlt nach wie vor an hinreichendem Vortrag dazu, inwieweit dieser Umsatzrückgang, der gerade nicht ohne Weiteres mit einem entsprechenden Rückgang des Gewinns gleichzusetzen ist, tatsächlich zu erheblichen Beeinträchtigungen des Betriebs geführt hat. So ist eine Auseinandersetzung mit ersparten Aufwendungen durch den Wareneinkauf unterblieben. Weiterhin ist dem

Vortrag der Beklagten zu entnehmen, dass sie staatliche Hilfeleistungen in Form des Kurzarbeitergelds in Anspruch genommen bzw. durch die Anmeldung von Kurzarbeit Aufwendungen erspart hat. Es ist indes nicht erkennbar, dass diese Leistung von Seiten der Beklagten in die Kalkulation ihres Umsatzrückgangs und damit in die Betrachtung der Beeinträchtigung eingeflossen wäre. Zudem legt die Beklagte nicht konkret offen, wie hoch die ersparten Aufwendungen und Zuflüsse durch staatliche Leistungen waren. Die Bezugnahme auf den zwischenzeitlich erneut verordneten Lockdown vermag den Vortrag zu den Beeinträchtigungen im Frühjahr nicht zu ersetzen. Die Einbußen, die die Beklagte hierdurch erlitten hat und ggf. weiter erleidet, können nicht in die Zumutbarkeitsabwägung hinsichtlich eines Festhaltens am Vertrag für die Monatsmiete im Mai 2020 einbezogen werden (vgl. OLG Karlsruhe NZM 2021, 224 Rn. 26, beck-online). Auch auf Hinweis der Kammer hat die Beklagte zu diesen Fragen nicht weiter vorgetragen.

d. Im Ergebnis zu Recht hat das Amtsgericht der Verteidigung der Beklagten auch im Hinblick auf die erklärte Aufrechnung keinen Erfolg zugemessen. Denn die Beklagte beruft sich auch für die Monate März und April 2020 ohne Erfolg auf eine Herabsetzung der Miete.

Dabei begegnet die in den Entscheidungsgründen und der Streitwertfestsetzung zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung des Amtsgerichts, entgegen des ausdrücklichen Wortlauts handele es sich nicht um eine Hilfs-, sondern um eine Primäraufrechnung allerdings Bedenken. Denn die Beklagte verteidigt sich in erster Linie damit, die Miete im Mai sei aufgrund der Einschränkungen im Zusammenhang mit der Pandemie überhaupt nur in der gezahlten Höhe geschuldet gewesen. Bereits in der Klageerwiderung (Bl. 51 GA) hat die Beklagte ausdrücklich erklärt, die Miete für Mai 2020 sei gemindert bzw. nicht fällig bzw. bestehe allenfalls in Höhe von 80 %. Die Aufrechnung mit den vermeintlich überzahlten Mieten für März und April stellt insoweit nur eine Hilfsbegründung dar.

Die Aufrechnung geht gleichwohl ins Leere. Denn die Beklagte war auch im März und April 2020 nicht berechtigt, Teile der Miete einzubehalten bzw. zurückzufordern. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Auch hier hat die Beklagte nicht hinreichend individuell zu den Beeinträchtigungen durch die hoheitlichen Anordnungen in Reaktion auf die Pandemie vorgetragen.

e. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen weder auf den nachgelassenen Schriftsatz der Beklagten vom 17.06.2021, noch auf den weiteren Schriftsatz der Beklagten vom 28.07.2021 geboten.

3. Eine Entscheidung über die für den Fall der Klageabweisung im Berufungsrechtszug erhobene Hilfszwischenfeststellungswiderklage der Beklagten ist aufgrund der Unbegründetheit der Berufung nicht veranlasst.

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5. Die Revision war zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und zur Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich erscheint, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts sind gegeben, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Hierzu besteht Anlass, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder jedenfalls

verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungsweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (Kessal-Wulf in Beck/OK ZPO, 32. Ed. 2019, § 543 Rn. 23 m.w.N.). Dies ist aus Sicht der Kammer hinsichtlich der Frage der Fall, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Maßstäben wegen der Auswirkungen der SARS Cov2 Pandemie eine Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Darüber hinaus hat die Sache nach Einschätzung der Kammer vor diesem Hintergrund auch grundsätzliche Bedeutung. Denn sie wirft entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfragen die auf, sich über den Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen können und deshalb für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind (Kessal-Wulf in Beck/OK ZPO, 32. Ed. 2019, § 543, Rn. 19).