

Mögliche Auswirkungen des Coronavirus auf das Immobilienwirtschaftsrecht

1. FRAGESTELLUNG

Im Zusammenhang mit den aktuellen Geschehnissen stellt sich die Frage, welche Auswirkungen und Folgen das Coronavirus SARS-CoV-2 (vormals 2019-nCoV) (nachfolgend **Coronavirus**) auf Vertragsgestaltungen hat. Denn das Coronavirus, inzwischen von der World Health Organization (WHO) als Pandemie eingestuft, verbreitet sich in Deutschland immer weiter und die Folgen beeinträchtigen den alltäglichen Wirtschaftsverkehr bereits massiv. Es herrscht vor allem Verunsicherung angesichts der zunehmenden Zahl von Quarantänefällen und behördlichen Anordnungen. In diesem Zusammenhang entstehen insbesondere Unsicherheiten bedingt durch die als Folge von Nichteinhaltung vertraglich vereinbarter Pflichten, die wir im Folgenden für das Werkvertragsrecht in Ziffer 4., das Kaufvertragsrecht in Ziffer 5., das Bauträgervertragsrecht in Ziffer 6. sowie das Mietvertragsrecht in Ziffer 7. erläutern werden.

Aufgrund der historischen Einzigartigkeit der gegenwärtigen Pandemie sind die rechtlichen Auswirkungen des Coronavirus (höchst)richterlich naturgemäß noch nicht geklärt. Die jeweiligen Rechtsfolgen für die zu untersuchenden Gestaltungen sind daher nach der derzeitigen Rechtslage zu untersuchen. Es kann in diesem Zusammenhang jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die deutschen Gerichte in Zukunft die gesetzlichen Regelungen anders auslegen werden und die bisherige Rechtsprechung – soweit von Relevanz – aufgegeben wird. Auch ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass je nach Einzelfall eine unterschiedliche rechtliche Behandlung geboten sein kann, sodass sich eine pauschale Anwendung dieser Grundsätze auf jegliche Fallgestaltung ohne Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Umstände verbietet. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit haben wir die aktuelle Situation (Stand: 30. März 2020) zum Coronavirus in der Bundesrepublik Deutschland in Ziffer 3. verdeutlicht sowie die rechtlichen Konsequenzen bei der Nichteinhaltung vertraglicher Vereinbarungen in den Ziffern 4. bis 7. vorgestellt.

2. ZUSAMMENFASSUNG

2.1 Coronavirus als Höhere Gewalt

Ein begründeter Verdacht des Coronavirus stellt grundsätzlich eine höhere Gewalt dar. Zudem handelt es sich bei dem Coronavirus nach der Bewertung der WHO, der eine Indizwirkung zukommen kann, um eine Epidemie, die bereits im deutschen Reiserecht als höhere Gewalt angesehen wird. In Bauverträgen wird § 6 Abs. 2 Nr. 1c) VOB/B maßgeblich. Nach dieser Norm werden die Ausführungspflichten verlängert, wenn höhere Gewalt – wie vorliegend – einen Grund für die Behinderung des Auftragnehmers darstellt. Die Bauverträge auf Grundlage des BGB sowie die Kauf- und Mietverträge richten sich nach den Grundsätzen der Unmöglichkeit und der Störung und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Am 23. März 2020 wurde von der Bundesregierung ein Gesetzespaket zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht beschlossen, das am 25. März den Bundestag und am 27. März den Bundesrat passierte. Dieses beinhaltet besondere Regelungen zum Schutz von Mietern, Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Kleinstgewerbebetreibende insbesondere bei laufenden Verträgen über Energie, Wasser und Kommunikation. Es geht nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfes und der Intention der Bundesregierung also um andauernde Vertragsverhältnisse (Dauerschuldverhältnisse) über die Existenz wesentlicher Leistungen, wie etwa Leistungen der Grundversorgung, Strom, Gas, Telekommunikation und soweit zivilrechtlich geregelt auch Wasser. Unternehmen, die Bauverträge oder Kaufverträge mit Verbrauchern abschließen, können sich nicht auf diesen Gesetzesentwurf, sondern nur auf die Grundsätze der Unmöglichkeit und der Störung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage berufen.

2.2 Fehlendes Verschulden

Ein etwaiger Anspruch des Auftragnehmers oder Käufers auf Entschädigung bzw. Schadensersatz wegen der fehlenden (rechtzeitigen) Leistungserbringung dürfte an einem fehlenden Verschulden des Leistenden scheitern, da die behördliche Anordnung infolge der Pandemie ohne Verschulden des Leistenden erfolgt. Allerdings besteht bei Bauverträgen die Besonderheit aus § 6 Abs. 3 S. 1 VOB/B, nach der Auftragnehmer auch bei solchen Umständen zu einer Weiterführung verpflichtet werden, die von keinem Vertragspartner zu vertreten sind. Beide Vertragsparteien haben, wenn die Verzögerung länger als drei Monate andauert, die Möglichkeit zur Kündigung des Vertrages (§ 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B).

2.3 Force Majeure-Klausel

Liegt der Fall des Coronavirus und der höheren Gewalt vor, ist zur rechtlichen Einstufung maßgeblich, welche Regelungen im Vertrag beinhaltet werden. Findet sich im Vertrag eine Force Majeure-Klausel, ist es einfacher sich auf die höhere Gewalt zu berufen. Die Force Majeure-Klausel regelt eine Vereinbarung zwischen den Parteien im Falle des Eintritts höherer Gewalt. Durch diese steht es den Parteien frei, im Vertrag zu bestimmen, was höhere Gewalt ist und welche Konsequenzen (z.B. Auflösung des Vertrags, Aussetzung der Vertragspflichten oder Kündigungsrechte) zu ziehen sind. Das Vorliegen der Klausel berechtigt aber nicht in allen Fällen eine unbegrenzte Haftungsbefreiung. Hierbei ist im Einzelfall abzuwägen, ob es beiden Parteien zumutbar ist, an dieser Klausel festzuhalten.

2.4 Fall der Unmöglichkeit nach § 275 BGB

Sind keine vertraglichen Vereinbarungen vorhanden, kann im Zusammenhang mit der Behinderung aufgrund der Corona-Pandemie vorgebracht werden, dass der zur Leistung verpflichtete gem. § 275 BGB wegen einer objektiven Unmöglichkeit von seiner vertraglichen Verpflichtung sowie seiner Haftung frei wird, solange er die Situation nicht verschuldet bzw. bei zumutbarer Sorgfalt hätte verhindern können. Denn in diesem Fall ist vom Eintritt einer Situation auszugehen, die von den Vertragsparteien trotz ausreichender Sorgfalt nicht mehr beeinflusst werden konnte. Eine schlicht unmöglich zu erbringende Leistung kann damit auch nicht mehr vertraglich geschuldet sein. Der Verpflichtete wird dann von seiner Leistungspflicht frei und der Vertragspartner muss keine Gegenleistung bzw. Zahlung erbringen. Dies könnte etwa dann vorgebracht werden, wenn der Verpflichtete der Leistung eine unbegrenzte Anordnung der Behörde oder Aussicht auf eine Wiederaufnahme der Tätigkeit erhält. Auch eine Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB käme in Betracht, wenn etwa alle Mitarbeiter unter Quarantäne gestellt werden. Dem Auftragnehmer wäre es in den meisten Fällen schlichtweg nicht zumutbar neue Mitarbeiter für die Erfüllung seiner Pflichten einzustellen.

2.5 Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB

Zudem kann nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) vorgebracht werden, dass eine Situation gegeben ist, in der ein Ereignis eingetreten ist, das von keinem Vertragspartner vorhergesehen und mit entsprechender Sorgfalt auch nicht verhindert werden konnte. Die Vertragserfüllung muss jedenfalls für eine der Vertragsparteien nicht mehr zumutbar sein. In dieser Situation kann verlangt werden, den Vertrag auf den mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien anzupassen. Erst, wenn die Anpassung nicht mehr möglich ist oder einem der Vertrags-

partner nicht zugemutet werden kann, steht dem benachteiligte Teil das Recht zu vom Vertrag zurücktreten.

Das Coronavirus selbst ist kein Fall einer Geschäftsgrundlage. Es geht vielmehr darum, ob die entstehende Beeinträchtigung eine Störung der Geschäftsgrundlage darstellt. Die Störung und der Wegfall sind aber grundsätzlich nicht bei einer befristeten behördlichen Anordnung anzunehmen, da es sich um eine Leistungsstörung handelt, die anders – z.B. nach den Grundsätzen der Unmöglichkeit gelöst werden könnte.

2.6 Besonderheiten im Mietvertragsrecht

Im Mietvertragsrecht besteht die Besonderheit, dass der gewerbliche Mieter trotz behördlicher Anordnungen und dem Fall der höheren Gewalt weiterhin verpflichtet ist, die Miete in vollem Umfang zu zahlen, da weder ein Mangel am Mietobjekt, noch eine objektsbezogene Beschränkung vorliegt. Eine Mietminderung steht dem Mieter aus diesem Grunde nicht zu. Eine öffentlich-rechtliche Beschränkung durch die Behörde wegen der Corona-Pandemie, die den Gewerbebetreibenden verpflichtet, den Betrieb komplett oder ab einer bestimmten Zeit zu schließen, stellt einen betriebsbezogenen Umstand dar und liegt im Risikobereich des Mieters. Kürzt der Mieter unberechtigt seine Miete, kann der Vermieter ihm kündigen.

Jedoch kommt eine Kündigung des Mietvertrags in Frage, wenn ein Festhalten am Mietvertrag für den Mieter unzumutbar wird.

In diesem Zusammenhang und mit Bezug auf einen erweiterten Schutz der Mieter wurde zudem ein Gesetzesentwurf zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht beschlossen. Für Mietverhältnisse soll das Kündigungsrecht der Vermieter insoweit eingeschränkt werden, dass diese das Mietverhältnis wegen Mietschulden aus dem Zeitraum zwischen dem 1. April 2020 und dem 30. Juni 2020 nicht kündigen dürfen, sofern die Mietschulden auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhen. Hierbei hat der Mieter dem Vermieter mitzuteilen, dass er infolge der COVID-19 Pandemie zeitweise keine Miete zahlen kann. Dies muss er im Streitfall auch dem Vermieter glaubhaft machen. Dabei kann er sich entsprechender Nachweise, einer Versicherung an Eides Statt oder sonst geeigneter Mittel (wie etwa Bescheinigung der Gewährung staatlicher Leistungen oder Bescheinigungen des Arbeitgebers, so wie bei Gewerbeimmobilien der Vorlage von behördlichen Anordnungen) bedienen.

Nach einer im Gesetzesentwurf aufgenommenen Verordnungsermächtigung kann die Kündigungsbeschränkung sogar auf Zahlungsrückstände erstreckt werden, die im Zeitraum vom 1. Juli 2020 und 30. September 2020 entstanden sind, wenn zu erwarten ist, dass das soziale Leben, die wirtschaftliche Tätigkeit einer Vielzahl von Unter-

nehmen oder die Erwerbstätigkeit einer Vielzahl von Menschen durch die COVID-19-Pandemie weiterhin in erheblichem Maße beeinträchtigt bleibt. Die Verpflichtung der Mietzahlung bleibt jedoch im Grundsatz weiterhin bestehen. Die Kündigungsbeschränkung endet mit Ablauf des 30. September 2022.

Der Mieter, dessen Wohnung zum Zeitpunkt des Mietbeginns nicht bezugsfertig ist, kann jedoch gegen den Vermieter einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen. Bei Verzögerungen in Neubauwohnungen, die noch nicht fertig gestellt worden sind, kann dieser sogar den Vertrag fristlos kündigen. Auf das Verschulden des Vermieters kommt es nicht an.

3. ÖFFENTLICHE EMPFEHLUNGEN UND INFORMATIONEN

Zunächst werden die öffentlichen Empfehlungen zum Coronavirus vorgestellt. Das Robert-Koch-Institut (RKI) stuft aktuell folgende Gebiete als Risikogebiete ein: Italien, Iran, China: Provinz Hubei (inkl. Stadt Wuhan), Südkorea: Provinz Gyeongangbuk-do (Nord-Gyeongang), Frankreich: Region Grand Est (diese Region enthält Elsass, Lothringen und Champagne-Ardenne), Österreich (Bundesland Tirol), Spanien (Madrid), USA (Bundesstaaten Kalifornien, Washington und New York). Hierbei ist zu bedenken, dass die Situation täglich neu bewertet wird, welche gegebenenfalls eine Anpassung der Risikogebiete erforderlich macht. Aktuell ist der Stand wie folgt:

In allen deutschen Bundesländern wurde beschlossen, Kindergärten und Schulen zu schließen oder die Schulpflicht auszusetzen sowie teilweise alle Besuche in Pflegeheimen und Altenheimen zu verbieten. Das RKI informiert auf seiner Internetseite zudem, dass inzwischen in allen Bundesländern Infektionsfälle mit dem neuen Coronavirus bestätigt worden sind. Die Behörden sprechen sich vermehrt für Vorsichtsmaßnahmen bei erstem Verdacht aus und raten den Betroffenen dazu, in Quarantäne oder zu Hause zu bleiben.

Die aktuellen Vorkommnisse zeigen hinsichtlich des präventiven Verhaltens der Bundesrepublik Deutschland sogar auf, dass zahlreiche Großveranstaltungen abgesagt wurden. So wurde bis zum heutigen Tage geregelt, dass Veranstaltungen auf unbegrenzte Zeit abgesagt und verboten sind. Inzwischen sind auch in allen Bundesländern Schulen, Universitäten und Kitas geschlossen, Konzerte, Messen und Fußballspiele (betroffen sind vor allem die Bundesliga, Champions League und Europa League mit Ersatz in Form der Durchführung von Geisterspielen) sowie kulturelle Veranstaltungen abgesagt. Ein Ende oder eine zeitliche Beschränkung dieser Einschränkungen ist derzeit noch nicht absehbar. Es handelt sich nach Angaben des RKI um eine weltweit und in Deutschland sehr dynamische und ernst zu nehmende Situation. Bei einem Teil der Fälle sind die Krankheitsverläufe schwer, auch tödliche Krankheitsverläufe sind unvermeidlich. Die Zahl der Fälle in Deutschland steigt gegenwärtig weiterhin an.

Die Bundeskanzlerin Angela Merkel forderte die Bevölkerung zunächst am 12. März 2020 zu einer räumlichen Distanzierung voneinander und der Vermeidung sozialer Kontakte auf und bekräftigte dies in einer Ansprache an die deutsche Bevölkerung am 18. März 2020 mit Nachdruck, um die weitere Ausbreitung des Coronavirus zu bremsen. Außerdem legte die Kanzlerin nahe, alle planbaren Operationen durch Kliniken oder durch Patienten auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben, damit die Krankenhäuser mehr Kapazitäten für die Bewältigung dieser Pandemie vorhalten können. Auch wurde am 16. März 2020 beschlossen, die Grenzen der Bundesrepublik

für Nicht-Europäer zu schließen bzw. an den innereuropäischen Grenzen Einreisekontrollen durchzuführen.

Auch forderte Gesundheitsminister Spahn öffentlich alle Rückkehrer aus der Schweiz, Italien und Österreich auf, auch ohne Symptome in Quarantäne zu gehen.

Es bleibt nach wie vor dabei, dass alle denkbaren Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden und sich die Bevölkerung auf mögliche Szenarien vorbereitet, um eine ungebremste Verbreitung des Coronavirus zu vermeiden. Die Fürsorgepflichten des Auftraggebers und die Vorschriften der Baustellenverordnung (§§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1a, 4 Baustellenverordnung i.V.m. § 4 Nr. 1 ArbeitSchG) verpflichten den Auftraggeber auf Baustellen zu Gunsten des Auftragnehmers und der tätigen Mitarbeiter geeignete Schutzmaßnahmen zu treffen. Trotz aller Vorsichtsmaßnahmen bleibt hier zu berücksichtigen, dass das RKI (derzeit) einen begründeten Verdacht einer Infektion mit dem Coronavirus nur dann annimmt, wenn die folgenden Voraussetzungen liegen:

- 3.1.1 Die Person weist akute respiratorische Symptome jeder Schwere oder unspezifische Allgemeinsymptome auf und hatte Kontakt mit einem bestätigten Fall einer Infektion mit dem Coronavirus, oder
- 3.1.2 die Person weist akute respiratorische Symptome jeder Schwere auf und hatte einen Aufenthalt in einem Risikogebiet.

Ein begründeter Verdacht einer Infektion mit dem Coronavirus stellt grundsätzlich eine höhere Gewalt dar. Der Begriff der höheren Gewalt beinhaltet nach den allgemeinen Grundsätzen und der Rechtsprechung des BGH (BGH 23.10.1952 – III ZR 364/51) von außen auf den Betrieb einwirkende außergewöhnliche Ereignisse, die unvorhersehbar sind und selbst bei Anwendung äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung des wirtschaftlichen Erfolges des Unternehmens nicht abgewendet werden können. Zu den Entschuldigungsgründen der entstehenden Behinderungen und Ereignissen gelten auch schwere Krankheiten. Die höhere Gewalt muss jedoch zum Zeitpunkt der Nichtleistung oder Schlechtleistung vorliegen.

Aufgrund der Bewertung der WHO, es handele sich bei den weltweit auftretenden Infektionen mit dem Coronavirus inzwischen um eine Pandemie, spricht also vieles dafür, das Coronavirus als Fall höherer Gewalt einzustufen. Pandemien, Epidemien und Seuchen sind im deutschen Reiserecht bereits als höhere Gewalt angesehen worden (AG Augsburg, Urteil vom 09.11.2004 – 14 C 4608/03: SARS-Virus; AG Homburg, Urteil v. 2. September 1992 – 2 C 1451/92-18 Cholera).

4. RECHTLICHE BEWERTUNG - WERKVERTRAGSRECHT

4.1 Der begründete Verdacht liegt vor und die Arbeit wird nicht erbracht

Hierbei ist von der Konstellation auszugehen, dass die durch die Verbreitung des das Coronavirus bedingten Umstände es unmöglich machen, einen Vertrag zu erfüllen. Wenn etwa die Mitarbeiter des Auftragnehmers aufgrund einer Infektion mit dem Coronavirus erkranken oder durch behördliche Anordnungen in Quarantäne kommen und die vertraglich vereinbarte Leistung des Auftraggebers nicht erfüllt werden kann, gilt Folgendes:

4.1.1 Force Majeure

Der Fall einer Force Majeure-Klausel betrifft den Eintritt eines unabwendbaren und unvorhersehbaren schadenverursachenden Ereignisses von außen (objektive Voraussetzung), welches auch durch die äußerst zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch unschädlich gemacht werden kann (subjektive Voraussetzung). Enthält der Vertrag dazu keine Regelung, ist auf die gesetzlichen Vorschriften zurückzugreifen.

Ausgangspunkt ist, was die Klausel selbst als Force Majeure, also „Höhere Gewalt“ definiert. Die Frage des Vorliegens einer behördlichen Anordnung spielt hierbei eine zentrale Rolle. Der Grund für das Leistungshindernis auf Basis der behördlichen Anordnungen ist daher immer mit in die Prüfung der Anwendbarkeit einer Force Majeure-Klausel mit einzubeziehen.

Ist eine Force Majeure-Klausel im Vertrag geregelt, so sollte geprüft werden, ob die Klausel im Vertrag das konkrete Leistungshindernis (hier schwere Erkrankungen, Pandemie) überhaupt umfasst. Ist dies der Fall, bestimmen sich die weiteren Leistungsverpflichtungen nach den dortigen Regelungen. Unter Ziffer 5.1 wird näher auf die Anforderungen einer wirksamen Force Majeure-Klausel eingegangen.

Ist dies nicht der Fall, dann ist auf die Unmöglichkeit oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückzugreifen. Häufig findet sich in den vertraglichen Vereinbarungen eine Klausel, dass sich die Parteien verpflichten, über den Umgang mit auftretenden Leistungshindernissen zu verhandeln und eine gemeinsame Lösung zu finden.

4.1.2 § 275 Abs. 1 BGB – Unmöglichkeit

Wird die Leistungserbringung aufgrund der behördlichen Anordnung verhindert, dann liegt ein Fall höherer Gewalt aufgrund des begründeten Verdachts einer Infektion vor. Die Erbringung der Leistung wird sodann unmöglich und unmögliche Leistungen können nicht mehr vertraglich geschuldet sein. Der Schuldner wird deshalb von seiner Leistungspflicht befreit.

Hier müssen die Grundsätze der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB beachtet werden. Es handelt sich dabei um eine objektive Unmöglichkeit der Leistungserbringung, die zum gleichzeitigen Ausschluss der Gegenleistung führt. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Leistung ausgeschlossen, wenn die Leistung dem Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Hat der Auftraggeber z.B. auf die Leistung des Auftragnehmers vertraut und sich gegebenenfalls wirtschaftlich darauf eingestellt, wird diese Unmöglichkeit des Auftragnehmers meist mit Schadensersatzansprüchen und Mehrkosten des jeweiligen Auftraggebers sowie Dritter, soweit diese in den Schutzbereich einbezogen wurden, flankiert. Da der Ausbruch einer Pandemie – wie vorstehend erörtert – als höhere Gewalt einzustufen ist, kann durchaus von fehlendem Verschulden des Auftragnehmers für Verzögerungen ausgegangen werden. Denn das Vorliegen einer höheren Gewalt stellt grundsätzlich einen sog. objektiven Verzug dar. In diesem Fall kann der Auftraggeber entweder einer späteren Leistungserbringung zustimmen oder unter Setzung einer angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten. Einen Schadensersatzanspruch hat der Auftraggeber beim objektiven Verzug gegen den Auftragnehmer dagegen grundsätzlich nicht. Anders ist das nur, wenn den Auftragnehmer hinsichtlich des eingetretenen Verzugs ein Verschuldensvorwurf zu machen ist (subjektiver "Verzug").

Jedoch verbietet sich eine pauschale Bewertung. Vielmehr kommt es auf die Umstände im Einzelfall an. Besondere Beachtung verdienen die Fälle, bei denen das Leistungshindernis nur vorübergehend besteht. Wenn das Leistungshindernis nicht dauerhaft ist, liegt auch kein Fall absoluter Unmöglichkeit vor und in diesem Falle kann eine Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen angedacht werden.

Gem. § 275 Abs. 2 BGB kann der Auftragnehmer die Leistung auch verweigern, wenn der erforderliche Aufwand im Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Diese Fallgruppe wäre z.B. dann einschlägig, wenn der Auftragnehmer gezwungen wäre, neues Personal einzustellen, da das bisherige aufgrund der Erkrankung oder Anordnung der Quarantäne ausgefallen ist.

Bei der Unmöglichkeit wegen unverhältnismäßigem Aufwand muss sich der Auftragnehmer aber in jedem Falle darauf berufen, da es sich um eine sog. Einrede handelt. Wenn er diese Einrede nicht erhebt, wird er von seiner Leistungspflicht nicht frei. Auch hier kommt es darauf an, ob der Auftragnehmer die Situation bzw. Nichtleistung verschuldet hat

Schließlich kann der Auftragnehmer auch eine ihm persönlich obliegende Leistungspflicht verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung der Leistungshindernisse und des Leistungsinteresses nicht zugemutet werden kann, § 275 Abs. 3 BGB.

Der Auftragnehmer, der aufgrund des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) einem Tätigkeitsverbot unterliegt und z. B. durch häusliche Quarantäne (seiner Mitarbeiter) einen Verdienstausschlag erleidet, ohne krank zu sein, kann seinen Verdienstausschlag ebenfalls ersetzt verlangen. Für den Verdienstausschlag durch die Quarantäne und durch Tätigkeitsverbote können insbesondere alle Selbstständigen eine Entschädigung einfordern. Das Infektionsschutzgesetz gibt für diese Fälle vor, wie dieser Verdienstausschlag zu berechnen ist (§ 56 Abs. 3 Satz 1 und 3 IfSG). Bei Selbstständigen entscheidet der Gewinn aus selbstständiger Tätigkeit gem. Einkommensteuerbescheid. Ein Zwölftel davon gilt als Monatseinkommen. Nach aktueller Situation wurde von der BRD sogar ein 50 Milliarden Euro schweres Hilfspaket beschlossen.

4.1.3 § 313 BGB – Wegfall der Geschäftsgrundlage

Daneben kann eine Pandemie auch zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen. Ein solcher ist gegeben, wenn es einer Vertragspartei infolge eines Ereignisses aufgrund der in diesem Zusammenhang eintretenden Änderungen der dem Vertrag zugrunde liegenden Verhältnisse nicht mehr zugemutet werden kann, an dem Vertrag selbst weiter festzuhalten.

Dabei stellt das Auftreten des Coronavirus für sich genommen noch kein ausreichendes Ereignis in diesem Sinne dar. Ausschlaggebend ist vielmehr die Frage, ob die entstehenden hierdurch bedingten Beeinträchtigungen als Störung einer Geschäftsgrundlage angesehen werden können. Die Geschäftsgrundlage betrifft damit nur Umstände, die das sog. Äquivalenzinteresse stören. Hierunter versteht man Störungen, welche die Gleichheit von Leistung und Gegenleistung betreffen und nicht in die Risikosphäre nur eines Vertragspartners fallen.

Das könnte bei einer unbefristeten behördlichen Anordnung für lediglich einen oder auch beide Vertragsparteien angenommen werden, nach der für einen zunächst unbegrenzten Zeitraum die Erbringung der Leistung gestört wird. Mit einer solchen zeitlich unbegrenzten Anordnung würde sich die Erbringung der Leistung auf einen unbestimmten Zeitraum verzögern, sodass der Vertrag in der einmal eingegangenen Form keinen Sinn mehr ergibt. Anderenfalls, also etwa bei einer zeitlich befristeten Anordnung der Behörde, handelt es sich um eine normale Leistungsstörung, für die das Vertragsrecht andere Lösungen bereithält – z.B. Unmöglichkeit. Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil nach § 313 Abs. 3 S. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten.

Zu beachten sind die Vorschriften aus § 642 BGB, wonach eine Mitwirkung zu erfolgen hat. Unterbleibt eine Mitwirkung des Bestellers, kann der Werkunternehmer unter Umständen trotzdem seine Vergütung beanspruchen.

4.1.4 §§ 634 Nr. 3, 326 Abs. 5 BGB und § 313 Abs. 3 BGB– Kündigung des Vertrags

Es besteht auch die Möglichkeit, den Vertrag aufgrund von Unmöglichkeit zu kündigen (§§ 634 Nr. 3, 326 Abs. 5 BGB). Bei allen Verträgen, die über einen längeren Zeitraum dauern (Dauerschuldverhältnisse), kann der Vertrag auch unter den Bedingungen des § 313 Abs. 3 BGB gekündigt werden.

4.1.5 Bauverträge nach VOB/B

In Bauverträgen auf Grundlage der VOB/B richten sich etwaige Behinderungen wegen höherer Gewalt nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B. Danach sind die Ausführungsfristen angemessen zu verlängern, wenn höhere Gewalt der Grund für die Behinderung ist. Vertragsstrafen- oder Schadenersatzansprüche wegen einer Bauzeitverlängerung aufgrund der durch das Coronavirus bedingten Umstände sind hierbei ebenfalls ausgeschlossen, da es an einem Verschulden des Auftragnehmers fehlt. Auch eine außerordentliche Kündigung dürfte in diesen Fällen nicht gerechtfertigt sein. Eine Besonderheit besteht nach § 6 Abs. 3 S. 1 VOB/B darin, dass der Auftragnehmer bei Umständen, die von keinem Vertragspartner zu vertreten sind, zu einer Weiterführung verpflichtet ist. Allerdings hat der Auftraggeber, wenn die Verzögerung länger als drei Monate andauert, die Möglichkeit zur Kündigung des Vertrages gem. § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B. Die Kündigung kann auch schon vor dem Ablauf von drei Monaten erklärt werden, wenn sicher feststeht, dass die Unterbrechung länger als drei Monate dauern wird.

4.2 Der begründete Verdacht liegt nicht vor und die Arbeit wird nicht erbracht

Wird ein Mitarbeiter des Auftragnehmers gebeten, die Baustelle zu verlassen, obwohl die Voraussetzungen des begründeten Verdachts zum Zeitpunkt des Verweises nicht vorliegen (er also keine Symptome aufweist), führt dies grundsätzlich zum Annahmeverzug des Auftraggebers. Denn nur, wenn ein begründeter Verdacht auf eine Infektion mit dem Coronavirus besteht, haben die Parteien Vorsichtsmaßnahmen zu ergreifen, die den betroffenen Mitarbeiter von seiner Arbeitspflicht befreien und ihn am Tätigwerden hindern. Es stellt sich sodann die Frage, ob der Auftragnehmer aus diesem Grunde einen Anspruch auf Verzögerung oder Schadensersatz gegen den Auftraggeber hat. Dabei kommt es auch darauf an, welcher Risikosphäre die Auswirkungen des Coronavirus zuzuordnen sind.

Möchte der Auftragnehmer tätig werden und nimmt der Auftraggeber die Leistung aus Vorsorgegründen nicht an, ist festzustellen, ob der Auftragnehmer den Mitarbeiter durch einen anderen geeigneten Mitarbeiter ersetzen kann. Grundsätzlich hat der Auftragnehmer bei Behinderungen nämlich alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Ist es ihm

möglich einen Ersatz-Mitarbeiter für seine Leistungen zu finden, so hat er sich um diesen Ersatz auch zu bemühen. Dennoch hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Berücksichtigung der ihn in der Auftragsausführung behindernden Umstände, zu denen auch Erkrankungen von Mitarbeitern gehören. Ist etwa der Bauleiter bereits erkrankt (oder besteht der Verdacht einer Infektion) und kann er erst mit erheblicher Verzögerung ersetzt werden, muss dies auch berücksichtigt werden. Es besteht demnach die Möglichkeit, dass es dem Auftragnehmer gelingen wird vorzutragen, keinen geeigneten Ersatz für den betroffenen Bauleiter zur Verfügung stellen zu können. Gelingt dem Auftragnehmer die Darlegung, dass ein Ersatz nicht möglich ist, dann könnte es ihm auch gelingen, eine zeitliche Verzögerung darzulegen.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Ansprüche trägt zu allen anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Auftragnehmer. Macht der Auftragnehmer in diesem Fall einen Verzugsschaden geltend, so hat er darzulegen und zu beweisen, dass die Maßnahme des Auftraggebers (die Freistellung eines betroffenen Mitarbeiters) zu einer Verlängerung der Planungszeit geführt hat. Der Auftragnehmer hat vor allem den Nachweis zu führen, dass der geltend gemachte Verzug (oder Schaden) durch den Verzug mit einer Leistung entstanden ist, zu der der Auftraggeber verpflichtet war. Der Auftragnehmer muss folglich die Kausalkette beweisen, die vom Verzug mit einer Leistungspflicht über die schadensbegründenden Umstände (Erschwernis oder Behinderung) bis hin zu dadurch entstandenen Mehrkosten führt. Nur in diesem Fall kommt die Verlängerung der Bauzeit in Betracht. Die entsprechende Darlegung und Beweisführung Ausfalls bei Ausfall nur eines Mitarbeiters, der zur Bauzeitverlängerung führt, dürfte jedoch schwieriger ausfallen, als in einem Fall, in dem der gesamte Betrieb ausfällt. Kann der Auftragnehmer darlegen, dass der Ausfall des Mitarbeiters zu einer Verzögerung geführt hat, ist in diesem Fall die Geltendmachung der Verlängerung auch möglich.

Befindet sich der Auftraggeber dagegen in Verzug und können sowohl der Verzug als auch ein Schaden vom Auftragnehmer dargelegt werden, schuldet der Auftraggeber nach § 642 BGB eine entsprechende Entschädigung neben der Vergütung. Der Unternehmer kann also nicht nur die Vergütung verlangen, sondern auch einen Kompensat für die Folgen einer zeitlichen Verzögerung, insbesondere für die auflaufenden Fixkosten durch Personal und/oder Maschinenlaufzeiten, die durch die Vornahme der verspäteten Handlung entstehen.

5. RECHTLICHE BEWERTUNG – KAUFVERTRAGSRECHT

Leistungsketten (wie etwa Bauverzögerungen mit Auswirkungen auf Immobilienkaufverträge) bieten viel Angriffsfläche für Störungen der normalen Abläufe. Hier können sich Verzögerungen bis zum letzten Kettenglied hinziehen, sodass der jeweilige Verkäufer sich mit seiner Leistung bereits aufgrund von Bauverzögerungen von Immobilien und dem damit einhergehenden Bereitstellen der Kaufsache im Verzugsstadium befindet, obwohl die Verzögerung gar nicht selbst verschuldet war.

5.1 Vertragliche Vereinbarungen, Force Majeure-Klausel

Ein Grundstücks-Verkäufer dürfte sich im Falle der gegenwärtigen Corona-Pandemie auch fragen, ob er sich auf eine Force Majeure-Klausel gegenüber dem Käufer berufen kann, wenn er den ihm obliegenden Leistungspflichten nicht nachkommen kann, weil das noch zu errichtende, aber bereits veräußerte Objekt wegen eines Baustopps nicht rechtzeitig fertiggestellt wird. Dies wird insbesondere dann relevant, wenn ein Kaufvertrag geschlossen wird und der Verkäufer dem Käufer das Objekt aufgrund einer Bauverzögerung nicht rechtzeitig zur Verfügung stellen kann und sich hierdurch der Bezug auf unbestimmte Zeit verzögert.

Maßgeblich ist zunächst, ob und in wieweit die Parteien (wirksame) vertragliche Absprachen getroffen haben. Beinhaltend die vereinbarten Verträge speziellen Regelungen für die höhere Gewalt, wie etwa eine Force Majeure-Klausel, so muss geprüft werden, ob diese wirksam ist. Zudem stellt sich die Frage, wie lange der Käufer an die Klausel gebunden ist und ab welchem Zeitpunkt eine Unzumutbarkeit am Festhalten der Klausel angenommen werden kann.

5.1.1 Wirksamkeit der Force Majeure-Klausel

Zunächst muss der Inhalt der Klausel genau betrachtet werden. Insbesondere ist darauf zu achten, ob darin eine abschließende Aufzählung von Fällen höherer Gewalt erfolgt.

Die Klausel sollte im Kaufvertrag (sowie auch im Werkvertrag) eine Definition der Fälle von höherer Gewalt und die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Haftungsbefreiung regeln. Des Weiteren sollte die Klausel eine Befreiung von Schadenersatzpflichten, den Lauf einer Nachfrist und das Recht zur Vertragskündigung oder Vertragsauflösung der Lieferverträge beinhalten. Sofern die Klausel den Zusatz enthält, dass die Leistung im Falle höherer Gewalt nur „vorbehalten“ ist, muss der Verkäufer sich unverzüglich hierauf berufen, um von der Leistung frei zu werden. Sind diese vorgenannten Aspekte in der jeweiligen jedoch nicht geregelt, wird sie alleine deswegen nicht unbestimmt. Eine Klausel mit folgendem Wortlaut, die keine Definition beinhal-

tet, wird in der Praxis häufig verwendet und kann im Vertrag in der Gestalt aufgenommen werden:

"Behinderungen bei der Herstellung des Objekts aus Umständen, die vom Verkäufer nicht zu vertreten sind, z.B. höhere Gewalt, Streik, Ausführung von Sonderwünschen, verlängern die Frist um die Dauer der Behinderung."

(BeckFormB ZivilR, 2.Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung, beck-online)

5.1.2 Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit am Festhalten der Force Majeure-Klausel

Derjenige, der sich auf die Klausel beruft, ist grundsätzlich für das Vorliegen eines Falls von höherer Gewalt beweispflichtig. Die Force Majeure-Klausel befreit die Parteien wechselseitig für die Dauer der höheren Gewalt von ihren vertraglichen Leistungspflichten und stellt den Verkäufer – in AGB-rechtlich zulässiger Weise – von etwaigen Schadensersatzansprüchen frei. Ist die Dauer der höheren Gewalt jedoch nicht absehbar, weil etwa behördliche Anordnungen für unbestimmte Zeiträume erfolgen, werden viele Käufer vorbringen, dass ihnen das Zuwarten des Wegfalls der höheren Gewalt unzumutbar ist und sie sich vom Vertrag lösen.

In diesem Zusammenhang kann nicht bestimmt werden, wann das Festhalten an einer Force Majeure-Klausel unzumutbar ist. Dies wurde bisher nicht höchstrichterlich entschieden und wird auch in Zukunft im Einzelfall zu betrachten sein. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Käufer einer Immobilie bereits einen bestimmten Zeitpunkt für den Erwerb der Immobilie und den Einzug in diese für sich oder ihre Mieter vorgesehen haben und mitunter auch bereits weitere vertragliche Verpflichtungen eingegangen sind. Gerade im zuletzt genannten Fall drohen Erwerbenden hohe finanzielle Schäden. In diesem Zusammenhang muss jeder Fall für sich im Einzelnen betrachtet und entschieden werden, ob und ab welchem Zeitpunkt der Käufer vorbringen kann, dass das Festhalten an der Klausel nicht mehr zumutbar ist.

Jedenfalls besteht der Grundsatz, dass der Verkäufer das Beschaffungsrisiko hinsichtlich des von ihm verkauften Objekts trägt. In gravierenden Ausnahmefällen wie im Falle höherer Gewalt kann ein Anspruch auf Vertragsanpassung oder gar ein Rücktrittsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bestehen, wenn ein Festhalten am Vertrag nicht mehr möglich ist.

5.2 § 275 Abs. 1 BGB – Unmöglichkeit

Hinsichtlich der Befreiung von Leistungspflichten im Kaufrecht gelten ebenfalls die Grundsätze der Unmöglichkeit. Kann ein Verkäufer seine Leistungspflichten nicht erfüllen, ist zunächst entscheidend, ob er aufgrund der Folgen des Coronavirus von seiner Leistungspflicht befreit ist.

In diesem Zusammenhang ist sodann zu prüfen, ob die Leistung für ihn objektiv unmöglich oder nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand verbunden ist. Das bedeutet, dass nicht jeder Lieferengpass bzw. jede Verzögerung wegen des Coronavirus gleich zu einem Verzug und damit zu einer Haftung des Verkäufers führt. Hier kommt gegebenenfalls die Befreiung von der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit. Der Verkäufer ist dann aber verpflichtet, die Behinderung anzuzeigen und schadensmindernde Maßnahmen einzuleiten. Entscheidend ist vor allem im Einzelfall zu prüfen, wie weit die Pflichten des Verkäufers reichen und in wieweit dieser auch das Beschaffungsrisiko übernommen hat.

So ist bei behördlichen Anordnungen jedenfalls davon auszugehen, dass der Verkäufer nicht weiter tätig werden darf und das veräußerte Objekt nicht rechtzeitig zur Verfügung stellen kann. Behördliche Anordnungen führen, wie auch im Werkvertragsrecht, zu einer unverschuldeten Verzögerung und zur Annahme der Unmöglichkeit.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Verkäufer einer Immobilie dann von seinen primären Leistungspflichten befreit wird, wenn ihm die rechtzeitige Zurverfügungstellung des zu errichtenden Bauwerks objektiv unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Auch wenn diese Leistung gänzlich unzumutbar ist, kann die Leistungspflicht entfallen (§ 275 Abs. 2, 3 BGB). Die (sekundäre) Pflicht zum Schadensersatz bleibt zwar grundsätzlich weiterhin unberührt, im konkreten Fall entfällt sie jedoch wegen des fehlenden Verschuldens. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB schließt nämlich bei fehlendem Verschulden einen Schadensersatzanspruch aus. Umgekehrt wird die andere Partei, die das Objekt erworben hat, von ihrer Pflicht zur Gegenleistung frei (§ 326 Abs. 1 BGB). Das bedeutet dann, dass der Verkäufer von seiner Leistungspflicht und der Käufer von seiner Zahlungspflicht frei werden. Wurde bereits geleistet, so werden die Leistungen grundsätzlich rückabgewickelt.

5.3 § 313 BGB – Wegfall der Geschäftsgrundlage und Art. 79 Abs. 1 des UN-Kaufrechts (CISG)

Auch das in § 313 BGB kodifizierte Konzept der Störung der Geschäftsgrundlage kann hier herangezogen werden. Der entsprechende Umstand oder die Fehlvorstellung muss so bedeutsam gewesen sein, dass unzweifelhaft zumindest eine Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage gekannt oder vorhergesehen hätte (Kausalität).

Denn in Fällen von Umständen, von denen die Parteien bei Vertragsschluss nicht ausgegangen sind, führen hierauf beruhende Leistungerschwerungen regelmäßig zu unerwarteten Belastungen einer Partei. § 313 BGB ist aus diesem Grunde auch bei erheblichem Kostenaufwand infolge höherer Gewalt anwendbar (BGH NJW-RR 95, 1119; Koller NJW 96, 300 ff.). Ein solcher Kostenaufwand kann jedenfalls dann ange-

nommen werden, wenn das Coronavirus zur Folge hat, dass die Fertigstellung des Bauwerks über mehrere Jahre verzögert wird und dem Käufer unzumutbare Kosten wegen anderweitigem Verbleib in Übergangswohnungen oder wegen der Kündigung zahlreicher abgeschlossener Mietverträge für diese(s) Objekt(e) entstehen

Kann der Käufer also darlegen und beweisen, dass ein erheblicher Kostenaufwand durch die höhere Gewalt vorliegt, ist er berechtigt, Anpassung des Vertrags zu verlangen soweit ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Entsprechen hat es der Käufer, will er vom Kaufvertrag zurücktreten, darzulegen und zu beweisen, dass eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder ihm nicht zumutbar ist. Die Gerichte stellen regelmäßig allerdings hohe Anforderungen an die Unzumutbarkeit. Einschränkungen und Bestimmungen eines bestimmten Zeitraums (wie etwa ein Rücktritt nach zwei Wochen oder einem Jahr) können jedoch nicht pauschal genannt werden.

In ähnlicher Weise befreit Art. 79 Abs. 1 des UN-Kaufrechts (CISG) eine Partei von der Haftung für die fehlende Lieferung, wenn diese als Konsequenz einer unvorhersehbaren, außerhalb der Kontrolle der Partei liegenden Behinderung liegt.

5.4 §§ 280 ff. BGB – Schadensersatz und § 323 BGB – Rücktrittsrecht

Ist dem Verkäufer dagegen weiterhin möglich, das Objekt bereit zu stellen, dann liegt ein Verzug vor. In diesen Fällen steht dem Käufer neben dem Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 ff. BGB auch ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB zu. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet zwar ein Verschulden. Beweise sollten dennoch ohne weiteres zu erbringen sein. Zu beachten bleibt, dass Schadensersatzansprüche auch verschuldensunabhängig, z. B. wenn eine Garantiezusage mit entsprechendem Inhalt getroffen wurde, bestehen können. Ist der Rücktritt wirksam erklärt worden und dem Verkäufer zugegangen, so beginnt die Rückabwicklung des Kaufvertrags, also die Rückgewähr erbrachter Leistungen (§ 346 BGB).

6. RECHTLICHE BEWERTUNG –BAUTRÄGERVERTRÄGE

Auch im Rahmen von Bauträgerverträgen stellt sich die Frage, ob der Erwerber eines Grundstücks vom Veräußerer und Bauträger Schadensersatz verlangen kann oder diesem Rücktrittsrechte zustehen, wenn der Bau des Objekts aufgrund der Coronavirus-Pandemie verzögert wird.

6.1 Anwendbarkeit des Kauf- und Werkvertragsrechts

Gemäß § 650u Abs. 1 S. 1 BGB handelt es sich bei dem Bauträgervertrag um einen Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen. Der Bauträgervertrag ist eine Mischform aus dem Kauf- und Werkvertrag, auf den die allgemeinen Vorschriften (siehe oben) Anwendung finden. Bei Mängeln im Kaufvertrag gelten die §§ 434 ff. BGB, beim Werkvertrag sind es die §§ 633 ff BGB

Bei einem solchen Vertragsverhältnis schuldet der Bauträger (der zugleich meist auch der Verkäufer des Grundstücks und Bauunternehmer ist) als werkvertraglichen Erfolg das Bauwerk als körperliche Sache mit der Folge, dass er dem Erwerber gegenüber bei noch zu errichtenden Bauwerken gem. § 634 BGB wie ein Bauunternehmer haftet.

Häufig ist im Bauträgervertrag ein vom Bauträger verbindlich einzuhaltender Bezugs-termin oder Fertigstellungstermin genannt. Die termingerechte Herstellung eines Wohnhauses oder einer Eigentumswohnung gehört zu den wesentlichen Pflichten (Kardinalpflichten) eines Bauträgers und muss von diesem eingehalten werden. Befindet sich also der Bauträger in Verzug, weil der konkret vereinbarte Fertigstellungs-termin nicht eingehalten worden ist, so kann der Erwerber der Immobilie neben der Fertigstellung zusätzliche Schadenspositionen vom Bauträger verlangen. Unter die Schadenspositionen fallen etwa zusätzliche Mietzahlungen, die wegen Verzögerungen der Baufertigstellung vom Erwerber weiterhin gezahlt werden müssen, Mietausfall (sofern eine weitere Vermietung geplant war) zusätzliche Umzugskosten und Bereitstellungszinsen Der Bundesgerichtshof (BGH, AZ. VII ZR 172/13) hat im Jahre 2014 sogar entschieden, dass dem Käufer einer verspätet vom Bauträger fertig gestellten Immobilie ein fiktiver Nutzungsausfall zustand. Die jeweiligen Schadenspositionen müssen allerdings vom Käufer dargelegt und bewiesen werden.

Nur wenn die Bauverzögerungen tatsächlich auf höherer Gewalt beruhen, wie vorliegend beim Coronavirus, würden hieraus keine Ansprüche gegen den Bauträger entstehen. In Bauträgerverträgen sollte daher klargestellt werden, dass sich der Fertigstellungstermin infolge von Verzögerungen, die der Bauträger nicht zu vertreten hat,

verschieben kann. In diesem Fall kann bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen auf § 275 BGB und § 313 abgestellt werden.

7. RECHTLICHE BEWERTUNG – MIETVERTRAGSRECHT

Im Mietvertragsrecht sind hinsichtlich der Auswirkungen des Coronavirus folgende Konstellationen besonders interessant:

1. Der Mieter (ein Betrieb) ist verpflichtet, seinen Betrieb aufgrund von behördlichen Anordnungen ab einer bestimmten Uhrzeit oder vollständig einzustellen. Dadurch erleidet dieser zahlreiche Einkommenseinbußen und weitere finanzielle Schäden. Bestehen Mietminderungsansprüche oder ein Kündigungsrecht seitens des Mieters?

2. Der Vermieter kann dem Mieter das Mietobjekt aufgrund von Bauverzögerungen, die durch behördliche Anordnungen gegenüber dem beauftragten Bauunternehmen erfolgen, nicht rechtzeitig zur Verfügung stellen.

a) Dadurch entstehen dem Mieter, der auf einen rechtzeitigen Einzug vertraut und entsprechende Dispositionen getroffen hat, finanzielle Schäden, da er in der Übergangszeit etwa Hotelkosten oder Schadensersatzzahlungen gegenüber Dritten zu tragen hat. Kann der Mieter gegen den Vermieter Ansprüche geltend machen?

b) Dadurch entfallen dem Vermieter Mieteinnahmen und es entstehen finanzielle Schäden. Kann der Vermieter gegen das Bauunternehmen Ansprüche geltend machen?

7.1 Zu 1.: Der Mieter als Betrieb

Der gewerbliche Mieter – also etwa der Inhaber eines Gastronomiebetriebs, eines Geschäfts oder eines Hotels – kann, selbst wenn der Betrieb des jeweiligen Gewerbes durch die behördliche Maßnahme eingeschränkt wurde, keine Mietminderung vom Vermieter verlangen. Eine Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB kann der Mieter nämlich nur dann verlangen, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel hat. Und ein Mangel der Mietsache ist nur dann gegeben, wenn die Soll-Beschaffenheit der Mietsache von der vertraglich vereinbarten Ist-Beschaffenheit negativ abweicht, was bei einer Pandemie nicht der Fall sein wird. Ferner liegt eine Beschränkung aufgrund objektiver Umstände vor. Ist die Immobilie mangelfrei, kommt die Mietminderung oder ein Aussetzen der Miete folglich nicht in Betracht. Die durch das Coronavirus bedingte anhaltende Infektionswelle und die entsprechenden behördlichen Anordnungen bereiten gewerblichen Mietern daher zunehmend Sorge.

Denn öffentlich-rechtliche Beschränkungen und Anordnungen der Behörde führen nicht zu der Annahme von Mängeln an der Mietsache. Das OLG Dresden (Beschluss vom 1. Juni 2017, 5 U 477/17, juris) führte hierzu aus:

„Zwar können öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder -hindernisse zu einem Mangel der Mietsache (...) führen (...). Das gilt allerdings nur dann, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben.

Außerdem muss der Mieter durch die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Gebrauchshindernisse in seinem vertragsgemäßen Gebrauch auch tatsächlich eingeschränkt werden. Diese Voraussetzung ist regelmäßig nur dann erfüllt, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjektes durch ein rechtswirksames und unanfechtbares Verbot bereits untersagt hat; allerdings kann ein möglicher Sachmangel im Einzelfall auch darin gesehen werden, dass eine lang währende Unsicherheit über die Zulässigkeit der behördlichen Nutzungsuntersagung die begründete Besorgnis bewirkt, das Grundstück nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch nutzen zu können.“

Im vorliegenden Fall liegt die Ursache in betriebsbezogenen Umständen, nämlich darin, dass eine Ansammlung mehrerer Personen in den Räumen oder Lokalitäten des Mieters mit dem damit verbundenen Risiko einer weiteren Ausbreitung der Coronavirus-Infektionen mittels entsprechender behördlicher Anordnungen zur Schließung der Gewerbebetriebe unterbunden werden soll. Diese betriebsbezogenen Umstände sind nicht mit den objektbezogenen Umständen gleichzusetzen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991, XII ZR 63/90). Voraussetzung für objektbezogene Umstände wäre demgegenüber, dass die Nutzungsbeschränkungen der konkret vermieteten Sache ihre Ursache gerade in deren Beschaffenheit und Beziehung zur Umwelt haben und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters, was hier jedoch gerade der Fall ist.

Kürzt oder mindert ein Mieter also im vorliegenden Fall die Miete, obwohl er dazu nicht berechtigt ist, kann das zu Mietrückständen führen, die den Vermieter zur fristlosen oder auch ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses legitimieren. Auch in solchen besonderen Zeiten wie der Corona-Pandemie steht dem Mieter kein Recht zu einer Mietminderung zu, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Selbst, wenn er vorbringt, seine Liquidität sei aufgebraucht oder seine Existenz gefährdet.

Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, dass von der Bundesregierung am 23. März 2020 ein Gesetzesentwurf zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht beschlossen wurde. Der von der Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz Christine Lambrecht vorgelegte Entwurf enthält eine Vielzahl von Erleichterungen für diejenigen Mieter, die infolge der Pandemie ihren Zahlungsverpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht nachkommen können. Nach diesem Gesetz sollen Mieter von Wohn- und Gewerbeimmobilien vor Kündigungen geschützt werden. Im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche werden in Artikel 240 zeitlich befristet diese besonderen Regelungen eingeführt.

Für Mietverhältnisse soll das Kündigungsrecht der Vermieter insoweit eingeschränkt werden, dass diese das Mietverhältnis wegen Mietschulden aus dem Zeitraum zwischen dem 1. April 2020 und dem 30. Juni 2020 nicht kündigen dürfen, sofern die Mietschulden auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhen. Die Vorschrift erfasst grundsätzlich auch nur Zahlungsrückstände, die vom 1. April bis zum 30. Juni 2020 entstehen, da in diesem Zeitraum „erhebliche wirtschaftliche Verwerfungen“ durch die Corona-Krise zu befürchten sind. Damit haben Mieter und Pächter vom 30. Juni 2020 an über zwei Jahre Zeit, einen zur Kündigung berechtigenden Miet- oder Pachtrückstand auszugleichen. Ausgeschlossen sind sowohl die außerordentliche fristlose als auch die ordentliche Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses aufgrund solcher Mietrückstände. Entsprechendes gilt für die außerordentliche fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses über Grundstücke oder über Räume, die keine Wohnräume sind.

Ein Mieter sollte dem Vermieter mitteilen, wenn er infolge der COVID-19 Pandemie zeitweise keine Miete zahlen kann. Er muss dies im Streitfall dem Vermieter auch glaubhaft machen. Dabei muss er Tatsachen darlegen, aus denen sich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass seine Nichtleistung auf der COVID-19-Pandemie beruht. Zur Glaubhaftmachung kann er sich entsprechender Nachweise, einer Versicherung an Eides Statt oder sonst geeigneter Mittel bedienen. Dafür kann er einen Nachweis der Antragstellung beziehungsweise die Bescheinigung über die Gewährung staatlicher Leistungen, Bescheinigungen des Arbeitsgebers oder andere Nachweise über das Einkommen beziehungsweise über den Verdienstausschlag vorlegen. Mieter oder Pächter von Gewerbeimmobilien können dies auch dadurch glaubhaft machen, indem sie die behördliche Verfügung vorlegen, mit denen ihnen der Betrieb untersagt oder erheblich eingeschränkt worden ist. Dies betrifft derzeit etwa Gaststätten oder Hotels, deren Betrieb zumindest für touristische Zwecke in vielen Bundesländern untersagt ist.

Nach einer im Gesetzesentwurf aufgenommenen Verordnungsermächtigung wird die Bundesregierung weiterhin dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Kündigungsbeschränkung auf Zahlungsrückstände zu erstrecken, die im Zeitraum vom 1. Juli 2020 und 30. September 2020 entstanden sind, wenn zu erwarten ist, dass das soziale Leben, die wirtschaftliche Tätigkeit einer Vielzahl von Unternehmen oder die Erwerbstätigkeit einer Vielzahl von Menschen durch die COVID-19-Pandemie weiterhin in erheblichem Maße beeinträchtigt bleibt.

Mit der Regelung soll verhindert werden, dass Mieter von Wohnräumen, Grundstücken und Räumen, die keine Wohnräume sind, sowie Pächter in dem Zeitraum, in dem nach den derzeitigen Erwartungen die COVID-19-Pandemie zu erheblichen wirtschaftlichen Einbußen führen wird, die Miet- oder Pachtsache infolge von auflaufen-

den Zahlungsrückständen verlieren. Die Verpflichtung der Mietzahlung bleibt jedoch im Grundsatz weiterhin bestehen. Die Kündigungsbeschränkung endet am 30. Juni 2022, spätestens jedoch bei Anwendung des § 4 (Verordnungsermächtigung) mit Ablauf des 30. September 2022.

Wird der Mieter als Betreiber selbst unter Quarantäne gestellt, so hat er Entschädigungsansprüche nach § 56 des Infektionsschutzgesetzes, die eine angemessene Entschädigung für die zu leistende Miete während der Quarantäne umfassen kann.

Ausgangspunkt der Betrachtung der Beendigungsmöglichkeiten durch den Mieter ist ebenfalls der mietrechtliche Grundsatz, dass der Mieter eine außerordentliche Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB nur auf wichtige Gründe stützen kann, die in der Person oder in der Sphäre des Vermieters gesetzt werden. Dies ist hier nicht der Fall, denn den Grund für Schließung der Lokalitäten und Nichtdurchführung von Veranstaltungen setzt nicht der Vermieter, sondern eine behördliche Anordnung. Auch hier gilt, dass der Grund für die fehlende Nutzungsmöglichkeit eben nicht in der Beschaffenheit der Räume zu sehen ist. Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs.1 BGB liegen damit nicht vor.

Auch ein Fall der Unmöglichkeit, bei welcher ein Mietverhältnis sogar ohne Kündigung als beendet gilt, lässt sich hier nicht annehmen, da es dem Mieter grundsätzlich möglich ist, Räume für den vereinbarten Mietzweck zu nutzen, aber aufgrund von bestimmten Umständen eine Einschränkung ausgesprochen wurde. Nur deswegen darf für einen bestimmten Zeitraum kein Betrieb in diesen Räumen stattfinden.

Es handelt sich also um einen Fall, in welchem dem Mieter die Verwendung des Mietobjekts für den vertraglich vorausgesetzten Mietzweck allein aufgrund öffentlich-rechtlicher Anordnung nicht möglich ist.

Das Erfüllungshindernis allein in die Risikosphäre des Mieters zu verlegen, könnte im Hinblick auf die aktuelle Situation allerdings unangemessen sein. Zwar liegt kein Mangel der Mietsache vor. Genau so ist aber auch nicht von einem Hindernis des speziellen Betriebs auszugehen. Der Gewerberaum, im der Mieter das Gewerbe betreibt, wird wegen der behördlichen Anordnung nicht mehr genutzt werden können. Der Eintritt der höheren Gewalt führt daher dazu, dass damit zuletzt lediglich die Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB verbleibt. Die Geschäftsgrundlage wird aus den gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Parteien gebildet. Eine Anpassung oder Kündigung scheidet dann aus, wenn die Kündigungsgründe zum Risikobereich des Mieters gehören, weil die vertragliche Risikoverteilung von einer geänderten Geschäftsgrundlage unberührt bleiben muss. Zwar trägt der Mieter grundsätzlich das Risiko für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung der Mietsache selbst. Und auch sind an

die Annahme einer Änderung der gesetzlichen Risikoverteilung strenge Anforderungen zu stellen.

Gleichwohl wird man durchaus die Auffassung vertreten können, dass mit der gegenwärtigen Coronavirus-Pandemie ein Ausnahmefall einer nicht vorhersehbaren tatsächlichen Entwicklung besteht, für welche der Mieter das Verwendungsrisiko nicht (alleine) zu tragen hat. Charakteristisch in diesen Fällen gerade ist, dass Veranstaltungen und Ansammlungen mehrerer Personen in einer Gastronomiebetrieb nicht einem bestimmten Mieter alleine, sondern vielmehr allgemein durch behördliche Anordnung untersagt werden. Die behördlichen Anordnungen stellen eine Behinderung und folglich eine Störung der Geschäftsgrundlage dar.

Die Umstände, die zur Untersagung führen, namentlich die Infektionsgefahr, unterfallen damit nicht allein dem allgemeinen unternehmerischen Risiko des Mieters (Krankheit in der Person des Mieters bzw. seiner Mitarbeiter, etc.), welches er selbst zu tragen hat, sondern betreffen alle Gewerbetreibende im Geltungsbereich der Anordnung. Es handelt sich also um eine Ausnahmesituation. Andererseits ist hier zu berücksichtigen, dass der Vermieter für die derzeitige Situation ebenfalls kein Verschulden trägt und in zahlreichem Ausmaß durch einen Ausfall von Mieteinnahmen Einbußen erleiden würde.

Der BGH (BGH, XII ZR 63/90 v. 11.12.1991) hat jedoch entschieden, dass eine Anpassung nach dem Gedanken des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausscheidet, da diese Regelungen dem Anwendungsbereich des Mietmängelgewährleistungsrechts vorbehalten sind.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass eine Kündigung des Vertrages über die Anmietung der Gastronomie nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Falle einer behördlichen Untersagungsverfügung aber denkbar ist, soweit es dem Mieter unzumutbar ist, die Miete zu zahlen. Es muss also genau bewertet werden, ob (1) die Parteien eine abweichende vertragliche Regelung getroffen hätten, hätten sie den Ausbruch einer Pandemie mit den gegenwärtigen Auswirkungen vorausgesehen und (2) ob dem Mieter das Festhalten am unveränderten Vertrag zumutbar ist.

Zu beachten ist, dass der BGH für Gewerberaummietverträge immer wieder betont hat (vgl. u.a. BGH XII ZR 131/08 v. 03.03.2010), dass es in den Verantwortungsbereich des Mieters von Gewerberaum fällt, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der von ihm gewählten Lage abzuschätzen. Denn auch in Krisenzeiten gilt der Grundsatz "pacta sunt servanda" (Verträge sind einzuhalten) unverändert fort. In dieser Entscheidung handelte es sich jedoch nicht um einen Fall der höheren

Gewalt. Die aktuelle Situation lässt es zu, die höchstrichterliche Entscheidung aus diesem Grunde im Hinblick auf die Corona-Pandemie anders zu bewerten.

Ob die Unzumutbarkeit auch bei Schließungen ab 18:00 Uhr oder bei vollständiger Schließung angenommen werden kann, ist daher im Einzelfall zu prüfen. Jedenfalls kann das neue Gesetz für den Mieter in der Krisensituation einen gewissen Schutz bieten, wenn dieser aufgrund der derzeitigen Corona-Pandemie nicht in der Lage ist, die Miete zu entrichten.

Neben vertraglichen Hauptpflichten treffen die Parteien auch ohne explizite Regelungen Fürsorge- und Schutzpflichten. So könnte der Mieter den Vermieter ansprechen und um eine vorübergehende Reduktion der Miete oder Stundung bitten. Denn der Vermieter wird kein Interesse haben, dass der Mieter in Liquiditätsschwierigkeiten gerät und den Betrieb schließen muss. Mit der Corona-Krise haben die Parteien erhöhte Informationspflichten und der Vermieter muss über die behördlichen Anordnungen in Kenntnis gesetzt werden.

7.2 Zu 2a.: Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter

Grundsätzlich ist es Aufgabe des Vermieters, die Mietsache vertragsgemäß zur Verfügung zu stellen. Der Mieter trägt sodann ab Übergabe der Mietsache das Verwendungsrisiko.

In den vorliegenden Konstellationen besteht aber die Besonderheit, dass die Mietsache von dem beauftragten Bauunternehmer nicht rechtzeitig fertig gestellt werden kann und damit nicht bezugsfertig ist, sodass dadurch finanzielle Schäden für den Mieter entstehen können. Solche Schäden können etwa entstehen in Folge der Kündigung der bisherigen Wohnung, der Verschiebung des geplanten Einzugs und dem Verbleib in anderweitigen kostenpflichtigen Unterbringungen. Oft steht bereits der nachfolgende Mieter vor der Tür und will einziehen. Wenn der Mieter Schadensersatzansprüche geltend macht, stellt sich hier die Frage, ob der Vermieter diese zu tragen hat oder sich auf die Grundsätze der Unmöglichkeit berufen kann.

Wenn die Wohnung zum Einzugstermin noch nicht fertig ist, ist der Vermieter nicht in der Lage, seine Pflichten aus dem Mietvertrag zu erfüllen. Gem. § 535 Abs. 1 BGB besteht die Hauptpflicht des Vermieters insbesondere darin, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren.

Das Amtsgericht Köln hat entschieden, dass wenn die Wohnung zum Mietbeginn nicht bezugsfertig ist, der Vermieter für die daraus entstandenen Schäden haftet, (Amtsgericht Köln, Az.: 209 C 542/02). Auch eine im Mietvertrag enthaltene Regelung, dass das Mietverhältnis am vereinbarten Einzugstermin beginnt, soweit die

Wohnung bezugsfertig oder beziehbar ist, sahen die Richter am Amtsgericht als unwirksam an. Ferner sei der abgeschlossene Mietvertrag, der die Übergabe zu einem vorher festgelegten Datum vorsah, ein absolutes Fixgeschäft. Kann der Mieter die Wohnung nicht zum vereinbarten Termin beziehen, so darf er die Miete bis zum Einzug um 100 Prozent mindern und die Kautions zurückbehalten. Eine solche Mietminderung ist jedoch nur dann interessant, wenn der Mieter in absehbarer Zeit in die Wohnung ziehen kann. Zudem kann der Mieter Schadensersatz vom Vermieter verlangen, wenn ihm Kosten für die Einlagerung der Möbel oder eine zwischenzeitliche Unterkunft entstehen. Maßgebend ist dabei das Ausmaß der Beeinträchtigung. Im Zusammenhang mit der aktuellen Situation ist unklar, in wie weit diese Grundsätze anwendbar sind, da der Vermieter ebenfalls an den Folgen des Coronavirus und den behördlichen Anordnungen Schäden erleidet.

Doch im Grundsatz und gemessen an der Rechtslage gilt so lange nichts anderes von den Gerichten vertreten wird, dass bei Verzögerungen hinsichtlich Neubauwohnungen, die noch nicht fertig gestellt worden sind, der Mieter das Recht hat, den Vertrag fristlos zu kündigen. Inwieweit der Vermieter die Situation zu verantworten hat, ist in diesem Falle auch belanglos. Er haftet dafür, dass er den Mietvertrag nicht erfüllen kann. Allein dieser Umstand begründet das Mietminderungsrecht.

Es gibt zwar noch keine aktuellen Entscheidungen zu solchen mietrechtlichen Konstellationen, die die Auswirkungen des Coronavirus behandeln und die benachteiligte Position des Vermieters berücksichtigen. Es sprechen jedoch gute Argumente dafür, dass auch der Vermieter, der aufgrund der behördlichen Anordnungen und Verzögerungen benachteiligt wird, Schutz erhält. Jedenfalls steht ihm das Recht zu, sich wegen der Schäden an den Unternehmer zu wenden.

7.3 Zu 2b.: Ansprüche des Vermieters gegen den Dritten

Wie bereits in Ziffer 4 und 6 behandelt, kann der Vermieter als Eigentümer sich an die Baufirma bzw. Unternehmer wenden, um seine Ansprüche geltend zu machen. Hierzu wird auf die Ausführungen in Ziffer 4 und 6 verwiesen.

Wenden Sie sich bei Fragen zu diesem Thema gerne an [Klaus Beine](#) und [Dr. Angela Kogan](#).