

Zivilrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Covid-19: eine Betrachtung der georgischen Rechtslage aus deutscher Sicht

*Ulrich Hagenloch
ehemaliger Präsident des Oberlandesgerichts Dresden*

I. Allgemeine Lage in Deutschland und in Georgien

Die Covid-19-Pandemie hat sowohl in Georgien als auch in Deutschland eine ganze Reihe von neuen Rechtsfragen aufgeworfen. Im Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Aufsatzes (Mitte Februar 2021) lagen in Deutschland zu einigen Problemstellungen Entscheidungen erstinstanzlicher Gerichte vor. Veröffentlichte Entscheidungen von Obergerichten sind aber noch nicht ergangen.

Die rechtliche Ausgangslage ist in Georgien und in Deutschland im Wesentlichen vergleichbar. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber in Art. 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) zu den coronabedingten Leistungsstörungen einige Sonderregelungen erlassen, welche das georgische Recht so nicht kennt. Von Interesse für die georgische Rechtslage könnte dabei insbesondere die zum Jahresbeginn 2021 in Kraft getretene Regelung in Art. 240 Abs. § 7 EGBGB sein (dazu näher unter V. 4. d) aa)):

§ 7 Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen

(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der

COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

(2) Absatz 1 ist auf Pachtverträge entsprechend anzuwenden.

a) Beim Vergleich der beiden Rechtsordnungen ist zudem zu berücksichtigen, dass sich in der sprachlichen Fassung von § 313 BGB einerseits und von Art. 398 ZGB andererseits gewisse Unterschiede ergeben:

„§ 313 BGB - Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauer-schuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.“

„Artikel 398 ZGB - Anpassung des Vertrages an veränderte Umstände

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertrags-schluss ersichtlich verändert und hätten die Par-teien diesen Vertrag nicht oder mit anderem In-halt geschlossen, wenn sie diese Veränderungen vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrages an die veränderten Umstände verlangt werden. Im umgekehrten Fall kann von einem Teil unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände das strenge Festhalten am unveränderten Ver-trag nicht verlangt werden.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn die Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch her-ausstellen.

(3) Die Parteien haben zunächst zu versuchen, den Vertrag an veränderte Umstände anzupas-sen. Ist eine Anpassung des Vertrages nicht mög-lich oder ist ein anderer Teil damit nicht einver-standen, so kann der Teil, dessen Interessen ver-letzt wurden, vom Vertrag zurücktreten.“

Ob der georgische Gesetzgeber mit dieser abweichenden sprachlichen Fassung nennenswerte Unterschiede gegenüber dem kontinental-europäischen Rechtsverständnis (clausula rebus sic stantibus; Wegfall der Geschäftsgrundlage) schaffen wollte, soll offen bleiben. Da der

Grundsatz der Vertragstreue auch das georgische Recht prägt, wird aber im Folgenden davon ausgegangen, dass das georgische Recht mit Art. 398 ZGB zumindest keine grundlegend andere Konzeption verfolgt als die zentraleuropäische Rechtsordnung mit den Grundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage.

b) Die nachfolgende Darstellung basiert auf den in der deutschen Rechtsprechung aus § 313 BGB abgeleiteten Rechtsprinzipien. Sollte Art. 398 ZGB geringere Anforderungen an eine Anpassung an veränderte Verhältnisse stellen, würde dies nichts an der generellen rechtlichen Vorgehensweise ändern, sondern nur zu einer Verschiebung der Grenzziehungen führen, also eine Vertragsanpassung auch bei weniger hohen Anforderungen an die Unzumutbarkeit eröffnen.

II. Allgemeine Problemstellungen

Bei der Diskussion über die zivilrechtlichen Folgen der Covid-19-Pandemie fällt auf, dass ein gewisser Fokus auf die Frage gerichtet wird, ob eine Vertragsanpassung wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu erfolgen habe. Dieser Aspekt mag auch im Ergebnis einer der wichtigsten sein. Rechtsdogmatisch ist er aber der letzte in der Prüfungsreihenfolge. Das folgt daraus, dass eine Anwendung der Grundsätze der Geschäfts-grundlage ausscheidet, wenn die Störung des Vertragsverhältnisses zur Unmöglichkeit der Lei-stungserfüllung führt oder wenn der gegenständli-che Regelungsbereich des Minderungs- oder ei-nes sonstigen Gewährleistungsrechts betroffen ist. Des Weiteren muss vor einer etwaigen Ver-tragsanpassung nach den Grundsätzen zum Weg-fall der Geschäftsgrundlage geprüft werden, ob die Leistungsstörung ihre Ursache in der vertraglichen Risikosphäre einer Partei hat. Ist dem so, kann es zu einer Vertragsanpassung zu-mindest nicht ohne Weiteres kommen.

III. Unmöglichkeit

1. Deutsche Rechtslage

Ist die Erfüllung einer Leistungspflicht in Folge der Covid-19-Pandemie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich geworden, verbleibt es im deutschen Recht bei dem Grundsatz, dass die Hauptleistungspflicht des Schuldners entfällt (§ 275 Abs. 1 BGB). Gemäß § 275 Abs. 4, § 326 BGB ist dann auch die Gegenleistung nicht zu erbringen, sofern für die Unmöglichkeit nicht der Gläubiger allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Hierbei ist unerheblich, ob die Leistungserbringung für jedermann (**objektive Unmöglichkeit**) oder nur für den Schuldner (**subjektive Unmöglichkeit/Unvermögen**) unmöglich geworden ist. Liegt eine solche Unmöglichkeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen vor, bleibt für eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Geschäftsgrundlage von vornherein kein Raum.¹ Es kommt dann für die weitere Abwicklung des Rechtsverhältnisses nur noch darauf an, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht.

Ob dem Schuldner eine **Exkulpation** (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) bei einer coronabedingten Unmöglichkeit gelingt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Zumindest bei Rechtsverhältnissen, die vor Bekanntwerden der Pandemie begründet wurden, wird aber tendenziell von einer Exkulpation auszugehen sein. Der Auftragnehmer/Verkäufer trägt zwar bei einem Austauschvertrag das Beschaffungsrisiko. Insbesondere wenn er einen vollkaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb unterhält, hat er auch gewisse Vorkehrungen dafür zu treffen, dass er bei vorhersehbaren Leistungerschwernissen (etwa bei Lieferschwierigkeiten eines Vorlieferan-

ten) leistungsfähig bleibt.² Auf den teils weltweiten Zusammenbruch von Lieferketten, wie er vor allem zu Beginn der Covid-19-Pandemie bei einigen Produkten eingetreten ist, hatte sich aber selbst ein sorgfältig agierender Kaufmann nicht ohne Weiteres einzustellen. Anders stellt sich dies aber dar, wenn sich ein Schuldner nach Bekanntwerden der Pandemie zu einer Leistung verpflichtet hat, deren Erfüllbarkeit angesichts der zwischenzeitlich erkennbar gewordenen Beschaffungsprobleme nicht gesichert war.

Trotz der mit der Covid-19-Pandemie verbundenen Marktirritationen kann ein Schuldner gehalten sein, die ihm mit eigenen Mitteln nicht mögliche Leistung unter Mitwirkung eines Dritten zu bewirken;³ vor allem bei einer Gattungsschuld und bei anderen nicht personenabhängigen Leistungen. Allerdings ist auch hierbei zu berücksichtigen, dass für einige Produkte der Markt coronabedingt zeitweilig erheblich gestört war, teilweise sogar weitgehend zusammengebrochen ist. Ähnliches gilt, wenn es bei einem Schuldner durch eine massenhafte Corona-Infektion oder Corona-Quarantäne seiner Mitarbeiter zu massiven **Produktionsausfällen** oder gar zu einer zeitweiligen Betriebsstillegung gekommen ist.

Für diesen Bereich der **sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit**, also einer über die zumutbare Opfergrenze hinausgehenden Belastung des Schuldners, ist im deutschen Recht umstritten, ob eine Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB vorliegt oder ob - wofür einiges spricht - eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu erfolgen hat.⁴ Hierauf soll jedoch nicht weiter eingegan-

¹ vgl. Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB Rn. 35 mwN; Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 21

² vgl. auch Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 54

³ vgl. § 275 Abs. 2 BGB; bei Doppelverkauf: BGH, Urteil vom 25.10.2012 - VII ZR 146/11 - BGHZ 195, 195

⁴ vgl. zum Meinungsstand: Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 35; Pfeiffer in:

gen werden, da sich im georgischen Recht die Folgen einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit jedenfalls nach Art. 398 ZGB beurteilen (dazu unten 2.).

Der Anwendungsbereich des Unmöglichkeitsrechts ist nicht eröffnet, wenn die geschuldete Leistungshandlung vorgenommen werden kann und lediglich der erstrebte **Vertragszweck** nicht zu erreichen ist. Diese Unterscheidung ist bei den coronabedingten Vertragsstörungen insbesondere im Bereich des Miet- und Pachtrechts von Belang. Wird durch eine hoheitliche Maßnahme unmittelbar die **Gebrauchsüberlassung** untersagt, liegt Unmöglichkeit vor. Ist hingegen die Gebrauchsüberlassung als solche nicht verboten, sondern bezieht sich der staatliche Eingriff auf die **Nutzung** des Vertragsgegenstands, ist die Vertragserfüllung im Rechtsverhältnis zwischen Verpächter/Vermieter und Pächter/Mieter nicht unmöglich geworden.⁵ Bei einer aus infektionsschutzrechtlichen Gründen erfolgten Schließung von Einzelhandelsgeschäften, gastronomischen Betrieben usw. kann daher die Gebrauchsüberlassung rechtlich weiterhin erfolgen; jedenfalls solange sich der hoheitliche Eingriff nur auf den Betrieb, also die Nutzung des überlassenen Objekts im Rechtsverhältnis zwischen dem Pächter/Mieter und dessen Kunden bezieht. Anders liegt es hingegen, wenn aus infektionsschutzrechtlichen Gründen unmittelbar die Ausübung des Nutzungsrechts untersagt wurde, so etwa die Anmietung eines Tennisplatzes sowie die Nutzung eines Fitnessstudios, eines

Golfplatzes oder einer anderen Freizeiteinrichtung (dazu unten V. 4. b)).

Bei **Dauerschuldverhältnissen**, vor allem bei Miet- und Pachtverträgen, hängt von einer Abwägung der beiderseitigen Interessen ab, ob aus § 313 BGB auch eine **rückwirkende Vertragsanpassung** verlangt werden kann.⁶ Gerade bei den durch die Covid-19-Pandemie erfolgten Vertragsstörungen wird (soweit die sonstigen Voraussetzungen vorliegen) eine derartige Rückwirkung in aller Regel sachgerecht sein, da die coronabedingten Veränderungen derart massiv und greifbar waren, dass kein redlicher Vertragspartner bei Betriebsschließungen und ähnlichen substanziellen hoheitlichen Einriffen auf einen unveränderten Fortbestand des Dauerschuldverhältnisses vertrauen durfte.

2. Georgische Rechtslage

Im georgischen Recht ist die Ausgangslage insoweit etwas anders, als bei einer Unmöglichkeit nach Art. 401 ZGB zwar kein Verzug eintritt, aber das Vertragsverhältnis als solches mit seinen Hauptleistungspflichten fortbesteht. Gemäß Art. 398 ZGB ist dann darüber zu befinden, ob eine Vertragsanpassung erfolgen kann bzw. muss. Scheidet dies aus, entsteht ein außerordentliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht nach Art. 399 ZGB.

Im Ausgangspunkt ist daher im georgischen Recht eine Vertragsanpassung auch bei einer **rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit** eröffnet. Gerade bei den coronabedingten Vertragsstörungen sind aber derartige Vertragsanpassungen nicht ohne Weiteres vorstellbar. Eine Vertragsanpassung darf nämlich al-

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 53 f.

⁵ vgl. Seichter in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 275 BGB; LG Heidelberg, Urteil vom 30.07.2020 - 5 O 66/20 - juris; LG Zweibrücken, Urteil vom 11.09.2020 - HKO 17/20, juris; LG Frankfurt/M., Urteil vom 02.10.2020 - 2-15 O 23/20, juris

⁶ dazu im Einzelnen das unter V. 4. d) bb) (3.1) auszugsweise wiedergegebene Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 02.11.2020, dort unter bb) (5)

lein darauf gerichtet sein, die durch die veränderten Umstände eingetretene Störung des Äquivalenzverhältnisses zu beseitigen. Anders formuliert, muss sie also die vertraglich gewollte Äquivalenz der beiderseitigen Leistungspflichten wiederherstellen.⁷ Ist die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht unmöglich, wäre aber eine Vertragsanpassung zumindest in der Regel mit einer Veränderung des inhaltlichen Charakters einer Hauptleistungspflicht verbunden. Ein solcher Eingriff in die Rechtsnatur der Hauptleistungspflicht ist aber kaum möglich, ohne nicht zugleich ein rechtliches Aliud zu schaffen.

Bei zeitlich begrenzten Dauerschuldverhältnissen, beispielsweise bei einem „Jahres-Abonnement“, kann allerdings im georgischen Recht erwogen werden, ein Vertragsverhältnis um die Dauer der Unmöglichkeit zu verlängern, so etwa bei einer zeitweiligen Schließung von Fitnessstudios⁸ oder von anderen Freizeiteinrichtungen. Hierdurch würde zwar mit der Vertragsdauer ein wesentliches Vertragselement verändert. In seinem Charakter bliebe es aber erhalten, so dass kein rechtliches Aliud entstünde. Dennoch ist eine Verlängerung der Vertragsdauer allenfalls möglich, wenn hierdurch schutzwürdige Belange des Mieters oder sonstigen Nutzers nicht beeinträchtigt werden.

Hingegen scheidet wegen des damit einhergehenden Eingriffs in die Rechtsnatur der Vereinbarung von vornherein aus, einem Vertragspartner bei einer coronabedingt unmöglich gewordenen Leistung nicht die bereits entrichtete Vergütung zurück zu gewähren, sondern ihm stattdessen einen Gutschein für die Zeit nach der Pandemie auszustellen. Zwar gibt es im deutschen Recht in

gewissem Umfang (Freizeitveranstaltungen, Reisen) derartige Gutscheinelösungen (vgl. Art. 240 § 5 und § 6 EGBGB). Sie beruhen aber auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, werden also nicht auf § 313 BGB gestützt. Zudem wird im deutschen Recht uneinheitlich beantwortet, ob diese gesetzlichen Regelungen verfassungsgemäß sind⁹ oder ob sie gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie und Grundsätze des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes verstoßen.¹⁰

Es dürfte deshalb viel dafür sprechen, Art. 398 ZGB zumindest im Regelfall nur bei einer coronabedingten „**wirtschaftlichen Unmöglichkeit**“ anzuwenden, aber nur ausnahmsweise bei einer rechtlichen oder faktischen Unmöglichkeit. Hierunter fiel etwa, wenn es einem Vertragspartner wegen des Zusammenbruchs von Produktions- oder Lieferketten nicht mehr möglich oder zumutbar war, sich eine zur Vertragserfüllung notwendige Leistung zu beschaffen (siehe dazu III. 1. a)). Eine Vertragsanpassung könnte ausnahmsweise zudem in Betracht kommen, wenn zwar eine rechtliche Unmöglichkeit eingetreten sein mag, deren Ursache aber die Risikosphären beider Parteien berührt; so etwa, wenn ein Mietobjekt in Folge einer Abriegelung von Hotspots unerreichbar ist (dazu V. 4. f) bb)).

Um einem möglichen Missverständnis vorzubeugen, sei angemerkt, dass sich diese Ausführungen auf die normative Rechtslage beziehen. Deren ungeachtet ist es fraglos gerade bei einer coronabedingten Unmöglichkeit in besonderer Weise sinnvoll, zwischen den Vertrags-

⁷ vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB Rn. 73 f.

⁸ vgl. zum deutschen Recht auch unter V. 4. b) für „Mitgliedschaft“ in Fitnessstudio

⁹ so AG Essen, Urteil vom 13.01.2021 13 C 278/20 - juris)

¹⁰ so an das Bundesverfassungsgericht gerichteter Vorlagebeschluss des AG Frankfurt/M vom 28.09.2020 - 31 C 2936/20 - juris; zweifelnd mit weiteren Nachweisen auch: Eibenstein in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., Art 240 § 5 EGBGB (Stand: 19.11.2020), Rn. 8 ff.

partnern eine einvernehmliche Lösung zu suchen, die auf ein rechtliches Aliud gerichtet ist. Häufig bieten sich hierfür auch kreative Konzepte an, die sich ggf. auch weit von einer Vertragsanpassung entfernen können. Was aber bleibt: Diese sinnvollen Lösungswege stellen sich rechtlich als **Vergleichsschlüsse** im Sinne von Art. 360 ZGB dar. Auf diese hat ein Richter im gerichtlichen Verfahren gemäß Art. 218 GEO-ZPO zwar hinzuwirken; umsetzen kann er sie aber nur mit Zustimmung der Parteien.

IV. Minderung

Bei den wirtschaftlich von der Covid-19-Pandemie besonders betroffenen Miet- und Pachtverträgen über Gewerberäume (im Folgenden nur noch Pachtverträge) führen die aus infektionsschutzrechtlichen Gründen angeordneten Betriebsschließungen zu **keinem Mangel** der Pachtsache im Sinne von § 581 Abs. 2, § 536 Abs. 1 BGB bzw. von Art. 581 Abs. 1, Art. 535 ZGB.

Grundsätzlich können zwar hoheitlich angeordnete Betriebsschließungen oder Betriebsbeschränkungen einen Sachmangel der Pachtsache auslösen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Ursache für den hoheitlichen Eingriff in der **Beschaffenheit der Pachtsache** liegt. Der Bundesgerichtshof hat hierzu im Zusammenhang mit den durch das Nichtraucherschutzgesetz verbundenen Nutzungsbeschränkungen von Gaststätten u.a. ausgeführt:¹¹

„1. Unter einem Mangel im Sinne von §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die für den Pächter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Pachtsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in

Bezug auf die Pachtsache als Mangel in Betracht kommen können (BGH, Urteil 21.09.2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899; BGH, Urteil vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714). Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Pachtobjekts entgegenstehen, begründen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Pachtsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Pächters ihre Ursache haben (vgl. BGH, Urteil vom 15.10.2008 - XII ZR 1/07 - NJW 2009, 124; BGH, Urteil vom 24.10.2007 - XII ZR 24/06 - ZMR 2008, 274; ...)

Ergeben sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Pachtverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsmäßigen Gebrauchs eines gewerblichen Pachtobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel iSv §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen (vgl. Eissenschmid in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. § 536 Rn. 63). 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 (Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 200). 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 (vgl. BGH, Urteil vom

¹¹ BGH, Urteil vom 13.07.2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3151

21.09.2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899...; BGH, Urteil vom 26.05.2004 - XII ZR 149/02 - NJW-RR 2004, 1236; ...). 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.“

Hiervon ausgehend entspricht es in Deutschland nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass coronabedingte Betriebsschließungen zu keinem Sachmangel der Pachtsache führen, da der hoheitliche Eingriff nicht auf deren Beschaffenheit beruht, sondern dazu dient, die mit der Benutzung der Pachtsache verbundenen Infektionsgefahren abzuwenden.¹²

Ein Mangel der Pachtsache oder eine Schadenersatzpflicht des Verpächters können sich auch nicht daraus ergeben, dass dieser **bauliche Maßnahmen** unterlässt, die aus Gründen des Infektionsschutzes ergriffen werden müssten, um in den gepachteten Räumen den vertragsgemäßen Gewerbebetrieb fortsetzen zu können. Der Bundesgerichtshof hat hierzu in dem bereits erwähnten Urteil zum Nichtraucherschutzgesetz ausgeführt, dass die zur Trennung

von Raucher- und Nichtraucherbereichen erforderlichen baulichen Maßnahmen an die konkrete Nutzung anknüpfen und daher im Risikobereich des Pächters liegen.¹³

„Nach §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verpächter die Pachtsache während der Pachtzeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Im Rahmen dieser Verpflichtung muss der Verpächter sämtliche Maßnahmen vornehmen, die erforderlich sind, um dem Pächter den vertragsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen (Palandt/Weidenkaff BGB 70. Aufl. § 535 Rn. 36). Diese Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht kann dazu führen, dass ein Verpächter bei einer Änderung öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die Vornahme geeigneter baulicher Veränderungen des Pachtgegenstands einen Zustand schaffen muss, der dem Pächter den weiteren vertragsgemäßen Gebrauch der Pachtsache ermöglicht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 11.12.1991 - XII ZR 63/90 - NJW-RR 1992, 267; BGH Urteil vom 04.04.1979 - VIII ZR 118/78 - NJW 1979, 2351). Allerdings ist auch im Rahmen der §§ 581 Abs. 2, 535 Abs. 1 Satz 2 BGB die gesetzliche Risikoverteilung zwischen Verpächter und Pächter zu berücksichtigen. Deshalb darf auf diesem Weg das Verwendungsrisiko des Pächters nicht auf den Verpächter abgewälzt werden. Handelt es sich bei der Gebrauchsbeschränkung um die Folge einer Gesetzesänderung, die - wie im vorliegenden Fall - an die betrieblichen Verhältnisse des Pächters anknüpft, ist der Verpächter für die aufgetretene Störung schon deshalb nicht verantwortlich, weil diese ihre Ursache dann nicht in dem Zustand oder der Beschaffenheit der Pachtsache hat (vgl. BGH, Urteil vom 11.12.1991 - XII ZR 63/90 - NJW-RR 1992, 267).“

¹² vgl. LG München I, Urteil vom 25.01.2021 - 31 O 7743/20 - juris; LG Wiesbaden, Urteil vom 05.11.2020 - 9 O 852/20 - MDR 2021, 28; LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 - 12 O 154/20 - juris [auszugsweise abgedruckt unter V. 4. d) bb) (3.1)]; LG Frankfurt/M, Urteil vom 02.10.2020 - 2-15 O 23/20 - juris; LG Zweibrücken, Urteil vom 11.09.2020 - HKO 17/20 - juris; LG Heidelberg, Urteil vom 30.07.2020 - 5 O 66/20 - juris; a.A. unter Hinweis auf einige wenige gegenteilige Meinungen in der Literatur: LG München I, Urteil vom 22.09.2020 - 3 O 4495/20 - juris

¹³ BGH, Urteil vom 13.07.2011 - XII ZR 189/09 - NJW 2011, 3151

Diese Grundsätze haben zur Konsequenz, dass alle Maßnahmen, die erforderlich sind, um einen Geschäftsbetrieb während der Covid-19-Pandemie in gepachteten Geschäftsräumen aufrechterhalten zu können, im Verantwortungsbereich des Pächters liegen. Die Notwendigkeit derartiger Maßnahmen beruht nämlich nicht auf dem baulichen Zustand der Pachtsache, sondern auf den mit deren konkreter Nutzung verbundenen Infektionsgefahren. Verdeutlicht wird dies dadurch, dass allein von der Art des unterhaltenen Geschäftsbetriebes abhängt, ob überhaupt eine bauliche Veränderung notwendig ist und ggf. welche. Dies unterscheidet die aus infektionsschutzrechtlichen Gründen notwendigen Maßnahmen von jenen, die durch nachträgliche gesetzliche Veränderungen von nutzungsunabhängigen Anforderungen bedingt sind, etwa durch verschärfte Emissionsbestimmungen für bereits bestehende Heizungsanlagen. Daher kann dahinstehen, inwieweit derartige Maßnahmen, etwa der Einbau von Trennwänden, von Verglasungen oder von Vorrichtungen zur Steuerung des Kundenverkehrs sowie das Anbringen von Absperrungen nicht ohnehin Einrichtungen des Pächters darstellen.

Dies gilt unabhängig davon, ob in dem Pachtvertrag, wie in aller Regel, der **Zweck der Nutzung angegeben** ist. Zwar können die Partner eines Pachtvertrages als Folge der Vertragsfreiheit die dargelegten Pflichten und Risikosphären abweichend vom gesetzlichen Leitbild regeln. Hierfür genügt aber die Angabe des Nutzungszwecks, also etwa Restaurant, Hotel, Bank, Friseurgeschäft usw. nicht. Mit solchen Regelungen wird nämlich ausschließlich bestimmt, welche Nutzungen des Pächters vertragsgemäß sind und welchen Nutzungsanforderungen die Pachtsache bei deren Übergabe entsprechen muss. Hingegen besagen derartige Bestimmungen nichts darüber, welcher Vertragspartner die Verantwortlichkeit für Maßnahmen trifft, die erforderlich sind, um

während eines bestehenden Vertragsverhältnisses die Nutzung der Pachtsache bei veränderten gesetzlichen Bestimmungen oder bei zusätzlichen hoheitlichen Anordnungen fortsetzen zu können.

V. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Inwieweit die gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage deutschen Rechts (§ 313 BGB) bzw. zur Vertragsanpassung georgischen Rechts (Art. 398 ZGB) hinsichtlich des gegenständlichen Anwendungsbereichs, der tatbestandlichen Voraussetzungen und der Rechtsfolgen identisch sind, soll offen bleiben (vgl. oben I.). Zumindest substantielle Unterschiede dürften aber nicht bestehen.

1. Gegenständlicher Anwendungsbereich

Wie bereits angesprochen, ist der Anwendungsbereich der Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im deutschen Recht grundsätzlich nicht eröffnet, wenn die Leistungsstörung zu einer **rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit** führt (oben III. 1.). Auch im georgischen Recht dürfte trotz der etwas anderen normativen Konzeption bei einer rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit eine Vertragsanpassung nach Art. 398 ZGB im Ergebnis eher ausscheiden (oben III. 2). Für beide Rechtsordnungen gilt zudem, dass eine Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im gegenständlichen Anwendungsbereich des **Sachmängelrechts** in aller Regel nicht in Betracht kommt.¹⁴

¹⁴ vgl. BGH, Urteil vom 21.02.2008 - III ZR 200/07 - MDR 2008, 615 zum Vorrang des mietvertraglichen Sachmängelrechts

Des Weiteren handelt es sich bei § 313 BGB und bei Art. 398 ZGB um Regelungen zu den **Schuldverhältnissen**. Dies schließt zwar nicht aus, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteten Rechtsprinzipien des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf sonstige Rechtsverhältnisse schuldrechtsnaher Art zu übertragen.¹⁵ Auf vereins- oder gesellschaftsrechtliche **Teilhaberechte** lassen sie sich aber nicht erstrecken, da diese einen korporativen Charakter tragen. Ist etwa das Mitglied eines Vereins oder einer Gesellschaft unmittelbar aus seiner Mitgliedschaft heraus berechtigt, das Vereins- oder das Gesellschaftsvermögen, beispielsweise einen Golfplatz oder einen Tennisplatz, zu nutzen und wird diese Nutzung aus infektionsschutzrechtlichen Gründen untersagt, können nicht in Anwendung von § 313 BGB bzw. Art. 398 ZGB der vereinsrechtliche Mitgliedsbeitrag oder eine fortlaufende gesellschaftsrechtliche Beitragspflicht reduziert werden.¹⁶ Dies ist im Übrigen auch sachgerecht, da sich das Vereinsmitglied bzw. der Gesellschafter in einer wirtschaftlichen Schicksalsgemeinschaft mit dem Verein bzw. der Gesellschaft befinden. Hiervon zu unterscheiden sind jedoch Fallgestaltungen, in denen die Nutzung des Vereins- oder Gesellschaftsvermögens nicht als Teilhaberecht ausgestaltet ist, sondern auf einer mit dem Verein oder mit der Gesellschaft geschlossenen schuldrechtlichen Vereinbarung beruht (dazu unten V. 4. b)). Dies gilt selbst dann, wenn der Verein oder die Gesellschaft nach ihrer Satzung Nutzungsvereinbarungen ausschließlich mit Vereinsmitgliedern oder mit Gesellschaftern schließen dürfen. Ist die Berechtigung für die Nutzung des Vereinsvermögens dergestalt gesplittet, dass ein vereinsrechtlicher Grundbetrag und zusätzlich eine

schuldrechtliche Vergütung für die einzelne Nutzung zu entrichten sind, bleibt der Grundbetrag von einer etwaigen Vertragsanpassung ausgeschlossen.

2. Abgrenzung zwischen kleiner und großer Geschäftsgrundlage; Normstruktur

In der deutschen Zivilrechtsdogmatik wird teilweise zwischen der kleinen und der großen Geschäftsgrundlage unterschieden. Hierbei handelt es sich aber nicht um unterschiedliche Rechtsinstitute, sondern um eine typisierende Einordnung von gewissen Störungslagen.

Der **großen Geschäftsgrundlage** werden die von den konkreten Verhältnissen der Parteien oder deren Rechtsbeziehungen losgelösten grundlegenden Veränderungen im Rechts- und Wirtschaftsverkehr zugerechnet. Zu ihr zählen vor allem wirtschaftliche Zusammenbrüche ganzer Volkswirtschaften, etwa in Folge von Kriegsergebnissen oder revolutionären Umbrüchen, Hyperinflationen, ggf. aber auch Revolutionen im Ausland mit gravierenden Auswirkungen auf die Außenhandelsbeziehungen.¹⁷

Zur **kleinen Geschäftsgrundlage** gehören alle anderen Vertragsstörungen, also vor allem jene, die sich aus den **konkreten Vertragsverhältnissen** ergeben.¹⁸ Wird in der rechtlichen Diskussion nur allgemein von „der Geschäftsgrundlage“ gesprochen, was in Deutschland üblich ist, wird damit weitgehend die kleine Geschäftsgrundlage gemeint.

¹⁷ vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 41; Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 10.

¹⁸ vgl. näher: Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 42; Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 11

¹⁵ vgl. im Einzelnen zum Anwendungsbereich: Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 11

¹⁶ in der rechtlichen Herleitung anders: AG Nürtingen, Urteil vom 17.07.2020 - 44 C 2310/20 - juris

In diese klassische Unterscheidung lassen sich die wirtschaftlichen Folgen der Covid-19-Pandemie nicht ohne Weiteres einordnen.¹⁹ Für die juristische Praxis ist diese mehr dogmatische Frage aber im Ergebnis unerheblich. Dieses hängt allein davon ab, wie den Besonderheiten dieser Pandemie innerhalb der **dogmatischen Strukturen von § 313 BGB** angemessen Rechnung getragen werden kann. Hierbei orientieren sich die nachfolgenden Ausführungen an den vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages gewählten Begrifflichkeiten und Strukturen (Bericht zum COVID-19-Insolvenzfolgen-Abmilderungsgesetz - nachfolgend unter V. 4. d) aa) auszugsweise abgedruckt). Soweit sich in der Rechtsprechung und in der Literatur teilweise etwas andere Darstellungen finden, betreffen diese nicht die Inhalte, sondern die sprachliche Fassung und die Zuordnung der einzelnen Themenbereiche.

- Zum **realen Merkmal** des § 313 Absatz 1 BGB gehört, dass sich ein Umstand, der zur Grundlage der vertraglichen Vereinbarung (aber nicht zu dessen Inhalt) geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

- Dem schließt sich das **hypothetische Element** an, also die Frage, ob der Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen worden wäre, wenn die Parteien die Veränderung vorausgesehen hätten.

- Bei den coronabedingten Vertragsstörungen wird die spezifische Problematik meist im **normativen Merkmal** des § 313 BGB liegen, nämlich bei der Frage, ob bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikozuweisung, zumindest einem Vertragspartner ein Festhalten am

bisherigen Vertragsinhalt nicht zugemutet werden kann.

3. Allgemeine Voraussetzungen für Wegfall der Geschäftsgrundlage

Die Geschäftsgrundlage wird in Deutschland meist mit folgender Kurzfassung definiert:²⁰

„Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien sich aufbaut“.

Da das **Prinzip der Vertragstreue** nur unter ganz engen Voraussetzungen durchbrochen werden darf, setzt eine zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führende **Unzumutbarkeit** im Sinne von § 313 BGB voraus, dass ein **Festhalten am Vertrag Treu und Glauben widersprechen** und zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnissen führen würde. In aller Regel entfällt die Geschäftsgrundlage deshalb nicht durch Leistungsstörungen, die im vertraglichen **Risikobereich** einer Partei liegen.²¹ Hierunter fallen beispielsweise das Beschaffungsrisiko eines Verkäufers, Auftragnehmers, Vermieters oder Verpächters sowie das

¹⁹ vgl. zur Einordnung der Covid-19 Pandemie näher: Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 13.4 f.

²⁰ vgl. zuletzt: BGH, Urteil vom 11.11.2020 - VIII ZR 191/18 - NJW-RR 2021, 84

²¹ BGH, Urteil vom 30.09.2011 - V ZR 17/11 - BGHZ 191, 139; BGH, Urteil vom 21.09.2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899; BGH, Urteil vom 16.02.2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714

Verwendungsrisiko eines Käufers, Auftraggebers, Mieters oder Pächters.²²

Zu den Umständen im Sinne von § 313 BGB zählen nicht nur die tatsächlichen Gegebenheiten, sondern ggf. auch der Fortbestand oder die **Änderung der bestehenden Gesetzeslage**.²³ Selbst dann ist mit entscheidend, in wessen Risikosphäre die unvorhergesehene Änderung oder der unerwartete Fortbestand der bisherigen Rechtslage angesiedelt ist. Das Vorliegen einer höheren Gewalt kann deshalb nichts daran ändern, dass grundsätzlich jeder Vertragspartner die Folgen der Covid-19-Pandemie insoweit selbst zu tragen hat, als sie seinem Risikobereich zuzurechnen sind.²⁴

Bei Verträgen, die sich in einem **einmaligen Leistungsaustausch** erschöpfen, besteht eine striktere Bindung an das Vereinbarte als bei **Dauerschuldverhältnissen** oder bei Vereinbarungen, bei denen die **persönlichen Bindungen** der Parteien eine prägende Rolle spielen.²⁵ Des Weiteren kann vom konkreten **Vertragszweck** abhängen, ob und ggf. in welchem Umfang ein Vertragspartner die mit der Covid-19-Pandemie verbundenen **Risiken** ausdrücklich oder konkludent **übernommen** hat. So mag etwa selbst bei einer privaten Krankenversicherung oder bei ei-

ner Reiserücktrittsversicherung der Eintritt einer Pandemie dieses Ausmaßes außerhalb der Vorstellungskraft der Vertragspartner gelegen haben. Dies ändert aber nichts daran, dass der Eintritt eines coronabedingten Versicherungsfalles nicht nur zum Risikobereich des Versicherers zählt, sondern sogar Teil des Vertragsinhalts geworden ist. Bei den Betriebsunterbrechungsversicherungen wird in der deutschen Rechtsprechung zwar unterschiedlich beantwortet, ob die Covid-19-Pandemie nach den Versicherungsbedingungen zum versicherten Risiko gehört.²⁶ Soweit dies bejaht wird, kann es jedoch zu keinem Wegfall der Geschäftsgrundlage kommen, da es dem Zweck von Versicherungsverträgen immanent ist, dass der Versicherer im Rahmen der versicherten Risiken selbst für unvorhersehbare Versicherungsfälle eintrittspflichtig bleibt.²⁷

Gewisse konkludente Risikoübernahmen können auch in Betracht kommen, wenn nach Bekanntwerden der Pandemie Hotelzimmer oder Ferienwohnungen gebucht (dazu unten V. 4. f) cc)) oder Gewerberäume für Geschäftszwecke gepachtet wurden, die von möglichen Betriebs-schließungen oder Betriebsbeschränkungen besonders betroffen sein konnten. In besonderer Weise gilt dies, wenn wegen der coronabedingt veränderten Marktverhältnisse ein besonders niedriger Miet- oder Pachtzins vereinbart wurde.

²² vgl. etwa: Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 13.5; Grunewald in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, Vorbemerkung vor § 433, Rn. 6 ff.; Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 19; allgemeine Meinung.

²³ BGH, Urteil vom 15.12.1983 - III ZR 226/82 - BGHZ 89, 226.

²⁴ vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 13.5; zu der teilweise etwas anderen Auffassung bei Pachtverträgen über Gewerberäume unten V. 4. d) bb) (3).

²⁵ vgl. Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 16 mwN

²⁶ vgl. dazu zuletzt: LG Darmstadt, Urteil vom 14.01.2021 - 28 O 130/20 - juris; .LG Verden, Urteil vom 13.01.2021 - 8 O 140/20 - juris; LG Göttingen, Urteil vom 13.01.2021 - 5 O 111/20 - juris

²⁷ Im Ergebnis ebenso: LG Darmstadt, Urteil vom 09.12.2020 - 4 O 220/20 - juris; LG München I, Urteil vom 22.10.2020 - 12 O 5868/20 - RuS 2020, 686; LG Magdeburg, Urteil vom 06.10.2020 - 31 O 45/20 - juris

4. Vertragsverhältnisse

a) Kauf- und Werkverträge

Soweit kein Fall der wirtschaftlichen Unmöglichkeit vorliegt, wird bei Kaufverträgen und bei Werkverträgen eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB in der Regel ausscheiden:

aa) Erfüllungshindernisse und Erfüllungsschwernisse

Bei absoluten oder relativen **Fixgeschäften** tritt eine rechtliche Unmöglichkeit ein, wenn innerhalb des vertraglichen Leistungszeitraums ein hoheitliches Erfüllungsverbot besteht. In den anderen Fällen liegt nur ein **vorübergehendes Erfüllungshindernis** vor; der Vertrag wird dann regelmäßig nach Auslaufen der staatlichen Anordnung zu erfüllen sein.

Anderes mag in Betracht kommen, wenn der Vertrag in der Zeitspanne zwischen dem Auslaufen des hoheitlichen Erfüllungsverbots und dem Ende der vertraglichen Erfüllungsfrist rein rechtlich betrachtet erfüllbar ist, die Erfüllung aber coronabedingt an **faktische Grenzen** stößt. Solche Konstellationen können insbesondere entstehen, wenn es während der Dauer des Lockdowns zu einem Stillstand von unternehmerischen Betätigungen gekommen ist und hierdurch Produktionsausfälle oder „Staus“ bei der Abarbeitung von Aufträgen eingetreten sind.

Isoliert betrachtet, mag dann der Auftragnehmer oder Verkäufer zwar im Stande sein, jede einzelne Leistung in dem Zeitraum zwischen dem Auslaufen des Lockdowns und dem Ende der vertraglichen Erfüllungsfrist zu erbringen. Häufig wird er jedoch faktisch daran scheitern, dass er eine Vielzahl von offenen Verpflichtungen hat, die in Folge des Lockdowns zeitweilig nicht erfüllbar waren und die sich nach dessen Auslaufen

nur Stück für Stück abarbeiten lassen. Die hierbei auftretenden Fallgestaltungen unterscheiden sich aber derart stark, dass hier nur die allgemeine Thematik angesprochen werden kann. Die rechtlichen Lösungswege können von einer tatsächlichen Unmöglichkeit und einer Verneinung des Verzuges bis hin zu einer Vertragsanpassung nach den Grundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage oder einem Kündigungs- oder Rücktrittsrecht reichen. So kann es bei einer ihrer Art nach nicht termingebundenen Leistung einem Auftraggeber oder Käufer ggf. zumutbar sein, einer gewissen Verlängerung der vertraglichen Leistungsfrist zuzustimmen. Dies gilt um so mehr, als die mit dem entstandenen „Rückstau“ verbundenen Probleme eher branchentypisch sind, mithin kaum von den unternehmerischen Dispositionen des jeweiligen Auftragnehmers oder Verkäufers abhängen.

bb) Wegfall des wirtschaftlichen Ziels

In ganz erheblichem Umfang sind durch die Covid-19-Pandemie die mit Kauf- und Werkverträgen erstrebten **wirtschaftlichen Ziele** nicht mehr erreichbar. So haben beispielsweise gastronomische Betriebe für die von ihnen bestellten verderblichen Lebensmittel wegen der Schließung von Restaurants keine Verwendung mehr. Einzelhändler haben Saisonware geordert, die sie wegen der Betriebsschließungen ihren Kunden innerhalb der Saison nicht zum Kauf anbieten können. Reiseveranstalter haben Broschüren für Reisen drucken lassen, die nicht durchgeführt werden können.

Hierdurch haben sich aber allein die typischerweise vom Käufer bzw. Besteller zu tragenden Verwendungsrisiken realisiert. Mag auch die eigentliche Ursache für den Eintritt des Vertragsrisiko, auf höherer Gewalt beruhen, kommt in diesen Fällen eine Anwendung der Grundsätze des

Wegfalls der Geschäftsgrundlage allenfalls ganz ausnahmsweise in Betracht.

b) Veranstaltungen; Dauerkarten; Eintrittskarten

Bei einer coronabedingten Absage von Veranstaltungen sowie bei einer Beeinträchtigung der durch Dauerkarten oder Eintrittskarten verbrieften Nutzungsmöglichkeiten hängen die rechtlichen Folgen entscheidend von der konkreten Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses ab. Meist sind die Auswirkungen von Leistungsstörungen durch höhere Gewalt oder durch hoheitliche Maßnahmen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesondert geregelt. Deshalb können an dieser Stelle nur einige typische Konstellationen angesprochen werden.

Bezieht sich das durch eine **Eintrittskarte** verbriefte Recht auf eine **bestimmte Veranstaltung**, etwa ein durch die Zeit, durch den Ort und durch die Interpreten gekennzeichnetes Konzert, und wird dessen Durchführung durch eine hoheitliche Anordnung untersagt, liegt in aller Regel eine rechtliche Unmöglichkeit vor (dazu oben III.). Gleiches gilt, wenn eine aus infektionsschutzrechtlichen Gründen undurchführbare Veranstaltung zwar nicht auf einen bestimmten Termin festgelegt ist, wohl aber ihren vertragsgemäßen Zweck nur innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens erreichen kann.²⁸ Entscheidend ist dabei aber stets, ob für die Veranstaltung nur ein gewisser Zeitrahmen oder ein ganz bestimmter Zeitpunkt vorgegeben ist und welche vertraglichen Regelungen für den Fall getroffen (oder im Wege der ergänzenden Vertrags-

auslegung zu ermitteln) sind, dass die Veranstaltung an dem zunächst vereinbarten Termin in Folge hoheitlicher Maßnahmen nicht durchgeführt werden kann.

Auch bei **nicht zeitgebundenen ein- oder mehrmaligen Nutzungsberechtigungen** (Eintrittskarte für Zoo, Einmal-Ticket für öffentlichen Nahverkehr) sind primär die Nutzungsbedingungen maßgebend. Eine Unmöglichkeit kann nur eintreten, wenn die Nutzung innerhalb der Gültigkeitsdauer der Eintrittskarte oder des Tickets wegen einer coronabedingten Schließung überhaupt nicht mehr möglich ist. Gleiches gilt grundsätzlich bei rabattierten Mehrfach-Tickets (etwa „10-er Karten“), wobei insoweit Grenzfälle denkbar sind, etwa wenn die Gültigkeitsdauer eines Mehrfach-Tickets kurz nach der Wiedereröffnung einer coronabedingt geschlossen gewesenen Einrichtung abläuft.

Bei „**Dauerberechtigungen**“, etwa Dauerkarten für öffentliche Verkehrsmittel, Dauerkarten für den Zoo, Dauerkarten für die Heimspiele einer Fußballmannschaft, „Mitgliedschaft“ (rechtlich: mietrechtlich geprägtes Mitnutzungsrecht) in einem Fitnessstudio, ist der konkret vereinbarte Nutzungsumfang maßgebend. So stellt sich etwa die Möglichkeit, einen Zoo oder ein öffentliches Verkehrsmittel innerhalb der Öffnungs- und Betriebszeiten mittels einer Dauerkarte beliebig oft nutzen zu können, rechtlich anders dar, als die durch die Dauerkarte eines Fußballvereins gewährte Rechtsstellung. Letztere bezieht sich nämlich auf die jeweiligen Heimspiele und ist damit (abhängig von der konkreten Ausgestaltung) einer rabattierten Addition von Einzel-Eintrittskarten zumindest angenähert. Dauer-Abonnements von Opern- und Konzerthäusern enthalten teilweise Mischformen.

Eher nicht geklärt ist in der deutschen Rechtsprechung, was mit „**Mitgliedschaften**“ in

²⁸ vgl. bei coronabedingten Absagen: LG Paderborn, Urteil vom 25.09.2020 - 3 O 261/20 - NJW 2021, 170, für relatives Fixgeschäft bei Abitur-Ball; AG Bremen, Urteil vom 01.12.2020 - 9 C 284/20 - juris, für Fixgeschäft bei Konzertveranstaltung

Fitnessclubs und in anderen Freizeiteinrichtungen geschieht. Zunächst ist hierbei entscheidend, welche konkreten Nutzungsmöglichkeiten dem „Mitglied“ nach den Vertragsbedingungen gewährt werden. Sofern keine Leistungsausschlüsse bei höherer Gewalt vereinbart (oder diese unwirksam) sind, liegt eine zeitweilige Unmöglichkeit der Leistungserfüllung nahe. In der einzigen zu diesem Problemkreis bislang ergangenen Entscheidung²⁹ wird allerdings angenommen, dass sich wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Vertragsdauer um den Zeitraum der Schließung verlängere. Dies erscheint freilich problematisch, da bei einer teilweisen Unmöglichkeit für die Anwendung von § 313 BGB von vornherein kein Raum wäre und zudem zweifelhaft erscheint, ob eine Vertragsverlängerung den berechtigten Belangen des „Mitglieds“ gerecht werden kann.

Werden **Veranstaltungen** vom Veranstalter als Folge von Corona-Infektionen oder Quarantänepflichten von Mitwirkenden abgesagt³⁰ oder ist der Inhaber der Eintrittskarte wegen einer eigenen Corona-Infektion oder einer Quarantäne an der Teilnahme gehindert, stellen sich durchweg dieselben - meist mit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geregelten - Rechtsfragen wie bei jeder anderen Erkrankung oder persönlichen Verhinderung. Ein Covid-19-spezifischer Bezug entsteht allerdings, wenn sich der Veranstalter selbst entschließt, eine Veranstaltung aus infektionsschutzrechtlichen Gründen nicht durchzuführen. etwa um ein etwaiges „Spreader-Event“ zu verhindern oder um zum Schutz der Bevölkerung, der Besucher und der Mitwirkenden eine gewisse Vorbildfunktion zu überneh-

men. Den Veranstalter trifft zwar grundsätzlich das „Beschaffungsrisiko“.³¹ Entschließt er sich aber trotz objektiv vorhandener eigener Leistungsfähigkeit vorsorglich für einen „sicheren Weg“, mag dies ausnahmsweise einen Vertragsrücktritt nach § 313 Abs. 3 BGB rechtfertigen können.

Wird die Erreichbarkeit von Veranstaltungen durch Ausgangsbeschränkungen erschwert oder vereitelt, ist eine Anlehnung an die unter V. 4. f) für die Anmietung von Hotels und Ferienwohnungen dargelegten Grundsätze angebracht. Sagt ein Veranstalter eine Veranstaltung von sich aus ab, um sie angesichts massiver Ausgangsbeschränkungen nicht vor fast „leerem Haus“ durchführen zu müssen, wird ihm trotz des ihn treffenden Beschaffungsrisikos ausnahmsweise ein Rücktrittsrecht aus § 313 Abs. 3 BGB zuzubilligen sein.

c) Reiseverträge

Im Reisevertragsrecht des BGB (§§ 651a ff. BGB) und des ZGB (Art. 657 ff. ZGB) sind in weiten Bereichen **Sonderregelungen** geschaffen, die innerhalb ihres gegenständlichen Anwendungsbereichs nicht nur einen Rückgriff auf allgemeine schuldrechtliche Bestimmungen zur Leistungsstörung verhindern, sondern auch einer Anwendung von § 313 BGB bzw. Art. 398 ZGB entgegenstehen. Im georgischen Recht kommt hinzu, dass in Art. 666 ZGB eine Regelung zu den Rechtsfolgen einer höheren Gewalt enthalten ist. Diese stellt sich als Konkretisierung der allgemeinen Prinzipien des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dar und versperrt grundsätzlich den Rückgriff auf Art. 398 ZGB.³² Auf die

²⁹ AG Zeitz, Urteil vom 01.12.2020 - 4 C 112/20 - juris

³⁰ vgl. zu diesem Problemkreis: Spenner/Estner, Absage von Veranstaltungen wegen des Coronavirus - wer zahlt?, BB 2020, 852; Weller/Schwemmer, Veranstaltungsabsagen und ihre Folgen für Besucher und Dienstleister, NJW 2020, 2985

³¹ vgl. Spenner-Estner, aaO

³² so ausdrücklich zu der mit Art. 666 ZGB inhaltlich übereinstimmenden früheren Fassung von § 651j BGB: Staudinger/Staudinger (2016) BGB § 651j, Rn. 4 und 14

allgemeinen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Art. 398 ZGB kann im Anwendungsbereich der Art. 657 ff. ZGB daher nur zurückgegriffen werden, wenn der Urlaubszweck durch Umstände gestört wird, die weder eine höhere Gewalt darstellen noch dem reisevertragsrechtlichen Gewährleistungsrecht zugehören.

Da eine derartige Situation nur ausnahmsweise in Betracht kommt, werden die coronabedingten Leistungsstörungen im Reisevertragsrecht weitgehend durch eine sachgerechte Auslegung der in diesen enthaltenen Sonderregelungen zu erfolgen haben.³³ Hierbei wird im georgischen Recht vor allem zu beantworten sein, unter welchen Voraussetzungen die Covid-19-Pandemie eine „andere Gefahr“ im Sinne von Art. 666 Abs. 1 ZGB darstellt. Obwohl die gesetzlichen Regelungen teilweise abweichend sind, mag hierfür die im deutschen Recht zu § 651h Abs. 3 BGB ergangene Rechtsprechung zumindest dann einen gewissen Anhalt bieten können, wenn ein Kunde aus **Sorge um seine Gesundheit** eine objektiv durchführbare (und in Deutschland auch nicht mit einer amtlichen Reisewarnung des Auswärtigen Amtes belegte) Reise aus eigenem Entschluss nicht antreten möchte. Deshalb soll stellvertretend für die derzeitige Tendenz in der deutschen Rechtsprechung hierzu auszugsweise ein Urteil des Amtsgerichts Stuttgart³⁴ wiedergegeben werden:

„Nach § 651h Abs. 3 Satz 1 BGB kann der Reisende entschädigungslos von der Reise zurücktreten, wenn am Bestimmungsort oder in dessen un-

mittelbarer Nähe unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände auftreten, die die Durchführung der Pauschalreise erheblich beeinträchtigen. Gemäß der ... Richtlinie (EU) 2015/2302...liegen derartige Umstände ... zum Beispiel dann vor, wenn etwa wegen des Ausbruchs einer schweren Krankheit am Reiseziel erhebliche Risiken für die menschliche Gesundheit bestehen.

Ob dies, wie erforderlich, zum Zeitpunkt der Reise der Fall sein wird, ist bei einer vor Reiseantritt abgegebenen Rücktrittserklärung durch eine Prognoseentscheidung zu beurteilen, im Rahmen welcher danach zu fragen ist, ob die konkrete Reise aus einer ex-ante-Betrachtung heraus erheblich beeinträchtigt sein wird (...). Die Frage, von welchem Gefährdungsgrad an insoweit eine erhebliche Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, lässt sich dabei „nicht in Form einer festen Größe, sondern nur fallweise unter Berücksichtigung des konkreten Inhalts des Reisevertrags beantworten“ (vgl. BGH, NJW 2002, 3700). Zu berücksichtigen ist daher zum einen mit welcher Wahrscheinlichkeit, für welche Rechtsgüter Gefahren drohen und zum anderen auch ob der konkreten Reise, wie etwa im Falle von Abenteuerreisen, ein gewisses Gefahrenpotential bereits immanent ist (...).

Im Falle einer Gefahr für Leib und Leben wegen des Auftretens eines Hurrikans reicht jedenfalls eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 25% aus (BGH, aaO). Für eine Beeinträchtigung der Reise durch die COVID-19-Pandemie, wird insoweit vertreten, dass für eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des § 651h Abs. 3 BGB ausreicht, wenn ein konkretes Risiko für einen erheblichen Gesundheitsschaden besteht, weil am Reiseort im Vergleich zum Wohnort des Reisenden und der Zeit der Reisebuchung ein deutlich erhöhtes Ansteckungsrisiko besteht (...).“

³³ vgl. zu den Rechtsfolgen etwa: Löw, Pauschalreiserecht in Zeiten der Covid-19-Pandemie, NJW 2020, 1252; Tonner, Corona-Pandemie und Reiserecht, MDR 2020, 519; Bergmann/Tonner, Rücktritt des Reisenden und des Reiseveranstalters wegen der Covid-19-Pandemie, RRA 2021, 3

³⁴ Urteil vom 13.10.2020 - 3 C 2559/20 - NJW-RR 2021. 53

Bei Rechtsverhältnissen aus Reisen, die nicht dem Anwendungsbereich des Reisevertragsrechts unterliegen, verbleibt es bei den allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen zur Leistungsstörung. Einige der sich dabei ergebenden Themenstellungen sind unter V. 4. f) behandelt.

d) Gewerberaummiete bzw. -pacht

aa) Gesetzliche Sonderregelungen in Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat zum 01.01.2021 durch Art. 240 § 7 EGBGB eine Vermutung dafür geschaffen, dass bei Verträgen über gewerbliche Miet- und Pachträume (künftig nur noch Pacht), die infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind, eine schwerwiegende Veränderung im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB eingetreten sei (dazu oben V. 3.). Diese gesetzliche Regelung gibt allein wieder, was in Deutschland beim realen Element von § 313 Abs. 1 BGB ohnehin einhellige Rechtsprechung ist. Sie besagt hingegen nichts über die Frage, ob ein Festhalten am Vertrag für einen Pächter unzumutbar geworden ist.

Da den georgischen Leserinnen und Lesern die entsprechenden Gesetzesmaterialien nicht ohne Weiteres zugänglich sein dürften, soll vorab auszugsweise wiedergegeben werden, was im Bericht des Ausschusses des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz zum COVID-19-Insolvenzfolgen-Abmilderungsgesetz (künftig als **Bericht des Rechtsausschusses** bezeichnet) ausgeführt ist:³⁵

„... Die Vermutung, dass sich ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat, knüpft im Ausgangspunkt an eine staatliche Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie an. Bei den staatlichen Maßnahmen wird es sich regelmäßig um Verordnungen, Allgemeinverfügungen oder konkret-individuelle Verwaltungsakte handeln, die insbesondere auf das Infektionsschutzgesetz gestützt sind. ...Erforderlich ist, dass die staatliche Maßnahme die Verwendbarkeit des Grundstücks oder der Räume für den Betrieb des Mieters durch hoheitliches Handeln erheblich einschränkt. Daran fehlt es beispielsweise, wenn bei einem Betrieb mit Publikumsverkehr die Kundenschaft allein wegen sinkender Konsumbereitschaft ausbleibt. Die staatliche Maßnahme muss die Verwendbarkeit des Betriebs des Mieters einschränken und sich dafür auf die Mietsache selbst oder den in der Mietsache ausgeübten Betrieb des Mieters beziehen. Davon abzugrenzen sind Maßnahmen, die sich allein gegen die Person des Mieters oder seine Beschäftigten richten, wie etwa Quarantäneanordnungen gegen einzelne Personen. Die Verwendbarkeit muss aufgehoben oder jedenfalls erheblich eingeschränkt sein. Ein typisches Beispiel für die vollständige Aufhebung ist eine Schließungsverfügung. Eine erhebliche Einschränkung liegt zum Beispiel regelmäßig in einer staatlichen Vorgabe, nur einen bestimmten Teil der Ladenfläche für Publikumsverkehr zu nutzen oder die Anzahl der Personen zu beschränken, die sich auf einer bestimmten Fläche aufhalten dürfen. Als Rechtsfolge schafft die Regelung eine tatsächliche Vermutung, dass sich ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. Die Vermutung ist widerleglich, zum Beispiel in Fällen, in denen der Mietvertrag zu einem Zeitpunkt geschlossen wurde, in dem eine pandemieartige

³⁵ BT-DRS 19/25322 vom 16.12.2020, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/253/1925322.pdf>

Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der breiten Öffentlichkeit bereits absehbar war. Dann ist regelmäßig davon auszugehen, dass ein solcher Mietvertrag in Kenntnis einer möglicherweise bevorstehenden tiefgreifenden Veränderung des Wirtschaftslebens geschlossen wurde. Die Vermutung gilt nur für das sogenannte reale Merkmal des § 313 Absatz 1 BGB, dass sich also ein Umstand, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. Die weiteren Merkmale des § 313 Absatz 1 BGB bleiben unberührt; im Streitfall ist ihr Vorliegen also durch die Partei, die sich auf die Regelung beruft, darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen ... Es mag naheliegen, dass das sogenannte hypothetische Element, dass also die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, in Bezug auf die COVID19-Pandemie regelmäßig erfüllt ist. Gleichwohl kann sich hier aufgrund vertraglicher Regelungen auch ein anderer Wille der Parteien ergeben (vergleiche Landgericht Heidelberg, Urteil vom 30. Juli 2020, Aktenzeichen 5 O 66/20 ...: Schließung eines Einzelhandelsgeschäfts für die Dauer von 26 Arbeitstagen bei vertraglicher Vereinbarung eines sechsmonatigen Festhaltens am Vertrag im Falle einer erheblichen Veränderung der Charakteristik der Verkehrssituation, der Einzelhandelssituation oder Straßenführung in Bezug auf die Erreichbarkeit des Objekts; nebst Sockelmiete mit Erhöhung abhängig vom Jahresumsatz). Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Auch das sogenannte normative Merkmal des § 313 Absatz 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 nicht erfasst. Es ist allerdings davon auszugehen, dass ohne entspre-

chende vertragliche Regelungen Belastungen infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie regelmäßig weder der Sphäre des Vermieters noch des Mieters zuzuordnen sind. Im Rahmen der Zumutbarkeit wird hier von Bedeutung sein, wie stark sich die staatlichen Beschränkungen auf den Betrieb des Mieters auswirken. Ein Indiz für starke Beeinträchtigungen kann in erheblich zurückgegangenen Umsätzen, zum Beispiel im Vergleich zum Vorjahreszeitraum, liegen. Zu berücksichtigen sein wird auch, ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten hat, mit denen er die Umsatzausfälle infolge staatlicher Beschränkungen jedenfalls teilweise kompensieren kann, und ob er Aufwendungen erspart hat, weil er etwa Kurzarbeit angemeldet hat oder der Wareneinkauf weggefallen ist. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. § 313 BGB gewährt keine Überkompensation. Schließlich bleibt auch die Rechtsfolge des § 313 Absatz 1 BGB unberührt. Vertragsanpassung kann nur im angemessenen Umfang begehrt werden. Es kann nur diejenige Rechtsfolge begehrt werden, welche die schutzwürdigen Interessen beider Vertragsteile in ein angemessenes Gleichgewicht bringt. Es hängt daher immer vom jeweiligen Einzelfall ab, ob für den Zeitraum, in dem ein Betrieb von einer staatlichen Maßnahme betroffen ist, zum Beispiel eine Stundung oder Anpassung der Miethöhe, eine Verringerung der angemieteten Fläche bei gleichzeitiger Herabsetzung der Miete oder auch die Aufhebung des Vertrags angemessen ist.“

bb) Tatbestandliche Voraussetzungen für den Wegfall der Geschäftsgrundlage

(1) reales Merkmal bei unmittelbaren hoheitlichen Eingriffen

In den bislang ergangenen Entscheidungen³⁶ wird durchweg angenommen, dass es sich bei der Covid-19-Pandemie um eine schwerwiegende Änderung der Vertragsgrundlagen im Sinne von § 313 Abs. 1 BGB handele (vgl. auch den soeben auszugsweise zitierten Bericht des Rechtsausschusses). Dies erscheint auch derart zweifelsfrei, dass sich an dieser Stelle gesonderte Ausführungen erübrigen. Inzident wird auf diese Thematik aber im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung (unten V. 4. bb) (3)) noch eingegangen.-

(2) Hypothetisches Element

Hinsichtlich des hypothetischen Elements, also der Frage, ob die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die mit der Covid-19-Pandemie verbundenen Veränderungen vorgesehen hätten, wird auf die durchweg zutreffenden Ausführungen in dem auszugsweise wiedergegebenen Bericht des Rechtsausschusses (oben V. 4. d) aa)) verwiesen.

(3) Zumutbarkeitsfragen bei Betriebsschließungen bzw. Betriebsbeschränkungen

Für den ersten teilweisen Lockdown, der branchenabhängig bis zu etwa zwei Monaten gedauert hat, wird in der deutschen Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet, ob dem Pächter ein Festhalten am ursprünglichen Vertrag, insbesondere an die Höhe des vereinbarten Pachtzinses,

unzumutbar geworden ist.³⁷ Dies beruht entscheidend darauf, dass die Schwelle zur Unzumutbarkeit aus Sicht einiger Gerichte erst bei einer durch die Betriebsschließung drohenden Existenzgefährdung überschritten ist,³⁸ während andere Gerichte die mit langfristigen Betriebsschließungen typischerweise verbundenen wirtschaftlichen Folgen genügen lassen (dazu näher unter V. 4. d) bb) (3.3)).

(3.1) Beispiel aus der Rechtsprechung

Beispielhaft für die bislang ergangenen erstinstanzlichen Entscheidungen soll zunächst ein Urteil des **Landgerichts Mönchengladbach** auszugsweise dargestellt werden:³⁹

...„Die Beklagte hat ... gemäß § 313 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Vertragsanpassung für die Zeit vom 01.04. bis 19.04., die sie ... im Wege einer Einrede gegen eine Inanspruchnahme aus dem für sie unzumutbar gewordenen Vertrag geltend machen kann (BeckOGK/Martens BGB § 313 Rn. 155).

Ein Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und wenn die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, sowie wenn einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das Festhal-

³⁶ Zusammenstellung im Urteil des LG München I vom 25.01.2021 - 31 O 7743/20 - juris

³⁷ vgl. die umfassende Zusammenstellung im Urteil des LG München I vom 25.01.2021 - 31 O 7743/20 - juris

³⁸ LG Wiesbaden, Urteil vom 05. 11.2020 - 9 O 852/20 - MDR 2021, 28; LG Frankfurt/M, Urteil vom 02.10.2020 - 2-15 O 23/20 - Grundeigentum 2020, 1495; LG Zweibrücken, Urteil vom 11.09.2020 - HK O 17/20 - juris

³⁹ LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 - 12 O 154/20 - juris

ten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

aa)...

bb) Die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB sind gegeben.

Bei Betriebsuntersagungen greift das Anpassungsrecht des § 313 Abs. 1 BGB ein. Zu Beginn des allgemeinen "Shutdown" im März 2020 wurde die Nutzung zum vertraglichen Zweck in weiten Bereichen des Einzelhandels - und so auch im konkreten Fall - vollständig untersagt, womit der Geschäftsbetrieb jedenfalls nahezu vollständig zum Erliegen kam. Das ist eine schwerwiegende, unzumutbare Störung. Da das Risiko für die Betriebsuntersagung in gleichem Maß außerhalb des Risikobereichs von Mieter und Vermieter lag, ist eine Anpassung auf die Hälfte des Mietzinses angemessen (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 241; Streyl, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 93; Häublein/Müller NZM 2020, 481, 490; Ekkenga/Schirmacher NZM 2020, 410, 414; Zehelein NZM 2020, 390, 399; im Ergebnis ebenso Weller/Thomale, BB 2020, 962, 965; a.A.: eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB ablehnend: LG Frankfurt a. M. Urt. v. 2.10.2020 - 2-15 O 23/20, BeckRS 2020, 26613 Rn. 23 ff.; LG Heidelberg COVuR 2020, 541 Rn. 33 ff. m.w.N.). Diese hälftige Teilung fügt sich auch in die höchstrichterliche Rechtsprechung ein, die eine solche annimmt, wenn die Folgen der Grundlagenstörung nicht einer Partei allein zugewiesen werden können (BGH NJW 1984, 1746, 1747). Die hälftige Teilung gilt auch für verbrauchsunabhängige Betriebskosten. Lediglich die verbrauchsabhängigen Betriebskosten hat der Mieter vollständig zu tragen, weil sie durch seine (eingeschränkte) Fortsetzung der Geschäftstätigkeit verursacht wurden (Streyl, in: Schmidt, COVID-19,

Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 3 Mietrecht Rn. 93). ...

Im Einzelnen:

(1) Eine nachträgliche Änderung vertragswesentlicher objektiver Umstände liegt vor.

Bei den hoheitlichen Stilllegungsanordnungen handelt es sich um den Mieter unmittelbar treffende Maßnahmen, die einen Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen. Die staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie ergingen aufgrund von epidemiologischen Erwägungen, die weder an spezifische Eigenschaften der Mieter, noch an solche der Mietobjekte anknüpften. Geschützt werden sollten Gemeinwohlinteressen, die weder speziell durch das Verhalten der Mieter, noch durch die Vermieter oder die von ihnen vermieteten Räumlichkeiten gefährdet wurden. Durch die Maßnahmen sollte vielmehr eine Verminderung der sozialen Kontakte in der Bevölkerung allgemein bewirkt werden. Dieses Ziel konnte grundsätzlich sowohl durch Anordnungen erreicht werden, die gegen die Mieter gerichtet waren, als auch durch Maßnahmen gegen die Vermieter. Ob die Maßnahmen gegen den Vermieter bzw. auf das Mietobjekt (sachbezogen) oder gegen den Nutzer (verwendungsbezogen) gerichtet waren, ergab sich folglich nicht aus individuellen Umständen, sondern allein aus der Adressateneigenschaft. Diese Adressateneigenschaft war aber für die Parteien eines Mietvertrags zufällig und unvorhersehbar. Es wäre daher willkürlich, wenn man die Risikoverteilung in Gewerbemietverträgen davon abhängig machte, ob die Maßnahmen sachbezogen (dann Mietmangel) oder verwendungsbezogen (dann regelmäßig Verwendungsrisiko des Mieters) waren. Das Risiko beispielloser und in ihrer Richtung unvorhersehbarer staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie konnten die Parteien nicht vorhersehen und

es ist daher auch nicht von der vertraglich vereinbarten Risikoverteilung umfasst, sondern sein Nichteintritt bildete die Geschäftsgrundlage ihres Vertrags. Hätten die Parteien die Risiken einer Pandemie bedacht, wäre eine sinnvolle Verteilung des Risikos, die nicht auf eine Wette hinausgelaufen wäre, nur in der Form einer hälftigen Teilung möglich gewesen (zum Ganzen: BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 241).

Vor dem Hintergrund ist hier als "große" Geschäftsgrundlage die gemeinsame Vorstellung der Parteien anzuerkennen, dass es während der Vertragslaufzeit nicht zu einer Pandemie kommen wird, die sich ganz erheblich und weltweit auf den Handel und die sonstige Geschäftstätigkeit auswirkt. Allgemeiner formuliert gingen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass ein geregelter Geschäftsbetrieb überhaupt möglich ist (Zehelein, COVID-19, Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 7 Wegfall der Geschäftsgrundlage Rn. 4; Häublein/Müller NZM 2020, 481, 487). Dies betrifft den Zeitraum vom 01.04. bis einschließlich 19.04.2020 (zu dem Zeitraum vom 18.03.2020 bis 31.03.2020 siehe unter g)), in dem die Geschäftsgrundlage hier gestört war.

Auch wenn die Rechtsprechung (vgl. etwa OLG Hamm Anerkenntnisurteil v. 8.4.2020 - 30 U 107/19, BeckRS 2020, 8424 Rn. 84 m.w.N.) bei Gewerbemietverträgen von § 313 BGB nur sehr zurückhaltend Gebrauch macht und seine Anwendung auf Fälle "krasser Unbilligkeit" beschränken will, so findet diese Zurückhaltung ihre Rechtfertigung nur darin, dass die Parteien regelmäßig alle Risiken abschließend in ihrem Vertrag untereinander verteilt haben und eine richterliche Korrektur dieses Vertrags ausgeschlossen sein muss. Das Risiko der COVID-19-Pandemie ist aber in der Regel gerade nicht Vertragsinhalt geworden. Es liegt folglich eine Regelungslücke vor

(BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 241.1).

(2) Die Umstände, die - wie zuvor dargelegt - zur Grundlage des Vertrages geworden sind, haben sich schwerwiegend i.S.d. § 313 Abs. 1 geändert.

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 (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019 Rn. 58, BGB § 313 Rn. 58). Bei Dauerschuldverhältnissen wie der Miete geht es allerdings nicht darum, dass ein Vertragsschluss ganz unterblieben wäre, weil nicht zu erwarten ist, dass die Vertragspartner jegliches Wirtschaften aus Sorge vor einer Krise eingestellt hätten, deren Eintritt und Ausmaß ungewiss war. Aber es ist offensichtlich, dass redliche Vertragspartner einen beiderseits angemessenen Ausgleich für die Zeit der Krise je nach dem Ausmaß der Betroffenheit vereinbart hätten (Zehelein, COVID-19, Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 7 Wegfall der Geschäftsgrundlage Rn. 5). Nicht jede geringfügige Änderung oder Abweichung von den Parteivorstellungen kann indes die Stabilität des geschlossenen Vertrages in Frage stellen. Die Verlässlichkeit von Verträgen wäre sonst bedroht und damit die Rechtsordnung und der Wirtschaftsverkehr an sich. Das normale Veränderungsrisiko nehmen die Parteien auf sich (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019 Rn. 58, BGB § 313 Rn. 58).

Die Mietvertragsparteien haben nicht damit gerechnet - kaum jemand hat damit ernsthaft gerechnet -, dass es zu einer globalen Pandemie mit Betriebsuntersagungen- kommt. Insoweit unterscheidet sich dieser Sachverhalt auch von dem bereits vom BGH entschiedenen und zuvor bereits

erörterten "Rauchverbots"-Fall, in dem es nur um punktuelle Einschränkungen, aber nicht um eine vollständige Betriebsuntersagung ging. Es ist nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Parteien, wenn sie an eine solche Pandemie gedacht hätten, den Vertrag nicht in der Form abgeschlossen hätten.

(3) Der Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB ist für von in Zeiten der Corona Pandemie erfolgten hoheitlichen Anordnungen in Form von Betriebsuntersagungen betroffenen Gewerberaummietverträge auch nicht aufgrund der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung ausgeschlossen.

(i) Durch Umstände, die in den Risikobereich einer Vertragspartei fallen, wird die Geschäftsgrundlage des Vertrages grundsätzlich nicht berührt (...BGHZ 129, 253). Nicht zur Geschäftsgrundlage gehören daher Störungsereignisse, in denen sich Risiken verwirklichen, die eine Partei übernommen hat oder die zu ihrem allgemeinen Vertragsrisiko gehören (BGH NJW 1991, 1478). Dies ist hier grundsätzlich der Fall. Im Mietrecht trägt - wie bereits dargelegt - regelmäßig der Mieter das Ertrags- und Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Das bedeutet, dass der Mieter eines Ladengeschäfts, der in der Corona-Krise von einer Schließungsanordnung betroffen ist und daher die Mietsache nicht nutzen kann, sich im Grundsatz nicht auf § 313 BGB berufen kann, weil das Risiko der Nutzbarkeit des Gewerberaums in seinen eigenen Risikobereich fällt (Warmuth COVuR 2020, 16, 19).

(ii) Eine Risikoverteilung ausschließlich zu Lasten des Mieters bezüglich hoheitlicher Anordnungen betreffend die Corona Pandemie ist jedoch willkürlich. Denn das Risiko für die Betriebsuntersagung lag - wie bereits eingangs dieses Abschnitts mit Fundstellen unterlegt - in gleichem Maß außerhalb des Risikobereichs von Mieter und Vermieter.

Die vom Staat erlassenen Maßnahmen in Form von Schließungsanordnungen und Hygieneauflagen sollten - wie bereits dargelegt - Gemeinwohlinteressen dienen und durch Verminderung der sozialen Kontakte das Pandemiegeschehen verlangsamen. Dabei wurden diese Gemeinwohlinteressen weder speziell durch das Verhalten der Mieter, noch durch die Vermieter oder die von ihnen vermieteten Räumlichkeiten gefährdet. Grundsätzlich wären dabei Anordnungen sowohl gegen Mieter als auch Vermieter denkbar gewesen. Der Gesetzgeber hätte gleichermaßen Grundstückseigentümern auferlegen können, die Grundstückszugänge gegen Zutritt zu sperren. In diesem Fall hätten Vermieter die Möglichkeit des Gebrauchs nicht mehr gewähren können, ihr Vertragsrisiko wäre betroffen gewesen (Zehelein, COVID-19, Miete in Zeiten von Corona, 1. Aufl. 2020, § 7 Wegfall der Geschäftsgrundlage Rn. 12, 15; aufschlussreich zum "Abriegeln" eines laufkundschaftabhängigen Ladenlokals für Bauarbeiten: KG NZM 2008, 526).

(4) Eine Vertragsanpassung kommt nur dann und insoweit in Betracht, als sich die Folgen der COVID-19-Pandemie so schwerwiegend auf das jeweilige Mietverhältnis ausgewirkt haben, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag einer oder beiden Parteien nicht zugemutet werden kann (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 229, 243). Das ist in der Regel nur der Fall, wenn das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbaren Ergebnissen führt (... BGHZ 133, 321). Bei der Beurteilung, ob die Umstände sich für die Partei als unzumutbar dargestellt haben, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGH NJW 2012, 1718; BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 243).

Unzumutbarkeit ist für den Zeitraum vom 01.04.2020 bis 19.04.2020 zu bejahen. Aufgrund der hoheitlichen Schließungsanordnung konnte

die Beklagte in dem streitgegenständlichen Ladengeschäft für diese Zeit keinerlei Umsätze verbuchen.

(5) ... Ausnahmsweise ist eine rückwirkende Vertragsanpassung auf den Zeitpunkt des Anpassungsereignisses zulässig. Maßgeblich ist dafür eine umfassende Bewertung der Interessen beider Parteien (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn. 98). Im Allgemeinen kommt eine Anpassung für die Vergangenheit desto weniger in Betracht, je stärker und unerwarteter die Rückwirkung die durch die Anpassung benachteiligte Partei trifft (Schutz getroffener Dispositionen). Je geringer die Schutzwürdigkeit des Anpassungsgegners ist, desto eher lässt sich auch mit Wirkung für die Vergangenheit anpassen, so etwa bei einer auf Grund unzutreffender Flächenberechnung zu hohen Miete (MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn. 98). Kein stichhaltiges Argument gegen eine rückwirkende Anpassung und - im Falle einer Ermäßigung der Leistungspflicht - damit verbundenen teilweisen Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen ist die häufige, formelhafte Behauptung, die Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen sei mit untragbaren Schwierigkeiten verbunden. Es mag solche Fälle geben - die Regel sind sie nicht (Loyal NJW 2013, 417, 420). ...

f) Für die nachfolgenden Zeiträume, also solche nach dem 19.04.2020, liegt keine Störung der Geschäftsgrundlage vor. ...

Hier greift das bereits Ausgeführte, dass der Mieter das Verwendungsrisiko trägt. Insbesondere ist hier noch einmal darauf hinzuweisen, dass für die Einschränkungen, die mit dem Erlass der Nichtraucherschutzgesetze für Gaststätten- und Restaurantbetreiber verbunden waren (BGH NJW 2011, 3151...) der Mieter das Risiko trägt. Die Risiken solcher mehr oder weniger

weitgehenden Einschränkungen, die zu keiner vollständigen Betriebsuntersagung führen, muss der Mieter allein tragen.

Es obliegt dem Mieter, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um seinen Betrieb auch während der Pandemie soweit wie möglich aufrecht zu erhalten bzw. durch zumutbare Anpassungen seines Geschäftsmodells drohende Verluste abzuwenden. Denn der Mieter trägt das unternehmerische Risiko seines Betriebs und kann eine Vertragsanpassung nur dann verlangen, wenn und soweit eine verlustfreie Verwendung der Mieträume unternehmerisch objektiv ausgeschlossen ist. Welche Verwendungsmöglichkeiten der Mietsache dem Mieter bei einem ggf. angepassten Geschäftsmodell während der Beschränkungen infolge der COVID-19-Pandemie objektiv möglich waren, kann wiederum nur im Einzelfall festgestellt werden. Unternehmer haben hier große Kreativität bewiesen. Sofern ein Gewerbieter nicht hinreichend einfallreich war, zeigt sich ein mangelndes unternehmerisches Talent, dessen Risiko nicht auf die Pandemie zurückzuführen und deshalb von ihm zu tragen ist (BeckOGK/Martens, 1.10.2020, BGB § 313 Rn. 243). Das Risiko einer Gewinnerzielung in dem angemieteten Geschäftslokal trägt der Mieter (BGH NJW 1981, 2405...)."

Diese Entscheidung führt zu zumindest gut vertretbaren Ergebnissen. Auch rechtsdogmatisch wird man ihr in weiten Bereichen beitreten können.

(3.2) Eigene Bewertung der Risikosphären und deren Auswirkungen auf Unzumutbarkeit

Wie bereits erwähnt (oben V. 3.) wird im Folgenden davon ausgegangen, dass sich trotz des Vorliegens höherer Gewalt das beim Pächter liegende **Verwendungsrisiko** verwirklicht hat.

Die fehlende Beherrschbarkeit der Pandemie besagt nämlich nicht per se, dass eine coronabedingte Betriebsschließung bzw. Betriebsbeschränkung außerhalb des Risikobereichs einer der beiden Partner des Pachtvertrages liegt. Vielmehr ist vorzugswürdig, im ersten Schritt die Zuordnung der Vertragsrisiken ausschließlich daran auszurichten, wie sich diese auf das Vertragsverhältnis konkret ausgewirkt haben. Mit anderen Worten: Auf der ersten Stufe ist entscheidend, ob sich der hoheitliche Eingriff im Verwendungsrisiko oder im Beschaffungsrisiko niedergeschlagen hat oder ob er außerhalb jedes vertraglichen Risikobereichs liegt. Erst beim Abwägungsprozess im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist es angebracht und erforderlich, in die gebotene Gesamtwürdigung einfließen zu lassen, dass die hoheitlich angeordnete Betriebsschließung bzw. Betriebsbeschränkung letztendlich auf höherer Gewalt beruht. Insbesondere erscheint bei der gegenteiligen Argumentationskette nicht zwingend, dass zunächst wegen des Vorliegens einer höheren Gewalt eine außerhalb der Risikosphäre der Parteien liegende Ursache angenommen, aber beim normativen Element dann doch auf das Verwendungsrisiko des Pächters abgestellt wird (so etwa im soeben auszugsweise wiedergegebenen Urteil des Landgerichts Mönchengladbach und im auszugsweise zitierten Bericht des Rechtsausschusses [oben V. 4. d) aa])).

Zudem gibt die Covid-19-Pandemie keinen Anlass, davon abzuweichen, dass aus § 552 Satz 1 BGB ein im Grundsatz uneingeschränktes Verwendungsrisiko des Pächters folgt⁴⁰ und dieses grundsätzlich selbst vom Pächter nicht beherrschbare Geschehensabläufe umfassen kann⁴¹

⁴⁰ BGH, Urteil vom 23.10.1996 - XII ZR 55/95 - NJW 1997, 193

⁴¹ vgl. etwa zu den ebenfalls auf höhere Gewalt zurückzuführenden witterungsbedingten

Dies gilt umso mehr, als sich sachgerechte Ergebnisse auch dann erreichen lassen, wenn man dabei verbleibt, dass das Verwendungsrisiko des Pächters grundsätzlich unbegrenzt ist.

(3.2.1) Die **Notwendigkeit einer Vertragsanpassung** folgt daher im Regelfall vor allem aus folgenden Gründen:

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es sich bei Pachtverträgen um **Dauerschuldverhältnisse** handelt, die sowohl eine eher intensive Bindung der Vertragspartner schaffen als auch wegen ihrer Dauer für unerwartete und unvorhersehbare Veränderungen der äußeren Rahmenbedingungen deutlich anfälliger sind als Rechtsgeschäfte mit einer einmaligen oder zeitlich sehr begrenzten Leistungs- und Gegenleistungspflicht. Daher kann es bei Dauerschuldverhältnissen gerechtfertigt sein, bei veränderten Verhältnissen die grundsätzliche Pflicht zur Bindung an den ursprünglichen Vertragsinhalt weniger stringent auszugestalten.⁴² Zudem weisen infektionsschutzrechtliche Betriebsbeschränkungen oder Betriebsschließungen als Besonderheit auf, dass sie nicht nur das Verwendungsrisiko des Pächters betreffen, sondern typischerweise auch die Nachfrage nach Gewerberäumen reduzieren und deren Vermarktung erschweren⁴³. Hätte aber der Verpächter während der Betriebsbeschränkungen oder -schließungen seinerseits kaum die Möglichkeit, die Gewerbeimmobilie anderweitig zu verpachten, ist ihm eher zumutbar, sich am wirtschaftlichen Risiko des Pächters zu beteiligen als bei Vertragsverhältnissen, bei denen die Covid-19-Pandemie die Nachfrage nicht oder kaum beeinflusst (vgl. auch oben V. 4. a)).

Nutzungsverhinderungen: Staudinger/Volker Emmerich (2018) BGB § 537, Rn. 3 ff.

⁴² vgl. auch Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 16 mwN; siehe oben V. 3.

⁴³ zu den Vermarktungsproblemen im touristischen Vermietungsbereich: unten V. 4. f) bb)

Diese „**Ambivalenz der Risikosphären**“ zeigt sich auch darin, dass es den Hoheitsträgern grundsätzlich möglich gewesen wäre, nicht die Betriebe zu schließen, sondern stattdessen den räumlichen Zugang zum Gewerberaum zu unterbinden; also am Beschaffungsrisiko des Verpächters anzusetzen.⁴⁴ Erst recht wird diese Ambivalenz deutlich, wenn sich die Hoheitsträger entschlossen hätten, ihre infektionsschutzrechtlichen Ziele ausschließlich über eine zweckabhängige Ausgangsbeschränkung bzw. Ausgangssperre, also über eine „Steuerung“ des Bewegungsverhaltens der Bevölkerung, zu erreichen. Vollends vermischen sich die hoheitlichen Eingriffsebenen, wenn es zu einer Kumulierung der Eingriffsmaßnahmen kommt, sich also Betriebs-schließungen und Ausgangsbeschränkungen überlagern und womöglich - um weitere Verstöße zu verhindern - auch noch räumliche Absperrungen erfolgen.

Hängt aber letztendlich von der konkret ergriffenen Art der hoheitlichen Maßnahme ab, welche Vertragsrisiken sich verwirklichen, dürfte unter den bereits dargelegten Besonderheiten eines Dauerschuldverhältnisses bei der Zumutbarkeitsprüfung angebracht sein, generell von einer Ambivalenz der Risikosphären auszugehen; und zwar unabhängig von dem für die Vertragspartner eher zufälligen konkreten Vorgehen der Hoheitsträger. Dies sind auch die entscheidenden rechtlichen Gründe dafür, dass vor allem längerfristige Miet- und Pachtverträge in der Covid-19 - Pandemie tendenziell anders zu behandeln sind als sonstige Rechtsgeschäfte.

(3.2.2) Allerdings sei angemerkt, dass von einer solchen Ambivalenz der Risikosphären nur

⁴⁴ vgl. BGH, Urteil vom 01.07.1981 - VIII ZR 192/80 - NJW 1981, 2405; siehe zu den Handlungsoptionen der Hoheitsträger auch das soeben auszugsweise zitierte Urteil des LG Mönchengladbach und den Bericht des Rechtsschusses (auszugsweise zitiert unter V. 4. d) aa))

auszugehen ist, wenn sich die Betriebsschließung als eine generell prophylaktische Maßnahme darstellt.

Erfolgt die Betriebsschließung hingegen nicht nach einer bestimmten Branchentypik, also beispielsweise für alle gastronomischen Betriebe einer bestimmten Region, sondern ist sie **auf ein besonderes Objekt bezogen**, wird sich im Regelfall ausschließlich das Verwendungsrisiko des Pächters verwirklichen. Dies gilt insbesondere, wenn es in den gepachteten Geschäftsräumen zu gehäuftem „Corona-Ausbrüchen“ kommt und der Betrieb zeitweilig geschlossen wird, um den Hotspot zu isolieren. In einer solcher Situation ist der hoheitliche Eingriff nämlich nicht durch das allgemeine Pandemiegeschehen ausgelöst, sondern durch die in den gepachteten Geschäftsräumen entstandene Gefahrenquelle. Es ist daher sachgerecht, die wirtschaftlichen Folgen auf der konkreten Verursachungsebene zu belassen; und zwar selbst dann, wenn die zuständigen Stellen zusätzlich oder gar ausschließlich den räumlichen Zugang verhindern, also vordergründig betrachtet eine das Beschaffungsrisiko des Verpächters betreffende Maßnahme ergreifen.

(3.3) Maßstab der Unzumutbarkeit (Existenzgefährdung; Betriebsbeschränkungen)

Wie bereits unter V. 4. d) bb) (3) erwähnt, wird in einigen Urteilen angenommen, dass dem Pächter ein Festhalten am Vertrag bei coronabedingten Betriebsschließungen nur bei einer ansonsten drohenden **Existenzgefährdung** unzumutbar sei.

Eine derart hohe Anforderung dürfte in Georgien angesichts der „weicheren“ sprachlichen Fassung von Art. 398 ZGB von vornherein nicht in Betracht kommen. Sie erscheint aber auch in Deutschland durchaus problematisch, da die Be-

triebsschließung als solche zwar das Verwendungsrisiko des Pächters betrifft, die Covid-19-Pandemie aber letztlich doch - wie soeben dargestellt - die Risikosphären beider Parteien berührt. Man mag daher die Unzumutbarkeit bei einer eher kurzfristigen Betriebsschließung ggf. verneinen können. Bei einer zeitlich nachhaltigen Untersagung der vertraglich geschuldeten Nutzung spricht aber sehr viel dafür, eine Unzumutbarkeit selbst dann anzunehmen, wenn mit ihr eine existenzielle Gefährdung des Pächters nicht verbunden ist.

Stark von den Umständen des Einzelfalles hängt ab, ob bei **Betriebsbeschränkungen** ein Festhalten am Vertrag unzumutbar ist. Wird etwa die Anzahl der sich zeitgleich in einem Supermarkt aufhaltenden Kunden begrenzt, werden Verkaufsflächen reduziert oder wird der Handel von nicht lebensnotwendigen Produkten eingeschränkt, sind die Auswirkungen meist weniger nachhaltig, als wenn einem Gastronomiebetrieb oder einem Baumarkt nur noch die Nutzung von Außenflächen oder gar nur noch ein reiner Abhol- und Lieferservice verbleiben. Ein Hotelbetreiber, der nur noch Geschäftsreisende beherbergen darf, wird im Regelfall stärker betroffen als (hier unterstellt) ein Restaurantbetreiber, der Gästen nur nach einem negativen Corona-Schnelltest Zugang zum Lokal gewähren darf.

(3.4) Berücksichtigung weitere Umstände, etwa von Hilfsprogrammen

Zweifelhaft ist, ob im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung die dem Pächter aus staatlichen Hilfsprogrammen zufließenden **Finanzhilfen** zu berücksichtigen sind.⁴⁵

⁴⁵ so ohne Begründung der unter V. 4. d) aa)) auszugsweise zitierte Bericht des Rechtsausschusses

Zweck dieser Finanzhilfen ist es nämlich nicht, die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen dem Verpächter und dem Pächter zu beeinflussen und dadurch denkmöglich sogar (zum Nachteil des mit den Hilfsprogrammen unterstützten Pächters) eine ansonsten nach § 313 Abs. 1 BGB gebotene Anpassung der Vertragsverhältnisse zu verhindern. In Anlehnung an die Grundsätze zum schadensrechtlichen Vorteilsausgleich⁴⁶ ist daher vorzugswürdig, die aus dem Staatshaushalt fließenden Zuwendungen im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung außer Betracht zu lassen (zu ihrer Berücksichtigung bei der Vertragsanpassung nachfolgend (5)).

Im Ergebnis dürfte dasselbe gelten, wenn der Pächter aus einer von ihm geschlossenen **Betriebsunterbrechungsversicherung** (dazu oben V. 3. am Ende) Versicherungsleistungen erhält. Die durch diese bewirkte Kompensation oder Reduktion der wirtschaftlichen Einbußen beruht nämlich auf einem überobligationsmäßigen Einsatz des Pächters. Es erscheint deshalb nicht sachgerecht, die durch den Einsatz eigener Mittel erlangte Versicherungsleistung bei der Ermittlung der Zumutbarkeitsschwelle zu berücksichtigen (vgl. zur rechnerischen Ermittlung des anzupassenden Pachtzinses nachfolgend (5)).

Anders ist die Rechtslage hingegen zu beurteilen, wenn sich der Pächter im Pachtvertrag zum Abschluss einer Betriebsunterbrechungsversicherung verpflichtet hat. Einer derartigen vertraglichen Regelung ist nach ihrem Zweck immanent, dass die wirtschaftlichen Folgen einer Betriebs-

⁴⁶ Hinweis für die georgischen Leserinnen und Leser: Es geht hierbei um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Leistungen Dritter, vor allem auch „freiwilliger“ Art, einen entstandenen Schaden verringern; dazu Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 1. Aufl., § 249 BGB, Rn. 55 mwN; Staudinger/Schiemann (2017) BGB, § 249, Rn. 151

schließung (im Rahmen des versicherten Risikos) im beiderseitigen Interesse vorrangig durch eine Versicherungsleistung beseitigt oder verringert werden sollen. Zielt aber damit die Versicherung im internen Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter darauf ab, sowohl die Beschaffungs- als auch die Verwendungsrisiken abdecken, bei der Ermittlung der Schwelle zur Unzumutbarkeit zweistufig vorzugehen; nämlich zunächst vom geschuldeten Pachtzins die anteilige Versicherungsleistung (ggf. mit dem nachfolgend für staatliche Leistungen aufgezeigten Berechnungsmodell) in Abzug zu bringen und danach zu bewerten, ob dem Pächter zumutbar ist, eine etwa verbleibende Differenz selbst zu tragen.

Dem Bericht des Rechtsausschusses ist auch nicht darin beizutreten, dass in die Zumutbarkeitsprüfung die **ersparten Aufwendungen** für Wareneinkauf und die staatlichen Zuschüsse für die Lohnkosten (sog. Kurzarbeitergeld) einzufließen hätten. Der Wareneinkauf steht allein in einem inneren Zusammenhang mit dem Umsatz. Er weist jedoch grundsätzlich keinen Bezug zu den umsatzunabhängigen Aufwendungen für die Nutzung der Gewerberäume, also zum Pachtvertrag, auf. Hierbei dürfte es zumindest tendenziell auch dann verbleiben, wenn die Höhe des Pachtzinses umsatzabhängige Komponenten enthält. Mit diesen soll nämlich typischerweise nicht an die Wechselwirkung zwischen Umsatz und Gewinn und nicht an die Wechselwirkung zwischen Umsatz und Wareneinkauf angeknüpft werden. Die staatlichen Zuschüsse für die Lohnkosten dienen rein arbeitsmarktpolitischen Zwecken und stehen in keinem Zusammenhang mit dem Pachtzins. Unabhängig hiervon fließen sie im Endergebnis weitgehend den Arbeitnehmern zu.

(4) Zumutbarkeitsaspekte bei mittelbaren wirtschaftlichen Folgen

Eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB kann nur in Betracht kommen, wenn eine geschäftliche Betätigung in den gepachteten Räume durch hoheitliche Maßnahmen **unmittelbar** untersagt, vereitelt oder beschränkt wird. Bloße **mittelbare Auswirkungen** der Covid-19-Pandemie können hingegen zu keinem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen. Diese mittelbaren Folgen zählen zum Kernbereich des vom Pächter zu tragenden Verwendungsrisikos, so dass sie selbst angesichts der katastrophalen Dimension der Covid-19-Pandemie in aller Regel nicht, auch nicht teilweise, auf den Verpächter verlagert werden können.⁴⁷

Das gilt für sämtliche Umsatzeinbrüche in Folge ausbleibender Kunden; und zwar unabhängig von den Ursachen für die fehlende oder verringerte Nachfrage. Hierunter fallen also sowohl Umsatzeinbußen, die darauf beruhen, dass Kunden aus Sorge vor einer Infektion geöffnete Gaststätten, Hotels oder Einzelhandelsgeschäfte in geringerem Umfang aufsuchen oder kulturelle Veranstaltungen und Freizeiteinrichtungen eher meiden. Zum Kernbereich des Verwendungsrisikos zählt des Weiteren, wenn Geschäfte in Touristenzentren darunter leiden, dass Touristen auf Grund von Reisebeschränkungen, zur Vermeidung von Quarantäne oder aus Sorge um eine Infektion ausbleiben. Ebenso fällt hierunter, wenn Büroräume leer stehen; etwa weil sich Mitarbeiter im Home-Office befinden,⁴⁸ weil sie sich massenhaft infiziert haben oder weil sie sich in Quarantäne befinden.

⁴⁷ Im Ergebnis ebenso: LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 - 12 O 154/20 - juris [auszugsweise abgedruckt unter V. 4. d) bb) (3.1)]; LG München I, Urteil vom 25.01.2021 - 31 O 7743/20 - juris

⁴⁸ dazu: LG Mannheim, Urteil vom 23.07.2020 - 23 O 22/20 - Grundeigentum 2020, 1253

Anderes mag ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn das Ausbleiben von Kunden unmittelbar auf einem hoheitlichen Eingriff beruht, also nicht Folge eines coronabedingt veränderten Verhaltens ist, und wenn dieser zudem in seinen Wirkungen einer Betriebschließung praktisch gleichsteht. Solches kann etwa erwogen werden, wenn ein Touristenzentrum, in dem die örtlichen Gewerbetreibenden praktisch ausschließlich von Touristen leben, für diese wegen eines Reiseverbots oder wegen einer Abriegelung unerreichbar wird (dazu auch V. 4. f) bb)). In gleicher Weise wie bei einer Untersagung des Geschäftsbetriebs, aber dessen räumlicher Erreichbarkeit (dazu soeben unter (3.2.1)), mag in einer derartigen Lage eine gewisse Ambivalenz der Risikosphären vorhanden sein, wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen - das Geschäft bleibt offen, aber der Kunde darf nicht kommen..

(5) Wege der Vertragsanpassung

Soweit in den bislang in Deutschland ergangenen gerichtlichen Entscheidungen eine Vertragsanpassung vorgenommen wurde, war diese auf eine Teilung des Pachtzinses gerichtet.⁴⁹ Eine solche Halbierung erscheint im Regelfall sachgerecht, da sich mit der coronabedingten Betriebschließung aus den bereits dargelegten Gründen (oben V. 4. d) bb) (3.2)) ein ambivalentes Vertragsrisiko verwirklicht hat.

Eine Reihe von Detailfragen sind aber noch ungeklärt. Mit dem Landgericht Mönchengladbach erscheint angemessen, die **betriebsunabhängigen Nebenkosten** im Regelfall zu halbieren, die betriebsabhängigen Nebenkosten hingegen grundsätzlich beim Pächter zu belassen. Bei

Mischformen, wie sie etwa im Bereich der Energieversorgung vorhanden sind, wird ggf. zwischen der „Grundgebühr“ und den Verbrauchskosten zu differenzieren sein. Lassen sich die Nebenkosten nicht eindeutig einer Sphäre der Vertragspartner zuordnen, genügt es, sie nach eher groben Kriterien aufzuteilen. Dies kann etwa bei den Verbrauchskosten für die Beheizung eines Pachtobjekts in Betracht kommen. Im Ausgangspunkt gehören diese zwar in die Nutzungssphäre des Pächters. Zumindest in Frostperioden ist aber eine Grundtemperatur auch erforderlich, um im Interesse des Verpächters Schaden am Pachtobjekt zu verhindern.

Ungeklärt ist, wie sich **staatliche Hilfsleistungen** auf die Vertragsanpassung auswirken.⁵⁰ Voraussetzung jeder Anrechnung ist zumindest, dass die Zuwendung einen inneren Bezug zum Pachtvertrag aufweist, also (jedenfalls auch) sicherstellen soll, dass der Pächter wirtschaftlich im Stande ist, die Pachtzinsen zu bezahlen. Ist eine derartige Zielsetzung des staatlichen Hilfsprogramms vorhanden, spricht viel dafür, die auf die Pachtzinsen entfallenden Unterstützungen intern mit jener Quote auf die Partner des Pachtvertrages umzulegen, mit welcher der Pachtzins im Rahmen der Vertragsanpassung verringert wird. Ein praktisches Problem resultiert freilich daraus, dass sich die staatlichen Hilfsprogramme meist an anderen Bemessungskriterien orientieren und damit kalkulatorisch nicht ermittelt werden kann, welcher rechnerische Anteil auf den Pachtzins entfällt.

Eine mögliche Lösung könnte dann darin liegen, dass die Summe aller betriebsunabhängigen staatlichen Zuwendungen im ersten Schritt in Relation zu den gesamten betriebsunabhängigen Aufwendungen des Pächters gesetzt werden und

⁴⁹ vgl. LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 - 12 O 154/20 - juris (auszugsweise abgedruckt unter V. 4. d) bb) (3.1))

⁵⁰ für deren Anrechnung allerdings generell der Bericht des Rechtsausschusses (dazu soeben unter (3.4))

im zweiten Schritt ermittelt wird, welchen Anteil die betriebsunabhängigen Pachtzinsen an den gesamten betriebsunabhängigen Aufwendungen haben. Die sich so ergebende Quote wäre dann im dritten Schritt zwischen dem Verpächter und dem Pächter mit der für den Pachtzins maßgeblichen Quote aufzuteilen. Bei einem derartigen Rechenmodell wären dann auch Zuschüsse für die Arbeitskosten insoweit zu berücksichtigen, als sie wirtschaftlich beim Pächter verbleiben und nicht dessen Arbeitnehmern zufließen. Die hierbei jeweils anzusetzenden Beträge können ggf. auch geschätzt werden, weil das gesamte Anpassungsmodell des § 313 BGB ohnehin ein eher grobstrichiges ist und es daher keinen Sinn gäbe, bei der Ermittlung der einzusetzenden Beträge kleinteiliger zu sein als bei der Ermittlung der Quote. Als Beispiel soll folgendes Rechenmodell dienen:

- Betriebsunabhängige Aufwendungen:
10.000.000.- GEL
- Betriebsunabhängige Zuwendungen:
1.000.000.- GEL
- Quote der Zuwendungen: 10 % der Aufwendungen.
- Betriebsunabhängiger Pachtzins:
4.000.000.- GEL
- Quote des Pachtzinses : 40% der betriebsunabhängigen Aufwendungen.

Von den betriebsunabhängigen Zuwendungen entfallen mithin 40 % auf den Pachtzins, also 400.000.- GEL. Wird der Pachtzins zwischen Verpächter und Pächter halbiert, wird auch der anteilige Betrag von 400.000.-GEL hälftig aufgeteilt, kommt also zu jeweils 200.000.-GEL dem Verpächter und dem Pächter zu Gute. Wird bei den staatlichen Zuwendungen nicht zwischen betriebsunabhängigen und betriebsabhängigen Zuschüssen differenziert oder werden diese pauschal gewährt, könnte ein derartiges Anrechnungsmodell sinngemäß auf das Verhältnis zwi-

schen den gesamten Zuwendungen und gesamten Betriebsausgaben erweitert werden.

Bei den **Versicherungsleistungen** ist zu berücksichtigen, dass sich diese der Pächter - soweit keine vertragliche Pflicht bestand - durch eine überobligationsmäßige Leistung erworben hat (siehe auch V. 4. d) bb) (3.4)). Es ist daher nicht sachgerecht, den Verpächter an der Versicherungsleistung in irgendeiner Weise teilhaben zu lassen. Wird zusätzlich bedacht, dass es kein versicherungsrechtliches Bereicherungsverbot gibt⁵¹ und daher auf die Versicherungssumme die aus staatlichen Hilfsprogrammen erlangten Zuwendungen nicht anzurechnen sind⁵², ist angebracht, die Versicherungsleistung auch im Rechtsverhältnis zum Verpächter von vornherein außer Betracht zu lassen. Dies mag zwar in Extremfällen dazu führen, dass der Pächter im Endergebnis eine Über-Kompensation seiner coronabedingten Vermögensnachteile erlangt. Die Ursache hierfür liegt aber nicht in den schuldrechtlichen Bestimmungen zu den Leistungsstörungen, sondern im Versicherungsvertragsrecht, nach dessen Regelungen die Höhe der Versicherungsleistung nicht nur unabhängig von erlangten staatlichen Zuwendungen, sondern auch unabhängig von einer etwa gemäß § 313 BGB zu erfolgten Anpassung des Pachtzinses zu ermitteln ist. Ein solches Ergebnis mag zwar aus einem rein schuldrechtlichen Blickwinkel etwas befremdlich wirken; aus der Sicht des Versicherungsvertragsrechts ist es aber nicht ungewöhnlich.

⁵¹ vgl. BGH, Urteil vom 04.04.2001 - IV ZR 138/00 - BGHZ 147, 212

⁵² so LG München I, Urteil vom 22.10.2020 - 12 O 5868/20 - juris

f) Sonstige Nutzungsüberlassungen

Anhand dieser abstrakten Kriterien wird auch über andere langfristige Nutzungsverträge, bis hin zu Leasingverträgen über die Flugzeugflotte von Luftfahrtgesellschaften, zu entscheiden sein. Allerdings sind dabei stets die besondere Typik der jeweiligen Rechtsverhältnisse sowie das spezifische Vertragsrisiko zu berücksichtigen, so dass sehr unterschiedliche Ergebnisse in Betracht kommen. Die Vielfalt der dabei auftretenden Problemstellungen soll exemplarisch an Hand der Anmietung von Hotelzimmern, Ferienwohnungen und privatem Wohnraum aufgezeigt werden.

aa) Unmöglichkeit

Ein Unterschied gegenüber Betriebsschließungen oder Betriebsbeschränkung bei Pachtverträgen über Gewerberäume folgt schon daraus, dass sich die in Folge der Covid-19-Pandemie ergangenen hoheitlichen Anordnungen zumindest im Bereich des **Übernachtungsgewerbes** meist unmittelbar auf die Nutzungsüberlassung bezogen, also den Hotelbetrieben untersagt war, ein gemietetes Hotelzimmer dem Gast zur Nutzung zu überlassen. Hierdurch tritt eine rechtliche Unmöglichkeit ein, welche im deutschen Recht eine Anwendung von § 313 BGB verhindert (dazu oben III.). Hieran ändert sich nichts, wenn es einem Mieter in Folge von zusätzlich angeordneten Reisebeschränkungen oder Ausgangssperren faktisch nicht möglich gewesen wäre, die Mietsache in Besitz zu nehmen.

bb) Folgen von Reiseverboten und Ausgangssperren

Unterlag allerdings die Nutzungsüberlassung keinen coronabedingten Beschränkungen, son-

dern hat der Mieter das gemietete Objekt wegen einer Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit nicht in Besitz nehmen können, ist die Leistungsstörung jedenfalls im Ausgangspunkt dem Verwendungsrisiko des Mieters zuzurechnen.

(1) Im **deutschen Recht** ist bei Bewegungseinschränkungen zunächst zu beantworten, ob der Anwendungsbereich von § 537 BGB (dazu bereits oben V. 4. b) dd) (3.2)) eröffnet ist.

Nach dieser Bestimmung wird der Mieter von der Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses nicht befreit, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des Gebrauchsrechts gehindert ist.⁵³ Zweifelsfrei unterliegen dem Regelungsbereich dieser Vorschrift alle unmittelbar in der Person des Mieters liegenden coronabedingten Verhinderungen, wie eine Infektion oder eine Quarantäne, sowie alle mittelbaren Folgen der Covid-19-Pandemie, wie die Absage einer Geschäftsreise wegen der generellen Erschwernisse beim internationalen Flugverkehr. Für eine Anwendung von § 313 BGB ist dann wegen des Vorrangs des Regelungsbereichs von § 537 BGB von vornherein kein Raum.

Deutlich problematischer ist, ob als ein **in der Person des Mieters liegender Verhinderungsgrund** auch zu verstehen ist, wenn der Mieter in Folge einer coronabedingten Reisebeschränkung den Ort der Mietsache nicht aufsuchen kann.⁵⁴ Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Reisebeschränkung einen spezifischen Bezug zur Person des Mieters aufweist, also nicht alle potenziellen Nutzer in gleicher Weise trifft. Als Beispiel sei genannt, dass innerhalb eines Staates

⁵³ zum Anwendungsbereich umfassend: Staudinger/Volker Emmerich (2018) BGB § 537, Rn 7 ff.

⁵⁴ dazu: Hinterseer-Zbib, Rechtliche Folgen der Unmöglichkeit des Einzugs in die Mietwohnung wegen Reisebeschränkungen aufgrund der Corona-Pandemie, AnwZert MietR 2/2021 Anm. 1.

weder Reise- noch Nutzungsbeschränkungen bestehen, jedoch ein im Ausland ansässiger Mieter wegen eines generellen Einreiseverbotes eine von ihm gebuchte Ferienwohnung nicht aufsuchen kann.

Besteht hingegen eine **generelle Ausgangssperre** oder wird eine bestimmte Stadt oder Region abgeriegelt, bleibt die Unerreichbarkeit der Mietsache zwar weiterhin in der Risikosphäre des Mieters angesiedelt; sie hat aber nichts mehr mit dessen Person zu tun. Vielmehr trifft sie alle potenziellen Nutzer in gleicher Weise und haftet quasi der Mietsache selbst an.⁵⁵ Zahlreiche Ausgangsbeschränkungen bewegen sich zwischen diesen beiden Gestaltungen und machen damit die rechtliche Zuordnung nicht einfacher. Eine besondere juristische Kreativität dürfte etwa notwendig sein, wenn während des für Tbilisi zeitweilig angeordnet gewesenen Einreiseverbotes eine in Tbilisi und eine in Rustavi ansässige Person gemeinsam in Tbilisi ein Hotelzimmer angemietet gehabt hätten und dann der ortsansässige Gast (unterstellt, das Hotel selbst war nicht geschlossen) aus Rechtsgründen alleine vor der Tür des Hotelzimmers hätte stehen müssen.

Sobald sich die personenbezogenen Umstände in irgendeiner Weise mit objektbezogenen überlagern, ist der gegenständliche Anwendungsbereich von § 537 BGB verlassen. Für eine derart restriktive Interpretation von § 537 BGB spricht neben dem Wortlaut vor allem das als Rechtsfolge einzig vorgesehene „alles-oder-nichts-Prinzip“. Dieses kann für ambivalente Risikosphären nicht sachgerecht sein, da diese typischerweise eine Abwägung von konfligierenden Interessen erfordern.

Im deutschen Recht wäre dann im nächsten Schritt darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen eine Ausgangssperre oder eine

Abriegelung die Erfüllung eines Mietvertrages rechtlich unmöglich machen⁵⁶. Soweit dies nicht der Fall ist, wäre der Anwendungsbereich des Rechts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eröffnet.

(2) Das **georgische Recht** ist insoweit etwas einfacher konzipiert, da es keine Sonderregelungen kennt, welche die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen zu den Leistungsstörungen verdrängen können. Zudem kann im georgischen Recht letztlich offen bleiben, unter welchen Voraussetzungen eine Ausgangssperre oder eine Abriegelung zur rechtlichen Unmöglichkeit der Leistungserfüllung führen. Dies beruht darauf, dass im georgischen Recht anders als im deutschen auch bei einer rechtlichen Unmöglichkeit ein Wegfall der Geschäftsgrundlage angenommen wird (dazu oben unter III.), also beide denkbaren rechtlichen Wege bei den Rechtsfolgen wieder zusammenführen.

Dennoch dürften im Ergebnis die im deutschen Recht § 537 BGB unterliegenden Fallgestaltungen (in der Person des Mieters liegender Verhinderungsgrund) im georgischen Recht in ähnlicher Weise zu entscheiden sein. § 537 BGB konkretisiert nämlich lediglich den Umfang des den Mieter generell treffenden Verwendungsrisikos, ist also Ausdruck eines allgemeinen mietrechtlichen Prinzips.⁵⁷

Ob und ggf. wie bei Ausgangssperren und Reiseverboten eine Vertragsanpassung zu erfolgen hat oder ob ein Rücktrittsrecht in Betracht kommt, lässt sich nicht allgemein beantworten. Zwar mag isoliert betrachtet die Ambivalenz der Risikosphären dafür sprechen, in gleicher Weise wie bei der Betriebsschließung den Mietzins im

⁵⁵ vgl. zu den Differenzierungen auch: Hinterseer-Zbib, aaO

⁵⁶ dazu Staudinger/Volker Emmerich (2018) BGB § 537, Rn. 3

⁵⁷ vgl. Staudinger/Volker Emmerich (2018) BGB § 537, Rn. 7 mwN

Regelfall zu halbieren. (dazu oben V. 4. d) bb) (5)). Allerdings gibt es typischerweise auch deutliche Unterschiede in den Fallgestaltungen. Die Nutzung von Gewerbeimmobilien erfolgt in aller Regel ungleich längerfristiger, so dass durch eine Betriebsschließung meist nur ein vorübergehender Nutzungsausschluss eintritt. Bei der zeitweiligen Anmietung von Hotelzimmern oder Ferienwohnungen bewirken Ausgangssperren oder Abriegelungen hingegen tendenziell einen vollständigen Nutzungsausschluss. Dieser Unterschied in der Nutzungsdauer spiegelt sich mittelbar in der gesamte Marktsituation wider. Hotels und Ferienwohnungen stehen bei Ausgangssperren oder Abriegelungen wegen des ungleich häufigeren Mieterwechsels meist ganz oder überwiegend leer, während bei den Gewerberäumen nur Neu-Verpachtungen signifikant erschwert werden. Bei Abriegelungen kommt hinzu, dass diese wegen der Bekämpfung einer spezifischen örtlichen Gefahrenquelle einen deutlichen, der Risikosphäre des Vermieters zuzurechnenden Objektbezug aufweisen.

Soweit nicht spezifische Risikoübernahmen durch den Mieter vorliegen, etwa bei einem Mietvertragsschluss trotz der erkennbaren Gefahr von Ausgangssperren oder von Beschränkungen bei touristischen Reisen, ist deshalb das sich verwirklichende Risiko deutlich mehr der Sphäre des Vermieters als des Mieters zuzurechnen. Dies kann es ggf. rechtfertigen, eine Vertragspassung als undurchführbar zu erachten und dem Mieter ein Rücktrittsrecht zuzubilligen.

Mit einem solchen Vorgehen wird der Vermieter auch nicht unbillig belastet. Zwar ist trotz der Untersagung jeglichen touristischen Reiseverkehrs oder trotz der Abriegelung eines Ortes rein rechtlich betrachtet eine Nutzungsüberlassung möglich, solange diese nicht zusätzlich durch eine hoheitliche Maßnahme verboten wird. Fak-

tisch besteht aber keine Nachfrage mehr, so dass der Vermietungsmarkt für touristische Objekte zusammenbricht und diese zeitweilig kaum noch einen Nutzungswert haben.

(3) Diese Problematik betrifft nicht nur Reisende, sondern gleichermaßen private Mieter, die bei einem geplanten **Umzug in eine Mietwohnung** die Mietsache wegen einer Ausgangsbeschränkung nicht in Besitz nehmen können.⁵⁸ Allerdings wirken sich Reisebeschränkungen auf den Wohnungsmarkt nur begrenzt aus, so dass eine geringere Objektbetroffenheit besteht und dem Verwendungsrisiko des Mieters dadurch ein größeres Gewicht zukommt. Mit Blick hierauf ist nicht angemessen, dem Vermieter von Wohnraum bei einem coronabedingt verzögerten Einzug des Mieters für die Zeit des Wohnungsleerstandes gar keinen Mietzinsanspruch zuzubilligen. Im Gegenteil dürfte, abhängig von den konkreten Umständen, eher sachgerecht sein, den Mietzins zu halbieren oder tendenziell die Ursache für die Leistungsstörung sogar mehr in der Risikosphäre des Mieters anzusiedeln.

cc) Reiseabsagen des Mieters aus Sorge um die Gesundheit

Bestehen weder Reise- noch Nutzungsbeschränkungen, sondern nimmt ein Mieter aus Sorge um eine Covid-19-Infektion aus eigenem Entschluss ein gemietetes Objekt nicht in Besitz, ist Rechtslage in Deutschland nicht abschließend geklärt.⁵⁹ In einer solchen Situation überlagert sich die persönliche Entscheidung des Mieters

⁵⁸ dazu Hinterseer-Zbib, aaO

⁵⁹ dazu etwa: AG Bremen, Urteil vom 14.01.2021 - 9 C 360/20 - für in Deutschland ansässigen Mieter, der wegen der damals in Spanien hohen Infektionsraten eine von ihm dort angemietete Ferienwohnung nicht aufgesucht hat

mit einer eher dem Mietobjekt anhaftenden Gefahrenquelle. Daher kann aus den bereits dargelegten Gründen (oben V. 4. f) bb) (2)) § 537 BGB nicht eingreifen.

Die damit grundsätzlich in Betracht kommende Vertragsanpassung nach § 313 BGB erfordert eine Würdigung aller Gesamtumstände. Die im Reisevertragsrecht zu § 651h Abs. 3 BGB entwickelten Kriterien (dazu oben V. 4. b) dd) (3)) lassen sich zumindest nicht unmittelbar übertragen, weil diese von einem spezifisch verbraucherrechtlichen Schutzzweck geprägt sind. Entscheidend ist vielmehr, ob der Mietvertrag vor oder nach Bekanntwerden der Pandemie geschlossen wurde, wie hoch die Infektionsrate im Bereich des Mietobjekts liegt und ob mit einem Aufenthalt am Ort des Mietobjekts eine signifikante Erhöhung der abstrakten Infektionsgefahren einhergeht. Spezifische Gefahren durch die Anreise liegen allerdings im alleinigen Risikobereich des Mieters, da sie nichts mit den örtlichen Gegebenheiten zu tun haben, also keinen Objektbezug aufweisen.

In Staaten mit einem funktionierenden Verwaltungs- und Gesundheitssystem mag der Gefahrenanalyse und -bewertung der zuständigen Dienststellen eine gewisse indizielle Wirkung beizumessen sein. Besondere Umstände können sich vor allem daraus ergeben, dass sich am Ort des Mietobjekts zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages und dem Beginn des Mietverhältnisses die Infektionsrate deutlich erhöht hat oder dass wegen des gehäuften Auftretens von Mutanten die gesundheitlichen Risiken eher unkalkulierbar sind. Schließlich wird ggf. u.a. danach zu differenzieren sein, ob die Anmietung des Objekts nach ihrem äußeren Charakter eher einem Abenteuerurlaub oder eher einem geruh-samen Ruhestand dient.

VI. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Geltendmachung der Vertragsanpassung

Der georgische Gesetzgeber hat sich bei der Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch die in Art. 398 Abs. 3 ZGB enthaltenen Regelungen für ein Verhandlungs- und (rechtsgeschäftliches) **Vertragsanpassungskonzept** entschieden. Zumindest nach dem Wortlaut der georgischen Regelung könnte daher der Verhandlungsanspruch ein eigenständiges Gewicht haben, also dem Vertragsanpassungsanspruch vorgeschaltet sein.

In gleicher Weise wie in Georgien tritt im **deutschen Recht** die Vertragsanpassung nicht kraft Gesetzes ein.⁶⁰ Der Wortlaut von § 313 BGB besagt aber nicht, dass dem Entstehen eines Anspruchs auf eine rechtsgeschäftliche Vertragsanpassung eine gescheiterte Neuverhandlung vorauszu-gehen habe.⁶¹

Ebenso wenig führt das Konzept einer rechtsgeschäftlichen Vertragsanpassung dazu, dass diese gesondert mittels einer Klage auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung gerichtlich geltend gemacht werden muss. Vielmehr kann nach allgemeiner Meinung ein Gläubiger, der sich zu einer Erhöhung der Forderung berechtigt sieht, **unmittelbar Klage auf Leistung** jenes Betrages erheben, der sich aus seiner Sicht als Ergebnis einer Vertragsanpassung ergibt.⁶² Begrün-

⁶⁰ allgemeine Meinung; vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn.75

⁶¹ vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn. 79). Einzelheiten hierzu sind aber in der deutschen Recht strittig (vgl. Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 40

⁶² allgemeine Meinung; vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 313 BGB, Rn.79; Böttcher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 BGB, Rn. 40

det wird dies damit, dass in einem Rechtsstreit an die Stelle der Ansprüche auf Vertragsverhandlungen und auf Vertragsanpassung ein Anspruch auf Zahlung der angemessenen Vergütung trete.⁶³ Spiegelbildlich kann ein Schuldner, der eine Verringerung der Forderung begehrt, eine negative Feststellungsklage erheben, also die Feststellung begehren, dass dem Kläger kein Anspruch zustehe, der über den Betrag hinausgeht, den der Beklagte als Ergebnis einer Vertragsanpassung als angemessen erachtet.

Wird ein Leistungsanspruch aus einem unveränderten Vertragsverhältnis geltend gemacht, ist es auch möglich, dem Klagebegehren als **Einrede** den Anspruch auf Vertragsanpassung entgegen zu halten (vgl. auch LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020 - 12 O 154/20 - juris) [auszugsweise abgedruckt unter V. 4. d) bb) (3.1)]. Des Weiteren kann eine inzidente Prüfung erfolgen, wenn es in einem Rechtsstreit mittelbar darauf ankommt, ob eine Vertragsanpassung geschuldet ist. Verteidigt sich etwa ein Schuldner gegen einen Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung mit dem Hinweis darauf, dass die Hauptleistungspflicht in ihrer ursprünglichen Form wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht fortbestehen könne, wird nicht etwa der Rechtsstreit ausgesetzt, bis in einem gesonderten Verfahren über eine Vertragsanpassung entschieden ist. Unabhängig von der § 313 BGB zu Grunde liegenden Vertragskonzeption wird vielmehr (in der Praxis wohl durchweg ohne Begründung) inzident in dem Schadenersatzprozess über das Recht auf Vertragsanpassung mit entschieden. Rechtlich beruht auch diese Vorgehensweise darauf, dass sich im Rechtsstreit der Vertragsanpassungsanspruch inhaltlich umwandelt; und zwar ggf. auch in eine Einwendung gegen das Vorliegen einer

tatbestandlichen Voraussetzung des streitgegenständlichen Anspruchs.

Der Bundesgerichtshof setzt dieses Verständnis von § 313 BGB in seinem nachfolgend auszugsweise angeführten Urteil als selbstverständlich voraus und führt zu dem gesamten hiermit verbundenen Problemkreis ergänzend aus (BGH, Urteil vom 30.09.2011 - V ZR 17/11 - BGHZ 191, 139):

„b) Obwohl eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in erster Linie zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung führt, ist die Klägerin berechtigt, sich von dem Vertrag zu lösen.

aa) Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass der Beklagte vorprozessual die Aufforderungen zu Verhandlungen über eine Vertragsanpassung ignoriert und die Klägerin daraufhin den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat.

(1) Zwar kann die Weigerung einer Vertragspartei, dem berechtigten Verlangen der anderen Partei auf Anpassung des Vertrags zu entsprechen, ausnahmsweise dazu führen, dass dieser ein weiteres Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar wird und sie daher zum sofortigen Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn andernfalls der Vertrag unter den als unzumutbar anzuerkennenden Bedingungen zunächst fortgeführt werden und der Anpassungsgläubiger noch weitere Nachteile als die bereits entstandenen auf sich nehmen müsste (...). Grundsätzlich besteht ein Rücktrittsrecht aber nicht allein deshalb, weil der von einer Störung der Geschäftsgrundlage Begünstigte trotz entsprechender (und berechtigter) Aufforderung, die Mitwirkung an einer Vertragsanpassung verweigert. Der Rücktritt ist in § 313 Abs. 3 BGB nur nachrangig für den Fall vorgesehen, dass eine Vertragsanpassung nicht möglich oder einer der Parteien nicht

⁶³ so: BGH, Urteil vom 30.09.2004 - VII ZR 456/01 - BGHZ 160, 267

(mehr) zumutbar ist (...). Angesichts der Möglichkeit, den Anpassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, führt die Weigerung des Begünstigten, an einer Vertragsanpassung mitzuwirken, für sich genommen nicht dazu, dass dem Benachteiligten ein weiteres Festhalten an dem Vertrag und dessen (künftige) Anpassung unzumutbar wird (vgl. AnwK/Krebs, BGB, § 313 Rn. 83 sowie Soergel/Teichmann, 12. Aufl., § 242 Rn. 268; zur praktischen Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auf Verhandlungen siehe - für einen Vorvertrag - Senat, Urteil vom 12. Mai 2006 - V ZR 97/05, NJW 2006, 2843...). Auch der Klägerin wäre es zumutbar gewesen, ihren Anspruch auf Anpassung des Vertrages gerichtlich durchzusetzen.“

In einem vor Inkrafttreten von § 313 BGB ergangenen Urteil hat der Bundesgerichtshof wegen der Möglichkeit einer unmittelbaren Leistungsklage sogar das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Vertragsanpassung verneint.⁶⁴ Diese Entscheidung wird jedoch in der Literatur teilweise kritisiert und dürfte rechtsdogmatisch auch nicht über jeden Zweifel erhaben sein. Faktisch kommt es aber in der deutschen Rechtspraxis zu gesonderten Klagen auf Vertragsanpassung so gut wie nie.

Wird eine auf Erfüllung der anzupassenden Leistung gerichtete Klage ohne vorherige Aufforderung zur Vertragsanpassung eingereicht, hat das Überspringen der Verhandlungsebene nur zur Folge, dass der Kläger bei einem sofortigen Anerkenntnis des Beklagten gemäß § 93 GER-ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Ansonsten befassen sich die deutschen Gerichte in ihren Entscheidungen nicht gesondert mit der Frage, ob der Klageerhebung eine Aufforderung zur Vertragsanpassung vorausgegangen ist. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich daraus, dass mit

dem Antrag auf Abweisung der Klage und mit dem inhaltlichen Verteidigungsvorbringen des Beklagten konkludent eine Vertragsanpassung ablehnt wird.

Obwohl die **georgische Konzeption** teilweise anders ist, spricht manches dafür, dass auch Art. 398 Abs. 3 ZGB eine derartige indizente Vertragsanpassung durch das Gericht ermöglicht. Würden nämlich die einzelnen aus Art. 398 Abs. 3 ZGB folgenden Ansprüche im Rechtsstreit nicht zu einem rechtlich einheitlichen, **unmittelbar auf die Erfüllung der anzupassenden Leistung gerichteten Anspruch** verschmelzen, könnte der Schuldner des Anpassungsanspruchs durch ein destruktives Verhalten eine Sachentscheidung erheblich verzögern. Ggf. müsste der Rechte aus Art. 398 ZGB verfolgende Gläubiger dann sogar mehrere Rechtsstreite führen. Mit prozessökonomischen Aspekten wäre aber ein solches Vorgehen derart unvereinbar, dass es schwerlich dem Willen des georgischen Gesetzgebers entsprechen kann. Dies gilt umso mehr, als in den Verfahren wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein besonderes Bedürfnis an einer baldigen Klärung der Rechtslage besteht. Wegen der besonderen Dringlichkeit derartiger Verfahren hat der deutsche Gesetzgeber in § 44 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung (EGZPO) sogar vorgegeben, dass die Verfahren über eine Covid-19-bedingte Anpassung von Pachtverträgen über Gewerberäume vorrangig und beschleunigt zu behandeln seien.

2. Kassationsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Abschließend sei angemerkt, dass es sich bei den gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage um spezifische Ausgestaltungen des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben handelt. Wegen des kassationsrechtli-

⁶⁴ BGH, Urteil vom 30.04.1984 -V ZR 119/83 - BGHZ 91, 32

chen Prüfungsmaßstabes wird daher auf folgende Ausführungen verwiesen: <http://lawlibrary.info/ge/books/Civil-Procedure-Com.pdf>, Art. 399 ff., Rn. 13; S. 1071).

Rechtliche Probleme bei der Entwicklung des Finanzierungsleasings in Georgien

Assoz. Prof. Dr. Levan Gotua

Assoziierter Professor an der Kaukasus Universität; Eingeladener Professor an der Staatlichen Universität Tblissi

In diesem Artikel werden einige Besonderheiten des Rechtsinstituts des Finanzierungsleasings sowie Fragen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung dieser Finanzdienstleistung in Georgien erörtert. Lücken in der geltenden Gesetzgebung behindern die Entwicklung dieses äußerst wichtigen Finanzinstruments, was die Notwendigkeit einer vielfältigen rechtlichen Abwicklung des Finanzierungsleasings sowohl auf gesetzlicher als auch auf wissenschaftlicher Ebene auf die Tagesordnung gesetzt hat. Die Diskussion im Artikel basiert auf einer vergleichenden Analyse der Gesetze und Praktiken verschiedener Länder. Unter Berücksichtigung der Auslandserfahrung enthält das Papier Vorschläge zur vollständigen Regulierung des Finanzierungsleasings in Georgien. Dem Autor zufolge sollte das Leasing von Finanzmitteln, das in vielen Ländern als regulierter Wirtschaftszweig angesehen wird, in Georgien von der zuständigen Regulierungsbehörde überwacht werden. Gleichzeitig sollte die Aufsicht die Erbringung von Leasingdienstleistungen nicht erschweren und die Aktivitäten im Bereich dieses Rechtsinstitutes für Unternehmer attraktiv, rentabel und interessant machen. Zusammen mit der Übersicht der Leistungen des Auslandes im Bereich des Finanzierungsleasings spiegelt der Artikel auch die Erfahrungen wider, die in der interagierenden Arbeitsgruppe für die Rechtsreform im Bereich des Finanzierungsleasings gesammelt wurden und versucht, einige Konturen des zukünftigen Rechtsrahmens für Finanzierungsleasing in Georgien darzustellen.

Schlüsselwörter: Leasing, Finanzdienstleistungen, Leasinggesellschaft, Geschäftsbank, Mikrofinanzorganisation, Nationalbank Georgiens, Registrierung, Aufsicht, Berichterstattung.

1. Einleitung

Der dynamische und nachhaltige Sektor des Finanzierungsleasings erfordert in jedem Land sowohl eine zuverlässige Erbringung von Finanzdienstleistungen als auch eine konstante Nachfrage nach Dienstleistungen. Der Finanzdienstleistungsmarkt hängt von der Umweltstabilität ab, insbesondere in Bezug auf rechtliche und

steuerliche Fragen. Jegliche Unsicherheit in Bezug auf diese beiden Probleme verringert das Interesse am Abschluss eines Leasinggeschäfts oder verhindert, dass sowohl der potenzielle Leasinggeber als auch der Leasingnehmer den Leasingvertrag abschließen.

Finanzierungsleasing wird traditionell in Unternehmen jeder Größenordnung (von einem