

GEWERBERAUMMIETRECHT UND PANDEMIEBEDINGTE VERTRAGSANPASSUNG

- BESPRECHUNG DES URTEILS DES *LG MÜNCHEN I* VOM 25.01.2021 – 31 O 7743/20 -

Erstellt von

STEINPICHLER RECHTSANWÄLTE PARTG MBB,
Ottostraße 8, 80333 München

I. Ausgangslage und Kurzzusammenfassung

Erstmals beschäftigte sich ein Gericht innerhalb einer veröffentlichten Entscheidung mit der Rechtslage nach Einführung des **Art. 240 § 7 EGBGB** (Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht, Inkrafttreten am 31.12.2020), wonach vermutet wird, dass sich ein Umstand i.S.d. § 313 BGB durch staatliche Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für Gewerberaummiet- und pachtverträge nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

Soweit ersichtlich beschäftigte sich auch erstmals ein Gericht in einer veröffentlichten Entscheidung mit der Anpassung des Vertrages eines Hotelbetriebes.

Die Entscheidung ist im Volltext unter

www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2021-N-453

abrufbar.

Obwohl das Gericht die grundsätzliche Anwendbarkeit einer pandemiebedingten Anpassung gemäß § 313 BGB auf den dort gegenständlichen Pachtvertrag bejahte, verurteilte das *LG München I* die verklagte Hotelbetriebsgesellschaft zur Zahlung der *ungekürzten* Pacht für den Zeitraum April, Mai und Juni 2020. Ausschlaggebend war hierbei vor allem die Verrechnung einer potenziellen Vertragsanpassung mit einer **fiktiv** vom Landgericht gebildeten Gewinnrücklage (318.000,- EUR) in Höhe von 20 % aus den EBITDA-Ergebnissen der vergangenen drei Geschäftsjahre in Höhe von jährlich 530.000,- EUR. Damit rechnete das *LG München I* eine zuvor ermittelte Vertragsanpassung der Pacht in Höhe von 27,2 % mit der fiktiven Gewinnrücklage auf.

Wie bereits jetzt erkennbar ist, wird diese Entscheidung von Vermieter- und Immobilienvertreterseite als Beleg verwandt, Anpassungsverlangen in Folge der Gesetzesänderung des Art. 240 § 7 EGBGB zurückzuweisen. Die ohnehin nicht auf andere Sachverhalte übertragbare Einzelfallentscheidung des Einzelrichters der 31. Zivilkammer bedarf indes einer genauen Analyse, wobei zahlreiche Annahmen einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten. So ist vor allem die unterstellte Verpflichtung zur Bildung und Berücksichtigung einer „fiktiven Gewinnrücklage“ aus den vergangenen drei Jahren als Verrechnungsposten mit dem Anpassungsanspruch des Pächters weder unter rechtlichen noch unter

betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten haltbar. Die Entscheidung offenbart gravierende Fehlannahmen betriebswirtschaftlicher Zusammenhänge und benachteiligt grundlos nur die Pächterseite mit einer gesetzlich nicht vorgesehenen Rücklagenpflicht.

IM EINZELNEN:

II. Wesentlicher Sachverhalt

Der Entscheidung lag der nachfolgende Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin vermietet mehrere Hotelimmobilien, deren Errichtung jeweils durch grundschuldrechtlich besicherte Bankdarlehen finanziert wurde. Für die drei Hotelimmobilien aus ihrem Portfolio hat die Klägerin nach eigenen Angaben Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von 275.000 EUR zu zahlen.

Die Beklagte betreibt in München bzw. in der Nähe von München ein Hotel mit 105 Zimmern. Der Mietvertrag datiert aus dem Jahr 2001 und enthält keine nennenswerten Besonderheiten. Mit dem streitgegenständlichen Hotelbetrieb erzielte die Beklagte in den Geschäftsjahren 2017 bis 2019 einen durchschnittlichen EBITDA von 530.000 EUR jährlich. Die Auslastung des Hotels ging im März 2020 um 58,4 % zurück. In den Monaten April, Mai und Juni 2020 wurde das Hotel aus betriebswirtschaftlichen Gründen geschlossen. In den Monaten Juli bis November 2020 lag die Belegungsquote im Schnitt ca. 77 % unter dem Dreijahresschnitt 2017 – 2019.

Hilfsweise erklärte die Beklagte die Aufrechnung mit den überzahlten Mieten aus den Monaten Juli bis einschließlich November 2020.

III. Wesentliche Begründung der Entscheidung

1. Keine Minderung der Miete nach § 536 BGB

Das *LG München I* lehnte eine Minderung der Miete aufgrund der pandemiebedingten Umsatzrückgänge ab. Die staatlichen Maßnahmen auf Grundlage der BayLfSMV verfolgen den Zweck des Gesundheitsschutzes. Unter Verweis auf die sog. Rauchverbotsentscheidung des *BGH* vom 13.07.2011 - XII ZR 189/09 liege die Ursache der Infektionsschutzmaßnahmen nicht in der Beschaffenheit des streitgegenständlichen Mietobjekts.

2. Keine Unmöglichkeit, kein Fall des § 326 Abs. 1 BGB

§ 326 Abs. 1 BGB sei bereits nicht anwendbar, da mit der Überlassung der Mietsache die besonderen Vorschriften des Gewährleistungsrechts der Norm vorgehen.

Auch liege nach Ansicht des *LG München I* kein Fall der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vor. Die Eignung des Mietobjekts sei in dem streitgegenständlichen Zeitraum nicht entfallen. Insbesondere

konnten nicht-touristische Buchungen in dem Hotel auch während der Lockdownphase angeboten werden.

3. Im Ergebnis keine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB

Das *LG München I* bejaht zunächst den Anwendungsbereich des § 313 Abs. 1 BGB. Dabei verweist das Gericht auf die gesetzliche Klarstellung in Art. 240 § 7 EGBGB. So war nach Ansicht des Gerichts § 313 BGB auch schon vor dem 31.12.2020 anwendbar, weil das Bundesjustizministerium nachträglich auf seiner Homepage einen Hinweis veröffentlicht hatte, wonach die Regelung des Art. 240 § 2 EGBGB nicht abschließend sei und keine Sperrwirkung gegenüber möglichen Ansprüchen wie z.B. § 313 BGB entfalte. Aufgrund der eindeutigen Klarstellung durch Art. 240 § 7 EGBGB werde auch keine Rückwirkung ausgeübt, weil § 313 BGB bereits vor der Einführung des Art. 240 § 7 EGBGB geltendes Recht war. Es handele sich damit nicht um eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung.

Des Weiteren stellte das *LG München I* klar, dass eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB nicht voraussetze, dass eine Existenzgefährdung vorliegt. Insoweit sind in der Rechtsfolge die Einbußen aufgrund der staatlichen Maßnahmen während der Covid19-Pandemie im Verhältnis 50:50 zwischen den Vertragsparteien aufzuteilen.

Die Vertragsanpassung scheitere aber in dem konkreten Fall an den festgestellten besonderen Umständen des Einzelfalls. Diese Umstände werden sodann in Folge einer freien richterlichen Wertung vom Gericht mit nach eigenem Ermessen gebildeten betriebswirtschaftlichen Annahmen und Prozentwerten abgebildet.

Dabei sei zunächst zu beachten, dass die Mieterseite für die eigene Zahlungsfähigkeit „grundsätzlich verschuldensunabhängig haftet“ und sich bereits daraus ergebe, dass die Schuldnerin „in angemessenem und zumutbarem Umfang Rücklagen zu bilden hat, um Umsatzeinbrüche entsprechend abfedern zu können“.

So ist zunächst nach Ansicht des *Landgerichts* nur der Teil der Miete in die Teilung einzubeziehen, der auf den Wegfall der Hotelgäste entfällt, die aus touristischen Zwecken nicht beherbergt werden durften, in concreto 77,8 %. Davon sei wiederum ein Abschlag von fünf Prozent vorzunehmen, weil die verklagte Mieterin nach wie vor Besitz am Hotel hätte und noch z.B. Modernisierungsmaßnahmen hätte vornehmen können.

Anstatt die verbliebenen 72,8 % nunmehr in der konsequenten Umsetzung der Risikoaufteilung zwischen den Parteien in eine entsprechende Anpassung der Miete umzurechnen, rechnet das *LG München I* aus eigener freier Schätzung heraus und ohne sachverständige Grundlage eine fiktive **jährliche** Gewinnrücklage von **20 %** aus der Summe des EBITDA, also des noch nicht versteuerten Bruttobetriebsergebnisses der letzten drei Jahre, gegen. Ein solcher Betrag sei anlasslos bei Umsatzrückgängen einzusetzen. Dies gelte auch vor allem deshalb, weil die Miete des gegenständlichen Objekts unter dem Marktdurchschnitt liege.

Da die vom Gericht gebildete Summe der fiktiven Gewinnrücklage die für die zur Anpassung relevanten Risikobeträge bei der Miete übersteige, führe der Anspruch auf Vertragsanpassung aus § 313 BGB nicht zu einem Erfolg. Die Klage sei daher abzuweisen.

IV. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des *LG München I* eignet sich insbesondere aufgrund der kaum vertretbaren Wertungen in der Zumutbarkeitsprüfung nicht, als Vorbild oder Blaupause für andere Gerichtsstreitigkeiten dieser Art zu fungieren.

1. Minderung, § 536 Abs. 1 BGB

Mit der Ablehnung des Minderungsrechts unter Verweis auf die Rauchverbotsentscheidung des *BGH* vom 13.07.2011 – XII ZR 189/09 macht es sich das *LG München I* sehr einfach. Eine Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des *LG München I* vom 22.09.2020 - 3 O 4495/20, des *LG Kempten* vom 07.12.2020 - 23 O 753/20 und des *Reichsgerichts* (*RG JW* 1913, 596, Nr. 10; *RG*, *Urt. v. 09.11.1915*, *Rep. III.145/15*; *Urt. vom 15.02.1916*, *Rep. III.333/15*; *Urt. vom 26.10.1917*, *Rep. III.212/17*) unterblieb.

Dabei wurde indes übersehen, dass das Rauchverbot lediglich beeinflusst, wie ein als Speisegaststätte und Getränkeausschank verpachtetes Objekt genutzt werden kann, den Gaststättenbetrieb als solchen aber nicht beschränkt, geschweige denn untersagt. Insbesondere ist festzustellen, dass sich auch unter dem Geltungsbereich des Rauchverbots, welches dem Gesundheitsschutz der anwesenden Gäste dient, an der grundsätzlichen Möglichkeit des Betriebes einer *Gaststätte* nichts geändert hat und ein als *Gaststätte* verpachtetes Objekt nach wie vor als solches genutzt werden kann, zumal das Rauchverbot von der Mehrheit der Gäste begrüßt wird; anders läge der Fall hingegen, wenn ausdrücklich ein *Raucherlokal* verpachtet worden wäre. Die flächendeckende Schließung von Einzelhandelsgeschäften oder Gastronomiebetrieben ist nicht durch persönliche oder betriebliche Umstände der jeweiligen Inhaber veranlasst worden, sondern infolge von Verordnungen und Allgemeinverfügungen, die an keiner Stelle auf den Mieter, sondern allein auf den Mietzweck abstellten. Im Unterschied zum Rauchverbot, das nicht auf die Eigenschaft als *Gaststätte*, sondern auf die Ausgestaltung als *Raucherlokal* abstellt, kann eine von den aktuellen Maßnahmen betroffene Gewerbeeinheit gar nicht mehr als solche genutzt werden, und zwar ganz unabhängig davon, ob der Mieter bereit oder in der Lage ist, sein Gewerbe durch bauliche oder organisatorische Veränderungen den aktuellen Begebenheiten anzupassen. Da die entsprechenden Betriebe unabhängig von dem Mieter und der konkreten Ausgestaltung flächendeckend geschlossen bleiben, sind Parallelen zur Rauchverbotsentscheidung des *BGH* inkonsequent (vgl. auch *Hellmich COVuR* 2020, 189, 191 *mwN*) und unreflektiert. Das *LG München I* hätte insoweit feststellen lassen müssen, ob die Beschränkung der Hotellerie auf die nicht-touristische Nutzung in der Praxis zu einer faktischen Schließung eines Hotelbetriebs führt. Wäre dies zu bejahen, liegt auch ein Minderungsrecht nach § 536 Abs. 1 BGB vor.

§ 536 BGB knüpft insoweit wortlautgemäß an einen Mangel der Mietsache an, welcher ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Verbrauch aufhebt. Damit bezweckt der Gesetzgeber in Verlängerung der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung vorgenommenen Änderungen u. a. des Kaufrechts die bewusste Anknüpfung an dessen subjektiven Fehlerbegriff. Ausgangspunkt jeder Mangelbetrachtung ist mithin die vertraglich bestimmte Solлтаuglichkeit. Zwar ist grundsätzlich anerkannt, dass dem Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache aufzubürden ist. Den Vermietereigentümer trifft hingegen das grundsätzliche **Verwendbarkeitsrisiko** seiner Sache. Das unternehmerische Einschätzungsrisiko, ob die Lage der Mietsache für die angedachte Verwendung geeignet sein wird, verbleibt mit anderen Worten allein beim Mieter. Ob die Mietsache hingegen für den Publikumsverkehr zugänglich bleibt, ist eine so unvordenkliche Grundbedingung einer gewerblichen Vermietung, dass

dieses Verwendbarkeitsrisiko verschuldensunabhängig dem Vermieter aufzubürden ist. Die pandemiebedingten, hoheitlich verfügten Geschäfts- und Betriebsschließungen stellen in Bezug auf die gemieteten Geschäftslokale ein normatives Zugangshindernis dar. Dieses Zugangshindernis schließt die in Gewerbemietverträgen üblicherweise vorausgesetzte und konkrete gewerbliche Nutzung (z.B. als Hotelbetrieb) aus. Als Rechtsfolge mindert sich der Mietzins ipso iure nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB. Bemessungsgrundlage ist die Bruttomiete (Mietzins einschließlich aller Nebenkosten, *BGH NJW* 2005, 1713). Nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB führt die Minderung zu einer „angemessen herabgesetzten Miete“. Bei der gebotenen Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalles einzubeziehen. Häufig wird in *Rechtsprechung* und *Literatur* eine pandemiebedingte Minderung des Mietzinses um die Hälfte vorgeschlagen. Dies wäre auch vorliegend vom *LG München I* zu prüfen und zu bejahen gewesen.

2. Vertragsanpassung, § 313 Abs. 1 BGB

Noch zutreffend erkennt das *LG München I* den Anwendungsbereich der Norm als eröffnet an (inzwischen *h.M.*, vgl. *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 313 Rz. 37a *mwM*). Auch der Verweis auf die gesetzliche Klarstellung in Art. 240 § 7 EGBGB wird folgerichtig bejaht. Das Problem der verfassungswidrigen Rückwirkung stellt sich – auch hier liegt das *LG München I* richtig – wegen des klarstellenden Charakters der Norm nicht. Zudem verneint das Gericht in richtiger Anwendung der Norm das Erfordernis einer „Existenzgefährdung“, da es sich um ein Anwendungsbeispiel, jedoch nicht um eine Tatbestandsvoraussetzung des § 313 BGB i.V.m. Art. 240 § 7 EGBGB handele. Hier hätte noch argumentativ ergänzt werden können, dass die vertragliche Risikoverteilung und die Leistungsfähigkeit des Schuldners (die im Bereich des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts eine Rolle spielt) in keinem relevanten Zusammenhang stehen; § 313 BGB ist keine Schuldnerschutzvorschrift (vgl. hierzu auch *Krebs* in: NK-BGB, 2. Aufl., § 313 Rn. 79; *Finkenauer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 313 Rn. 78, 224). Konsequenz ist auch die Grundwertung des Gerichts, die Folgen der Pandemie zwischen den Pachtvertragsparteien innerhalb der Risikozuweisung hälftig zu verteilen.

Falsch war hingegen das Abstellen auf die absoluten Umsatzverluste bei der Berechnung der Lastenverteilung. So mussten die Betriebe im Gastgewerbe anspruchsvolle Hygienekonzepte entwerfen und aufwändige Sicherheitsmaßnahmen umsetzen, um den Mietgegenstand überhaupt noch in geringerem Umfang nutzen zu dürfen und Gäste empfangen zu können. Diese notwendigen Maßnahmen drückten aber natürlich die Umsatzmarge noch weiter nach unten, so dass das Betriebsergebnis gegenüber dem Vorjahr 2019 noch deutlicher zurück ging als der Umsatz. Darüber hinaus wurden beispielhaft in der Hotellerie aufgrund von aggressiven Vertriebsmaßnahmen hohe Discounts auf Zimmerpreise gewährt, um wieder Marktpräsenz zu zeigen und trotz fortgeltender Einschränkungen wie Maskenpflicht und Abstandsgebot Kundschaft in die Häuser zu bekommen. Richtig wäre es daher, auf Kennzahlen wie EBITDA oder EBITDAR (also EBITDA vor Miete/Pacht) abzustellen, um ein transparenteres Bild der pandemiebedingten Einbrüche zu erhalten.

Bei der sich an die Tatbestandsprüfung anschließenden Zumutbarkeitsprüfung verfängt sich das *LG München I* jedoch in nicht mehr vertretbaren und vor allem an der erforderlichen Sachverhaltsfeststellung ermangelnden Erwägungen. Die Gegenrechnung mit fiktiven jährlichen Gewinnrücklagen von **20 %** aus der Summe des EBITDA der letzten drei Jahre ist nicht nur systemfremd. Eine solche „Aufrechnung“ ist weder mit den Grundsätzen des ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns noch mit der Freiheit, an einer unternehmerisch vertretbaren Entscheidung festzuhalten, zu vereinbaren; vielmehr offenbart eine solche Abwägung evidente Lücken im Bereich des betriebswirtschaftlichen Verständnisses justizabler Unternehmerentscheidungen.

Zunächst ist es richtig, dass im Rahmen der Vertragsanpassungsprüfung des § 313 BGB die „Umstände des Einzelfalls“ zu berücksichtigen sind. So muss ein Festhalten an der vereinbarten Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnis führen (*BGHZ* 127, 212, 218; 128, 230, 238). Dabei handelt es sich um eine Abwägungsentscheidung aller Einzelumstände nach Treu und Glauben, die freilich die Gefahr einer reinen Billigkeitsrechtsprechung trägt, die das richterliche Werturteil an die Stelle der vertraglichen Regelung setzt (*Finkenauer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 313 Rn. 76). Trotz der großen Macht, die eine solche Wertungsentscheidung dem Tatrichter zugesteht, sind die dafür erforderlichen Tatbestandselemente sorgfältig zu ermitteln und gegebenenfalls sachverständig abzusichern. Die Billigkeitsentscheidung darf zudem bisherige Erwägungen der Judikatur nicht ignorieren (vgl. zu den Fallgruppen *Lorenz* in: BeckOK BGB, 56. Ed. 11.2020, § 313 Rn. 32 ff.; *Finkenauer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 313 Rn. 77 ff.). So muss die Zumutbarkeitsprüfung den Interessen *beider* Parteien Rechnung tragen. Entscheidend dafür ist die tatbestandlich vorgelagerte Risikozuweisung, die sich an der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, der Vorhersehbarkeit und der Zurechenbarkeit der eingetretenen Störung orientiert. Diese Risikozuweisung, bei der das *LG München I* noch zu Recht auf eine hälftige Verteilung der Pandemielasten abstellte, darf nicht im Wege der Zumutbarkeitsprüfung durch allgemeine Zumutbarkeitserwägungen zu Lasten einer Partei überspielt werden (*Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, 165; *Ulmer* AcP 174 (1974), 167, 201; *Beyer* NZM 2010, 417, 420).

Geschäftsfremde Erwägungen, wonach zum Beispiel der Schuldner die Verluste aus dem betroffenen Geschäft durch andere Geschäfte ausgleichen könne, sind fehl am Platz (*RGZ* 99, 115). Auch Lebensumstände wie Lebensstandard der Parteien oder ihre familiären Verhältnisse haben im Rahmen der konkreten Abwägung keine Relevanz (*Janda* NJ 2013, 1, 6). Die Erwägungen müssen ihren Ursprung innerhalb des von der Äquivalenzstörung betroffenen und anzupassenden Vertragsverhältnisses haben oder in direktem Zusammenhang damit stehen. So sind zum Beispiel geschäftliche Vorteile infolge der Pandemielage, namentlich bei Gewerberaummietverträgen Zuflüsse aufgrund von staatlichen Hilfsmaßnahmen wie Fixkostenübernahmen oder Umsatzausfallhilfen zu berücksichtigen.

Die Verrechnung des Anpassungsbetrages mit fiktiven jährlichen Gewinnrücklagen von 20 % aus der Summe des EBITDA der letzten drei Jahre ist indes **grob falsch** und nicht vertretbar.

Einen Grundsatz, wonach ein „Zahlungsschuldner“, insbesondere ein „durchschnittlich wirtschaftender Unternehmer“, in angemessenem und zumutbarem Umfang „Rücklagen zu bilden hat, um Umsatzeinbrüche entsprechend abfedern zu können“, gibt es entgegen dem *LG München I* nicht. Dieser Grundsatz lässt sich entgegen dem Gericht auch nicht aus dem Grundsatz „*Geld hat man zu haben*“ herleiten. Durch § 313 BGB wird ja gerade das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nach den Grundsätzen der Vertragsgerechtigkeit durch richterliches Ermessen neu bestimmt. Die Verwertung des Grundsatzes der Leistungsfähigkeit des Schuldners („*Geld hat man zu haben*“) im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung zu Lasten der Schuldnerpartei stellt nichts anderes dar als die verbreitete Fehlannahme, wonach dem Prinzip „*pacta sunt servanda*“ bzw. „*favor contractus*“ im Lichte der Anwendung des § 313 BGB eine besondere Rolle zukomme. Das ist *nicht richtig*. So wird schließlich nicht etwa der geschlossene Vertrag aufrechterhalten, sondern ein solcher *mit neuem Inhalt* bestimmt (*Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, 270; *Picker* JZ 2002, 880, 881). So haben die Parteien ihren Vertrag gerade nicht zu den neuen, mit § 313 BGB angepassten Konditionen geschlossen (*Finkenauer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 313 Rn. 3). Daher ist der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB bereits wesensimmanent, dass es sich

um einen Eingriff in die Privatautonomie handelt. Diese Privatautonomie kann aber demzufolge auch nicht „durch die Hintertür“ des Grundsatzes „*Geld hat man zu haben*“ verteidigt werden. Dergestalt würde die Anwendung dieser Norm regelmäßig für Leistungsbeziehungen, die als Gegenleistung eine Geldschuld vorsehen, ausscheiden. Ein solcher Ansatz lässt sich weder auf Grundlage des Literaturverständnisses dieser Norm noch mit der höchstrichterlichen Judikatur herleiten.

Doch auch die Annahme einer fiktiven Rücklagenpflicht für etwaige Zahlungsausfälle infolge einer nicht vorhersehbaren Pandemielage ist dem Gesetz fremd. Bei Einzelunternehmern und Personengesellschaften sind gesetzlich vorgegebene Reservepflichten ohnehin wesensfremd. Bei Kapitalgesellschaften wird dies nur in wenigen Ausnahmefällen vorgesehen:

§ 150 AktG verpflichtet beispielsweise die Aktiengesellschaft sowie die KGaA zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage in Höhe von fünf Prozent aus dem Jahresüberschuss, bis die – an die Höhe des Grundkapitals (also des „gezeichneten Kapitals“, nicht identisch mit dem Eigenkapital der Gesellschaft) gekoppelte – gesetzliche bzw. satzungsmäßige Obergrenze von 10 Prozent erreicht ist. Die gesetzliche Rücklage bildet zusammen mit den Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1–3 HGB einen sog. gesetzlichen Reservefonds, der für eine Ausschüttung an die Aktionäre gesperrt ist und der nur zu bestimmten Zwecken verwendet werden darf (insbesondere zum Ausgleich des Jahresfehlbetrages bzw. verbliebenen Verlustvortrags, vgl. auch *Zellner* in: Grigoleit, 2. Aufl. 2020, AktG § 150 Rn. 1 ff.). Auf die GmbH ist die Norm nicht anwendbar (*Reiner* in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 272 Rz. 107).

Einen weiteren Fall einer gesetzlichen Rücklagenpflicht sieht das Gesetz für Unternehmergesellschaften in § 5a Abs. 3 GmbHG vor. Danach muss die UG (haftungsbeschränkt) in ihrer Bilanz eine gesetzliche Rücklage bilden, in die jeweils ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Die gesetzliche Rücklage soll dazu führen, dass die möglicherweise nur mit einem sehr geringen Stammkapital gegründete UG (haftungsbeschränkt) durch Thesaurierung innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung erreicht und dergestalt zu einer normalen GmbH befördert wird. Auch diese Norm findet auf die „normale GmbH“ keine Anwendung (*Reiner* in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 272 Rz. 107).

Davon zu unterscheiden sind die Pflichten zur Bildung von Rückstellungen. Rückstellungen sind Passivposten mit dem Zweck, Aufwendungen, deren Existenz oder Höhe am Abschlussstichtag noch nicht sicher sind und die erst später zu einer Auszahlung führen, der Periode der Verursachung zuzurechnen. Sie sind aus dem Betriebsvermögen des Unternehmens ausgegliedert und werden dem Fremdkapital zugerechnet (*BGHZ* 139, 175). Gemäß § 249 HGB sind abschließend nur vier Fälle von Rückstellungen anerkannt: für ungewisse Verbindlichkeiten, für drohende Verluste, für Aufwendungen für im Geschäftsjahr unterlassene Instandhaltung oder Abraumbeseitigung und für Gewährleistungen ohne rechtliche Verpflichtung (vgl. *Merkt* in: Baumbach/Hopt, 40. Aufl. 2021, HGB § 249 Rn. 1 ff.). Aufgrund der Zweckbindung ist eine Rückstellung – auch nicht fiktiv und rückwirkend – für die Miet- oder Umsatzausfälle durch die Pandemie nicht möglich.

Darüber hinaus existiert *kein gesetzlicher Anknüpfungspunkt* für die Annahme einer Gewinnrücklagenpflicht. Vielmehr stellt die Entscheidung zur freiwilligen Rücklagenbildung oder zur Entnahme eines Unternehmensgewinns eine **freie Ermessensentscheidung des Unternehmers** dar, die nur in den Grenzen der *Business Judgement Rule* (§ 93 Abs. 1 S. 1, 2 AktG bzw. analog bei der GmbH) überprüft werden kann. Demnach profitiert der Unternehmensleiter von einer

Haftungsprivilegierung im Rahmen des ihm zustehenden **unternehmerischen Ermessens**, sofern das unternehmerische Handeln auf einer sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruht und der Unternehmensleiter bei seiner unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (*Leinekugel* in: Oppenländer/Trörlitzsch, GmbH-GF-HdB, 3. Aufl. 2020, § 18 Rn. 7). Trifft demnach ein Unternehmer die Entscheidung, seinen Gewinn mangels einer entsprechenden Rücklagenpflicht (siehe oben) anderweitig als für eine zum Beispiel für eine allgemeine Gewinnrücklage „für schlechte Zeiten“ zu verwenden und entsprach diese Entscheidung den Grundsätzen der Business Judgement Rule, sperrt das ordnungsgemäß ausgeübte unternehmerische Ermessen den Zugriff der Gerichte auf diese Gewinnverwendung. Daher darf auch im Falle einer neu eingetretenen Ausnahmesituation durch die Corona-Pandemie die von dem Ermessen gedeckte Entscheidung nicht einfach – wie in dem vom *LG München I* entschiedenen Fall – eingegriffen und zu seinen Lasten fiktiv in der Einzelfallabwägung des § 313 BGB „verrechnet“ werden.

Unbekannte Risiken wie eine „Jahrhundertpandemie“ können und dürfen auch nicht von einem sorgfältigen Kaufmann im Wege seines unternehmerischen Ermessens zu einer gewaltigen Pandemierücklage führen. Gerade in Unternehmen mit geringen oder schwankenden Umsatzrenditen können solche „Spezialrücklagen“ zu einer erheblichen Einschränkung der Kapitalverwendung führen. Risiken aus der Sphäre der „höheren Gewalt“ wie Krieg, Naturkatastrophen oder eben Pandemien sind, wenn überhaupt, typischerweise mit einer entsprechenden Betriebsversicherung wie einer Betriebsunterbrechungs- bzw. einer Betriebsschließungsversicherung abzudecken. Hierfür muss aber der Betrieb auch mit einer „bezahlbaren“ Versicherungsprämie versicherbar sein, was wiederum eine geschützte Unternehmerermessensentscheidung darstellt. Hat das Unternehmen demnach eine solche Versicherung abgeschlossen, kann – unabhängig davon, ob der Versicherer leistet – diese Entscheidung nicht durch eine gerichtliche und fiktive Pandemierücklagenpflicht ersetzt werden. Hat der Unternehmer eine solche Versicherung nicht abgeschlossen und beruhte dies auf einer fehlerfreien Ermessensentscheidung, gilt dies ebenfalls sinngemäß. Hierbei muss auch ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass solche Betriebsschließungsversicherungen im Gastgewerbe vollkommen unüblich sind und nach den gängigen Miet- und Pachtverträgen auch nicht vorausgesetzt werden.

Doch auch die konkrete Höhe der vom Landgericht aufgerechneten fiktiven jährlichen Gewinnrücklage von **20 %** aus der Summe des EBITDA der letzten drei Jahre ist nicht vertretbar. Nach Ansicht des *LG München I* sollte also der unbesteuerbare Gewinn der letzten drei Jahre zu einem wesentlichen Teil als Rücklage für unbezahlte Miet- und Pachtkosten aufgrund einer unvorhersehbaren Pandemielage dienen. Dies soll am nachfolgenden Beispiel verdeutlicht werden:

Ein durchschnittliches Hotel erwirtschaftet beispielhaft einen Umsatz von 1.100.000 EUR; bei strenger Kostenkontrolle ist dabei ein EBITDAR (also EBITDA vor Miete) von 310.000 EUR ein sehr guter Wert. Der Vermieter wird dabei maximal eine Jahrespacht von 200.000 EUR durchsetzen. In einem sehr guten Geschäftsjahr kann ein solches Hotel einen EBITDA von 110.000 EUR erwirtschaften. Hiervon müssen noch sämtliche Unternehmenssteuern bezahlt werden, also ca. 30 % an Ertragssteuern. Es verbleiben ca. 77.000 EUR (net income). Darüber hinaus muss der Hotelinhaber sinnvollerweise noch durchschnittlich fünf Prozent vom Umsatz, also 55.000 EUR, für die turnusmäßige Renovierung des Hotelinventars und Ersatzbeschaffungsmaßnahmen aufwenden.

Zusätzlich soll nunmehr der Unternehmer 20 % seines EBITDA als besondere Gewinnrücklage für potenzielle Pandemieausfälle „frei nach *LG München I*“ bilden. Dies wäre ein Betrag in Höhe von 22.000

EUR (20 % aus EBITDA von 110.000 EUR). Der Unternehmer hat dann **nichts** mehr zur Verfügung. Es wird ihm der komplette Gewinn genommen. Gleichzeitig soll der Unternehmer das wirtschaftliche Risiko des Hotelbetriebs in Kauf nehmen, 80 Stunden in der Woche für das Hotel schufteten und am Ende damit seine eigenen Lebenskosten, Kapitaldienste und Ausgaben für die eigene Familie bezahlen.

Wenn man sich nunmehr überlegt, dass die Miet- und Pachtkosten in der Regel nur einen Bruchteil der gesamten Fixkosten darstellen, müsste der Pachtunternehmer entsprechend der Ansicht des *LG München I* auch alle anderen potenziellen Gläubiger mit entsprechenden Rücklagen in Höhe von 20 % des EBITDA absichern. Anderenfalls würde es zu einem Wettlauf der Gläubiger kommen, wonach der erste Klagewillige die volle „Pandemiesonderrücklage“ für sich allein beansprucht. Zu solchen Fixkosten zählen Personalkosten, Energie-, Telefon-, Heizkosten, Abschreibungen auf Anlagevermögen, Versicherungskosten, Grundsteuer, Leasingkosten oder sonstige Betriebs- und Verwaltungskosten. Der Unternehmer müsste demnach hohe Summen in sein Unternehmen aus seinem Privatvermögen einlegen, ohne jemals einen Cent zu sehen. *Betriebswirtschaftlich ein Unsinn.*

Weiterhin wird seitens des *Landgerichts* auch ignoriert, dass eine fiktive Gewinnrücklagenpflicht für schlechte Pandemiezeiten ja nicht nur eine Partei einseitig treffen kann. Natürlich muss sich entsprechend auch die Vermieterseite eine solche Rücklage anrechnen lassen. Denn auch die Vermieterseite muss sich nach Argumentation des *Landgerichts* in „guten Zeiten“ mit entsprechenden Rücklagen gegen Mietausfälle wegen einer Pandemielage rüsten. Es wäre daher auch von der Vermieterseite zu erwarten gewesen, dass diese 20 % des EBITDA als fiktive Gewinnrücklage anzurechnen hätten. Im Ergebnis würden sich die Rücklagenverpflichtungen beidseitig neutralisieren.

Die Abwägung des *Landgerichts* trifft schließlich unberechtigterweise nur solche Gewerbemietern, die überhaupt in der Lage waren, einen positiven EBITDA zu erwirtschaften. Damit werden nicht nur Personengesellschaften oder Einzelunternehmer bevorzugt, die im Zweifel gar keinen „fiktivrücklagenfähigen“ Gewinne ausweisen können, sondern auch solche Betriebe, die aufgrund noch länger zurückliegender Entnahmen oder Fehlbeträge keinen Gewinn ausweisen können. Es handelt sich damit um eine zufällige und damit auch willkürliche Benachteiligung von gerade solchen Gewerbemietern, die in der Vergangenheit nachhaltig wirtschafteten. Dies kann folglich kein Element der individuellen Berücksichtigung des Einzelfalls sein, wenn gerade die individuelle Verrechnung vergangener Betriebsgewinne zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung von an sich vergleichbaren Gewerbemietern führt.

Schließlich leidet die Entscheidung evident an einer unvollständigen Tatsachenfeststellung durch das *Landgericht*. Die betriebswirtschaftlichen Annahmen des *Landgerichts*, welches dieses im Rahmen der Abwägung zu Grunde legt, werden nicht von den aus dem Tatbestand ersichtlichen Feststellungen getragen. Insbesondere hätte das Gericht gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es auf eine potenzielle Verrechnung einer fiktiven Gewinnrücklage abstellen möchte. Die Parteien hätten Gelegenheit gehabt, dies unter Sachverständigenbeweis zu stellen. Das Gericht hätte sodann zu der Frage, ob und in welcher Höhe eine Gewinnrücklage aus dem EBITDA für ein solches Pandemiejahr gebildet werden muss, ein gerichtliches Sachverständigengutachten erholen müssen. Aus freier Sachkunde des Einzelrichters hätte eine solche betriebswirtschaftliche Bewertung nicht vorgenommen werden dürfen. So darf ein Gericht nicht unter Anmaßung einer nicht vorhandenen Sachkunde auf fundierte – und erforderlichenfalls sachverständige – Feststellungen zu einer zentralen Frage des Rechtsstreits verzichten (*BGH, Urt. v. 06.10.2005 – I ZR 267/02*).

V. Fazit

Das vorliegende Urteil des *LG München I* ist für die Beurteilung von Parallelsachverhalten ungeeignet und erweist sich als Einzelfallentscheidung.

Die Auseinandersetzung mit dem Anspruch auf Minderung erfolgte bereits unreflektiert und ignorierte beachtliche Argumente der Literatur und einiger Instanzgerichte.

Der erstmalig in der veröffentlichten Judikatur zur pandemiebedingten Anpassung der Gewerbemiete nach § 313 BGB vom *Landgericht München I* gewagte Vorstoß, „fiktive Gewinnrücklagen“ aus den vergangenen drei Jahren mit dem Anpassungsanspruch des Pächters zu verrechnen, leidet unter einem systematischen Fehlverständnis der Zumutbarkeitsprüfung des § 313 BGB. Die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens werden dabei einseitig zu Lasten einer Partei ausgedehnt. Mit dieser Argumentation versucht das Gericht die Grundvorstellung zu verschleiern, wonach vergangene Gewinne des Unternehmens für zukünftige Auswirkungen von Ereignissen der höheren Gewalt haftbar gemacht werden müssen.

Die Entscheidung offenbart schließlich deutliche Wissenslücken von betriebswirtschaftlichen Zusammenhängen und benachteiligt grundlos nur die Pächterseite mit einer Rücklagenpflicht. Die im Grundsatz noch mit richtiger Begründung gefundene Wertung der fairen Aufteilung von Pandemieeinbußen zu gleichen Teilen zwischen den beiden Pachtparteien wird damit willkürlich zu Lasten der Pächterseite durch eine solche Abwägung konterkariert. Die Anwendbarkeit der Vertragsanpassung aufgrund der gestörten Geschäftsgrundlage, welcher der Gesetzgeber noch jüngst mit Art. 240 § 7 EGBGB eine überragende Bedeutung in der Lösung solcher Sachverhalte einräumte, wird durch eine solche Abwägung ad Absurdum geführt.

München, 23.02.2021

Christian Steinpichler
Rechtsanwalt

Alexander Lingert
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Steinpichler Rechtsanwälte PartG mbB, Ottostraße 8, 80333 München
Tel: 089 / 2126852-0, E-Mail: steinpichler@steinpichler.de

Im Falle einer Weitergabe des Dokuments an Dritte wird zwischen den Verfassern und Dritten kein Mandatsverhältnis begründet. Darüber hinaus übernehmen die Verfasser keinerlei Verpflichtungen oder Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten.