



Das Corona-Virus – Antworten auf Rechtsfragen von Mietern und Vermietern

Coronavirus: Answers to Legal Questions from Landlords and Tenants

24 MÄRZ/MARCH 2020

Der folgende Beitrag erläutert rechtliche Fragestellungen für Mieter und Vermieter rund um das neue und in den letzten Wochen in Deutschland pandemisch nachgewiesene Corona-Virus („2019-nCoV“). Dieses aus China stammende Virus kann die potentiell tödliche Lungenerkrankung COVID-19 verursachen. In Zeiten gesundheitlicher und wirtschaftlicher Unsicherheit ist Rechtssicherheit für alle Vertragsparteien von besonderer Bedeutung.

This article covers legal questions for landlords and tenants in connection with the novel coronavirus (2019-nCoV), of which the world and Germany has had a pandemic number of documented cases in recent weeks. This virus, which originated in China, can cause COVID-19, a potentially fatal lung disease. In times of uncertainty with regard to public health and the state of the economy, legal certainty is of particular importance for all contracting parties.

Ausgewählte gesetzliche Rechte und Pflichten der Mietvertragsparteien angesichts der Verbreitung des Corona-Virus

Die gegenwärtige Pandemie wirft für Mieter und Vermieter die Frage auf, welche besonderen Rechte ihnen im Mietverhältnis zustehen und welche Pflichten sie treffen. Die überregionale und potentiell tödliche Bedrohung durch das Corona-Virus kann dabei sowohl behördliche Maßnahmen als auch mietrechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Pflichten der Mietvertragsparteien nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG)

Der deutsche Gesetzgeber hat im Infektionsschutzgesetz (IfSG) normiert, wie im Falle des Auftretens ansteckender und potentiell tödlicher Krankheiten beim Menschen zu verfahren ist. Im IfSG ist geregelt, welche **behördlichen Zwangsmaßnahmen** möglich sind und **welche Pflichten für jeden Bürger** bestehen. Hierdurch ergeben sich auch für Mieter und Vermieter bestimmte Pflichten.

Nach § 6 IfSG ist jeder Verdacht einer Erkrankung, jede Erkrankung und jeder Tod aufgrund einer Infektion mit bestimmten, ansteckenden Krankheiten wie Cholera oder Masern den Behörden zu melden. Das Corona-Virus ist noch so neu, dass das Gesetz nicht ausdrücklich den Umgang auch mit diesem Virus regelt. Die durch das Corona-Virus hervorgerufene Krankheit COVID-19 ist jedoch in ihrer potentiellen Gefahr mit den vom IfSG erfassten ansteckenden Krankheiten beim Menschen vergleichbar. Es wurde daher am 30. Januar 2020 eigens eine Verordnung (2019-nCoV-MeldVO) erlassen, welche die möglichen Maßnahmen aus dem IfSG auch auf das Corona-Virus ausdehnt.

Nach dem IfSG können die zuständigen Behörden umfassende Maßnahmen zur Verhütung und zur Bekämpfung der Verbreitung schon bei Verdachtsfällen anordnen. Die Meldepflicht nach den §§ 6 ff. IfSG wurde mit Blick auf den Coronavirus erweitert (CoronaVMeldeV). Danach gilt grundsätzlich, dass der behandelnde Arzt und Labore (Verdachtsfälle auf) Infektionen mit dem Coronavirus den zuständigen Behörden melden müssen. Weiterreichende behördliche Maßnahmen werden erst im Umfeld eines konkreten Verdachtsfalles getroffen, sind also anlassbezogen.

Selected Rights and Duties of the Lease Parties in Light of the Spread of Coronavirus .

The current pandemic raises the question as to which specific rights landlords and tenants have in the context of their lease relationship and which duties they must satisfy. The inter-regional and potentially deadly threat from coronavirus may trigger measures by the authorities as well as involving legal consequences in landlord and tenant law.

Duties of the Lease Parties in Accordance with the Protection against Infection Act (Infektionsschutzgesetz)

The German Protection against Infection Act defines the procedures which are to be followed in case of infectious diseases which are potentially fatal to humans. The Act specifies which **compulsory measures** can be taken by the **authorities** and the **duties** which apply for **every citizen**. As a result, certain duties apply for landlords and tenants as well.

In accordance with § 6 of the Protection against Infection Act, every case or suspected case of infection with certain infectious diseases, such as cholera or measles, and every death from such diseases, must be reported to the authorities. Coronavirus is still so new that the Act does not yet expressly define rules for the handling of this virus. However, the potential danger to human health posed by the disease which the coronavirus causes, COVID-19, is comparable to that of the infectious diseases covered by the Act. As a result, a separate Ordinance was issued on 30 January 2020 (2019-nCoV-MeldVO), which extends the possible measures based on the Act to coronavirus as well.

In accordance with the German Infection Protection Act ("IfSG"), the competent authorities can order extensive measures to combat the spread of the disease even if only suspected cases have been reported. Thus, the reporting duties have been extended accordingly (Sec. 6 IfSG i.c.w. CoronaVMeldeV). Therefore, every treating physician and the respective laboratories have to report (suspected cases of) infections with the Coronavirus to the competent authorities. Further measures by the authorities will only be taken in connection with actual suspected cases and therefore depend on the circumstances of the individual case.

Solche Maßnahmen können z.B. Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Gebäuden treffen. Hierunter fallen auch Mieter und Vermieter, welche nach §§ 16 ff. IfSG zur **Duldung des Betretens** durch zuständiges Fachpersonal, insb. für Desinfektionsmaßnahmen sowie Ortseinschlüssen, verpflichtet werden können. In besonders dringlichen Fällen kann ggf. auch die **Schließung** von Räumlichkeiten oder ganzen Gebäuden, bzw. die Untersagung der Nutzung von Gebäuden erfolgen. Mieter und Vermieter sollten darauf achten, dass gemäß § 16 IfSG auch die Einsichtnahme und Kopie von Büchern und anderen Unterlagen zur Ermittlung von Verdachtsfällen zulässig ist. Im Zweifel sollten daher Geschäftsgeheimnisse und andere wichtige Unterlagen separat aufbewahrt werden. Für Betreiber von Unterbringungs-, Betreuungs-, Ausbildungs- und Pflegeeinrichtungen bestehen daneben auch besondere Handlungspflichten, etwa zur Aufstellung von Plänen zur Infektionshygiene.

Anordnungen der Behörden sollte dringend Folge geleistet werden. Dies gilt vor allem deshalb, weil nach §§ 73 ff. IfSG bei einem Verstoß gegen die Anordnungen **empfindliche Bußgelder** und in Extremfällen sogar Freiheitsstrafen drohen. Konkrete nachteilige Folgen staatlicher Maßnahmen sollten aufgrund der im Einzelfall gegebenenfalls bestehenden **staatlichen Entschädigungspflicht** nach dem IfSG sorgfältig dokumentiert werden. Nachteilige Folgen sind etwa die Zerstörung von Gegenständen während einer Desinfektion oder ein möglicher Mietausfall im Falle der Schließung eines Gebäudes.

Pflichten des Vermieters nach dem Mietrecht

Daneben richtet sich im Pandemiefall das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter nach den Regelungen im **Mietvertrag** und dem **BGB**. Das bedeutet, dass im Grundsatz eine besondere Vereinbarung der Parteien im Vertrag – bspw. zur Risikotragung oder Kündigungsrechten – den gesetzlichen Regelungen im konkreten Fall vorgeht. Dies ist für jeden Mietvertrag individuell zu überprüfen. Falls jedoch im Mietvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde, gelten die §§ 535 ff. BGB. Diese beinhalten die nachfolgend beschriebenen Rechte und Pflichten.

Reinigung der Gemeinschaftsbereiche des Gebäudes

Der Vermieter ist grds. verantwortlich für die **Reinigung** der Gemeinschaftsbereiche des Gebäudes. Hierzu zählen Eingangsbereiche, Treppenhäuser, Tiefgaragen, Belüftung etc. Die hierfür anfallenden **Kosten** können je nach vertraglicher Regelung anteilig auf die Mieter des jeweiligen Objekts umgelegt werden, sofern und soweit die Maßnahme im Rahmen der allgemeinen Bewirtschaftung des Objekts liegen und die Kosten nicht marktunüblich sind.

These measures could affect owners and occupiers of land and buildings. This category includes landlords and tenants, who may be required under §§ 16 et seq. of the Protection against Infection Act to **tolerate entry** into the property by competent specialists, e.g. to disinfect the premises or execute lockdowns. In particularly urgent cases, the authorities may even order **closure** of the premises or of entire buildings or prohibit use of certain buildings. Landlords and tenants should keep in mind that, pursuant to § 16 of the Protection against Infection Act, records and other documents may be inspected and copied for the purpose of identifying suspected cases. Business secrets and other important documents should therefore be stored at a separate location in case of doubt. In addition, special duties apply for operators of lodging, day care, educational and nursing facilities, shall as the duty to prepare hygiene plans to combat infection.

It is vitally important for everyone to obey orders from the authorities. This is especially true in light of the fact that, in accordance with §§ 73 et seq. of the Protection against Infection Act, those who violate such orders could face **heavy fines** and, in extreme cases, even prison sentences. The specific adverse effects of all government actions should be carefully documented due to the fact that, under the Protection against Infection Act, the **government may have a duty to compensate citizens** for the losses they suffer in any individual case. Adverse effects may include e.g. the destruction of objects in the course of disinfection or possible loss of rent following closure of a building.

Duties of the Landlord in Accordance with Landlord and Tenant Law

The relationship between landlord and tenant in case of a pandemic is determined by the provisions of the **lease agreement** and the German **Civil Code (BGB)**. This means that, in principle, a specific agreement between the parties in the lease, e.g. with regard to rights of termination or which party bears certain risks, will take precedence over statutory provisions in each specific case. This requires an individual examination for each lease agreement. However, unless the lease expressly provides otherwise, § 535 and subsequent Sections of the Civil Code apply, including the rights and duties described below.

Cleaning of the building's common areas

The landlord is generally responsible for **cleaning** the building's common areas. This includes the building's lobbies, stairwells, garages, ventilation system, etc. The contractual agreement between the parties may specify that the property's tenants are to share the **cost** of these actions, provided that such actions are within the bounds of general property management and that their cost is not atypical given market conditions.

Eine rechtliche **Verpflichtung** des Vermieters zur Durchführung dieser Reinigungsmaßnahmen besteht jedoch regelmäßig nur, sofern und soweit dies für die Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs des Mietobjekts an den Mieter erforderlich ist. Dies bedeutet zwar sicherlich, dass der Vermieter im Falle von im Gebäude **bereits vorhandener Viren** für die entsprechende Beseitigung durch geeignete Desinfektionsmaßnahmen verantwortlich ist. Eine Verpflichtung zur Durchführung **rein prophylaktischer Maßnahmen** besteht jedoch wohl nicht. Denn im Regelfall schuldet der Vermieter lediglich die Zurverfügungstellung eines Gebäudes, in dem die Mieter entsprechend ihrem jeweiligen Mietzweck ihren Betrieb führen können, nicht jedoch eine vollständig sterile Umgebung für seine Mieter.

Eine solche Verpflichtung ergibt sich regelmäßig auch nicht aus der in jedem Mietvertrag geltenden **Pflicht zur gegenseitigen Fürsorge**. Es steht jedem Mieter, der eine entsprechende Gesundheitsgefahr für sich und seine Mitarbeiter fürchtet, frei, seinen exklusiven Mietbereich durch entsprechende vorbeugende Maßnahmen zu schützen. Die allgemein präsente Gefahr der Infektion mit Viren oder Bakterien ist ein **allgemeines Lebensrisiko**, welches auch außerhalb des Gebäudes besteht und zudem nicht nur spezifisch für das Corona-Virus, sondern für alle Viren und Bakterien gilt.

Ergibt sich aufgrund der erforderlichen Reinigungsmaßnahmen eine nicht nur unerhebliche Einschränkung der Nutzbarkeit der Allgemeinflächen für die Mieter (etwa zeitweise Sperrung der Treppenhäuser), kann dies **Mietminderungsrechte** des Mieters, bezogen auf den konkreten Zeitraum der Nutzungsbeeinträchtigung nach sich ziehen. Darüber hinaus bestehen **Schadenersatzansprüche**, wenn der Vermieter seine Reinigungspflicht schuldhaft verletzt und dem Mieter hierdurch nachweisbare Schäden entstehen.

Keine Pflicht des Vermieters zur Reinigung exklusiv vermieteter Bereiche

Allein die **Mieter** sind hingegen für die Pflege und die Reinigung ihrer exklusiv gemieteten Bereiche **selbst verantwortlich**. Im Falle von in einem exklusiven Mietbereich drohenden Infektionen durch Viren ist deshalb jeder Mieter selbst für die Prophylaxe bzw. Beseitigung durch geeignete Desinfektionsmaßnahmen verantwortlich.

Ansprüche und Rechte des Mieters gegen den Vermieter aufgrund ggf. nur begrenzt nutzbarer Mietflächen scheiden in diesem Fall aus, es sei denn, der Vermieter hat eine Nutzungsbeeinträchtigung der exklusiv gemieteten Flächen verschuldet.

Pflicht zur Überlassung der Mietsache

Der Vermieter ist zur **Überlassung der Mietflächen zum vereinbarten Nutzungszweck** verpflichtet. Kann er diese Verpflichtung aufgrund von staatlichen Anordnungen auf Grundlage des IfSG nicht oder nur eingeschränkt erfüllen, ist der Mieter zur (anteiligen) **Minderung** der Miete berechtigt.

However, the landlord typically has no legal **duty** to conduct such cleaning measures except where necessary in order to enable the tenant to use the leased property in accordance with the lease. If the **virus is already present** in the building, to be sure, this means that the landlord is responsible for removing the virus by taking suitable disinfection measures. But there is likely no duty to take **measures which are merely prophylactic** in nature. After all, the landlord is typically required only to make a building available in which the tenant can operate its business in accordance with the purpose of the lease, not to provide its tenants with a completely sterile environment.

Such a duty typically is not derived from the **duty of mutual assistance**, which is part of every lease. All tenants who fear such a risk to their own health and that of their employees are free to protect their exclusive lease areas by taking appropriate preventive measures. But the generally present risk of infection by viruses or bacteria is a **general life risk** which exists even outside the building, and not only for coronavirus specifically, but for all viruses and bacteria.

If necessary cleaning measures interfere with the tenants' ability to use the building's common areas (such as temporary closure of stairwells) to a degree which is not immaterial, tenants may have a **right to reduction of the rent** for the specific duration of the impediment. Tenants may also be entitled to **damage claims** if the landlord negligently breaches its cleaning duty and this results in demonstrable damages for the tenant.

No duty for the landlord to clean exclusively leased areas

On the other hand, **tenants are themselves responsible** for cleaning and maintaining the premises which they are leasing exclusively. Accordingly, all tenants are themselves responsible for preventing and eliminating virus infections in their exclusive lease area by taking suitable disinfection measures.

Claims and rights of the tenant against the landlord based on inability to use the leased space or the limited usability of this space are excluded in this case unless the landlord is responsible for the tenant's inability to use the exclusively leased space.

Duty to provide the leased premises

The landlord is required to **provide the leased premises for the agreed-upon purpose**. If the landlord is unable to do so because of orders issued by the government based on the Protection against Infection Act, or if its ability to do so is limited, the tenant is entitled to a (partial) **reduction** in rent.

Entschädigungsansprüche gegen den Staat wegen Mietausfalls, Geltendmachung von Schäden durch Mieter usw. sind denkbar. Nach aktuellem Stand folgen diese nicht aus dem Infektionsschutzgesetz, sondern bedürfen eines Rückgriffs auf das allgemeine Entschädigungsrecht. Die Ansprüche müssten für jeden Einzelfall konkret geprüft werden. Insbesondere ist zu bedenken, dass bei einem grundsätzlich möglichen Entschädigungsanspruch auch bei rechtmäßigen Maßnahmen der Behörden in der Regel kein voller Schadensersatz gewährt wird. Darüber hinaus werden die allgemeinen Entschädigungsansprüche von der Rechtsprechung eng ausgelegt, sodass eine Durchsetzung im Einzelfall sehr schwierig werden kann.

Über mögliche Entschädigungsansprüche hinaus existieren bereits konkrete Ankündigungen hinsichtlich **zumindest mittelbarer staatlicher Soforthilfe**. Unter Verweis auf Corona können (Vor)Steuerzahlungen ggf. gestundet werden. Ferner werden Insolvenzantragspflichten aufgeschoben. Des Weiteren werden KfW-Förderprogramme sehr zeitnah ausgeweitet (u.a. höhere Risikoübernahme durch den Staat); Diese sind unmittelbar bei der Geschäftsbank des Mieters zu beantragen. Darüber hinaus legen auch die Bundesländer nochmal eigene Förderprogramme zur **Soforthilfe gerade für kleinere und mittlere Unternehmen** auf. Die Voraussetzungen dazu werden wohl in den nächsten Tagen veröffentlicht.

Schadensersatzansprüche der Mieter gegen den Vermieter scheiden jedoch in der Regel mangels eines Verschuldens des Vermieters für die Virenbelastung aus, wenn er aufgrund einer behördlichen Anordnung die Mieträume nicht überlassen darf.

Rechtliche Folgen der Nichtüberlassung einer Mietsache durch den Vermieter infolge behördlicher Anordnung

Der Vermieter ist nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB dazu verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. In einem anlassbezogenen Fall kann die zuständige Behörde einem Gebäudeeigentümer bzw. Vermieter auf Grundlage des IfSG verpflichten, die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung drohender Gefahren zu treffen (§§ 16, 28 IfSG, im Folgenden „**behördliche Anordnung**“). Dies sind bspw. die Schließungen einzelner Räumlichkeiten oder ganzer Gebäude als Maßnahme zur Eindämmung der Infizierungen mit dem Corona-Virus. Im Fall einer von der zuständigen Behörde angeordneten Nutzungsuntersagung sind zudem besondere Rechtsfolgen zu beachten:

1. Ergeht die behördliche Anordnung **vor Übergabe des Mietgegenstandes**, ist der Vermieter wegen Unmöglichkeit der Überlassung nicht zur Gebrauchsgewährung verpflichtet. Er verliert in diesem Fall den Anspruch auf die Miete. Daneben stehen dem Mieter u.U. Schadensersatzansprüche zu, welche jedoch regelmäßig mangels Verschuldens des Vermieters ausscheiden.

Compensation claims against the government for loss of rent and damage claims against tenants, etc. are possible. As things currently stand, such claims cannot be derived from the Protection against Infection Act but rather require recourse to general compensation law. The specific claims will have to be examined in each individual case. In particular, it should be kept in mind that, although a compensation claim is generally possible even in connection with lawful measures by the authorities, full compensation for damages is not generally provided. Moreover, general compensation claims are interpreted narrowly by the courts, so that they could be very difficult to enforce in any individual case.

Aside from possible compensation claims, there have already been specific announcements of **(at least indirect) immediate government aid**. Taxpayers can possibly defer (input) tax payments without a problem, citing coronavirus, and duties in connection with filing for insolvency will be suspended as well. KfW will also be extending its funding programs in the very near future (e.g. higher assumption of risk by the government); tenants can apply for this aid at their commercial bank. In addition, the state governments are launching their own programs to provide **immediate aid, especially for small and mid-sized businesses**. The requirements for these programs will likely be published in the coming days.

However, damage claims for the tenant against the landlord are typically excluded in the absence of negligence on the landlord's part for the virus infection, if the landlord is unable to provide the leased premises because of an order from the authorities.

Legal Consequences of the Landlord's Failure to Provide a Leased Premises due to an Order from the Authorities

In accordance with § 535(1) Sentence 1 of the Civil Code, the landlord is required to enable the tenant to use the leased premises during the term of the lease. If the circumstances of the case require, the competent authorities may order a building owner or landlord to take necessary measures to avert imminent dangers based on the Protection against Infection Act (§§ 16 and 28 of the Protection against Infection Act; hereinafter, an "**order from the authorities**"). This may include e.g. the closure of individual premises or whole buildings as a measure to reduce coronavirus infections. The following specific legal consequences must also be heeded in the event use of a property is prohibited by order of the competent authorities:

1. If the order is issued **prior to delivery of the leased premises**, the landlord has no duty to provide the leased premises due to incapacity. The landlord does lose its claim to the rent in such a case. In addition, the tenant may be entitled to damage claims, although such claims are typically excluded in the absence of negligence on the part of the landlord.

2. Ergeht die behördliche Anordnung **nach Übergabe des Mietgegenstandes** und ist der Vermieter daraufhin nicht mehr zur Überlassung der Mietsache imstande, kann der Mieter sich auf seine gesetzlichen Rechte berufen. Sofern nicht etwas anderes im Mietvertrag geregelt ist, sind diese Rechte die folgenden:

Keine Pflicht zur Mietzahlung

Muss der Vermieter nach behördlicher Anordnung wegen **Unmöglichkeit** die Mietsache nicht überlassen, entfällt gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB spiegelbildlich auch die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung. Etwas anderes gilt nur, wenn der Mieter für die behördliche Anordnung verantwortlich ist, was jedoch nur schwer vorstellbar ist. Ist hingegen allein der Mieter mit dem Corona-Virus infiziert und kann die Mietsache deshalb nicht nutzen, liegt dies in seinem persönlichen Risikobereich. § 537 Abs. 1 BGB ordnet daher an, dass der Mieter dann weiterhin zur Mietzahlung verpflichtet ist.

Minderung der Miete

Der Mieter ist berechtigt die Miete zu mindern, wenn ein **wesentlicher Mangel** im Laufe der Mietzeit auftritt. Die behördliche Anordnung enthält ein Verbot, das an die Benutzbarkeit oder - im Falle einer Ortseinschließung - an die Lage des Mietobjekts knüpft. Durch dieses behördliche Verbot wird unmittelbar die **Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt** und der Mieter wird in seinem Gebrauch eingeschränkt. Deshalb ist eine solche öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung als nicht unerheblicher Sachmangel zu qualifizieren, der den Mieter zu einer Minderung berechtigt.

Ist der Mietgegenstand aufgrund einer behördlich angeordneten **Ortseinschließung** auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes nicht erreichbar, ist ebenfalls ein Sachmangel anzunehmen, da der ungehinderte Zutritt zu gewerblichen Mieträumen als unmittelbar bestimmend für die Gebrauchstauglichkeit anzusehen ist. Ein solcher Fall wäre auch denkbar, wenn ein Shoppingcenter oder Factory Outlet Betreiber eine Schließungsverfügung erhält. Auch in diesem Fall ist der Mieter zu einer Minderung berechtigt.

Kein Mangel dürfte jedoch dann vorliegen, wenn der Betrieb des Mieters behördlich untersagt wird, da er kein systemrelevantes Geschäft (wie bspw. Apotheke oder Lebensmittelhandel) betreibt. In diesem Fall hat der Vermieter das Mietobjekt überlassen, der Mieter kann es jedoch aufgrund der Art seines Betriebs nicht nutzen. Eine andere Bewertung könnte sich allenfalls aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (siehe unten) ergeben.

Schadensersatzanspruch

Mangels **Verschuldens** des Vermieters im Falle einer behördlichen Anordnung auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes steht dem Mieter regelmäßig kein Schadensersatzanspruch zu. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Vermieter die behördliche Anordnung verschuldet hat, bspw. durch bewusste Zugänglichmachung des Gebäudes für infizierte Personen.

2. If the order is **issued after delivery of the leased premises** and the landlord is no longer able to provide the leased premises as a result of the order, tenants may invoke their statutory rights. Unless otherwise specified in the lease agreement, those rights are as follows:

No duty to pay rent

If the landlord is not required to provide the lease premises for use due to **incapacity** in the wake of an order from the authorities, the tenant's duty to pay rent also ceases to apply in accordance with § 326(1) Sentence 1 of the Civil Code. An exception applies only if the tenant was responsible for the order from the authorities, which is difficult to imagine. However, if the tenant alone is infected with coronavirus and is unable to use the leased premises for this reason, this falls within the tenant's personal sphere of risk. As a result, § 537(1) of the Civil Code specifies that the tenant is required to continue paying rent in this case.

Reduction in rent

The tenant is entitled to a reduction in rent if a **material defect** arises over the course of the lease term. The order from the authorities entails a prohibition tied to the usability or, in case of a lockdown, to the location of the leased property. This official prohibition directly interferes with the **suitability of the leased premises for the contractual use** and the tenant's ability to use the premises is restricted. As a result, such a use restriction in public law qualifies as a not unsubstantial material defect which entitles the tenant to a reduction in rent.

If the leased premises is inaccessible as a result of a **lockdown** ordered by the authorities based on the Protection against Infection Act, a material defect is assumed in this case as well, because unfettered access to a leased commercial premises is a factor which is regarded as directly determining its suitability for the intended use. If the operator of a shopping or factory outlet center would receive a lockdown order this may also fall under this category. In this case as well, the tenant is entitled to a reduction in rent.

However, there is likely no defect if the tenant is prevented from operating its business by order of the authorities because the tenant's business is not considered systemically relevant (such as e.g. pharmacies or grocery stores). In this case, the landlord has provided the leased property but the tenant is unable to use it due to the nature of its business. A different assessment may only result from the principle of frustration of contract (see below).

Damage claim

Tenants are typically not entitled to a damage claim in case of an order from the authorities based on the Protection against Infection Act in the absence of **negligence** on the part of the landlord. An exception could only apply if the landlord was responsible for the order, e.g. by deliberately making the building available to infected persons.

Außerordentliche Kündigung

Der Mieter ist zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB berechtigt, soweit ihm der **vertragsgemäße Gebrauch ganz oder zum Teil nicht gewährt oder wieder entzogen** wird. Den Vermieter muss dabei kein Verschulden treffen. Als Entzug kann auch die Schließung infolge der behördlichen Anordnung gesehen werden. Für die Kündigung **ist kein erfolgreicher Ablauf einer Abhilfefrist** erforderlich, wenn der Vermieter nicht in absehbarer Zeit oder durch geeignete Maßnahmen den vertragsgemäßen Zustand wiederherstellen kann. Es kommt hierbei darauf an, ob ein weiteres Abwarten dem Mieter zumutbar ist. Hierfür sind wirtschaftliche und betriebliche Belange zu bewerten. Ersatz für Vermögensschäden wegen der Kündigung des Mieters erlangt der Vermieter ohne besondere Vereinbarung im Mietvertrag nur bei vorherigem Abschluss einer speziellen Versicherung gegen Mietausfallschäden.

Versicherungsrechtliche Aspekte

Versicherungsschutz für finanzielle Einbußen von Mietern oder Vermietern könnte über eine Betriebsunterbrechungsversicherung bestehen. Diese setzt aber zumeist den Eintritt einer konkret im Versicherungsvertrag definierten Gefahr voraus, wie etwa Brand, Diebstahl, Cyber-Angriffe, Sturm oder sonstige Naturgefahren. Versicherungsschutz für den Fall eine Pandemie dürfte in den seltensten Fällen bestehen. Ob für pandemiebedingte Mietausfälle zugunsten des Vermieters eine Mietausfallversicherung eingreift, ist ebenfalls eine Frage der konkreten Vereinbarungen im Versicherungsvertrag. Solche Deckungen sind allerdings nicht verbreitet.

Rechtliche Folgen der Schließungen von Geschäften und Betrieben aufgrund einer behördlichen Anordnung

Um der Ausbreitung vom Corona-Virus entgegenzutreten, hat die Bundesregierung am 16. März 2020 Leitlinien zum einheitlichen Vorgehen zur weiteren Beschränkung von sozialen Kontakten im öffentlichen Bereich beschlossen. Nach der Vereinbarung von Bund und Ländern sind auch Einzelhandel-Verkaufsstellen zu schließen. Sukzessive wurden in den einzelnen Bundesländern weitergehenden Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote erlassen.

Eine behördlich angeordnete Geschäftsschließung wirft wiederum die Frage der rechtlichen Folgen auf. Im Gegensatz zu der Situation, die oben geschildert wurde, ist der Vermieter zur Überlassung der Mietsache imstande und ist seiner Gebrauchsgewährungspflicht nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB nachgekommen, wobei er dem Mieter die Ausübung seines Gebrauchsrechts während der Mietzeit ermöglicht. Allerdings verbietet oder beschränkt die behördliche Anordnung dem Mieter die Öffnung seines Geschäftes oder seines Betriebes über einen gewissen Zeitraum. Sofern nicht etwas anderes im Mietvertrag geregelt ist, kann der Mieter sich auf die folgenden Rechte berufen:

Extraordinary termination

In accordance with § 543(2) Sentence 1 No. 1 of the Civil Code, the tenant is entitled to exercise extraordinary termination of the lease without notice for good cause **if the leased premises is not provided for the contractual use or if the tenant is deprived of such use, in whole or in part**. Negligence on the part of the landlord is not required for this purpose. Closure by order of the authorities may be regarded as deprivation of use. Termination **does not require expiration of a grace period** if the landlord is unable to restore the contractual condition in the foreseeable future or through suitable measures. The decisive question in this regard is whether the tenant can be reasonably expected to wait any longer, which requires assessment of the tenant's financial and operational interests. Absent a specific provision to this effect in the lease agreement, the landlord receives no compensation for financial losses sustained as a result of the tenant's termination of the lease unless the landlord obtained insurance against loss of rent in advance.

Aspects of insurance law

Financial losses to the tenant or landlord may be covered by business interruption insurance. However, this would typically require the materialization of a hazard which is specifically defined in the insurance policy, such as fire, theft, cyberattack, storm or other natural risks. A pandemic would be covered only in the rarest of cases. Whether loss of rent suffered by the landlord as a result of a pandemic would be covered under the landlord's loss of rent insurance policy also depends on the specific terms of the policy. However, policies which cover such losses are not common.

Legal Consequences of the Closure of Stores and Business by Order of the Authorities

On 16 March 2020, the German government adopted guidelines on a uniform approach to further limit social contacts in the public sphere in an effort to combat the spread of coronavirus. The agreement between the federal and state authorities includes the closure of retail points of sale. Successively the German federal states have enacted further limited curfews and prohibitions of public and private gatherings.

The closure of stores by order of the authorities raises the question of the legal consequences of this action. Unlike the situation described above, the landlord is capable of providing the leased premises and has therefore satisfied its duty to enable use of the premises in accordance with § 535(1) Sentence 1 of the Civil Code by enabling the tenant to exercise its right of use during the term of the lease. However, the order from the authorities prevents the tenant from opening its store or business, or restricts its ability to do so, for a certain period of time. Unless otherwise specified in the lease agreement, the tenant may invoke the following rights:

Minderung der Miete

Der Mieter ist berechtigt nach § 536 Abs. 1 BGB die Miete zu mindern, wenn ein wesentlicher Mangel im Laufe der Mietzeit auftritt. Der Vermieter ist nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache im vertragsgemäßen Zustand während der Mietzeit verpflichtet.

Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeeinträchtigungen können als Sachmangel gesehen werden, wenn sie an die Beschaffenheit, die Beziehung zur Umwelt oder die Lage des Mietobjekts knüpfen. Betrifft die öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeeinträchtigung persönliche oder betriebliche Umstände des Mieters, stellt sie keinen Sachmangel dar. Zudem ist erforderlich, dass die öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung der vertragsgemäße Gebrauch auch tatsächlich einschränkt.

Im Falle einer behördlich angeordneten Geschäftsschließung zur Bremsung der Verbreitung des Corona-Virus bezieht sich der Zweck der Geschäftsschließung nicht auf die konkrete Beschaffenheit oder Lage der Mietsache, sondern auf das Gewerbe des Mieters. Denn die Öffnung des Geschäfts ermöglicht den sozialen Kontakt, was zu einer raschen Ausbreitung des Corona-Virus führen kann. Dementsprechend ist dieses Risiko der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen. Ein anderes Ergebnis kann angenommen werden, wenn die Parteien eine entsprechende Risikoverteilung in dem Mietvertrag vereinbart haben. Für eine solche Annahme wird allerdings allein die Vereinbarung einer Umsatzmiete nicht ausreichen. Die behördlich angeordnete Geschäftsschließung zur Bremsung der Verbreitung des Corona-Virus ist somit in der Regel nicht als nachträglicher Sachmangel zu sehen. Der Mieter ist daher nicht berechtigt, von seinem Minderungsrecht nach § 536 Abs. 1 BGB Gebrauch zu machen oder einen Schadensersatzanspruch nach § 536a Abs. 1 BGB geltend zu machen.

Pflicht zur Zahlung der Miete

Der Mieter hat nach § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB die Miete auch dann zu zahlen, wenn er sein Gebrauchsrecht über die Mietsache nicht ausüben kann, soweit der Grund dieser Gebrauchshinderung in seiner Person liegt. Ob der Grund in der Person des Mieters liegt, ist vorrangig nach den besonderen Vereinbarungen zur Risikotragung in dem Mietvertrag zu bestimmen. Regelmäßig sind sein Gesundheitszustand – hierunter fällt auch eine Infektion mit dem Corona-Virus- oder seine Fähigkeit, mit der Mietsache Gewinne erzielen zu können (sog. Verwendungsrisko) der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen.

Reduction in rent

In accordance with § 536(1) of the Civil Code, the tenant is entitled to reduction of the rent if a material defect arises over the course of the lease term. In accordance with § 535(1) Sentence 2 of the Civil Code, the landlord is required to provide and preserve the leased premises in the contractual condition throughout the term of the lease.

Use restrictions in public law may be regarded as material defects if they are based on the condition or location of the leased property or its relationship to the environment. If the use restriction in public law is based on the tenant's personal circumstances or business situation, it is not a material defect. In addition, a use restriction in public law is only a material defect if it actually interferes with contractual use of the premises.

In the case of a store closure ordered by the authorities to slow the spread of coronavirus, the purpose of the closure does not relate to the specific condition or location of the leased premises, but rather to the tenant's business. After all, opening the store enables social contact, which may lead to the rapid spread of coronavirus. Accordingly, this risk may be ascribed to the tenant's sphere of risk. A different conclusion would only be reached if the parties included a clause in the lease agreement specifying that risk is to be allocated in this manner. The stipulation of rent as a percentage of the tenant's revenues is not sufficient for such an assumption. Accordingly, closure of the store by order of the authorities in order to slow the spread of coronavirus would typically not be regarded as a material defect after the fact. As a result, the tenant is not entitled to exercise its right to reduction of the rent in accordance with § 536(1) of the Civil Code or to assert a damage claim in accordance with § 536a(1) of the Civil Code.

Duty to pay rent

In accordance with § 537(1) Sentence 1 of the Civil Code, tenants are required to pay rent even if they are unable to exercise their right to use the leased premises in cases where the reason for the use hindrance lies in the tenant's person. The question of whether the reason lies in the person of the tenant is to be determined primarily based on the provisions of the lease agreement relating specifically to the allocation of risk. The tenant's medical condition, including whether the tenant has been infected with coronavirus and the tenant's ability to earn income from the leased premises ("use risk"), is typically ascribed to the tenant's sphere of risk.

Das Argument könnte angeführt werden, dass die behördlich angeordnete Geschäftsschließung aufgrund des Corona-Virus als höhere Gewalt angesehen werden könnte. Höhere Gewalt wird neben Katastrophen, Streiks, Versagen öffentlicher Verkehrsmittel sowie die aus dem Risikobereich des Vermieters herrührenden Umstände als nicht zu den in der Person des Mieters liegenden Gründen angesehen. Diese Annahme würde dazu führen, dass der Mieter wegen Unmöglichkeit oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht zur Entrichtung der Miete verpflichtet wäre. Diese Nutzungshindernisse müssen der Mietsache anhaften und deshalb für jeden möglichen Mieter die Ausübung des Gebrauchsrechts unmöglich machen. Nicht jeder Mieter würde an dem Gebrauch bei einer behördlich angeordneten Geschäftsschließung gehindert sein. Ein Apotheker, zum Beispiel, könnte sein Gebrauchsrecht aktuell noch ausüben. Die behördlich angeordneten Betriebs- oder Geschäftsschließungen betreffen aber gerade die Ausübung des Betriebs oder des Gewerbes durch den Mieter. Mithin liegt ein in der Person des Mieters liegender Grund vor und der Mieter ist grundsätzlich zur Zahlung der Miete nach § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet.

Außerordentliche Kündigung

Der Mieter könnte aber eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB wegen Entzugs des vertragsgemäßen Gebrauchs erklären. Ein Entzug des vertragsgemäßen Gebrauchs ist anzunehmen, wenn der Vermieter dem Mieter die Mietsache nach Überlassung wieder entzieht. In der vorliegenden Fallkonstellation entzieht der Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch nicht, sondern der Mieter darf die Mietsache aufgrund einer behördlichen Anordnung nicht nutzen. Bei öffentlich-rechtlichen Beschränkungen ist eine fristlose Kündigung nur berechtigt, wenn ein Mangel gegeben ist und das Defizit dem Vermieter zuzurechnen ist. Im Falle einer behördlich angeordneten Geschäftsschließung zur Reduktion der Verbreitung des Corona-Virus handelt es sich zwar um eine öffentlich-rechtliche Beschränkung, allerdings liegt, wie bereits festgestellt, in der Regel kein Sachmangel vor. Das Risiko der Geschäftsschließung knüpft an die Ausübung des Gewerbebetriebes des Mieters und ist somit der Risikosphäre des Vermieters nicht zuzuordnen. Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB scheidet somit aus.

Anpassung oder Beendigung des Mietvertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Untersagt oder beschränkt eine behördliche Anordnung die Ausübung des Betriebes des Mieters über einen signifikanten Zeitraum und kommt das Geschäft des Mieters vollständig zum Erliegen, könnte eine Beendigung des Mietvertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Erwägung gezogen werden. Mieter und Vermieter setzen bei Abschluss des Mietvertrags regelmäßig Umstände voraus, die sie als so **selbstverständlich** ansehen, dass sie darüber nicht gesondert kommunizieren. Denkbar sind etwa die Anmietung von Räumlichkeiten neben bestimmten Retail-Händlern in einer erstklassigen Lage, Factory Outlet Stores oder die Tatsache, dass infolge offener Grenzen Tourismus möglich ist, wovon Ferienhotels profitieren.

The argument could be made that the closure of stores due to coronavirus could be viewed as force majeure. In addition to disasters, strikes, breakdowns in public transportation and circumstances arising from the landlord's sphere of risk, disruptions whose reason does not lie in the person of the tenant are regarded as force majeure. This assumption would lead to the conclusion that the tenant is not required to pay rent due to incapacity or frustration of contract. Such use hindrances would have to be tied to the leased premises itself, and would therefore make it impossible for any possible tenant to exercise its right of use. But not every tenant would be prevented from using the premises if a store closure is ordered by the authorities. A pharmacy, for example, would still be able to exercise its right of use. Rather, the business or store closures affect the tenant specifically, in terms of its ability to exercise its business or trade. Accordingly, the closure is ordered for a reason lying in the person of the tenant, so that the tenant is generally required to pay rent in accordance with § 537(1) Sentence 1 of the Civil Code.

Extraordinary termination

However, the tenant could exercise extraordinary termination without notice for good cause in accordance with § 543(2) Sentence 1 No. 1 of the Civil Code citing deprivation of contractual use. Deprivation of contractual use is assumed if the landlord deprives the tenant of use of the leased premises after first providing it. In the present case, the landlord is not depriving the tenant of contractual use, but the tenant is unable to use the leased premises by order of the authorities. In case of restrictions in public law, termination without notice can only be made if a defect exists which is attributable to the landlord. A store closure ordered by the authorities to slow the spread of coronavirus qualifies as a restriction in public law, but typically does not constitute a material defect, as we have already established. The risk of store closure is attached to the exercise of the tenant's trade and is therefore not attributable to the landlord's sphere of risk. Accordingly, extraordinary termination for good cause in accordance with § 543(2) Sentence 1 No. 1 of the Civil Code is excluded.

Adjustment or cessation of the lease for frustration of contract

An order from the authorities prohibiting or restricting the tenant's operation of its business for a significant period of time, so that the tenant's business comes to a complete stop, could raise the possibility of termination of the lease for frustration of contract.

When the landlord and tenant conclude the lease, their agreement is typically contingent upon circumstances which the parties regard as **self-evident** and are therefore not specified. A possible example could be the lease of premises near certain retailers in a first-class location, factory outlet centers or the fact that borders are open so that tourists can enter and stay on holiday resorts.

Als Faustregel lässt sich heranziehen, dass hierunter auch alle unausgesprochenen Aspekte fallen, welche einen bestimmten Mietzins rechtfertigen (z.B. Lage des Objekts in einer erstklassigen Gegend, ein bestimmter Publikumsmix oder lange Öffnungszeiten).

Diese Umstände bilden die gemeinsame, stillschweigend vorausgesetzte Grundlage des Vertrags. Man spricht von der sog. **Geschäftsgrundlage**. Abzugrenzen ist sie von ausdrücklichen Einigungen der Parteien über Ausstattung oder Eigenschaft der Mietsache. Diese sind ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarungen, welche im Gegensatz zur Geschäftsgrundlage namentlich im Vertrag angesprochen werden und deren Fehlen Gewährleistungsrechte nach sich zieht.

Bei "**schwerwiegenden**" **Veränderungen** der Geschäftsgrundlage kann jede Partei eine Anpassung oder Beendigung des Mietvertrags gemäß § 313 Abs. 1, 3 BGB wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage verlangen. Diese Möglichkeit zur Anpassung von Verträgen dient dem schon vom *Reichsgericht* nach dem ersten Weltkrieg anerkannten Zweck, völlig untragbare Zustände infolge völliger Veränderung der wirtschaftlichen und sonstigen Gegebenheiten zu verhindern. Der Vertrag wird bei Anwendung des § 313 BGB bzgl. der Hauptleistungen wie der Miete an die veränderten Umstände angepasst. Erst wenn eine für beide Parteien zumutbare Anpassung des Vertrags nicht denkbar ist, ist die Beendigung des Vertrags möglich. "Schwerwiegend" i.S.d. § 313 BGB sind die Veränderungen der Umstände dann, wenn mindestens eine Partei den Vertrag bei Kenntnis der geänderten Umstände gar nicht abgeschlossen hätte. Ein weiteres Festhalten am unveränderten Vertrag ist der Partei dann nicht zumutbar. Hier ist aber genau zu differenzieren: Risiken, die eine Vertragspartei aufgrund der vertraglichen Absprache oder der gesetzlichen **Risikozuweisung** alleine tragen muss, begründen bei ihrem Eintritt grds. nicht den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dies sind etwa die Risiken des Mieters, ob er mit seinem Angebot überhaupt Gewinn erzielt, ob das Mietobjekt von den Kunden akzeptiert wird oder ob der Mieter das Objekt persönlich nutzen kann. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage liegt daher nur dann vor, wenn keine Partei das Risiko der Veränderung alleine tragen muss und die veränderten Umstände beide Parteien potentiell betreffen können. Nach dem Mietrecht des BGB muss grds. der Vermieter dem Mieter die Mietflächen tatsächlich übergeben und während der Mietzeit erhalten. Ob der Mieter seinen Betrieb darin ausüben kann und darf, ist sein eigenes Risiko.

A good rule of thumb is that this category includes all unspoken aspects which justify a certain rent (e.g. the property's location in a first-class area, a certain mix of clientele or long business hours).

These circumstances represent the basis of the contract which is tacitly assumed by both parties, or the implicit basis of the contract. This is to be distinguished from explicit agreements between the parties about the equipment or features of the leased premises. Those are express agreements as to quality which, unlike the implicit basis, are cited by name in the contract, so that their absence may trigger warranty rights.

In case of "**serious**" **changes** in the underlying circumstances, each party may request adjustment or cessation of the lease for frustration of contract in accordance with § 313(1) and (3) of the Civil Code. Allowing the parties to adjust the contractual agreement in this manner serves a purpose which was already acknowledged by the *Reich Court* after World War I: keeping parties from having to endure completely intolerable situations due to a complete change in economic and other conditions. If § 313 of the Civil Code applies, the main performances stipulated in the contract, such as rent, will be adjusted to account for the change in circumstances. Only if there is no conceivable way to adjust the terms of the contract in a way which is reasonable for both parties would cessation of the agreement be an option. The change in circumstances is considered "serious" in terms of § 313 of the Civil Code if at least one of the parties would not have concluded the agreement in the first place if the altered circumstances had been known. In that case, the party cannot be reasonably expected to continue adhering to the contract with no change. But it is necessary to make a precise distinction here: if a risk is to be borne by one of the parties alone based on the contractual agreement or the statutory **risk allocation**, the materialization of this risk generally does not establish frustration of contract. This category includes e.g. the tenant's risk that it will earn no income from its offerings, that the leased property will not be accepted by customers or that the tenant will be unable to use the property personally. Accordingly, frustration of contract only exists if no party is required to bear the risk alone and if the altered circumstances could potentially affect both parties. In accordance with the Civil Code's provisions relating to landlord and tenant law, the landlord is generally required only to actually deliver the leased space and preserve it throughout the term of the lease. Whether the tenant is able to operate its business in that space is the tenant's own risk.

Die **Ausbreitung des Corona-Virus** könnte aber als ein gemeinsam zu tragendes Risiko anzusehen sein, dass einen Wegfall der Geschäftsgrundlage darstellt. Beide Parteien könnten übereinstimmend und stillschweigend davon ausgegangen sein, dass keine Pandemie mit dem Corona-Virus das öffentliche Leben weitgehend lähmt und zu Schließungen führt. Das Fehlen des Corona-Virus wäre dann die Geschäftsgrundlage des Vertrags. Relevant ist dieser Fall vor allem für Retail-Mieter, Hotels, Restaurants, Touristik-Anbieter und weitere Branchen, welche vom Kundenkontakt leben und die infolge von behördlich angeordneten Schließungen ihren Betrieb einstellen müssen. Ebenso betroffen sind Vermieter der zuvor genannten Objekte, welche das gesamte Gebäude schließen müssen.

Der Vermieter muss die Mietsache überlassen, was ihm durch eine Schließung des ganzen Gebäudes unmöglich gemacht würde. Der Mieter trägt hingegen wie oben gesehen grds. das Risiko, die Mietsache auch nutzen zu dürfen. Da weder Mieter noch Vermieter jedoch den Ausbruch der Pandemie des Corona-Virus vorausgesehen haben und dessen Folgen tragen können, ist die Pandemie als gemeinsames Risiko anzusehen. Die infolge der Ausbreitung des Corona-Virus behördlich angeordneten Schließungen verhindern die Überlassung bzw. Nutzung der Mietsache durch eine **unvorhersehbare vollständige Veränderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse**. In solchen Fällen – bspw. bei Epidemien oder Naturkatastrophen – tragen grds. beide Parteien das Risiko. Ob auch die Ausbreitung des Corona-Virus hierunter fällt lässt sich zum jetzigen Stand zwar noch nicht rechtssicher prognostizieren, da bislang keine Rechtsprechung hierzu ergangen ist. § 313 BGB ist als Ausformung von Treu und Glauben in seiner Reichweite stark von den Vorgaben der Gerichte im Einzelfall abhängig. Jedoch sprechen gute Gründe für die Bejahung eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Wie gesehen geht die Ausbreitung des Corona-Virus und die massenweise Schließung von Betrieben über allgemeine Risiken eines Vermieters oder Mieters hinaus. Im Gegensatz zu ausbleibenden Gewinnen infolge unternehmerischer Entscheidung entammt das Corona-Virus nicht allein der Risikosphäre einer Partei. Daher dürfte im Regelfall ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegen und die Parteien den Vertrag anpassen oder kündigen können, wenn eine Behörde das gesamte Gebäude schließt und der Vermieter nicht mehr zur Überlassung in der Lage ist. Wie die Rechtsprechung hierzu entscheiden wird, bleibt abzuwarten. Bislang wurde diese Möglichkeit zur Beendigung des Vertrags jedoch sehr zurückhaltend gehandhabt und bspw. selbst in den Finanzkrisen kaum genutzt. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist aufgrund dessen als subsidiäres Rechtsmittel anzusehen, welches nur als "letzter Anker" genutzt werden sollte.

However, the **spread of coronavirus** may be regarded as a risk which is to be borne by both parties, so that frustration of contract would apply. It could be argued that both parties tacitly assumed, upon concluding the lease, that public life would not be largely paralyzed by the coronavirus pandemic, resulting in closures. In this case, the absence of coronavirus would be regarded as an implicit basis of the lease. This case is especially relevant for retail tenants, hotels, restaurants, tourism companies and other sectors which rely on contact with customers and which would be compelled to suspend operations if closures are ordered by the authorities. This would also affect landlords in the aforementioned properties, who would be required to close the whole building.

The landlord is required to provide the leased premises for use, and would be unable to do so if the whole building were closed. The tenant, on the other hand, generally bears the risk that it will be unable to use the leased premises, as we have seen above. But since the tenant and the landlord were both unable to foresee the outbreak of the coronavirus pandemic or to weigh its consequences, the pandemic is to be regarded as a common risk. The closures ordered by the authorities as a result of the spread of the coronavirus have the effect of hindering provision and use of the leased premises through **a complete and unforeseeable change in economic and social conditions**. In such cases, such as in case of an epidemic or natural disaster, the risk is generally borne by both parties. Whether the spread of coronavirus would fall into this category cannot be predicted with certainty at this time because the courts have yet to rule on this subject. As an expression of the duty of good faith, the consequences of § 313 of the Civil Code are heavily dependent on the specifications made by the courts in each individual case. However, there are strong arguments in favor of the view that frustration of contract has occurred. As we have seen, the spread of coronavirus and the mass closure of businesses extend beyond the general risks to the landlord or tenant. Unlike the risk of lost profit as a result of business decisions, coronavirus cannot be ascribed solely to one party's sphere of risk. As a result, frustration of contract would typically apply and the parties would be entitled to adapt or terminate the contract if the entire building is closed by the authorities and the landlord is no longer able to provide the leased space. It remains to be seen how the courts will rule in this regard. However, the courts have been very reluctant to utilize this means of terminating the contract and have done so only rarely, e.g. even in financial crises. As a result, frustration of contract should be regarded as a secondary legal remedy which should be used only as a "last resort."

Betriebspflicht bei Infektionsgefahr

Die Vereinbarung einer Betriebspflicht der Mieter trägt dem Interesse des Vermieters Rechnung, dass das Objekt, bspw. eine Shopping-Mall, für potenzielle Kunden interessant und attraktiv ist. Verstößt der Mieter gegen seine Betriebspflicht, so hat der Vermieter **Ansprüche auf Erfüllung und Schadensersatz**. Des Weiteren kann der Vermieter das Mietverhältnis **(außerordentlich) kündigen**.

Es stellt sich aber während der Corona Pandemie die Frage, ob der Mieter zur Fortführung des Betriebes verpflichtet ist, selbst wenn er nur Verluste erwirtschaftet bzw. eine Behörde die Schließung des Gebäudes angeordnet hat. Die Gewinnerzielung liegt grundsätzlich allein in der Risikosphäre des Mieters. Die Grenze der Einhaltung der Betriebspflicht liegt allerdings im Fall der **Unmöglichkeit** des Betriebs, etwa wenn dem Mieter der Betrieb behördlich verboten ist. Im Fall einer **behördlichen Nutzungsuntersagung** auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes liegt daher eine rechtliche Unmöglichkeit vor, die den Mieter für den Zeitraum der Nutzungsuntersagung von seiner Betriebspflicht befreit. Ausbleibende Kundschaft infolge von Angst vor einer Infektion ist jedoch ohne besondere Vereinbarung allein Risiko des Mieters.

Nach den jetzt erfolgten behördlich angeordneten Geschäftsschließungen ist eine rechtliche Unmöglichkeit anzunehmen. Der Mieter ist also grundsätzlich von seiner Betriebspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB befreit.

Ausblick

Das IfSG und das BGB verpflichten Mieter und Vermieter zu bestimmten Handlungen im Falle einer (drohenden) Infektion mit dem Corona-Virus. So hat der Vermieter Anweisungen der Behörden Folge zu leisten und ansonsten das Gebäude und allgemeine Bereiche infektionsfrei zur Verfügung zu stellen. Der Mieter ist ebenfalls zur Befolgung behördlicher Anweisungen und zur Reinigung seines exklusiv gemieteten Bereichs verpflichtet. Er muss die Miete dabei nur solange zahlen, wie der Vermieter auch in der Lage ist, ihm die Mietflächen zu überlassen. Schadensersatzansprüche beider Seiten scheiden mangels Verschulden regelmäßig aus. Es besteht aber in Fällen angeordneter Schließung von Gebäuden u.U. ein Kündigungsrecht. Ob die Rechtsprechung dieser im Grundsatz klaren Verteilung folgt, werden erst zukünftige Gerichtsentscheidungen zeigen. Mangels vergleichbarer Fälle zum Auftreten des Corona-Virus ist eine Prognose kaum rechtssicher möglich. In diesen unruhigen Zeiten sollten überstürzte Handlungen daher vermieden werden.

Duty to Operate the Premises Despite the Risk of Infection

Clauses in the lease stipulating a duty for the tenant to operate the premises reflect the landlord's interest in ensuring that the property, e.g. a shopping mall, remains interesting and attractive to potential customers. If the tenant breaches its duty to operate the premises, the landlord is entitled to **claims to performance and damages**. The landlord may also be able to **terminate the lease** (by exercising **extraordinary termination**).

During the coronavirus pandemic, one might ask whether the tenant is required to continue to operate the premises even if the tenant is just losing money by keeping it open, or if the building is closed by order of the authorities. The ability to earn income generally lies within the tenant's sphere of risk alone. Rather, the duty to operate the premises reaches its limit if such operation is **impossible**, e.g. if operation of the premises by the tenant has been prohibited by the authorities. Accordingly, an **official use prohibition** based on the Protection against Infection Act would establish a legal incapacity which would release the tenant from its duty to operate the premises for the duration of the use prohibition. On the other hand, loss of customers due to fear of infection would be ascribed to the tenant's sphere of risk alone unless the lease specifically provides otherwise.

Given the store closures recently ordered by the authorities, legal incapacity may be assumed. Accordingly, the tenant is generally released from its duty to operate the premises in accordance with § 275(1) of the Civil Code

Outlook

The Protection against Infection Act and the Civil Code require landlords and tenants to take certain actions in response to (the threat of) a coronavirus infection. The landlord is required to obey instructions from the authorities and otherwise to make the building and common areas available free of infection. Tenants are also required to obey official instructions, and to clean their exclusive lease areas. Tenants are required to continue paying rent as long as the landlord is able to provide the leased space to the tenants. Damage claims for both parties are typically excluded in the absence of negligence. However, a right of termination may exist in cases where closure of buildings is ordered by the authorities. Future court rulings will show whether the courts will follow this fundamentally clear distribution of risk. In the absence of comparable cases relating to coronavirus, it is hardly possible to make a confident prediction. As a result, hasty actions should be avoided in these uncertain times.

Zudem plant der Gesetzgeber derzeit (Stand 22. März 2020) zur Vermeidung von unausgewogenen rechtlichen Ergebnissen, zum Schutze des Mieters vor Kündigungen und des Vermieters vor ungebührlicher finanzieller Belastung Gesetzesänderungen zur Abmilderung der Folgen der Covid-19 Pandemie. So soll die Möglichkeit einer Kündigung des Vermieters im Falle des Mietzahlungsverzugs des Mieters für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen werden, der Vermieter wird im Gegenzug bei Verzug bei der Zahlung von Darlehensraten geschützt.

In addition, the German legislator is currently (22 March 2020) planning a change of legislation to minimize the results of the Covid-19 pandemic with the goal to avoid unbalanced legal results, to protect tenants from termination of lease contracts and to secure landlords from undue financial burdens. We will keep you posted on these developments.

For more information

For more information please visit www.dlapiper.com or contact your key contact at DLA Piper directly.

Frankfurt

DLA Piper
Westhafenplatz
60327 Frankfurt
T: +49 69 271 33 0
F: +49 69 271 33 100

Cologne

DLA Piper
Augustinerstraße 10
50667 Cologne
T: +49 221 277 277 0
F: +49 221 277 277 111

Hamburg

DLA Piper
Alter Wall 4
20457 Hamburg
T: +49 40 188 88 0
F: +49 40 188 88 111

Munich

DLA Piper
Maximilianstraße 2
80539 Munich
T: +49 89 23 23 72 0
F: +49 89 23 23 72 100