

Aufsatz

Beiträge für die Beratungspraxis

RA Dr. Rainer Burbulla / RA Dr. Marco Schneider

>>>> Die Insolvenzantragspflicht des Gewerberaummieters in der COVID-19-Pandemie

Die COVID-19-Pandemie hat die gesamte deutsche Wirtschaft und insbesondere den Einzelhandel hart getroffen. Viele Geschäftsführer von Einzelhandelsunternehmen, die ihr Geschäft auf gemieteten Flächen betreiben, sehen sich gezwungen, die Zahlungsfähigkeit des eigenen Unternehmens täglich aufs Neue zu überprüfen. Konnte das eigene Geschäft aufgrund der deutschlandweiten Betriebsschließungen und -beschränkungen nicht mehr bzw. nur eingeschränkt betrieben werden, drängt sich die Frage auf, ob dennoch die volle Miete für das Geschäft gezahlt und etwa offenstehende Mietforderungen bei der Bewertung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind. Eine eindeutige Antwort auf diese Frage findet sich in Literatur und Rechtsprechung nicht. Die aktuelle Situation und die ab dem 1.5.2021 wieder vollständig zu berücksichtigende Insolvenzantragspflicht bieten Anlass, sich der Thematik zu nähern.

I. Einleitung

1. Antragspflicht nach § 15a InsO

Gemäß § 15a Abs. 1 InsO haben die Mitglieder oder Abwickler des Vertretungsorgans einer juristischen Person, die zahlungsunfähig oder überschuldet ist, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO), einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Zu den antragspflichtigen Organen i.S.d. § 15a Abs. 1, 2 InsO zählen insbesondere Geschäftsführer einer GmbH sowie die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft und bei einer KGaA je-

MietRB 2021, 150

der persönlich haftende Gesellschafter sowie der „director“ einer britischen Ltd.¹

Beraterhinweis Um beurteilen zu können, ob das eigene Unternehmen zahlungs(un)fähig ist, muss in einem ersten Schritt ein Liquiditätsstatus erstellt werden, in dem Aktiva und Passiva gegenübergestellt werden. Es ist zu ermitteln, welches Vermögen dem Unternehmen zur Verfügung steht und welche fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen sind. Aktuell taucht die Frage auf, ob Mietrückstände, die sich im Laufe der von der COVID-19-Pandemie betroffenen Jahre 2020 und 2021 gebildet haben, bei der Bewertung der Zahlungs(un)fähigkeit (ganz oder teilweise) berücksichtigt werden müssen. Die Beantwortung dieser Frage ist häufig der entscheidende Faktor bezüglich des Vorliegens der Zahlungsunfähigkeit und somit des Bestehens oder Nichtbestehens einer Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO. Gefestigte Rechtsprechung oder Literatur, die vorgibt, wie genau mit solchen streitigen Forderungen in der Liquiditätsbilanz umzugehen ist, existiert nicht.²

2. Konsequenzen einer Verletzung der Pflicht aus § 15a InsO

Eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht kann zu zivilrechtlichen und auch strafrechtlichen Konsequenzen führen.

a) Strafrechtliche Konsequenzen

Die strafrechtlichen Konsequenzen sind mittlerweile in § 15a Abs. 4 bis 6 InsO geregelt.³ Gemäß § 15a Abs. 4 InsO droht eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe, wenn der Eröffnungsantrag nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig gestellt wird, obwohl eine entsprechende Antragspflicht besteht und der Antrag nicht bereits durch einen Gläubiger gestellt wurde.

Der subjektive Tatbestand des § 15a Abs. 4 InsO ist in der Regel erfüllt, wenn die betroffene Person bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns die Zahlungsunfähigkeit bzw. die Überschuldung und Krise des von ihm geführten Unternehmens erkennen konnte, aber dennoch keinen Eröffnungsantrag stellt.⁴

Beraterhinweis Gemäß § 15a Abs. 5 InsO ist auch die fahrlässige Tatbegehung strafbar. In diesem Fall droht eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

b) Zivilrechtliche Konsequenzen

Auf zivilrechtlicher Ebene drohen bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht insbesondere Schadenersatzpflichten gegenüber der durch den Geschäftsleiter vertretenen juristischen Person und gegenüber den Gläubigern.

In Betracht kommen hier verschiedene Haftungsgründe, die zu einer persönlichen Haftung des Geschäftsleiters bzw. Vertretungsorgans führen können, z.B. Ansprüche aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB) oder wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Insolvenzantragspflicht).

3. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht infolge der COVID-19-Pandemie

Im Zuge der COVID-19-Pandemie wurde die Insolvenzantragspflicht seit März 2020 für bestimmte Zeiträume inhaltlich beschränkt ausgesetzt.

a) Zeitraum v. 1.3.2020 – 30.9.2020

Anlässlich der mit der COVID-19-Pandemie verbundenen Einschränkungen der gesamten deutschen Wirtschaft im „Lockdown I“ wurde die aus § 15a InsO folgende Insolvenzantragspflicht gem. § 1 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)⁵ zunächst für den Zeitraum v. 1.3.2020 bis 30.9.2020 ausgesetzt.

Beraterhinweis Die erste Aussetzung der Insolvenzantragspflicht galt jedoch nur für Unternehmen, die allein aufgrund der COVID-19-Pandemie in eine wirtschaftliche Schieflage geraten waren. Die Aussetzung gilt für diesen Zeitraum gem. § 1 Abs. 1 S. 2 COVInsAG ausdrücklich nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. War der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wird jedoch vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, § 1 Abs. 1 S. 3 COVInsAG.

b) Zeitraum v. 1.10.2020 – 31.12.2020

Aufgrund der anhaltenden Einschränkungen wurde durch das Gesetz zur Änderung des COVInsAG vom 25.9.2020⁶ § 1 Abs. 2 COVInsAG hinzugefügt. Danach wurde für den Zeitraum v. 1.10.2020 bis 31.12.2020 die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags wegen Überschuldung nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 COVInsAG ausgesetzt.

Beraterhinweis Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit wird von der 2. Aussetzung nicht erfasst. Die Pflicht zur Stellung eines Eröffnungsantrags wegen Zahlungsunfähigkeit lebte

MietRB 2021, 151

für diesen Zeitraum wieder auf. Darüber hinaus wurde die Pflicht explizit nur nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 COVInsAG ausgesetzt. Die Aussetzung gilt daher nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Überschuldung zu beseitigen. Auch die Vermutung des § 1 Abs. 1 S. 3 COVInsAG gilt für diese Zeit entsprechend.

c) Zeitraum v. 1.1.2021 – 30.4.2021

Durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) wurde sodann § 1 Abs. 3 COVInsAG hinzugefügt. Gemäß § 1 Abs. 3 COVInsAG wurde die Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO insgesamt, d.h. bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, zunächst für die Zeit v. 1.1.2021 bis 1.2.2021 ausgesetzt. Anschließend wurde § 1 Abs. 3 COVInsAG im Zuge eines Gesetzes zur Änderung des Einführungsgesetzes zur Abgabenordnung⁷ neu gefasst und die Aussetzung bis zum 30.4.2021 verlängert.

Beraterhinweis Die Aussetzung nach § 1 Abs. 3 COVInsAG gilt jedoch nur für solche Unternehmen, die im Zeitraum v. 1.11.2020 bis 28.2.2021 einen Antrag auf die Gewährung finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie gestellt haben oder wenn eine Antragsstellung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen innerhalb dieses Zeitraums nicht möglich war. Darüber hinaus enthält auch § 1 Abs. 3 COVInsAG die Verweisung („nach Maßgabe“) auf § 1 Abs. 1 COVInsAG, so dass die dortigen Einschränkungen zu beachten sind.

Die Insolvenzantragspflicht war somit zu keiner Zeit vollständig, sondern immer nur in engen Grenzen ausgesetzt.⁸ Vorbehaltlich weiterer gesetzlicher Neuerungen tritt die Antragspflicht des § 15a InsO ab dem 1.5.2021 wieder vollumfänglich in Kraft.

II. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähig ist ein Schuldner gem. § 17 Abs. 2 InsO, wenn er nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen oder seine Zahlungen eingestellt hat.

Beraterhinweis Auch wenn der Wortlaut des § 17 Abs. 2 InsO lediglich eine einstufige Prüfung nahelegt, folgt aus der Rechtsprechung des BGH,⁹ dass die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit in zwei Schritten erfolgt: Zunächst ist ein stichtagsbezogener Liquiditätsstatus bzw. eine Liquiditätsbilanz zu erstellen (Schritt 1). Wenn sich aus der Liquiditätsbilanz ergibt, dass die vorhandene Liquidität nicht ausreicht, um die fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen, ist in einem zweiten Schritt eine Prognoserechnung zu erstellen, die nach Auffassung des BGH einen Zeitraum von bis zu drei Wochen¹⁰ umfasst (Schritt 2).

1. Ermittlung des Liquiditätsstatus

Im ersten Schritt ist zu ermitteln, ob die vorhandene Liquidität des Unternehmens ausreicht, um die fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen. Es sind die vorhandenen Finanzmittel (Aktiva) den fälligen Verbindlichkeiten (Passiva) gegenüberzustellen.

a) Vorhandene Finanzmittel

Zu den vorhandenen Finanzmitteln gehören zunächst die Barmittel des Schuldners, z.B. Bankguthaben, (gedeckte) Schecks und Barvermögen. Nach Auffassung des BGH¹¹ sind ferner kurzfristig verwertbare Vermögensbestandteile (z.B. ein Pkw) zu berücksichtigen.¹²

b) Zu berücksichtigende Verbindlichkeiten

Die vorhandenen Finanzmittel sind sodann den fälligen Verbindlichkeiten gegenüberzustellen. Mit Blick auf den in § 17 Abs. 2 InsO verwendeten Begriff der „Fälligkeit“ ergeben sich in diesem Kontext einige Besonderheiten.

aa) „Ernstliches Einfordern“ durch den Gläubiger

Der in § 17 Abs. 2 InsO verwendete Begriff der Fälligkeit ist nach Auffassung des BGH¹³ nicht mit dem generellen zivilrechtlichen Fälligkeitsbegriff (§ 271 BGB) gleichzusetzen. Denn während die zivilrechtliche Fälligkeit einer Forderung Voraussetzung für den Schuldnerverzug, die Erhebung der Leistungsklage und den Beginn der Verjährung darstellt, geht es insolvenzrechtlich um den Beginn der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und somit um den Übergang von der Einzelzwangsvollstreckung zur Gesamtzwangsvollstreckung. Aufgrund dieser unterschiedlichen Wertungen soll es nicht allein darauf ankommen, ob die Gläubiger Zahlungen fordern können, sondern auch, ob die Zahlungen tatsächlich auch „ernstlich eingefordert“ werden.¹⁴

Eine Forderung ist daher i.d.R. nur dann fällig i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille ergibt, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen.¹⁵ Haben sich Gläubiger für die Zeit vor Eröffnung

MietRB 2021, 152

eines Insolvenzverfahrens mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt, sind entsprechende Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.¹⁶ Das ist insbesondere der Fall, wenn der Vermieter eine Mietforderung gestundet hat.¹⁷ Für den Zeitraum einer Stundung sind offene Mietrückstände daher bereits aus diesem Grund nicht in die Liquiditätsbilanz einzustellen. Denkbar ist auch, dass zwar keine explizite Stundungserklärung bzw. -vereinbarung vorliegt, sich aus den Verhandlungen zwischen den Parteien aber dennoch ergibt, dass der Vermieter mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden ist.

Beraterhinweis Es muss stets im Einzelfall überprüft werden, ob ein „ernstliches Einfordern“ des Gläubigers vorliegt oder der Wille des Gläubigers feststellbar ist, mit einer nachrangigen oder zeitlich versetzten Befriedigung einverstanden zu sein. Das bloße „Nichteinfordern“ einer Forderung dürfte jedoch noch nicht genügen, um einen entsprechenden Willen annehmen zu können.¹⁸

bb) Streitige Verbindlichkeiten

In der Praxis häufig anzutreffen sind derzeit Konstellationen, in denen der Vermieter die Miete in voller Höhe ernstlich einfordert, der Mieter aber die Auffassung vertritt, aufgrund der COVID-19-bedingten Einschränkungen des Mietgebrauchs nicht die volle Miete entrichten zu müssen. Im Zusammenhang mit dieser – so viel sei vorweggenommen – nicht pauschal beantwortbaren Streitfrage muss sich der Geschäftsleiter der mietenden Partei die Frage stellen, ob er die streitige Mietforderung in seine Liquiditätsbilanz ganz oder teilweise einstellen muss.

Beraterhinweis Obwohl dieser Fragestellung eine hohe praktische Bedeutung zukommt, ist sie in der Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht abschließend geklärt.¹⁹ In der Literatur²⁰ finden sich lediglich divergierende Ansätze zum Umgang mit streitigen Forderungen, die einem Geschäftsleiter im Ergebnis keine valide Handlungsanleitung an die Hand geben können.

(1) Bisheriger Umgang mit streitigen Verbindlichkeiten

Teilweise wird vertreten, dass streitige Forderungen bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit generell nicht zu berücksichtigen seien, solange nicht zumindest ein vorläufig vollstreckbarer Titel vorliegt.

²¹ Diese Ansicht stützt sich darauf, dass der Schuldner auch im Insolvenzeröffnungsverfahren zumindest bei einem Fremdantrag eines Gläubigers (§ 14 InsO) die Möglichkeit habe, das Bestehen einer Forderung zu bestreiten. In diesem Fall würde es dann Sache der ordentlichen Gerichte sein, über das Bestehen der Forderung zu befinden,²² da, wie es der BGH auch bereits bestätigt hat,²³ etwaige Einwendungen im Insolvenzeröffnungsverfahren nicht geprüft werden. Ein streitiger Insolvenzgrund ist daher auch in diesem Rahmen im Zweifel nicht zu berücksichtigen.²⁴

Nach anderer Auffassung sollen auch streitige Verbindlichkeiten grundsätzlich zu berücksichtigen sein, gerade weil Forderungen im Rahmen der Eröffnungsentscheidung nicht generell auf ihre Rechtsbeständigkeit zu prüfen sind.²⁵ Nach dieser Auffassung soll im Zweifel eine Berücksichtigung vorzunehmen und nur bei Vorliegen ernsthafter Zweifel von dieser Abstand zu nehmen sein.²⁶ Andererseits soll es in Einzelfällen aber möglich sein, einen Bewertungsabschlag vorzunehmen, wenn an der tatsächlichen Durchsetzbarkeit der Verbindlichkeit Zweifel bestehen.²⁷

Teilweise wird u.a. von Vertretern der zuletzt genannten Auffassung aber auch gefordert, dass nur solche Forderungen als fällig i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO angesehen werden können, gegenüber denen sich der

Schuldner nicht auf Einreden berufen kann²⁸ bzw. die Zahlungspflicht von Rechts wegen einwendungsfrei besteht und fällig ist.²⁹ Es soll dabei auch nicht darauf ankommen, ob sich der Schuldner bereits auf die Einrede berufen hat.³⁰ Vielmehr soll allein die Möglichkeit, Gegenrechte geltend zu machen, ausreichen, um die Verbindlichkeit im Liquiditätsstatus nicht ansetzen zu müssen.³¹ Das soll zumindest dann der Fall sein, wenn der Schuldner mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass das von ihm eingewandte Gegenrecht tatsächlich besteht und gegen den Anspruch des Gläubigers durchgreift.

³² In diese Richtung wird ferner vertreten, dass eine Forderung dann nicht anzusetzen sei, wenn der Schuldner mit „guten“, d.h. objektiv nachvollziehbaren Gründen vorgehen kann.³³

Nach einer weiteren Auffassung kommt es im Ausgangspunkt lediglich auf das objektive Bestehen oder Nichtbestehen der Verbindlichkeit an.

³⁴ Soweit der objektive

MietRB 2021, 153

Bestand der Forderung zu bejahen ist, muss danach die Forderung in der Liquiditätsbilanz auch berücksichtigt werden. Eine Betrachtung nach Wahrscheinlichkeitskalkül sei im Eröffnungsverfahren zwar unvermeidbar, dem Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit aber nicht immanent. Eine solche Betrachtung beruhe vielmehr allein auf natürlichen Erkenntnisgrenzen bei der Feststellung der objektiven Zahlungs(un)fähigkeit. Die Möglichkeit etwaiger Fehleinschätzungen ändere aber nichts an der Maßgeblichkeit des objektiven Bestehens oder Nichtbestehens von Verbindlichkeiten. Lebensnahe Korrekturen von Fehleinschätzungen seien daher nicht auf der Tatbestands-, sondern auf der Verschuldensebene vorzunehmen.³⁵

Ungeachtet der Frage, welcher der genannten Ansicht man sich anschließen möchte, ist aber zunächst zu klären, ob bei streitigen Mietforderungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie überhaupt eine Einrede in Betracht kommt, die der Forderung des Vermieters entgegengehalten werden könnte.

(2) Streitige Mietforderungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie

Konkret stellt sich die Frage, ob ein gewerblicher Mieter, der aufgrund der deutschlandweiten COVID-19-Einschränkungen in den Jahren 2020 und 2021 seine angemieteten Ladenflächen nicht oder nur eingeschränkt betreiben konnte und deshalb die Miete nicht in vollem Umfang geleistet hat, Einreden gegen offene Mietforderungen erheben kann.

Die COVID-19-bedingten Einschränkungen des Mietgebrauchs können einen Mietmangel (§ 536 BGB), einen Fall der Unmöglichkeit (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB) oder eine Störung der Geschäftsgrundlage, die zu einem Anspruch auf Anpassung des Mietvertrags (konkret der Miethöhe) führen kann (§ 313 Abs. 1 BGB), begründen.

(a) Kein Mietmangel (§ 536 BGB)

Gemäß § 536 Abs. 1 BGB vermindert sich die vertraglich vereinbarte Miete kraft Gesetzes, wenn die Mietsache einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert. Von einem solchen Mangel ist auszugehen, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich nach der Beschaffenheitsvereinbarung im Mietvertrag, die auch konkludent getroffen werden kann.³⁶

Beraterhinweis Bei Annahme eines Mietmangels wären offene Mietforderungen daher bereits von Rechts wegen nur in geminderter Höhe in der Liquiditätsbilanz zu berücksichtigen.

Gesetzgeberische Maßnahmen, wie sie hier in Rede stehen, stellen jedoch nur dann einen Mietmangel dar, wenn die durch diese bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts in Zusammenhang steht.³⁷ Gesetzgeberische Maßnahmen, die hingegen ausschließlich den geschäftlichen Erfolg des Mieters beeinträchtigen, fallen nach

Auffassung (fast) aller im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie bisher ergangenen Gerichtsurteile aufgrund der gesetzlichen Risikoverteilung in den Risikobereich des Mieters.³⁸ Der Vermieter von Gewerberäumen ist nämlich gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen seiner allgemeinen Erhaltungspflicht lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko trägt bei der Gewerberaummieta grundsätzlich der Mieter.³⁹

Soweit das Verwendungsrisiko im Mietvertrag also nicht explizit dem Vermieter zugewiesen und dadurch eine von der gesetzlichen Risikozuweisung abweichende Risikoverteilung vertraglich festgelegt wurde, was im Einzelfall zu prüfen ist, kann kein Mietmangel angenommen werden und offene Mietforderungen sind bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit in voller Höhe zu berücksichtigen.

(b) Keine Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB)

Ebenfalls verneint wurde in den bisher ergangenen Urteilen ein Fall der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB.⁴⁰ Gemäß § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit die Leistung für den Schuldner (hier den Vermieter) unmöglich ist. In diesem Fall wäre auch der andere Vertragsteil (hier der Mieter) gem. § 326 Abs. 1 BGB von seiner Pflicht zur Leistung befreit und müsste daher offene Mietforderungen nicht in seiner Liquiditätsbilanz berücksichtigen.

Da der Vermieter von Gewerberäumen aber lediglich verpflichtet ist, den Mietgegenstand zur Verfügung zu stellen und während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht, kann der Vermieter seine vertragliche Pflicht weiterhin erfüllen.⁴¹ Erfolgt die Vermietung zur

MietRB 2021, 154

Nutzung der Mietflächen als Verkaufs- und Lagerräume eines Einzelhandelsgeschäfts, ist die Mietsache als solche auch während der angeordneten Schließung brauchbar. Dass es während der angeordneten Schließung nicht zu einem entsprechenden Gebrauch kommt, fällt wiederum in den Risikobereich des Mieters.⁴² Daher kann der Mieter nicht pauschal davon ausgehen, die Miete nicht oder nur in verringerter Höhe leisten zu müssen, soweit keine vom gesetzlichen Regelfall abweichenden Vereinbarungen im Mietvertrag getroffen wurden.

(c) Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

In Betracht kommt schließlich eine Anpassung der Miethöhe über § 313 Abs. 1 BGB wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage.

Bei dem Anpassungsanspruch aus § 313 Abs. 1 BGB handelt es sich nach zutreffender Auffassung – zumindest in der hier interessanten Konstellation – um einen Fall der dolo-agit-Einrede nach § 242 BGB.⁴³ Denn bei Bestehen eines Anpassungsanspruchs müsste eine vereinnahmte Miete sogleich wieder (teilweise) vom Vermieter herausgegeben werden.

Eine Störung der Geschäftsgrundlage setzt gem. § 313 Abs. 1 BGB voraus, dass sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder nur mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten. Eine Anpassung des Mietvertrags kommt weiterhin nur dann in Betracht, wenn nach den Gesamtumständen, insbesondere nach der gesetzlichen oder vertraglichen Risikoverteilung, einem Vertragsteil das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Anlässlich der COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen behördlichen Anordnungen wurde eine neue gesetzliche Regelung in Art. 240 § 7 EGBGB aufgenommen: Art. 240 § 7 EGBGB enthält die tatsächliche Vermutung, dass sich ein Umstand i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB, der Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach dem Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

Die Vermutung des Art. 240 § 7 EGBGB kann aber zum einen im gerichtlichen Verfahren widerlegt werden – der Beweis des

Gegenteils ist gem. § 292 ZPO zulässig. Zum anderen umfasst die Vermutung – und das ist der eigentlich entscheidende Punkt – nur die ersten beiden Elemente des § 313 Abs. 1 BGB. Das normative Element des § 313 Abs. 1 BGB, wonach es einer Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, unzumutbar sein muss, am unveränderten Vertrag festzuhalten, wird von der Vermutungsregelung in Art. 240 § 7 EGBGB nicht umfasst.⁴⁴

Im Rahmen der Prüfung der Unzumutbarkeit stellt der Gesetzgeber darauf ab, wie erheblich die Umsätze kausal durch die COVID-19-bedingten Einschränkungen zurückgegangen sind und ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten oder Aufwendungen erspart hat (z.B. wegen Kurzarbeitergeld oder wegfallendem Wareneinkauf).⁴⁵ Im Rahmen der Interessenabwägung können aber noch weitere Umstände des Einzelfalls, wie beispielsweise die Fragen, wie viele Jahre der Mietvertrag schon besteht und wie viel Umsatz und Gewinn in den vergangenen Jahren mit dem Mietgegenstand erzielt wurden, eine Rolle spielen.⁴⁶

Beraterhinweis Entscheidend sind daher immer die Umstände des Einzelfalls. § 313 BGB gewährt keine Überkompensation. Verallgemeinerungen und Typisierungen verbieten sich ebenso wie jede schematische Betrachtungsweise.⁴⁷

(3) Stellungnahme

Auch wenn demnach grundsätzlich über § 313 Abs. 1 BGB die Erhebung der dolo-agit-Einrede (§ 242 BGB) in Betracht kommt, ist vieles ungewiss. Es kann nicht vorhergesehen werden, ob ein Gericht der Einschätzung des Vorliegens einer entsprechenden Einrede Folge leistet.

Weiterhin ist nicht absehbar, in welcher Höhe oder Form ein Anpassungsanspruch, sollte über einen solchen rechtskräftig entschieden werden, im Ergebnis anerkannt wird. Das OLG München weist darauf hin, dass die Feststellung der Unzumutbarkeit der Zahlung der vollen Miete für einen bestimmten Monat nicht zwingend zu einem Anspruch auf Herabsetzung der Miete führen müsse.⁴⁸ Vielmehr könne der Anpassungsanspruch z.B. auch nur auf eine Stundung gerichtet sein.⁴⁹

Diese kaum vorhersehbare Rechtslage verschärft die Situation, in der sich der Geschäftsleiter beispielsweise eines betroffenen Einzelhandelsunternehmens wiederfindet. Neben der oben diskutierten Frage, ob einredebehaftete Forderungen generell in der Liquiditätsbilanz zu berücksichtigen sind, ist zusätzlich unklar, ob überhaupt eine Einrede besteht und, wenn ja, in welchem Umfang.

Beraterhinweis Deutlich wird dadurch aber, dass zumindest von dem objektiven Bestand einer Mietforderung ausgegangen werden sollte, solange keine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorliegt, die eine Einrede in Form eines Anpassungsanspruchs bestätigt. Insofern ist am ehesten derjenigen Auffassung zu folgen, die im Ausgangspunkt an den objektiven Bestand der Forderung anknüpft.⁵⁰

Die objektive Pflicht zur Zahlung der Miete ergibt sich aus dem Mietvertrag, der zunächst einmal unverändert fort-

MietRB 2021, 155

besteht. Eine Einrede aus § 313 Abs. 1 BGB i.V.m. § 242 BGB (dolo agit) gegen etwa offenstehende Mietforderungen mag zwar materiell-rechtlich bereits begründet sein, wenn die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB tatsächlich vorliegen – insbesondere das normative Element erfüllt ist. Ob dies aber wirklich der Fall ist, und, wenn ja, in welcher Höhe bzw. welcher Form ein Anpassungsanspruch besteht, kann angesichts der Einzelfallbezogenheit der vorzunehmenden Interessenabwägung in aller Regel nicht vorhergesagt werden.

An dieser Situation wird auch eine (noch ausstehende) Entscheidung des BGH voraussichtlich nichts ändern. Es ist nicht davon auszugehen, dass der BGH eine vom Einzelfall losgelöste schematische Lösung ausgeben wird, die von der COVID-19-Pandemie betroffene Gewerberaummieter pauschal zur Minderung der Miete berechtigt.

Beraterhinweis Insofern erscheint es sachgerecht, die hier geführte Diskussion auf die Verschuldensebene zu verlagern.⁵¹ Denn eine endgültige Bewertung, ob eine durch einen Geschäftsleiter bzw. das berufene Organ getroffene Entscheidung, eine Verbindlichkeit (ganz oder teilweise) zu berücksichtigen oder nicht, aus rechtlicher Sicht zutreffend war, kann erst vorgenommen werden, wenn über die Sache rechtskräftig entschieden wurde. Stellt sich rückblickend heraus, dass eine Forderung zu Unrecht nicht berücksichtigt wurde, da die angenommene Einrede wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage nicht bestand, wird im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen sein, ob dies in vorwerfbarer Weise geschehen ist. Stellt sich in diesem Zuge heraus, dass die Einschätzung fehlerhaft war, besteht für das handelnde Organ ggf. noch die Möglichkeit, sich zu exkulpieren.⁵²

2. Prognose

Soweit die Zahlungsunfähigkeit zum Stichtag nach obigen Kriterien zu bejahen ist, muss im zweiten Schritt eine Prognoserechnung vorgenommen werden. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt Zahlungsunfähigkeit und nicht mehr eine nur rechtlich unerhebliche Zahlungsstockung vor, wenn sich der Schuldner innerhalb von drei Wochen die zur Begleichung der fälligen Forderungen benötigten finanziellen Mittel nicht beschaffen kann.⁵³

Beträgt jedoch die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig Zahlungsunfähigkeit noch nicht eingetreten, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.⁵⁴

Beträgt die Liquiditätslücke der Schuldnerin 10 % oder mehr, ist dagegen regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.⁵⁵

III. Ergebnis

Solange ein Anpassungsanspruch des Mieters nicht rechtskräftig bestätigt wurde, ist zumindest vom objektiven Bestand der Mietforderungen auszugehen. Damit ist die Forderung grundsätzlich auch in die Prüfung der Zahlungs(un)fähigkeit aufzunehmen. Trifft ein Geschäftsleiter aus objektiv nachvollziehbaren gewichtigen Gründen dennoch die Entscheidung, eine Mietforderung nicht bzw. nicht in voller Höhe in seine Liquiditätsbilanz aufzunehmen, muss im Ernstfall auf der subjektiven Ebene der strafrechtlichen und/oder zivilrechtlichen Sanktions- bzw. Ausgleichsnormen geklärt werden, ob dies in vorwerfbarer Weise geschehen ist.

- ¹ Vgl. *Bußhardt, Eberhard/Braun*, InsO, § 15a Rz. 11. Auf den Eröffnungsgrund der Überschuldung wird nachstehend nicht weiter eingegangen. Der Fokus liegt auf dem Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO, der unter Ziff. III. behandelt wird.
- ² S.a. *Wolfer*, BeckOK-InsO (*Fridgen / Geiwitz / Göpfert*), § 17 Rz. 6 (Stand: 15.1.2021); *Höffner*, DStR 2008, 1787; *Brete / Thomsen*, GmbHR 2009, 912 ff.
- ³ Vgl. *Bußhardt, Eberhard/Braun*, § 15a Rz. 29 ff. In der Vergangenheit waren die Strafandrohungen in einzelnen gesellschaftsrechtlichen Normen des GmbHG, AktG, GenG und im HGB geregelt.
- ⁴ BGH v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, MDR 2020, 790 = NJW 2020, 1962.
- ⁵ BGBl. 2020 I, 569.
- ⁶ BGBl. 2020 I, 2016.
- ⁷ BT-Drucks. 19/26245.
- ⁸ Beispielhaft *Commandeur / Hübler*, NZG 2021, 285; übersichtlich und zugleich kritisch *Heinrich*, NZI 2021, 71 ff.
- ⁹ Vgl. BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 139 ff. = MDR 2005, 1248 = NJW 2005, 3062; v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, MDR 2007, 488 = ZIP 2006, 2222 Rz. 27; v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = MDR 2007, 1395 = NZI 2007, 579 Rz. 31.
- ¹⁰ Allgemein zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit: Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer: Der neue PS 800 und die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO, ZIP 2009, 201, 205.
- ¹¹ Vgl. BGH v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, a.a.O. (Fn. 9).
- ¹² Vgl. zum Ganzen: Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer: Der neue PS 800 und die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO, ZIP 2009, 201, 205.
- ¹³ Vgl. BGH v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, a.a.O. (Fn. 9); *Eilenberger* in *MünchKomm/InsO*, 4. Aufl. 2019, § 17 Rz. 7a.
- ¹⁴ *Eilenberger* in *MünchKomm/InsO*, 4. Aufl. 2019, § 17 Rz. 7a.
- ¹⁵ BGH v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, a.a.O. (Fn. 9).

- 16 BGH v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, a.a.O. (Fn. 9).
 17 Vgl. *Mock* in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 17 Rz. 116 m.w.N.
 18 S.a. *Leithaus / Wachholtz*, ZIP 2019, 649 ff.
 19 Vgl. *Wolfer* in BeckOK-InsO (*Fridgen / Geiwitz / Göpfert*), § 17 Rz. 6 (Stand: 15.1.2021); *Höffner*, DStR 2008, 1787; *Brete / Thomsen*, GmbHR 2009, 912 ff.
 20 Übersichtlich zu den verschiedenen Auffassungen: *Wolfer* in BeckOK-InsO (*Fridgen / Geiwitz / Göpfert*) (Stand: 15.1.2021), § 17 Rz. 6.
 21 *Höffner*, DStR 2008, 1787.
 22 *Höffner*, DStR 2008, 1787.
 23 BGH v. 1.2.2007 – IX ZB 79/06, NZI 2007, 350.
 24 Vgl. *Leithaus/Wachholtz*, ZIP 2019, 649 ff.
 25 *Mock* in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 17 Rz. 85.
 26 *Mock* in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 17 Rz. 85.
 27 *Mock* in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 17 Rz. 136, der insoweit auf einen strengen Maßstab abstellt.
 28 *Mock* in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 17 Rz. 114; Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer: Der neue PS 800 und die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO, ZIP 2009, 201, 205.
 29 So *Eilenberger* in MünchKomm/InsO, 4. Aufl. 2019, § 17 Rz. 7.
 30 *Mock* in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 17 Rz. 114.
 31 Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer, a.a.O.
 32 Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer, a.a.O.
 33 *Leithaus / Wachholtz*, ZIP 2019, 649 ff.
 34 *K. Schmidt*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 17 Rz. 8.
 35 Zum Ganzen: *K. Schmidt*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 17 Rz. 8; dem folgend *Wolfer* in BeckOK/InsO (*Fridgen / Geiwitz / Göpfert*), § 17 Rz. 7 (Stand: 15.1.2021).
 36 Vgl. OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, MDR 2021, 479 = MietRB 2021 137 (*Burbulla*); *Blank / Börstinghaus*, *Miete*, 6. Aufl. 2020, § 536 Rz. 3.
 37 BGH v. 19.12.2012 – VIII ZR 152/12, MietRB 2013, 65 (*Scheuer*) = MDR 2013, 262.
 38 Vgl. OLG München v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20; OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, a.a.O. (Fn. 36); OLG Dresden v. 24.2.2021 – 5 U 1782/20, MietRB 2021, 104 (*Burbulla*); LG Wiesbaden v. 5.11.2020 – 9 O 852/20, MDR 2021, 28; LG Mönchengladbach v. 2.11.2020 – 12 O 154/20, juris; LG München II v. 6.10.2020 – 13 O 2044/20; v. 22.9.2020 – 13 O 1657/20, ZMR 2021, 119; LG Frankfurt/M. v. 2.10.2020 – 2-15 O 23/20, GE 2020, 1495; v. 7.8.2020 – 2-5 O 160/20, GE 2020, 1252; LG Zweibrücken v. 11.9.2020 – H KO 17/20, MietRB 2020, 362 (*Schneehain*); LG Heidelberg v. 30.7.2020 – 5 O 66/20, MietRB 2020, 301 (*Mettler*); LG Stuttgart v. 19.11.2020 – 1 O 215/20; LG Mannheim v. 23.7.2020 – 23 O 22/20, GE 2020, 1253; LG München I v. 5.10.2020 – 34 O 6013/20, MietRB 2021, 8 (*Burbulla*); a.A. LG München I v. 22.9.2020 – 3 O 4495/20, MietRB 2021, 13 (*Hoffmann*).
 39 S.a. OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, a.a.O. (Fn. 36).
 40 Vgl. OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, a.a.O. (Fn. 36); OLG Dresden v. 24.2.2021 – 5 U 1782/20, a.a.O. (Fn. 38).
 41 OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, a.a.O. (Fn. 36).
 42 OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, a.a.O. (Fn. 36).
 43 Vgl. *Finkenauer*, MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rz. 126.
 44 Vgl. OLG Karlsruhe v. 24.2.2021 – 7 U 109/20, a.a.O. (Fn. 36).
 45 BT-Drucks. 19/25322, 21.
 46 Vgl. OLG München v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, NJW 2021, 948.
 47 Vgl. OLG München v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, a.a.O.
 48 Vgl. OLG München v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, a.a.O.
 49 Vgl. OLG München v. 17.2.2021 – 32 U 6358/20, a.a.O.
 50 *K. Schmidt* InsO, 19. Aufl. 2016, § 17 Rz. 8; *Wolfer* in BeckOK-InsO (*Fridgen / Geiwitz / Göpfert*) § 17 Rz. 7 (Stand: 15.1.2021).
 51 Vgl. *K. Schmidt*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 17 Rz. 8; *Wolfer* in BeckOK-InsO (*Fridgen / Geiwitz / Göpfert*) § 17 Rz. 7 (Stand: 15.1.2021).
 52 Vgl. *Wolfer* in BeckOK-InsO (*Fridgen / Geiwitz / Göpfert*) § 17 Rz. 7 (Stand: 15.1.2021). Zu den Anforderungen an die Exkulpation BGH. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, MDR 2012, 171 = NZG 2011, 1271.
 53 Vgl. BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, a.a.O. (Fn. 9); v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, a.a.O. (Fn. 9); v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, a.a.O. (Fn. 9).
 54 Vgl. BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, a.a.O. (Fn. 9); v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, a.a.O. (Fn. 9) Rz. 27; v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, a.a.O. (Fn. 9) Rz. 31.
 55 Grundlegend BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, a.a.O. (Fn. 9); v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, a.a.O. (Fn. 9); v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, MDR 2012, 786 = NZG 2012, 672 Rz. 10.

© Verlag Dr. Otto Schmidt KG