

Miete, Wohnungseigentum, Makler- und Bauträgerrecht, Steuern, Versicherungen, Wohnungswirtschaft

Zweiwochenschrift

9/2020

Seiten 385–432, 23. Jahrgang, 8. Mai 2020

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Andreas Kappus, Frankfurt a. M.

In Verbindung mit der ARGE Mietrecht und Immobilien im DAV und in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) herausgegeben von Prof. Dr. Markus Artz, Universität Bielefeld – Prof. Dr. Ulf Börstinghaus, Richter am AG, Dortmund – Dr. Patrick Bruns, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Baden-Baden – Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub, Rechtsanwalt, München – Dr. Anja Disput, Rechtsanwältin, Frankfurt a. M. – Michael Drasdo, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Neuss – Prof. (em.) Dr. Volker Emmerich, Universität Bayreuth – Dr. Beate Flatow, Vizepräsidentin des AG, Kiel – Hubert Fleindl, Vors. Richter am LG München I – Prof. Dr. Martin Häublein, Universität Innsbruck – Thomas Hannemann, Rechtsanwalt, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Mietrecht und Immobilien im DAV, Karlsruhe – Dr. Jürgen Herrlein, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie für Steuerrecht, Frankfurt a. M. – Hans-Jörg Kraemer, Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Dr. Hans Langenberg, Vors. Richter am LG a. D., Hamburg – Dr. Ulrich Leo, Rechtsanwalt, Köln/Hamburg – Jan Lindner-Figura, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Carsten Ludley, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Leipzig – Horst Müller, Rechtsanwalt, München – Frank Oprée, Rechtsanwalt, München – Dr. Henrik Over, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Dr. Marcel M. Sauren, Rechtsanwalt und Steuerberater, Aachen – Anke Scheffler, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Joachim Schmidt, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Dr. Michael Schultz, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Prof. Dr. Winfried Schuschke, Vors. Richter am OLG Köln a. D., Universität zu Köln – Dr. Philipp Schweitzer, LL. M., Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt a. M. – Dr. Michael Selk, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Strafrecht, Hamburg – Prof. Dr. Friedemann Sternel, Vors. Richter am LG Hamburg a. D., Universität Leipzig – Elmar Streyl, Vors. Richter am LG, Krefeld – Dr. Kai Zehelein, Richter am AG, Hanau – Dr. Frank Zschieschack, Vors. Richter am LG, Frankfurt a. M.

## Beitrag

Kristina-Marisa Uth und Henrik Barthen\*

## Verfassungswidrigkeit der Kündigungsbeschränkung im „COVID-19-Gesetz“

N<sup>Z</sup>M-Übersicht

- |  |  |
|--|--|
| <p><b>I. Einleitung</b></p> <p><b>II. Die für die Mietvertragsparteien bedeutsamen Neuerungen im Kurzüberblick</b></p> <p><b>III. Zum bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff</b></p> <p><b>IV. Verfassungsrechtliche Bewertung</b></p> <p>    <b>1. Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung</b></p> | <p><b>2. Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung durch das „COVID-19-Gesetz“</b></p> <p><b>3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung</b></p> <p><b>4. Lösungsansatz: Die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung</b></p> <p><b>V. Zusammenfassung und Ausblick</b></p> |
|--|--|

## I. Einleitung

Noch vor wenigen Wochen hierzulande undenkbar, das ferne China mit seinen verstörenden Bildern weit weg und die SARS-Erfahrungen früherer Zeiten<sup>1</sup> schienen das zu bestätigen, doch es ist – für viele bittere – Realität geworden: Ein mikroskopischer Winzling weist das öffentliche Leben in Deutschland in nie gekannte Schranken: Flächendeckender „Shutdown“, Kontaktsperre, häusliche Quarantäne; bestenfalls bei der „Grundversorgung“ gilt Abweichendes. Mit der rasanten Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus („COVID-19“) gehen zahlreiche Maßnahmen der Bundesregierung zur Eindämmung des massiven Anstiegs der Infektionen einher. Dass diese Maßnahmen erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaft haben und es zu einschneidenden Einkommens- bzw. Umsatzverlusten

– mit Gefahren ua für den Arbeits- und den Mietmarkt – kommt, war alsbald abzusehen. Das eilends verabschiedete „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“<sup>2</sup> (kurz „COVID-19-Gesetz“) soll entsprechenden Verwer-

\* Die Autorin Uth ist Rechtsanwältin in der überörtlichen Sozietät Halm & Preßer, Neunkirchen, der Autor Barthen ist Rechtsanwalt in der Sozietät STAAB & Kollegen, Saarbrücken, sowie Lehrbeauftragter der Universität des Saarlandes. Der Beitrag hat den Stand 15.4.2020

1 Zum SARS-Virus unter (pauschal-)reiserechtlichem Blickwinkel s. etwa Führich NJW 2003, 2783; Sittner NJW 2020, 1169 (1170, mit Rechtsprechungsnachw. in Fn. 10).

2 BGBl. 2020 I 569. Zum diffizilen Inkrafttreten der einzelnen Regelungen des Artikelgesetzes s. Art. 6 COVID-19-Gesetz (mit seinen 6 Absätzen!).

fungen entgegensteuern. Viel Zeit blieb dem Gesetzgeber nicht, es musste schnell gehen, und so geschah es auch. Hintanzustellen war: „Was lange währt, wird endlich gut“.

Der Beitrag beschäftigt sich mit der mietrechtlichen Komponente des COVID-19-Gesetzes, insofern am 1.4.2020 in Kraft getreten (s. Art. 6 V COVID-19-Gesetz) und der – sich aufdrängenden – Frage nach der Verfassungsmäßigkeit insofern; er will zur Diskussion anregen, denn das neue Recht bedeutet einen nicht gerechtfertigten Eingriff in Art. 14 I GG zulasten der Vermieterseite, auch wenn eine „erste Runde“ beim *BVerfG* – mangels hinreichender Begründung der Verfassungsbeschwerde! – von einem Vermieter bereits am 1.4.2020 verloren ging.<sup>3</sup>

## II. Die für die Mietvertragsparteien bedeutsamen Neuerungen im Kurzüberblick

Auf den ersten Blick wirken die mietrechtlichen Regelungen schlüssig: Viele Mieter – gleich ob von Wohn- oder Geschäftsräumen – werden pandemiebedingt vor dem Problem stehen, die laufende Miete (vollständig) zu bedienen. Zahlungsverzugskündigungen würden Wohnungslosigkeit<sup>4</sup> oder den Verlust der Geschäftsräumlichkeit – und damit die Grundlage der Erwerbstätigkeit – nach sich ziehen. Der Gesetzgeber hat hierauf reagiert und eine „Kündigungsbeschränkung“ (s. wörtlich Art. 240 § 4 I Nr. 2 EGBGB) normiert.

**Art. 240 § 2 EGBGB. Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen.** (1) Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.

(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.

Die neue Vorschrift hat weitreichende Konsequenzen: Praktisch bedeutet sie die teilweise Aussetzung des Kündigungsrechts nach §§ 543, 573 BGB für bestimmte Zeiträume. Der gesetzlich vorgesehene Zeitraum kann durch Rechtsverordnung der Bundesregierung unter näher festgelegten – auch hinreichend bestimmten, man ergründe etwa „eine Vielzahl von Unternehmen und Menschen“ oder das „erheblich“? – Umständen bis zum 30.9.2020 verlängert werden (Art. 240 § 4 I Nr. 2 EGBGB). Die Regelung hat zur Folge, dass der Vermieter ggf. einen Zahlungsverzug von sechs Monaten hinnehmen muss, ohne nach BGB kündigen zu dürfen. Das Gesetz behält seine Geltung bis 30.6.2022 mit der Folge, dass wegen Mietrückständen, die zwischen dem 1.4.2020 und dem 30.6.2020 (ggf. 30.9.2020) eingetreten sind und bis zum 30.6.2022 – immerhin über zwei Jahre – nicht ausgeglichen werden, erst ab dem 1.7.2022 gekündigt werden kann. Zwar bleiben die Mieten *fällig*, weshalb Rückstände tituliert und mit Vollstreckungsmitteln beigetrieben werden können. Ob dies allerdings erfolgsversprechend sein wird, sprich ob beim säumigen Mieter „etwas zu holen“ sein wird, ist eine andere Frage.

Den Vermieter treffen damit uU gewichtige finanzielle Unwägbarkeiten und Zahlungsausfälle, die auch ihn in

Bedrängnis bringen können. Finanzielle Erleichterungen bieten sich Vermietern ggf. durch Art. 240 § 3 EGBGB, wonach für Verbraucherdarlehensverträge, die vor dem 15.3.2020 abgeschlossen wurden, gilt, dass Ansprüche des Darlehensgebers auf Rückzahlung, Zins- oder Tilgungsleistungen, die zwischen dem 1.4.2020 und dem 30.6.2020 fällig werden, unter bestimmten Voraussetzungen für die Dauer von drei Monaten gestundet werden.

Wann ein Vermieter indes (noch) als Verbraucher gem. § 13 BGB anzusehen ist, muss im Einzelfall beurteilt werden,<sup>5</sup> jedoch werden namentlich Privatvermieter in Art. 240 § 3 EGBGB kein brauchbares Korrektiv finden. Unklar ist ferner die Wendung „... nicht allein aus dem Grund kündigen ...“ in Art. 240 § 2 I 1 EGBGB: So ließe sich jedenfalls nach dem Wortlaut vertreten, dass ein pandemiebedingter (kündigungsbeschränkter) Mietrückstand anderweitige Verfehlungen des Mieters, die für sich genommen noch nicht zur fristlosen Beendigung des Mietverhältnisses ausreichen (zB eine „unterschwellige“ Vernachlässigung der Mietsache, s. § 543 II Nr. 2 BGB), in der gebotenen Gesamtschau derart intensiviert, dass das Kündigungsverlangen im Ergebnis doch als gerechtfertigt erscheint, § 543 I BGB.

Vor dem Hintergrund der massiven Auswirkungen auf Vermieterseite stellt sich zwangsläufig die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelungen. Per se keinen Eigentumsschutz nach der Verfassung genießen bloße Gewinnerwartungen, Gewinnchancen und Erwerbsmöglichkeiten,<sup>6</sup> allerdings darf die „Wirtschaftlichkeit der Vermietung“ selbst auch nicht „ernsthaft in Frage“ gestellt sein.<sup>7</sup> Sofern man also im Zusammenhang mit der aktuellen Gesetzeslage, die in vielen Fällen dazu führen wird, dass der Vermieter für einen nicht unerheblichen Zeitraum keine Miete erhalten wird, lediglich argumentiert, insoweit seien Gewinnerwartungen etc. des Vermieters zunichte gemacht, so wird dies fruchtlos bleiben. Die Normprägung muss stattdessen über § 903 BGB erfolgen.

## III. Zum bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff

Nach § 903 S. 1 BGB darf der Grundeigentümer mit dem Grundstück „nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“, allerdings mit der Einschränkung „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen“. Wie alle Ausschließlichkeitsrechte gibt das Eigentum seinem Inhaber ein umfassendes Herrschaftsrecht, welches sich in positive wie negative Ausprägungen unterteilen lässt. Positiv betrachtet gibt § 903 BGB dem Eigentümer ua das Recht, die Sache zu besitzen. Dabei geht das gesetzliche Leitbild vom Alleineigentümer, der unmittelbarer Besitzer ist, aus.<sup>8</sup> Negativ gemünzt bedeutet dies, dass der Eigentümer berechtigt

<sup>3</sup> *BVerfG* (3. Kammer des Ersten Senats) BeckRS 2020, 5219.

<sup>4</sup> Weshalb erste Entscheidungen in Berlin, einem ohnehin bedrängten Mietmarkt, bereits Räumungsfristverlängerung (bis 30.6.2020) gewährt haben; s. *LG Berlin* (67. ZK) BeckRS 2020, 4426; *LG Berlin* (65. ZK) BeckRS 2020, 5730.

<sup>5</sup> Zum Teil geht die Rechtsprechung bereits bei Vermietung von zwei Einfamilienhäusern und einer Einliegerwohnung von der Unternehmereigenschaft des Vermieters aus (*OLG Düsseldorf* NZM 2004, 866), in anderen Fällen ab einer Vermietung von sechs oder mehr Wohnungen (*AG Frankfurt a. M.* WuM 1998, 418; *AG Köln* WuM 2007, 123 = BeckRS 2007, 4589).

<sup>6</sup> *BVerfGE* 68, 193 (222); *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, Stand 10/2019, Art. 14 Rn. 277.

<sup>7</sup> So *BGH* (VIII. ZS) *BGHZ* 207, 246 = NZM 2016, 82 Rn. 121 – Absenkung der Kappungsgrenze in Berlin.

<sup>8</sup> BeckOGK BGB/*Lakkis*, Stand 1.3.2020, § 903 Rn. 1.

ist, andere von jedweder Art der Einwirkung auf die Sache auszuschließen.<sup>9</sup> Wesentlicher Inhalt des zivilrechtlichen Eigentums ist somit ein exklusives, erga omnes wirkendes Verfügungs- und Nutzungsrecht. Das Eigentumsrecht kann gleichwohl privatrechtlich beschränkt werden. So begrenzen privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen die allgemeinen Herrschaftsbefugnisse bzw. unterwerfen den Eigentümer jedenfalls inhaltlichen Verhaltensbindungen.

Der Eigentümer kann Dritten schuldrechtlich das (unmittelbare) Besitzrecht an der Sache einräumen, etwa im Rahmen der (entgeltlichen) Miete (§ 535 I 1 BGB) oder der (unentgeltlichen) Leihe (§ 598 BGB).<sup>10</sup> Auch wenn das Mietverhältnis sicherlich nicht zu einer „Verdinglichung“ führt, so gilt doch immerhin, dass dem Mieter als unmittelbarem Besitzer gegenüber Dritten, aber auch gegenüber dem Vermieter selbst ab Überlassung des Besitzes an der Mietsache Besitzschutzansprüche nach §§ 858 ff. BGB zuteil werden, ja er sich in gleicher Weise auf die Gewährleistung von Art. 14 GG berufen darf.<sup>11</sup> In praxi darf der Mieter die Mietsache daher unter Ausschluss des Vermieters nutzen, was auch darin seinen Ausdruck findet, dass dem Vermieter nur *anlassbezogene* Zutrittsrechte zugebilligt werden.<sup>12</sup> Korrelat dieser Verhaltensbindung des Vermiitereigentümers ist die schuldrechtliche Verpflichtung des Mieters zur Zahlung der Miete, § 535 II BGB. Es handelt sich dabei um die synallagmatisch mit der Hauptleistungspflicht des Vermieters zur ungestörten Gebrauchsüberlassung<sup>13</sup> verknüpfte Hauptleistungspflicht des Mieters. Nur ob der Leistung der Miete wird sich der Vermieter inhaltlichen Verhaltensbeschränkungen hinsichtlich seines Eigentums unterwerfen wollen.

Vor diesem Hintergrund sind auch die gesetzlichen Kündigungsrechte – insbesondere § 543 I, II BGB – zu verstehen. Dauerschuldverhältnisse können mit sofortiger Wirkung beendet werden, sobald eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien vorliegt. Der Vermieter muss demnach in der Lage sein, das beide Parteien verbindende schuldrechtliche „Band“ notwendigenfalls auch einseitig lösen zu können; dies mit allen Konsequenzen von §§ 546 f. BGB<sup>14</sup> bzw. der §§ 987 ff. BGB.

#### IV. Verfassungsrechtliche Bewertung

Art. 14 I 1 GG gewährleistet allgemein ua das Eigentum als Rechtsinstitut und als Individualrecht. Es bildet Grundlage für die im Grundgesetz angelegte private Vermögensordnung.<sup>15</sup> Das Eigentum ist demnach das zentrale Element einer auf Privatautonomie gründenden Vermögens- und Gesellschaftsordnung. Der Eigentumsgewährleistung kommt im Gesamtgefüge des Grundrechtskatalogs die Aufgabe zu, dem Grundrechtsträger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm die eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen.<sup>16</sup>

##### 1. Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung

Das *BVerfG*<sup>17</sup> hält den Schutz der Eigentumsgewährleistung – als Wertentscheidung des Grundgesetzes – zur Sicherung des sozialen Rechtsstaats für besonders gewichtig. Die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie steht in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie individueller Freiheit.<sup>18</sup> Konsequenterweise ist das verfassungsrechtliche Eigentum durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentums-

gegenstand gekennzeichnet.<sup>19</sup> Der Begriff des von der Verfassung gewährleisteten Eigentums geht indes über den bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff in § 903 BGB hinaus und muss aus der Verfassung selbst gewonnen werden.<sup>20</sup> Art. 14 GG enthält demnach einen eigenen spezifischen verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff.<sup>21</sup> Wesentliches Merkmal des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs ist, dass ein vermögenswertes Recht dem Berechtigten ebenso ausschließlich wie Eigentum an einer Sache zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist.<sup>22</sup>

Die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 I 1 GG gilt zwar nur in Gestalt einer Existenzgarantie. Ein *Inhalt* des Eigentums, so wie er sich aus § 903 BGB ergibt, ist in Ansehung dessen nicht garantiert.<sup>23</sup> Jedoch darf nach Art. 19 II GG der Wesensgehalt der Grundrechte nicht angetastet werden. Da sich der wesensmäßige Inhalt des Eigentums aus der traditionellen Überlieferung ergibt, wie sie Eingang in das BGB gefunden hat, dürfte sich indessen aus der Wesensgehaltsgarantie ein Inhalt des Sacheigentums ergeben, der § 903 S. 1 BGB entspricht.<sup>24</sup>

Durch die mit Art. 240 § 2 EGBGB eingetretene teilweise Suspendierung des Rechts, das Mietverhältnis durch einseitige Erklärung lösen zu können, obgleich dem Mieter, der fällige Mieten nicht bedient, vertragswidriges Verhalten vorzuwerfen ist,<sup>25</sup> ist der Eigentümer in seiner negativen Ausprägung des Eigentums, nämlich der Ausschließungsbefugnis Dritter, tangiert. Denn es ist ihm wegen Art. 240 § 2 EGBGB nicht möglich, das Besitzrecht des

- 9 BeckOK BGB/Fritzsche, Stand 1.2.2020, § 903 Rn. 20; MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 903 Rn. 12.
- 10 Hierzu BGH NZM 2020, 283 Rn. 13 f. mit Anm. Strey/NZM 2020, 285 – Strategische Parkraumüberwachung.
- 11 BVerfGE 89, 1 = NJW 1993, 2035.
- 12 Der Wohnraumvermieter darf sich deshalb in seinen Miet-AGB kein Betretensrecht „zur Überprüfung des Wohnungszustands“ vorbehalten; s. BGH NZM 2014, 635; instr. Willems NZM 2015, 353.
- 13 Zuletzt BGH NZM 2020, 429 Rn. 37 (in diesem Heft) – Summierungseffekt zwischen Betriebspflicht des sortimentsgebundenen Mieters im Einkaufszentrum und Konkurrenzschutzausschluss im Formularmietvertrag.
- 14 Nach BGH NZM 2017, 186 mit Anm. Röck NZM 2017, 188 hat der wegen fortgesetzter Nutzung zur Entschädigung verpflichtete Mieter auch nicht die Vertragsmiete, sondern eine ggf. höhere „Marktmiete“ zu entrichten.
- 15 BVerfGE 112, 332 (348) = NJW 2005, 1561 – Erbrechtsgarantie (Pflichtteil); BVerfG NJW 2011, 366 (367) – Testierfreiheit.
- 16 BVerfGE 115, 97 (110) = NJW 2006, 1191 – „Halbteilungsgrundsatz“ (für die Belastung mit Einkommen- u. Gewerbesteuer); BVerfG 134, 242 Rn. 168 = NVwZ 2014, 211 – Rechtsschutz für vom Braunkohlentagebau Enteignungs-/Umsiedlungsbetroffene (Garzweiler).
- 17 BVerfGE 149, 86 = NJW 2018, 3007 – Pflicht zur Abgabe landwirtschaftlicher Höfe als Voraussetzung eines Rentenanspruchs.
- 18 BVerfGE 24, 367 (384) = NJW 1969, 309 – Deichordnung in Hamburg; BVerfGE 97, 350 (370).
- 19 BVerfGE 102, 1 (15) = NJW 2000, 2573 – Grenzen der Zustandshaftung des Eigentümers für die Grundstückssanierung bei Altlasten; BVerfGE 143, 246 (324) = NJW 2017, 217 – Beschleunigung des Atomausstiegs.
- 20 Grdl. BVerfGE 58, 300 (335) = NJW 1982, 745 – Grundwasserbenutzung in Abhängigkeit von behördlicher Gestattung; gleichwohl kommt dem bürgerlich-rechtlichen Eigentum Leitbildfunktion und Prägungswirkung zu.
- 21 Deppenbeuer/Froese in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 29.
- 22 BVerfGE 83, 201 (208 f.) = NJW 1991, 1807 – Entschädigungslose Beseitigung eines Vorkaufrechts nach Altrecht (Bergbau); Wieland in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 49.
- 23 BVerfGE 58, 300 (336).
- 24 Ähnl. Staudinger/Althammer, BGB, 2016, Vorb. §§ 903 ff. Rn. 22.
- 25 Auf Geldschulden findet § 275 BGB keine Anwendung; vgl. Beck-OGK BGB/Riehm (o. Fn. 8), § 275 Rn. 29.

säumigen Mieters über eine gewisse Dauer hinweg zum Erlöschen zu bringen.<sup>26</sup> Soweit gewerbliche Vermietung vorliegt, dürfte ferner das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen sein, welches gleichsam Eigentumscharakter nach Art. 14 GG genießt.<sup>27</sup> Der mit dem „COVID-19-Gesetz“ Art. 240 § 2 EGBGB tangiert folglich in mehrerlei Hinsicht den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz.

## 2. Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung durch das „COVID-19-Gesetz“

Ein Eingriff in die Eigentumsgewährleistung ist jedes staatliche Verhalten, das die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht oder erschwert.<sup>28</sup> In das Eigentum kann über eine *Inhalts- und Schrankenbestimmung* (Art. 14 I 2 GG) oder im Weg der *Enteignung* eingegriffen werden (Art. 14 III GG). Beide Instrumente unterliegen unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsgründen und sind streng voneinander zu trennen; auch ist eine „Umdeutung“ von dem einen (gewählten) in das andere „Kleid“ nicht möglich: Die Maßnahme ist entweder Inhalts- und Schrankenbestimmung oder aber Enteignung.

Unter den *Inhalts- und Schrankenbestimmungen* versteht das *BVerfG*<sup>29</sup> die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum geschützt werden. Die Zuordnung einer Maßnahme zu den Inhalts- und Schrankenbestimmungen erfolgt unabhängig von der Intensität der den Eigentümer treffenden Belastung. Dies gilt selbst dann, wenn der Eingriff in seinen Wirkungen einer Enteignung nahe- oder gleichkommt.<sup>30</sup> Auch ist die Inhalts- und Schrankenbestimmung im Grundsatz entschädigungslos hinzunehmen. *Enteignungen* sind demgegenüber die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 I 1 GG gewährleiteter Rechtspositionen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.<sup>31</sup> Mit der Enteignung greift der Staat auf das Eigentum des Einzelnen zu und löst die rechtliche Zuordnung eines eigentumsrechtlich geschützten Vermögensgutes zu dem bisherigen Rechtsinhaber auf. Dabei muss der Entzug des Eigentums final gewollt sein. Das *BVerfG*<sup>32</sup> versteht unter einer Enteignung mittlerweile nur noch eine Art Güterbeschaffungsvorgang, der den formalen Entzug der Rechtsposition im Sinn eines echten Verlusts der Rechtsstellung verlangt, so dass in Ansehung dessen auch bei erheblichen Nutzungsbeschränkungen, die eine sinnvolle Nutzung sogar uU vollständig entfallen lassen,<sup>33</sup> keine Enteignung vorliegt.

**Zwischenergebnis:** Die Suspendierung des Kündigungsrechts gem. Art. 240 § 2 EGBGB führt zu keiner „Enteignung“ im Rechtssinn, auch wenn die Auswirkungen des Gesetzes sicherlich für viele Vermieter enteignungsähnlichen Charakter haben mögen. Denn weder bezweckt das COVID-19-Gesetz final einen Güterbeschaffungsvorgang dergestalt, dass die rechtliche Vermögenszuordnung der Mietsache ganz oder in Teilen dem bisherigen Eigentümer entzogen und auf den Staat oder einen Dritten übertragen wird, noch ist der Eigentümer in seiner dinglichen Verfügungsgewalt über die Mietsache gehindert: So bleibt bspw. ein Verkauf weiterhin möglich. Im Gegensatz dazu steht die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 II GG. Art. 240 § 2 EGBGB mit seiner temporären (Teil-)Aussetzung des Kündigungsrechts trägt ganz den Charakter einer Inhalts- und Schrankenbestimmung.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Im Fokus soll vorliegend allein die *materielle* Verfassungsmäßigkeit stehen. Bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums hat der Gesetzgeber Zweck und

Funktion der Eigentumsgarantie zu beachten, er verfügt über keine uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit. Das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Eigentümers und der Sozialpflichtigkeit seines Eigentums sind demnach in einen interessengerechten Ausgleich zu bringen.<sup>34</sup> Das Wohl der Allgemeinheit ist dabei nicht nur Grund, sondern zugleich auch Grenze für die Beschränkung des Eigentums.<sup>35</sup>

Bei der Ausgestaltung der Inhalts- und Schrankenbestimmung unterliegt der Gesetzgeber maßgeblich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Einschränkungen des Eigentums müssen vom jeweiligen Sachbereich her geboten und auch in ihrer Ausgestaltung sachgerecht sein. Keineswegs darf die Ausgestaltung zu einer übermäßigen Belastung führen und den Eigentümer unzumutbar treffen.<sup>36</sup> Zudem darf die Privatnützigkeit als Kernbereich der Eigentumsgarantie nicht ausgehöhlt werden.<sup>37</sup> Die Verhältnismäßigkeitsprüfung folgt im Grundsatz den allgemeinen Regeln: Die Maßnahme muss geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist die temporäre Suspendierung des Kündigungsrechts im pandemiebedingten Zahlungsverzug des Mieters – in der jetzigen Ausgestaltung des Gesetzes – unverhältnismäßig. Zwar liegen die Dinge so, dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umso größer ist, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist.<sup>38</sup> Auch bestehen demgemäß an der Geeignetheit sowie an der Erforderlichkeit der Kündigungsrechtssuspendierung keine Zweifel. Immerhin fördert die für nahezu sämtliche Mietverhältnisse geltende Beschränkung des Kündigungsrechts die Erreichung des gesetzgeberischen Ziels, nämlich dem Einzelnen in einer beispiellosen Virus-Pandemie den Wohnraum bzw. die berufliche Grundlage, die Betriebsstätte, zu erhalten. Keinem Mieter wird in den kommenden Monaten wegen eines auf der COVID-19-Pandemie gründenden Mietrückstands wirksam gekündigt werden dürfen. Das Gesetz dient damit gewissermaßen der Erhaltung des sozialen Friedens. Ein milderer Mittel, welches der Zweckerreichung ebenso dienlich wäre, ist aus Sicht der *Verfasser* nicht zu erkennen. Jedenfalls dürften freiwillige Mietzahlungsabreden zwischen Mieter und Vermieter – im laufenden Mietverhältnis in die eine oder andere Richtung in den allgemein geltenden Grenzen ohne Weiteres möglich, s. §§ 311 I, 557 I BGB – keine gleiche Wirksamkeit entfalten. Auch ist richtig, dass Sozialleistungen – etwa in Form

26 Der Besitz ist vermögenswerte Rechtsposition unter Art. 14 GG; vgl. *BVerfGE* 89, 1 = NJW 1993, 2035; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig* (o. Fn. 6), Art. 14 Rn. 323.

27 Hierzu *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig* (o. Fn. 6), Art. 14 Rn. 200.

28 BeckOK GG/Axer, Stand 1.12.2019, Art. 14 Rn. 69.

29 *BVerfGE* 110, 1 (24 f.) = NJW 2004, 2073 – Erstreckung des Verfalls nach StGB auf Nutzungen und Surrogate.

30 *BVerfGE* 100, 226 (240) = NJW 1999, 2877 – Denkmalschutz.

31 *BVerfGE* 112, 93 (109) = NJW 2005, 879 – Ausschluss von Ansprüchen durch das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“; *BVerfGE* 143, 246 (333) = NJW 2017, 217 – Beschleunigung des Atomausstiegs.

32 *BVerfGE* 104, 1 (9 f.); *BVerfGE* 143, 246 (333 ff.) = NJW 2017, 217 – Beschleunigung des Atomausstiegs.

33 Vgl. *BVerfGE* 100, 226 = NJW 1999, 2877 – Denkmalschutz.

34 *BVerfGE* 115, 97 (114) = NJW 2006, 1191 – „Halbteilungsgrundsatz“.

35 *BVerfGE* 100, 226 (241) = NJW 1999, 2877 – Denkmalschutz.

36 *BVerfGE* 110, 1 (28) = NJW 2004, 2073 – Erstreckung des Verfalls nach StGB auf Nutzungen und Surrogate.

37 BeckOK GG/Axer (o. Fn. 28), Art. 14 Rn. 87.

38 *BVerfGE* 100, 226 (241) = NJW 1999, 2877 – Denkmalschutz; *BVerfGE* 143, 246 (324) = NJW 2017, 217 – Beschleunigung des Atomausstiegs.

von Arbeitslosengeld, Arbeitslosengeld II oder Wohngeld – nicht in angemessener Form, insbesondere aber nicht in adäquater Zeit erlangt werden können.<sup>39</sup>

Allerdings führt das neue Recht jetziger Prägung keinen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen herbei, da es die Interessen der Vermieter nicht hinreichend berücksichtigt, sondern, und zwar ganz im Gegenteil, für einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Vermieterschaft eine unbillige Härte bedeutet. Art. 240 § 4 I Nr. 2 EGBGB bestimmt, dass die Bundesregierung als Exekutivorgan ermächtigt ist, durch (bloße) Rechtsverordnung ohne Zustimmung der Legislative die Kündigungsbeschränkung bis einschließlich 30.9.2020 auszuweiten. Die (materiellen) Anforderungen hieran gestalten sich als relativ gering, die die Ermächtigung auslösenden unbestimmten Rechtsbegriffe sind bereits angesprochen worden. Art. 240 § 4 II EGBGB begründet eine weitere Erstreckungskompetenz für die Bundesregierung, wenn die Beeinträchtigungen (auch über den 20.9.2020) fortbestehen,“ und zwar bis längstens zum 30.6.2022 (Art. 240 § 2 IV EGBGB).

Sollte der letztgenannte Zeitpunkt im Fall eines worst-case-Szenarios tatsächlich ausgeschöpft werden, was keineswegs unrealistisch erscheint, was offenbar auch der Normgeber selbst befürchtete, hieße dies, dass Vermieter über einen Zeitraum von maximal 27 Monaten kein Kündigungsrecht wegen pandemiebedingt ausbleibender Mietzahlungen ausüben können. Bei Licht besehen dürften nicht wenige Vermieter in die Lage geraten, dem Mieter bei wirtschaftlicher Betrachtung (zig-)tausende Euro zu kreditieren. Auch wenn die Mieten weiterhin „fällig“ bleiben, also im Grundsatz einfordernbar sind, und dementsprechend auch tituliert werden können, so trägt der Vermieter dennoch das volle Insolvenzrisiko seines Vertragspartners, dies sogar sehenden Auges, wenn er nämlich bemerkt, dass der Mieter die vereinbarten Mieten auch künftig nicht wird aufbringen können. Kein Kreditinstitut würde unter solchen Umständen Kredite ausreichen (dürfen), ohne wiederum seinerseits (staatlich) gedeckt zu sein. Im Übrigen bleibt ungewiss, ob und wie Mieter, bei denen pandemiebedingt nicht unerhebliche Rückstände „auflaufen“, diese bis zum 30.6.2022 werden zahlen können.

**Der Vermieter-GAU:** Die geltende gesetzliche Regelung einer (temporär ggf. sehr erheblichen) Kündigungsrechtsbeschränkung birgt für Vermieter unkalkulierbare Risiken. Bei realistischer Betrachtung ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Mietern mit offenen Zahlungspflichten ausfallen wird.

Etwas anderes folgt auch nicht notwendig aus Art. 240 § 3 EGBGB („Regelungen zum Darlehensrecht“), der für Verbraucherdarlehensverträge ähnliche Regelungen vorsieht. Damit dürften zwar die die Mietimmobilie mit Fremdkapital refinanzierenden Vermieter, die zugleich als Verbraucher qualifiziert werden können, zunächst einmal geschützt sein. Einen gesetzgeberischen Gleichklang zwischen der Stundung von Darlehensforderungen und der Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit gibt es indes nicht.

**Zwischenergebnis:** Auch unter Anerkennung der Sozialbindung des Eigentums zum Wohl der Allgemeinheit wird die Privatnützigkeit des Eigentums in übermäßiger Weise tangiert. Nicht fernliegend ist, dass Teilen der Vermieterschaft ganz maßgebliche Einnahmequellen, etwa für Altersvorsorge etc., unwiederbringlich verloren gehen, ihr Immobilie im Ernstfall gar in die Verwertung gerät.

#### 4. Lösungsansatz: Die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung

Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die für sich genommen unzumutbar und daher verfassungswidrig wären, können mit Art. 14 I GG in Einklang stehen, wenn sie der Gesetzgeber mit Ausgleichsmaßnahmen flankiert.<sup>40</sup> Auf diese Weise kann der Gesetzgeber eigentumsbeschränkende Maßnahmen, die er im öffentlichen Interesse für geboten hält, auch in Härtefällen durchsetzen. Bei Entzug einer Rechtsposition ohne Güterbeschaffung sind gesteigerte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu stellen und in der Regel sind gesetzliche Ausgleichsmaßnahmen geboten.<sup>41</sup> Eine *ausgleichspflichtige* Inhalts- und Schrankenbestimmung liegt vor, wenn – wie durch das COVID-19-Gesetz – in eine Eigentumsposition besonders intensiv eingegriffen wird. Entscheidend ist, ob die Inhalts- und Schrankenbestimmung im Hinblick auf Schwere, Intensität und Dauer für den Eigentümer unzumutbar ist, ihm ein Sonderopfer auferlegt. Unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Intention des Art. 240 § 2 EGBGB liegt ein Vergleich mit polizeilichen Wohnungseinweisungen nicht fern: Die Einweisungsverfügung wirkt gegenüber dem Eigentümer der Wohnung als Inanspruchnahme eines Nichtverantwortlichen<sup>42</sup> durch Sicherstellung der Räumlichkeiten.<sup>43</sup> Sie schließt sein unmittelbares Besitzrecht – wie vorliegend – über die Wohnung aus, verleiht ihm aber einen Entschädigungsanspruch gegen die öffentliche Hand.<sup>44</sup>

Und dennoch: Inhaltsbestimmung bleibt Inhaltsbestimmung,<sup>45</sup> jedenfalls ihrem Rechtscharakter nach, selbst wenn sie, weil ihr eine Ausgleichsregelung fehlt, rechtswidrig ist.<sup>46</sup> Rechtsfolge des Kompensationsverstößes ist allerdings keineswegs zwingend Gesamtnichtigkeit der gesetzlichen Regelung;<sup>47</sup> der Gesetzgeber kann vielmehr, jedenfalls solange die Inhaltsbestimmung gerichtlich noch nicht überprüft wurde, entsprechend nachbessern. Die Kompensation kann, statt Leistung in Geld, auch in Gestalt einer Übergangsregelung, von Härteklauseln oder einer Übernahmeverpflichtung der öffentlichen Hand geleistet werden.<sup>48</sup> So wäre es denkbar, dass sich ein Vermieter, dem durch die temporäre Kündigungsbeschränkung ein in Geld zu messender Schaden entsteht, zB weil der Mieter in Insolvenz fällt, bei der öffentlichen Hand schadlos halten kann. Denkbar wäre aber auch die Ein-

39 Vgl. insoweit die Begr. BT-Drs. 19/18110, 2.

40 Grdl. BVerfGE 58, 137 = NJW 1982, 633 – Eigentumsgrundrecht widersprechende Pflichtexemplarlast von Verlegern bei mit großem Aufwand hergestellten Klein(st)auflagen.

41 BVerfGE 143, 246 (333) = NJW 2017, 217 – Beschleunigung des Atomausstiegs.

42 Zur (verneinten) Frage, ob die Einweisung eines Obdachlosen in eine private Wohnung zwischen der Einweisungsbehörde und dem Eigentümer eine Rechtsbeziehung der Art begründet, dass die Behörde das Verschulden des Eingewiesenen als ihres „Erfüllungsgehilfen“ zu vertreten hätte, s. BGH NZM 2006, 267.

43 Rachor/Graulich in Liskent/Denninger, Hdb. d. Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Kap. E Rn. 226.

44 S. zB § 68 I 1 SaarPolG (zum Schadensausgleich verpflichtende Tatbestände).

45 Zum Ganzen MüKoBGB/Ernst (o. Fn. 5), Vorb. § 903 Rn. 119.

46 BVerfGE 52, 1 (27) = NJW 1980, 985 – Kündigungsausschluss im Kleingartenrecht; BVerfGE 58, 300 (320) = NJW 1982, 745 – Benutzungsordnung für das unterirdische Wasser zur Sicherung einer funktionsfähigen Wasserbewirtschaftung.

47 BVerfGE 58, 137 = NJW 1982, 633 – Pflichtexemplarlast von Verlegern.

48 BVerfGE 100, 226 (245 f.) = NJW 1999, 2877 – Denkmalschutz; BVerfGE 94, 1 (7) = BeckRS 9998, 166144 – Betroffensein landwirtschaftlicher Grundstücke von einer Naturschutzgebiet-Verordnung („Herrschinger Moos“).

richtung eines zweckgebundenen Fonds bzw. einer öffentlich-rechtlichen Stiftung.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Der Gesetzgeber verfolgt angesichts der unvorstellbaren (wirtschaftlichen) Auswirkungen der COVID-19-Pandemie aner kennenswerte – und notwendige! – Ziele, wenn er die Kündigungsmöglichkeit eines Miet- oder Pachtverhältnisses infolge eines pandemiebedingten Zahlungsverzugs zeitweise beschränkt. Dennoch ist das Gesetz in seiner derzeitigen Fassung unausgewogen, was auch dem enormen Zeitdruck, unter dem es zustande kam, geschuldet sein mag. Die Belange der Vermieter werden nicht ausreichend berücksichtigt, vielmehr wird das wirtschaftliche Risiko praktisch einseitig auf jene verlagert. In vergleichbaren Fällen einer Störung von Leistungsbeziehungen durch „höhere Gewalt“ hat die *BGH*-Rechtsprechung die Lasten, ebenso salomonisch wie materiell gerecht wirkend, gleichmäßig beiden Vertragsparteien auferlegt.<sup>49</sup> Dass Vermieter ihren Mietern demgegenüber, infolge bloßer Rechtsverordnung der Bundesregierung auf der Grundlage einer wenig präzisen Ermächtigungsformulierung dehnbar, gleichsam Kredit über die geschuldete Miete gewähren sollen, ohne gegen das damit einhergehende Insolvenzrisiko abgesichert zu sein, verschiebt die Hauptleistungspflichten in Miet- oder Pachtverhältnissen einseitig zugunsten der Mieter bzw. Pächter, was auch im Licht der *EGMR*-Rechtsprechung zur Europäischen Menschen-

rechtskonvention<sup>50</sup> – dort maßgeblich unter dem Aspekt der *Verhältnismäßigkeit* – zu betrachten sein wird. Ohne eine vom Gesetzgeber rasch zu bewirkende Ausgleichsleistung ist der gesetzlichen Regelung in Art. 240 § 2 EGBGB ein höchst ungewisses verfassungsrechtliches Schicksal<sup>51</sup> bestimmt; nach hier vertretener Meinung steht es sonst fest. Und auch wenn die Motive zum COVID-19-Gesetz erkennen lassen, dass der Gesetzgeber – im Gegenzug für die Suspendierung des Kündigungsrechts – davon ausging, dass die Miete, allerdings mit der Einschränkung „im Grundsatz“, weitergezahlt werde,<sup>52</sup> so wird man doch konstatieren dürfen: Die Zielrichtung des Gesetzes, jene in seiner Bezeichnung stehende „Abmildung“ der Pandemiefolgen, ist just auf Fälle gerichtet, in denen es Mietern gelingt, ihr pandemiebedingtes Leistungshindernis glaubhaft zu machen (Art. 240 § 2 I 2 EGBGB), widrigenfalls die Kündigungsbeschränkung ohnehin nicht greift.

49 *BGHZ* 109, 224 = *NJW* 1990, 572 – Absehen von Klassenfahrt nach Prag aufgrund ministerieller Anordnung nach dem Reaktorunfall von Tschernobyl (Teilung der Hotelstornokosten); zur COVID-19-Pandemie als einem Fall höherer Gewalt s. *Sittner NJW* 2020, 1169 (1170).

50 Dazu *Börstinghaus/Thiede NZM* 2016, 489 (493).

51 Für das Scheitern eines ersten Vermieters vor dem *BVerfG* (mit einem den Begründungsanforderungen nicht genügenden „Schnellschuss“) s. die Entscheidung der 3. Kammer des Ersten Senats vom 1.4.2020, BeckRS 2020, 5219.

52 Worauf *Häublein* in seiner Herausgebernotiz in *NZM-info* Heft 7/2020, V zutr. hinweist.