

Daniel Effer-Uhe | Alica Mohnert (Hrsg.)

Vertragsrecht in der Coronakrise

Online-Tagung im April 2020



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748909279>, am 02.12.2021, 23:50:55

Open Access:  <http://www.nomos-elibrary.de/aqb>



Daniel Effer-Uhe | Alica Mohnert (Hrsg.)

Vertragsrecht in der Coronakrise

Online-Tagung im April 2020



Nomos

Luther.

Diese Publikation wurde unterstützt durch den Publikationsfonds für Open-Access-Monographien und -Sammelbände der Universität Leipzig sowie durch die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Die durch die Universitäten Köln und Leipzig veranstaltete Tagung stand unter der Schirmherrschaft von Mathias Weilandt, Staatssekretär im Sächsischen Staatsministerium der Justiz und für Demokratie, Europa und Gleichstellung.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2020

© Daniel Effer-Uhe | Alica Mohnert

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-6828-8

ISBN (ePDF): 978-3-7489-0927-9

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748909279>



Dieses Werk ist lizenziert unter einer
Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell –
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.



Onlineversion
Nomos eLibrary

Vorwort

Kaum, dass die behördlichen Kontaktbeschränkungen Land für Land über die Bundesrepublik verhängt wurden, machten wir beide lange Gesichter: Die ersten Absagen lange eingeplanter Tagungen flatterten herein, die anderen, ein paar Monate weiter in der Zukunft anstehenden Veranstaltungen waren plötzlich mit einem dicken Fragezeichen versehen. Zugleich zeichnete sich jeden Tag deutlicher ab, dass sich schon in Kürze die Auswirkungen der krisenbedingten Gesetzentwürfe und Problemfälle bei den Gerichten und der rechtsberatenden Praxis als Akten manifestieren würden. Viele private Akteure müssen jetzt zeitnah wissen, was aus ihren Verträgen wird, wenn deren Durchführung wirtschaftlich sinnlos oder die Refinanzierung unmöglich geworden ist. Der wissenschaftliche Austausch darüber erschien nötiger denn je. Zwar liebt der Jurist die Druckerschwärze, aber manchmal muss es einfach der Sofortzugriff sein. Und so schrieben wir Mitte März eine Liste aller vertragsrechtlichen Themen, in denen wir immanenten Bedarf erkannten, und setzten uns eine ambitionierte Frist von nicht mal ganz vier Wochen, bis die Tagung stattfinden sollte: online, auf YouTube, dauerhaft verfügbar in Form von Vortragsvideos.

Dieser Tagungsband erscheint vorrangig als Open-Access-E-Book. Das ist kein Zufall, sondern spiegelt das Format der Tagung bewusst wider. Da die Beiträge für alle Welt kostenlos zur Verfügung stehen, sollte dies unserer Ansicht nach auch für die zitierfähigen Resultate gelten. Dies ist möglich, weil eine ganze Reihe an Unterstützern und an Kollegen bereit war, an unser Projekt zu glauben: *Mathias Weilandt*, Staatssekretär im Sächsischen Staatsministerium der Justiz und für Demokratie, Europa und Gleichstellung, hat die Schirmherrschaft für die von den Universitäten Köln und Leipzig ausgerichtete Tagung übernommen. Ein herzlicher Dank geht an die Mittelgeber, die diese Publikation ermöglicht haben: Die Open-Access-Publikation wurde gefördert vom Publikationsfonds für Open-Access-Monographien und -Sammelbände der Universität Leipzig, die Druckversion wurde finanziert durch die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Und schließlich und eigentlich all dem vorangestellt verdanken wir die Veröffentlichung Prof. Dr. *Johannes Rux* und Dr. *Marco Ganzhorn* vom Nomos-Verlag, die unserem neuartigen Konzept sofort offen gegenüberstanden und bereit waren, diesen Tagungsband in der gebotenen Geschwindigkeit Realität werden zu lassen. Auch die kurze Zeit zwischen der Tagung und dem Erscheinen des Tagungsbandes war gleichermaßen

eine Herausforderung für unsere Referenten und Lektoren – und nicht zuletzt für die Mitarbeiter des Leipziger Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht, von denen uns *Louisa Gießler* bei der Vorbereitung der Tagung unterstützt hat, *Constantin Rechenberg* bei der Vorbereitung des Tagungsbandes!

Wo behördliche Verbote eine Leistungserbringung verhindern, stellen sich Fragen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, insbesondere im Hinblick auf eine vorübergehende oder – bei absoluten Fixgeschäften – auch dauerhafte Unmöglichkeit und deren Folgen, mit denen sich *Thomas Riehm* auseinandersetzt. Wird die Leistungserbringung für eine Partei wirtschaftlich sinnlos, weil Absatzmärkte wegbrechen, stellt sich die Frage, ob das in die Risikosphäre dieser Partei fällt, oder ob – wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage – der Vertrag anzupassen ist. Diese Thematik adressiert der Beitrag von *Jens Prütting*. In manchen Fällen kann die Abgrenzung des allgemeinen Instruments der Störung der Geschäftsgrundlage vom besonderen Mängelgewährleistungsrecht problematisch sein: Unter welchen Umständen stellt es beispielsweise einen Mietmangel dar, wenn die Nutzung der gemieteten Geschäftsräume zum vereinbarten Zweck nicht möglich oder wirtschaftlich sinnlos ist? Derartige Fragen spricht der mietrechtliche Vortrag von *Jonas Brinkmann* an. Für manche Fallgruppen hat der Gesetzgeber schnell reagiert und durch Reformen – insbesondere in Art. 240 EGBGB – Wertungsentscheidungen getroffen. Ob diese Entscheidungen in sich konsistent sind und welche Zweifelsfragen sie offenlassen, erörtern *Ann-Marie Kaulbach* und *Bernd Scholl* in einem gemeinsamen Tagungsbandbeitrag, der ihre thematisch verwandten Vorträge vereinigt. Vorgetragen hatten sie zum allgemeinen Verbrauchermoratorium des Art. 240 § 1 EGBGB einerseits und zum Umgang mit Verbraucherdarlehensverträgen andererseits.

Hinsichtlich einiger Vertragstypen stellen sich spezifische Fragen abseits des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, so im von *Patrick Meier* behandelten Reisevertragsrecht, zum Beispiel im Hinblick auf ausgefallene Flüge und deshalb verlängerte Aufenthalte im Urlaubsland, und im Transportrecht, mit dem sich *Andreas Maurer* beschäftigt, aufgrund von langen Wartezeiten an Grenzen und erheblichen Einschränkungen oder Erschwerungen des Warenverkehrs. Die Auswirkungen der Pandemie auf das Arbeitsvertragsrecht bespricht *Stephan Klawitter*. Kommt es aufgrund von Liquiditätsengpässen zu Zahlungsschwierigkeiten, können sich insolvenzrechtliche Folgefragen stellen. Der Gesetzgeber hat hier mit dem Covid-19-Insolvenzaussetzungsgesetz Sonderregelungen geschaffen, die von *Jens Schmittmann* analysiert werden. Und schließlich stellt sich nicht nur die Frage, wie die Folgen der Pandemie geregelt sind, sondern auch, wie sie de lege

ferenda geregelt sein sollten, nicht zuletzt im Hinblick auf zukünftige weitere Krisen. Welche Rechte im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen in der Krise ausgeweitet, welche eingeschränkt werden sollten, kann man durchaus kontrovers diskutieren. Eine entschiedene Stellungnahme dazu gibt *Caspar Behme* ab.

Wir sind selbst etwas verblüfft, wieviel Fokus und Energie man bündeln kann, um in kürzester Zeit eine vollwertige Tagung ins Leben zu rufen, und das neben der großen Umstellung von Onlinelehre zum Semesterstart. Wir haben es – auch dank unserer Referenten, die ihre Beiträge ebenfalls allesamt neben der Umstellung ihrer Lehre auf Onlineformate gestemmt haben – geschafft, und darauf sind wir stolz! Auch bei den Teilnehmern hat das progressive Tagungsformat Anklang gefunden: Viele Vorträge wurden mehr als anderthalbtausendmal angeklickt. Wie erhofft, diskutierten unsere Zuschauer kontrovers über verschiedene Thesen in der Kommentarfunktion von YouTube.

Wir hoffen und glauben, dass auch der Tagungsband durch seine freie Zugänglichkeit auch in Zeiten weitgehender Bibliotheksschließungen die Diskussion befeuern kann, freuen uns, dass er so zeitnah erscheinen konnte, und wünschen Ihnen viel Spaß und vor allem Erkenntnisgewinn bei der Lektüre!

Wenn Sie sich mit uns in Verbindung setzen möchten, freuen wir uns auf eine Nachricht an anfrage@alica-mohnert.de und/oder efferuhd@uni-koeln.de.

PD Dr. Daniel Effer-Uhe

Dipl.-Psych. Alica Mohnert, Mag. iur.,
LL.M. (CUPL/中国政法大学)

Köln/Leipzig, im Mai 2020

Inhalt

Corona und das Allgemeine Leistungsstörungenrecht <i>Thomas Riehm</i>	11
Wegfall der Geschäftsgrundlage als Antwort des Zivilrechts auf krisenbedingte Vertragsstörungen? - Systemerwägungen zu § 313 BGB und sachgerechter Einsatz in der Praxis - <i>Jens Prütting</i>	47
Verbraucher- und Gläubigerrechte in der Corona-Krise – Ausweitung oder Einschränkung? <i>Caspar Behme</i>	73
Die vertragsrechtlichen Regelungen in Art. 240 EGBGB: Voraussetzungen, Rechtsfolgen, offene Fragen <i>Ann-Marie Kaulbach und Bernd Scholl</i>	95
Niemand zahlt mehr Miete!?! - Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Pflicht zur Mietzahlung <i>Jonas David Brinkmann</i>	147
Aktuelle Probleme im Reiserecht durch die Corona-Krise <i>Patrick Meier</i>	175
Transportrecht in der Corona-Krise <i>Andreas Maurer</i>	205
Das Arbeitsvertragsrecht in der Coronakrise <i>Stephan Klawitter</i>	223
Vertragsrecht in der Corona-KriseCOVInsAG: Auswirkungen auf die Insolvenzantragspflicht und die Haftung der Organe <i>Jens M. Schmittmann</i>	245

Corona und das Allgemeine Leistungsstörungenrecht

Prof. Dr. Thomas Riehm, Passau*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	12
B. Überblick	13
I. Vertragliche Regelungen	13
II. Gesetzlicher Rahmen	14
C. Zahlungsschwierigkeiten	16
D. Lieferschwierigkeiten beim Kaufvertrag	18
I. Geschuldete Anstrengungen des Verkäufers	19
1. Grundlagen	19
2. Grenzen der geschuldeten Anstrengungen	21
II. Allgemeine Rechtsfolgen	26
III. Rechtsfolgen bei zu vertretender Nichtleistung	26
IV. Rechtsfolgen bei nicht zu vertretender Nichtleistung	27
V. Störungen auf Seiten des Käufers	31
E. Leistungsstörungen beim Werkvertrag	32
I. Störungen auf Seiten des Unternehmers	32
1. Bauverträge nach der VOB/B	33
2. Sonstige Werkverträge	34
a) Kündigungsrecht des Bestellers (§§ 648 f. BGB)	35
b) Rücktritt des Bestellers (§ 323 BGB)	35
c) Absolute Fixgeschäfte (§§ 275 Abs. 1, 326 BGB)	36
d) Leistungsverweigerung aus persönlichen Gründen (§ 275 Abs. 3 BGB)	37
e) Leistungsverweigerung wegen unverhältnismäßigen Aufwandes (§ 275 Abs. 2 BGB)	37
II. Störungen auf Seiten des Bestellers	39
F. Leistungsschwierigkeiten beim Dienstvertrag	41
I. Störungen auf Seiten des Dienstverpflichteten	41
II. Störungen auf Seiten des Dienstberechtigten	42
G. Fazit	43

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Privatrecht, Zivilverfahrensrecht und Rechtstheorie an der Universität Passau.

A. Einleitung

Die Covid-19-Pandemie wirft im Vertragsrecht zahlreiche drängende Fragen auf. Viele Parteien wollen jetzt wissen, was aus ihren Verträgen wird, die wegen der gegenwärtigen Pandemie nicht mehr so durchgeführt werden können, wie es ursprünglich geplant war.

Die „Corona-Krise“ wirkt sich auf verschiedenen Ebenen auf laufende Vertragsbeziehungen aus. Der Ursprung wird in vielen Fällen zunächst fehlendes Personal sein: Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter stehen unter Quarantäne, sind selbst infiziert, werden krank, oder haben schlicht keine Betreuungsmöglichkeiten für die eigenen Kinder. Wegen des Personalengpasses können Lieferungen oder Leistungen nicht ausgeführt werden. Die hierbei auftretenden arbeitsrechtlichen Fragen sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.¹ Personalengpässe sind aber auch der Ausgangspunkt für eigene Leistungsschwierigkeiten des Arbeitgebers: Wo kein Personal ist, kann weder produziert noch geliefert noch eine Dienstleistung erbracht werden. Hinzu kommen behördliche Verbote, die sich unmittelbar oder mittelbar gegen die Leistungserbringung richten: Entweder werden Verkaufslokale direkt geschlossen oder es werden Personenansammlungen verboten, die für die Leistungserbringung unverzichtbar sind (z.B. bei Konzertveranstaltungen).

Die Folgen dieser beiden wesentlichen Störungen sind zunächst in der Liefer- bzw. Leistungskette zu spüren.² Auf der zweiten Stufe brechen infolge des Personalengpasses die ersten Leistungen weg, sodass für die nächste Stufe der Lieferkette wichtige Vorprodukte und Vorleistungen fehlen. Dadurch kommt es zu Verzögerungen und Ausfällen in der Lieferkette, was sich immer weiter fortsetzt.³ Auf der dritten Stufe folgen aus den Liefer- und Leistungsschwierigkeiten Liquiditätsprobleme, denn wenn keine Leistungen mehr erfolgen können, fließt auch keine Gegenleistung mehr, sodass die Schuldner kein Geld mehr verdienen. Dadurch entstehen Zahlungsschwierigkeiten bis hin zur insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit. Die insolvenzrechtlichen Sonderregelungen für die Folgen der Co-

-
- 1 S. dazu den Beitrag von S. Klawitter in diesem Band; ferner M. Fuhlrott, Corona und die Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, MDR 2020, S. 540 ff.; M.-P. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, S. 1017 (1018 f.).
 - 2 Weller/Lieberknecht/Habrich, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 1), S. 1019 f.
 - 3 Auch die transportrechtlichen Fragen der Lieferung sind nicht Gegenstand dieses Beitrags; s. dazu A. Maurer, in diesem Band.

vid-19-Pandemie behandelt der Beitrag von *Schmittmann*⁴; dieser Beitrag behandelt hingegen die Konsequenzen von Zahlungsschwierigkeiten im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

B. Überblick

Betrachtet man die vertragsrechtlichen Konsequenzen der Covid-19-Pandemie aus der Makroperspektive, stellt man fest, dass diese sich als externe Störung auf nahezu sämtliche Vertragsbeziehungen auswirkt. Die Kernfrage, die sich dann – zunächst noch ungeachtet der Einzelnormen des Zivilrechts – stellt, lautet: Wer muss dieses Risiko tragen, und wer darf es auf seinen Vertragspartner abwälzen? Diese Fragen sind im Leistungsstörungenrecht typischerweise geregelt. Dieses regelt gerade die Konsequenzen von Schwierigkeiten, die die Leistung betreffen. Manche Risiken muss der Schuldner selbst tragen: Er bekommt beispielsweise seine Gegenleistung nicht, muss vielleicht sogar Schadensersatz dafür zahlen, dass er seine Vertragspflicht nicht erfüllt. In anderen Fällen bleibt er sanktionslos und darf das Risiko der Leistungsstörung auf die Gegenseite abwälzen, bekommt also sogar seine Gegenleistung, obwohl er seine eigene Leistung nicht erbracht hat. Unter welchen Voraussetzungen welcher Fall eintritt, regelt das Leistungsstörungenrecht.

I. Vertragliche Regelungen

Den Ausgangspunkt für die Problembewältigung bildet allerdings zunächst die vertragliche Risikoordnung. Manche Parteien haben in ihren Verträgen Klauseln vorgesehen, die selbst das Pandemierisiko umfassen und dessen Konsequenzen regeln. Solche Klauseln sind etwa Force Majeure-Klauseln, die typischerweise so auszulegen sein werden, dass sie auch das Pandemierisiko abdecken⁵ – jedenfalls, soweit dieses Risiko nicht bereits bei Vertragsschluss vorhersehbar war, was regelmäßig bei Vertrags-

4 S. J. *Schmittmann*, in diesem Band; ferner V. *Römermann*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im COVInsAG und ihre Folgen, NJW 2020, S. 1108 ff.

5 A. *Debio/B. Rinne/C. Schmitt*, Rechtliche Auswirkungen von COVID-19 im Finanzsektor, WM 2020, S. 819 (819 f.); E. *Wagner/R. A. Holtz/T. Dötsch*, Auswirkungen von COVID-19 auf Lieferverträge, BB 2020, S. 845 (846).

schlüssen ab Mitte März 2020 der Fall sein dürfte.⁶ Erfasst die Klausel das Pandemie-Risiko, weil es bei Vertragsschluss unvorhersehbar war, so gilt zwischen den Parteien das, was sie in der Force Majeure-Klausel geregelt haben.⁷ Beispielsweise entfällt eine Leistungspflicht, weil höhere Gewalt vorliegt, oder jemand wird von seiner Zahlungspflicht frei, oder der Vertrag wird aufgehoben. All das ist möglich, wenn die Parteien es wirksam vereinbart haben. Im Verkehr zwischen Unternehmen wird eine solche Klausel üblicherweise auch nicht an sich unangemessen benachteiligend sein, sodass eine solche Gestaltung auch in AGB möglich ist.⁸

Das Gleiche gilt für Material Adverse Change-Klauseln (MAC-Klauseln), die sich häufig bei Unternehmenstransaktionen,⁹ aber auch in Kreditverträgen¹⁰ finden. Hier ist es eine Frage der genauen Formulierung der Klausel, ob die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie eine solche Veränderung wesentlicher Umstände darstellen; in diesem Fall gilt ebenfalls das, was in der Klausel stipuliert ist. So kann etwa vereinbart sein, dass die Transaktion aufgehoben oder angehalten wird, bis die Umstände in Nachverhandlungen o.ä. mitberücksichtigt werden.

II. Gesetzlicher Rahmen

Wo die Parteien allerdings keine explizite vertragliche Risikoordnung vorgenommen haben, insbesondere das Risiko höherer Gewalt nicht ausdrücklich einer Partei zugewiesen oder anderweitig geregelt haben, gilt das gesetzliche Leistungsstörungsrecht der §§ 275, 280 ff. und 320 ff. BGB. Dieses führt indessen in der Regel zu „Alles-oder-Nichts“-Lösungen, d.h. am Ende wird entweder eine Partei von ihrer Leistungspflicht befreit oder nicht, muss für die Nichterfüllung ihrer Leistung haften oder nicht, und erhält ihre Gegenleistung oder nicht. Das allgemeine Leistungsstörungs-

6 *Debio/Rinne/Schmitt*, Finanzsektor (Fn. 5), S. 820; *Wagner/Holtz/Dötsch*, Lieferverträge (Fn. 5), S. 848.

7 *K. Bacher*, Die Corona-Pandemie und allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen, MDR 2020, S. 514 (516).

8 S. dazu *Bacher*, Corona-Pandemie (Fn. 7), S. 516 f.; *G. Thüsing*, in: F. Graf von Westphalen/G. Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 34. Aufl. 2013, Höhere Gewalt Rn. 5 ff.

9 S. dazu etwa *T. Kuntz*, Die Auslegung von Material Adverse Change (MAC)-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, DStR 2009, S. 377 ff.; *C. Lange*, „Material Adverse Effect“ und „Material Adverse Change“-Klauseln in amerikanischen Unternehmenskaufverträgen, NZG 2005, S. 454 ff.

10 *Debio/Rinne/Schmitt*, Finanzsektor (Fn. 5), S. 820.

recht führt mit diesen Vorschriften dagegen in der Regel nicht zu vermittelnden Lösungen, die das Risiko etwa hälftig auf die Parteien verteilen.

Die Covid-19-Pandemie ist allerdings keine typische Leistungsstörung, die einzelne Schuldner betrifft, die ihre Pflichten verletzt haben, weil sie etwa nicht hinreichend vorgesorgt haben. Vielmehr betrifft die Pandemie alle Personen gleichermaßen; es handelt sich um eine gesamtgesellschaftliche Störung. Mithin ist auch ihre Bewältigung eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Ausgehend von dieser Prämisse dürften die „Alles-oder-Nichts“-Lösungen der erwähnten leistungsstörungenrechtlichen Vorschriften nicht ausreichen, um die durch die Covid-19-Pandemie ausgelösten vertragsrechtlichen Probleme zufriedenstellend zu lösen. Denn nach diesen müsste jeweils eine Partei vollständig das Risiko eines Leistungsausfalls (ihres eigenen oder desjenigen ihres Vertragspartners) tragen; eine andere Risikoverteilung als „Alles oder Nichts“ kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Aus gesamtökonomischer Sicht werden dadurch Ergebnisse produziert, die beinahe zufällig wirken, weil die Normen, welche die Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht regeln, nicht auf derart globale und breit einwirkende Störungen ausgerichtet sind. Diese Risikoverteilung kann zu Risikoakkumulationen bei einzelnen Akteuren führen, die dann die Pandemiefolgen vollständig selbst tragen müssten, obwohl die anzuwendenden leistungsstörungenrechtlichen Vorschriften und Grundsätze (wie etwa das Beschaffungsrisiko bei Gattungsschuldern) nicht auf Fälle wie diese zugeschnitten sind. Ein solches Ergebnis wäre allenfalls tragbar, wenn auch die staatlichen Hilfen zielgenau bei diesen Akteuren ankommen würden; dafür gibt es bisher aber keine Anhaltspunkte.

Daher ist es wichtig zu ergänzen, dass alle Ergebnisse des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts unter dem Vorbehalt einer Korrektur wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB stehen. Zwar ist § 313 BGB grundsätzlich insofern subsidiär gegenüber dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht, als die Norm nur greift, wenn keine vorrangige vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung besteht.¹¹ Allerdings dürfte bei einer derart schwerwiegenden Beeinträchtigung des globalen Wirtschaftslebens, wie sie durch die Covid-19-Pandemie eingetreten ist, ein Fall vorliegen, der die gesetzliche und vertragliche Risikoverteilung in vielen Fällen überschreitet. Die betroffenen Risiken sind dann als außerhalb der gesetzlichen Risikoverteilung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts liegend anzusehen, und werden auch von vielen vertraglichen Regelungen

11 S. Lorenz, in: H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 1.2.2020, § 313 Rn. 25 ff.

(abgesehen von den bereits erwähnten Force Majeure- und MAC-Klauseln) nicht mehr erfasst sein, sodass auch keine vorrangige vertragliche Risikoverteilung anzunehmen ist.¹² Alle nachfolgenden Ausführungen zum Allgemeinen Leistungsstörungenrecht stehen daher unter dem Vorbehalt, dass sich nicht aus § 313 BGB etwas anderes ergibt.

C. Zahlungsschwierigkeiten

Der Ausgangspunkt des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts für den Umgang mit Zahlungsschwierigkeiten ist zunächst eindeutig: Wer eine fällige und durchsetzbare Geldforderung trotz Mahnung nicht erfüllt, kommt in Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt für denjenigen, der einen gesetzlich oder vertraglich festgelegten Zahlungstermin nicht einhält. Das gilt auch dann, wenn die Nichtleistung darauf beruht, dass wegen Corona-bedingter Schwierigkeiten nicht gezahlt werden kann. Es gilt auch hier der Grundsatz: „Geld hat man zu haben“.¹³ Der Schutz des Schuldners im Fall unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit wird erst im Insolvenzrecht oder im Vollstreckungsschutzrecht bewirkt, nicht dagegen im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

Die Rechtsfolgen des Zahlungsverzuges sind bekannt: Der Geldgläubiger kann zunächst nach § 320 BGB seine Gegenleistung verweigern, das bedeutet beispielsweise beim Kaufvertrag, dass der Verkäufer nicht liefern muss, wenn der Käufer nicht bezahlt. Nach fruchtlosem Ablauf einer vom

12 S. dazu eingehend *J. Prütting*, in diesem Band; ferner *Weller/Lieberknecht/Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 1), S. 1021 f.; a.A. offenbar *S. Lorenz*, in: H. Schmidt (Hrsg.), COVID-19, 2020, § 1 Rn. 39 f.; speziell für das Mietrecht befürwortend *Artz/Streyll*, in H. Schmidt (Hrsg.), COVID-19 (Fn. 12), § 3 Rn. 75 ff.; *L. K. Kumkar/W. Voß*, COVID-19 und das Institut der Geschäftsgrundlage, ZIP 2020, 893 (895 f.); *M.-P. Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht – Mietminderung in der Corona-Krise, BB 2020, S. 962 ff.; *U. Leo/E. Götz*, Fälle und Lösungen zum Schicksal der Mietzahlungspflicht des Gewerberaummieters in COVID-19-Zeiten, NZM 2020, 402 (405 f.); s. zur Debatte um die Anwendbarkeit des § 313 BGB im Mietrecht neben diesen u.a. *Ekkenga/Schirmacher*, Auswirkungen der COVID-19-Katastrophe auf die Zahlungspflichten gewerblicher Mieter und Pächter, NZM 2020, S. 410 ff.; *A. Schall*, Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen, JZ 2020, S. 388 ff.; *K. Zehlein*, Infektionsschutzbedingte Schließungsanordnungen in der COVID-19-Pandemie, NZM 2020, S. 390 (397 ff.).

13 Dazu grundlegend *D. Medicus*, „Geld muss man haben“, AcP 188 (1988), S. 489 ff.; im vorliegenden Zusammenhang näher *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 16.

Gläubiger gesetzten Nachfrist kann dieser ferner nach § 323 Abs. 1 BGB zurücktreten. Bei Dauerschuldverhältnissen besteht im Fall von Zahlungsverzug zudem in der Regel ein Kündigungsrecht des Geldgläubigers, meist unter qualifizierten Voraussetzungen: So kann der Vermieter nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB den Mietvertrag außerordentlich kündigen, wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Mietzahlung (oder eines nicht unerheblichen Teils davon, s. dazu auch § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB für Wohnraummietverträge) oder über einen längeren Zeitraum mit einem Betrag von mindestens zwei Monatsmieten in Verzug ist. Auch ein Darlehensgläubiger kann kündigen, wenn der Darlehensschuldner mit seiner Rückzahlung oder der Zinszahlung in Verzug gerät (§ 314 BGB)¹⁴ bzw. bei Verbraucherdarlehen, wenn der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten ganz oder teilweise oder mit einem substantziellen Teilbetrag des Darlehens in Verzug ist (§ 498 BGB). Selbst ein Strom- oder Gaslieferant kann in der Regel die Versorgung unterbrechen, wenn der Kunde mit der Begleichung seiner Rechnungen in Verzug gerät und bei wiederholtem Verzug auch den Vertrag fristlos kündigen (z.B. §§ 19 Abs. 2, 21 S. 2 StromGVV, §§ 24 Abs. 2, 27 S. 2 NAV bzw. §§ 19 Abs. 2, 21 S. 2 GasGVV, §§ 24 Abs. 2, 27 S. 2 NDAV).

Zusätzlich schuldet der Geldschuldner Verzugszinsen gem. § 288 BGB: Diese betragen im Regelfall fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, bei Entgeltsschulden aus Unternehmungsgeschäften sogar neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Hinzu kommt bei Entgeltforderungen die Kostenpauschale von 40 € nach § 288 Abs. 5 BGB, sowie die Pflicht zum Ersatz weiteren Verzögerungsschadens nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB, z.B. wenn der Geldgläubiger einen Anwalt beauftragen muss, um seine Forderung durchzusetzen.

Der Gesetzgeber hat allerdings erkannt, dass der Grundsatz „Geld hat man zu haben“ während der Einschränkungen durch die Covid-19-Pandemie zu unangemessenen Härten führen kann. Insbesondere die Konsequenz eines Kündigungsrechts im Mietrecht und eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB oder ebenfalls eines Kündigungsrechts bei Versorgungsverträgen über Energie oder Kommunikation kann für die Kunden im physischen und psychischen Sinne existenzbedrohend werden. Daher wurden im neuen Art. 240 § 1 EGBGB Sonderregeln¹⁵ geschaffen,

14 S. dazu C. A. Weber, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, 15.2.2020, § 490 Rn. 149 ff.

15 Zum gesamten Art. 240 EGBGB s. den Überblick bei M. Schmidt-Kessel/C. Möllnitz, Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen, NJW 2020, S. 1103 ff.

die die Versorgung von Verbrauchern und Kleinstunternehmern mit lebensnotwendigen Leistungen auch bei Corona-bedingten Zahlungsschwierigkeiten sicherstellen sollen (Verbraucher-Moratorium).¹⁶ Das hierdurch begründete Leistungsverweigerungsrecht schließt es aus, dass die Geldgläubiger (also die Versorgungsunternehmen) die Versorgung nach § 320 BGB verweigern oder gar wegen Zahlungsverzugs einstellen dürfen.¹⁷

Zudem schützt Art. 240 § 2 EGBGB Mieter und Pächter vor Zahlungsverzugskündigungen¹⁸ und Art. 240 § 3 EGBGB Darlehensnehmer bei Verbraucherdarlehen vor Kündigungen wegen Zahlungsverzugs oder wegen des Wertverlusts von Sicherheiten.¹⁹ Diese Sonderregelungen betreffen jedoch bei weitem nicht alle Fälle Corona-bedingter Leistungsschwierigkeiten, sodass das allgemeine Leistungsstörungenrecht nach wie vor von Bedeutung ist.

D. Lieferschwierigkeiten beim Kaufvertrag

Beim Kaufvertrag können sich Corona-bedingte Einschränkungen zunächst in Gestalt von Personalengpässen beim Hersteller niederschlagen, falls der Verkäufer zugleich Hersteller ist, also auf der ersten Handelsstufe. Dann kann der Hersteller evtl. nicht so viele Waren produzieren, wie er vertraglich versprochen hatte. Zudem können Corona-bedingt evtl. notwendige Vorprodukte nicht beschafft werden, etwa weil die Logistikkette durch Grenzschließungen oder Betriebsschließungen bei Vorlieferanten unterbrochen wird, sodass die Produktion aus diesem Grund ins Stocken

16 S. dazu *A.-M. Kaulbach/B. Scholl*, in diesem Band, sowie *T. Rüfner*, JZ 2020, S. 443 ff.; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 42 ff.; *Bacher*, Corona-Pandemie (Fn. 7), S. 517 ff.; *C. Möllnitz/M. Schmidt-Kessel*, in: *W. Uhlenbruck* (Hrsg.), Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2020, Art. 240 §§ 1-4 EGBGB Rn. 7 ff.

17 *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 16), Art. 240 §§ 1-4 EGBGB Rn. 79.

18 S. dazu *J. Brinkmann*, in diesem Band, sowie *M. Artz/J. Brinkmann/D. Pielsticker*, Wohnraummietrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, MDR 2020, S. 527 ff.; *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 16), Art. 240 §§ 1-4 EGBGB Rn. 94 ff.; *S. Sittner*, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, S. 1169 ff.; zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung s. *K.-M. Utb/H. Barthen*, Verfassungswidrigkeit der Kündigungsbeschränkung im „COVID-19-Gesetz“, NZM 2020, S. 385 ff.

19 S. dazu *Kaulbach/Scholl*, in diesem Band, sowie *T. B. Lüthmann*, Das Moratorium im Darlehensrecht anlässlich der Covid-19-Pandemie, NJW 2020, S. 1321 ff.; *E. Meier/M. Kirschhöfer*, Auswirkungen der Corona-Gesetzgebung auf laufende Darlehensverträge, BB 2020, S. 967 ff.; *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 16), Art. 240 §§ 1-4 EGBGB Rn. 129 ff.

gerät. Denkbar ist auch, dass der Betrieb des Herstellers unmittelbar aufgrund einer behördlichen Anordnung geschlossen und die Produktion aus diesem Grund stillgelegt wird. All diese Gründe führen dann auf der nächsten Handelsstufe zu Lieferschwierigkeiten, weil Händler nicht hinreichend mit Waren beliefert werden, um die eigenen Lieferverpflichtungen gegenüber ihren Abnehmern erfüllen zu können.

I. Geschuldete Anstrengungen des Verkäufers

Die erste Frage in diesen Fällen lautet, welche Anstrengungen der Verkäufer unternehmen muss, um seiner Lieferpflicht noch nachkommen zu können.

1. Grundlagen

Der dogmatische Ausgangspunkt hierfür ist, dass es sich bei der Lieferpflicht nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB um eine erfolgsbezogene Leistungspflicht handelt, d.h. der Verkäufer schuldet die Übergabe und Übereignung der Kaufsache, nicht nur das Bemühen darum. Er muss also grundsätzlich alles unternehmen, um diese Leistungspflicht zu erfüllen. Das bedeutet, er muss selbstverständlich sein Lager leerräumen und alle Lagerbestände ausliefern. Er muss, wenn er selbst Händler und nicht (nur) Produzent ist, sogar am Markt Waren zukaufen – etwa bei anderen Großhändlern, wenn bei diesen noch welche verfügbar sind.

Das gilt allerdings nicht für einen selbst produzierenden Verkäufer, der sich von vornherein nur verpflichtet hat, selbst produzierte Waren zu verkaufen (beschränkte Gattungsschuld²⁰); dieser muss nicht etwa bei der Konkurrenz vergleichbare Waren erwerben, sondern schuldet von vornherein nur Bestände aus seiner Eigenproduktion, soweit diese noch auf Lager sind oder produziert werden können. Allerdings schuldet der Produzent seinen Käufern im Hinblick auf bestehende Lieferverpflichtungen immerhin die optimale Organisation seines Produktionsbetriebs, d.h. er muss diesen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren so organisieren, dass eine Erfüllung der bereits eingegangenen Lieferverpflichtungen möglich bleibt. Dazu muss er ggfs. Personal umschichten und andere organisatori-

20 Vgl. OLG Hamburg OLGE 33, 208 f.; weitere Beispiele bei *Riehm*, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht (Fn. 14), 1.2.2020, § 275 Rn. 57.1.

sche Maßnahmen treffen, um den Produktionsbetrieb noch aufrecht zu erhalten, solange das möglich ist.

Sofern nur noch begrenzte Bestände vorhanden sind, die nicht für die Erfüllung sämtlicher zuvor eingegangener Leistungspflichten genügen, verlangt die herrschende Meinung sowohl vom Händler als auch vom Produzenten, dass diese Bestände proportional unter allen Käufern aufzuteilen sind. Je nach dem Volumen der jeweiligen zuvor abgeschlossenen Kaufverträge soll jeder Käufer einen entsprechenden Anteil erhalten – ähnlich wie bei der Verteilung einer Insolvenzmasse unter gleichrangigen Gläubigern.²¹ Nach der Gegenauffassung, die auch hier vertreten wird, wird dem Verkäufer zugestanden, nach freiem Ermessen zu entscheiden, welchen bzw. welche Käufer er befriedigen möchte.²² Dieses Ermessen wird er typischerweise danach ausüben, welche Kundenbeziehung ihm am wichtigsten ist, welcher Käufer die schärfsten Konsequenzen androht oder schlicht, wer als Erstes klagt und vollstreckt. Diese Auffassung bezieht sich letztlich auf den Prioritätsgrundsatz der Einzelzwangsvollstreckung, der außerhalb von Insolvenzverfahren Geltung beansprucht. Es wäre zudem im etwaigen Lieferprozess und auch in einem späteren Schadensersatzprozess nicht realistisch zu erwarten, dass der Verkäufer vorträgt (und das Gericht prüft), welche Kaufverträge insgesamt mit welchem Volumen bestanden, welche Waren insgesamt vorhanden waren, und wie eine proportionale Aufteilung ausgesehen hätte. Dabei handelt es sich nicht zuletzt um Geschäftsgeheimnisse des Verkäufers. Und schließlich öffnet die h.M. dem Verkäufer Tür und Tor für die Schutzbehauptung im Falle einer Teilleistungsstörung, dass er die fehlenden Waren wegen eines konkurrierenden obligatorischen Anspruchs eines Dritten nicht liefern durfte. Nach hier vertretener

-
- 21 RG Recht 1918, 152 (Nr. 306); RGZ 84, 125 (128 f.); OLG Augsburg JW 1919, 736 (737); OLG Hamburg OLGE 32, 314 (315) (jeweils bei Rohstoffmangel im ersten Weltkrieg); *H. P. Westermann*, Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008), S. 141 (168 f.); *J. Neuner*, Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, AcP 203 (2003), S. 46 (57 f.); *U. Huber*, Leistungsstörungen, Band 1, 1999, § 24 IV 3 (S. 601 ff.); *B. Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, S. 159 ff.; *W. Ernst*, Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf, in: *W. Schön* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, S. 49 (97 ff.).
- 22 S. OLG Dresden JW 1917, 978; *Riehm* (Fn. 20), § 275 Rn. 59.1; *G. Caspers*, in: *J. von Staudinger* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2019, § 275 Rn. 23; *T. Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 62 f.; *G. Schiemann*, in: *J. von Staudinger* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Fn. 22), 2015, § 243 Rn. 20; *E. Wolf*, Anleitung zum Lösen zivilrechtlicher Fälle, JuS 1962, S. 101 (103 ff.).

Auffassung muss (und darf) der Verkäufer daher seine Lieferpflicht erfüllen, wenn der aktuelle Vorrat für die Erfüllung des gerade geltend gemachten Anspruchs ausreicht; konkurrierende schuldrechtliche Ansprüche anderer Käufer bleiben insoweit außer Betracht. Erst wenn der Vorrat erschöpft ist, schuldet der Verkäufer auch keine weiteren Anstrengungen mehr, kann sich aber i.d.R. für die Nichtleistung exkulpieren, wenn und weil eine rechtfertigende Pflichtenkollision vorlag.²³ Ebenso darf er selbst – wenn er zugleich Produzent ist – entscheiden, wie er seinen Betrieb organisiert, welche Bestellungen über welche Waren er bevorzugt behandelt, und welche er den beschränkten Kapazitäten opfert; auch hier wird man nicht verlangen können, dass er – gerichtlich überprüfbar! – seinen Betrieb so organisiert, dass alle Käufer verschiedenartiger Waren proportional bedient werden können.

2. Grenzen der geschuldeten Anstrengungen

Die vom Verkäufer geschuldeten Anstrengungen sind allerdings nicht unbegrenzt: Zunächst können die Parteien vertraglich von vornherein Beschränkungen der Leistungspflicht vorsehen. So kann etwa ein Händler als Verkäufer die geschuldete Gattung auf Waren aus dem eigenen Lager bzw. Vorrat beschränken und so die Verpflichtung zur Beschaffung weiterer Waren am freien Markt ausschließen. Gleiches gilt für die bereits erwähnte Beschränkung der geschuldeten Gattung auf die eigene Produktion beim Kauf vom Hersteller. Auch Begrenzungen des geschuldeten Beschaffungsaufwands bis hin zu einem freien Lösungsrecht des Verkäufers im Falle der Nichtbelieferung (Selbstbelieferungsvorbehalt) sind vertraglich vereinbar, sofern der Verkäufer einen kongruenten Deckungskauf abgeschlossen hatte, der dann scheiterte.²⁴

a) Die wichtigste gesetzliche Grenze der geschuldeten Leistungsanstrengungen bildet zunächst § 275 Abs. 2 BGB. Diese Norm gewährt dem Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn sein Aufwand im Verhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers unverhältnismäßig groß ist. Die Einrede aus § 275 Abs. 2 BGB besteht auch dann, wenn die Leistungser-

23 Vgl. T. Riehm, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen, in: A. Heldrich/J. Prölss/I. Koller (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, Bd. 1, S. 1079 (1101) sowie Riehm (Fn. 20), § 280 Rn. 175.

24 BGH NJW 1995, 1959; Riehm (Fn. 20), 275 Rn. 60; D. Joost, in: C. T. Ebenroth/K. Boujong/D. Joost/L. Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2015, § 346 Rn. 119.

schwerung nur vorübergehend auftritt – wovon bei der Covid-19-Pandemie auszugehen ist. Sie kann dann als dilatorische Einrede für die Dauer der Pandemie-bedingten Leistungerschwerungen erhoben werden.²⁵ Allerdings greift diese Grenze seltener, als auf den ersten Blick ersichtlich ist. Insbesondere greift sie bei Preissteigerungen auf dem vorgelagerten Markt nur selten. Der Vergleichsmaßstab für den Aufwand des Verkäufers als Schuldner ist nämlich nicht etwa der Kaufpreis, sondern das Leistungsinteresse des Gläubigers; die Gegenleistung wird in § 275 Abs. 2 BGB nicht erwähnt. Wenn nun Pandemie-bedingt bestimmte Güter am Markt teurer werden, steigt zwar der Leistungsaufwand für den Verkäufer, der die Waren zu höheren Preisen von seinen Lieferanten einkaufen muss. Wenn aber zugleich der Marktpreis auf der nächsten Handelsstufe steigt, erhöht sich das Leistungsinteresse des Käufers typischerweise gleichermaßen. Denn das Leistungsinteresse des Gläubigers entspricht in der Regel dem Schadensersatz statt der Leistung, den der Käufer verlangen könnte,²⁶ und dieser wiederum umfasst mindestens die Kosten eines Deckungsgeschäfts, d.h. des Kaufes der geschuldeten Ware bei einem anderen Anbieter. Damit entspricht das Leistungsinteresse des Käufers (mindestens) dem gestiegenen Marktpreis auf der nächsten Handelsstufe. Solange Einkaufspreis des Verkäufers und Marktpreis auf der nächsten Handelsstufe parallel steigen, kann daraus also kein grobes Missverhältnis zwischen Leistungsaufwand des Verkäufers und Leistungsinteresse des Käufers folgen – selbst wenn der Leistungsaufwand auf ein Vielfaches des vereinbarten Kaufpreises steigen sollte.²⁷

Dies zeigt sich am konkreten Beispiel von Webcams, deren Preise während der Covid-19-Pandemie erheblich gestiegen sind: Ein Verkäufer hatte eine Webcam für 100 € an einen Endkunden verkauft. Den Kaufpreis hatte er auf der Grundlage eines Einkaufspreises von 80 € kalkuliert. Wegen der stark gestiegenen Nachfrage erhöht sich sein Einkaufspreis nunmehr auf 160 €. Der Marktpreis für dieselbe Kamera auf dem Endkundenmarkt ist inzwischen allerdings ebenfalls auf 200 € gestiegen. Da der Kunde die Kamera im Falle einer Nichtleistung des Verkäufers nunmehr anderweitig für 200 € kaufen müsste, beträgt sein Leistungsinteresse (mindestens) 200 €. Der Leistungsaufwand des Verkäufers von 160 € ist *im Hinblick hier-*

25 Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 248 f.

26 BGH NJW 2008, 3122 (jedenfalls für zu vertretende Leistungshindernisse); Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 219; W. Ernst, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 97.

27 Lorenz (Fn. 12), § 1 Rn. 24; Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 220; Ernst (Fn. 26), § 275 Rn. 98.

auf nicht grob unverhältnismäßig. Dass der Leistungsaufwand erheblich mehr als den vereinbarten Kaufpreis von 100 € beträgt, ist für die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB unerheblich. Es kann allenfalls ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB vorliegen (Fallgruppe der Äquivalenzstörung), der zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung und ggfs. zu einem Rücktrittsrecht der belasteten Partei (hier: des Verkäufers) führen kann.²⁸

Fälle des § 275 Abs. 2 BGB werden daher allenfalls vorliegen, wenn Umstände spezifisch beim Verkäufer eintreten und dessen Kosten erhöhen, ohne dass zugleich der Marktpreis steigt. Das mag für einen Produzenten gelten, der durch höhere Hygieneanforderungen oder wegen Personalmangels seine Produktion drosseln muss, sodass seine Stückkosten steigen, während der Marktpreis für das Produkt konstant bleibt, weil Wettbewerber die gleiche Ware weiterhin zum bisherigen Preis anbieten. Andere denkbare Fälle sind solche, bei denen das Leistungsinteresse des Gläubigers infolge der Covid-19-Pandemie sogar sinkt, weil er selbst für die bestellte Ware keine Verwendung mehr hat.²⁹ Hier ist eine Leistungsbefreiung aufgrund der Einrede aus § 275 Abs. 2 BGB denkbar, wenn der Aufwand des Produzenten in Relation zum Leistungsinteresse des Abnehmers – also faktisch zum Marktpreis oder einem ggfs. gesunkenen Interesse – unverhältnismäßig groß wird. Wo diese Schwelle genau liegt, ist einzelfallabhängig und schwer allgemein zu bestimmen.³⁰ Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, ob der Käufer die Ware anderweitig am Markt erhalten kann, also nicht auf die Erfüllung durch diesen konkreten Verkäufer angewiesen ist. Für nicht zu vertretende Leistungerschwerungen, wie sie im Rahmen der Covid-19-Pandemie regelmäßig vorliegen dürften, wird man annehmen können, dass der Verkäufer – wenn die Ware anderweitig verfügbar ist – nur wenig mehr als den Marktpreis, den der Käufer bei Dritten bezahlen müsste, aufwenden muss (etwa 5-10%). Ist der Käufer dagegen auf die Lieferung des Verkäufers angewiesen, wird man die Schwelle höher ansetzen müssen, z.B. bei einer Überschreitung des Leistungsinteresses um 10-20%.³¹

28 S. *Weller/Lieberknecht/Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 1), S. 1021 f. m.w.N. sowie *Prütting*, in diesem Band.

29 *Weller/Lieberknecht/Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 1), S. 1020.

30 Für Anhaltspunkte s. *Riehm* (Fn. 20), § 275 Rn. 213 ff.; für konkrete Zahlen *I. Bach*, Leistungshindernisse, 2017, S. 428 ff.

31 Ähnlich *Ernst* (Fn. 26), § 275 Rn. 107 ff. (ohne konkrete Zahlen); abweichende Zahlenverhältnisse (allein in Abhängigkeit vom Verschuldensgrad) bei *F. Faust*, in: P. Huber/F. Faust (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 2 Rn. 68.

b) Eine weitere Grenze für die geschuldeten Leistungsanstrengungen des Schuldners bildet die „echte“ Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB. Die Leistung ist unmöglich im Sinne dieser Vorschrift, wenn naturgesetzlich ausgeschlossen oder rechtlich verboten ist, dass der Verkäufer liefert. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Markt für den Verkäufer vollständig „leergefegt“ ist, sodass unabhängig von seinen Anstrengungen keine Ware mehr zu erhalten ist, etwa weil sämtliche Produktionsstätten geschlossen sind. Die tatsächliche Unmöglichkeit wird allerdings nur vorübergehend sein, weil davon auszugehen ist, dass die aktuellen Regelungen, Betriebsschließungen etc. eines Tages wieder aufgehoben werden, sodass die Leistungshindernisse entfallen werden.³² Gleichwohl sind dann für die Zeit des Hindernisses keine Anstrengungen geschuldet, weil sie ohnehin sinnlos wären. Gleiches gilt für vorübergehende rechtliche Leistungshindernisse, wenn also die geschuldete Leistung verboten ist. Das wird bei gewöhnlichen Kaufverträgen im Handel auch in Corona-Zeiten kaum jemals der Fall sein, solange nicht die Lieferung bestimmter Gegenstände (z.B. Schutzmasken) behördlich verboten wird – anders als bei Dienst- und Werkleistungen. Denkbar ist dies aber bei Kaufverträgen mit Herstellern, deren Betrieb durch behördliche Anordnung geschlossen wurde, sodass sie die geschuldeten Waren ohne Rechtsverstoß nicht herstellen können. Hier liegt tatsächlich ein Fall (vorübergehender) rechtlicher Unmöglichkeit vor, in welchem auch keine Leistungsanstrengungen geschuldet sind.

c) Die letzte Grenze der geschuldeten Leistungsanstrengungen bildet ein möglicher Wegfall der Geschäftsgrundlage. Die Leistungspflicht findet dort ihre Grenze, wo der Vertrag nach § 313 Abs. 1 BGB angepasst werden muss, weil die Veränderung der Umstände so gravierend ist, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag einer Partei unter Berücksichtigung der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung nicht mehr zugemutet werden kann. Das kann der Fall sein, wenn die Aufwendungen des Verkäufers den vereinbarten Kaufpreis infolge der Covid-19-Pandemie deutlich übersteigen. Diese Frage ist allerdings nicht Gegenstand dieses Beitrags.³³

d) Keine relevante Grenze für den kaufrechtlichen Lieferanspruch bildet dagegen die persönliche Unzumutbarkeit gemäß § 275 Abs. 3 BGB: Diese Vorschrift ist nur auf höchstpersönliche Leistungspflichten anwendbar, de-

32 Weller/Lieberknecht/Habrigh, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 1), S. 1020.

33 S. dazu Prütting, in diesem Band.

ren Erfüllung auch nicht auf Dritte delegiert werden darf.³⁴ Die kaufvertragliche Lieferpflicht ist in aller Regel keine solche, weil es dem Käufer nur auf die Ware ankommt, nicht dagegen auf die Person des Verkäufers. Selbst wenn daher einem konkreten Verkäufer die Erfüllung aus persönlichen Gründen unzumutbar sein sollte, etwa weil er wegen seiner Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe jedes Infektionsrisiko vermeiden und daher im Rahmen der Lieferung nicht in Kontakt zum Kunden treten möchte, spricht in diesem Fall nichts gegen eine Delegation der Lieferpflicht auf Dritte – selbst wenn diese mit Mehrkosten verbunden sein sollte. Die Frage, inwieweit diese Mehrkosten aufzubringen sind, beantwortet ausschließlich § 275 Abs. 2 BGB; § 275 Abs. 3 BGB ist demgegenüber nicht anwendbar.³⁵

e) Die vorstehend dargestellten Maßstäbe beschreiben nicht nur die Grenzen des Erfüllungsanspruches, sondern zugleich den Umfang der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ im Sinne von § 276 Abs. 2 BGB. Daher hat ein Verkäufer seine Nichtleistung zu vertreten i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 2 bzw. § 286 Abs. 4 BGB, wenn er diesen Maßstab unterschreitet. Hat der Verkäufer darüber hinaus sogar eine Garantie für die Belieferung übernommen, also vertraglich erklärt, dass er für die Folgen einer Nichtleistung unabhängig von seinem Verschulden eintreten werde, so kommt es auf ein Verschulden im vorstehend beschriebenen Sinne gar nicht an: Er hat seine Nichtleistung immer dann zu vertreten, wenn das betroffene Risiko von seiner Garantie umfasst ist. Daher ist insoweit zunächst der genaue Wortlaut der Garantieerklärung zu untersuchen, ob er auch ein Pandemierisiko umfasst.³⁶ Finden sich im Wortlaut keine Anhaltspunkte hierfür, ist im Wege der Auslegung weiter zu prüfen, ob dies zumindest dem Willen der Parteien entsprach. Im Hinblick darauf, dass die Covid-19-Pandemie ein völlig unvorhersehbares Risiko darstellt, wird man nicht ohne weiteres annehmen können, dass eine Liefergarantie auch dieses umfasst.

34 Vgl. M. Weller, *Persönliche Leistungen*, 2012, S. 21 ff., 241 ff.; s. auch Ernst (Fn. 26), § 275 Rn. 117; C.-W. Canaris, *Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung in einer Kollisions- oder Konfliktslage nach deutschem Recht*, in: M. V. de Giorgi/S. Delle Monache/G. de Cristofaro (Hrsg.), *Studi in onore di Giorgio Cian*, 2010, S. 383 (385, 388 f.).

35 Näher Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 265 ff.

36 S. auch unten D.IV zu den Folgen der Übernahme eines Beschaffungsrisikos.

II. Allgemeine Rechtsfolgen

Unabhängig davon, ob der Verkäufer die erforderlichen Lieferanstrengungen unterschreitet oder nicht, ob er also die Nichtleistung zu vertreten hat oder nicht, kann der Käufer im Falle einer Nichterfüllung durch den Verkäufer zunächst nach § 320 BGB den Kaufpreis zurückhalten, sofern dieser noch nicht bezahlt ist. Darüber hinaus kann er nach § 323 Abs. 1 BGB dem Verkäufer eine Frist zur Lieferung setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf vom Vertrag zurücktreten. Der Verkäufer schuldet dann die Erstattung eines evtl. bereits bezahlten Kaufpreises (§ 346 Abs. 1 BGB).

III. Rechtsfolgen bei zu vertretender Nichtleistung

Nunmehr sind die Rechtsfolgen zu untersuchen, die eintreten, wenn die Leistungsanstrengungen des Verkäufers hinter dem geschuldeten Maß zurückbleiben und er deswegen nicht leistet. Derartige Fälle dürften nicht selten sein, etwa wenn ein Verkäufer nicht bereit ist, Aufwendungen zu erbringen, die den Kaufpreis überschreiten, ohne dass ein Fall des § 313 Abs. 1 BGB bzw. eines vertraglichen Selbstbelieferungsvorbehalts vorliegt.

In diesem Fall kommt der Verkäufer nach einer Mahnung des Käufers in Lieferverzug. Dementsprechend schuldet er dem Käufer den Ersatz des Verzögerungsschadens, etwa Anwaltskosten zur Durchsetzung seines Anspruchs (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). Hinzu kommt, dass der Käufer dem Verkäufer eine Nachfrist zur Lieferung setzen kann und nach deren fruchtlosem Ablauf berechtigt ist, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB). Das bedeutet im praktischen Ergebnis, dass er sich die ausgebliebene Leistung nunmehr am freien Markt beschaffen kann (soweit möglich), und etwaige Mehrkosten vom Verkäufer ersetzt erhält. Voraussetzung ist lediglich, dass der Verkäufer mit seinen Anstrengungen zur Lieferung hinter denjenigen zurückbleibt, die er nach den vorstehenden Ausführungen schuldet (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB).

Am obigen Beispiel der Webcam illustriert bedeutet dies, dass der Käufer nunmehr, wenn der Verkäufer die für 100 € verkaufte Kamera trotz Nachfristsetzung nicht liefert, die Kamera für 200 € bei der Konkurrenz kaufen und die Differenz von 100 € vom Verkäufer verlangen könnte. Der Verkäufer, der nicht bereit war, die Kamera für 160 € am Markt zu kaufen und damit 60 € Verlust gegenüber dem Vertragspreis zu machen, verlöre dadurch selbst den Vertragspreis und müsste zusätzliche 100 € an den Käufer bezahlen. Auch dies gilt selbstverständlich nur unter der Vorausset-

zung, dass keine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB stattfindet. Freilich könnte gerade dieses Beispiel ein typischer Fall einer Äquivalenzstörung sein, die von § 313 BGB erfasst wird.³⁷

IV. Rechtsfolgen bei nicht zu vertretender Nichtleistung

Abschließend seien noch die Rechtsfolgen untersucht, die eintreten, wenn die Anstrengungen, die der Verkäufer unternehmen müsste, um die Leistung noch zu erbringen, das nach dem Vorstehenden geschuldete Maß überschreiten. In diesem Fall ist die Leistung entweder vorübergehend tatsächlich oder rechtlich unmöglich, beispielsweise weil der Verkäufer wegen einer Betriebsschließung oder gar der Beschlagnahmung der Ware (man denke etwa an Schutzmasken) seine Vertragspflicht nicht erfüllen kann. Oder die Erfüllung erfordert vorübergehend Aufwendungen, die grob außer Verhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers stehen.

Im ersten Fall ist der Erfüllungsanspruch analog § 275 Abs. 1 BGB vorübergehend suspendiert, solange das Hindernis besteht; im zweiten Fall kann der Verkäufer analog 275 Abs. 2 BGB vorübergehend die Einrede des grob unverhältnismäßigen Leistungsaufwandes gegen die Inanspruchnahme durch den Käufer erheben. Da die Leistungshindernisse nicht endgültig sind, liegt allerdings keine echte Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB vor, und auch die Einrede der groben Unverhältnismäßigkeit ist in diesem Fall keine dauernde, sondern nur eine vorübergehende. Vielmehr wäre eine Klage des Käufers auf Lieferung nach der zutreffenden h.M. nur als „derzeit unbegründet“ abzuweisen.³⁸ Möglich ist aber gleichwohl eine Klage auf künftige Leistung unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO.³⁹

37 Vgl. *Prütting*, in diesem Band; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 1), S. 1021 f.

38 *Riehm* (Fn. 20), § 275 Rn. 154 ff. m.w.N.

39 Vgl. *Lorenz* (Fn. 11), § 275 Rn. 73 (für den Fall des Ausstehens einer behördlichen Genehmigung); *Ernst* (Fn. 26), § 275 Rn. 141; *Bach*, Leistungshindernisse (Fn. 30), S. 777; *C.-W. Canaris*, Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, in: *T. Baums/M. Lutter/K. Schmidt/J. Wertenbruch* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 143 (146 f.); *W. Däubler*, Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, in: *S. Lorenz/A. Trunk/H. Eidenmüller/C. Wendehorst/J. Adolff* (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 55 (59); *B. Gsell*, Rechtskräftiges Leistungsurteil und Klage auf Schadensersatz statt der Leistung, *JZ* 2004, S. 110 (114); *D. Kaiser*, Zeitweilige Unmöglichkeit, in: *F. Häuser/H. Hammen/J. Hennrichs/A. Steinbeck/U. R. Siebel/R.*

Da keine echten Fälle des § 275 BGB vorliegen, sind auch die Vorschriften der §§ 283, 311 a, 326 BGB nicht anwendbar. Weder fällt daher der Erfüllungsanspruch weg und wird durch einen Schadensersatzanspruch ersetzt, noch entfällt automatisch der Anspruch auf die Gegenleistung;⁴⁰ vielmehr sind die Sekundärfolgen vorübergehender Leistungshindernisse nicht gesetzlich geregelt. Nach zutreffender h.M. sind insofern die Vorschriften über Leistungsverzögerungen entsprechend anzuwenden, wobei auf das Kriterium der „Durchsetzbarkeit“ der Forderung als Voraussetzung für Sekundärrechte verzichtet wird, weil diese während des Bestehens des Hindernisses gerade fehlt.⁴¹ Dabei ist in aller Regel davon auszugehen, dass der Verkäufer die Leistungsverzögerung nicht zu vertreten hat i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB. Denn die Covid-19-Pandemie ist kein Umstand, den er bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt hätte vorhersehen und vermeiden können; das gilt in der Regel selbst dann, wenn der Vertrag zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, zu welchem die Auswirkungen der Pandemie bereits vorhersehbar waren, sofern und weil sie auch dann für den Verkäufer jedenfalls nicht vermeidbar waren. Und selbst wenn der Verkäufer ein Beschaffungsrisiko gem. § 276 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB übernommen hat, wie das bei der Vereinbarung einer Gattungsschuld regelmäßig der Fall ist, umfasst dieses in aller Regel nur typische Beschaffungsprobleme wie etwa (übliche) Preissteigerungen auf dem vorgelagerten Markt und die Erschließung von Bezugsquellen, nicht aber spezifisch pandemiebedingte Lieferschwierigkeiten.⁴²

Dementsprechend kommt der Verkäufer in diesen Fällen nicht in Lieferverzug (§ 286 Abs. 4 BGB), schuldet also keinen Ersatz der Verzögerungsschäden des Käufers. Zudem besteht keine Grundlage für einen Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB, sodass er auch etwaige Mehrkosten, die durch ein Deckungsgeschäft am Markt entstehen, nicht vom Verkäufer ersetzt verlangen kann.

Unberührt bleiben allerdings die verschuldensunabhängigen Rechtsbehelfe. Danach kann der Käufer gemäß § 320 BGB selbstverständlich die

Welter (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 2004, S. 121 (129); vgl. auch RG JW 1919, 188 f.; a.A. F. Eichel, Künftige Forderungen, 2014, S. 323.

40 Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 159.

41 Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 161 m.w.N. auch zu abweichenden dogmatischen Erklärungen.

42 R. Schaub, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht (Fn. 14), 1.3.2020, § 276 Rn. 156; Bacher, Corona-Pandemie (Fn. 7), S. 5168 f.

Zahlung des Kaufpreises verweigern, solange der Verkäufer zur Lieferung der Ware nicht in der Lage ist.⁴³ Das gilt gemäß § 321 BGB auch dann, wenn der Käufer zur Vorleistung verpflichtet ist.⁴⁴ Ob er einen bereits bezahlten Kaufpreis für die Zwischenzeit zurückverlangen kann, bis der Verkäufer wieder leistungsfähig ist, ist umstritten: Ein Teil der Literatur bejaht einen solchen vorläufigen Rückforderungsanspruch analog § 326 Abs. 4 BGB.⁴⁵ Nach hier vertretener Auffassung ist ein solcher Anspruch dagegen abzulehnen, weil dem Käufer ohnehin ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB zusteht, aufgrund dessen er einen bereits bezahlten Kaufpreis zurückverlangen kann – dann allerdings unter vollständiger Vertragsaufhebung. Möchte er jedoch am Kaufvertrag festhalten und die Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt weiterhin beanspruchen, so besteht kein Grund, von einer vertraglich vereinbarten Vorleistungspflicht mit entsprechenden Fälligkeitsterminen abzuweichen. Selbst wenn dadurch die Vorleistung dem Insolvenzrisiko des Verkäufers ausgesetzt wird, realisiert sich damit nur dasjenige Risiko, das mit einer ungesicherten Vorleistung durch den Käufer stets verbunden ist.⁴⁶ Abweichungen hiervon sind nach hier vertretener Auffassung nur aufgrund des § 313 BGB zuzulassen.

Unbenommen bleibt dem Käufer allerdings nach h.M. das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB.⁴⁷ Dieses hängt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht davon ab, dass der Verkäufer die Nichtleistung zu vertreten hat. Zwar setzt dieses Rücktrittsrecht nach zutreffender h.M. voraus, dass eine „fällige und durchsetzbare“ Leistungspflicht besteht, woran man im Falle der vorübergehenden Unmöglichkeit bzw. der vorübergehenden Einrede

43 S. auch *Bacher*, Corona-Pandemie (Fn. 7), S. 518.

44 S. zum daraus folgenden Rücktrittsrecht gem. §§ 321 Abs. 2, 323 BGB A. *Arnold*, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, S. 866 (869).

45 *Bach*, Leistungshindernisse (Fn. 30), S. 779 f.; *H. P. Westermann*, in: W. Erman (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 2017, § 275 Rn. 12; *Canaris*, Einstweilige Unmöglichkeit (Fn. 39), S. 150; *Faust* (Fn. 31), Kap. 8 Rn. 8; *E. Wieser*, Schuldrechtsreform – Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem neuen Recht, MDR 2002, S. 858 (861); *C.-W. Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499 (500); krit. *Arnold*, Vorübergehende Unmöglichkeit (Fn. 44), S. 868.

46 *Riehm* (Fn. 20), § 275 Rn. 167; *Ernst* (Fn. 26), Rn. 144; *P. Schmidt*, Die Unmöglichkeit der Erfüllung in Ansehung der Zeit, 2007, S. 99 f.

47 Ebenso *Caspers* (Fn. 22), § 275 Rn. 50; *Ernst* (Fn. 26), § 275 Rn. 151 f.; *Canaris*, Einstweilige Unmöglichkeit (Fn. 39), S. 151 ff.; *Kaiser*, Zeitweilige Unmöglichkeit (Fn. 39), S. 134 f.; *T. Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 316 ff.

nach § 275 Abs. 2 BGB zweifeln könnte;⁴⁸ der Zweck der „Suspendierung“ der Lieferpflicht wegen des vorübergehenden Hindernisses steht einer entsprechenden Anwendung des § 323 BGB jedoch nicht entgegen.⁴⁹ Dementsprechend kann der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Lieferung setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf vom Vertrag zurücktreten. Bei der Bemessung der Angemessenheit der Frist ist, solange ein Ende des Leistungshindernisses nicht absehbar ist, vorrangig auf das Verwendungsinteresse des Käufers abzustellen, d.h. darauf, wie dringend er die Ware benötigt. Nach § 323 Abs. 4 BGB besteht das Rücktrittsrecht sogar schon vor Fälligkeit, wenn absehbar ist, dass die pandemiebedingten Leistungshindernisse auch am Fälligkeitstag noch bestehen werden.

In der Literatur wird zudem befürwortet, die vorübergehende Unmöglichkeit bzw. die vorübergehenden Leistungserschwerungen dann der „echten“ (dauernden) Unmöglichkeit gem. § 242 BGB gleichzustellen, wenn das weitere Zuwarten dem Käufer nicht mehr zumutbar sei, und wenn auch dem Schuldner nicht mehr zugemutet werden könne, den Vertrag nach Beseitigung des Hindernisses noch zu erfüllen.⁵⁰ Danach würden sich die Rechtsfolgen aus den §§ 283, 326 ergeben, sobald die Unmöglichkeit gem. § 242 BGB als dauernde zu behandeln wäre. Allerdings führen diese Vorschriften zu einem automatischen Übergang vom Erfüllungsanspruch auf die Sekundärrechte, ohne dass es einer entsprechenden Gestaltungserklärung des Gläubigers bedürfte. Das führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, weil erst *ex post* vom Gericht feststellbar ist, ob die Voraussetzungen für diese einschneidenden Rechtsfolgen vorlagen. Zudem bewirkt sie eine Bevormundung des Gläubigers, weil dieser nicht mehr selbst darüber entscheiden kann, ob er noch an den Vertrag gebunden sein will oder nicht. Vorzugswürdig ist demgegenüber eine Anwendung der Grundsätze des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB,⁵¹ wonach dem Käufer ein Rücktrittsrecht ohne vorhergehende Fristsetzung zusteht, wenn ihm das Zuwarten bis

48 So etwa *Kaiser*, Zeitweilige Unmöglichkeit (Fn. 39), S. 136 f.

49 Näher *Riehm* (Fn. 20), § 275 Rn. 165, 161 f.

50 So *Bacher*, Corona-Pandemie (Fn. 7), S. 517; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 14; *Caspers* (Fn. 22), § 275 Rn. 53 ff.; *R. Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 24; *Westermann* (Fn. 45), § 275 Rn. 12; *B. Gsell*, in: T. Soergel (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl. 2013, § 311 a Rn. 30; *D. Medicus*, Bemerkungen zur „vorübergehenden Unmöglichkeit“, in: S. Lorenz et al. (Hrsg.), FS Heldrich (Fn. 39), S. 347 (351, 354 ff.); *Faust* (Fn. 31), Kap. 8 Rn. 9.

51 Die Beschränkung des § 323 Abs. 2 Nr. 3 auf Schlechtleistungen hat insoweit – außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbraucherrechtlichlinie – keine praktischen Auswirkungen, vgl. *D. Looschelders*, in: beck-online.Großkommentar zum

zum Ablauf einer angemessenen Nachfrist unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht mehr zumutbar ist.⁵² Das Erfordernis einer Rücktrittserklärung in diesen Fällen schafft nach hier vertretener Auffassung mehr Rechtssicherheit als der von der h.M. angenommene automatische Übergang zu den Sekundärrechten nach § 242 BGB.

Die Nachfristsetzung ist zudem gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB bzw. § 376 HGB entbehrlich, wenn ein sogenanntes „relatives Fixgeschäft“ vorliegt, der Käufer im Vertrag also sein Leistungsinteresse an die Einhaltung der vereinbarten Leistungszeit gebunden hat.⁵³ Auch hierfür kommt es nicht darauf an, ob die Überschreitung der Leistungszeit vom Verkäufer zu vertreten ist.

Im praktischen Ergebnis wird dadurch der Vertrag während des Bestehens der pandemiebedingten Leistungshindernisse grundsätzlich beidseitig suspendiert; nur wenn auf Seiten des Käufers eine besondere Dringlichkeit gegeben ist, kann dieser ein Rücktrittsrecht entweder nach Nachfristsetzung oder nach dem Gedanken des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ausüben. Diese Lösung erscheint beidseits interessengerecht, sodass im Regelfall kein Bedarf nach einer Vertragsanpassung oder gar einem Rücktrittsrecht nach § 313 BGB bestehen dürfte.

V. Störungen auf Seiten des Käufers

Denkbar ist schließlich auch, dass der Verkäufer zwar zur Lieferung in der Lage ist, der Käufer die Waren allerdings pandemiebedingt nicht abnimmt. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass der bloße Umstand, dass der Käufer infolge der Covid-19-Pandemie keinen Bedarf mehr für die gekauften Waren hat oder diese nicht mehr bezahlen kann, diesen nicht von seiner Abnahmepflicht nach § 433 Abs. 2 BGB befreit. Beide Umstände fallen in seinen Risikobereich und berühren weder die Wirksamkeit des Vertrages noch die Durchsetzbarkeit der daraus folgenden Pflichten. Abhilfe kann insoweit allenfalls ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313

Zivilrecht (Fn. 14), 01.03.2020, § 323 Rn. 202 ff.; T. Riehm, Irrungen und Wirrungen zur Fristsetzung und ihrer Entbehrlichkeit, NJW 2014, S. 2065 (2068).

52 S. näher Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 174 ff.

53 Eingehend dazu R. Schwarze, „Steht und fällt“ – Das Rätsel der relativen Fixschuld, AcP 207 (2007), S. 437 ff.

BGB schaffen, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass das Verwendungsrisiko grundsätzlich gesetzlich dem Käufer zugewiesen ist.⁵⁴

Ist der Käufer wegen der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie faktisch nicht mehr in der Lage, die Ware anzunehmen, etwa weil er seinen Betrieb schließen musste, so ändert auch das nichts daran, dass er in Annahmeverzug gemäß §§ 293 ff. BGB gerät. Danach schuldet er etwa verschuldensunabhängig Ersatz der Mehraufwendungen des Verkäufers, z.B. für die zwischenzeitliche Einlagerung und eine erneute Anlieferung (§ 304 BGB). Dagegen hat die hierin zugleich liegende Verletzung der echten Pflicht zur Abnahme (§ 433 Abs. 2 Alt. 2 BGB) keine Konsequenzen, weil diese nicht zu vertreten ist bzw. der entsprechende Anspruch des Verkäufers auf Abnahme nach § 275 BGB ausgeschlossen ist.

E. Leistungsstörungen beim Werkvertrag

Beim Werkvertrag können pandemiebedingte Störungen sowohl auf Seiten des Unternehmers als auch auf Seiten des Bestellers auftreten.

I. Störungen auf Seiten des Unternehmers

Auf Seiten des Unternehmers geht es vor allem um Personalengpässe einerseits und um Materialengpässe andererseits. Z.B. kann ein Bauunternehmer den Vertrag nicht erfüllen, weil er wegen Krankheit, Quarantäne oder Betreuungsschwierigkeiten nicht genug Personal hat, das auf die Baustelle kommen kann, oder weil erforderliches Material pandemiebedingt nicht verfügbar ist – z.B. weil Baumärkte auch für professionelle Abnehmer geschlossen sind. Dabei sind auch bei Werkverträgen, insbesondere im Bereich des komplexen Anlagenbaus, Force Majeure-Klauseln verbreitet; insoweit gilt zunächst das oben zu B.I Ausgeführte.⁵⁵

54 Statt aller S. Martens, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht (Fn. 14), 1.4.2020, § 313 Rn. 69 f.

55 S. dazu auch L. Weiser, Das Coronavirus und seine Auswirkungen auf den Bauablauf, NZBau 2020, S. 203 (204).

1. Bauverträge nach der VOB/B

Im Hinblick auf Bauverträge sind ferner die Regeln der VOB/B zu beachten, falls diese vereinbart wurden. Dort enthält § 6 VOB/B Sonderregelungen für die Verzögerung des Bauablaufs infolge höherer Gewalt oder durch Umstände, die dem Risikobereich des Bestellers zuzuordnen sind. Diese Vorschrift führt ebenfalls zu einer Art „Suspendierungslösung“, indem die vereinbarten Ausführungsfristen während der Dauer der Verzögerung infolge höherer Gewalt verlängert werden. Es ist insoweit lediglich eine Behinderungsanzeige des Unternehmers erforderlich, d.h. der Bauunternehmer muss dem Bauherrn mitteilen, dass er pandemiebedingt nicht in der Lage ist, den Bau fortzusetzen. Während dieser Zeit kommt der Unternehmer nicht in Verzug; es fallen keine Vertragsstrafen an (§ 339 S. 1 BGB), und der Unternehmer schuldet mangels Fälligkeit keinen Schadensersatz wegen Verzögerung seiner Leistung. Mangels Fertigstellung und Abnahme wird allerdings auch der Werklohnanspruch nicht fällig. In der Gesamtschau bleibt der Vertrag dadurch gewissermaßen in der Schwebe, ohne dass weitere Konsequenzen eintreten. Allerdings können nach § 6 Abs. 7 VOB/B nach 3 Monaten beide Seiten den Bauvertrag kündigen, wenn sie nicht mehr länger zuwarten wollen. In diesem Fall wird dann eine Teilvergütung fällig, die sowohl die bereits erbrachten Leistungen umfasst als auch dasjenige, was der Bauunternehmer während der Verzögerung zusätzlich aufwenden musste, um sich leistungsbereit zu halten.

Inwieweit die Covid-19-Pandemie einen Fall höherer Gewalt im Sinne dieser Regelung darstellt bzw. in die Risikosphäre des Unternehmers fällt, hängt im Einzelfall davon ab, worin die Störung konkret besteht.⁵⁶ Höhere Gewalt im Baurecht wird verstanden als „ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmen in Kauf zu nehmen ist.“⁵⁷ Das wird man im Falle pandemiebedingter Einschränkungen, die den Unternehmer treffen, grundsätzlich bejahen können, weil von einem Bauunternehmer vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass er Dispositionen trifft (etwa zusätzliches Personal vorhält oder Material lagert), um

56 Näher *Weiser*, Coronavirus (Fn. 55), S. 204 f.

57 BGHZ 7, 338 (339).

selbst die – noch nie dagewesenen – Folgen der Covid-19-Pandemie und der daraus folgenden behördlichen Maßnahmen abfedern zu können. Etwas anderes wird man allenfalls dann annehmen können, wenn der Bauvertrag nach Bekanntwerden des Überspringens der Pandemie nach Deutschland abgeschlossen wurde, sodass ein äußerst sorgfältiger Bauunternehmer mit entsprechenden Einschränkungen rechnen konnte. In allen anderen Fällen pandemiebedingter Störungen auf Seiten des Unternehmers dürfte es sich um höhere Gewalt im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B handeln.⁵⁸ Ist die Störung dem Risikobereich des Bestellers zuzuordnen (etwa eine Sperrung der Baustelle durch die Gesundheitsbehörde), so greift die Regelung gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. b VOB/B ohnehin ein.

2. Sonstige Werkverträge

Auf reine BGB-Werkverträge ist § 6 VOB/B nicht anzuwenden. Vielmehr ist nach den Regeln des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu differenzieren: Pandemiebedingte Leistungsverzögerungen, die der Unternehmer bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht durch vorsorgliche Dispositionen hätte abwenden können, hat dieser nicht zu vertreten. Gemäß § 286 Abs. 4 BGB kommt er daher nicht in Leistungsverzug, sodass ebenfalls keine Vertragsstrafen fällig werden (§ 339 S. 2 BGB) und kein Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung geschuldet ist. Aus dem gleichen Grund scheidet ein Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB nach einer fruchtlosen Fristsetzung aus (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Typischerweise liegt aber ein Fall vorübergehender Unmöglichkeit vor, sodass der Erfüllungsanspruch des Bestellers für die Dauer des Leistungshindernisses (z.B. des Betretungsverbots auf der Baustelle, des Veranstaltungsverbots für Konzertveranstaltungen oder der Covid-19-Erkrankung des Solokünstlers bei höchstpersönlichen Leistungspflichten⁵⁹) analog § 275 Abs. 1 BGB suspendiert ist.

58 Ebenso *H. Fuchs/M. Dreher*, Bau- und vergaberechtliche Herausforderungen durch die Corona-Pandemie, NZBau 2020, S. 201 (201); *Weiser*, Coronavirus (Fn. 55), S. 205.

59 *K. Spenner/B. Estner*, Absage von Veranstaltungen wegen des Coronavirus – wer zahlt?, BB 2020, S. 852 (853).

a) Kündigungsrecht des Bestellers (§§ 648 f. BGB)

Selbstverständlich kann der Besteller jederzeit den Werkvertrag nach § 648 BGB kündigen; dieses Kündigungsrecht ist für ihn allerdings unattraktiv, weil er dann den gesamten Werklohn abzüglich der ersparten Aufwendungen des Unternehmers schuldet. Ein Kündigungsrecht des Bestellers aus wichtigem Grund gemäß § 648 a BGB wird man jedenfalls bei Bauverträgen allenfalls in extremen Ausnahmefällen annehmen können, weil ihm in der Regel trotz der vorübergehenden Störung zugemutet werden kann, den Vertrag nach Ende der Störung fortzusetzen. Anerkanntermaßen besteht ein Kündigungsrecht nach § 648 a BGB allerdings dann, wenn der Unternehmer sich weigert, der gebotenen Anpassung des Vertrages gemäß § 313 BGB zuzustimmen.⁶⁰ Gleiches gilt regelmäßig, wenn der Bauunternehmer infolge der Covid-19-Pandemie Insolvenz anmeldet.⁶¹ Nach einer solchen außerordentlichen Kündigung kann der Unternehmer dann eine Teilvergütung für den bereits erbrachten Leistungsteil verlangen (§ 648 a Abs. 5 BGB).

b) Rücktritt des Bestellers (§ 323 BGB)

Möglich bleibt wie im Kaufrecht ein Rücktritt des Bestellers nach § 323 Abs. 1 BGB, wenn der Fälligkeitstermin für die Leistung des Werkunternehmers bereits überschritten ist und der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist gesetzt hat, die fruchtlos abgelaufen ist. Die Nachfristsetzung ist wie im Kaufrecht gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB entbehrlich, wenn ein sogenanntes „relatives Fixgeschäft“ vorliegt. Ein solches Rücktrittsrecht wird man in aller Regel bei Beförderungsverträgen annehmen können, die für einen bestimmten Termin abgeschlossen wurden, etwa ein Zug-, Flug- oder Busticket für eine bestimmte Verbindung. Hier liegt zwar nach zutreffender Auffassung kein absolutes Fixgeschäft vor, weil die Beförderungsleistung als solche auch zu einem späteren Termin noch erbracht werden kann;⁶² regelmäßig wird der Kunde an ihr allerdings kein Interesse mehr haben, weil das Ticket für einen konkreten, zeit-

60 W. Voit, in: H. G. Bamberger et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (Fn. 11), 1.2.2019, § 648 a Rn. 4.

61 Näher H. Reiter, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht (Fn. 14), 1.4.2020, § 648 a Rn. 26 ff.

62 BGH NJW 2009, 2743 (zur Flugreise).

lich gebundenen Aufenthalt am Zielort gebucht war. Unbeschadet der Stornobedingungen des jeweiligen Reiseunternehmens ist daher in diesen Fällen ein Rücktritt nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB möglich. Ähnlich dürfte es bei Werkverträgen über die Erstellung zeitgebundener temporärer Bauwerke (z.B. eines Messestandes) liegen, wenn absehbar ist, dass der Bauunternehmer diese aus pandemiebedingten Gründen nicht rechtzeitig fertigen kann (solange die Messe überhaupt noch stattfinden konnte; andernfalls liegt zugleich eine Störung auf Seiten des Bestellers vor, s. dazu unten E.II).

Ein relatives Fixgeschäft dürfte auch ein Vertrag zwischen einem Veranstalter und einem Künstler oder Ensemble über ein Konzert oder eine sonstige Aufführung⁶³ zu einem bestimmten Termin an einem bestimmten Ort sein, weil eine spätere Nachholung der Veranstaltung durchaus im naturgesetzlichen Sinne möglich ist;⁶⁴ typischerweise ist eine Nachfristsetzung hierfür allerdings nicht sinnvoll, sondern eher das freie Rücktrittsrecht des Veranstalters, wie es sich aus § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergibt. Freilich setzt dieses voraus, dass die Leistungserbringung an sich möglich gewesen wäre und die Störung ausschließlich in der Sphäre des Künstlers lag. Scheitert die Veranstaltung schon daran, dass am vereinbarten Ort zur vereinbarten Zeit jegliche Veranstaltung untersagt war, liegt eine Störung auf Seiten des Bestellers vor (s. dazu E.II).

Folge eines solchen Rücktritts ist, dass der Unternehmer von seiner Leistungspflicht frei wird, aber zugleich auch seinen Vergütungsanspruch vollständig verliert; etwa bereits bezahlte Vorschüsse sind nach § 346 Abs. 1 BGB zu erstatten. Nach der Konzeption des Gesetzes gilt das auch dann, wenn er mit der Werkleistung bereits begonnen und Aufwendungen getätigt hatte, sofern die erbrachten Teilleistungen für den Kunden nicht von Interesse sind (§ 323 Abs. 5 S. 1 BGB).

c) Absolute Fixgeschäfte (§§ 275 Abs. 1, 326 BGB)

Bei Werkverträgen sind auch absolute Fixgeschäfte nicht selten, bei denen die Leistung ihrer Natur nach nur zu einem bestimmten Zeitpunkt erbracht werden kann. Soll etwa ein Fotograf im Rahmen eines Werkver-

63 Hierbei handelt es sich i.d.R. um einen Werkvertrag, OLG Köln, MDR 1995, 133; OLG München NJW-RR 2005, 616; *Spenner/Estner*, Veranstaltungsabsagen (Fn. 59), S. 854.

64 Für absolutes Fixgeschäft allerdings wohl *Spenner/Estner*, Veranstaltungsabsagen (Fn. 59), S. 853.

trags von einem bestimmten Ereignis Aufnahmen anfertigen, so wird die Leistung in dem Moment unmöglich, in welchem dieses Ereignis vorbei ist. Kann der Fotograf also pandemiebedingt ein (trotz der Corona-bedingten Einschränkungen stattfindendes) Ereignis nicht dokumentieren, so ist die Leistung insgesamt tatsächlich unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB; der Kunde schuldet nach § 326 Abs. 1 BGB kein Honorar und kann eine bereits geleistete Vorauszahlung nach § 326 Abs. 4 BGB zurückverlangen.

d) Leistungsverweigerung aus persönlichen Gründen (§ 275 Abs. 3 BGB)

Bei Werkverträgen sind schließlich auch Fälle denkbar, in denen der Werkunternehmer seine Leistung nach § 275 Abs. 3 BGB verweigern darf, weil sie ihm aus persönlichen Gründen unzumutbar ist. Das gilt nur für Fälle, in denen die Werkleistung tatsächlich höchstpersönlicher Natur ist, also nach dem Inhalt des Vertrages nicht auch von einem Dritten erbracht werden könnte. So kann etwa ein Solokünstler seinen gebuchten Auftritt nach § 275 Abs. 3 BGB verweigern, wenn er zu einer Risikogruppe gehört und deswegen wegen der mit einer Erkrankung verbundenen Gefahr für Leib und Leben keinerlei Ansteckungsrisiko in Kauf nehmen möchte.⁶⁵ Das dürfte allerdings nicht gelten, wenn er zur Kinderbetreuung zu Hause bleibt, weil diese grundsätzlich delegierbar ist; inwieweit er die dafür erforderlichen Kosten übernehmen muss, bestimmt sich nach § 275 Abs. 2 BGB.⁶⁶ Mit der Geltendmachung der Einrede aus § 275 Abs. 3 BGB verliert der Künstler allerdings zugleich seinen Honoraranspruch (§ 326 Abs. 1 BGB) und muss eine etwa erbrachte Vorleistung nach § 326 Abs. 4 BGB erstatten.

e) Leistungsverweigerung wegen unverhältnismäßigen Aufwandes (§ 275 Abs. 2 BGB)

Eine weitere denkbare Störung auf Seiten des Unternehmers ist eine Steigerung des Leistungsaufwandes, etwa weil Material in der Beschaffung pandemiebedingt teuer wird. Auch hier ist zunächst zu prüfen, ob das Risiko der Kostenerhöhung für das Material vertraglich auf den Besteller übertra-

65 Lorenz (Fn. 12), § 1 Rn. 25; Riehm (Fn. 20), § 275 Rn. 271.1.

66 Dazu sogleich.

gen wurde oder beim Unternehmer liegt. Ist ohnehin eine Abrechnung nach dem tatsächlichen Materialaufwand vereinbart, so stellt sich die Frage eines Leistungsverweigerungsrechts des Unternehmers nicht, weil er die erhöhten Kosten schlicht an den Käufer durchreichen kann; lediglich aus dessen Sicht kommt eine Vertragsanpassung oder sogar ein Rücktritt vom Vertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht, wenn exorbitant gestiegene Kosten dazu führen, dass aus seiner Sicht das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht mehr gewahrt ist. Trägt allerdings der Unternehmer das Risiko einer Kostensteigerung beim Material (z.B. bei einem Pauschalpreisvertrag), so ist der Maßstab für die geschuldeten Mehraufwendungen des Unternehmers § 275 Abs. 2 BGB. Bei allgemein steigenden Materialkosten wird allerdings typischerweise auch das Leistungsinteresse des Bestellers parallel zu den steigenden Kosten des Unternehmers wachsen, sodass § 275 Abs. 2 BGB nicht einschlägig ist.⁶⁷ Auch diese Fälle sind allenfalls als Äquivalenzstörungen über § 313 Abs. 1 BGB zu lösen (bzw. ggfs. vorrangig über § 2 Abs. 7 VOB/B), wobei zu berücksichtigen ist, dass der Unternehmer das Risiko üblicher Kostensteigerungen im Pauschalpreisvertrag gerade vertraglich übernommen hatte, sodass ein Wegfall der Geschäftsgrundlage allenfalls in Betracht kommt, wenn die Kostensteigerungen so exorbitant sind, dass sie jenseits der erwartbaren Preisschwankungen liegen und ein Festhalten am unveränderten Vertrag dem Unternehmer schlechterdings nicht mehr zugemutet werden kann.⁶⁸

Anders liegt es in dem oben zitierten Fall, dass der Unternehmer wegen des pandemiebedingten Ausfalls von Kinderbetreuungseinrichtungen seine Leistung nur erbringen kann, wenn er gegen zusätzliche Kosten eine anderweitige Betreuung sicherstellen kann. Hier steht dem erhöhten Leistungsaufwand des Unternehmers kein parallel erhöhtes Leistungsinteresse des Bestellers gegenüber, sodass eine Berufung auf § 275 Abs. 2 BGB durchaus möglich erscheint, wenn die Mehrkosten für die anderweitige Betreuung dazu führen, dass der Gesamtaufwand des Künstlers völlig außer Verhältnis zum Leistungsinteresse des Auftraggebers steht. Dieses Leistungsinteresse kann allerdings weit über das vereinbarte Honorar hinausgehen, weil es auch sonstige zwecklos gewordene Aufwendungen des Auftraggebers (§ 284 BGB) und sogar die Erstattung etwaiger Eintrittsgelder umfasst,

67 S. dazu oben D.I.2.

68 S. etwa BGH WM 1964, 1253 zu gestiegenen Lohnkosten beim Pauschalpreisvertrag.

falls der Auftritt des Künstlers nicht angemessen substituiert werden kann.⁶⁹

II. Störungen auf Seiten des Bestellers

Beim Werkvertrag können Störungen auch den Besteller betreffen, z.B. wenn für sein Baugrundstück ein Betretungsverbot angeordnet oder die Veranstaltung eines Konzerts mit den engagierten Solokünstlern, für die vielleicht auch ein Caterer beauftragt wurde, als Großveranstaltung behördlich verboten wird: Diese Verbote treffen nicht den Unternehmer selbst, der seine Leistung (Bauen, Konzert oder Catering) an sich noch erbringen könnte und dürfte, sondern den jeweiligen Besteller, der deswegen die Annahme der Leistung verweigern muss.

Hier sieht zwar § 642 BGB einen Anspruch des Werkunternehmers auf angemessene Entschädigung vor, wenn der Besteller eine notwendige Mitwirkungshandlung unterlässt und dadurch in Annahmeverzug gerät. Allerdings besteht dieser Anspruch nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH nur für solche Hindernisse auf Seiten des Bestellers, die von ihm beeinflusst werden können.⁷⁰ Das kann man bei der Covid-19-Pandemie mit guten Gründen bestreiten⁷¹ – wenngleich der von § 642 Abs. 1 BGB geforderte Annahmeverzug kein Verschulden des Bestellers voraussetzt.⁷² Gleichwohl dürfte bei diesen Fällen höherer Gewalt eine Entschädigung nach § 642 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein. Richtigerweise sollte das auch dann gelten, wenn das Hindernis für den Unternehmer darin besteht, dass pandemiebedingt die Leistung eines Vorunternehmers nicht abgeschlossen werden konnte.⁷³ Jeweils ist allerdings zu fordern, dass der Besteller alles in seiner Macht Stehende unternommen hat, um die behördliche Untersagung bzw. die damit verbundenen Störungen des Ablaufs zu vermeiden; andernfalls sind das Unterlassen einer Mitwirkungshandlung und ein Annahmeverzug des Bestellers i.S.v. § 642 Abs. 1 BGB zu bejahen, sodass ein

69 Zum Erstattungsanspruch der Konzertbesucher s. *Spenner/Estner*, Veranstaltungsabsagen (Fn. 59), S. 853; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 1), S. 1020; zur nunmehr eingeführten „Gutscheinlösung“ s. *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 27 ff.

70 BGH NJW 2017, 2025 Rn. 19.

71 Offener gegenüber einer Anwendung des § 642 BGB in diesen Fällen offenbar *Weiser*, Coronavirus (Fn. 55), S. 206.

72 *Voit* (Fn. 60), § 642 Rn. 12.

73 A.A. wohl *Fuchs/Dreher*, Corona-Pandemie (Fn. 58), S. 202.

Ausgleichsanspruch besteht. Der Annahmeverzug setzt in diesem Fall allerdings voraus, dass der Unternehmer leisten darf sowie zur Leistung tatsächlich bereit und in der Lage ist.⁷⁴ Liegt also zugleich ein Fall der Verhinderung des Unternehmers vor (s. oben F.I), gehen die Rechtsfolgen der (vorübergehenden oder endgültigen) Unmöglichkeit vor, sodass ein Anspruch aus § 642 BGB ebenfalls ausscheidet.

Bei absoluten Fixgeschäften tritt mit Zeitablauf Unmöglichkeit der Leistung ein; ist der Besteller zu diesem Zeitpunkt bereits in Annahmeverzug – etwa ein Veranstalter, der das Konzert abgesagt hat –, bleibt gem. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 2. BGB der Anspruch des Unternehmers auf die Gegenleistung erhalten (s. auch § 644 Abs. 1 S. 2 BGB).⁷⁵ Ein wörtliches Angebot gem. § 295 BGB ist hier grundsätzlich entbehrlich, wenn der Besteller durch die Absage unmissverständlich deutlich gemacht hat, dass er die Werkleistung in keinem Fall annehmen wird.⁷⁶ Hier differenziert die Rechtsprechung bisher nicht danach, ob der Grund für den Annahmeverzug des Bestellers von diesem beeinflusst werden konnte.⁷⁷ Teilweise wird allerdings vertreten, dass ein behördliches Verbot zugleich die Unmöglichkeit der Werkleistung des Künstlers bzw. Ensembles bewirke, was einem Annahmeverzugshonorar entgegenstehe.⁷⁸ Das überzeugt jedoch nicht uneingeschränkt: Die geschuldete Leistung des Künstlers besteht nur darin, die vereinbarte Aufführung an dem vereinbarten Ort zu präsentieren. Die Bereitstellung des Ortes und die „Verschaffung“ von Publikum sind die Obliegenheit des Veranstalters, nicht Teil der Leistungspflicht des Künstlers. Daher ist nach dem exakten Inhalt der behördlichen Anordnung zu differenzieren: Ist die konkrete Aufführung selbst verboten (etwa weil in einem Chor oder Orchester der erforderliche Mindestabstand nicht eingehalten werden kann), liegt tatsächlich Unmöglichkeit der Werkleistung des Chors oder Orchesters vor, sodass kein Annahmeverzugshonorar geschuldet ist. Ist allerdings die Darbietung selbst mit den behördlichen Schutzanordnungen vereinbar, darf nur der Darbietungsort nicht für Publikum geöffnet werden, liegt dies im Risikobereich des Veranstalters und begründet keine Unmöglichkeit der geschuldeten (Werk-)Leistung, sodass der werkvertragliche Honoraranspruch des Künstlers grundsätzlich bestehen bleibt.

74 Voit (Fn. 60), § 642 Rn. 11.

75 Spinner/Estner, Veranstaltungsabsagen (Fn. 59), S. 855.

76 S. Dötterl, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht (Fn. 14), 1.1.2020, § 295 Rn. 29 ff.

77 Dötterl (Fn. 76), § 293 Rn. 92; Voit (Fn. 60), § 644 Rn. 14.

78 Spinner/Estner, Veranstaltungsabsagen (Fn. 59), S. 855.

Eine andere Lösung kann sich allenfalls aus § 313 Abs. 1 BGB ergeben, wenn man pandemiebedingte Störungen als nicht von der Risikoverteilung der §§ 326 Abs. 2 S. 1 Var. 2, 644 Abs. 1 S. 2 BGB erfasst ansieht.

F. Leistungsschwierigkeiten beim Dienstvertrag

Abschließend sei noch ein Blick auf Corona-bedingte Leistungsstörungen beim Dienstvertrag geworfen. Die Ergebnisse stimmen allerdings im Wesentlichen mit denen beim Werkvertrag überein. Beispiele für Dienstverträge in diesem Zusammenhang sind Verträge mit mitwirkenden Künstlern im Orchester oder in einer Band für Konzerte (anders als der Vertrag zwischen Veranstalter und Orchester bzw. Band, der typischerweise ein Werkvertrag sein wird), im Event-Bereich zudem auch Verträge mit Bewachungsunternehmen und anderen Dienstleistern. Hinzu kommen klassische Beispiele von freien Dienstverträgen wie solche über Sport-, Musik- oder Nachhilfeunterricht, sofern dieser nicht über digitale Medien substituiert werden kann.

I. Störungen auf Seiten des Dienstverpflichteten

Auch hier können die Leistungsstörungen auf beiden Seiten eintreten: Der Dienstverpflichtete kann durch Krankheit oder behördliche Anordnung an seiner Leistungserbringung gehindert werden; dann liegt ein Fall der (ggfs. vorübergehenden) Unmöglichkeit vor, die im Falle nicht nachholbarer Dienstleistungen (also absoluter Fixgeschäfte) zur endgültigen Unmöglichkeit wird. Dementsprechend ist der Erfüllungsanspruch des Dienstberechtigten analog bzw. gemäß § 275 Abs. 1 BGB vorübergehend suspendiert oder vollständig ausgeschlossen. Die Gegenleistungspflicht des Auftraggebers ist ihrerseits dann nach § 320 BGB vorübergehend suspendiert bzw. bei absoluten Fixschulden nach § 326 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Gleiches gilt bei höchstpersönlichen Leistungspflichten, wenn die Dienstleistung für den Dienstverpflichteten aus persönlichen Gründen unzumutbar i.S.v. § 275 Abs. 3 BGB ist (z.B. nicht delegierbarer Betreuungsbedarf, schwere Erkrankung eines nahen Angehörigen o.ä.). Sofern keine absolute Fixschuld vorliegt, bleibt auch hier der Vertrag faktisch in der Schwebe, bis eine Seite ihn nach § 626 BGB außerordentlich kündigt, weil sein Inter-

esse an der Leistung weggefallen ist oder ihm ein weiteres Zuwarten bis zu einer möglichen Nachholung der Leistung nicht mehr zumutbar ist.⁷⁹

II. Störungen auf Seiten des Dienstberechtigten

Tritt die Störung auf Seiten des Dienstberechtigten ein, obwohl der Dienstverpflichtete seine Leistung an sich erbringen könnte (z.B. der Veranstalter muss das Konzert, für das ein Security-Unternehmen beauftragt war, wegen eines generellen Veranstaltungsverbots absagen), so kommt dieser in Annahmeverzug und schuldet nach § 615 BGB gleichwohl die Vergütung. Anders als bei § 642 BGB hat die Rechtsprechung zu § 615 BGB bisher keine Einschränkungen in dem Sinne vorgenommen, dass die Nichtannahme der Dienstleistung nicht auf höherer Gewalt beruhen dürfe; nach h.M. gilt § 615 BGB unabhängig davon, ob der Gläubiger die Dienste nicht annehmen kann oder nicht annehmen will.⁸⁰ Allerdings sind derartige Fälle, soweit ersichtlich, bisher auch noch nicht zu Gericht gelangt. Soweit das BAG den Annahmeverzug ausschließt, weil dem Arbeitgeber „nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens die Annahme der Arbeitsleistung unzumutbar ist“, ⁸¹ betrifft diese Rechtsprechung ausschließlich Fälle, in denen der Arbeitnehmer durch sein Verhalten (z.B. Straftaten gegen den Arbeitgeber) diesem die Annahme der Arbeitsleistung unzumutbar gemacht hat. Objektive Unzumutbarkeitsgründe oder Unmöglichkeitgründe wie die hier vorliegenden behördlichen Anordnungen sind davon nicht umfasst.

Die Anwendung des § 615 BGB setzt allerdings voraus, dass der Dienstverpflichtete zur Leistung der Dienste tatsächlich bereit und in der Lage ist.⁸² Liegt also zugleich ein Fall der Verhinderung des Dienstverpflichteten vor (s. oben F.I), gehen die Rechtsfolgen der (vorübergehenden oder endgültigen) Unmöglichkeit vor, sodass dem Dienstverpflichteten kein Annahmeverzugshonorar zusteht.

79 S. auch *Bacher*, Corona-Pandemie (Fn. 7), S. 519: Kündigungsrecht nach § 314 BGB.

80 *M. Bieder*, in: beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht (Fn. 14), 1.2.2020, § 615 Rn. 15; *R. Richardi/P. Fischinger*, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Fn. 22), 2016, § 615 Rn. 95.

81 BAG NJW 2016, 1977; NZA 2014, 1082; *Dötterl* (Fn. 76), § 293 Rn. 94 ff.

82 *A. Baumgärtner*, in: H. G. Bamberger et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (Fn. 11), 1.2.2020, § 615 Rn. 12.

Dementsprechend haben auch im Wege eines freien Dienstvertrags beschäftigte Orchestermusiker, die an einer abgesagten Aufführung hätten mitwirken sollen, nach § 615 BGB grundsätzlich Anspruch auf das entgangene Honorar (abzüglich ersparter Aufwendungen, etwa für Fahrtkosten, vgl. § 615 S. 2 BGB). Ein wörtliches Angebot der Dienstleistung (§ 295 BGB) ist hierfür nicht erforderlich, weil der Konzertveranstalter durch seine Absage zum Ausdruck bringt, dass er die Dienste des Musikers für die geplante Aufführung unter keinen Umständen anzunehmen bereit ist.⁸³ Auch beim Engagement von Künstlern (etwa zur Mitwirkung an einer Orchesteraufführung) wird allerdings vertreten, dass ein behördliches Veranstaltungsverbot die Unmöglichkeit der Dienstleistung bewirke.⁸⁴ Auch hier wird man wiederum – wie beim Werkvertrag (oben E.II) – nach dem genauen Inhalt der behördlichen Anordnung differenzieren müssen.

G. Fazit

Betrachtet man die vertragstypenübergreifenden Rechtsfolgen der typischen Corona-bedingten Leistungsstörungen, so lässt sich folgendes Bild festhalten:

1. Soweit die Parteien – etwa in einer Force Majeure-Klausel oder in einer MAC-Klausel – das Risiko von Leistungsstörungen infolge höherer Gewalt explizit unter sich verteilt haben, ist im Wege der Auslegung der jeweiligen Klausel zu ermitteln, ob sie auch das Pandemierisiko umfasst. Bei Force Majeure-Klauseln wird das in der Regel der Fall sein, wenn der Vertrag vor Bekanntwerden der Pandemie abgeschlossen wurde. Soweit diese Klausel wirksam vereinbart wurde, gelten vorrangig die darin festgelegten Rechtsfolgen.
2. Geldschuldner geraten – vorbehaltlich des Moratoriums gem. Art. 240 § 1 EGBGB – auch bei Corona-bedingten Zahlungsschwierigkeiten in Verzug („Geld hat man zu haben“). Abhilfe kann hier allenfalls durch eine Vertragsanpassung oder -auflösung nach den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB geschaffen werden.
3. Bei Störungen auf Seiten des Leistungsschuldners (Verkäufers, Werkunternehmers, Dienstverpflichteten) bestimmen sich die Grenzen der

83 S. dazu BGH NJW 2001, 287 (288); *Dötterl* (Fn. 76), § 295 Rn. 30.

84 *Spanner/Estner*, Veranstaltungsabsagen (Fn. 59), S. 855; s. zur Parallelproblematik beim Werkvertrag oben E.II.

- jeweiligen Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB sowie ggfs. nach einer Vertragsanpassung gem. § 313 BGB.
- a. Soweit diese Grenzen noch nicht erreicht sind, bleibt er zur Leistung verpflichtet und schuldet bei Nichtleistung Verzögerungsschaden sowie ggfs. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB; zudem ist der Gläubiger (Käufer, Besteller, Dienstberechtigte) regelmäßig zum Rücktritt bzw. zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Bei einem absoluten Fixgeschäft hat der Gläubiger in diesem Fall unmittelbar einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB.
 - b. Sind die Grenzen der Leistungspflicht gem. § 275 BGB überschritten, liegt typischerweise ein Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit, Leistungerschwerung oder persönlichen Unzumutbarkeit vor. Dies führt im praktischen Ergebnis dazu, dass die beiderseitigen Leistungspflichten analog § 275 BGB bzw. gem. §§ 320 f. BGB für die Dauer des Leistungshindernisses suspendiert sind; der Vertrag bleibt gewissermaßen „in der Schwebe“. Der Gläubiger kann diese Schwebelage allerdings durch einen Rücktritt gem. § 323 BGB beenden; dieses Rücktrittsrecht ist von einem Verschulden des Schuldners unabhängig und setzt entweder eine Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB oder einen Entbehrlichkeitsgrund nach § 323 Abs. 2 BGB voraus. Bei absoluten Fixgeschäften tritt mit Ablauf des Leistungszeitraums dauernde Unmöglichkeit ein, sodass die Gegenleistungspflicht unmittelbar gem. § 326 Abs. 1 BGB entfällt und eine ggfs. schon erbrachte Gegenleistung gem. § 326 Abs. 4 BGB zu erstatten ist.
4. Bei Störungen auf Seiten des Leistungsgläubigers tritt – wenn der Schuldner an sich leisten dürfte und könnte – Annahmeverzug ein. Im Dienstvertrag kann der Dienstverpflichtete dann ein Annahmeverzugshonorar gem. § 615 BGB verlangen, selbst wenn der Grund für die Annahmeverweigerung sich aus Sicht des Dienstberechtigten als höhere Gewalt darstellt. Beim Werkvertrag schließt die Rechtsprechung dagegen die Anwendung des § 642 BGB zugunsten des Unternehmers aus.
 5. Alle vorstehend genannten leistungsstörungsrechtlichen Folgen stehen unter dem Vorbehalt einer möglichen Vertragsanpassung oder -auflösung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Nur diese Regelung führt potenziell zu einer gleichmäßigen Verteilung des (universellen) Pandemierisikos zwischen den Parteien anstelle einer „Alles-oder-Nichts“-Lösung, wie sie das allgemeine Leistungsstörungsrecht typischerweise bewirkt.

6. Wegen der mit der überlagernden Anwendung des § 313 BGB verbundenen Unsicherheiten empfiehlt es sich dringend, bei Corona-bedingten Leistungsstörungen als ersten Schritt Verhandlungen zwischen den Vertragspartnern aufzunehmen, um eine konsensuale, dem Einzelfall angemessene Verteilung der pandemiebedingten Einbußen zwischen den Parteien zu erzielen.⁸⁵

85 Ebenso die Empfehlung von C. Armbrüster, Corona – Zeit zum Nachverhandeln!, NJW-aktuell 16/2020, S. 3 ff.

Wegfall der Geschäftsgrundlage als Antwort des Zivilrechts auf krisenbedingte Vertragsstörungen?

- Systemerwägungen zu § 313 BGB und sachgerechter Einsatz in der Praxis -

*Jun.-Prof. Dr. Jens Prütting, Hamburg**

Inhaltsübersicht

A. Einleitung und Grundgedanken zum Vertragsrecht	48
I. Die Krisensituation	48
II. Sammlung und Systematisierungsansätze	49
III. Antworten des bürgerlich-rechtlichen Vertragsrechts	50
1. Vorrang der individualvertraglichen Vereinbarung	50
2. Implizite Abreden, Vertragsgenese und ergänzende Vertragsauslegung	52
3. Flankierendes Gesetzesrecht	53
4. Ausgangserwägungen zum Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	54
B. Perspektiven	55
I. Die Mikroebene	55
II. Die Makroebene	56
III. § 313 als systemverbindendes Element	56
C. Detailerwägungen nach nationalem Recht	57
I. Hinweise zu IPR und IZVR sowie Rechtsvergleichung vor der Klammer	57
II. Struktur des § 313 BGB und eine Übertragung von Corona-Fällen	58
1. Tatbestand	58
2. Rechtsfolge	59
3. Vorrang speziellerer Vorschriften und Regelungsbereiche	60
III. Geldschuld ohne Währungsverfall	61
IV. Störung im Bereich spezifischer vertraglicher Leistungspflichten und Gläubigerrechte	63
1. Vorerwägungen	63
2. Der Fall des Gewerberaummietvertrages	63
a) Lösungsansatz nach Mietmängelrecht	64
b) Lösungsansatz nach allgemeinem Unmöglichkeitensrecht	66
c) Wegfall der Geschäftsgrundlage	66
D. Prüfkaskade für den beratenden Anwalt und das angerufene Gericht	69
E. Zusammenfassung in Thesen	70

* *Jun.-Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M.oec. (Köln)*, ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Medizinrecht und geschäftsführender Direktor des notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen an der Bucerius Law School (Hamburg).

A. Einleitung und Grundgedanken zum Vertragsrecht

I. Die Krisensituation

An vielen Stellen ist es zu lesen und zu hören: Das Land befindet sich im Corona bedingten Ausnahmezustand.¹ Ebenso wird aber darauf hingewiesen, dass die damit laufend verwendeten Begriffe der *Krise* und des *Ausnahmezustands* kaum sachlich klärenden Inhalt aufweisen und einer gewissen Panikmache Vorschub zu leisten geeignet sind.² Tatsächlich wäre wenig gewonnen, bliebe man bei der abstrakten Erkenntnis stehen, dass die Verbreitung des Sars-Cov-2-Virus mit der leider bei vielen Menschen ausbrechenden Krankheit Covid19 zu komplexen gesamtgesellschaftlichen Problemen führt, die einer Lösung harren. Und so ist es am Zivilrechtler, die entstehenden Situationen von privatrechtlicher Relevanz zu kategorisieren, zu analysieren und ggf. eine Neubewertung vorzunehmen. Der Terminus der Krise ist insoweit zwar nicht inhaltlich unmittelbar hilfreich, jedoch führt derselbe erkennbar zu gesteigertem Bemühen um zügige und zielorientierte Bearbeitung, was nicht zuletzt in einer Vielzahl von Publikationen Ausdruck gefunden hat, die in sehr kurzer Zeit zum Thema entstanden sind.³ Dabei wurde die Thematik des Wegfalls der Geschäfts-

-
- 1 Vgl. pars pro toto den gewählten Titel von *J. Barenberg*, Corona-Ausnahmezustand – Wie kommen wir da wieder raus?, Deutschlandfunk vom 6.4.2020, https://www.deutschlandfunk.de/corona-ausnahmezustand-wie-kommen-wir-da-gut-wieder-raus.1784.de.html?dram:article_id=473973 (Abrufdatum 21.4.2020).
 - 2 Besonders deutlich, wenn auch teilweise zu weitgehend *J. Finke*, Krisen als Normalität, Verfassungsblog vom 30.3.2020, <https://verfassungsblog.de/krisen-als-normalitaet> (Abrufdatum: 21.4.2020).
 - 3 Vgl. die folgende, nicht abschließende Zusammenstellung: *M. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, S. 1017; *M. Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht – Mietminderung in der Corona-Krise, BB 2020, S. 962; *S. Sittner*, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, S. 1169; *A. Sagan/M. Brockfeld*, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, S. 1112; *V. Römermann*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im COVInsAG und ihre Folgen, NJW 2020, S. 1108; *M. Schmidt-Kessel/C. Möllnitz*, Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen, NJW 2020, S. 1103; *S. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097; *C. auf der Heiden*, Prozessrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, S. 1023; *A. Schall*, Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen, JZ 2020, S. 388; *M. Fulbrott/K. Fischer*, Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, S. 345; *dies.*, NZA 2020, S. 409; *K. Hobenstatt/C. Krois*, Lohnrisiko und Entgeltfort-

grundlage im theoretischen Diskurs bislang aber mehr gestreift oder ergänzend erwähnt,⁴ während sich aus der anwaltlichen Praxis die Berichte häufen, wonach vermehrt über dieses Institut ein Interessenausgleich gesucht wird.

II. Sammlung und Systematisierungsansätze

Ausgangspunkt einer Systematisierung ist der tatsächliche Befund unmittelbarer und mittelbarer Konsequenzen. Bricht die Krankheit Covid19 bei einer Person aus, verliert diese je nach Intensität und Verlauf ihre Leistungsfähigkeit und kann ihre Arbeitskraft nicht einsetzen. Bei besonderer Schwere droht auch ein letaler Verlauf.⁵ Hieraus resultieren mittelbare Folgen. Selbst wer nicht erkrankt, aber von der Trägerschaft des Virus erfährt, ist gehalten, Abstand zu Dritten zu wahren und ggf. seiner Dienststelle fernzubleiben. Die Erkrankung lässt den einzelnen soziale und wirtschaftliche Folgen spüren, etwa wegen geringerer Einnahmen des Selbstständigen oder vermindertem Lohn bis hin zum Verlust der Arbeit. Der Ausbruch bei einer größeren Anzahl von Menschen kann sogar zu Stillständen in Industrie- und Wirtschaftszweigen führen. Die Menge bereits entstandener und noch entstehender Problemlagen ist Legion und eine fachliche Erörterung verlangt einen sinnvollen Fokus. Dieser soll für die vorliegende Analyse auf Konsequenzen liegen, die sich aus staatlichem Eingreifen, insbesondere aus behördlicher Untersagung bestimmter Verhaltensweisen und Nutzungsmöglichkeiten ergeben. Dabei kann es sich um Konsumbeschränkungen, um Schließungsverfügungen für Ladenlokale oder Einfuhr-

zahlung während der Corona-Pandemie, NZA 2020, S. 413; M. Dreher/H. Fuchs, Bau- und vergaberechtliche Herausforderungen durch die Corona-Pandemie, NZBau 2020, S. 201; B. Windau, Familienverfahren in Zeiten der Corona-Krise, NZFam 2020, S. 269; P. Linsmeier/C. Kökritz/I. Bodenstein, Kartellrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NZKart 2020, S. 184; W. Weitnauer, Die deutsche Start-up-Szene nach Corona – eine Lagebetrachtung aus rechtlicher Sicht, GWR 2020, S. 127; E. Gottschalk/K. Ulmer, Das Gesellschaftsrecht im Bann des Corona-Virus, GWR 2020, S. 133. Daneben gibt es eine kaum noch überschaubare Vielzahl von Übersichten und kleinen Zusammenfassungen, die insbesondere aus Anwaltssicht das Mandanteninteresse zu erringen suchen. Der Beck-Verlag hat sogar eine Sonderzeitschrift Covid19 und Recht (COVuR) ins Leben gerufen.

4 Anders allerdings die schon tiefere Auseinandersetzung bei A. Schall, Geschäftsgrundlage (Fn. 3), S. 388 ff.

5 Eine breite Informationsübersicht bietet die WHO, vgl. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> (Abrufdatum 1.5.2020).

restriktionen handeln, um nur wenige Beispiele zu nennen. Bevor allerdings eine eingehende Befassung mit konkretem Vertrags- und allgemeinem Schuldrecht erfolgt, sei ein Leitgedanke herausgestellt: Die vielgestaltigen Vermögensschäden, die auf solchen staatlichen Interventionen zum Schutz der Bevölkerung beruhen, erscheinen überwiegend zufällig. Das liegt nicht zuletzt daran, dass das bürgerliche Recht in den meisten Regelungsbereichen von bestimmten Rahmenbedingungen ausgeht, wie dies auch die Vertragsparteien bei Abschluss einer Vereinbarung tun. Nur wenige Vorschriften, wie die §§ 242, 275 Abs. 2 und 3, §§ 313, 527, 528, 615, 616, 648 a, 651 h, 779, 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, § 588 HGB nehmen außergewöhnliche, eher unvorhergesehene Umstände vorausgesetzter Rahmenbedingungen in unterschiedlicher Form in sich auf. Daraus folgt, dass in den meisten Konstellationen der Corona bedingte exogene Schock für einzelne Vertragsverhältnisse und die gesamte Volkswirtschaft erstens willkürlich zuschlägt und zweitens niemandem in seinen Auswirkungen vorzuwerfen ist, solange nicht konkret vorwerfbarer fehlerhafter Umgang mit der neuen Situation dargelegt werden kann. Plötzlich fehlt dem Gläubiger des erworbenen Bahntickets jegliches Interesse, da er die Menschen am Reiseziel nicht treffen darf. Der Schuldner bestimmter Waren vermag nicht zu liefern, da seine Wirkungsstätte geschlossen ist oder seine Zulieferer ausfallen, wodurch er zwar im Zweifel von seiner Pflicht zur Leistung frei wird, aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Gewerberaummietverträge verlieren wenigstens vorübergehend ihren Sinn uVm.

III. Antworten des bürgerlich-rechtlichen Vertragsrechts

1. Vorrang der individualvertraglichen Vereinbarung

Zentral ist zunächst, dass solche äußeren Umstandsänderungen, wie sie die Corona-Pandemie mit sich bringt, nicht ohne Weiteres zur Änderung, Suspendierung oder Aufhebung von einzelnen Pflichten oder Verträgen führen. Vielmehr gilt auch im vertragsbeeinflussenden Krisenfall das Vereinbarte. Eine gesetzliche Generalklausel, die bei massiven äußeren Veränderungen wirtschaftlicher Voraussetzungen ohne eingehende Abwägung aller Umstände des jeweiligen konkreten Einzelfalls die Vertragsanpassung oder Aufhebung vorsehen würde, wäre geeignet, Chaos hervorzurufen. Lieferketten wären nicht verlässlich, Verbraucher müssten um Güter der Daseinsvorsorge fürchten. Dies bedeutete zugleich, dass staatliche Interventionen im Hinblick auf Schutz und Stärkung der Volkswirtschaft erschwert würden, da die bekannten Geld-, Waren- und Dienstleistungsflüsse

unterbrochen wären, in deren Verlauf zielgerichtet durch staatliche Hilfen stützend und steuernd eingegriffen werden kann, solange sie in Takt sind.

Sofern nunmehr bestehende Verträge Abreden beinhalten, die selbst Problemlagen wie behördliche, gerichtliche oder gesetzliche Verbote auf Basis unvorhergesehener Umstände wie Krieg, Katastrophen, Epidemien⁶ erfassen (zumeist als Regelungen zu Fällen höherer Gewalt⁷ in internationalen Handelsverträgen⁸ zu finden)⁹, sind dieselben ohnehin vorrangig.¹⁰ Die Parteien haben das vertragliche Risiko insoweit gesehen und verteilt. Dies entfaltet bis zur Grenze denkbarer Nichtigkeitsklauseln wie gesetzliche Verbote und Sittenwidrigkeit Wirkung. Ebenfalls relevant können Material Adverse – Klauseln in Unternehmensverträgen sein, welche Konsequenzen im Fall erheblicher Wertänderungen zwischen Signing und Closing regeln.¹¹ Auch ist es denkbar, dass Vertragsparteien gezielt spekulative Elemente vorgesehen haben,¹² die mit dem Risiko einer unerwarteten extremen Wertsteigerung oder einem massiven Wertverfall bestimmter Güter spielen.¹³ Jedoch wird man bei all diesen Regelungen im Einzelfall genau darauf zu achten haben, was die Parteien tatsächlich privatautonom einbezogen haben und welche Entwicklungen trotz Existenz solcher Klauseln als weiterhin nicht kalkuliert und damit nicht eingepreist anzusehen sind.

6 Epidemien sind in der Judikatur mehrfach als Fall höherer Gewalt anerkannt worden, vgl. hierzu die Darstellung und Nachweise bei S. *Sittner*, Mietrechtspraxis (Fn. 3), S. 1169 (1170) Fn. 10 mwN.

7 Zum Begriff und dessen Ausfüllung BGHZ 100, 185 = NJW 1987, S. 1938 – Ausbruch eines Feuers während Nilkreuzfahrt; BGH NJW 2017, S. 2677.

8 Vgl. L. *DiMatteo*, in: L. DiMatteo/A. Jansen/U. Magnus/R. Schulze (Hrsg.), International Sales Law, Baden-Baden 2016, Ch. 22 Rn. 124.

9 Ausführlich zu den force majeure – Klauseln G. *Weick*, Force Majeure, ZEuP 2014, S. 281 ff.

10 Vgl. insbesondere mit Blick auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage BGH VersR 1961, S. 382 f.; NJW 2000, S. 1714 (1716); 2020, S. 331 (334).

11 Hierzu T. *Kuntz*, Die Auslegung von Material Adverse Change (MAC)-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, DStR 2009, S. 377 ff.

12 Vgl. BGH NJW 1979, S. 1818: Bauerwartungsland, das nicht als solches ausgewiesen wird.

13 Zur Diskussion im insoweit naheliegenden Verbraucherschutzrecht BGH NZM 2015, S. 906.

2. Implizite Abreden, Vertragsgenese und ergänzende Vertragsauslegung

Findet sich demgegenüber keine konkrete Vertragsabrede, wie dies in den meisten Konstellationen der Fall sein wird, so kann zunächst in der Vertragsgenese mit Blick auf vorausgesetzte Erwartungen und implizite Risikozuweisungen versucht werden, das vertragliche Gefüge weitergehend zu interpretieren, insbesondere unter Berücksichtigung von Vorverhandlungen¹⁴ und Heranziehung der Vertragshistorie¹⁵. Hierfür wird es in den meisten Fällen kaum Anhaltspunkte geben, da solcher Art Extremsituationen, werden sie ernsthaft bedacht, auch mit einer konkreten Vereinbarung versehen sind.¹⁶ Eine Ausnahme mag insbesondere im Gesellschaftsrecht mit Blick auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zu diskutieren sein.¹⁷ Oder es wird eine ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen des § 157 BGB erwogen. Eine Diskussion um diese würde jedoch schon im Hinblick auf die höchst umstrittene Handhabung und Reichweite dieses Instruments¹⁸ problemlos eine eigenständige Abhandlung füllen, so dass an dieser Stelle nur auf folgende Erwägung hingewiesen sei: Ergänzende Vertragsauslegung, die sich außerhalb des extrapolationsfähigen Parteiwillens bewegt,¹⁹ ist kritisch zu betrachten.²⁰ Soll hierdurch aber die Risiko- zuweisung bei Veränderung externer, das Vertragsgefüge weitreichend er-

14 BGHZ 109, 19 (22 f.) = NJW 1990, S. 441; BGHZ 63, 359 (362) = NJW 1975, S. 536.

15 BGH NJW-RR 2003, S. 926 f.

16 Dies zeigt sich insbesondere bei den bereits angeführten Force majeure – Klauseln.

17 Vgl. T. Finkenauer, in: MüKo BGB, Bd. 3, 8. Aufl., München 2019, § 313 Rn. 176 mwN. Insbesondere in der Diskussion um die wechselseitige Rücksichtnahme bei besonders engen Gesellschafterbeziehungen (allem voran bei Familienunternehmen) sticht die Treubindung hervor, vgl. J. Prütting/P. Schirrmacher, Die Auslegung von familiengesellschaftsbezogenen Rechtsgeschäften, ZGR 2017, S. 829 (835 ff., 849 f.); J. Prütting, Sicherung des Familieneinflusses durch Familienverträge, in: K. Lange/K. Windhorst (Hrsg.), Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, Baden-Baden 2017, S. 35 ff.

18 Vgl. hierzu J. Busche, in: MüKo BGB, Bd. 1, 8. Aufl., München 2018, § 157 Rn. 38 ff.; W. Wendtland, in: BeckOK BGB, 53. Ed, München 2020, § 157 Rn. 28 ff.

19 Daher auch die eingehende Bestimmung und Leitung ergänzender Vertragsauslegung am hypothetischen Parteiwillen, vgl. BGHZ 77, 301 (304) = NJW 1980, S. 2347; BGHZ 40, 91 (103) = NJW 1963, S. 2071.

20 Vgl. hierzu BGHZ 16, 71 (77) = NJW 1955, S. 337; BGH NJW-RR 1989, S. 1490 f.; 1991, S. 1031 (1033); BGH NJW 1982, S. 2190 f. Weder Vertragsgegenstand noch wesentliche Pflichtenpektren dürfen sich durch ergänzende Vertragsauslegung ändern. Eine exakte Grenze dürfte kaum allgemeingültig zu bestimmen sein.

schütternder Umstände angepasst werden, um korrigierend einzugreifen, kommt es zu einem ggf. durch Richterspruch durchgesetzten ggf. fragwürdigen Eingriff in die Privatautonomie, der – anders als § 313 BGB – nicht zwingend durch die gesetzgeberseitige Anforderung einer umfassenden Interessenabwägung gedeckt und nicht auf untragbare Ausnahmekonstellationen beschränkt ist. Insbesondere fehlt § 157 BGB die Grundsatzidee des Pflichtenerhalts bis zur Grenze der Unzumutbarkeit.

3. Flankierendes Gesetzesrecht

Ergibt sich aus dem Vertrag keine adäquate Problemerkennung und zugehörige Regelung, kommt es auf das Gesetzesrecht an, durch welches an vielen Stellen Risiken und Lasten zugewiesen werden. Besonderheiten sind insoweit allem voran Vorschriften, die auch Zufallsmomente gezielt einer Partei zuweisen, so etwa § 287 S. 2 BGB, sofern der Schuldner sich bei Umstandsänderung bereits in Verzug befindet.

Risiken für Zufälle werden im Übrigen zumeist nach abgrenzbaren Sphären verteilt, wie die §§ 446, 447, 535 Abs. 1. S. 2, 536, 640, 644, 646 BGB zeigen.²¹ Dabei hat der Gesetzgeber nebst vielfach klarer Abgrenzungsmomente, wie die Übergabe der Sache oder die Abnahme des Werks, auch partiell Sondertatbestände eingebaut, die von dem klassischen Alles-oder-Nichts-Ansatz abweichen und pro rata verteilen, so etwa § 645 Abs. 1 BGB für das Werkvertragsrecht bei Verschlechterung oder Vernichtung des Werks vor Abnahme aufgrund eines dem Besteller zuzurechnenden Umstands, aus welchem jedoch kein allgemeiner Sphärengeanke abzulesen sein soll.²²

Soweit das spezielle Vertragsrecht keine abschließende Regelung vorsieht, können ergänzend die Vorgaben des allgemeinen Schuldrechts zum Einsatz kommen.²³ Hier stehen die Normen zum Entfall der Leistungs-

21 Zum Sphärengeanken *H. Köhler*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971, S. 41 ff. Ein allgemeiner Sphärengeanke ist allerdings vom historischen Gesetzgeber nicht in das BGB inkorporiert worden.

22 H.M., vgl. die Übersicht bei *W. Voit*, in: BeckOK BGB, 53. Ed., München 2019, § 645 Rn. 17 mwN. Vom BGH offengelassen, vgl. BGHZ 83, 197 (205 f.) = NJW 1982, S. 1458 f.

23 Vgl. etwa *T. Riehm*, in: BeckOGK BGB, München Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 250 ff. *W. Ernst*, in: MüKo BGB, Bd. 2, 8. Aufl., München 2019, § 275 Rn. 25 ff. mwN.

pflicht wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) und Unzumutbarkeit (§§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) mit dem automatischen Entfall der Gegenleistungspflicht gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB und den Ausnahmen der §§ 326 Abs. 2 und 3 BGB im Vordergrund.

4. Ausgangserwägungen zum Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Zentral für die Folgediskussion um § 313 BGB und dessen Standortbestimmung sowie Teleologie ist der Hinweis, dass jede vorschnelle, nicht im Hinblick auf möglicherweise außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls getroffene Aussage, besondere Vorschriften und Vertragsregelungen begründeten eine abschließende Risikoverteilung,²⁴ gefährlich sind.²⁵ Der Gesetzgeber hat weder im Recht der vertraglichen Mängelgewährleistung noch in den allgemeinen Vorschriften eine sorgfältig durchdachte Risikostruktur für unerwartet eintretende, das vertragliche Gleichgewicht oder die vertragliche Zweckrichtung zerstörende Umstände statuiert.²⁶ Vielmehr ist mit der Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage und der Aufnahme dieses Instituts in § 313 BGB ein Auffangsystem in das bürgerliche Recht inkorporiert worden, welches generalklauselartig Sonderprobleme dahingehend zu lösen versucht, dass außergewöhnliche, nicht vorhergesehene Lasten einen neuen Verteilungsversuch der Parteien begründen sollen.²⁷ Schon die Vielzahl der Begründungstheorien,²⁸ die zum Wegfall der Geschäftsgrundlage über die Zeit entstanden sind, legen

24 So aber *M. Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht (Fn. 3), S. 962 (963) für das Mietmängelrecht mVa. die besondere Struktur. Allerdings kommen im Ergebnis auch *M. Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht (Fn. 3), S. 962 (963) zu dem Ergebnis, dass eine 100:0 – Lösung nicht situationsadäquat erscheint und schlagen eine Risikoverteilung pro Kopf vor, was einer Gesamtschau von Auffangregelungen entnommen wird. Näher hierzu noch im Folgenden.

25 Diese Sichtweise wird auch höchstrichterlich gestützt, vgl. BGHZ 40, 334 (336) = NJW 1964, S. 861; BGH WM 1977, S. 735.

26 Die nur teilweise greifenden Ausnahmen wie etwa § 275 Abs. 2 BGB lassen das fragmentarische Geflecht deutlich werden, vgl. zur Zielrichtung jüngst *M. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Leistungsstörungen (Fn. 3), S. 1017 (1021 f.).

27 Vgl. hierzu auch die Erwägungen bei *A. Stöhr*, Die Vertragsbindung Legitimation, Herkunft, Grenzen, AcP 214 (2014), S. 425 (457).

28 Eine prägnante Übersicht gibt *T. Finkenauer* (Fn. 17), § 313 Rn. 25 mwN., insbesondere auf *A. Chiotellis*, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, München 1981, Vorwort.

nahe, dass hier jeder Fuß breit Boden umstritten ist.²⁹ Allerdings wird sich nach heutiger Gesetzeslage nicht wegdiskutieren lassen, dass über den Bereich ergänzender Vertragsauslegung hinaus³⁰ bei Erfüllung des Tatbestandes des § 313 Abs. 1, 2 BGB eine Lastenverteilung in das Zivilrecht gebracht worden ist, welche für die Parteien wie eine außergewöhnliche Form wechselseitiger Versicherung wirkt. Da es jeden Vertragsteil weithin willkürlich hätte treffen können, legitimiert sich das partielle Einreißen privatautonom vereinbarter Inhalte unter Aufzwingen neuer Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung doch wieder aus der Vertragstreue,³¹ da solcher Art Nachverhandlung und Anpassung Ausdruck besonderer und situationsadäquat beidseitig nachvollziehbarer Rücksichtnahme ist.³² Diese Überlegung ist auch dogmatisch unter Distanzierung vom Einzugsbereich des § 157 BGB treffender alloziert, da die Parteien es sich gefallen lassen müssen, auch entgegen ihres anfänglich geäußerten Willens einen noch zu verhandelnden oder notfalls richterlich zu bestimmenden Leistungsaustausch zu akzeptieren.

B. Perspektiven

Bevor im Folgenden (C.) Detailfragen behandelt werden, sollen die obigen Grundsatzertwägungen noch um ein paar Gedanken zu möglichen Perspektiven ergänzt werden, wie § 313 BGB im System des zivilrechtlichen Vertragsrechts verstanden werden kann.

I. Die Mikroebene

Ausgangspunkt ist der singuläre Vertrag, wie dieser sich in der konkreten Situation mit der eingetretenen Äquivalenzstörung darstellt und nach dem Vertragswerk und dem Gesetzesrecht zu bewerten ist. § 313 BGB kann in dieser Perspektive die Funktion haben, eine Überprüfung der versproche-

29 Das hat auch der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung gesehen, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 174.

30 Strikt dagegen T. Finkenauer, *Ergänzende Auslegung bei Individualabreden*, AcP 213 (2013), S. 619 (643 ff.).

31 Näher M. Weller, *Die Vertragstreue*, Tübingen 2009, S. 277 ff.

32 Die Nähe zur Normgenese aus Treu und Glauben sowie die Nähe zum heutigen § 241 Abs. 2 BGB sind erkennbar.

nen Pflichtenspektren unter den besonderen, von den Parteien nicht bedachten Umständen herbeizuführen.

II. Die Makroebene

Als Makroebene sei das System des zivilrechtlichen Vertragsrechts verstanden, auf welches § 313 BGB erheblichen Einfluss zeitigen kann, da gerade angelegte Risikostrukturen und zivilrechtlich durch Vertrag geschützte vermögensrechtliche Zuordnungsmomente in Frage gestellt werden. Das Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage steht insofern ein Stück weit außerhalb des Systems und nimmt eine kontrollierende Stellung für außergewöhnliche Umstände ein. Hierdurch wird ersichtlich die allseits anerkannte Zurückhaltung beim Einsatz von § 313 BGB gestützt.³³

III. § 313 als systemverbindendes Element

Das Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kann allerdings auch als intradisziplinäres Anpassungsmoment verstanden werden, was partiell in der Vorschrift selbst angelegt zu sein scheint. So lässt sich § 313 BGB auch als Einfallstor für die Berücksichtigung volkswirtschaftlicher und sozialer Notlagen in singulären Vertragswerken lesen. Dass dies trotz einer gewissen Systemfremde im bürgerlichen Recht nicht ganz von der Hand gewiesen werden sollte, zeigt sich an der in § 313 Abs. 1 BGB geforderten Zumutbarkeitsabwägung, in welche auch einzubeziehen ist, ob staatliche Hilfen das unveränderte Aufrechterhalten des Vertrags und seiner Durchführung für die belastete Partei erträglich werden lassen.³⁴ Und so hat es bereits staatliche Hilfen in unterschiedlicher Form gegeben, um soziale Härten abzufedern und Gewerbetreibende, Freiberufler und Verbraucher vor negativen wirtschaftlichen Folgen zu bewahren. Die Berücksichtigung der gesetzlichen Risikoverteilung und die Beachtlichkeit staatlicher Hilfen in § 313 BGB erheben diese nach hier vertretener Ansicht zu einer intradisziplinären Brückennorm.

33 Vor diesem Hintergrund stets ablehnend W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Berlin 1992, § 26, 7, S. 526. S.a. T. Finkenauer (Fn. 17), § 313 Rn. 52 mwN.

34 Daher werden Notstandsgesetze als *leges speciales* zu § 313 BGB aufgefasst, vgl. S. Martens, in: BeckOGK BGB, München Stand 1.4.2020, § 313 Rn. 168, hier speziell für das Vertragshilferecht.

C. *Detailerwägungen nach nationalem Recht*

I. *Hinweise zu IPR und IZVR sowie Rechtsvergleichung vor der Klammer*

An dieser Stelle findet umfangbedingt keine eingehende Erörterung der Bestimmung des anwendbaren Sachrechts statt. Ebenso wenig wird eine rechtsvergleichende Analyse³⁵ angeboten. Beides eignete sich ohne Weiteres für eine eigenständige Abhandlung. Es sollen nur die folgenden knappen Hinweise zum Vertragsstatut und zu Art. 9 Abs. 2 vs. 3 Rom I VO gegeben werden:

Das Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage folgt gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I VO dem Recht des jeweiligen Vertrages (Vertragsstatut),³⁶ so dass die Bestimmung bei bestehender Rechtswahl nach Art. 3 Rom I VO und im Übrigen nach den Art. 4 ff. Rom I VO abläuft.³⁷ Problematisch kann die Beachtung von Eingriffsnormen sein. Während Eingriffsnormen des Gerichtsstaats mit Blick auf die Gesetzesbindung streng geachtet werden müssen (Art. 9 Abs. 2 Rom I VO), gilt für Eingriffsnormen anderer Staaten ein nach h.M. weniger strenges Berücksichtigungsgebot (Art. 9 Abs. 3 Rom I VO).³⁸ Das dürfte in Fällen von Strafnormen oder Ordnungswidrigkeiten kaum Sorgen bereiten, da in diesen Bereichen regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass auch mit Blick auf das Sachrecht fremde Gerichte die jeweilige Eingriffsnorm als zwingend erachten werden. Demgegenüber mag man auch zivilrechtliche Anpassungen wie Art. 240 EGBGB und staatliche Ausgleichsvorschriften wie § 56 IfSG im Hinblick auf das Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage als Eingriffsnormen erachten. Hier dürfte es keineswegs mehr als Selbstverständlichkeit gesehen werden, dass diese unter dem Regime des Art. 9 Abs. 3 Rom I VO hinreichend zum Zuge kommen. Daraus folgt, dass der Streit um die korrekte Bestimmung des Forums nach Art. 7 Nr. 1 EUGVVO³⁹ erheblich an Bedeutung gewinnt, wenn eine solche Schnittstelle im materiellen Recht droht. Man wird diesen Komplex bei grenzüberschreitenden

35 Hierzu S. *Martens* (Fn. 34), § 313 Rn. 19 ff.

36 Vgl. M. *Weller*, in: BeckOGK Rom I VO, München Stand 1.2.2020, Art. 12 Rn. 30 mwN.

37 Ebenso M. *Weller*/M. *Lieberknecht*/V. *Habrich*, Leistungsstörungen (Fn. 3), S. 1017.

38 Ausführlich F. *Maultzsch*, in: BeckOGK Rom I VO, München Stand 1.2.2020, Art. 9 Rn. 130 ff. mwN.

39 Hierzu P. *Gottwald*, in: MüKo ZPO, Bd. 3, 5. Aufl., München 2017, Art. 7 EuGVVO Rn. 3 ff.

Sachverhalten scharf im Auge behalten müssen. Für die Folgerörterungen wird die Anwendung deutschen Sachrechts unterstellt.

II. Struktur des § 313 BGB und eine Übertragung von Corona-Fällen

1. Tatbestand

Der Tatbestand des § 313 Abs. 1, 2 BGB verlangt, dass wesentliche Umstände oder Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich nach Vertragsschluss wesentlich geändert oder als fehlerhaft herausgestellt haben und dass die Parteien, hätten sie dies vorhergesehen, den Vertrag nicht oder nicht in dieser konkreten Ausgestaltung geschlossen hätten.⁴⁰ Darüber hinaus muss es nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalls der belasteten Partei unzumutbar sein, am unveränderten Vertrag festgehalten zu werden. Strukturell wird von einem realen/faktischen, einem hypothetischen und einem normativen Element gesprochen.⁴¹

Die Folgen der Pandemie führen nunmehr zu einer Reihe von konkreten Fällen, in denen das faktische und das hypothetische Element erkennbar erfüllt sind,⁴² auch wenn es außerhalb solcher Katastrophenfälle vielfach schwer ist, eine für die Parteien des jeweiligen Vertrages antizipationsfähige Grenze zu formulieren. Wenn jedoch vertragliche Leistungen unvorhergesehen schlicht nutzlos werden, Räumlichkeiten nicht mehr zweckadäquat einzusetzen sind, Lieferungen wegen Restriktionen ausbleiben und weitere vergleichbare Probleme auftreten, deren Ausgangspunkt die Parteien nicht im Ansatz erwartet haben, so wird man die Schwelle als überschritten ansehen können. Dass dies im Zweifel auch durch die Judikatur gestützt werden wird, ist durch die früheren Entscheidungen zu Epidemien bei der Bestimmung höherer Gewalt indiziert.⁴³

Ob jeweils die Geschäftsgrundlage oder der Geschäftsgegenstand betroffen ist, wird zwar vom Gesetzeswortlaut als vermeintlich relevante Unterscheidung eingeführt, erweist sich jedoch entsprechend der berechtigten

40 Prägnante Übersicht bei M. Stürmer, in: H. Prütting/G. Wegen/G. Weinrich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, 12. Aufl., Köln 2017, § 313 Rn. 8 ff.

41 So etwa T. Finkenauer (Fn. 17), § 313 Rn. 56.

42 Vgl. hierzu etwa A. Schall, Geschäftsgrundlage (Fn. 3), S. 388 (390 ff.); S. Sittner, Mietrechtspraxis (Fn. 3), S. 1169 (1171).

43 Vgl. etwa AG Augsburg BeckRS 2004, 16212; AG München NJW-RR 2008, S. 139; LG München I RRA 2008, S. 269.

Kritik von *Finkenauer* nicht als sinnvolles Abgrenzungsmoment.⁴⁴ Jeder Umstand der objektiven wie auch der subjektiven Geschäftsgrundlage lässt sich als Geschäftsgegenstand denken und formulieren. Bis auf die wenigen Fälle, die heute – ohne Anspruch auf spezifisch juristischen Sinngehalt – als „große“ Geschäftsgrundlage⁴⁵ geführt werden, fällt daher die nach aktueller Gesetzeslage geforderte Differenzierung unnötig schwer. Für die vorliegende Erörterung kann eine weitergehende Auseinandersetzung mit dieser Frage jedoch unterbleiben.

Die entscheidende Problematik der Zumutbarkeitsabwägung wird so gleich an Hand spezifischer Problemlagen besprochen.

2. Rechtsfolge

Bei erfülltem Tatbestand hat der belastete Schuldner das Recht, Vertragsanpassung zu verlangen, § 313 Abs. 1 BGB. Für den konkreten Umgang mit dem ggf. unwilligen Vertragspartner wird ihm auch ein gewisses Instrumentarium zur Seite gestellt. So kann der Schuldner § 313 Abs. 1 BGB als Einrede gegen die fortbestehende Leistungspflicht geltend machen⁴⁶ oder auf Basis situationsadäquater Verhandlungsvorschläge Klage erheben. Allerdings muss hinsichtlich der Klage die Situation sorgfältig eingeschätzt werden. Eine originäre Klage auf Vertragsanpassung oder auf Mitwirkung an den Verhandlungen soll grundsätzlich nicht möglich sein. Vielmehr ist auf Leistung aus dem angepassten Vertrag zu klagen.⁴⁷ Das kann jedoch aus Schuldnerperspektive unbefriedigend sein, wenn ein entsprechendes Leistungsinteresse aktuell nicht zu formulieren ist. Dann kann allerdings im Wege negativer Feststellungsklage gegen das Berühren eines zu weitgehenden Leistungsverlangens des Gläubigers vorgegangen werden.

Kommt eine Anpassung in zumutbarer Form nicht in Betracht, ist – nach der gesetzlichen Konzeption subsidiär – die Aufhebung nach § 313 Abs. 3 BGB, je nach Art des Schuldverhältnisses, als Rücktritt oder Kündigung möglich.

44 *T. Finkenauer* (Fn. 17), § 313 Rn. 9 f., 41 ff.

45 Vgl. *S. Martens* (Fn. 34), § 313 Rn. 58.

46 Allg.M., vgl. nur *M. Stürner* (Fn. 40), § 313 Rn. 24.

47 BT-Drucks. 14/6040, S. 176; *H. Heinrichs*, Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage – Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB, in: *S. Lorenz/A. Trunk/H. Eldenmüller/C. Wendehorst/J. Adolff* (Hrsg.), Festschrift für *Andreas Heldrich* zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 182, 198; *F. Loyal*, Ansprüche auf Vertragsanpassung – eine Dekonstruktion, *AcP* 214 (2014), S. 746.

3. Vorrang speziellerer Vorschriften und Regelungsbereiche

Es ist bereits angeklungen, dass in einer Reihe von Fällen Vorschriften des Vertrags- und des allgemeinen Schuldrechts, ebenso wie vertragsregulierende Sondergesetzgebung als verdrängende Spezialgesetze fungieren sollen.⁴⁸ Eine solche Aussage, die von Tatbestand und Rechtsfolge des § 313 BGB abgehoben formuliert wird, erscheint nach hier vertretener Ansicht als Einfallstor für voreilige Schlüsse und sollte nicht verfolgt werden.⁴⁹ Dies gilt umso mehr, als die weithin anerkannten Konkurrenzregeln, insbesondere der Vorrang des spezielleren Gesetzes, bei genauerer Betrachtung kaum eigenständigen Erkenntniswert haben.⁵⁰ Vielmehr sind sie lediglich Ergebnis eines Interpretationsprozesses.⁵¹ Korrekte Ergebnisse mit Blick auf die Normenhierarchie können nur erzielt werden, wenn Tatbestand und Rechtsfolge des § 313 BGB der jeweiligen Vorschrift oder dem zu erwägenden Regelungsbereich gegenübergestellt und möglichst präzise an Hand von Vergleichbarkeiten und Unterschieden in den Voraussetzungen, im Wirkungsmechanismus und in der erkennbaren Zweckrichtung untersucht werden. Hierfür bietet § 313 BGB insbesondere im Tatbestand mit dem Erfordernis des Zumutbarkeitskriteriums, welches gezielt die vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung als Abwägungselement einschließt, eine sachgerechte Grundlage. Zudem bietet die Möglichkeit der Anpassung ein im Übrigen innerhalb des Vertragsrechts kaum anzutreffendes, bewegliches Gestaltungsinstrument, um zufällig auftretenden, unerwarteten Umständen zu begegnen.⁵² Das Zumutbarkeitskriterium wird zugleich den Sorgen hinsichtlich eines denkbaren Missbrauchs durch vertragsreue Parteien gerecht.

48 Eingehend *T. Finkenauer* (Fn. 17), § 313 Rn. 138 ff. mwN.

49 Diese These wird durch die Haltung der Rechtsprechung gestützt, vgl. BGHZ 40, 334 (336) = NJW 1964, S. 861; BGH WM 1977, S. 735.

50 Hierzu der kritische Blick bei *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., München 2016, S. 117 mwN.; *J. Prütting*, Rechtsgebietsübergreifende Normenkollisionen, Tübingen 2020, S. 114.

51 Ausführlich *J. Prütting*, Normenkollisionen (Fn. 50), S. 108 ff., 113 f.

52 Näher *J. Lüttringhaus*, Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB, AcP 213 (2013), S. 266 ff.; mit kritischen Hinweisen *C. Thole*, Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, JZ 2014, S. 443 ff.

III. Geldschuld ohne Währungsverfall

Der zuerst zu diskutierende Anwendungsbereich des § 313 BGB besteht aus dem Konvolut aller Fälle, in denen ein Rechtssubjekt eine Geldschuld hat, die sie mangels Liquidität nicht begleichen kann. Der Zahlungseingpass soll dabei nachweislich auf Einkommens- und Vermögensverluste respektive ausbleibende Gewinne zurückgehen, die durch unmittelbare oder mittelbare Auswirkungen der Corona-Pandemie verursacht worden sind. Ein Währungsverfall liegt nicht vor und soll in dieser Betrachtung angenommen sein.⁵³

In diesen Fällen sollte das Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach hier vertretener Ansicht keinen Anwendungsbereich haben. Diese Haltung wird von folgenden Erwägungen getragen:

1. Die Geldschuld ist im System des bürgerlichen Rechts gesondert reguliert. Hinter dem allseits bekannten juristischen Sprichwort, „Geld hat man zu haben“, verbirgt sich das Verständnis eines Regelungsgeflechts, welches ungeachtet des Insolvenzgrundes Schuldnerschutz durch das BGB nicht zulassen will, sondern ein eigenständiges System im Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht vorsieht.⁵⁴ Daraus folgt, dass bei ausbleibender Zahlung einer fälligen Geldschuld unter den Voraussetzungen des § 286 Abs. 1 – 3 BGB stets Verzug eintritt, da fehlende Verantwortlichkeit gemäß § 286 Abs. 4 BGB nicht wirksam eingewendet werden kann.⁵⁵ Obgleich es der zahlungsunfähigen Person subjektiv in diesem Moment nicht möglich ist, auf die Schuld zu leisten, kann dem Gläubiger § 275 Abs. 1 BGB nicht mit Erfolg entgegengehalten werden.⁵⁶

2. Weder das System des BGB noch die §§ 704 ff. ZPO oder die InsO unterscheiden bei der Frage des Vorliegens der Zahlungsunfähigkeit oder

53 Grundsätzlich ist die Geldentwertung dem Risikobereich des Gläubigers zuzuordnen, vgl. BGHZ 86, 167 (186 f.) = NJW 1983, S. 1309. Zur aner kennenswerten Fallgruppe des außerordentlich unvorhersehbaren Währungsverfalls BGHZ 77, 194 (198) = NJW 1980, S. 2241; S. Lorenz, in: BeckOK BGB, 53. Ed, München 2020, § 313 Rn. 34.

54 Vgl. hierzu die instruktive Hintergrunddarstellung bei R. Stürner, in: MüKo InsO, Bd. 1, 4. Aufl. München 2019, Einleitung Rn. 1 ff.

55 Vgl. BGH NJW 2015, S. 1296 Rn. 18 mwN; D. Medicus, „Geld muß man haben“ – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), S. 489.

56 Vgl. a. BT-Drucks. 14/7052, S. 184 und hierzu C. Canaris, Sondertagung Schuldrechtsreform – Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499 (519).

Überschuldung nach den Gründen, wie es zu derselben gekommen ist.⁵⁷ Auch bestehen bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens Abwägungs- und Entscheidungsmöglichkeiten, welche Verträge zur Masseanreicherung fortgeführt und dementsprechend beglichen werden sollen (§§ 53 - 55, 103 ff. InsO), während andere als Insolvenzgläubiger ihre Forderung ausschließlich zur Tabelle anmelden können (§§ 87, 174 ff. InsO). Damit beinhaltet das Insolvenzrecht aber nicht nur einen Katalog von Antworten auf die Masseverteilung, sondern auch auf den Umgang mit konkreten Vertragswerken.

3. Eröffnete man in den Fällen fehlender Solvenz den Anwendungsbereich des § 313 BGB, so ließen sich weder antizipationsfähige Parameter für das Überschreiten der Zumutbarkeitsschwelle noch für die Frage sachgerechter Rechtsfolgen ausmachen.⁵⁸ Ist etwa ein Händler nicht mehr dazu in der Lage, seine Lieferanten zu befriedigen, ausstehende Strom- und Gasrechnungen zu begleichen, die Mitarbeitergehälter zu bedienen und die Telekommunikationskosten zu zahlen, so böte § 313 BGB keinen Anhaltspunkt, ob er nunmehr beliebig teilweise Gläubiger befriedigen und im Übrigen Anpassung oder Aufhebung beanspruchen dürfte, ob er pro rata zahlen müsste oder ob ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber allen einträte. Auch bliebe fraglich, ob eine Vertragsanpassung oder -aufhebung an einer Stelle unmittelbar in die Zumutbarkeitserwägung für die anderen Leistungspflichten gegenüber Dritten einzuberechnen wäre.

4. *Schall* bringt zudem die berechtigte Erwägung ein, dass es eine Vielzahl von Möglichkeiten unverschuldeter Insolvenz gibt und dass Instrumentarien existieren, die Haftungsbeschränkung zur Fungibilität wirtschaftlicher Risiken vorsehen, so insbesondere die Möglichkeiten des Gesellschaftsrechts.⁵⁹

Es sei trotz aller Argumentation nicht verschwiegen, dass die Judikatur in seltenen Konstellationen gleichwohl die Erwägung in § 313 BGB zugelassen hat, dass der Schuldner einer Geldschuld von der Insolvenz bedroht sei, so etwa das OLG Düsseldorf mit einem Urteil aus 1995.⁶⁰ Allerdings ging es dem Senat hier erkennbar darum, seine ohnehin auf Treuwidrigkeit des Gläubigerverhaltens gestützte Argumentation zusätzlich abzusichern und weniger um den Versuch, Geldschulden generell dem Regime des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu unterwerfen. Ungeachtet weiterer

57 Daher für § 17 InsO die einzig zentrale Frage der Illiquidität, vgl. *K. Schmidt*, Insolvenzordnung, 19. Aufl., München 2016, § 17 Rn. 14 ff.

58 Hierauf hat auch *A. Schall*, Geschäftsgrundlage (Fn. 3), S. 388 (392) hingewiesen.

59 *A. Schall*, Geschäftsgrundlage, S. 388 (391 f.).

60 OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, S. 1419.

Einzelbeispiele, die der hier dargestellten Ansicht widersprechen, ist die steuernde Mittel(um-)verteilung außerhalb des marktwirtschaftlichen Geschehens staatliche Aufgabe und nicht sachgerecht durch eine Regelung zu erzielen, die Anpassungen der jeweiligen Sinnhaftigkeit von und Äquivalenz in Verträgen verfolgt.⁶¹

IV. Störung im Bereich spezifischer vertraglicher Leistungspflichten und Gläubigerrechte

1. Vorerwägungen

Wendet sich der Blick auf konkrete vertragspezifische Störungen durch schwere Umstandsveränderungen, so stehen kategorial für § 313 BGB die Verfehlung des avisierten Leistungszweck, wesentliche Erschwernisse der Leistung und Störungen des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Verhältnis zueinander im Vordergrund.⁶² Allerdings ist mit einer solchen Kategorisierung zunächst wenig gewonnen, da mit dieser Verallgemeinerung über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen oder der sachgerechten Rechtsfolgenanpassung bei § 313 BGB noch nichts gesagt ist. Jedoch können mit Blick auf erforderliche Notstandsgesetzgebung und zugehörige ökonomische Grundlageerwägungen ggf. kategoriale Grundmuster nützlich sein, um seitens des Staates situationsadäquat einzugreifen und zu verteilen.

2. Der Fall des Gewerberaummietvertrages

Als konkretes Erprobungsbeispiel seien die Fälle Corona bedingter Schließungen von Ladenlokalen herangezogen, welche die Frage nach sich ziehen, ob und inwieweit eine Verweigerung der Mietzahlungspflicht aus § 535 Abs. 2 BGB seitens des Mieters möglich ist.

61 So auch *S. Martens* (Fn. 34), § 313 Rn. 219.

62 Vgl. etwa *M. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, *Leistungsstörungen*, S. 1017 (1022).

a) Lösungsansatz nach Mietmängelrecht

Die hoheitliche Schließungsverfügung, die im jeweiligen Einzelfall – als rechtlich wirksam und damit bindend unterstellt – den betroffenen Verkaufsraum des Mieters in einer zentralen Hinsicht nutzlos werden lässt, könnte sich als Sachmangel iSd § 536 Abs. 1 BGB darstellen und zur Minderung führen. Ob von einem Sachmangel wegen gestörter Umweltbeziehungen⁶³ oder einem öffentlich-rechtlichen⁶⁴ Mangel mit hinreichendem Bezug zur Mietsache jedoch ausgegangen werden kann, ist stark umstritten. Eine ausführliche Erörterung zur Thematik bietet der Beitrag von *Brinkmann*, in welchem der Autor zunächst herausstellt, dass die Notstandsgesetzgebung in Art. 240 EGBGB für diesen Fragenkomplex nicht einschlägig ist und sodann zu dem Ergebnis kommt, dass mangels hinreichenden Bezugs zu Beschaffenheit, Zustand oder Lage der Mietsache die Störung der Umweltbeziehung in das Verwendungsrisiko des Mieters falle.⁶⁵ Hierfür beruft sich *Brinkmann* insbesondere auf eine nähere Analyse der Rechtsprechungsgenese zur Störung der Umweltbeziehungen und zu hoheitlichen Restriktionen und sieht allem voran weitreichende Parallelen zum Nichtraucherurteil des BGH,⁶⁶ aus welchem er einen erst-recht-Schluss ableitet.⁶⁷ Zum gegenteiligen Ergebnis gelangen *Weller/Thomale* mit einer näher erörterten Differenzierung zu Verwendungs- und Verwendbarkeitsrisiko im Mietmängelrecht.⁶⁸ Dabei gehen *Weller/Thomale* davon aus, dass die Verwendungsabsicht der in Rede stehenden Räume vertraglich zwischen den Parteien als „Einzelhandelsverkaufsräume“ erfasst sind.⁶⁹ Hiervon ausgehend werden die hoheitlichen Coronabeschränkungsmaßnahmen als vollständiger Ausschluss denkbaren Publikumsverkehrs gewertet, die das Objekt aus Eigentümersicht a priori nicht hätten vermietungsfähig erscheinen lassen und mithin in das Verwendbarkeitsrisiko fallen sollen.

Ohne hierauf einen ausufernden Schwerpunkt der Untersuchung zu legen, sei dahingehend Stellung genommen, dass Argumentation und Herangehen von *Weller/Thomale* in den meisten Fällen überzeugender erschei-

63 Vgl. BGH NJW 2009, S. 664 Rn. 34.

64 Hierzu BGH NZM 2014, S. 165 Rn. 20.

65 M. *Brinkmann*, Niemand zahlt mehr Miete!?, in: D. Effer-Uhe/A. Mohnert (Hrsg.), 2020, C II.

66 BGH NJW 2011, S. 3151.

67 M. *Brinkmann*, Miete (Fn. 65), C II.

68 M. *Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht (Fn. 3), S. 962 (964).

69 M. *Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht (Fn. 3), S. 962 (963).

nen. Dies liegt nicht zuletzt darin begründet, dass die Stärke der Argumentation von *Brinkmann* mit dem Nichtraucherschutzurteil gerade darin gesucht und gefunden worden ist, dass ein hinreichender Bezug zu Beschaffenheit, Zustand und Lage des Objekts nicht ausgemacht werden könne. *Brinkmann* argumentiert, dass manche Gewerbezweige hatten öffnen dürfen, andere schließen mussten. Der Bezug sei also die Tätigkeit des Mieters, nicht die Beschaffenheit des Objekts.⁷⁰ *Weller/Thomale* nehmen demgegenüber den subjektiven Fehlerbegriff als Ausgangsüberlegung ernst und beziehen daher ein, welche Merkmale dem Objekt nach vertraglicher Übereinkunft ebenfalls anhaften.⁷¹ Dies führt dazu, dass in manchen Fällen durchaus auch ein Mangel zu verneinen sein mag, jedoch wird das klassische Ladenlokal als solches vermietet worden sein, da es andernfalls schon nicht zu dem entsprechendem Preis hätte an den Markt gebracht werden können. Darüber hinaus ist in der Argumentation von *Brinkmann* nicht einbezogen, dass zentraler Ansatz der Schließungsverfügungen die persönliche Begegnung von Personen auf engem Raum gewesen ist und später sogar Unterscheidungen nach Quadratmeterzahlen in den behördlichen Verfügungen vorgenommen worden sind. Selbst wenn es dazu aber nicht gekommen wäre, erscheint die Ablehnung von *Brinkmann* im Hinblick auf die Zuweisungen der Gefahrensphären von Zufallsrisiken wenig überzeugend. Umwelteinflüsse und öffentlich-rechtliche Restriktionen sollten über § 536 BGB eine möglichst klare Zuordnung erhalten. Hierfür bietet *Brinkmann* allerdings kein ökonomisches und in der Folge auch kein juristisch unmittelbar durchschlagendes Erklärungsmuster an, sondern folgt vermeintlich dem BGH-Judikat. Demgegenüber stellen *Weller/Thomale* mit Recht die Frage, wem im Mietvertragsrecht das wirtschaftliche Risiko jeglichen Nutzungsentfalls zuzuweisen sein soll.⁷² Dabei verbleibt freilich eine gewisse Beweglichkeit über andere Nutzungsmöglichkeiten von Räumen, so etwa zur Lagerung oder für einen Versandhandel. Dies dürfte allerdings nur einen geringen Prozentsatz der Mietminderung zu negieren geeignet sein.⁷³

70 *M. Brinkmann*, *Miete* (Fn. 65), C II.

71 *M. Weller/C. Thomale*, *Gewerbemietrecht* (Fn. 3), S. 962 ff.

72 *M. Weller/C. Thomale*, *Gewerbemietrecht* (Fn. 3), S. 362 (364 f.).

73 Zur Berechnungsproblematik bei Teilnutzbarkeit *A. Schall*, *Geschäftsgrundlage* (Fn. 3), S. 388 (389).

b) Lösungsansatz nach allgemeinem Unmöglichkeitensrecht

Verneint man einen Mietmangel, so muss mit *Schall* die Frage gestellt werden, ob das Unmöglichkeitensrecht mit nachfolgendem Entfall der Gegenleistungspflicht eingreift, §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB.⁷⁴ Dies lässt sich ebenfalls gut vertreten und führt wirtschaftlich zum selben Ergebnis. Wer diese Zuordnung nach Risikosphären für privatrechtlich nicht korrekt hält, muss nunmehr das allgemeine Unmöglichkeitensrecht hinter der Feststellung unveränderter Mietzahlungspflicht als gesperrt argumentieren. Das mag man freilich je nach Begründungslinie gegen das Vorliegen eines Mietmangels tun, soll vorliegend aber nicht näher untersucht werden.

c) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Welchem Weg man in den obigen Diskussionen auch folgen mag, so dürfte nach hier vertretener Ansicht die sachgerechte Lösung gleichwohl im Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu suchen sein, wobei das obige Ergebnis keineswegs irrelevant ist, wie sogleich verdeutlicht werden wird. Im Hinblick auf § 313 BGB ist zunächst von Bedeutung, dass dieser nicht durch die besonderen Vorschriften des Mietvertragsrechts gesperrt sein dürfte.⁷⁵ Zwar ist zuzugeben, dass das Regime des Mietvertragsrechts für Mietmängel eine Risikoabgrenzung grundsätzlich vorsieht, jedoch kann sich hieraus kein Spezialitätsargument ergeben, da dieses Moment von § 313 BGB spätestens im normativen Element der Zumutbarkeitsabwägung gesetzlich genannter Prüfungspunkt ist,⁷⁶ der nur dann § 313 BGB ausschließt, wenn die gesetzlich erfasste Risikozuweisung umfassend und damit abschließend ist. Auch der Automatismus der Mietminderung ist kein durchgreifendes Argument für eine Spezialität gegenüber § 313 BGB, da die dort vorgesehenen Möglichkeiten der Anpassung und subsidiär der Aufhebung gezielt für außergewöhnliche, vertraglich nicht bedachte Fälle ein bewegliches System konstituieren, welches im für den Regelfall konstruierten Mietvertragsrecht nicht einbezogen ist. Dass dieses Gegenargument auch *Weller/Thomale* nicht gänzlich von der Hand weisen werden,

74 A. *Schall*, Geschäftsgrundlage (Fn. 3), S. 388 (389).

75 So aber M. *Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht (Fn. 3), S. 362 (363).

76 S. *Martens* (Fn. 34), § 313 Rn. 118 sieht die Verankerung bereits auf früherer Ebene, aber unbestreitbar in § 313 BGB inkorporiert.

zeigt der Umstand, dass das gefundene Minderungsergebnis in Gestalt einer klassischen Alles-oder-Nichts-Lösung für unbefriedigend gehalten wird, da das Mietvertragsrecht gerade keine hinreichende Sensibilität für zufällige Lastenverteilung bei außerordentlichen Geschehensabläufen enthält. Dementsprechend wird von den Autoren auch eine pro Kopf – Verteilung in Anlehnung an das Recht des Gesamtschuldausgleichs und an §§ 659 Abs. 2, 742 BGB angedacht.⁷⁷ Diese Erwägung ist zwar sehr interessant, jedoch erscheint dieselbe nur bedingt überzeugend. Dabei muss bereits der Hinweis auf ein universelles Gerechtigkeitsprinzip angezweifelt werden. Der Gleichheitsgedanke ist sicherlich eine von vielen Ansätzen in der langen Reihe diskutierter materieller Gerechtigkeitstheorien.⁷⁸ Diesen jedoch als generelles Auffangmuster des bürgerlichen Rechts anzusehen, wo gleichermaßen Aspekte der Leistungs-, der Verteilungs- und der Gerechtigkeit durch Billigkeit – um nur einen Ausschnitt zu nennen – sich ausmachen lassen, erscheint angreifbar. Speziell sei vor dem Hintergrund des hier erörterten § 313 BGB mit seiner primären Rechtsfolge der Neu- oder Nachverhandlung und dem Ziel der Anpassung auch auf Gerechtigkeit durch Verfahren hingewiesen, die im Vorschlag von *Weller/Thomale* leider außen vor bleibt und damit die Chance nimmt, situationsadäquat zu reagieren, statt durchweg eine pro Kopf – Verteilung anzustreben. Der unbestreitbare Vorteil des Vorschlags gleichmäßiger Verteilung ist allerdings das klare und greifbare Ergebnis, welches bei Umsetzung und nachfolgender Bekanntheit viele Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden geeignet wäre und damit Transaktionskosten spart. Dies vermag jedoch nach hier vertretener Auffassung die angeführten erheblichen Reibungsverluste eines differenzierten und beweglichen Lösungsmodells nicht aufzuwiegen.

Aufbauend auf der Feststellung der Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 313 BGB soll aber auch sogleich berechtigten Bedenken gegen den Einsatz dieser Vorschrift Rechnung getragen werden.⁷⁹ Insbesondere drei Aspekte sind hervorzuheben, um zu verdeutlichen, dass von einer Gefahr leichtfertiger Durchbrechung geschlossener Verträge keine Rede sein kann.

aa) So sind die tatbestandlichen Anforderungen des § 313 Abs. 1, 2 BGB in allen drei Elementen mit hohen Hürden besetzt. Insbesondere auch das

77 *M. Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht (Fn. 3), S. 362 (366).

78 Eine breite Übersicht bieten *D. Borchers/S. Guinebert*, Gerechtigkeit als Tugend, in: *A. Goppel/C. Mieth/C. Neuhäuser* (Hrsg.), *Handbuch Gerechtigkeit*, 2016, S. 182 ff.

79 Vgl. *W. Flume*, Bürgerliches Recht (Fn. 33), § 26, 7, S. 526. Vor diesem Hintergrund die Subsidiaritätserwägungen, vgl. *T. Finkenauer* (Fn. 17), § 313 Rn. 52.

Moment der Vorhersehbarkeit und Versicherbarkeit zufälliger Ereignisse darf nicht vorschnell angenommen werden. Subsumtionsfähige Fälle sind normalerweise höchst selten und nur wegen der außergewöhnlichen Umstände der Corona-Krise gibt es aktuell eine größere Menge von Konstellationen, die passend erscheinen.

bb) Die eingehende Abwägung bietet Raum zur Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. Mithin kann sich auch der nicht unmittelbar belastete Vertragsteil mit dem Einwand wehren, eine Vertragsanpassung oder -aufhebung würde ihn über Gebühr treffen.

cc) Die oben für das Mietvertragsrecht erörterte Ausgangslage hat mit Blick auf § 313 BGB erhebliche Bedeutung, da diese zu der Erkenntnis führt, welche Partei vor einer denkbaren Anwendung des § 313 BGB belastet ist und sich auf diese Ausnahmegesetzgebung berufen will. Hierdurch werden der belasteten Partei denn auch Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen auferlegt.⁸⁰ Zudem wird es in der Rechtsfolge an der belasteten Partei sein, eine Basis für sachgerechte Verhandlungen anzubieten, bei denen die Belange des anderen Teils Berücksichtigung finden.

Wird in den herangezogenen Mietvertragskonstellationen im jeweiligen Einzelfall das Vorliegen des Tatbestandes bejaht, offenbart ein Blick auf die Rechtsfolgen ebenfalls Besonderheiten. Die in § 313 Abs. 1 BGB vorgesehene Anpassung ist durch den Gesetzgeber nicht näher ausbuchstabiert und muss keineswegs nur in Überlegungen gekürzter oder erweiterter Leistungsspektren liegen. Vielmehr können die Rahmenbedingungen geschickt modifiziert werden, was den Parteien häufig schon zu helfen vermag. So werden die Corona-Maßnahmen von der Bundes- und den Länderregierungen laufend überprüft und angepasst. Daher wird es je nach wirtschaftlicher Situation und denkbaren Überbrückungsvereinbarungen wie auch potentiell greifbaren staatlichen Hilfen Erwägungen geben, die schlicht Fälligkeiten verschieben, Lieferungen unter mehreren Gläubigern anders verteilen oder die Mietzahlungspflicht ganz oder teilweise aufrechterhalten und einen späteren gemeinsamen Ausgleich je nach wirtschaftlicher und politischer Entwicklung vereinbaren. Dem Einfallreichtum der konstruktiv verhandelnden Vertragsparteien sind zahlreiche Chancen geboten. Negativ gewendet, mag man mit *Thole* darauf hinweisen, dass vorprozessual vielfach die eigenen Obsiegenschancen überschätzt werden,⁸¹ was zu unausgewogener Verhandlung und mangelnder Einigungsbereit-

80 Vgl. BGH NJW 2003, S. 510.

81 C. *Thole*, Neuverhandlungspflicht (Fn. 52), S. 443 (446 f.).

schaft führen kann. Allerdings hat der BGH eine Verhandlungsobliegenheit anerkannt, die rechtlich zwar nicht selbstständig durch Leistungsklage verfolgt werden kann, jedoch bei Verletzung dazu führt, dass verzugsbedingt der Schuldner ausgebliebener Verhandlungsbereitschaft in Verzug gerät und bei späterem Unterliegen vorgerichtliche Anwaltskosten und sonstige Verzugsschäden zu tragen hat.⁸² Auch wird ein Nichtverhandeln bei Unzumutbarkeit des aktuellen Vertragsgefüges als Begründungslinie für eine implizite Zustimmung zur Aufhebung erachtet.⁸³ Der hiermit einhergehende Druck auf die Parteien, sich vorgerichtlich konstruktiv aufeinander zuzubewegen, wird jedoch dadurch wieder abgeschwächt, dass weder Gesetz noch Rechtsprechung stabile Spielregeln für eine solche Verhandlung vorsehen. Das ist im Fall verhandlungs- und einigungsbereiter Parteien sinnvoll, da diese nicht in ein ggf. unnötiges und schwerfälliges Korsett gedrängt werden, droht aber bei streitaffinen Personen sich in bewusst überzogenen Vorstellungen und fadenscheinigen Ausflüchten sowie in der konsequenten Leugnung der Anwendbarkeit des § 313 BGB auszudrücken. Wenn fehlender Inhalt und Grenzen des zugehörigen Diskurses wie auch fehlende Hinweise auf ein unverschuldetes Scheitern von Verhandlungen fehlen, so geht nach hier vertretener Auffassung die Ansicht doch zu weit, die präprozessuale Verhandlungsobliegenheit sei nutzlos und ökonomisch ineffizient.⁸⁴

Abschließend sei damit festgehalten, dass das Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in der Corona-Krise in einer Vielzahl von Konstellationen leistungsfähig erscheint und insbesondere nicht vorschnell hinter generalisierenden Spezialitätserwägungen verschwinden sollte.

D. Prüfkaskade für den beratenden Anwalt und das angerufene Gericht

Auf Basis bisheriger Erwägungen sei im Folgenden eine Prüfkaskade vorgeschlagen, deren Beachtung Richter- und Anwaltschaft eine prozedurale Stütze für die Analyse des Einzelfalls bieten soll.

- I. Greifen spezifische Regelungen des Vertrags, die Krisensituationen einschließen (force majeure – Klauseln etc.)? Falls nein:
- II. Existieren nicht perpetuierte, aber erkenn- und nachweisbare Vereinbarungen für Krisensituationen? Falls nein:

82 BGHZ 191, 139 = JZ 2012, S. 418.

83 BGHZ 191, 139 Rn. 27 = JZ 2012, S. 418.

84 So aber im Ergebnis C. Thole, Neuverhandlungspflicht (Fn. 52), S. 443 (450).

- III. Es bedarf einer vollständigen Problemerkfassung im Hinblick auf die gesetzliche Risikoverteilung des speziellen Vertrags- und allgemeinen Schuldrechts mit Beantwortung der Frage, ob diese auch die eingetretenen Risiken einer Partei oder den Parteien anteilig erschöpfend zuweisen. Hier dürfen keine vorschnellen oder generalisierenden Schlüsse gezogen werden! Falls eine solche Zuweisung nicht vorliegt:
- IV. Existiert Notstandsgesetzgebung, die das Problem hinreichend konkret erfasst? Falls nein:
- V. Liegen die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1, 2 BGB vor? Ist dem nicht so, bleibt es bei der vertraglich und gesetzlich ggf. partiell unbefriedigenden Verteilungsentscheidung, die jedoch zu respektieren ist. Liegen demgegenüber die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1, 2 BGB vor, so sollte wie folgt verfahren werden:
- VI. Wurde bereits mit konstruktiven und situationsangemessenen Erwägungen verhandelt?
 - 1. Falls ja: Klagerhebung auf Leistung oder Nutzung des § 313 BGB als Einrede gegen eine geltend gemachte Leistungspflicht.
 - 2. Falls nein: Verhandlungen anstreben (andernfalls droht bei sofortiger Klagerhebung § 93 ZPO und mangels Schuldnerverzugs keine Aussicht auf erfolgreiche Geltendmachung vorgerichtlicher Anwaltskosten).

E. Zusammenfassung in Thesen

- I. Gesamtgesellschaftliche Krisensituationen führen zu einer Schadenstreuung, für die regelmäßig keine Vertragspartei verantwortlich und die auch nur selten einer Partei vertraglich zugewiesen ist.
- II. Das zivilrechtliche Vertrags- und das allgemeine Leistungsstörungenrecht sehen für solche Momente bei Subsumtion zumeist eine einseitige Belastung einer Partei nach üblichen und unter normalen Umständen auch nachvollziehbaren Risikoverteilungserwägungen vor. Diese erfassen jedoch exogene Schocks wie Krieg, Naturkatastrophen, Pandemien und Ähnliches unzureichend.
- III. In derartigen Krisensituationen sollte das Instrumentarium des § 313 BGB nicht als rein vertragsimmanentes Begrädigungsmoment, sondern auch als vertragstranszendenter Lastenverteilungsmechanismus verstanden werden.
- IV. Der hierdurch anerkannte sozialpolitisch induzierte Eingriff in bestehende Vertragsgefüge ist allerdings zurückhaltend einzusetzen. Jedoch dient derselbe in einer Krisensituation mehreren bedeutsamen Zielen,

welche insbesondere die systembezogenen Gegenargumente in den Hintergrund treten lassen. Zentrale Ziele sind insoweit:

1. Abbau des beiderseitigen Rationalitätsdefizits der Vertragsparteien,
 2. Lastenverteilung bei zufälligen, nahezu unplanbaren und zumeist nicht versicherbaren Schäden,
 3. Überbrückung für Bereiche, in denen der Staat (noch) nicht durch Notstandsgesetzgebung eingreifen konnte und
 4. Nutzung der Marktkräfte und Findigkeit verhandlungsbereiter Parteien auf der Mikroebene unter Bereitstellung eines flexiblen Anpassungssystems.
- V. Keine Anwendung sollte § 313 BGB auf Fälle von Liquiditätsengpässen und Zahlungsunfähigkeit wegen ausbleibenden Erwerbs finden.
- VI. Um je nach Katastrophe angepasste Notstandsgesetzgebung nicht ad absurdum zu führen, schließt auch jede nachträgliche, sachbezogene Legislation § 313 BGB aus, sofern Vertragsanpassung oder –aufhebung nicht bereits erfolgt sind.
- VII. In der Diskussion um Corona bedingte Betriebsschließungen dürfte in einer Vielzahl von Fällen ein Mietmangel mit nachfolgender Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB anzunehmen sein. Allerdings sind diese Fälle auf Basis eines Verlangens gemäß § 313 Abs. 1 BGB einzelfallbezogen anzupassen. Hierbei sind beide Vertragspartner zu konstruktiven Verhandlungen unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls verpflichtet.

Verbraucher- und Gläubigerrechte in der Corona-Krise – Ausweitung oder Einschränkung?

Dr. Caspar Behme*

Inhaltsübersicht

A. Pandemiebedingte Leistungsstörungen und gesetzliche Risikoverteilung	74
I. Dauerhafte Unmöglichkeit der Leistungserbringung	74
1. Befreiung der Parteien von ihren wechselseitigen Leistungspflichten und Rücktrittsrecht des Gläubigers	74
2. Schadensersatzpflicht des Schuldners	77
II. Verzögerung der Leistungserbringung	78
1. Zurückbehaltungsrecht und Rücktrittsrecht des Gläubigers	78
2. Schadensersatzpflicht des Schuldners	79
III. Vorübergehende Unmöglichkeit der Leistungserbringung	79
1. Befreiung der Parteien von ihren wechselseitigen Leistungspflichten und Rücktrittsrecht des Gläubigers	80
2. Schadensersatzpflicht des Schuldners	81
IV. Unzumutbarkeit der Leistungserbringung	82
V. Zwischenfazit: Gesetzliche Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Schuldner	83
B. Auswirkungen der gesetzlichen Risikoverteilung	85
I. Fallbeispiel 1 – Lieferkette	85
II. Fallbeispiel 2: Abgesagtes Konzert	87
III. Fallbeispiel 3: Lieferung einer mangelhaften Sache	88
C. Zwischenfazit und rechtsökonomische Bewertung	88
D. Alternativvorschlag: Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Gläubiger	90
I. Auswirkungen auf Fallbeispiel 1	92
II. Auswirkungen auf Fallbeispiel 2	92
III. Ein letzter Blick auf Fallbeispiel 3	93

Unternehmen, die infolge der Corona-Pandemie in eine wirtschaftliche Schieflage geraten, sind in der Regel in ihrer Rolle als Schuldner betroffen: Weil in den vertraglichen Beziehungen mit ihren Kunden Leistungsstörungen eintreten, deren Risiko sie nach der gesetzlichen Risikoverteilung zu tragen haben, verlieren sie ihre Vergütungsansprüche oder ihr Vertragspartner

* Der Verfasser ist Habilitand an der LMU München und Vertretungsprofessor für Bürgerliches Recht an der Universität Bremen.

kann sich vollständig vom Vertrag lösen. Der nachfolgende Beitrag erläutert einige typische Fallbeispiele und ihre Behandlung nach geltendem Recht. Im Anschluss daran wird ein alternatives Lösungsmodell vorgestellt, in dem das Risiko pandemiebedingter Leistungsstörungen dem Gläubiger zugewiesen wird. Anhand der behandelten Fallkonstellationen wird sodann aufgezeigt, dass dieses Modell regelmäßig zu sach- und interessengerechten Lösungen führen wird.

A. Pandemiebedingte Leistungsstörungen und gesetzliche Risikoverteilung

In zahlreichen vertraglichen Beziehungen führt die Corona-Pandemie zu Situationen, die das bürgerliche Recht als „Leistungsstörungen“ bezeichnet. Hinsichtlich der infolge der Auswirkungen der Corona-Pandemie denkbaren Leistungsstörungen ist zwischen Fällen zu differenzieren, in denen die Erbringung der Leistung für den Schuldner unmöglich wird (unter 1.), und solchen, in denen sich die Erbringung der Leistung lediglich verzögert (unter 2.). Gewissermaßen zwischen diesen Szenarien liegen Fälle, in denen die Leistung dem Schuldner vorübergehend unmöglich ist (unter 3.). Schließlich sind Fälle zu erörtern, in denen die pünktliche Erbringung der Leistung dem Schuldner möglich, aber infolge der Corona-Pandemie unzumutbar ist (unter 4.).

I. Dauerhafte Unmöglichkeit der Leistungserbringung

1. Befreiung der Parteien von ihren wechselseitigen Leistungspflichten und Rücktrittsrecht des Gläubigers

Kann der Schuldner infolge der Corona-Pandemie die vertraglich geschuldete Leistung dauerhaft nicht erbringen, wird er gem. § 275 Abs. 1 BGB von seiner Pflicht zur Leistung frei; er verliert aber zugleich gem. § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. Dies gilt unabhängig davon, ob die Unmöglichkeit bereits bei Vertragsschluss vorlag oder erst nachträglich eingetreten ist. Keine Rolle spielt auch, ob der geschlossene Vertrag auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet ist oder ob es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt.

Zu einer dauerhaften Unmöglichkeit infolge der Corona-Pandemie kommt es beispielsweise dann, wenn die Erbringung einer Leistung abge sagt werden muss und es sich dabei um ein absolutes Fixgeschäft handelt.

Dies ist der Fall bei sämtlichen Leistungen, die im Zusammenhang mit der Durchführung zeitlich gebundener Massenveranstaltungen stehen, die infolge der Corona-Pandemie abgesagt werden.¹ Kann der Gläubiger an einer solchen Veranstaltung nicht teilnehmen, hat er einen Anspruch auf Rückerstattung der Gegenleistung, d.h. des für eine Eintrittskarte gezahlten Kaufpreises. Gleiches gilt für Hotel- oder Flugbuchungen. Wurde die Zahlung geleistet, bevor der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung erloschen ist, ergibt sich der Rückerstattungsanspruch aus § 326 Abs. 4 BGB; wurde geleistet, nachdem der Anspruch bereits erloschen war, ergibt er sich aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1, 326 Abs. 1 BGB.²

Auch bei Dauerschuldverhältnissen wird der Gläubiger von der Gegenleistungspflicht frei, wenn der Schuldner die Leistung für einen bestimmten Zeitraum nicht erbringen kann. Kann der Gläubiger beispielsweise sein Fitnessstudio für eine bestimmte Zeit wegen einer behördlichen Schließungsanordnung nicht nutzen, muss er nach § 326 Abs. 1 BGB für diesen Zeitraum seine Mitgliedsbeiträge nicht entrichten. Dies gilt im Ergebnis selbst dann, wenn die Leistung theoretisch „nachgeholt“ werden könnte, indem die ausgefallene Zeit am Ende angehängt wird: Auch wenn es sich dann nicht um ein absolutes Fixgeschäft handeln sollte,³ wird jedenfalls der Gegenleistungsanspruch bis zur Nachholung der Leistung

-
- 1 MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 51; zur Einordnung der Durchführung eines Symphoniekonzerts als absolutes Fixgeschäft AG Dortmund, Urteil v. 13.10.1948 – 26 C 517/48, NJW 1949, 148; zum Kauf von Karten für ein Fußballspiel.
 - 2 Wie hier MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 326 Rn. 103. Die Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Erbringung der Gegenleistung ergibt Sinn, weil es einen Unterschied macht, ob bestehende Leistungspflichten zunächst erfüllt und dann aufgrund von Leistungsstörungen rückabgewickelt werden – hierfür enthalten die §§ 346 ff. BGB ein vorrangiges und darauf zugeschnittenes Normenregime – oder ob auf eine tatsächlich nicht bestehende Schuld geleistet wird – das ist die klassische Bereicherungssituation. Zu undifferenziert erscheint daher die Regierungsbegründung zu § 326 Abs. 4 BGB, wo es heißt, das Rücktrittsrecht sei generell besser auf die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge zugeschnitten⁶, siehe BT-Drucks. 14/6040, S. 189. Für einen generellen Vorrang der Bereicherungshaftung dagegen *J. Kohler*, Bereicherungshaftung nach Rücktritt – eine verdrängte Verdrängung und ihre Folgen, AcP 208 (2008), S. 417 (443 ff.).
 - 3 Vgl. BGH, Urteil v. 23.9.1992 – XII ZR 44/91, NJW 1992, 3226 (3228); MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 52; BeckOK BGB/S. *Lorenz*, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 37; BeckOGK/T. *Riehm*, 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 99; vgl. aber OLG Düsseldorf, Urteil v. 16.3.1989 – 10 U 142/88, BeckRS 1989, 05114, Rn. 60: Fixcharakter eines Dauerschuldverhältnisses (Raummiete), wenn der Beginn fest bestimmt ist.

nicht durchsetzbar sein (§ 320 BGB). Daneben kann sich der Gläubiger von dem Dauerschuldverhältnis anlässlich eines auch nur vorübergehenden Leistungsausfalls auch vollständig lösen, indem er es nach § 314 BGB oder nach spezielleren Vorschriften wie etwa § 626 BGB außerordentlich kündigt.⁴ Wurde der Vertrag noch nicht in Vollzug gesetzt, besteht daneben ein Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB. Wurde er bereits in Vollzug gesetzt, wird das Rücktrittsrecht durch das Kündigungsrecht verdrängt, da sonst die bereits ausgetauschten Leistungen nach Maßgabe der §§ 346 ff. BGB zurück zu gewähren wären, was regelmäßig nicht im Interesse der Parteien liegt.⁵

Kann der Schuldner infolge der Corona-Pandemie die für eine Weiterverarbeitung oder eine Weiterveräußerung erforderlichen Rohstoffe nicht beziehen oder darf er kraft behördlicher Anordnung bestimmte Waren nur an bestimmte Abnehmer weiterveräußern,⁶ wird dies nur selten zur dauerhaften Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung führen: Nämlich dann, wenn der Lieferengpass oder die behördliche Anordnung dauerhafter Natur ist (was kaum je der Fall sein dürfte) oder wenn es sich bei der Weiterveräußerung der ursprünglichen oder durch Weiterverarbeitung neu entstandenen Sache um ein absolutes Fixgeschäft handelt. Regelmäßig werden Unterbrechungen der Handelskette dagegen bloße Verzögerungen der Leistung (dazu unter 2.) oder allenfalls vorübergehende Unmöglichkeit (dazu unter 3.) zur Folge haben.

4 MüKoBGB/R. Gaier, 8. Aufl. 2019, BGB § 314 Rn. 18; BeckOGK/C. Herresthal, 1.6.2019, BGB § 326 Rn. 120; BeckOK BGB/S. Lorenz, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 314 Rn. 12.

5 Wie hier BeckOGK/C. Herresthal, 1.6.2019, BGB § 326 Rn. 120; Staudinger/R. Schwarze, 2015, Rn. B 56; a.A. MüKoBGB/W. Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 326 Rn. 109 (keine Verdrängung von § 326 Abs. 5 BGB durch § 314 BGB); BeckOK BGB/S. Lorenz, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 314 Rn. 13 (Vorrang des Unmöglichkeitsrechts).

6 Aus der Praxis wird berichtet, dass ein Chemikalienhandel Ethanol infolge der Corona-Pandemie ausschließlich für die Produktion von Desinfektionsmitteln verwenden oder an Hersteller von Desinfektionsmitteln weiterveräußern darf; ein Verkauf an andere Abnehmer ist behördlich untersagt. Siehe auch <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/corona-herstellern-von-desinfektionsmitteln-gcht-ethanol-aus-16689993.html>.

2. Schadensersatzpflicht des Schuldners

Während die Befreiung der Parteien von ihren wechselseitigen Leistungspflichten von einem Vertretenmüssen des Schuldners unabhängig ist, setzen Schadensersatzansprüche des Gläubigers dies stets voraus. Dabei ist zwischen anfänglicher Unmöglichkeit (§ 311 a Abs. 2 BGB) und nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB) zu differenzieren.

Ein Schadensersatzanspruch wegen anfänglicher Unmöglichkeit gem. § 311 a Abs. 2 BGB setzt voraus, dass der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss kannte oder kennen musste. Dem Schuldner wird hier nicht die anfängliche Unmöglichkeit als solche zum Vorwurf gemacht, sondern die Übernahme der Leistungspflicht wider besseres Wissen und die unterlassene Information des Gläubigers hierüber.⁷ Dies kommt in den hier interessierenden Fallkonstellationen nur dann in Betracht, wenn der Schuldner nicht nur Kenntnis von der Corona-Pandemie und den damit *potentiell* verbundenen Einschränkungen hatte, sondern darüber hinaus wusste oder hätte wissen müssen, dass ihm die Erfüllung des konkreten Vertrags nicht möglich sein werde. Solche Fälle dürften die Ausnahme sein. Zudem dürfte eine ähnliche Kenntnis dann regelmäßig auch auf Seiten des Gläubigers vorliegen, was zur Folge hat, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch jedenfalls gem. § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen wäre.⁸

Tritt die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluss ein, ist Anknüpfungspunkt des Vertretenmüssens die Unmöglichkeit selbst.⁹ Beruht sie auf den Auswirkungen einer Pandemie, etwa hoheitlichen Anordnungen, kann dem Schuldner regelmäßig zumindest ein Verschuldensvorwurf nicht gemacht werden.¹⁰ Anderes gilt möglicherweise, wenn die Unmöglichkeit auf einer behördlichen Schließung des Betriebs des Schuldners beruht und den Schuldner daran eine Mitverantwortung trifft, weil beispielsweise be-

7 Ausführlich zum Verhältnis der Haftung nach § 311 a Abs. 2 BGB zur c.i.c.-Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 a Rn. 21 f.; BeckOGK/C. *Herresthal*, 1.6.2019, BGB § 311 a Rn. 19 ff. (für Spezialität); *J. Harke*, Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht, AcP 205 (2005), S. 67 (90 f.) (für Parallelität).

8 Für entsprechende Anwendung der Vorschrift MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 a Rn. 68; BeckOGK/C. *Herresthal*, 1.6.2019, BGB § 311 a Rn. 129.

9 MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 283 Rn. 5; BeckOGK/T. *Riehm*, 1.2.2020, BGB § 283 Rn. 28; abweichend BeckOK BGB/S. *Lorenz*, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 283 Rn. 3 (Umstände, aufgrund derer die Leistung unmöglich wurde).

10 Ebenso *M.-P. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, 1017 (1019).

triebliche Schutzvorkehrungen gegen eine Ausbreitung des Corona-Virus nicht getroffen wurden. Schadensersatzansprüche sind zudem denkbar in Fällen, in denen das Vertretenmüssen aufgrund der Übernahme einer Garantie oder des Beschaffungsrisikos zu bejahen ist.

II. Verzögerung der Leistungserbringung

Häufig wird die Corona-Pandemie aber nicht zu einer dauerhaften Unmöglichkeit, sondern lediglich zu einer Verzögerung der Leistung führen, etwa wenn sich Erfüllungshandlungen innerhalb der Handelskette aufgrund temporärer Produktionsstopps oder einer Überlastung von Speditionen verlangsamen.

1. Zurückbehaltungsrecht und Rücktrittsrecht des Gläubigers

Bei einer Verzögerung der Leistung gibt § 320 BGB dem nicht vorleistungsverpflichteten Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Gegenleistung. Wird die Gegenleistung gleichwohl erbracht, kann sie allerdings nicht für die Dauer der Verzögerung der Leistung nach Bereicherungsrecht zurück gefordert werden: § 813 ermöglicht BGB die Rückforderung des trotz Bestehens einer Einrede Geleisteten nur bei peremptorischen Einreden.¹¹

Zudem kann der Gläubiger dem Schuldner gem. § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Leistung setzen und nach deren Ablauf vom Vertrag zurücktreten. Bei relativen Fixgeschäften kann der Rücktritt gem. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch ohne vorherige Fristsetzung erfolgen. Wird ein Handelskauf als relatives Fixgeschäft abgeschlossen, lässt § 376 Abs. 1 Satz 1 HGB einen Rücktritt unter erleichterten Voraussetzungen zu. Das Gesetz geht also davon aus, dass bei auch nur einseitigen Handelskäufen eine verspätete Erfüllung im Regelfall ausgeschlossen sein soll,¹² weshalb der Gläu-

11 BGH, Urteil v. 22.4.1981 – VIII ZR 103/80, NJW 1982, 1587 (1588); OLG Zweibrücken, Urteil v. 19.2.2009 – 4 U 69/08, NJW 2009, 2221 (2222); MüKoBGB/M. Schwab, 7. Aufl. 2017, BGB § 813 Rn. 6; BeckOK BGB/C. Wendeborst, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 813 Rn. 4.

12 Kritisch zu dieser Annahme MüKoHGB/B. Grunewald, 4. Aufl. 2018, HGB § 376 Rn. 3; ausführlich zu den Unterschieden zwischen bürgerlich-rechtlichem und handelsrechtlichem Fixgeschäft und daraus resultierenden Wertungswidersprüchen C. Herresthal, Der Anwendungsbereich der Regelungen über den Fixhan-

biger, der auf Erfüllung bestehen möchte, dies dem Schuldner sofort nach dem Ablauf der Zeit oder der Frist anzuzeigen hat (§ 376 Abs. 1 Satz 2 HGB).

2. Schadensersatzpflicht des Schuldners

Wie bei der Unmöglichkeit setzen Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner auf Schadensersatz auch bei der Verzögerung der Leistung Vertretenmüssen voraus. Dies gilt sowohl für den Nichterfüllungsschaden (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB)¹³ als auch für einen etwaigen Verzugsschaden (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). Ein Verschulden des Schuldners wird sich bei für ihn unvorhersehbaren pandemiebedingten Verzögerungen nur ausnahmsweise begründen lassen:¹⁴ Etwa dann, wenn er es versäumt, absehbare Verzögerungen durch rechtzeitige Bevorratung zu verhindern oder bei Engpässen der „Hauspedition“ nach alternativen Transporteuren Ausschau zu halten. Ferner kann sich das Vertretenmüssen wiederum aus der Übernahme einer Garantie oder des Beschaffungsrisikos ergeben.

III. Vorübergehende Unmöglichkeit der Leistungserbringung

Gewissermaßen zwischen dauerhafter Unmöglichkeit und bloßer Verzögerung der Leistung¹⁵ liegen Fälle, in denen dem Schuldner die Leistung vorübergehend unmöglich ist – etwa wenn aufgrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie bestimmte Waren für einen gewissen Zeitraum nicht lieferbar sind.

delskauf (§ 376 HGB) unter Berücksichtigung des reformierten Schuldrechts, ZIP 2006, S. 883.

- 13 Ob beim relativen Fixgeschäft die Fristsetzung im Rahmen von § 281 BGB entbehrlich ist, ist umstritten, da es an einer § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vergleichbaren Regelung fehlt; für die Berücksichtigung des relativen Fixschuldcharakters im Rahmen der Interessenabwägung nach § 218 Abs. 2 BGB C. *Behme*, Übungsklausur Zivilrecht: „Pagode im Zweitlack“, JA 2019, S. 177 (179); M. *Jaensch*, Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz, NJW 2003, S. 3613 (3615); BeckOK BGB/S. *Lorenz*, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 281 Rn. 30.
- 14 Vgl. auch M.-P. *Weller*/M. *Lieberknecht*/V. *Habrigh*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 10), S. 1020.
- 15 Auf diese Zwischenstellung weist zutreffend A. *Arnold*, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, S. 866 (866) hin.

Es ist absehbar, dass die Corona-Pandemie und die damit verbundenen Handelseinschränkungen – jedenfalls irgendwann – wieder enden. Fälle pandemiebedingter vorübergehender Unmöglichkeit werden daher häufiger sein als Fälle dauerhafter Unmöglichkeit. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine nur vorübergehende Unmöglichkeit der dauerhaften Unmöglichkeit jedoch gleichzustellen, wenn sie dazu führt, dass die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist und der einen oder anderen Partei bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange nicht mehr zugemutet werden kann, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen.¹⁶ Nicht vorübergehende, sondern dauerhafte Unmöglichkeit mit den daraus resultierenden Rechtsfolgen hat die Rechtsprechung auch angenommen, wenn die Leistungserbringung aufgrund von politischen Unruhen oder durch den Ausbruch eines Krieges am Erfüllungsort zwar nur für deren Dauer, also vorübergehend, unmöglich wird, aber das Ende dieser Unruhen für die Parteien nicht absehbar ist.¹⁷ Ob die Unmöglichkeit auf politischen Unruhen oder den Auswirkungen einer Pandemie beruht, kann dabei keinen Unterschied machen. Je länger die Beeinträchtigungen des Wirtschaftslebens durch die Corona-Pandemie andauern und je weniger das Ende dieser Beeinträchtigungen absehbar ist, desto eher ist daher nicht von vorübergehender, sondern von dauerhafter Unmöglichkeit auszugehen.

1. Befreiung der Parteien von ihren wechselseitigen Leistungspflichten und Rücktrittsrecht des Gläubigers

Auch die vorübergehende Unmöglichkeit führt zu einer jedenfalls vorübergehenden Leistungsbefreiung des Schuldners nach § 275 Abs. 1 BGB; eine Klage gegen ihn ist als „zur Zeit unbegründet“ abzuweisen.¹⁸ Dementsprechend entfällt für die Dauer der Unmöglichkeit auch der Anspruch

16 BGH, Urteil v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, NJW 2007, 3777 (3778 f.); vgl. zu früherem Recht bereits BGH, Urteil v. 30.10.1953 – V ZR 76/52, BeckRS 1953, 31203262; BGH, Urteil v. 31.1.1967 – V ZR 125/65, NJW 1967, 721 (722); BGH, Urteil v. 11.3.1982 – VII ZR 357/80, NJW 1982, 1458 (1458).

17 BGH, Urteil v. 11.3.1982 – VII ZR 357/80, NJW 1982, 1458 (1458) m.w.N.

18 BGH, Urteil v. 16.9.2010 – IX ZR 121/09, NZI 2010, 956 (959); MüKoBGB/W. Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 141; BeckOK BGB/S. Lorenz, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 39; BeckOGK/T. Riehm, 1.2.2020, BGB § 283 Rn. 28.

auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 BGB.¹⁹ Konsequenterweise wird man dem Gläubiger auch das Recht zugestehen müssen, eine bereits erbrachte Gegenleistung zurückzuverlangen, und zwar ohne dass dafür eine Aufhebung des Vertrags erforderlich ist.²⁰ Wiederum ergibt sich der Rückforderungsanspruch aus § 326 Abs. 4 BGB oder aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1, 326 Abs. 1 BGB, je nachdem, ob die Gegenleistung erbracht wurde, bevor oder nachdem der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung erloschen ist.²¹

Schon weil sich in Fällen vorübergehender Unmöglichkeit eine Schlechterstellung des Gläubigers gegenüber Fällen verbietet, in denen sich die Leistung lediglich verzögert, steht dem Gläubiger auch ein Rücktrittsrecht zu, das sich nach herrschender Auffassung aus einer (mangels Fälligkeit der Leistung) analogen Anwendung des § 323 Abs. 1 BGB ergibt.²² Dabei ist freilich nicht recht ersichtlich, was mit der Anwendung von § 323 Abs. 1 BGB anstelle des systematisch besser passenden § 326 Abs. 5 BGB gewonnen ist, zumal bei vorübergehender Unmöglichkeit dem Schuldner die Leistung innerhalb einer angemessenen Frist regelmäßig weiterhin nicht möglich sein wird, ohne dass der Schuldner dies beeinflussen könnte. Jedenfalls verliert das Fristsetzungserfordernis seinen Sinn, sobald sich die Aussicht, dass die Leistung wieder möglich wird, zerschlägt; das Rücktrittsrecht folgt dann ohne weiteres aus § 326 Abs. 5 BGB.²³

2. Schadensersatzpflicht des Schuldners

Schadensersatzansprüche des Gläubigers können zum einen auf Ersatz des Verzögerungsschadens gerichtet sein. Dieser ist schon deswegen nach § 280

19 Wie hier C.-W. *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen JZ 2001, S. 499 (500); Staudinger/G. *Caspers*, 2019, BGB § 275 Rn. 50; a.A. BeckOGK/T. *Riehm*, 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 164 (nur Einrede nach § 320 BGB); offen lassend MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 144 (Anwendung von § 326 Abs. 1 BGB dürfte nicht erforderlich sein wegen ausreichenden Schutzes des Gläubigers durch § 320 BGB).

20 Wie hier C.-W. *Canaris*, Reform (Fn. 19), S. 500, der den Anspruch aus § 326 Abs. 4 BGB bejaht; a.A. A. *Arnold*, Vorübergehende Unmöglichkeit (Fn. 15), S. 868; MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 144; BeckOGK/T. *Riehm*, 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 167.

21 Siehe oben unter II.1.b).

22 MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 151 f.; BeckOK BGB/S. *Lorenz*, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 41.

23 MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 146.

Abs. 1 BGB ersatzfähig, ohne dass Verzug vorliegen müsste, weil Verzug eine fällige Leistung voraussetzen würde.²⁴ Daneben kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen, der sich nach herrschender Auffassung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB ergibt.²⁵ Naheliegender erscheint es, die einschlägigen Anspruchsgrundlagen des Unmöglichkeitrechts mit ihren unterschiedlichen Anknüpfungspunkten für das Vertretenmüssen heranzuziehen: Steht die vorübergehende Unmöglichkeit bereits bei Vertragsschluss fest, kommt daher ein Schadensersatzanspruch aus § 311 a Abs. 2 BGB in Betracht; dem Schuldner kann hier (nur) zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich wider besseres Wissen auf die vertragliche Leistungspflicht eingelassen hat, obwohl er die vorübergehende Unmöglichkeit kannte oder kennen musste. Ist die pandemiebedingte vorübergehende Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluss eingetreten, resultiert der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB²⁶ und der Anknüpfungspunkt für ein etwaiges Vertretenmüssen ist die Unmöglichkeit selbst; wie bereits beim Rücktrittsrecht erscheint auch hier das in § 281 BGB statuierte Fristsetzungserfordernis nicht sinnvoll.

IV. Unzumutbarkeit der Leistungserbringung

Schließlich sind Fälle denkbar, in denen dem Schuldner die Erbringung der objektiv noch möglichen Leistung infolge der Corona-Pandemie unzumutbar wird, mit der Konsequenz, dass der Schuldner die Leistung gem. § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB verweigern kann.

Allerdings werden sich die engen Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie nur selten begründen lassen.²⁷ Eine in diesem

24 Wie hier MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 153; BeckOK BGB/S. *Lorenz*, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 68; a.A. BeckOGK/T. *Riehm*, 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 168; offen lassend BGH, Urteil v. 12.3.2013 – XI ZR 227/12, NJW 2013, 3437 (3439).

25 MüKoBGB/W. *Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn. 155; BeckOK BGB/S. *Lorenz*, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 68; BeckOGK/T. *Riehm*, 1.2.2020, BGB § 275 Rn. 160.

26 Ebenso C.-W. *Canaris*, Reform (Fn. 19), S. 500.

27 Für eine großzügige Handhabung von § 275 Abs. 2 BGB M.-P. *Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 10), S. 1020: In der „Weltvirosekrise“ soll das Leistungsinteresse des Gläubigers niedriger anzusetzen sein, soweit er ohnehin außerstande wäre, den geschuldeten Gegenstand wie beabsichtigt zu verwenden.

Zusammenhang bislang, soweit ersichtlich, nicht diskutierte Problematik betrifft Fälle, in denen eine Leistung nicht aus rechtlichen Gründen unmöglich wird, sondern lediglich von behördlicher Seite empfohlen wird, die Leistung nicht zu erbringen bzw. nicht in Anspruch zu nehmen. So ist beispielsweise denkbar, dass öffentliche Veranstaltungen in absehbarer Zeit wieder erlaubt werden, Behörden oder Gesundheitsexperten aber empfehlen, von solchen Veranstaltungen weiterhin Abstand zu nehmen. Darf die Opernsängerin einen erlaubten Auftritt mit der Begründung absagen, sie habe nach wie vor Sorge vor dem Infektionsrisiko und möchte sich daher von öffentlichen Veranstaltungen (natürlich unter Verzicht auf ihre Gage) lieber fernhalten? Die Frage wird sich nicht pauschal bejahen oder verneinen lassen.²⁸ Allerdings müssen schon besondere Umstände des Einzelfalles vorliegen, die dazu führen, dass in einer solchen Situation die im Rahmen des § 275 Abs. 3 BGB gebotene Abwägung des persönlichen Leistungshindernisses des Schuldners mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers zugunsten des Schuldners ausfällt. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Schuldner aufgrund von Vorerkrankungen oder seines Alters zu einer besonderen Risikogruppe zählt.

V. Zwischenfazit: Gesetzliche Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Schuldner

Mit gewissen Unterschieden hinsichtlich der konkreten Voraussetzungen und der dogmatischen Herleitung hat der Gläubiger bei allen in Folge der Corona-Pandemie möglicherweise auftretenden Leistungsstörungen das Recht, die Gegenleistung zu verweigern und sich vom Vertrag zu lösen. Schadensersatzansprüche werden nur ausnahmsweise in Betracht kommen, da sie das Vertretenmüssen des Schuldners voraussetzen, das sich bei pandemiebedingten Leistungsstörungen vor allem bei Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos bejahen lässt.

Alle hier skizzierten Fälle von Leistungsstörungen haben gemeinsam, dass innerhalb der jeweiligen vertraglichen Beziehung das Risiko der Leistungsstörung der Schuldner trägt: Er ist es, der den vertraglichen Anspruch auf die Gegenleistung spätestens dann verliert, wenn der Gläubiger vom

28 Für eine großzügige Handhabung von § 275 Abs. 3 BGB M.-P. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich, *Virulente Leistungsstörungen* (Fn. 10), S. 1020 mit Blick auf die Absage von Veranstaltungen (Rücksichtspflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB gegenüber der Gesamtheit der Besucher).

Vertrag wirksam zurückgetreten ist, und zwar unabhängig davon, ob er die Leistungsstörung zu vertreten hat oder nicht. Dass ihn an einer pandemiebedingten Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung ebenso wenig die Schuld trifft wie den Gläubiger, hilft ihm nicht, sondern bewahrt ihn lediglich vor über den Verlust der Vergütung hinausgehenden Schadensersatzansprüchen.

In Lieferketten führt die geltende Rechtslage dazu, dass eine Leistungsstörung am Beginn der Lieferkette, die in den nachgelagerten Vertragsbeziehungen ebenfalls zu Leistungsstörungen führt, zur Folge hat, dass eine Reihe von Unternehmen als Gläubiger zwar die ausfallenden Leistungen ihrer Lieferanten nicht bezahlen muss, gleichzeitig als Schuldner aber auch keine Vergütung von ihren Kunden erhält. Am Ende der Lieferkette steht eine Vielzahl von Gläubigern (häufig Verbrauchern), die keine Leistung erhalten, aber auch keine Gegenleistung erbringen müssen bzw. eine bereits erbrachte Gegenleistung zurück verlangen können.

Dagegen ist das Risiko, dass innerhalb einer vertraglichen Beziehung eine Leistung erbracht wird, die der Gläubiger – etwa aufgrund einer vorübergehenden Schließung seines Betriebs – nicht verwenden kann, dem Gläubiger zugewiesen. Nur in Ausnahmefällen kommt ein Anspruch des Gläubigers auf Vertragsanpassung oder ein Rücktrittsrecht wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB in Betracht. Die Geschäftsgrundlagenstörung kann nämlich nur den Inhalt eines konkreten Vertrags, nicht aber die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung als solche ändern oder korrigieren.²⁹ § 313 Abs. 1 BGB betont deshalb ausdrücklich, dass die Zumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag unter Berücksichtigung der Risikoverteilung zu beurteilen ist, die sich aus dem Vertrag oder aus dem Gesetz ergibt.

Diese Risikoverteilung ist unter „normalen“ Umständen ohne weiteres sachgerecht: Leistungsstörungen haben ihre Ursache in der Sphäre des Schuldners, sie sind für den Schuldner beherrschbar und vermeidbar – zumindest eher beherrschbar und vermeidbar als für den Gläubiger, der sie überhaupt nicht beeinflussen kann. So kann beispielsweise der Verkäufer einer Ware, die von seinem Vorlieferanten nicht ausgeliefert wird, seine Bezugsquelle wechseln; er kann eine defekte Maschine, die zu einem Produktionsausfall und in der Folge zu einer Lieferverzögerung führt, reparieren oder auswechseln, oder er kann sich gegen derartige Szenarien versichern. Folgerichtig weist das Gesetz dem Gläubiger das Risiko der Leistungsstörung nur ganz ausnahmsweise zu – nämlich wenn er für die Leis-

29 Vgl. MüKoBGB/T. Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn. 69 und Rn. 208.

tungsstörung allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn sie zu einer Zeit eintritt, zu welcher er sich in Annahmeverzug befindet. In diesen Fällen muss der Gläubiger trotz Unmöglichkeit die Gegenleistung erbringen (§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB); sein Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen (§ 323 Abs. 6 BGB).

B. Auswirkungen der gesetzlichen Risikoverteilung

Die gesetzliche Risikoverteilung soll im Folgenden an drei Fallbeispielen verdeutlicht werden. Fallbeispiel 1 betrifft eine klassische Lieferkette, Fallbeispiel 2 eine ausgefallene Konzertveranstaltung, Fallbeispiel 3 die Lieferung einer mangelhaften Sache.

I. Fallbeispiel 1 – Lieferkette

A ist Lieferant von Holz. Er verkauft dieses an den Hersteller B. Dieser benötigt das Holz, um daraus Kleinmöbel herzustellen, die er an die Großhändler C1 und C2 verkauft. Diese beliefern damit die Einzelhändler D1 – D10, die schließlich an die Endabnehmer (Verbraucher) E1 bis E1000 weiterverkaufen. Aus Vereinfachungsgründen soll dabei unterstellt werden, dass die Unternehmen auf allen Stufen der Handelskette (A bis D) Aufwendungen in Höhe von 8.000 Währungseinheiten (WE) zu tragen haben und einen Gewinn von 2.000 WE erwirtschaften.

	Einkaufspreis	Eigene Aufwendungen	Veräußerungspreis	Gewinn / Verlust
A	0	8.000 WE	10.000 WE	+2.000 WE
B	10.000 WE	8.000 WE	20.000 WE	+2.000 WE
C1 und C2	2 x 10.000 WE	8.000 WE	30.000 WE	+2.000 WE
D1 bis D10	10 x 3.000 WE	8.000 WE	40.000 WE	+2.000 WE
E1 bis E1.000	1.000 x 40 WE	0 WE	0 WE	0 WE

Addiert man die Gewinne der Unternehmen A, B, C1, C2 sowie D1 bis D10, ergibt sich in der Handelskette ein Gesamtgewinn von 8.000 WE.

Im Folgenden sei unterstellt, dass B infolge der Corona-Pandemie seinen Betrieb schließen muss. Gleichwohl muss er, da ihn das Risiko der Verwertbarkeit der Leistung des A trifft, diese weiterhin bezahlen: A ist

nach wie vor in der Lage, das bestellte Holz an B zu liefern; eine Leistungsstörung im Verhältnis zwischen A und B liegt nicht vor. Ferner wird unterstellt, dass die Voraussetzungen für einen Rücktritt des B vom Vertrag mit A nach § 313 Abs. 3 BGB nicht vorliegen. Kann B das Holz nicht weiterverarbeiten, entsteht kein Produkt, das er an C1 und C2 weiter veräußern könnte. Er wird von seiner Pflicht zur Leistung gegenüber C1 und C2 gem. § 275 Abs. 1 BGB frei und verliert gem. § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. Erhalten C1 und C2 von B keine Ware, können sie diese nicht an D1 bis D10 weiterveräußern; sie werden seinerseits von ihrer Pflicht zur Leistung gegenüber D1 bis D10 gem. § 275 Abs. 1 BGB frei und verlieren den Anspruch auf die Gegenleistung. Erhalten die Einzelhändler D1 bis D10 von C1 und C2 keine Ware, können sie schließlich ihre bestehenden Verträge mit den Kunden E1 bis E1000 nicht erfüllen (bzw. von vornherein keine Verträge mit Endkunden über den Kauf von Kleinmöbeln schließen). Sie verzeichnen daher ebenfalls keinerlei Einnahmen. Ferner soll – wiederum vereinfachend – unterstellt werden, dass sich die Aufwendungen aller Unternehmen in der Handelskette, die von ihrer Pflicht zur Leistung frei werden, halbieren.

Daraus ergibt sich das folgende Bild:

	Einkaufspreis	Eigene Aufwendungen	Veräußerungspreis	Gewinn / Verlust
A	0 WE	8.000 WE	10.000 WE	+2.000 WE
B	10.000 WE	4.000 WE	0 WE	-14.000 WE
C1 und C2	0 WE	4.000 WE	0 WE	-4.000 WE
D1 bis D10	0 WE	4.000 WE	0 WE	-4.000 WE
E1 bis E1.000	0 WE	0 WE	0 WE	0 WE

Addiert man die Gewinne und Verluste der Unternehmen A, B, C1 und C2 sowie D1 bis D10, ergibt sich in der Handelskette ein Gesamtverlust von -20.000 WE.

Die Ursache der Leistungsstörungen – hier also auf allen Ebenen die Auswirkungen der Corona-Pandemie – spielt dabei keine Rolle.

II. Fallbeispiel 2: Abgesagtes Konzert

X ist Veranstalter von Konzerten. Für die Durchführung eines Konzerts mietet er eine Halle bei Vermieter V und engagiert die berühmte Pianistin P. Er verkauft Karten an die Konzertbesucher K1 bis K1000. Es sei aus Gründen der Vereinfachung unterstellt, dass alle Beteiligten (X, V und P) mit dem Konzert einen Gewinn von 10.000 WE erwirtschaften. V hat Aufwendungen (Bewirtschaftung der Halle) in Höhe von 20.000 WE zu tragen, die von ihm vereinnahmte Miete beträgt 30.000 WE. P hat keine Aufwendungen. X muss V und P bezahlen und hat zusätzlich interne Aufwendungen i.H.v. 10.000 WE; er verkauft die Karten an K1 bis K1.000 für jeweils 60 WE.

	Eigene Aufwendungen	Vergütung	Gewinn / Verlust
Vermieter V	20.000 WE	30.000 WE	+10.000 WE
Pianistin P	0 WE	10.000 WE	+10.000 WE
Veranstalter X	40.000 WE extern + 10.000 WE intern	60.000 WE	+10.000 WE
K1 bis K1.000	1.000 x 60 WE	0 WE	0 WE

Addiert man die Gewinne der Unternehmer V, P und X, ergibt sich ein Gesamtgewinn von 30.000 WE.

Im Folgenden sei unterstellt, dass das Konzert infolge der Corona-Pandemie nicht stattfinden kann. Ferner wird unterstellt, dass X von dem Mietvertrag mit V deswegen gem. § 313 Abs. 3 BGB zurücktreten kann. Ferner kann P ihre Leistung nicht erbringen und wird gem. § 275 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht frei, erhält aber von X deswegen gem. § 326 Abs. 1 BGB auch keine Vergütung. Findet das Konzert nicht statt, kann X seine Verträge mit den Konzertbesuchern K1 bis K.1000 nicht erfüllen; er wird (weil es sich bei dem Konzert um ein absolutes Fixgeschäft handelt) daher gem. § 275 Abs. 1 BGB von seiner Pflicht zur Leistung frei und erhält gem. § 326 Abs. 1 BGB keine Gegenleistung. Erneut soll – wiederum vereinfachend – unterstellt werden, dass sich die Aufwendungen aller Unternehmer, die von ihrer Pflicht zur Leistung frei werden, halbieren.

Daraus ergibt sich das folgende Bild:

	Eigene Aufwendungen	Vergütung	Gewinn / Verlust
Vermieter V	10.000 WE	0 WE	-10.000 WE
Pianistin P	0 WE	0 WE	0 WE
Veranstalter X	5.000 WE (intern)	0 WE	-5.000 WE

	Eigene Aufwendungen	Vergütung	Gewinn / Verlust
K1 bis K1.000	0 WE	0 WE	0 WE

Addiert man die Verluste der Unternehmer V, P und X, ergibt sich ein Gesamtverlust von -15.000 WE.

III. Fallbeispiel 3: Lieferung einer mangelhaften Sache

K erwirbt bei Autohändler V einen Sportwagen. Einen Tag nach Lieferung fällt das Navigationssystem permanent aus. Welche Rechte hat K?

Dieser an sich geradezu banale Fall wird hier nur deshalb erwähnt, um zu illustrieren, dass es sich bei der Schlechtleistung um eine Leistungsstörung handelt, die von der Corona-Pandemie grundsätzlich völlig unabhängig ist; weder wird sie durch die Corona-Pandemie verursacht noch ändert sich deswegen ihre rechtliche Bewertung. In Einzelfällen ist allerdings denkbar, dass die Frage der Behebbarkeit eines Mangels aufgrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie anders zu beurteilen ist, etwa wenn die Nacherfüllung aufgrund von Betriebsschließungen im Kontext der Corona-Pandemie (vorübergehend) unmöglich wird. In diesen Fällen muss, obwohl der Mangel an sich behebbar wäre, das Erfordernis der Fristsetzung für die Ausübung fristgebundener Gewährleistungsrechte (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung) entfallen; das Rücktrittsrecht des Käufers folgt also aus § 437 Nr. 2 i.V.m. § 326 Abs. 5 BGB (statt i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB) und ein etwaiger Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 i.V.m. § 311 a Abs. 2 BGB bzw. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB (statt i.V.m. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB). Ein an sich behebbarer Mangel ist dann also zu behandeln wie ein unbehebbarer Mangel.

C. Zwischenfazit und rechtsökonomische Bewertung

Sowohl in Fall 1 als auch in Fall 2 erleiden die betroffenen Unternehmer in ihrer Eigenschaft als Schuldner erhebliche Verluste. Das Problem besteht dabei nicht darin, dass sie die Gegenleistung für die versprochene Leistung nicht erhalten – immerhin müssen sie auch die Leistung nicht erbringen. Am Beispiel des Herstellers B in Fallbeispiel 1 illustriert: Er kann und muss die Leistung gegenüber C1 und C2 nicht erbringen, erhält deswegen von ihnen auch keine Gegenleistung, behält aber zumindest das

von A erhaltene Holz und erspart (zunächst) den mit der Weiterverarbeitung verbundenen Aufwand. Bilanziell verschlechtert sich seine Situation daher nur unwesentlich; auf der Aktivseite der Bilanz stehen Rohstoffe anstelle des Geldes, das er von C1 und C2 erhalten hätte. Eine solche Sichtweise greift aber zu kurz: B erspart nämlich nur einen Teil des mit der Weiterverarbeitung des Rohstoffs verbundenen Aufwandes (im Beispiel wurde mit 50 % Ersparnis kalkuliert, was aber je nach den Umständen des Einzelfalls noch deutlich weniger sein kann). Ein großer Teil der Fixkosten läuft weiter, auch wenn B nicht produziert. Dies dürfte für den Großteil aller Unternehmen, die aufgrund der Corona-Pandemie ihre Leistungen nicht erbringen und dementsprechend keine Vergütung vereinnahmen können, in ähnlicher Weise gelten. Ihnen drohen erhebliche Liquiditätsengpässe, die auf absehbare Zeit zur Zahlungsunfähigkeit und damit zur Insolvenz führen können.

Auf der anderen Seite stehen am Ende der jeweiligen Leistungsketten zahlreiche Gläubiger, die zwar einerseits nicht in den Genuss der bestellten Leistung (Ware oder Konzertbesuch) gelangen, die aber andererseits jedenfalls liquiditätsmäßig auch nicht belastet werden, weil sie von ihrer Gegenleistungspflicht bereits kraft Gesetzes nach § 326 Abs. 1 BGB frei werden oder jedenfalls die Gegenleistung zurück verlangen und vom Vertrag zurücktreten können.

Unter normalen Umständen ist diese Risikoverteilung sachgerecht, weil Leistungsstörungen typischerweise der Sphäre des Schuldners zuzuordnen sind. Sie entspricht daher auch dem, was unter normalen Umständen die Parteien vereinbaren würden, wenn sie das Risiko einer Leistungsstörung vertraglich einer Partei zuweisen würden. Die Regelungen des dispositiven bürgerlichen Leistungsstörungsrechts werden insofern dem Anspruch an das dispositive Recht, möglichst den hypothetischen Parteiwillen abzubilden und auf diese Weise den Parteien den Abschluss unvollständiger Verträge zu ermöglichen,³⁰ gerecht.

In Situationen wie der Corona-Pandemie ist dies grundlegend anders: Das Risiko einer Pandemie ist nicht der Sphäre des Schuldners zuzuordnen, weil es alle Unternehmen weltweit betrifft und von keiner Vertragspartei eher „beherrscht“ werden kann als von der anderen Vertragspartei. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu einer regional begrenzten Epidemie: Sie ist der Pandemie nur dann vergleichbar, wenn beide Vertrags-

30 Zur Entlastungsfunktion des dispositiven Rechts *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin / Heidelberg 2012, S. 455 f.

parteien von ihr betroffen sind; ist ausschließlich der Schuldner von der Epidemie betroffen, fällt sie ebenso in seine Risikosphäre wie eine lokal auftretende Unwetterlage.

Bei einer weltweiten Pandemie entspricht es nicht dem hypothetischen Willen der Parteien, dass stets der Schuldner das Risiko von Leistungsstörungen, die von einer solchen Pandemie verursacht werden, allein trägt. Hätten die Parteien das Auftreten einer solchen Pandemie vorhergesehen, hätten sie das Risiko vertraglich vermutlich geteilt (etwa durch eine teilweise Aufrechterhaltung des vertraglichen Vergütungsanspruchs oder die Knüpfung eines Rücktritts an zusätzliche, über § 323 Abs. 1 BGB hinausgehende Voraussetzungen). Denkbar ist auch, dass die Parteien das Risiko vertraglich einer der Parteien allein zugewiesen hätten; eine solche Risikoübernahme wäre dann aber vergütet worden: Der Schuldner hätte eine höhere Vergütung seiner Leistung für die Risikoübernahme verlangt, der Gläubiger einen Rabatt auf die Leistung.

D. Alternativvorschlag: Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Gläubiger

Welche Art der Risikoteilung oder Risikozuweisung die Parteien anstelle der einseitigen gesetzlichen Risikozuweisung an den Schuldner vereinbart hätten, hängt stark von den Umständen des Einzelfalles ab und lässt sich nicht pauschal beantworten. Daher ist es dem Gesetzgeber nicht möglich, durch dispositives Leistungsstörungenrecht den hypothetischen Willen der Parteien mit Blick auf die Behandlung pandemiebedingter Leistungsstörungen abzubilden. Das Gesetz kann hier nur mit Schwarz/Weiß-Lösungen arbeiten und die Parteien, sofern sie eine Lösung innerhalb des unendlich weiten Graubereichs wünschen, auf vertragliche Gestaltungen verweisen.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass der Gesetzgeber gleichwohl eine Lösung wählen könnte, die rechtsökonomisch überzeugender wäre als die Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Schuldner: nämlich das genaue Gegenteil, eine Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Gläubiger.

Die Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Gläubiger ließe sich rechtstechnisch einfach umsetzen. Das Gesetz kennt bereits Fälle, in denen ausnahmsweise der Gläubiger die Preisgefahr trägt, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich ist, nämlich wenn er für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn

dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist (§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB). Unter denselben Voraussetzungen lässt § 323 Abs. 6 BGB das Rücktrittsrecht des Schuldners entfallen. Diese Vorschriften könnten um die Situation einer Pandemie – oder allgemeiner gesprochen: um die Situation eines Ereignisses, von dem beide Parteien gleichermaßen betroffen sind und das von beiden Parteien gleichermaßen nicht beherrschbar ist – erweitert werden.

Der Effekt wäre, dass in einer von der Corona-Pandemie betroffenen Leistungsbeziehung die jeweiligen Schuldner ihre Vergütungsansprüche behielten. Gläubiger könnten sich nicht vom Vertrag lösen und eine bereits erbrachte Gegenleistung nicht zurückverlangen. Im (seltenen) Falle einer dauerhaften Unmöglichkeit der Leistungserbringung würden sie somit für eine Leistung bezahlen, die sie tatsächlich nicht erhalten. In den (weitaus häufigeren) Fällen einer vorübergehenden Unmöglichkeit oder einer bloßen Verzögerung der Leistung müssten sie auf die Leistung warten. In der Leistungskette würde der pandemiebedingte Schaden somit einerseits weit nach hinten verlagert und auf der anderen Seite auf eine Vielzahl von Gläubigern verteilt (*loss spreading*)³¹. Diese könnten den auf sie entfallenden summenmäßig geringen Schaden leichter tragen als der Schuldner, der nicht nur in einer Vertragsbeziehung von seinem Gläubiger, sondern von einer Vielzahl von Gläubigern in einer Vielzahl von Vertragsbeziehungen keine Vergütung erhält und erst durch diese Kumulierung erloschener Ansprüche in Liquiditätsprobleme gerät.

Der hiesige Vorschlag würde somit die Gefahr von Liquiditätsengpässen zumindest in den Fällen abwenden, in denen der Gläubiger die Leistung bereits bezahlt hat und sie infolge einer derartigen Regelung nicht zurückverlangen könnte. In Fällen, in denen der Gläubiger die Gegenleistung noch nicht erbracht hat, könnte er sie weiterhin nach § 320 BGB bis zur Bewirkung der Leistung verweigern, es sei denn, er ist vorleistungspflichtig. Anders gewendet: Mit der Vorleistung würde er nicht mehr nur – wie bisher – das Insolvenzrisiko des Schuldners auf sich nehmen, sondern auch das Pandemierisiko. Ausnahmesituationen, in denen den Gläubiger die Übernahme dieses Risikos wirtschaftlich überfordert, könnten ihrerseits durch eine Härtefallregelung in Gestalt einer Rückausnahme zu § 326 Abs. 2 BGB und § 323 Abs. 6 BGB abgedeckt werden.

31 Grundlegend G. Calabresi, The Costs of accidents – a legal and economic analysis, 1970, S. 39 ff.

I. Auswirkungen auf Fallbeispiel 1

In Fallbeispiel 1 würde die gesetzliche Zuweisung des Risikos pandemiebedingter Leistungsstörungen an den Gläubiger dazu führen, dass B weiterhin gegenüber C1 und C2 von seiner Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB frei würde. Er behielte jedoch gem. § 326 Abs. 2 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung, der um die ersparten Aufwendungen i.H.v. 4.000 gekürzt wurde. Gleiches würde für die Leistungsbeziehung zwischen C1 / C2 und D1 bis D10 gelten. Diese schließlich würden gem. § 275 Abs. 1 BGB von ihrer Pflicht zur Leistung gegenüber E1 bis E1.000 frei, behielten aber ebenfalls ihre Ansprüche auf die Gegenleistung. Die Anrechnung der ersparten Aufwendungen auf allen Ebenen der Handelskette würde dazu führen, dass E1 bis E1.000 für die nicht erhaltene Ware 28 WE (statt ursprünglich 40 WE) bezahlen müssten. Wurde eine darüber hinausgehende Gegenleistung erbracht, kann der darüber hinausgehende Betrag gem. § 326 Abs. 4 BGB zurückverlangt werden. In Fällen bloß vorübergehender Unmöglichkeit würde der Leistungsanspruch wieder aufleben, sobald die Leistung wieder möglich wird. In diesem Falle würde auch der Gegenleistungsanspruch wieder in voller Höhe aufleben.

	Einkaufspreis	Eigene Aufwendungen	Veräußerungspreis	Gewinn / Verlust
A	0	8.000 WE	10.000 WE	+2.000 WE
B	10.000 WE	4.000 WE	16.000 WE	+2.000 WE
C1 und C2	2 x 8.000 WE	4.000 WE	22.000 WE	+2.000 WE
D1 bis D10	10 x 2.200 WE	4.000 WE	28.000 WE	+2.000 WE
E1 bis E1.000	1.000 x 28 WE	0 WE	0 WE	-28.000 WE

II. Auswirkungen auf Fallbeispiel 2

Ähnlich wäre die Situation in Fall 2: Hier würde der Vergütungsanspruch des Vermieters V um dessen ersparte Aufwendungen gemindert. Die Pianistin P würde – wie auch in einer Situation, in der keine Leistungsstörung vorliegt – von dem Umstand profitieren, dass sie keine Fixkosten hat; sie erspart keine Aufwendungen, sodass ihr Vergütungsanspruch ungemindert bleibt. Der Veranstalter X schließlich müsste die reduzierten Vergütungsansprüche von V und P erfüllen und sich seine ersparten Aufwen-

dungen anrechnen lassen. K1 und K1.000 müssten schließlich für das Konzert, das sie nie besuchen konnten, 45 WE (statt der regulären 60 WE) bezahlen.

	Eigene Aufwendungen	Vergütung	Gewinn / Verlust
Vermieter V	10.000 WE	20.000 WE	+10.000 WE
Pianistin P	0 WE	10.000 WE	+10.000 WE
Veranstalter X	30.000 WE extern + 5.000 WE intern	45.000 WE	+10.000 WE
K1 bis K1.000	1.000 x 45 WE	0 WE	-45.000 WE

Dabei ist das entscheidende Argument für die Lösung nicht, dass ein Konzertbesuch „Luxus“ ist und sich K1 bis K.1000 regelmäßig den Verlust einer Karte werden leisten können (es mögen sich andere Beispiele bilden lassen, in denen das nicht ohne weiteres der Fall ist und eine etwaige Härtefallregelung greifen würde). Entscheidend ist vielmehr, dass die Liquiditätseinbuße von 45 WE so gering ist (verglichen zu den Liquiditätseinbußen, die nach geltendem Recht die Schuldner zu tragen haben), dass die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit und damit der Insolvenz für alle Beteiligten abgewendet wäre. Das Eingreifen einer Härtefallregelung bei einigen wenigen Konzertbesuchern würde – sofern sie als Ausnahme mit strengen Voraussetzungen konzipiert wird – an dem grundsätzlichen Effekt der Regelung nichts ändern.

III. Ein letzter Blick auf Fallbeispiel 3

Mit Blick auf die Schlechtleistung wurde bereits darauf hingewiesen, dass sie in keinerlei Zusammenhang mit der Corona-Krise steht. Allenfalls kann sich die Corona-Krise auf die Möglichkeiten des Schuldners auswirken, einen Mangel zu beheben, etwa wenn die Nacherfüllung (vorübergehend) unmöglich wird. In diesem Fall ist *de lege lata* ein an sich behebbarer Mangel zu behandeln wie ein unbehebbarer Mangel.

Eine andere Frage ist, ob in Übertragung der Ausführungen zum Erhalt des Gegenleistungsanspruchs und zur Suspendierung des Rücktrittsrechts auch in Fällen der Schlechtleistung das Recht des Gläubigers zum Rücktritt (und entsprechend: zur Minderung) suspendiert werden sollte. Die Frage ist grundsätzlich zu verneinen, weil ein die Gewährleistungsrechte auslösender Sach- oder Rechtsmangel in seiner Entstehung von der Corona-Krise regelmäßig unabhängig ist. Handelt es sich um einen behebbaren Mangel, bleibt es daher bei der uneingeschränkten Nacherfüllungspflicht

des Schuldners. Handelt es sich um einen Mangel, der nach seiner Natur unbehebbar ist, bleibt es dabei, dass ein Rücktritt, eine Minderung sowie die Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung ohne vorherige Fristsetzung möglich sind.

Etwas anderes gilt allerdings in den Fällen, in denen (allein) aufgrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie die Behebung des Mangels unmöglich wird. Die oben skizzierte Behandlung an sich behebbarer Mängel als unbehebbar hat zur Folge, dass dem Schuldner das Recht zur (an sich möglichen) Nacherfüllung genommen wird und der Gläubiger an sich fristgebundene Gewährleistungsrechte ohne vorherige Fristsetzung ausüben kann. Zwar stehen das Rücktrittsrecht des Gläubigers sowie der Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung weiterhin unter dem Vorbehalt, dass der Mangel nicht unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 Satz 2 bzw. § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB). Auch bei erheblichen Mängeln erscheint es, soweit ihre Unbehebbarkeit ausschließlich auf den Auswirkungen der Corona-Pandemie beruht, aber aus denselben Gründen sachgerecht, den Gläubiger an den Vertrag gebunden zu halten, wie in Fällen, in den aufgrund der Pandemie von vornherein keine Leistung erfolgt ist. In diesen Fällen sind das Rücktrittsrecht des Gläubigers und – daran anknüpfend – das Recht zur Minderung somit zu suspendieren. Anderenfalls würde der Schuldner, der aufgrund der Corona-Pandemie von vornherein gar nicht leisten kann, besser stehen als ein Schuldner, der eine mangelhafte Sache leistet und dem lediglich die Nacherfüllung aufgrund der Corona-Pandemie nicht möglich ist.

Die vertragsrechtlichen Regelungen in Art. 240 EGBGB: Voraussetzungen, Rechtsfolgen, offene Fragen

*Akad. Rätin Dr. Ann-Marie Kaulbach und Akad. Rat Dr. Bernd Scholl, Dipl.-Kfm., LL.M., Köln**

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	96
B. Moratorium für wesentliche Dauerschuldverhältnisse, Art. 240 § 1 EGBGB	97
I. Regelung für Verbraucherverträge	98
1. Voraussetzungen im Hinblick auf den Vertrag	98
2. Anforderungen an das pandemiebedingte Leistungshindernis	100
a) Angemessener Lebensunterhalt	101
b) Bedingt durch die Pandemie	103
c) Auswirkungen der „Soforthilfe“	103
3. Ausschluss bei Unzumutbarkeit für den Gläubiger	104
4. Rechtsfolge: Leistungsverweigerungsrecht bzw. ausnahmsweise Kündigungsrecht	105
5. Anwendung am Fallbeispiel	107
6. Zwischenfazit	109
II. Regelung für Kleinstunternehmen, Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB	110
1. Voraussetzungen im Hinblick auf den Vertrag	110
2. Anforderungen an das pandemiebedingte Leistungshindernis und Verhältnis zur Unmöglichkeit	112
a) Bedingt durch die Pandemie	112
b) Auswirkungen der „Soforthilfe“	113
c) Verhältnis zur Unmöglichkeit	114
3. Ausschluss bei Unzumutbarkeit für den Gläubiger	116
4. Rechtsfolge: Leistungsverweigerungsrecht bzw. ausnahmsweise Kündigungsrecht	116
5. Anwendung am Fallbeispiel	117
6. Zwischenfazit	118
C. Spezielle Vorschriften für Mietverhältnisse (Überblick)	119
D. Regelungen zum Darlehensrecht, Art. 240 § 3 EGBGB	119
I. Persönlicher, zeitlicher und sachlicher Anwendungsbereich	120
1. Verbraucherdarlehensverträge	120
2. Stichtagsregelung	121

* Der Beitrag beruht in Teilen auf Vorarbeiten, die auch in den Beitrag von *B. Scholl*, Die vertragsrechtlichen Regelungen in Art. 240 EGBGB aus Anlass der COVID-19-Pandemie, *WM* 2020, S. 765 ff. eingegangen sind. – Der Beitrag wurde am 6.6.2020 zuletzt aktualisiert.

3. Sonderproblem: Anwendbarkeit auf Überziehungskredite	121
4. Erweiterung des Anwendungsbereichs	123
II. Anforderungen an das pandemiebedingte Leistungshindernis	124
III. Ausnahmetatbestand: Unzumutbarkeit für den Darlehensgeber	127
IV. Rechtsfolgen	127
1. Gesetzliche Stundung und Verlängerung der Laufzeit, Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB	127
2. Pflicht zur Verzinsung während der Stundungsphase?	129
3. Vertragliche Vereinbarungen und Verlängerung der Laufzeit, Art. 240 § 3 Abs. 2, 4, 5 EGBGB	132
4. Anwendung am Fallbeispiel	134
5. Zwingender Kündigungsausschluss, Art. 240 § 3 Abs. 3 EGBGB	135
V. Sonderregelung für Gesamtschulden	136
1. Gesetzliche Regelung	136
2. Anwendung am Fallbeispiel	138
E. Verlängerungsmöglichkeit in Art. 240 § 4 EGBGB	138
F. „Gutscheinlösung“ in Art. 240 § 5 EGBGB	139
G. Zusammenfassung	144

A. Einleitung

Die Corona-Krise hat das soziale und wirtschaftliche Leben auf den Kopf gestellt. Im Februar wurde im Rheinland noch Karneval gefeiert und in Ischgl Apres-Ski. Im März wurden die Skigebiete geschlossen und die Besucher einer Karnevalsveranstaltung in Heinsberg standen unter Quarantäne. Dann kamen die Verbote. Musiklehrer, Fitnessstudios, Geschäfte, Restaurants und Hotels mussten ihre Türen schließen. Im ersten Quartal 2020 ist die Wirtschaftsleistung in Deutschland um 2,2 % im Vergleich zum Vorquartal gesunken;¹ ein deutlich größerer Einbruch wird für das zweite Quartal 2020 erwartet.

Infolge der Pandemie und der damit einhergehenden Beschränkungen des Wirtschaftslebens können viele Selbständige und andere Unternehmer ihrer Erwerbstätigkeit nur noch eingeschränkt oder gar nicht nachgehen, so dass ihr Einkommen plötzlich ganz oder teilweise wegbriecht. Um die wirtschaftlichen Folgen dieser Einschränkungen zu lindern,² hat der Gesetzgeber in Art. 240 EGBGB vertragsrechtliche Sonderregelungen einge-

1 Pressemitteilung Nr. 169 des Statistischen Bundesamtes v. 15.5.2020, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/05/PD20_169_811.html (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

2 Zum Normzweck s. BT-Drucks. 19/18110, S. 16.

führt. Diese sind Teil des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020.³ Dieses Gesetz wurde in einem außergewöhnlich schnellen Verfahren verabschiedet: Eine unter Federführung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz ausgearbeitete, am 23.3.2020 veröffentlichte Formulierungshilfe der Bundesregierung⁴ wurde am 24.3.2020 als Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD in den Bundestag eingebracht.⁵ Am 25.3.2020 beriet der Bundestag über den Gesetzentwurf und nahm ihn noch am selben Tag einstimmig bei zwei Enthaltungen aus der AfD-Fraktion in der nur leicht veränderten Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses⁶ an. Nachdem der Bundesrat am 27.3.2020 beschlossen hatte, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen,⁷ wurde das Gesetz am selben Tag bereits verkündet.

Art. 240 EGBGB besteht nunmehr aus fünf Paragraphen. In § 1 ist ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht, eine „Corona-Einrede“, geregelt (unten B). § 2 regelt Mietverhältnisse über Räume. Diese können vorübergehend nicht wegen Ausbleibens der Mietzahlungen gekündigt werden (unten C). § 3 enthält eine gesetzliche Stundung von Verbraucherdarlehen (unten D). Die pandemiebedingten Sonderregelungen betreffen zunächst einmal Nichtleistungen bis zum 30.6.2020. Art. 240 § 4 EGBGB ermächtigt die Bundesregierung zu einer Verlängerung bis zum 30.9.2020 und ggf. auch darüber hinaus (unten E). Mit Wirkung zum 20.5.2020 neu eingefügt wurde Art. 240 § 5 EGBGB, der eine Gutscheinregelung für pandemiebedingt abgesagte Freizeitveranstaltungen und geschlossene Freizeiteinrichtungen vorsieht (unten F).

Art. 240 §§ 1–4 EGBGB ist gem. Art. 6 Abs. 5 des Artikelgesetzes vom 27.3.2020 am 1.4.2020 in Kraft getreten und gilt gem. Art. 6 Abs. 6 bis zum 30.9.2022.

B. Moratorium für wesentliche Dauerschuldverhältnisse, Art. 240 § 1 EGBGB

§ 1 regelt ein Leistungsverweigerungsrecht für „wesentliche Dauerschuldverhältnisse“. Was wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind, ist eine der

3 BGBl. I, S. 569.

4 Abrufbar unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Corona-Pandemie.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

5 BT-Drucks. 19/18110.

6 BT-Drucks. 19/18129.

7 BR-Drucks. 153/20 (B).

vielen Fragen, die diese Norm aufwirft. Erfasst sind wesentliche Dauerschuldverhältnisse von Verbrauchern (Abs. 1) und Kleinstunternehmen (Abs. 2). Der Begriff „wesentliches Dauerschuldverhältnis“ ist für beide Gruppen unterschiedlich definiert.

Nach Abs. 3 besteht das Leistungsverweigerungsrecht nicht, wenn es für den Gläubiger unzumutbar wäre. Auch hier unterscheidet der Gesetzgeber wieder zwischen Verbraucherverträgen und Verträgen von Kleinstunternehmen. Im zweiten Fall, also bei Verträgen von Unternehmen, ist der Anwendungsbereich der Unzumutbarkeit weiter.

Abs. 4 nimmt bestimmte Vertragstypen von der Regelung aus, nämlich Miet- und Pachtverhältnisse über Räume und Verbraucherdarlehen. Für diese hat der Gesetzgeber in §§ 2 und 3 besondere Regeln getroffen (s.u. C und D). Außerdem sind Arbeitsverträge vom Anwendungsbereich ausgenommen. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, das Arbeitsrecht sehe bereits hinreichend ausdifferenzierte Lösungen für Fälle vor, in denen der Arbeitnehmer an der Leistungserbringung gehindert sei. Ein zusätzliches Leistungsverweigerungsrecht sei daher nicht erforderlich. Der Arbeitgeber könne seinerseits Kurzarbeit anordnen.⁸

Schließlich verbietet Abs. 5 vertragliche Abweichungen von diesen Regeln zum Nachteil des Schuldners.

I. Regelung für Verbraucherverträge

1. Voraussetzungen im Hinblick auf den Vertrag

Art. 240 § 1 Abs. 1 EGBGB sieht ein Leistungsverweigerungsrecht des Verbrauchers für pandemiebedingte Nichtleistungen vor. Erfasst sind aber nur Forderungen aus Verbraucherverträgen i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB,⁹ die „wesentliche Dauerschuldverhältnisse“ sind. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse werden in § 1 Abs. 1 S. 3 der Norm legaldefiniert als „solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind“. In der Gesetzesbegründung werden als Beispiele Pflichtversicherungen, Verträge über die Lieferung von Strom und Gas, über Telekommunikationsdienste, bei zivilrechtlicher Regelung auch Verträge über die Wasserver- und -entsorgung genannt.¹⁰

8 BT-Drucks. 19/18110, S. 35.

9 BT-Drucks. 19/18110, S. 33.

10 BT-Drucks. 19/18110, S. 33.

Was ein wesentliches Dauerschuldverhältnis ist, ist damit nicht abschließend geregelt. Der Gesetzeswortlaut enthält keine Einschränkung, sondern verlangt nur, dass der Vertrag zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich ist. Die Gesetzesbegründung zählt zwar die genannten Vertragsarten auf, ist aber offen formuliert. Dort heißt es „hierzu zählen etwa...“¹¹, so dass auch andere Verträge erfasst sein können. Die Frage ist, wie unverzichtbar der jeweilige Vertrag sein muss. Sind z.B. ein Miet- oder Leasingvertrag über ein Auto,¹² ein Zeitungsabonnement,¹³ ein Kabelanschlussvertrag, ein Zeitkartenabonnement im Öffentlichen Personennahverkehr, freiwillige Versicherungen wie eine private Haftpflichtversicherung erfasst? Um zufällige Ungleichbehandlungen zu verhindern, will *Rüfner* zur Abgrenzung darauf abstellen, welche Leistungen im Verwaltungsrecht der Daseinsvorsorge zugeordnet werden. Demnach wären die o.g. Verträge mit Ausnahme des Kabelanschlussvertrags nicht „wesentlich“ i.S.d. Vorschrift.¹⁴ Unterrichtsverträge, Fitnessstudioverträge¹⁵ oder Abonnements über Pay-TV oder Internet-Streamingdienste gehören jedenfalls nicht zur Daseinsvorsorge.¹⁶ Auch Unterhaltsrechtsverhältnisse zählen nicht zu den wesentlichen Dauerschuldverhältnissen, weil sie nicht zur Eindeckung mit Leistungen der Daseinsvorsorge des Schuldners dienen.¹⁷ Abzahlungskaufverträge sind keine Dauerschuldverhältnisse und werden daher ebenfalls nicht erfasst.¹⁸

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist die Unbestimmtheit der Norm bedenklich. Allerdings macht die offene Formulierung die Re-

11 BT-Drucks. 19/18110, S. 33.

12 Für Berufspendler, die dringend ein Kfz benötigen, bejahend *S. Lorenz*, in: H. Schmidt (Hrsg.), COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, München 2020, § 1 Rn. 49.

13 Dazu *C. Möllnitz/M. Schmidt-Kessel*, in: W. Uhlenbruck (Begr.), InsO, 15. Aufl., München 2020, Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 22.

14 *T. Rüfner*, Das Corona-Moratorium nach Art. 240 EGBGB, JZ 2020, S. 443 (444).

15 Näher zur Rechtslage für Fitnessstudios unten II.5.

16 Vgl. *D. Markworth/B. Bangen*, BGB und Coronakrise: Leistungsverweigerung und Kündigungsschutz neu gedacht, AnwBl Online 2020, S. 360 (361); *J. N. Berg*, in: jurisPK, 9. Aufl. 2020, Art. 240 § 1 EGBGB Rn. 26; für Streamingverträge ebenso *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 444; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 49.

17 *B. Niepmann*, Unterhalt in den Zeiten von Corona, NZFam 2020, S. 383 (384).

18 *C. Thole*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz und ihre weiteren Folgen, ZIP 2020, 650 (659); *B. Scholl*, Die vertragsrechtlichen Regelungen in Art. 240 EGBGB aus Anlass der COVID-19-Pandemie, WM 2020, S. 765 (766); *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 44; *Berg* (Fn. 16), Art. 240 § 1 EGBGB Rn. 14.

gelung auch flexibel für Anwendungsfälle, die der Gesetzgeber nicht bedacht hat.

Das Dauerschuldverhältnis muss vor dem 8.3.2020 geschlossen worden sein, also vor Bekanntwerden des Ausmaßes der Pandemie. Es kommt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, nicht des Beginns der Leistungserbringung.¹⁹ Der Gesetzgeber bestimmt somit per Stichtag, ab wann man als Verbraucher ernsthaft mit coronabedingten Zahlungsschwierigkeiten rechnen musste. An diesem Tag, einem Sonntag, starb erstmals ein deutscher Staatsbürger an dem Virus; Bundesgesundheitsminister Spahn riet zur Absage von Großveranstaltungen. Einen Tag später kam es zu dem stärksten Tagesverlust des DAX seit den Anschlägen auf das World Trade Center am 11. September 2001, weil der Markt das Ausmaß der Pandemie realisierte. Die Wahl des 8.3.2020 erscheint daher plausibel.²⁰ Fraglich ist allerdings, ob man überhaupt einen Stichtag braucht.²¹ Ist ein Verbraucher, der nach dem 8. März infolge eines vorher geplanten Umzugs einen Stromlieferungsvertrag für seine neue Wohnung abschließt, wirklich nicht schutzwürdig?²²

2. Anforderungen an das pandemiebedingte Leistungshindernis

Weitere Voraussetzung für die Corona-Einrede ist, dass der Verbraucher seine Leistung nicht mehr ohne Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts erbringen kann. Relevant ist nicht nur der Lebensunterhalt des Verbrauchers, sondern auch der seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen, also beispielsweise minderjährigen Kinder im Haushalt. Der Gesetzgeber will damit Menschen helfen, „deren Haushaltseinkommen wegen der Pandemie einstweilen oder dauerhaft verringert oder weggebrochen ist“²³.

19 Markworth/Bangen, Coronakrise (Fn. 16), S. 362.

20 Scholl, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 766.

21 Bejahend Markworth/Bangen, Coronakrise (Fn. 16), S. 362.

22 Wie hier kritisch Rüfner, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 444.

23 BT-Drucks. 19/18110, S. 33.

a) Angemessener Lebensunterhalt

Der Begriff „angemessener Lebensunterhalt“ begegnet auch in verschiedenen Normen des Familienrechts,²⁴ etwa § 1603 oder § 1610 BGB.²⁵ § 1603 BGB betrifft den Selbstbehalt des Unterhaltsschuldners, § 1610 BGB den Bedarf des Unterhaltsgläubigers. Das komplexe Gefüge des Verwandtenunterhalts lässt sich aber nicht ohne weiteres auf die Fälle des Art. 240 § 1 Abs. 1 EGBGB übertragen. Am ehesten wird man den Gedanken übernehmen können, dass der „angemessene Lebensunterhalt“ je nach Lebensstellung der Beteiligten einen anderen Inhalt hat.

Vielversprechender ist der Rückgriff auf § 1360 a BGB, der den Begriff „angemessener Unterhalt“ ebenfalls verwendet. Hier geht es um den Familienunterhalt, den Ehegatten einander nach § 1360 BGB schulden. Nach § 1360 a Abs. 1 BGB umfasst der angemessene Unterhalt der Familie „alles, was nach den Verhältnissen der Ehegatten erforderlich ist, um die Kosten des Haushalts zu bestreiten und die persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und den Lebensbedarf der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder zu befriedigen.“ Das passt insofern zu Art. 240 § 1 EGBGB, als hier wie dort die unterhaltsberechtigten Kinder einbezogen werden. Das Gesetz unterscheidet in § 1360 a BGB zwischen Haushaltskosten und persönlichen Bedürfnissen. Zu den Haushaltskosten zählt man die Kosten für Lebensmitteleinkäufe, Wohnung nebst Energieversorgung und Einrichtung, evtl. auch einen Pkw.²⁶ Kleidung, Körperpflege und notwendige ärztliche Behandlungen, Krankenversicherung, Kosten für Hobbies, gesellschaftliche Aktivitäten, Urlaubsreisen und eine angemessene Altersversorgung zählen grundsätzlich zu den persönlichen Bedürfnissen.²⁷ Es besteht also eine teilweise Überschneidung mit den Verträgen, die der Gesetzgeber als wesentliche Dauerschuldverhältnisse einstuft. Als angemessen gilt im Rahmen von

24 Für einen Rückgriff auf familienrechtliche Vorschriften auch *J. Köndgen*, in: BeckOGK, 15.4.2020, Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 41.

25 Für einen Rückgriff auf § 1603 BGB *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 444 f.; für einen Rückgriff auf § 1610 BGB *T. Liebscher/S. Zeyher/B. Steinbrück*, Recht der Leistungsstörungen im Lichte der COVID-19-Pandemie, ZIP 2020, S. 852 (853).

26 *B. Weber-Monecke*, in: MüKoBGB, Bd. 9, 8. Aufl., München 2019, § 1360 a Rn. 4; *D. Kaiser*, in: NK-BGB, Bd. 4, 3. Aufl., Baden-Baden 2014, § 1360 a Rn. 3 f.; jeweils m.w.N.

27 *Weber-Monecke* (Fn. 26), § 1360 a Rn. 5; *Kaiser* (Fn. 26), § 1360 a Rn. 5 ff.; jeweils m.w.N.

§ 1360 a BGB das, was eine Familie mit vergleichbarem Einkommen üblicherweise aufwendet.²⁸

Bei den persönlichen Bedürfnissen wird der Verbraucher, der sich auf die Corona-Einrede berufen möchte, sicher Abstriche machen müssen. Allerdings waren oder sind gesellschaftliche Aktivitäten, Urlaubsreisen und Friseurbesuche in der Krise zumindest zeitweise sowieso ausgeschlossen. In einer ersten Annäherung könnte man also annehmen, dass der Verbraucher die Zahlung der Stromrechnung einstweilen verweigern kann, damit ihm noch genügend Geld für die Lebensmitteleinkäufe oder die Mietzahlung verbleibt.

Mit einem Rückgriff auf die Maßstäbe des § 1360 a BGB dürfte sich die Rechtsunsicherheit an diesem Punkt in Grenzen halten. Das Risiko einer rechtlichen Fehleinschätzung liegt allerdings beim Verbraucher, der im Streitfall die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass ein pandemiebedingtes Leistungshindernis vorliegt (Vollbeweis).²⁹

Unklar ist die Rechtslage für den Fall, dass der Verbraucher aufgrund der Folgen der Pandemie Entgeltpflichten im Rahmen wesentlicher Dauerschuldverhältnisse nur teilweise erfüllen kann. Hier stellt sich die Frage, ob er selbst auswählen kann, welche Leistungen er weiter bezahlt, oder ob er die Gläubiger gleichmäßig befriedigen muss. Der erste Ansatz erscheint erheblich einfacher, weil der Verbraucher nur mit einem Teil seiner Gläubiger Kontakt aufnehmen muss und außerdem komplizierte Berechnungen entbehrlich sind. Der zweite Ansatz erscheint hingegen bei Verbindlichkeiten, die normalerweise im zwei- oder unteren dreistelligen Euro-Bereich liegen, unverhältnismäßig. Zudem wäre wegen der Unschärfe des Begriffs des „wesentlichen Dauerschuldverhältnisses“ jedenfalls für den rechtlich nicht beratenen Verbraucher kaum auszumachen, welche Verpflichtungen in eine anteilmäßige Befriedigung einzubeziehen wären. Der Schuldner, dessen Einkommen pandemiebedingt nur zur Bezahlung eines Teils seiner Verbindlichkeiten aus wesentlichen Dauerschuldverhältnissen genügt, kann nach hier vertretener Ansicht somit nach freiem Ermessen

28 Näher *Weber-Monecke* (Fn. 26), § 1360 a Rn. 3; *Kaiser* (Fn. 26), § 1360 a Rn. 20 ff.; jeweils m.w.N.; zu den Begriffen „angemessen“ und „billig“ im Unterhaltsrecht *H.-U. Graba*, *Angemessen und billig im Unterhaltsrecht*, NZFam 2018, S. 145.

29 *Markworth/Bangen*, *Coronakrise* (Fn. 16), S. 362; *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 766; *M. Schmidt-Kessel/C. Möllnitz*, *Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen*, NJW 2020, S. 1103 (1104); *V. Fröhling/D. Issmer*, *Das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz und Strafverfahrensrecht*, WM 2020, S. 669 (673, 676).

entscheiden, wessen Forderungen er weiter bedient und welchem Gläubiger gegenüber er sich auf sein Leistungsverweigerungsrecht beruft.

b) Bedingt durch die Pandemie

Das Leistungshindernis auf Seiten des Verbrauchers muss auf Umständen beruhen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, welche Umstände der Gesetzgeber im Blick hatte. Es geht um Einnahmeausfälle infolge der weitreichenden Betriebsverbote. Auch Betriebseinstellungen oder -ausfälle infolge Quarantäne von Mitarbeitern sind demnach pandemiebedingte Umstände.³⁰ Die Regelung ist also in direktem Zusammenhang mit den staatlichen Verboten und Schutzmaßnahmen zur Eindämmung der Pandemie zu sehen.

Eine behördlich angeordnete Quarantäne des Verbrauchers selbst begründet dagegen keine Gefährdung des Lebensunterhalts des Betroffenen. Bei Quarantäne besteht nämlich ein Anspruch auf Entschädigung für den Verdienstaufschlag in Geld nach § 56 Abs. 1 IfSG. Die Entschädigung bemisst sich nach dem Verdienstaufschlag und wird für die ersten sechs Wochen in Höhe des vollen Verdienstaufschlags gewährt, § 56 Abs. 2 IfSG. Eine zweiwöchige Quarantänemaßnahme führt also nicht zu einer Unterhaltungsgefährdung und ist damit kein Anwendungsfall des Art. 240 § 1 Abs. 1 EGBGB.

Für viele andere denkbare Fälle bleibt aber zu klären, ob ein hinreichender Ursachenzusammenhang zwischen Pandemie und Unterhaltungsgefährdung besteht. Es spricht viel dafür, dass ein mittelbarer Zusammenhang mit der Pandemie genügt.³¹ Das Risiko trägt wiederum der Verbraucher, der den Zusammenhang im Streitfall beweisen muss.

c) Auswirkungen der „Soforthilfe“

Das Leistungsverweigerungsrecht steht dem Schuldner nur so lange zu, wie er wegen der Pandemie an der Erbringung seiner Leistung gehindert

30 BT-Drucks. 19/18110, S. 1.

31 So auch *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, Coronavertragsrecht (Fn. 29), S. 1104; *Berg* (Fn. 16), Art. 240 § 1 EGBGB Rn. 18.

ist.³² Hier könnte man an die „Soforthilfen“ denken, mit denen Betroffene finanziell unterstützt werden (s.u. II.2.b). Die Soforthilfe ist aber wohl nur zur Deckung betrieblicher Kosten gedacht. Auf der Website des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen heißt es: „Die Unternehmen sollen bei der Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz und Überbrückung von akuten Finanzierungsengpässen, u.a. für laufende Betriebskosten wie Mieten, Kredite für Betriebsräume, Leasingraten u.ä., sowie dem Erhalt von Arbeitsplätzen durch einen Zuschuss unterstützt werden. (Zur Reduzierung von Personalkosten gibt es das Kurzarbeitergeld).“³³ Infolgedessen lässt der Erhalt von Soforthilfe das pandemiebedingte Leistungshindernis für Verbraucherverträge nicht entfallen.

3. Ausschluss bei Unzumutbarkeit für den Gläubiger

Das Leistungsverweigerungsrecht besteht gem. Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 1 EGBGB ausnahmsweise nicht, wenn es die wirtschaftliche Grundlage des Erwerbsbetriebs des Gläubigers gefährden würde. Laut Gesetzesbegründung soll die unzumutbare wirtschaftliche Situation nicht einfach vom Schuldner auf den Gläubiger verschoben werden.³⁴

Wann bei den oben genannten Verträgen der Daseinsvorsorge dem Gläubiger die Leistung unzumutbar sein soll, erschließt sich aus der Gesetzesbegründung nicht. Es erscheint fernliegend, dass die wirtschaftliche Grundlage des Erwerbsbetriebs, z.B. eines Telekommunikationsunternehmens, dadurch gefährdet wird, dass ein einzelner Kunde seine Rechnung drei Monate lang nicht bezahlt.³⁵ Was solche Anbieter möglicherweise in Bedrängnis bringen könnte, ist ein Zahlungsstopp einer großen Zahl von Kunden.³⁶ Wollte man dies berücksichtigen, wofür der Wortlaut der Norm keine Stütze bietet, hätte man wie beim Verbraucher das Folgeproblem, wem gegenüber sich der Betreffende auf die Unzumutbarkeit berufen darf. Gäbe es beispielsweise eine zahlenmäßige Schwelle der Zumut-

32 BT-Drucks. 19/18110, S. 34; ebenso *Liebscher/Zeyher/Steinbrück*, Leistungsstörungen (Fn. 25), S. 853 f.

33 Vgl. <https://www.wirtschaft.nrw/nrw-soforthilfe-2020> (zuletzt abgerufen am 6.6.2020); ferner die Einschätzung von *Niepmann*, Unterhalt (Fn. 17), S. 383.

34 BT-Drucks. 19/18110, S. 35.

35 *Markworth/Bangen*, Coronakrise (Fn. 16), S. 363; *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 767; *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 446.

36 *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 446.

barkeit, was ja immerhin vorstellbar ist,³⁷ wäre es aus Sicht der Verbraucher vom Zufall abhängig, ob sie sich erfolgreich auf die Corona-Einrede berufen können oder nicht. Die Ausnahme dient wohl eher der Absicherung extremer, vom Gesetzgeber nicht konkret vorhergesehener Fälle.

4. Rechtsfolge: Leistungsverweigerungsrecht bzw. ausnahmsweise Kündigungsrecht

Als Rechtsfolge sieht Art. 240 § 1 Abs. 1 EGBGB ein Leistungsverweigerungsrecht ähnlich wie § 275 Abs. 2 oder 3 BGB vor. Der Schuldner muss die Corona-Einrede aktiv erheben. Entgegen dem Grundsatz, dass der Schuldner einer Geldleistung verschuldensunabhängig für seine Leistungsfähigkeit einstehen muss, muss er weder – mangels Durchsetzbarkeit³⁸ – die Primärleistung noch – mangels Pflichtverletzung – Sekundärleistungen (etwa aufgrund Verzuges) erbringen.³⁹ Das ist auch das erklärte Ziel des Gesetzgebers. Die Zahlungspflichten des Verbrauchers sollen nicht immer weiter anwachsen.⁴⁰

Das Leistungsverweigerungsrecht erfasst nach der Gesetzesbegründung auch solche Leistungen, die bei Inkrafttreten des Gesetzes (also am 1.4.2020) schon fällig waren.⁴¹ Ein Verzug des Schuldners soll mit Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts enden.⁴²

Das Leistungsverweigerungsrecht besteht maximal bis zum 30.6.2020, wenn die Regelung nicht verlängert wird. Danach werden alle bis dahin

37 Nach *Berg* (Fn. 16), Art. 240 § 1 EGBGB Rn. 41, soll ab Erreichen der Unzumutbarkeitsgrenze das Leistungsverweigerungsrecht ab diesem Zeitpunkt für alle Schuldner gleichermaßen ausgeschlossen sein.

38 Zur dogmatischen Einordnung ausf. *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 75 f.

39 *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 767; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 45. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/18110, S. 34) spricht neben Schadensersatzansprüchen, die ausgeschlossen sein sollen, einen Rücktritt nach § 323 BGB an. Dabei geht es aber um Dauerschuldverhältnisse, bei denen allenfalls eine Kündigung des Gläubigers nach § 314 BGB möglich wäre. Siehe auch *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 447.

40 BT-Drucks. 19/18110, S. 34.

41 Ebenso *Markworth/Bangen*, Coronakrise (Fn. 16), S. 361; für eine restriktive Auslegung (nicht für Leistungen, die schon fällig waren, bevor den Schuldner die Auswirkungen der Corona-Pandemie trafen) *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 767; *Fröbling/Issmer*, Gesetz (Fn. 29), S. 676.

42 BT-Drucks. 19/18110, S. 34.

aufgelaufenen Forderungen fällig. Man fragt sich, wie es den Betroffenen gelingen soll, auf einen Schlag die Stromrechnung für drei oder vier Monate zu bezahlen, wenn sie vorher nicht einmal einen Monat bezahlen konnten.⁴³ Dabei ging der Gesetzgeber Ende März offenbar davon aus, dass die Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie schon deutlich vor dem 30. Juni wieder aufgehoben werden könnten. Soweit Betroffene infolge der geplanten oder bereits erfolgten Lockerungen der Corona-Maßnahmen wieder Einnahmen haben, entfällt auch die Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts. Für den Fall, dass sich das Wirtschaftsleben nicht alsbald normalisiert, gibt es den Verlängerungsvorbehalt in § 4.

Der Gläubiger ist verpflichtet, seine Leistung weiter zu erbringen. Weil sein Gegenleistungsanspruch mit einer vorübergehenden Einrede behaftet ist, kann sich der Gläubiger nicht auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) berufen; auch die Unsicherheitseinrede (§ 321 BGB) steht ihm nicht zu.⁴⁴ Sollte das Leistungsverweigerungsrecht dem Gläubiger gem. Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 1 EGBGB unzumutbar sein, was praktisch kaum vorkommen dürfte, hat der Schuldner gem. Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 3 EGBGB ein Recht zur Kündigung. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass es sich um eine außerordentliche fristlose Kündigung handelt.⁴⁵ Damit ist dem Schuldner wenig geholfen: „Wesentliche“ Dauerschuldverhältnisse zeichnen sich gerade dadurch aus, dass der Verbraucher zwingend auf sie angewiesen ist. Bei Abschluss eines neuen Vertrags kommt ein Leistungsverweigerungsrecht wegen des Stichtags nicht in Betracht. Mit Ausübung des Kündigungsrechts gerät der Verbraucher also in genau die Situation, die der Gesetzgeber eigentlich verhindern will.⁴⁶

43 Kritisch *Markworth/Bangen*, Coronakrise (Fn. 16), S. 361; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 48.

44 *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, Coronavertragsrecht (Fn. 29), S. 105; *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 90 f; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 54; *Berg* (Fn. 16), Art. 240 § 1 EGBGB Rn. 62; offenlassend *Fröhling/Issmer*, Gesetz (Fn. 29), S. 676; näher zu § 320 BGB und spezifischen Sonderregeln *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 447.

45 Dies zeigt der Hinweis auf § 628 BGB in BT-Drucks. 19/18110, S. 35; ebenso *Markworth/Bangen*, Coronakrise (Fn. 16), S. 363, *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 767; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 51.

46 BT-Drucks. 19/18110, S. 1 f.; kritisch auch *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 767.

5. Anwendung am Fallbeispiel

Fall 1: S ist selbständige Gesangslehrerin und Stimmtrainerin. Mit dieser Tätigkeit bestreitet sie ihren Lebensunterhalt. S wohnt und unterrichtet in ihrer Eigentumswohnung. Sie hat einen Pkw und hält einen Pitbullterrier. Seit dem 23.3.2020 war der Unterricht nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 CoronaSchVO NRW v. 22.3.2020⁴⁷ untersagt. Seit dem 20.4.2020 konnte der Unterricht wieder zugelassen werden, vgl. § 3 Abs. 2 CoronaSchVO NRW v. 22.3.2020 i.d.F. v. 16.4.2020, seit dem 11.5.2020 ist der Unterricht unter Beachtung der Hygienevorschriften nach § 7 CoronaSchVO NRW v. 8.5.2020⁴⁸ wieder erlaubt. S hatte im Verbotszeitraum keine Einnahmen und konnte im Voraus bezahlte Stunden nicht mehr anbieten.

Laufende Kosten für Strom, Gas, Wasser, Telefon und diverse Versicherungen muss S trotz der Einnahmeausfälle weiter decken. Da für die laufenden Verträge der Daseinsvorsorge eine Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist, tritt bei Nichtzahlung ohne weiteres Verzug ein, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Es entstehen also Sekundäransprüche, vor allem Verzugszinsen, § 288 BGB. S gerät nicht nur in Rückstand mit ihren Zahlungspflichten, sondern diese wachsen infolge der Verzinsung auch immer weiter an.

47 Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung – CoronaSchVO) vom 22.3.2020, in Kraft getreten am 23.3.2020 (GV. NRW. S. 178 a); geändert durch Verordnung vom 30.3.2020 (GV. NRW. S. 202), in Kraft getreten am 31.3.2020; neugefasst durch Art. 1 der Verordnung vom 16.4.2020 (GV. NRW. S. 222 a), in Kraft getreten am 20.4.2020, diese bereinigt durch Art. 1 der Verordnung vom 17.4.2020 (GV. NRW. S. 304), in Kraft getreten am 18.4.2020; geändert durch Verordnung vom 24.4.2020 (GV. NRW. S. 306 b), in Kraft getreten am 27.4.2020 und am 1.5.2020; Art. 1, 2 und 3 der Verordnung vom 1.5.2020 (GV. NRW. S. 333 b), in Kraft getreten am 2.5.2020 (Art. 1), am 4.5.2020 (Art. 2) und am 7.5.2020 (Art. 3); Art. 1 und Art. 2 der Verordnung vom 6.5.2020 (GV. NRW. S. 316 d), in Kraft getreten am 7.5.2020 (Art. 1) und am 9.5.2020 (Art. 2); aufgehoben durch Verordnung vom 8.5.2020 (GV. NRW. S. 340 a), in Kraft getreten am 11.5.2020.

48 Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung – CoronaSchVO) vom 8.5.2020, in Kraft getreten am 11.5.2020 (GV. NRW. S. 340 a); geändert durch Verordnung vom 15.5.2020 (GV. NRW. S. 340 d), in Kraft getreten am 16.5.2020; Art. 1 der Verordnung vom 19.5.2020 (GV. NRW. S. 340 e), in Kraft getreten am 20.5.2020; Verordnung vom 20.5.2020 (GV. NRW. S. 340 f), in Kraft getreten am 21.5.2020; Verordnung vom 27.5.2020 (GV. NRW. S. 340 g), in Kraft getreten am 30.5.2020; Art. 1 der Verordnung vom 29.5.2020 (GV. NRW. S. 348 a), in Kraft getreten am 30.5.2020.

Was bewirkt nun die Corona-Einrede? Kann S Leistungen gem. Art. 240 § 1 Abs. 1 EGBGB verweigern? Verträge über die Lieferung von Strom, Gas, Telekommunikationsdiensten und Wasserver- und -entsorgung sind wie gesagt vom Begriff des wesentlichen Dauerschuldverhältnisses in Art. 240 § 1 Abs. 1 S. 3 EGBGB erfasst. Dazu kommen die Pflichtversicherungen.⁴⁹ Als Selbständige muss sich S privat krankenversichern, § 193 Abs. 3 VVG. Dasselbe gilt nach § 23 SGB XI für die Pflegeversicherung. Für ihr Auto und den Hund, der nach § 2 LHundG NRW als gefährlich eingestuft wird, muss S eine Haftpflichtversicherung haben (§ 1 PflVG und § 5 Abs. 5 LHundG NRW).

Ob infolge der Unterrichtsausfälle der angemessene Lebensunterhalt der S gefährdet ist, steht auf einem anderen Blatt. Für die Beantwortung dieser Frage sind nach hier vertretener Auffassung die Maßstäbe heranzuziehen, die für § 1360 a BGB entwickelt wurden. Wenn S noch einige ihrer Rechnungen bezahlen kann, ohne ihren Unterhalt zu gefährden, darf sie nach hier vertretener Ansicht frei entscheiden, wessen Forderungen sie weiter bedient.

Die Unterhaltsgefährdung der S muss auf der COVID-19-Pandemie beruhen. Das ist wegen des Tätigkeitsverbots der Fall. Schwieriger ist der Fall zu beurteilen, dass S ihre Tätigkeit zwar noch ausüben darf, die Schüler aber keinen Unterricht mehr nehmen, weil sie Angst vor einer Ansteckung haben oder selbst unter Quarantäne stehen. Im Streitfall muss S beweisen, dass ihr Verdienstaussfall gerade auf der Pandemie beruht. Man müsste S also empfehlen, für alle Absagen um eine Begründung per E-Mail oder Brief zu bitten. Wenn S selbst unter Quarantäne stünde und deshalb nicht mehr unterrichten könnte, sähe die Sache noch anders aus. Dann hätte sie Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe ihres Verdienstaussfalls nach § 56 IfSG. Folglich gäbe es gar keine pandemiebedingte Unterhaltsgefährdung.

Die Gläubiger sind wahrscheinlich Stadtwerke oder große Unternehmen. Das Ausbleiben von S' Zahlungen für zwei oder drei Monate dürfte diese Gläubiger nicht in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen und ihnen damit nicht unzumutbar i.S.d. Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 1 EGBGB sein.

49 Überblick auf der Website der BaFin: https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Liste/dl_li_vu_vers_mit_avbpflicht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

6. Zwischenfazit

Das Leistungsverweigerungsrecht in Abs. 1 bietet Schutz für Verbraucher. Mittelbar werden aber in erster Linie Selbständige und Kleinstunternehmer geschützt, die ihre Tätigkeit infolge der Pandemie nicht mehr ausüben können. Wenn ihre Einnahmen wegbrechen, können sie logischerweise auch ihre privaten Rechnungen nicht mehr bezahlen. Abhängig Beschäftigte sind vielfach schon weniger betroffen, jedenfalls wenn sie in größeren Unternehmen oder im öffentlichen Dienst arbeiten. Ihr Schutz erfolgt auch primär durch andere Instrumente, z.B. Kurzarbeitergeld oder Sozialleistungen.⁵⁰

Durch das Leistungsverweigerungsrecht entsteht ein Aufschub der Zahlungspflichten für bestimmte Verträge. In dieser Zeit werden Verbraucher davor geschützt, dass die Versorgung mit Leistungen der Daseinsvorsorge unterbrochen wird, dass also beispielsweise der Strom abgestellt wird, weil die Abschläge nicht mehr bezahlt werden. Außerdem entstehen keine Verzugszinsen. Der Verbraucher muss nach Ablauf des Moratoriums Ende Juni nur die ursprünglich geschuldete Leistung erbringen.

Es bleiben aber viele Fragen offen: Welche Verträge sind wesentlich im Sinne der Vorschrift? Was ist „angemessener Lebensunterhalt“? Hier bietet sich ein Anknüpfen an die zu § 1360 a BGB entwickelten Maßstäbe an. Unklar ist ferner, wie das Leistungsverweigerungsrecht funktionieren soll, wenn der Verbraucher noch einige, aber nicht alle Zahlungspflichten erfüllen kann. Welche Leistungshindernisse beruhen auf Umständen, die durch die COVID-19-Pandemie ausgelöst wurden? Über die in der Gesetzesbegründung genannten Fälle hinaus sind auch weitere denkbar. Schließlich ist fraglich, wann das Leistungsverweigerungsrecht für den Gläubiger unzumutbar ist.

All diese offenen Rechtsfragen gehen zu Lasten des Verbrauchers, der sich auf die Einrede berufen will. Eine rechtliche Fehleinschätzung kann dazu führen, dass er die Zahlung unberechtigt aussetzt und dadurch in genau die Situation gerät, die das Gesetz eigentlich verhindern soll, nämlich in Verzug. Eine schnelle Klärung der offenen Fragen durch die Rechtsprechung ist nicht zu erwarten, da auch die Justiz in der Krise auf Sparflamme arbeitet.

50 Vgl. zu den unterschiedlichen Auswirkungen der Krise auf das (unterhaltsrechtlich relevante) Einkommen Selbständiger und abhängig Beschäftigter *Niepmann* (Fn. 17), NZFam 2020, S. 383.

II. Regelung für Kleinstunternehmen, Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB

Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB dehnt das Leistungsverweigerungsrecht auf von Kleinstunternehmen i.S.d. Art. 2 Abs. 3 der Empfehlung 2003/361/EG abgeschlossene Dauerschuldverhältnisse aus. Ein Kleinstunternehmen muss weniger als zehn Mitarbeiter haben (wobei der mitarbeitende Inhaber oder Teilhaber mitgezählt wird) und zudem entweder einen Umsatz oder eine Bilanzsumme in Höhe von weniger als 2 Mio. EUR aufweisen. Für die Zahlen kommt es auf den letzten Jahresabschluss an (Art. 4 der Empfehlung). Mitarbeiter, die nicht das ganze Jahr oder in Teilzeit beschäftigt waren, werden nach Art. 5 der Empfehlung anteilig berücksichtigt.

1. Voraussetzungen im Hinblick auf den Vertrag

Die Definition des wesentlichen Dauerschuldverhältnisses ist für Kleinstunternehmen eine andere als für Verbraucher. Nach Art. 240 § 1 Abs. 2 S. 3 BGB handelt es sich um solche Dauerschuldverhältnisse, „die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung seines Erwerbsbetriebs erforderlich sind“. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele die gleichen Verträge, die auch für Verbraucher „wesentlich“ sein sollen.⁵¹ Wie die entsprechende Regelung für Verbraucher ist diese Aufzählung aber nicht abschließend. Der Anwendungsbereich dürfte sogar noch weiter sein als für Verbraucher: Im Bereich der Pflichtversicherungen sind gegenüber den Verbraucherverträgen noch die Berufshaftpflichtversicherungen zu nennen. Denkbar erscheint ferner, je nach Geschäftsmodell, z.B. eine Anwendung auf Miet- oder Leasingverträge über Kraftfahrzeuge, Büroausstattung, notwendige Maschinen, auf Dienstverträge mit Steuerberatern über die laufende Lohn- und Finanzbuchhaltung,⁵² auf IT-Serviceverträge, Automatenaufstellungsverträge, Lagerverträge.⁵³ Die Grenze könnte in dem Wort „angemessen“ liegen: Welche Verträge sind für eine ange-

51 BT-Drucks. 19/18110, S. 34.

52 Bundesteuerberaterkammer, Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Krise, Nr. 60 („Welche Änderungen sind für das allgemeine Zivilrecht vorgesehen?“), www.bstbk.de/downloads/bstbk/presse-und-kommunikation/neuigkeiten/FAQ_Katalog_CORONA_KRISE.pdf (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

53 Scholl, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 767; Thole, Insolvenzantragspflicht (Fn. 18), S. 659 (mit weiteren Beispielen).

messene Fortsetzung des Betriebs erforderlich, welche sind als Luxus zu betrachten?

Weiter heißt es in der Gesetzesbegründung, dass das Leistungsverweigerungsrecht auch für Forderungen gelten solle, die keine Entgeltforderungen sind.⁵⁴ Als Beispiele werden Dienstleistungen oder die Vermietung von Kraftfahrzeugen genannt.⁵⁵ „Es soll Kleinstunternehmen geholfen werden, die ihre Leistungsverpflichtung nicht erfüllen können, weil sie nicht etwa in Kontakt mit dem Leistungsempfänger treten können, weil ihre Arbeitskräfte nicht zur Arbeit erscheinen können oder dürfen oder weil ihre Leistungserbringung einstweilen untersagt worden ist.“⁵⁶ Warum die Gesetzesbegründung ausgerechnet die Vermietung von Kraftfahrzeugen nennt, erschließt sich nicht. Vielleicht hat der Gesetzgeber an Carsharing gedacht; die entsprechenden Geschäftsmodelle beinhalten normalerweise ein monatliches Grundentgelt des Nutzers, also Dauerschuldverhältnisse. Die Anbieter sind aber i.d.R. keine Kleinstunternehmen, sondern deutschland- oder EU-weit tätige Gesellschaften.⁵⁷ Es ist auch schwer vorstellbar, inwiefern der Carsharing-Anbieter infolge der COVID-19-Pandemie an der Bereitstellung der Flotte gehindert sein soll, vor allem wenn es sich wie meist um ein stationsbasiertes Geschäftsmodell handelt. Zudem gehören Carsharing-Anbieter zu den Gewinnern der Krise, weil in Zeiten der Pandemie der öffentliche Personennahverkehr gemieden wird.

Man muss auch fragen, ob die eigene Dienstleistung überhaupt unter den Begriff des wesentlichen Dauerschuldverhältnisses subsumiert werden kann. Das sind nach der Legaldefinition nur solche, die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung des Erwerbsbetriebs erforderlich sind. Eindeckung mit Leistungen und Erbringung von Leistungen sind bei unbefangener Betrachtung nicht dasselbe. Möchte man dem Willen des Gesetzgebers zur Geltung verhelfen, muss man sich entweder von der zu eng geratenen Definition des wesentlichen Dauerschuldverhältnisses lösen⁵⁸ oder etwas um die Ecke denken: Man könnte darauf abstellen, dass das Unternehmen Umsatz generieren muss, um den Betrieb fortsetzen zu können. Da der Umsatz durch die angebotene Dienstleistung generiert

54 Dafür auch *Markworth/Bangen*, Coronakrise (Fn. 16), S. 362; *Thole*, Insolvenzantragspflicht (Fn. 18), S. 660; *Fröbling/Issmer*, Gesetz (Fn. 29), S. 673; *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 34 ff.

55 BT-Drucks. 19/18110, S. 34.

56 BT-Drucks. 19/18110, S. 33.

57 Für eine Liste von Carsharing-Anbietern siehe <https://www.carsharing-news.de/carsharing-anbieter> (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

58 *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 37.

wird, könnte man das noch als wesentliches Dauerschuldverhältnis ansehen.⁵⁹ Allerdings generieren Unternehmen ihre Umsätze nicht unbedingt nur aus Dauerschuldverhältnissen. Überhaupt ist nicht ohne weiteres einleuchtend, warum das Kleinunternehmen nur zur Verweigerung von Leistungen aus Dauerschuldverhältnissen berechtigt sein soll, nicht dagegen von einmaligen Leistungen etwa aus Werkverträgen.⁶⁰

2. Anforderungen an das pandemiebedingte Leistungshindernis und Verhältnis zur Unmöglichkeit

Das pandemiebedingte Leistungshindernis hat der Gesetzgeber für Kleinunternehmen anders geregelt als für Verbraucher. Voraussetzung für die Corona-Einrede ist hier, dass das Unternehmen die Leistung nicht erbringen kann oder die Erbringung der Leistung die wirtschaftlichen Grundlagen des Erwerbsgeschäfts gefährden würde.

Die erste Variante scheint auf Dienstleistungen zugeschnitten zu sein. Auf Entgeltleistungen passt sie nicht, weil man Geld grundsätzlich zu haben hat, so dass ein Fall der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB nicht eintreten kann.⁶¹ Für die zweite Variante fehlt wieder der Maßstab:⁶² Wann würde die Leistungserbringung die Grundlagen des Erwerbsgeschäfts gefährden? Man müsste für ein konkretes Unternehmen einen konkreten Betrag berechnen. Auch hier gilt: Das Unternehmen hat die Beweislast, wenn es sich auf die Einrede berufen will.

a) Bedingt durch die Pandemie

Ursache für das Leistungshindernis müssen wiederum Umstände sein, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind. Der Gesetzgeber nennt

59 Ablehnend *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 446.

60 *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 768.

61 So auch *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 446; differenzierend zu diesem Grundsatz *W. Ernst*, in: MüKoBGB, Bd. 2, 8. Aufl., München 2019, § 275 Rn. 13; für ein anderes Verständnis, nach dem der in Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB verwendete Begriff der Unmöglichkeit abweichend von § 275 Abs. 1 BGB auch Fälle mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erfassen soll, *Thole*, Insolvenzantragspflicht (Fn. 18), S. 659; *Lorenz* (Fn. 12), § 1 Rn. 57; *Berg* (Fn. 16), Art. 240 § 1 EGBGB Rn. 33; siehe auch den Beitrag von *T. Riehm*, S. 11 (16).

62 So auch *Thole*, Insolvenzantragspflicht (Fn. 18), S. 659.

das Verbot von Betrieben und Veranstaltungen sowie Quarantäne von Mitarbeitern.⁶³ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass manche Betriebe zeitweise nur unter Einhaltung besonderer Hygieneregeln, z.B. Gewährleistung des Mindestabstands, fortgesetzt werden dürfen. In Nordrhein-Westfalen galt das zum Beispiel bis Mitte April für Baumärkte nach § 5 Abs. 3 CoronaSchVO NRW v. 22.3.2020.⁶⁴

Wie bei Abs. 1 sind auch hier weitere Kausalzusammenhänge vorstellbar, etwa Rückgang der Nachfrage oder Rückgang der eigenen Leistungsfähigkeit, ohne dass Mitarbeiter in Quarantäne sind. Beispielsweise könnte eine Tierarztpraxis mit zwei Tierärzten und vier Tierarzthelfern das Praxisteam aufteilen, damit die Quarantäne eines Mitarbeiters nicht zum Betriebsstillstand führt. Wenn dadurch Umsatzrückgänge entstehen, beruhen diese auch auf der COVID-19-Pandemie.

b) Auswirkungen der „Soforthilfe“

Auch Kleinstunternehmen steht das Leistungsverweigerungsrecht nach § 240 § 1 Abs. 2 EGBGB nur solange zu, wie sie pandemiebedingt an der Leistungserbringung gehindert sind. Hier könnten sich die bereits oben angesprochenen Soforthilfen auswirken. In Nordrhein-Westfalen konnten gewerbliche und gemeinnützige Unternehmen, Solo-Selbständige und Angehörige der Freien Berufe, einschließlich Künstlerinnen und Künstlern, mit bis zu 50 Beschäftigten, zwischen dem 27.3. und dem 31.5.2020 für die Dauer von drei Monaten ab Antragstellung grundsätzlich Soforthilfe beantragen. Auch Unternehmen mit landwirtschaftlicher Urproduktion waren grundsätzlich antragsberechtigt. Voraussetzung für die Gewährung von Soforthilfe sind „erhebliche Finanzierungsengpässe und wirtschaftliche Schwierigkeiten in Folge von Corona. Dies wird angenommen, wenn

- mehr als die Hälfte der Aufträge aus der Zeit vor dem 1. März durch die Corona-Krise weggefallen ist (d.h. sich das Volumen des Auftragsbestandes mehr als halbiert hat)

63 BT-Drucks. 19/18110, S. 1.

64 I.d.F. v. 22.3.2020 und i.d.F. v. 30.3.2020. Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 6 CoronaSchVO i.d.F. v. 16.4.2020 war der Betrieb von Baumärkten seit 20.4.2020 wieder zulässig, siehe nunmehr § 11 Abs. 1 CoronaSchVO NRW i.d.F. v. 8.5.2020.

oder

- die Umsätze gegenüber dem Vorjahresmonat mehr als halbiert sind (Wird der Antrag im April 2020 gestellt, ist der Vergleichsmonat April 2019. Kann der Vorjahresmonat nicht herangezogen werden (z.B. bei Gründungen), gilt der Vormonat.[.]])

oder

- die Möglichkeiten den Umsatz zu erzielen durch eine behördliche Auflage im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie massiv eingeschränkt wurden

oder

- die vorhandenen Mittel nicht ausreichen, um die kurzfristigen Verbindlichkeiten des Unternehmens (bspw. Mieten, Kredite für Betriebsräume, Leasingraten) zu zahlen (= Finanzierungsengpass)⁶⁵.

Wer zur Antragstellung berechtigt ist und eine dieser Voraussetzungen erfüllt, erhält einen pauschalen Zuschuss, dessen Höhe sich nach der Beschäftigtenzahl richtet. Sogenannte Solo-Selbständige und Kleinstunternehmer mit bis zu fünf Beschäftigten erhalten pauschal 9.000 Euro, Unternehmer mit bis zu zehn Beschäftigten erhalten 15.000 Euro.⁶⁶ Die Auszahlung der Soforthilfe kann dazu führen, dass Leistungen wieder ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen des Betriebs erbracht werden können. Insoweit entfallen das pandemiebedingte Leistungshindernis und damit auch das Leistungsverweigerungsrecht.

c) Verhältnis zur Unmöglichkeit

Wenn die Corona-Einrede auch für Dienstleistungen gelten soll, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Einrede zur Unmöglichkeit steht. Wenn eine Dienstleistung infolge der Pandemie verboten ist, ist sie rechtlich unmöglich nach § 275 Abs. 1 BGB.⁶⁷ Der Schuldner wird von der Leistung frei, der Gegenleistungsanspruch entfällt nach § 326 Abs. 1 BGB.⁶⁸

65 <https://www.wirtschaft.nrw/nrw-soforthilfe-2020> (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

66 Alle genannten Voraussetzungen sind abrufbar unter <https://www.wirtschaft.nrw/nrw-soforthilfe-2020> (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

67 Zur rechtlichen Unmöglichkeit B. *Dauner-Lieb*, in: NK-BGB, Bd. 2/1, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, § 275 Rn. 31.

68 So wohl auch *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, Coronavertragsrecht (Fn. 29), S. 1105.

Für ein Leistungsverweigerungsrecht besteht kein Raum, wenn die Leistung nicht nachholbar ist. Vorübergehende Unmöglichkeit passt nicht für Dauerschuldverhältnisse und schon gar nicht für Dauerschuldverhältnisse mit Fixschuldcharakter.⁶⁹

Nach § 275 Abs. 3 BGB kann der Schuldner eine persönlich zu erbringende Leistung verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Das könnte etwa der Fall sein, wenn der Schuldner einen an COVID-19 erkrankten Angehörigen pflegt.⁷⁰ Auch die Gefahr einer schwerwiegenden Gesundheitsgefährdung des Dienstverpflichteten kann nach § 275 Abs. 3 BGB zur Leistungsverweigerung berechtigen.⁷¹ Das liegt nahe, wenn der Schuldner zu einer besonders gefährdeten Risikogruppe gehört. Dass bei Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts auch der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 BGB entfällt, ist für den Schuldner unerfreulich, aber Folge des Synallagmas. Man könnte darüber nachdenken, ob Art. 240 EGBGB eine vorrangige Sonderregel sein soll. Dann könnte beispielsweise ein in Bedrängnis geratener Carsharing-Anbieter seine Leistung verweigern, aber dennoch weiter das Grundentgelt der Kunden abbuchen. Damit würde der Schaden im Ergebnis an die Verbraucher durchgereicht. Dafür, dass der Gesetzgeber das erreichen wollte, ist nichts ersichtlich. Infolgedessen besteht in Fällen persönlicher Unmöglichkeit für das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB kein Raum.

69 So auch *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 446; vgl. allgemein *Dauner-Lieb* (Fn. 67), § 275 Rn. 32, 68; zur Anwendung des § 275 BGB in der Krise *Liebscher/Zeyher/Steinbrück*, Leistungsstörungen (Fn. 29), S. 856 ff.; *M.-Ph. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, S. 1017 (1019 f.).

70 *Liebscher/Zeyher/Steinbrück*, Leistungsstörungen (Fn. 29), S. 858; sofern der Kontakt zu der erkrankten Person eine Quarantäne des Pflegenden zur Folge hat, wird ein etwaiger Verdienstaufschlag wieder durch § 56 IfSG kompensiert. Zur Pflege eines nahen Angehörigen als Anwendungsfall des § 275 Abs. 3 BGB s. *B. Scholl*, Die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB, Jura 2006, S. 283 (284 f.).

71 *Dauner-Lieb* (Fn. 67), § 275 Rn. 62; *Scholl*, Unzumutbarkeit (Fn. 70), S. 285; mit Bezug zur Corona-Krise jüngst *Liebscher/Zeyher/Steinbrück*, Leistungsstörungen (Fn. 29), S. 858.

Bezüglich der Anwendung von §§ 275 Abs. 2 und 313 BGB in der Corona-Krise sei auf die Beiträge von *J. Prütting*, S. 47 ff., und *T. Riehm*, S. 11 (21 ff., 37 f.), verwiesen.⁷²

3. Ausschluss bei Unzumutbarkeit für den Gläubiger

Der Ausschlussbestand für das Leistungsverweigerungsrecht des Kleinunternehmens in Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 2 EGBGB ist ebenfalls anders formuliert als für den Verbraucher in Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 1 EGBGB. Unzumutbar soll dem Gläubiger die Einräumung eines Leistungsverweigerungsrechts zugunsten des schuldenden Kleinunternehmers dann sein, wenn die Nichterbringung der Leistung (1) zu einer Gefährdung des angemessenen Lebensunterhalts des Gläubigers oder seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder (2) zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen seines Gewerbebetriebs führte. Der erste Fall des Ausschlussbestands bezieht sich wohl wieder auf die Erbringung von Dienstleistungen, weil dabei häufig Verbraucher auf der Gläubigerseite stehen werden.⁷³ Der angemessene Lebensunterhalt müsste nach denselben Maßstäben wie im Rahmen von Abs. 1 bestimmt werden. Die Hürde der Existenzgefährdung, die der Gläubiger überwinden muss, damit das Leistungsverweigerungsrecht ausgeschlossen ist, ist sehr hoch: So kann man sich durchaus fragen, warum etwa ein kleines Steuerberatungsbüro seine Buchführungsdienstleistungen weiter erbringen, dafür aber erst Monate später bezahlt werden soll.⁷⁴

4. Rechtsfolge: Leistungsverweigerungsrecht bzw. ausnahmsweise Kündigungsrecht

Die Rechtsfolge besteht wie beim Verbrauchervertrag in einem Leistungsverweigerungsrecht für das Kleinunternehmen, von dem gem. Art. 240 § 1 Abs. 5 EGBGB nicht zu dessen Nachteil abgewichen werden kann. Ist das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit ausgeschlossen,

72 Zu § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise ferner *Liebscher/Zeyher/Steinbrück*, Leistungsstörungen (Fn. 29), S. 859; *C. Warmuth*, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise – am Beispiel der Gewerberaummieta, COVuR 2020, S. 16.

73 *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 447.

74 Vgl. *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 768.

hat der Kleinunternehmer ein Recht zur (außerordentlichen) Kündigung (Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 3 EGBGB).⁷⁵

5. Anwendung am Fallbeispiel

Fall 2: G betreibt ein Gesundheitszentrum mit Zirkel-Geräten. Die Räume und Geräte sind gemietet. G beschäftigt fünf Mitarbeiter. Der Jahresumsatz liegt bei 1,8 Mio. EUR. Die Dienstleistung, die G normalerweise erbringt, ist das Bereitstellen des Gesundheitszentrums – Räume, Geräte, Duschen, Kurse. Das war ab Ende März bis zum 11.5.2020 nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 CoronaSchVO NRW v. 22.3.2020⁷⁶ untersagt und damit rechtlich unmöglich. G wird für diesen Zeitraum nach § 275 Abs. 1 BGB gegenüber den Kunden von seiner Leistungspflicht frei. Die Gegenleistungspflicht – der Mitgliedsbeitrag – entfällt nach § 326 Abs. 1 BGB. Da G die Pandemie nicht zu vertreten hat, kommt eine Schadensersatzpflicht gegenüber den Kunden nicht in Betracht. G muss aber seine laufenden Kosten weiter tragen, also die Miete für die Räume des Gesundheitszentrums, Miete für die Geräte, Strom, Gas, Wasser und Pflichtversicherungen, Lohn der Mitarbeiter.

Prüfen wir zunächst die für eine Leistungsverweigerung nach Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB in Betracht kommenden Verträge. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind Strom, Gas, Telekommunikation, Wasserversorgung und Pflichtversicherungen. Fraglich ist, ob der Mietvertrag über die Fitnessgeräte ein wesentliches Dauerschuldverhältnis ist. Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind nur Miet- und Pachtverträge über Räume. Die Geräte sind auch für die Fortsetzung des Betriebs erforderlich – ohne Geräte kein Training. Damit ist der Mietvertrag als wesentliches Dauerschuldverhältnis im Sinne der Vorschrift einzuordnen.

Ferner stellt sich die Frage, ob auch die eigene Dienstleistung des G, also die Bereitstellung des Gesundheitszentrums für die Kunden, eine Leistung aus einem wesentlichen Dauerschuldverhältnis ist. Selbst wenn man den Tatbestand des Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB grundsätzlich auf die eigene Dienstleistung erstreckt, geht das allgemeine Leistungsstörungsrecht vor. Die Leistung des G ist nach § 275 Abs. 1 BGB rechtlich unmöglich, weil sie

⁷⁵ Scholl, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 768.

⁷⁶ Mittlerweile ist der Betrieb von Fitnessstudios unter Einhaltung bestimmter Hygieneregeln wieder zulässig, § 9 Abs. 5 CoronaSchVO NRW v. 8.5.2020.

untersagt ist. Infolgedessen gibt es hier keinen Anwendungsbereich für das Moratorium.

Bezüglich der demnach verbleibenden Dauerschuldverhältnisse, etwa Stromlieferung und Miete der Fitnessgeräte, kann G die Leistung nur verweigern, wenn er sie nicht erbringen kann oder durch die Leistungserbringung die wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs gefährden würde. Ob das der Fall ist, hängt von der wirtschaftlichen Lage des Betriebs ab. Einen Maßstab nennt das Gesetz nicht. Wenn G Soforthilfe beantragt und erhält, entfällt das Leistungshindernis jedenfalls mit Auszahlung der Soforthilfe.

Die Verweigerung der Leistung darf für den Gläubiger nicht unzumutbar sein, Art. 240 § 1 Abs. 3 S. 2 EGBGB. Es dürfen weder der angemessene Lebensunterhalt des Gläubigers noch die wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs gefährdet sein. Die Gläubiger sind wie im ersten Fall mutmaßlich Stadtwerke und große Unternehmen. Auch der Hersteller der Fitnessgeräte dürfte in der Lage sein, das vorübergehende Ausbleiben der Mietzahlungen zu verkraften.

Wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung die eigene Dienstleistung des G einbezöge, wäre auch die Verweigerung dieser Leistung für die Gläubiger nicht unzumutbar. Gläubiger der Dienstleistung sind die Kunden des Gesundheitszentrums. Der angemessene Lebensunterhalt eines Kunden kann aber nicht dadurch gefährdet werden, dass er nicht mehr trainieren darf. Wenn überhaupt, könnte eine Unterhaltsgefährdung nur aus der eigenen Zahlungspflicht des Kunden resultieren. Die entfällt aber wie gesagt ohnehin nach § 326 Abs. 1 BGB.

6. Zwischenfazit

Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB erweitert den in Abs. 1 gewährleisteten Schutz auf Kleinunternehmen und deren Verbindlichkeiten. Beide Vorschriften sollen zusammen dem Schutz von Solo-Selbständigen und kleinen Betrieben dienen. Im Rahmen von Abs. 2 werden nicht nur Verträge der Daseinsvorsorge erfasst, sondern alle Dauerschuldverhältnisse, die für die angemessene Fortführung des Betriebs notwendig sind. Damit dürften Miet- und Leasingverträge über Geräte, Lizenzverträge und diverse weitere Verträge erfasst sein. Unklar ist, inwiefern eigene Dienstleistungen des Unternehmers erfasst sein können. Nach hier verteilter Auffassung dürfte in praktisch allen Fällen die Unmöglichkeit vorrangig sein.

C. Spezielle Vorschriften für Mietverhältnisse (Überblick)

Die Mieterschutzvorschrift in § 2 erfasst Miet- oder Pachtverhältnisse über Grundstücke oder Räume. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen sind Nichtleistung der Miete trotz Fälligkeit und Beruhen der Nichtleistung auf der COVID-19-Pandemie. Dieser Ursachenzusammenhang muss glaubhaft gemacht werden.

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, kann der Vermieter nicht allein auf Grund der ausbleibenden Zahlungen kündigen. Eine Kündigung aus anderen Gründen, z.B. Eigenbedarf, bleibt aber möglich. Auch die Zahlungspflicht des Mieters bleibt entgegen der öffentlichen Wahrnehmung bestehen. Die Zahlungspflicht wird auch nicht gestundet, es können also auch Sekundäransprüche, insbesondere Verzugszinsen, entstehen. Der Vermieter kann u.U. Mietsicherheiten in Anspruch nehmen.⁷⁷ Der Mieter wird nur durch den Ausschluss des Kündigungsrechts geschützt. Zu Einzelheiten sei auf den Beitrag von J. Brinkmann (S. 147 ff.) verwiesen.⁷⁸

D. Regelungen zum Darlehensrecht, Art. 240 § 3 EGBGB

Art. 240 § 3 EGBGB enthält eine Sonderregelung für Verbraucherdarlehensverträge, die das Interesse der Vertragsparteien an einer einverständlichen Fortsetzung des Vertrages berücksichtigen soll.⁷⁹ Durch eine vorübergehende gesetzliche Stundung der Ansprüche des Darlehensgebers auf Rückzahlung sowie Zins- oder Tilgungsleistungen soll dem Verbraucher Luft verschafft werden.⁸⁰ Ein bloßes Leistungsverweigerungsrecht oder eine Kündigungsmöglichkeit, wie in Art. 240 § 1 EGBGB für allgemeine Dauerschuldverhältnisse vorgesehen, hält der Gesetzgeber nicht für interessengerecht.⁸¹

Die gesetzliche Stundung ist bei Darlehensnehmern auf lebhaftes Interesse gestoßen. Nach Angaben des Bundesverbands deutscher Banken hatte

77 Zu den Voraussetzungen B. Flatow, Mieters Anspruch auf Rückgewähr der Kauti-
on, NZM 2020, S. 1 (10 f.); S. Sittner, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020,
S. 1169 (1173).

78 S. auch Markworth/Bangen, Coronakrise (Fn. 16), S. 363 ff.; Scholl, Art. 240 EGBGB
(Fn. 18), S. 768 f.; M. Artz/J. Brinkmann/D. Pielsticker, Wohnraummietrecht in Zei-
ten der Corona-Pandemie, MDR 2020, S. 527 ff.

79 BT-Drucks. 19/18110, S. 37.

80 BT-Drucks. 19/18110, S. 37.

81 BT-Drucks. 19/18110, S. 37.

bis Mitte April 2020 bereits mehr als eine halbe Million Verbraucher eine Stundungsabrede mit ihrer Bank getroffen, vor allem bei Ratenkrediten für Autos, Möbel und Unterhaltungselektronik.⁸² Bei den Sparkassen wurden nach Angaben des Deutschen Sparkassen- und Giroverbands bis Ende Mai Kredite von 172 000 Privatkunden mit einem Gesamtvolumen von 13,9 Mrd. Euro gestundet; bei der Commerzbank waren es 30 000 Kredite im Volumen von gut 3,2 Mrd. Euro.⁸³

Der österreichische Gesetzgeber hat die Regelung in § 2 des 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes weitgehend übernommen, aber auch Kleinstunternehmen einbezogen.⁸⁴

I. Persönlicher, zeitlicher und sachlicher Anwendungsbereich

1. Verbraucherdarlehensverträge

Art. 240 § 3 EGBGB gilt für Verbraucherdarlehensverträge i.S.d. § 491 BGB, also Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge (§ 491 Abs. 2 BGB) und Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge (§ 491 Abs. 3 BGB). Auf Verträge, die in § 491 Abs. 2 S. 2 BGB vom Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB ausgenommen sind, z.B. Darlehen mit einem Nettodarlehensbetrag von weniger als 200 Euro (§ 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB), ist auch die Stundungsregelung nicht anwendbar.⁸⁵ Nicht anwendbar ist die Regelung auf Sachdarlehensverträge, Finanzierungshilfen und Teilzahlungsgeschäfte (§ 506 BGB). Ebenso werden – jedenfalls nach der derzeitigen Regelung – keine gewerblichen Darlehensverträge oder Sparverträge, bei denen der Verbraucher Darlehensgeber ist, erfasst.⁸⁶

82 „Streit um die Zinsen während der Krise“, FAZ v. 20.4.2020, S. 15.

83 „Bankkunden berichten von Problemen bei Kreditstundungen“, dpa-Meldung vom 5.6.2020, abrufbar z.B. unter <https://sz.de/dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200605-99-319238> (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

84 Österr. BGBl. I Nr. 24/2020 v. 4.4.2020.

85 T. Lübbmann, Das Moratorium im Darlehensrecht anlässlich der Covid-19-Pandemie, NJW 2020, S. 1321 (1322).

86 BT-Drucks. 19/18110, S. 37; E. Meier/M. Kirschhöfer, Auswirkungen der Corona-Gesetzgebung auf laufende Darlehensverträge, BB 2020, S. 967.

2. Stichtagsregelung

Der Verbraucherdarlehensvertrag muss vor dem 15.3.2020 abgeschlossen worden sein. Es soll verhindert werden, dass Verträge, die der Darlehensnehmer geschlossen hat, um in der Krise solvent zu bleiben, gestundet sind.⁸⁷ Hat der Verbraucher den Darlehensvertrag geschlossen, als die Folgen der Pandemie bereits erkennbar waren, wird das Interesse der Bank an einer vertragsgemäßen Erfüllung höher gewichtet. Auf die Auszahlung der Darlehensvaluta kommt es für den Stichtag nicht an.⁸⁸ Die Wahl eines von der Regelung in Art. 240 § 1 EGBGB abweichenden Zeitpunkts begründet der Gesetzgeber damit, dass Darlehensverträge „oft langfristig vorbereitet werden und bei Immobiliarkrediten auch eine Verpflichtung zum Erwerb des finanzierten Objekts oft schon eingegangen wurde“.⁸⁹

3. Sonderproblem: Anwendbarkeit auf Überziehungskredite

Vom Wortlaut werden auch eingeräumte und geduldete Überziehungen des Girokontos eines Verbrauchers (§§ 504, 505 BGB) erfasst. Denn auch diese sind Verbraucherdarlehensverträge.⁹⁰ Bei der erstgenannten Form des Überziehungskredits (§ 504 BGB) gibt es einen vereinbarten oder zuge-sagten Kreditrahmen, den der Kunde ausschöpfen kann. Bei der zweitge-nannten Form (§ 505 BGB) ist ein solcher erschöpft oder gar nicht vorhan-den, die Bank gewährt dem Kunden aber ohne rechtliche Verpflichtung i.d.R. zu einem höheren Zinssatz weiteren Kredit.

Ob Art. 240 § 3 EGBGB auch auf Überziehungskredite anwendbar ist, wird derzeit kontrovers diskutiert. Das AG Frankfurt a.M. hat dies in der ersten bekannten Entscheidung eines Zivilgerichts⁹¹ zu Art. 240 EGBGB bejaht.⁹² *Köndgen* möchte bei eingeräumten Überziehungen (§ 504 BGB)

87 BT-Drucks. 19/18110, S. 38.

88 *J. Köndgen*, Verbraucher kreditrecht in der Pandemie – zur Exegese des neuen Art. 240 § 3 EGBGB, BKR 2020, S. 209 (211).

89 BT-Drucks. 19/18110, S. 38.

90 BGHZ 222, 240 Rn. 54 = NJW 2019, S. 3771.

91 Das BVerfG hatte eine Verfassungsbeschwerde gegen Art. 240 § 2 EGBGB bereits am 1.4.2020 nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG COVuR 2020, S. 87).

92 AG Frankfurt a.M. ZIP 2020, S. 869 (für geduldete Überziehungen); zust. *Meier/Kirschhöfer*, Darlehensverträge (Fn. 86), S. 967; *C. Herresthal*, Die vertragsrechtlichen Regelungen zum Verbraucherdarlehensrecht aus Anlass der COVID-19-Pandemie in Art. 240 § 3 EGBGB, ZIP 2020, S. 989 (990); abl. *T. Lühmann*, Anmerkung zum Beschl. des AG Frankfurt/M. v. 8.4.2020, EWIR 2020, S. 261. Für die

ausnahmsweise für die Anwendbarkeit des Art. 240 § 3 EGBGB nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den Auszahlungszeitpunkt abstellen; für die geduldete Überziehung (§ 505 BGB) ist seiner Ansicht nach keine Modifikation erforderlich.⁹³ Die Deutsche Kreditwirtschaft hat vorgeschlagen, Kontokorrentkredite von der Regelung auszunehmen.⁹⁴

Nach dem Sinn und Zweck des Art. 240 § 3 EGBGB ist die Anwendung auf derartige Kreditformen aus mehreren Gründen zweifelhaft. Bei Überziehungskrediten besteht eine Kreditrückführungsabrede, nach der der Rückzahlungsanspruch der Bank unmittelbar mit eingehenden Gutschriften verrechnet wird.⁹⁵ Dies wäre nicht möglich, wenn der Rückzahlungsanspruch nach Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB gesetzlich gestundet wäre. Zudem gibt es bei Überziehungskrediten für die Rückzahlung/Tilgung keine festgelegten Zahlungstermine, die um drei Monate verschoben werden könnten.⁹⁶ Es gibt keine Laufzeit, die um drei Monate verlängert werden könnte. Bei der eingeräumten Überziehung hat der Kunde gerade die Möglichkeit, den Kreditrahmen auszuschöpfen, ohne feste Rückzahlungsraten bzw. Mindestrückzahlungsbeträge leisten zu müssen.⁹⁷ Auch bei der geduldeten Überziehung hängt die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs von einer Kündigung der Bank ab.⁹⁸ Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB ist daher teleologisch so zu reduzieren, dass Überziehungskredite nicht der gesetzlichen Stundung unterliegen.

Mit dem Wesen des Überziehungskredits vereinbar wäre allerdings grundsätzlich die Rechtsfolge des Art. 240 § 3 Abs. 3 EGBGB, nämlich der Ausschluss des Kündigungsrechts wegen wesentlicher Verschlechterung

-
- Anwendbarkeit auf Überziehungskredite auch *K.-O. Knops*, in: H. Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, München 2020, § 2 Rn. 9.
- 93 *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 33; *Köndgen*, Verbraucherkreditrecht (Fn. 88), S. 211.
- 94 Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme zu Änderungsvorschlägen zum CorInsAG vom 27.3.2020, S. 3, abrufbar unter https://bankenverband.de/media/files/DK-SnE_Aenderungsvorschl%C3%A4ge_CorInsAG_eF.pdf (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).
- 95 Dazu *R. Pamp* in H. Schimansky/H.-J. Bunte/H.-J. Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., München 2017, § 75 Rn. 17 m.w.N.
- 96 Anders beim Kontokorrentatenkredit, dazu *J. Schürnbrand/C. A. Weber*, in: MüKoBGB, 8. Aufl., München 2019, § 491 Rn. 60, der nicht unter § 504 BGB fällt (*Schürnbrand/Weber* aaO, § 504 Rn. 10). Auf diesen ist Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB anwendbar.
- 97 *C. Möller*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 2019, § 504 Rn. 6.
- 98 *C. Feldhusen*, Die geduldete Überziehung als Verbraucherdarlehensvertrag: Zustandekommen und Rechtsfolgen, ZBB 2017, S. 41 (45).

der Vermögensverhältnisse (§ 490 BGB). Jedoch kann die Bank sowohl Kreditzusagen als auch gewährte Überziehungen (§§ 504, 505 BGB) gem. Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken auch ohne Kündigungsgrund jederzeit kündigen – beschränkt allerdings durch die Rücksichtnahmepflicht nach Nr. 19 Abs. 2 S. 2 AGB-Banken.⁹⁹ Eine derartige Kündigung wird von Art. 240 § 3 Abs. 3 EGBGB nicht ausgeschlossen (s.u. D.IV.5). Denkbar wäre allenfalls, dass der nach Kündigung des Kredits entstehende Rückzahlungsanspruch der Bank der gesetzlichen Stundung nach Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB unterliegt (s.u. D.IV.5). Dagegen spricht aber, wie oben dargelegt, dass – jedenfalls wenn nicht die ganze Kontobeziehung gekündigt wird – dieser Rückzahlungsanspruch auf einem Girokonto automatisch mit Zahlungseingängen verrechnet wird. Insofern ist Art. 240 § 3 EGBGB insgesamt weder auf eingeräumte noch auf geduldete Überziehungen anwendbar.¹⁰⁰

4. Erweiterung des Anwendungsbereichs

Die Bundesregierung kann den persönlichen Anwendungsbereich gem. Abs. 8 der Regelung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates und ohne Zustimmung des Bundesrats ändern und insbesondere auf Kleinstunternehmen im oben (B.II) genannten Sinne erweitern.¹⁰¹ Bestrebungen in diese Richtung wurden bislang nicht bekannt. Existenzgründungsdarlehen sind wegen der Regelung des § 513 BGB bereits jetzt vom Anwendungsbereich erfasst.¹⁰²

99 H.-J. Bunte, in: H.-J. Bunte/K. Zahrte, AGB Banken Kommentar, 5. Aufl., München 2019, AGB Banken Rn. 401 f.; N. Horn, in: Heymann, HGB, 2. Aufl., Berlin 2005, Anh. § 372 Rn. II/168; vgl. BGH NJW 2013, S. 3163 Rn. 33.

100 So auch Lühmann, Anmerkung (Fn. 92), S. 262. Wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – eine Verzinsung während der Stundungsphase ablehnt (dazu unten IV.2), muss man Überziehungskredite erst recht von dem Anwendungsbereich des Art. 240 § 3 EGBGB ausnehmen. Es widerspräche dem Zweck eines Dispositionskredits, dass der Kunde den Kreditrahmen vollständig ausschöpft, um zinsfrei einen Kredit zu erhalten. Überziehungskredite sind die teuersten Kredite überhaupt und sollten nur in Anspruch genommen werden, wenn kurzfristig und vorübergehend Liquidität fehlt.

101 Zu verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Herresthal, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 1000 f.

102 Köndgen (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 34; a.A. Lühmann, Moratorium (Fn. 85), S. 1322.

II. Anforderungen an das pandemiebedingte Leistungshindernis

Gem. Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB muss der Verbraucher aufgrund der durch die Ausbreitung der COVID-19-Pandemie hervorgerufenen außergewöhnlichen Verhältnisse Einnahmeausfälle haben, die dazu führen, dass ihm die Erbringung der geschuldeten Leistung nicht zumutbar ist. Dies soll „insbesondere“ dann der Fall sein, wenn sein angemessener Lebensunterhalt oder der angemessene Lebensunterhalt seiner Unterhaltsberechtigten gefährdet ist. Während die Gefährdung des Lebensunterhalts nach dem Wortlaut des Gesetzes Regelbeispiel ist, wird sie in der Gesetzesbegründung als notwendige Voraussetzung dargestellt.¹⁰³ Jedenfalls sind keine Fälle ersichtlich, in denen dem Schuldner die Leistung unzumutbar ist, obwohl sein Lebensunterhalt oder der seiner Angehörigen nicht gefährdet ist.¹⁰⁴

Die Voraussetzungen für das pandemiebedingte Leistungshindernis hat der Gesetzgeber anders formuliert als für allgemeine Dauerschuldverhältnisse in Art. 240 § 1 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Letzterer stellt einerseits auf die Möglichkeit der Leistung statt auf deren Unzumutbarkeit ab, andererseits spricht Art. 240 § 1 Abs. 1 S. 1 EGBGB von „Umständen“ statt von „außergewöhnlichen Verhältnissen“, die zu Einnahmeausfällen führen. Es ist aber eher davon auszugehen, dass die unterschiedlichen Formulierungen der fehlenden Koordination der Normen in der Kürze der Zeit geschuldet sind, als dass sie zu einer unterschiedlichen Auslegung führen sollen.¹⁰⁵

Einnahmeausfälle können z.B. aus dem Wegfall von Aufträgen bei Selbständigen, dem Verlust des Arbeitsplatzes oder Kurzarbeit bei Arbeitnehmern, dem pandemiebedingten Ausbleiben von Unterhaltszahlungen oder von Mieteinnahmen resultieren, sofern sie nicht durch Entschädigungen oder Lohnersatzleistungen kompensiert werden.¹⁰⁶ Die Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Leistungserbringung ist eng auszulegen; der Schuldner muss seine liquiden Mittel einsetzen, bevor es zu einer Stundung kommt.¹⁰⁷ Ob man aus dem Abstellen des Gesetzgebers auf „Einnahmeausfälle“ generell folgern kann, dass der Schuldner nicht verpflichtet ist, zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten die Substanz seines Vermö-

103 BT-Drucks. 19/18110, S. 38.

104 Vgl. *Meier/Kirschhöfer*, Darlehensverträge (Fn. 86), S. 967.

105 *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 770.

106 *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 149 f.

107 *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, Coronavertragsrecht (Fn. 29), S. 1107; *Lühmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1322; *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 770.

gens anzugreifen,¹⁰⁸ darf bezweifelt werden. Zwar heißt es auch in der Entwurfsbegründung, der Darlehensnehmer sei nicht verpflichtet, „andere Vermögensgegenstände zu aktivieren und das Darlehen aus diesen Mitteln“ zurückzuführen.¹⁰⁹ Gerade wer leicht handelbare Vermögenswerte, z.B. Aktien oder Edelmetalle wie Gold, hält, dem wird es aber wohl kaum unzumutbar sein, diese zu verkaufen, um seine vertraglichen Verpflichtungen weiter erfüllen zu können.¹¹⁰

Demnach stellen sich bei der Frage, was dem Darlehensnehmer zumutbar ist und was zum angemessenen Lebensunterhalt gehört, ähnliche Probleme wie im Rahmen von Art. 240 § 1 EGBGB (s.o. B.I.2.a). Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, diese unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren.¹¹¹ In der Entwurfsbegründung wird schlicht darauf hingewiesen, dass die Schwelle der Einnahmeverminderung immer vom konkreten Einzelfall abhängig sein soll.¹¹² Wie im Rahmen des § 1 bietet sich auch hier eine Orientierung an den zu § 1360 a BGB entwickelten Maßstäben an (s.o. B.I.2.a).¹¹³ Jedenfalls sollte der Begriff „angemessener Unterhalt“ in Art. 240 EGBGB nach einheitlichen Maßstäben ausgelegt werden. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ihm die Leistung pandemiebedingt unzumutbar ist, trägt der Darlehensnehmer.¹¹⁴ Er geht also ein nicht unerhebliches Risiko ein, wenn er die Zahlungen ohne Rücksprache mit der Bank einfach einstellt.

Wie im Rahmen des § 1 (s.o. B.I.2.a) stellt sich auch im Rahmen des § 3 die Frage, wie die Rechtslage ist, wenn das Einkommen des Verbrauchers aufgrund der pandemiebedingten Ausfälle nur dafür ausreicht, z.B. einen von zwei aufgenommenen Krediten weiter zu bedienen. Das Modell der gesetzlichen Stundung ohne Erklärung des Verbrauchers lässt hier völlig unklar, welcher dieser Kredite von der Stundung betroffen ist. Nicht klar ist auch das Verhältnis zwischen § 1 und § 3. Wie ist die Rechtslage, wenn der Verbraucher vor der Frage steht, entweder das Darlehen zu bedienen oder die Strom- und Gasrechnung zu bezahlen? Die Ausgestaltung von § 3

108 So *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 38; *Köndgen*, Verbraucherkreditrecht (Fn. 88), S. 212.

109 BT-Drucks. 19/18110, S. 38 f.

110 *Herresthal*, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 990.

111 Krit. auch *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 41.

112 BT-Drucks. 19/18110, S. 38.

113 Vgl. auch *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 EGBGB § 3 Rn. 41; für eine Heranziehung des § 850 f Abs. 1 lit. a ZPO dagegen *Lühmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1322.

114 BT-Drucks. 19/18110, S. 38; A. *Samhat*, Bestandsaufnahme zur Auswirkung der Corona-Gesetzgebung auf Kreditsicherheiten, WM 2020, S. 865 (866); *Knops* (Fn. 92), § 2 Rn. 34.

als gesetzliche Stundung und von § 1 „nur“ als Leistungsverweigerungsrecht könnte dafür sprechen, dass zunächst kraft Gesetzes die Verbindlichkeiten aus dem Darlehen gestundet sind und die Verbindlichkeiten aus den „wesentlichen Dauerschuldverhältnissen“ weiter zu erfüllen sind, solange die liquiden Mittel dafür ausreichen.¹¹⁵ Das hieße dann, dass in den allgemeinen Lebensunterhalt i.S.d. Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 2 EGBGB auch die Kosten für die Erfüllung „wesentlicher Dauerschuldverhältnisse“ einzubeziehen wären, während dies im Rahmen von Art. 240 § 1 Abs. 1 S. 1 EGBGB nicht der Fall wäre. Damit käme man zu einer unterschiedlichen Auslegung des angemessenen Lebensunterhalts in §§ 1 und 3 der Vorschrift. Ob der Gesetzgeber das erreichen wollte oder die Frage schlicht übersehen hat, ist nicht ohne Spekulation zu beantworten.

Über die Voraussetzungen der gesetzlichen Stundung ist im Zeitpunkt der Fälligkeit der jeweiligen Rate zu entscheiden. So kann der Darlehensnehmer u.U. im April 2020 noch über so viele liquide Mittel verfügen, dass ihm trotz Einnahmeausfällen die Zahlung der Darlehensrate zumutbar ist. Umgekehrt können die zunächst gegebenen Voraussetzungen der gesetzlichen Stundung später wegfallen, etwa weil das Geschäft des Darlehensnehmers aufgrund der Lockerung der Maßnahmen wieder anläuft. Die Formulierung des Gesetzes erweckt allerdings teilweise einen anderen Anschein. So könnte man aus der in Art. 240 § 3 Abs. 5 EGBGB angeordneten fixen Verlängerung der Vertragslaufzeit um drei Monate (s.u. D.IV.3) den Schluss ziehen, dass der Zeitraum zwischen April und Juni einheitlich zu betrachten sei. Im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm, der es etwa verlangt, auch denjenigen Darlehensnehmer zu schützen, der erst später von der Krise betroffen wird, ist diese Sicht aber abzulehnen. Vielmehr muss das Gleiche gelten wie im Rahmen von Art. 240 § 1 EGBGB (s.o. B.I.4). In der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift findet sich der ausdrückliche Hinweis, dass der Schuldner nur solange geschützt ist, wie er wegen der Pandemie an seiner Leistungserbringung gehindert ist.¹¹⁶

115 Anders offenbar *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 154, wonach sich der Verbraucher im Rahmen von Art. 240 § 3 EGBGB auf weitere Leistungsverweigerungsrechte wie Art. 240 § 1 EGBGB berufen muss.

116 BT-Drucks. 19/18110, S. 34.

III. Ausnahmetatbestand: Unzumutbarkeit für den Darlehensgeber

Wie Art. 240 § 1 Abs. 3 EGBGB enthält auch Art. 240 § 3 Abs. 6 EGBGB einen Ausnahmetatbestand. Dieser ermöglicht jedoch anders als sein Pendant in § 1 eine umfassende Abwägung mit den Interessen des Darlehensgebers: Ist dem Darlehensgeber die Stundung oder der Ausschluss der Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls einschließlich der durch die Pandemie verursachten Veränderungen der allgemeinen Lebensumstände unzumutbar, sollen die Absätze 1–5 nicht gelten. Fast nie dürfte die dreimonatige Stundung eines einzelnen Verbraucherdarlehens für eine Bank derart schwerwiegende Auswirkungen haben.¹¹⁷ Eher zur Unzumutbarkeit könnte der in der Gesetzesbegründung genannte Fall führen, dass der Darlehensnehmer sich vor oder während der Pandemie pflichtwidrig verhalten hat, indem er z.B. betrügerische Angaben gemacht oder Sicherheiten vertragswidrig veräußert hat.¹¹⁸ Teilweise wird die Regelung für verfehlt gehalten, weil in diesen Fällen eine Kündigung nach § 314 BGB möglich sei.¹¹⁹ Jedoch ist auch der Wille der Bank, den Vertrag in einem solchen Fall zwar nicht außerordentlich zu kündigen, dem Kunden aber auch keinen Zahlungsaufschub zu gewähren, zu akzeptieren. Zu weitgehend erscheint, dass in diesen Fällen nicht nur die harten Rechtsfolgen (dazu sogleich) der Absätze 1, 3 und 5 ausgeschlossen sein sollen, sondern auch die weichen der Absätze 2 und 4.¹²⁰

IV. Rechtsfolgen

1. Gesetzliche Stundung und Verlängerung der Laufzeit, Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB

Anders als bei Art. 240 § 1 EGBGB besteht die Rechtsfolge nicht in einem Leistungsverweigerungsrecht, auf das sich der Darlehensnehmer berufen muss, sondern in einer kraft Gesetzes eintretenden Stundung der nach der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem 1.4. und dem 30.6.2020 fällig werdenden Ansprüche des Darlehensgebers um drei Monate ab dem jewei-

117 S.o. B.I.3 zu Art. 240 § 1 Abs. 3 EGBGB; *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 770.

118 BT-Drucks. 19/18110, S. 40.

119 *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 61; *Lübmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1326.

120 *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 770.

ligen Fälligkeitszeitpunkt. Dabei unterscheidet der Gesetzgeber – anders als im Rahmen von § 488 Abs. 1 S. 2 BGB – zwischen dem Rückzahlungsanspruch beim endfälligen Darlehen und Tilgungsleistungen beim Ratenkredit; Zinsleistungen sind bei beiden Darlehensformen zu erbringen.¹²¹ Sonstige Ansprüche des Darlehensgebers sind von der Stundungswirkung nicht betroffen. Das gilt insbesondere für die Vorfälligkeitsentschädigung (§§ 490 Abs. 2 S. 3, 502 BGB), die als Schadensersatz zu qualifizierende¹²² Nichtabnahmeentschädigung und Ansprüche aus einem Rückgewährschuldverhältnis etwa nach einem Widerruf.¹²³

Anders als im Rahmen von Art. 240 § 1 EGBGB werden bei einem Ratenkredit die aufgelaufenen Zins- und Tilgungsleistungen also nicht nach Ablauf des Moratoriums auf einmal fällig. Die Ansprüche bleiben aber erfüllbar (Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 3 EGBGB), so dass die erbrachte Leistung nicht kondiziert werden,¹²⁴ der Darlehensnehmer sich also nicht nach der Zahlung umentscheiden kann. Das gilt auch für den Fall, dass der Darlehensnehmer in Unkenntnis der neuen Rechtslage weiter gezahlt hat.¹²⁵ Hat der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber ein SEPA-Lastschriftmandat zur Einziehung der Raten erteilt und zieht die Bank die Rate weiter ein, führt auch dies zur Erfüllung (näher unten 4).¹²⁶ Der Darlehensnehmer ist an seine Entscheidung, zunächst seine Verpflichtungen weiter zu erfüllen, hinsichtlich zukünftiger Raten nicht gebunden; nur „soweit“ er vertragsgemäß weiter leistet, gilt die Stundung gem. Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 4 EGBGB im Rahmen einer Rechtsfiktion als nicht erfolgt. Über den Wortlaut der Norm hinaus entfällt die Stundungswirkung nicht nur bei vertragsgemäßer, sondern auch bei verspäteter Leistung.¹²⁷

Warum der Gesetzgeber beim Darlehensvertrag das Modell einer gesetzlichen Stundung gewählt hat und nicht ein Leistungsverweigerungsrecht wie in Art. 240 § 1 EGBGB, erschließt sich nicht ohne weiteres. Das Modell der gesetzlichen Stundung weist mehrere Nachteile auf: Nach dem Gesetz genügt es, wenn der Verbraucher einfach die Zahlungen einstellt, ohne

121 Ausf. Köndgen (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 45 ff.

122 BGH NJW-RR 1990, S. 432; NJW 1991, S. 1817 (1818); K.P. Berger, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl., München 2019, § 488 Rn. 69.

123 Lübm ann, Moratorium (Fn. 85), S. 1322; a.A. Knops (Fn. 92), § 2 Rn. 13.

124 Köndgen (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 44. Dies gilt i.Ü. auch für die oben skizzierten Leistungsverweigerungsrechte nach Art. 240 § 1 EGBGB. § 813 Abs. 1 BGB erfasst nur dauerhafte Einreden und damit nicht die Corona-Einrede.

125 Köndgen (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 44.

126 Schmidt-Kessel/Möllnitz, Coronavertragsrecht (Fn. 29), S. 1107; Möllnitz/Schmidt-Kessel (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 160.

127 Lübm ann, Moratorium (Fn. 85), S. 1323.

sich auf Art. 240 § 3 EGBGB zu berufen. Die Gesetzesbegründung geht zwar davon aus, dass Verbraucher der Bank in der Regel eine entsprechende Mitteilung machen werden,¹²⁸ doch eine Pflicht dazu besteht nicht.¹²⁹ So ist für die Bank noch weniger überprüfbar als für den Gläubiger im Rahmen des Leistungsverweigerungsrechts nach Art. 240 § 1 EGBGB, ob die Voraussetzungen der Stundung überhaupt gegeben sind. Ein weiteres Problem besteht darin, dass nach der gesetzlichen Lösung unklar ist, welches Darlehen von der Stundung erfasst sein soll, wenn das pandemiebedingt reduzierte Einkommen des Darlehensnehmers nur zur Bedienung eines von mehreren Darlehen ausreicht (s.o. D.II). Dieses Problem bestünde nicht, wenn der Darlehensnehmer eine Einrede erheben müsste. Vorzugswürdig wäre daher die Konstruktion als Leistungsverweigerungsrecht.¹³⁰

Fraglich ist die Rechtslage, wenn der Darlehensnehmer die Darlehensrate pandemiebedingt nur teilweise erbringt. So ist denkbar, dass er statt der geschuldeten Rate von 2000 EUR nur 1000 EUR zahlt. Nach Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB wird dann nur der nicht gezahlte Teil der Rate gestundet. Schwierig sind die Folgen für weitere Raten und die Verlängerung der Vertragslaufzeit (s.u. 3).

2. Pflicht zur Verzinsung während der Stundungsphase?

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich nicht, ob die Darlehensvaluta während der Stundungsphase mit dem vereinbarten Zinssatz zu verzinsen ist oder nicht. Diese Frage ist derzeit zwischen den Verbraucherzentralen und dem Bundesverband deutscher Banken hoch umstritten.¹³¹ Der Bankenverband hat vorgerechnet, dass eine zinslose Stundung, von der nur 10 % der Berechtigten Gebrauch machten, zu einem Ausfall von 1,2 Mrd. Euro für die deutsche Kreditwirtschaft führte.¹³² Von Seiten der Verbraucherzentralen werden diese Zahlen angezweifelt, weil die Zinsen nicht ausfielen, sondern lediglich später gezahlt würden und vielen Banken im gegenwärtigen Zinsumfeld kein Schaden entstehe.

128 BT-Drucks. 19/18110, S. 38.

129 *Knops* (Fn. 92), § 2 Rn. 19; anders *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 43 und *ders.*, *Verbraucherkreditrecht* (Fn. 88), S. 212 f., der eine Anzeigepflicht annimmt.

130 Ähnl. Die Deutsche Kreditwirtschaft, *Stellungnahme* (Fn. 94), S. 3.

131 „Streit über Zinsen für Kreditstundungen“, *Handelsblatt* v. 28.4.2020, S. 34 f.

132 „Streit um die Zinsen während der Krise“, *FAZ* v. 20.4.2020, S. 15.

Allein der Begriff der Stundung hilft zur Lösung des Problems nicht weiter, weil es beide Formen der Stundung gibt.¹³³ Auch die Gesetzesbegründung verhält sich dazu nicht explizit. Hier heißt es, dass zu Lasten des Verbrauchers weder Verzugszinsen noch Entgelte entstehen sollen.¹³⁴ Dass keine Verzugszinsen entstehen können, ergibt sich schon daraus, dass es während der Stundungsphase an der Fälligkeit der Forderung und damit an einer Grundvoraussetzung des § 286 Abs. 1 S. 1 BGB fehlt. Mit dem Begriff des Entgelts dürfte nicht der Zins, sondern ein Nebenentgelt gemeint sein. An anderer Stelle, nämlich in der Begründung zu Art. 240 § 3 Abs. 5 EGBGB, sprechen die Ausführungen im Gesamtzusammenhang eher gegen eine Verzinsung während der Stundungsphase. Dort heißt es: „Auch die Fälligkeit der einzelnen Zins- und Tilgungsleistungen wird insgesamt um drei Monate verschoben. Damit bleibt das ursprüngliche Vertragsgefüge erhalten, nur die Leistungstermine sind jeweils um drei Monate versetzt.“¹³⁵ Offenbar soll der Darlehensnehmer genau die Zahlungen leisten müssen, die vertraglich vorgesehen waren, nur drei Monate später.¹³⁶ In diese Richtung hat sich Presseberichten zufolge auch das Bundesjustizministerium geäußert.¹³⁷ Gegen eine Verzinsungspflicht könnte auch sprechen, dass der Gesetzgeber die Konstruktion der gesetzlichen Stundung gewählt hat – möglicherweise weil er die Stundung als so verbraucherfreundlich ansah, dass die Geltendmachung einer Einrede nicht erforderlich sein sollte. Bei einer verzinlichen Stundung, die für den Verbraucher mit Nachteilen verbunden ist, sollte man dagegen eher eine aktive Entscheidung erwarten.

Ob das Vertragsgefüge durch eine unentgeltliche Stundung tatsächlich aufrechterhalten werden kann, erscheint allerdings fraglich: Verdeutlichen lässt sich das an dem Beispiel eines vor der Krise gewährten Darlehens mit dreimonatiger Laufzeit. Verlängerte sich die Laufzeit um drei Monate

133 Vgl. allg. K. Schmidt, in: MüKoHGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2018, § 353 Rn. 13; s. auch zu Stundungszinsen im Steuerrecht § 234 AO. Zur Unbestimmtheit des Begriffs der Stundung auch *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 35.

134 BT-Drucks. 19/18110, S. 40.

135 BT-Drucks. 19/18110, S. 40.

136 A.A. Herresthal, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 994, wonach aus der Betonung der Aufrechterhaltung des Vertragsgefüges im Gegenteil die Verzinsungspflicht zu folgern ist.

137 „Bankkunden berichten von Problemen bei Kreditstundungen“ (Fn. 83). Die Meldung zitiert das BMJV mit folgender Aussage: „Die gesetzliche Stundung führt dazu, dass die Fälligkeit der vertraglich vereinbarten Zinsen um jeweils drei Monate verschoben wird und diese dann entsprechend später zu zahlen sind.“

(nach einer Verlängerung des Gesetzes möglicherweise um sechs Monate), ohne dass die Valuta weiter verzinst würde, würde die Kalkulation der Bank völlig durcheinandergeworfen. Die Bank hat ein durch ihre berufliche Vertragsfreiheit (Art. 12 GG) und ihr Eigentum (Art. 14 GG) bzw. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschütztes Interesse daran, dass nicht nachträglich in entstandene Ansprüche eingegriffen und das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu ihren Lasten verändert wird.¹³⁸ Angesichts der Schwere dieses Eingriffs in die Rechte der Bank wäre es erforderlich gewesen, das Entfallen der Verzinsung während der Stundungsphase ausdrücklich zu normieren.¹³⁹ Dass Ansprüche nach Art. 240 § 1 EGBGB während des Moratoriums nicht zu verzinsen sind, spricht nicht dagegen, denn die dort genannten Forderungen sehen anders als Darlehen keine vertragliche Verzinsung vor. Bei verzinslichen Forderungen (insbes. aus Darlehen) ist hingegen im Zweifel davon auszugehen, dass die Stundung die Zinspflicht nicht entfallen lässt.¹⁴⁰ Der Zins ist hier gerade die Gegenleistung für das eingeräumte Kapitalnutzungsrecht und daher von der Laufzeit des Darlehens abhängig. Insofern erscheint es interessengerecht, einerseits dem Darlehensnehmer in seiner kurzfristigen Notlage zu helfen, der Bank aber, die dafür keine Verantwortung trifft, andererseits für die Verlängerung der Kapitalnutzungsdauer auch eine angemessene, nämlich die vertraglich vereinbarte Gegenleistung zuzusprechen.¹⁴¹

Letztlich sprechen sowohl Argumente für als auch gegen eine Verzinsung während der Stundungsphase. Nur der Gesetzgeber oder, wenn dieser untätig bleibt, die Rechtsprechung kann hier Klarheit schaffen. Will man angesichts der Unklarheit der Rechtslage den Eingriff in den Vertrag möglichst gering halten, sollte eine Verzinsung der Valuta während der Stundung bejaht werden.¹⁴²

138 Für Verfassungswidrigkeit einer zinslosen Verlängerung des Darlehens *Herresthal*, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 996 ff.

139 *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 771; ähnl. Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme (Fn. 94), S. 2; *Meier/Kirschhöfer*, Darlehensverträge (Fn. 86), S. 969; *Herresthal*, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 993 ff.

140 Für eine vertragliche Stundung erklärt sich dies laut *K. Schmidt* (Fn. 133), § 353 Rn. 13 von selbst.

141 *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 771.

142 So auch die Einschätzung des kommissarischen Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Bundestages *H. Hirte* im Gespräch mit der FAZ, s. „Streit um die Zinsen während der Krise“, FAZ v. 20.4.2020, S. 15; *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 771; *Herresthal*, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 991 ff.; *Lühmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1324; *Meier/Kirschhöfer*, Darlehensverträge (Fn. 86),

3. Vertragliche Vereinbarungen und Verlängerung der Laufzeit, Art. 240 § 3 Abs. 2, 4, 5 EGBGB

Die Rechtsfolge der gesetzlichen Stundung ist anders als die Regelungen für allgemeine Dauerschuldverhältnisse sowie für Mietverträge nicht zwingend. Art. 240 § 3 Abs. 2 EGBGB ermöglicht ausdrücklich abweichende Vereinbarungen etwa in Gestalt von Zins- und Tilgungsanpassungen, Teilleistungen oder einer Umschuldung.¹⁴³ Bei Abschluss eines Änderungsvertrages sind die Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 491 ff. BGB (neben den vorvertraglichen Informationspflichten nach § 491 a BGB insbesondere das Widerrufsrecht nach § 495 BGB und bei einer deutlichen Erhöhung des Nettodarlehensbetrags eine erneute Kreditwürdigkeitsprüfung gem. § 505 a Abs. 2 u. 3 BGB) und bei Abschluss im Fernabsatz darüber hinaus die §§ 312 c ff. BGB zu beachten.¹⁴⁴

Um eine einvernehmliche Lösung zu finden, soll der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer nach Art. 240 § 3 Abs. 4 EGBGB ein Gespräch anbieten. Damit greift der Gesetzgeber den Gedanken der Neuverhandlungspflicht auf, der in § 313 BGB steckt.¹⁴⁵ In dem Gespräch soll die Bank laut der Entwurfsbegründung auf eigene Hilfs- oder Überbrückungsleistungen hinweisen. Zum Hinweis auf sämtliche Hilfsangebote Dritter soll die Bank nicht verpflichtet sein, anders dagegen, wenn sie ihr positiv bekannt sind, wie etwa die Förderkredite der Kreditanstalt für Wiederaufbau.¹⁴⁶ Im Hinblick auf das Gesprächsangebot der Bank hat der Gesetzgeber in Art. 240 § 3 Abs. 4 EGBGB die für das Zivilrecht ungewöhnliche Konstruktion einer „Soll“-Vorschrift gewählt. Eine ähnliche Vorschrift, nach der der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer ein Gespräch anbieten soll, enthält

S. 969; *Rüfner*, Corona-Moratorium (Fn. 14), S. 448; a.A. *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 31; *Köndgen*, Verbraucherkreditrecht (Fn. 88), S. 210; *Knops* (Fn. 92), § 2 Rn. 21; C. *Wolff/R. Eckert/C. Denz/L. Gerking/A. Holze/S. Künnen/N. Kurth*, Die zivilrechtlichen Auswirkungen des Covid-19-Gesetzes – ein erster Überblick, JA 2020, S. 401 (406).

143 BT-Drucks. 19/18110, S. 39.

144 *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 58; *Köndgen*, Verbraucherkreditrecht (Fn. 88), S. 215; *Lühmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1325; kritisch Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme (Fn. 94), S. 3 f.

145 N. *Horn*, Neues von der Neuverhandlungspflicht, in: Jusletter 11.5.2020; *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 172; s. auch BGHZ 191, 139 = NJW 2012, S. 373; N. *Horn*, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), S. 255 ff.

146 BT-Drucks. 19/18110, S. 39; ablehnend *Herresthal*, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 999.

§ 498 Abs. 1 S. 2 BGB. Hierzu hat der BGH entschieden, dass das Gesprächsangebot keine Voraussetzung für eine Verzugs Kündigung ist.¹⁴⁷ Das spricht dafür, dass es folgenlos bleibt, wenn die Bank entgegen Art. 240 § 3 Abs. 4 EGBGB dem Kunden kein Gesprächsangebot unterbreitet.¹⁴⁸ Gegen die Auffassung, die Bank könne sich dadurch schadensersatzpflichtig machen,¹⁴⁹ spricht zudem, dass der Darlehensnehmer dazu beweisen müsste, dass durch das fehlende Gesprächsangebot eine für ihn günstige Vereinbarung zwischen ihm und der Bank mit einem bestimmten Inhalt nicht zustande gekommen ist. Dies ist praktisch ausgeschlossen.¹⁵⁰

Mangels abweichender Vereinbarung verlängert sich die Vertragslaufzeit im Rahmen einer gesetzlichen Vertragsanpassung¹⁵¹ gem. Art. 240 § 3 Abs. 5 EGBGB um drei Monate; auch die Fälligkeit der ab dem 1.7.2020 geschuldeten Zahlungen (Zins- und Tilgungsleistungen; Rückzahlung beim endfälligen Darlehen) verschiebt sich kraft Gesetzes um jeweils drei Monate. Gem. Art. 240 § 3 Abs. 5 S. 3 EGBGB hat der Darlehensnehmer einen Anspruch auf eine Vertragsabschrift mit den vertraglich oder sonst gesetzlich geänderten Bedingungen.¹⁵²

Zu einer kürzeren Verlängerung der Vertragslaufzeit als den im Gesetz genannten drei Monaten kommt es dann, wenn der Darlehensnehmer die Zahlungen in bestimmten Monaten vertragsgemäß weiter leistet.¹⁵³ Dies kann einmal darauf beruhen, dass der Darlehensnehmer die Leistungen freiwillig weiter erbringt, wozu er nach Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 3 EGBGB berechtigt ist, zum anderen darauf, dass die Voraussetzungen für eine gesetzliche Stundung nicht während des gesamten Zeitraums vom 1.4. bis zum 30.6.2020 gegeben sein müssen. Letzteres ist der Fall, wenn der Darlehensnehmer erst später in Zahlungsschwierigkeiten gerät oder diese vor dem in Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB genannten Zeitraum enden (s.o. II.). Veranschaulicht wird dies anhand des Fallbeispiels 4.

147 BGHZ 147, 7 (13) = WM 2001, S. 646; *Schürnbrand/Weber* (Fn. 96), § 498 Rn. 21.

148 *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 771; ähnl. *Meier/Kirschhöfer*, Darlehensverträge (Fn. 86), S. 968.

149 *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, Coronavertragsrecht (Fn. 29), S. 1107; *Möllnitz/Schmidt-Kessel* (Fn. 13), Art. 240 §§ 1–4 EGBGB Rn. 174.

150 *Lübmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1323; *Herresthal*, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 999; vgl. *Knops* (Fn. 92), § 2 Rn. 26.

151 BT-Drucks. 19/18110, S. 40.

152 Krit. im Hinblick auf eine unverhältnismäßige Belastung des Darlehensgebers *Lübmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1324.

153 So auch *Lübmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1323; vgl. Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme (Fn. 94), S. 4.

Unklar ist die Frage, welche Folgen es hat, wenn der Darlehensnehmer Raten nur teilweise nicht erfüllt. Dann wird – insofern ist das Ergebnis noch relativ eindeutig (s.o. 1) – nur der nicht gezahlte Teil der Rate um drei Monate gestundet. Zahlt der Darlehensnehmer z.B. im April statt der vertraglich geschuldeten 2000 EUR nur die Hälfte, also 1000 EUR, dann werden 1000 EUR bis Juli gestundet. Das muss zur Folge haben, dass sich die Stundung weiter fortsetzt (s.u. 4). Wurde die Stundung allein für die Hälfte einer Monatsrate in Anspruch genommen, verlängert sich die Laufzeit um einen Monat, wobei im letzten Monat ein geringerer Betrag zu zahlen ist, nämlich die halbe Rate, nach hier vertretener Ansicht zuzüglich der zwischenzeitlich angefallenen Zinsen. Zur Schaffung von Rechtssicherheit ist den Parteien hier unbedingt eine vertragliche Regelung zu empfehlen, Art. 240 § 3 Abs. 2 EGBGB.

4. Anwendung am Fallbeispiel

Fall 4: Die aus dem Fall 1 (s.o. B.I.5) bekannte selbständige Gesangslehrerin S hat pandemiebedingt seit Mitte März 2020 keine Einnahmen mehr. Zur Finanzierung des Kaufs ihrer Eigentumswohnung hat sie ein Darlehen bei B aufgenommen. Vereinbart sind monatliche Raten für Zins und Tilgung in Höhe von 1000 EUR. S hat B eine Einzugsermächtigung (SEPA-Lastschrift) erteilt. Im April 2020 zieht B die Rate weiter von dem Girokonto der S ein, obwohl S den dort noch vorhandenen Betrag für ihren Lebensunterhalt benötigte. Daraufhin widerruft S die Einzugsermächtigung. Im Mai 2020 hat S keine Mittel mehr, um die Rate zu zahlen. Sie bittet jedoch ihren Vater darum, ihr 1000 EUR vorzustrecken, damit sie den Kredit weiter bedienen kann. Im Juni 2020 ist er dazu nicht mehr bereit; S leistet die Rate kommentarlos nicht.

In diesem Fall bestanden die Voraussetzungen für die gesetzliche Stundung gem. Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 1 u. 2 EGBGB während des ganzen Zeitraums von April bis Juni 2020. Möglicherweise ist die Stundungswirkung im Hinblick auf die April- und die Mairate aber gem. Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 4 EGBGB nicht eingetreten, weil S diese Raten freiwillig gezahlt hat, wozu sie nach Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 3 EGBGB berechtigt ist. Im Hinblick auf die Aprilrate hatte S der B ein SEPA-Lastschriftmandat erteilt. Dieses ermächtigt B bis zu einem Widerruf, die monatliche Rate von ihrem Konto abzubuchen. Im SEPA-Mandat des Zahlers liegt eine Weisung an seinen Zahlungsdienstleister und die Einwilligung in vom Mandat gedeckte Zah-

lungsvorgänge, also die Autorisierung nach § 675 j Abs. 1 BGB.¹⁵⁴ Erfüllung tritt somit gem. § 362 BGB mit vorbehaltloser Gutschrift des Zahlungsbetrags auf dem Gläubigerkonto ein.¹⁵⁵ Insofern hätte S hier ausnahmsweise aktiv werden und das SEPA-Mandat widerrufen müssen, wenn sie die Stundungswirkung hätte eintreten lassen wollen. Dies hat sie nicht getan, so dass sie die Leistung weiter erbracht hat und die Stundungswirkung für die Aprilrate nicht eingetreten ist. Auch wenn S in Unkenntnis der Rechtslage gehandelt hat, ist eine Kondiktion der Aprilrate nicht möglich.

Die Mairate hat S offensichtlich freiwillig weiter gezahlt, so dass hier auch keine Stundung eingetreten ist. Hingegen ist die Junirate gem. Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB um drei Monate gestundet bis September. Einer Berufung auf diese Norm bedarf es nicht. Die Juli- und die Augustrate werden – vorbehaltlich einer Verlängerung der Regelung nach Art. 240 § 4 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB – nicht mehr von der Sonderregelung erfasst und müssen vertragsgemäß geleistet werden. Da im September die Junirate nachgeholt wird, verschiebt sich mangels abweichender Vereinbarung die Septemberrate nur um *einen* Monat (entgegen Art. 240 § 3 Abs. 5 S. 2 EGBGB, der insofern teleologisch zu reduzieren ist¹⁵⁶) in den Oktober. Die Laufzeit des Darlehens verlängert sich nur um einen Monat (entgegen Abs. 5 S. 1). Alternativ könnte man – ohne Änderung im wirtschaftlichen Ergebnis – auch Art. 240 § 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB teleologisch dahin reduzieren, dass bereits die Junirate nur um einen Monat bis Juli gestundet ist und dann jede weitere Rate ab Juli um einen Monat zu verschieben ist.

5. Zwingender Kündigungsausschluss, Art. 240 § 3 Abs. 3 EGBGB

Als weitere – nunmehr zwingende – Rechtsfolge sieht Art. 240 § 3 Abs. 3 EGBGB einen Ausschluss der Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 498 BGB),¹⁵⁷ wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse oder der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit (§ 490 Abs. 1 BGB) bis zum Ablauf der Stundung vor. Hinsichtlich einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs ist evident, dass der Darlehensnehmer mit den Raten, die gesetzlich nach Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB gestundet sind,

154 H. Sprau, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 675 j Rn. 9.

155 R. Fetzer, in: MüKoBGB, Bd. 3, 8. Aufl. 2019, § 362 Rn. 30.

156 Lühmann, Moratorium (Fn. 85), S. 1323.

157 Zu den Voraussetzungen bei einem Darlehensvertrag, der kein Verbraucherdarlehen ist, s. Berger (Fn. 122), § 490 Rn. 49.

nicht in Verzug kommen kann. Die Regelung soll daher Fälle erfassen, in denen zwar die Voraussetzungen des § 498 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB bereits vor dem 1.4.2020 vorlagen, die gem. § 498 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB zu setzende Frist aber am 1.4.2020 noch nicht abgelaufen oder die Kündigung noch nicht erklärt war.¹⁵⁸

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut werden sonstige Kündigungsrechte der Bank nicht ausgeschlossen. Neben einer außerordentlichen Kündigung gem. §§ 313, 314 BGB¹⁵⁹ gilt das vor allem für die Kündigung beim unbefristeten Darlehen gem. § 488 Abs. 3 BGB. Dies erscheint plausibel, weil die Kündigungsfrist gem. § 488 Abs. 3 S. 2 BGB drei Monate beträgt und damit nicht kürzer ist als das Moratorium des Art. 240 § 3 EGBGB. Allerdings wird auch das in Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken davon abweichend vorgesehene jederzeitige Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen. Danach kann die Bank Kredite und Kreditzusagen, für die keine Laufzeit vorgesehen ist, jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wobei sie auf die Belange des Kunden Rücksicht nehmen muss.¹⁶⁰ Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber in § 504 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 499 Abs. 1 BGB sowie in § 504 Abs. 2 S. 1 BGB für eingeräumte Überziehungen sowie in § 505 Abs. 4 BGB für geduldete Überziehungen ausdrücklich anerkannt (s.o. D.I.3). Bei anderen Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen kann die Kündigungsfrist des § 488 Abs. 3 S. 2 BGB auf zwei Monate verkürzt werden (§ 499 Abs. 1 BGB). Kündigt der Darlehensgeber ein unbefristetes Darlehen nach § 488 Abs. 3 BGB, Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken, kann aber der mit Wirksamwerden der Kündigung entstehende Rückzahlungsanspruch nach Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB gestundet sein.¹⁶¹

V. Sonderregelung für Gesamtschulden

1. Gesetzliche Regelung

Art. 240 § 3 Abs. 7 EGBGB bestimmt, dass Abs. 1–6 entsprechend für den Ausgleich und den Rückgriff unter Gesamtschuldnern nach § 426 BGB gelten. Dazu heißt es in der Gesetzesbegründung, die Vorschrift solle eingrei-

158 BT-Drucks. 19/18110, S. 39.

159 *Kündgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 60.

160 Diese Rücksichtnahmepflicht kann dazu führen, dass dem Kunden eine gewisse Schonfrist einzuräumen ist, s. *Berger* (Fn. 122), § 488 Rn. 240.

161 *Kündgen*, Verbraucherkreditrecht (Fn. 88), S. 215.

fen, wenn von mehreren Darlehensnehmern als Gesamtschuldern zugunsten eines der Schuldner die Stundungswirkung des Abs. 1 eintrete, zugunsten des anderen, etwa weil er keine Einnahmемinderung erleide, nicht. „In diesem Fall soll der Gläubiger während des Stundungszeitraums nicht berechtigt sein, gemäß § 426 Abs. 1 BGB den gestundeten Betrag von den anderen zusätzlich zu deren Anteil zu verlangen. Auch wenn einer von mehreren Gesamtschuldern den Gläubiger befriedigt, soll er während des Stundungszeitraums nicht von den übrigen Schuldnern gemäß § 426 Abs. 2 BGB Ausgleich verlangen dürfen.“¹⁶² Diese Ausführungen verkennen grundlegend, dass sich aus § 421 BGB, nicht etwa aus § 426 Abs. 1 BGB ergibt, dass der Gläubiger unter mehreren Gesamtschuldnern die freie Wahl hat. Für die in der Begründung behaupteten Folgen für den Gläubiger lässt sich dem Gesetz nicht einmal ein Anhaltspunkt entnehmen. Der Wortlaut der Norm beschränkt sich eindeutig auf den Ausgleich und den Rückgriff unter Gesamtschuldnern. Daher kann die Norm auch nicht teleologisch oder historisch in die von den Entwurfsverfassern offenbar beabsichtigte Richtung ausgelegt werden.¹⁶³ Die Stundung tritt also nur gegenüber dem Gesamtschuldner ein, für den die Voraussetzungen von Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB erfüllt sind. Von dem bzw. den anderen kann der Darlehensgeber die volle Summe verlangen. Lediglich im Innenausgleich wird der Rückgriffsanspruch des zahlenden Gesamtschuldners gegen den betroffenen Gesamtschuldner um jeweils drei Monate aufgeschoben (Art. 240 § 3 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 EGBGB); das gilt mangels abweichender Vereinbarung auch für Rückgriffsansprüche hinsichtlich späterer Raten (Art. 240 § 3 Abs. 7 i.V.m. Abs. 5 S. 2 EGBGB).

Soweit Art. 240 § 3 Abs. 7 EGBGB auf weitere Absätze verweist, insbes. auf Abs. 3, ist die Bedeutung fraglich. Im Verhältnis zwischen den Gesamtschuldnern kommt eine Kündigung nicht in Betracht. Ein Ausschluss des Kündigungsrechts der Bank aus § 498 BGB, falls bei zwei Gesamtschuldnern der von der Pandemie betroffene Gesamtschuldner die Zahlungen einstellt und der andere nur die Hälfte leistet, lässt sich zwar Art. 240 § 3 Abs. 7 EGBGB selbst nicht entnehmen. Allerdings dürfte eine derartige Kündigung aus anderem Grunde ausgeschlossen sein: Ein von mehreren aufgenommenes Darlehen kann nur einheitlich gekündigt werden, und in der Person jedes Verbrauchers müssen die Voraussetzungen des § 498 BGB

162 BT-Drucks. 19/18110, S. 40.

163 So auch *Lühmann*, *Moratorium* (Fn. 85), S. 1324; *Herresthal*, *Verbraucherdarlehensrecht* (Fn. 92), S. 999.

erfüllt sein.¹⁶⁴ Das gilt nach h.M. auch für den Fall des Schuldbeitritts.¹⁶⁵ Da der von der Pandemie betroffene Verbraucher nicht in Verzug geraten ist, ist das Darlehen auch gegenüber dem anderen Darlehensnehmer nicht kündbar.

2. Anwendung am Fallbeispiel

Fall 5: Die Gesangslehrerin S aus Fall 4 hat das Wohnungsdarlehen gesamtschuldnerisch mit ihrem Lebensgefährten E aufgenommen, der eine auch in der Krise gut laufende Rechtsanwaltskanzlei betreibt. S will bereits ab April 2020 nicht mehr zahlen. Welche Ansprüche hat die Bank B gegen S und E? Wie erfolgt der Innenausgleich?

Die Voraussetzungen des Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB sind für jeden Gesamtschuldner einzeln zu prüfen. Wie in Fall 4 erläutert, lagen sie für S während des ganzen Zeitraums zwischen April und Juni 2020 vor. Bei E lagen sie hingegen nicht vor. Das bedeutet, dass B von E, nicht aber von S Zahlung verlangen kann. Entgegen der Gesetzesbegründung ist E nicht nur zur Zahlung „seines“ hälftigen Anteils verpflichtet, sondern gem. der klaren Anordnung des § 421 BGB zur Zahlung der vollen Raten. Sollte E nicht die vollen Raten zahlen, ist allerdings eine Kündigung der B gem. § 498 BGB (die notwendigerweise gegenüber beiden Darlehensnehmern wirkt) ausgeschlossen, weil für eine Kündigung die Voraussetzung des Verzuges in der Person beider Darlehensnehmer vorliegen müsste, hier aber nur E in Verzug ist. – Im Innenverhältnis zwischen E und S wird der Regress des E gegen S gem. Art. 240 § 3 Abs. 7 i.V.m. Abs. 1 EGBGB um drei Monate aufgeschoben.

E. Verlängerungsmöglichkeit in Art. 240 § 4 EGBGB

Art. 240 § 4 Abs. 1 EGBGB enthält eine Verordnungsermächtigung, die es der Bundesregierung ohne Zustimmung des Bundesrats ermöglicht, die Dauer des Leistungsverweigerungsrechts für allgemeine Dauerschuldver-

164 BGHZ 144, 370 (379) = NJW 2000, S. 3133; BGH NJW 2002, S. 133 (137) (zu § 12 VerbrKrG); *Schürnbrand/Weber* (Fn. 96), § 498 Rn. 23; *K.-O. Knops*, in: Beck-OGK BGB, 1.3.2020, § 498 Rn. 34.

165 BGH NJW 2002, S. 133 (137); *Knops* (Fn. 164), § 498 Rn. 34; a.A. *Schürnbrand/Weber* (Fn. 96), § 498 Rn. 23.

hältnisse nach § 1 bis zum 30. September 2020 und die in § 2 Abs. 1 u. 3 enthaltene Kündigungsbeschränkung für Miet- und Pachtverträge auf Zahlungsrückstände bis zum 30.9.2020 zu erstrecken, wenn die Beeinträchtigungen durch die Pandemie voraussichtlich über den 30.6.2020 hinaus fortbestehen.

Nach Art. 240 § 4 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB kann die gesetzliche Stundung bis zum 30. September 2020 verlängert werden. Dabei hat der Gesetzgeber anscheinend nicht bedacht, dass dann auch der Stundungszeitraum auf sechs Monate verlängert werden müsste. Es bleibt nach der klaren gesetzlichen Regelung bei einer Stundung um drei Monate. Bei wörtlicher Auslegung hieße das, dass auch im Zeitraum zwischen Juli und September die Raten um drei Monate gestundet würden – diese Rechtsfolge tritt aber nach Art. 240 § 3 Abs. 5 S. 2 EGBGB ohnehin ein, wenn bereits die Raten von April bis Juni gestundet waren. Sinn ergäbe die Regelung nur dann, wenn alle zwischen April und September fälligen Raten um sechs Monate gestundet würden, so dass im Oktober die eigentlich im April fällige Rate zu zahlen wäre. Seltsamerweise soll sich die Vertragslaufzeit nach Art. 240 § 3 Abs. 5 EGBGB um bis zu zwölf Monate verlängern – dies ist weder bei einer Stundung um drei noch um sechs Monate sinnvoll.¹⁶⁶

Durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages und ohne Zustimmung des Bundesrates können die Fristen nach Art. 240 § 4 Abs. 2 EGBGB auch über den 30.9.2020 hinaus – längstens bis zum Außerkrafttreten des Art. 240 EGBGB am 30.9.2022¹⁶⁷ – verlängert werden.¹⁶⁸

Bis Anfang Juni 2020 waren keine Bestrebungen im Hinblick auf eine Verlängerung der Maßnahmen ersichtlich.

F. „Gutscheinlösung“ in Art. 240 § 5 EGBGB

Mehr Zeit als für das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht hat sich der Gesetzgeber für eine Gutscheinregelung für abgesagte Freizeitveranstaltungen

166 Die Ausführungen in BT-Drucks. 19/18110, S. 41 tragen nicht zur Klärung bei. Dort werden Absätze genannt, die keine Fristen enthalten. – Für Redaktionsverfahren *Lühmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1326.

167 Art. 6 Abs. 6 des Artikelgesetzes vom 27.3.2020, s. auch *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, Coronavertragsrecht (Fn. 29), S. 1107.

168 Zu verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG *Herresthal*, Verbraucherdarlehensrecht (Fn. 92), S. 1000 (unzulässige Blankettermächtigung).

sowie für geschlossene Freizeiteinrichtungen gelassen. Der von den Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht¹⁶⁹ wurde am 22.4.2020 in erster Lesung debattiert. Das Gesetz wurde am 14.5.2020 vom Bundestag gegen die Stimmen der Opposition und am 15.5.2020 vom Bundesrat beschlossen und ist am 20.5.2020 in Kraft getreten.¹⁷⁰ Es sieht die Ergänzung von Art. 240 EGBGB um einen § 5 vor: Wenn Musik-, Kultur-, Sport- oder sonstige Freizeitveranstaltungen wegen der Pandemie abgesagt oder entsprechende Einrichtungen geschlossen werden, muss der Veranstalter oder Betreiber den Kunden, die bereits eine Teilnahme- oder Benutzungsberechtigung erworben haben, nicht den Eintrittspreis erstatten, sondern darf sie mit einem Gutschein vertrösten. Dieser Gutschein muss den gesamten Eintrittspreis einschließlich etwaiger Vorverkaufsgebühren umfassen (Abs. 3). Es handelt sich um einen Wertgutschein, den der Inhaber nach seiner Wahl für eine Nachholveranstaltung oder für eine ganz andere Veranstaltung des Anbieters nutzen kann.¹⁷¹

Als Beispiele für Freizeitveranstaltungen werden in der Gesetzesbegründung Konzerte, Festivals, Theatervorstellungen, Filmvorführungen, Wissenschaftsveranstaltungen, Vorträge, Lesungen und Sportwettkämpfe genannt; einbezogen sind nach Abs. 1 S. 2 auch an mehreren Terminen stattfindende Veranstaltungen wie Musik-, Sprach- oder Sportkurse sowie Dauerkarten für Heimspiele eines Sportvereins.¹⁷² Nicht einbezogen wurden dagegen berufliche Veranstaltungen wie Fachseminare. Eine Belastung von Selbständigen, Freiberuflern und kleinen Betrieben sollte verhindert werden.¹⁷³ Beispiele für Freizeiteinrichtungen sind Schwimmbäder, Sportstudios (Fitnessstudios), Tier- und Freizeitparks sowie Museen.¹⁷⁴

Die Gutscheinelösung gilt nur für Tickets, die vor dem 8.3.2020 gekauft wurden. Anscheinend sind Veranstalter, die nach dem Stichtag noch Tickets verkauft haben, nicht schutzwürdig, Verbraucher, die diese Tickets

169 BT-Drucks. 19/18697; zu den rechtlichen Auswirkungen coronabedingter Veranstaltungsabsagen nach bisher geltendem Recht *K. Spenner/B. Estner*, Absage von Veranstaltungen wegen des Coronavirus – wer zahlt?, BB 2020, S. 852.

170 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE), BGBl. I S. 948.

171 BT-Drucks. 19/18697, S. 8.

172 BT-Drucks. 19/18697, S. 7.

173 BT-Drucks. 19/18697, S. 7; krit. *D. Markworth/B. Bangen*, Gutscheinelösung für Freizeitveranstaltungen und Freizeiteinrichtungen, AnwBl Online 2020, S. 388.

174 BT-Drucks. 19/18697, S. 8.

im Angesicht der Pandemie erworben haben, aber schon. Zugrunde liegt dem – wie auch den Regelungen in Art. 240 § 1 und § 3 EGBGB – der Gedanke, dass nur derjenige von dem Corona-Sondervertragsrecht profitieren soll, der den Vertrag in Unkenntnis der Pandemie geschlossen hat.¹⁷⁵ Für danach geschlossene Verträge gilt dann wieder das allgemeine Vertragsrecht mit der Folge, dass sich der Kunde auf § 326 BGB berufen kann.

Die Beweislast dafür, dass eine Veranstaltung wegen der COVID-19-Pandemie abgesagt wurde, liegt beim Veranstalter bzw. Betreiber. Der Beweis wird aber vergleichsweise leicht zu führen sein. Nicht erforderlich ist, dass der Veranstalter geltend macht, dass er wirtschaftlich nicht zur Rückzahlung in der Lage ist.¹⁷⁶

§ 5 Abs. 5 regelt zwei Konstellationen, in denen der Kunde Auszahlung des Gutscheins verlangen kann. Diese Ausnahmen sollen die Verfassungsmäßigkeit der Norm im Hinblick auf Art. 14 GG sicherstellen.¹⁷⁷ Die erste Konstellation liegt vor, wenn der Verweis auf einen Gutschein dem Kunden angesichts seiner persönlichen Lebensumstände unzumutbar ist (Nr. 1). Die Gesetzesbegründung nennt zwei Beispiele, in denen diese Ausnahme erfüllt ist: wenn Kunde die Veranstaltung im Rahmen einer Urlaubsreise besuchen wollte und ein Nachholtermin mit hohen Reisekosten verbunden wäre; außerdem wenn er ohne Auszahlung des Gutscheinwertes nicht in der Lage ist, existentiell wichtige Lebenshaltungskosten wie Miet- oder Energierechnungen zu begleichen.¹⁷⁸ Der Kunde, der sich auf diese Ausnahme berufen will, muss u.U. seine Einkommensverhältnisse vollständig offenbaren, was wenig attraktiv erscheint.¹⁷⁹ Aus dem Hinweis auf existentiell wichtige Lebenshaltungskosten lässt sich für das Verhältnis zwischen Art. 240 § 1 und § 5 EGBGB folgern, dass ein Verbraucher, der einen teuren Veranstaltungsgutschein gekauft hat, versuchen muss, den Gutscheinwert erstattet zu bekommen, bevor er sich gegenüber dem Gläubiger eines „wesentlichen Dauerschuldverhältnisses“ auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 240 § 1 EGBGB berufen kann. Auch in dieser Konstellation gewährt der Gesetzgeber dem Veranstalter oder Betreiber einen gewissen Aufschub, indem er diesem ermöglicht, zunächst einen Gutschein auszustellen, dessen Auszahlung der Kunde dann verlangen kann. Einfacher wäre es, wenn der Kunde direkt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB vorgehen könnte.

175 BT-Drucks. 19/18697, S. 7.

176 Krit. *Markworth/Bangen*, Gutscheinlösung (Fn. 173), S. 389.

177 BT-Drucks. 19/18697, S. 8.

178 BT-Drucks. 19/18697, S. 8.

179 Krit. *Markworth/Bangen*, Gutscheinlösung (Fn. 173), S. 390.

Von größerer Bedeutung ist die zweite Ausnahme (Art. 240 § 5 Abs. 5 Nr. 2 EGBGB): Der Kunde kann auch dann eine Erstattung in Geld verlangen, wenn er den Gutschein nicht bis zum 31.12.2021 eingelöst hat. Das heißt im Klartext, dass sich überhaupt niemand dauerhaft mit einem Gutschein zufriedengeben muss. Man muss nur bis Ende 2021 warten, um eine Rückerstattung zu bekommen. Die Regelung bewirkt also ähnlich wie das Leistungsverweigerungsrecht in Art. 240 § 1 EGBGB für den Verbraucher einen Zahlungsaufschub, hier aber für den Veranstalter.¹⁸⁰ Viele Veranstalter werden darauf setzen, dass der Gutschein bis dahin in Vergessenheit geraten ist.¹⁸¹

Über den Sinn der Regelung ist während des Gesetzgebungsverfahrens gestritten worden.¹⁸² Die Regelung lässt sich damit begründen, dass ein Zahlungsaufschub für den einzelnen Verbraucher verkräftbar ist. Der gezahlte Eintrittspreis stammt normalerweise aus Vermögen, auf das der Verbraucher nicht unbedingt angewiesen ist – wenn das nicht der Fall ist, greift die Ausnahme des Art. 240 § 5 Abs. 5 Nr. 1 EGBGB. Für den Veranstalter könnte der Abfluss eingenommener Eintrittsgelder dagegen zu existenzbedrohenden Liquiditätsschwierigkeiten führen, so dass es zu rechtfertigen ist, das Pandemierisiko den Verbrauchern als den Gläubigern zuzuweisen (s. dazu den Beitrag von C. Behme, S. 73 [87 ff.]). Andererseits lässt sich aber auch die Frage stellen, warum gerade die Verbraucher, die zufälligerweise Karten für den Zeitraum der Pandemie gebucht haben, die Liquidität der Anbieter sicherstellen sollen. Hier ließe sich auch vertreten, dass der Staat in der Pflicht ist, der schließlich die Absage der Veranstaltungen angeordnet hat.

Die Gutscheinelösung gilt nicht für Flüge und Pauschalreisen. Der Grund dafür liegt darin, dass der Bund hier durch die Pauschalreiserichtlinie¹⁸³ und die Fluggastrechte-Verordnung¹⁸⁴ an einer nationalen Regelung gehindert ist. Die Bundesregierung hat sich allerdings an die EU-Kommis-

180 S. Lorenz, Gutscheine für abgesagte Veranstaltungen: Helene Fischer statt Rammstein? in: Legal Tribune Online, 14.4.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/41294 (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

181 Krit. Markworth/Bangen, Gutscheinelösung (Fn. 173), S. 390.

182 Dazu BT-Drucks. 19/19218.

183 Richtlinie (EU) 2015/2302 vom 25.11.2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, ABl. L 326 S. 1.

184 Verordnung (EG) Nr. 261/2004 vom 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. L 46 S. 1, ber. 2019 L 119 S. 202.

sion gewandt, um Gutscheinregelungen auch für Flüge und Pauschalreisen einführen zu können.¹⁸⁵ Die EU-Kommission hat den Plänen der Bundesregierung jedoch eine Absage erteilt.¹⁸⁶ Im Hinblick auf Flüge verlangen nun 15 EU-Staaten, darunter Deutschland, die Fluggastrechte-VO um eine Norm zu ergänzen, die für einen befristeten Zeitraum die Ausgabe von Gutscheinen vorsieht.¹⁸⁷ Im Hinblick auf Reisen hat die Bundesregierung am 28.5.2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht vorgelegt, der richtlinienkonform sein soll.¹⁸⁸ Seltsamerweise sieht dieser Entwurf vor, dass dem Art. 240 EGBGB ein weiterer § 5 angefügt wird, obwohl § 5 bereits durch die allgemeine Gutscheinelösung belegt ist. Vermutlich ist daher § 6 gemeint. Nach Abs. 1 des Entwurfs soll der Reiseveranstalter, wenn er oder der Reisende wegen der COVID-19-Pandemie von einem vor dem 8.3.2020 geschlossenen Pauschalreisevertrag nach § 651 h Abs. 1, 3 u. 4 S. 1 Nr. 2 BGB zurückgetreten ist, die Möglichkeit haben, dem Reisenden anstelle der Rückerstattung des Reisepreises einen Reisegutschein anzubieten. Dieser soll staatlich abgesichert sein (Abs. 6). Reisende sollen aber – anders als im Rahmen von Art. 240 § 5 EGBGB – den Gutschein ablehnen dürfen und so ihren vollen Erstattungsanspruch behalten (Abs. 1 S. 3). Wenn der Gutschein nicht bis spätestens Ende 2021 eingelöst wird, soll der Reisende einen Anspruch auf unverzügliche Erstattung der geleisteten Vorauszahlungen haben (Abs. 5). Der Bundesrat hat in seiner am 5.6.2020 beschlossenen Stellungnahme Änderungen zugunsten der Reisenden vorgeschlagen.¹⁸⁹

185 Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Pressemitteilung 118 vom 2.4.2020, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/im-sogenannten-corona-kabinett-der-bundesregierung-wurde-heute-folgender-beschluss-fuer-eine-gutscheinloesung-bei-pauschalreisen-flugtickets-und-freizeitveranstaltungen-gesamt-1738744> (zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

186 Für Reisegutscheine: „EU erteilt Reise-Gutscheinen Absage“, FAZ.net vom 23.4.2020, <https://www.faz.net/-gqe-9yri9>; „Gutscheinelösung: EU fordert Bares für Verbraucher“, in: Legal Tribune Online, 13.5.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/41607; für Fluggutscheine: „Fluggastrechte in der Corona-Krise: EU gegen Zwangsgutscheine“, Tagesschau.de vom 4.5.2020, <http://www.tagesschau.de/inland/fluggastrechte-gutscheine-streit-101.html> (alle zuletzt abgerufen am 6.6.2020).

187 „Gutschein für Flugausfälle“, FAZ v. 2.5.2020, S. 27.

188 BR-Drucks. 293/20.

189 BR-Drucks. 293/20(B).

G. Zusammenfassung

Unter dem Eindruck der Corona-Krise hat der Gesetzgeber im Schnelldurchgang zeitlich befristete Sonderregeln geschaffen, die die wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie und der damit einhergehenden Beschränkungen des Wirtschaftslebens abmildern sollen. Diese Regeln enthalten zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und einige Ungereimtheiten. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit wirkt sich zu Lasten derjenigen aus, die eigentlich durch die Regelungen unterstützt werden sollen. Es wird nun Aufgabe von Rechtswissenschaft und -praxis sein, die vielen offenen Fragen möglichst rasch zu klären. Einstweilen besteht ein besonderer Anreiz für Betroffene, individuelle Lösungen mit ihren Vertragspartnern auszuhandeln.¹⁹⁰

Zentrale unbestimmte Rechtsbegriffe in Art. 240 § 1 EGBGB sind das „wesentliche Dauerschuldverhältnis“ und der „angemessene Lebensunterhalt“. Letzterer kann unter Rückgriff auf die zu § 1360 a BGB entwickelten Maßstäbe ausgelegt werden. Unklar ist, ob man Dienstleistungen von Kleinstunternehmen als wesentliche Dauerschuldverhältnisse einstufen kann. Nach hier vertretener Auffassung lassen sich die entsprechenden Fälle je nach Konstellation über die rechtliche oder persönliche Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 und 3 BGB) lösen.

Für Darlehensverträge hat der Gesetzgeber in Art. 240 § 3 EGBGB kein Leistungsverweigerungsrecht, sondern eine gesetzliche Stundung vorgesehen. Nach hier vertretener Auffassung überzeugt das nicht, weil es die gesetzliche Stundung dem Darlehensnehmer ermöglicht, die Zahlungen einzustellen, ohne dies gegenüber der Bank zu erklären. Im Hinblick auf Rechtssicherheit und -klarheit wäre aber eine entsprechende Mitteilungspflicht des Verbrauchers für alle Beteiligten vorteilhaft. Zudem kann die gesetzliche Konstruktion die Frage nicht klären, welches Darlehen von der Stundung erfasst wird, wenn das Einkommen des Darlehensnehmers nur noch zur Bedienung eines von mehreren Darlehen genügt.

Außerdem regelt das Gesetz die zentrale Frage nicht, ob die Darlehensvaluta während der Stundungsphase zu verzinsen ist. Interessengerecht wäre es, dies zu bejahen. Bis die Rechtsprechung das Problem geklärt haben wird, ist Banken zu raten, mit dem betroffenen Verbraucher das Gespräch zu suchen und eine Individualvereinbarung zu treffen – insofern dürfte der Gesetzgeber sein Ziel erreichen.

190 So auch *Köndgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 41.

Von Art. 240 EGBGB können vor allem Selbständige im Hinblick auf ihre privat (also als Verbraucher) eingegangenen Dauerschuldverhältnisse profitieren. Selbständige sind stärker von den Folgen der Pandemie betroffen als abhängig Beschäftigte, deren Einkommen sich typischerweise allenfalls verringert. Auch Kleinstunternehmer werden von der Regelung in Art. 240 § 1 EGBGB geschützt, nicht aber etwas größere Betriebe, etwa des Einzelhandels oder Hotel- und Gaststättengewerbes. Warum der Gesetzgeber diese Betriebe nicht für schutzwürdig erachtet, bleibt offen. Möglicherweise soll es hier andere Unterstützungsmaßnahmen geben. So sieht das Konjunkturpaket, auf das sich die Regierung am 4.6.2020 verständigt hat, für die von der Krise besonders betroffenen Unternehmen eine Erstattung von 50 % (bei einem Umsatzrückgang von mindestens 50 % gegenüber dem Vorjahr) oder sogar 80 % (bei Umsatzrückgang von mindestens 70 %) der fixen Betriebskosten durch den Staat vor. Der maximale Erstattungsbeitrag soll 150 000 Euro für drei Monate betragen. Ob diese Hilfen ausreichen, bleibt abzuwarten.¹⁹¹

Ohnehin können die hier untersuchten Regelungen die durch die COVID-19-Pandemie ausgelösten wirtschaftlichen Verwerfungen nicht beheben. Es geht offensichtlich nur darum, Zeit für weitere Maßnahmen zu gewinnen. Seit Mitte April werden die Beschränkungen des Wirtschaftslebens wieder gelockert. Die Geschäfte dürfen jetzt wieder öffnen, wenn sie die neuen Hygienevorschriften einhalten. Auch zeitweise verbotene Dienstleistungen sind jetzt wieder zulässig. Nach wie vor stark betroffen sind neben Hotels und Restaurants die Veranstalter von Kultur-, Sport- und Freizeitveranstaltungen, zu deren Gunsten Art. 240 § 5 EGBGB eingeführt wurde. Es steht zu hoffen, dass sich das Wirtschaftsleben weiter normalisieren und die befürchtete „zweite Infektionswelle“ ausbleiben wird. Andernfalls wird der Gesetzgeber nicht mehr mit vorübergehenden Notlösungen auskommen, um die Krise zu bewältigen.

191 Krit. *Scholl*, Art. 240 EGBGB (Fn. 18), S. 773 im Hinblick auf die für mittelständische Unternehmen zunächst nur vorgesehenen Kredite.

Niemand zahlt mehr Miete!?

- Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Pflicht zur Mietzahlung

Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	147
B. Der neue Art. 240 § 2 EGBGB	149
I. Ratio legis des Art. 240 § 2 EGBGB	150
II. Bloße Verlagerung von Liquiditätsproblemen	152
III. Voraussetzungen des Kündigungsausschlusses	153
1. „Subjektive Unmöglichkeit“ der Zahlung	154
2. Keine Vorprozessuale Pflicht zur Glaubhaftmachung	155
3. Kein Kündigungsausschluss bei Zahlungsverzug vor oder nach dem Krisenzeitraum	156
4. Stichtagsregelung in Art. 240 § 2 Abs. 4 EGBGB	158
5. Umgehungsgefahr durch „Kautionsauffüllungsanspruch“	160
6. Zwischenfazit	161
C. Auswirkungen der „Corona-Krise“ nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts	161
I. Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Zivilrechts?	161
II. Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB	163
III. Wegfall der Leistungspflicht nach §§ 326, 275 BGB	169
IV. Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB	173
D. Fazit	174

A. Einleitung

„Handel, Hotels, Restaurants – niemand zahlt mehr Miete“ so lautete der Titel eines Beitrags, der am 28. März 2020 auf „Manager-Magazin.de“ veröffentlicht wurde.¹ Aufgrund der weitgehenden Stilllegung des öffentli-

* Der Verfasser ist akademischer Rat a.Z. und Habilitand an der Universität Bielefeld.

1 Abrufbar unter: www.manager-magazin.de/politik/artikel/corona-krise-handel-hotels-restaurants-niemand-zahlt-mehr-miete-a-1305795.html (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

chen Lebens durch die Corona-Krise, heißt es dort, hätten etwa die in vielen Innenstädten präsenten Unternehmen H&M, Adidas, Deichmann, Christ, Saturn und Mediamarkt beabsichtigt, ab April keine Miete mehr für ihre geschlossenen Standorte zu überweisen.² Auch viele weitere Unternehmen dürften entsprechende Überlegungen angestellt haben bzw. anstellen.

Zur Begründung eines solchen Zahlungsstopps wird mitunter auf das neue sog. „Corona-Rettungsgesetz“³ verwiesen.⁴ Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht*, die den Zahlungsstopp finanzstarker Unternehmen als „unanständig und nicht akzeptabel“ geißelte, erklärte, die „Corona-Hilfsgesetze böten dafür keine Grundlage“.⁵ Zwar ist Adidas unterdessen wieder zurückgerudert und hat die Miete für April wohl überwiesen. Gleichwohl stellt sich – abgesehen von der moralischen Bewertung eines Zahlungsstopps als anständig oder unanständig – auch aus juristischer Perspektive die Frage, wer nun Recht mit seiner Einschätzung hat – Frau *Lambrecht* oder die Mieter, die ihre Miete nicht zahlen wollen? Dieser Frage, die auch bereits *Drygala* in einem Beitrag in der LTO aufgeworfen hat,⁶ soll im Folgenden genauer nachgegangen werden. Hierzu ist zunächst zu klären, ob die einschlägige Regelung des Corona-Rettungsgesetzes, nämlich der neue Art. 240 § 2 EGBGB, als Rechtfertigung dafür herangezogen werden kann, dass etwa ein Konzern wie Adidas mit einer Netto-Cash-Position von ca. 873 Mio. € (Stand Ende 2019), seinen vertraglichen Pflichten zur Mietzahlung nicht nachkommt (hierzu unter B.). Darüber hinaus gilt es zu bestimmen, welche weiteren Gründe es aus Sicht des Mieters geben könnte, die Entrichtung der vereinbarten Miete vollständig oder teilweise zu verweigern – ob also die angekündigten Zahlungsverweigerungen tatsächlich „nicht akzeptabel“ sind (hierzu unter C.).

2 Abrufbar unter: <https://www.manager-magazin.de/politik/artikel/corona-krise-handel-hotels-restaurants-niemandzahlt-mehr-miete-a-1305795.html> (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

3 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drucks. 19/18110.

4 <https://www.manager-magazin.de/politik/artikel/corona-krise-handel-hotels-restaurants-niemandzahlt-mehr-miete-a-1305795.html> (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

5 www.rnd.de/politik/adidas-und-hm-wollen-keine-miete-mehr-zahlen-lambrecht-em-port-YOQLJASEAYCMR7E6EYXZ7YMLR4.html (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

6 *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten: Adidas handelt juristisch vertretbar, in: Legal Tribune Online, 30.03.2020, abrufbar unter: www.lto.de/persisent/a_id/41145/ (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

B. Der neue Art. 240 § 2 EGBGB

Am 1. April 2020 ist Art. 5 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht in Kraft getreten.⁷ Durch die Bestimmung wurde ein neuer Art. 240 in das EGBGB eingeführt, der vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie beinhaltet. Neben einem allgemeinen Moratorium für Zahlungspflichten von Verbrauchern und Kleinunternehmern aus bestimmten Dauerschuldverhältnissen in Art. 240 § 1 EGBGB sieht Art. 240 § 2 EGBGB spezielle Regelungen zur Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen vor. Bereits ein kurzer Blick ins Gesetz genügt um festzustellen: Eins-zu-Null für Frau *Lambrecht*. Das Corona-Rettungsgesetz bietet keine Grundlage dafür, dass finanzstarke Unternehmen ihre Miete nicht zahlen. Die Regelung in Art. 240 § 2 EGBGB lautet wie folgt:

§ 2 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.

Ein Leistungsverweigerungsrecht des Mieters begründet die Vorschrift bereits ihrem Wortlaut nach – anders als die allgemeine Regelung in § 1 – gerade nicht. Das Leistungsverweigerungsrecht aus Art. 240 § 1 Abs. 1 bzw. Abs. 2 EGBGB soll nach Art. 240 § 1 Abs. 4 Nr. 1 EGBGB nicht für Miet- und Pachtverhältnisse gelten. Bei Miet- und Pachtverträgen wird also lediglich das Kündigungsrecht des Vermieters wegen Zahlungsverzug eingeschränkt. Das bestätigt auch die Gesetzesbegründung, die ausdrücklich feststellt: „Mieter erhalten kein Leistungsverweigerungsrecht nach der Grundregel des § 1. Sie bleiben damit nach allgemeinen Grundsätzen zur Leistung verpflichtet und können gegebenenfalls auch in Verzug gera-

7 Art. 6 Abs. 5 Corona-Rettungsgesetz.

ten“⁸. Die Pflicht des Mieters zur Zahlung der Miete bleibt also grds. uneingeschränkt bestehen.

I. Ratio legis des Art. 240 § 2 EGBGB

Der Sinn und Zweck der Regelung liegt, wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt wird, darin, „dem Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses den Vorzug“⁹ vor einem etwaigen Lösungsinteresse des Vermieters zu geben.

Das Bestandsinteresse des Mieters ist grds. auch von einigem Gewicht: Die Wohnung ist für den Mieter der „Lebensmittelpunkt menschlichen Daseins“¹⁰. Für den Gewerbetreibenden sind die angemieteten Räume Grundlage ihrer Erwerbstätigkeit.¹¹ Dementsprechend ist der vertragstreue Mieter nach dem deutschen Mietrecht in aller Regel auch gut vor Kündigungen des Vermieters geschützt: Im Wohnraummietrecht ist die Möglichkeit des Vermieters zur ordentlichen Kündigung gem. § 573 BGB auf enge Ausnahmefälle eines berechtigten Interesses begrenzt. In der Gewerberaummieta werden in den überwiegenden Fällen Zeitmietverträge abgeschlossen, bei denen eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist.¹² Kommt der Mieter hingegen seiner Verpflichtung zur Mietzahlung nicht nach, kann es allerdings grds. recht schnell zur Kündigung durch den Vermieter kommen: Nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a) BGB ist der Vermieter bereits zur fristlosen außerordentlichen Kündigung berechtigt, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. Entsprechendes gilt nach § 573 BGB mit Blick auf die ordentliche Kündigung des Vermieters: Hier reicht nach der Rspr. und h.M. schon der Verzug mit über einer Monatsmiete für mindestens einen Monat.¹³

8 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

9 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

10 M. Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2020, § 573 Rn. 1.

11 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

12 I. Hörndler, in: Beck-online.GROSSKOMMENTAR, München, Stand 01.04.2020, § 578 BGB Rn. 66, 70; K. Lützenkirchen, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Mietverhältnisse, MietRB 2020, 1 (3).

13 BGH NJW 2013, 159; U. Börstinghaus, Besonderheiten des Miet- und Wohnungsrechts infolge der COVID-19-Pandemie, ZAP 2020, 411.

Die wirtschaftlichen Auswirkungen der SARS-CoV-2-Pandemie drohten deshalb den Verlust des Lebensmittelpunkts bzw. der Erwerbstätigkeitsgrundlage für eine erhebliche Anzahl von Personen zur Folge zu haben. Auf Grund der behördlich angeordneten Schließung einer Vielzahl von Betrieben wie etwa Restaurants oder Einzelhandelsgeschäften und auch wegen des Einbruchs der Aktivität des produzierenden Gewerbes sind erhebliche Einkommensverluste von Personen, deren Einnahmen von eben diesen Betrieben abhängen, zu befürchten.¹⁴ Davon ausgehend, dass der durchschnittliche Anteil der Mietkosten am Haushaltseinkommen wie im Jahre 2017 ungefähr 30 % beträgt,¹⁵ bedarf es keiner besonderen Phantasie um sich vorzustellen, dass starke Einkommensrückgänge eine nicht unerheblichen Zahl von Mietern schnell vor Schwierigkeiten bei der Mietzahlung stellen können. Was für die Wohnraummiete gilt, gilt erst Recht für die gewerbliche Miete: Brechen kurzfristig (wirtschaftsbedingt) die Aufträge bzw. (krankheitsbedingt) die Mitarbeiter weg oder muss der Betrieb gar wegen behördlicher Anordnung geschlossen bleiben, kann die Pflicht zur Entrichtung der Miete insbesondere bei kleinen Betrieben schnell zur existentiellen Belastung führen.

Unter Berücksichtigung der insofern „geringen“ Anforderungen an die Zahlungsverzugskündigung drohte die wirtschaftliche Krise mit einiger Verzögerung durch das Mietrecht verstärkt zu werden. Schon jetzt wird von einem Massensterben der mittelständischen Betriebe ausgegangen.¹⁶ Die Regelungen zur Zahlungsverzugskündigung hätten dies wohl noch erheblich verschärft. Selbst wenn sich die wirtschaftliche Lage innerhalb der nächsten Monate wieder etwas beruhigen sollte, was derzeit noch nicht absehbar ist, wird es eine Weile dauern, bis sich die Wirtschaft vollständig von dem „Schock“¹⁷ der Corona-Pandemie erholt hat. Die Monate März, April und Mai werden für viele Betriebe zur Durststrecke. Und so können auch an sich gesunde Betriebe wegen der außergewöhnlichen Situation Probleme haben, in diesen Monaten ihren Pflichten aus dem Mietvertrag nachzukommen. Der Verlust der Betriebsräume wäre allerdings häufig selbst für vor der Krise gesunde Unternehmen der Todesstoß. Von der so-

14 BT-Drucks. 19/18110, S. 16.

15 BT-Drucks. 19/18110, S. 16.

16 www.rnd.de/politik/corona-krise-im-mittelstand-gibt-es-ein-massensterben-von-unternehmen-der-mittelstandsverbund-im-interview-GVUTRDOKONEORAPG6R WZIXHENU.html (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

17 M.-P. Weller/M. Lieberknecht/V.Habrich, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, 1017 (1022).

zialen Krise, wenn größere Teile der Bevölkerung ihre Wohnungen verlieren, ganz zu schweigen.

Die Möglichkeit des Vermieters selbst bei unverschuldeten Zahlungsschwierigkeiten bereits nach spätestens zwei Monaten wegen Zahlungsverzug zu kündigen, scheint mit Blick auf durch die Corona-Krise bedingte Zahlungsschwierigkeiten in der Tat nicht angemessen. Unter gewöhnlichen Umständen darf der Vermieter nach zwei Monaten Zahlungsausfall berechtigter Weise damit rechnen, dass der Mieter auch zukünftig Schwierigkeiten haben wird, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen.¹⁸ Dies ist indes mit Blick auf die besondere wirtschaftliche Lage bei von der COVID-19-Pandemie Betroffenen gerade nicht der Fall. Hier kommen schließlich mitunter auch Personen in Schwierigkeiten, die unter normalen Umständen keine Probleme mit der Mietzahlung haben – etwa grds. gesunde Mittelstandsbetriebe oder Freischaffende bzw. von Kurzarbeit betroffene Mieter.

II. Bloße Verlagerung von Liquiditätsproblemen

Durch die Regelung in Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB wird sowohl das außerordentliche Kündigungsrecht als auch das ordentliche Kündigungsrecht des Vermieters wegen Zahlungsverzug ausgeschlossen.¹⁹ Die Kündigung aus sonstigen Gründen – wie etwa Eigenbedarf – bleibt hingegen möglich (Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 3). Nun mag man einwenden, dass die Regelung das Problem nur verlagert. Das trifft grds. in zweierlei Hinsicht zu: Der Anspruch des Vermieters auf die Miete wird durch die Regelung ja gerade nicht berührt. Lediglich die einschneidende Konsequenz der Zahlungsverzugskündigung entfällt. Der Mieter muss die Zahlung – im Übrigen inklusive Zinsen²⁰ – also später nachholen. Selbst nach einer wirtschaftlichen Normalisierung mag das vielen Mietern nicht ohne weiteres leicht fallen. Denn ihr Ausfall in den Monaten der Krise wird in den überwiegenden Fällen wohl nicht durch spätere Mehreinnahmen vollständig ausgeglichen. Nur weil Restaurants in den letzten Wochen geschlossen waren, steht bspw. nicht zu erwarten, dass die Menschen das Geld, welches sie in dieser Zeit „gespart“ haben in der Zeit nach der Normalisierung zusätzlich für

18 Vgl. BVerfG NJW 1989, 1917 Rn. 15 ff.

19 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

20 Insofern kritisch, ob der Grundsatz „Geld hat man zu haben“ auch in der Corona-Krise gilt: U. Börstinghaus, Besonderheiten des Miet- und Wohnungseigentumsrechts (Fn. 13), S. 413.

auswertiges Essen ausgeben werden. Letztlich wird den Betroffenen durch die Bestimmung in Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB nur Zeit erkaufte.

Andererseits wirkt sich das Ausbleiben der Miete natürlich auch auf die finanzielle Situation der Vermieter aus. Insofern kann die Regelung zu finanziellen Engpässen auf Vermieterseite führen. Es wird bereits orakelt, Immobilienbesitzer drohe wegen den ausbleibenden Mieten der Kollaps.²¹ Dem könnte man entgegenhalten, dass es – jedenfalls mit Blick auf das Corona-Rettungsgesetz – für solche Mieter, die finanzielle Polster haben, schon alleine wegen der anfallenden Zinsen (nach § 288 BGB immerhin 5 bzw. 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz) wirtschaftlich vernünftig wäre, ihre Miete weiterhin pünktlich zu zahlen.²² Nur diejenigen, denen die Mietzahlung schlicht unmöglich ist, so sollte man annehmen, würden die geschuldete (und auch einklagbare)²³ Miete nicht leisten. Ein massenhaftes Ausbleiben von Mietzahlungen dürfte auf Grundlage des Corona-Rettungsgesetzes also eigentlich nicht zu erwarten sein. Eine andere Frage ist freilich, ob Mieter unter bestimmten Umständen – nach den allgemeinen Regeln – evtl. von der Pflicht zur Entrichtung der Miete befreit sind (hierzu später unter C).

III. Voraussetzungen des Kündigungsausschlusses

Es ist jedenfalls festzuhalten, dass Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB Mieter nicht dazu berechtigt, ihre Miete zurückzubehalten. Indes, welche Konsequenzen müssen finanzstarke Unternehmer fürchten, wenn sie es unberechtigter Weise doch tun? Droht Ihnen dann, wie Frau *Lambrecht* meint, trotz der Regelung in Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB ggf. eine Zahlungsverzugskündigung oder beschränken sich die Konsequenzen auf die Pflicht zur Rückzahlung mit Zinsen und ggf. weiteren Schadensersatz?

21 www.manager-magazin.de/politik/artikel/corona-krise-handel-hotels-restaurants-niemand-zahlt-mehr-miete-a-1305795.html (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

22 Vgl. *M. Artz*, Interview mit Spiegel-Online vom 27.3.2020, abrufbar unter: www.spiegel.de/wirtschaft/service/corona-notmassnahmen-fuer-mieter-paket-kann-verheerende-auswirkungen-haben-a-e58a256e-32d1-4fb6-ac09-d2ccbea0d507 (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

23 *E. Lindner*, Die Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen anlässlich der Covid-19-Pandemie (Art. 240 § 2 EGBGB), *AnwZert MietR* 6/2020 Nr. 2.

1. „Subjektive Unmöglichkeit“ der Zahlung

Auch insoweit dürfte Frau *Lambrecht* Recht haben: Der Ausschluss des Rechts zur Zahlungsverzugskündigung gilt nach dem Wortlaut der Bestimmung nur, sofern der Mieter glaubhaft machen kann, dass die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Zwar soll nach der Gesetzesbegründung für die Glaubhaftmachung Nachweise über die Gewährung staatlicher Leistungen, Verdienstauffälle oder der Hinweis auf eine behördlich angeordnete Schließung reichen.²⁴ Prima facie scheinen also bereits Verdienstauffälle oder die behördliche Schließung zur Folge haben, dass man gegen Zahlungsverzugskündigungen geschützt ist. Bei näherer Betrachtung ist dies allerdings nicht der Fall. Zunächst betrifft die Frage nach der Glaubhaftmachung grds. nicht die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regelung selbst, sondern lediglich die Beweisführung mit Blick auf das Beweismaß und die Beweismittel.²⁵ Voraussetzung für den Ausschluss der Zahlungsverzugskündigung bleibt, dass die Nichtleistung ihre Ursache in der COVID-19-Pandemie hat. Die Nichtleistung hat ihre Ursache jedoch nur dann in der Pandemie, wenn der Mieter wegen der Krise tatsächlich nicht in der Lage war, Miete zu bezahlen. Gemeint ist insofern die subjektive Unmöglichkeit, weil dem Mieter die (liquiden) finanziellen Mittel fehlen, seiner Verpflichtung zur Mietzahlung nachzukommen. Nicht ausreichend ist, dass der Mieter von der Krise betroffen ist und sich deshalb – gleichsam als „Vorsichtsmaßnahme“ um sein Geld zusammen zu halten –²⁶ entscheidet, die Miete lieber nicht zu zahlen.²⁷ Dies folgt ebenfalls bereits aus der Gesetzesbegründung. Dort heißt es: „Die Regelung stellt eine zeitlich begrenzte Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der (rechtzeitigen) Leistung befreit, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht“²⁸. Mit Blick auf den Sinn und Zweck der Regelung, nämlich solche Mieter schützen, die krisenbedingt in akute Liquiditätspässe gera-

24 BT-Drucks. 19/18110, S. 36 f.

25 *I. Saenger*, in: Nomos Handkommentar ZPO, 8. Auflage, Baden-Baden 2019, § 294 Rn. 1.

26 So wohl aber die Beweggründe bei Adidas, vgl. www.manager-magazin.de/politik/artikel/corona-krise-handel-hotels-restaurants-niemandzahlt-mehr-miete-a-1305795.html (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

27 A.A. wohl *U. Börstinghaus*, Besonderheiten des Miet- und Wohnungseigentumsrechts (Fn. 13), S. 415.

28 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

ten sind, wird man aber wohl nicht so weit gehen können, von Mietern zunächst zu verlangen, nicht liquide Mittel – etwa Lebensversicherung, Aktiendepots oder Erbschmuck – zu versilbern.²⁹ Insbesondere dort, wo dies nur mit hohen Verlusten möglich ist – etwa mit Blick auf die massiven Kurseinbrüche auf dem Aktienmarkt – wäre dies vor dem Hintergrund des Schutzzwecks von Art. 240 § 2 EGBGB unverhältnismäßig.

2. Keine Vorprozessuale Pflicht zur Glaubhaftmachung

Der Mieter muss glaubhaft machen, dass es ihm wegen der Corona-Krise unmöglich war, die Miete zu zahlen (Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Hierfür kann er auf Nachweise über Verdienstauffälle oder Ähnliches zurückgreifen. Ebenso kommt eine Versicherung an Eides statt in Betracht. Die bloße Glaubhaftmachung, wirtschaftlich von der Corona-Krise betroffen zu sein, reicht hingegen nicht aus. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB als Voraussetzung für den Kündigungsausschluss zu verstehen ist, oder es sich um eine prozessuale Bestimmung handelt. Muss der Mieter also dem Vermieter gegenüber nachweisen, dass er coronabedingt nicht zur Mietzahlung in der Lage war, um den Kündigungsschutz zu aktivieren oder ist der Mieter *ipso iure* vor einer Zahlungsverzugskündigung des Vermieters geschützt, wenn die Voraussetzungen des S. 1 vorliegen und muss dies lediglich im Gerichtsverfahren glaubhaft machen? Wortlaut und Gesetzesbegründung sprechen für letzteres.³⁰ Glaubhaftmachung ist, wie bereits gesagt, ein Terminus technicus des Prozessrechts. Zudem heißt es in der Gesetzesbegründung: „Gemäß Satz 2 obliegt es dem Mieter den Zusammenhang [...] im Streitfall glaubhaft zu machen.“³¹ Die Glaubhaftmachung soll also nur für den *Streitfall* notwendig und nicht *per se* erforderlich sein.³² Letztlich muss also ein Richter es aufgrund der vorgelegten Nachweise bzw. der Versicherung an Eides statt für überwiegend wahrscheinlich halten, dass

29 So aber A. Walther, Interview in der Süddeutschen Zeitung Online vom 17.4.2020, abrufbar unter: www.sueddeutsche.de/geld/rechtsanwalt-ein-wahres-auslegungswirrwarr-1.4877906 (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

30 Wie hier auch U. Börstinghaus, Besonderheiten des Miet- und Wohnungseigentumsrechts (Fn. 13), S. 414.

31 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

32 Wie hier M. Artz, in: Schmidt, COVID 19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl., München 2020, § 3 Rn. 43 .

der Mieter keine finanziellen Mittel zur Zahlung der Miete hatte.³³ Hält ein Richter es hingegen für wahrscheinlicher, dass ausreichend finanzielle Mittel existierten um der Pflicht zur Entrichtung der Miete nachzukommen, wird der Mieter nicht durch den Ausschluss der Zahlungsverzugskündigung geschützt. Verweigert der Mieter also die Mietzahlung, obwohl er zur Leistung im Stande wäre, droht ihm die Kündigung wegen Zahlungsverzug, selbst wenn er von der Corona-Krise wirtschaftlich betroffen war.³⁴ Ein Unternehmen wie Adidas, mit Rücklagen von mehreren hundert Millionen Euro, dürfte also grds. nicht durch Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB geschützt werden.

3. *Kein Kündigungsausschluss bei Zahlungsverzug vor oder nach dem Krisenzeitraum*

Eine andere Frage ist indes, ob sich nur solche Mieter auf den Schutz des Corona-Rettungsgesetzes berufen dürfen, bei denen nicht bereits vor der Corona-Krise Zahlungsrückstände bestanden. Die Gesetzesformulierung scheint uneindeutig.³⁵ Dafür spricht, dass der Vermieter „nicht *allein* aus dem Grund kündigen“ können soll, dass der Mieter seine Miete im Krisenzeitraum nicht geleistet hat. Man wird die Formulierung wohl nur so verstehen können, dass Nichtleistung im Krisenzeitraum zusammen mit vorherigen Zahlungsrückständen die Zahlungsverzugskündigung nicht ausschließt.³⁶ Denn wenn andere Kündigungsgründe – etwa Eigenbedarf – einschlägig sind, bedarf es keines Rückgriffs auf den Zahlungsverzug im Krisenzeitraum, um eine Kündigung des Vermieters zu rechtfertigen. Andererseits heißt es in der Bestimmung, dass dem Mieter nicht wegen Zahlungsverzug im Krisenzeitraum gekündigt werden kann, wenn er die Miete „trotz Fälligkeit“ nicht leistet. Auch die offene Miete aus den Monaten vor dem Krisenzeitraum ist natürlich „fällig“. Allerdings spricht einiges dafür, dass es sich insoweit um ein redaktionelles Versehen handelt und es

33 H. Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage, München 2016, § 294 Rn. 2.

34 Vgl. auch BT-Drucks. 19/18110, S. 36: „Beruht die Nichtleistung des Mieters auf anderen Gründen, zum Beispiel weil er zahlungsunwillig ist [...], ist die Kündigung hingegen nicht ausgeschlossen“.

35 A.A. E. Lindner, Beschränkungen der Kündigung (Fn. 23): die Ausnahmeregelung lasse „keinen Zweifel aufkommen“ und greife „nur wenn der Mieter im Zeitraum von vom 01.04.2020 bis 30.06.2020 fällige werdende Mieten nicht leistet“.

36 M. Artz, Interview mit Spiegel-Online (Fn. 22).

heißen müsste „Der Vermieter kann [...] nicht alleine aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 fällig werdende Miete nicht leistet, [...]“. Der Gesetzesbegründung nach soll die Regelung nur Zahlungsrückstände erfassen die „vom 1. April bis 30. Juni 2020 entstehen“³⁷. Dies würde auch dem bereits zuvor erläuterten Sinn und Zweck des Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB entsprechen: Es geht in der Bestimmung darum grds. gesunden Unternehmen bzw. zahlungskräftigen Mietern nicht ihre Existenzgrundlage bzw. ihren Lebensmittelpunkt wegen eines krisenbedingten Liquiditätsengpasses zu nehmen. Kam es jedoch schon vor der Krise zum Zahlungsverzug, scheint die Annahme eines grds. gesunden Unternehmens bzw. zahlungskräftigen Mieters – und damit die besondere Schutzwürdigkeit – zweifelhaft. Andererseits könnte die Gesetzesbegründung gegen eine so strenge Interpretation des Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB sprechen. Dort heißt es nämlich, dass sich aus den krisenbedingten Zahlungsrückständen weder ein wichtiger Grund i.S.d. § 543 BGB noch ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 573 BGB entnehmen lasse.³⁸ Darin klingt an, dass Zahlungsrückstände im Krisenzeitraum, sofern sie durch die Pandemie verursacht wurden, bei der Beurteilung ob ein wichtiger Grund bzw. ein berechtigtes Interesse vorliegt, generell nicht zu berücksichtigen sind. Insofern könnte der Gesetzgeber durch die Verwendung des Wortes „alleine“ lediglich beabsichtigt haben, klarzustellen, dass Zahlungsverzugskündigungen nicht ausgeschlossen sind, wenn Zahlungsrückstände außerhalb des Krisenzeitraums bereits für sich genommen die erforderliche Höhe von § 543 bzw. § 573 BGB erfüllen. Zu diesem Ergebnis wäre man allerdings wohl zwanglos auch ohne das Wort „alleine“ im Gesetzestext gekommen. Wäre dies also die Absicht des Gesetzgebers gewesen, hätte er gut daran getan, es ausdrücklich in der Gesetzesbegründung darzulegen oder besser ganz auf die vermeintliche „Klarstellung“ zu verzichten. Die besseren Argumente dürften damit letztlich für ein enges Verständnis der Voraussetzungen von Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB sprechen.³⁹ Jedenfalls besteht insofern erhebliche Rechtsunsicherheit.

37 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

38 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

39 So i.E. auch E. Lindner; Beschränkungen der Kündigung (Fn. 22); U. Börstinghaus, Besonderheiten des Miet- und Wohnungseigentumsrechts (Fn. 13), S. 413; M. Artz, COVID 19 (Fn. 32), § 3 Rn. 41.

4. Stichtagsregelung in Art. 240 § 2 Abs. 4 EGBGB

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit Art. 240 § 2 EGBGB ist, wie der dortige Abs. 4 zu verstehen ist. Die Bestimmung sieht vor, dass die Absätze 1 bis 3 nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden sind. Klar scheint, dass der Vermieter wegen Art. 240 § 2 Abs. 4 EGBGB jedenfalls dann wegen Zahlungsverzug im Krisenzeitraum (01.04.2020 – 30.06.2020) kündigen kann, wenn der Mieter die offene Miete nicht bis zum Stichtag (30.06.2022) bezahlt.

Allerdings könnte man, so die teilweise geäußerte Befürchtung, der Stichtagsregelung auch entnehmen, dass das Kündigungsrecht des Vermieters wegen Zahlungsverzug in der Krisenzeit mit Ablauf des 30.7.2022 auflebt, selbst wenn der Mieter die Zahlungen unterdessen nachgeholt hat.⁴⁰ Das Problem stellt sich vor dem Hintergrund, der dogmatischen Wirkung des Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB, die teilweise so verstanden wird, dass das Zahlungsverzugskündigungsrecht des Vermieters zwar entsteht, der Vermieter aber an der Ausübung gehindert ist.⁴¹ Allgemein wird in Konstellationen, in denen ein ordentliches Verzugskündigungsrecht zunächst entstanden ist, aber seine Voraussetzungen durch Zahlung vor Ausübung wieder erloschen sind, diskutiert, ob das Kündigungsrecht auch nach der Ausgleichszahlung erhalten bleibt.⁴² Dieses Problem würde sich nach Ablauf des Stichtags zweifellos auch mit Blick auf Zahlungsrückstände aus dem Krisenzeitraum stellen, wenn man davon ausgeht, dass der Vermieter nach Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB bloß die Ausübung in der Zahlungsverzugskündigung gehindert ist. Denn dann würde das Ausübungshindernis mit Ablauf des Stichtags entfallen und stünde der Zahlungsverzugskündigung nicht mehr entgegen. Da das Kündigungsrecht aber bereits zum Zeitpunkt des ausreichenden Zahlungsverzugs entstanden ist, müsste man entscheiden, welche Wirkung die zwischenzeitliche Zahlung auf das Kündigungsrecht hätte.

Die Annahme eines „Wiederauflebens“ des Kündigungsrechts trotz Zahlung der Rückstände bis zum Stichtag wäre kein angemessenes Ergebnis und ist so wohl auch vom Gesetzgeber nicht gemeint. Die Regierungsbegründung stellt vielmehr klar, dass die Zahlungsverzugskündigung wegen ausbleibender Mietzahlung im Krisenzeitraum nur dann in Betracht kommt, wenn der Mieter die Zahlungsrückstände bis zum 30. Juni 2022

40 M. Artz, Interview mit Spiegel-Online (Fn. 22).

41 So etwa M. Artz, COVID 19 (Fn. 32), § 3 Rn. 37.

42 Vgl. H. Blank, in: Schmidt-Futterer, 14. Auflage, München 2019, Rn. 31.

nicht ausgeglichen hat.⁴³ Damit, so heißt es in der Regierungsbegründung weiter, hätten Mieter und Pächter über zwei Jahre Zeit, einen zur Kündigung berechtigenden Miet- oder Pachtrückstand auszugleichen, bevor der Vermieter auf Grund der ausstehenden Zahlung kündigen kann.⁴⁴ Aus diesem Grund wird mitunter eine gesetzgeberische Klarstellung gefordert, dass eine Zahlungsverzugskündigung dann ausscheidet, wenn der Vermieter bis zum Stichtag hinsichtlich der Miete aus dem Krisenzeitraum befreit wurde.⁴⁵

Die Meinung, dass Art. 240 § 2 EGBGB lediglich eine Sperrwirkung mit Blick auf das entstandene Zahlungsverzugskündigungsrecht zur Folge hat, liegt insbesondere dann nahe, wenn man davon ausgeht, die Glaubhaftmachung nach Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB sei eine Voraussetzung für die Entstehung des Kündigungsschutzes. Denn dann würde Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB keine Schutzwirkung entfalten, solange der Mieter seiner Obliegenheit zur Glaubhaftmachung gegenüber dem Vermieter nicht nachgekommen ist. Es wäre hier sogar denkbar, dass der Vermieter bereits die Zahlungsverzugskündigung ausgesprochen hat und der Vermieter sich erst dann unter Glaubhaftmachung des Zusammenhangs zwischen Nichtleistung und Pandemie auf Art. 240 § 2 EGBGB beruft, was die Frage aufwirft, ob Art. 240 § 2 EGBGB dann überhaupt noch Schutz bietet. Jedenfalls die Gefahr eines Wiederauflebens der Kündigung nach Ablauf des Stichtags trotz zwischenzeitlicher Zahlung würde hier besonders naheliegen. Indes, die Auffassung, dass es sich bei der Glaubhaftmachung um eine materielle Voraussetzung für den Schutz des Mieters handelt, wurde bereits oben verworfen.

Aber die Annahme, dass Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB nur eine Sperrwirkung bzgl. der Ausübung eines gleichwohl entstandenen Zahlungsverzugskündigungsrechts entfaltet, überzeugt auch generell nicht. Vielmehr dürfte die Vorschrift bereits die Entstehung eines Zahlungsverzugskündigungsrechts verhindern. Zwar ist die Formulierung von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB insoweit offen („kann nicht kündigen“). Allerdings folgt aus der Gesetzesbegründung, dass der Gesetzgeber mit der Regelung bereits die Entstehung des Verzugskündigungsrechts verhindern wollte. Denn dort heißt es: „Mietrückstände [aus dem Krisenzeitraum] stellen weder einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung [...] dar noch folgt aus ihnen ein berechtigtes Interesse zur ordentlichen Kündi-

43 BT-Drucks. 19/18110, S. 37.

44 BT-Drucks. 19/18110, S. 37.

45 M. Artz, COVID 19 (Fn. 32), § 3 Rn. 42.

gung“⁴⁶. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass ein Zahlungsverzug im Krisenzeitraum bereits nicht geeignet ist, um damit die Voraussetzungen der Verzugskündigung erfüllt sind. Damit würde ein Kündigungsrecht aber gar nicht erst entstehen und nicht bloß gehemmt werden.

Dementsprechend bedarf es hier nach der hier vertretenen Auffassung auch keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ergänzung, dass die Kündigung ausgeschlossen ist, wenn der Vermieter vor Ablauf des 30.07.2022 befriedigt wird. Denn entsteht das Zahlungsverzugskündigungsrecht wegen Art. 240 § 2 EGBGB bereits nicht, stellt sich auch die Frage nicht, wie es sich auf entstandene Gestaltungsrechte auswirkt, wenn die Voraussetzungen nachträglich wieder entfallen. Die teilweise geforderte Klarstellung birgt vielmehr die Gefahr, dass dies als Argument für die Auffassung, bei der Glaubhaftmachung handele es sich um eine materielle Voraussetzung des Kündigungsschutzes, herangezogen wird. Besser wäre deshalb ausdrücklich klarzustellen, dass unter den (alleinigen) Voraussetzungen von Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB bereits kein Zahlungsverzugskündigungsrecht des Vermieters entsteht.

5. Umgehungsgefahr durch „Kautionsauffüllungsanspruch“

Auf eine möglicherweise dramatische Lücke des Schutzes für Mieter, die coronabedingt nicht zur Mietzahlung in der Lage sind, hat allerdings *Lindner* hingewiesen:⁴⁷ Sofern der Mieter eine Kautionsleistung als Sicherheit geleistet hat, kann sich der Vermieter, wenn die Mietzahlungen ausbleiben, u.U. aus dieser Kautionsleistung befriedigen. Dann hat der Vermieter allerdings nach § 240 BGB einen Anspruch auf „Wiederauffüllung“ der Kautionsleistung. Kommt der Mieter seiner Pflicht zur Wiederauffüllung nicht nach, könnte dies den Vermieter zur Kündigung berechtigen.⁴⁸ Ob die Rechtsprechung hier mit Blick auf den Sinn und Zweck des Art 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB (etwa mit Verweis auf § 242 BGB) intervenieren würde,⁴⁹ oder eine solche Kündigung wegen des Wortlauts von Art 240 § 2 Abs. 1 S. 3 EGBGB („Sonstige Kündigungsgründe bleiben unberührt.“) zulässt, scheint derzeit offen.

46 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

47 E. Lindner, Beschränkungen der Kündigung (Fn. 23).

48 Ausführlich E. Lindner, Beschränkungen der Kündigung (Fn. 23).

49 Dafür E. Streyll, in: Schmidt, COVID 19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl., München 2020, § 3 Rn. 105.

Eine entsprechende „Reparatur“⁵⁰ des Gesetzgebers dürfte insoweit dringend erforderlich sein.

6. Zwischenfazit

Mit Blick auf die Regelung im Corona-Rettungsgesetz lässt sich jedenfalls folgendes Zwischenfazit ziehen: Die Regelung in Art. 240 § 2 EGBGB soll ermöglichen die Last der aktuellen Krise auf viele Schultern zu verteilen. An der Pflicht des Mieters zur Zahlung der Miete ändert die Regelung nichts. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich zudem auf Fälle, in denen dem Mieter krisenbedingt kurzfristig die finanziellen Mittel zur Entrichtung der Miete fehlen. Diesen Mietern gegenüber kann vorübergehend nicht wegen des Zahlungsverzugs gekündigt werden. Insofern müssen Vermieter die Zahlungsengpässe ihrer Mieter mit ihren eigenen Reserven abfedern. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass Art. 5 § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Corona-Rettungsgesetzes eine Ermächtigungsgrundlage für die Bundesregierung enthält, die Kündigungsbeschränkungen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates auch auf Zahlungsrückstände im Zeitraum von Juli bis einschließlich September 2020 zu erstrecken.

C. Auswirkungen der „Corona-Krise“ nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts

I. Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Zivilrechts?

Es stellt sich zudem die Frage, ob Mieter wegen der Corona-Krise – unabhängig von Art. 240 § 2 EGBGB – unter Umständen nach dem allgemeinen Zivilrecht nicht oder zumindest nur eingeschränkt zur Zahlung der Miete verpflichtet sein könnten. Der Gesetzgeber scheint mit Blick auf das „Corona-Rettungsgesetz“ zwar davon ausgegangen zu sein, dass die betroffenen Mieter in den meisten Fällen nicht von der Pflicht zur Mietzahlung befreit sind.⁵¹ So wird die Notwendigkeit der Regelung in Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB darauf gestützt, dass eine große Anzahl von Personen wegen der Krise nicht in der Lage wäre weiterhin fristgerecht ihre Miete zu

50 E. Lindner, Beschränkungen der Kündigung (Fn. 23).

51 So auch T. Drygala, Corona und ausbleibende Gewerbetieten (Fn. 6).

bezahlen.⁵² Andererseits steht die Regelung einem Rückgriff auf das allgemeine Recht aber auch nicht im Weg.⁵³ Dem Wortlaut nach beschränkt sich der Regelungsbereich von Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB auf Konstellationen, in denen überhaupt eine Pflicht zur Entrichtung der Miete besteht. Auch steht die Gesetzesbegründung einem Wegfall der Mietzahlungspflicht nach dem allgemeinen Zivilrecht nicht entgegen – schließlich wird dort ausdrücklich auf die allgemeinen Regeln mit Blick auf die Leistungspflicht des Mieters Bezug genommen („Mieter erhalten kein Leistungsverweigerungsrecht nach der Grundregel des § 1. Sie bleiben damit nach allgemeinen Grundsätzen zur Leistung verpflichtet [...]“)⁵⁴.

Nach Ansicht von *Drygala* könnte indes der Sinn und Zweck von Art. 240 § 2 Abs. 1 EGBGB gegen einen Ausschluss der Mietzahlungspflicht nach den allgemeinen Bestimmungen sprechen. Nach dem Willen des Gesetzgebers, so *Drygala*, soll das Gesetz den Leistungsverkehr so weit wie möglich aufrechterhalten und der Kündigungsschutz deshalb die einzige Hilfe für den Mieter sein.⁵⁵ Allerdings ist dieser Schluss nicht zwingend. Es stimmt zwar, dass der Gesetzgeber sich bewusst gegen ein allgemeines pandemiebedingtes Leistungsverweigerungsrecht für Mieter entschieden hat. Dies ist auch sicher deshalb geschehen, weil der Gesetzgeber eine generelle Überwälzung von pandemiebedingten wirtschaftlichen Einbußen von Mietern auf die Vermieter als nicht interessengerecht angesehen hat. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Sinn und Zweck der Regelung einem Entfallen bzw. einer Reduktion der Miete dort entgegensteht, wo dies bereits nach den allgemeinen Vorschriften der Fall wäre. Vielmehr wollte der Gesetzgeber lediglich nicht auch für die darüberhinausgehenden Fälle ein Leistungsverweigerungsrecht einführen. Wo eine Leistungsverweigerung oder -reduktion vor der Krise interessengerecht schien, dürfte sie es wohl nach Ansicht des Gesetzgebers auch in der Krise noch sein. Das Vermieter im Rahmen der Corona-Krise zulasten der Mieter besser gestellt werden sollten, lässt sich dem Gesetz oder der Gesetzesbegründung jedenfalls an keiner Stelle entnehmen.

Als „allgemeine Grundsätze“, die mit Blick auf die Corona-Krise zu einem Wegfall bzw. einer Reduktion der Miete führen könnten, werden insbesondere die Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB, die Unmöglich-

52 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

53 So i.E. auch *M.-P. Weller/C. Thomale*, Gewerbemietrecht - Mietminderung in der Corona-Krise BB 2020, S. 962; a.A. wohl *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten (Fn. 6).

54 BT-Drucks. 19/18110, S. 36.

55 *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten (Fn. 6).

keit nach §§ 275, 326 BGB und die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB diskutiert.

II. Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB

Nach § 536 Abs. 1 BGB ist die Miete gemindert, soweit während der Mietzeit ein Mangel der Mietsache entsteht, der ihre Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt. Ist die Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch vollständig aufgehoben, ist der Mieter von der Pflicht zur Mietzahlung in Gänze befreit.

Mit Blick auf die Wohnraummiete dürften allenfalls coronabedingte Mängel von geringerer wirtschaftlicher Tragweite in Betracht kommen. So kann etwa die Nutzungsuntersagung von zur Mietwohnung gehörenden Spielplätzen einen Mangel darstellen, der zu einer Minderung von ca. 5% berechtigt.⁵⁶ Die Annahme, dass Ausgangs- oder Kontaktsperren einen zur Minderung berechtigenden Mietmangel begründen scheint hingegen fernliegend.⁵⁷

Von größerer Bedeutung könnte § 536 Abs. 1 BGB mit Blick auf die Gewerberaummiete sein. Hier wird insbesondere diskutiert, ob Schließungen infolge der Erlasse der Landesregierungen nach dem Infektionsschutzgesetz einen tauglichkeitsbeeinträchtigenden Mangel darstellen, der nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB die Pflicht zur Mietzahlung entfallen lässt.

Drygala geht davon aus, dass die behördliche Schließung von Geschäften einen solchen Mangel darstellen kann.⁵⁸ Er argumentiert, es würde sich dabei um einen „Umfeldmangel“ – also eine unmittelbare auf den Gebrauchswert einwirkende äußere Beeinträchtigung der Mietsache – handeln. Denn auch eine behördliche Maßnahme könne einen Umfeldmangel begründen, sofern sie sich unmittelbar gegen den Betrieb und nicht gegen die Person des Mieters richte. Dabei beruft er sich auf ein Urteil des XII. Zivilsenats des BGH vom 13.7.2011.⁵⁹ Schaut man sich indes das genannte

56 *K. Lützenkirchen*, Auswirkungen der Corona-Pandemie (Fn. 12), S. 3; so auch Corona-Infoblatt des Berliner Mietervereins, S. 3, abrufbar unter: <https://www.berliner-mieterverein.de/downloads/bmv-corona-infoblatt-105.pdf>.

57 *K. Lützenkirchen*, Auswirkungen der Corona-Pandemie (Fn. 12), S. 3; vgl. auch das Corona-Infoblatt des Berliner Mietervereins (Fn. 56) S. 1; *E. Streyl*, COVID 19 (Fn. 49), § 3 Rn. 47.

58 *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten (Fn 6).

59 BGH NJW 2011, 3151.

Urteil an, lässt sich die Auffassung *Drygalas* jedoch nicht durch die BGH-Entscheidung stützen.

In dem Urteil heißt es ausdrücklich: „Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch [...] entgegenstehen, begründen nach der Rechtsprechung des BGH [...] nur dann einen Sachmangel i.S. der §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der [Sache] beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Pächters ihre Ursache haben.“⁶⁰ Und weiter heißt es dort: „Ergeben sich auf Grund von gesetzgeberischen Maßnahmen während eines laufenden Pachtverhältnisses Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs eines gewerblichen Pachtobjekts, kann dies nachträglich einen Mangel [...] begründen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Pachtobjekts in Zusammenhang steht. Andere gesetzgeberische Maßnahme, die den geschäftlichen Erfolg beeinträchtigen, fallen dagegen in den Risikobereich des Pächters.“⁶¹

Die BGH-Entscheidung erging im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Rauchverbot durch das Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz.⁶² Dort ist eine Ausnahmeregelung für Gaststätten vorgesehen, die bestimmten baulichen Anforderungen genügen.⁶³ Obwohl diese baulichen Anforderungen mit Blick auf die Vertragsache im entschiedenen Fall hätten hergestellt werden können, hat der BGH einen Minderungsanspruch des Pächters abgelehnt, weil die Gebrauchsbeeinträchtigung ihre Ursache nicht in dem Zustand oder der Beschaffenheit der Pachtsache hatte.⁶⁴ Wenn aber ein zur Minderung berechtigender Mangel bereits in diesem Fall, in dem die bauliche Beschaffenheit des Vertragsgegenstands zumindest eine Rolle für die Nutzung gespielt hat, vom BGH abgelehnt wurde, dann lässt sich kaum behaupten, dass Mieter deren Geschäfte wegen der Corona-Erlasse geschlossen wurden, unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung die Zahlung „zurecht“ verweigern könnten.⁶⁵

Schon die Annahme *Drygalas*, dass der BGH in dem Urteil danach differenziere, ob sich der staatliche Eingriff gegen den Betrieb des Geschäfts oder gegen die Person des Betreibers richte, trifft nicht zu. Es kommt nach

60 BGH NJW 2011, 3151, Rn. 8.

61 BGH NJW 2011, 3151, Rn. 9.

62 N RAuchSchG RP, Gesetz vom 05.10.2007, GVBl. 2007, 188.

63 § 7 Abs. 3 N RAuchSchG RP.

64 BGH NJW 2011, 3151, Rn. 10.

65 So aber *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten (Fn. 6).

der Entscheidung vielmehr darauf an, ob der staatliche Eingriff im Zusammenhang mit der Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Miet- bzw. Pachtsache steht oder nicht. Mit der Beschaffenheit oder dem Zustand der Miet- bzw. Pachtsache steht eine coronabedingte behördliche Geschäftsschließung in keinem Zusammenhang.⁶⁶ Und auch die Argumentation, die coronabedingten Geschäftsschließungen stehen mit der Lage der Miet- bzw. Pachtsache im Zusammenhang, weil die Sache in Deutschland oder einen speziellen Bundesland belegen sei, und deshalb in den örtlichen Anwendungsbereich der Schließungserlasse falle,⁶⁷ geht letztlich fehl. Dies folgt ebenfalls bereits aus der vorgenannten BGH-Entscheidung. Denn auch dort hätte man argumentieren können, dass die Lage der Pachtsache in Rheinland-Pfalz schließlich der Grund war, dass das dortige Nichtraucherschutzgesetz überhaupt anwendbar gewesen ist. Daraus, dass der BGH in seiner Entscheidung einen Mangel abgelehnt hat, ergibt sich, dass er den erforderlichen Zusammenhang zwischen behördlicher Einschränkung und der Belegenheit so nicht verstanden wissen wollte.

Letztlich liegt aber auch unabhängig davon in den coronabedingten behördlichen Nutzungsbeschränkungen kein „Umfeldmangel“ im Sinne der Rechtsprechung vor. Umfeldmängel beziehen sich auf Umstände, „die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken“⁶⁸. Die Nutzungsbeschränkungen wirken allerdings nicht unmittelbar auf die Mietsache ein. Denn (und das erkennt auch *Drygala* an) die Schließungsanordnungen beziehen sich nicht auf das Mietobjekt, sondern auf den verfolgten Geschäftszweck⁶⁹ – können doch Lebensmittelgeschäfte, Bankfilialen Drogerien, Reinigungen und andere Geschäfte meist geöffnet bleiben.⁷⁰ Insofern zutreffend stellt *Streyll* fest, dass der Vermieter nicht die Überlassung des Betriebs schuldet, sondern der dazu notwendigen Räume, sodass auch nur rechtliche Umstände, die die körperliche Beschaffenheit der Mietsache betreffen oder die Einfluss auf sie haben, den Leistungserfolg des Vermieters betref-

66 *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten (Fn. 6).

67 So wohl *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten (Fn. 6).

68 BGH NJW 2013, 680 Rn. 8.

69 *T. Drygala*, Corona und ausbleibende Gewerbemieten (Fn. 6).

70 Vgl. für NRW etwa www.land.nrw.de/wichtige-fragen-und-antworten-zum-corona-virus?from=mid1#0a57cfbb (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

fen.⁷¹ Das ist mit Blick auf die Beschränkungen durch die Corona-Erlasse grds. jedoch nicht der Fall.⁷²

Anders als *Drygala* geht *Lützenkirchen* davon aus, dass die coronabedingten behördlichen Nutzungsbeschränkungen keinen Mangel der Gewerberäume i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB darstellen.⁷³ Auch er geht dabei im Ausgangspunkt davon aus, dass die Einschränkung der Nutzbarkeit infolge behördlichen Einschreitens zu einem Mangel führen kann.⁷⁴ Der Umstand, dass ein Mieter sein Geschäft nicht mehr oder nur noch eingeschränkt öffnen darf, könne die Voraussetzungen eines „sog. öffentlich-rechtlichen Mangels“ erfüllen.⁷⁵ Indes scheitere die Annahme eines zur Minderung berechtigenden Mangels nach *Lützenkirchen* letztlich daran, dass die Gebrauchsbeeinträchtigung nicht aus dem Risikobereich des Vermieters, sondern aus dem Risikobereich des Mieters stamme.⁷⁶ Denn der Vermieter trage nur das Risiko für den baulichen Zustand, während der Mieter das Verwendungsrisiko trage, zu dem das Risiko mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können, gehöre.⁷⁷ Im Ergebnis dürfte *Lützenkirchen* zustimmen sein: Die coronabedingten behördlichen Nutzungsbeschränkungen begründen keinen Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB.⁷⁸ Zwar ist auch *Lützenkirchens* Definition des öffentlich-rechtlichen Mangels nicht von den Urteilen gedeckt, auf die er diesbezüglich verweist.⁷⁹ Aber in diesen Entscheidungen wird der Mangel wegen öffentlich-rechtlicher Gebrauchsbeeinträchtigungen ebenfalls ausdrücklich auf solche Fälle beschränkt, in denen die Beeinträchtigungen auf der Beschaffenheit der Sache beruht.⁸⁰ Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BGH.⁸¹ Und mit Blick

71 *E. Streyll*, COVID 19 (Fn. 49), § 3 Rn. 68.

72 Das gilt im Übrigen sowohl für die Lage vor dem 20.4.2020, als auch für die seit diesem Tag geltenden Beschränkungen für Geschäfte mit über 800qm Verkaufsfläche etwa nach der CoronaSchVO NRW in der bereinigten Fassung vom 17.04.2020, abrufbar unter: www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-04-17_coronaschvo_in_der_ab_20.04.2020_geltenden_fassung.pdf (zuletzt abgerufen am 21.04.2020).

73 *K. Lützenkirchen*, Auswirkungen der Corona-Pandemie (Fn. 12), S. 1.

74 *K. Lützenkirchen*, Auswirkungen der Corona-Pandemie (Fn. 12), S. 1.

75 *K. Lützenkirchen*, Auswirkungen der Corona-Pandemie (Fn. 12), S. 1.

76 *K. Lützenkirchen*, Auswirkungen der Corona-Pandemie (Fn. 12), S. 1.

77 *K. Lützenkirchen*, Auswirkungen der Corona-Pandemie (Fn. 12), S. 1.

78 So i.E. auch *A. Schall*, Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen, JZ 2020, S. 388 (389).

79 Nämlich: BGH MDR 1980, 306; OLG Düsseldorf ZMR 2011, 685 und ZMR 1993, 275.

80 BGH MDR 1980, 306; OLG Düsseldorf ZMR 2011, 685.

81 Vgl. BGH BeckRS 1971, 31126177 I.2.a).

auf die coronabedingten behördlichen Nutzungsbeschränkungen fehlt es wie soeben erläutert schlicht am Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Geschäftsräume.⁸² Die betroffenen Mieter müssen ihre Geschäfte nicht deswegen geschlossen halten, weil eine Gefahr von den Räumen ausgeht, sondern weil eine Gefahr von den Menschen ausgeht, die sich andernfalls in den Geschäften aufhalten würden.

Zwar hat das RG mit Blick auf kriegsbedingte Verbote von Tanzveranstaltungen die Annahme eines Mangels bei einem gepachteten Tanzlokal in einem Urteil aus dem Jahr 1917 für „nicht zu beanstanden“ gehalten.⁸³ Allerdings würde die Heranziehung dieser Rechtsprechung für die Vertragsparteien mit Blick auf die Corona-Krise im Ergebnis wohl Steine statt Brot bedeuten: In dem Verfahren hatte der Pächter auf Feststellung geklagt, dass er für die Dauer des Tanzverbots von der Verpflichtung zur Zahlung des Pachtzinses befreit sei. Der Verpächter hat widerklagend einen Räumungsanspruch geltend gemacht. Das RG kam zu dem Ergebnis, dass wohl beiden Ansprüchen stattgegeben werden könne. Aus dem Vertrag ergäbe sich, dass die verpachteten Räume die „Eigenschaften der Räume einer Tanzwirtschaft an sich tragen“.⁸⁴ Das Tanzverbot hätte „die Ausnutzung dieser Eigenschaft verhindert, den Pachtgegenstand selbst getroffen und deshalb einen Mangel [...] verursacht“.⁸⁵ Jedoch, so das RG weiter, wäre das durch die Verbotsvorschrift geschaffene Erfüllungshindernis auch unter dem Gesichtspunkt der unverschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit zu würdigen.⁸⁶ Dies sei notwendig, sofern dem Verpächter kein vertragliches Kündigungsrecht zur Seite stehe und auch eine Zahlungsverzugskündigung mangels Zahlungspflichten des Pächters nicht in Betracht komme.⁸⁷ Bei einem gegenseitigen Vertrag folge aus §§ 275, 323 a.F. BGB (nunmehr § 326 BGB), dass der Schuldner bei einer von keiner Partei zu vertretenden Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit werde und den Anspruch auf die Gegenleistung verliere.⁸⁸ Diese Grundsätze können neben den Sondervorschriften der §§ 536 ff. BGB zur Anwendung kommen, denn bei einem unverschuldeten unheilbaren Mangel komme weder ein Erfüllungsanspruch nach § 536 BGB a.F. (heute § 535 Abs. 1 S. 2 BGB) noch ein Schadensersatzanspruch des Mieters nach

82 So i.E. auch E. Streyll, COVID 19 (Fn. 49), § 3 Rn. 68 ff.

83 RGZ 89, 203.

84 RGZ 89, 203 (205).

85 RGZ 89, 203 (205).

86 RGZ 89, 203 (205).

87 RGZ 89, 203 (205).

88 RGZ 89, 203 (205).

§ 538 BGB a.F. (heute § 536 a Abs. 1 BGB) in Betracht und § 537 BGB a.F. (heute § 536 BGB) sehe eine mit den Rechtsfolgen des § 323 BGB a.F. (heute § 326 BGB) übereinstimmende Regelung vor, sodass das Mietrecht keine besonderen Wertungen enthalte, die einer Anwendung von §§ 275, 323 BGB a.F. (heute §§ 275, 326 BGB) entgegenstünden.⁸⁹ Auch wenn es sich um eine bloße zeitweise Unmöglichkeit handle, könne diese, insbesondere wenn nicht absehbar sei, wann das Verbot wieder aufgehoben werde, einer endgültigen Unmöglichkeit gleichstehen.⁹⁰ Deshalb könne in solchen Fällen aus dem Gebot von Treu und Glauben folgen, dass dem Verpächter „die Aushaltung des Vertrags nicht anzunehmen ist“.⁹¹ Hierbei sei eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vorzunehmen, in die man auch die Unsicherheit einbeziehen müsse, dass der Pächter nach Beendigung des Verbots seine wirtschaftliche Tätigkeit eventuell nicht mit einem Erfolg wieder aufnehmen könne, „die eine Erfüllung seiner Zahlungsverpflicht gegenüber dem [Verpächter] ermöglicht“.⁹²

Letztlich dürfte diese Rechtsprechung unterdessen überholt sein und zur Lösung der Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie keine Relevanz mehr haben. Nicht nur scheint die Annahme, dass durch allgemeine Nutzungsbeschränkungen der Vertragsgegenstand „selbst getroffen“ sei, vor dem Hintergrund der neueren BGH-Rechtsprechung im vorgenannten Urteil zum Nichtraucherschutzgesetz⁹³ fraglich. Zudem sind die vom RG angenommenen Rechtsfolgen nicht sachgerecht. Dies gilt insbesondere für die Annahme dass wegen unverschuldeter vorübergehender nachträglicher Unmöglichkeit die beiderseitigen Leistungspflichten erlöschen und der Vermieter – sollte der Mieter nicht zur Zahlung der Miete bereit sein – Räumung verlangen können soll. Die Gefahr, dass die Corona-Krise für Mieter zum Verlust der Mieträume führen würde, sollte aus Sicht des Gesetzgebers schließlich gerade vermieden werden, weshalb des Art. 240 § 2 EGBGB geschaffen wurde. Andererseits wird man sich aber auch nicht darauf beschränken können dem Urteil nur zu entnehmen, dass behördliche Schließungen einen Mangel der Miet- oder Pachtsache darstellen. Denn damit würde der im Urteil vorgenommene Interessenausgleich unzulässig beschränkt. Das RG hat erkannt, dass die Annahme eines Mangels im Interesse des Mieters einen Ausgleich für den Vermieter erfordert, der ebenso wenig für die Umstände verantwortlich ist.

89 RGZ 89, 203 (207).

90 RGZ 89, 203 (206).

91 RGZ 89, 203 (205 f).

92 RGZ 89, 203 (206).

93 BGH NJW 2011, 3151.

So sehr Überlegungen zum Schutz von Mietern, deren Geschäfte coronabedingt nur eingeschränkt oder gar nicht geöffnet sein können, auch nachvollziehbar sind – die Annahme eines die Tauglichkeit aufhebenden Mangels und die damit einhergehende Überwälzung der Folgen der Pandemie auf den Vermieter scheint genauso wenig gerecht, wie wenn die Mieter ihre Folgen alleine tragen muss.⁹⁴ Letztlich dienen die beschlossenen Maßnahmen der Allgemeinheit, sodass es gerecht erscheint, die mit ihnen einhergehende Belastung auch auf möglichst viele Schultern zu verteilen. Im mietrechtlichen Mangelgewährleistungsrecht geht es um die Zuweisung von Gebrauchsbeeinträchtigungen nach Ursachensphären.⁹⁵ Jedoch lässt sich eine Pandemie letztlich keiner Ursachensphäre der Vertragsparteien zurechnen,⁹⁶ sodass das mietrechtliche Mangelgewährleistungsrecht letztlich nicht zu passen scheint.⁹⁷

III. Wegfall der Leistungspflicht nach §§ 326, 275 BGB

In eine ähnliche Richtung wie die Entscheidung des RG geht die Ansicht von *Schall*, nach welcher die coronabedingten Schließungen zwar keinen Mangel der Mietsache begründen, aber zu einer Unmöglichkeit für den Vermieter führen, die den Mieter nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB von der Pflicht zur Mietzahlung befreit.⁹⁸ *Schall* differenziert also zwischen der Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht – diese sei mit Blick auf den Vermieter bei coronabedingten Geschäftsschließungen gegeben, weil sie in ihrer inhaltlichen Dimension auch die Art und Weise der vertraglichen Nutzung etwa als Geschäftsbetrieb umfasse – und einem Mangel – an diesem fehle es insoweit, weil die Nutzungsuntersagung ihren Grund nicht in der Mietsache habe.⁹⁹ Auf den ersten Blick scheint die Differenzierung plausibel. Der BGH definiert den Mangel der Mietsache in ständiger Rechtsprechung schließlich als „für den Mieter nachteilige Abweichung

94 In diesem Sinne auch *M.-P. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 17), S. 1021.

95 *N. Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl., München 2019, § 536 Rn. 12 ff.

96 *M.-P. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Virulente Leistungsstörungen (Fn. 17), S. 1021.

97 *A.A. M.-P. Weller/C. Thomale*, Mietminderung (Fn. 53), nach denen § 536 BGB mit Blick auf die coronabedingten Schließungen eine Minderung um 50% zulässt.

98 *A. Schall*, Corona-Krise (Fn. 78), S. 389.

99 *A. Schall*, Corona-Krise (Fn. 78), S. 389.

des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten Zustand“.¹⁰⁰ Die Zustandsbezogenheit des Mangels scheint also Raum für Verletzungen der Hauptleistungspflichten des Vermieters zu lassen, die keinen Mangel i.S.d. § 536 BGB darstellen. Und in der Tat sind durchaus Fälle denkbar, in denen nach Gebrauchsüberlassung eine Unmöglichkeit vorliegt, aber kein Mangel – etwa die völlige nachträgliche Zerstörung der Mietsache.¹⁰¹

Bei näherer Betrachtung überzeugt die Differenzierung letztlich jedoch nicht. Einem Rückgriff auf §§ 326, 275 BGB steht mit Blick auf die hier interessierenden Fälle entgegen, dass das mietrechtliche Gewährleistungsrecht insoweit das allgemeine Leistungsstörungenrecht verdrängt,¹⁰² da andernfalls die Wertentscheidungen und Voraussetzungen der §§ 536 ff. BGB unterlaufen werden.¹⁰³ Denn zwar mag das RG im oben genannten Urteil festgestellt haben, dass eine Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts – nämlich §§ 275, 326 BGB – nicht ausgeschlossen sein muss, wenn man einen Mangel bejaht.¹⁰⁴ Dabei hatte sich das RG allerdings auf die Erkenntnis gestützt, dass die Ergebnisse des allgemeinen Schuldrechts im konkreten Fall im Wesentlichen mit denjenigen des besonderen Mangelgewährleistungsrechts übereinstimmten.¹⁰⁵

Geht man – entgegen der hier und auch von *Schall* vertretenen Ansicht – von einem Mangel der Mietsache wegen der Corona-Erlasse aus, wäre ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften aber gar nicht notwendig, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass die betroffenen Mieter nicht zur Zahlung der Miete verpflichtet sind. Dies würde sich zwanglos aus § 536 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Indes, wenn man einen Mangel ablehnt, würde man nach *Schalls* Ansicht über das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu Ergebnissen kommen, die das besondere Mangelgewährleistungsrecht gerade nicht vorsieht und somit die Wertungen der §§ 536 ff. BGB unterlaufen.

Es lässt sich dabei auch nicht behaupten, dass die Fälle der coronabedingten Schließungen außerhalb des Anwendungsbereichs des besonderen mietrechtlichen Mangelgewährleistungsrechts liegen. Denn der Vermieter ist nach § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB verpflichtet dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu gewähren und die Mietsache den gesamten Vertragszeit-

100 BGH NJW-RR 1991, 204.

101 *M. Bieder*, in: Beck-online.GROSSKOMMENTAR, München Stand 01.01.2020, § 536 BGB Rn. 9.

102 *M. Bieder* (Fn. 101), § 536 BGB Rn. 4; *E. Streyll*, COVID 19 (Fn. 49), § 3 Rn. 58.

103 So i.E. auch *M.-P. Weller/C. Thomale*, Mietminderung (Fn. 53).

104 RGZ 89, 203.

105 RGZ 89, 203.

raum über in einem hierfür geeigneten Zustand zu erhalten. Zum Zustand der Mietsache zählen dabei neben ihrer physischen Beschaffenheit alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, sofern diese mit der Sache zusammenhängen.¹⁰⁶ Daraus folgt, dass der Vermieter seine Hauptleistungspflicht lediglich auf zwei Arten „nicht erfüllen“ kann – nämlich durch die Nichtüberlassung der Mietsache oder durch die Überlassung der Mietsache, ohne dass diese sich in einem für den vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand befindet. Konstellationen, in denen eine „Nichterfüllung“ des Vermieters vorliegt, ohne dass von einem Mangel gesprochen werden kann, sind allerdings nur im ersten Fall denkbar. Denn allenfalls wenn der Vermieter dem Mieter die Mietsache von Anfang an nicht überlässt, oder wenn die Mietsache nachträglich vollständig zerstört wird, lässt sich vernünftiger Weise auch unter Beachtung des weiten Zustandsbegriffs nicht von einem „Mangel der Mietsache“ sprechen.¹⁰⁷ Hat der Vermieter die Mietsache jedoch überlassen und ist die Sache noch existent, kommt eine „Nichterfüllung“ des Vermieters nur in Betracht, soweit die Mietsache sich nicht in einem für den vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand befindet. Dies sind jedoch die klassischen Fälle des Mangels. Mit Blick auf die Beschränkungen durch die Corona-Erlasse bleibt also kein Raum für die Qualifikation als „Nichterfüllung“ durch den Vermieter ohne gleichzeitige Qualifikation als Mangel. Lehnt man jedoch einen Mangel ab, muss man die Wertungen des § 536 BGB respektieren und kann nicht auf §§ 326, 275 BGB zurückgreifen, um den Mieter seiner Leistungspflicht zu befreien.

Es lässt sich auch nicht argumentieren, dass die Bestimmungen des mietrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts und die Bestimmungen der §§ 326, 275 BGB unterschiedliche Risikoregeln betreffen und ihre Wertungen deshalb nicht miteinander kollidieren. Die Regelung in § 536 BGB ist unmittelbare Ausprägung des Äquivalenzprinzips und soll das Austauschverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung herstellen, soweit dieses wegen eines Mangels der Mietsache gestört ist.¹⁰⁸ Bekommt der Mieter nicht was ihm versprochen wurde, so lässt sich der Regelungsgehalt zusammenfassen, muss er sich seinerseits auch nicht an sein Versprechen halten. Die Anpassung erfolgt deshalb *ipso iure* und es ist unerheblich, ob der Vermieter die Gebrauchsbeeinträchtigung zu vertreten hat oder nicht. Auch § 326 BGB ist Ausdruck der Verknüpfung von Leistungspflicht und

106 M. Häublein (Fn. 10), § 573 Rn. 18.

107 M. Bieder (Fn. 101), § 536 BGB Rn. 9.

108 M. Bieder (Fn. 101), § 536 BGB Rn. 1.

Gegenleistungspflicht sowie des vertraglich vereinbarten Austauschverhältnisses.¹⁰⁹ Der Regelung in § 326 Abs. 1 BGB liegt also ebenfalls die Überlegung zugrunde, dass der Schuldner nicht an sein Versprechen gebunden sein soll, wenn er nicht bekommt, was ihm versprochen wurde.¹¹⁰ Auch bei § 326 Abs. 1 BGB ist die Wirkung deshalb *ipso iure* und unabhängig vom Verschulden des Gläubigers. Damit geht es sowohl bei § 536 BGB als auch bei § 326 BGB um die Verteilung der „Preisgefahr“. Wenn das besondere mietrechtliche Gewährleistungsrecht dem Vermieter die „Preisgefahr“ für bestimmte Umstände nicht zuweist, würde ein Rückgriff auf das allgemeine Schuldrecht diese Wertung unterlaufen, wenn hierdurch die Preisgefahr für diese Umstände letztlich doch auf den Vermieter übergewälzt wird.

Zudem stellt sich bei einem Rückgriff auf §§ 326, 275 BGB die Frage, ob der Vermieter – wenn ihm vorgehalten wird, er habe keinen Anspruch auf die Miete weil er seine vertraglichen Leistungspflichten nicht erfüllen würde – nicht auch Herausgabe der Räume, mithin die Räumung der Mietsache, verlangen können müsse. Dass der Mieter weiterhin im Besitz der Mietsache bleiben darf, aber der Vermieter keine Gegenleistung für die Besitzüberlassung bekommt, scheint jedenfalls kein überzeugendes Ergebnis.¹¹¹ Dies entspricht auch der Auffassung des RG im oben genannten Urteil, das dem Vermieter die Überlassung der Mietsache ohne Anspruch auf die Miete für nicht zumutbar gehalten hat.¹¹² Wenn dies allerdings mit Blick auf die mangelhafte Leistung des Vermieters gilt, so wird dies es erst Recht dann gelten müssen, wenn man – ohne einen Mangel zu bejahen – die Leistungspflicht des Mieters unter Rückgriff auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht herleitet.

109 C. Herresthal, in: Beck-online.GROSSKOMMENTAR, München Stand 01.06.2019, § 326 BGB Rn. 2.

110 J. D. Brinkmann, Rücktritt und Verbraucherschützens Widerruf, Berlin 2018, S. 176.

111 Hier käme allerdings eine Lösung über § 313 BGB in Betracht – der Umweg über §§ 326, 275 BGB zu § 313 BGB scheint insofern allerdings überflüssig und eine unmittelbare Anwendung von § 313 BGB näherliegend, hierzu sogleich, unter C.IV.

112 RGZ 89, 203.

IV. Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB

Im Gegensatz zu der Gesetzeslage im Jahre 1917 bedarf es nach der heutigen Rechtsordnung mit Blick auf die coronabedingten Beschränkungen aber auch keines Rückgriffs auf die §§ 536 ff. und 326, 275 BGB. Denn gerade aus der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts wegen der Folgen des ersten Weltkriegs wurde von *Paul Oertmann* die Theorie zur Störung der Geschäftsgrundlage entwickelt, welche sich im Laufe der Zeit zu einem bewährten Rechtsinstitut entwickelte und 2002 im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in § 313 BGB in das Gesetz eingeführt wurde.¹¹³ Insofern scheint diese Bestimmung geradezu prädestiniert für die Lösung des Interessenkonflikts zwischen Mietern und Vermietern wegen der coronabedingten behördlichen Beschränkungen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Vertragsaufhebung dort nur als *ultima ratio* vorgesehen ist und primär eine Vertragsanpassung erfolgt. So lässt § 313 BGB genug Spielraum, damit nicht einer Partei des Mietverhältnisses die Lasten der Corona-Krise alleine auferlegt werden, sondern eine faire Lastenverteilung möglich ist.¹¹⁴ Da der Wegfall der Geschäftsgrundlage im Rahmen dieser Tagung bereits Gegenstand eines eigenen Vortrags ist, möchte ich mich diesbezüglich nur auf ein paar weitere Bemerkungen beschränken.

Sofern *Lützenkirchen* eine Anpassung der Miete nach § 313 BGB mit dem Argument ablehnt, dass das Verwendungsrisiko ausschließlich in den Bereich des Mieters falle, überzeugt dies nicht. Der Einwand von *Lützenkirchen* betrifft das sog. normative Element. Eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB setzt insofern voraus, dass einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Anders formuliert, kann eine Partei keine Vertragsanpassung verlangen, wenn ihr das jeweilige Risiko, welches sich bei der Änderung der Umstände verwirklicht hat, vertraglich oder gesetzlich zugewiesen ist.¹¹⁵ Tatsächlich ist das Risiko, dass die Miet- bzw. Pachtsache wie geplant verwendet werden kann und dass sich bei gewerblichen Mietobjekten ein Gewinn erzielen lässt, grds. dem Mieter zugewiesen.¹¹⁶ Diese

113 S. *Martens*, in: Beck-online.GROSSKOMMENTAR, München Stand 01.04.2020, § 313 BGB Rn. 14, 16.

114 Ausführlich zur Anwendbarkeit und den Rechtsfolgen des § 313 BGB mit Blick auf die Corona-Pandemie: A. *Schall*, Corona-Krise (Fn. 78), S. 389 ff.

115 S. *Martens* (Fn. 113), § 313 BGB Rn. 50.

116 S. *Martens* (Fn. 113), § 313 BGB Rn. 74.

Risikozuweisung ist indes nur mit Blick auf „normale“ wirtschaftliche Verhältnisse gedacht.¹¹⁷ Die Corona-Krise allerdings betrifft die sog. „große Geschäftsgrundlage“¹¹⁸ das Grundvertrauen in den Bestand der wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen.¹¹⁹ Derart fundamentale Änderungen dürften im Rahmen der Zuweisung des Verwendungs- und Gewinnrisikos zum Mieter nicht erfasst sein. Für eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB spricht m.E. zweierlei: Zunächst der Umstand, dass die coronabedingten Einschränkungen im Interesse der Allgemeinheit keiner der Parteien zuzurechnen ist, sodass insofern durchaus von einer „Gefahrgemeinschaft“¹²⁰ gesprochen werden kann. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die überwiegende Anzahl anderer potentieller Mieter/Pächter der fraglichen Gewerberäume insofern mit denselben Beschränkungen konfrontiert wären, wie der konkrete Mieter. Insofern dürfte der wirtschaftliche Wert von Räumen zum Betrieb von Läden, Gaststätten, Diskotheken etc. unter Berücksichtigung von Angebot und Nachfrage derzeit sehr begrenzt sein.¹²¹ Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass ein redlicher Vermieter/Verpächter sich, hätte man die gegenwärtige Situation bei Vertragsschluss vorausgesehen, auf eine entsprechende Preisanpassungsklausel eingelassen hätte.

D. Fazit

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass es wohl 2:0 für Frau *Lambrecht* steht. Weder das Corona-Rettungsgesetz noch die allgemeinen Regelungen des BGB berechtigen Mieter dazu ihre Miete wegen der Corona-Krise nicht zu zahlen. Insbesondere begründen die Corona-Erlasse der Länder grds. keinen Mangel der Mietsache. Allenfalls ein Anspruch auf Anpassung der Miete nach § 313 BGB dürfte insofern in Betracht zu kommen.

117 Vgl. *P. Krebs/S. Jung*, in: *Nomos Kommentar BGB*, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, § 313 BGB Rn. 70; *E. Streyl*, COVID 19 (Fn. 49), § 3 Rn. 81.

118 *T. Finkenauer*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München 2019, § 313 BGB Rn. 17.

119 *M.-P. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, *Virulente Leistungsstörungen* (Fn. 17), S. 1021.

120 *T. Finkenauer* (Fn. 118), § 313 Rn. 306.

121 Wie hier *E. Streyl*, COVID 19 (Fn. 49), § 3 Rn. 86.

Aktuelle Probleme im Reiserecht durch die Corona-Krise

*Privatdozent Dr. Patrick Meier, Würzburg**

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	176
B. Kosten für eine ungewollte Verlängerung am Urlaubsort	176
I. Haftung des Reiseveranstalters	177
1. Rechte auf Abhilfe, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz	177
2. Ansprüche auf Ersatz von Hotelkosten	179
a) Grundsatz	179
b) Verlängerung	180
II. Haftung des Leistungserbringers	183
III. Ausgleich zwischen Reiseveranstalter und Leistungserbringer	184
C. Stornierungskosten bei Absage durch den Reisenden	186
I. Rücktritt wegen Krankheitsgefahren	186
II. Rücktritt wegen drohender Nachteile nach Rückkehr	188
D. Insolvenzsicherung	190
I. Geltende Lage im deutschen Recht	190
II. Europarechtliche Vorgaben	191
III. Rechtsfolgen	192
1. Verpflichtung des Absicherers	192
2. Staatshaftung	194
a) Gegenüber den Reisenden	194
b) Gegenüber dem Absicherer	194
3. Vertragsverletzungsverfahren	195
E. Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises	196
I. Aktuelle Lage	196
II. Reformüberlegungen des Gesetzgebers	198
1. Rechtspolitische Planungen	198
2. Rechtliche Bewertung	200
3. Konsequenzen einer möglichen Änderung	203
F. Schluss	204

* Der Autor ist Privatdozent an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Notarassessor bei der Landesnotarkammer Bayern.

A. Einleitung

Die Corona-Krise trifft die gesamte deutsche, europäische und Weltwirtschaft. Doch nur wenige Bereiche werden härter erschüttert als die Tourismusbranche. Sie leidet mit am stärksten unter den durch die Pandemie ausgelösten Folgen. Die wirtschaftlichen Schäden sind überwiegend katastrophal, nicht selten für die Unternehmen existenzbedrohend. Allein die kommunizierten Verluste der Lufthansa AG übersteigen die Vorstellungskraft der meisten Beobachter. Doch nicht nur die großen Flugkonzerne, sondern auch zahlreiche Reiseanbieter werden in ihrer Existenzgrundlage betroffen. Juristisch spielen sich die zentralen Fragen in den §§ 651 a ff. BGB und damit im so genannten Reisevertragsrecht sowie in den europäisch geprägten Vorgaben über die Passagierrechte ab. Im Folgenden sollen vier Problemkreise, die sich in der aktuellen Situation als besonders drängend darstellen, aufgegriffen und einer näheren Betrachtung zugeführt werden.

B. Kosten für eine ungewollte Verlängerung am Urlaubsort

Vor allem zu Beginn der Krise wurde eine Vielzahl von Urlaubern von den ergriffenen staatlichen und behördlichen Maßnahmen noch an ihrem Urlaubsort überrascht. Dies bewirkte in vielen Fällen, dass durch die zumindest vorübergehende Einstellung des Flug- und sonstigen Reiseverkehrs eine Rückreise für diese Personen unmöglich war. Teilweise wurden die Betroffenen sogar unter Quarantäne gestellt und konnten deshalb den Heimflug nicht antreten. So kam es dazu, dass der Aufenthalt am Urlaubsort unfreiwillig verlängert werden musste. Als problematisch in derartigen Situationen erweist sich nicht nur der Umstand, dass am Wohnort Termine nicht wahrgenommen und etwaige arbeitsvertragliche Verpflichtungen nicht erfüllt werden können. Darüber hinaus müssen die Urlauber ihren weiteren, ungeplanten Aufenthalt vor Ort organisieren, was typischerweise bedeutet, die Verträge mit den Hotels oder anderen Dienst- und Werkleistern zu verlängern, um jedenfalls bis zum Rückflug einen Schlafplatz zur Verfügung zu haben. Dies wirft die Frage auf, wer die Kosten für eine derartige erzwungene Ausweitung des Aufenthalts zu tragen hat.

I. Haftung des Reiseveranstalters

1. Rechte auf Abhilfe, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz

Naheliegender wäre es, den Reiseveranstalter, der für die Reise verantwortlich ist, falls er, wie meist, im Rahmen seines Pflichtenprogramms auch die Beförderung schuldet, auf diese Mehrkosten in Anspruch zu nehmen. Wird allerdings der Reisende selbst unter Quarantäne gestellt, scheidet dies von vornherein aus, weil dann die vertragsgemäße Leistung des Reiseveranstalters nicht betroffen ist. Er bietet seine Leistung vielmehr fehlerfrei an; wenn der Reisende aus persönlichen Gründen sie nicht anzunehmen vermag, begründet dies keine Ansprüche gegen den Veranstalter.¹ Bestenfalls kann der Reisende in diesem Fall hoffen, dass ihm nach dem öffentlichen Recht des anordnenden Staates ein Entschädigungsanspruch zusteht, der ihm den Ersatz seiner Kosten gestattet. Ebenfalls kein Mangel der Reise ist gegeben, wenn An- und Abreise in der Verantwortlichkeit des Reisenden selbst stehen. Hat sich der Veranstalter zu deren Durchführung nicht verpflichtet, liegen etwaige Erschwerungen oder Ausfälle außerhalb seines Gefahrenbereichs, so dass der Urlauber abseits von § 651 q BGB² keine Rechte gegen den Reiseveranstalter herleiten kann.

Das Vorliegen eines Reisemangels nach § 651 i Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB steht allerdings außer Frage, wenn ein Teil der vereinbarten Reiseleistung nicht zur Durchführung gelangt.³ Dies gilt auch für den geschuldeten Rückflug, wenn dieser überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu dem Zeitpunkt, zu dem er vereinbart war,⁴ ausgeführt wird.⁵ In der Konsequenz entstehen für den Reisenden die Ansprüche aus § 651 i Abs. 3 BGB. Das auf Abhilfe gem. § 651 i Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 651 k Abs. 1 BGB gerichtete Recht nützt ihm aber ebenso wenig wie die Möglichkeit, nach § 651 i Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 651 k Abs. 2 BGB selbst Abhilfe zu schaffen. Kann der Rück-

1 Siehe auch zur Anwendung von § 326 Abs. 2 S. 1 BGB auf die Fälle des Reiseabbruchs: *W. Ernst*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 8. Aufl. München 2019, § 326 Rn. 72; *C. Herresthal*, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht, 2020, § 326 BGB Rn. 249.

2 Siehe zum Anwendungsbereich: *C. Sorge*, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht, 2020, § 651 q BGB, Rn. 45 ff.

3 BGHZ 97, 255 (258 ff.).

4 Vgl. auch BGH NJW 2014, 1168 (1169); NJW 2014, 3721 (3721 f.).

5 Siehe zur Kasuistik: *E. Führich*, in: E. Führich/A. Staudinger (Hrsg.), Reiserecht, 8. Aufl. München 2019, Anh. zu § 21 Rn. 16 ff.

flug mangels Angebots am Markt insgesamt nicht realisiert werden, ist die Erfüllung der Ansprüche i. S. d. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich; die darauf gerichteten Befugnisse bleiben daher zumindest praktisch ohne Wirkung. Ein Anspruch auf Abhilfe durch andere Reiseleistungen nach § 651 i Abs. 3 Nr. 3 i.V.m. § 651 k Abs. 3 BGB muss gleichermaßen ausscheiden, weil dieser sich nur auf Reiseleistungen richten kann, die in etwa gleichwertig zur nicht erbringbaren Reiseleistung sind.⁶ Dies ist allerdings bei weiteren Übernachtungen im Vergleich mit der Rückbeförderung nicht der Fall, weil es bei der Beförderung um eine Veränderung des Aufenthaltsortes geht; der Verbleib am Ort entspricht dem noch nicht einmal ansatzweise. Offensichtlich gleichermaßen nicht hilfreich sind die Befugnisse zur Kündigung und Minderung gem. § 651 i Abs. 3 Nr. 5 i.V.m. § 651 l BGB bzw. § 651 i Abs. 3 Nr. 6 i.V.m. § 651 m BGB. In der Sache nützlich wäre demgegenüber zwar ein Schadensersatzanspruch aus § 651 i Abs. 3 Nr. 7 i.V.m. § 651 n BGB, mit dem sämtliche Mehrkosten sowohl am Reiseort als auch alle Folgeschäden, die durch die verspätete Rückreise entstehen, beim Reiseveranstalter liquidiert werden können.⁷ Allerdings ist ein solches Recht wegen § 651 n Abs. 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, wenn der Reisemangel durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände⁸ verursacht wurde. Nach Erwägungsgrund 31 der Pauschalreise-RL⁹ zählen hierzu unter anderem erhebliche Risiken für die menschliche Gesundheit, wie insbesondere schwere Krankheiten am Reiseziel. Ohne bereits jetzt schon abschließend die medizinischen Auswirkungen der Covid 19-Pandemie beurteilen zu können, lässt sich diese aber sicher unter die von der Richtlinie aufgestellten Begrifflichkeiten fassen.¹⁰ Es dürfte zudem nicht darauf ankommen, ob

6 G. Deppenkemper, in H. Prütting/G. Wegen/G. Weinreich (Hrsg.), 14. Aufl. Köln 2019, § 651 k Rn. 9; S. A. Geib, in: H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 651 k Rn. 21.

7 BT-Drs. 18/10822, 83.

8 Siehe zum Begriff: S. Bergmann/D. Blankenburg, Unvermeidbare außergewöhnliche Umstände im Pauschalreise- und Luftverkehrsrecht, NJW 2019, 3678 (3680 ff.); J. D. Harke, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht, 2020, § 651 h Rn. 42 f.; B. Steinrötter, in: M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth/M. Würdinger (Hrsg.), juris-Praxiskommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Aufl. Saarbrücken 2020, § 651 h Rn. 21 ff.

9 Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. L 326, S. 1 ff.

10 Ebenso: A. Staudinger/C. Achilles-Pujol, in: H. Schmidt, Covid 19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 7 Rn. 51.

am Reiseziel selbst die Krankheit ausbricht¹¹ oder die Störung der Rückreise darauf beruht, dass im Heimatland des Reisenden eine derartige Krankheit herrscht, und daher infolge behördlicher Anordnungen der Flug- und Reisebetrieb unterbunden ist. Auch in letzterer Konstellation gebieten die Wertungen der Richtlinie eine Exkulpation des Reiseveranstalters und damit die Verneinung eines Schadensersatzanspruchs, weil ihn für die Handlungen der lokalen Behörden keine Verantwortlichkeit trifft und er deshalb für diese auch nicht eintreten muss. Eine Ausnahme wäre nur dann zu machen, wenn der Reiseveranstalter die Schwierigkeiten vorhersehen hätte können und keine Maßnahmen zur Abwendung getroffen hat.¹²

2. Ansprüche auf Ersatz von Hotelkosten

a) Grundsatz

Gänzlich schutzlos ist der Reisende gleichwohl nicht. Ihm verbleibt in derartigen Situationen das eher versteckte und meist nicht so bedeutsame Recht aus § 651 i Abs. 3 Nr. 4 i.V.m. § 651 k Abs. 4 und Abs. 5 BGB. Gemäß § 651 k Abs. 4 BGB kann der Reisende in dem Fall, dass ihm die Rückbeförderung geschuldet ist und diese auf Grund unvermeidbarer, außergewöhnlicher Umstände unterbleibt,¹³ vom Reiseveranstalter verlangen, dass er die Kosten für eine notwendige Beherbergung des Reisenden für die Dauer von höchstens drei Nächten¹⁴ übernimmt. Auf diese Weise kann der Reisende jedenfalls einen Teil seiner Ausgaben beim Reiseveranstalter liquidieren. Das Recht ist grundsätzlich von einer Mangelanzeige nach § 651 o Abs. 1 BGB unabhängig, wie § 651 o Abs. 2 BGB zeigt, der nur die Rechte aus § 651 m und § 651 n BGB ausschließt.¹⁵ Zudem wäre hier eine Anzeige entbehrlich, da der Reiseveranstalter den Mangel kennt und die

11 Siehe dazu auch: AG Düsseldorf RRa 2014, 56; RRa 2016, 25; AG Frankfurt a.M. RRa 2011, 144; AG Rüsselsheim RRa 2016, 88 (89) (zu Erkrankungen von Passagieren).

12 Staudinger/Achilles-Pujol (Fn. 10), § 7 Rn. 51.

13 Handelt es sich nicht um solche, steht dem Reisenden nach § 651 n BGB ein Schadensersatzanspruch zu.

14 Krit. hierzu: *Sorge* (Fn. 2), § 651 k Rn. 153.

15 Siehe zur Reichweite des Ausschlusses: *Geib* (Fn. 6), § 651 o Rn. 14.

Obliegenheit richtigerweise¹⁶ nicht dazu dient, den Reiseveranstalter über Umstände in Kenntnis zu setzen, die ihm bereits bekannt sind.¹⁷

b) Verlängerung

Dem Reisenden steht darüber hinaus nach § 651 k Abs. 5 Nr. 2 BGB unter den dort genannten Bedingungen sogar der Kostenersatz für die volle Dauer der Verzögerung zu. Dies gilt zunächst, wenn es sich um Personen mit eingeschränkter Mobilität nach Art. 2 lit. a VO 1107/2006,¹⁸ um Schwangere, um unbegleitete Minderjährige oder um Personen, die besonderer medizinischer Betreuung bedürfen, handelt. Voraussetzung ist allerdings, dass dieser Umstand dem Reiseveranstalter mindestens 48 Stunden vor Beginn der Reise angezeigt¹⁹ wurde. Infolgedessen ist ein Reisender, der erst im Laufe der Reise erkrankt und deshalb medizinische Betreuung benötigt, von der Privilegierung nicht umfasst; insbesondere eine Corona-Infektion am Reiseort bietet daher keinen Anknüpfungspunkt für Zahlungen über die Drei-Tages-Grenze hinaus.

Als für den Reisenden mitunter deutlich wichtiger erweist sich deshalb der in § 651 k Abs. 5 Nr. 1 BGB geregelte Ausschluss der Begrenzungsmöglichkeit. Hiernach darf der Reiseveranstalter seine Leistungen nicht auf die Dauer von drei Tagen begrenzen, wenn ein Leistungserbringer für die Beförderung dem Reisenden entsprechende Unterstützungsmaßnahmen für einen längeren Zeitraum nach den Vorgaben der Europäischen Union schuldet. Bedeutsam ist dabei zunächst, dass es nicht auf die Bindung des Reiseveranstalters selbst ankommt, sondern auf die des durch ihn beauf-

-
- 16 Wie hier: *Geib* (Fn. 6), § 651 o Rn. 3; *A. Staudinger*, in E. Führich/A. Staudinger (Hrsg.), *Reiserecht*, 8. Aufl. München 2019, § 18, Rn. 2; *A. Staudinger/C. Aslan*, *Pauschalreiserecht de lege lata und ferenda: Wie weit reicht die Obliegenheit des Reisenden, Mängel gegenüber dem Veranstalter anzuzeigen?*, JR 2018, 217 (217 ff.); *K. Tonner*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 6, 8. Aufl. München 2020, § 651 o, Rn. 8.
 - 17 Anders aber: BGH, NJW 2016, 3304 (3305); LG Duisburg, NJOZ 2006, 2278 (2279); *S. Bergmann*, in: M. Tamm/K. Tonner/T. Brönneke (Hrsg.), *Verbraucherrecht*, 3. Aufl. Baden-Baden 2020, § 18 a Rn. 114; *D. Paulus*, *Das neue Pauschalreisevertragsrecht*, JuS 2018, 647 (652).
 - 18 Verordnung (EG) Nr. 1107/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ABl. L 204, S. 1 ff.
 - 19 Für niedrige Anforderung: *Geib* (Fn. 6), § 651 k Rn. 30; strengere Maßstäbe aber empfehlend: *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 k Rn. 39.

tragen Leistungserbringers,²⁰ so dass der Reiseveranstalter nach diesen Regeln auch dann verpflichtet ist, wenn er selbst entsprechende Unterstützungsleistungen nicht anbieten muss. Praktisch bedeutsam erweist sich dies vor allem im Falle von Flugreisen. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b der Fluggastrechteverordnung²¹ muss der Beförderer im Falle der Annullierung des Fluges für unbegrenzte Zeit die Hotelkosten tragen.²² Er wird weder durch ein mangelndes Verschulden noch durch sonstige Billigkeitsaspekte von dieser Verpflichtung frei.²³ Eine analoge Anwendung des Art. 5 Abs. 3 der Fluggastrechteverordnung, der bei außergewöhnlichen Umständen zumindest den Entschädigungsbetrag entfallen lässt, hat der EuGH verneint.²⁴ Ist damit eine Flugreise geschuldet, die von der Fluggastrechteverordnung erfasst wird,²⁵ muss der Reiseveranstalter in unbegrenztem Umfang die anfallenden Hotelkosten nach § 651 k Abs. 4, Abs. 5 BGB übernehmen.

Nicht in gleicher Weise geschützt ist allerdings der Reisende, der mit einem anderen Verkehrsmittel den Weg zwischen Wohn- und Reiseort zurücklegt. Hat er eine Bahnreise gebucht, greift Art. 18 VO 1371/2007²⁶ nicht, der allein für Verspätungen gilt.²⁷ Vielmehr ist bei einer Annullierung ausschließlich Art. 15 VO 1371/2007 anzuwenden, der auf Art. 32 CIV²⁸ verweist. Die Norm sieht zwar in ihrem Abs. 1 S. 2 einen Schadens-

20 *Geib* (Fn. 6), § 651 k Rn. 30; *A. Staudinger*, in: R. Schulze (Hrsg.), BGB, 10. Aufl. Baden-Baden 2019, § 651 k Rn. 5; *Tonner* (Fn. 16), § 651 k Rn. 38;

21 Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. L 46, 1 ff.

22 *B. Steinrötter*, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht, 2020, Art. 9 Fluggastrechte-VO Rn. 28.

23 *Bergmann* (Fn. 17), § 18 a Rn. 127; *H. Hopperdietzel*, in: R. Schmid (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zur Fluggastrechte-Verordnung, 14. Ed. 2020; rechtspolitische Änderungsvorschläge unterbreitend: *Steinrötter* (Fn. 22), Art. 9 Fluggastrechte-VO Rn. 52.

24 EuGH Slg. 2011, I-3985 Rn. 23; NJW 2013, 921 (923).

25 Vgl. zum Anwendungsbereich Art. 3 der Fluggastrechteverordnung.

26 Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. L 315, 14 ff.

27 Ebenso: *H. Lindemann*, Neue Fahrgastrechte im Eisenbahnverkehr, TranspR 2011, 10 (13); *P. Meier*, in: M. Tamm/K. Tonner/T. Brönneke (Hrsg.), Verbraucherrecht, 3. Aufl. Baden-Baden 2020, § 18 b Rn. 44.

28 Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr in der Fassung des Protokolls von Vilnius in Kraft ab 1.7.2006.

ersatzanspruch vor, allerdings ist dieser nach Art. 32 Abs. 2 lit. a CIV bei außergewöhnlichen Umständen, zu denen die Corona-Krise ebenfalls zu zählen ist, ausgeschlossen. Eine weitergehende Unterstützungsverpflichtung existiert für Bahnreisen im Falle der Annullierung nicht. Insbesondere kann der auf Verspätungen bezogene Art. 18 VO 1371/2007 nicht analog auf die Annullierung angewendet werden, weil der Gesetzgeber durch die Fassung zu erkennen gibt, dass er das Problem gesehen hat, dessen Regelung aber allein dem CIV überlassen wollte.²⁹ Auch für Busreisen ergeben sich keine weitergehenden Rechte der Passagiere, die den Reiseveranstalter nach § 651 k Abs. 5 Nr. 1 BGB zu einer umfassenderen Übernahme der Hotelkosten zwingen würden. Gem. Art. 21 lit. b VO 181/2011³⁰ schuldet zwar der Beförderer die Übernahme von Hotelkosten bei einer Annullierung, allerdings darf er die Kostenübernahme auf maximal zwei Nächte beschränken, so dass die Vorgaben des § 651 k Abs. 4 BGB sogar weitergehend sind. Bei einer Reise mit einem Binnenschiff³¹ bleibt ebenfalls kein Raum für § 651 k Abs. 5 Nr. 1 BGB. Nach § 17 Abs. 2 VO 1177/2010³² ist der Beförderer bei einer Annullierung zur Übernahme von Hotelkosten an Land nur für die Dauer von drei Nächten und damit in gleichem Umfang, wie von § 651 k Abs. 4 BGB vorgesehen, verpflichtet. Dem Reisenden ist allerdings insoweit zumindest ein wenig geholfen, weil die Übernachtung an Bord nach dieser Vorschrift kostenlos zu erfolgen hat, so dass der Reiseveranstalter wenigstens hierfür keine weiteren Zahlungen verlangen kann.

Hat der Reisende Kosten für angefallene weitere Übernachtungen bereits gegenüber dem Hotel beglichen, so kann er unmittelbar aus § 651 k Abs. 4 BGB die Erstattung vom Reiseveranstalter verlangen.³³ Die Fassung der Norm ist ausreichend offen, um einen unmittelbaren Zahlungsan-

29 Siehe zur kompetenziellen Möglichkeit der abweichenden Regelung: *R. Freise*, in: R. Herber/C. Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 7, 4. Aufl. München 2020, COTIF, Einleitung Rn. 42 f.

30 Verordnung (EU) Nr. 181/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. L 55, 1 ff.

31 Vgl. dazu Art. 2 VO 1177/2010.

32 Verordnung (EU) Nr. 1177/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Fahrgastrechte im See- und Binnenschiffsverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. L 334, 1 ff.

33 *H. Brox/W. D. Walker*, Besonderes Schuldrecht, 43. Aufl. München 2019, § 28 Rn. 37; *C. Förster*, Das neue Pauschalreiserecht in Studium und Examen, JA 2018, 561 (567); *Geib* (Fn. 6), § 651 k Rn. 29; *Paulus*, Pauschalreisevertragsrecht (Fn. 17), JuS 2018, 647 (653); *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 k Rn. 52; für ein Verpflichtung zur Unterbringung dagegen: *Staudinger* (Fn. 20), § 651 k Rn. 5;

spruch zu tragen. Das Forderungsrecht beschränkt sich nicht darauf, dass der Reiseveranstalter eine Unterkunft selbst zur Verfügung stellen, sondern sie ist so ausgestaltet, dass er etwa anfallende Kosten übernehmen muss. Dies rechtfertigt es, aus der Norm selbst einen Anspruch auf Leistung des erforderlichen Geldbetrages abzuleiten.³⁴ Weil die für die Wartezeit gewählte Unterkunft zu der bisherigen gleichwertig sein soll, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Reisende in seinem aktuellen Hotel verbleibt. Eine bessere Vergleichbarkeit als die Fortsetzung der bestehenden Unterbringung dürfte sich kaum erreichen lassen, so dass ein solches Vorgehen dem Geist der Regelung vollauf entspricht.

II. Haftung des Leistungserbringers

Infolge der dargestellten Regelungen kann der Kunde sich zudem auch jeweils unmittelbar an den Leistungserbringer halten, soweit dieser nach den oben beschriebenen Grundsätzen³⁵ gemäß den europäischen Verordnungen zur Übernahme der Hotelkosten verpflichtet ist.³⁶ Dies erweist sich insbesondere für die Touristen als nützlich, die keine Pauschalreise³⁷ nach den §§ 651 a ff. BGB gebucht haben oder deren Reise die Beförderung nicht umfasst. In diesem Fall scheidet der Anspruch gegen einen Reiseveranstalter gem. § 651 k Abs. 4 BGB aus, so dass nur Rechte gegen den Leistungserbringer verbleiben. Auch befinden sich die Fluggesellschaften in einer deutlich schlechteren Position als die sonstigen Beförderungsunternehmen. Die Bahn bleibt von derartigen Ansprüchen vollkommen frei, Anbieter von Busreisen und von Binnenschiffahrten können ihre Kosten zumindest beschränken.³⁸

34 *Sorge* (Fn. 2), § 651 k Rn. 158.

35 Oben B. I. 2. b).

36 So wohl auch *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 k Rn. 38, der davon ausgeht, die Verpflichtungen der Leistungserbringer blieben „unberührt“.

37 Dazu *D. Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 15. Aufl. München 2020, § 36 Rn. 3 ff.; *D. Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. Aufl. München 2018, § 40 Rn. 1 ff.

38 Oben B. I. 2. b).

III. Ausgleich zwischen Reiseveranstalter und Leistungserbringer

Sind Reiseveranstalter und Leistungserbringer nicht identisch, stellt sich die Frage, wie die entstandenen Kosten zwischen beiden zu verteilen sind. Relevanz entfaltet dies nur insoweit, als in den Verträgen zwischen Veranstalter und Leistungserbringer keine hierauf bezogenen Bestimmungen aufgenommen sind. Existieren solche, gehen sie den gesetzlichen Vorgaben vor und verdrängen diese.³⁹ Andernfalls kann es zu einem gesetzlichen Regress nur kommen, soweit Reiseveranstalter und Beförderungsdienstleister Gesamtschuldner gem. § 421 BGB sind.⁴⁰ Dies ist der Fall, soweit der Reiseveranstalter nach § 651 k Abs. 4, Abs. 5 BGB und der Leistungserbringer nach den für ihn einschlägigen Vorgaben gemäß der europäischen Verordnungen verpflichtet sind. Sieht sich der Leistungserbringer einer Verpflichtung aus der Verordnung und der Reiseveranstalter einer solchen aus § 651 k Abs. 4 BGB⁴¹ ausgesetzt, dürfte unabhängig davon, wer in Anspruch genommen wird, an der grundsätzlichen Regel des § 426 Abs. 1 BGB festzuhalten sein, weshalb die Kosten nach Köpfen verteilt werden. Dies ergibt sich daraus, dass beide Schuldner gegenüber dem Reisenden einer eigenen, selbstständigen Verpflichtung unterliegen, so dass es angemessen ist, sie auch im Innenverhältnis gleich zu behandeln. Der in Anspruch Genommene kann mithin die Hälfte der aufgewendeten Ausgaben vom jeweils anderen erstattet verlangen. Reichen die Rechte gegen den Reiseveranstalter weiter als die gegen den Leistungserbringer, wie dies vor allem bei Bahn- und Busreisen der Fall ist,⁴² kommt für die überschießende Verpflichtung des Reiseveranstalters eine Ausgleichsmöglichkeit ohnehin nicht in Betracht, weil es insoweit bereits an der Gesamtschuldnerschaft fehlt.

Rechtlich schwieriger zu beurteilen ist dagegen die nur für die Luftbeförderung denkbare Situation, wonach auf Grund der Verpflichtung des Beförderers auch die des Reiseveranstalters wegen § 651 k Abs. 5 Nr. 1 BGB ausgedehnt wird. In einer solchen Konstellation dürfte die zumindest hälft-

39 S. Heinemeyer, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 8. Aufl. München 2019, § 426 Rn. 16; D. Looschelders, in: M. Löwisch (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2017, § 426 Rn. 5.

40 Siehe zu den Voraussetzungen J. D. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Berlin, Heidelberg 2010, Rn. 450 ff.

41 Also für die ersten drei Tage der Verzögerung, oben B. I. 2. a).

42 Oben B. I. 2. b).

tige Übernahmeverpflichtung des Leistungserbringers aus § 426 Abs. 1 BGB nicht in Zweifel zu ziehen sein, weil der Reiseveranstalter nicht schlechter stehen darf als im Anwendungsbereich des § 651 k Abs. 4 BGB. Blickt man allerdings auf die erkennbare Intention des § 651 k Abs. 5 Nr. 1 BGB, folgt hieraus sogar eine andere Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB⁴³ mit der Konsequenz, dass der Leistungserbringer die über die drei Übernachtungen hinausgehenden Mehrkosten im Innenverhältnis allein zu tragen hat. § 651 k Abs. 5 Nr. 1 BGB knüpft ebenso, wie die ihm zu Grunde liegende Vorgabe in Art. 13 Abs. 8 Pauschalreise-RL nur an die Verpflichtungen an, denen der Beförderer unterliegt, und erklärt diese als alleinigen Grund für die Ausweitung der Kostentragungspflicht des Reiseveranstalters. Offenbar soll damit dem Reisenden eine Verbesserung dadurch gewährt werden, dass er sich nicht mit zwei unterschiedlichen Schuldnern auseinandersetzen muss, sondern seine Ansprüche gebündelt gegen den Reiseveranstalter durchsetzen kann.⁴⁴ Dass damit aber zugleich eine auch nur teilweise Befreiung des Beförderers von den Kosten im Innenverhältnis gewollt war, lässt sich nicht erkennen, zumal Art. 22 Pauschalreise-RL gerade die Möglichkeiten zum Regress eröffnet und damit klarstellt, dass das Verhältnis nach außen nicht auch das nach innen beherrscht. Es ist vielmehr anzunehmen, dass sich die Privilegierung exklusiv auf den Reisenden erstrecken sollte. Betrachtet man diese Wertungen, zeigen sie, dass der Luftbeförderer, soweit seine Verpflichtung gem. § 651 k Abs. 5 Nr. 1 BGB auch eine Vermehrung der Ansprüche des Reisenden gegen den Reiseveranstalter bewirkt, diesen im Innenverhältnis vom Mehraufwand gänzlich freizustellen hat. Weil alleinige Bedingung für die Verpflichtung des Reiseveranstalters die des Beförderers ist, fordert die Wertung des Art. 22 Pauschalreise-RL die Auferlegung der finanziellen Nachteile im Innenverhältnis an den Beförderer.

43 Siehe zur Frage ungleichstufiger Gesamtschuldner, bei denen einer der Beteiligten nur für das Verschulden des anderen im Außenverhältnis einstehen muss: *M. Gehrlein*, in: H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 426 Rn. 11; *Heinemeyer* (Fn. 39), § 426 Rn. 22; *B. Kreße*, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht, 2020, § 426 BGB Rn. 73.

44 Als „Harmonisierung“ bezeichnet *Staudinger* (Fn. 20), § 651 k Rn. 5 dies. Von einem „Durchschlagen“ spricht die Gesetzgebung in BT-Drs. 18/10822, 81.

C. Stornierungskosten bei Absage durch den Reisenden

Von Relevanz sind des Weiteren mögliche Stornierungskosten, wenn der Reisende vom Vertrag zurücktritt, weil er im Zuge der Pandemie eine Reise nicht durchführen will. Teilweise äußern Kunden im Zusammenhang mit der Krise das Gefühl, dass die Reiseveranstalter mit Absagen ihrerseits möglichst lange zögern, um etwa vereinbarte Stornierungsgebühren verlangen zu können, wenn die Reisenden den Rücktritt erklären. Unabhängig davon, ob diese Eindrücke die Wahrheit widerspiegeln, könnte auch ein derartiges Vorgehen rechtlich die Verpflichtung zur vollen Rückzahlung des Reisepreises aber nicht vermeiden.

I. Rücktritt wegen Krankheitsgefahren

Nach § 651 h Abs. 1 S. 1 BGB darf der Reisende jederzeit vor Beginn der Reise⁴⁵ vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall entfällt nach § 651 h Abs. 1 S. 2 BGB der Anspruch auf den vereinbarten Reisepreis, allerdings steht nach Abs. 1 S. 3 der Vorschrift dem Reiseveranstalter eine angemessene Entschädigung zu. Diese ist entweder gem. § 651 h Abs. 2 S. 2 BGB konkret zu berechnen⁴⁶ oder kann durch angemessene Entschädigungspauschalen nach § 651 h Abs. 2 S. 1 BGB bereits im Vorfeld bestimmt werden.⁴⁷ Legt man dies zu Grunde, stünde dem Reiseveranstalter in der Tat die Möglichkeit offen, auf ein frühzeitiges Handeln des Reisenden zu spekulieren und so zumindest einen Teil des Reisepreises behalten zu können. Es wäre dann zu erwägen, ob das Ergebnis nicht auf Grund eines Schadensersatzanspruchs⁴⁸ oder im Rahmen des § 242 BGB zu korrigieren wäre.

Für derartige Kunstgriffe besteht aber kein Anlass, weil der Gesetzgeber diese Situation in § 651 h Abs. 3 BGB einer Lösung zugeführt hat. Hiernach kann nämlich durch den Reiseveranstalter keine Entschädigung verlangt werden, wenn am Reiseort oder in dessen unmittelbarer Nähe unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände auftreten, die die Durchführung der Pauschalreise oder die Beförderung an den Reiseort erheblich beein-

45 Siehe zum Begriff *Harke* (Fn. 8), § 651 h Rn. 15.

46 Hierzu: *Tonner* (Fn. 16), § 651 h Rn. 23 ff.

47 Dazu: *Staudinger* (Fn. 16), § 16 Rn. 12 ff.

48 Ein solcher wäre unter Annahme einer Schutzpflichtverletzung denkbar, da der Reiseveranstalter schnellstmöglich bekanntgeben muss, dass er seine Leistung nicht erbringen kann, um den Reisenden vor weiteren Nachteilen zu bewahren.

trächtigen. Mit der Fassung der Vorschrift, die sich an die Regelungen des ihr zu Grunde liegenden Art. 12 Abs. 2 Pauschalreise-RL anlehnt, nimmt der Gesetzgeber erkennbar Bezug auf Art. 5 Abs. 3 Fluggastrechteverordnung.⁴⁹ Insoweit sind nun parallele Strukturen geschaffen,⁵⁰ die die frühere Regelung für den Rücktritt vor Reisebeginn, die noch die „höhere Gewalt“⁵¹ in den Blick nahm, abgelöst haben. In der so genannten Corona-Pandemie bleiben die Änderungen aber ohne Belang. Diese ist in jedem Fall ein unvermeidbares und außergewöhnliches Ereignis im Sinne des § 651 h Abs. 3 BGB.⁵² Erwägungsgrund 31 der Pauschalreise-RL nennt explizit erhebliche Risiken für die menschliche Gesundheit, vor allem Ausbrüche schwerer Krankheiten. Zeigen sich damit gehäufte Corona-Erkrankungen am Reiseort oder in dessen Nähe,⁵³ ergibt sich bereits aus der Wertung des Erwägungsgrundes 31, dass der Reisende zum Rücktritt ohne Entschädigung berechtigt ist.⁵⁴ Doch selbst wenn am Reiseort kein erhöhtes Risiko besteht, werden typischerweise unvermeidbare und außergewöhnliche Umstände vorliegen. Existieren behördliche Maßnahmen,⁵⁵ nach denen entweder die Einreise in das Zielland unmöglich oder mit einer Quarantäne verbunden ist⁵⁶ oder wesentliche Aktivitäten vor Ort nicht erfolgen können, ist gleichermaßen die Durchführung der Reise erheblich beeinträchtigt. Dies gilt vor allem, falls die Hotels nicht geöffnet

-
- 49 *Bergmann/Blankenburg*, Umstände (Fn. 8), NJW 2019, 3678 (3680); *Geib* (Fn. 6), § 651 h Rn. 17; *H. Sprau*, in: O. Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl. 2019, § 651 h Rn. 11; *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 h Rn. 17.
- 50 So auch BT-Drs. 18/10822, 76.
- 51 Dazu ausführlich *A. Staudinger*, in: D. Kaiser (Red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2016, § 615 e Rn. 15 ff.
- 52 Epidemien waren auch schon als Fälle der höheren Gewalt nach § 651 j BGB a. F. anerkannt: *E. Führich*, Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht, NJW 1991, 2192 (2194); *A. Teichmann*, in: R. Stürner (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl. München 2018, 651 j Rn. 2; *K. Tonner*, Auswirkungen von Krieg, Epidemie und Naturkatastrophe auf den Reisevertrag, NJW 2003, 2783.
- 53 Zum Begriff: *S. Löw*, Pauschalreiserecht in Zeiten der Covid-19-Pandemie, NJW 2020, 1252 (1253).
- 54 Ebenso: *Löw*, Pauschalreiserecht (Fn. 53), NJW 2020, 1252 (1253); *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 27.
- 55 Auch OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 282 (283) erkennt grundsätzlich behördliche Maßnahmen an. Im konkreten Einzelfall (Ungültigkeit der Reisepässe) unter Bezugnahme auf die höhere Gewalt aber anders: *BGH*, NJW 2017, 2677 (2678 f.).
- 56 Anders aber offenbar *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 27.

haben,⁵⁷ aber auch dann, wenn keine ausreichende Bewegungsfreiheit besteht⁵⁸ oder lokale Sehenswürdigkeiten nicht besucht werden können. In all diesen Fällen kann die Reise nicht wie geplant verwirklicht werden, so dass ein Fall des § 651 h Abs. 3 BGB gegeben ist. Auch eine Reisewarnung der Bundesregierung oder des Auswärtigen Amtes führt regelmäßig zu einem kostenfreien Rücktrittsrecht vor Reisebeginn.⁵⁹

II. Rücktritt wegen drohender Nachteile nach Rückkehr

Als problematisch erweist sich allein die Situation, in der die Reise am Reiseort in keiner Weise beeinträchtigt ist, allerdings nach der Rückkehr mit einer Quarantäne im Heimatstaat gerechnet werden muss. Aktuell zeichnen sich derartige Konstellationen zwar nicht ab, es scheint aber denkbar, dass in Zukunft in bestimmten Staaten oder Teilen davon keine weiteren Maßnahmen gegen das Virus ergriffen werden und damit während der Reise keine Einschränkungen bestehen, jedoch nach Wiedereinreise zum Schutz der lokalen Bevölkerung im Heimatstaat Restriktionen gelten oder sogar eine Verpflichtung zur Quarantäne ausgesprochen wird. Betrachtet man den Wortlaut des § 651 h Abs. 3 BGB und des Art. 12 Abs. 2 Pauschalreise-RL, muss dieser Aspekt jedoch ohne Bedeutung bleiben. Es kommt nämlich allein darauf an, ob die Umstände, die am Bestimmungsort oder dessen unmittelbarer Nähe herrschen, die Durchführung der Pauschalreise oder die Beförderung der Reisenden an den Reiseort beeinträchtigen. Beides ist bei Maßnahmen, die erst nach der Rückkehr der Reisenden gegen sie verhängt werden, nicht gegeben. Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift muss ausscheiden. Infolge der klaren Fassung der Norm, die allein auf den Hintransport abstellt, scheint bereits eine planwidrige Regelungslücke⁶⁰ unwahrscheinlich, da der Gesetzgeber sich offenbar darüber bewusst war, dass er die Rückbeförderung so nicht erfasst. Jedenfalls fehlt es aber an der vergleichbaren Wertungslage.⁶¹ Die Durchführung der Reise inklusive der Beförderung fällt in den Risikobereich des Reiseveranstalters,

57 Für die Beschädigung des Hotels ebenso: *Tonner* (Fn. 16), § 651 h Rn. 45.

58 *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 h Rn. 46.

59 Im Ergebnis ebenso: *Löw*, Pauschalreiserecht (Fn. 53), NJW 2020, 1252 (1253); *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 27.

60 Grundlegend: *C.-W. Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. Berlin 1983.

61 Dazu näher: *P. Meier/F. Jocham*, Rechtsfortbildung – Methodischer Balanceakt zwischen Gewaltenteilung und materieller Gerechtigkeit, JuS 2016, 392 (396 f.).

der bei Fehlern nach § 651 i BGB auf Grund der Mangelrechte hierfür einzustehen hat. Es ist deshalb angezeigt, dem Reiseveranstalter den Lohn vollends zu versagen, wenn der Kunde wegen solcher Umstände, die ansonsten einen Mangel begründen würden, den Rücktritt schon vor Beginn der Reise erklärt.⁶² Maßnahmen, die nach der Rückkehr des Reisenden an seinen Heimatort eintreten, fallen dagegen in dessen Risikobereich. Ob der Reisende später einer Quarantäne unterliegt, steht außerhalb des Einflussbereichs des Reiseveranstalters. Er muss hierfür auch nicht objektiv einstehen, weil er lediglich die Erbringung der Reise als solche versprochen hat, nicht aber auch dafür garantiert, dass der Reisenden im späteren Verlauf keine Nachteile befürchten muss. Die Reise ist mit der Rückbeförderung abgeschlossen, weshalb auch die Einstandspflicht des Reiseveranstalters in diesem Moment endet. Es ist daher geboten, Aspekte, die die Durchführung der Reise selbst nicht betreffen, im Rahmen des Rücktritts vor Reisebeginn unberücksichtigt zu lassen und somit dem Reiseveranstalter einen Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 651 h Abs. 1 S. 3 BGB zu gewähren. Die Ausnahmvorschrift des § 651 h Abs. 3 BGB, die als solche zwar nicht generell analogieunfähig,⁶³ aber im Allgemeinen eng zu verstehen ist,⁶⁴ darf auf diese Konstellation nicht erstreckt werden. Drohen dem Reisenden erst Einschränkungen nach Abschluss der Pauschalreise, verbleibt es bei den allgemeinen Regeln, so dass eine Kündigung des Reisenden eine Entschädigungspflicht zu Gunsten des Reiseveranstalters auslöst.

62 So im Ergebnis auch *Harke* (Fn. 8), § 651 h Rn. 45, der davon ausgeht, eine Erheblichkeit bestehe erst, wenn der Reisende den Reisepreis um wenigstens 50 % mindern könne.

63 *Meier/Jocham*, Rechtsfortbildung (Fn. 61), JuS 2016, 392 (395); *F. Rosenkranz*, Die Auslegung von „Ausnahmvorschriften“, JURA 2015, 783 (787); *D. Schneider*, Singularia non sunt extendenda, JA 2008, 174 ff.; *M. Würdinger*, Ausnahmvorschriften sind analogiefähig!, JuS 2008, 949.

64 Dazu *M. Würdinger*, Die Analogiefähigkeit von Normen. Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmvorschriften und deklaratorische Normen, ACP 206 (2006), 946 (960 f.).

D. Insolvenzversicherung

I. Geltende Lage im deutschen Recht

Sollte es im Zuge der Corona-Krise zu einer Insolvenz eines Reiseveranstalters kommen, rückt die Vorschrift des § 651 r BGB in den Blickpunkt. Sie verpflichtet in ihrem Abs. 1 den Reiseveranstalter, für eine Insolvenzabsicherung zu sorgen, die dafür einsteht, dass der Reisende insoweit den Reisepreis erstattet bekommt, als Reiseleistungen infolge der Insolvenz entfallen sind⁶⁵ oder der Reisende nochmals an einzelne Leistungserbringer Zahlungen entrichten muss.⁶⁶ Zugelassen als Insolvenzabsicherer sind nach § 651 r Abs. 2 S. 1 BGB ausschließlich in Deutschland zum Betrieb befugte Versicherungen oder Kreditinstitute. Dies scheint auf den ersten Blick den Reisenden umfassend zu schützen. Als problematisch und für den Kunden potentiell riskant erweist sich allerdings die Beschränkung des § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB, wonach der Kundengeldabsicherer seine Einstandspflicht auf 110 Millionen € je Jahr begrenzen darf. Bereits die Insolvenz des Reiseveranstalters *Thomas Cook* hat belegt, dass diese Grenze offensichtlich weit unter den drohenden Schäden im Falle einer Insolvenz angesetzt ist.⁶⁷ Betrachtet man exemplarisch die *TUI AG*, zeigt sich, dass diese im Geschäftsjahr 2018/2019 einen Umsatz von über 18 Milliarden € erwirtschaftete,⁶⁸ so dass das Schadenspotenzial durch die Versicherungshöchstgrenze noch nicht einmal annähernd abgedeckt ist. Bei der Schaffung der Grenze des § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB hat der Gesetzgeber schlicht die unter altem Recht bestehende Summe fortgeschrieben und sich dabei an den bisherigen Schadensereignissen orientiert.⁶⁹

65 Dazu näher: *D. Blankenburg*, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), *beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht*, 2020, § 651 r BGB Rn. 30 ff.

66 Siehe hierzu: *Blankenburg* (Fn. 65), § 651 r BGB Rn. 32 ff.

67 Siehe dazu auch: BT-Drs. 19/16990, 3.

68 So der Geschäftsbericht der TUI AG.

69 BT-Drs. 18/10822, 89.

II. Europarechtliche Vorgaben

Die Europarechtskonformität der deutschen Umsetzung wurde und wird allerdings wiederholt⁷⁰ und zu Recht bestritten.⁷¹ Art. 17 Abs. 2 S. 1 Pauschalreise-RL gebietet, dass die Insolvenzsicherheit wirksam sein und zudem in der Lage sein muss, die nach vernünftigem Ermessen voraussehbaren Kosten abzudecken. Nach dem erläuternden Erwägungsgrund 40 der Pauschalreise-RL ist beabsichtigt, den Schutz derart zu bemessen, dass alle vorhersehbaren Zahlungen inklusive der Kosten der Rückbeförderung abgedeckt werden. Dazu soll der Gesamtumsatz des jeweiligen Reiseveranstalters in den Blick genommen werden, um anhand dessen bestimmen zu können, welche Summe für die Insolvenzabsicherung erforderlich ist. Nur sehr unwahrscheinliche Risiken dürfen außer Betracht bleiben. Hierunter fallen nach Erwägungsgrund 40 insbesondere die gleichzeitige Insolvenz mehrerer Reiseveranstalter. Betrachtet man im Verhältnis zu den europäischen Vorgaben jedoch die deutsche Vorschrift, so zeigt sich, dass eine Grenze, die lediglich geringfügig mehr als ein halbes Prozent des Jahresumsatzes des größten Reiseveranstalters abdeckt, keinesfalls genügen kann, um den Anforderungen der Pauschalreise-RL gerecht zu werden.⁷² Spätestens seit der Insolvenz des Reiseveranstalters *Thomas Cook* im September 2019 wurde die Ineffizienz des deutschen Rechts an dieser Stelle offenkundig.⁷³ Gleichwohl hat der Gesetzgeber nicht reagiert und insoweit keine Vorkehrungen getroffen, so dass zumindest im Anschluss an dieses Ereignis eine Begrenzung auf 110 Millionen € nicht nur ganz unwahrscheinliche Risiken außer Acht lässt. Vor den Anforderungen des Art. 17 Abs. 2

-
- 70 P. Hueck, Neues Pauschalreiserecht, alte Insolvenzabsicherungsproblematik – Vorschläge für einen unionsrechtskonformen Reisendenschutz in Deutschland, RRA 2019, 254 (255 ff.); B. M. Quarch, Rezension zu Reiserecht – Handbuch des Pauschalreise-, Reisevermittlungs-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts, NZV 2020, 34; Staudinger (Fn. 16), § 16 Rn. 23; A. Staudinger, Kundengeldabsicherung bei Pauschalreisen sowie Luftbeförderung de lege lata und ferenda, r+s 2018, 2 (5); K. Tonner, Die Pauschalreiserichtlinie lässt dem Umsetzungsgesetzgeber kaum Spielraum – Zum RegE eines Dritten Reiserechtsänderungsgesetzes, RRA 2017, 5 (8); Tonner (Fn. 16), § 651 r Rn. 24; offen: A. Baumgärtner, in: H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 651 r Rn. 41.1.
- 71 Differenzierend: Blankenburg (Fn. 65), § 651 r Rn. 67, der vor der Insolvenz von Thomas Cook die Europarechtskonformität bejahte, nun aber ausschließt.
- 72 Zweifelnd auch: Baumgärtner (Fn. 70), § 651 r Rn. 41.1.
- 73 Ebenso: Baumgärtner (Fn. 70), § 651 r Rn. 41.1; Blankenburg (Fn. 65), § 651 r Rn. 67.

S. 1 Pauschalreise-RL kann demnach § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB keinen Bestand haben.⁷⁴

III. Rechtsfolgen

1. Verpflichtung des Absicherers

Als problematisch erweisen sich jedoch die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die RL. Die Beschränkungsmöglichkeit in § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB bezieht sich zunächst auf die Verpflichtung des Reiseveranstalters.⁷⁵ Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob Kunden, wenn der Insolvenzabsicherer seine Haftung durch Vereinbarung mit dem Reiseveranstalter auf die genannte Summe begrenzt hat, dennoch von diesem in voller Höhe die Begleichung ihrer Ansprüche verlangen können.⁷⁶ Nach § 651 r Abs. 4 S. 1 BGB muss der Reisevermittler dafür sorgen, dass der Reisende einen unmittelbaren Anspruch gegen den Insolvenzabsicherer erlangt.⁷⁷ Es ergeben sich damit direkte Forderungsrechte zwischen Kunde und Sicherungsgeber. Zudem kann sich wegen § 651 r Abs. 4 S. 2 BGB der Insolvenzabsicherer nicht auf Einreden berufen, die aus dem Vertrag zwischen ihm und dem Reiseveranstalter herrühren. Dieses allgemeine Verbot wird allein über die von § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB zugelassene Möglichkeit der Begrenzung eingeschränkt, so dass auch diese mit der Existenz der Norm steht und fällt. In der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass derartige beschränkende Normen, soweit sie sich als europarechtswidrig erweisen, unangewendet bleiben müssen und damit die europäischen Vorgaben mittelbar auch belastend für Private wirken können.⁷⁸ Dem soll das Verbot, Pflichten von Privaten direkt aus einer unmittelbar anzuwendenden

74 Wie hier: *Hueck*, Insolvenzabsicherungsproblematik (Fn. 70), RRA 2019, 254 (255 ff.); *Quarch*, Rezension (Fn. 70), NZV 2020, 34; *Staudinger* (Fn. 16), § 16 Rn. 23; *ders.*, Kundengeldabsicherung (Fn. 70), r+s 2018, 2 (5); *Tonner*, Spielraum (Fn. 70), RRA 2017, 5 (8); *ders.* (Fn. 16), § 651 r Rn. 24.

75 Nur der Reiseveranstalter ist nach § 651 r Abs. 1 S. 1 BGB dem Kunden gegenüber verpflichtet.

76 In der Insolvenz von Thomas Cook hat sich die Frage nicht gestellt, da die Bundesregierung angekündigt hat, alle Schäden selbst zu übernehmen. Siehe dazu die Mitteilung der Bundesregierung vom 11.12.2019.

77 Insoweit wird ein Vertrag zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB abgeschlossen. Vgl. hierzu: *Baumgärtner* (Fn. 70), § 651 r Rn. 29; *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 r Rn. 25; *Tonner* (Fn. 16), § 651 r Rn. 26.

78 EuGH Slg. 2010, I-393 Rn. 44 ff.

Richtlinie abzuleiten,⁷⁹ nicht entgegenstehen,⁸⁰ wenn die grundlegende Obligation bereits im nationalen Recht angelegt ist.⁸¹ So liegt der Fall hier, weshalb der Kundengeldabsicherer unbegrenzt gegenüber den Reisenden haften muss. Die vermeintliche Beschränkung wirkt daher wegen § 651 r Abs. 4 S. 2 BGB nicht zu seinen Gunsten, mit der Folge, dass der Sicherungsgeber für alle Schäden einzustehen hat, die bei einem Reisenden anfallen.⁸² Weil der nationale Gesetzgeber eine feste Grenze gezogen und damit keine ordnungsgemäße Wertentscheidung getroffen hat, kann die Einschränkung auch nicht im Rahmen dessen, was von Art. 17 Abs. 2 S. 1 Pauschalreise-RL noch als zulässig angesehen wird, aufrechterhalten bleiben.⁸³ Insoweit wäre nämlich entweder eine auf jedes Unternehmen spezifisch zugeschnittene Höchstgrenze oder eine prozentuale Beschränkung bezogen auf den Umsatz des Reiseveranstalters erforderlich. Weil aber der Gesetzgeber in § 651 r BGB keine dieser Maßnahmen ergriffen hat und die starre Grenze auf Grund europäischen Rechts unangewendet bleiben muss, existiert kein Anknüpfungspunkt für eine geltungserhaltende Reduktion. Es steht nämlich nicht fest, was der deutsche Gesetzgeber entschieden hätte, wenn er eine europarechtskonforme Regelung getroffen hätte. Jede erhaltende Maßnahme würde sich daher als Spekulation darstellen und sich damit vom Willen des Gesetzgebers lösen. Hierfür besteht allerdings weder Anlass noch Befugnis, so dass § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB im Wege der europarechtskonformen Rechtsfortbildung⁸⁴ in Gänze unangewendet bleiben muss. Eine Einstandspflicht des Versicherers in voller Höhe ist damit unvermeidlich.

79 EuGH, Slg. 1986, 723 Rn. 48; Slg. 1994, I-3325 Rn. 20 ff.; Slg. 2005, I-3565 Rn. 73.

80 *M. Nettesheim*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 68. EL: 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 163; *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 81; dazu aber krit.: *M. Hilf*, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, 1 (10 f.).

81 Insoweit besteht nach dem EuGH eine Verpflichtung zur Fortbildung des nationalen Rechts innerhalb der Grenzen des methodisch Erlaubten: EuGH Slg. 1999, I-905 Rn. 22 ff.; Slg. 2000, I-4941 Rn. 30; Slg. 2004 I-8835 Rn. 113 ff.; Slg. I 2006, 6091 Rn. 108 ff.

82 In diese Richtung auch: *Baumgärtner* (Fn. 70), § 651 r Rn. 41.1; letztlich ebenso durch eine europarechtskonforme Rechtsfortbildung: Staudinger/Achilles-Pujol (Fn. 10), § 7 Rn. 68.

83 Wohl ebenso: *Baumgärtner* (Fn. 70), § 651 r Rn. 41.1.

84 Siehe dazu allgemein: C. Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, München 2006.

2. Staatshaftung

a) Gegenüber den Reisenden

Für die Bundesrepublik Deutschland besteht darüber hinaus in doppelter Hinsicht die Gefahr einer potentiellen Staatshaftung. Kann der Kunden-geldabsicherer, der nur auf eine Höchstsumme von 110 Millionen € eingestellt war, nicht sämtliche Ansprüche der Reisenden erfüllen, steht diesen ein unmittelbarer Regressanspruch gegen den Staat zu. Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich insoweit direkt aus Europarecht eine Verpflichtung zum Ausgleich für legislatives Unrecht, wenn Mitgliedstaaten eine Richtlinie nicht korrekt umsetzen.⁸⁵ Ein ausreichend qualifizierter Verstoß ist zu bejahen, da spätestens seit der Insolvenz von *Thomas Cook* der bereits seit Langem von einer Vielzahl von Autoren beklagte⁸⁶ Missstand offenkundig ist, ohne dass der Gesetzgeber Maßnahmen ergriffen hätte.⁸⁷ Zudem ist die mangelnde Geeignetheit der deutschen Maßnahmen schon bei einem nur oberflächlichen Vergleich zwischen Umsatz und damit potentielltem Insovenzschaden und Absicherungshöhe erkennbar. Der zu ersetzende Schaden besteht darin, dass bei zutreffender Umsetzung der Absicherer gezwungen gewesen wäre, umfangreichere Rücklagen zu bilden und etwaige Rückversicherungen abzuschließen, so dass er auch alle an ihn gestellten Ansprüche erfüllen könnte. Kommt es hierzu auf Grund des staatlichen Versagens nicht, hat die Bundesrepublik Deutschland den Differenzbetrag als Schaden zu erstatten.

b) Gegenüber dem Absicherer

Zugleich können aber auch Forderungen des Sicherungsgebers an die Bundesrepublik Deutschland gestellt werden.⁸⁸ Dieser wird nämlich in seinem Vertrauen auf die korrekte Umsetzung enttäuscht, wenn er sich auf

85 Siehe bereits zu bisherigen Fällen der Staatshaftung bei fehlender Insolvenz-sicherung im Reiserecht: EuGH Slg. 1996 I-4845; Slg. 1999, I-3499; BeckRS 2014, 80245; NJW-RR 2019, 940 (941 f.). Ebenfalls eine Staatshaftung der Bundesrepublik für diesen Fall bejahend: *Baumgärtner* (Fn. 70), § 651 r Rn. 41.1; zweifelnd: *Blankenburg* (Fn. 65), § 651 r Rn. 69.1 f.; *Staudinger* (Fn. 16), § 12 Rn. 23.

86 Siehe zur früheren Diskussion: *Tonner* (Fn. 16), § 651 r Rn. 21.

87 Dies sieht nun auch *Blankenburg* (Fn. 65), § 651 r Rn. 69.2 als problematisch an. Wie hier auch: *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 70

88 Ebenso: *Baumgärtner*, § 651 r (Fn. 70), Rn. 41.1.

die durch § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB ausgesprochene Haftungsobergrenze nicht verlassen kann, sondern in deutlich größerem Umfang als nach seiner begründeten Kalkulation vorgesehen, herangezogen wird. In den Entscheidungen des EuGH ist bislang nur die Situation behandelt worden, dass einem Privaten Vorzüge aus einer Richtlinie deshalb entgehen, weil sie nicht in das nationale Recht implementiert wurden.⁸⁹ Gleichwohl muss aber ein Schadensersatzanspruch nach denselben Regeln auch dann gewährt werden, wenn sich eine Person auf die durch das nationale Gesetz ausgesprochenen Regelungen verlässt und insoweit Dispositionen trifft, die sich später wegen der Europarechtswidrigkeit der nationalen Norm als verfehlt erweisen.⁹⁰ Der Bürger ist nicht weniger schutzwürdig, wenn er einen durch das europäische Recht vorgesehenen Anspruch nicht erlangt, als wenn er auf vermeintlich wirksame Zusagen, die durch das nationale Recht abgegeben werden, vertraut.⁹¹ Auch in diesem Fall muss ihm ein finanzieller Ausgleich gewährt werden, weil seine Nachteile auf der fehlerhaften Umsetzung des europäischen Rechts beruhen. Der Schaden des Absicherers besteht zumindest darin, dass er andernfalls weitaus höhere Prämien hätte durchsetzen können. Die Differenz zwischen den verlangten und den bei voller Absicherung angemessenen Prämien hat ihm die Bundesrepublik Deutschland zu ersetzen. Kann der Kundengeldabsicherer nachweisen, dass er bei Kenntnis der vollen Einstandspflicht weitergehende Maßnahmen, insbesondere Absicherungen über Rückversicherungen, getroffen hätte, muss ihm der Staat auch die hieraus entstehenden Schäden kompensieren. Diese belaufen sich auf den durch die Rückversicherung erstatteten Beträge abzüglich der im Vorfeld gezahlten Prämien.

3. Vertragsverletzungsverfahren

Schließlich droht auch ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV durch die EU-Kommission, so dass dem nationalen Gesetzgeber dringend anzuraten ist, § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB schnellstmöglich derart an-

89 Grundlegend: EuGH, Slg. 1991, I-5357.

90 T. Giegerich, Europarechtskonträre Staatshaftung? – Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Pflichtenstellung Privater nach dem Karlsruher Honeywell-Dictum, EuR 2012, 373 ff.; P. Meier, Der Widerruf eines Teilzeit-Wohnrechte-Vertrags nach der Verbraucherrechterichtlinie, ZfR 2014, 799 (803).

91 Giegerich, Staatshaftung (Fn. 90), EuR 2012, 373 ff.; Meier, Widerruf (Fn. 90), ZfR 2014, 799 (803); zustimmend auch Baumgärtner (Fn. 70), § 651 r Rn. 41.1.

zupassen, dass er die Vorgaben des Art. 17 Pauschalreise-RL korrekt in das nationale Recht transformiert.

E. Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises

I. Aktuelle Lage

Kann die Reise insgesamt oder in Teilen auf Grund der gesundheitlichen Lage oder behördlicher Verbote nicht durchgeführt werden, liegt ein Reisemangel vor. Ein solcher besteht nämlich auch dann, wenn eine Reise überhaupt nicht erbracht wird oder sogar unmöglich ist, so dass es auf deren Antritt nicht ankommt. Diese zum alten Recht noch durchaus umstrittene Frage⁹² ist nunmehr legislativ in § 651 i Abs. 2 S. 3 BGB entschieden. Es sind demnach die gesetzlichen Mangelrechte in diesen Situationen heranzuziehen;⁹³ das allgemeine Leistungsstörungenrecht findet keine Anwendung.⁹⁴ Der Reisende kann mithin die Rückzahlung nicht schon nach § 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB verlangen, sondern ist darauf verwiesen, den Vertrag nach § 651 i Abs. 3 Nr. 5 i.V.m. § 651 I Abs. 1 S. 1 BGB zu kündigen, um so die Vertragsbeziehung insgesamt zum Erlöschen zu bringen. Geleistete Zahlungen sind, soweit die Reise insgesamt nicht erbracht werden kann,⁹⁵ komplett nach § 651 I Abs. 2 S. 2 HS. 2 BGB zu erstatten. Alternativ kann der Kunde nach § 651 m Abs. 2 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB die Rückgewähr des bisher gezahlten Preises wegen der nach § 651 m Abs. 1 S. 1 BGB eintretenden Minderung verlangen. Fällt die Reise insgesamt aus, beträgt der Minderungsbetrag stets die volle Höhe.⁹⁶ Weil die Minderung ipso iure wirkt,⁹⁷ muss der Reisende keine weiteren Maßnahmen ergreifen, um einen Anspruch auf Rückzahlung zu erlangen. Er steht somit im Ergebnis ebenso wie bei der Anwendung von § 326 Abs. 1 S. 1

92 Dazu A. Teichmann, Die Struktur der Leistungsstörungen im Reisevertrag, JZ 1979, 737 ff.

93 So bereits unter altem Recht: BGHZ 97, 255 (259 ff.); BGHZ 100, 157 (180 f.).

94 Geib (Fn. 6), § 651 i Rn. 3; Sprau (Fn. 49), § 651 i Rn. 2; Tonner (Fn. 16), § 651 i Rn. 34.

95 Soweit Teile schon erbracht sind, bleibt der Anspruch nach § 651 Abs. 2 S. 1 BGB bestehen.

96 Ebenso: A. S. Kramer, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht, 2020, § 651 m BGB Rn. 127 (für eine Teilleistung).

97 Staudinger (Fn. 20), § 651 m Rn. 1, Steinrötter (Fn. 8), § 651 m Rn. 8.

BGB. Die Rückgewähr ist grundsätzlich in Geld geschuldet.⁹⁸ Andere Angebote des Reiseveranstalters, insbesondere Gutscheine, muss der Reisende nicht akzeptieren.⁹⁹ Es steht ihm allerdings natürlich gleichwohl frei, eine alternative Leistung an Erfüllung statt nach § 364 BGB anzunehmen;¹⁰⁰ der Reiseveranstalter kann ihn hierzu aber nicht zwingen.

Grundsätzlich dasselbe gilt, wenn lediglich die isolierte Beförderung geschuldet ist. Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. a der Flugastrechteverordnung hat der Reisende bei der Annullierung des Fluges Anspruch auf die volle Erstattung des für das Ticket gezahlten Preises. Dasselbe gilt nach Art. 19 Abs. 4 VO 181/2011 für Busreisen, wobei dessen Abs. 5 S. 4 sogar explizit bestimmt, dass die Rückzahlung in Geld zu erfolgen hat. Art. 18 Abs. 2 VO 1177/2010 regelt die Rückgewähr des Reisepreises für den Fall einer Nichtbeförderung mit einem Binnenschiff, wobei Art. 18 Abs. 3 VO 1177/2010 dem Beförderer als Erstattungsmodalitäten ausschließlich die Barzahlung, die elektronische Überweisung, die Gutschrift oder die Leistung per Scheck erlaubt und so ebenfalls deutlich macht, dass der Reisende nur Geld akzeptieren muss. Allein bei einer Reise mit der Bahn ergibt sich der Erstattungsanspruch nicht klar aus europäischem Recht. Art. 32 CIV, auf den Art. 15 VO 1371/2007 verweist, enthält nur Regelungen zum Schadensersatz, nicht aber auch solche für die Rückzahlung des Fahrpreises bei einem vollständigen Entfall der Leistung. Auch aus Art. 16 lit. a VO 1371/2007 wird man eine derartige Verpflichtung nicht entnehmen können.¹⁰¹ Die Norm richtet sich bereits nach ihrem Wortlaut ausschließlich auf eine Verspätung, nicht aber auch auf die Annullierung;¹⁰² gegen ihre analoge Anwendung spricht, dass die Annullierung durch das CIV bestimmt wird. Zwar sind dort keine Regeln zur Rückzahlung des Fahrpreises getroffen, so dass die internationalen Vorgaben insoweit keine Sperrwirkung für das europäische Recht entfalten können. Allerdings hat sich der europäische Gesetzgeber einer Regelung der Annullierung insgesamt enthalten und in diesem Bereich allein auf die

98 *Geib* (Fn. 6), § 651 m Rn. 11; *Kramer* (Fn. 96), § 651 m Rn. 176; *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 m Rn. 30; *Staudinger* (Fn. 16), § 21 Rn. 32.

99 *Kramer* (Fn. 96), § 651 m BGB Rn. 176; *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 m Rn. 30; *Tonner* (Fn. 16), § 651 m Rn. 19.

100 Dazu: *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 19 ff.

101 Unklar aber die Bekanntmachung der Kommission vom 18.03.2020 „Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19“, Nr. 4.2, die nicht eindeutig macht, ob sie Art. 16 auch auf Annullierungen anwenden will.

102 *Lindemann*, *Fahrgastrechte* (Fn. 27), *TranspR* 2011, 10 (13); *Meier* (Fn. 27), § 18 b Rn. 44.

Normen des CIV verwiesen. Es ist deshalb systematisch nicht angezeigt, eine Vorschrift über die Verspätung entsprechend anzuwenden. Vielmehr verhält sich die Verordnung selbst zur Annullierung überhaupt nicht, weshalb aus ihr auch keine Vorgaben für derartige Konstellationen abgeleitet werden können. Auf Grund der Lücke, die sowohl das internationale Übereinkommen als auch die europarechtliche Verordnung lassen, verbleibt es beim nationalen Recht.¹⁰³ Weil der Vertrag über den Transport von Menschen werkvertraglichen Charakter hat¹⁰⁴ und damit die §§ 631 ff. BGB anzuwenden sind, kann der Unternehmer die Zahlung erst verlangen, wenn er selbst die von ihm geschuldete Leistung erbracht hat. Da diese jedoch insgesamt nicht durchgeführt werden kann, wird sie nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, so dass auch der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfällt. Dies gilt hier auch vor dem Hintergrund, dass Beförderungsleistungen von der h. M. nicht als absolute Fixgeschäfte eingeordnet werden.¹⁰⁵ Wird nämlich der Flug nicht verschoben, sondern entfällt er komplett, liegt eine Annullierung vor, die dazu führt, dass dieser Flug nicht mehr ausgeführt werden kann und damit dauerhaft unterbleibt.¹⁰⁶ Infolgedessen tritt hinsichtlich der gebuchten Beförderung Unmöglichkeit ein. Der Rückzahlungsanspruch ergibt sich demnach im deutschen Recht aus § 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB.

II. Reformüberlegungen des Gesetzgebers

1. Rechtspolitische Planungen

Um die Reiseveranstalter zu schützen und um ihre Liquidität zu sichern, erwägt der Bundesgesetzgeber allerdings eine Änderung des BGB, wonach

103 Vgl. zur Beziehung zwischen nationalem und internationalem Recht im Bereich der Bahnreisen: Meier (Fn. 27), § 18 b Rn. 7; im Ergebnis wie hier: A. Staudinger, Zweifelsfragen der Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, EuZW 2008, 751 (753).

104 BGHZ 62, 71 (75); BGH NJW 1969, 2014 (2015).

105 BGH NJW 2009, 2743 (2743 f.); OLG Frankfurt NJW 2018, 3591; ausführlich dazu: A. Staudinger, Wider die Qualifikation des Luftbeförderungsvertrages als absolutes Fixgeschäft sowie die Relevanz des Mängelrechts, RRA 2005, 249 (251 ff.); anders noch: OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 930; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1997, 1136.

106 Siehe zur Unterscheidung zwischen Annullierung und Verspätung: EuGH, Slg. 2009, I-10923 Rn. 36.

bei Reiseausfällen auf Grund der Corona-Krise der Reiseveranstalter statt der Rückgewähr in Geld Gutscheine an den Reisenden überlassen kann.¹⁰⁷ Auch wenn die genauen Details bislang offen sind,¹⁰⁸ stellt ein solches Vorgehen in jedem Fall eine spürbare Beschränkung der Rechte der Reisenden dar. Der Gutschein hat darlehensähnlichen Charakter,¹⁰⁹ weil der Reisende die Geldzahlung bereits jetzt erbringt, die Gegenleistung in Form der Reiseleistung aber erst in mehr oder weniger ferner Zukunft zu erhalten hofft. Insoweit trägt der Reisende das Insolvenzrisiko des Reiseveranstalters, der möglicherweise in der Zwischenzeit seinen Geschäftsbetrieb einstellen muss und daher seine Verpflichtung nicht mehr erfüllen kann. Zwar dürften auch die Gutscheine von der Insolvenzsicherung des § 651 r BGB erfasst sein,¹¹⁰ allerdings geht jedenfalls von der Begrenzung des § 651 r Abs. 3 S. 3 BGB eine erhebliche Gefahr für den Reisenden aus. Dies gilt selbst, wenn sie europarechtskonform gestaltet wäre,¹¹¹ weil auch dann ein vom Richtlinienseiter toleriertes Restrisiko verbleibt. Darüber hinaus hat der Reisende möglicherweise Zins- und Inflationsnachteile. Er kann die Summen nicht anderweitig investieren und erleidet unter Umständen einen Nachteil schon deshalb, weil bis zur Einlösung des Gutscheins eine Geldentwertung erfolgt ist. Nicht zuletzt widerspricht die Gutscheinlösung in einigen Fällen auch insoweit den Interessen des Reisenden, weil er nur einmalig für diese Reise mit diesem Reiseveranstalter buchen wollte oder auf absehbare Zeit keinen weiteren Urlaub mehr plant. Dies dürfte vor allem bei Reisen aus besonderen Anlässen (z.B. Hochzeitsreise) der Fall sein, die in aller Regel nicht zu einem anderen Zeitpunkt nachgeholt werden; ob der Reisende eine andere Reise in vergleichbarem Umfang plant oder wünscht, ist offen und kann möglicher-

107 Siehe dazu die Mitteilung bei becklink 2016104.

108 Siehe den Beschluss des „Corona-Kabinetts“ vom 02.04.2020 und die Pressemitteilung des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung Nr. 118.

109 So auch die Stellungnahme der Verbraucherzentralen, becklink 2015987.

110 Weil die Norm auf den „Reisepreis“ Bezug nimmt, dürfte es wohl keine Rolle spielen, ob dieser schon mit einer bestimmten, konkretisierten Reiseleistung in Verbindung steht oder vorerst abstrakt für eine noch näher auszugestaltende Verpflichtung geleistet wird. Eine solche Auslegung gebietet jedenfalls der Sinn und Zweck der Norm, die den Reisenden schützen will, weil er regelmäßig weit im Vorfeld leisten muss (*Baumgärtner* (Fn. 70), § 651 r Rn. 1; *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 r Rn. 4). Unklar aber *Staudinger* (Fn. 16), § 12 Rn. 12, der davon ausgeht, nur solche Leistungen seien erfasst, die nach dem Abschluss des Pauschalreisevertrages erbracht werden. Siehe nunmehr aber: *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 61 ff.

111 Dazu oben: D. II. und III.

weise aktuell auch noch nicht bestimmt werden. Wie sich die Lage des Reisenden in Zukunft darstellen und ob er über die Möglichkeiten verfügt, eine vergleichbare Reise erneut anzutreten,¹¹² wird auf diese Weise seinem Risiko überantwortet. Auch wenn der Gesetzgeber durch staatliche Garantien oder besondere Möglichkeiten, dennoch die Auszahlung zu fordern, einen Teil der Nachteile abwenden würde,¹¹³ verbliebe letztlich gleichwohl eine spürbare Verschlechterung der Position des Reisenden.

2. Rechtliche Bewertung

Die rechtspolitischen Fragestellungen können aber im Ergebnis offenbleiben. Eine derartige Änderung kann durch den deutschen Gesetzgeber unabhängig von verfassungsrechtlichen Fragen¹¹⁴ ganz überwiegend selbstständig nicht erfolgen, weil sie sich in Widerspruch zum europäischen Recht setzen würde.¹¹⁵ Dies wird besonders plastisch für die Flug-, Bus- und Binnenschifffahrtsreisen. Hier ergeben sich die Rechte des Kunden unmittelbar aus einer europäischen Verordnung, die durch den deutschen Gesetzgeber bereits kompetenziell nicht geändert werden kann.¹¹⁶ Eingriffe des Bundestages verbieten sich an dieser Stelle von vornherein.

Doch auch im Reisevertragsrecht lassen sich die angedachten Änderungen nicht durch eine Entscheidung des nationalen Gesetzgebers verwirklichen. Die Verpflichtung zur Rückzahlung in Geld ist nämlich durch die Pauschalreise-RL determiniert und entzieht sich daher einer Gestaltung durch die deutsche Legislative. Gem. Art. 4 Pauschalreise-RL ist diese vollharmonisierend, so dass dem nationalen Gesetzgeber weder Abweichun-

112 Dabei kommt es nicht zuletzt auch auf die Frage an, ob der oder die Reisenden später noch Zeit finden werden, eine Reise dieses Umfangs anzutreten.

113 In diese Richtung weisen zumindest die Beschlüsse des „Corona-Kabinetts“ vom 02.04.2020 und die Pressemitteilung des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung Nr. 118.

114 Diese bestehen vor allem in den Fragen zur Zulässigkeit der Rückwirkung. Siehe dazu: *H. Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. München 2010, § 17 Rn. 101 ff.; *H. Sodan/J. Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, 8. Aufl. München 2018, § 7 Rn. 45 ff.

115 Anders aber unter Bezugnahme auf Wertungen des Primärrechts: *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 114 ff.

116 Siehe auch die Bekanntmachung der Kommission vom 18.03.2020 „Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19“, Nr. 2.2.

gen in die eine noch in die andere Richtung gestattet sind.¹¹⁷ Zudem ist der völlige Ausfall der Reise vom Anwendungsbereich der RL erfasst, wie Art. 13 Abs. 3 Pauschalreise-RL klarstellt, der allgemein von Vertragswidrigkeiten spricht und damit deutlich macht, dass der von § 651 i Abs. 2 S. 3 BGB gewählte Mangelbegriff gleichermaßen das europäische Recht beherrscht. Es darf demnach auch bei einer generellen Unmöglichkeit der Reise vom Pflichtenprogramm der RL nicht abgewichen werden. Art. 13 Abs. 6 UAbs. 1 Pauschalreise-RL sieht die Befugnis des Reisenden zum Rücktritt vor, wenn die Mangelhaftigkeit erheblich ist und nicht in zureichender Zeit Abhilfe geschaffen wird. Dabei dürfte das europäische Recht so zu verstehen sein, dass eine Fristsetzung gleichwohl entbehrlich ist, wenn die Abhilfe unmöglich ist, auch wenn dies im Wortlaut nicht zum Ausdruck kommt.¹¹⁸ Unabhängig davon spielt dieser Aspekt aber für die Frage, ob dem Reisenden die Rückzahlung in Geld geschuldet ist, keine Rolle. Weil explizit der Rücktritt vorgesehen ist, muss der Reisende das zurückerhalten, was er zuvor an den Reiseveranstalter überlassen hat. Art. 12 Abs. 2 S. 2 Pauschalreise-RL spricht explizit aus, dass der Reisende die Erstattung aller Leistungen verlangen kann, so dass hier erkennbar ein Recht zur Erbringung von Gutscheinen nicht vorgesehen ist. Mithin kommt die Gewährung eines Gutscheins höchstens dann in Betracht, wenn der Reisende zuvor einen solchen eingesetzt und damit den Reisepreis beglichen hat,¹¹⁹ weil dann auch keine ursprüngliche Zahlung durch ihn vorliegt, die gem. Art. 12 Abs. 2 S. 2 Pauschalreise-RL zwingend zu erstatten wäre. In allen anderen Fällen hat der Reisende Geld geleistet und muss deshalb auch solches wiedererhalten.¹²⁰ Dasselbe gilt für die in Art. 14 Abs. 1 Pauschalreise-RL europarechtlich vorgesehene Minderung. Die Regelung sieht vor, dass für die Dauer der Vertragswidrigkeit der Reisende eine angemessene Preisminderung erhält. Fällt die Reise gänzlich aus, kann nur die vollständige Minderung angemessen sein. Hat der Reisende aber das Recht,

117 Dazu näher: *E. Führich*, Die neue Pauschalreiserichtlinie, NJW 2016, 1204 (1205); *K. Tonner*, Der Vorschlag einer neuen Pauschalreiserichtlinie, ZRP 2014, 5 (6).

118 Im Ergebnis ebenso für den Bereich des § 651 I BGB: *Deppenkemper* (Fn. 6), § 651 I Rn. 7; *Geib* (Fn. 6), § 651 I Rn. 7; *V. Klingberg*, in: *B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann* (Hrsg.), *beckonline.Grosskommentar zum Zivilrecht*, 2020, § 651 I BGB Rn. 43; *Staudinger* (Fn. 16), § 20 Rn. 18; *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 I Rn. 21.

119 Hierzu: *AG Hannover*, RRA 2002, 79 (80); allgemein: *M. Zwickel*, *Vertragsbeziehungen, Leistungsstörungen und Gestaltungsmöglichkeiten beim Gutscheingeschäft*, NJW 2011, 2753 (2757).

120 Ebenso: *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 18.

die Zahlung gänzlich zu unterlassen, sind bereits erbrachte Leistungen ohne Rechtsgrund gewährt worden. Korrespondierend, wenn auch nicht explizit in der RL ausgesprochen, muss er deshalb einen Anspruch auf Rückzahlung dieser Summen haben.¹²¹ Insoweit kann eine angemessene Minderung ebenfalls nur in einer Rückzahlung in Geld bestehen, weil der Reisende ansonsten keine äquivalente und damit angemessene Preisreduktion erhält, wenn er Gutscheine akzeptieren muss. Solche sind aus den oben genannten Gründen nicht gleichwertig zur Barzahlung, weshalb sich keine Angemessenheit im Verhältnis zum kompletten Unterbleiben der Reise ergibt.

Eine Regelung im BGB, wonach der Reisende Gutscheine statt der Barleistung vom Reiseveranstalter annehmen muss, verstößt mithin gegen die zwingenden Vorgaben der Pauschalreise-RL. Dies gilt auch dann, wenn eine staatliche Absicherung vorliegt, weil diese dennoch nicht gleichwertig mit der Zahlung von Geld ist und zudem eine solche Option durch die RL nicht vorgesehen wird. Eine Anpassung wäre nur dann zulässig, wenn die Richtlinie durch die Europäische Union geändert würde. Bis dahin würde sich ein nationaler Alleingang als Verletzung des Sekundärrechts darstellen und damit einer Prüfung durch den EuGH nicht standhalten. Hieran kann auch das europäische Primärrecht nichts ändern.¹²² Die Ausgestaltung der Pauschalreise-RL ist nicht für sich genommen unverhältnismäßig, da die Rückzahlung eines bereits im Vorfeld entgegengenommenen Preises in diesen Fällen dem Wesen der werkvertraglichen Leistung des Unternehmers entspricht. Kann er seine Leistung nicht erbringen, verliert er auch den Anspruch auf die Gegenleistung, wobei es dann nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspricht, wenn er infolge seines unternehmerischen Risikos auch die Gefahr eingeht, insolvent zu werden. Dies ist jeder werkvertraglichen Betätigung immanent und Bestandteil der vereinbarten Risikotragung.

Ein Spielraum besteht für den deutschen Gesetzgeber lediglich im Bereich der Eisenbahnbeförderung. Dort existieren, wie gezeigt, keine europäischen Vorgaben über die Rückzahlungsverpflichtung, so dass diese allein auf nationalem Recht beruht. Der deutsche Gesetzgeber wäre daher darin frei, eine entsprechende Sonderregelung zu treffen. Diese wäre auch nach überwiegender Meinung mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren, weil

121 Im Ergebnis ebenso zum deutschen Recht: *Geib* (Fn. 6), § 651 m Rn. 11; *Kramer* (Fn. 96), § 651 m Rn. 176; *Steinrötter* (Fn. 8), § 651 m Rn. 30; *Staudinger* (Fn. 16), § 21 Rn. 32.

122 So aber *Staudinger/Achilles-Pujol* (Fn. 10), § 7 Rn. 114 ff.

zwar tatsächlich eine Ungleichbehandlung zwischen den Bahn- und anderen Transportunternehmen bestünde,¹²³ diese allerdings auf den Entscheidungen unterschiedlicher Legislativorgane beruhen würde, und eine solche Ungleichbehandlung von vornherein durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht verboten sein soll.¹²⁴

Als Konsequenz dieser Schwierigkeiten wird derzeit der Plan durch die Bundesregierung auch nicht mehr verfolgt.

3. Konsequenzen einer möglichen Änderung

Für die Bürger würde sich, falls sich der nationale Gesetzgeber zu einer Änderung entschließen sollte, dennoch wohl eine erhebliche Verschlechterung ergeben. Weil der Gesetzgeber in Kenntnis der Vorgaben des Europarechts das nationale Recht umgestalten würde, wäre eine europarechtskonforme Rechtsfortbildung ausgeschlossen. Diese ist auch nach der Rechtsprechung des EuGH nur zulässig, soweit die nationale Methodenlehre sie erlaubt.¹²⁵ Nachdem sich allerdings die Rechtsfortbildung nicht in Widerspruch zum legislativen Willen setzen darf,¹²⁶ der grundsätzlich nicht „objektiv“ als vermeintlicher Wille des Gesetzes,¹²⁷ sondern „subjektiv“ als Wille des Gesetzgebers bestimmt werden muss,¹²⁸ wäre hier eine derartige

123 Insoweit lassen sie sich unter den gemeinsamen Begriff der „Beförderer“ fassen. Siehe zur Struktur der Oberbegriffsbildung: *W. Heun*, in: H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. Tübingen 2013, Art. 3 Rn. 24.

124 So BVerfGE 110, 412 (439); krit. dazu aber bspw.: *C. Riese/P. Noll*: Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung, NVwZ 2007, 516 (520 f.); *F. Wollenschläger*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. München 2018, Art. 3 Rn. 221.

125 EuGH Slg 2005, I-5285 Rn. 47; Slg. 2006, I-6057 Rn. 110; so auch zum deutschen Recht BVerfGK 19, 89 (100).

126 Siehe zur grundsätzliche Unzulässigkeit der Rechtsfortbildung contra legem: *Meier/Jocham*, Rechtsfortbildung (Fn. 61), JuS 2016, 392 (394).

127 Hierfür aber bspw.: *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Nachdruck, Wien, New York 2011, S. 453 ff.; *G. Hirsch*, Auf dem Weg zum Richterstaat? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit, JZ 2007, 853 (855); *W.-R. Schenke*, Verfassung und Zeit, AÖR 103 (1978), 566 (580 f.).

128 BVerfGE 128, 193 (210 f.); 132, 99 (127); 134, 204 (238); BVerfG NZS 2015, 502 (503); NJW 2015, 1359 (1367).

Fortbildung unzulässig,¹²⁹ da sich der Gesetzgeber ganz explizit in Widerspruch zu den europäischen Regelungen setzen will.¹³⁰ Dies schließt eine Veränderung des nationalen Rechts durch eine Rechtsfortbildung auch nach europäischem Recht aus. Zudem kann ein Anspruch gegen die Reiseveranstalter nicht direkt aus der Richtlinie folgen, weil nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Pflichten zwischen Privaten nicht aus einer Richtlinie abgeleitet werden dürfen.¹³¹ Dem Bürger bliebe demnach nur noch der vom EuGH entwickelte Staatshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland,¹³² um den vorsätzlichen Verstoß gegen das europäische Recht zumindest finanziell auszugleichen. Der notwendige qualifizierte Verstoß stünde außer Zweifel, weil dem Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit seines Handelns sogar positiv bekannt wäre, so dass kein Anlass besteht, ihn von der Haftung für diesen zu befreien. Hiernach müsste die Bundesrepublik sämtliche Forderungen der Reisenden in Geld ersetzen und könnte im Gegenzug lediglich die Übereignung der ausgekehrten Gutscheine verlangen.¹³³ Darüber hinaus wäre ein Vertragsverletzungsverfahren durch die EU-Kommission vor dem EuGH gegen die Bundesrepublik Deutschland denkbar (Art. 258 AEUV).

F. Schluss

Das Reiserecht ist in der Corona-Krise besonders gefordert. Die hier aufgeführten Beispiele erschöpfen die Fragen, die sich aktuell und in Zukunft stellen, keineswegs und sollen lediglich einen Einblick in die Breite des Gebiets geben. Angesichts der erheblichen Summen und der Vielzahl an betroffenen Verträgen wird auf die Gerichte in den kommenden Monaten und Jahren eine Flut an Verfahren zukommen, die zum Teil auch neue Rechtsfragen aufwerfen werden. Diese müssen in Kooperation zwischen Wissenschaft und Rechtspraxis einer adäquaten Lösung zugeführt werden.

129 So auch C. Herresthal, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, EuZW 2007, 396 (400); ders., Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289 (292 f.).

130 Siehe dazu auch: BGH, BKR 2020, 253 (254 f.).

131 EuGH, Slg. 1986, 723 Rn. 48; Slg. 1994, I-3325 Rn. 20 ff.; Slg. 2005, I-3565 Rn. 73.

132 Siehe bereits zu bisherigen Fällen der Staatshaftung bei fehlender Insolvenzversicherung im Reiserecht: EuGH Slg. 1996 I-4845; Slg. 1999, I-3499; BeckRS 2014, 80245; NJW-RR 2019, 940 (941 f.).

133 So auch zur parallelen Problematik der fehlerhaften Anlageberatung: BGHZ 79, 337 (346); 123, 106 (110); BGH NJW 2006, 2042 (2043).

Transportrecht in der Corona-Krise

*Jun.-Prof. Dr. Andreas Maurer**

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	205
B. Haftung bei pandemiebedingter Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Transportguts	207
I. (Kurze) Einführung in das Transportrecht	208
1. Komplexität des Transportrechts	208
2. Grundzüge des deutschen Frachtrechts	210
II. Haftung wegen verspäteter Ablieferung durch den Frachtführer aufgrund der Corona-Krise	212
1. Lieferfristüberschreitung bei innerdeutschem Transport	213
2. Lieferfristüberschreitung bei Transport nach Polen	214
3. Lieferfristüberschreitung bei Transport nach Weißrussland (durch Polen als Transitland)	216
4. Zusammenfassung	217
III. Kündigungsmöglichkeit für Auftraggeber/Absender	217
1. Frachtrechtliche Regelung	217
2. Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungsrechts	218
IV. Ersatz von Mehraufwendungen des Frachtführers	220
1. Standgeld/Vergütung von dem Risikobereich des Absenders zuzurechnenden Verzögerungen	220
2. Ersatz von Aufwendungen auf das Gut und die Ausführung von Weisungen durch den Auftraggeber	221
C. Zusammenfassung und Ausblick	222

A. Einleitung

Als im Dezember 2019 erste Nachrichten vom vermehrten Auftreten einer Lungenkrankheit in China verbreitet wurden, schien kein Grund zu er-

* Der Autor ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Schwerpunkt Transportrecht an der Universität Mannheim.

höherer Vorsicht oder Sorge zu bestehen. Im Januar 2020 wurden die Nachrichten konkreter und ein neuartiger Erreger wurde als Ursache der Lungenerkrankung ausgemacht. Es handelte sich um einen Erreger, der ein schweres akutes respiratorisches Syndrom (SARS) hervorrief. Dieser Erreger wurde als Virus aus der Gruppe der Coronaviren identifiziert. Die Krankheit wurde daher mit dem Namen Corona-Virus Disease (CoViD) bezeichnet und weil sie im Jahr 2019 erstmals auftrat mit der Ordnungsnummer 19 versehen. Geboren war die Krankheitsbezeichnung CoViD-19, die die Welt in ein bis dahin nicht gekanntes Chaos stürzen sollte. Nachdem sich die Krankheit bis Mitte März des Jahres 2020 in aller Welt verbreitet hatte, sprach die WHO seit dem 11.03.2020 von einer Pandemie. Zu diesem Zeitpunkt waren in Europa bereits 20.000 bestätigte Fälle zu beklagen, von denen rund 1.000 tödlich ausgegangen waren. Um die Erkrankung einzudämmen, empfahlen Virologen und Epidemiologen strikte Kontaktsperrungen, die auf der ganzen Welt zu unterschiedlichen Zeiten umgesetzt worden waren. Einzelne Nationalstaaten riegelten ihre Grenzen ab, was teilweise so kurzfristig geschah, dass keine Reaktionszeit verblieb. Das führte nicht nur dazu, dass hunderttausende Urlauber und Geschäftsreisende im Ausland gestrandet waren, auch der Transport von Waren und Gütern war innerhalb kürzester Zeit massiv betroffen. Lieferketten brachen zusammen und transportierte Güter konnten wegen Grenzsperrungen oder Betriebsschließungen nicht ausgeliefert werden. Dies betraf oft auch hochwertige, verderbliche oder temperaturempfindliche Güter, so dass für die Ladung ein erheblich größeres Transportrisiko zum Beispiel durch Diebstahl hochwertiger Güter oder durch den Verlust verderblicher Waren zu verzeichnen war.¹ Bereits abgeschlossene Transportverträge konnten nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand durchgeführt werden, weil sich Spediteure und Frachtführer urplötzlich in erheblichen Pflichtenkollisionen sahen. Einerseits hatten sie Frachtaufträge zu erfüllen, andererseits bestanden Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes. Arbeitnehmer, die einer Risikogruppe angehörten, konnten so vor dem Hintergrund von Fürsorgepflichten der Arbeitgeber kaum in Risikogebiete entsandt werden. Gleichzeitig ging die Nachfrage nach Transportleistungen in einigen Bereichen erheblich zurück.²

-
- 1 VerkehrsRundschau online, 22.04.2020, Frachtrisiken für Transportunternehmen und Versender nehmen erheblich zu, <https://www.verkehrsrundschau.de> [Bezahlschranke] (zuletzt besucht am 27.04.2020).
 - 2 VerkehrsRundschau online, 24.04.2020, Lkw-Verkehr in Italien um 37 Prozent rückläufig; VerkehrsRundschau online, 24.04.2020, Corona-Krise: Binnenschiffer spüren Flaute; VerkehrsRundschau online, 24.04.2020, Hamburger Spediteure kla-

Die durch die Corona-Krise hervorgerufenen Verwerfungen in der Transportbranche sind teilweise wirtschaftlicher Natur, teilweise werfen sie aber auch konkrete rechtliche Fragen auf. Es geht zum Beispiel darum, wer dafür haften muss, wenn Waren wegen Grenz- oder Betriebsschließungen nicht rechtzeitig abgeliefert werden können. Aber auch viele Versender, die bereits in Vor-Corona-Zeiten Transportdienstleistungen eingekauft haben, werden sich fragen, ob und unter welchen Bedingungen sie vom Vertrag zurücktreten können. Schließlich ist auch für die Frachtführer interessant, ob sie eventuell entstandene Mehrkosten auf die Auftraggeber abwälzen können. Diese Probleme betreffen im Kern jeweils die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien und die Frage, wie sich diese Risikoverteilung im Fall einer unvorhersehbaren Pandemie und deren Folgen verschieben könnte. Diese Problematik soll im Folgenden exemplarisch aufgeworfen und diskutiert werden. Die Liste der offenen Probleme ließe sich freilich fortsetzen. Im Fall einer Schiffscharter zum Beispiel stellt sich die Frage, wer für pandemiebedingte Liegezeiten aufkommt. Es stellt sich in einigen Fällen die zuvor bereits aufgeworfene Frage, ob bestimmte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Transportbranche eingesetzt werden können, insbesondere, wenn sie einer Risikogruppe angehören. Viele Sachverhalte aus dem Bereich des Personentransports werden sich mit Problemen des Reiserechts überschneiden und werden an anderer Stelle in diesem Band besprochen.

B. Haftung bei pandemiebedingter Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Transportguts

Das Transportrecht gehört in Deutschland weder zum Prüfungstoff in der ersten juristischen Prüfung noch zu demjenigen der zweiten juristischen Prüfung. Es wird an Universitäten zudem nur sehr vereinzelt gelehrt. Vor diesem Hintergrund und weil Kenntnisse des Transportrechts hier nicht vorausgesetzt werden sollen, ist es erforderlich, eine kurze Einführung in die zentralen Vorschriften und die zentrale Systematik des Transportrechts zu geben.

gen über hohen Rückgang im Export und Import, jeweils <https://www.verkehrsrundschau.de> [Bezahlschranke] (zuletzt besucht am 27.04.2020).

I. (Kurze) Einführung in das Transportrecht

1. Komplexität des Transportrechts

Das Transportrecht ist komplex in vielerlei Hinsicht.³ Anders als bei vielen anderen Vertragsbeziehungen, sind beim Transport regelmäßig bereits in der Standardfallgestaltung mindestens drei Parteien beteiligt: Der Absender, der Frachtführer und der Empfänger des Guts. Zwar ist der Empfänger nicht zwingend der Vertragspartner des Frachtführers, aber er kann regelmäßig im Rahmen der Transportabwicklung eigene Rechte gegen den Frachtführer geltend machen. So sieht § 421 Abs. 1 S. 2 HGB zum Beispiel als Fall der gesetzlich geregelten Drittschadensliquidation vor, dass der Empfänger in den Fällen des Verlusts, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung des Guts eigene Ansprüche gegen den Frachtführer geltend machen kann. In den wenigsten Fällen wird es aber bei drei Beteiligten bleiben. Oft werden Frachtführer oder Spediteure weitere Unterfrachtführer einschalten, die ihrerseits wiederum Teil der umfangreichen Verflechtungen im Rahmen des Transportvertrags werden.

Das Transportrecht ist zudem international, und zwar in zweierlei Hinsicht. Einerseits ist der Transport selbst in den meisten Fällen grenzüberschreitend, andererseits ist das Recht des internationalen Warentransports geprägt von vielen internationalen Übereinkommen und europäischen Regeln, die in Regelungstiefe und Regelungsbreite sehr unterschiedlich sind. So wird der Schienentransport geregelt durch die *Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)*⁴, der Straßentransport durch die *Convention relative au contrat de transport international de*

3 Siehe hierzu zum Beispiel *R. Freise*, Das Transportrecht – Stand und Entwicklungslinien, RdTW 2013, S. 41 (41 ff.).

4 BGBl. 1985 II 130 ff. mit der Verordnung über die Inkraftsetzung des Übereinkommens vom 09.05.1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr, BGBl. 1985 II 666 ff., in Kraft getreten am 01.05.1985, BGBl. 1985 II 1001 f. Aktuell gilt die COTIF in der Fassung des Änderungsprotokolls vom 03.06.1999 (BGBl. 2002 II 2140, 2142, 2149), zuletzt geändert durch die am 20. April 2016 im schriftlichen Verfahren des Revisionsausschusses der zwischenstaatlichen Organisation für den internationalen Eisenbahnverkehr (OTIF) beschlossenen Änderungen, die in Deutschland durch die dritte Verordnung zur Änderung des Übereinkommens über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht worden ist, BGBl. 2016 II 378 ff.

marchandises par route (CMR)⁵, die Binnenschifffahrt durch die Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (CMNI)⁶, der Luftverkehr durch das Montrealer Übereinkommen⁷ und der Seeverkehr durch gleich drei Übereinkommen, die jeweils in unterschiedlichen Ländern gelten und daher eher zu einer Fragmentierung des internationalen Seehandels führen als zu dessen Vereinheitlichung.⁸ Ein Übereinkommen zum Multimodalverkehr, zu Transporten also, die mit unterschiedlichen Verkehrsmitteln durchgeführt werden (Rotterdam Regeln), ist bis heute noch nicht in Kraft getreten, weil die hierfür erforderlichen 20 Ratifikationen noch nicht erfolgt sind, obwohl es bereits im Jahr 2008 verabschiedet worden war.

Wo einheitliche internationale Regeln fehlen, kommt wiederum nationales Recht zur Anwendung, wobei zum Beispiel Art. 6 ROM I VO eine eigene Kollisionsnorm für den Transportvertrag enthält. Schließlich verlässt sich die Transportbranche vielfach auf allgemeine Geschäftsbedingungen, die zumindest auch die Funktion haben, die Lücken des internationalen Einheitsrechts sowie nationaler Regelungen zu schließen.⁹ Schließlich kommt hinzu, dass gerade das internationale Einheitsrecht des Warentransports eigene Regelungen für jeden einzelnen Verkehrsträger bereithält.¹⁰ All das macht das Transportrecht insgesamt ausgesprochen unübersichtlich.¹¹

5 Ratifiziert in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 16.08.1961 (BGBl. 1961 II 1120 ff.) und in Kraft getreten am 05.02.1962 (Bekanntmachung vom 28.12.1961, BGBl. 1962 II S. 12).

6 In der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 17.03.2007 (BGBl. 2007 II 298 ff.) und in Kraft getreten am 01.11.2007 (Bekanntmachung vom 3. August 2007, BGBl. 2007 II 1390).

7 Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. Mai 1999, (BGBl. 2004 II S. 458), in der Bundesrepublik Deutschland zuletzt geändert durch Art. 1 VO über die Inkraftsetzung der angepassten Haftungshöchstbeträge des Montrealer Übereinkommens vom 14.12.2009 (BGBl. 2009 II S. 1258).

8 Siehe dazu zum Beispiel *J. Ramberg*, Global Unification of Transport Law: A Hopeless Task?, *Penn State International Law Review* (2009) 851, 852 oder *J. Basedow*, Perspektiven des Seerechts, *JZ* 1999, S. 9 (13).

9 *A. Maurer*, *Lex Maritima* (2012), S. 42 ff.

10 Siehe dazu *A. Maurer*, Einheitsrecht im internationalen Warentransport, *RabelsZ* 81 (2017), S. 117 (127 ff.).

11 *J. Basedow*, *Der Transportvertrag*, Tübingen 1987, S. 3.

2. Grundzüge des deutschen Frachtrechts

Neben der beschriebenen Komplexität des Transportrechts führt auch die eigentümliche Systematik seines Haftungsregimes dazu, dass es sich nicht ohne Weiteres auf Anhieb erschließt.

Die zentrale Haftungsnorm des deutschen Frachtrechts ist der § 425 HGB. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift haftet der Frachtführer „für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung oder durch Überschreitung der Lieferfrist entsteht“. Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 426 HGB zu sehen, nach dem der Frachtführer von der Haftung befreit ist, „soweit der Verlust, die Beschädigung oder die Überschreitung der Lieferfrist auf Umständen beruht, die der Frachtführer auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden und deren Folgen er nicht abwenden konnte“. Diese beiden Vorschriften bilden in ihrer Zusammenschau eine verschuldensunabhängige Haftung des Frachtführers, die sogenannte Obhutshaftung, die nur in denjenigen Fällen nicht eingreift, in denen der Frachtführer die eingetretene Pflichtverletzung auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden und die Folgen nicht abwenden konnte.¹² Für den Zeitraum, in dem der Frachtführer das Gut in seiner Obhut hat, haftet er also zumindest grundsätzlich sehr umfassend und je nach seiner rechtlichen Organisationsform auch mit seinem gesamten Vermögen. Weil aber transportierte Güter oft sehr wertvoll sein können, wäre die umfassende Haftung des Frachtführers vor dem Hintergrund der verschuldensunabhängigen Haftung für Verlust, Beschädigung und Überschreitung der Lieferfrist ein enorm großes Risiko.¹³ Daher enthalten sowohl das deutsche Recht als auch internationale frachtrechtliche Übereinkommen eine Obergrenze für die Haftung des Frachtführers, die unabhängig vom Wert des zu transportierenden Guts eine Höchstgrenze für die Haftung des Frachtführers festlegen. Im deutschen Recht ist diese Haftungshöchstgrenze in § 431 HGB geregelt. Nach dieser Vorschrift ist die Haftung des Frachtführers in Fällen der Beschädigung oder des Verlusts des Guts begrenzt auf 8,33 Sonderziehungsrechte (SZR) pro Kilogramm des Rohgewichts des Guts. Ein Sonderziehungsrecht entspricht derzeit etwa € 1,26. Für die Beschädigung oder den Verlust einer Sendung mit einem Rohgewicht von 10 kg würde der

12 Zu den Einzelheiten siehe zum Beispiel A. Maurer, in: H. Staub Großkommentar zum HGB, Berlin 2017, Band 12/1, § 425 HGB.

13 Zu Hintergründen siehe M. Paschke, in: Oetker, Handelsgesetzbuch, München 2019, § 425, Rn. 1 f.

Frachtführer also verschuldensunabhängig haften, jedoch nur bis zu einem Höchstbetrag von € 104,96 (8,33 SZR x € 1,26 x 10 kg). Bei Verspätungsschäden beträgt die Haftungshöchstgrenze gemäß § 431 Abs. 3 HGB den dreifachen Betrag der Fracht, also der Vergütung des Frachtführers. Diese Haftungsgrenzen gelten gemäß § 434 HGB grundsätzlich auch für außervertragliche Ansprüche. In Internationalen Übereinkommen findet sich diese Haftungshöchstgrenze teilweise auch wieder (CMR), sie unterscheidet sich jedoch auch in einigen Übereinkommen. So gilt zum Beispiel im Luftverkehr eine Haftungsbegrenzung von 22 SZR/kg. Andere Übereinkommen stellen schließlich neben dem Gewicht zusätzlich auch auf einzelne Packstücke ab, für die dann zum Beispiel alternativ eine Haftungshöchstgrenze von 666,67 SZR gilt. Die Unterschiede können hierbei aber recht groß sein, was wiederum zur Komplexität des Transportrechts beiträgt. Von diesen Haftungsgrenzen kann in begrenztem Umfang abgewichen werden, § 449 HGB.

Schließlich kann sich der Frachtführer auf die Haftungsbegrenzung des § 431 HGB jedoch gemäß § 435 HGB nicht berufen, „wenn der Schaden auf eine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist, die der Frachtführer [...] vorsätzlich oder leichtfertig und in dem Bewußtsein, daß ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, begangen hat“.

Vor diesem Hintergrund lässt sich nun das Haftungsregime des (deutschen) Transportrechts zumindest in sehr groben Zügen entfalten:

- 1.) Der Frachtführer haftet grundsätzlich verschuldensunabhängig für den Zeitraum zwischen Übernahme und Ablieferung des Guts (Obhutshaftung), § 425 HGB.
- 2.) Der Frachtführer haftet regelmäßig allerdings nur bis zu bestimmten Höchstbeträgen, § 431 HGB (abweichende Vereinbarungen unter den Voraussetzungen des § 449 HGB möglich).
- 3.) Die Haftungshöchstgrenzen entfallen zugunsten einer umfassenden unbegrenzten Haftung, wenn der Frachtführer (oder eine ihm zuzurechnende Person) vorsätzlich oder leichtfertig gehandelt hat, § 435 HGB.
- 4.) Eine Haftung des Frachtführers ist ausgeschlossen, wenn er die Pflichtverletzung auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden und die Folgen nicht abwenden konnte, § 426 HGB.

II. Haftung wegen verspäteter Ablieferung durch den Frachtführer aufgrund der Corona-Krise

Nach dieser holzschnittartigen Einführung in das Frachtrecht werden die grundlegenden Problemkonstellationen im Zusammenhang mit der Corona-Krise etwas klarer und die zu formulierenden Fragen deutlicher. Gleichzeitig bleiben die denkbaren Fallgestaltungen vielfältig. Schon allein der Umstand, dass ein LKW aufgrund einer Grenzschließung oder auch wegen umfangreicher Einreisekontrollen im Stau vor einem Grenzübergang steht, kann unterschiedliche Folgen haben. Führt die Verzögerung des Transports zu einer verspäteten Ablieferung des Guts, liegt eine Lieferverzögerung vor. Dies gilt selbst im Fall einer absoluten Fixschuld, denn aus transportrechtlicher Sicht kann das Gut auch nach Ablauf der Lieferfrist noch ausgeliefert werden.¹⁴ Ist das Gut aber verderblich und verdirbt während des Transports, weil die Auslieferung nicht rechtzeitig erfolgen konnte, liegt eine Beschädigung vor.¹⁵ Ist der Schaden eingetreten, weil der Betrieb des Empfängers geschlossen war oder weil sich die Ablieferung wegen der Einhaltung besonderer Hygienevorschriften im Betrieb des Empfängers verzögert hat, kann eine Schadensteilung gemäß § 425 Abs. 2 HGB infrage kommen. Da es hier oftmals entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, sollen im Folgenden einige Fallgestaltungen durchgespielt werden, die anhand eines immer wieder abgewandelten Falls erläutert werden sollen.

Grundfall:

Polen hatte am 14.03.2020, einem Samstag, angekündigt, ab dem darauffolgenden Sonntag seine Grenzen für alle Ausländer zu schließen. Später sollten dann umfangreiche Grenzkontrollen stattfinden. Menschen, die in Polen wohnen, sollten sich nach der Einreise aus Deutschland für 14 Tage in Quarantäne begeben. Bereits kurz nach der Ankündigung bildeten sich an den Grenzübergängen nach Polen Staus, die teilweise eine Länge von teils mehr als 60 Kilometern erreicht und sich erst im Lauf der folgenden Woche wieder aufgelöst hatten. Obwohl der Güterverkehr weiter fließen durfte, standen einige LKW mehrere Tage in den entstandenen Staus;

14 Etwas anderes gilt möglicherweise dann, wenn die Verlustvermutung des § 424 HGB eintritt. Siehe zum Ganzen *I. Koller*, in: ders., *Transportrecht Kommentar*, München 2016, § 425 HGB, Rn. 9 a.

15 *A. Maurer*, in: *Staub Großkommentar zum HGB*, Band 12/1, Berlin 2017, § 425 HGB Rn. 21; *Koller*, *Transportrecht*, § 425, Rn. 13.

die Bundeswehr musste Reisende und Kraftfahrer mit Lebensmitteln versorgen.¹⁶

1. Lieferfristüberschreitung bei innerdeutschem Transport

Im Grundfall entstand der Stau am Grenzübergang nach Polen. Es ist aber gerade vor dem Hintergrund der Länge des Staus von mehr als 60 km durchaus denkbar, dass dieser Stau auch für Transporte zum Hindernis wurde, die innerdeutsch erfolgten und auf die daher deutsches Frachtrecht anwendbar wäre.¹⁷ Die erste Variante soll also einen Fall betrachten, in dem bei einem innerdeutschen Transport eine Lieferfristüberschreitung eingetreten ist, weil der LKW des Frachtführers im Stau vor der polnischen Grenze stand.

Nach den zuvor dargelegten Grundregeln der Haftung nach deutschem Frachtrecht würde der Frachtführer für einen durch die Überschreitung der Lieferfrist entstandenen Schaden haften. Es ist aber dann zu prüfen, ob der Haftungsausschluss gemäß § 426 HGB eingreift. Das wäre dann der Fall, wenn der Frachtführer die Lieferfristüberschreitung auch bei Anwendung größter Sorgfalt nicht hätte vermeiden können und ihre Folgen nicht hätte abwenden können.

Der hier anzulegende Sorgfaltsmaßstab ist sehr hoch und orientiert sich an der alten Fassung des § 7 Abs. 2 StVG, in dem die Ersatzpflicht des Halters eines KFZ ausgeschlossen war, wenn der Unfall durch ein „unabwendbares Ereignis“ (die aktuelle Fassung der Vorschrift verlangt höhere Gewalt) zurückzuführen war.¹⁸ In einer neueren Entscheidung formulierte das OLG Hamm:

„Der anzuwendende Sorgfaltsmaßstab orientiert sich, [...] in Anlehnung an § 7 Abs. 2 StVG a.F. an einem "idealen" Frachtführer, der eine über den gewöhnlichen Durchschnitt erheblich hinausgehende Aufmerksamkeit, Geschicklichkeit und Umsicht sowie ein geistesgegenwärtiges und sachgemäßes Handeln im Rahmen des Menschenmöglichen an den Tag legt. Der Fracht-

16 <https://www.mdr.de/sachsen/bautzen/goerlitz-weisswasser-zittau/stau-grenze-polen-a-vier-waechst-weiter-100.html> (zuletzt besucht am 03.05.2020)

17 Zum Beispiel ein Transport von Dresden nach Görlitz.

18 BGH, VersR 1984, 551; BGH, VersR 1981, 1030. Auch wenn diese Entscheidungen zur CMR ergangen sind und fraglich ist, ob der Verschuldensmaßstab des deutschen Rechts auf das internationale Übereinkommen übertragbar ist, ist eine Auslegung der deutschen Frachtrechts an diesem Maßstab durchaus legitim. Vgl. hierzu: *Koller*, Transportrecht, § 426 HGB, Rn. 4, Fn. 21.

*fürher hat Anstrengungen zur Schadensverhütung bis zu dem Punkt zu erbringen, an dem diese bereits auf den ersten Blick als unzumutbar erscheinen. Das Vorliegen höherer Gewalt wird daher gerade nicht vorausgesetzt.*¹⁹

Rechtsprechung oder Literatur zu pandemiebedingten Lieferfristüberschreitungen liegen naturgemäß noch nicht vor. Allerdings hat sich die Kommentarliteratur mit der Frage auseinandergesetzt, wie Straßenblockaden zu behandeln seien, die der hier vorliegenden Grenzschießung durchaus ähnlich sind. Hierzu wird ausgeführt, dass ein sorgfältiger Frachtführer sich ständig über die Straßenlage informiere und Blockaden daher durch Umplanungen seiner Route umgehen könne. Eine Entlastung sei daher nur dann möglich, wenn das Ereignis, das zu einer Lieferfristüberschreitung führt, vollkommen überraschend aufgetreten ist und darauf durch Umplanungen nicht mehr reagiert werden kann.²⁰

Es wird also für die Frage, ob sich der Frachtführer auf einen Ausschluss seiner Haftung gemäß § 426 HGB berufen kann darauf ankommen, ob er von dem Stau völlig überrascht wurde oder ob er noch die Möglichkeit einer Umplanung seiner Route gehabt hätte.

Kann er sich nicht auf einen Haftungsausschluss berufen, haftet der Frachtführer auf den Haftungshöchstbetrag des § 431 HGB. Die Haftungshöchstgrenzen würden gemäß § 435 HGB allerdings dann entfallen, wenn dem Frachtführer bei der Schadensverursachung Vorsatz oder Leichtfertigkeit in dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, zur Last fällt. Das wäre zum Beispiel dann denkbar, wenn der Frachtführer von dem Stau und seinem Ausmaß wusste und gleichwohl auf die Autobahn aufgefahren ist. In diesem Fall würde der Frachtführer dann ohne Haftungsbegrenzungen auf den vollen Schaden haften, der durch die Lieferfristüberschreitung entstanden ist.

2. Lieferfristüberschreitung bei Transport nach Polen

Auch bei der zweiten Fallvariante soll davon ausgegangen werden, dass der LKW eines Frachtführers an der Grenze zu Polen im Stau steht. Nun soll aber davon ausgegangen werden, dass der Transport für ein Ziel in Polen bestimmt war.

19 OLG Hamm, Urteil vom 21. April 2016 – I-18 U 17/14 –, Rn. 51, juris.

20 G. Kirchhof, in: BeckOK HGB, 27. Ed. 15.1.2020, HGB § 426 Rn. 4, 5; W. Schaffert, in: C. Ebenroth/K. Boujong/D. Joost/L. Strohn (Hrsg.), Handlungsgesetzbuch, § 426 HGB, Rn. 3; Koller, Transportrecht, § 426 HGB, Rn. 6.

Im Gegensatz zur ersten Variante handelt es sich nun also um einen grenzüberschreitenden Transport, was zur Folge hat, dass nicht deutsches Frachtrecht zur Anwendung kommt, sondern die CMR. Da das Haftungsregime des deutschen Frachtrechts der CMR in weiten Teilen angenähert ist,²¹ ist die grundsätzliche Haftung derjenigen des deutschen Frachtrechts sehr ähnlich. Die den §§ 425 und 426 HGB entsprechende Regelung findet sich in Artikel 17 CMR. Diese Vorschrift lautet:

Art. 17

(1) Der Frachtführer haftet für gänzlichen oder teilweisen Verlust und für Beschädigung des Gutes, sofern der Verlust oder die Beschädigung zwischen dem Zeitpunkt der Übernahme des Gutes und dem seiner Ablieferung eintritt, sowie für Überschreitung der Lieferfrist.

(2) Der Frachtführer ist von dieser Haftung befreit, wenn der Verlust, die Beschädigung oder die Überschreitung der Lieferfrist durch [...] Umstände verursacht worden ist, die der Frachtführer nicht vermeiden und deren Folgen er nicht abwenden konnte.

Ähnlich wie im deutschen Recht sind auch im Rahmen der CMR die Anforderungen an den Frachtführer sehr hoch. Der Haftungsmaßstab ist die äußerste zumutbare Sorgfalt eines besonders gewissenhaften Frachtführers.²² Auch hier wird es daher darauf ankommen, ob der Frachtführer eine Möglichkeit hatte, die Lieferfristüberschreitung zu verhindern. Gerade in diesem Fall dürfte das aber fraglich sein. Denn Polen hat nicht nur einen einzelnen Grenzübergang geschlossen, sondern alle Grenzübergänge. Es ist also ausgesprochen fraglich, ob überhaupt Maßnahmen denkbar gewesen wären, die eine Einhaltung der Lieferfrist ermöglicht hätten. Vor diesem Hintergrund kann es durchaus sein, dass Lieferfristüberschreitungen bei Transporten nach Polen, die aufgrund der Grenzsicherungen eingetreten sind, nicht zu einer Haftung des Frachtführers führen, weil ein Haftungsausschluss im Sinne des Art. 17 Abs. 2 CMR vorgelegen hat. Das würde vor dem Hintergrund der Schließung aller Grenzen selbst dann gelten können, wenn der Frachtführer auf die dichte Autobahn aufgefahren ist, obwohl er durch Verfolgung des Verkehrsfunks oder durch andere Informationsquellen von dem Hindernis Kenntnis hätte haben können. Hierfür wird es aber entscheidend auf den Einzelfall ankommen.

21 BT-Drucks. 13/8445, S. 27.

22 F. Reuschle, in: Staub HGB, Berlin 2017, Band 14, Art. 17 CMR, Rn. 74.

3. *Lieferfristüberschreitung bei Transport nach Weißrussland (durch Polen als Transitland)*

Die dritte Abwandlung soll nun einen Fall betreffen, in dem der LKW des Frachtführers in den Stau geraten ist, aber sein Ziel nicht in Polen liegt, sondern Polen nur als Transitland durchfahren werden sollte. Auch hier wäre die CMR und also Art. 17 CMR anwendbar. Der Unterschied zum Transport mit Ziel in Polen liegt darin, dass nun die Schließung der polnischen Grenzen nicht zwangsläufig dazu geführt hätte, dass ein Durchkommen zum Zielort nicht möglich gewesen wäre. Vielmehr wäre bei einem Transport, zum Beispiel nach Weißrussland, eine Umfahrung Polens, zum Beispiel durch Tschechien, die Slowakei und die Ukraine, möglich gewesen.

In diesem Fall wird es für die Frage, ob sich der Frachtführer auf einen Haftungsausschluss gemäß Art. 17 Abs. 2 CMR berufen kann, entscheidend darauf ankommen, ob er die Lieferverzögerung hätte vermeiden können. Das wäre gewiss dann nicht der Fall gewesen, wenn der LKW des Frachtführers die letzte Ausfahrt vor der Grenze bereits passiert hatte und sich der Stau erst dann gebildet hätte. Dann könnte er sich mit Erfolg auf einen Haftungsausschluss berufen. Wäre der LKW des Frachtführers aber in den bereits bestehenden Stau hineingefahren, obwohl er von dessen Existenz hätte wissen können und die Autobahn vorher hätte verlassen können, wird ihm ein Haftungsausschluss nicht zugutekommen können.

In letzterem Fall wäre der Frachtführer vielmehr verpflichtet gewesen, sich mit demjenigen in Verbindung zu setzen, der zur Verfügung über das Gut berechtigt ist und hätte von dieser Person Weisungen einholen müssen. Artikel 14 der CMR regelt hierzu:

„(1) Wenn aus irgendeinem Grunde vor Ankunft des Gutes an dem für die Ablieferung vorgesehenen Ort die Erfüllung des Vertrages zu den im Frachtbrief festgelegten Bedingungen unmöglich ist oder unmöglich wird, hat der Frachtführer Weisungen des nach Artikel 12 über das Gut Verfügungsberechtigten einzuholen. [...]“

Würde der Frachtführer dann allerdings die Weisung erhalten, Polen zu umfahren, könnte er gemäß Art. 16 CMR die Erstattung zusätzlicher Kosten ersetzt verlangen.

4. Zusammenfassung

Die Ausführungen zur Haftung bei Überschreitung der Lieferfrist haben gezeigt, dass sich eine pauschale Antwort auf die Frage der Frachtführerhaftung bei durch die Corona-Krise verursachten Lieferverzögerungen verbietet. Dabei kommt es nicht so sehr darauf an, ob deutsches Frachtrecht oder die CMR anwendbar ist, denn das HGB und die CMR halten sehr ähnliche Regelungen für die Haftung des Frachtführers bereit. Die zentrale Frage wird vielmehr sein, ob sich der Frachtführer auf einen Haftungsausschluss berufen kann, weil er die Lieferfristüberschreitung selbst bei Anwendung äußerster Sorgfalt nicht hätte vermeiden können. Ob das der Fall war, hängt von vielen unterschiedlichen Umständen ab und wird daher nur im Einzelfall entschieden werden können. Schließlich wird auch entscheidend sein, welche vertraglichen Vereinbarungen die Vertragsparteien getroffen haben und ob sich daraus möglicherweise ein von den gesetzlichen Regeln abweichendes Ergebnis ableiten lässt.

III. Kündigungsmöglichkeit für Auftraggeber/Absender

Neben der Frage der Frachtführerhaftung hat sich für viele Absender und Auftraggeber aus ihrer Perspektive das Problem eröffnet, dass bereits gebuchte Transportdienstleistungen wegen der Corona-Krise nicht mehr benötigt werden.

1. Frachtrechtliche Regelung

Im deutschen Recht sieht § 415 HGB ein jederzeitiges Kündigungsrecht für den Absender vor. Kündigt der Absender nach dieser Vorschrift, sieht § 415 Abs. 2 HGB für den Frachtführer zwei Rechtsbehelfe vor: Er kann entweder die vereinbarte Fracht, etwaiges Standgeld und Aufwendungen ersetzt verlangen, wobei er sich ersparte oder böswillig nicht ersparte Aufwendungen anrechnen lassen muss, oder er kann ein Drittel der vereinbarten Fracht pauschal ohne konkreten Schadensnachweis als Kündigungsschädigung verlangen.²³ Die Rechtsbehelfe des Frachtführers stehen ihm jedoch dann nicht zu, wenn die Kündigung des Absenders auf Gründen

23 H. Merkt, in: A. Baumbach/K. Hopt/H. Merkt (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, München 2020, § 415 Rn. 2.

beruht, die dem Risikobereich des Frachtführers zuzurechnen sind, § 415 Abs. 2 S. 2 HGB.

2. Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

In der Literatur ist umstritten, ob neben der Kündigungsmöglichkeit des § 415 HGB auch das allgemeine Leistungsstörungenrecht anzuwenden ist, insbesondere die §§ 275 ff. und 323 ff. BGB. Diese Frage wird allerdings im Zusammenhang mit der Corona-Krise besonders wichtig. Denn Grenzschließungen, Betriebsschließungen, der Ausfall von Rohmateriallieferungen etc., die dazu führen könnten, dass der Absender einen bereits vereinbarten Transport nicht mehr durchführen kann oder möchte, fallen alleamt nicht in die Risikosphäre des Frachtführers. Für ihn würden also die Rechtsbehelfe des § 415 HGB bestehen bleiben und er könnte zumindest Teile der vereinbarten Vergütung geltend machen. Würde sich der Absender aber auf Unmöglichkeit berufen können, weil zum Beispiel der Ort, an dem das Gut aufgenommen oder abgeliefert werden soll, strengen Quarantänevorschriften unterliegt oder weil der Betrieb des Absenders oder des Empfängers behördlich untersagt wurde und daher eine Ablieferung des Guts nicht möglich wäre, könnte er sich gemäß § 326 Abs. 5, 323 BGB vom Vertrag lösen, ohne dass dem Frachtführer auch nur eine Teilvergütung zustehen würde. Zwar kämen Schadensersatzansprüche des Frachtführers gemäß § 280 BGB infrage,²⁴ die aber ein Vertretenmüssen des Absenders voraussetzen, das in den hier interessierenden Fällen in der Regel nicht gegeben sein dürfte, so dass sich der Absender exkulpieren könnte mit der Folge, dass Schadensersatz nicht geschuldet wird. Der Absender würde also gerade bei Transporthindernissen, die nicht der Risikosphäre des Frachtführers zugerechnet werden können, im Frachtrecht schlechter gestellt als im allgemeinen Leistungsstörungenrecht.²⁵

Die Debatte über die Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts neben der Rücktrittsmöglichkeit des § 415 HGB geht auf den Hinweis in der Gesetzesbegründung zurück, wonach das allgemeine Leistungsstörungenrecht neben § 415 HGB anwendbar sein solle.²⁶ In der Ursprungsfassung der Vorschrift im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens ist § 415 HGB allerdings noch verändert worden, und es wurde die Risikover-

24 Koller, Transportrecht, § 415, Rn. 6.

25 Siehe dazu auch P. Schmidt, in: Staub HGB, Berlin 2014, § 415, Rn. 41.

26 BR-Drucks. 368/97, S. 45; BT-Drucks. 13/8445, S. 46.

teilungsregel des § 415 Abs. 2 S. 2 HGB eingeführt, nach der ein Anspruch des Frachtführers nach Kündigung durch den Absender ausgeschlossen ist, wenn die Ursache der Kündigung im Risikobereich des Frachtführers liegt. Da mit § 415 Abs. 2 S. 2 HGB Elemente des allgemeinen Leistungsstörungenrechts in die Kündigungsregel aufgenommen worden seien, könne an der in der Regierungsbegründung geäußerten Auffassung zur parallelen Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nicht mehr festgehalten werden.²⁷ Anders sieht dies zum Beispiel *Reuschle*, der mit Verweis auf die Regierungsbegründung von einer parallelen Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts ausgeht.²⁸ Dieser Streit hat sich mit der Einführung des § 648 BGB insbesondere für diejenigen Fälle entschärft, in denen der Werkvertrag und damit also auch der Frachtvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, wenn die Voraussetzungen der Norm vorliegen.²⁹ Voraussetzung dieser Norm ist allerdings, dass der Werkvertrag bereits in Vollzug gesetzt ist. Es verbleiben als problematische Fälle also nur solche, bei denen das Leistungshindernis und damit ein potentieller Kündigungsgrund des Absenders zu einem Zeitpunkt eintreten, in dem der Frachtvertrag noch nicht in Vollzug gesetzt war. Für solche Fälle wirft die Corona-Krise ein neues Licht auf die Frage der Risikoverteilung. Denn vor dem Hintergrund, dass Leistungshindernisse aufgrund der Corona-Krise regelmäßig keiner der Risikosphären der Vertragsparteien des Frachtvertrags zugeordnet werden können, wird deutlich, dass die Risikoverteilung des § 415 HGB allein zu unbilligen Ergebnissen führt und ein Rückgriff auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht erforderlich ist. So muss davon ausgegangen werden, dass in Fällen, in denen vor Übernahme des Guts durch den Frachtführer bereits ein Leistungshindernis vorgelegen hat, eine Berufung des Absenders auf Unmöglichkeit möglich ist.³⁰

27 *K.-H. Thume*, in: Münchener Kommentar zum HGB, München 2020, § 415 Rn. 35. Von einer „grundsätzlichen Subsidiarität“ des allgemeinen Leistungsstörungenrechts geht auch *P. Schmidt*, in: Staub HGB, § 415, Rn. 42 aus.

28 *F. Reuschle*, in: in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, § 415 Rn. 23 ff.; etwas differenzierter, aber grundsätzlich in ähnlicher Richtung *Koller*, Transportrecht, 9. Aufl. § 415 Rn. 3 ff., der vorliegende „Überschneidungen“ mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht differenziert aufzulösen versucht.

29 *K.-H. Thume*, in: MüKoHGB, § 415 Rn. 37.

30 In diese Richtung auch *Koller*, Transportrecht, § 415, Rn. 6. Ebenso trotz grundsätzlicher Bedenken in Bezug auf die Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts *K.-H. Thume*, in: MüKoHGB, § 415 Rn. 35.

IV. Ersatz von Mehraufwendungen des Frachtführers

Für viele Frachtführer stellt sich im Rahmen der Corona-Krise die Frage, ob sie zusätzliche Aufwendungen, die zum Beispiel durch längere Wartezeiten, die Umsetzung von Hygieneplänen etc. entstehen, ersetzt verlangen können.

Grundsätzlich ist die Risikoverteilung im Frachtrecht klar geregelt. Der Frachtführer ist verpflichtet, das Gut an den Bestimmungsort zu liefern und an den Empfänger abzuliefern, während der Absender verpflichtet ist, die vereinbarte Fracht (Vergütung) zu zahlen, § 407 HGB. Der Frachtführer ist also gehalten, bis zur Grenze des § 275 BGB alles zu tun, um seine Pflicht zu erfüllen. Allerdings kann der Frachtführer in einigen eng umrissenen Fällen Ersatz seiner zusätzlichen Aufwendungen oder eine zusätzliche Vergütung verlangen.

1. Standgeld/Vergütung von dem Risikobereich des Absenders zuzurechnenden Verzögerungen

Gemäß § 412 Abs. 1 HGB ist das Beladen und Entladen grundsätzlich Aufgabe des Frachtführers. Gemäß § 412 Abs. 2 HGB kann für die Lade- und Entladezeit keine gesonderte Vergütung verlangt werden. Etwas anderes gilt gemäß § 412 Abs. 3 HGB allerdings dann, wenn der Frachtführer auf Grund vertraglicher Vereinbarung oder aus Gründen, die nicht seinem Risikobereich zuzurechnen sind, über die Lade- oder Entladezeit hinaus wartet. In diesem Fall hat er einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung, die als Standgeld bezeichnet wird.

Gemäß § 420 Abs. 4 HGB kann der Frachtführer zusätzlich zur vereinbarten Fracht eine angemessene Vergütung verlangen, wenn nach Beginn der Beförderung und vor Ankunft an der Ablieferungsstelle eine Verzögerung eintritt, die dem Risikobereich des Absenders zuzuordnen ist.

Der Gesetzgeber geht in diesen und in weiteren Vorschriften davon aus, dass Störungen der Vertragsdurchführung stets dem Risiko- und Zurechnungsbereich zugeordnet werden könnten. Im Störfall sei dann jeweils nur das Schutzbedürfnis desjenigen Vertragspartners anerkennenswert, dessen Gefahrenkreis die Störungsursache nicht zuzuordnen ist.³¹ Während diese Zuordnung auf den ersten Blick einleuchtend erscheint, hat sich um die Frage, welche Risiken der Sphäre des Frachtführers oder

31 BT-Drucks. 13/8445, S. 41.

des Absenders zuzuordnen seien, eine umfangreiche Debatte entwickelt.³² Dabei wird insbesondere kritisiert, dass der Gesetzgeber die sogenannte „neutrale Sphäre“ nicht hinreichend berücksichtigt habe, Ereignisse also, die keiner der beiden Parteien sinnvollerweise zugerechnet werden können.³³

Bei Störungen aufgrund der Corona-Krise dürfte es sich in der Tat um solche handeln, die regelmäßig keiner der Parteien zugerechnet werden können. So bleibt es für den Frachtführer dabei, dass ein Warten aufgrund einer verzögerten Abwicklung im Betrieb des Empfängers auch dann nicht seiner Risikosphäre zuzuordnen ist, wenn sie ebenfalls nicht der Risikosphäre des Empfängers zuzuordnen ist. Vergleichbare Fälle wurden auch zuvor bereits so beurteilt, dass der Frachtführer Standgeld verlangen konnte.³⁴ Eine verzögerte Abwicklung wegen fehlenden Personals auf Seiten des Empfängers dürfte jedenfalls nicht zur Risikosphäre des Frachtführers zuzurechnen sein. Eine Vergütung gemäß § 420 Abs. 4 HGB wird der Frachtführer wegen Störungen, die durch die Corona-Krise verursacht wurden, aber regelmäßig nicht verlangen können, denn solche Störungen werden typischerweise nicht dem Risikobereich des Absenders zuzuordnen sein.

2. Ersatz von Aufwendungen auf das Gut und die Ausführung von Weisungen durch den Auftraggeber

Gemäß § 420 Abs. 1 S. 2 HGB kann der Frachtführer Ersatz von Aufwendungen auf das Gut verlangen, die er für erforderlich halten durfte. Ein solcher Ersatzanspruch dürfte jedenfalls in Fällen entstanden sein, die in den zuvor als Beispiel gewählten Staus an der polnischen Grenze vorgekommen sind. Fahrer von Viehtransportern mussten teilweise Futter für die Tiere beschaffen, um deren Verhungern zu vermeiden. Eine solche

32 Siehe für einen guten Überblick *Koller*, Transportrecht, § 412, Rn. 53 ff.

33 So zum Beispiel auch *Reuschle*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, § 412 Rn. 37 f. mit Verweis auf *C.-W. Canaris*, Handelsrecht, § 31 Rn. 52.; siehe auch *P. Schmidt*, in: Staub HGB, § 412, Rn. 55. Einschränkend *K.-H. Thume*, in: Münchener Kommentar zum HGB, § 412 Rn. 43, der eine neutrale Sphäre nur dort erkennen will, wo der störende Einfluss gänzlich ohne Bezug zum Verkehrsgeschehen ist. Eine neutrale Sphäre ablehnend hingegen *T. Braun*, Das frachtrechtliche Leistungsstörungenrecht nach dem Transportrechtsreformgesetz, Münster 2002, S. 117.

34 Siehe zum Beispiel *Koller*, Transportrecht, § 412, Rn. 57 mit verschiedenen Beispielen.

Aufwendung wird im Rahmen des § 420 Abs. 1 S. 2 HGB jedenfalls ersatzfähig sein.

Auch kann der Frachtführer gemäß § 418 Abs. 1 S. 4 HGB eine zusätzliche Fracht verlangen, wenn er Weisungen des Auftraggebers ausgeführt hat und ihm dadurch Mehrkosten entstanden sind. Hier ist insbesondere an Fälle zu denken, in denen der Auftraggeber die Weisung erteilt hat, erhebliche Umwege zu fahren, um die Güter zum Ziel zu bringen. Als Beispiel kann ebenfalls das zuvor bereits eingebrachte Beispiel genannt werden, in dem Polen durch Tschechien, die Slowakei und die Ukraine umfahren wurde, um Güter in Weißrussland abzuliefern.

C. Zusammenfassung und Ausblick

Die Transportbranche ist durch die Corona-Krise in vielerlei Hinsicht betroffen. Hier ging es darum, einige Fragen anhand eines Beispiels zu erörtern, wobei freilich weder die aufgeworfenen Fragen noch die Antworten abschließend sein können.

Auch wenn eine ganze Reihe von neuen Fragen durch die Corona-Krise aufgeworfen worden sind, ist das Transportrecht an sich recht gut ausgestattet, adäquate Lösungen zur Verfügung zu stellen. Sicherlich wird es darüber hinaus in einigen Fällen klare Antworten nicht geben können. Das liegt jedoch nicht etwa an den Eigenheiten der Corona-Krise, sondern vielmehr an der Struktur des Transportrechts, das sich bei der Zuweisung diverser Risiken nicht immer klar und eindeutig verhält, sondern im Einzelfall angemessene Lösungen erlaubt. So wird es auch bei der juristischen Aufarbeitung von Problemen, die auf der Corona-Krise beruhen, in den allermeisten Fällen um Lösungsansätze gehen müssen, die den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung tragen.

Das Arbeitsvertragsrecht in der Coronakrise

Stephan Klawitter*

Inhaltsübersicht

A. Arbeitsvertragliche Leistungsrisiken in der Corona-Pandemie	224
B. Pandemiebedingte Arbeitsunfähigkeit/-unwilligkeit des Arbeitnehmers	226
I. Wegfall oder Beschränkung der Leistungsfähigkeit	227
II. Generelle Arbeitsunwilligkeit des Arbeitnehmers	229
III. Weigerung zur Durchführung einzelner Weisungen	230
C. Pandemiebedingte Schwankungen des Leistungsinteresses des Arbeitgebers	231
I. Ausfall oder Beschränkung des Leistungsinteresses	232
1. Die arbeitsvertragliche Betriebsrisikolehre	232
2. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers	234
II. Steigerung des Leistungsinteresses	235
D. Besondere Vertragsdurchführungsrisiken	236
I. Schutzpflichten des Arbeitgebers	236
II. Aufklärungspflichten	237
1. Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers	238
2. Aufklärungspflichten des Arbeitgebers	239
E. Die Krisensicherheit des Arbeitsvertragsrechts in der Pandemie	239
I. Das Arbeitsvertragsrecht als Korridor interessengerechter Krisenbewältigung	240
II. Die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen als Sorgenkinder der Pandemie	241
III. Die Pandemie als (verpasste) Chance für den Beschäftigungsmarkt	242
F. Fazit	244

Die Coronakrise hat den deutschen Beschäftigungsmarkt fest im Griff. Praktisch jeder Arbeitgeber sieht sich in den vergangenen Wochen mit der Herausforderung konfrontiert, die innerbetrieblichen Abläufe gleichzeitig an die pandemiebedingten Vorsorgebedürfnisse einerseits und die verzerrten Absatzmarktverhältnisse andererseits anzupassen, ohne hierbei in Hysterie zu verfallen. Besonders für Arbeitnehmer sind diese Adaptionenmaßnahmen vielfach mit Unsicherheiten verbunden, da sie zahlreiche, bisher kaum erörterte Einzelrechtsfragen aufwerfen und das Vertrauensverhältnis zwischen der Belegschaft und dem Arbeitgeber als Krisenmanager auf eine Belastungsprobe stellen. Dies gilt umso mehr, da Arbeitnehmer auch jen-

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin und Lehrbeauftragter der Humboldt-Universität zu Berlin für Arbeitsrecht und Rechtsdidaktik.

seits ihres Arbeitsverhältnisses auf krisenbedingte Veränderungen öffentlicher Infrastrukturen reagieren müssen und dabei nicht selten in Zielkonflikte mit den Interessen ihres Arbeitgebers geraten. Dabei bilden die Arbeitsvertragsparteien in der Pandemie gewissermaßen eine wirtschaftliche Schicksalsgemeinschaft, verfolgen sie doch zum Zwecke ihrer Existenzsicherung das gemeinsame Ziel, den Betrieb sicher durch die Krise zu navigieren.

Der nachfolgende Beitrag soll sich mit der Frage auseinandersetzen, wie es um die Krisensicherheit des Arbeitsvertragsrechts im Pandemiefall bestellt ist. Es soll beleuchtet werden, welche arbeitsvertraglichen Risiken durch den Ausbruch des Coronavirus ausgelöst oder vergrößert werden und welche Regelungen das Arbeitsrecht für eine interessengerechte Behandlung dieser Risiken bereithält. Dabei wird festzustellen sein, dass sowohl das Allgemeine Schuldrecht als auch das besondere Arbeitsvertragsrecht an zahlreichen Stellen abstrakte Wertungsentscheidungen treffen, die sich in der gegenwärtigen Krise trotz ihrer Neuartigkeit nutzbar machen lassen. Flankiert wird das Vertragsrecht dabei von öffentlich-rechtlichen Unterstützungsmaßnahmen für den Arbeitsmarkt, wobei stellvertretend das Kurzarbeitergeld zu nennen ist. Diese Maßnahmen sollen in Anbetracht des vertragsrechtlichen Charakters dieser Tagung hier nur insoweit Erwähnung finden, wie sie Auswirkungen auf das Rechte- und Pflichtenprogramm der Arbeitsvertragsparteien haben.¹ Aus demselben Grund sollen auch kollektivrechtliche Fragestellungen, insbesondere solche über die Befugnisse des Betriebsrates in Pandemiezeiten, in dieser Untersuchung nur von untergeordneter Rolle sein.²

A. Arbeitsvertragliche Leistungsrisiken in der Corona-Pandemie

Will man sich einen Überblick über die pandemiebedingten Besonderheiten des Arbeitsvertragsrechts verschaffen, so blickt man zunächst auf ein hochdiverses Feld verschiedenartiger Fragestellungen in der gesamten Breite des individualarbeitsrechtlichen Problemspektrums. Die Coronakrise wirkt sich dabei nicht bloß auf Fragen der Entgeltfortzahlung und des Arbeitsschutzes aus, sondern strahlt auf zahlreiche arbeitsrechtliche Teildisziplinen wie das Kündigungsrecht, das Urlaubsrecht und sogar das Befristungsrecht aus. Hinzu kommt, dass sich die entstehenden Rechtsfragen in

1 Hierzu ausführlich C. Zieglmeier, DStR 2020, 729.

2 Zur Rolle des Betriebsrates in Pandemiefällen M. Lützel, ARP 2020, 117.

den seltensten Fällen abstrakt und losgelöst vom konkreten Inhalt des Arbeitsverhältnisses, von der konkreten Person des Arbeitnehmers sowie vom Geschäftsgegenstand des beschäftigenden Arbeitgebers beantworten lassen. „Es kommt darauf an“, droht mehr noch als sonst zu einer Standardantwort zu verkommen, die das Bedürfnis des Rechtssuchenden nach Sicherheit eher verstärkt denn befriedigt.

Umso wichtiger ist es, in einem ersten Schritt die wesentlichen vertraglichen Risiken, welche durch den Pandemiefall ausgelöst oder vergrößert werden, zu identifizieren und entlang dieser die rechtlichen Modifikationen des arbeitsvertraglichen Rechte- und Pflichtenprogramms zu systematisieren. Dabei lassen sich im Wesentlichen drei Leistungsrisikofaktoren des arbeitsrechtlichen Synallagmas erkennen, welche durch die Coronapandemie beeinflusst werden:

Erstens kann der Pandemiefall die Leistungsfähigkeit und -willigkeit des Arbeitnehmers vor besondere Probleme stellen. Das offensichtlichste Beispiel hierfür ist das durch die Infektionsgefahr gesteigerte Krankheitsrisiko des Arbeitnehmers, der im Fall einer Erkrankung als Arbeitskraft auszufallen droht. Die Pandemie vergrößert allerdings nicht nur bestehende und allgemein hinzunehmende Leistungsausfallrisiken, sondern schafft auch neue Gefahren für eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung: So müssen Arbeitnehmer, die Eltern erziehungsbedürftiger Kinder sind, aufgrund der Kita- und Schulschließungen die mit ihrer Arbeitspflicht kollidierenden Betreuungspflichten erfüllen.³ Besteht der Verdacht einer Infektion, können Behörden gem. § 30 IfSG den Arbeitnehmer in häusliche Zwangsquarantäne versetzen, was ihm ein Erscheinen im Betrieb unmöglich macht. Und nicht zuletzt können Arbeitnehmer – besonders solche, die als Risikokandidaten einer Infektion gelten – aufgrund der gegenwärtigen Gefahrenlage das Risiko scheuen, den Arbeitsplatz zu betreten, um sich nicht der Ansteckungsgefahr durch die Kolleginnen und Kollegen auszusetzen.

Zweitens kann das Interesse des Arbeitgebers am Erhalt der Leistung während der Pandemie und auch in der Folgezeit modifiziert sein. Verhängen die Ordnungsbehörden eine Schließungsverfügung für das Ladengeschäft des Arbeitgebers, wird er für die Dauer der Schließung auch dann kein Interesse an der Leistung seiner Verkaufsstellen haben, wenn diese gesund und arbeitswillig sind. Das Leistungsinteresse kann aber auch

3 Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes sind auf Grundlage der Zahlen von 2018 durch die Coronakrise 692.000 Alleinerziehende und 3,5 Millionen Paarfamilien mit Kindern unter 13 Jahren von Betreuungseingängen bedroht, Pressemitteilung Nr. N 012 vom 17. März 2020, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/03/PD20_N012_122.html (zuletzt abgerufen am 06.06.2020).

durch reduzierte Absatzchancen am Markt, das Ausbleiben notwendiger Zulieferungen oder das krankheitsbedingte Fehlen einer für den ertragreichen Betrieb erforderlichen Belegschaftsgröße beeinträchtigt werden. Umgekehrt ist aber auch denkbar, dass das Leistungsinteresse des Arbeitgebers pandemiebedingt wächst: Besonders die systemrelevanten Einrichtungen, aber auch Unternehmen der Lebensmittel- und Logistikbranche stoßen in der Pandemie an ihre Kapazitätsgrenzen, die durch Krankheitsausfälle und mitunter steigende Nachfrage in einzelnen Marktsegmenten vor zusätzliche Belastungsproben gestellt werden.

Aber auch, wenn der Arbeitnehmer zur Arbeit fähig und bereit ist und der Arbeitgeber weiterhin ein Interesse am Erhalt der Arbeitsleistung hat, bestehen in der Coronakrise besondere Gefahren für das Integritätsinteresse der Parteien, welche durch das Vertragsrecht abgebildet werden müssen. So wird der Arbeitgeber die durch das Infektionsrisiko erhöhte Erkrankungsgefahr durch geeignete Schutzmaßnahmen reduzieren müssen, um dem Risiko einer Ausbreitung der Krankheit in der Belegschaft entgegenzutreten. Will er eine Kettenansteckung verhindern, wird er dabei ein Interesse an Aufklärung über personenbezogene Krankheitsinformationen haben, um potenzielle Ansteckungsherde frühzeitig zu erkennen und zu isolieren. Dies wirft neben datenschutzrechtlichen Fragen auch Haftungsfragen auf, wenn der Arbeitgeber oder infizierte Arbeitnehmer die zur Verhinderung einer Ausbreitung der Infektion erforderlichen Maßnahmen unterlassen und hierdurch die Gesundheit anderer Arbeitnehmer gefährden.

Diese drei Problemkreise sollen im Folgenden schrittweise auf ihre Behandlung durch das Arbeitsvertragsrecht untersucht werden. Dabei soll der Identifikation normativer Grundentscheidungen der arbeitsrechtlichen Risikotragung Vorrang vor der Beantwortung spezieller Rechtsfragen eingeräumt werden, um der eingangs beschriebenen Diffusion einzelfallabhängiger Subsumtionsergebnisse, die in Anbetracht der Diversität von Arbeitsverhältnissen unausweichlich ist, entgegenzuwirken.

B. Pandemiebedingte Arbeitsunfähigkeit/-unwilligkeit des Arbeitnehmers

Risiken für den Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis können sich in der Coronakrise zunächst daraus ergeben, dass der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung unfähig oder unwillig ist. Dabei sind Fälle, in denen sich die Unfähigkeit bzw. Unwilligkeit des Arbeitnehmers auf die gesamte Arbeitsleistung bezieht, von solchen zu unterscheiden, in denen er lediglich zur Durchführung einzelner Weisungen außer Stande oder nicht bereit ist. In

all diesen Fällen liegt eine Leistungsstörung aus der Risikosphäre des Arbeitnehmers vor, deren Realisierungsfolgen grundsätzlich auch von diesem zu tragen wären. Von dem Grundsatz „Ohne Arbeit, kein Lohn“ machen jedoch sowohl das Allgemeine Schuldrecht als auch das Arbeitsrecht zahlreiche Ausnahmen zugunsten des Arbeitnehmers, die in der Coronakrise sein Vertrauen auf Erhalt seines Arbeitsentgelts besonders schützen.

I. Wegfall oder Beschränkung der Leistungsfähigkeit

Für den Fall, dass der Arbeitnehmer selbst am Coronavirus erkrankt, wird er gem. § 275 I BGB von der Leistungspflicht befreit.⁴ Ihm steht, wie jedem krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 I EFZG zu.⁵ Dieser ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer schuldhaft erkrankt ist, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn er grob gegen innerbetriebliche Schutzmaßnahmen verstoßen oder sich entgegen behördlicher Warnungen in ein Gefahrengebiet begeben hat.⁶ Die für den Nachweis der Erkrankung erforderliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann während der Kernzeit der Pandemie ausnahmsweise auch nach telefonischer Anamnese für bis zu zwei Wochen ausgestellt werden, ohne dass es eines analogen Arztbesuches bedarf.⁷

Besteht lediglich der Verdacht einer Coronainfektion, z.B. weil der Arbeitnehmer Kontakt zu positiv getesteten Personen hatte, so wird er hierdurch allein nicht arbeitsunfähig, da die Arbeitsleistung grundsätzlich

4 Allgemein zu den Folgen einer Krankheit für die Arbeitsleistungspflicht ErfK/B. Reinhard, 20. Auflage 2020, § 3 EFZG Rn. 3; U. Preis, Individualarbeitsrecht, 5. Auflage 2017, Rn. 2021; speziell zur Corona-Erkrankung A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113; A. Groeger, ARP 2020, 106, 108; differenzierender F. J. Düwell, der in einem symptomfreien Krankheitsverlauf keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit sehen will, BB 2020, 891, 892.

5 ErfK/B. Reinhard, § 3 EFZG Rn. 45; U. Preis, Individualarbeitsrecht, Rn. 2172.

6 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113; E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 888; M. Fublrott/K. Fischer wollen ein solches Verschulden nur im Einzelfall annehmen, wenn das Infektionsrisiko im Gefahrengebiet höher ist als in Deutschland, da sich sonst lediglich das (derzeit gesteigerte) allgemeine Lebensrisiko verwirklicht, NZA 2020, 345, 347.

7 Vgl. § 31 S. 3 und 4 des Bundesmantelvertrages-Ärzte, welcher am 11.03.2020 durch Zusatzvereinbarung zunächst für einen befristeten Zeitraum von vier Wochen dahingehend angepasst wurde, dass eine telefonische Anamnese bei Erkrankungen der oberen Atemwege zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit genügen soll, vertiefend: F. J. Düwell, BB 2020, 891, 893 f.

möglich bleibt. Wird er infolge des Kontaktes gem. § 30 IfSG unter Quarantäne gestellt, wird ihm die Arbeitsleistung regelmäßig rechtlich unmöglich sein; dies gilt jedenfalls dann, wenn die zuständige Behörde zugleich ein berufliches Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG ausspricht.⁸ In diesen Fällen wird dem Arbeitnehmer regelmäßig § 616 BGB zugutekommen, welcher seinen Entgeltanspruch erhält, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Leistung verhindert wird.⁹ Was dabei eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ sein soll, ist nach den Umständen der konkreten Verhinderung zu bestimmen, wobei sich im Falle der behördlich angeordneten Isolation in Anbetracht der Vergleichbarkeit mit dem tatsächlichen Erkrankungsfall eine Orientierung an der 6-Wochen-Frist des EFZG anbietet.¹⁰ Im Falle eines behördlichen Tätigkeitsverbotes steht dem Arbeitnehmer ein Entschädigungsanspruch gem. § 56 IfSG zu, welcher in den ersten sechs Wochen vom Arbeitgeber auszuzahlen ist und diesem von der Behörde erstattet wird. Aus praktischer Sicht ist dieser Anspruch insofern wichtig, da § 616 BGB als disponibles Vertragsrecht in Arbeitsverträgen nicht selten abbedungen ist.¹¹

Die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers kann in der Coronakrise aber nicht nur durch die eigene Infektion oder einen entsprechenden Verdacht beeinträchtigt sein. Infolge der Schließung sämtlicher Schulen und Kitas stehen viele Arbeitnehmer vor der Notwendigkeit, während der täglichen Arbeitszeit ihren Betreuungspflichten nachzukommen; gleiches gilt freilich erst recht, wenn das betreuungsbedürftige Kind selbst erkrankt. In beiden Fällen kann der Arbeitnehmer die Leistung gem. § 275 III BGB wegen Unzumutbarkeit verweigern, was allerdings grundsätzlich gem. § 326 I BGB auch den Untergang seines Vergütungsanspruches zur Folge hat.¹² § 616 BGB wird dem Arbeitnehmer – soweit nicht ohnehin abbedungen – regelmäßig nur bei einer Erkrankung des Kindes helfen, da die wochenlangen Schul- und Kitaschließungen den Tatbestand regelmäßig nicht mehr

8 K.-S. Hohenstatt/C. Krois, NZA 2020, 413, 414; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113.

9 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113.

10 ErfK/U. Preis, § 616 BGB Rn. 10 a; kritisch A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113.

11 M. Fuhrott, GWR 2020, 107, 108; J. Grüneberg, ARP 2020, 111, 115; K.-S. Hohenstatt/C. Krois, NZA 2020, 413, 416.

12 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114; M. Fuhrott, GWR 2020, 107, 108; E. Dehmell/N. Hartmann, BB 2020, 885, 886.

erfüllen werden.¹³ Dieser Lücke hat der Gesetzgeber allerdings zuletzt durch Schaffung des § 56 Ia IfSG Abhilfe geleistet, indem er einen Entschädigungsanspruch für Sorgeberechtigte von Kindern, die das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für Verdienstauffälle in das Infektionsschutzgesetz implementierte.

II. Generelle Arbeitsunwilligkeit des Arbeitnehmers

Ein generelles Leistungsverweigerungsrecht steht dem Arbeitnehmer auch in der Coronakrise grundsätzlich nicht zu. Die bloße Befürchtung einer Infektion im Betrieb des Arbeitgebers begründet ein solches nicht.¹⁴ Im Einzelfall – man denke hier insbesondere an Risikogruppen und schwangere Arbeitnehmerinnen, bei denen die Gefahr eines lebensbedrohlichen Krankheitsverlaufes größer oder die zu befürchtenden Folgen eines solchen Verlaufs schwerwiegender ist – wird man jedoch ein Recht zu Leistungsverweigerung nach § 275 III BGB jedenfalls dann erwägen müssen, wenn eine alternative Beschäftigung am Wohnsitz des Arbeitnehmers nicht möglich ist.¹⁵

Der Arbeitnehmer kann seine Arbeitsleistung jedoch gem. § 273 I BGB zurückbehalten, solange der Arbeitgeber seinen arbeitsvertraglichen Schutzpflichten gem. § 618 BGB nicht hinreichend nachkommt.¹⁶ Dann behält er gem. § 615 S. 1 BGB sogar seinen Anspruch auf die Vergütung, da sich der Arbeitgeber durch die fehlende Bereitstellung eines zumutbaren Arbeitsplatzes in Annahmeverzug befindet.¹⁷

13 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114; E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 886 f.; K.-S. Hobenstatt/C. Krois, NZA 2020, 413, 416; offener M. Fuhlrott/K. Fischer, NZA 2020, 345, 348, die den Vergütungsanspruch allerdings nur für einen Zeitraum von ca. fünf Arbeitstagen erhalten wollen, innerhalb derer die Organisation einer alternativen Kinderbetreuung möglich sein solle.

14 M. Fuhlrott, GWR 2020, 107; E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 885 f.; A. Groeger, ARP 2020, 106.

15 M. Fuhlrott, GWR 2020, 107, 108; E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 886.

16 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114; zum Umfang dieser Pflichten sogleich unter IV.

17 ErfK/R. Wank, § 618 BGB Rn. 27 m.w.N.

III. Weigerung zur Durchführung einzelner Weisungen

Regelmäßig wird der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung ohnehin nicht gänzlich verweigern, sondern sich lediglich einzelner Weisungen unter Verweis auf die bestehende Pandemie entziehen wollen. Im Hinblick auf die geltenden Mobilitätseinschränkungen können Arbeitnehmer vor allem gewillt sein, ihre Arbeitsleistung am Wohnsitz zu erbringen, um dem Risiko einer Infektion im Betrieb zu entgehen. Ein allgemeiner Anspruch des Arbeitnehmers auf Homeoffice besteht allerdings auch während der Coronapandemie nicht.¹⁸ Ein solcher kann sich aber ausnahmsweise aus arbeitsvertraglichen Schutzpflichten ergeben, wenn einem Arbeitnehmer mit höherem Infektionsrisiko, der seine Arbeitsleistung ohne erhebliche Einschränkungen von zu Hause erbringen kann, der Weg zu seinem Arbeitsplatz nicht zugemutet werden kann.¹⁹ Lässt der Arbeitgeber in der Pandemie einen Teil der Belegschaft aus dem Homeoffice arbeiten, kann sich für den übrigen Teil ein Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben, soweit eine Ungleichbehandlung einzelner Arbeitnehmer nicht gerechtfertigt werden kann.²⁰

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob die einseitige Anordnung der Durchführung von Homeoffice-Arbeiten durch den Arbeitgeber von dessen Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO gedeckt ist. Eine entsprechende Weisung wird sich regelmäßig wohl in den Grenzen des billigen Ermessens bewegen, berücksichtigt man, dass es sich hierbei um eine vom RKI empfohlene Maßnahme zur Reduktion der Infektionsrisiken handelt, die gerade auch dem Schutz der Gesundheit des angewiesenen Arbeitnehmers selbst dient.²¹ Freilich hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Betriebsmit-

18 E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 886; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1115; allgemein zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf häusliches Arbeiten Picker, ZfA 2019, 269.

19 E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 886; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1115.

20 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1115.

21 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114; M. Fuhlrott/K. Fischer, NZA 2020, 345, 349 f.; S. Krieger/T. Rudnik/A. Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 475; differenzierend E. Dehmel/N. Hartmann, die unter Verweis auf Art. 13 GG eine Pflicht zur Arbeit im Homeoffice und zur Duldung der Einrichtung eines heimischen Arbeitsplatzes grundsätzlich ablehnen, die Anordnung der Arbeit im Mobile-Office aber im Pandemiefall für zulässig erachten, BB 2020, 885, 886, 888; a.A. A. Groeger, ARP 2020, 106, 107, unter Verweis auf LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18; M. Weber, ARP 2020, 120, 122.

tel für die heimische Tätigkeit bereitzustellen und auch im Homeoffice arbeitsschutzrechtliche Vorgaben zu erfüllen.²²

Auch Weisungen zur Durchführung von Dienstreisen oder Tätigkeiten mit erhöhtem Infektionsrisiko sind in der Pandemie im Ausgangspunkt als billig zu erachten und können vom Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres missachtet werden. Vielmehr muss jeweils im Einzelfall erwogen werden, ob eine Weisung aufgrund der jeweils aktuellen Infektionslage ausnahmsweise als unbillig einzustufen ist, wobei insbesondere die körperliche Verfassung des betroffenen Arbeitnehmers und das Interesse des Arbeitgebers an der Durchführung der Weisung zu berücksichtigen sind.²³

C. Pandemiebedingte Schwankungen des Leistungsinteresses des Arbeitgebers

Auf Seiten des Arbeitgebers droht die Pandemie vor allem, Einfluss auf sein Interesse am Erhalt der Arbeitsleistung zu nehmen. So mussten infolge der bundesweiten Kontaktbeschränkungen zahlreiche Arbeitgeber insbesondere im Dienstleistungssektor ihren Betrieb vorübergehend einstellen, weshalb sie für diesen Zeitraum ihr Interesse an Arbeitsleistung weitgehend verloren haben. In vielen Branchen ist zudem die Nachfrage bedingt durch die wirtschaftlichen Unwägbarkeiten der Krise teils dramatisch eingebrochen, wodurch viele Arbeitgeber selbst bei laufendem Betrieb ihre Belegschaft nicht vollständig auslasten können. In anderen Branchen wiederum – allen voran im Gesundheitssektor und in der Logistikbranche – haben Arbeitgeber umgekehrt mit Arbeitskräftemangel zu kämpfen, soweit ihre Leistungen in der Pandemie am Markt besonders nachgefragt werden und die vorhandene Personaldecke durch Häufung von Verdachts- und Erkrankungsfällen abzuschmelzen droht. Dabei handelt es sich um Verwendungsrisiken, die das Nutzungsinteresse des Arbeitgebers betreffen und die daher im Ausgangspunkt seiner Sphäre zuzurechnen sind.

22 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114; S. Krieger/T. Rudnik/A. Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 479.

23 In Bezug auf die Weisung zur Durchführung von Dienstreisen Fuhrott, GWR 2020, 107, 108; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1115.

I. Ausfall oder Beschränkung des Leistungsinteresses

Den Ausfall des Leistungsinteresses regelt das Arbeitsrecht in § 615 BGB, nach dessen Satz 1 der Arbeitgeber im Falle seines Annahmeverzuges Vergütung auch für solche Leistungen schuldet, die der Arbeitnehmer in der Folge nicht erbringen konnte, ohne dass dieser zur Nachleistung verpflichtet ist. Damit wird dem Arbeitgeber das Wirtschaftsrisiko des Arbeitsverhältnisses auferlegt; ist die Fortsetzung seines Betriebes infolge der Coronakrise wegen Auftrags- oder Absatzmangels wirtschaftlich sinnlos, hat er seinen Arbeitnehmern dennoch die vertragliche Vergütung zu zahlen.²⁴

1. Die arbeitsvertragliche Betriebsrisikolehre

In seinem Satz 3 erweitert § 615 BGB diesen Grundsatz, indem er dem Arbeitgeber auch das sog. Betriebsrisiko zuweist, also das Risiko, die Belegschaft auch ohne eigenes Verschulden aus betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigen zu können.²⁵ Davon erfasst sind solche Risiken, die sich aus dem Betrieb oder seiner Belegenheit ergeben, also z.B. Rohstoff- oder Arbeitskraftmangel, Betriebsmittelausfälle oder Naturkatastrophen.²⁶

Ob vom Betriebsrisiko auch eine Betriebsuntersagung durch die bundesweit eingeführten Eindämmungsverordnungen erfasst ist, ist freilich nicht abschließend geklärt. Im Grundsatz hat der Arbeitgeber solche Untersagungsrisiken zu tragen, die durch die besondere Eigenart seines Betriebes bedingt sind.²⁷ Vor dem Hintergrund der Reichweite der Schließungsverordnungen wird daher vertreten, dass es sich hierbei nicht um ein betriebsbezogenes Ausfallrisiko handele, sondern sich in der Pandemie lediglich das allgemeine Lebensrisiko verwirkliche, welches der Ar-

24 ErfK/U. Preis, § 615 Rn. 120 f.; MüKo-BGB/M. Henssler, 8. Auflage 2020, § 615 Rn. 98.

25 Freilich lässt sich zweifeln, ob es für diese Risikozuweisung tatsächlich eines dritten Satzes bedurfte, wie er durch die Schuldrechtsmodernisierung zur Kodifizierung der Betriebsrisikolehre des BAG Einzug in das BAG fand, vgl. Kritik bei Staudinger/R. Richardi/P. Fischinger, 2016, § 615 Rn. 210 ff.

26 ErfK/U. Preis, § 615 Rn. 130 f.; MüKo-BGB/M. Henssler, § 615 Rn. 96.

27 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1116; ErfK/U. Preis, § 615 Rn. 132; Staudinger/R. Richardi/P. Fischinger, § 615 Rn. 212; a.A. K.-S. Hohenstatt/C. Krois, NZA 2020, 413 f., wenn sie die Möglichkeit zur anderweitigen Erbringung der vereinbarten Dienste zum zentralen Abgrenzungskriterium erheben, welches bei allgemeinen, tätigkeitsbezogenen Betriebsuntersagungen trotz ihrer Betriebszugehörigkeit gerade nicht zu einer Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers führt.

beitgeber nicht abstrakt beherrschen könne.²⁸ Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass die jeweiligen Verordnungen die Betriebsuntersagung – wenngleich in der Summe weitreichend – doch in aller Regel in Bezug auf ihren Geschäftsgegenstand anordnen. So regelt beispielsweise die Verordnung zur Eindämmung des Coronavirus in Berlin in den §§ 2 – 13 verschiedenste Gruppen von Gewerbebetrieben und differenziert innerhalb dieser zwischen Betrieben, die nicht für den Publikumsverkehr zu öffnen sind und solchen, die aufgrund ihrer Bedeutung für das öffentliche Leben trotz Pandemie weiter betrieben werden können. Insofern besteht im Pandemiefall sogar ein engerer Bezug zwischen Betriebsausfall und dem Geschäftsgegenstand des Arbeitgebers, als dies regelmäßig bei Naturkatastrophen der Fall sein wird.²⁹ Dieses Ergebnis erscheint auch interessengerecht, berücksichtigt man, dass der Arbeitnehmer das Pandemierisiko seinerseits genauso wenig beherrschen kann wie der Arbeitgeber und das wirtschaftliche Risiko bei Unanwendbarkeit des § 615 S. 3 BGB vollständig allein zu tragen hätte, obwohl er selbst zur Leistung bereit und imstande ist.

Der Arbeitgeber wird hierdurch auch nicht unbillig belastet. Zum einen kann er die Verwirklichungsfolgen – ähnlich wie Naturkatastrophen – jedenfalls insoweit abstrakt beherrschen, dass er sich gegen pandemiebedingte Betriebsausfälle versichern kann.³⁰ Führt die Lohnfortzahlung nach vorübergehender Betriebsschließung dennoch zu einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung des Betriebes, so soll die Lohnfortzahlungspflicht nach Rechtsprechung des BAG zudem ausnahmsweise entfallen,³¹ wobei zu erwarten ist, dass das BAG diese Rechtsprechung auf die hier gegenständli-

28 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1116 unter Verweis auf Koller, der die abstrakte Beherrschbarkeit als maßgebliches Abgrenzungsmerkmal arbeitsvertraglicher Betriebsrisikoverteilung ansieht, in: Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen im Austauschverhältnis, 1979, 390 ff., 423 ff.; ähnlich E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 891, die eine solche Risikoveranlagung allenfalls bei Betrieben im Lebensmittel- und/oder Medizinsektor anerkennen wollen; a.A. M. Fuhrrott/K. Fischer, die auch bei behördlicher Schließung generell einen Fall von § 615 BGB annehmen, NZA 2020, 345, 348.

29 Beispielfaß BAGE 42, 94, wonach der Arbeitgeber das Risiko eines Ausfalls der Heizungsanlagen wegen eines plötzlichen Kälteeinbruchs zu tragen hat, ohne dass es auf die besonderen Eigenarten des Betriebes ankommt.

30 Spätestens mit der Coronakrise dürften Pandemiefälle in der Versicherungspraxis als ein zu berücksichtigender Risikofaktor für Unternehmen anzusehen sein, vgl. zum Versicherungsschutz im Pandemiefall V. Schreier, VersR 2020, 513.

31 BAG AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 28, aber kritisch: A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1116.

chen Fälle übertragen wird.³² Insofern besteht gar keine Notwendigkeit, den Arbeitgeber vom pandemiebedingtem Betriebsuntersagungsrisiko zu Lasten seiner Arbeitnehmer zu befreien, zumal die Frage nach Entschädigungsansprüchen der Betriebsinhaber gegen den Staat bislang gerichtlich nicht geklärt ist.³³

2. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Muss der Arbeitgeber danach seine Arbeitnehmer auch für den Fall entlohnen, dass er ihre Arbeitsleistung nicht verwenden kann, wird er regelmäßig ein Interesse daran haben, sich von einzelnen Arbeitnehmern zu trennen, um in der Krise Lohnkosten einzusparen. Die betriebsbedingte Kündigung kann dabei allerdings nur *ultima ratio* sein.³⁴ Daran sind im Pandemiefall insoweit hohe Anforderungen zu stellen, da der Arbeitsmangel hier oftmals nur vorübergehender Natur ist, was für eine betriebsbedingte Kündigung regelmäßig unzureichend sein wird.³⁵ Erforderlich für eine Kündigung aus dringenden, betrieblichen Erfordernissen wird daher eine Prognose sein, dass der Personalbedarf zumindest auch in der Folgezeit der Pandemie aufgrund der zu erwartenden, volkswirtschaftlichen Schäden hinter dem Vorkrisenniveau zurückbleibt.³⁶

Bevor der Arbeitgeber allerdings betriebsbedingte Kündigungen überhaupt aussprechen kann, hat er zunächst sämtliche Handlungsalternativen zu erwägen, um eine einseitige Vertragsbeendigung zu vermeiden. So kann der Arbeitsmangel teilweise durch den Abbau von Überstunden- und Arbeitszeitkonten kompensiert werden.³⁷ Der Arbeitgeber kann Arbeitnehmer weiterhin freistellen, wobei eine unentgeltliche Freistellung nur in Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer erfolgen kann, da der Vergütungsanspruch bei einseitiger Freistellung in der Regel gem. § 615 S. 1 BGB we-

32 M. Fuhrott/K. Fischer, NZA 2020, 345, 348; M. Fuhrott, GWR 2020, 107, 110.

33 Entschädigungsansprüche befürwortend Antweiler, NVwZ 2020, 584, 589; M-P. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich, NJW 2020, 1017, 1019.

34 Allgemein zum Ultima-Ratio-Prinzip der betriebsbedingten Kündigung U. Preis, Individualarbeitsrecht, Rn. 2856 ff.

35 C. Zieglermeier, DStR 2020, 729, 734; insbesondere die Einführung von Kurzarbeit wird regelmäßig für einen nur vorübergehenden Arbeitsmangel sprechen, vgl. BAG NZA 2012, 852, 854 f.

36 C. Zieglermeier, DStR 2020, 729, 734.

37 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1115.

gen Nichtannahme der Arbeitsleistung erhalten bleibt.³⁸ Eine Überbrückung der Krise ist grundsätzlich auch durch Urlaub möglich, wobei der Arbeitgeber auch diesen nicht einseitig anordnen kann. Eine Ausnahme bildet insoweit die Anordnung von Betriebsferien, die aber aufgrund der langen Vorankündigungsfristen des § 7 I BUrlG in der Coronakrise zur Bewältigung der Unterbeschäftigung ungeeignet erscheint.³⁹

Als praxisrelevanteste Möglichkeit zur Reduzierung der Lohnkosten steht dem Arbeitgeber zudem die Möglichkeit zur Einführung von Kurzarbeit nach Maßgabe der §§ 95 ff. SGB III offen. Diese kann auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung sogar ohne unmittelbare Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer erfolgen.⁴⁰ Zentrale Voraussetzung hierfür ist, dass ein erheblicher, vorübergehender und nicht vermeidbarer Arbeitsausfall droht. Mit dem „Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld“⁴¹ hat der Gesetzgeber die Anforderungen hieran deutlich erleichtert, so dass von einem erheblichen Arbeitsausfall bereits dann auszugehen ist, wenn 10 % der in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer vom Ausfall betroffen sind. In der Praxis zeichnet sich bereits ab, dass viele Unternehmen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, um die eigenen Zahlungspflichten in der Krise zu reduzieren, ohne die Personaldecke besonders mit Blick auf die Nachkrisenzeit zu reduzieren.

II. Steigerung des Leistungsinteresses

Vereinzelte ist aber auch zu beobachten, dass Arbeitgeber während der Pandemie einen Mehrbedarf an Arbeitsleistung haben. Kurzfristig lässt sich dieser durch Anordnung von Überstunden oder Einführung weiterer Arbeitsschichten befriedigen, wobei natürlich die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben einzuhalten und insbesondere Ausgleichszeiträume vorzuzulassen sind.⁴² Gem. § 15 II ArbZG kann der Arbeitgeber auf Antrag eine behördli-

38 Erfolgt die Freistellung wegen Krankheitsverdachts, wird der Entgeltanspruch regelmäßig gem. § 616 BGB erhalten bleiben, A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114.

39 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1115; M. Fuhlrott/K. Fischer, NZA 2020, 345, 348; M. Fuhlrott, GWR 2020, 107, 110.

40 M. Fuhlrott/K. Fischer, NZA 2020, 345, 346; M. Fuhlrott, GWR 2020, 107, 110.

41 BGBl. I 2020, S. 493.

42 M. Fuhlrott, GWR 2020, 107, 109; mit § 14 IV ArbZG hat der Gesetzgeber insoweit eine neue Verordnungsermächtigung im Pandemiefall für solche Tätigkeiten

che Genehmigung zur Sonn- und Feiertagsarbeit erhalten, wenn diese im öffentlichen Interesse dringend nötig wird. Diese Möglichkeit ist besonders für solche Unternehmen relevant, die in der gegenwärtigen Krise mit der Produktion wichtiger medizinischer Güter wie Testsubstanzen, Desinfektionsmittel oder Schutzkleidung betraut sind.⁴³ Reicht das vorhandene Personal zur Deckung des Arbeitskraftbedarfs während der Pandemie nicht aus, kann der Arbeitgeber auch befristete Neueinstellungen vornehmen, die gem. § 14 II TzBfG für eine Dauer von zwei Jahren sachgrundlos erfolgen können; denkbar ist zudem eine Sachgrundbefristung wegen vorübergehendem betrieblichem Bedarf (§ 14 I 2 Nr. 1 TzBfG) oder zur Vertretung erkrankter Arbeitnehmer (§ 14 I 2 Nr. 3 TzBfG).⁴⁴

D. Besondere Vertragsdurchführungsrisiken

Doch auch wenn das Arbeitsverhältnis in der Coronakrise grundsätzlich weiter durchgeführt werden kann, ergeben sich aus der gegenwärtigen Infektionslage besondere Vertragsrisiken, die insbesondere auf die im Vergleich zur häuslichen Isolation erhöhte Infektionsgefahr der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers zurückzuführen sind. Aufgabe des Arbeitsvertragsrechts ist es hier, durch eine Konkretisierung arbeitsvertraglicher Schutz- und Treuepflichten das Infektionsrisiko sämtlicher Arbeitnehmer so weitgehend wie möglich zu reduzieren. Die Eindämmung betrieblicher Infektionsherde erfolgt im durchgeführten Arbeitsverhältnis insbesondere durch die Begründung besonderer Schutz- und Aufklärungspflichten.

I. Schutzpflichten des Arbeitgebers

Gem. § 3 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten auf der Arbeit beein-

eingeführt, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung, das Gesundheitswesen, die pflegerische Versorgung, die Daseinsvorsorge sowie die Versorgung der Bürger mit existenziellen Gütern aufrechterhalten.

43 M. Fuhrott/K. Fischer, NZA 2020, 345, 346 f.; M. Fuhrott, GWR 2020, 107, 109; für private Paketzusteller hat das VG Berlin ein erforderliches öffentliches Interesse in Ermangelung einer allgemeinen Versorgungskrise im Eilrechtsschutz aber bereits abgelehnt, Beschl. v. 09.04.2020 – 4 L 132/20 (u.a.).

44 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1115.

flussen. Über § 618 I BGB finden diese Schutzpflichten Einzug in die schuldrechtliche Beziehung der Parteien und begründen einen Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, ihm zumutbare Maßnahmen zu ergreifen, um Arbeitnehmer möglichst effektiv vor einer Infektion zu schützen.⁴⁵ Die Beurteilung der erforderlichen Maßnahmen hat dabei die sich verändernde Infektionslage zu berücksichtigen (§ 3 I 2 ArbSchG) und hat arbeitsplatzbezogen zu erfolgen.⁴⁶ Zu den erforderlichen Maßnahmen werden dabei zunächst solche zu zählen sein, die während der Pandemie auch für den gemeinsamen Umgang im öffentlichen Raum gelten (Abstandsgebote, Hygieneanforderungen, Meidung persönlicher Kontakte).⁴⁷ Daneben kommen je nach Eigenart des Arbeitsplatzes auch die Errichtung physischer Barrieren, die Verkürzung von Reinigungsintervallen und die Verwendung angemessener Schutzkleidung in Betracht.⁴⁸ Gem. § 4 Nr. 6 ArbSchG hat der Arbeitgeber die Bedürfnisse von Beschäftigtengruppen mit erhöhtem Infektionsrisiko besonders zu berücksichtigen.⁴⁹ Eine Nichterfüllung dieser Schutzpflichten erlaubt dem Arbeitnehmer die Leistungsverweigerung gem. § 273 I BGB, wobei sein Entgeltanspruch nach § 615 S. 1 BGB fortbesteht.⁵⁰

II. Aufklärungspflichten

Zu einer effektiven Infektionseindämmung wird der Arbeitgeber regelmäßig aber nur in der Lage sein, wenn er über eine hinreichende Informationsgrundlage über den Gesundheitszustand seiner Arbeitnehmer verfügt. Nur so ist es ihm möglich, potenzielle Infektionsherde frühzeitig zu erkennen und zu isolieren, um eine Ausbreitung der Infektion in der Belegschaft zu vermeiden. Umgekehrt werden aber auch Arbeitnehmer in der Coronakrise ein Interesse daran haben, zu erfahren, von welchen Kolleginnen und Kollegen die Gefahr einer Ansteckung ausgeht. Das Arbeitsver-

45 ErfK/R. Wank, § 618 BGB Rn. 4; U. Preis, Individualarbeitsrecht, Rn. 1795; MüKo-BGB/M. Henssler, § 618 Rn. 9.

46 A. Groeger, ARP 2020, 106, 110; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113.

47 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113; M. Weber will indes Pflichten zur Hygienevorkehrung erst erwachsen lassen, wenn die abstrakte Gefährdungslage im Betrieb in eine konkrete Infektionsgefahr umgeschlagen ist, ARP 2020, 120, 121.

48 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113.

49 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113.

50 ErfK/R. Wank, § 618 BGB Rn. 25, 27; U. Preis, Individualarbeitsrecht, Rn. 1795; MüKo-BGB/M. Henssler, § 618 Rn. 92 f.

tragsrecht hat hier durch Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Aufklärungspflichten die Informationsinteressen der Parteien mit dem Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer in Einklang zu bringen.

1. Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers

Grundsätzlich gilt für das Arbeitsrecht, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nicht zur Aufdeckung eigener Krankheitsbilder verpflichtet ist. Sein allgemeines Persönlichkeitsrecht geht dem Informationsinteresse des Arbeitgebers vor, da diesem mit der Erbringung eines Nachweises über die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit genüge getan werden kann, ohne dass es der Mitteilung einer konkreten Erkrankung bedarf.⁵¹ Von diesem Grundsatz wird man allerdings im Pandemiefall Ausnahmen zulassen müssen, ist doch der Gesundheitsschutz der übrigen Arbeitnehmer in die Abwägung mit den Persönlichkeitsrechten des infizierten Arbeitnehmers einzustellen. Demnach ist der Arbeitnehmer auf Grundlage seiner Rücksichtnahmepflichten (§ 241 II BGB, §§ 15, 16 ArbSchG) dazu verpflichtet, den Arbeitgeber über eine diagnostizierte Coronaerkrankung jedenfalls dann aufzuklären, wenn er für die Dauer der Inkubationszeit von 14 Tagen persönlichen Kontakt zu anderen Arbeitnehmern hatte.⁵² Auskunft kann der Arbeitgeber weiterhin darüber verlangen, ob sich der Arbeitnehmer in den vergangenen 14 Tagen in Gebieten aufgehalten hat, in denen eine erhöhte Infektionsgefahr bestand, sowie darüber, ob der Arbeitnehmer in dieser Zeit Kontakt zu Personen hatte, bei denen ein begründeter Verdacht einer Infektion oder gar eine positive Diagnose besteht.⁵³ Dem vergleichsweise geringen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers steht hier ein schutzwürdiges Interesse der Belegschaft an Gesundheitsschutz gegenüber, hinter welchem die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers ausnahmsweise zurückzutreten haben. Aus diesem Grund ist die hiermit verbundene Erhebung personenbezogener Daten nach Art. 6 I lit. c) DSGVO gerechtfertigt.⁵⁴

Fraglich ist, inwieweit dem Arbeitgeber das Recht zusteht, die Gesundheit seiner Arbeitnehmer selbständig zu überprüfen, z.B. in Form von Fie-

51 ErfK/B. Reinhard, § 5 EFZG Rn. 5; U. Preis, Individualarbeitsrecht, Rn. 2156.

52 M. Weber, ARP 2020, 120, 122; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112.

53 M. Weber, ARP 2020, 120, 122; E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 887; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112.

54 E. Dehmel/N. Hartmann, BB 2020, 885, 887; A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112.

bermessungen beim Betreten des Betriebsgeländes. Dabei muss berücksichtigt werden, dass – in Ermangelung flächendeckend einsatzbereiter Corona-Schnelltests – Untersuchungsmaßnahmen des Arbeitgebers wie Fiebertests nur einen begrenzten Aussagegehalt über eine tatsächliche Erkrankung liefern können. Vor dem Hintergrund dieser diagnostischen Unschärfe wird eine anlasslose Überprüfung sämtlicher Arbeitnehmer im Zweifel ausscheiden müssen.⁵⁵ Etwas anderes kann aber gelten, wenn es im Betrieb bereits Verdachtsfälle oder gar diagnostizierte Infektionen gibt, da sich das Risiko einer betriebsinternen Ausbreitung des Virus hierdurch deutlich erhöht.⁵⁶

2. Aufklärungspflichten des Arbeitgebers

Auf der anderen Seite trifft den Arbeitgeber eine Pflicht, die Betriebsangehörigen über Verdachts- und Infektionsfälle in der Belegschaft aufzuklären.⁵⁷ Dabei ist allerdings dem Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers hinreichend Rechnung zu tragen, was eine Namensnennung unzulässig macht.⁵⁸ Insoweit beschränkt sich die Aufklärungspflicht auf die Mitteilung darüber, dass ein Verdachts- oder Infektionsfall im Betrieb eingetreten ist; soweit hierdurch keine Rückschlüsse auf die Person des Betroffenen gezogen werden können, wird besonders bei großen Betrieben eine Konkretisierung auf einen abgrenzbaren Betriebsteil geboten sein.

E. Die Krisensicherheit des Arbeitsvertragsrechts in der Pandemie

Auf Grundlage dieser Risikoanalyse soll im Folgenden die Frage beantwortet werden, ob das Arbeitsvertragsrecht in der Coronakrise die notwendigen Instrumente bereit hält, um eine interessengerechte Verteilung der pandemiebedingten Risiken des Beschäftigungsmarktes zu ermöglichen. Dabei soll der Blick – auch wenn dies in Anbetracht der fortdauernden Infektionslage verfrüht erscheint – auch auf Entwicklungsperspektiven zur Vorbereitung künftiger Pandemiefälle gerichtet werden.

55 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113; ähnlich M. Fuhrott, GWR 2020, 107, der eine generelle Duldungspflicht für Messungen am Betriebseingang von einem weiteren Anstieg der Fallzahlen abhängig machen will.

56 A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1113.

57 M. Weber, ARP 2020, 120, 123.

58 M. Weber, ARP 2020, 120, 123.

I. Das Arbeitsvertragsrecht als Korridor interessengerechter Krisenbewältigung

Obwohl dem deutschen Arbeitsvertragsrecht der Begriff einer Pandemie fremd ist, zeigt die Analyse der vertraglichen Risikoverteilung, dass es für die mit der Coronakrise verbundenen Leistungsstörungen angemessene und interessengerechte Regelungen bereithält. Trotz der Neuartigkeit krisenbedingter Problemlagen wie dem Fehlen einer öffentlichen Kinderbetreuungsinfrastruktur und präventiven Betriebsschließungen bieten auslegungsfähige Tatbestände hinreichend Spielraum für die Berücksichtigung der gegenwärtigen Situation bei der vertraglichen Risikoverteilung. Bestehende Regelungslücken wie das Problem des Verdienstausfalls bei Erfüllung von Betreuungspflichten hat der Gesetzgeber dabei zügig geschlossen. Insgesamt muss sich das Arbeitsrecht ohnehin nicht an der Zielvorgabe messen lassen, eine abstrakte Best-Practice für sämtliche Arbeitsverhältnisse im Pandemiefall vorzuhalten, was in Anbetracht der Diversität von Beschäftigungsverhältnissen eine Herkulesaufgabe darstellte. Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, den Arbeitsvertragsparteien einen Handlungskorridor vorzugeben, innerhalb dessen sie anhand ihrer individuellen Bedürfnisse und der Eigenarten der Tätigkeit angemessene Lösungen finden können, ohne dass eine Partei ihre Interessen einseitig auf Kosten der anderen durchzusetzen vermag.

Dabei wird es besonders wichtig sein, bei der Auslegung des Arbeitsrechts die gegenseitige wirtschaftliche Abhängigkeit der Arbeitsvertragsparteien in ihrer gewerblichen Wertschöpfung hinreichend zu berücksichtigen. Das Risiko einer betrieblichen Existenzgefährdung schwebt in der Pandemie wie ein Damoklesschwert nicht nur über dem Kopf des Arbeitgebers, sondern auch der gesamten Belegschaft, werden die Arbeitnehmer in aller Regel von ihrem Arbeitsverhältnis als zentrale Quelle ihres Lebensunterhaltes abhängig sein. Beide Parteien verfolgen daher das gemeinsame Interesse, die Krise möglichst ohne größere wirtschaftliche Schiefelage des Betriebes zu überstehen, um das Arbeitsverhältnis mit Blick auf die Zukunft normal weiterführen zu können. Vor diesem Hintergrund wird es in der Praxis geboten sein, individuelle Lösungen auf Basis von Kompromissen zu schaffen, anstatt auf dem Streitweg die Grenzen des Arbeitsvertragsrechts gerichtlich ermitteln zu lassen.⁵⁹ Unterstützt werden die Vertragsparteien dabei durch den Gesetzgeber, welcher das wirtschaftliche Pande-

59 In diesem Sinne auch A. Sagan/M. Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1117 unter Verweis auf die Bundeskanzlerin, die in ihren Ansprachen während der Coronakrise regelmäßig zu gemeinsamen solidarischen Handeln aufruft.

mierisiko durch flankierende öffentlich-rechtliche Maßnahmen wie die Erleichterungen der Regelungen zum Kurzarbeitergeld abzumildern versucht.

II. Die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen als Sorgenkinder der Pandemie

Lässt sich dem Arbeitsvertragsrecht hinsichtlich seiner Regelungsinhalte und -dichte ein ordentliches Zeugnis ausstellen, so wirft die gegenwärtige Krise doch zumindest Fragen hinsichtlich seines persönlichen Anwendungsbereiches auf. Denn es sind besonders die arbeitnehmerähnlichen Personen, die von den arbeitsrechtlichen Schutzmechanismen weitgehend ausgenommen sind, obwohl ihr wirtschaftliches Schicksal in der Pandemie regelmäßig eng mit dem ihres Dienstherrn verknüpft ist. Als Selbständige tragen sie die pandemiebedingten Wirtschafts- und Betriebsrisiken selbst, müssen ihre Tätigkeit auf eigene Kosten an besondere Verhaltensvorschriften anpassen und genießen gegenüber ihrem Dienstherrn keinen besonderen Kündigungsschutz. Den besonderen Schutzbedarf Solo-Selbständiger hat auch die Bundesregierung erkannt und bezuschusst daher Kleinstunternehmer, welche infolge der Coronakrise unter wirtschaftlichen Schwierigkeiten leiden.⁶⁰

Die Notwendigkeit staatlicher Unterstützungsmaßnahmen wirft aber zumindest die Frage nach der wirtschaftlichen Verantwortlichkeit von Dienstherrn jedenfalls in solchen Absatz- und Vertriebssystemen auf, die auf dem Verbund zahlreicher Einzelunternehmer unter einer gemeinsamen Marktpräsenz beruhen, wie dies z.B. bei Franchisesystemen oder Crowdworkplattformen der Fall sein kann. Während die System- oder Plattformbetreiber hier in wirtschaftlich stabilen Zeiten von Umsatzbeteiligungen und einem bedingt durch die stärkere Marktdurchdringung steigenden Markenwert von der gemeinsamen Wertschöpfungskette profitieren, sind sie gegenüber ihren Dienstleistern in der Krise über das für Dienstverträge gewöhnliche Maß hinaus kaum zu besonderer Unterstützung verpflichtet. Umgekehrt – und das zeigt mit der *Vapiano*-Insolvenz bereits die erste pandemiebedingte Zahlungsunfähigkeit eines Systemunternehmens – sind die selbständigen Dienstleister besonders in der Gastro-

60 So können kleine Unternehmen, Selbständige und Freiberufler für einen Zeitraum von drei Monaten Betriebskostenzuschüsse beantragen, welche vom Bund im Umfang von 50 Milliarden Euro bereitgestellt und von den Ländern ausgezahlt werden; daneben wurde auch der Zugang zur Grundsicherung für Selbständige erleichtert, um deren Lebensunterhalt und Wohnkosten abzusichern.

nomiebranche jedenfalls mittelbar betroffen, wenn sich infolge der Krise das Wirtschaftsrisiko ihres Dienstherrn realisiert und dieser seinerseits zahlungsunfähig wird.⁶¹ Neben zu befürchtenden Umsatzeinbußen durch die Beeinträchtigung des systemeigenen Goodwills besteht hier die Gefahr des Verlusts der Berechtigung zur weiteren Marken- und Know-how-Nutzung. Im Ergebnis tragen solche Systemdienstleister somit die wirtschaftlichen Risiken sowohl ihres eigenen Betriebes als auch jene des Systembetreibers, ohne dass dem eine besondere vertragliche Verantwortlichkeit des Letzteren gegenübersteht. Dass der Staat dieses Schutzdefizit erkannt hat und ihm mit finanziellen Hilfsmaßnahmen entgegenzusteuern versucht, mag zwar aus wirtschaftspolitischer Sicht löblich sein. Die Erforderlichkeit solcher Maßnahmen impliziert jedoch eine Unverhältnismäßigkeit der Verteilung wirtschaftlicher Chancen und Risiken in Beschäftigungsverhältnissen, in denen der Dienstleistende in Ermangelung eines hinreichenden Weisungsniveaus zwar nicht persönlich, wohl aber wirtschaftlich von seinem Dienstherrn abhängig ist. Vor diesem Hintergrund können Zweifel daran aufkommen, ob es tatsächlich allein die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten ist, die den besonderen Schutzbedarf vollumfänglich begründet, welchen das Arbeitsvertragsrecht mit seinen Arbeitnehmerschutzvorschriften zu erfüllen bezweckt.

III. Die Pandemie als (verpasste) Chance für den Beschäftigungsmarkt

Zweifel an der Reichweite des geltenden Arbeitnehmerbegriffs können infolge der Coronakrise aber auch dadurch aufkommen, dass der Beschäftigungsmarkt unter dem Einfluss der Pandemie erstmals dazu gezwungen ist, in größerem Maße auf digitale Formen der Zusammenarbeit auszuweichen. Während sich diese Arbeitsformen – trotz ihrer mitunter überstürzten Einführung – in der Praxis als durchaus funktionstauglich erweisen, gehen sie doch mit einer schwindenden Kontrolle des Arbeitgebers über

61 Für die besonders gefährdeten Unternehmen des Gastronomiegewerbes erwägt die Bundesregierung eine befristete Mehrwertsteuersenkung für ein Jahr ab dem 01.07.2020, um die finanziellen Einbußen der pandemiebedingten Schließzeiten zu kompensieren, vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Coronakrise (Corona-Steuerhilfegesetz), https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/2020-04-30-Corona-Steuerhilfegesetz/1-Formulierungshilfe.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 06.06.2020).

den Arbeitsprozess einher. Arbeitet der Arbeitnehmer infolge der Pandemie von zu Hause und stellt ihm der Arbeitgeber dabei sogar teilweise frei, wann er bestimmte Leistungen zu erbringen hat, stellt sich die Frage nach dem für den Arbeitnehmerstatus erforderlichen Grad der Weisungsgebundenheit, welche sich durch die digitale Distanz zwischen den Arbeitsvertragsparteien aufzulösen droht. Solange aber die Weisungsgebundenheit konstitutives Merkmal für die Reichweite des arbeitsrechtlichen Schutzschildes bleibt, besteht jedenfalls die Gefahr, Beschäftigte aufgrund ihrer neu gewonnen Freiheiten bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung aus dem Arbeitsrecht zu verlieren.

Insofern wird spannend zu beobachten sein, welchen Einfluss die Erkenntnisse aus der Krise auf die Fragen der Flexibilisierung von Arbeitsverhältnissen haben werden. So dürfte gerade die Debatte um einen Anspruch auf Homeoffice infolge der Pandemie zusätzlich an Fahrt gewinnen.⁶² Besonders Pendler, die in der Krise wochenlang ohne größere Einbußen von zu Hause gearbeitet und dabei die Vorteile wegfallender Fahrzeiten zu genießen begonnen haben, dürften auch nach der Pandemie ein gestiegenes Interesse an größerer Arbeitsort und -zeitflexibilität haben.⁶³ Insofern begründet die gegenwärtige Krise für den Beschäftigungsmarkt, neben den hiermit nicht zu relativierenden, wirtschaftlichen Gefahren, auch die Chance der praktisch erzwungenen Erkenntnis digitaler Entwicklungspotentiale, die nicht nur während der Pandemie, sondern vor allem auch über sie hinaus Möglichkeiten zur Verbesserung und Vereinfachung betriebsinterner Vorgänge bieten.

Eine weitere Chance der Coronakrise hat der Beschäftigungsmarkt allerdings bereits jetzt schon verpasst. So haben nur wenige Themen den arbeitspolitischen Diskurs der letzten zehn Jahre so sehr dominiert wie die Notwendigkeit der Weiterbildung von Arbeitnehmern, ganz besonders vor dem Hintergrund zunehmender Digitalisierung und dem hiermit verbundenen Erfordernis des Erwerbs informatorischer Kompetenzen.⁶⁴ Die

62 M. Fuhlrott/K. Fischer plädieren insoweit ebenfalls für die Normierung der Grenzen einer Homeoffice-Pflicht, NZA 2020, 345, 350.

63 Laut einer Kurzbefragung des Bayrischen Forschungsinstituts für Digitale Transformation wünschen sich 68 % der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Homeoffice bei ihrer Tätigkeit grundsätzlich für möglich halten, auch nach der Coronakrise mehr Homeoffice als zuvor, R. Stürz et. al., Digitalisierung durch Corona?, <https://www.bidt.digital/studie-homeoffice> (zuletzt abgerufen am 06.06.2020).

64 Beispielhaft R. Giesen/J. Kersten, Arbeit 4.0, 2018, S. 40; zuletzt A. Bromme, in: Klauwiter et. al. (Hrsg.), Assistententagung im Arbeitsrecht 9 (2019), S. 181 ff.

wochenlange häusliche Isolation und das beschränkte Leistungsinteresse von Arbeitgebern hätten – entsprechende digitale Weiterbildungsinfrastrukturen vorausgesetzt – den Nährboden für eine Weiterbildungsoffensive bereiten können. Auf diese Weise hätten Arbeitgeber ihre wirtschaftlichen Verluste der Krise durch einen unternehmensinternen Know-how-Gewinn zwar nicht wettmachen, jedenfalls aber teilweise kompensieren können. Mit Blick auf die Möglichkeit künftiger Pandemiefälle, die in Anbetracht der fortschreitenden Globalisierung zunehmend als wirtschaftlicher Risikofaktor zu berücksichtigen sein werden, sollten daher nach der Krise staatliche Maßnahmen erwogen werden, die Anreize zu einer betrieblichen Pandemieplanung insbesondere unter Berücksichtigung eines internen Weiterbildungsbedarfes setzen.

F. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Arbeitsvertragsrecht in der Coronakrise gut aufgestellt ist, um pandemiebedingte Vertragsrisiken angemessen und interessengerecht zwischen den Parteien zu verteilen. Die auslegungsfähigen Tatbestände arbeitsrechtlicher Vorschriften bieten hinreichend Raum für die Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse der Arbeitsvertragsparteien im konkreten Arbeitsverhältnis. Dabei unterstützt der Gesetzgeber den Beschäftigungsmarkt einerseits durch Schließung etwaiger Regelungslücken, andererseits durch finanzielle Hilfsmaßnahmen, die die drohenden Wirtschaftsrisiken abzumildern versuchen. Weniger Glück haben an dieser Stelle die arbeitnehmerähnlichen Personen, die zwar in aller Regel ähnlich betroffen von den Risiken der Pandemie sind wie gewöhnliche Arbeitnehmer, im Verhältnis zur ihrem Dienstherrn dabei aber kaum besonderen Schutz genießen. Ihnen greift zwar der Staat finanziell unter die Arme, um die pandemiebedingten Ertragsausfälle teilweise zu kompensieren, das Arbeitsvertragsrecht wird ihnen in der Krise hingegen regelmäßig nicht helfen. In Anbetracht der erzwungenen Entgrenzung der Arbeit aus dem Betrieb als potentiellm Infektionsherd wird zudem spannend zu beobachten sein, wie sich infolge der Coronakrise der arbeitsrechtliche Diskurs insbesondere in Bereichen wie der Flexibilisierung von Arbeit durch den Einsatz digitaler Kommunikationswege oder auf dem Feld der Arbeitnehmerweiterbildung entwickeln wird.

Vertragsrecht in der Corona-Krise COVInsAG: Auswirkungen auf die Insolvenzantragspflicht und die Haftung der Organe

*Prof. Dr. Jens M. Schmittmann, Essen**

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	246
B. Umfeld des Gesetzes und Gesetzgebungsverfahren	246
C. Das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz	247
I. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht	247
II. Folgen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht	248
1. Vereinbarkeit von Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters	248
2. Privilegierung der Rückzahlung von Darlehen	249
3. Ausschluss der Sittenwidrigkeit der Kreditgewährungen	249
4. Ausschluss der Insolvenzanfechtung	249
5. Erweiterung des Anwendungsbereichs	249
III. Gläubigeranträge	250
IV. Verordnungsermächtigung	250
D. Die Massesicherungspflicht in Zeiten der Corona-Krise	251
I. Grundlagen der Massesicherungspflicht	251
II. Modifikation durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG	251
1. Ersatzanspruch bei Scheitern der Sanierung	252
2. Insolvenzgründe und deren Feststellung	252
3. Reichweite der Massesicherungspflicht	253
4. Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter	254
III. Wechselwirkungen zum Insolvenzanfechtungsrecht	255
IV. Wechselwirkungen zum Haftungs- und Deliktsrecht	255
E. Fazit und Ausblick	256

* Der Verfasser ist Professor für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Wirtschafts- und Steuerrecht an der FOM Hochschule für Oekonomie und Management Essen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, für Handels- und Gesellschaftsrecht und Steuerrecht sowie Steuerberater und Mitglied des Senats für Anwaltssachen des Bundesgerichtshofs. Darüber hinaus ist er Vizepräsident des RIFAM Rhein-Ruhr-Instituts für angewandte Mittelstandsforschung e.V., Düsseldorf.

A. Einleitung

Die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus weltweit und in Deutschland, die auch als „COVID-19-Pandemie“ bezeichnet wird, beschränkt derzeit das öffentliche Leben massiv. Freizeit- und Kultureinrichtungen werden ebenso geschlossen wie Kinderbetreuungseinrichtungen, Gastronomiebetriebe und Einzelhandelsgeschäfte. Darüber hinaus werden viele öffentliche Veranstaltungen abgesagt. All diese Umstände führen dazu, dass Personen, die ihren Lebensunterhalt in diesem Bereich erwirtschaften, Einkommensverluste erleiden. Zudem ist bei vielen Unternehmen Kurzarbeit angeordnet, was ebenfalls zu wirtschaftlichen Einbußen der Arbeitnehmer führt. Unternehmen erleiden massive Umsatzeinbrüche und geraten schnell in eine Liquiditätskrise.

B. Umfeld des Gesetzes und Gesetzgebungsverfahren

Der Gesetzgeber hat früh Maßnahmen ergriffen. Schon am 13. März 2020 ist das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld beschlossen worden. Es folgten dann innerhalb weniger Tage das Gesetz über die Feststellungen eines Nachtrages zum Bundeshaushaltsplan für das Jahr 2020 („Nachtragshaushaltsgesetz 2020“), das Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister auf Grund des Coronavirus SARS-CoV-2 („Sozialschutzpaket“), das Gesetz zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen („COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz“) sowie das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, die sämtlich am 27. März 2020 beschlossen und im Bundesgesetzblatt verkündet worden sind.

Im Rahmen dieser Gesetzgebungsverfahren wurde auch das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz („COVInsAG“) als Art. 1 des Gesetzes zur Abmilderung der

Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020¹ verabschiedet und verkündet.

Das Gesetzgebungsverfahren war von großer Eile getrieben. Zwischen der Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 20. März 2020, 21:12 Uhr, der Kabinettsvorlage vom 22. März 2020, dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 24. März 2020 und der Beschlussfassung des Bundesrates sowie der Verkündung im Bundesgesetzblatt am 27. März 2020 lagen nur wenige Tage.

C. Das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz

I. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Kern des COVInsAG ist die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht. Nach § 1 COVInsAG ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages nach § 15 a InsO und nach § 42 Abs. 2 BGB zunächst bis zum 30. September 2020 ausgesetzt.

Es handelt sich – so jedenfalls die eindeutige Formulierung – um eine allgemeine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, die lediglich dann nicht eingreift, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen des SARS-COV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht, oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

Weiterhin gilt die Vermutung, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war. Da die Überschuldung im Wortlaut des § 1 COVInsAG nicht genannt ist, steht sie der Anwendung der Vermutung nicht entgegen.

Auch wenn für natürliche Personen keine Insolvenzpflcht besteht, so sind sie gleichwohl zur Vermeidung einer Versagung der Restschuldbefreiung im Schlusstermin gehalten, einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Restschuldbefreiung ist nämlich gem. § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO zu versagen, wenn der Schuldner in den letzten drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzantrages oder nach dem Antrag vorsätzlich oder grob fahrlässig die Befriedigung der Insolvenzgläubiger dadurch beeinträchtigt hat, dass er unangemessene Verbindlichkeiten begründet oder Vermögen

1 BGBl. I 2020, 569 ff. Vgl. dazu: *G. Pape*, Temporäre Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in der Corona-Krise, NWB 2020, 1053 ff.

verschwendet oder ohne Aussicht auf eine Besserung seiner wirtschaftlichen Lage die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verzögert. Dadurch soll verhindert werden, dass Schuldner kurz vor Insolvenzantragstellung ihr Vermögen verprassen². Im Hinblick auf die vielen Einzelgewerbetreibenden und sonstigen Selbständigen, die durch die COVID-19-Pandemie in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, wird § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO dahin modifiziert, dass auf die Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Zeitraum zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 keine Versagung der Restschuldbefreiung gestützt werden kann.

Die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung ist auf Grund der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 1 COVInsAG aufgehoben. Es bleibt allerdings weiter möglich, die Straftaten des Eingehungsbetruges gem. § 263 StGB, der Nichtabführung des Arbeitnehmeranteils des Sozialversicherungsbeitrags gem. § 266 a StGB oder des Bankrotts gem. § 283 BGB zu begehen³.

II. Folgen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Die Folgen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 1 COVInsAG sind in § 2 COVInsAG geregelt⁴.

1. Vereinbarkeit von Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters

Soweit die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist, gelten gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanie-

2 Vgl. J. M. Schmittmann/H. Theurich/T. Brune, Das insolvenzrechtliche Mandat, 5. Auflage, Bonn, 2017, § 6 Rdnr. 260.

3 S. R. Theiselmann/A. Verhoeven, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und Anpassung des Zahlungsverbots aus Sicht der Geschäftsleiter von Lieferanten, ZIP 2020, 797, 799.

4 Vgl. Ch. Thole, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz und ihre weiteren Folgen, ZIP 2020, 650 (654); J. M. Schmittmann, Die insolvenzrechtliche Komponente des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020, ZRI 2020, 234 (236).

rungskonzeptes dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i. S. d. § 64 Satz 2 GmbHG, des § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG, des § 130 a Abs. 1 Satz 2 HGB, auch i. V. m. § 177 a Satz 1 HGB und des § 99 Satz 2 GenG vereinbar.

2. Privilegierung der Rückzahlung von Darlehen

Darüber hinaus gilt gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredites sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite als nicht gläubigerbenachteiligend. Auch die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen ist nicht anfechtbar, sondern lediglich die Besicherung.

3. Ausschluss der Sittenwidrigkeit der Kreditgewährungen

Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG sind Kreditgewährungen und -besicherungen im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen, soweit nach § 1 COVInsAG die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages ausgesetzt ist.

4. Ausschluss der Insolvenzanfechtung

Weitreichende Anfechtungsausschlüsse sind Gegenstand von § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG, wonach kongruente Deckungen von der Anfechtung ebenso ausgeschlossen sind wie bestimmte inkongruente Deckungen. Es bleibt lediglich bei der Möglichkeit der Anfechtung, wenn dem anderen Teil bekannt war, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen sind.

5. Erweiterung des Anwendungsbereichs

Gem. § 2 Abs. 2 COVInsAG werden diese Regelungen auch auf Unternehmen erstreckt, die keiner Antragspflicht unterliegen, sowie auf Schuldner, die weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind.

Soweit Finanzierungen durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau und ihre Finanzierungspartner im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme im Rahmen der COVID-19-Pandemie gewährt worden sind, ist die Rückzahlung auch über den 30. September 2023 hinaus nicht anfechtbar.

III. Gläubigeranträge

Das Gesetz sieht zudem vor, dass bei zwischen dem 28. März 2020 und dem 28. Juni 2020 gestellten Gläubigerinsolvenzanträgen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 3 COVInsAG voraussetzt, dass der Eröffnungsgrund bereits am 1. März 2020 vorlag. Nunmehr wird es zur Vermeidung der Abweisung des Antrags als unzulässig Sache des Gläubigers sein, mit der Antragstellung glaubhaft zu machen, dass der Eröffnungsgrund bereits am 1. März 2020 vorlag, z. B. durch Vorlage von Pfändungsprotokollen, aus denen sich die Zahlungsunfähigkeit ergibt. Je weiter die Zeit fortschreitet, umso schwieriger dürfte es werden, diesen Nachweis zu führen. Dies ist vom Gesetzgeber allerdings auch beabsichtigt, da Eröffnungsanträge der Gläubiger vermieden werden sollen, um die Insolvenzreife von Unternehmen mit Hilfe von Hilfs- und Stabilisierungsmaßnahmen und sonstiger Sanierungs- oder Finanzierungsmaßnahmen zu beseitigen⁵. Gem. Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020 ist die Regelung mit Wirkung vom 1. März 2020 in Kraft getreten, so dass die Gerichte in bereits anhängigen Gläubigerantragsverfahren zusätzlich prüfen müssen, wann der Insolvenzgrund eingetreten ist.

IV. Verordnungsermächtigung

Das Gesetz schließt mit einer Verordnungsermächtigung. Das Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG und die Regelung zum Eröffnungsgrund bei Gläubigerinsolvenzanträgen nach § 3 COVInsAG bis höchstens zum 31. März 2021 zu verlängern, wenn dies auf Grund fortbe-

5 So Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 24. März 2020, BT-Drucksache 19/18110, S. 24.

stehender Nachfrage nach verfügbaren öffentlichen Hilfen, andauernder Finanzierungsschwierigkeiten oder sonstiger Umstände geboten scheint.

Ein Verweis auf § 2 COVInsAG fehlt in § 4 COVInsAG, ist allerdings auch nicht erforderlich, da § 2 COVInsAG unmittelbar auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in § 1 COVInsAG verweist.

D. Die Massesicherungspflicht in Zeiten der Corona-Krise

Ein wesentlicher Baustein der Massesicherungspflicht ist die Haftung der Organe für Zahlungsabflüsse, die nach Eintritt der materiellen Insolvenzreife erfolgen. Das System ist bei allen haftungsbeschränkten Gesellschaften vergleichbar. Nachfolgend wird das Beispiel der GmbH verwendet, da es sich bei der GmbH um die häufigste haftungsbeschränkte Gesellschaftsform handelt. Für die haftungsbeschränkte OHG, die haftungsbeschränkte Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft sowie die Genossenschaft gelten die nachstehenden Ausführungen sinngemäß.

I. Grundlagen der Massesicherungspflicht

Geschäftsführer sind nach § 64 Satz 1 GmbHG der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Es handelt sich schon dem Wortlaut nach nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Erstattungsanspruch eigener Art⁶ („sui generis“). Gem. § 64 Satz 2 GmbHG gilt der Erstattungsanspruch nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Für diese Ausnahme trägt der Geschäftsführer die Darlegungs- und Beweislast.

II. Modifikation durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der

⁶ So BGH, Urteil vom 11. Februar 2020 – II ZR 427/18, ZInsO 2020, 779 ff. Rn. 21 (zu § 130 a Abs. 2 Satz 1 HGB); BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 – II ZR 337/17, ZInsO 2019, 1529 = ZIP 2019, 1719 ff. Rn. 16 (zu § 64 Satz 1 GmbHG).

Aufrechterhaltung und Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i. S. d. § 64 Satz 2 GmbHG (und der für die übrigen Gesellschaftsformen geltenden vergleichbaren Vorschriften) vereinbar. Auch wenn der Anspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG nicht von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abhängt, so wird er in aller Regel lediglich vom Insolvenzverwalter geltend gemacht.

1. Ersatzanspruch bei Scheitern der Sanierung

Für den Fall einer gescheiterten Sanierung wird der Insolvenzverwalter daher zunächst festzustellen haben, wann materiell die Insolvenzreife eingetreten ist, also prüfen, wann Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und/oder Überschuldung (§ 19 InsO) eingetreten sind.

2. Insolvenzgründe und deren Feststellung

Von Zahlungsunfähigkeit ist nach der Rechtsprechung des BGH auszugehen, wenn die Liquiditätslücke des Schuldners zehn oder mehr Prozent beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist. Dazu ist zu prüfen, welche liquiden Mittel in den nächsten drei Wochen zur Verfügung stehen⁷. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit dem. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz sind auch die innerhalb von drei Wochen fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen⁸.

Die Feststellung der Überschuldung stellt sich oftmals noch schwieriger dar. Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Um-

7 So BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134 ff. = NZI 2005, 547 ff. mit Anm. H. Thonfeld.

8 So BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – II ZR 88/16, ZIP 2018, 283 ff. = NZI 2018, 204 ff.

ständen überwiegend wahrscheinlich. Trägt der Insolvenzverwalter eine handelsbilanzielle Überschuldung vor, sowie das Fehlen stiller Reserven, geht die sekundäre Darlegungs- und Beweislast auf den Geschäftsführer über⁹. Zur Feststellung einer Überschuldung einer GmbH bedarf es nach der Rechtsprechung des BGH stets eines Überschuldungsstatus in Form einer Vermögensbilanz, die über die „wahren Werte“ des Gesellschaftsvermögens Auskunft gibt¹⁰.

3. Reichweite der Massesicherungspflicht

Unter Zahlungen gem. § 64 Satz 1 GmbHG ist jede masseschmälernde Leistung zu verstehen¹¹. Der Zahlungsbegriff in § 64 Satz 1 GmbHG ist weit auszulegen¹².

Auch der Forderungseinzug auf einem debitorisch geführten Konto kann als Verstoß gegen die Massesicherungspflicht gesehen werden, allerdings nur dann, wenn die Forderung nicht an die Bank zur Sicherheit abgetreten war und wenn die Sicherungsabtretung vor Insolvenzreife vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist. Zudem liegt auch keine Zahlung i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG vor, soweit in Folge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden¹³.

Weiterhin hat BGH zum Entfall der Haftung des Gesellschaftsorgans für Zahlungen nach Insolvenzreife aufgrund Ausgleichs der Masseschmälerung durch Gegenleistung entschieden, dass die Ersatzpflicht in diesen Fällen jedenfalls dann entfällt, wenn der in die Masse gelangende Gegenstand für die Verwertung durch die Gläubiger geeignet ist. Wenn die Gesellschaft insolvenzreif und eine Liquidation zu Grunde zu legen ist, ist die in

9 So BGH, Urteil vom 19. November 2013 – II ZR 229/11, ZIP 2014, 168 ff. = NZI 2014, 233 ff.

10 So BGH, Beschluss vom 23. Juli 2005 – 3 StR 518/14, ZInsO 2015, 2021 f.

11 So BGH, Urteil vom 28. Februar 2012 – II ZR 244/10, NZI 2012, 569 ff. = AG 2012, 371 ff.; BGH, Urteil vom 16. März 2009 – II ZR 32/08, ZIP 2009, 956 ff. = NZI 2009, 486 ff.

12 So BGH, Urteil vom 16. März 2009 – II ZR 32/08, ZIP 2009, 956 ff. = NZI 2009, 286 ff.; vgl. *J. M. Schmittmann*, Haftung der Organe in Krise und Insolvenz, 2. Auflage, Köln, 2018, Rdnr. 327.

13 So BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 ff. = ZIP 2015, 1480 ff.

die Masse gelangende Gegenleistung grundsätzlich nach Liquidationswerten zu bemessen¹⁴.

Die Haftung des Geschäftsführers ist nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil eine Sanierung beabsichtigt ist. Der BGH forderte bislang im Rahmen von § 64 Satz 2 GmbHG eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung. Die Sanierungsabsicht allein entschuldige Zahlungen nach Insolvenzreife nicht¹⁵.

Hinter diesen Anforderungen bleibt die Regelung im COVInsAG zurück. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung und Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Es ist lediglich noch gefordert, dass die Zahlung der „Umsetzung eines Sanierungskonzeptes“ dient. Es muss sich weder um eine konkrete Chance auf Sanierung handeln noch muss das Sanierungskonzept aussichtsreich sein.

4. Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter wird im Falle des Scheiterns der Sanierung und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Aussicht auf Erfolg einen Anspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG geltend machen können, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass schon keine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 1 COVInsAG gegeben war. Dazu könnte der Insolvenzverwalter z. B. vortragen und beweisen, dass der Schuldner bereits vor dem 31. Dezember 2019 zahlungsunfähig war. Weiterhin könnte der Insolvenzverwalter vortragen und beweisen, dass keine Aussichten darauf bestanden, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Sofern dem Insolvenzverwalter dieser Nachweis gelingt, ist per se § 2 Abs. 1 COVInsAG ausgeschlossen.

Ist der Geltungsbereich von § 1 COVInsAG indes eröffnet, kann der Insolvenzverwalter gleichwohl den Geschäftsführer mit Aussicht auf Erfolg in Anspruch nehmen, wenn es sich um Zahlungen handelte, die nicht der

14 So BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 ff. = NZI 2017, 809 ff. mit Anm. J. Schädlich.

15 So BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – II ZR 248/17, NZI 2020, 180 ff. mit Anm. A. J. Baumert = DStR 2020, 179 ff.; BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1847 ff.; BGH, Beschluss vom 7. Februar 2007 – II ZR 51/06, ZIP 2007, 1501 ff.

Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes dienen. Hierbei dürfte es sich beispielsweise um Zahlungen an Gesellschafter handeln oder auch Zahlungen im Rahmen von Spekulationsgeschäften. Sofern auch diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, kommt ggf. noch eine Berufung darauf in Betracht, dass die Zahlungen nicht der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes dienen. Dafür liegt die Messlatte allerdings sehr hoch, da der Gesetzgeber keine besonderen Anforderungen an dieses Sanierungskonzept gestellt hat.

III. Wechselwirkungen zum Insolvenzanfechtungsrecht

Letztlich sind auch noch Wechselwirkungen zu berücksichtigen. Insbesondere ist das Insolvenzanfechtungsrecht gem. §§ 129 ff. InsO im Blick zu halten. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG sind zwar sämtliche kongruenten Deckungen nicht mehr anfechtbar sowie eine Reihe von inkongruenten Deckungen. Dies gilt allerdings nicht, wenn dem anderen Teil bekannt war, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet waren. Darüber hinaus sind auch Anfechtungen von unentgeltlichen Leistungen gem. § 134 InsO sowie Anfechtungen gegenüber Gesellschaftern gem. § 135 InsO weiterhin anfechtbar, soweit nicht eine Anfechtung – gegenüber Gesellschaftern, gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG – ausgeschlossen ist.

In dem Umfang, in dem der Insolvenzverwalter Zahlungen angefochten hat, die auch gegen die Massesicherungspflicht verstoßen haben, scheidet ein Anspruch gegen den Geschäftsführer aus.

IV. Wechselwirkungen zum Haftungs- und Deliktsrecht

Die Haftung gem. § 43 GmbHG bleibt bestehen; gem. § 43 Abs. 2 GmbHG haften Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Dazu gehört es auch, Vertragsangebote sachgerecht zu kalkulieren¹⁶ oder, sofern sich aus Unterlagen eines beauftragten Wirtschaftsprüfers bzw. Hinweisen des Betriebsrates ergibt,

16 So BGH, Urteil vom 28. Oktober 1971 – II ZR 49/70, NJW 1972, 154 f. = DB 1971, 2353 f.

dass die Voraussetzungen für die Beanspruchung von Kurzarbeitergeld vorliegen, dieses zu beantragen¹⁷.

Schließlich sind auch die Fälle der Haftung aus Delikt gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz zu berücksichtigen, die jedenfalls in den Fällen greifen, in denen nicht gerade § 15 a InsO oder § 42 Abs. 2 BGB das Schutzgesetz ist¹⁸.

E. Fazit und Ausblick

Alle diese Ausführungen zeigen, dass der Geschäftsführer trotz COVInsAG eine Reihe von unterschiedlichen Haftungsrisiken zu gegenwärtigen hat, insbesondere wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht oder keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Darüber hinaus hat der Geschäftsleiter im Rahmen von § 64 Satz 2 GmbHG den Nachweis zu erbringen, dass die Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgten, was z. B. dann gegeben ist, wenn die Zahlungen der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes dienen.

Geschäftsführer sind daher gut beraten, sowohl die Zahlungsfähigkeit zum 31. Dezember 2019 gründlich zu dokumentieren als auch hinsichtlich aller Zahlungen, die sie leisten, sicherzustellen, dass auch später nachgewiesen werden kann, dass diese im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgten¹⁹.

17 So BGH, Urteil vom 4. November 2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 281 ff. = ZIP 2002, 2314 ff.; J. M. Schmittmann, Haftung der Organe in Krise und Insolvenz, 2. Auflage, Köln, 2018, Rdnr. 237.

18 Vgl. im Einzelnen: J. M. Schmittmann, Haftung der Organe in Krise und Insolvenz, 2. Auflage, Köln, 2018, Rdnr. 522 ff.

19 So J. M. Schmittmann, Die insolvenzrechtliche Komponente des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020, ZRI 2020, 234 (236).

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

Dr. Caspar Behme, Institut für Internationales Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Dr. Jonas Brinkmann, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bielefeld

PD Dr. Daniel Effer-Uhe, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht, Universität Leipzig

Dr. Ann-Marie Kaulbach, Kompetenzzentrum für juristisches Lernen und Lehren, Universität zu Köln

Stephan Klawitter, Lehrbeauftragter an der Humboldt-Universität zu Berlin

Jun.-Prof. Dr. Andreas Maurer, Institut für Transport- und Verkehrsrecht, Universität Mannheim

PD Dr. Patrick Meier, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Dipl.-Psych. Alica Mohnert, Mag. iur., LL.M. (CUPL/中国政法大学), Görg Partnerschaft von Rechtsanwältinnen mbH, Köln, Lehrbeauftragte an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer und der Universität Siegen

Jun.-Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M. oec., Stiftungs-Juniorprofessor für das Recht der Familienunternehmen, Bucerius Law School Hamburg

Prof. Dr. Thomas Riehm, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Privatrecht, Zivilverfahrensrecht und Rechtstheorie, Universität Passau

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann, Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Wirtschafts- und Steuerrecht, FOM Hochschule für Oekonomie und Management Essen, Mitglied des Senats für Anwaltssachen des Bundesgerichtshofs

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

Dipl.-Kfm. Dr. Bernd Scholl, LL.M. oec., Institut für Bankrecht, Universität zu Köln