

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 Après-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 wegbricht. 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 ausgeschlossen. 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 drestelligen 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 Kleinstunternehmen, NJW 2020, S. 1103 (1104); *V. Fröbling/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 *Fröblich/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 PfVG 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 Unterhaltgefährdung 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 Verdienstausschlag 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 Verdienstausschlags nach § 56 IfSG. Folglich gäbe es gar keine pandemiebedingte Unterhaltgefährdung.

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 Kleinunternehmer 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; *Fröhling/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 Kleinstunternehmen 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 Kleinstunternehmen 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 Tierarztthelfern 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 Verdienstausschlag 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 Ausschlussstatbestand für das Leistungsverweigerungsrecht des Kleinstunternehmens 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 Kleinstunternehmers 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 Ausschlussstatbestands 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 Kleinstunternehmen, 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 Kleinstunternehmer 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 Leistungsstörungenrecht 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 Kleinstunternehmen 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 Immobilial-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. Lühmann, 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 zugesagten Kreditrahmen, den der Kunde ausschöpfen kann. Bei der zweitgenannten Form (§ 505 BGB) ist ein solcher erschöpft oder gar nicht vorhanden, 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_Aenderungsvorsch%3%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 Einnahmемinderung 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 *Kündgen* (Fn. 24), Art. 240 § 3 EGBGB Rn. 61; *Lühmann*, 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 Lühmann, 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 Lühmann, 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 Anzeigobliegenheit 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 verzerrt.“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 verzinslichen 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 folgen 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. Wolf/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; Lüthmann, 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 Verzugskündigung 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 *Lühmann*, 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 *Lühmann*, Moratorium (Fn. 85), S. 1324.

153 So auch *Lühmann*, 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. Fetzner, 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 Gesamtschuldnern zugunsten eines der Schuldner die Stundungswirkung des Abs. 1 eintrete, zugunsten des anderen, etwa weil er keine Einnahmeminderung 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 Gesamtschuldnern 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 Redaktionsversehen *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 trösten. 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-gutscheineloesung-bei-pauschalreisen-flugtickets-und-freizeitveranstaltungen-gefast-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.

