

Wegfall der Geschäftsgrundlage als Antwort des Zivilrechts auf krisenbedingte Vertragsstörungen?

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

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

Inhaltsübersicht

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

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

A. Einleitung und Grundgedanken zum Vertragsrecht

I. Die Krisensituation

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

1 Vgl. pars pro toto den gewählten Titel von *J. Barenberg*, Corona-Ausnahmezustand – Wie kommen wir da wieder raus?, Deutschlandfunk vom 6.4.2020, https://www.deutschlandfunk.de/corona-ausnahmezustand-wie-kommen-wir-da-gut-wieder-raus.1784.de.html?dram:article_id=473973 (Abrufdatum 21.4.2020).

2 Besonders deutlich, wenn auch teilweise zu weitgehend *J. Finke*, Krisen als Normalität, Verfassungsblog vom 30.3.2020, <https://verfassungsblog.de/krisen-als-normalitaet> (Abrufdatum: 21.4.2020).

3 Vgl. die folgende, nicht abschließende Zusammenstellung: *M. Weller/M. Lieberknecht/V. Habrich*, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, S. 1017; *M. Weller/C. Thomale*, Gewerbe mietrecht – Mietminderung in der Corona-Krise, BB 2020, S. 962; *S. Sittner*, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, S. 1169; *A. Sagan/M. Brockfeld*, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, S. 1112; *V. Römermann*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im COVInsAG und ihre Folgen, NJW 2020, S. 1108; *M. Schmidt-Kessel/C. Möllnitz*, Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen, NJW 2020, S. 1103; *S. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097; *C. auf der Heiden*, Prozessrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, S. 1023; *A. Schall*, Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen, JZ 2020, S. 388; *M. Fulbrott/K. Fischer*, Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, S. 345; *dies.*, NZA 2020, S. 409; *K. Hohenstatt/C. Krois*, Lohnrisiko und Entgeltdorf-

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

II. Sammlung und Systematisierungsansätze

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

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

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

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

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

III. Antworten des bürgerlich-rechtlichen Vertragsrechts

1. Vorrang der individualvertraglichen Vereinbarung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Implizite Abreden, Vertragsgenese und ergänzende Vertragsauslegung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Flankierendes Gesetzesrecht

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

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

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

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

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

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

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

4. Ausgangserwägungen zum Recht des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

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

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

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

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

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

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

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

B. Perspektiven

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

I. Die Mikroebene

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

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

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

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

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

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

II. Die Makroebene

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

III. § 313 als systemverbindendes Element

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

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

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

C. Detailerwägungen nach nationalem Recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Tatbestand

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Rechtsfolge

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

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

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

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

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

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

3. Vorrang speziellerer Vorschriften und Regelungsbereiche

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

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

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

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

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

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

III. Geldschuld ohne Währungsverfall

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Störung im Bereich spezifischer vertraglicher Leistungspflichten und Gläubigerrechte

1. Vorerwägungen

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

2. Der Fall des Gewerberaummietvertrages

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

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

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

a) Lösungsansatz nach Mietmängelrecht

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

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

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

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

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

66 BGH NJW 2011, S. 3151.

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Lösungsansatz nach allgemeinem Unmöglichkeitsrecht

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

c) Wegfall der Geschäftsgrundlage

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

80 Vgl. BGH NJW 2003, S. 510.

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

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

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

D. Prüfkaskade für den beratenden Anwalt und das angerufene Gericht

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

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

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

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

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

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

E. Zusammenfassung in Thesen

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

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

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

