

Das Allgemeine Vertragsrecht in den Zeiten der Corona-Pandemie*

Von Prof. Dr. Constantin Willems, Marburg**

Die Corona-Pandemie bestimmt im Jahr 2020 nicht nur das öffentliche Leben, sondern wirkt sich auch auf privatrechtliche Sachverhalte aus. Der Beitrag will einen Überblick über einige dieser Fälle geben und aufzeigen, wie das Allgemeine Vertragsrecht des BGB auch in Zeiten der Krise Handlungsoptionen und Lösungen bereithält, sodass „virale Anpassungen“¹ grundsätzlich nicht erforderlich sind. Die vom Gesetzgeber mit heißer Nadel gestrickten Sonderregelungen für Dauerschuldverhältnisse in Art. 240 EGBGB sollen dagegen in diesem Beitrag nicht behandelt werden.²

I. Verhältnis von Leistung und Gegenleistung

1. Sittenwidrigkeit und Wucher

Für einige Produkte – etwa Desinfektionsmittel oder Toilettenpapier – ist bei einigen Online-Portalen der Preis in die Höhe geschneit. So wurde etwa auf der Online-Verkaufsplattform Amazon.de das Desinfektionsmittel Sagrotan® für Preise von teilweise über 100 € pro 1,5-Liter-Gebinde angeboten. In bürgerlich-rechtlicher Hinsicht wirft dies die Frage nach dem „gerechten“ Preis und nach dem Verhältnis von Vertragsfreiheit und Privatautonomie auf der einen und vom Äquivalenzprinzip und der Relation zwischen Leistung und Gegenleistung auf der anderen Seite auf. Es stellt sich die Frage, ob ein solcher Kaufvertrag nicht als ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Insbesondere könnte der speziellere³ Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB einschlägig sein, der Vermögensvorteile für eine Leistung, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen, sowie das Hinzukommen eines der aufgezählten subjektiven Merkmale voraussetzt. Bezüglich letzterem wäre insbesondere an die „Ausbeutung der Zwangslage [...] eines anderen“ zu denken, was etwa dann zu bejahen ist, wenn einem Kranken ein Medikament oder eine andere Sachleistung, die dieser dringend benötigt, für einen unverhältnismäßig hohen Preis verkauft

wird.⁴ Für das Bestehen eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung hat sich der Maßstab des Doppelten bzw. der Hälfte etabliert:⁵ Wird eine Sache etwa für das Doppelte ihres Wertes verkauft, so besteht – wie man schon seit der Antike für richtig erachtet⁶ – eine Diskrepanz, die das Recht grundsätzlich missbilligt. Ein solches auffälliges Missverhältnis muss sich freilich auf den objektiven Marktwert, den Verkehrswert, beziehen, nicht auf den reinen Materialwert oder die Produktionskosten.⁷ Und dies ist im gebildeten Beispielsfall fraglich: Zwar bleiben Materialwert und Produktionskosten des Desinfektionsmittels gleich, die Knappheit auf dem Markt führt jedoch dazu, dass der objektive Marktwert dieses nunmehr knappen Guts ebenfalls in die Höhe schnellte. Insofern kann nicht allein aus dem ungewöhnlich hohen Preis auf ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung geschlossen werden, sondern es gilt, dass der Marktpreis eben dort liegt, wo sich die Angebots- und die Nachfragekurve treffen.

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Steht auf der Anbieterseite jedoch ein Unternehmen, das seine Marktmacht ausnutzt – wenn etwa der Stückpreis für sogenannte „FFP2-Atmungsmasken“ binnen weniger Tage von 0,45 € auf 13,52 €, also um mehr als das Dreißigfache, ansteigt –, könnte ein Verstoß gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 Abs. 1, Abs. 2 lit. a AEUV⁸ bzw. §§ 18, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB⁹) vorliegen und somit etwa ein kartellrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB¹⁰ gegeben sein.¹¹

* Der Titel des Beitrags spielt auf den Roman „Die Liebe in den Zeiten der Cholera“ („El amor en los tiempos del cólera“) des kolumbianischen Literaturnobelpreisträgers *Gabriel García Márquez* aus dem Jahre 1985 an.

** Der Autor ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Philipps-Universität Marburg.

¹ Vgl. den Titel des Beitrags von *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345: „Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts“.

² Zu diesen etwa *Rüfner*, JZ 2020, 443 ff.; *Lorenz*, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 1 Rn. 41–59; *Tribess*, GWR 2020, 152 ff.; *Lühmann*, NJW 2020, 1321 ff.; *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, NJW 2020, 1103 ff.

³ *Schmidt-Ränsch*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2017, § 138 Rn. 39; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 138 Rn. 235 f.; zur Relativierung dieser Spezialität durch die Rechtsprechung *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 142.

⁴ *Schmidt-Ränsch* (Fn. 3), § 138 Rn. 50; *Sack/Fischinger* (Fn. 3), § 138 Rn. 269.

⁵ *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, § 19 Rn. 3; *Sack/Fischinger* (Fn. 3), § 138 Rn. 244; *Armbrüster* (Fn. 3), § 138 Rn. 114.

⁶ Etwa *Göttlicher*, Auf der Suche nach dem gerechten Preis: Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts, 2004; *Herrmann*, in: Der gerechte Preis, Beiträge zur Diskussion um das pretium iustum, 1982, S. 9 ff. = *ders.*, in: Schiemann (Hrsg.), Johannes Hermann, Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte, 1990, S. 384 ff.; *Mayer-Maly*, in: Festschrift für Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag, 1973, S. 139 ff.; *Grebieniow*, Rechtsfolgen der Übervorteilung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der modernen Rechtsfiguren der laesio enormis und ihren historischen Grundlagen, 2015; *Forster*, Ona'ah und laesio enormis – Preisgrenzen im talmudischen und römischen Kaufrecht, 2018.

⁷ *Sack/Fischinger* (Fn. 3), § 138 Rn. 244; *Armbrüster* (Fn. 3), § 138 Rn. 113.

⁸ *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 97–102.

⁹ *Kling/Thomas* (Fn. 8), § 20 Rn. 162–192.

¹⁰ *Kling/Thomas* (Fn. 8), § 23 Rn. 38 f.

¹¹ Vgl. *Kleine/Schaper/Fila/Cyriac*, Newsdienst Compliance 2020, 220006, die aufzeigen, wie die Wettbewerbsbehörden

II. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz

1. Exportverbote

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 4.3.2020 im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und dem Bundesministerium der Finanzen auf der Grundlage von § 6 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 5 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) ein – inzwischen auf Druck aus der Europäischen Union abgeschwächtes¹² – umfassendes Exportverbot für medizinische Schutzausrüstung verhängt.¹³ Nach diesem war die Ausfuhr und die Verbringung bestimmter Güter, namentlich von Schutzanzügen, Handschuhen, Schutzbrillen und Visieren sowie verschiedenen Arten von Schutzmasken untersagt. Ein nach Erlass des Verbotes geschlossener Kaufvertrag, der eine Verpflichtung zur Übereignung derartiger Gegenstände ins Ausland vorsähe und gegen ein solches Ausfuhrverbot verstieße, könnte somit nach § 134 BGB nichtig sein. § 134 BGB bestimmt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, grundsätzlich nichtig ist. „Gesetz“ im Sinne der Norm meint jegliche Rechtsnorm im Sinne von Art. 2 EGBGB, sodass nicht nur Gesetze in formellem Sinne, sondern auch bloß in materiellem Sinne erfasst sind. Unter „jede generell-abstrakte Rechtsregel mit Außenwirkung, welche verbindliche Vorschriften für das Verhalten der ihr unterworfenen Personen aufstellt“,¹⁴ lässt sich auch die Anordnung von Beschränkungen im Außenwirtschaftsverkehr mit bestimmten Gütern durch das BMWi subsumieren, da es sich nicht um einen bloßen ministeriellen Runderlass¹⁵ handelt, sie also keine reine Verwaltungsvorschrift ist, sondern eine durch höherrangiges Recht (das AWG) gedeckte Regelung, der Außenwirkung zukommt. Ein Kaufvertrag, der gegen ein solches Embargo verstieße, wäre folglich ebenso nach § 134 BGB nichtig wie die auf ihm basierende verbotsgesetzwidrige Übereignung, schließlich würde ein anderes Auslegungsergebnis – nur die Übereignung sei von „Ausfuhr und Verbringung“ erfasst – einen Anreiz für die Vertragsparteien schaffen, den nach dem Abstraktionsprinzip dann wirksamen Kaufvertrag dem Verbotsgesetz zuwider doch zu erfüllen, um vertragliche Schadensersatzansprüche aus den §§ 280 ff. BGB zu vermeiden.¹⁶

Auch auf Ebene der Europäischen Union wurde erwogen, ein Exportverbot für medizinische Schutzkleidung ins außereuropäische Ausland zu verhängen. Wenn ein solches Verbot in Form einer Verordnung im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV erlassen würde, stellte diese als unmittelbar in allen Mitgliedstaaten der EU, also auch in Deutschland, geltende

Rechtsnorm im Sinne von Art. 2 EGBGB¹⁷ ebenfalls ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB dar.¹⁸

2. Schließung von Einrichtungen und Betrieben

Die hessische Landesregierung verordnete am 17.4.2020 – wie andere Landesregierungen zur gleichen Zeit – Maßnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus. Aufgrund von § 32 S. 1 Infektionsschutzgesetz (InfSchG) und der Verordnungsermächtigung in § 8 Abs. 1 Nr. 1 des Hessischen Ladenöffnungsgesetzes (hLÖG) wurde verordnet, dass bestimmte, in § 1 dieser Vierten Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus genannte Einrichtungen und Betriebe wie etwa Bars und Diskotheken (Nr. 2), Kinos (Nr. 5) oder Friseure (Nr. 8c) zu schließen sind. Dass nun jedenfalls ein nach Erlass der Verordnung¹⁹ vereinbarter Friseur-Termin nicht stattfinden kann, könnte juristisch damit begründet werden, dass andernfalls mit einem entsprechenden Werkvertragsschluss und der folgenden Vertragsdurchführung gegen ein Verbotsgesetz verstoßen würde. Da es sich hier um Modifikationen des Ladenöffnungsgesetzes handelt, stellt sich ergänzend die Frage, ob ein Verstoß gegen eine bloße Ordnungsvorschrift vorliegt, das Verbot also nur die äußeren Umstände des rechtsgeschäftlichen Handelns betrifft, wie dies etwa für den Fall des Verkaufs nach Ablauf der gesetzlichen Ladenschlusszeit angenommen wird: In diesem Fall wäre das Rechtsgeschäft regelmäßig gültig.²⁰ In diesem Sinne urteilte bereits das Reichsgericht im Jahr 1921: „die Einführung einer Polizeistunde wendet sich nicht gegen den Abschluß privatrechtlicher Verträge, sie verfolgt den Zweck, die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrechtzuerhalten [...]. Mit [...] diese[m] Zweck[er] ist die rechtliche Gültigkeit der von Wirt und Gast abgeschlossenen Verträge durchaus vereinbar.“²¹ Im konkreten Fall soll jedoch nicht nur die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechterhalten werden, sondern insbesondere der zwischenmenschliche Kontakt eingedämmt werden, der etwa in Bars, Kinos und Friseurläden stattfindet. Vor diesem Hintergrund ist die verordnete Schließung von Betrieben und Einrichtungen nicht als bloße Ordnungsvorschrift zu klassifizieren, sodass ordnungswidrig abgeschlossene Verträge der Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB unterfallen. Wer dies anders sieht, muss die vorübergehende rechtliche Unmöglichkeit erwägen – dazu sogleich.

derzeit verstärkt den Missbrauch von Marktmacht bezogen auf überhöhte Preise für lebenswichtige Güter untersuchen.

¹² BAnz, Amtlicher Teil, vom 12.3.2020, B1.

¹³ BAnz, Amtlicher Teil, vom 4.3.2020, B1.

¹⁴ Vossler, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2020, § 134 BGB Rn. 25.

¹⁵ BGH NJW 2015, 2248 (2255); Sack/Seibl, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 134 Rn. 16.

¹⁶ Wertenbruch (Fn. 5), § 18 Rn. 8.

¹⁷ BGHZ 125, 27 zum Irak-Embargo der EG; Wertenbruch (Fn. 5), § 18 Rn. 4.

¹⁸ Wertenbruch (Fn. 5), § 18 Rn. 2; Arnold, in: Erman, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2017, § 134 Rn. 11.

¹⁹ Zu einem ähnlichen Fall *Leo/Götz*, NZM 2020, 402 (404).

²⁰ Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 134 Rn. 9 m.w.N.; generell kritisch hierzu Sack/Seibl (Fn. 15), § 134 Rn. 77.

²¹ RGZ 103, 263 (264 f.).

III. Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit

1. Vorübergehende Unmöglichkeit

a) Vorübergehende rechtliche Unmöglichkeit

Auch das Unmöglichkeitsrecht der §§ 275, 283, 311a, 326 BGB kann im Pandemiefall zum Tragen kommen. Dies kann zum einen Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit umfassen. Während etwa die genannte Verordnung zur Schließung von Betrieben und Einrichtungen in Kraft ist, darf der Schuldner, z.B. ein Friseur, seinen Laden nicht öffnen und damit seine Dienstleistung nicht anbieten, sodass ihm die Vertragserfüllung aus rechtlichen Gründen unmöglich ist; gleichzeitig kann dem Friseur, wenn der Friseursalon gemietet ist, sein Vermieter aus rechtlichen Gründen die Mietsache nicht zum geschuldeten Gebrauch, dem Betrieb als Geschäftsraum, zur Verfügung stellen.²² Die gleiche Rechtsfolge greift bei ausländischen Exportverboten für bestimmte Güter:²³ Rechtliche Unmöglichkeit ist nämlich dann gegeben, „wenn die Vornahme der versprochenen Leistung zumindest dem Schuldner verboten oder aus rechtlichen Gründen unmöglich ist“.²⁴

b) Vorübergehende „echte“ Unmöglichkeit

Gleiches gilt etwa für Fälle, in denen die vertraglich geschuldete Leistung aus tatsächlichen Gründen nicht erbracht werden kann, etwa weil das geschuldete Produkt (argentinisches Rindfleisch, brasilianische Mangos o.ä.) pandemiebedingt nicht geliefert werden kann oder wenn ein Arbeitnehmer am Coronavirus erkrankt oder unter Quarantäne gestellt ist. In diesen letztgenannten Fällen ist dem Arbeitnehmer die Erbringung der von ihm geschuldeten Arbeitsleistung objektiv nicht möglich, sodass die Arbeitspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB entfällt.²⁵ Während im Beispiel der Arbeitsleistung eine absolute Fixschuld vorliegt,²⁶ diese Leistung also nicht nachgeholt werden kann, ist dies im erstgenannten Beispiel der Lieferstörung anders: Diese ist (hoffentlich!) ein nur vorübergehender Zustand, was die Frage nach der rechtlichen Behandlung eines solchen Falles der „vorübergehenden Unmöglichkeit“ betrifft.²⁷ Eine besondere gesetzliche Regelung für diesen Fall hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung bewusst nicht getroffen, sondern die Frage

wurde ausdrücklich²⁸ Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überlassen.²⁹ Daher wird vertreten, dass in diesem Fall, da eine Verurteilung des Schuldners zur Leistung jedenfalls derzeit nicht vollstreckbar ist, § 275 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Primärleistungspflicht – und konsequent § 326 Abs. 1 S. 1 BGB mit Bezug auf die Gegenleistungspflicht – angewandt werden sollen: Solange das Leistungshindernis besteht, ist die Durchsetzung der Leistungspflicht gehemmt, eine Leistungsklage wäre als zur Zeit unbegründet abzuweisen.³⁰ Die weiteren Rechtsfolgen, insbesondere die Verpflichtung zur Leistung von Schadens- bzw. Aufwendungsersatz und die Möglichkeit eines Rücktritts vom Vertrag, sollen dagegen nicht dem Unmöglichkeitsrecht (§§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB, §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 i.V.m. § 284 BGB und § 326 Abs. 5 BGB) entnommen werden, da diese jeweils an die endgültige Unmöglichkeit bzw. Zweckverfehlung anknüpfen. Schadensersatz neben der Leistung soll sich vielmehr aus dem Gesichtspunkt eines Verzögerungsschadens (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB) ergeben, Schadensersatz statt der Leistung bzw. ein Rücktritt vom Vertrag nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen von § 281 BGB bzw. § 323 BGB – also nach erfolgter Fristsetzung zur Leistung – möglich sein, wobei jeweils trotz der Anwendung von § 275 BGB von einer fälligen Leistungspflicht ausgegangen werden soll.³¹ Bezüglich der Schadensersatzansprüche ist freilich zu beachten, dass die pandemiebedingte Nichtleistung vom Schuldner regelmäßig nicht zu vertreten ist, da ein Fall der höheren Gewalt vorliegt.³² Insofern ist es also ausnahmsweise so, dass nicht nur der Anspruch auf die Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist und der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 BGB konsequent entfällt, sondern zudem auch keine Schadensersatzpflicht besteht.

²² Vgl. Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 22; Schall, JZ 2020, 388 (389). Zum Verhältnis von § 134 BGB und § 275 BGB siehe etwa Riehm, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 111 f.; Sack/Seibl (Fn. 15), § 134 Rn. 119; Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 275 Rn. 40; monographisch Jäpel, Rechtliche Unmöglichkeit und gesetzliches Verbot, 2014.

²³ Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 ff.

²⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 406.

²⁵ Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1113); Falter, BB 2009, 1974 (1979).

²⁶ Vgl. Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 21; Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 (2018).

²⁷ Dazu Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 23; Riehm, in: Effer-Uhe/Mohnert (Hrsg.), Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020 (im Erscheinen), Abschnitt D.I.2.; Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 (2020).

²⁸ BT-Drs. 14/6857, S. 11; BT-Drs. 14/7052, S. 185.

²⁹ Arnold, JZ 2002, 866 (867 f.); Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 22 Rn. 16; Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 23.

³⁰ Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 23; Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 141; Caspers (Fn. 22), § 275 Rn. 48–50; Brox/Walker (Fn. 29), § 22 Rn. 16; Gsell, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 270 ff.; Die Gegenansicht optiert für eine sofortige Verurteilung unter – explizit in den Tenor aufzunehmender – aufschiebender Bedingung durch Ende der vorübergehenden Unmöglichkeit, vgl. Kaiser, in: Festschrift für Walther Had-ding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 2004, S. 129 ff.

³¹ Arnold, JZ 2002, 866 (871); Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2018, § 21 Rn. 16; Ernst (Fn. 30), § 275 Rn. 150; a.A. dagegen Harke, ZRG-RA 123 (2006), 102 (148 ff.); Nach Dornis, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2020, § 286 Rn. 20, ist nicht auf §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB, sondern (allein) auf § 280 Abs. 1 BGB zurückzugreifen.

³² Vgl. Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 15, 18 und 36; Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017 (2019 f.). Näher dazu unten unter V. 1.

2. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit, § 275 Abs. 2 BGB

§ 275 Abs. 2 S. 1 BGB regelt zudem die sogenannte „wirtschaftliche“ Unzumutbarkeit. Der Schuldner kann demnach ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen, soweit die von ihm geschuldete Leistung einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Auch hier könnte man wieder an den eingangs geschilderten Beispielfall denken, dass jemand die Lieferung von Schutzmasken oder Desinfektionsmittel versprochen hat, die Marktpreise für diese Produkte jedoch nach Vertragsschluss um ein Vielfaches gestiegen sind. Hier ist jedoch der Maßstab des § 275 Abs. 2 BGB zu beachten: Maßgeblich ist nicht das nunmehr bestehende Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern die Relation zwischen dem Leistungsaufwand des Schuldners und dem Leistungsinteresse des Gläubigers. Letzteres steigt aber im Fall gestiegener Marktpreise im selben Maße wie der Leistungsaufwand des Gläubigers, sodass § 275 Abs. 2 BGB hier nicht einschlägig sein kann, sondern allenfalls § 313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) greifen kann³³ – dazu später mehr.

3. Persönliche Unzumutbarkeit, § 275 Abs. 3 BGB

Daneben regelt § 275 Abs. 3 BGB Fälle der persönlichen Unzumutbarkeit der Leistung. Auch in diesen Fällen kann der Schuldner die Leistung verweigern, namentlich, „wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann“. Eine persönliche Leistungspflicht besteht nicht nur bei der von Künstlern geschuldeten Darbietungsleistung, sondern im Zweifel generell beim Dienst- und Arbeitsvertrag (§ 613 BGB – Unübertragbarkeit).³⁴ Die Vorschrift des § 275 Abs. 3 BGB erfasst etwa die notwendige Versorgung von schwer erkrankten Angehörigen.³⁵ Für den Fall einer Pandemie ist die Einschätzung in der Literatur umstritten.³⁶ Von Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung ist etwa dann auszugehen, wenn die Arbeitsleistung nur unter Umständen erbracht werden kann, die für den Arbeitnehmer eine erhebliche Gefahr für Leben oder Gesundheit begründen, es sei denn, dieser hat sich – etwa als Ärztin oder Krankenpfleger – vertraglich dazu verpflichtet, diese Rechtsgüter im Rahmen der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten zu gefährden.³⁷ Teilweise wird vertreten, dass im Fall einer Pandemie mit

³³ Riehm (Fn. 27), Abschnitt D.I.2.; Riehm, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 225 und 256; Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 24; Ernst (Fn. 30), § 275 Rn. 79–81; Looschelders (Fn. 31), § 21 Rn. 20 f.; a.A. dagegen Caspers (Fn. 22), § 275 Rn. 105: Auch eine geschuldete Gegenleistung muss einbezogen werden.

³⁴ Lorenz (Fn. 2), § 1 Rn. 25; Caspers (Fn. 22), § 275 Rn. 108.

³⁵ Brox/Walker (Fn. 29), § 22 Rn. 24.

³⁶ Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 275 Rn. 30.

³⁷ Falter, BB 2009, 1974 (1979).

gegenüber der „normalen“ Influenza deutlich gesteigerter Letalität wie etwa im Fall von SARS oder Vogelgrippe grundsätzlich von einer Gesundheitsgefährdung am Arbeitsplatz auszugehen ist, sodass z.B. nur Arzt/-innen, Krankenpfleger/-innen oder Angehörigen ähnlicher Berufsgruppen zugemutet werden kann, die arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen.³⁸ Die überwiegend vertretene Gegenansicht setzt dagegen eine tatsächlich bestehende erhebliche Gesundheitsgefährdung auch am konkreten Arbeitsplatz voraus.³⁹ Im Übrigen kann auch, wenn Arbeitnehmer zu Hause ihre Kinder betreuen müssen, weil Kindergärten oder Schulen geschlossen sind, § 275 Abs. 3 BGB einschlägig sein, wenn keine andere im Haushalt lebende Person das Kind betreuen kann und eine Arbeit im Wege des sogenannten „Home Office“ nicht möglich ist.⁴⁰

IV. Störung der Geschäftsgrundlage

Seit der Schuldrechtsreform ist zudem in § 313 BGB die sogenannte „Störung der Geschäftsgrundlage“ geregelt – ein Konzept, das auf der gemeinrechtlichen Lehre von der *clausula rebus sic stantibus*, der impliziten Vertragsbedingung, dass der Vertrag an das Fortbestehen der ihm zugrundeliegenden Sachlage gebunden ist, und auf der später von Bernhard Windscheid aufgestellten „Lehre von der Voraussetzung“⁴¹ und deren Weiterentwicklung durch seinen Schwiegersohn Paul Oertmann⁴² aus dem Jahr 1921, also im Angesicht der Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen des Ersten Weltkriegs, beruht.⁴³ Die Norm behandelt Fälle, in denen es einer Vertragspartei unzumutbar ist, am Vertrag in seiner ursprünglichen Gestalt festzuhalten, da sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten,

³⁸ Stück/Wein, AuA 2007, 285; Stück, MDR 2009, 1209 (1211).

³⁹ Falter, BB 2009, 1974 (1980); Schmidt/Novara, DB 2009, 1817 (1820); v. Steinau-Steinrück/Mosch, NJW-Spezial 2009, 578.

⁴⁰ Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1114); Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017 (2018); Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 345 (248). Wenn nicht nach § 616 BGB ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht, gewährt seit dem 30.3.2020 § 56 Abs. 1a InfSchG bei Fällen der Betreuung einen Entschädigungsanspruch.

⁴¹ Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850.

⁴² Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, 1921.

⁴³ Zur Geschichte knapp Repgen, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV, 2012, Sp. 273–275; Looschelders (Fn. 31), § 37 Rn. 3 und Finkenauer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 20–28; Martens, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2020, § 313 Rn. 12–17; ausführlich Meyer-Pritzl, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2007, §§ 313, 314, Rn. 1 ff.

wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.⁴⁴ Ziel ist primär eine „Rettung“ des Vertrags, getreu dem Grundsatz *pacta sunt servanda*.⁴⁵ Oft liest man, dass § 313 BGB gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und dabei insbesondere dem Regime der Unmöglichkeit grundsätzlich subsidiär sei;⁴⁶ dies kann jedoch jedenfalls dann nicht überzeugen, wenn – wie im Fall der Corona-Pandemie – unerwartet Umstände eintreten, die die Gesamtwirtschaft betreffen und nicht in die Sphäre einer der Vertragsparteien fallen.⁴⁷ Dies gilt insbesondere für Fälle von Äquivalenzstörungen, die ja nicht unter § 275 Abs. 2 BGB fallen,⁴⁸ und für die Fallgruppe der gemeinsamen Fehlvorstellungen beider Parteien.

1. Fälle von Äquivalenzstörungen

Eine wichtige Fallgruppe ist die der sogenannten Äquivalenzstörungen, bei denen nachträgliche Änderungen der tatsächlichen Umstände das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus dem Gleichgewicht bringen.⁴⁹ Insbesondere können ausnahmsweise Fälle erfasst sein, in denen es zu einer erheblichen Kostensteigerung für den Schuldner kommt, die bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar war.⁵⁰ Wenn sich also jemand vor der Corona-Pandemie zur Lieferung von Schutzausrüstung zu einem bestimmten Preis verpflichtet hat, nun aber der Einkaufspreis für derartige Produkte krisenbedingt um mehr als das Dreißigfache gestiegen ist, ist eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB dergestalt vorzunehmen, dass ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien⁵¹ fortbesteht. Rechnung getragen werden muss dabei sowohl der Tatsache, dass der Einkaufspreis der Waren gestiegen ist, als auch dem Umstand, dass der Käufer diese zu einem günstigeren Preis erworben hätte – der neue Preis ist also nicht auf den neuen Marktwert festzusetzen, sondern in für beide Parteien akzeptabler Weise auf der Skala zwischen dem alten Kaufpreis und dem neuen Marktwert zu verorten.

⁴⁴ *Looschelders* (Fn. 31), § 37 Rn. 1; *Finkenauer* (Fn. 43), § 313 Rn. 1 f.

⁴⁵ Zu diesem Grundsatz *Landau*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV, 2020 (im Erscheinen), Sp. 301–303; *Gsell*, in: Stelmach/Schmidt (Hrsg.), *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien: Die Rolle des Rechts in der Zeit der wirtschaftlichen Krise*, 2013, S. 37 ff.

⁴⁶ Etwa BGH NJW-RR 1995, 853 (854); *Lorenz* (Fn. 2), § 1 Rn. 38.

⁴⁷ *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017 (2021). Zur Frage bald auch *Prütting*, in: Effer-Uhe/Mohnert (Hrsg.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, 2020 (im Erscheinen).

⁴⁸ Siehe oben unter II. 2.

⁴⁹ *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017 (2021 f.); *Looschelders* (Fn. 31), § 37 Rn. 21.

⁵⁰ *Lorenz* (Fn. 2), § 1 Rn. 39; *Looschelders* (Fn. 31), § 37 Rn. 24; *Finkenauer* (Fn. 43), § 313 Rn. 209.

⁵¹ Dazu *Martens* (Fn. 43), § 313 Rn. 226; *Looschelders* (Fn. 31), § 37 Rn. 17.

2. Gemeinsame Fehlvorstellungen

In einer weiteren Fallgruppe, der der gemeinsamen Fehlvorstellungen beider Parteien, kann ebenfalls eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB vorgenommen werden.⁵² *Philipp Fischinger* hat dies unlängst für die Frage nach dem Vertragsende befristeter Fußballer-Arbeitsverträge⁵³ in die Diskussion eingebracht.⁵⁴ Viele Profi-Fußballer verfügen über Verträge, die am 30.6.2020 enden – normalerweise schließt mit diesem Tag die Saison und ab dem 1. Juli kann gegebenenfalls mit einem anderen Verein in die Vorbereitung auf die neue Spielzeit gestartet werden. Dies ist 2020 jedoch anders, da damit zu rechnen ist, dass sich die Saison 2019/2020 – so sie überhaupt zu Ende gespielt wird – über den 30.6.2020 hinaus erstrecken wird. Wenn nicht die primär vorzunehmende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB ergibt, dass der häufig ohne weiteren erklärenden Zusatz als Vertragsende genannte 30.6.2020 im Sinne von „Ende der Saison“ zu verstehen ist, wie dies auch der Mustervertrag des DFB in § 11 insinuiert – „Der Vertrag gilt [...] bis zum 30.6.2020 [...] (Ende des Spieljahres [...])“⁵⁵ – sei sekundär eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB dergestalt vorzunehmen, dass der Vertrag statt bis zum 30.6.2020 „bis zum Ende der Saison“ laufen muss, da beide Parteien irrig von einem Saisonende zum 30.6.2020 ausgingen und diesen Umstand letztlich zur Grundlage für die Befristung machten.

V. Höhere Gewalt

1. Ausschluss des Vertretenmüssens

Sämtliche Schadensersatzansprüche aus den §§ 280 ff. BGB setzen voraus, dass der Schuldner die jeweilige Pflichtverletzung auch zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies wird widerleglich vermutet. Ist jedoch höhere Gewalt gegeben, fehlt es an einem Verschulden und die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB kann widerlegt werden.⁵⁶ Höhere Gewalt meint in den Worten des BGH „ein von außen kommendes, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes und auch durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis“.⁵⁷ Dass im Fall einer Pandemie von höherer Gewalt gesprochen werden kann, wurde bereits vor der Corona-Pandemie im Rahmen anderer zivilrechtlicher

⁵² *Looschelders* (Fn. 31), § 37 Rn. 26.

⁵³ Zur generellen Anwendbarkeit von § 313 BGB auf Arbeitsverträge *Böttcher*, in: Erman, *Kommentar zum BGB*, 15. Aufl. 2017, § 313 Rn. 49.

⁵⁴ So *Fischinger* im Interview mit dem Fußballmagazin *Kicker*, abrufbar unter

<https://www.kicker.de/772718/artikel/vertraege-enden-nicht-mit-dem-30-juni-wenn> (21.5.2020);

ferner *Fischinger*, LTO v. 28.3.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/profi-fussball-corona-krise-vertraege-saison-ende/> (21.5.2020).

Nun auch *Fischinger*, *SpuRt* 2020, 112 ff.

⁵⁵ Siehe https://www.dfb.de/fileadmin/dfbdam/37735-Mustervertrag_Vertragsspieler_03_2014.pdf (21.5.2020).

⁵⁶ *Stadler* (Fn. 36), § 276 Rn. 11.

⁵⁷ BGH NJW 2017, 2677 (2677 Rn. 8).

Fragestellungen, namentlich im Pauschalreise- und im Verjährungsrecht, diskutiert.

2. Rücktritt vom Pauschalreisevertrag

Dass eine Pandemie einen Fall höherer Gewalt darstellen kann, wurde bereits gerichtlich auf dem Gebiet des Pauschalreiserechts festgestellt. Eine Pandemie wie Corona durchkreuzt nämlich auch Urlaubspläne, sodass bereits gebuchte (Pauschal-)Reisen in ihrer Durchführung gefährdet sind. Eine Pandemie stellt wie etwa eine Naturkatastrophe (z.B. ein Vulkanausbruch)⁵⁸ einen Fall der höheren Gewalt dar.⁵⁹ Im Pauschalreiserecht der §§ 651a ff. BGB sah bis zum 30.6.2018 § 651j BGB (jetzt) a.F. ausdrücklich die „Kündigung wegen höherer Gewalt“ vor, im novellierten § 651h ist heute in Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BGB für beide Vertragsparteien, den Reisenden und den Reiseveranstalter, der Rücktritt⁶⁰ „wegen unvermeidbarer, außergewöhnlicher Umstände“ vorgesehen. Hierunter werden freilich immer noch Fälle höherer Gewalt wie Naturkatastrophen gerechnet.⁶¹ Zur Epi- bzw. Pandemie im Zusammenhang mit dem SARS-Virus hat das *AG Augsburg* im Jahr 2004 festgestellt, dass nach allgemeiner Ansicht auch derartige Epidemien unter höhere Gewalt fallen, da sie weder zum Betriebsrisiko des Reiseveranstalters, noch zum allgemeinen Lebensrisiko des Reisenden zählen.⁶² Erwägungsgrund 31 der europäischen Pauschalreise-Richtlinie RL (EU) 2015/2302, die der deutsche Gesetzgeber in den §§ 651a ff. BGB umgesetzt hat, führt den „Ausbruch einer schweren Krankheit“ explizit als einen der unvermeidbaren, außergewöhnlichen Umstände auf, die dem Reisenden ein Rücktrittsrecht geben.⁶³ Tritt der Reisende zurück, kann in einem solchen Fall der Reiseveranstalter nach § 651h Abs. 3 S. 1 BGB keine Entschädigung im Sinne von § 651h Abs. 1 S. 3 BGB verlangen. Tritt der Reiseveranstalter zurück, kann der Reisende immerhin die unverzügliche, d.h. bekanntlich „ohne schuldhaftes Zögern“ (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) erfolgende, Rückerstattung des womöglich bereits (teilweise) gezahlten Reisepreises verlangen (§ 651h Abs. 5 BGB).

3. Hemmung der Verjährung

Der Begriff der höheren Gewalt findet sich ferner explizit im Verjährungsrecht. Nach § 206 BGB ist die Verjährung ge-

hemmt, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Hierunter soll auch der derzeit ebenfalls viel diskutierte „Stillstand der Rechtspflege“ nach § 245 ZPO,⁶⁴ der z.B. infolge einer Naturkatastrophe,⁶⁵ aber auch einer Seuche⁶⁶ oder Epi-⁶⁷ bzw. Pandemie eintreten kann, gehören – so weit ist es allerdings dem Deutschen Richterbund nach in der gegenwärtigen Situation bislang noch nicht gekommen.⁶⁸

VI. Fazit

Das Vorstehende sollte zeigen, dass die Corona-Pandemie in verschiedenster Weise mit dem Allgemeinen Vertragsrecht des BGB in Berührung kommt. Insbesondere treten „klassische“ Probleme der Sitten- und Verbotswidrigkeit, der Unmöglichkeit, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der höheren Gewalt auf. Alle geschilderten Probleme bekommt das BGB in den Griff – so wie wir hoffentlich die Corona-Krise.

⁵⁸ OLG Frankfurt NJW-RR 2015, 569 (kein Schadensersatz wegen verspäteter Rückreise, da der Vulkanausbruch, aufgrund dessen der Luftraum gesperrt ist, einen Fall höherer Gewalt darstellt); AG München, Urt. v. 24.5.2018 – 133 C 21869/15 (Vulkanausbruch im Reiseland rechtfertigt als Fall höherer Gewalt die Kündigung eines Reisevertrags).

⁵⁹ Ulrich, GmbHR 2020, R103 (R104).

⁶⁰ Tonner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 651h Rn. 34.

⁶¹ Tonner (Fn. 60), § 651h Rn. 51–53.

⁶² AG Augsburg BeckRS 2004, 16212 Rn. 14 m.w.N.

⁶³ Löw, NJW 2020, 1252 (1253); Harke, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.1.2020, § 651h Rn. 43.

⁶⁴ Vgl. *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1025); *Grothe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 206 Rn. 8; *Mansel* (Fn. 20), §§ 205–209 Rn. 3.

⁶⁵ *Mansel* (Fn. 20), §§ 205–209 Rn. 3.

⁶⁶ *Meller-Hannich*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.3.2020, § 206 Rn. 5.

⁶⁷ *So auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1025); *Stadler*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 17. Aufl. 2020, § 245 Rn. 1; *Stackmann*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 245 Rn. 2.

⁶⁸ Redaktion beck-aktuell, becklink 2015868. Zu den Voraussetzungen eines solchen Stillstandes der Rechtspflege nun *Zscheschack*, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 13 Rn. 6–8.