

Grundstudium ZR

Prof. Dr. Thomas Riehm* und Quirin Thomas

Das Leistungsstörungenrecht und seine Grenzen in Zeiten von Covid-19

Am Beispiel des Werkvertrags

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2572>

Zusammenfassung: Die Covid-19-Pandemie hat nicht nur die Nachrichten und das alltägliche Leben, sondern auch das Vertragsrecht fest im Griff: Viele Verträge konnten oder können infolge der Pandemie nicht wie vereinbart durchgeführt werden. Entscheidend für die Vertragsparteien ist, wer die wirtschaftlichen Nachteile der pandemiebedingten Störung zu tragen hat. Ist das Pandemierisiko nicht erkannt und vertraglich zugewiesen worden, so entscheidet die Risikoverteilung des gesetzlichen Leistungsstörungenrechts, welche allerdings stets unter dem Vorbehalt einer Korrektur durch das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage steht. Der vorliegende Beitrag nimmt sich der Situation an, dass die Parteien über das Pandemierisiko nicht vertraglich disponiert haben und untersucht ausgehend von typischen pandemiebedingten Störungen Ergebnisse des Leistungsstörungenrechts und seine Grenzen am Beispiel des Werkvertrags.

Schlüsselworte: Corona; Covid-19-Pandemie; Allgemeines Leistungsstörungenrecht; Wegfall der Geschäftsgrundlage; Werkvertrag; typische Vertragsstörungen

I. Einleitung

Während sich der gesellschaftliche Alltag in Deutschland von der Covid-19-Pandemie erholt und Schritt für Schritt zur Normalität zurückkehrt, wird dies für den rechtlichen Alltag noch lange nicht der Fall sein, denn im Zuge der Corona-Krise konnten viele Verträge nicht wie vereinbart durchgeführt werden oder können es noch immer nicht: Verkäufer haben mit Lieferschwierigkeiten zu kämpfen,

***Kontaktperson:** Thomas Riehm, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Privatrecht, Zivilverfahrensrecht und Rechtstheorie, Passau.

Quirin Thomas, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an diesem Lehrstuhl.

Käufer mit ihrer Zahlungsfähigkeit. Dienstleister¹ oder Werkunternehmer standen unter Quarantäne, waren selbst infiziert, Krank steckt schon in infiziert; wenn mit infiziert gemeint ist symptomlos und mit Krank mit Symptomen, dann wäre infiziert überflüssig, da es in »unter Quarantäne« steckt oder hatten (und haben vielleicht noch immer) schlicht keine Betreuungsmöglichkeiten für die eigenen Kinder. Dies alles sind Störungen, welche die Vertragsdurchführung gefährden und oftmals tatsächlich vereiteln. Solche Störungen können zudem auch auf der anderen Seite auftreten: Man denke nur an den Veranstalter eines Events, der zu dessen Durchführung Dienst- und Werkverträge abschließt. Bleiben diesem durch ein behördliches Verbot die Gäste aus, so verliert er das Interesse an der Dienst- bzw. Werkleistung.

Die Covid-19-Pandemie wirft also zahlreiche drängende Fragen auf, die das Vertragsrecht noch einige Zeit beschäftigen werden. Viele Parteien wollen jetzt wissen, ob sie oder ihr Vertragspartner die wirtschaftlichen Nachteile der tatsächlich nicht – oder nicht wie geplant – durchgeführten Verträge tragen muss.

In eher seltenen Fällen haben die Vertragsparteien bereits selbst bei Vertragsschluss Antworten auf diese Frage gefunden, indem sie das Risiko einer Pandemie erkannt und darüber disponiert haben. Eine solche Disposition enthalten z. B. *Force Majeure*-Klauseln² oder *Material Adverse Change*-Klauseln (MAC-Klauseln)³. In diesen Fällen hat die Partei die wirtschaftlichen Nachteile zu tragen, die ihr vertraglich zugewiesen wurden. So entfällt nach diesen Klauseln beispielsweise eine Leistungspflicht, wenn höhe-

¹ Auf die arbeitsrechtlichen Folgen der Covid-19-Pandemie geht dieser Beitrag nicht ein. Vgl. zum Arbeitsvertragsrecht etwa Effer-Uhe/Mohnert/Klawitter *Vertragsrecht in der Coronakrise*, 2020, 223 ff.

² Vgl. dazu etwa Dehio/Rinne/Schmitt WM 2020, 819, 819 f.; Liebscher/Zeyher/Steinbrück ZIP 2020, 852, 862 f.; Wagner/Holtz/Dötsch BB 2020, 845, 846 sowie im Kontext von IT-Verträgen Bräutigam/Thalhofer CR 2020, 289 ff.

³ Kuntz DStR 2009, 377 ff.; Liebscher/Zeyher/Steinbrück ZIP 2020, 852, 863; Lange NZG 2005, 454 ff.; Dehio/Rinne/Schmitt WM 2020, 819, 820.

re Gewalt vorliegt, oder jemand wird von seiner Zahlungspflicht frei oder es kommt zur Aufhebung des ganzen Vertrages.

In den meisten Fällen aber werden die Parteien über das Pandemierisiko nicht disponiert haben. Dann gilt grundsätzlich das gesetzliche Leistungsstörungenrecht der §§ 275, 280 ff. und 320 ff. BGB.⁴ Allerdings hält dieses meist »Alles-oder-Nichts«-Lösungen bereit, indem es die Störung entweder der einen oder anderen Seite zuweist und somit als einseitige Leistungsstörung behandelt. Aus der Makroperspektive gesehen ist die Covid-19-Pandemie jedoch keine typische – einseitige – Leistungsstörung. Vielmehr betrifft die Pandemie alle Personen gleichermaßen; es handelt sich um eine gesamtgesellschaftliche Störung. Mithin ist auch ihre Bewältigung eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Jegliche Ergebnisse, die mit dem Leistungsstörungenrecht gefunden wurden, stehen somit angesichts des Ausmaßes der Corona-Krise unter dem Vorbehalt einer Korrektur nach § 313 BGB, der sich mit der (Um-)Verteilung von Nachteilen befasst, welche außerhalb der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung liegen.

Der nachfolgende Beitrag nimmt sich des Falles an, dass die Parteien nicht vertraglich über das Pandemierisiko disponiert haben und hält ausgehend von typischen Vertragsstörungen in der Corona-Krise für den Werkvertrag⁵ Antworten auf die Frage bereit, welche Partei die wirtschaftlichen Nachteile eben dieser Störungen zu tragen hat. Illustriert werden soll die Problematik anhand des folgenden Falles:

Fall 1:

Die *M & A*, eine Anwalts-Kanzlei, möchte am 03. April 2020 ein Fest veranstalten, um ihr 10-jähriges Jubiläum mit Mandanten und Anwälten befreundeter Kanzleien zu feiern. Erwartet werden in etwa 200 Gäste. Damit für eine angemessene Kulinarik gesorgt ist, beauftragt die *M & A* noch im September 2019 das Unternehmen *K* mit dem Catering: Neben der künstlerischen Planung und Abstimmung der Speisen auf die hochrangigen Gäste wurde vereinbart, dass die *K* die Speisen durch ihre haus-eigenen Starköche zubereiten lässt. Für diese Leistungen soll die *K* eine Bezahlung von pauschal € 60.000 durch die *M & A* erhalten. Aufgrund der Covid-19-Pandemie werden am 15. März 2020 jedoch durch behördliche Allgemeinverfügungen (rechtmäßig) sodann sämtliche Veranstaltungen verboten – damit auch die von der *M & A* für den 03. April 2020 geplante. Die *M & A* sagte das Fest daraufhin noch am 15. März 2020 ab.

II. Interessenlage

Die *M & A* und *K* haben mit dem vereinbarten Catering einen Werkvertrag geschlossen, denn ein derartiges Catering beinhaltet nicht schlicht die Lieferung herzustellender Speisen i. S. d. § 650 S. 1 BGB, sondern die Herstellung eines Werkes i. S. d. § 631 I BGB: Nicht die »Lieferung« als Übergabe und Eigentumsverschaffung der Speisen steht im Zentrum der vertraglichen Leistungspflicht, sondern die Komposition und Herstellung der Speisen selbst sowie der optische und logistische Aufbau am Ort des Festes. Diese Elemente stellen als Ausdruck schöpferischer, geistiger Tätigkeit das für den Werkvertrag typische Gepräge dar.⁶ Der Veranstalter wird durch ein behördliches Verbot nicht selten das Interesse an der Durchführung der Veranstaltung verlieren und sich daher in vielen Fällen vom Vertrag lossagen und nicht für die vereinbarte Vergütung aufkommen wollen. Das hängt in erster Linie davon ab, ob die Veranstaltung trotz des behördlichen Verbots in anderer Form, beispielsweise mit kleinerer Teilnehmerzahl, durchgeführt werden kann, und ob dies für den Veranstalter nach seiner Prognose wirtschaftlich ist. Der Werkunternehmer hat das gegenläufige Interesse daran, seine Werkleistung – wenn möglich – zu erbringen und die vereinbarte Vergütung zu erhalten. Faktisch hat es dabei der Veranstalter als Besteller – für den Fall der Möglichkeit der Werkleistung – in der Hand, ob das Werk erbracht wird oder nicht, denn dessen Erbringung ist von seinen Mitwirkungshandlungen wie dem Zugang zum Veranstaltungsort und der »Verschaffung« der Gäste abhängig. Wurde die Veranstaltung in einem solchen Fall tatsächlich nicht durchgeführt, fragt sich, wer die wirtschaftlichen Nachteile daraus zu tragen hat. Die Antwort hängt zum einen vom genauen Inhalt des behördlichen Verbots sowie der geschuldeten Leistung ab, und zum anderen davon, ob eine solche Störung als von der gesetzlichen Risikoverteilung (zu den Ergebnissen nach dieser unten III) erfasst anzusehen ist oder nicht (dazu unten IV).

⁴ Die vertragsrechtlichen Sonderregelungen des Art. 240 EGBGB behandelt der vorliegende Beitrag nicht. Vgl. dazu etwa *Liebscher/Zeyher/Steinbrück ZIP* 2020, 852, 852ff.; *Effer-Uhe/Mohnert/Kaulbach/Scholl Vertragsrecht in der Coronakrise*, 2020, 95ff.

⁵ Der Dienstvertrag wird in einem fortsetzenden Beitrag im nächsten Heft dieser Zeitschrift behandelt.

⁶ Vgl. *BeckOGK-BGB/Molt* § 650 Rn. 14; *MüKo-BGB/Busche* § 650 Rn. 12.

III. Ergebnisse nach dem gesetzlichen Leistungsstörungenrecht

1. Der Werklohnanspruch

a) Das Problem der Fälligkeit

Der Anspruch des Unternehmers auf Bezahlung des pauschal vereinbarten Werklohns (§ 631 I BGB) entsteht dem Grunde nach bereits mit dem Vertragsschluss; fällig wird er nach § 641 I 1 BGB allerdings erst mit der Abnahme des Werkes.⁷ Gleiches gilt für den hier anzunehmenden Fall, dass mangels möglicher Abnahme auf die Vollendung des Werkes abzustellen ist, § 646 BGB. Ausgedrückt wird dieser Grundsatz zudem von § 644 I 1 BGB, der die Gegenleistungsfahr (Preisgefahr) bis zur Abnahme des Werkes dem Werkunternehmer zuweist. Grundsätzlich kann der Unternehmer also kein Entgelt verlangen, wenn er seine Leistung nicht erbracht hat.

Es fragt sich allerdings, ob von diesem Grundsatz in der vorliegenden Konstellation eine Ausnahme zu machen ist. Die Regelung des § 640 II 1 BGB zur Abnahmefiktion hilft dabei nicht weiter, da diese ausweislich des Wortlauts ein bereits fertiggestelltes Werk voraussetzt; die Fertigstellung ist ohne Zugang zum Veranstaltungsort und ohne die »Verschaffung« der Gäste aber gerade nicht möglich. Die Frage ist äußerst umstritten: In der Rechtsprechung wurde dem Werkunternehmer für den Fall, dass die Herstellung des Werkes durch eine unterlassene Mitwirkung des Bestellers vereitelt wird, unter Verweis auf die Treuwidrigkeit der Berufung auf die fehlende Fälligkeit (§§ 242, 162 I BGB) ein sofort fälliger Anspruch auf die Vergütung gewährt.⁸ Vertreten wird auch die Möglichkeit einer Kündigung des Unternehmers nach den §§ 643, 648 a BGB unter der modifizierenden Anwendung des § 648 S. 2 BGB,⁹ denn die §§ 645 I 1, 648 a V BGB würden lediglich für den bereits erbrachten Teil des Werkes zu einem Vergütungsanspruch führen. Selbst ein solcher Teil kann jedoch im Falle der Obstruktion des Bestellers nicht erbracht werden. Manche sehen zudem in § 644 I 2 BGB die Regelung eines Annahmeverzugshonorars auch für den Fall, dass das Werk noch gar nicht fertiggestellt wurde.¹⁰ Schließlich ist an eine Klage des vorleistungsverpflichteten Werkunternehmers auf Leistung nach Empfang der

Gegenleistung (§ 322 II BGB) mit der Folge eines unmittelbar vollstreckbaren Zahlungsanspruchs gem. §§ 322 III, 274 II BGB zu denken.¹¹

Vorrangig ist jedoch zu prüfen, ob die Herstellung des vereinbarten Werkes im Sinne des § 275 I BGB überhaupt noch möglich ist. Denn ist dies nicht der Fall, so zeigt sich nach allen Lösungswegen die Wertung, dass der Werklohn nicht geschuldet sein kann: Nach der Lösung der Rechtsprechung kann von Treuwidrigkeit nicht die Rede sein, wenn die Bedingung im Sinne des § 162 I BGB gar nicht eintreten kann. Für eine Kündigung nach den §§ 643, 648 a BGB fehlt es an der nötigen Obstruktion des Bestellers bzw. an deren Kausalität für die Nichterbringung der Leistung. Und für die Konstruktion über die §§ 322 II, III, 274 II BGB mangelt es an der für den Annahmeverzug nötigen Leistungsfähigkeit des Werkunternehmers (§ 297 BGB). Ausgangspunkt für die Prüfung der Unmöglichkeit ist der Inhalt der vertraglich geschuldeten Leistung: Der Caterer ist verpflichtet, die vereinbarten Speisen zu kreieren, zu dem vereinbarten Ort zu liefern und dort darzubieten. Die Bereitstellung des Ortes und die »Verschaffung« von Gästen sind dagegen regelmäßig Obliegenheiten des Veranstalters¹² und damit nicht Teil der Leistungspflicht des Werkunternehmers.

Sodann ist im zweiten Schritt nach dem exakten Inhalt der behördlichen Anordnung zu differenzieren: Ist der Aufbau und die Präsentation der Speisen am Veranstaltungsort selbst verboten, liegt tatsächlich Unmöglichkeit der Werkleistung vor, sodass eine Ausnahme vom Grundsatz der Fälligkeit nach Abnahme oder Vollendung nach keinem der referierten Ansätze in Betracht kommt. Ist allerdings das Catering selbst mit den behördlichen Schutzanordnungen vereinbar, darf also nur der Veranstaltungsort nicht für Gäste geöffnet werden, liegt dies im Risikobereich des Veranstalters und begründet keine Unmöglichkeit der geschuldeten Werkleistung, sodass über eine Ausnahme nach den obigen Ansätzen nachzudenken ist. Dabei werden infektionsschutzrechtliche Anordnungen aufgrund der Covid-19-Pandemie einem Catering nur in den seltensten Fällen entgegenstehen,¹³ denn selbst § 1 II 1 der Bayerischen Corona-Verordnung¹⁴ vom 24. März 2020 als eine der striktesten Re-

⁷ BeckOGK-BGB/Merkle § 631 Rn. 553.

⁸ BGH NJW 1990, 3008, 3009; OLG Köln NJW-RR 1996, 624.

⁹ Staudinger/Peters BGB § 641 Rn. 9.

¹⁰ So etwa MüKo-BGB/Busche § 644 Rn. 8 f.

¹¹ So Hartmann BB 1997, 326.

¹² Vgl. zur Einordnung der Mitwirkungshandlungen als Obliegenheiten BeckOGK-BGB/Kögl § 642 Rn. 6.

¹³ A. A., jedoch ohne Differenzierung, Spenner/Estner BB 2020, 852, 855.

¹⁴ Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. März 2020, BayMBl. 2020 Nr. 130.

gelungen sieht für die Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen eine Ausnahme in § 1 II 2 vor.

Ist dem Werkunternehmer die Werkleistung – wie hier – also noch möglich, so ist zu fragen, ob sein Werklohnanspruch auch ohne Abnahme und Fertigstellung des Werkes fällig wird, wenn der Besteller die Herstellung des Werkes durch Unterlassen seiner Mitwirkung verhindert. Aus § 644 I 2 BGB kann sich dabei kein Annahmeverzugshonorar ergeben: Zum einen regelt diese Vorschrift nur den Übergang der Preisgefahr bei zufälliger Verschlechterung oder zufälligem Untergang des Werkes und nicht die Fälligkeit des Werklohnanspruchs.¹⁵ Zum anderen soll die Regelung nichts an dem Wesen des Werkvertrags als Versprechen eines Arbeitsprodukts ändern;¹⁶ die Gefahrtragungsregel für den Fall des Annahmeverzuges greift vielmehr nur ein, wenn das Werk bereits fertiggestellt wurde.¹⁷ Wird wie im vorliegenden Fall bereits die Fertigstellung des Werkes durch das Unterlassen erforderlicher Mitwirkungshandlungen verhindert, so kann sich aus § 644 I 2 BGB folglich kein Annahmeverzugshonorar ergeben.¹⁸ Für den Ansatz der sofortigen Fälligkeit nach §§ 242, 162 BGB und den Weg über §§ 643, 645 BGB unter modifizierender Anwendung des § 648 S. 2 BGB fehlt es an der für eine solche Rechtsfortbildung erforderlichen planwidrigen Regelungslücke, denn die §§ 322 II, III, 274 II BGB bestimmen, wie mit einer bestehenden Vorleistungspflicht bei Annahmeverzug des Bestellers umzugehen ist: Der Werkunternehmer kann auf Zahlung nach Empfang der Gegenleistung klagen (§ 322 II BGB) und sodann nach den §§ 322 III, 274 II BGB in der Zwangsvollstreckung seine Werklohnforderung durchsetzen, ohne seinerseits dafür (zu diesem Zeitpunkt) sein Werk erbracht zu haben.¹⁹ Dagegen wird z. T. eingewandt, dass § 322 II BGB einen Annahmeverzug mit der Abnahme des *fertiggestellten* Werkes voraussetze.²⁰ Das überzeugt jedoch nicht, denn § 322 II BGB nimmt ohne Modifikation auf den Annahmeverzug der §§ 293 ff. BGB Bezug,²¹ die nicht zwischen dem Verzug mit der Abnahme eines fertigen Werkes oder mit einer Mitwirkungshandlung differenzieren: Die Aufforderung zur Vornahme von Mitwirkungshandlungen steht nach § 295 S. 2 BGB dem Angebot der Leistung im Sinne des § 293

BGB ausdrücklich gleich. Nimmt der Besteller die Mitwirkungshandlung daraufhin nicht vor, kommt er unabhängig von einem Verschulden – dies dürfte bei einem Corona-bedingten Veranstaltungsverbot regelmäßig fehlen – in Verzug mit der Annahme, wenn der Werkunternehmer zu diesem Zeitpunkt leistungsbereit und -fähig ist. Ist der Termin für die Mitwirkungshandlung – wie hier – kalendermäßig bestimmt, ist sogar die Aufforderung des Unternehmers nach § 296 S. 1 BGB entbehrlich.²² In der Folge könnte der Werkunternehmer nach Verurteilung des Bestellers gem. §§ 322 II BGB nach Maßgabe der §§ 726, 756, 765 ZPO vollstrecken. Der nach § 765 Nr. 1 ZPO erforderliche Nachweis des Annahmeverzuges ist dabei schon im stattgebenden Urteil nach § 322 II BGB zu sehen.²³

Im Grundsatz kann der Werkunternehmer seinen Werklohnanspruch im Falle der Unterlassung von Mitwirkungshandlungen durch den Besteller also nach Maßgabe der §§ 322 II, III, 274 II BGB i. V. m. §§ 726, 756, 765 ZPO durchsetzen.

b) Das Problem des Zeitablaufs – absolutes Fixgeschäft

Voraussetzung dafür ist allerdings ein während des Erkenntnisverfahrens (§ 322 II BGB) und darüber hinaus auch noch während der Zwangsvollstreckung (§ 274 II BGB) fortwährender Annahmeverzug des Bestellers.²⁴ Bis zur Entscheidung über die Klage auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung wird der Zeitpunkt der Veranstaltung aber in den meisten Fällen bereits abgelaufen sein, sodass die Erbringung der Werkleistung nach der Fallgruppe des absoluten Fixgeschäfts unmöglich geworden sein könnte (§ 275 I BGB), und folglich auch der Annahmeverzug des Bestellers beendet wäre (§ 297 BGB).

Ein solches absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn die Leistung nur zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. während eines bestimmten Zeitfensters überhaupt erfüllt werden kann; ist das Zeitfenster vorbei, kann die Leistung naturgesetzlich nicht mehr wie geschuldet erbracht werden.²⁵ In diesem Fall wäre der Erfüllungsanspruch des Bestellers kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 275 I BGB). Zugleich würde der Werklohnanspruch des Unternehmers gem. § 326 I 1 BGB entfallen, sofern die Unmöglichkeit nicht während des Annahmeverzuges eingetreten ist

¹⁵ *Mugdan* Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Band II, 278 (im Folgenden *Mugdan* II).

¹⁶ *Mugdan* II, 277 f.

¹⁷ *Mugdan* II, 278 f.

¹⁸ So i. E. auch BeckOK-BGB/Voit § 644 Rn. 15; Staudinger/Peters BGB § 644 Rn. 25.

¹⁹ Vgl. dazu ausführlich *Hartmann* BB 1997, 326, 328 ff.

²⁰ So Staudinger/Peters BGB § 641 Rn. 9.

²¹ Vgl. zu dieser Sichtweise auch MüKo-BGB/Emmerich § 322 Rn. 14.

²² Vgl. zur Entbehrlichkeit des Angebots bei pandemiebedingten Störungen im Werkvertrag bereits Effer-Uhe/Mohnert/Riehm Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11, 40.

²³ MüKo-BGB/Emmerich § 322 Rn. 21.

²⁴ BeckOK-BGB/H. Schmidt § 322 Rn. 8 f.

²⁵ BeckOK-BGB/Riehm § 275 Rn. 95.

(§ 326 II 1 Alt. 2 BGB); in diesem Fall erhielt der Unternehmer den Werklohn abzüglich der ersparten Aufwendungen, m. a. W. also seinen Gewinn aus dem Vertrag. Zwar ist ein Werkvertrag – anders als ein Dienstvertrag (vgl. § 615 BGB) – nicht regelmäßig als Fixgeschäft anzusehen.²⁶ Hiervon wird allerdings teilweise eine Ausnahme gemacht, wenn das vereinbarte Werk exakt zu einem bestimmten terminlich festgelegten Zeitpunkt erbracht werden soll²⁷ – wie es bei der in Fall 1 (oben I) geplanten Veranstaltung der Fall ist. Gegen die Annahme eines absoluten Fixgeschäftes (und für die Annahme eines lediglich relativen Fixgeschäftes i. S. v. § 323 II Nr. 2 BGB) spricht indessen entscheidend, dass eine Nachholung der Veranstaltung im naturgesetzlichen Sinne durchaus möglich ist. Beide Parteien können ein Interesse daran haben, dass die Pflichten aus dem Werkvertrag über das Catering auch im Falle einer Verschiebung der Veranstaltung noch Bestand haben. Daher ist der Wegfall der Erfüllungsansprüche kraft Gesetzes (§§ 275 I, 326 I 1 BGB) keine interessengerechte Rechtsfolge; vielmehr entspricht lediglich ein Rücktrittsrecht des Veranstalters gem. § 323 I, II Nr. 2 BGB den Interessen der Parteien.²⁸ Dieses ist freilich nach § 323 VI Alt. 2 BGB ausgeschlossen, weil sich der Veranstalter – unabhängig von seinem fehlenden Verschulden – bei Fälligkeit in Annahmeverzug befindet, wenn er die Veranstaltung absagt.

c) Zwischenergebnis

Im Ausgangspunkt hat der Werkunternehmer somit die Möglichkeit, den Veranstalter als Besteller in Annahmeverzug zu setzen und so seine Werklohnforderung über die §§ 322 II, III, 274 II BGB durchzusetzen – allerdings um den Preis, dass er seine Leistung (vorbehaltlich einer Kündigung durch den Besteller) auch noch erbringen muss.

²⁶ Mugdan II, 277.

²⁷ Für eine Qualifikation als absolutes Fixgeschäft in vergleichbaren Fällen OLG Köln BeckRS 2018, 29269 Rn. 15; OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 633; BGH VersR 1973, 273; für ein absolutes Fixgeschäft bei Veranstaltungen wohl auch Sperner/Estner BB 2020, 852, 853; weitere Beispiele bei Staudinger/Caspers BGB § 275 Rn. 17 und bezogen auf eine pandemiebedingte Störung Effer-Uhe/Mohnert/Riehm Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11, 36 f.

²⁸ Zu diesen Kriterien für die Abgrenzung von relativem und absolutem Fixgeschäft s. BeckOGK-BGB/Riehm § 275 Rn. 95 ff.; zum pandemiebedingten Rücktrittsrecht bei relativen Fixgeschäften im Werkvertragsrecht s. bereits Effer-Uhe/Mohnert/Riehm Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11, 35 f.

2. Lösungsrechte der Parteien

Der Werklohnanspruch des Unternehmers steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass keine der Parteien sich durch die Ausübung eines Gestaltungsrechts vom Vertrag löst.

a) Allgemeine Bestellerkündigung nach § 648 BGB

Der Besteller kann den Werkvertrag nach § 648 BGB jederzeit bis zur Abnahmereife des Werkes²⁹ kündigen. Dieses Kündigungsrecht ist für den Besteller im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 648 S. 2 BGB allerdings unattraktiv:³⁰ Er schuldet dann nämlich den vollen Werklohn abzüglich der ersparten Kosten, also den gesamten Unternehmergewinn. Aus diesem Grund ist auch mit einer Auslegung von Erklärungen oder Handlungen des Veranstalters als Kündigung in diesem Sinne Zurückhaltung geboten.³¹ Es ist deswegen zunächst genau zu prüfen, ob aus der Erklärung des Veranstalters eindeutig der Wille zur Vertragsbeendigung hervorgeht. Ein solcher Wille wäre im obigen Fall 1 (I) etwa abzulehnen, wenn sich die M & A als Veranstalterin mit folgenden Worten an das Catering-Unternehmen K wenden würde: »Es tut uns leid, aber wir müssen Sie mit traurigen Nachrichten kontaktieren. Das Fest wurde behördlich verboten, womit wir dieses absagen mussten. Wir hätten ihre Leistungen gerne in Anspruch genommen, jedoch steht dem nun das behördliche Verbot entgegen.« In diesem Fall dürfte die M & A (irrig) davon ausgehen, dass die Werkleistung durch das Veranstaltungsverbot unmöglich gemacht wird. Es handelt sich daher eher um eine Wissens- als um eine Willenserklärung. Und weiter ist vorrangig zu prüfen, ob für den Veranstalter weniger belastende Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen.³²

b) Außerordentliche Kündigung nach § 648a BGB

Mit dem im Rahmen des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts³³ zum 01. Januar 2018 eingefügten § 648a BGB

²⁹ Zu diesem Grundsatz und zu Ausnahmen BeckOGK-BGB/Reiter § 648 Rn. 5 ff.

³⁰ Vgl. bereits Effer-Uhe/Mohnert/Riehm Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11, 35.

³¹ BeckOGK-BGB/Reiter § 648 Rn. 16.

³² So auch BeckOGK-BGB/Reiter § 648 Rn. 16; insofern nicht genügend differenziert Wolf/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth JA 2020, 401, 403.

³³ Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen

existiert eine Sondervorschrift für die außerordentliche Kündigung von Werkverträgen, die § 314 BGB verdrängt. Die Regelung ermöglicht sowohl dem Besteller als auch dem Werkunternehmer die sofortige Vertragsbeendigung aus wichtigem Grund. Ein solcher wichtiger Grund ist nur unter Zurückhaltung anzunehmen, um dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* Rechnung zu tragen. Das gilt umso mehr für die Kündigung durch den Besteller, weil hier § 648 BGB ohnehin jederzeit eine Kündigung erlaubt – aber eben um den Preis, den Unternehmergewinn zahlen zu müssen. Da § 648a BGB hiervon abweicht und die Entgeltzahlungspflicht (potenziell ganz) entfallen lässt, muss der Kündigungsgrund für den Besteller von erheblichem Gewicht sein und rechtfertigen, dass der Unternehmer seinen Gewinn für die zukünftigen Leistungen verliert. Im Grundsatz ist daher eine schwerwiegende Pflichtverletzung des anderen Teils zu fordern.³⁴ Zwar umfasst § 648a BGB auch Fälle ohne Pflichtverletzung und ohne Verschulden des anderen Teils, wenn der Vertragszweck erheblich und dauerhaft gefährdet ist.³⁵ Wenn die Störung dabei allerdings aus der Sphäre des Bestellers kommt – wie es in Fall 1 (und auch noch unten in Fall 2, III.3) als sogenannte Verwendungszweckstörung der Fall ist –, wird man ihm ein Kündigungsrecht nach § 648a BGB versagen und ihn auf § 648 BGB verweisen müssen. Anerkannt ist ein Kündigungsrecht des Bestellers nach § 648a BGB jedoch, wenn die Geschäftsgrundlage des Vertrags entfallen ist (dazu unten IV) und sich der Unternehmer weigert, an einer gebotenen Anpassung des Vertrages nach § 313 I BGB mitzuwirken.³⁶

Für den Werkunternehmer ist die Option einer eigenen Kündigung nach § 648a BGB dagegen nicht sehr lukrativ: Nach § 648a V BGB schuldet der Besteller dann lediglich die Vergütung für den bereits erbrachten Teil des Werkes. Wird die Erbringung der Werkleistung durch das Verhalten des Bestellers vollständig verhindert, so ist nach § 648a V BGB keine Vergütung geschuldet. Einer Korrektur dieses unbefriedigenden Ergebnisses im Wege der Rechtsfortbildung steht allerdings die bewusste Regelung des § 648a V BGB entgegen.³⁷ Den Kündigungsfolgeschaden kann der Unternehmer lediglich über §§ 648a VI, 280 I, III, 282 BGB³⁸ geltend ma-

chen,³⁹ der allerdings voraussetzt, dass der Besteller den Kündigungsgrund zu vertreten hat.

c) Vertragsauflösung nach § 643 BGB

Liegen die Voraussetzungen des § 642 BGB, auf den § 643 BGB verweist, vor (dazu eingehend unten III.3), so kann der Werkunternehmer dem Besteller eine Frist zur Nachholung der unterlassenen Mitwirkungshandlung setzen, verbunden mit der Erklärung, dass er den Vertrag nach Ablauf dieser Frist kündigt.⁴⁰ Ist die Handlung nach Verstreichen dieser Frist nicht nachgeholt worden, so »gilt« der Vertrag als aufgehoben. Es bedarf in diesem Fall also nicht des Ausspruchs einer Kündigung.⁴¹ In der Folge hat der Besteller nach § 645 I 2, 1 BGB die Vergütung für den bereits erbrachten Teil des Werkes zu entrichten. Das ist allerdings – wie die Kündigung nach § 648a BGB – für den Unternehmer uninteressant, wenn er noch keine Teilleistung erbringen konnte. Aus diesem Grund wird in der Lit. eine rechtsfortbildende Korrektur des § 645 BGB für diesen Fall diskutiert und vorgeschlagen, die Rechtsfolge des § 648 S. 2 BGB anzuwenden, wenn der Besteller in Annahmeverzug gerät (vgl. auch schon oben III.1.a)).⁴² Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass dieser Fall durch die §§ 322 II, III, 274 II BGB bereits sachgemäß gelöst ist (vgl. oben III.1.a)), sodass eine rechtsfortbildende Korrektur nicht erforderlich ist.

d) Rücktritt des Bestellers nach § 323 BGB

Zu prüfen wäre aus Sicht des Bestellers zudem ein Rücktrittsrecht nach § 323 I BGB, weil der Werkunternehmer das vereinbarte Werk bis zum Fälligkeitstermin nicht erbracht hat.⁴³ Dabei käme es auf ein Verschulden des Unternehmers nicht an. Eine Fristsetzung wäre in Fall 1

Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28. 04. 2017, BGBl. I 969 (Nr. 23).

³⁴ BeckOGK-BGB/Reiter § 648a Rn. 16.

³⁵ BeckOGK-BGB/Reiter § 648a Rn. 16.

³⁶ BeckOK-BGB/Voit § 648a Rn. 4.

³⁷ So auch BeckOGK-BGB/Reiter § 648a Rn. 58.

³⁸ Vertreten wird auch ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I oder §§ 280 I, III, 281 BGB, vgl. BGH ZfBR 2020, 43 Rn. 30; BeckOGK-BGB/

Reiter § 648a Rn. 56; s. zur Problematik der Anspruchsgrundlage BeckOGK-BGB/Riehm § 282 Rn. 28.

³⁹ Zum partiellen Gleichlauf der Voraussetzungen von § 648a BGB und § 282 BGB s. BeckOGK-BGB/Riehm § 282 Rn. 23, 28.

⁴⁰ Dieses Instrument ist speziell zu einem evtl. möglichen pandemiebedingten Rücktritt des *Schuldners*; vgl. zu diesem Schmidt/Lorenz COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 1 Rn. 14.

⁴¹ MüKo-BGB/Busche § 643 Rn. 7.

⁴² Staudinger/Peters BGB § 643 Rn. 18 f.

⁴³ Vgl. zur Anwendung des § 323 BGB beim Werkvertrag neben insbesondere der Kündigung aus § 648a BGB Messerschmidt/Voit/von Rintelen Privates Baurecht, H. Grundfragen der Verpflichtung des Werkunternehmers Rn. 120.

nach § 323 II Nr. 2 BGB entbehrlich.⁴⁴ Allerdings ist der Besteller, der die erforderlichen Mitwirkungshandlungen unterlässt, gem. §§ 293, 295 S. 1 Alt. 2, 296 S. 1 BGB in Annahmeverzug,⁴⁵ sodass sein Rücktrittsrecht nach § 323 VI Alt. 2 BGB ausgeschlossen ist.

Freilich setzt der Annahmeverzug des Bestellers voraus, dass die Leistung des Unternehmers noch möglich ist. Modifiziert man den Sachverhalt in Fall 1 dahingehend, dass die beiden – *ad personam* gebuchten – Starköche an Covid-19 erkrankt sind, wäre die Erbringung des Werkes während der Dauer der Krankheit und bis zum Ablauf einer nach der Genesung nötigen Schutz-Quarantäne vorübergehend (rechtlich) unmöglich. Nach überwiegender und überzeugender Ansicht ist in einem solchen Fall nach dem Gedanken des § 275 I BGB der Primärleistungsanspruch vorübergehend nicht durchsetzbar.⁴⁶ Gleichwohl steht dem Besteller ein Rücktrittsrecht nach § 323 I BGB zu. Die wegen der vorübergehenden Unmöglichkeit ausgeschlossene Durchsetzbarkeit steht dem nicht entgegen,⁴⁷ denn dieses Merkmal, das ohnehin nur im Wege der teleologischen Auslegung zum Wortlaut des § 323 I BGB ergänzt wird, soll das Rücktrittsrecht nur in denjenigen Fällen ausschließen, in denen die Nichtleistung keine objektive Pflichtverletzung darstellt.⁴⁸ Bei der vorübergehenden Unmöglichkeit liegt aber gerade – nicht anders als bei der dauernden Unmöglichkeit⁴⁹ – eine objektive Pflichtverletzung vor, die der Schuldner nur nicht zu vertreten hat. Daher ist § 323 I BGB in diesen Fällen anwendbar.⁵⁰ Nachdem der Besteller infolge der vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistung gem. §§ 297, 296 BGB nicht in Annahmeverzug kommt, steht auch § 323 VI Alt. 2 BGB dem Rücktritt nicht entgegen.

In der Rechtsfolge kann ein Rücktritt für den Besteller lukrativer sein als eine Kündigung nach § 648 a BGB, denn es kommt nicht zu einer teilweisen Vergütungspflicht im Sinne des § 648 a BGB, sondern der gesamte Werklohn ist zurückzugewähren (§ 346 I BGB). Angesichts der Wertersatzpflicht nach § 346 II 1 BGB und ihrer grundsätzlichen Berechnung anhand der Gegenleistung (§ 346 II 2 BGB) wird es dabei allerdings nur in seltenen Fällen zu Unter-

schieden kommen – etwa dann, wenn der bereits erbrachte Teil mangelhaft war.⁵¹

3. Der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB

Fall 2:

Die *Fis-Dur*, ein traditionelles Opernhaus, hat im September 2019 eine kulturelle Veranstaltung mit ca. 40 Personen für den 27. Mai 2020 am Tegernsee geplant. Wie in Fall 1 wurde die *K* als Caterer beauftragt. Bis zum 26. Mai ist unklar, ob die Veranstaltung behördlich genehmigt werden kann und die *Fis-Dur* lässt die *K* daher über eine potenzielle Absage im Unklaren. Die *K* beginnt derweil am 25. April vereinbarungsgemäß mit der Komposition des Desserts – Eisbechern, auf dem ein Notenschlüssel prangt – und der aufwendigen Vorbereitung des Buffets, auf dem die Speisen dargeboten werden sollen. Als die *Fis-Dur* am 26. Mai infolge einer Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung⁵² und gleichsam per ablehnendem Bescheid erfährt, dass die Veranstaltung erst ab dem 15. Juni 2020 stattfinden können wird, verschiebt sie die Veranstaltung auf den 17. Juni 2020.

Der *K* entstehen dadurch Lager- und Kühlkosten für das Eis; zudem kann sie das eigens auf die Veranstaltung angepasste Buffet in der Zwischenzeit nicht für andere Aufträge einsetzen.

Stehen die infektionsschutzrechtlichen Anordnungen der Leistungserbringung der *K* nicht entgegen,⁵³ kommt die *Fis-Dur* mit der Aufforderung zur Vornahme ihrer Mitwirkungshandlungen (Organisation der Veranstaltung, »Bereitstellung« der Gäste) in Annahmeverzug, auch wenn sie deren Ausbleiben nicht zu verschulden hat.⁵⁴ In der Konsequenz kann die *K* nach § 304 BGB Ersatz für die Lager- und Kühlkosten hinsichtlich der Eisbecher verlangen.⁵⁵ Ersatz für die einsatzlose Bindung des Buffets als Teil ihrer Produktionsmittel kann die *K* nach dieser Vorschrift jedoch nicht verlangen. Ein Ersatz in Form eines Schadensersatzanspruchs⁵⁶ scheidet meist schon daran, dass solche Mitwirkungshandlungen des Bestellers nicht als Pflicht zu

⁴⁴ S. oben III.1.b).

⁴⁵ S. oben III.1.a).

⁴⁶ Vgl. Schmidt/Lorenz COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 1 Rn. 23; BeckOGK-BGB/Riehm § 275 Rn. 157.

⁴⁷ BeckOGK-BGB/Riehm § 275 Rn. 162, 165.

⁴⁸ Dazu Herresthal JURA 2008, 561, 562f.

⁴⁹ Das folgt aus § 283 BGB, s. etwa BeckOGK-BGB/Riehm § 283 Rn. 9ff.

⁵⁰ BeckOGK-BGB/Riehm § 275 Rn. 161.

⁵¹ Zur Berechnung des Wertersatzes in diesen Fällen BeckOGK-BGB/Schall § 346 Rn. 557, 562ff.

⁵² Vgl. die Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung zur weiteren Öffnung des Kunst- und Kulturbetriebs ab dem 15. Juni 2020 unter <https://www.stmwk.bayern.de/kunst-und-kultur/meldung/6530/neustart-fuer-kunst-und-kultur-unter-veraenderten-bedingungen-ab-dem-15-juni-wieder-kulturelle-veranstaltungen-moeglich.html> (Zuletzt abgerufen am 2. August 2020)

⁵³ S. dazu oben III.1.a).

⁵⁴ Vgl. dazu BeckOGK-BGB/Voit § 642 Rn. 12.

⁵⁵ Vgl. zur Ersatzfähigkeit von Lagerkosten nach § 304 BGB BeckOGK-BGB/Dötterl § 304 Rn. 12.

⁵⁶ S. dazu noch unten III.4.

qualifizieren sind, jedenfalls aber i. d. R. daran, dass der Besteller eine pandemiebedingte Verschiebung nicht zu vertreten hat.⁵⁷ In Betracht kommt somit nur ein Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB.

Welche Funktion der Anspruch aus § 642 BGB hat, ist umstritten. Manche sprechen von einem Schadensersatzanspruch,⁵⁸ andere von einem Vergütungsanspruch.⁵⁹ Die h.M. spricht sich hingegen für einen Entschädigungsanspruch eigener Art aus, der neben den potenziellen Vergütungsanspruch tritt.⁶⁰ Dem ist beizupflichten: Nach der Konzeption des historischen Gesetzgebers sollte mit § 642 BGB eine Lücke geschlossen werden, denn die Ersatzpflicht nach § 304 BGB wurde als ungenügend angesehen.⁶¹ Diese Lücke besteht darin, dass beim Werkunternehmer durch die Herausögerung der Vollendung des Werkes oftmals Kapazitäten in Form von Personal, Geräten und Kapital gebunden werden,⁶² und diese Bindung durch den Anspruch aus § 304 BGB nicht genügend entschädigt wird. Der Anspruch aus § 642 BGB ist damit kein Vergütungsanspruch, was schon daran zu sehen ist, dass er sich nach § 642 II BGB gerade an diesem bemisst.

Für den Anspruch aus § 642 BGB ist somit zu ermitteln, inwieweit der Werkunternehmer aufgrund des Annahmeverzuges Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat,⁶³ und auf dieser Basis sowie deren Verhältnis zur Gesamtvergütung⁶⁴ eine angemessene Entschädigung zu ermitteln. Dem Grunde nach könnte der *K* ein solcher Anspruch also wegen des unproduktiv bereitgehaltenen Buffets gegen die *Fis-Dur* zustehen. Allerdings wird der Anspruch aus § 642 BGB durch die jüngere Rechtsprechung des BGH insofern eingeschränkt, als er nur für solche Hindernisse auf Seiten des Bestellers bestehen soll, die von ihm beeinflusst werden können.⁶⁵ Daran wird es bei Corona-bedingten Hindernissen zumeist fehlen.⁶⁶

Stehen die infektionsschutzrechtlichen Anordnungen dagegen auch einer Leistungserbringung des Werkunter-

nehmers entgegen,⁶⁷ so schließen die §§ 297, 296 BGB den Annahmeverzug der *Fis-Dur* aus, sodass ein Anspruch aus § 642 BGB ebenfalls nicht in Betracht kommt.

4. Schadensersatzansprüche

Schadensersatzansprüche gegen den Besteller scheitern meist schon daran, dass es an einer Pflichtverletzung fehlt: Mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung können erforderliche Mitwirkungshandlungen gerade nicht als eigenständige Vertragspflicht eingeordnet werden.⁶⁸ Selbst wenn erforderliche Mitwirkungshandlungen aber in einem besonderen Fall als Pflichten zu qualifizieren sein sollten, wird dem Besteller jedenfalls regelmäßig der Beweis gelingen, dass er deren Unterlassen nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB).⁶⁹ Abweichendes kann sich nur dann ergeben, wenn dem Besteller zumutbar gewesen wäre, die Veranstaltung unter veränderten Bedingungen (z. B. mit geringerer Teilnehmerzahl) abzuhalten und so dem behördlichen Verbot zu entgehen. In diesem Fall könnte eine – zu vertretende – Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB vorliegen, die ihn zum Schadensersatz nach § 280 I BGB verpflichtet.

Pandemiebedingte Schadensersatzansprüche gegen den Werkunternehmer – etwa, weil dieser selbst an Covid-19 erkrankt oder aufgrund einer Erkrankung im Catering-Team das gesamte Team unter Quarantäne gestellt wird – scheiden mangels Vertretenmüssen aus.⁷⁰

5. Fazit zum gesetzlichen Leistungsstörungenrecht

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das gesetzliche Leistungsstörungenrecht in den vorliegend behandelten Fällen zu einer »Alles-oder-nichts«-Lösung gelangt: Ordnet man die Corona-bedingten gesetzlichen bzw. behördlichen Beschränkungen der Risikosphäre des Bestellers zu, so bleibt ihm nur das allgemeine Kündigungsrecht aus § 648 BGB, das dem Unternehmer einen Anspruch auf den gesamten Vertragsgewinn belässt. Richtet sich ein Verbot dagegen (auch) gegen den Unternehmer – indem dessen Leistung z. B. durch Quarantäneanordnungen untersagt

57 Für Ansatzpunkte zum Vertretenmüssen im baurechtlichen Werkvertrag s. *Tschäpe* ZfBR 2020, 438, 439.

58 Vgl. nur MüKo-BGB/*Busche* § 642 Rn. 16.

59 KG NZBau 2019, 637 Rn. 18; KG IBR 2013, 406.

60 Vgl. nur BGH NJW 2020, 1293; BGHZ 216, 319 Rn. 27; BeckOGK-BGB/*Busche* § 642 Rn. 53.

61 *Mugdan* II, 277; so versteht dies auch BGH NJW 2020, 1293 Rn. 53 (4).

62 BGH NJW 2020, 1293 Rn. 51(2).

63 BGH NJW 2020, 1293 Rn. 55.

64 BGH NJW 2020, 1293 Rn. 54dd).

65 Vgl. nur BGH NJW 2017, 2025 Rn. 19.

66 S. dazu bereits Effer-Uhe/Mohnert/*Riehm* Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11, 39; offener gegenüber einer Anwendung aber wohl *Krebs* ZfBR 2020, 434, 437; *Weiser* NZBau 2020, 203, 206.

67 S. dazu bereits oben III.1.a).

68 BeckOGK-BGB/*Kögl* § 642 Rn. 6 ff.

69 S. dazu Schmidt/*Lorenz* COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 1 Rn. 18.

70 S. dazu bereits Effer-Uhe/Mohnert/*Riehm* Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11, 34.

wird –, so verliert er infolge eines Rücktritts des Bestellers jeglichen Entgeltanspruch und erhält auch sonst keine Entschädigung.

IV. Korrektur nach § 313 BGB

Die Ergebnisse des gesetzlichen Leistungsstörungenrechts mit seiner harten »Alles oder Nichts«-Lösung erscheinen für eine globale Pandemie, die sich als gesamtgesellschaftliches Risiko und gesamtgesellschaftliche Aufgabe darstellt, nicht uneingeschränkt angemessen.⁷¹ Vielmehr wirkt ihre Abhängigkeit vom Adressaten und Inhalt der jeweiligen »Corona-Verordnungen« bzw. Allgemeinverfügungen geradezu zufällig⁷² – gerade vor dem Hintergrund dessen, dass diese Rechtsakte in großer Eile und mutmaßlich ohne Rücksicht auf mögliche zivilrechtliche Folgen erlassen wurden. Daher fragt sich, ob diese Ergebnisse nicht einer Korrektur bedürfen.

Naheliegender Ansatzpunkt für eine solche normative Korrektur ist die Regelung des § 313 BGB zum Wegfall der Geschäftsgrundlage.⁷³ Diese Norm regelt spezifisch die (Ausnahme-)Fälle, in denen sich die tatsächlichen Umstände, wie sie beim Abschluss des Vertrages vorherrschen (oder wie die Parteien sie sich für die Zukunft vorstellen), schwerwiegend in nicht vorhergesehener Weise verändern oder als falsch herausstellen (§ 313 II BGB) und dadurch das vertragliche Äquivalenzverhältnis stören oder für eine oder beide Parteien den Vertragszweck gefährden. Gelegentlich haben die Parteien ein derartiges Risiko bereits bedacht und über dieses disponiert.⁷⁴ Das ist Ausdruck der Privatautonomie und bedarf grundsätzlich (vgl. vorbehaltlich §§ 134, 138, 305 ff. BGB) keiner Korrektur.⁷⁵ Gleiches gilt für die dispositiven gesetzlichen Regelungen des Leistungsstörungenrechts, die grundsätzlich eine angemessene Verteilung der Risiken bewirken, die mit der Vertragsdurchführung verbunden sind. Haben die Parteien aber über ein Risiko nicht disponiert und erfassen

auch die gesetzlichen Regelungen dieses spezifische Risiko nicht, so ermöglicht § 313 BGB ausnahmsweise⁷⁶ eine Billigkeitskorrektur, wenn das unveränderte Festhalten am Vertrag einer Partei nicht zumutbar wäre.

1. Schwerwiegende Veränderung der Vertragsgrundlage (reales Element)

Nach § 313 I BGB müssen die Umstände, welche sich geändert haben (also in den Fällen 1 und 2 die Durchführbarkeit der Veranstaltung), Grundlage des Vertrages geworden sein, welche von bloß einseitigen Erwartungen einerseits und dem Inhalt des Vertrages andererseits abzugrenzen ist.⁷⁷ Die tatsächliche und rechtliche Durchführbarkeit einer Veranstaltung ist eine von beiden Parteien als selbstverständlich angenommene Voraussetzung, ohne die der Vertrag aus Sicht beider Parteien sinnlos wäre, mithin Grundlage des Vertrages. Dieser Umstand hat sich in den Fällen 1⁷⁸ und 2⁷⁹ gegenüber den ursprünglichen Parteierwartungen verändert: Das Fest wurde infolge der behördlichen Schutzanordnung undurchführbar. Allerdings muss diese Veränderung ausweislich des Wortlauts von § 313 I BGB auch schwerwiegend gewesen sein. Hier zeigt sich der Ausnahmecharakter der Vorschrift, denn das normale Veränderungsrisiko muss die jeweils benachteiligte Partei gerade tragen.⁸⁰ Bereits an dieser Stelle kann dabei ein Blick auf die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung nötig sein: Denn diese ist Maßstab dafür, ob von einer schwerwiegenden Veränderung gesprochen werden kann.⁸¹ In der Veränderung, die dem Fall 1 zugrunde liegt, kann man das Merkmal »schwerwiegend« jedoch mit guten Gründen bereits ohne einen Blick auf die Risikoverteilung *in concreto* annehmen:⁸² Mit der Undurchführbarkeit der Veranstaltung verliert die M & A als Veranstalterin vollständig das Interesse an der Leis-

⁷¹ So für das Mietrecht auch die Einschätzung von Effer-Uhe/Mohnert/Brinkmann Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 147, 174.

⁷² Vgl. mit ähnlichem Blickwinkel zur Geschäftsraummiete Häublein/Müller NZM 2020, 481, 487.

⁷³ Zur Anwendung des § 313 BGB auf pandemiebedingte Sachverhalte Schmidt/Lorenz COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 1 Rn. 37 ff.; Effer-Uhe/Mohnert/Prütting Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 47 ff.

⁷⁴ Oben I.

⁷⁵ Vgl. auch Effer-Uhe/Mohnert/Prütting Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 47, 51.

⁷⁶ Vgl. zum Ausnahmecharakter der Vorschrift MüKo-BGB/Finkenauer § 313 Rn. 2.

⁷⁷ Vgl. zu dieser Definition MüKo-BGB/Finkenauer § 313 Rn. 24 m. w. N.; zur Struktur des § 313 BGB und der Problematik des Merkmals der »Geschäftsgrundlage« vgl. Effer-Uhe/Mohnert/Prütting Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 47, 58 f.

⁷⁸ Oben I.

⁷⁹ Oben III.3.

⁸⁰ Vgl. dazu MüKo-BGB/Finkenauer § 313 Rn. 58; zur synonymen Bedeutung des Begriffs »wesentlich« in § 313 II BGB BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 108.

⁸¹ BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 109.

⁸² Zur Möglichkeit der typisierenden Betrachtung in manchen Fällen BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 108.

tion der *K*. Es handelt sich mithin um eine totale Störung des Verwendungszwecks.⁸³

2. Hypothetischer Nicht(so)abschluss (hypothetisches Element)

Im zweiten Schritt ist zu fragen, ob die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, hätten sie die schwerwiegende Veränderung bereits bei Vertragsschluss gekannt. Maßgeblich sind dabei nicht einseitige (hypothetische) Willenserwägungen, sondern es ist auf objektiver Basis zu ermitteln, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten.⁸⁴ Hierfür ist erneut ein Vorgriff auf die vertragliche Risikoverteilung nötig: Diese ist idealerweise konsequent fortzuschreiben für die unerwartete Situation. In den Fällen 1 und 2 kann angenommen werden, dass der Catering-Vertrag nicht geschlossen worden wäre, wenn die Undurchführbarkeit der Veranstaltung bei Vertragsschluss bekannt gewesen wäre. Für beide Parteien war deutlich, dass der Vertrag sinnlos ist, wenn die Veranstaltung nicht stattfinden kann, und das Risiko einer behördlichen Untersagung aus von keiner Seite zu vertretenden Gründen hätte vernünftigerweise keine Partei allein übernehmen wollen.

3. Vorrangige Risikozuweisung (normatives Element)

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut kommt eine Vertragsänderung nach § 313 I BGB nur in Betracht, wenn das Festhalten am unveränderten Vertrag einer Partei *auch unter Berücksichtigung der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung* nicht zugemutet werden kann. Zu prüfen ist demnach, ob das Veränderungsrisiko, das sich realisiert hat, durch den Vertrag oder die gesetzlichen Regelungen einer Partei zugewiesen ist.⁸⁵ Haben die Parteien vertraglich über das realisierte Risiko disponiert, ist das Ausdruck ihrer Privatautonomie und bedarf daher keiner Korrektur

durch Gesetzesrecht.⁸⁶ Doch auch die gesetzliche Risikoverteilung hat nach der gesetzgeberischen Konzeption Vorrang vor einer Vertragsanpassung nach § 313 BGB. Mit der Norm wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH, die eine Vertragsanpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage ausnahmsweise nach § 242 BGB angenommen hatten, kodifiziert.⁸⁷ Das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage diene damals wie heute der Ergebniskorrektur in Ausnahmefällen, in denen die sich realisierenden Risiken nicht vom Zweck der expliziten gesetzlichen Regelungen erfasst waren. Daraus folgt eine strikte Subsidiarität gegenüber Rechtsnormen, die bestimmte Risiken bereits einer Partei zuweisen. Das gesamte dispositive Gesetzesrecht für Leistungsstörungen (ebenso wie das Recht der Willensmängel) ist als derartige Risikozuweisungsregel zu verstehen, die detailliert regelt, unter welchen Voraussetzungen welche Vertragspartei welches Risiko zu tragen hat. Dabei ist im Rahmen des § 313 I BGB allerdings nicht entscheidend, ob den gesetzlichen Regelungen *überhaupt* ein Ergebnis für den zu entscheidenden Sachverhalt entnommen werden kann – das ist stets der Fall, wie sich an den vorstehenden Ausführungen unter III zeigt. Vielmehr ist entscheidend, ob das realisierte Risiko gerade dasjenige ist, das die gesetzliche Regelung zuweisen soll, ob es also *ein typisches im Sinne des gesetzlichen Leitbilds* ist.⁸⁸ In Bezug auf den Werkvertrag, angelehnt an die den Fällen 1 und 2 zugrunde liegende Situation, sind dabei folgende Aspekte zu berücksichtigen:

Das Risiko der Verwendbarkeit des fertiggestellten Werkes wird nach dem gesetzlichen Leitbild dem Besteller zugewiesen. Das entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass das Verwendungsrisiko stets dem Gläubiger einer Sachleistung zugewiesen ist.⁸⁹ In der Zusammenschau mit den §§ 631 I, 640, 641, 644 I 1 BGB lassen sich die Risikosphären dergestalt abgrenzen, dass der Werkunternehmer das Risiko der Herstellung eines gebrauchstauglichen (§ 633 II 2 Nrn. 1 und 2 BGB) Werkes trägt, der Besteller dagegen das Risiko, ob er dieses an sich taugliche Werk für seine Zwecke verwenden kann. Verliert der Besteller das Interesse am Werk, schützt zwar § 648 BGB sein Interesse, das Werk nicht mehr aufgezwungen zu bekommen,

⁸³ Für die Annahme einer schwerwiegenden Veränderung im Falle der totalen Verwendungszweckstörung auch *Jung JZ* 2020, 715, 719; Effer-Uhe/Mohnert/Prütting Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 47, 58.

⁸⁴ BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 115.

⁸⁵ Zu dieser Terminologie BeckOK-BGB/Lorenz § 313 Rn. 25; zur vertraglichen und gesetzlichen Risikozuweisung in der Covid-19-Pandemie am Beispiel des Gewerberaummietrechts vgl. *Kumkar/Voß ZIP* 2020, 893, 895 ff.

⁸⁶ Vgl. spezifisch zur vertraglichen Risikozuweisung in der Coronakrise *Jung JZ* 2020, 715, 719.

⁸⁷ Näher zum Ursprung *Lorenz/Riehm* Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 385 ff.; aktuell zur Covid-19-Pandemie im Kontext der Gewerberaummieta *Kumkar/Voß ZIP* 2020, 893, 894.

⁸⁸ S. auch BeckOK-BGB/Lorenz § 313 Rn. 25.

⁸⁹ Vgl. nur grundlegend *Koller* Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, 78 ff., 100 ff.

das Gewinninteresse des Unternehmers bleibt aber in vollem Umfang geschützt (§ 648 2 BGB). Auch hieraus lässt sich ablesen, dass das Verwendungsrisiko hinsichtlich des mangelfreien Werkes dem Besteller zugewiesen ist. Diese abstrakte gesetzliche Verteilung der typischen Risiken lässt sich für den konkreten Fall auch an den oben unter III erzielten Ergebnissen ablesen.

Es bleibt aber fraglich, ob das konkret betroffene Pandemierisiko tatsächlich von den angewandten Normen des allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrechts erfasst ist, ob also die Teleologie der einschlägigen Normen auch dieses Risiko zuweist. Dagegen spricht, dass ein Grundprinzip der Gefahrtragungsregeln ist, Risiken derjenigen Partei zuzuweisen, die sie besser beherrschen kann.⁹⁰ Der Werkunternehmer kann das Risiko der Herstellung besser beherrschen, der Besteller das Risiko der Verwendung des Werks für seine Zwecke (die er dem Unternehmer noch nicht einmal aufdecken muss). Die Covid-19-Pandemie ist jedoch eine gesamtgesellschaftliche Krise und trifft deswegen aus der Makroperspektive alle Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr gleichermaßen (vgl. dazu schon eingangs I). Weder die Pandemie selbst noch die behördlichen Maßnahmen zu ihrer Eindämmung sind von einer der beiden Parteien besser zu beherrschen als von der anderen. Es handelt sich gerade nicht um ein typisches Leistungsstörungenrisiko, das von den §§ 275 ff., 633 ff. BGB erfasst und verteilt wird.⁹¹ Das in diesen Normen vorgesehene »Alles-oder-Nichts«-Prinzip vermag derartige von außen kommende Globalrisiken nicht adäquat abzubilden. Die gesetzliche Risikoverteilung des allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrechts erfasst daher das Pandemierisiko nicht.

4. Unzumutbarkeit des unveränderten Festhaltens am Vertrag (normatives Element)

Hat sich infolge der schwerwiegenden Veränderung der Umstände ein Risiko realisiert, das außerhalb der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung liegt, so ist das Festhalten am unveränderten Vertrag der belasteten Partei in aller Regel nicht zuzumuten.⁹² Teilweise werden im Rahmen der Zumutbarkeitsabwägung zusätzlich öffent-

⁹⁰ Vgl. zu diesem Grundsatz BeckOGK-BGB/Tröger § 446 Rn. 8; Staudinger/Beckmann BGB § 446 Rn. 9.

⁹¹ Ebenso BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 230.1.

⁹² BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 118; ausführlich zum Kriterium der Unzumutbarkeit am Beispiel von Sachverhalten aus der Corona-Krise Jung JZ 2020, 715, 720 f.

liche Interessen berücksichtigt.⁹³ Folgt man dieser Auffassung, so wäre etwa zusätzlich zu berücksichtigen, dass eine Häufung vergleichbarer Entscheidungen aufgrund der Risikozuweisungen des Leistungsstörungenrechts die Gesamtheit aller Veranstalter belasten und eine Insolvenzwellen herbeiführen würde. Dagegen spricht jedoch, dass die Konzeption des § 313 BGB ausschließlich am individuellen Vertrag und der Zumutbarkeit für die jeweiligen Vertragsteile ansetzt.⁹⁴ Sollen über den Einzelfall hinaus öffentliche Interessen geschützt werden, so kann der Gesetzgeber darauf spezialgesetzlich reagieren – wie er das in der Covid-19-Pandemie mit diversen Sondergesetzen (z. B. COVInsAG⁹⁵) getan hat.⁹⁶

5. Anpassung des Vertrages oder Vertragsauflösung

Geht man von einer Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag aus, so hat die unzumutbar benachteiligte Partei einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 I BGB.⁹⁷ Wirkt die anpassungspflichtige Gegenseite dabei nicht mit, so kann die Anpassung nach der Rechtsprechung des BGH im Klageweg erwirkt werden.⁹⁸ Hinsichtlich des Inhalts und der Reichweite der Anpassung enthält § 313 I BGB keine Vorgaben. Denkbar ist beispielsweise eine flexible quotenmäßige Reduktion der Zahlungsverpflichtung bzw. allgemeiner eine gleichmäßige Verteilung des realisierten Risikos auf beide Parteien.⁹⁹ Wird die Leistung pandemiebedingt sinnlos, so würde dies da-

⁹³ Ulmer AcP 174 (1974), 167, 194 ff.

⁹⁴ Gegen eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen auch BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 119.

⁹⁵ Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG), eingeführt mit dem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BGBl. I 569 (Nr. 14). Vgl. zu dessen Auswirkungen auf das Vertragsrecht Effer-Uhe/Mohnert/Schmittmann Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 245 ff.

⁹⁶ S. auch die »Gutschein-Lösung« im Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsrechtsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE), BGBl. I 948 (Nr. 22); dazu Liebscher/Zeyher/Steinbrück ZIP 2020, 852, 855 f.; Schmidt/Lorenz COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 1 Rn. 27 ff.

⁹⁷ BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 124.

⁹⁸ BGH NJW 2012, 373 Rn. 34; zum in diesem Fall daneben regelmäßig bestehenden Kündigungsrecht nach § 648 a BGB bereits oben III.2.b).

⁹⁹ Etwa Sittner NJW 2020, 1169, 1172; für eine hälftige Teilung des Risikos im Grundsatz Häublein/Müller NZM 2020, 481, 490; Kumkar/Voß ZIP 2020, 893, 902.

zu führen, dass der durch die Nichtdurchführung der Leistung bedingte Verlust – d. h. der entgangene Gewinn des Unternehmers – hälftig auf beide Parteien verteilt wird, im Ergebnis also der Besteller an den Unternehmer die Hälfte des sich aus § 648 2 BGB ergebenden Betrags bezahlen müsste und der Vertrag im Übrigen nicht durchgeführt wird.¹⁰⁰ Vorrangig ist freilich zu prüfen, ob eine andere Anpassung interessengerecht und den Parteien zumutbar ist – insbesondere eine Verschiebung der Veranstaltung oder eine Verkleinerung des Teilnehmerkreises, um dem Anwendungsbereich eines öffentlich-rechtlichen Verbotes zu entgehen.¹⁰¹

Allerdings soll den Parteien kein (hypothetisch) nicht gewollter Vertragsinhalt aufgezwungen werden, wenn sie den Vertrag bei Voraussicht der Pandemie gar nicht geschlossen hätten.¹⁰² Daher ist auch die Annahme eines entschädigungslosen Rücktritts- oder Kündigungsrechts der benachteiligten Partei nach § 313 III BGB denkbar.¹⁰³ Damit würde zwar die Benachteiligung in den oben stehenden Fällen prima facie schlicht umgedreht. Allerdings zeigen die verbreiteten *Force Majeure*-Klauseln, die ein entschädigungsloses Lösungsrecht des Bestellers vorsehen, dass Parteien diese Risikoverteilung in vielen Fällen für angemessen halten. Und auch im wirtschaftlichen Ergebnis vermag diese Lösung zu überzeugen. Bei genauer Betrachtung tragen nämlich auch in diesem Fall beide Parteien das Gewinnausfallrisiko gemeinsam. Ein Vertrag wird nämlich in aller Regel so geschlossen sein, dass seine Durchführung – nach der jeweiligen subjektiven Sicht der Parteien – für jede Seite einen Gewinn bewirkt: Dem Besteller ist das Werk wichtiger als der dafür aufgewendete Geldbetrag, und dem Unternehmer der Geldbetrag wichtiger als seine Arbeitszeit¹⁰⁴ – nur unter dieser Voraussetzung wird ein Vertrag überhaupt geschlossen. Wird er nun infolge eines entschädigungslosen Rücktritts- oder Kündigungsrechts nicht durchgeführt, verliert jede Seite ihren Vertragsgewinn, also trifft das Risiko beide Seiten gleichermaßen. Eine hälftige Verteilung des (monetären) Verlustes im Wege der Vertragsanpassung nach § 313 I BGB würde demgegenüber dazu führen, dass der Besteller seinen Vertragsgewinn (also das Werk) nicht erhält und er darüber hinaus auch noch eine zusätzliche finanzielle Einbuße erleidet, indem er den halben Vertragsgewinn an

den Unternehmer zahlt. Auf eine solche Risikokumulation muss er sich nicht redlicherweise einlassen.

V. Fazit

Der Werkunternehmer kann nach den gesetzlichen Mechanismen im Falle pandemiebedingter Störungen seinen Werklohn nach den §§ 322 II, III, 274 II BGB durchsetzen, wenn der Besteller aufgrund unterlassener Mitwirkungshandlungen im Annahmeverzug ist (III.1.a)). Ist in Einzelfällen ein absolutes Fixgeschäft anzunehmen, so kommt es infolge des Zeitablaufs zur Reduktion des nach den vorstehenden Bestimmungen geschuldeten Werklohns um die ersparten Aufwendungen auf den Unternehmergewinn, § 326 II 2 BGB (III.1.b)). Zu gleichem Ergebnis gelangt man, wenn der Besteller den Vertrag nach § 648 BGB kündigt (III.2.a)). Die Voraussetzungen des § 648a BGB werden dagegen in den meisten Fällen nicht vorliegen (III.2.b)). Das Rücktrittsrecht des Bestellers aus § 323 I BGB ist gem. § 323 VI Alt. 2 BGB ausgeschlossen (III.2.d)). Ein Entschädigungsanspruch des Werkunternehmers aus § 642 BGB, flankiert von der Möglichkeit der Vertragsauflösung nach den §§ 643, 645 BGB, besteht jedenfalls nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH nicht für unbeeinflussbare Störungen, wie die Covid-19-Pandemie eine solche darstellt (III.3). Insgesamt weisen die gesetzlichen Mechanismen dem Besteller das Risiko der Verwendbarkeit des Werkes und damit auch das Risiko, für die nicht erbrachte Leistung zumindest den entgangenen Unternehmergewinn zu bezahlen, zu (IV.3). Lediglich bei (vorübergehender) Unmöglichkeit der Leistungserbringung (z. B. infolge Erkrankung des Unternehmers bei höchstpersönlichen Leistungspflichten) trägt der Unternehmer das Entgeltrisiko (III.1.a) und III.5).

Diese »Alles-oder-Nichts«-Lösung führt zu inadäquaten Ergebnissen und ist mithilfe des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu korrigieren (IV). Das Pandemierisiko liegt außerhalb der gesetzlichen Risikoverteilung durch die Regelungen des Leistungsstörungenrechts (IV.3). Die Konsequenz hiervon ist eine Anpassung des Vertrages, durch die zunächst versucht wird, die Vertragsdurchführung durch Verschiebung oder andere Veränderungen des Leistungsgegenstandes »zu retten« (IV.5). Ist das nicht möglich oder einer Seite nicht zumutbar, sind durch den pandemiebedingten Wegfall der Vertragsdurchführung eingetretene Einbußen hälftig auf beide Parteien zu verteilen (IV.5).

¹⁰⁰ So auch BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 229.

¹⁰¹ Vgl. dazu Jung JZ 2020, 715, 722.

¹⁰² So auch BeckOGK-BGB/Martens § 313 Rn. 137.

¹⁰³ Vgl. auch Effer-Uhe/Mohnert/Prütting Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 47, 59.

¹⁰⁴ S. bereits Aristoteles Nikomachische Ethik, V, Nr. 1133 a f.; Riehm Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, 165.