

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
§ 1 Themenaufriß und Gang der Untersuchung	27
§ 2 Vertragsrisiko und privatautonome Risikoverteilung	31
A. Zum Risikoverständnis im Vertragsrecht	31
I. Risikoabwehr und Risikoübernahme (auch) als Zwecke des Vertrags	34
II. Untersuchungsgegenstand: Vertragsrisiko und Pandemie	35
B. Die privatautonome Risikoverteilung	37
I. Die ausdrückliche Übernahme von Vertragsrisiken	39
1. Grundlagen	39
2. Risikoübernahme durch Vertragsklauseln	40
II. Konkludente Risikoübernahme	43
1. Risikoübernahme durch Festpreisabrede	43
2. Anfängliche Leistungshindernisse	44
3. Mitwirkungshandlungen des Gläubigers	46
4. Zwischenresümee zur konkludenten Risikoübernahme	48
III. Risikoübernahme, dispositives Recht und Vertragsauslegung	48
§ 3 Kriterien der gesetzlichen Allokation von Vertragsrisiken	56
A. Grundzüge gesetzlicher Risikoallokation	56
I. Höhere Gewalt, Zufall und allgemeines Lebensrisiko im Vertragsrecht	57
1. Höhere Gewalt als Leistungshindernis	57
2. Das Risiko zufälliger Beeinträchtigungen	59
a. Casum sentit dominus	60
b. Die Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko	61
c. Einordnung	64
II. Die Divergenz von Erwartung und Realität in der Konzeption des BGB	65
1. Fehlvorstellung, Rechtsgeschäftslehre und vertragliche Bindungswirkung	67

2. Risikoverteilung durch Mangelgewährleistungsrechte	70
3. Unwirksamkeit von AGB	71
4. Die Gefahrtragung als gesetzliche Risikozuweisung	72
a. Leistungs- und Gegenleistungsgefahr im allgemeinen Schuldrecht	72
b. Die Gefahrentlastung des Schuldners	75
B. Typische Risiken auf Schuldnerseite	78
I. Tatsächliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung	78
II. Das Risiko der Leistungerschwerung	79
1. Das grobe Missverhältnis iSv § 275 Abs. 2 BGB	80
a. Schuldneraufwand und Naturalleistungsinteresse	80
b. Kriterien zur Beurteilung eines groben Missverhältnisses	82
aa. Treu und Glauben sowie Inhalt des Schuldverhältnisses	83
(1) Berücksichtigung der Gegenleistung	84
(2) Rückgriff auf die Risikotheorie Kollers	85
bb. Vertretenmüssen (§ 275 Abs. 2 S. 2 BGB)	86
cc. Auswertung	87
2. Die Leistungerschwerung als Fallgruppe des § 313 BGB	88
a. Die Leistungerschwerung als Umstandsänderung iSv § 313 Abs. 1 BGB	89
b. Die Zumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag	91
aa. Zur Heranziehung prozentualer Grenz- und Indizwerte	91
bb. Vorhersehbarkeit	92
cc. Zurechenbarkeit	96
III. Zur Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 Abs. 1 BGB	97
1. Problemaufriss: Zwei Klassiker aus der höchststrichterlichen Rechtsprechung	99
2. Meinungsstand: Übernahme des Beschaffungsrisikos	101
a. Die Übernahme des Beschaffungsrisikos als Wesensmerkmal der marktbezogenen Gattungsschuld	101
b. § 276 Abs. 1 BGB als allgemeine Auslegungsregel	102
c. Anknüpfung der Übernahme von Beschaffungsrisiken an den Parteiwillen	103
d. Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses	103

3. Meinungsstand: Reichweite des Beschaffungsrisikos	105
a. Vergleich des Gattungsschuldners mit der Lage des Stückschuldners ( <i>Schaub</i> )	107
b. Beurteilung exogener Ereignisse anhand ihrer Vorhersehbarkeit ( <i>Canaris</i> )	107
c. Beurteilung nach Risikosphären ( <i>Bach</i> )	109
4. Stellungnahme	110
a. Zu den Kriterien der Übernahme des Beschaffungsrisikos	110
b. Zum Umfang der beschaffungsspezifischen Risiken	114
5. Kriterien der Risikoverteilung	121
IV. Das Finanzierungsrisiko bei Geldschulden	124
1. Der Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung	125
2. Grenzen	128
3. Kriterien der Risikoverteilung	130
C. Typische Risiken auf Gläubigerseite	131
I. Die Störung des Verwendungszwecks in der vertraglichen Risikoallokation	132
1. Unmöglichkeit der Leistung bei Zweckerreichung und Zweckfortfall	132
2. Die Zweckvereitelung	133
a. Die grundsätzliche Zuweisung des Verwendungsrisikos an den Gläubiger	134
b. Die Befreiung des Gläubigers vom Verwendungsrisiko	136
aa. Übernahme des Verwendungsrisikos durch den Schuldner	137
bb. Die Einordnung der Sekundärzweckeignung als Inhalt der Leistungspflicht	138
cc. Ergänzende Vertragsauslegung	141
dd. Lösung über § 313 BGB	142
(1) Die Sekundärzweckeignung als Geschäftsgrundlage	143
(i) Zur Rolle der Erkennbarkeit	144
(ii) Singuläre Nutzbarkeit als Abgrenzungskriterium?	145
(iii) Die Höhe der Gegenleistung	146
(iv) Eigene Schuldnerinteressen	148
(v) <i>Venire contra factum proprium</i>	149

(2) Die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag	151
c. Kriterien der Risikoverteilung	154
3. Weitere, den Gläubiger betreffende Vertragsrisiken	157
D. Zur Übernahme vertragstypischer Risiken	158
E. Auswertung: Risikoallokation und Entwicklungen von gesellschaftlicher Tragweite	158
I. Die gesetzlichen Risikoverteilungskriterien	159
1. Vertragszweck und rechtsgeschäftliches Versprechen	159
2. Die Rolle des Vertretenmüssens	160
3. Beherrschbarkeit und Absorptionsmöglichkeit	160
4. Vorhersehbarkeit	164
II. Tragfähigkeit gesetzlicher Risikoallokationskriterien im Pandemiekontext	165
III. Zwischenresümee	167
§ 4 Abweichende Risikoverteilung durch die COVID-19-Gesetzgebung	169
A. Pandemiebedingte Finanzierungsschwierigkeiten	170
I. Moratorium für Dauerschuldverhältnisse (Art. 240 § 1 EGBGB)	170
II. Sonderregelungen für Verbraucherdarlehensverträge	172
III. Die Kündigungsbeschränkung in Miet- und Pachtverhältnissen	174
B. Risikoverteilung und Gutscheinelösungen im Veranstaltungs- und im Reiserecht	175
I. Gutscheinelösung im Veranstaltungsvertragsrecht	175
II. Gutscheinelösung im Reiserecht	177
C. Pandemie und Sekundärzweckvereitelung bei der Gewerberaummieta	178
D. Zwischenfazit	178

§ 5 Auswirkungen der Pandemie auf ausgewählte Vertragsverhältnisse	180
A. Die Auswirkungen der Pandemie auf Kauf- und Lieferverträge	180
I. Pandemiebedingte Abwicklungsstörungen auf Primärleistungsebene	180
1. Unüberwindbare Leistungshindernisse	181
a. Grenzen des Primärleistungsanspruchs	181
aa. Grenzen der Leistungspflicht bei der marktbezogenen Gattungsschuld	181
bb. Unmöglichkeit bei Vorrats- und Stückschulden	184
cc. Rechtliche Leistungshindernisse	185
dd. Unmöglichkeit durch Zeitablauf	188
b. Zur Diskussion um eine Repartierungspflicht des Schuldners	189
aa. Meinungsstand	190
bb. Stellungnahme	192
cc. Konsequenzen	195
2. Überwindbare Leistungshindernisse	196
a. Die Einrede des unverhältnismäßigen Aufwands (§ 275 Abs. 2 BGB)	196
b. Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	199
aa. Leistungerschwiernisse und die sog. große Geschäftsgrundlage	200
(1) Die Pandemie als Störung der sog. großen Geschäftsgrundlage?	201
(2) Folgen für die Einzelfallbetrachtung	201
(3) Einordnung und Kritik	203
bb. Äquivalenzstörungen auf Schuldnerseite	205
(1) Preissteigerungen auf dem Beschaffungsmarkt und Geschäftsgrundlage	206
(2) Steigerungen im Produktionsaufwand	209
cc. Rechtsfolgen	211
(1) Keine vorgeschaltete Neuverhandlungspflicht	212
(2) Vertragsanpassung oder Vertragsauflösung?	213
c. Zum Verhältnis der §§ 275 Abs. 2, 313 BGB	219
aa. Meinungsspektrum	219
(1) Zwei Regelungsstatbestände – zwei Anwendungsbereiche?	220
(2) Vorrang des § 275 Abs. 2 BGB	220

(3) Wahlrecht des Schuldners	222
bb. Stellungnahme	222
3. Leistungsverweigerungsrechte aus Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB auch für Verkäufer und Lieferanten?	226
4. Besonderheiten bei zeitweiligen Leistungshindernissen	229
a. Das Schicksal der Primärleistungspflicht in Ansehung zeitweiliger Hindernisse	231
aa. Lösungsvorschlag der hM: Suspendierung des Leistungsanspruchs	231
bb. Gegenauffassung: Klärung im Vollstreckungsverfahren	232
cc. Stellungnahme und Kritik	233
b. Die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung	236
c. Gleichstellung mit der andauernden Unmöglichkeit	238
II. Finanzierungsrisiken	241
III. Sekundärrechte des Gläubigers	241
1. Gesetzliche Haftungsmaßstäbe: Vorsatz und Fahrlässigkeit	242
a. Regelmäßig kein Verschulden bei behördlicher Betriebsstilllegung	243
b. Sonderfall: Eigenständige, vorsorgliche Betriebsschließung	243
c. Keine Zurechnung des Verschuldens des Lieferanten nach § 278 BGB	245
2. Das Beschaffungsrisiko als Haftungsverschärfung im Pandemiekontext	246
a. Der Schuldner findet keinen Lieferanten	247
b. Exogene Einwirkungen auf die Organisation des Schuldners	248
c. Die unvorhersehbare Nichtbelieferung	249
d. Spielraum für eine Korrektur nach § 313 BGB?	250
IV. Störungen auf Gläubigerseite	251
V. Auswertung: Sonderstellung des § 313 BGB in der Systemkrise?	254
1. Überwindbare Leistungshindernisse	255
2. Unüberwindbare Leistungshindernisse	256
3. Der Entfall der Gegenleistungspflicht	257
4. Wertungswidersprüche beim Beschaffungsrisiko des Schuldners?	260

5. Zwischenfazit zum Fallgruppenpotenzial der sog. großen Geschäftsgrundlage	261
VI. Die Verteilung von Pandemierisiken durch Vertragsklauseln	264
1. Force-Majeure-Klauseln im Vertragsrecht	265
a. Höhere Gewalt und Pandemie	267
aa. Höhere Gewalt in der Rechtsprechung des BGH	268
bb. Übertragung auf pandemiebedingte Vertragsstörungen	270
b. AGB-rechtliche Zulässigkeit	275
aa. Problematik: Inkongruenz der Pflichten- und Sorgfaltsmaßstäbe; Intransparenz	276
(1) Höhere Gewalt und Verschuldensprinzip	277
(2) Klauseln mit niederschwelligem Auffangtatbestand	281
bb. Möglichkeiten und Grenzen AGB-rechtlicher Gestaltung	282
(1) Rücktrittsrecht des Verwenders	283
(2) Bestehen bzw. Befreiung von Verpflichtungen zum Schadensersatz	284
c. Zwischenresümee zu Force-Majeure-Klauseln	286
2. (Wieder-)Beschaffungsrisiko und Selbstbelieferungsvorbehalt	287
a. Regelungsgehalt	288
b. Wirksamkeitsvoraussetzungen	290
c. Wirksamkeit gegenüber Verbrauchern	291
d. Zwischenresümee	293
B. Pandemie und Mietzahlungspflicht bei der Gewerberaummieta	293
I. Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gewährleistung im Mietrecht	296
1. Historische Einordnung und Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Mangels	297
a. Hoheitliche Nutzungsbeschränkungen in der Rechtsprechung des RG	297
b. Hoheitliche Nutzungsbeschränkungen in der Rechtsprechung des BGH	300
c. Die Lehre von den Umfeldmängeln in der Rechtsprechung des BGH	303

2. Infektionsschutzmaßnahmen und Gewährleistungsrecht	306
a. Ansätze einer Einordnung als Mietmangel iSv § 536 Abs. 1 BGB	306
b. Stellungnahme und Kritik	310
aa. Zur Risikoverteilung im Mietrecht	312
bb. Privatautonome Zuweisung des Schließungsanordnungsrisikos	313
(1) Keine Risikoübernahme durch Nennung des Verwendungszwecks	314
(2) Nutzungsmöglichkeit als Soll-Beschaffenheit durch Vertragsauslegung?	315
cc. Die Schließungsanordnung als öffentlich-rechtlicher Mangel?	317
(1) Einengung des öffentlich-rechtlichen Mangelbegriffs auf Beschaffenheits- und Lagebezug?	318
(2) Die Schließungsanordnung als betriebsbezogene Beschränkung	319
(3) »Benutzbarkeit« als zusätzliches Kriterium für die Objektbezogenheit?	323
dd. Zugangshindernisse durch Infektionsschutzmaßnahmen als Umfeldfehler?	324
(1) Zur Kritik am Unmittelbarkeitskriterium	325
(2) Keine Zugangsbeeinträchtigung durch Schließungsanordnungen	327
(3) Keine unmittelbare Beeinträchtigung durch allgemeine Ausgangsbeschränkungen	330
ee. Rekurs auf die Tanzlokal-Rechtsprechung des RG?	331
(1) Rechtfertigung durch Unterschiede zwischen Miete und Pacht?	331
(2) Historische Beurteilung der Tanzlokal-Rechtsprechung	333
ff. Ausnahmefälle	335
3. Zwischenergebnis	335
II. Pandemiebekämpfungsmaßnahmen und Unmöglichkeit im Mietrecht	336
1. Kein Entfall der Mietzinszahlungspflicht nach § 275 Abs. 1, 2 BGB	336



2. Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung?	337
a. Zur Anwendbarkeit der §§ 275, 326 Abs. 1 BGB neben § 536 BGB	337
b. Rechtliche Unmöglichkeit durch hoheitliche Schließungsanordnung?	340
c. Exkurs: Unmöglichkeit und Beherbergungsverbot	344
3. Zwischenfazit	345
III. Keine Lösung über § 134 BGB	346
IV. Hoheitliche Infektionsschutzmaßnahmen und Geschäftsgrundlage	346
1. Subsidiarität des § 313 BGB	348
a. Vorrang der privatautonomen Risikoallokation	349
b. Keine Sperrwirkung durch Gewährleistungsrecht	350
c. Paralleler Befund bei Art. 240 § 2 EGBGB	352
2. Pandemiebekämpfungsmaßnahmen, Geschäftsgrundlage und schwerwiegende Umstandsänderung	355
a. Betroffenheit der Geschäftsgrundlage (faktisches Element)	357
aa. Keine Lösung über die Figur der sog. großen Geschäftsgrundlage	358
bb. Die Schließungsanordnung als Umstandsänderung iSv § 313 Abs. 1 BGB	360
(1) Abstellen auf die Höhe der Gegenleistung	362
(2) Verbot widersprüchlichen Verhaltens	363
(3) Eigene Schuldnerinteressen; Umsatzmiete	367
(4) Kein Umkehrschluss aus § 537 BGB	368
(5) Keine abweichende Risikoanordnung durch ein sog. allgemeines Lebensrisiko	369
(6) Zwischenfazit	369
cc. Keine Übertragbarkeit auf das bloße Ertragsrisiko	370
(1) Umsatzrückgang durch Pandemiebegleitstörungen	370
(2) Betriebsbeschränkungen bei gleichzeitiger Öffnungsmöglichkeit	373
(3) Ausnahme: Reine Umsatzmiete	374
dd. Zwischenergebnis	375
b. Erheblichkeit	376
3. Hypothetische Kausalität (hypothetisches Element)	378

4. Unzumutbarkeit (normatives Element)	380
a. Prüfungsmaßstab	380
b. Darstellung anhand einzelner Beurteilungskriterien	382
aa. Existenzgefährdung des Mieters als Zumutbarkeitsgrenze?	382
bb. Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip	384
(1) Die Schließungsanordnung als gleichermaßen unbeherrschbares Risiko	384
(2) Zur Fähigkeit, die nachteiligen Folgen der Schließung zu versichern oder durch Rücklagen abzufedern	385
(3) Der Vermieter als typischerweise besserer Risikoträger?	388
cc. Zur Vorhersehbarkeit der Einschränkungen	389
(1) Vertragsabschluss vor Beginn pandemiebedingter Einschränkungen	390
(2) Vertragsabschluss nach Beginn pandemiebedingter Einschränkungen	392
dd. Zur Dauer der Einschränkungen	394
ee. Auswirkungen staatlicher Hilfen und staatshaftungsrechtlicher Ansprüche	395
(1) Staatliche Hilfsleistungen zur Kompensation von Umsatzeinbrüchen	395
(2) Entschädigungsansprüche aus Staatshaftungsrecht	397
c. Auswertung und Zwischenresümee	399
5. Rechtsfolge und Vertragsanpassung	401
a. Ausgangspunkt: Häufige Risikoteilung	401
b. Einzelne Lösungsansätze	403
aa. Häufige Herabsetzung der Miete in den ersten zwei Wochen, dann Vermieterisiko	404
bb. Stundungslösung, dann Anpassung der Miethöhe	405
cc. Mietreduzierung um 50% bei Anrechnung verbleibender Nutzungsmöglichkeit	406
dd. Lösungsvorschlag: Herabsetzung der Miete hinsichtlich einer Teilfläche	407
(1) Ausgangspunkt	407
(2) Mögliche Einwände	408

(3) Unterschied zur Abgrenzung nach Räumen je nach Nutzungsmöglichkeit	410
c. Rückwirkende Vertragsanpassung?	410
d. Vertragsanpassung bei der Umsatzmiete	411
e. Prozessuale Geltendmachung	413
V. Die Neuregelung des Art. 240 § 7 EGBGB: Ein zahnloser Tiger?	414
VI. Ergebnis	419
 Gesamtergebnis	 421
Zu § 2	421
Zu § 3	422
Zu § 4	424
Zu § 5	424
 Literaturverzeichnis	 429