

# ZVertriebsR

# Zeitschrift für

# Vertriebsrecht

[www.ZVertriebsR.de](http://www.ZVertriebsR.de)

Handelsvertreterrecht  
Vertragshändlerrecht  
Vertriebskartellrecht  
Franchiserecht  
Online-Vertriebsrecht

Herausgeber:

Eckhard Flohr  
Michael Martinek  
Karsten Metzloff  
Franz-Jörg Semler  
Ulf Wauschkuhn

Aus dem Inhalt

- Professor Dr. Franz-Jörg Semler*  
Praxisfragen bei Zulieferbeziehungen – zugleich Anmerkung  
zu OLG Düsseldorf Urteil vom 5.2.2020 – U (Kart) 4/19 207
- Dr. Marius Mann/Dr. Benjamin Baisch/Ute Schenn*  
Unmöglichkeit der Leistung in Zeiten von COVID-19:  
Praxisbeispiele und Rechtsfolgen von unüberwindbaren  
und überwindbaren Leistungshindernissen 211
- Dipl.-iur. Lilian Köberlein*  
Influencer-Marketing und Vertriebsrecht 221
- Prof. Dr. Peter Meyer*  
Strategien der Vertriebsunternehmer bei (drohender)  
Insolvenz eines Vertragspartners (Kunde oder Hersteller) 225
- Renato Bucher, LL.M.*  
Dual distribution and agency agreements under the  
Swiss Cartel Act – AdBlue: decision of the Swiss Competition  
Commission of 2 December 2019, 22-0485 231
- LG Bochum*  
Informations- und Nachforschungspflicht des Online-Verkäufers  
über Herstellergarantie 248
- EuGH*  
Begriff des selbständigen Handelsvertreters 252
- OLG Düsseldorf*  
Provisions- und Ausgleichsansprüche nach Beendigung  
einer Vertriebspartnerschaft 257
- OLG Braunschweig*  
Schleichwerbung durch Verlinkung von Werbeangebote  
auf einer Instagram-Seite 268



C.H. BECK

## 4/2020

S. 205–272, 10. Juli 2020  
9. Jahrgang



Dr. Marius Mann, MBA, M. Jur. (Oxford), Dr. Benjamin Baisch, Ute Schenn\*

## **Unmöglichkeit der Leistung in Zeiten von COVID-19: Praxisbeispiele und Rechtsfolgen von unüberwindbaren und überwindbaren Leistungshindernissen**

### **I. Einleitung**

Die Ausbreitung des COVID-19-Virus hält die Welt in Atem. Sie führt zu erheblichen Beschränkungen unseres Alltags. Die gesetzlich und behördlich angeordneten

Schutzmaßnahmen gegen die Ausbreitung von COVID-19 schränken nicht nur das öffentliche Leben erheblich ein, sondern haben auch gravierende wirtschaftliche und daher letztlich auch rechtliche Auswirkungen.

Öffentliche und private Einrichtungen, wie beispielsweise Schulen, Museen, Theater oder Sportstätten wurden für längere Zeiträume geschlossen oder sind es noch immer. Gleiches gilt für Gastronomieeinrichtungen und Freizeiteinrichtungen, wie etwa Hotels, Restaurants und Kinos. Großveranstaltungen wie Messen, Festivals oder Volksfeste sind noch immer bis auf weiteres untersagt und Veranstaltungen wie Hochzeiten oder Betriebsfeiern konnten

---

\* Dr. Marius Mann ist Rechtsanwalt und Partner der LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB. Er leitet die Praxisgruppe Commercial Dispute Resolution. Die Autoren Dr. Benjamin Baisch und Ute Schenn sind Rechtsanwältinnen der LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB und dort im Bereich Handels- und Vertriebsrecht sowie Dispute Resolution tätig. Die Autoren sind zudem Herausgeber des im Verlag C.H. Beck erschienen Leitfadens „Vertrieb von Waren und Dienstleistungen in Zeiten von Corona“.

lange Zeit aufgrund der verordneten Kontaktbeschränkungen nicht stattfinden. Vielerorts herrschten zudem lange Zeit Einreiseverbote. All diese Einschränkungen führen zu Störungen bei der Vertragserfüllung. Die Fragen, welche Wirtschaftsteilnehmer welche wirtschaftlichen Lasten tragen müssen, dürften die Gerichte in den kommenden Jahren in unzähligen Rechtsstreitigkeiten beschäftigen.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit einem besonders praxisrelevanten Ausschnitt coronabedingter Leistungsstörungen, namentlich mit Fällen der Unmöglichkeit im Sinne von § 275 BGB und Fällen sonstiger Leistungsverzögerung, die an zahlreichen Beispielen illustriert werden.<sup>1</sup>

## II. Typische coronabedingte Leistungsstörungen in der Praxis

Die Ausbreitung des COVID-19-Virus und die damit einhergehenden behördlichen Maßnahmen haben in den letzten Monaten zu vielen Vertragsstörungen geführt. Zur besseren Veranschaulichung stellen wir unseren rechtlichen Ausführungen einige ausgewählte Beispielfälle voran, anhand derer wir die unterschiedlichen Fälle der Unmöglichkeit erläutern werden.

### 1. Lieferkettenunterbrechung

COVID-19 hat vielfach zu Unterbrechungen der Lieferkette geführt, wie folgendes Beispiel veranschaulicht:

**Beispiel 1:** Ein Unternehmen stellt spezielle Bolzen für Kurbelwellen her, die es an Hersteller von Kurbelwellen liefert. Das Unternehmen schließt seine Produktionsstätte, weil sich bereits einige der Arbeitnehmer mit COVID-19 infiziert haben. Durch die Schließung steht die Produktion der Bolzen still; der Kurbelwellenhersteller wird nicht mehr beliefert. Dies führt dazu, dass auch der Kurbelwellenhersteller nicht mehr produzieren kann. Er kann seinerseits seine Kunden, beispielsweise Automobilhersteller, nicht mehr beliefern.

Zu Unterbrechungen der Lieferkette kann es auch kommen, wenn ein Betrieb durch eine gesetzliche Regelung oder behördliche Verfügung geschlossen wird oder aufgrund mehrerer Erkrankungen in einem Betrieb Personalmangel herrscht.

### 2. Veranstaltungsverbote

Folgende Praxisbeispiele veranschaulichen die Folgen eines gesetzlichen oder behördlichen Veranstaltungsverbots:

**Beispiel 2:** Eine Messe wird durch die Verordnung eines Landes untersagt. Die Messehallen sind bei Inkrafttreten der Verordnung bereits angemietet, die Messebauer haben die Messestände errichtet. Eintrittskarten für Besucher wurden vielfach verkauft. Der Vermieter der Messehalle verlangt Bezahlung der Miete, die Messebauer fordern die Vergütung für ihre Leistungen und die Besucher möchten die für die Eintrittskarten entrichteten Zahlungen zurück-erstattet. Außerdem möchten die Aussteller die Miete für die Ausstellungsstände nicht bezahlen.

**Beispiel 3:** Eine Hochzeit kann aufgrund einer behördlichen Verfügung nicht stattfinden. Die Hochzeitslocation ist bei Inkrafttreten der Verfügung bereits gebucht wie auch das Cateringunternehmen und die Band. Auch die

Blumendekoration ist bestellt. Der Vermieter der Hochzeitslocation fordert die vereinbarte Miete. Das Cateringunternehmen und die Band verlangen die vereinbarte Vergütung. Der Lieferant der Blumen fordert Abnahme und Bezahlung der Blumen.

### 3. Betriebsschließung und damit verbundener Bedarfswegfall

Betriebsschließungen können auch dazu führen, dass der Bedarf an Leistungen wegfällt oder sich signifikant verringert. Dies veranschaulicht folgendes Beispiel:

**Beispiel 4:** Ein Restaurant ist geschlossen, weil der Betrieb von Gastronomieeinrichtungen durch die Coronaverordnung des Landes untersagt ist. Zwischen dem Inhaber des Restaurants und einem Reinigungsunternehmen besteht ein Vertrag über tägliche Reinigungsleistungen in dem Restaurant (Unterhaltsreinigung sowie gewerbliches Geschirrspülen). Trotz der Schließung bietet das Reinigungsunternehmen dem Restaurantinhaber ausdrücklich die vertragsgegenständlichen Reinigungsleistungen an. Der Restaurantinhaber lehnt die Leistungen ab, weil er sie nicht mehr benötigt. Im Ergebnis erbringt der Auftragnehmer (das Reinigungsunternehmen) die Leistungen also nicht, fordert aber die vereinbarte Vergütung.

### 4. Annahmeverweigerung von Leistungen

Durch COVID-19 kann es vorkommen, dass Auftraggeber beauftragte Leistungen nicht mehr abnehmen wollen oder können, sei es, um das eigene Personal zu schützen oder aus finanziellen Gründen. Dazu folgendes Beispiel:

**Beispiel 5:** Ein Kantinenbetreiber beauftragte einen Küchenbauer mit der Lieferung und Montage einer Küche. Als der Küchenbauer die Küche anliefern und montieren möchte, lehnt der Kantinenbetreiber die Entgegennahme der Leistung ab. Er meint, er könne sich die Küche finanziell nicht mehr leisten, weil seine Umsätze durch den „Lockdown“ signifikant eingebrochen seien.

## III. Unmöglichkeit der Leistung wegen COVID-19

### 1. Einleitende Bemerkungen

COVID-19 und die damit verbundenen gesetzlichen und behördlichen Infektionsschutzmaßnahmen haben in vielen Fällen zur Folge, dass für den Schuldner (zeitweilig oder dauerhaft) ein unüberwindbares Leistungshindernis entsteht. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn Veranstaltungen wie Messen untersagt oder der Betrieb eines Lieferanten geschlossen wird. Bei unüberwindbaren Leistungshindernissen liegt Unmöglichkeit der Leistung im Sinne von § 275 BGB vor. Unter dieser Gliederungsziffer III. werden ausschließlich Leistungshindernisse behandelt und an diversen Beispielen illustriert, die unüberwindbar sind; überwindbare Leistungshindernisse werden hingegen unter V. behandelt.

Unüberwindbare Leistungshindernisse können entweder vorübergehend oder dauerhaft bestehen. Ist die Leistung für den Schuldner *vorübergehend unmöglich*, wird der Schuldner temporär von seiner Leistungspflicht frei, und zwar solange das unüberwindbare Leistungshindernis den Schuldner an der Leistung hindert. Sobald das Leistungshindernis wegfällt, muss der Schuldner seine Leistung erbringen. Ist die Leistung für den Schuldner wegen COVID-19 *endgültig unmöglich*, so wird der Schuldner endgültig von seiner Leistungspflicht frei (§ 275 Abs. 1

<sup>1</sup> Zu Leistungsstörungen im Rahmen von Vertriebsverträgen vgl. auch Emde, ZVertriebsR 2020, 138 f.; Wagner/Holtz/Dötsch, BB 2020, 845 ff.

BGB), das heißt er braucht nach Wegfall des Leistungshindernisses nicht mehr zu leisten.

Die Abgrenzung zwischen vorübergehender und endgültiger Unmöglichkeit kann in der Praxis Schwierigkeiten aufwerfen. Nachfolgend wird anhand von praktischen Beispielen zu COVID-19 erläutert, in welchen Fällen unüberwindbare Leistungshindernisse als vorübergehende oder endgültige Unmöglichkeit einzuordnen sind.

## 2. Unüberwindbare Leistungshindernisse als Unmöglichkeit der Leistung

Der Schuldner wird nur dann (vorübergehend oder endgültig) von seiner Leistungspflicht frei, wenn ein unüberwindbares Leistungshindernis vorliegt. Unüberwindbar ist ein Leistungshindernis nur, wenn der Schuldner die Leistung nicht erbringen kann, selbst wenn er wollte.

**Praxisbeispiel:** Ein Lieferant (Schuldner) verpflichtet sich durch Vertrag gegenüber seinem Kunden zur Lieferung von Zulieferteilen. Bevor er die Zulieferteile an den Kunden ausliefert, wird sein Betrieb für sechs Wochen coronabedingt durch behördliche Verfügung geschlossen. Die Betriebsschließung ist ein sechswöchiges unüberwindbares Leistungshindernis, denn während der Betriebsschließung kann der Lieferant die verkauften Zulieferteile nicht an seinen Kunden liefern, selbst wenn er wollte. Die Leistung ist für den Schuldner also während der Betriebsschließung unmöglich.

**Praxisbeispiel:** Der Schuldner betreibt ein Catering-Unternehmen. Am 1. Februar 2020 bucht ein Kunde die Catering-Leistungen des Schuldners für eine Veranstaltung am 5. Mai 2020 in der Gemeindehalle. Wird durch behördliche Verfügung vom 1. April 2020 die Gemeindehalle coronabedingt bis auf Weiteres – auch am 5. Mai 2020 – für den Publikumsverkehr geschlossen oder die Veranstaltung untersagt, kann der Caterer (Schuldner) seine Catering-Leistungen am 5. Mai 2020 in der Gemeindehalle nicht erbringen, denn das Betreten der Gemeindehalle bzw. die Veranstaltung selbst ist untersagt. Es besteht somit ein unüberwindbares Leistungshindernis, das seine Catering-Leistung unmöglich macht.

Ein Leistungshindernis ist aber dann nicht unüberwindbar, sondern überwindbar, wenn der Schuldner noch leisten kann, er dies aber – z. B. aus wirtschaftlichen Gründen – nicht mehr will. Dies zeigt das folgende Beispiel:

**Praxisbeispiel:** Ein Hersteller (Schuldner) verpflichtet sich durch Vertrag gegenüber seinem Kunden zur Herstellung und Lieferung von Zulieferteilen. Nachdem der Hersteller die Zulieferteile produziert hat, jedoch bevor er sie an den Kunden ausliefert, fällt ein Großteil der Belegschaft des Herstellers coronabedingt aus (Krankheit oder Quarantäne). Insbesondere fallen viele Mitarbeiter aus, welche die produzierten Zulieferteile an Kunden ausliefern sollen. Der Hersteller kann daher mit seinen Mitarbeitern nicht alle Kunden rechtzeitig beliefern. Er entscheidet sich, erst Abnehmer großvolumiger Bestellungen zu beliefern und diejenigen Kunden, deren Bestellung nur ein geringes Volumen haben, erst sechs Wochen nach dem vereinbarten Lieferdatum zu beliefern.

Im vorstehenden Beispiel liegt kein unüberwindbares Leistungshindernis vor, denn der Hersteller (Schuldner) könnte den Kunden sowohl mit seinen eigenen Mitarbeitern sofort beliefern als auch durch ein Transportunternehmen umgehend beliefern lassen. Für die Frage, ob der

Schuldner leisten kann, spielt es keine Rolle, ob die Überwindung der Leistungshindernisse für ihn unwirtschaftlich ist oder erhebliche Mehrkosten verursacht. Die Leistung ist für den Schuldner im vorstehenden Beispiel also nicht unmöglich, sondern tatsächlich möglich. Der Hersteller wird daher in dem vorstehenden Beispiel nicht von seiner Leistungspflicht frei.

Die Leistung ist für den Schuldner auch dann nicht unmöglich, sondern möglich, wenn der Schuldner, wie bei Kaufverträgen üblich, die Beschaffung des Leistungsgegenstandes schuldet und die vertragsgemäße Leistung anderweitig beschaffen kann (etwa durch ein Deckungsgeschäft), um sie an den Kunden zu liefern.<sup>2</sup>

**Praxisbeispiel:** Der Schuldner (beispielsweise ein Tier-1-Zulieferer) handelt mit Zulieferteilen, die er von Hersteller X bezieht. Ein Kunde bestellt beim Schuldner 1.000 Zulieferteile. Coronabedingt kommt die Produktion bei Hersteller X zum Erliegen. Da Hersteller X den Schuldner nicht beliefert, kann der Schuldner seinen Kunden (einen OEM) nicht beliefern. Allerdings könnte der Schuldner die gleichen 1.000 Zulieferteile beim lieferbereiten Hersteller Y beziehen, der aber einen viel höheren Preis als Hersteller X verlangt.

Auch in diesem Beispiel liegt kein unüberwindbares Leistungshindernis vor. Solange der Schuldner sich am Markt mit der vertragsgemäßen Leistung für seinen Kunden decken kann, ist die Leistung für den Schuldner möglich, mag dies für ihn auch mit erheblichen Mehrkosten verbunden sein. Wird eine Lieferkette durch COVID-19 unterbrochen und der Schuldner daher nicht beliefert, wird der Schuldner also nur dann gegenüber seinem Kunden von der Lieferpflicht frei, wenn er sich die Ware am Markt nicht anderweitig beschaffen kann oder er keine Beschaffung schuldet (z. B., wenn der Schuldner selbst Hersteller des Leistungsgegenstands ist).<sup>3</sup>

## 3. Vorübergehende oder endgültige Unmöglichkeit der Leistung

Betriebsschließungen, Veranstaltungsverbote, Kontaktbeschränkungen, quarantänebedingter Personalmangel und sonstige Infektionsschutzmaßnahmen wird es – selbst, wenn sie noch Monate oder Jahre andauern – voraussichtlich nur für eine begrenzte Zeit geben. Coronabedingte Leistungshindernisse sind daher nach allem, was wir bislang über COVID-19 wissen, vorübergehender Natur.

Die vorübergehende Natur der Leistungshindernisse sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob der Schuldner nur temporär (sog. vorübergehende Unmöglichkeit) oder endgültig von seiner Leistungspflicht frei wird (sog. endgültige Unmöglichkeit). Im ersten Fall muss der Schuldner die Leistung nach Wegfall des Leistungshindernisses noch erbringen<sup>4</sup>, im zweiten Fall nicht. Für den Leistungsschuldner ist daher bei unüberwindbaren Leistungshindernissen zunächst nur die Frage interessant, ob er nach Wegfall des Leistungshindernisses noch leisten muss oder nicht.

<sup>2</sup> Vgl. *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 128; *Schulze* in: Schulze, BGB, 10. Auflage 2019, § 275, Rn. 15.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu auch *Weaver*, ZVertriebsR 2020, 159.

<sup>4</sup> *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 154; vgl. auch *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 141.

Hierbei gilt folgende Regel: Der Schuldner muss die Leistung nach Wegfall des unüberwindbaren Leistungshindernisses immer nachholen, es sei denn, die Parteien haben ein sog. absolutes Fixgeschäft abgeschlossen.<sup>5</sup> Ein absolutes Fixgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien für die Leistung einen bestimmten Zeitpunkt vereinbart haben und die Leistung nach dem vereinbarten Zeitpunkt nicht mehr den Vertragszweck erfüllt, also sinnlos ist.<sup>6</sup>

Die beiden folgenden Beispiele verdeutlichen den Unterschied von vorübergehender Unmöglichkeit der Leistung und endgültiger Unmöglichkeit der Leistung bei absolutem Fixgeschäft:

**Praxisbeispiel vorübergehende Unmöglichkeit:** Am 15. Februar 2020 schließt der Schuldner, ein Maschinenhersteller, mit einem Kunden einen Vertrag über die Lieferung einer Maschine, die der Kunde für seine Produktion benötigt. Als Lieferdatum wird der 1. April 2020 vereinbart. Am 1. März 2020 wird der Betrieb des Schuldners durch behördliche Verfügung coronabedingt bis zum 1. Mai 2020 geschlossen. Der Maschinenhersteller ist während der zweimonatigen Betriebsschließung von seiner Leistungspflicht frei, muss die Leistung nach dem 1. Mai 2020 aber an den Kunden erbringen, da kein absolutes Fixgeschäft vorliegt. Ein absolutes Fixgeschäft hätte vorausgesetzt, dass die Leistung nach dem vertraglich vereinbarten Leistungszeitpunkt (hier: 1. April 2020) nicht mehr den Vertragszweck erfüllt und sinnlos wird. Dies ist hier aber nicht der Fall, da der Kunde die Maschine in den kommenden Monaten und Jahren noch problemlos in der Produktion einsetzen und nutzen kann.

**Praxisbeispiel für endgültige Unmöglichkeit:** Am 15. Februar 2020 verpflichtet sich der Schuldner (ein Mietpark für Baumaschinen) durch Vertrag gegenüber einer ARGE (= Arbeitsgemeinschaft im Baubereich), der ARGE für eine Baustelle im Zeitraum vom 5. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 zwei Bagger mietweise zur Verfügung zu stellen. Der Betrieb des Mietparks (Schuldners) wird durch behördliche Verfügung coronabedingt vom 1. April 2020 bis 11. Mai 2020 geschlossen. Er kann daher keine Bagger für den Zeitraum der Baustelle bereitstellen. Die ARGE muss anderweitig Bagger anmieten und kann dadurch die Baustelle am 10. Mai 2020 erfolgreich abschließen. In diesem Beispielfall wird der Schuldner (in unserem Beispiel der Mietpark) endgültig von seiner Leistungspflicht frei, denn die Bereitstellung der Bagger nach dem 10. Mai 2020 wäre schlicht sinnlos, da die Bagger auf der abgeschlossenen Baustelle nicht mehr benötigt werden. Die vertraglich vereinbarte Bereitstellung der Bagger zwischen dem 1. Mai 2020 und dem 10. Mai 2020 war in diesem Fall ein absolutes Fixgeschäft.

**Praxisbeispiel für endgültige Unmöglichkeit:** Der Schuldner verpflichtet sich durch Cateringvertrag gegenüber einem Hochzeitspaar, seine Catering-Leistungen auf der Hochzeit am 8. August 2020 zu erbringen. Das Cateringunternehmen kann aufgrund COVID-19-bedingten Personalmangels am 8. August 2020 nicht bei der Hochzeit erscheinen. Nach dem 8. August 2020 kann die Catering-Leistung des Schuldners ihren Zweck – nämlich die

Bewirtung der Gäste am Tag der Hochzeit – nicht mehr erfüllen. Jede Catering-Leistung nach dem 8. August 2020 ist also sinnlos und daher endgültig unmöglich.

In der Praxis werden coronabedingte unüberwindbare Leistungshindernisse den Schuldner in aller Regel nur vorübergehend – d. h. solange das Hindernis besteht – von seiner Leistungspflicht befreien. Eine endgültige Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht wird selten sein, denn absolute Fixgeschäfte sind selten.

Allerdings haben Dauerschuldverträge häufig den Charakter absoluter Fixgeschäfte.<sup>7</sup> Dies zeigen die folgenden zwei Beispiele.

**Praxisbeispiel:** Ein Hotelbetreiber beauftragt eine Molkerei mit der täglichen Lieferung frischer Milch für das Frühstück seiner Gäste. Die Molkerei liefert am Montag, den 20. April 2020, nicht, weil sie wegen COVID-19 nicht genügend Fahrer zur Auslieferung der Milch hat. In diesem Fall muss der Milchlieferant die am 20. April 2020 unterlassene Milchlieferung nicht am 21. April 2020 nachholen, denn die nachgeholt Lieferung könnte ihren Zweck, die Gäste am 20. April 2020 mit Frischmilch zu versorgen, nicht erfüllen. Die Nachholung der Milchlieferung wäre daher sinnlos. Die tägliche Milchlieferung ist somit eine absolute Fixschuld und der Milchlieferant wird endgültig von seiner Leistungspflicht, am 20. April 2020 Milch zu liefern, frei (endgültige Unmöglichkeit). Selbstverständlich muss der Milchlieferant am 21. April 2020 die für diesen Tag geschuldete Milchlieferung durchführen.

**Praxisbeispiel:** Ein Gaslieferant verpflichtet sich durch einen Dauerliefervertrag gegenüber einem Kunden, diesen konstant durch eine Pipeline mit einer bestimmten Menge Gas pro Tag (z. B. 2,5 Tonnen) und Jahr zu beliefern. Der Kunde braucht das konstant gelieferte Gas täglich, um daraus Kunststoff herzustellen. Wird der Betrieb des Gaslieferanten coronabedingt für einen Monat geschlossen, ist der Gaslieferant – sofern keine entsprechenden vertraglichen Pflichten vereinbart wurden – nicht verpflichtet, nach Aufhebung der Betriebsschließung die während der Betriebsschließung nicht gelieferte Gasmenge nachzuliefern, denn die Nachlieferung kann den täglichen Bedarf des Kunden nicht rückwirkend decken. Die Nachlieferung könnte somit den Vertragszweck – konstante Anlieferung des Gases zur Weiterverarbeitung – nicht erfüllen. Der Gasdauerliefervertrag ist somit ein absolutes Fixgeschäft; der Gaslieferant wird endgültig von seiner Leistungspflicht, Gas im Zeitraum der Betriebsschließung zu liefern, frei. Selbstverständlich muss der Lieferant nach der Betriebsschließung aber seine Lieferpflicht für die Zukunft erfüllen.

#### 4. Unmöglichkeit wegen Nichterreichens des vertraglich vereinbarten Leistungserfolgs

Der Schuldner wird auch dann von seiner Leistungspflicht frei, wenn zwar die Leistungshandlung weiterhin möglich ist, diese aber den vertraglich vereinbarten Leistungserfolg nicht herbeiführen kann.<sup>8</sup>

5 Vgl. auch *Kroiß*, Rechtsprobleme durch COVID-19 in der anwaltlichen Praxis, 1. Auflage 2020, § 12, Rn. 50.

6 *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 95; *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 50.

7 *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 99; vgl. auch *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 51 f.

8 *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 275 BGB, Rn. 18; *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 77.

**Praxisbeispiel:** Im eingangs beschriebenen Beispiel 4, in dem ein Restaurantbetreiber ein Reinigungsunternehmen mit täglichen Reinigungsleistungen beauftragt hat, ist das gewerbliche Geschirrspülen für das Reinigungsunternehmen unmöglich geworden. Da das Restaurant coronabedingt geschlossen ist und damit keine Gäste bewirbt, wird auch kein Geschirr schmutzig. Das Reinigungsunternehmen könnte das Geschirr zwar weiterhin spülen, also die Leistungshandlung vornehmen. Das Spülen könnte aber nicht dazu führen, dass das Geschirr sauber wird, weil es bereits sauber ist. Der Leistungserfolg kann demnach nicht herbeigeführt werden.

In vorstehendem Beispiel liegt auch ein absolutes Fixgeschäft vor, sodass die Leistung nicht nachgeholt werden kann. Das tägliche Geschirrspülen ist vereinbart, damit das Restaurant täglich sauberes Geschirr zur Verfügung hat. Das Geschirrspülen am Vortag hat also den Zweck, dass am Folgetag sauberes Geschirr zur Verfügung steht. Wird das Geschirr während einer wochenlangen Betriebschließung nicht gespült, wäre es sinnlos, wenn das Reinigungsunternehmen das wochenlang unterbliebene Spülen nachholen würde.

### 5. Keine Unmöglichkeit bei Zahlungspflichten

Die vorstehenden Ausführungen befassten sich ausschließlich mit der Frage, in welchen Fällen demjenigen Vertragspartner die Leistung unmöglich wird, der die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat (z. B. Lieferung von Zulieferteilen, Lieferung einer Maschine, Erbringung von Diensten, Vermietung einer Baumaschine, etc.). Es stellt sich die weitere Frage, ob der Vertragspartner, der die Zahlung des Entgelts schuldet, ebenfalls durch finanzielle Unmöglichkeit von seiner Zahlungspflicht frei werden kann. Dies ist nicht der Fall. Wer aus einem Vertrag zur Zahlung verpflichtet ist, kann sich nie darauf berufen, dass ihm die Zahlung unmöglich ist.<sup>9</sup> Wer also durch COVID-19 in finanzielle Schwierigkeiten gerät, muss seine Zahlungspflichten auch dann erfüllen, wenn er dies coronabedingt nicht kann.

In Beispiel 5 bleibt der Kantinenbetreiber daher zur Zahlung der Küche verpflichtet, auch wenn er die bestellte Küche aufgrund erheblicher coronabedingter Umsatzrückgänge nicht bezahlen kann.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Hauptschuldner (z. B. der Lieferant) seinerseits wegen Unmöglichkeit von seiner Lieferpflicht frei wurde. Dann entfällt im Regelfall auch der Zahlungsanspruch; der Vertragspartner muss die nicht erhaltene Leistung nicht bezahlen, § 326 Abs. 1 BGB.

### 6. Rechtsfolgen bei Unmöglichkeit der Leistung

Ist dem Schuldner die Leistung (also dem Lieferanten, dem Maschinenhersteller oder Mietparkbetreiber) im oben erläuterten Sinne unmöglich geworden, hat dies folgende Konsequenzen für den Vertrag und die vertraglich vereinbarten Leistungen und Gegenleistungen:

#### a) Befreiung von der Leistungspflicht

Bei vorübergehender Unmöglichkeit der Leistung wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei, solange das unüberwindbare Leistungshindernis besteht.<sup>10</sup> Sobald das

Leistungshindernis wegfällt, hat der Schuldner zu leisten, es sei denn, der Gläubiger ist zuvor vom Vertrag zurückgetreten (siehe unten f)). Bei endgültiger Unmöglichkeit entfällt die Leistungspflicht des Schuldners endgültig.

Das unüberwindbare Leistungshindernis kann auch nur einen Teil der Leistung betreffen. In dem Umfang, in welchem dem Schuldner die Leistung unmöglich ist, wird er von der Leistungspflicht – wie vorstehend erläutert – frei. Den übrigen Teil der Leistung, muss der Schuldner erbringen, da sie ihm möglich ist.

**Praxisbeispiel:** Der Schuldner verpflichtet sich durch Vertrag, an seinen Kunden 1.000 Teile des Typs A und 1.000 Teile des Typs B zu liefern. Die Teile des Typs A produziert A in einer anderen Produktionsstätte als die Teile des Typs B. Die Produktionsstätte, in der die Teile des Typs B produziert werden, wird durch behördliche Verfügung coronabedingt für zwei Monate geschlossen. Der Schuldner bleibt zur Lieferung von 1.000 Teilen des Typs A verpflichtet. Von seiner Pflicht zur Lieferung von 1.000 Teilen des Typs B ist der Schuldner jedoch vorübergehend befreit, bis die Schließung der Produktionsstätte aufgehoben wird.

Bei einem Dauerschuldverhältnis mit absolutem Fixschuldcharakter ist die Leistung mit Ablauf jedes Zeitpunkts für diesen Zeitpunkt unmöglich. Die Leistungspflicht entfällt daher für die Leistungszeitpunkte, in denen die Leistung unmöglich ist.<sup>11</sup>

**Praxisbeispiel:** In dem geschilderten Beispiel 4 (der Spülleistungen in einem Restaurant), entfällt daher die Leistungspflicht für jeden Tag, an dem das Restaurant geschlossen ist, weil an diesen Tagen der Reinigungserfolg nicht herbeigeführt werden kann.

#### b) Befreiung von der Gegenleistungspflicht bei endgültiger Unmöglichkeit

Wenn und soweit der Schuldner von seiner Leistungspflicht wegen endgültiger Unmöglichkeit befreit ist, entfällt sein Anspruch auf die Gegenleistung (§ 326 Abs. 1 BGB), d. h. in der Regel der Anspruch auf Zahlung. Anders gesagt: Muss der Schuldner infolge endgültiger Unmöglichkeit nicht leisten, muss der Vertragspartner die Leistung auch nicht bezahlen. Bei endgültiger Unmöglichkeit der Leistung gilt also die Regel: Ohne Leistung keine Gegenleistung!

Von dieser Regel gibt es nur wenige Ausnahmen: Ausnahmsweise muss der Vertragspartner die endgültig unmöglich gewordene Leistung (die er nicht erhält!) bezahlen, wenn die Leistung unmöglich geworden ist, nachdem die Preisgefahr auf den Vertragspartner übergegangen ist, §§ 446, 447 BGB. Dies wird nur äußerst selten vorkommen, trifft aber im folgenden Beispielfall zu:

**Praxisbeispiel:** Der Schuldner verpflichtet sich durch Vertrag, einen Veranstalter für eine Veranstaltung am 10. Oktober 2020 mit Speisen und Getränken zu beliefern. Auf Verlangen des Veranstalters versendet der Schuldner die Speisen und Getränke mit einem Transportunternehmen für Lebensmitteltransporte zum Veranstaltungsort. Nachdem die Speisen und Getränke vom

<sup>9</sup> BGH IX ZR 130/88, NJW 1276 (1278); siehe ferner *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 126.

<sup>10</sup> *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 154; vgl. auch *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 141.

<sup>11</sup> *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 99.

Schuldner am 9. Oktober 2020 an das Transportunternehmen übergeben wurden, wird der Betrieb des Transportunternehmens coronabedingt geschlossen. Die Speisen und Getränke werden daher nicht am 10. Oktober 2020 bei der Veranstaltung angeliefert. Da es sich um ein absolutes Fixgeschäft handelt (die Leistung der Speisen und Getränke nach der Veranstaltung am 10. Oktober 2020 ist sinnlos), ist die Leistung für den Schuldner mit Ablauf des 10. Oktober 2020 endgültig unmöglich geworden. Die Preisgefahr ist aber schon mit Übergabe der Speisen und Getränke an die Transportperson auf den Veranstalter übergegangen, § 447 BGB. Daher muss der Vertragspartner die Speisen und Getränke bezahlen, obwohl er sie nicht erhalten hat.

Ausnahmsweise muss der Vertragspartner die endgültig unmöglich gewordene Leistung (die er wohlgerne nicht erhält) bezahlen, wenn der Vertragspartner für die Unmöglichkeit der Leistung allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, § 326 Abs. 2 BGB. Gleiches gilt, wenn die Unmöglichkeit zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Vertragspartner im Verzug der Annahme der Leistung befand, § 326 Abs. 2 BGB.

**Praxisbeispiel:** Im Fall vereinbarter Spülleistungen in einem Restaurant, bleibt der Vergütungsanspruch des Reinigungsunternehmens bestehen, wenn der Restaurantinhaber das Restaurant völlig grundlos schließt. In diesem Fall hat der Restaurantinhaber durch sein eigenes Verhalten die Unmöglichkeit hervorgerufen.

Ist der Gläubiger in Vorleistung gegangen und hat die infolge endgültiger Unmöglichkeit ausgebliebene Leistung bereits bezahlt, hat er gegen den Schuldner Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten Zahlung (§ 326 Abs. 4 BGB).

**Praxisbeispiel:** Wird eine Messe aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Verfügung abgesagt und kann daher der Messeveranstalter den Ausstellern die Messestände nicht mehr im Rahmen der abgeschlossenen Mietverhältnisse zu Ausstellungszwecken überlassen, hat der Veranstalter gegen die Aussteller keinen Anspruch auf Bezahlung der vereinbarten Miete. Haben die Aussteller die Miete bereits an den Veranstalter geleistet, haben sie Anspruch auf Rückerstattung der Miete.

Ist die Leistung für den Schuldner nur teilweise endgültig unmöglich, kann der Schuldner die Bezahlung seiner Leistung nur in dem Umfang verlangen, in dem die Leistung erbracht wurde, § 326 Abs. 1 i. V. m. § 441 Abs. 3 BGB.

### c) Folgen bei vorübergehender Unmöglichkeit

Ist die Leistung für den Schuldner (z. B. einen Lieferanten) nur vorübergehend unmöglich, so ist er grundsätzlich nur für den Zeitraum der Verhinderung von seiner Leistungspflicht befreit.<sup>12</sup> In diesem Fall wird der Vertragspartner (z. B. der Käufer) nicht von seiner Zahlungspflicht frei, er kann die Zahlung aber solange verweigern, bis der Schuldner seine Leistung erbringt, also z. B. die Kaufsache geliefert wurde (§ 320 BGB).<sup>13</sup>

Ist der Vertragspartner in Vorleistung gegangen und hat bereits gezahlt (Vorkasse), obwohl der Schuldner die Leistung vorübergehend nicht erbringen kann, so kann der

Vertragspartner die Zahlung nicht zurückverlangen, wenn er am Vertrag festhalten will. Nur wenn und soweit der Vertragspartner vom Vertrag zurücktritt, kann er seine Zahlung zurückverlangen. In diesem Fall wird aber der Vertrag je nach Umfang des Rücktritts ganz oder teilweise rückabgewickelt.<sup>14</sup>

### d) Schadensersatz bei endgültiger Unmöglichkeit

Wenn die Leistung des Schuldners endgültig unmöglich wird, wird er dauerhaft von seiner Leistungspflicht frei. Das endgültige Ausbleiben der Leistung kann beim Vertragspartner zu erheblichen Schäden führen, beispielsweise weil

- sich der Vertragspartner die Leistung anderweitig zu höheren Preisen am Markt beschaffen muss,
- dem Vertragspartner durch das Ausbleiben der Leistung Gewinne entgehen oder
- der Vertragspartner sich aufgrund der ausgebliebenen Leistung seinerseits gegenüber seinen Kunden Schadensersatzpflichtig macht.

**Praxisbeispiel:** Ein Gaslieferant hat mit einem Gaszwischenhändler einen Dauerschuldvertrag über die konstante Belieferung mit Gas geschlossen. Kann der Gaslieferant coronabedingt den Zwischenhändler einen Monat lang nicht beliefern, wird die Pflicht zur Lieferung von Gas für diesen Monatszeitraum endgültig unmöglich (absolute Fixschuld). Kann der Zwischenhändler aufgrund der unterbliebenen Lieferung seine Kunden nicht beliefern, stehen den Kunden unter gewissen Voraussetzungen Schadensersatzansprüche gegen den Zwischenhändler zu. Hierdurch erleidet der Zwischenhändler Schäden, die er unter gewissen Voraussetzung vom Gaslieferant erstattet verlangen kann.

**Praxisbeispiel:** Eine Behörde untersagt eine Veranstaltung wegen der Ausbreitung von COVID-19 durch behördliche Verfügung. Der Veranstalter kann daher den Ausstellern die vermieteten Ausstellungsstände nicht zu Ausstellungszwecken überlassen. Den Ausstellern entsteht dadurch ein Schaden insbesondere in Form entgangenen Gewinns.

Alle Schäden, die dem Vertragspartner durch das endgültige Ausbleiben der Leistung entstehen, kann er vom Schuldner ersetzt verlangen, sofern der Schuldner entweder die endgültige Unmöglichkeit der Leistung verschuldet hat (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB) oder die endgültige Unmöglichkeit zu einer Zeit eintritt, als sich der Schuldner mit seiner Leistung in Verzug befand (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 287 S. 2 BGB).

Verschuldet hat der Schuldner die endgültige Unmöglichkeit, wenn er das unüberwindbare Leistungshindernis fahrlässig oder vorsätzlich verursacht hat, § 276 Abs. 1 BGB. Auf die Verbreitung des COVID-19-Virus sowie auf gesetzliche oder behördliche Betriebsschließungen hat der Schuldner grundsätzlich keinen Einfluss, sodass solche coronabedingten Leistungshindernisse in der Regel nicht fahrlässig und erst recht nicht vorsätzlich vom Schuldner herbeigeführt wurden.<sup>15</sup> Denkbar wäre zwar, dass man dem Schuldner eine fahrlässige Herbeiführung des Leistungshindernisses vorwirft, wenn er in seinem Betrieb nicht für die nötigen Hygienemaßnahmen sorgt

<sup>12</sup> *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 154; vgl. auch *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 141.

<sup>13</sup> vgl. auch *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 144.

<sup>14</sup> Siehe hierzu Punkt III 6 e).

<sup>15</sup> Vgl. auch *Emde*, ZVertriebsR 2020, 138, 143.

oder Hygieneschutzkonzepte nicht beachtet und dadurch ein erhöhtes Infektionsrisiko besteht, das Anlass für die behördliche Betriebsschließung sein kann. Wie streng die Gerichte insoweit sein werden und ein fahrlässiges Verhalten des Schuldners bejahren werden, lässt sich schwer vorhersagen. Dennoch dürfte den Schuldner in den meisten Fällen kein Verschulden an dem coronabedingten Leistungshindernis treffen. Dies mag für mögliche künftige coronabedingte Leistungshindernisse indes anders zu beurteilen sein, als für die im Frühjahr 2020 verhängten Beschränkungen; dies insbesondere deshalb, weil sich der Fahrlässigkeitsmaßstab insoweit verschieben könnte. Wer notwendige Vorbeuge- oder Infektionsschutzmaßnahmen nicht umsetzt oder keine Notfallpläne für einen erneuten „Lockdown“ vorbereitet, könnte beispielsweise eine darauf basierende Betriebsschließung und Unmöglichkeit verschulden.

Besonders beachtenswert ist, dass der Schuldner dem Vertragspartner auf Schadensersatz haftet, wenn sich der Schuldner mit seiner Leistung schon in Verzug befand, als coronabedingte Leistungshindernisse die Leistung endgültig unmöglich gemacht haben. Denn während des Schuldnerverzugs haftet der Schuldner auch für zufällige Leistungshindernisse wie COVID-19, § 287 S. 2 BGB.<sup>16</sup>

**Praxisbeispiel:** Die Vertragsparteien haben in einem Liefervertrag am 1. Januar 2020 vereinbart, dass der Schuldner eine Charge von 2.000 Kurbelwellen am 15. Februar 2020 liefern muss. Da der Schuldner noch viele Bestellungen anderer Kunden bedienen muss, schafft er es nicht, die 2.000 Kurbelwellen am 15. Februar 2020 an den Käufer (einen OEM) zu liefern und gerät dadurch automatisch in Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Am 15. März 2020 hat der Schuldner die Kaufsache immer noch nicht ausgeliefert. An diesem Tag wird aber der Betrieb des Lieferanten durch behördliche Verfügung coronabedingt bis zum 15. April 2020 geschlossen. Am 16. April 2020 liefert der Lieferant die Kaufsache an den Käufer. Obwohl der Lieferant die Betriebsschließung weder fahrlässig noch vorsätzlich verschuldet hat, muss er dem Käufer nicht nur die Schäden, die durch die Verzögerung vom 15. Februar 2020 bis 15. März 2020 entstanden sind, sondern auch die Verzögerungsschäden während der Betriebsschließung ersetzen.

### e) Schadensersatz bei vorübergehender Unmöglichkeit

Leistet der Schuldner wegen **vorübergehender Unmöglichkeit** verspätet, können dem Vertragspartner Schäden durch die Verzögerung der Leistung entstehen (sog. Verzögerungsschaden). Diese Verzögerungsschäden kann der Vertragspartner vom Schuldner ersetzt verlangen, wenn

- der Schuldner fahrlässig oder vorsätzlich das vorübergehende Leistungshindernis verursacht hat oder
- der Schuldner sich bereits mit seiner Leistung in Verzug befand, als das coronabedingte Leistungshindernis eingetreten ist (§ 287 S. 2 BGB).

Bei coronabedingten Leistungshindernissen wird der Schuldner nur selten das Leistungshindernis vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt haben. In der Praxis dürfte es sehr viel häufiger vorkommen, dass der Schuldner die Verzögerungsschäden zu ersetzen hat, weil er sich bei Eintritt

des coronabedingten Leistungshindernisses bereits in Schuldnerverzug befand.

Unter den soeben beschriebenen Voraussetzungen (Leistungshindernis von Schuldner verschuldet oder Leistungshindernis während Schuldnerverzugs) kann der Vertragspartner des Schuldners auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt hat, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB.<sup>17</sup>

**Praxisbeispiel:** Gleicher Sachverhalt wie im vorstehenden Beispiel, nur setzt der Vertragspartner dem Schuldner am 16. März 2020 eine Zweiwochenfrist für die Lieferung der Sache. Sobald diese Lieferfrist erfolglos verstrichen ist, kann der Vertragspartner vom Schuldner Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Das bedeutet, der Vertragspartner kann die Leistung des Schuldners endgültig zurückweisen und alle Schäden ersetzt verlangen, die ihm aufgrund des endgültigen Ausbleibens der Leistung entstehen (z. B. Verzögerungsschäden, Schäden für einen Deckungskauf oder entgangenen Gewinn).<sup>18</sup>

### f) Rücktritt oder Kündigung durch den Gläubiger

Ist die Leistung des Schuldners endgültig unmöglich,<sup>19</sup> muss der Vertragspartner die Leistung nicht bezahlen, § 326 Abs. 1 BGB. In diesem Fall besteht für den Vertragspartner kein Bedürfnis, vom Vertrag zurückzutreten oder den Vertrag zu kündigen.

Ist die Leistung des Schuldners nur vorübergehend unmöglich,<sup>20</sup> so kann der Vertragspartner des Schuldners vom Vertrag zurücktreten, sofern er den Schuldner aufgefordert hat, die Leistung innerhalb einer bestimmten Frist zu erbringen und der Schuldner die Leistung nicht innerhalb dieser Frist erbringt, § 323 Abs. 1 BGB.<sup>21</sup> Die Frist, die der Vertragspartner dem Schuldner für die Leistung setzt, muss angemessen sein. Welche Dauer angemessen ist, ist von der Art der konkreten Leistung abhängig und kann daher nicht pauschal beantwortet werden. Die Frist sollte im Einzelfall so bemessen sein, dass sie den Schuldner in die Lage versetzt, die im Wesentlichen abgeschlossene Leistung vollends zu erbringen.<sup>22</sup> Irrelevant ist für die Fristsetzung, dass der Schuldner die Leistung aufgrund des vorübergehenden unüberwindbaren Leistungshindernisses derzeit nicht erbringen kann; dies ist auszublenden. Der Vertragspartner kann also, obwohl der Schuldner die Leistung vorübergehend gar nicht erbringen kann, nach Ablauf der gesetzten angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten.

Ist die vertraglich vereinbarte Leistung des Schuldners nur zum Teil endgültig unmöglich geworden, kann der Vertragspartner vom gesamten Vertrag nur dann zurücktreten, wenn er an der erbrachten Teilleistung kein Interesse hat.<sup>23</sup> Voraussetzung für einen Interessenfortfall ist, dass das vom Gläubiger mit dem Vertrag verfolgte Interesse durch

<sup>17</sup> *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 160 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 163.

<sup>19</sup> Dies ist ein Fall des absoluten Fixgeschäfts, siehe oben, Punkt A. III.3.

<sup>20</sup> In der Praxis der Regelfall bei coronabedingten Leistungshindernissen, siehe Punkt III.3.

<sup>21</sup> *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 1.2.2020, § 275 Rn. 165.

<sup>22</sup> BGH, VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279, 1280; *H. Schmidt* in: Beck-OK BGB, Stand: 1.2.2020; § 323 Rn. 19.

<sup>23</sup> Sog. Interessenfortfall, §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB.



die erbrachte Teilleistung nicht anteilig verwirklicht werden kann.<sup>24</sup>

Bei in Vollzug gesetztem Dauerschuldverhältnisses kommt ein Rücktrittsrecht nicht in Betracht. Der Vertragspartner des Schuldners kann den Vertrag unter Umständen aber außerordentlich kündigen, § 314 BGB.<sup>25</sup> Voraussetzung ist, dass dem Vertragspartner des Schuldners wegen der Unmöglichkeit der Leistung die Fortsetzung des Vertrags bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht zugemutet werden kann. An dieser Voraussetzung wird es häufig fehlen, weil der Vertragspartner des Schuldners die ausgebliebene Leistung in Fällen der endgültigen Unmöglichkeit in aller Regel nicht bezahlen muss. Eine außerordentliche Kündigung spielt aber dann eine wichtige Rolle, wenn eine lange Vertragslaufzeit vereinbart und das Recht zur ordentlichen Kündigung von den Parteien vertraglich wirksam ausgeschlossen wurde.

Ist der Schuldner nur vorübergehend an der Leistung gehindert, besteht ein Recht zur Kündigung erst dann, wenn dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, weiter auf die Leistung zu warten bzw. weiterhin an dem Vertrag festzuhalten.<sup>26</sup>

#### IV. Leistungsverweigerungsrechte bei grob unverhältnismäßigem Aufwand und bei Unzumutbarkeit

Die soeben beschriebenen Fälle der Unmöglichkeit betreffen Fälle, in denen der Schuldner zeitweilig oder dauerhaft nicht leisten kann, weil das Leistungshindernis unüberwindbar ist. Hiervon zu unterscheiden sind Fälle, in denen der Schuldner zwar leisten kann, die Leistung coronabedingt aber einen unverhältnismäßigen Aufwand für den Schuldner verursacht (§ 275 Abs. 2 BGB) oder dem Schuldner persönlich unzumutbar ist (§ 275 Abs. 3 BGB).

##### 1. Grob unverhältnismäßiger Aufwand

Der Schuldner kann die Leistung verweigern, wenn sie derart aufwändig ist, dass der Aufwand der Leistung in einem groben Missverhältnis zum Interesse des Gläubigers an der Leistung steht, § 275 Abs. 2 BGB. Erforderlich ist ein krasses Missverhältnis zwischen den Kosten der Leistungserbringung für den Schuldner und dem Nutzen der Leistung für den Gläubiger. Die Regelung hat Leistungshindernisse im Blick, deren Überwindung dem Schuldner zwar möglich ist, aber nicht zugemutet werden kann, weil die Leistung wirtschaftlich vollkommen sinnlos wäre.<sup>27</sup>

Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB steht dem Schuldner nur in seltenen Ausnahmefällen zur Verfügung.<sup>28</sup> Die Unverhältnismäßigkeit muss so drastisch sein, dass das Verlangen des Gläubigers nach Erfüllung als sinnlos und rechtsmissbräuchlich erscheint.<sup>29</sup> Dabei ist das Maß grober Unverhältnismäßigkeit erst dann erreicht,

wenn ganz offensichtlich kein vernünftiger Mensch daran denken würde, den unter den gegebenen Umständen erforderlichen Aufwand zu betreiben, um sich in den Genuss der Leistung zu bringen.<sup>30</sup>

Eine feste Regel, ab welchem Kostenaufwand der Schuldner die Leistung verweigern kann, gibt es nicht. Dies bedarf stets einer Kosten-Nutzen-Betrachtung für den jeweiligen Einzelfall. Um aber wenigstens einen groben Anhaltspunkt zu nennen: Die Rechtsprechung hat ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners z. B. bejaht, wenn der Kostenaufwand des Schuldners zur Überwindung des Leistungshindernisses den vereinbarten Kaufpreis um mehr als 100 % überstiegen hat.<sup>31</sup> Dies darf jedoch nicht als Faustregel missverstanden werden. Ob der Schuldner seine Leistung wegen grob unverhältnismäßigem Aufwand verweigern kann, bedarf einer Einzelfallprüfung, in deren Rahmen das Leistungsinteresse des Gläubigers gegen den Aufwand des Schuldners abzuwägen ist.

In folgendem Beispielfall ist ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners denkbar:

**Praxisbeispiel:** Eine Behörde genehmigt eine Veranstaltung unter strengen Hygiene- und Schutzauflagen. Diese Auflagen zu erfüllen, ist für den Veranstalter so kostenintensiv, dass die Durchführung der Messe für ihn wirtschaftlich sinnlos wird, insbesondere auch weil die Einnahmen des Veranstalters durch behördlich verordnete Besucherbeschränkungen einbrechen.

##### 2. Unzumutbarkeit

Der Schuldner kann die Leistung außerdem verweigern, wenn er sie persönlich zu erbringen hat und ihm die Leistung unzumutbar ist, § 275 Abs. 3 BGB. Auch bei dieser Regelung handelt es sich um eine Sondervorschrift. An die Unzumutbarkeit sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>32</sup> Unzumutbarkeit liegt vor, wenn die Erbringung der Leistung für den Schuldner in hohem Maße belastend ist.<sup>33</sup> Unzumutbarkeit kommt beispielsweise in folgenden Fällen in Betracht:

**Praxisbeispiel:** Ein alleinerziehender Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung persönlich erbringen muss, betreut sein Kind zu Hause, weil die Kindertagesstätte aufgrund des COVID-19-Virus geschlossen ist. Eine alternative Betreuung für das Kind hat der Arbeitnehmer nicht.

**Praxisbeispiel:** Ein Professor ist damit beauftragt, am 29. April 2020 ein Online-Seminar zu halten. Die Mutter des Professors ist an den Folgen von COVID-19 gestorben; die Beerdigung findet am 29. April 2020 statt.<sup>34</sup>

##### 3. Rechtsfolgen

In diesen beiden vorstehend geschilderten Fällen der Unzumutbarkeit und des grob unverhältnismäßigen Aufwands ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern mit der Folge, dass er von seiner Leistungspflicht endgültig frei wird, so als wäre die Leistung endgültig unmöglich. Wenn der Schuldner in diesen beiden vor-

24 *Looschelders* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.3.2020, § 323, Rn. 282; *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 73.

25 *Gaier* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 314, Rn. 18; *Martens* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.4.2020, § 314, Rn. 34.

26 *Herresthal* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.6.2019, § 326, Rn. 345.

27 *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 179.

28 Siehe dazu auch *Weaver*, ZVertriebsR 2020, 159.

29 *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 75.

30 *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 77.

31 BGH VIII ZR 281/04, NJW 2005, 2852, 2854 f.

32 *Ernst* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 275, Rn. 121.

33 BAG 2 AZR 569/14, NJW 2016, 1754, Rn. 26.

34 Vgl. *Riehm* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 1.2.2020, § 275, Rn. 271.4.

genannten Fällen die Leistung gegenüber dem Vertragspartner verweigert, hat dies also dieselben Folgen wie bei endgültiger Unmöglichkeit; daher kann insoweit auf die Ausführungen zu den Folgen endgültiger Unmöglichkeit verwiesen werden.<sup>35</sup>

## V. Überwindbare Leistungshindernisse

Unter Gliederungspunkt III. wurden die Rechtsfolgen des Gläubigers für Fälle behandelt, in denen der Schuldner die Leistung aufgrund eines zeitweilig oder dauerhaft unüberwindbaren Leistungshindernisses vorübergehend oder endgültig nicht erbringen kann.

Demgegenüber werden nachfolgend Schadensersatzansprüche des Gläubigers für Fälle behandelt, in denen der Schuldner zwar leisten kann, aber nicht rechtzeitig leistet, etwa weil der Schuldner die Kosten scheut, ein überwindbares coronabedingtes Leistungshindernis zu beheben. Unter diesem Gliederungspunkt geht es also um die Verzögerung der Leistung aufgrund überwindbarer Leistungshindernisse.

### 1. Coronabedingte Lieferverzögerungen

**Praxisbeispiel:** Der Lieferant verpflichtet sich durch Vertrag, seinem Kunden am 1. Mai 2020 100 Standard-Bürostühle zu liefern. Der Lieferant möchte diese Bürostühle bei seinem Hersteller A beziehen, der ihm allerdings mitteilt, dass er die Bürostühle coronabedingt auf absehbare Zeit nicht liefern kann. Der Lieferant könnte rechtzeitig am 1. Mai 2020 liefern, wenn er die Bürostühle von Hersteller B bezieht. Wegen flächendeckender Lieferengpässe sind die Bürostühle bei Hersteller B jedoch so teuer, dass sich der Lieferant entscheidet zu warten, bis ihm sein Hersteller A die Bürostühle liefert.

**Praxisbeispiel:** Ein Maschinenbauer verpflichtet sich vertraglich, eine Maschine für seinen Kunden herzustellen und am 1. Mai 2020 zu liefern. Für die Herstellung der Maschine benötigt er insbesondere Teile von seinem Lieferanten, der coronabedingt langsamer produziert. Der Maschinenbauer könnte die Maschine rechtzeitig am 1. Mai 2020 liefern, wenn er die verspätet produzierten Teile des Lieferanten per Luftfracht einfliegen lässt. Der Maschinenbauer entscheidet sich indes zu warten, bis ihm die Teile per Seefracht geliefert werden, da ihm der Lufttransport zu teuer ist.

Sofern der Schuldner in diesen Fällen die Leistungsverzögerung zu vertreten hat, stehen dem Vertragspartner (dem Kunden als Käufer) Schadensersatzansprüche gegen den Schuldner zu. Die Leistungsverzögerung hat der Schuldner zu vertreten, wenn er die Leistungsverzögerung schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) verursacht hat oder ein Beschaffungsrisiko für die Beschaffung des Leistungsgegenstands übernommen hat (§ 276 BGB). Vorsatz liegt insbesondere bei willentlicher Herbeiführung der Leistungsverzögerung vor; Fahrlässigkeit, wenn das Leistungshindernis entstanden ist, weil der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.

Hat sich der Schuldner gegenüber seinem Kunden vor Bekanntwerden der Corona-Krise vertraglich verpflichtet, bestimmte Güter zu beschaffen und zu liefern, so war es damals für den Schuldner unvorhersehbar, dass die Be-

schaffung dieser Güter am Markt coronabedingt erheblich erschwert sein kann (außergewöhnliche, großflächige Lieferengpässe und Störungen von Lieferketten). Sofern im konkreten Fall das Leistungshindernis auf diesen unvorhersehbaren coronabedingten Umständen beruht (wie etwa Betriebsschließungen, Grenzschließungen, Nichtverfügbarkeit von Rohstoffen), wird der Schuldner die Verzögerung der Leistung in den meisten Fällen nicht schuldhaft verursacht haben.<sup>36</sup> Selbst wenn der Schuldner vertraglich ein Beschaffungsrisiko übernommen hat – im Regelfall ist dies bei Serienprodukten, d.h. Gattungsschulden der Fall – so erklärt er hiermit nur, für die Überwindung der typischen Beschaffungshindernisse einzustehen, sodass der Schuldner für außergewöhnliche und unvorhersehbare Leistungshindernisse wie das COVID-19-Virus keine Haftung übernommen hat.<sup>37</sup> Da in den beiden vorgenannten Beispielen sich nicht das typische Beschaffungsrisiko, sondern das unvorhersehbare außergewöhnliche Risiko einer Pandemie realisiert hat, haftet der Schuldner in diesen beiden Fällen nicht auf Schadensersatz.

### 2. Schuldnerverzug vor Eintritt coronabedingter Leistungsverzögerung

Zu beachten ist jedoch, dass der Schuldner seinem Vertragspartner auf Schadensersatz haftet, wenn er mit der Leistung bereits in Verzug war, bevor weitere Leistungsverzögerungen aufgrund von COVID-19 eingetreten sind (§ 287 Satz 2 BGB).<sup>38</sup>

**Praxisbeispiel:** Wegen voller Auftragsbücher schafft es der Händler nicht, den vertraglich vereinbarten Liefertermin (1. April 2020) gegenüber seinem Kunden einzuhalten. Dadurch gerät der Händler automatisch am 1. April 2020 in Verzug (§ 286 BGB). Am 3. April 2020 fallen coronabedingt mehrere Lieferanten des Händlers aus, weshalb sich die Lieferung des Schuldners um weitere Wochen verzögert.

In diesem Beispielfall muss der Händler seinem Kunden den gesamten mehrwöchigen Verzögerungsschaden ersetzen, selbst wenn ihn keinerlei Verschulden an dem Beschaffungshindernis in der Lieferkette und auch kein Beschaffungsrisiko trifft.

### 3. Lieferverzögerungen, die vom Schuldner zu vertreten sind

Ist die Leistungsverzögerung des Schuldners hingegen nicht auf coronabedingte Störungen, sondern auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen, haftet der Schuldner seinem Vertragspartner ganz gewöhnlich auf Ersatz des Verzögerungsschadens. Im Regelfall setzt der Schadensersatzanspruch des Vertragspartners aber voraus, dass er den Schuldner gemahnt hat, bevor die Verzögerungsschäden eingetreten sind, § 286 Abs. 1 BGB. Eine Mahnung ist allerdings entbehrlich, wenn die Parteien einen konkreten Liefertermin oder eine konkrete Lieferfrist vereinbart haben (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

**Praxisbeispiel:** Ein Verkäufer verpflichtet sich durch Kaufvertrag, seinem Kunden Ware einer bestimmten Gat-

35 Vgl. Punkt III.6.

36 *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1020; vgl. auch *Emde*, ZVertriebsR 2020, 138, (143).

37 BGH VIII ZR 197/14, NJW 2015, 2177, 2180 (Rn. 38); *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 276 Rn. 32.; *Grundmann* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 276 Rn. 179.

38 BGH I ZR 66/53, MDR 1955, 462.

tung (z. B. Hosen einer bestimmten Marke) zu beschaffen und zu liefern. Als Lieferdatum ist im Vertrag der 1. Mai 2020 vereinbart. Coronabedingt verlängert sich die Lieferzeit des Lieferanten, bei dem der Verkäufer seine Ware bezieht, um 1 Woche auf insgesamt vier Wochen (normale Lieferzeit drei Wochen). Der Verkäufer bestellt die Ware (Hosen) bei seinem Lieferanten erst am 25. April 2020. Daher kann er gegenüber seinem Kunden den Liefertermin am 1. Mai 2020 nicht einhalten; die Lieferverzögerung beruht also nicht auf COVID-19, sondern darauf, dass der Verkäufer sich viel zu spät mit der Ware eingedeckt hat. Der Verkäufer haftet daher gegenüber seinem Kunden auf Ersatz aller Verzugschäden. Der Schadensersatzanspruch setzt nicht voraus, dass der Kunde den Verkäufer am 1. Mai 2020 oder danach zur Leistung gemahnt hat, denn vertraglich war ein fester Liefertermin – der 1. Mai 2020 – vereinbart.

#### 4. Eigenverantwortliche Betriebsschließungen

Die Lieferverzögerung des Schuldners kann nicht nur auf COVID-19-bedingten Störungen in der Lieferkette beruhen, sondern auch auf Leistungshindernissen im Betrieb des Schuldners selbst. Wird der Betrieb des Schuldners (also z. B. des Verkäufers) durch behördliche Anordnung geschlossen, ist ihm die Leistung unmöglich; diese Fälle wurden bereits ausführlich behandelt.<sup>39</sup> Es ist jedoch auch denkbar, dass der Schuldner sich – ohne behördliche Anordnung – eigenverantwortlich dazu entscheidet, seinen Betrieb vorübergehend zu schließen, um die Ausbreitung von COVID-19 im Betrieb zu unterbinden und seine Mitarbeiter zu schützen. In diesen Fällen hat der Schuldner die mit der Betriebsschließung verbundene Leistungsverzögerung sogar vorsätzlich herbeigeführt.

War die eigenverantwortliche Betriebsschließung im konkreten Fall – je nach Infektionsquote im Betrieb, Verbreitungsgeschwindigkeit, Geschäftsfeld des Betriebs, Home-Office-Möglichkeit der Mitarbeiter – zum Schutz der eigenen Mitarbeiter und zur nachhaltigen Aufrechterhaltung des eigenen Betriebs (z. B. vorübergehende Schließung zur Entwicklung und Einrichtung eines Hygieneschutzkonzepts) geboten, dürfte eine Haftung des Schuldners – trotz vorsätzlicher Herbeiführung der Leistungsverzögerung – ausscheiden. Grund hierfür ist, dass eine Leistungsverzögerung nicht rechtswidrig und vertragswidrig sein kann, wenn der Schuldner sich unvorhergesehen und unvermeidbar in einer rechtfertigenden Pflichtenkollision befindet, in der er sorgsam seine Pflicht zum Schutz der Arbeitnehmer (§ 618 BGB) gegen seine Pflicht zur Leistung an den Vertragspartner abwägt.<sup>40</sup> Im Rahmen dieser Pflichtenabwägung ist der Schuldner gehalten, den Arbeitsschutz so zu verwirklichen, dass die Erfüllung der Vertragspflichten gegenüber Gläubigern (insbesondere Kunden) so gering wie möglich gestört wird.

#### 5. Umfang der Schadensersatzhaftung im Falle von Lieferverzögerungen

In vielen Fällen wird den Schuldner bei coronabedingten Lieferverzögerungen also keine Haftung treffen. In den anderen Fällen, in denen der Schuldner nach Maßgabe des Vorstehenden die Lieferverzögerung zu vertreten, haftet er seinem Vertragspartner aber auf Schadensersatz. Hierbei

hat der Kunde (d. h. Vertragspartner des Schuldners) zwei Optionen:

#### a) Schadensersatz neben der Leistung

Der Vertragspartner will die Leistung des Schuldners nach wie vor haben und verlangt daneben vom Schuldner Ersatz aller Schäden, die ihm durch die verspätete Leistung entstanden sind (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). Ersatzfähig sind dann alle Schäden, die durch die Lieferverzögerung entstanden sind, insbesondere folgende Schäden:

- **Produktions- und Betriebsstörungsschäden:** Kommt es bei dem Vertragspartner (Kunde) aufgrund der Nichtleistung des Schuldners zu Produktionsunterbrechungen, können ihm dadurch Schäden beispielsweise für das Anhalten oder Wiederanfahren der Produktion entstehen.<sup>41</sup>
- **Nutzungsausfallschaden:** Hätte der Vertragspartner während des Verzögerungszeitraums den Leistungsgegenstand (z. B. Produktionsmaschine) gewinnbringend nutzen können, ist ihm der Nutzungsausfall zu ersetzen.
- **Haftungsschäden:** Hat der Vertragspartner infolge der Lieferverzögerung des Schuldners seinen eigenen Kunden Schadensersatz zu leisten, kann er diese Haftungsschäden vom Schuldner ersetzt verlangen.

#### b) Schadensersatz statt der Leistung

Will der Vertragspartner (also der Kunde) die Leistung des Schuldners nicht mehr haben, kann er dem Schuldner eine angemessene Frist für die Erbringung der Leistung setzen und nach erfolglosem Ablauf der Frist vom Schuldner **anstelle der Leistung** Ersatz aller Schäden verlangen, die ihm durch das endgültige Ausbleiben der Leistung entstanden sind (Schadensersatz statt der Leistung §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB). Ersatzfähig sind dann insbesondere folgende Schäden:

- **Kosten einer Ersatzbeschaffung:** Beschafft sich der Vertragspartner des Schuldners die Leistung bei einem alternativen Anbieter zu einem höheren Preis, können die Mehrkosten dieses Deckungsgeschäfts vom Schuldner verlangt werden.
- **Entgangener Gewinn:** Auch wenn der Vertragspartner des Schuldners sich die Leistung nicht anderweitig beschafft, kann er vom Schuldner den entgangenen Gewinn verlangen, den er beim Weiterverkauf des Leistungsgegenstands nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erzielt hätte.

#### VI. Zusammenfassung

Coronabedingte Vertragsstörungen werden die Gerichte in den kommenden Monaten und Jahren landauf und landab beschäftigen. Fragen der Unmöglichkeit der Leistung, des Verzugs sowie allgemeine schadensrechtliche Aspekte stehen bei der rechtlichen Beurteilung der Vertragsstörungen im Vordergrund. Dieser Beitrag zeigt auf, wie die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten schuldrechtlichen Rechtsinstitute und insbesondere das Rechtsinstitut der Unmöglichkeit bei der Bewältigung der in der Praxis auftretenden coronabedingten Rechtsfragen einzusetzen sind. ■

<sup>39</sup> Siehe Punkt III.6.

<sup>40</sup> Ähnlich *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017, 1019; vgl. auch *Grundmann* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 276 Rn. 169.

<sup>41</sup> BGH Xa ZR 3/07, BauR 2011, 517.