

Risikotragung bei Großkatastrophen – zwei Konzeptionen der Halbteilung*

von PD Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

Inhaltsübersicht

I. Einführung	546
II. Das „Comeback“ der Verwendungsstörung und ihre schwierige Erfassung	548
III. Die zwei Ebenen der Risikozuweisung	553
1. Risikozuweisung als explizite oder implizite rechtliche Entscheidung ..	553
2. Risikozuweisung im engeren und im weiteren Sinn	554
IV. Die Grundsätze der Risikotragung im Leistungsstörungenrecht	555
V. Sonderwertungen für Sozialkatastrophen?	558
VI. Folgerungen für den sachgerechten Umgang mit den vertragsrechtlichen Folgen der Covid-19-Krise	563
1. Überblick	563
2. Die Voraussetzungen der Beteiligung des Vermieters am Verwendungsrisiko	563
3. Der Umfang der Befreiung von der Mietzahlungspflicht	568
4. Die Frage der Anrechnung staatlicher Hilfen	570
VII. Fazit	571

I. Einführung

Eine gesamtgesellschaftliche Ausnahmesituation, wie sie durch die Covid-19-Pandemie herbeigeführt wurde, stellt das Vertragsrecht im zweifachen Sinn auf den Prüfstand.¹ Nicht nur muss es zeigen, dass es für die aufgetretenen Verwerfungen sachgerechte Lösungen bereithält. Auch werden die etablierten Instrumente und Wertungen ihrerseits Gegenstand der Reflexion, die nicht notwendig nur eine Vergewisserung bedeutet. Denn ebenso ist es denk-

* Der Aufsatz basiert auf dem Habilitationsvortrag, den der Verfasser am 30. Juli 2020 vor der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg gehalten hat. Den Teilnehmern danke ich für die angeregte und anregende Diskussion.

¹ Vom „wohl größten Stresstest“ des geltenden Leistungsstörungenrechts seit seiner Einführung 2001 sprechen *Liebscher/Zeyher/Steinbrück* ZIP 2020, 852. Einen aktuellen Überblick über die zivilrechtlichen Auswirkungen der Pandemielage anhand der bereits vorliegenden Rechtsprechung gibt *Woitkewitsch* NJW 2022, 1134–1139. Für einen Überblick mit Schwerpunkt auf Veranstaltungsabsagen *Weller/Schwemmer*, in: FS Grunewald, 2021, 1261–1281.

bar, dass der Kontakt mit neuen Fallgestaltungen bislang unerkannt gebliebene Defizite oder Unklarheiten sichtbar macht.²

Der vorliegende Beitrag legt den Schwerpunkt auf den zweiten Aspekt der Bewährungsprobe. Er nimmt das die Covid-19-Debatte bestimmende Schlagwort von der „Risikotragung“ unter die Lupe und zeigt, dass seine Konturen oftmals unscharf bleiben. Deutlich gemacht werden soll insbesondere, dass mit der häufigen Forderung nach einer „Teilung des Pandemierisikos“ zwei ganz unterschiedliche Konzeptionen verbunden sein können, zu denen die vermeintliche „Alles-oder-nichts-Logik“ des gesetzlichen Leistungsstörungsrechts keineswegs zwingend im Widerspruch steht. Die Beseitigung solcher Unsicherheiten trägt nicht nur zum besseren Verständnis des Vertragsrechts bei, sondern ist auch notwendige Voraussetzung für einen wertungskohärenten und wertungsbewussten Umgang mit den im Zuge der Covid-19-Pandemie diskutierten Fällen, die nach zahlreichen Oberlandesgerichten³ nunmehr auch den BGH erreicht haben.⁴

Zum genannten Zweck wird zunächst die Verwendungstörung als Hauptschauplatz der juristischen Auseinandersetzungen um die Bewältigung der Pandemiefolgen erörtert (II.). Daran schließen sich allgemeine Überlegungen zum Begriff der Risikotragung an, die zeigen, dass zwischen einer engen und einer weiten Sichtweise unterschieden werden kann und muss (III.). Der darauffolgende Abschnitt illustriert diesen Punkt anhand des gesetzlichen Leistungsstörungsrechts und verdeutlicht, dass dieses bei enger Betrachtung dem Alles-oder-nichts-Prinzip folgt, bei weiter Betrachtung hingegen eine bestimmte Art der Halbteilung von Risiken vorsieht (IV.). Die Frage, ob diese Wertungen im Fall von Sozialkatastrophen der Korrektur bedürfen, wird anschließend erörtert und verneint (V.). Abschließend wird der herausgearbeitete Ansatz auf die Fälle der gestörten Verwendung von gemieteten Geschäftsräumen angewendet (VI.)

² Vgl. auch *Artz/Streyll*, § 3 Mietrecht, in: H. Schmidt (Hg.), COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl., 2021, Rn. 56: „An der Krise schärft sich die Dogmatik“.

³ OLG Dresden COVuR 2021, 212; OLG München NZM 2021, 226 = NJW 2021, 948; OLG Frankfurt a.M. NZM 2021, 395; OLG Nürnberg MDR 2021, 56; OLG Karlsruhe NZM 2021, 224; KG COVuR 2021, 409; OLG Schleswig NZM 2021, 945 f.

⁴ Siehe BGH NZM 2022, 99 m. Anm. *Kappus* = NJW 2022, 1370 (Anm. *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 2/2022 Anm. 1; *ders.* LMK 2022, 800828; *Bubl/Pramataroff* FD-MietR 2022, 444874; *Drasdo* NJW-Spezial 2022, 65; *Emmerich* JuS 2022, 361; *Finkenauer/Stabl* JZ 2022, 309; *Göldner* NZM 2022, 243; *Keil* EWiR 2022, 145; *Schwemmer* ZIP 2022, 193; *Zebelein* ZfIR 2022, 76); BGH NJW 2022, 1378; BGH NZFam 2022, 449 = BGH NJW 2022, 1382.

II. Das „Comeback“ der Verwendungsstörung und ihre schwierige Erfassung

Die Zuweisung von Risiken durchzieht das gesamte vertragliche Leistungsstörungsrecht und bildet letztlich dessen Daseinsgrund. Im Rahmen der Covid-19-Krise wird die Risikotragung jedoch in erster Linie anhand einer Fallgruppe diskutiert, die in der bisherigen Vertragsrechtspraxis und -dogmatik zwar ihren festen Platz hatte, aber eher abseits des Rampenlichts stand: die Verwendungsstörung, auch genannt Zweckstörung.⁵ Ihr Merkmal besteht darin, dass der Vertrag zwar bei formaler Betrachtung noch durchgeführt werden kann, der Erhalt der Sachleistung für den Gläubiger aber ganz oder teilweise ihren Sinn verloren hat.⁶ Das derzeit prominenteste und deshalb auch hier im Vordergrund stehende Szenario ist die gemietete oder gepachtete⁷ Gewerbefläche, die aufgrund behördlicher Einschränkungen oder eines geänderten Kundenverhaltens ihre wirtschaftliche Ertragsfähigkeit und damit den bei Vertragsschluss anvisierten Nutzungszweck in erheblichem Maße oder sogar vollständig eingebüßt hat. Ein weiteres mietrechtliches Beispiel sind die für eine Hochzeitsfeier gebuchten Räumlichkeiten, in denen das geplante Fest nach einer allgemeinen behördlichen Untersagung nicht mehr stattfinden darf.⁸ Fälle der Verwendungsstörung aus anderen Bereichen des Vertragsrechts sind z.B. das für die Firmenfeier bestellte Essen, das nach der erzwungenen Absage der Veranstaltung niemandem mehr serviert werden kann,⁹ oder die geleaste Flugzeuge, die nach dem abrupten Einbruch des Reiseverkehrs nur noch leer – und damit in wirtschaftlich unsinniger Weise – umherfliegen könnten. Die Liste ließe sich problemlos verlängern.

Die rechtsdogmatische Einordnung der Verwendungsstörung bereitet seit jeher Kopfzerbrechen, wie sich am buchstäblichen Paradebeispiel des aus-

⁵ Aus einer übernationalen Perspektive sieht auch *Wagner* ZEuP 2020, 531, 537, hier den Schwerpunkt der Debatte.

⁶ Die Verwendungsstörung lässt sich insofern als Gegenstück zur Leistungsschwerung des Sachschuldners begreifen, als bei dieser der Schuldner infolge des planwidrigen Mehraufwands das Interesse an der Leistungserbringung verliert: *Schollmeyer*, Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage: Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß § 313 BGB, 2014, 221.

⁷ Im Folgenden ist der Einfachheit halber nur von der Miete die Rede. Für die Pacht gilt das Gesagte aber grundsätzlich entsprechend.

⁸ BGH NZFam 2022, 449. Ähnliches Beispiel bei *Armbrüster/Prill* JuS 2020, 1144.

⁹ Beispiel nach *Riehm/Thomas* Jura 2020, 1046, 1047. Ähnlich das von *Jentsch*, The Law of Contracts in the Age of the Coronavirus Pandemic: Is the Statutory Risk Allocation pursuant to the Swiss Code of Obligations still adequate? EUJ Working Paper LAW 2020/09, 13, genannte Beispiel aus der schweizerischen Rechtspraxis: Die für den Baseler Karneval bestellten Blumen werden nach dessen Absage nicht mehr benötigt.

gefallenen Krönungszuges zeigt.¹⁰ So verorten einige Autoren die Frage, ob der angemietete Fensterplatz weiterhin bezahlt werden muss, im Unmöglichkeitensrecht,¹¹ während andere das Mietgewährleistungsrecht für einschlägig halten¹² und wiederum andere die Problematik beim Wegfall der Geschäftsgrundlage ansiedeln.¹³ Entlang derselben Linien verläuft die Diskussion um den Einfluss der Covid-19-Krise und insbesondere von hoheitlichen Schließungsanordnungen auf gewerbliche Mietverhältnisse. Auch hier ist nicht evident, ob die Möglichkeit der beabsichtigten Nutzung noch Teil der Vermieterleistung ist – und dann entweder über §§ 275 Abs. 1, 326¹⁴ oder über

¹⁰ Der Krönungszugfall wird heute ausschließlich der englischen Rechtsprechung entlehnt und insbesondere der Entscheidung *Krell v Henry* aus dem Jahr 1903 (2 KB 740 (CA)), siehe z.B. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, § 42 Rn. 9; *Rösler* JuS 2004, 1058, 1062; *Wagner* ZEuP 2020, 531, 538. Vergessen bzw. übersehen wird dabei, dass die Problematik des ausgefallenen Krönungszuges und des dadurch nutzlos gewordenen Zuschauerplatzes bereits einige Jahrzehnte vorher, nämlich 1840, in Preußen aufgetreten und anschließend im deutschen Schrifttum diskutiert worden war: Siehe *Rüfner*, Art. 6:111, in: Jansen/Zimmermann (Hg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, Rn. 11 (Fn. 48), unter Hinweis auf *v. Jhering*, Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen, 1847, 120 (Fall 70).

Für den vermeintlichen englischen Originalfall ist überdies zu beachten, dass die für den 26. und 27. Juni 1902 vorgesehenen Prozessionen anlässlich der Krönung von Edward VII. nicht abgesagt, sondern nur verschoben und im Umfang reduziert wurde, was die rechtliche Behandlung zusätzlich erschwerte. Schließlich gab es zwischen den betroffenen Vertragsverhältnissen und dem Verhalten der jeweiligen Parteien zum Teil erhebliche Unterschiede, sodass nicht von einer einheitlichen Behandlung der „Krönungszugfälle“ gesprochen werden kann und der im deutschen Schrifttum diskutierte „Krönungszugfall“ letztlich eine Abstraktion ist. Eingehend zu den tatsächlichen Umständen und den rechtlichen Fragen *Treitl*, Frustration and Force Majeure, 3. Aufl. 2014, Rn. 7-006 ff. Weniger differenziert *Schollmeyer* (Fn. 6) 49 f.; *Wagner* ZEuP 2020, 531, 538.

¹¹ So etwa *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969, 173; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, 499; *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 178; im Kontext des europäischen Privatrechts auch *Rüfner* (Fn. 10) Art. 6:111 Rn. 21, der allerdings verkennt, dass Fälle der Zweckstörung sich durchaus auch als Fälle der Äquivalenzstörung betrachten lassen (dazu unten VI.2.).

¹² So etwa *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2000, 35.

¹³ So beispielsweise *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, 327 f.; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017, Rn. 239; *Medicus/Lorenz* (Fn. 10) § 42 Rn. 9; *Rösler* JuS 2004, 1058, 1062; *Looschelders*, Schuldrecht: Besonderer Teil, 15. Aufl. 2020, § 22 Rn. 58. Zahlreiche weitere Nachweisen zur Debatte bei *Schollmeyer* (Fn. 6) 50 f.

¹⁴ So insbesondere *Schall* JZ 2020, 388–396; *ders.* JZ 2021, 455–459; ferner *Zillich*, Corona-Krise und Gewerbemietrecht, 27.3.2020, abrufbar unter <<https://perma.cc/HAZ5-8PEC>>; *Drygalla* Legal Tribune Online v. 30.3.2020 (<https://perma.cc/FK3L->

§ 536 BGB¹⁵ zu berücksichtigen ist – oder ob sie außerhalb davon liegt und allenfalls als Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 BGB qualifiziert werden kann. Letztgenannter Einordnung ist nun auch der BGH gefolgt,¹⁶ im Anschluss an die h.M. im Schrifttum.¹⁷ Der Gesetzgeber hatte diesen Weg durch Einfügung des Art. 240 § 7 EGBGB bereits vorgezeichnet, auch wenn die Vorschrift keine Rückwirkung entfaltet¹⁸ und ihr normativer Gehalt äußerst beschränkt ist.¹⁹

Wie freilich sowohl die tradierte als auch die aktuelle Diskussion über die Verwendungsstörung zeigt, darf die Bedeutung ihrer rechtsdogmatischen Einordnung ohnehin nicht überschätzt werden. Ein erster Grund hierfür lautet, dass die formale Zuordnung die vertragliche Risikoverteilung – und damit das Ergebnis – vielfach gar nicht präjudiziert.²⁰ So bestand im Krönungszugfall unter deutschen Autoren stets Einigkeit darüber, dass der Fenstermieter sich von seiner Zahlungsverpflichtung lösen kann,²¹ womit die Frage, über

9S2P), spricht zwar von der „Unmöglichkeit des vertragsgemäßen Gebrauchs“, zielt damit aber nicht auf den Tatbestand des § 275 Abs. 1 BGB, sondern den des § 536 BGB. Die Unmöglichkeit ablehnend BGH NZM 2022, 99, 103 (Rn. 40); BGH NZFam 2022, 449, 450 f. (Rn. 18–21).

¹⁵ Für die Annahme eines Mietmangels LG München I COVuR 2020, 868–871, 870; aus dem Schrifttum etwa *Krepold* WM 2020, 726, 729 f.; *Weller/Thomale* BB 2020, 962–966 (grds. zustimmend *Prütting*, in: Effer-Uhe/ Mohnert (Hg.), Vertragsrecht in der Coronakrise: Online-Tagung im April 2020, 2020, 47, 65); *Sentek/Ludley*, NZM 2020, 406–410; *Hellmich* COVuR 2020, 189–191; *Selk* NZM 2021, 369–378; ebenso schon *Drygalla*, Legal Tribune Online v. 30.3.2020 (<https://perma.cc/FK3L-9S2P>), der allerdings eine Sperrwirkung des Art. 240 § 2 EGBGB annimmt. Den Mietmangel ausführlich ablehnend BGH NZM 2022, 99, 101–103 (Rn. 28 ff.); ebenso BGH NZFam 2022, 449, 451 (Rn. 23 ff.). Kritisch dazu wiederum *Selk* NZFam 2022, 454.

¹⁶ BGH NZM 2022, 99, 103 ff. (Rn. 41 ff.); nachfolgend BGH NJW 2022, 1378; BGH NZFam 2022, 449.

¹⁷ Siehe etwa *Warmuth* COVuR 2020, 16–21; *Ekkenga/Schirrmacher* NZM 2020, 410–415; *Hübner* ZfIR 2020, 273, 278–281; *Sittner* NJW 2020, 1169–1174; *Kumkar/Voß* ZIP 2020, 893–902; *Weller/Lieberknecht/Habrigh* NJW 2020, 1017, 1021 f.; *Weidt/Schiewek* NJOZ 2020, 481–485; *J. Brinkmann*, in: Effer-Uhe, Alica Mohnert (Hg.), Vertragsrecht in der Coronakrise: Online-Tagung im April 2020, 2020, 147, 173 f.; *Daßbach/Bayrak* NJ 2020, 185, 189; *Liebscher/Zeyher/Steinbrück* ZIP 2020, 852, 859 f.; *Wagner* ZEuP 2020, 531, 536 ff.; *Häublein/Müller* NZM 2020, 482, 486, 492.

¹⁸ Dazu BGH NZM 2022, 99, 104 (Rn. 47 f.).

¹⁹ Sehr kritisch *M. Brinkmann/Thüsing* NZM 2021, 5, 12 („legislativer Griff ins Leere“); *Martens*, in: Iurium itinera: Festschrift für Reinhard Zimmermann (im Erscheinen 2022), 467, 479 („einigermaßen sinnlose Vermutung“). Positiver *Lorenz*, § 1 Allgemeines Leistungsstörungsrecht und Veranstaltungsrecht, in: H. Schmidt (Hg.), COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl., 2021, Rn. 32e.

²⁰ *Kötz*, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 1020 („Sache des juristischen Geschmacks“).

²¹ Siehe neben den in Fn. 11–13 zitierten Stimmen *Schollmeyer* (Fn. 6) 50. Für die

welches vertragsrechtliche Institut sich diese Wertung verwirklicht, an Bedeutung verlor. Bei der Diskussion über die Folgen der Covid-19-Krise setzt sich diese Situation insoweit fort, als auch hier bisweilen auf unterschiedlichen Wegen zu identischen Ergebnissen gelangt wird. So finden sich beispielsweise Autoren, die im ersten Schritt eine rechtliche Unmöglichkeit bzw. einen Mietmangel annehmen, die Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 bzw. § 536 BGB im zweiten Schritt aber korrigieren möchten²² und damit zu Ergebnissen kommen, die andere über § 313 BGB erzielen.

Der zweite Grund für die beschränkte Bedeutung der rechtsdogmatischen Einordnung der Verwendungsstörung lautet, dass dann, wenn keine Einigkeit über das richtige Ergebnis besteht – so wie es bei der Covid-19-Thematik der Fall ist, zu der das gesamte Spektrum möglicher Lösungen vertreten wird²³ –, die Auslegung der gesetzlichen Tatbestände häufig in erheblichem Maße von der Wertungsebene gesteuert wird. So hat die Verbissenheit, mit der in der aktuellen Debatte über den Begriff des Mietmangels gestritten wird, auch mit der Versuchung zu tun, die für richtig gehaltene Risikoverteilung (unbewusst) in § 536 BGB hineinzulegen und anschließend wieder herauszuziehen.²⁴ Bisweilen erfolgt die Wahl des passenden Tatbestands aber auch ganz offen rechtsfolgenorientiert.²⁵

Vor diesem Hintergrund blendet der vorliegende Aufsatz die Frage der richtigen dogmatischen Einordnung der Verwendungsstörung bewusst aus und konzentriert sich ganz auf die Wertungsebene. Erörtert werden soll insbesondere die immer wieder zu lesende Aussage, dass das Pandemierisiko

hierzulande oft zitierte Entscheidung *Krell v Henry* (oben Fn. 10) ist hingegen zu beachten, dass der englische Court of Appeal den Mieter nur von der Zahlung der noch ausstehenden 50 £ befreite, der Vermieter die bereits gezahlten 25 £ hingegen behalten konnte. Von einer Rückforderung hatte der Kläger freiwillig abgesehen, nachdem dasselbe Gericht kurz zuvor in einer anderen „Krönungszugentscheidung“ einen entsprechenden Anspruch verneint hatte. Ausführlich, auch zu den Änderungen durch den Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, *Treitel* (Fn. 10) Rn. 7-010, 15-051. Zu undifferenziert hingegen *Rüfner* (Fn. 10) Art. 6:111 Rn. 11.

²² Siehe insbesondere *Schall* JZ 2020, 388, 395 f.; *ders.* JZ 2021, 455, 458; *Weller/Thomale* BB 2020, 962, 965 f.

²³ Also vom unveränderten Festhalten an der Mietzahlungspflicht über pauschale oder einzelfallbezogene Kompromisslösungen hin zu einer vollständigen Befreiung. Zusätzlich kompliziert wird die Diskussion durch die Frage einer Sperrwirkung des Art. 240 § 2 EGBGB. Zu Recht ablehnend BGH NZM 2022, 99, 100 (Rn. 18–25); a.A. *Drygalla*, Legal Tribune Online v. 30.3.2020 (<https://perma.cc/FK3L-9S2P>); *Jung* JZ 2020, 715, 723.

²⁴ Dies beobachten auch *Hübner* ZfIR 2020, 273, 276 und *Selke* NZM 2021, 369, 378.

²⁵ So argumentieren etwa *Häublein/Müller* NZM 2020, 482, 485 damit gegen die Anwendung § 536 BGB, dass dieser aufgrund der Starrheit seiner Vorgaben nicht zu angemessenen Lösungen führe.

weder der Vermieter- noch der Mietersphäre zuzurechnen und deshalb zwischen den Parteien zu teilen sei.²⁶ Bedeutet dies, dass hinsichtlich des Mietzinses bei Fehlen besonderer Umstände „halbe-halbe“ zu machen ist, wie es im Schrifttum vielfach gefordert²⁷ und auch von einigen Gerichten (nicht aber vom BGH²⁸) entschieden wurde?²⁹ Oder kann der Grundsatz des „geteilten Leids“,³⁰ für den neben rechtsethischen auch ökonomische Argumente streiten,³¹ auch auf andere Weise verstanden und verwirklicht werden? Schließlich: Trifft die Diagnose zu, dass das gesetzliche Leistungsstörungenrecht Zufallsrisiken immer einseitig nach einem Alles-oder-nichts-Prinzip zuweise und deshalb gesamtgesellschaftlichen Ausnahmesituationen nicht gerecht werden könne?³² Der Weg zur Beantwortung dieser Fragen liegt in einer Aufschlüsselung des Begriffs der Risikoverteilung, der komplexer ist als sein zwangloser

²⁶ Aus der Rechtsprechung u.a. BGH NZM 2022, 99, 104 f. (Rn. 55); BGH NJW 2022, 1378, 1380 (Rn. 30); BGH NZFam 2022, 449, 452 (Rn. 32); OLG Dresden COVuR 2021, 212, 217 (Rn. 37); KG COVuR 2021, 409, 412 (Rn. 25), 416 (Rn. 46). Aus dem Schrifttum etwa *Hübner ZfIR* 2020, 273, 279; *Weller/Thomale BB* 2020, 962, 966; *Liebscher/Zeyher/Steinbrück ZIP* 2020, 852, 861; *Wagner ZEuP* 2020, 531, 538; *Martens ZIP* 2021, 1521, 1526; *Jung JZ* 2020, 715, 720; *Drasdo NJW-Spezial* 2022, 65, 66; *Finkenauer/Stahl, JZ* 2022, 309, 310. Für Störungen der „großen Geschäftsgrundlage“ generell *Jung JZ* 2020, 715, 720.

²⁷ Deziert *Finkenauer/Stahl JZ* 2022, 309, 310: „[E]in anderer Maßstab als die Halbteilung ist für eine solche Gemeingefahr nicht ersichtlich.“ Zuvor schon *Weller/Thomale BB* 2020, 962, 966; *Häublein/Müller NZM* 2020, 482, 490, 492; *Kumkar/Voss ZIP* 2020, 893, 900; *Zehelein NZM* 2020, 390, 399 f.; *Römermann NJW* 2021, 265, 269; *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 313 BGB Rn. 37a; *Sittner NJW* 2020, 1169, 1172 (hälftige Reduktion als Obergrenze); *Keil EWiR* 2022, 145, 146; in der Tendenz auch *Weller/Schwemmer*, in: FS Grunewald, 2021, 1261, 1275.

²⁸ Die pauschale Halbierung des Mietzinses ausdrücklich ablehnend: BGH NZM 2022, 99, 105 f. (Rn. 57, 64); BGH NJW 2022, 1378, 1380 (Rn. 32); BGH NZFam 2022, 449, 453 (Rn. 37).

²⁹ KG COVuR 2021, 409, 412 (Rn. 25), 414 (Rn. 35), 416 (Rn. 46); OLG Dresden COVuR 2021, 212, 218 (Rn. 41); LG München I, Urt. v. 5.10.2020, BeckRS 2020, 29556; LG Essen, Urt. v. 16.03.2021, BeckRS 2021, 53241. Für die wegen Messeausfalls stornierte Hotelbuchung auch OLG Köln NZM 2021, 860 = NJW-RR 2021, 1218 [1221].

³⁰ Vgl. den Titel des Beitrags von *Jansen/Lohsse*, FAZ v. 2.4.2020.

³¹ Zu letzteren *Wagner ZEuP* 2020, 531, 538 f.

³² So z.B. schon *Kegel*, Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht), Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, 1953, 160; im Kontext der heutigen Debatte etwa *Riehm*, Corona und das Allgemeine Leistungsstörungenrecht, in: Effer-Uhe/Mohnert (Hg.), Vertragsrecht in der Coronakrise: Online-Tagung im April 2020, 2020, 11, 14–16; *Prütting*, in: Effer-Uhe/Mohnert (Fn. 15) 70; *Behme ZfPW* 2020, 257, 265 f.; *Weller/Schwemmer*, in: FS Grunewald, 2021, 1261, 1263, 1275.

und meist nicht näher erläuteter Gebrauch im vertragsrechtlichen Diskurs suggeriert.

III. Die zwei Ebenen der Risikozuweisung

1. Risikozuweisung als explizite oder implizite rechtliche Entscheidung

Wenn Juristen von Risikozuweisung oder -tragung sprechen, dann meinen sie damit die Frage, wer die nachteiligen Folgen eines bestimmten Ereignisses auf sich nehmen muss. Eine erste wichtige Einsicht hierzu lautet, dass Risikotragung im rechtlichen Sinne niemals bloßes Faktum ist, sondern immer das Ergebnis einer Zuweisungsentscheidung. Denn maßgeblich ist nicht, in wessen Sphäre das Unglück zuerst einschlägt, sondern wer den wirtschaftlichen Verlust am Ende trägt.³³ So ist es bei Zerstörung einer Sache zwar notwendig der Eigentümer, der den Rechtsverlust erleidet.³⁴ Ob er jedoch auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einbuße hinnehmen muss, hängt von der Entscheidung der Rechtsordnung ab: Lässt diese den Schaden im Sinne des berühmten Diktums von *Oliver Wendell Holmes* dort liegen, wo er eingetreten ist,³⁵ oder wälzt sie ihn auf eine andere Person über? Letzteres ist beispielsweise der Fall, wenn die zersprungene Vase versichert war oder sie von einem anderen als dem Eigentümer versehentlich umgestoßen wurde; die Erfüllung seiner Ersatzansprüche vorausgesetzt, steht der Eigentümer dann vermögensmäßig genau wie vor dem schädigenden Ereignis. In Abwesenheit einer solchen Schadensüberwälzung verwirklicht sich hingegen die *Maxime* „*casum sentit dominus*“,³⁶ die einige ausländische Rechtsordnungen ausdrücklich anordnen,³⁷ dem BGB hingegen nur implizit zu Grunde liegt.

³³ Diese Differenzierung betont zu Recht *Wacke* *Journal of South African Law* 3 (1987), 318, 318 f.

³⁴ Man kann insoweit von der „Sachgefahr“ (*periculum rei*) sprechen (so z.B. *Fikentscher/Heinemann* (Fn. 13) Rn. 815), doch ist aufgrund des genannten Gleichlaufs von Rechtsinhaberschaft und Sachgefahr der Erkenntniswert dieses Begriffs äußerst beschränkt.

³⁵ *The Common Law* (Nachdruck 1949) 50: [„S]ound policy lets losses lie where they fall, except where a special reason can be shown for interference“.

³⁶ Mit Nachweisen zur Dogmengeschichte *Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. 2, 1958, 294.

³⁷ Siehe z.B. Art. 1311 ABGB. Dazu und zu den Gründen für die Unterlassung der Kodifizierung im BGB *Wacke*, *Journal of South African Law* 3 (1987), 318, 318 f.

2. Risikozuweisung im engeren und im weiteren Sinn

Für das vertragliche Leistungsstörungenrecht ist sodann die Erkenntnis von besonderer Bedeutung, dass bei der Frage, wer durch ein bestimmtes Ereignis nachteilig betroffen ist, sowohl eine enge, nur auf die im Synallagma stehenden Leistungen bezogene Sichtweise möglich ist, als auch eine weite Betrachtung, die sämtliche mit dem Vertrag verbundenen Parteiinteressen einschließt.

Legt man die enge Betrachtungsweise zu Grunde, weist die h.M. im Krönungszugfall das Risiko der Absage vollständig dem Vermieter des Fensterplatzes zu. Denn der Mieter steht durch die Befreiung von der Zahlungspflicht vermögensmäßig wie vor dem Vertragsschluss, während der Vermieter eine Entwertung seines Fensterplatzes verzeichnen muss, die sich im Entgang des erhofften Mietzinses manifestiert. Anders gesagt, ist die durch die Ansetzung des Krönungszuges geschaffene Erwerbchance des Vermieters durch die Absage wieder verloren gegangen – wie gewonnen so zerronnen.

Erweitert man nun allerdings den Blickwinkel, kann keine Rede mehr davon sein, dass die Absage des Krönungszugs allein den Vermieter treffe.³⁸ Denn dem Mieter entgeht zum einen der mit dem Vertrag bezweckte ideelle Gewinn, also das Zuschauererlebnis; zum anderen muss er womöglich auch Vermögenseinbußen in Kauf nehmen. Wollte er etwa einen Zeitungsbericht über den Vorgang schreiben, ersetzt ihm niemand das entgangene Honorar. Hatte er sich für die Reise in die Hauptstadt schon eine Zugfahrkarte gekauft, die er nicht mehr zurückgeben kann, ist die Frustration dieser Aufwendung ebenfalls sein Problem.³⁹

In den aktuell diskutierten Fällen zeigt sich die fortbestehende Betroffenheit des Gewerbemieters noch viel deutlicher. Denn selbst wenn man ihn von der Mietzahlungspflicht komplett freistellte, müsste ihm die Aussage, dass dann der Vermieter die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie allein

³⁸ *Medicus/Lorenz* (Fn. 10) § 42 Rn. 9 deuten dies immerhin an, wenn sie schreiben, dass „das Verwendungsrisiko ausnahmsweise *auch* vom Vermieter zu tragen [ist]“ (Hervorhebung hinzugefügt). Hingegen legt *Treitel* (Fn. 10) Rn. 7-010 allein die enge Sichtweise zu Grunde, wenn er zum Fall *Krell v Henry*, in dem der Vermieter immerhin mit einem Drittel der vereinbarten Fenstermiete verblieb (siehe oben Fn. 21), sagt: „The end-result can therefore be described as a form of rough loss-splitting.“

³⁹ Aus diesem Grund ist es auch nicht überzeugend, im Fall *Krell v Henry* das Verbleiben der geleisteten Anzahlung beim Vermieter damit zu rechtfertigen, dass sie einen Ersatz für dessen Aufwendungen darstellt, wenn auch nur in grob pauschalierter Form (so *Treitel* (Fn. 10) Rn. 7-010 („no more than rough“), der die durch den Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 geschaffene Regelung, nach der die Aufwendungen („expenses“) konkret zu berechnen sind, für noch unbefriedigender hält). Denn es bleibt unklar, warum dann nicht auch der Mieter seine frustrierten Aufwendungen in Anschlag bringen darf.

trüge,⁴⁰ angesichts seiner massiven Umsatzausfälle wie Hohn vorkommen. Eine komplette Freistellung vom Verwendungsrisiko läge in Wahrheit erst dann vor, wenn das Vertragsrecht den Mieter vermögensmäßig in den Zustand versetzte, in dem er ohne Covid-19-Krise gestanden hätte. Da hiervon mangels Verschuldens oder Garantieversprechens des Vermieters keine Rede sein kann, bleibt der Mieter also in jedem Fall von der Pandemie betroffen, und die einzige Frage ist, ob der Vermieter im Wege einer Reduzierung des Mietzinses mit ins „Risikoboot“ geholt wird.

Es zeigt sich damit die Möglichkeit, aber auch die Notwendigkeit einer Differenzierung: Wird der Mieter infolge der Verwendungsstörung von der Pflicht zur Mietzahlung befreit, wird dem Vermieter nur das Verwendungsrisiko im engeren Sinne zugewiesen, während im Hinblick auf das Verwendungsrisiko im weiteren Sinne eine Art sphärenbasierte Halbteilung stattfindet: Jede Seite muss den Verlust ihres erhofften Vertragsgewinns hinnehmen, d.h. der Vermieter die Erzielung des Mietzinses, der Mieter den Verlust der Nutzungserträge.⁴¹ Wird der Mieter hingegen in voller Höhe an der Zahlungspflicht festgehalten, trägt er allein sowohl das Verwendungsrisiko im engeren als auch das Verwendungsrisiko im weiteren Sinne.⁴² Denn indem der Vermieter die erwartete Leistung vollständig erhält, geht der gesamtwirtschaftliche Einbruch jedenfalls im Hinblick auf das konkrete Vertragsverhältnis spurlos an ihm vorüber.

IV. Die Grundsätze der Risikotragung im Leistungsstörungsrecht

Unterscheidet man in der gezeigten Weise zwischen Risikotragung im engeren und Risikozuweisung im weiteren Sinne, wird deutlich, dass der Ansatz des gesetzlichen Leistungsstörungsrechts keineswegs so eindimensional ist wie häufig dargestellt. Denn es trifft zwar zu, dass die Risikoverteilung im engeren Sinne dem Alles-oder-nichts-Prinzip folgt,⁴³ das sich ebenso in an-

⁴⁰ So etwa BGH NZFam 2022, 449, 453 (Rn. 41); Schall JZ 2020, 388, 395; Sittner NJW 2020, 1169, 1172; Martens, in: Iurium itinera (Fn. 19), 467, 487 f.; Behme ZfPW 2020, 257, 265 f. In dieselbe Richtung BGH NZM 2022, 99, 105 (Rn. 55); Finkenauer/Stahl JZ 2022, 309, 311; Weller/Schwemmer, in: FS Grunewald, 2021, 1261, 1275.

⁴¹ Am Beispiel eines Werkvertrags zutreffend Riehm/Thomas Jura 2020, 1046, 1057 (r. Sp.). Meist wird im Schrifttum der Sphärengedanke nur zur Verteilung des Risikos im engeren Sinne verwendet, siehe etwa Prütting, in: Effer-Uhe/Mohnert (Fn. 15) 53.

⁴² Dies meint auch der BGH NZM 2022, 99, 101 (Rn. 24), wenn er davon spricht, dass das Risiko bei Annahme einer Sperrwirkung des Art. 240 § 2 EGBGB „vollständig“ auf den Mieter verlagert würde bzw. dieser das Verwendungsrisiko „allein“ zu tragen hätte.

⁴³ Nicht überzeugend die abweichende Deutung der gesetzlichen Vorschriften bei

deren Bereichen des Privatrechts findet.⁴⁴ Doch wird das Risiko im weiteren Sinne im Regelfall zwischen den Parteien aufgeteilt, sodass jede „ihr Päckchen“ zu tragen hat.⁴⁵

Wird beispielsweise die verkaufte Kuh vor Übergabe an den Käufer vom Blitz getroffen, wird nach § 275 Abs. 1 BGB nicht nur der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit, sondern nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB auch der Käufer von seiner Pflicht zur Kaufpreiszahlung. Der auf Zufall beruhende Sachverlust bleibt folglich beim Verkäufer liegen⁴⁶ und wird nicht etwa dadurch geteilt, dass der Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 50 % bestehen bleibt.⁴⁷ Das gleiche Bild zeigt sich im Mietrecht: Steht die vermietete Immobilie infolge eines Dammbrochs unter Wasser, kann der Mieter über das ihm in § 536 BGB gewährte Minderungsrecht den Verlust der Gebrauchsmöglichkeit wirtschaftlich auf den Vermieter zurückwälzen.⁴⁸ Besonders klar kommt

Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, 1981, 79 f. So sind insbesondere die §§ 446, 447 BGB keine Ausnahme vom Alles-oder-nichts-Grundsatz, sondern gerade dessen Bestätigung, indem sie die Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB *vollständig* umkehren. Und auch die kaufrechtliche Minderung bedeutet nur, dass die Gegenleistungsgefahr auf den Verkäufer zurückgewälzt wird; zwar nur im entsprechenden Maße, insoweit aber eben vollständig.

⁴⁴ So erlegen beispielsweise die §§ 346 Abs. 2 und 3 BGB die Kosten des zufälligen Sachuntergangs entweder dem Rückgewährschuldner oder dem Rückgewährgläubiger auf; eine hälftige Teilung findet nicht statt. Ähnlich entscheiden die §§ 932–935 BGB entweder vollständig zugunsten des gutgläubigen Erwerbers oder (bei Abhandenkommen) vollständig zugunsten des Eigentümers; ein Kompromiss zwischen beiden Interessen findet nicht statt (zum Fall des Abhandenkommens rechtsvergleichend *Armgardt ZEuP* 2007, 1006–1019, der *de lege ferenda* für ein quotales Lösungsrecht als vermittelnde Lösung plädiert). Ein Beispiel aus dem Prozessrecht ist stets einseitige Zuweisung der Folgen eines „non liquet“, dazu *Stadler JZ* 2002, 775, 777.

⁴⁵ Nur insoweit ist es daher richtig, wenn *Schollmeyer* (Fn. 6) 4 das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ als eine „dem System des deutschen Vertragsrechts grundsätzliche fremde Lösung“ bezeichnet.

⁴⁶ *Larenz*, Schuldrecht (Fn. 13), 310.

⁴⁷ Dies verkennen *Weller/Thomale BB* 2020, 962, 966, wenn sie behaupten, dass Zufallsrisiken im BGB grundsätzlich *per capita* geteilt würden, und dabei nicht zwischen Risikotragung im engeren und Risikotragung im weiteren Sinne unterscheiden. In die Irre geht zudem das von ihnen genannte Argument des § 848 BGB: Dass der Deliktsschuldner für den zufälligen Untergang der Sache haftet, bedeutet keine Ausnahme vom Grundsatz der paritätischen Schadensverteilung, sondern eine Ausnahme vom Grundsatz „casum sentit dominus“, also der Risikotragung des Eigentümers. Aus anderen Gründen kritisch *Prütting*, in: *Effer-Uhe/Mohnert* (Fn. 15) 67.

⁴⁸ *Häublein/Müller NZM* 2020, 482, 485 f. Wenn es demgegenüber in der Kommentarliteratur mitunter heißt, dass die Beeinträchtigung der Mietsache durch seltene und ungewöhnliche Naturkatastrophen Teil des allgemeinen Lebensrisikos und somit von der mietrechtlichen Gewährleistung ausgenommen sei (siehe *Erman/Lützenkirchen*, 16. Aufl. 2020, § 536 BGB Rn. 33; *Staudinger/V Emmerich* (2021) BGB § 536

das Alles-oder-Nichts-Prinzip schließlich in § 275 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Denn hier erfolgt nicht etwa eine stufenweise Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht nach dem Grad der Unzumutbarkeit. Stattdessen sieht das Gesetz eine Art „Kippunkt“ vor, bei dessen Überschreiten die bis dahin unbeschränkte Leistungspflicht komplett verweigert werden kann (wiederum mit der Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 BGB).⁴⁹

Dass im Fall der vom Blitz getroffenen Kuh der eingetretene Sachschaden dem Eigentümer auferlegt wird, ändert nun freilich nichts daran, dass es bei übergeordneter Betrachtung zu der schon im Kontext des Krönungszugfalls genannten sphärenbasierten Halbteilung der Lasten kommt.⁵⁰ Denn andere nachteilige Folgen des schädigenden Ereignisses nimmt das BGB dem Gläubiger der Sachleistung nicht ab.⁵¹ Muss der Käufer sich die morgendliche Milch nun woanders besorgen oder macht er sich gegenüber dem Metzger, dem er das Fleisch versprochen hatte, schadensersatzpflichtig, bleibt dies sein Problem.⁵² Gleiches gilt für den Mieter, der sich infolge der Überschwemmung eine andere Wohnung oder Betriebsstätte suchen muss. Illustrieren lässt sich der hier erörterte Gedanke schließlich auch anhand der Zuweisung des „Betriebsrisikos“ im Rahmen des § 615 BGB: Kommt es zu einem Arbeitsausfall, weil ein Zuliefererbetrieb bestreikt wird, verliert der Arbeitnehmer zwar seinen Lohnanspruch,⁵³ sodass er das Risiko im engeren Sinne trägt. Doch bleibt der Arbeitgeber von dem Arbeitsausfall natürlich trotzdem betroffen.

Rn. 38a), so wird nicht deutlich genug zwischen verschiedenen Aspekten differenziert. So sagt die Entscheidung BGH NJW 1971, 424 lediglich, dass die Lage vermieteter Räume in einem Gebiet, das nur bei außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen hochwassergefährdet ist, keinen Fehler der Mietsache darstellt. Hierin ist nicht die Aussage enthalten, dass im Falle einer tatsächlich eingetretenen Überschwemmung kein Mietmangel geltend gemacht werden könne. Die Unabhängigkeit der Minderung von einem Verschulden des Vermieters und ihre Anwendbarkeit auch bei unvorhergesehenen Naturkatastrophen betonen zutreffend BeckOGK/Bieder, § 536 BGB Rn. 59; MüKoBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 536 Rn. 23; Weller/Schwemmer, in: FS Grunewald, 2021, 1261, 1273.

⁴⁹ Sehr kritisch *Picker* JZ 2003, 1035, 1038–1041. Missverständlich allerdings, wenn *ders.* 1037 I. Sp. davon spricht, dass die Leistungsgefahr im Rahmen des § 275 Abs. 2 BGB „aufgeteilt“ werde.

⁵⁰ Hierauf weisen zutreffend, wenn auch knapp, *Esser/Schmidt* (Fn. 12) 19 hin. Siehe ferner *Wagner* Loyola University Chicago Law Journal 27 (1995), 55, 81.

⁵¹ Gleiches gilt in umgekehrter Richtung für den entgangenen Profit oder frustrierte Aufwendungen des Schuldners der Sachleistung, siehe *Wagner* Loyola University Chicago Law Journal 27 (1995), 55, 81.

⁵² Auf diese Konsequenzen für den die Leistung nicht erhaltenen Sachgläubiger weisen auch *Larenz*, Schuldrecht (Fn. 13), 310, *Picker* JZ 2003, 1035, 1036 r. Sp., und *Canaris* JZ 2004, 214, 216 hin.

⁵³ Siehe nur *Looschelders* (Fn. 13) § 29 Rn. 40.

Fälle, in denen eine Partei allein das gesamte Risiko trägt, gibt es zwar, bilden bei systematischer Betrachtung aber die Ausnahme. Schlägt beispielsweise der Blitz ein, nachdem die Kuh dem Käufer bereits übergeben war, führt das Fortbestehen der Kaufpreiszahlung nach § 446 BGB nicht nur dazu, dass der Käufer das Risiko im engeren Sinne trägt.⁵⁴ Zugleich bleibt der Verkäufer vollständig von den nachteiligen Folgen des Ereignisses verschont, da er seinen Vertragsgewinn ungeschmälert erhält. Genau umgekehrt ist die Situation, wenn der Schuldner der Sachleistung deren Ausbleiben zu vertreten hat. Denn über den Schadensersatz statt der Leistung ist der Gläubiger dann genauso zu stellen, als sei der Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden.⁵⁵

Dass deutsche Juristen meist nur die Risikotragung im engeren Sinne betrachten, die Risikotragung im weiteren Sinne hingegen ausblenden, dürfte seinen Grund vor allem darin haben, dass das BGB die erstgenannte Ebene explizit regelt,⁵⁶ die zweitgenannte hingegen meist nur implizit. Es sagt beispielsweise am Ende von § 326 Abs. 1 BGB nicht: „Im Übrigen hat der Gläubiger (der Sachleistung) die aus dem fehlenden Erhalt der Leistung resultierenden Folgen selbst zu tragen.“ Stattdessen lässt das BGB in Ermangelung eines Anlasses zur Überwälzung diese Nachteile stillschweigend dort liegen, wo sie auftreten, und erteilt einem umfassenden Lastenausgleich damit eine Absage.⁵⁷

V. Sonderwertungen für Sozialkatastrophen?

Der vorstehende Abschnitt hat gezeigt, dass der Gedanke der Risikoteilung dem gesetzlichen Leistungsstörungenrecht bereits inhärent ist und somit nicht erst von außen an das Gesetz herangetragen werden muss. Die Forderung, in einer Krise wie der gegenwärtigen das Risiko nicht einer Partei allein aufzulegen, läuft deshalb keineswegs zwingend auf ein Ausbrechen aus dem gesetzlichen Wertungsrahmen hinaus. Gelangt man (auf welchem dogmatischen Weg auch immer) beispielsweise zu der Auffassung, dass behördliche Schließungsverfügungen die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung vollständig

⁵⁴ Dass andere Rechtsordnungen (wie z.B. die der Schweiz, siehe *Jentsch*, Law of Contracts (Fn. 9) 4) in Nachfolge des römischen Rechts die Preisgefahr im Ausgangspunkt dem Käufer zuweisen, spielt für das vorliegende Thema keine Rolle. Zur Erklärung der *Maxime* „periculum est emptoris“ im römischen Recht *Ernst ZRG (RA)* 99 (1982), 216–248.

⁵⁵ Siehe für das Kauf- und das Mietrecht § 437 Nr. 3 bzw. § 536a BGB.

⁵⁶ Beispielsweise in §§ 275, 326, 446, 447, 644 BGB.

⁵⁷ Für eine ökonomische Rechtfertigung dieser Wertung im Unmöglichkeitensrecht *Wagner Loyola University Chicago Law Journal* 27 (1995), 55–95.

entfallen lassen, so ergibt sich wertungsmäßig nur wieder das gewohnte Bild: Das Risiko im engeren Sinne wird entsprechend dem Alles-oder-nichts-Prinzip komplett dem Sachschuldner zugewiesen, das Risiko im weiteren Sinne hingegen von beiden Parteien getragen.

Einen gänzlich anderen Gehalt hat die Forderung nach einer Risikoteilung hingegen dort, wo sie auf das Risiko *im engeren Sinne* abzielt und das hier maßgebliche Alles-oder-nichts-Prinzip durch den Halbteilungsgrundsatz ersetzen will.⁵⁸ Selbst für eine vollkommen unbrauchbare Mietsache soll der Mieter dann wenigstens die Hälfte des Mietzinses zahlen müssen. Erneut spielt an dieser Stelle keine Rolle, in welches dogmatische Gewand eine solche Lösung gekleidet würde. Behandelt man die Verwendungsstörung als Fall des § 313 BGB, besteht hinsichtlich des Umfangs der Vertragsanpassung von vornherein die nötige Flexibilität. Ordnet man die Verwendungsstörung hingegen als Fall der rechtlichen Unmöglichkeit oder des Mietmangels ein, muss die Lösung innerhalb des § 326 BGB⁵⁹ bzw. des § 536 BGB gesucht werden.⁶⁰ Angesichts des dispositiven Charakters dieser Vorschriften bestehen gegen ein solches Vorgehen keine grundsätzlichen Bedenken, und insbesondere Versuche, die Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB zu modifizieren, sind bereits aus anderen Kontexten bekannt.⁶¹

Die Auffassung, dass die aus Großkatastrophen resultierenden Einbußen salomonisch zwischen den Vertragsparteien zu teilen seien, ist keineswegs neu. Sie findet sich nicht nur im älteren Schrifttum,⁶² sondern auch in einer Reihe von Urteilen aus vorpandemischen Zeiten,⁶³ an die in der jetzigen

⁵⁸ Es erschwert die Diskussion, dass dieses enge Verständnis der Halbteilung häufig nicht explizit gemacht wird. Siehe z.B. im aktuellen Kontext *Martens* ZIP 2021, 1521, 1526, und früher schon *Kegel* (Fn. 32) 204.

⁵⁹ Dogmatisch nicht überzeugend *Schall* JZ 2020, 388, 395 f., der die Betriebsschließungen als Fall der rechtlichen Unmöglichkeit einordnet, die Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB dann aber über § 313 BGB modifizieren möchte (ebenso *ders.* JZ 2021, 455, 458).

⁶⁰ Letztgenannte Regel eröffnet bereits von sich aus Spielraum für flexible Rechtsfolgen, indem nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB die Miete im Falle der Tauglichkeitsminderung „angemessen“ herabzusetzen ist, siehe *Weller/Thomale* BB 2020, 962, 966.

⁶¹ So insbesondere in den Fällen der Zweckerreichung, siehe *Beuthien* (Fn. 11) 119 ff., 212 ff.; *Esser/Schmidt* (Fn. 12) 30–32 (jeweils noch zu § 323 BGB a.F.).

⁶² Zur Forderung nach einer Teilung von Schäden, die aus Naturkatastrophen und Staatseingriffen resultieren, insbesondere *Kegel* (Fn. 32) 160, 204. Bezeichnenderweise bleiben die Einzelheiten dieser Teilung unklar. Siehe ferner *Medicus/Lorenz* (Fn. 10) § 42 Rn. 17.

⁶³ Siehe neben den im Folgenden genannten Entscheidungen auch die Nachweise bei *MüKoBGB/Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 313 BGB Rn. 94; *BeckOGK/Martens* (Stand 1.4.2022), § 313 BGB Rn. 141 ff.

Debatte explizit angeknüpft wird.⁶⁴ So gestattete der BGH dem Veranstalter einer im Zuge des Reaktorunfalls von Tschernobyl gekündigten Reise nach Prag, vom Reisenden die Hälfte der angefallenen Hotel-Stornokosten zu verlangen.⁶⁵ Der Reiseveranstalter konnte mit anderen Worten Aufwendungen, die er zur Erbringung seiner Leistung getätigt hatte und die durch die Reisekündigung frustriert worden waren, hälftig auf die Reisenden überwälzen.

Ein zweites oft zitiertes Beispiel ist die Entscheidung des BGH zu einem Vertrag über die Lieferung von Bier in den Iran, der sich nach der Revolution von 1979 und dem im Zuge dessen verhängten Alkoholverbot nicht mehr durchführen ließ.⁶⁶ Das Gericht verurteilte die deutsche Brauerei dazu, dem iranischen Importeur die Hälfte des Gewinns, den dieser aus dem Geschäft erzielt hätte, zu ersetzen, wobei eine Besonderheit darin bestand, dass der Lieferungsvertrag Gegenstand eines Vergleichs war, den die Parteien als Kompensation für zuvor gelieferte mangelhafte Ware abgeschlossen hatten.

Indessen sind diese Entscheidungen zu Recht dafür kritisiert worden, dass sie einer tragfähigen Begründung entbehren.⁶⁷ Denn sie verpflichten im Ergebnis eine der Parteien dazu, etwas zu leisten, ohne hierfür eine Gegenleistung zu bekommen. Natürlich ist es nicht per se ausgeschlossen, über die (ergänzende) Vertragsauslegung zu einer solchen Risikoverteilung zu kommen; der dispositive Charakter der gesetzlichen Gefahrtragungsregeln wurde bereits betont. Doch kann ein entsprechender Parteiwille jedenfalls nicht als typisch betrachtet werden.⁶⁸ Zutreffend war deshalb nach hier vertretener Auffassung die Entscheidung des OLG Karlsruhe, den Entgeltanspruch der Musiker, die für ein Faschingsfest engagiert worden waren, für das dann aber wegen des Golfkriegs keine Halle mehr zur Verfügung stand, nicht nur hälftig

⁶⁴ Aus der Rechtsprechung: OLG Dresden COVuR 2021, 212, 218 (Rn. 41); KG COVuR 2021, 409, 416 (Rn. 46). Aus dem Schrifttum *Ekkenga/Schirrmacher* NZM 2020, 410, 414; *Hübner ZfIR* 2020, 273, 279; *Kumkar/Voss ZIP* 2020, 893, 900; *Römermann*, NJW 2021, 265, 269; *Weidt/Schiewek* NJOZ 2020, 481, 484.

⁶⁵ BGH NJW 1990, 572.

⁶⁶ BGH NJW 1984, 1746. Angeknüpft wird hieran z.B. von *Weidt/Schiewek* NJOZ 2020, 481, 484.

⁶⁷ Zur „Tschernobyl“-Entscheidung *Tempel* NJW 1990, 821–823 („reine Billigkeitsentscheidung“); *Führich*, Reiserecht: Handbuch und Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 15 Rn. 36 („rechtssystematisch verfehlt“ und im Widerspruch zu den verbraucher-schützenden Wertungen des Gesetzes stehend). Kritisch zur Entscheidung im „Bierlieferungsfall“ *Wieling* JuS 1986, 272–274; *Tempel*, NJW 1990, 822; *Finkenauer*, in: *Sirks/Mausen* (Hg.), *Aequitas, Equité, Equity*, 2015, 97, 104 f. Zum „Bohrhämmerfall“ (BGH MDR 1953, 282) kritisch *Kötz*, Vertragsrecht (Fn. 20), Rn. 1018.

⁶⁸ So auch *Riehm/Thomas* Jura 2020, 1046, 1057 (keine „Risikoakkumulation“); für das Mietrecht *BeckOGK/Bieder*, § 536 Rn. 97; anders *Behme* ZfPW 2020, 257, 265 f.

tig, sondern ganz entfallen zu lassen und damit das Verwendungsrisiko im engeren Sinne ganz den Musikern aufzuerlegen.⁶⁹

Die genannten älteren Entscheidungen des BGH beruhen, genau wie die im aktuellen Kontext erhobenen Forderungen nach einer Halbteilung der Miete, auf der Prämisse, dass die Alles-oder-nichts-Lösungen des gesetzlichen Leistungsstörungsrechts dem mutmaßlichen Willen der Parteien nur bei „kleinen Katastrophen“ gerecht werden, nicht hingegen bei gesamtgesellschaftlichen Störungen.⁷⁰ Doch warum sollte es für die Vertragsparteien einen Unterschied machen, ob ein bestimmtes Ereignis nur ihren Vertrag betrifft oder auch hunderttausende anderer Vertragsbeziehungen?⁷¹ Im einen wie im anderen Fall ist ihnen nicht an der Gründung einer Solidargemeinschaft gelegen, sondern an der Wahrung ihrer jeweiligen Interessen.⁷² Gestützt wird dieses Ergebnis durch einen Blick in die Vertragspraxis.⁷³ Wo die Parteien etwa durch „force majeure“- oder „material adverse change“-Klauseln Vorsorge für unerwartete Ereignisse treffen, die die Vertragsdurchführung erheblich stören, sehen auch sie im Zweifel nicht eine salomonische Teilung erlittener Einbußen vor, sondern eine Anpassung oder Aussetzung der Leistungspflichten zwecks Wahrung des anvisierten Äquivalenzverhältnisses.⁷⁴

Schließlich vermag auch nicht einzuleuchten, warum die salomonische Teilung allein im Rahmen des § 313 BGB und nicht auch im Rahmen des speziellen Leistungsstörungsrechts Anwendung finden soll. Der Betreiber eines Fitnessstudios, dem es infolge hoheitlicher Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung rechtlich unmöglich gemacht wurde, seine Leistung zu erbringen, verliert nach § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung und muss nach §§ 326 Abs. 4, 348 BGB bereits erhaltene Beiträge *vollständig* – also nicht etwa nur zur Hälfte – zurückerstatten; so hat es der BGH jetzt klargestellt.⁷⁵ Doch ist der Fitnessstudiobetreiber nicht weniger ein Opfer der Pandemie als der Ladeninhaber, sodass konsequenterweise die Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 BGB modifiziert werden müsste.⁷⁶

⁶⁹ OLG Karlsruhe NJW 1992, 3176. Irreführend daher, wenn OLG Dresden COVuR 2021, 212, 218 (Rn. 41) sowie *Weller/Schwemmer*, in: FS Grunewald, 2021, 1261, 1278 den Eindruck erwecken, das OLG Karlsruhe habe ähnlich einer Halbteilung entschieden.

⁷⁰ Nachdrücklich *Behme* ZfPW 2020, 257, 265 f.

⁷¹ Unklar bleibt insbesondere auch, warum die lokale Begrenzung einer Katastrophe eine andere Bewertung rechtfertigen soll, so aber *Behme* ZfPW 2020, 257, 266.

⁷² Anders *Martens* ZIP 2021, 1521, 1526 (I. Sp.), der von einer Umwandlung des Vertrags in ein „partiarisches Verhältnis“ spricht.

⁷³ Zum diesem Argument auch *Riehm/Thomas* Jura 2020, 1046, 1057.

⁷⁴ Näher *Liebscher/Zeyher/Steinbrück* ZIP 2020, 852, 862 f.

⁷⁵ BGH Urt. v. 04.05.2022, Az. XII ZR 64/21 (becklink 2023051).

⁷⁶ Innerhalb seines Ansatzes konsequent *Behme* ZfPW 2020, 257, 266–274, der das

Damit zeigt sich: Das Alles-oder-nichts-Prinzip bei der Risikotragung im engeren Sinne durch den Grundsatz der Halbteilung zu ersetzen, wäre nur dann kohärent, wenn eine solche Ersetzung umfassend durchgeführt würde. Wie oben bereits gesehen, finden sich immerhin Ansätze in diese Richtung,⁷⁷ und als weiteres Beispiel lässt sich das Plädoyer für eine hälftige Teilung der Preisgefahr beim Versandungskauf nennen.⁷⁸ Doch wäre dies nur ein weiterer Schritt in die falsche Richtung. Denn abgesehen von der genannten Missachtung der Parteiinteressen bestünde auch das Problem, dass derjenige, der die Vertragsgemeinschaft als „Gefahrgemeinschaft“ behandeln will,⁷⁹ konsequenterweise bei der Teilung des Risikos im engeren Sinne nicht stehen bleiben dürfte. Den Vermieter aber beispielsweise an den Umsatzausfällen des Mieters zu beteiligen, hieße, das Vertragsrecht zum Mittel des öffentlich-rechtlichen Lastenausgleichs umzufunktionieren.

Deutlich geworden sein sollte damit, dass es weder einen Bedarf noch eine Rechtfertigung für pandemiebedingte Billigkeitslösungen⁸⁰ gibt. Das gesetzliche Leistungsstörungenrecht des BGB verteilt Zufallsrisiken keineswegs nach einem Alles-oder-nichts-Prinzip, sondern sieht ein gestuftes Regime vor, das zwischen Risikotragung im engeren Sinne und Risikotragung im weiteren Sinne differenziert. Dieses Regelungsmodell ermöglicht nicht nur in Normalzeiten sachgerechte Ergebnisse, sondern auch in gesellschaftlichen Großkrisen.⁸¹

Risiko von Großkrisen generell dem Sachgläubiger zuweisen möchte und dazu das gesetzliche Leistungsstörungenrecht modifizieren will.

⁷⁷ Siehe oben Fn. 48 sowie Text bei Fn. 59.

⁷⁸ So für die Preisgefahr beim Versandungskauf *D. Schmidt*, Teilung der Preisgefahr beim Versandungskauf, 2011, insbesondere 16, 46. Zum Vorschlag einer quotalen Teilung des Schadens beim gutgläubigen Erwerb abhanden gekommener Sachen siehe oben Fn. 44.

⁷⁹ So *Schmidt* (Fn. 78) 46.

⁸⁰ Als solche bezeichnen die pauschale Halbierung der Miete ausdrücklich *Finkenauer/Stahl* JZ 2022, 309, 310, unter Berufung auf *Flume* (Fn. 11) 525. Zu beachten ist allerdings, dass dieser die „salomonische Lösung“ gerade kritisierte und das Risiko der Unverwendbarkeit des vermieteten Hauses vollständig dem Vermieter aufbürden wollte (524; dazu auch unten VI.2.).

⁸¹ Die Frage nach dem Bedarf für Anpassungen des Regelmodells findet eine verfassungsrechtliche Parallele bei der Frage, inwieweit rechtsstaatliche Vorgaben auch in der Krise Beachtung finden müssen. Dazu *Michaels* Kritische Justiz 2020, 373, 383 f.

*VI. Folgerungen für den sachgerechten Umgang
mit den vertragsrechtlichen Folgen der Covid-19-Krise*

1. Überblick

Für den Umgang mit pandemiebedingten Verwerfungen in Mietverhältnissen über Geschäftsräume folgt aus den vorherigen Ausführungen, dass in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte das Verwendungsrisiko im engeren Sinne auch hier stets *vollständig* einer der beiden Parteien zugewiesen ist – und nicht etwa zwischen ihnen geteilt wird.⁸² Trägt dieses Risiko im engeren Sinne der Vermieter, sodass er bei vollständig weggefallener Nutzungsmöglichkeit auch kein Entgelt mehr bekommt, wird er damit am Verwendungsrisiko im weiteren Sinne *beteiligt*.⁸³

Wenn die konkrete Anwendung des hier befürworteten Ansatzes trotzdem alles andere als einfach ist, so hat dies mehrere Gründe. Erstens ist mit ihm noch nichts zu den Voraussetzungen gesagt, unter denen das grundsätzlich beim Mieter liegende Verwendungsrisiko im engeren Sinne überhaupt auf den Vermieter übergeht. Zweitens stellt sich, wenn eine Risikobeteiligung des Vermieters bejaht wird, das Problem der Quantifizierung der Zweckverfehlung: In den vorliegend diskutierten Konstellationen ist, anders als in dem insofern „einfachen“ Krönungszufall, die angestrebte Nutzungsmöglichkeit typischerweise nicht vollständig entfallen, sondern nur in stärkerem oder schwächerem Maße beeinträchtigt worden. Drittens schließlich stellt sich die Frage, wie etwaige staatliche Hilfsleistungen an den Mieter vertragsrechtlich „zu verarbeiten“ sind. Alle drei Aspekte werden im Folgenden näher beleuchtet.

*2. Die Voraussetzungen der Beteiligung des Vermieters
am Verwendungsrisiko*

In Groß- wie in Kleinkrisen bleibt Ausgangspunkt der Grundsatz, dass eine Vereitelung oder Störung des vom Sachgläubiger verfolgten Transaktionszwecks den Sachschuldner nicht zu interessieren braucht – im Mietrecht ebensowenig wie im übrigen Vertragsrecht.⁸⁴ Wer sich beispielsweise für seine

⁸² Wird die Debatte formal an § 313 BGB aufgehängt, hat dieser also nicht die Aufgabe, das Alles-oder-nichts-Prinzip zu verdrängen, sondern lediglich es „umzupolen“, indem er das „Alles“ und das „Nichts“ abweichend von den §§ 275, 326, 537 BGB zuweist.

⁸³ Dazu, dass keine alleinige Risikotragung bestünde, schon oben III.2.

⁸⁴ Siehe nur *Kötz*, Vertragsrecht (Fn. 20), Rn. 304, 805, 1019; *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 177; *BeckOGK/Martens* (Stand 1.4.2022), § 313 BGB Rn. 216; *BeckOK BGB/Lorenz*, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 313 Rn. 64.

Hochzeit einen Anzug kauft, kann diesen nicht zurückgeben, wenn die Braut es sich plötzlich anders überlegt. Wer einen Babysitter engagiert, um auf eine Geburtstagsfeier zu gehen, muss den Babysitter auch dann bezahlen, wenn die Feier kurzfristig abgesagt wird.⁸⁵ Und wer sich ein Hotelzimmer in München bucht, um an einer Tagung teilzunehmen, kann die Buchung nicht mit Hinweis auf die Absage der Tagung stornieren.⁸⁶

Entscheidend ist in all diesen Fällen, dass die Leistung ihre Verwendbarkeit nur zu einem bestimmten, einseitig verfolgten Zweck eingebüßt und deshalb ihren objektiven Wert behalten hat: Der Anzug kann auch zu anderen feierlichen Anlässen getragen werden, der Babysitter kann die Eltern trotzdem entlasten (sodass sie z.B. spontan ins Kino gehen können) und das Hotelzimmer kann trotzdem zur Übernachtung gebraucht werden. Für die Corona-Problematik zeigt sich an dieser Stelle die Bedeutung der Frage, ob ein bestimmter Verwendungszweck im Vertrag vereinbart wurde. Denn wurde dem Mieter die Gewerbefläche zu einer nicht näher spezifizierten gewerblichen Nutzung überlassen, dann führten die coronabedingten Schließungen aufgrund ihrer sektorspezifischen Natur auch nur zu einer punktuellen Verwendungstörung. Ein Raum, in dem Kunden nicht mehr zum Haarschneiden empfangen werden durften, konnte auch während des Lockdowns beispielsweise noch als Warenlager, als Büroraum, als Imbissbude, als Supermarkt oder als Drogerie gebraucht werden, ggf. in Verbindung mit einer Untermiete. Natürlich ist es für einen Mieter keineswegs einfach, den bestehenden Gebrauch binnen kurzer Zeit umzustellen. Doch resultiert sein Problem letztlich daraus, dass er sich aus einer Vielzahl erlaubter Benutzungszwecke privatautonom für eine Nutzung entschieden hatte, die später untersagt bzw. wirtschaftlich unsinnig wurde. Es geht nicht an, das Risiko dieser unternehmerischen Entscheidung auf den Vermieter überzuwälzen, der mit ihr ja nichts zu tun hatte.

Heißt dies aber umgekehrt auch, dass der Vermieter das Verwendungsrisiko im engeren Sinne immer schon dann trägt, wenn der beeinträchtigte oder untersagte Verwendungszweck des Mieters (z.B. Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts) vertraglich festgeschrieben wurde? In der Tat könnte man es als merkwürdig empfinden, wenn der Vermieter auch in diesem Fall damit gehört würde, dass ihn die Unerreichbarkeit des explizit anvisierten Zwecks nichts angehe, und er ungerührt sein Entgelt verlangen könnte. Denn wenngleich er natürlich nicht die Verpflichtung übernommen hat, die Rahmenbedingungen für die beabsichtigte Verwendung zu schaffen, kann von einer erfolgreichen Durchführung des vereinbarten Vertragsinhalts nicht die Rede sein. Und doch darf nicht vorschnell angenommen werden, dass der Sachschuldner

⁸⁵ Beispiel nach *Esser/Schmidt* (Fn. 12) 34.

⁸⁶ Beispiel nach *Fikentscher/Heinemann* (Fn. 13) Rn. 239.

eine im Vertrag vorgesehene Nutzung „unter allen erdenklichen Umständen gewährleisten“ wollte.⁸⁷ Denn wie insbesondere die Möglichkeit des Mieters zeigt, sich durch eine Betriebsschließungs- oder -unterbrechungsversicherung zu schützen,⁸⁸ ist seine unbedingte Übernahme des Verwendungsrisikos durchaus denkbar, zumal ihm dies vielleicht mit einem geringeren Mietzins vergolten wurde. Darüber hinaus kann es Situationen geben, in denen die Verhandlungsposition des Vermieters so stark war, dass der Mieter bereit gewesen wäre, jede Kröte zu schlucken.⁸⁹

Zeigt sich damit die Unmöglichkeit einer pauschalierenden Betrachtungsweise, dürfte dennoch von dem Grundsatz auszugehen sein, dass ein gewerblicher Vermieter, dem die beabsichtigte kommerzielle Verwendung bekannt war (und der auf die Verwendungsentscheidung womöglich sogar Einfluss nahm⁹⁰), seinen Entgeltanspruch an die Erreichbarkeit des Zwecks gekoppelt und sich diesen somit zu eigen gemacht hat.⁹¹ Hierfür spricht vor allem, dass die Höhe des Mietzinses typischerweise maßgeblich durch die prognostizierten Ertragschancen bestimmt wurde und die Nutzungsauglichkeit damit Teil des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses geworden ist.⁹² Verdeutlichen lässt sich dies anhand des hypothetischen Szenarios, dass der Eigentümer der betroffenen Gewerbeimmobilie diese während des Lockdowns zum selben

⁸⁷ BGH NZFam 2022, 449, 451 (Rn. 21). In der Sache auch *Häublein/Müller* NZM 2020, 482, 485.

⁸⁸ Dazu *Güntber* NJW 2022, 818–821. Dass die Rechtsprechung den Versicherungsnehmern in vielen Fällen den Schutz versagt hat (siehe u.a. BGH NJW 2022, 872), bedeutet nur, dass das Covid-19-Risiko von den bestehenden Versicherungsbedingungen nicht gedeckt war.

⁸⁹ Dazu, ebenso wie zum umgekehrten Machtgefälle, *Herrlein* COVuR 2021, 218.

⁹⁰ Dass dies in der Praxis der Gewerbetriebe keine Seltenheit ist, betont *Selk* NZM 2021, 369, 375.

⁹¹ Hiermit soll nicht gesagt werden, dass eine solche Entgeltrelevanz notwendige Voraussetzung für eine Beteiligung des Vermieters am Verwendungsrisiko ist. Vielmehr kann es auch genügen, dass dem Vermieter klar war, dass der Vertrag für den Mieter mit dem vereinbarten Zweck „stehen oder fallen“ sollte (*Kötz*, Vertragsrecht (Fn. 20), Rn. 1019). Dieser Wertung folgte auch der BGH im Fall der Hochzeitsfeier (*BGH NZFam 2022, 449*), indem er den Mietern einen Anspruch auf Verlegung zubilligte (Rn. 41). In einigen unterinstanzlichen Entscheidungen wurde das Verwendungsrisiko bei Feierlichkeiten allerdings dem Mieter auferlegt, siehe die Nachweise bei *Woitkewitsch* NJW 2022, 1134, 1138.

⁹² So in der Wertung auch *Weller/Thomale* BB 2020, 962, 964 f. *Schall* JZ 2022, 455, 455 f.; *Liebscher/Zeyher/Steinbrück* ZIP 2020, 852, 860. Allgemein zum Argument des Zusammenhangs zwischen Verwendungszweck und Preisbemessung *Fikentscher/Heinemann* (Fn. 13) Rn. 239; *Kötz*, Vertragsrecht (Fn. 20), Rn. 1020; *BeckOGK/Martens* (Stand 1.4.2022), § 313 BGB Rn. 217; *BeckOK BGB/Lorenz*, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 313 Rn. 65. Vom erhöhten Entgelt als einer „Risikoprämie“ spricht *Schollmeyer* (Fn. 6) 234.

Nutzungszweck neu hätte vermieten wollen. Sofern er überhaupt einen Mieter gefunden hätte, wäre dieser jedenfalls nur einen deutlich geringeren Mietzins zu zahlen bereit gewesen. Hieran zeigt sich, dass die pandemiebedingten Verwerfungen jedenfalls zeitweise den Nutzwert der Immobilien beeinträchtigt haben – nicht anders als im Fall des Fensterplatzes, von dem aus kein Krönungszug mehr, sondern nur noch das alltägliche Straßenleben betrachtet werden kann. Wohlgemerkt bedeutet die dargelegte Sichtweise nicht, dass der unternehmerische Erfolg oder Misserfolg des Mieters umfassend in die Risikosphäre des Sachschuldners verschoben würde. Hat der Mieter sich für sein Gewerbe den falschen Standort ausgesucht oder das Kundenaufkommen in Normalzeiten überschätzt, beeinflusst dies den Marktwert der Gewerbefläche typischerweise nicht, sodass der geschäftliche Misserfolg des Mieters das Äquivalenzverhältnis unberührt lässt und es bei dem o.g. Grundsatz der Risikoverteilung bleibt.⁹³

Die Wertung, dass der Verlust bzw. die Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit unter den genannten Umständen auch den Vermieter trifft, lässt sich als Ausprägung der Maxime „casum sentit dominus“ verstehen⁹⁴ und zusätzlich durch das Argument abstützen, dass der Vermieter zufällige Beeinträchtigungen durch Rücklagen und Versicherungen grundsätzlich besser aufzufangen vermag als der mit einem kürzeren Zeithorizont kalkulierende Mieter.⁹⁵ Das Risiko stattdessen vollständig dem Mieter aufzuerlegen, hieße, die Miete als Kauf der Nutzung auf Zeit aufzufassen – und damit einer Konzeption zu folgen, die zu Recht aufgegeben wurde, weil sie der Natur und gesetzlichen Ausgestaltung des Mietvertrags nicht gerecht wird.⁹⁶ Und dass der Mieter dem Vermieter das Risiko von Nutzungsbeeinträchtigungen vollständig abnehmen, ihm also „die krisensicheren Erträge des Vermiitereigentums“ garantieren wollte,⁹⁷ wird man nur bei konkreten Anhaltspunkten annehmen können.

Schon das Reichsgericht erkannte die skizzierte Wertung zutreffend, als es den Pächter einer Berliner Tanzwirtschaft⁹⁸ und den Mieter eines Ladenlo-

⁹³ Dass der Mieter dieses „gewöhnliche Verwendungsrisiko“ zu tragen hat, ist unstrittig, siehe nur BGH NZM 2022, 99, 104 (Rn. 54); *Hübner* ZfIR 2020, 273, 274 f.

⁹⁴ In diesem Sinne auch schon *Flume* (Fn. 11) 510, 524; im heutigen Kontext *Weller/Schwemmer*, in: FS Grunewald, 2021, 1261, 1273; anhand der historischen Entwicklung der Risikoverteilung bei Pachtverträgen auch *Ernst* ZRG (RA) 105 (1988), 541, 585–589.

⁹⁵ Zu diesem Argument *Ekkenga/Schirmacher* NZM 2020, 410, 411, 413.

⁹⁶ Näher dazu am Beispiel der Pacht *Ernst* ZRG (RA) 105 (1988), 541, 587–591; *Schall* JZ 2022, 455, 455 f.

⁹⁷ *Weller/Thomale* BB 2020, 962, 964.

⁹⁸ RGZ 87, 277, 280; ebenso RGZ 89, 203.

kals auf der Insel Borkum von der Zahlungspflicht befreite,⁹⁹ nachdem weltkriegsbedingte Verbote die vorgesehene Nutzung unmöglich bzw. sinnlos gemacht hatten. Der Fall des für Borkum verhängten Badeverbots bietet dabei eine noch klarere Parallele zu den heute diskutierten Fällen als die vielzitierte „Tanzwirtschaft“,¹⁰⁰ weil bei ihm völlig eindeutig war, dass das auf der Insel gemietete Ladenlokal in keiner Weise Ziel der hoheitlichen Maßnahme war, sondern erst durch die ausbleibenden Sommergäste getroffen wurde. Und doch beteiligte das Reichsgericht den Vermieter zutreffend am Risiko dieser fundamentalen Verwendungsstörung, und dass es hierbei den Weg über das Mietgewährleistungsrecht nahm und einen aus heutiger Sicht überholten Mangelbegriff zugrunde legte,¹⁰¹ sollte von der Wertungsebene nicht ablenken. Denn zum fraglichen Zeitpunkt existierte die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage weder als geschriebenes noch als ungeschriebenes Korrekturinstrument,¹⁰² sodass der Weg über eine weite Auslegung des Mangelbegriffs zumindest nachvollziehbar war.¹⁰³ Wenn heute der Mangelbegriff enger verstanden wird,¹⁰⁴ bedeutet dies keine Änderung der vom Reichsgericht zutreffend erkannten Risikoverteilung, sondern lediglich eine rechtsdogmatische Verschiebung und eine Entlastung des Mangelbegriffs.

Auf einer übergeordneten Ebene verdeutlicht dieser Punkt die Rolle des § 313 BGB im System des Leistungsstörungsrechts. Dieser ist kein allgemeines Billigkeitsinstrument, kein „Mitleidsparagraph“,¹⁰⁵ der außerhalb des gesetzlichen Wertungsrahmens steht oder gar erlaubt, das Vertragsrecht als Mittel des sozialen Lastenausgleichs einzusetzen. Vielmehr rundet die Vorschrift das gesetzliche Leistungsstörungsrechts ab, was insbesondere in der Bezugnahme des § 313 Abs. 1 BGB auf die „vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung“ zum Ausdruck kommt.¹⁰⁶ Anders gewendet, sind Vorschriften wie die §§ 275,

⁹⁹ RGZ 91, 54.

¹⁰⁰ Siehe nur BGH, NZM 2022, 99, 103 (Rn. 38).

¹⁰¹ Siehe nur BGH NZM 2022, 99, 103 (Rn. 39); Staudinger/*V Emmerich* (Neubearbeitung 2021), § 536 Rn. 44.

¹⁰² Erst im Jahr 1921 sollte *Oertmann* seine bahnbrechende Lehre von der Geschäftsgrundlage vorlegen (Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff), die dann auch umgehend vom Reichsgericht aufgegriffen wurde (RGZ 103, 328 [„Vigogne-spinnerei“]) und später ihren kodifikatorischen Ausdruck in § 313 BGB fand.

¹⁰³ Eine Parallele zur weiten Handhabung des Mangelbegriffs lässt sich in den anfänglichen Versuchen des Reichsgerichts sehen, die Fälle massiver Leistungserschwerung über den Begriff der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ und damit § 275 BGB aufzufangen. Eingehend dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Aufl. 2005, 15–24.

¹⁰⁴ Dazu nur BGH, NZM 2022, 103 (Rn. 39).

¹⁰⁵ *Schall* JZ 2020, 388, 392.

¹⁰⁶ Im Kontext der Verwendungsstörung nachdrücklich *Schollmeyer* (Fn. 6) 222 ff.

326, 535 ff. BGB lediglich speziellere Regelungen zum Thema „Schuldvertrag und Wirklichkeit“,¹⁰⁷ fehlten sie, würde sich der Anwendungsbereich des § 313 BGB entsprechend vergrößern.

3. Der Umfang der Befreiung von der Mietzahlungspflicht

Kommt man mit den dargestellten Überlegungen im konkreten Fall zu dem Ergebnis, dass der Vermieter für die beabsichtigte Verwendung in dem Sinne eintreten wollte, dass sein Entgeltanspruch hieran gekoppelt war, ist mit den erläuterten Grundsätzen davon auszugehen, dass die Übernahme dieses Risikos *vollständig* ist und sich am Äquivalenzgedanken orientiert. Ist also die Nutzungsmöglichkeit gänzlich weggefallen, ist auch die Miete auf null zu reduzieren und nicht etwa nur auf die Hälfte.¹⁰⁸ Genau dies ist das (allgemein für richtig gehaltene) Ergebnis des Krönungszugfalls,¹⁰⁹ und der Einwand, dass dies eine unangemessene Alles-oder-nichts-Lösung sei¹¹⁰ oder den Sachschuldner „einseitig“ mit dem Risiko belaste, greift, wie oben schon gesehen,¹¹¹ zu kurz, weil es die weiteren Folgen der Krise, insbesondere die vom Gewerbemieter zu tragenden Umsatzeinbußen, außer Betracht lässt. Wer bei vollem Nutzungsausfall die Miete im Bestreben einer symmetrischen Risikotragung nur hälftig herabsetzen will, führt in Wahrheit eine Asymmetrie herbei, weil der Mieter seinen Vertragsgewinn vollständig verlieren würde, er gleichzeitig aber dem Vermieter dessen hälftigen Vertragsgewinn zu zahlen hätte.¹¹² Die Annahme eines solchen Parteiwillens ist, wie oben gesagt,¹¹³ nicht per se ausgeschlossen, in Ermangelung konkreter Anhaltspunkte aber fernliegend.¹¹⁴ Implizit hat der BGH auch im Fall der ausgefallenen Hochzeitsfeier gegen eine Teilung des Risikos im engeren Sinne entschieden, indem er die Mieter, die sich nicht auf eine Verlegung einlassen wollten, zur Zahlung des vollen Entgelts verpflichtete.¹¹⁵ Wäre hingegen den Mietern eine Verle-

¹⁰⁷ *Flume* (Fn. 11) 497 f.; siehe auch *MüKoBGB/Finkenauer*, § 313 Rn. 72.

¹⁰⁸ So auf Grundlage des Mängelgewährleistungsrechts z.B. auch *Selk* NZM 2021, 369, 378. Anders die oben bei Fn. 27 f. genannten Stimmen.

¹⁰⁹ Auf den potentiellen Wertungswiderspruch weist auch *Schall* JZ 2022, 455, 458 f. hin.

¹¹⁰ So in einem werkvertraglichen Fall der Verwendungsstörung aber *Riehm/Thomas* Jura 2020, 1046, 1053, 1057 (r. Sp.)

¹¹¹ Siehe oben III.2.

¹¹² Siehe schon oben Text bei Fn. 68.

¹¹³ Siehe oben V.

¹¹⁴ Siehe auch *Herrlein* COVuR 2021, 218, 219: mutmaßlicher Parteiwille der Halbteilung „allenfalls zufällig richtig“.

¹¹⁵ BGH NZFam 2022, 449, 453 (Rn. 41–43). Hingegen hatte die Vorinstanz, das LG Essen, den Mietern einen Anspruch auf hälftige Rückzahlung gewährt (Rn. 8).

gung nicht zumutbar gewesen (etwa wegen der großen zeitlichen Nähe zur kirchlichen Trauung), ist anzunehmen, dass der BGH das Risiko im engeren Sinne vollständig dem Vermieter auferlegt, d.h. den Mietern die vollständige Freistellung gewährt hätte.

Erhebliche praktische Schwierigkeiten bereitet nun allerdings der Umstand, dass die Nutzungsmöglichkeit in den allermeisten Fällen nicht komplett entfiel, sondern lediglich eingeschränkt wurde. Selbst für den Betreiber einer Spielhalle beispielsweise, der keinerlei Geschäft mehr betreiben konnte,¹¹⁶ verlor der Besitz der Gewerbefläche nicht vollständig an Wert, da sie ihm zumindest noch als sicherer Aufbewahrungsort für seine Automaten diene. Hinzu kamen vielfach modifizierte Gebrauchsmöglichkeiten, z.B. in Form des Lieferservices bei Restaurants oder des Online-Verkaufs bei Einzelhandelsgeschäften. Den Nutzungsverlust im konkreten Fall genau zu bemessen, ist naturgemäß schwierig. Schließlich muss zur Vermeidung von willkürlichen „Grenzeffekten“¹¹⁷ darüber nachgedacht werden, den Nutzungsverlust in demjenigen Ausmaß beim Mieter zu lassen, das ihn auch zu Normalzeiten getroffen hätte, etwa infolge eines Rückgangs der Konsumlaune.¹¹⁸

Ein weiterer Erschwerungsgrund liegt in der Tatsache, dass es anders als im Krönungszugfall um Dauerschuldverhältnisse geht. Dies bedeutet zum einen, dass der von der Pandemie betroffene Gewerbemietter typischerweise kein Interesse an der Beendigung des Vertrages hat, sondern ihn in der Hoffnung auf bessere Zeiten fortführen will.¹¹⁹ Diese Option auf künftige wirtschaftliche Nutzung der Gewerbefläche hat für den bereits in den Startlöchern stehenden Mieter schon gegenwärtig einen Vermögenswert. Zum anderen bedeutet der Dauerschuldcharakter des Vertrages, dass die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie nicht statisch, sondern dynamisch zu beurteilen sind. So sind die zunächst entstandenen Umsatzeinbußen möglicherweise durch Nachholeffekte jedenfalls teilweise ausgeglichen worden.

Die vom BGH befürwortete Einzelfallbetrachtung¹²⁰ lässt Raum für die Berücksichtigung sämtlicher genannter Umstände.¹²¹ Sicherlich wird man

¹¹⁶ So der Sachverhalt in KG COVuR 2021, 409, 417 (Rn. 50).

¹¹⁷ Zu diesem Argument MüKo/Finkenauer, § 313 BGB Rn. 94.

¹¹⁸ Im Rahmen des § 313 ließe sich dieser Abschlag über das Kriterium der „Zumutbarkeit“ vornehmen, das nach zutreffender Sicht keine Tatbestandsvoraussetzung für die Vertragsanpassung, sondern bei der Rechtsfolge zu beachten ist: ausführlich *Martens* ZIP 2021, 1521–1526.

¹¹⁹ Siehe auch *Häublein/Müller* NZM 2020, 482, 485.

¹²⁰ BGH NZM 2022, 99, 105 f. (Rn. 57 ff.).

¹²¹ Dennoch kritisch wegen Fehlens einer genaueren „Segelanleitung“ *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 2/2022 Anm. 1; ähnlich *Drasdo* NJW-Spezial 65, 66; *Emmerich* JuS 2022, 361, 362 („wird nur zu endlosen neuen Streitigkeiten führen“).

niemals umhinkommen, mit gewissen Faustregeln und Pauschalierungen zu arbeiten. Zudem mag es durchaus Fälle geben, in denen eine Halbierung des Mietzinses das sachgerechte Ergebnis ist. Die Begründung liegt dann aber darin, dass der Nutzwert der Gewerbefläche eben genau halbiert wurde, und nicht im Gedanken einer salomonischen Risikoteilung.

4. Die Frage der Anrechnung staatlicher Hilfen

Nach Ansicht des BGH¹²² und zahlreicher Stimmen im Schrifttum¹²³ muss sich der Mieter zur Vermeidung einer Überkompensation erhaltene staatliche Unterstützungsleistungen anrechnen lassen.¹²⁴ Diese Entscheidung ist keineswegs so selbstverständlich, wie es auf den ersten Blick den Anschein haben mag. Denn wenn die staatlichen Leistungen den Zweck hatten, dem Mieter das Risiko *im weiteren Sinne* abzunehmen, vereinfacht gesagt also seine Umsatzausfälle kompensieren sollten, dann wäre nicht einzusehen, warum hiervon mittelbar der Vermieter profitieren sollte.¹²⁵ Eine Überkompensation läge erst ab dem Moment vor, in dem die staatlichen Leistungen so üppig ausfallen, dass sie dem Mieter seinen Bruttogewinn ersetzen, d.h. ohne Abzug der normalerweise anfallenden Mietaufwendungen. Hiervon ist in der Praxis nicht auszugehen.

Und selbst wenn die staatlichen Hilfen immerhin so großzügig ausfielen, dass der Mieter „auf null“ kam und ihm das Pandemierisiko damit im Ergebnis vollständig abgenommen wurde, wäre es nicht per se ein korrekturbedürftiges Ergebnis, wenn im Gegenzug der Vermieter mit den Mietausfällen „sitzengelassen“ würde und damit das Risiko im engeren Sinne trüge. Denn es wäre durchaus denkbar, dass seitens der staatlichen Behörden genau diese Art der einseitigen Risikoentlastung gewünscht war und man die Vermieter nicht für schutzbedürftig hielt.

Die vom BGH favorisierte Anrechnungslösung hingegen tendiert dazu, dass die staatlichen Zuschüsse, obgleich an den Mieter gezahlt, letztlich dem Vermieter das Pandemierisiko abnehmen, weil sie ihm im entsprechenden Verhältnis seinen Anspruch auf den Mietzins erhalten. Auch ein solches Ergebnis mag man rechtspolitisch für wünschenswert halten, doch sollte diese

¹²² Dazu BGH NZM 2022, 99, 105 (Rn. 59).

¹²³ Siehe etwa *Schall* JZ 2020, 388, 394; *Wagner* ZEuP 2020, 531, 539 f.; *Häublein/Müller* NZM 2020, 482, 489; *Zehelein* NZM 2020, 390, 401; *Prütting*, in: *Effer-Uhe/Mohnert* (Fn. 15) 56. Zur Frage, ob und wie staatliche Entschädigungsansprüche zivilrechtlich zu berücksichtigen wären *Scholz* NJW 2020, 2209–2213.

¹²⁴ Anrechnen will der BGH überdies auch Hilfsleistungen, die der Mieter im Falle seines Bemühens erhalten hätte (BGH NZM 2022, 99, 105 (Rn. 61)).

¹²⁵ In diesem Sinne auch *Selke* NZM 2021, 369, 374.

Wertung dann wenigstens bewusst getroffen und transparent gemacht werden. Die vorgestellte Unterscheidung zwischen dem Risiko im engeren und dem Risiko im weiteren Sinne kann auch hierzu einen Beitrag leisten.

VII. Fazit

Die Auswirkungen der Corona-Krise auf Verträge geben Anlass, Begriffe wie „Risikotragung“ und „Risikoteilung“ differenzierter zu verwenden und sich die diesbezüglichen Wertungen des Leistungsstörungsrechts bewusst zu machen. Dass dieses Zufallsschäden im Hinblick auf das vertragliche Synallagma grundsätzlich nach dem Alles-oder-nichts-Prinzip verteilt, schließt keineswegs aus, dass es auf einer übergeordneten Ebene zu einer – vom Gesetz nicht explizit gemachten – Halbteilung des Risikos kommt, indem jede Seite den Verlust ihres Vertragsgewinns hinnehmen muss. Diese Wertung wird kleinen Alltagsunglücken ebenso gerecht wie Großkatastrophen,¹²⁶ weil im einen wie im anderen Fall der mutmaßliche Parteiwille typischerweise dahin gehen wird, dass das anvisierte Äquivalenzverhältnis gewahrt bleibt und im Übrigen jede Seite die ihr entstehenden Einbußen selbst trägt. Kommt es infolge einer Pandemie zur vollständigen Vereitelung des vertraglichen vereinbarten Zwecks und hatte sich der Vermieter diesen explizit oder implizit zu eigen gemacht, muss daher folgerichtig auch die Mietzahlungspflicht vollständig entfallen und nicht bloß salomonisch halbiert werden. Dies bedeutet keineswegs, dass der Vermieter als Sachschuldner nun das gesamte Risiko allein trägt, denn die Folgen des Nutzungsausfalls treffen weiterhin den Mieter als Sachgläubiger. Müsste dieser dem Vermieter obendrein die Hälfte von dessen Vertragsgewinn zahlen, würde das Pandemierisiko gerade nicht gleichmäßig, sondern asymmetrisch zwischen beiden Parteien verteilt.

¹²⁶ Für das Vertragsrecht hat deshalb auch die Unterscheidung zwischen der „kleinen“ und der „großen“ Geschäftsgrundlage keine Bedeutung, siehe auch BeckOGK/*Martens*, § 313 BGB Rn. 58 („Unterscheidung ist für die Anwendung des § BGB § 313 bedeutungslos“); *Lorenz*, in: H. Schmidt (Fn. 19), Rn. 29 („für die konkrete Falllösung irrelevant“). Für „notwendig“ hält die Unterscheidung hingegen MüKoBGB/*Finke-
nauer*, § 313 Rn. 18.

