

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller und Rechtsanwältin Dr. Sophia Schwemmer*

Veranstaltungsabsagen und ihre Folgen für Besucher und Dienstleister

Aufgrund der Corona-Pandemie kommt es zu zahlreichen Veranstaltungsabsagen. Der Beitrag untersucht die schuldrechtlichen Folgen, die sich aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis zwischen Veranstaltern, Dienstleistern und Käufern der Event-Karten ergeben.

I. Einführung

[1] Ein „Stich ins Herz der Veranstalter“¹ – so kommentiert die FAZ die in der „Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 27.8.2020“ gefassten Beschlüsse zur weiteren Bekämpfung der SARS-Cov2-Pandemie.² Da sich größere Menschenansammlungen zu so genannten Superspreading-Events³ entwickeln können, hat die Bund-Länder-Runde vereinbart, dass „Großveranstaltungen, bei denen eine Kontaktverfolgung und die Einhaltung von Hygieneregeln nicht möglich ist, (...) mindestens bis Ende Dezember 2020“ verboten werden sollen.⁴ Mit Blick auf kleinere Veranstaltungen wie Hochzeiten oder Geburtstage werden „alle Bürgerinnen und Bürger (...) gebeten, in jedem Einzelfall kritisch abzuwägen, ob, wie und in welchem Umfang private Feierlichkeiten notwendig und mit Blick auf das Infektionsgeschehen vertretbar sind“⁵.

[2] Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass viele – nach Abflauen der ersten Corona-Welle wieder geplante – Konzerte, Tagungen, Feiern und Messen autonom vonseiten der privaten Veranstalter (erneut) abgesagt werden, selbst wenn kein behördliches Verbot nach § 28 IfSG ausgesprochen werden sollte.

[3] Aus privatrechtlicher Perspektive lässt eine Veranstaltungsstornierung⁶ eine ganze Reihe weiterer Vertragsverhältnisse in Domino-Manier implodieren: Engagierte Musiker können nicht spielen, angemietete Räumlichkeiten nicht genutzt werden, Catering-Unternehmen keine Besucher verköstigen, Sicherheitskräfte ihren Dienst nicht antreten, Hotel- und Flugbuchungen für Besucher und Mitwirkende werden nicht benötigt – die Liste ließe sich fortsetzen.

[4] Die Parteien können für Veranstaltungsabsagen natürlich privatautonome Lösungen vereinbaren; diese wären dann gegenüber den gesetzlichen default rules vorrangig zu beachten.⁷ Allerdings finden sich in den Force-Majeure-Bestimmungen, die bis zum Bekanntwerden der Covid-19-Krise

Anfang 2020 in der Praxis eingesetzt wurden, in der Regel keine spezifisch pandemieadäquaten Lösungen.⁸ Und Privatpersonen werden – selbst wenn sie erst heute eine Veranstaltung planen – nicht immer Pandemie-Klauseln in ihren Verträgen vereinbaren. Es kommt dann auf das Schuldrecht des BGB an. Ob die Veranstaltungsabsage gegenüber allen Beteiligten auf § 646 a BGB gestützt werden kann, soll hier nicht untersucht werden. Denn zum einen wird der zur Kündigung berechtigende wichtige Grund bislang so verstanden, dass der andere Vertragspartner ihn zu verantworten hat; Besucher und Dienstleister haben die Corona-Gefahr jedoch nicht zu verantworten. Zum anderen impliziert eine Veranstaltung eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen, die nicht alle Werkverträge sind. Daher wird eine leistungsindividuelle Beurteilung am Maßstab der §§ 275, 326 BGB vorgenommen.

* Der Autor Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Direktor, die Autorin Schwemmer ist Habilitandin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

1 FAZ v. 28.8.2020, 19.

2 Abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1780458>, alle zitierten Internetseiten zuletzt abgerufen am 17.9.2020.

3 Vgl. zum Begriff zB den SARS-CoV-2-Steckbrief des Robert-Koch-Instituts (Stand 4.9.2020), abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html.

4 Beschluss der Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder v. 27.8.2020, Nr. 14, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1780458>.

5 Beschluss der Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder v. 27.8.2020, Nr. 15.

6 S. zu Veranstaltungsabsagen wegen Corona bereits Weller/Lieberknecht/Habrich NJW 2020, 1017 (1020 f.); Spenner/Estner BB 2020, 852; speziell zu Sportveranstaltungen Alte/Brugger npoR 2020, 165. Vgl. auch Riehm in Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, 11.

7 MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 62, 138 f.

8 Vgl. zu sog. Force-Majeure- und Material-Adverse-Change-Klauseln im Zusammenhang mit der Pandemie Riehm in Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, 11 (13 f.); Liebscher/Zeyher/Steinbrück ZIP 2020, 852 (862 f.); Wagner ZEuP 2020, 531 (533 f.).

[5] Nachfolgend sollen vor diesem Hintergrund zunächst das Vertragsverhältnis zwischen dem Veranstalter und den Besuchern der abgesagten Veranstaltung mit Blick auf das Schicksal von Leistung (unter II) und Gegenleistung (unter III) in den Blick genommen werden, sodann das Vertragsverhältnis des Veranstalters zu den von ihm beauftragten Dienstleistern (unter IV und V).⁹

II. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Leistungserbringung

1. Behördliche Veranstaltungsuntersagung

[6] Die Durchführung einer Veranstaltung ist in der Regel schwerpunktmäßig als werkvertragliche Erfolgspflicht aus § 631 BGB zu qualifizieren, der Veranstalter ist insofern Werkunternehmer. An die Stelle der Abnahme tritt die „Vollendung“ des Werks in Gestalt der Veranstaltungsdurchführung (§ 646 BGB). Bei hoheitlicher Untersagung von Veranstaltungen wird der Veranstalter von seiner Leistungspflicht gegenüber den Besuchern aus § 631 BGB nach § 275 I BGB frei. Es liegt ein Fall der nachträglichen rechtlichen Unmöglichkeit vor; der Schuldner könnte zwar die Veranstaltung de facto durchführen, aber er würde dabei gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen.¹⁰

2. Veranstaltungsabsage zur Infektionsprävention

[7] Der Veranstalter kann die Durchführung einer vertraglich versprochenen Veranstaltung zudem selbst aus Gründen der Infektionsprävention absagen und die Erfüllung der aus § 631 BGB folgenden Veranstaltungsdurchführungspflicht analog § 275 III BGB verweigern.¹¹

[8] Über § 275 III BGB analog sind Pflichtenkollisionen nämlich dahingehend aufzulösen, dass der Schuldner seine Leistung temporär hinter kollidierenden Pflichten und Rechtsgütern der Allgemeinheit zurückstellen kann, sofern eine Interessenabwägung zugunsten Letzterer ausfällt.¹² Zwar handelt es sich bei den Pflichten des Veranstalters regelmäßig nicht um „persönliche“ Pflichten im Sinne des Wortlauts des § 275 III BGB. Die Beschränkung auf persönliche Leistungen wird freilich ohnehin als zu eng angesehen; auch die Erbringung unpersönlicher Leistungen kann für den Schuldner unzumutbar sein.¹³ Insofern ist die Wertung des § 275 III BGB zu verallgemeinern und eine analoge Anwendung auf alle Fälle der Rechtsgüter- und Pflichtenkollision angezeigt.¹⁴ Die Auflösung der Konfliktlage setzt eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Pflichten, Rechtsgüter und Interessen im Einzelfall voraus.¹⁵ Sind die kollidierenden Pflichten und Rechtsgüter höher zu werten als die vertragliche Leistungspflicht, greift das Leistungsverweigerungsrecht des § 275 III BGB.¹⁶

[9] Mit Blick auf die Infektionsgefahr durch Corona kann sich der Veranstalter gegenüber der vertraglichen Leistungspflicht zum einen auf seine Rücksichtspflicht aus § 241 II BGB (in der Variante der auf das Integritätsinteresse zielenden Schutzpflicht¹⁷) gegenüber der Gesamtheit der Besucher berufen. Diese kann auch nicht durch eine etwaige individuelle Einwilligung eines Teilnehmers in das eigene Infektionsrisiko zulasten der anderen Besucher (begünstigte Dritte) aufgehoben werden. Vor allem aber kann der Veranstalter

anführen, keinen (weiteren) Infektionsherd schaffen zu wollen, der sich zulasten der gesamten Bevölkerung auswirken kann. In die Interessenabwägung nach § 275 III BGB können dabei schon aus verfassungsrechtlichen Gründen auch Interessen Dritter, die Gegenstand einer grundrechtlichen Schutzpflicht sind, einzubeziehen sein.¹⁸

[10] Schließlich spricht für die Befreiung des Veranstalters von seiner Vertragsdurchführungspflicht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung: Das mit einschneidenden Corona-Verordnungen verfolgte Ziel der Eindämmung der Pandemie muss auch in der Interessenabwägung nach § 275 III BGB Berücksichtigung finden. An der Leistungsbefreiung des Veranstalters hat die Allgemeinheit angesichts der Infektiosität von mit dem neuartigen Virus infizierten Personen insbesondere auch im asymptomatischen Zustand und der offenbar erheblichen Ansteckungsgefahr bei größeren Veranstaltungen ein vitales Interesse.

[11] Umgekehrt dürfte das Interesse vieler Besucher an der Erbringung der vertraglichen Leistung durchaus gemindert sein, wenn der Besuch der Veranstaltung mit Ansteckungsrisiken einhergeht. Vor diesem Hintergrund lässt sich ein überwiegendes Interesse an der Absage der Veranstaltung bejahen.¹⁹

III. Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht der Besucher

[12] Die Corona-Pandemie hat der Veranstalter nicht zu vertreten. Er haftet daher auch nicht nach §§ 280 I und III, 283 S. 1, 284 BGB für Schäden und frustrierte Aufwendungen veränderter Besucher. Dies gilt selbst dann, wenn der Veranstalter bei Vertragsschluss Kenntnis von der Möglichkeit eines behördlichen Verbots hatte; denn anders als bei der Verantwortlichkeit iSd § 326 II 1 Alt. 1 BGB begründet die Kenntnis von einer drohenden künftigen Unmöglichkeit im Rahmen des § 283 BGB kein Vertretenmüssen.

9 Vgl. zum Verhältnis von Unmöglichkeit (§§ 275, 326 BGB) einerseits und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) andererseits *J. Prütting in Effer-Uebel-Mohnert*, Vertragsrecht in der Coronakrise, 47 sowie *Weller/Schwemmer*, FS Grunewald, 2021.

10 MüKoBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 43; speziell zu Veranstaltungsabsagen aus Infektionsschutzgründen auch *Spenner/Estner* BB 2020, 852 (853).

11 Vgl. auch *Hauck/Stephan* JuS 2012, 585 (587 f.) zur Absage von Sportveranstaltungen.

12 Näher *Weller*, Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-)Staaten, 2013, 52 ff.

13 *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, 66 ff., 176 ff.; *Soergel/Ekkengal/Kuntz*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 275 Rn. 181; MüKoBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 114.

14 MüKoBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 114; *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, 2004, 127 ff., 372; *Weller*, Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-)Staaten, 52 ff.; aA (§ 242 oder § 313 BGB) *Looschelders*, Schuldrecht AT, 17. Aufl. 2019, Rn. 480; *BeckOGK/Riehm*, 1.2.2020, § 275 BGB Rn. 267.

15 Zur Abwägung MüKoBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 118 ff. Vgl. auch *BAG* NJW 1983, 2782 (2784).

16 *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, 320 ff.

17 Grdl. zu Schutzpflichten als schuldrechtlichen Nebenpflichten *Stoll* AcP 136 (1932), 257 (288 f.).

18 *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, 352 ff.; *Weller*, Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-)Staaten, 52 ff.; vgl. zur Leistungsverweigerung aus Wissensgründen auch *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 482.

19 Vgl. auch schon *Weller/Lieberknecht/Habrigh* NJW 2020, 1017 (1020); *Bisges* Stiftung & sponsoring 5/2017, 44 vertritt dieses Ergebnis für die Absage von Veranstaltungen als Zeichen der Opfersolidarität oder aus Trauer im Nachgang terroristischer Anschläge wie dem Weihnachtsmarktanschlag in Berlin.

1. Rückerstattung der Vergütung

[13] Das fehlende Vertretenmüssen immunisiert ihn indes weder gegen den Verlust seines Gegenleistungsanspruchs (§ 326 I 1 BGB) noch gegen den Wegfall von Einnahmen aus Sponsoring.²⁰ Wurde die Gegenleistung schon erbracht (zB die Eintrittskarte bereits gekauft), haben die Besucher gegen den Veranstalter einen Anspruch auf Rückzahlung aus §§ 346 I, 326 IV BGB. Aufgrund dieser Rückzahlungspflichten können den Veranstaltern erhebliche Liquiditätseinbußen drohen.

2. Gutscheinelösung

[14] Um die Existenz vieler Veranstalter zu sichern, hat der Gesetzgeber für Freizeitveranstaltungen und Freizeiteinrichtungen eine Gutscheinelösung eingeführt:²¹ Nach dem am 20.5.2020 in Kraft getretenen „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE)“ vom 15.5.2020²² wird in einem neuen § 5 des Art. 240 EGBGB geregelt, dass Veranstalter bei pandemiebedingten Absagen oder Betreiber von pandemiebedingt geschlossenen Einrichtungen berechtigt sind, den Kunden anstelle der Erstattung des Eintrittspreises einen Gutschein zu übergeben. Die Regelung gilt indes nur für vor dem 8.3.2020 erworbene Eintrittsberechtigungen. Die Auszahlung des Nennbetrags kann der Kunde nur verlangen, wenn der Verweis auf den Gutschein für ihn aufgrund seiner persönlichen Lebensumstände unzumutbar ist oder er den Gutschein bis zum 31.12.2021 nicht eingelöst hat.

[15] Der Gesetzgeber schafft so eine zeitlich befristete „Surrogatslösung“,²³ die quer zu den Erfüllungsmodalitäten des allgemeinen Schuldrechts liegt. So hat die Übergabe des Gutscheins für sich genommen noch keine Erfüllungswirkung hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs (keine Leistung an Erfüllung statt iSd § 364 I BGB). Sie ähnelt vielmehr einer Leistung erfüllungshalber: Dem Gläubiger wird mit dem Gutschein ein anderer als der geschuldete Gegenstand überlassen, die ursprüngliche Forderung bleibt aber bestehen, bis der Gläubiger durch die Verwertung des Gutscheins befriedigt ist. Anders als bei der Leistung erfüllungshalber bedarf es zur Hingabe des Gutscheins aber gerade keiner Vereinbarung der Parteien,²⁴ sondern der Veranstalter kann hierüber einseitig entscheiden. Umgekehrt ist der Besucher nicht verpflichtet, seine Befriedigung aus dem Gutschein zu suchen,²⁵ sondern er kann ab dem 1.1.2022 wieder seinen ursprünglichen Rückzahlungsanspruch geltend machen. Dieser wird also durch die Sonderregelung nur weiträumig gestundet,²⁶ um die Veranstalter vor existenzbedrohenden Liquiditätsabflüssen zu schützen.²⁷

IV. Auswirkungen von Veranstaltungsabsagen auf Dienstleister

[16] Die Absage einer Veranstaltung wirkt sich auf eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen in der Leistungskette aus. Vertragspartner von Veranstaltern sind Dienstleister wie etwa Messebauer, Sicherheitsdienste, Vermieter von Bühnentechnik oder Catering-Anbieter; ferner haben Veranstalter Künstler oder Redner verpflichtet, Fotografen bestellt,

Räumlichkeiten angemietet und Hotelzimmer und Flüge für die Mitwirkenden gebucht.

1. Unmöglichkeit der Dienstleistung nach § 275 I BGB

[17] Ob die Pflicht der Dienstleister gegenüber dem Veranstalter zur Erbringung dieser Leistungen infolge der Veranstaltungsabsage ebenfalls iSd § 275 I BGB unmöglich wird, hängt einerseits vom genauen Inhalt der behördlichen Anordnungen²⁸ und andererseits von der Definition der Leistungspflichten im jeweiligen Vertragsverhältnis ab. Beispielsweise untersagte die SARS-CoV-2-Infektionsschutz-VO für das Land Berlin zeitweise explizit das gemeinsame Singen in geschlossenen Räumen.²⁹ Damit wurde einem Chor, der für eine Veranstaltung gebucht war, die Erbringung seiner Leistung rechtlich unmöglich. Dem Fotografen, der Bilder von einer Veranstaltung machen sollte, wird seine Leistung hingegen tatsächlich unmöglich, wenn diese Veranstaltung nicht stattfindet. Andere Dienstleister wären auch in Zeiten der Pandemie sowohl tatsächlich als auch rechtlich leistungsfähig: Der Konzertpianist könnte für sich genommen ohne Verstoß gegen die Infektionsschutzverordnungen das vereinbarte Klavierkonzert spielen, der Security-Service Sicherheitspersonal stellen und der Caterer Häppchen liefern.

2. Geschäft mit absolutem Fixcharakter

[18] Mit Verstreichen des Veranstaltungszeitpunkts wird häufig auch in diesen Fällen Unmöglichkeit nach § 275 I BGB eintreten, wenn ein so genanntes absolutes Fixgeschäft vorliegt. Ein solches ist anzunehmen, wenn nach der vertraglichen Vereinbarung die Leistungszeit derart wichtig ist, dass die Leistung nur zu einem bestimmten Zeitpunkt, danach aber überhaupt nicht mehr erbracht werden kann, weil sie dann eine völlig andere wäre, mit der der Leistungszweck des Gläubigers nicht mehr verwirklicht werden kann.³⁰ Dies wird bei Engagements von Künstlern für ein Konzert oder bei Rednern für eine Veranstaltung in aller Regel anzunehmen sein. Die verspätete Leistung ist hier regelmäßig nicht mehr vertragsgemäß; nur in Ausnahmefällen, beispielsweise bei Auftritten bekannter Solokünstler, wird der Veranstalter

20 Näher *Jedlitschka* GRUR 2014, 842 (843 ff.).

21 Vgl. die Begründung eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht, BT-Drs. 19/18697, 5.

22 BGBl. 2020 I 948.

23 BeckOGK/Preisser, 15.7.2020, Art. 240 § 5 EGBGB Rn. 15.

24 Vgl. zur Leistung erfüllungshalber insoweit nur BeckOGK/Looschelders, 1.6.2020, § 364 BGB Rn. 34; MüKoBGB/Fetzer, § 364 Rn. 7.

25 So aber bei der Leistung erfüllungshalber (Verwertungspflicht), vgl. BeckOGK/Looschelders, § 364 BGB Rn. 38; MüKoBGB/Fetzer, § 364 Rn. 13.

26 So auch *Liebscher/Zeyher/Steinbrück* ZIP 2020, 852 (856).

27 Vgl. zur bilanziellen Behandlung dieser Gutscheine und den damit verbundenen Auswirkungen auf die Insolvenzantragspflicht *Schwemmer* DStR 2020, 1585.

28 Dies betont zu Recht *Riehm* in *Effer-Uhe/Mohnert*, Vertragsrecht in der Coronakrise, 11 (40).

29 § 5 I der SARS-CoV-2-Infektionsschutz-VO des Senats v. 23.6.2020. Seit dem 10.8.2020 ist das gemeinsame Singen wieder unter strengen Auflagen erlaubt, vgl. dazu das Hygienerahmenkonzept für Kultureinrichtungen im Land Berlin, <https://www.berlin.de/sen/kulteu/aktuelles/corona> sowie § 5 I der geltenden SARS-CoV-2-Infektionsschutz-VO des Senats v. 11.8.2020.

30 MüKoBGB/Ernst, § 275 Rn. 50.

ein Interesse an der Nachholung der Leistung haben.³¹ Auch wenn der Pianist also leistungsfähig gewesen wäre, entfällt seine Leistungspflicht gem. § 275 I BGB mit Verstreichen des Konzerttermins, wenn ihm der Veranstalter keine Bühne zur Verfügung gestellt und auch sonst die Darbietungsleistung nicht abgerufen hat. Dies gilt auch für das für eine bestimmte Veranstaltung engagierte Catering-Unternehmen und die bereits verpflichteten Sicherheitsleute.

3. Verwendungsrisiko des Gläubigers

[19] Andere Leistungen bleiben hingegen mangels Fixschuldcharakters unabhängig von der Veranstaltungsabsage möglich, beispielsweise gebuchte Zug- und Flugtickets für anreisende Künstler oder Redner. Hier entfällt nur das Interesse des Gläubigers an der Leistung, während die Leistung weiterhin vertragsgemäß erbracht werden kann. Grundsätzlich trägt jedoch der Gläubiger das Verwendungsrisiko.³² Eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertragstreue ist hier allenfalls nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage denkbar.³³

V. Auswirkungen von Veranstaltungsabsagen auf die Vergütung der Dienstleister

1. Grundsatz: Wegfall des Gegenleistungsanspruchs (§ 326 I 1 BGB)

[20] Sofern die Leistung des Dienstleisters infolge der Absage der Veranstaltung unmöglich wird (§ 275 I BGB), entfällt infolge der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung gem. § 326 I 1 BGB grundsätzlich auch die Vergütungspflicht des Veranstalters. Der Dienstleister kann dann nur den Ersatz etwaiger Aufwendungen analog § 670 BGB verlangen. § 326 II 1 BGB macht hiervon allerdings eine Ausnahme, wenn der Veranstalter den die Unmöglichkeit begründenden Umstand zu verantworten hat (Alt. 1) oder dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist (Alt. 2). Liegt einer dieser Ausnahmefälle vor, behält der Dienstleister seinen Vergütungsanspruch gegen den Veranstalter (unter Anrechnung seiner ersparten Aufwendungen, § 326 II 2 BGB).

2. Ausnahme: Verantwortlichkeit des Gläubigers (§ 326 II 1 Alt. 1 BGB)

a) Pflicht des Gläubigers zur Leistungsannahme und Mitwirkung

[21] Mangels gesetzlicher Konkretisierung des Begriffs der „Verantwortlichkeit“ des Gläubigers iSd § 326 II 1 Alt. 1 BGB werden insoweit auch nach der Schuldrechtsreform verschiedene Ansätze diskutiert.³⁴ Weitgehende Einigkeit besteht in der Literatur aber zu Recht darüber, dass eine Verantwortlichkeit des Gläubigers anzunehmen ist, wenn er erforderliche Mitwirkungshandlungen bei der Leistungserbringung nicht vornimmt.³⁵ Der Veranstalter ist nicht nur Sachleistungsgläubiger der Dienstleistung, sondern in einer Person zugleich auch Schuldner einer auf Mitwirkung und Leistungsannahme gerichteten Rücksichtspflicht (§§ 241 II, 242 BGB).³⁶ Es handelt sich bei Mitwirkung und Annahme nicht nur um eine Obliegenheit (§§ 293, 642 BGB), sondern

darüber hinausgehend um eine Nebenpflicht, die im Kaufrecht ausdrücklich kodifiziert ist (§ 433 II BGB) und im Werkvertragsrecht sowie bei sonstigen Vertragsverhältnissen, die eine Mitwirkung des Gläubigers erfordern, von der Rechtsprechung aus § 242 BGB abgeleitet wird.³⁷

[22] Dieser Mitwirkung des Veranstalters stehen in Zeiten der Pandemie nun neue Hindernisse entgegen; der Veranstalter verweigert seine Mitwirkung nicht willkürlich, sondern weil ihm die Durchführung der Veranstaltung unmöglich oder unzumutbar ist. Sofern diese der Mitwirkungshandlung entgegenstehenden Hindernisse bereits bei Vertragsschluss erkennbar waren, dürfte eine Verantwortlichkeit des Veranstalters dennoch zu bejahen sein. Nach der vom Sachleistungsschuldner auf den Mitwirkungsschuldner übertragbaren Wertung des § 311 a BGB hat sich der Gläubiger grundsätzlich bei Vertragsschluss zu vergewissern, dass er seine Mitwirkungshandlungen erbringen kann.³⁸ Ein Veranstalter, der also mitten in der Pandemie trotz bestehender Veranstaltungsverbote eine Präsenzveranstaltung plant und hierzu Dienstleister und Künstler verpflichtet, wird – so er keine anderweitige vertragliche Regelung trifft – das Risiko der Durchführbarkeit der Veranstaltung zu tragen haben. In Anlehnung an das „Sonderleistungsstörungsrecht“ des Art. 240 BGB dürfte eine Erkennbarkeit regelmäßig bei Vertragsschlüssen ab dem 8.3.2020 anzunehmen sein.³⁹

[23] Etwas anderes gilt bei Mitwirkungshindernissen, die bei Vertragsschluss nicht erkennbar waren,⁴⁰ das heißt für all diejenigen Verträge, die vor der ersten Welle der Pandemie geschlossen wurden. Entsprechendes gilt für Veranstaltungen, die im Rahmen der aktuell geltenden Corona-Verordnungen erlaubt sind. Spätere etwaige Verschärfungen der Corona-Verordnungen sind vom Gläubiger, wenn sie sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht schon aufdrängen mussten, angesichts der Unvorhersehbarkeit des Pandemieverlaufs unseres Erachtens ebenfalls nicht zu verantworten.

b) Keine Gläubigerverantwortlichkeit bei Pflichtenkollision analog § 275 III BGB

[24] Bei eigenverantwortlichen Absagen ist eine Verantwortlichkeit ebenfalls nicht gegeben, soweit die Stornierung aufgrund einer Pflichtenkollision analog § 275 III BGB erfolgte. Zwar könnte man bei rein faktischer Betrachtung durchaus argumentieren, dass der Veranstalter seine autonome Entscheidung zur Absage zu „verantworten“ hat iSd § 326 II 1 Alt. 1 BGB. Jedoch wird man auch den Begriff der „Verantwortlichkeit“ normativ verstehen müssen: Wo der Veranstalter sich auf die Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung

31 So auch die ganz überwiegende Auffassung in der Literatur, vgl. MüKoBGB/Ernst, § 275 Rn. 42; BeckOGK/Looschelders, 1.8.2020, § 323 BGB Rn. 182; Spenner/Estner BB 2020, 852 (853); aA aber Riehm in Effer-Uebel/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, 11 (36 u. 40).

32 MüKoBGB/Ernst, § 275 Rn. 167.

33 Hierzu Prütting in Effer-Uebel/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, 47 sowie Weller/Schwemmer, FS Grunewald.

34 Vgl. für einen Überblick über den Diskussionsstand MüKoBGB/Ernst, § 326 Rn. 52 ff.; Kern AcP 200 (2000) 684 (689 f.).

35 BeckOGK/Herresthal, 1.6.2019, § 326 BGB Rn. 195; MüKoBGB/Ernst, § 326 Rn. 59; BeckOK BGB/H. Schmidt, 1.5.2020, § 326 Rn. 14.

36 Weller, Die Vertragstreue, 2009, 526 ff.

37 Weller, Die Vertragstreue, 526 ff.

38 BeckOGK/Herresthal, § 326 BGB Rn. 216.

39 Liebscher/Zeyher/Steinbrück ZIP 2020, 852 (859).

40 BeckOGK/Herresthal, § 326 BGB Rn. 216.

nach § 275 III BGB analog berufen kann, weil er anderenfalls kollidierende Pflichten (Gesundheitsschutz gegenüber allen Teilnehmern und der Allgemeinheit) verletzen würde, muss man diese kollidierenden Pflichten konsequenterweise auch im Verhältnis zu den Dienstleistern als zwingende Mitwirkungshindernisse anerkennen, die eine Verantwortlichkeit des Gläubigers ausschließen. Für die Zwecke der „Verantwortung“ des Gläubigers nach § 326 II 1 Alt. 1 BGB besteht somit kein Unterschied zwischen einer Veranstaltungsabsage infolge behördlicher Anordnung und einer solchen infolge einer Abwägungsentscheidung analog § 275 III BGB.

[25] Die im Rahmen des § 275 III BGB getroffene Wertungsentscheidung (Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung aufgrund der anerkanntswerten Bemühungen um den Infektionsschutz) und die Wertungen im Verhältnis zu den Endkunden und den Dienstleistern laufen damit jeweils gleich: Wenn es dem Veranstalter

- als Sachleistungsschuldner der Veranstaltung gegenüber den Endkunden (und der Allgemeinheit) aus Gründen des Gesundheitsschutzes unzumutbar ist, die Veranstaltung durchzuführen, muss Entsprechendes auch gelten, wenn es
- um die Rolle des Veranstalters als Gläubiger der Dienstleistung (und zugleich Schuldner der Mitwirkungs- und Leistungsannahmepflicht) im Verhältnis zu den Dienstleistern geht.

[26] In beiden Rechtsbeziehungen muss die Wertung des § 275 III BGB eine Rolle spielen. Dies hat im Verhältnis zum Dienstleister die Konsequenz, dass der Veranstalter die Nichtleistung im Rahmen des § 326 II 1 Alt. 1 BGB *nicht* zu verantworten und er daher auch keine Vergütung zu entrichten hat.

3. Ausnahme: Annahmeverzug des Gläubigers (§ 326 II 1 Alt. 2 BGB)

[27] Erhalten bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung auch, wenn der die Unmöglichkeit begründende Umstand nicht vom Schuldner (Dienstleister) zu vertreten ist und zu einer Zeit eintritt, zu der der Gläubiger (hier: der Veranstalter) im Annahmeverzug ist (§ 326 II 1 Alt. 2 BGB). Die Regelung erfasst gerade den aus Sicht der Parteien zufälligen Ausschluss der Leistungspflicht, denn der Annahmeverzug verlangt kein Vertretenmüssen.⁴¹ Allerdings setzt der Annahmeverzug die Möglichkeit der Leistung voraus, so dass der Annahmeverzug dem Eintritt der Unmöglichkeit zeitlich vorausgehen hat.⁴²

[28] Bei den im Veranstaltungsbereich häufig absoluten Fixschulden ist dies zweifelhaft, denn dort treten mit Ablauf des Leistungszeitpunkts Annahmeverzug und Unmöglichkeit im Grunde gleichzeitig ein. Das Verhältnis von Annahmeverzug und Unmöglichkeit ist dementsprechend Gegenstand einer intensiven dogmatischen Diskussion.⁴³ Die inzwischen wohl überwiegende Auffassung geht bei dauerhaften Leistungshindernissen von einem Vorrang der Unmöglichkeit aus, das heißt § 326 II 1 Alt. 2 BGB greift mangels Möglichkeit der Leistung im Zeitpunkt der Verweigerung der Annahme nicht ein. Dies bedeutet aber nicht, dass der Anspruch auf die Gegenleistung in jedem Fall untergeht. Insoweit kommt es vielmehr auf die vertragstypenspezifischen Gefahrtragungsregeln des besonderen Schuldrechts, das heißt der §§ 537, 615, 645 BGB an, die dem Gläubiger vielfach die Gegenleistungsgefahr aufbürden⁴⁴ und im Folgenden skizziert werden.

4. Gefahrtragungsregeln und Wertungen des besonderen Schuldrechts

[29] Die Gefahrtragungsregeln und Wertungen des besonderen Schuldrechts bilden neben § 326 II 1 BGB ebenfalls eine Ausnahme zu § 326 I BGB und haben bei Vorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen zur Konsequenz, dass der Gegenleistungsanspruch (Vergütung) bestehen bleibt.

a) Mietverträge

[30] § 537 I BGB bürdet dem Mieter das Verwendungsrisiko auf, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Verwendung der Mietsache gehindert ist.⁴⁵ Einen solchen vergütungserhaltenden persönlichen Grund wird man beispielsweise annehmen können, wenn ein Veranstaltungsbesucher ein Hotelzimmer angemietet hat, er aber wegen einer Quarantänemaßnahme oder wegen Grenzschließungen nicht anreisen kann; denn diese Hinderungsgründe gelten nicht für jedermann, sondern nur für den konkreten Mieter in seiner Person. In diesem Fall hat der verhinderte Hotelgast die Miete für das Zimmer zu entrichten.

[31] Hingegen betrifft eine behördliche Verfügung, die das Mietobjekt für den Publikumsverkehr schließt, die Verwendbarkeit der Mietsache. So stellt die behördliche Schließung eines Konzertsaals für den Publikumsverkehr ein sachbezogenes Leistungshindernis dar. § 537 BGB greift hier nicht.⁴⁶ Bis zur Überlassung der Mietsache bleibt es daher beim Wegfall der Gegenleistungspflicht nach § 326 I 1 BGB. Erfolgt die behördliche Schließung erst nach Gebrauchsüberlassung, so verdrängen die Gewährleistungsregeln der §§ 536 ff. BGB das Unmöglichkeitensrecht; sachbezogene Nutzungshindernisse können dann als Mietmangel zur Minderung oder gar zum Entfallen der Mietzahlungspflicht führen (§ 536 BGB).⁴⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Verwendbarkeitshindernisse außerhalb der Einflussphäre des Vermieters liegen, so etwa bei Naturkatastrophen.⁴⁸ Denn den Vermieterigentümer trifft – entsprechend der überlieferten *Maxime des casum sentit dominus*⁴⁹ – das grundsätzliche Verwendbarkeitsrisiko seiner Sache.⁵⁰

41 BeckOGK/Herresthal, § 326 BGB Rn. 251.

42 Dazu auch BeckOGK/Herresthal, § 326 BGB Rn. 260; *Canaris*, FS Prölss, 2009, 21 (24).

43 Einen Überblick über die vertretenen Theorien geben *Canaris*, FS Prölss, 21 (22 f.); BeckOGK/Riehm, § 275 BGB Rn. 123 f.; *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, § 10, 256 ff.

44 *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969, 230; *Köhler*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971, 18; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 24 Rn. 11 ff.; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2017, § 36 Rn. 9; *Staudinger/Feldmann*, BGB, Neubearb. 2019, Vorb. zu §§ 293 ff. Rn. 8; *Canaris*, FS Prölss, 21 (40 f.). S. auch BAG NJW 2016, 1608 Rn. 26.

45 *BGH* NJW-RR 2010, 1016 Rn. 17 mwN; BeckOGK/Harke, 1.7.2020, § 537 BGB Rn. 1.

46 BeckOGK/Harke, § 537 BGB Rn. 1.

47 Ausf. mit Bezug auf Gewerbemietverträge bereits *Weller/Thomale* BB 2020, 962 (964 f.); mit eingehender Analyse gebräuchlicher Klauseln in Gewerbemietverträgen auch *Krepold* WM 2020, 726 (729 ff.); aA *Schall* JZ 2020, 388; *Zebelein* NZM 2020, 390 (392); *Kumkar/Voß* ZIP 2020, 893, 897; *Sittner* NJW 2020, 1169 (1171); *Riehm* <https://community.beck.de/2020/08/27/lg-heidelberg-zu-corona-in-der-gewerberaumtiete-keine-unmoeglichkeit-kein-mangel-keine-geschaeftsgrundlage>.

48 *MüKoBGB/Häublein*, 8. Aufl. 2020, § 536 Rn. 23.

49 Vgl. auch BeckOGK/Finkenauer, § 313 BGB Rn. 69, 231, 243 f. mwN.

50 Näher *Weller/Thomale* BB 2020, 962 (964 f.).

b) Dienstverträge

[32] Eine ähnliche Wertung enthält für Dienstverträge § 615 S. 1 BGB: Auch hier behält der persönlich leistungsfähige Dienstverpflichtete trotz des Fixschuldcharakters seiner Dienstverpflichtung den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Dienstherr seine Leistung nicht abruft. § 615 S. 1 BGB suspendiert für das Dienstvertrags- und Arbeitsrecht das für § 326 II 1 Alt. 2 BGB geltende Dogma vom Ausschluss des Annahmeverzugs bei Unmöglichkeit absoluter Fixschulden. Dies gilt auch dann, wenn der Dienstherr das Leistungshindernis nicht zu verantworten hat (sog. Annahmehindernis).⁵¹ § 615 S. 1 weist dem Dienstherrn die Substratsgefahr zu, das heißt er trägt das Risiko, die vom leistungsbereiten und -fähigen Dienstverpflichteten angebotene Leistung wegen einer Störung des beim Dienstherrn liegenden Arbeitssubstrats nicht annehmen zu können.⁵² Veranstaltungsverbote treffen diesen Organisations- und Planungsbereich des Veranstalters. Entsprechend hat der Veranstalter beispielsweise gegenüber dem für die Veranstaltung gebuchten Sicherheitspersonal die versprochene Vergütung auch im Fall der Corona-bedingten Absage der von ihm organisierten Veranstaltung zu zahlen; Gleiches gilt gegenüber (aufgrund von Dienstverträgen tätigen⁵³) Orchestermusikern, Schauspielern und Tänzern, die an geplanten Produktionen des Dienstherrn in Folge der Veranstaltungsverbote nicht mitwirken können.⁵⁴

[33] Auch hier ist aber differenziert zu fragen, ob der Dienstverpflichtete tatsächlich nach den Infektionsschutzverordnungen noch leistungsfähig ist: Wenn, wie zeitweise in Berlin,⁵⁵ explizit das Singen in geschlossenen Räumen untersagt ist, so sind die Chorsänger als Dienstverpflichtete selbst Adressaten des Verbots und damit rechtlich nicht in der Lage, dem Dienstherrn ihre Leistung anzubieten und ihn in Annahmeverzug zu versetzen (vgl. § 297 BGB). In einem solchen Fall kann mangels Leistungsfähigkeit der Sänger der Anspruch auf die Gage entfallen.⁵⁶

c) Werkverträge

[34] Als Ausnahme zu § 326 I BGB greifen bei Werkverträgen die §§ 644, 645 BGB als besondere Gefahrtragungsregeln. Bis zur Abnahme oder Vollendung (§§ 640, 646 BGB) trägt der Unternehmer die Leistungs- und Gegenleistungsgefahr, § 644 BGB. Eine Ausnahme davon macht lediglich § 645 BGB (analog), wenn der Grund für den Untergang vom Besteller zu verantworten ist.⁵⁷ Die Covid-19-Pandemie hat der Veranstalter aber bei normativer Auslegung unter Berücksichtigung des Ziels des Infektionsschutzes gerade nicht zu verantworten. Hier gelten die gleichen Erwägungen wie im Rahmen des § 326 II 1 Alt. 1 BGB. Es handelt sich um die Realisierung eines allgemeinen Lebensrisikos. Damit bleibt es bei der Wertung des § 641 BGB: Ohne Abnahme des Werks ist keine Vergütung geschuldet. Bei Werkverträgen mit Caterern oder Werbeagenturen oder für eine Veranstaltung gebuchten Orchestern⁵⁸ wird der Veranstalter also von seiner Leistungspflicht frei.

VI. Zusammenfassung in Thesenform

[35] Bei Veranstaltungsabsagen aufgrund behördlicher Veranstaltungsverbote werden die Veranstalter gegenüber

den Besuchern von ihrer Leistungspflicht aus § 631 BGB wegen Unmöglichkeit frei, § 275 I BGB.

[36] Bei vorsorglichen Absagen aus Gründen des Infektionsschutzes können sich die Veranstalter gegenüber den Besuchern auf eine Unzumutbarkeit der Leistung (Veranstaltungsdurchführung) analog § 275 III BGB berufen.

[37] Die Besucher einer abgesagten Veranstaltung haben nach § 326 I, IV iVm § 346 I BGB einen Anspruch auf Erstattung des Eintrittspreises. Für Eintrittsberechtigungen, die vor dem 8.3.2020 erworben wurden, hat der Gesetzgeber allerdings eine „Gutscheinelösung“ eingeführt, um die Veranstaltungsbranche vor existenzgefährdenden Liquiditätsabflüssen zu schützen.

[38] Der Veranstalter ist Sachleistungsgläubiger einer Vielzahl von Verträgen mit Dienstleistern wie Künstlern, Catering-Unternehmen, Vermietern und Sicherheitsfirmen. Gegenüber den verschiedenen Dienstleistern trifft die Veranstalter zwar grundsätzlich eine aus §§ 242, 241 II BGB folgende Leistungstreuepflicht, die sie zur Durchführung der Veranstaltung verpflichtet (Leistungsannahme und Mitwirkung bei der Vertragsdurchführung). Allerdings ist auch diese Vertragsdurchführungspflicht der Veranstalter nach § 275 III BGB analog eingeschränkt.

[39] Bei Veranstaltungen handelt es sich überwiegend um absolute Fixgeschäfte. Findet die Veranstaltung nicht statt, werden die Leistungspflichten der Dienstleister gegenüber dem Veranstalter nach § 275 I BGB mit Zeitablauf nachträglich unmöglich.

[40] Der Veranstalter hat die Unmöglichkeit wegen § 275 III BGB analog (so) in der Regel nicht zu verantworten (§ 326 II 1 Alt. 1 BGB) und wird daher seinerseits nach § 326 I BGB grundsätzlich von seiner Pflicht zur Entgeltleistung frei.

[41] Bei Dienstverträgen behalten die Dienstleister allerdings regelmäßig ihren Vergütungsanspruch, denn gem. § 615 S. 1 BGB trägt der Veranstalter die Substratsgefahr. Etwas anderes gilt nur dann, wenn behördliche Verbote den Dienstleister als solchen adressieren. ■

51 Vgl. nur *ErfK/Preis*, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 7; *Luke NZA* 2004, 244 (245); aA aber *BAG NZA* 1999, 1166.

52 *Picker JZ* 1985, 693 (699); *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 615 Rn. 199; *Fischinger/Hengstberger NZA* 2020, 559 (560). Die für Arbeitsverträge in § 615 S. 3 BGB kodifizierte Betriebsrisikolehre ist als Unterfall dieser Substratsgefahrtragung zu begreifen, vgl. nur *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 615 Rn. 212 mwN; *MüKoBGB/Henssler*, § 615 Rn. 107; *Picker*, FS Huber, 2006, 497 (538); *Reichold ZfA* 2006, 223.

53 Vgl. zur Abgrenzung zu Werkverträgen mit Künstlern *MüKoBGB/Müller-Glöge*, 7. Aufl. 2016, § 611 Rn. 136.

54 Ebenso *Fischinger/Hengstberger NZA* 2020, 559 (560); aA *Spenner/Estner BB* 2020, 852 (855): Preisgefahr der Künstler bei behördlichen Veranstaltungsabsagen.

55 Vgl. § 5 SARS-Cov-2 Infektionsschutz-VO des Senats v. 23.6.2020.

56 So *Fischinger/Hengstberger NZA* 2020, 559 (562). Ohne diese Differenzierung *Canaris*, FS Prölss, 21 (39) mit dem Beispiel einer Schauspielerin, die im Fall eines Aufführungsverbots im gesamten deutschsprachigen Raum ihre Leistungskapazität verliere.

57 Vgl. *BeckOKBGB/Voit*, 1.5.2020, § 645 Rn. 18 ff.; ähnl. auch *MüKoBGB/Busche*, 8. Aufl. 2020, § 645 Rn. 15. Vgl. zur weitergehenden Sphärentheorie zB *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, § 24 Rn. 8 ff.; *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2014, § 645 Rn. 31; *Kern AcP* 200 (2000) 684 (689 f.).

58 Aufführungsverträge mit Orchestern, Ensembles oder Solokünstlern haben regelmäßig werkvertraglichen Charakter, vgl. *MüKoBGB/Müller-Glöge*, § 611 Rn. 136.