

## § 10 Unmöglichkeit

**Weiterführende Literatur:** Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 43; ders., Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1815; Fischer, Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1923; Maier-Reimer, Totgesagte leben länger! Die Unmöglichkeit aus der Sicht der Praxis, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, das neue Schuldrecht in der Praxis 2003, 291.

### 1. Einführung

Betrachtet man ein Schuldverhältnis (im engeren Sinne) als eine auf die Erbringung einer Leistung gerichtete Rechtsbeziehung, kann diese Rechtsbeziehung dadurch gestört sein, dass die Leistungserbringung dem Schuldner überhaupt nie möglich war oder nicht mehr möglich ist. Diese Art der Leistungsstörung nennt man Unmöglichkeit; sie ist nicht gesetzlich definiert. Für die Fälle der Unmöglichkeit enthalten die §§ 275, 280, 283, 311a und 326 BGB eine im Ergebnis befriedigende, wenngleich ein wenig komplizierte Lösung.

Unmöglichkeit einer Leistung liegt vor, wenn sie

- (1) aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen
- (2) auf Dauer nicht (mehr) erbracht werden kann.

#### 1.1 Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit

**Tatsächliche Unmöglichkeit** ist anzunehmen, wenn die Leistung aus naturgesetzlichen Gründen unerbringlich ist.

**Bsp:** Die verkaufte Vase aus der Ming-Dynastie ist vor der Übereignung zerbrochen; eine Schiffsladung liegt in 4.000 m Tiefe.

**Rechtliche Unmöglichkeit** ist hingegen gegeben, wenn die vereinbarte Lieferung oder Leistung aufgrund gesetzlicher Vorschriften verboten ist.

**Bsp(e):** Die Lieferung z.B. von Waffen verstößt gegen nationale Ausfuhrbestimmungen. Der Liefergegenstand verletzt fremde Schutzrechte.

Davon abzugrenzen ist die **wirtschaftliche Unmöglichkeit**: hierunter versteht man solche Fälle, bei die Lieferung zwar praktisch möglich, für den Schuldner aber mit so erheblichem Aufwand verbunden ist, dass sie für ihn unzumutbar wird (Überschreiten der Opfergrenze). Mit der h.M. zählt die wirtschaftliche

Unmöglichkeit nicht zu den Leistungsstörungen; sie ist vielmehr nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB zu behandeln.

## 1.2 Auf Dauer

Von der dauerhaften Unmöglichkeit ist die lediglich **vorübergehende Unmöglichkeit** (also die nachholbare Leistung) abzugrenzen. Ist die Leistung lediglich vorübergehend unmöglich, liegt i.d.R. Schuldnerverzug (vgl. Meub SchrAT, § 11) vor. Die Regeln der Unmöglichkeit sind deshalb nur dann auf die vorübergehende Unmöglichkeit anwendbar, wenn gerade nach dem Sinn und Zweck des Schuldverhältnisses die Leistung nur zu diesem Zeitpunkt sinnvoll war.

**Bsp(e):** Das Reisebüro überbringt das Flugticket erst nach dem Abflugtermin. Eine Kapelle erscheint erst nach Mitternacht zu ihrem Konzert, das für 20.00 h geplant war.

## 1.3 Arten der Unmöglichkeit

**Anfängliche** (= ursprüngliche) **Unmöglichkeit** liegt vor, wenn ein Schuldverhältnis schon von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Leistung also bereits bei Vertragsschluss unerbringlich ist.

**Bsp:** V verkauft ein gebrauchtes Auto, das (ohne sein Wissen) kurz vor Vertragsschluss durch einen Unfall zerstört wurde.

**Nachträgliche Unmöglichkeit** liegt vor, wenn die Leistung des Schuldners nach Vertragsschluss unmöglich wird.

**Bsp:** K verkauft ein gebrauchtes Auto, das nach Vertragsschluss, aber vor der Übereignung zerstört wird.

Ausschließliches Merkmal für die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ist also der **Zeitpunkt des Vertragsschlusses!** Die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ist bedeutsam für die anzuwendenden Vorschriften.

## 2. Ausschluss der Primärleistungspflicht des Schuldners, § 275 BGB

§ 275 Abs. 1 – 3 BGB regeln nur die Leistungspflicht des Schuldners und lassen sowohl die Rechtsfolgen des Freiwerdens von der primären Leistungspflicht als auch die im Rahmen eines Schuldverhältnisses im weiteren Sinne bestehende Gegenleistungspflicht des Gläubigers unregelt. Dabei geht das gesetzliche Leitbild von dem Grundgedanken aus, dass das Leistungsversprechen (zunächst)

wirksam bleibt, selbst wenn das primäre Leistungsziel nicht mehr erbracht werden kann.

## 2.1 Der Ausschluss des Anspruchs auf Leistung, § 275 Abs. 1 BGB

Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf die primäre Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist („impossibilium nulla obligatio“ = Unmögliches kann nicht verlangt werden).

Voraussetzungen des Abs. 1:

- (1) Schuldverhältnis;
- (2) Leistungspflicht des Sachleistungsschuldners;
- (3) Leistungserbringung ist unmöglich.

Abs. 1 gilt für alle primären Leistungspflichten eines Sachleistungsschuldners, unabhängig davon, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenleistung handelt. Erfasst werden auch Sekundäransprüche, wie der Anspruch auf Nacherfüllung (z.B. bei unbehebarem Rechtsmangel). Nicht anwendbar ist Abs. 1 hingegen auf Geldansprüche wie die Zahlungspflicht (in Recht gilt bekanntlich der Grundsatz: „Geld hat man zu haben“; gegen Geldforderungen kann sich der Geldleistungsschuldner nur durch Mittel des Vollstreckungs- bzw. Insolvenzrechts wehren).

Der in § 275 Abs. 1 BGB geregelte Ausschluss der Leistungspflicht betrifft sowohl die **anfängliche** wie die **nachträgliche Unmöglichkeit** und erfasst gleichermaßen die **subjektive** als auch die **objektive Unmöglichkeit** (... „für den Schuldner oder für jedermann“ ...).

Die Befreiung des Sachleistungsschuldners von seiner Pflicht zur Erbringung der Leistung ist ferner unabhängig davon, ob der Schuldner die Unmöglichkeit **zu vertreten** hat oder ob er sie **nicht zu vertreten** hat. Unmögliches wird vom Schuldner auch dann nicht verlangt, wenn er für die Unmöglichkeit verantwortlich ist.

Schließlich ist auch die **teilweise Unmöglichkeit** von der in § 275 Abs. 1 BGB getroffenen Regelung erfasst, dies kommt durch das Wort ... „soweit“ ... zum Ausdruck (vgl. auch Begr. zum RE, S. 289 ff.; Canaris, JZ 2001, 499 f).

Ein Fall der Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn der Verkäufer eine Sache liefert, die mit einem **Sach- oder Rechtsmangel** behaftet ist, sofern der Mangel nicht behebbar und eine Nacherfüllung daher ausgeschlossen ist. In einem derartigen Fall wird der Verkäufer gemäß § 275 Abs. 1 BGB seiner Pflicht zur Lieferung einer sach- und rechtsmangelfreien Sache frei (vgl. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Einzelheiten gehören in die Darstellung des Kaufrechts.

Der Ausschluss der Leistungspflicht ist als rechtsvernichtende Einwendung ausgestaltet.

Er tritt also ipso iure ein, wenn die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 BGB vorliegen. Der Ausschluss ist von Amts wegen (von einem Richter) zu beachten, d.h. der Schuldner muss sich auf diese Einwendung und damit auch auf die in § 275 Abs. 1 BGB geregelte Rechtsfolge nicht ausdrücklich berufen.

## **2.2 Die Leistungsverweigerungsrechte des § 275 Abs. 2 und 3 BGB**

### **2.2.1 Die Einrede der "faktischen" Unmöglichkeit, § 275 Abs. 2 BGB**

Abs. 2 S. 1 regelt die Fälle, in denen die Behebung des Leistungshindernisses zwar theoretisch möglich ist, aber von keinem Gläubiger ernsthaft erwartet werden darf (vgl. Canaris, JZ 2001, 499, 501); erfasst werden also nur Extremfälle.

**Bsp.:** Schulbeispiel ist der geschuldete Ring, der auf dem Grund des Sees liegt.

Gesprochen wird in diesem Zusammenhang auch von „**faktischer**“ oder „**unechter**“ **Unmöglichkeit**. Kennzeichnend für diese Fallgruppe ist, dass der für die Erbringung der Leistung erforderliche Aufwand in einem groben Missverhältnis zu dem Interesse des Gläubigers an der Leistung steht. Im Hinblick auf die erforderliche Abwägung verweist die Bestimmung auch auf den „Inhalt des Schuldverhältnisses“; damit wird u.a. auf die Unterschiede zwischen Stück- und Gattungsschuld hingewiesen. So muss dem Schuldner einer Gattungssache nicht die Einrede aus § 275 Abs. 2 BGB gewährt werden, wenn ihm der zur Erfüllung vorgesehene Gegenstand gestohlen wurde: Denn in der Regel wird es ihm ein Leichtes sein, ein anderes Stück aus der Gattung zu beschaffen (Beispiel von Canaris, JZ 2001, 499, 502).

Die Interessen des Schuldners spielen im Rahmen von § 275 Abs. 2 S. 1 BGB keine Rolle. Die sog. „**wirtschaftliche**“ **Unmöglichkeit**, bei der die für die Erbringung der Leistung erforderlichen Anstrengungen außer Verhältnis zu den eigenen Interessen des Schuldners stehen, wird von Abs. 2 S. 1 daher nicht erfasst (siehe auch Begr. zum RE, S. 294 f). Als Beispiel sei der Fall genannt, dass die Alkoholsteuer nach Vertragsschluss derart erhöht wurde, dass der vereinbarte Kaufpreis nicht einmal ausreicht, um die Steuer zu zahlen. Derartige Fälle sind nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, zu lösen.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang schließlich auf § 275 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen auch zu berücksichtigen ist, ob dieser das Leistungshindernis zu vertreten hat. Daraus folgt, dass dem Schuldner jedenfalls erhöhte Anstrengungen zugemutet werden, wenn er das Leistungshindernis zu vertreten hat. Umgekehrt kann aus Abs. 2 S. 2 nicht entnommen werden, dass der Schuldner überhaupt keine Anstrengungen zur Überwindung des Leistungshindernisses unternehmen muss, wenn er dieses nicht zu vertreten hat.

## **2.2.2 Die Einrede der persönliche Unzumutbarkeit i.S.d. § 275 Abs. 3 BGB**

Abs. 3 betrifft die Fälle, in denen der Schuldner die Leistung in Person zu erbringen hat; es geht dabei vor allem um Dienst- oder Werkverträge. Da hier die Leistung selbst auf die Person des Schuldners ausgerichtet ist, können auch auf die Leistung bezogene persönliche Umstände des Schuldners berücksichtigt werden und zur Unmöglichkeit führen (so die Begr. zum RE. S. 295).

**Bsp(e):** Schulbeispiel ist die Sängerin, die sich weigert, aufzutreten, weil ihr Kind lebensgefährlich erkrankt ist. Ferner: notwendige Arztbesuche während der Arbeitszeit oder die Befolgung einer Ladung zu einem gerichtlichen Termin. Weigerung eines Buchdruckers, einen militanten Aufruf zu drucken.

## **2.2.3 Die Erhebung der Einrede**

Die in § 275 Abs. 2 und 3 BGB angesprochenen Leistungshindernisse führen nur dann zur Befreiung von der primären Leistungspflicht, wenn der Schuldner die ihm zustehende Einrede erhebt. Die Einredekonstruktion wurde deshalb gewählt, weil es bei den in Abs. 2 und 3 geregelten Fällen immerhin möglich ist, dass der Schuldner - wenn auch unter überobligationsmäßigen Anstrengungen - die Leistung erbringt. Eine konkludente Erhebung der Einrede wird im Übrigen schon darin zu sehen sein, dass ein Schuldner auf eine Klage des Gläubiger hin auf das Leistungshindernis hinweist (Canaris, JZ 2001, 499, 504).

## **2.3 Die Bedeutung von § 275 Abs. 4 BGB**

§ 275 Abs. 4 BGB hat lediglich klarstellenden Charakter. Er weist auf die §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326 BGB hin, in denen geregelt ist, welche Rechte der Gläubiger hat, wenn der Schuldner wegen § 275 Abs. 1, 2 oder 3 BGB nicht zu leisten braucht.

## **3. Die Folgen des Freiwerdens von der Leistungspflicht**

Das Freiwerden des Schuldners von seiner primären Leistungspflicht nach § 275 bedeutet jedoch nicht, dass damit das Schuldverhältnis gleichzeitig endet. Das Schuldverhältnis besteht vielmehr fort, mit der Besonderheit, dass an die Stelle der primären Leistungspflicht nun sekundäre Leistungspflichten treten. Die Rechtsgrundlagen und die Rechtsfolgen sind je nach Art der Unmöglichkeit teilweise unterschiedlich.

### **3.1 Anfängliche Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen, § 311a BGB**

#### **Fall: „Der Verkehrsunfall der Ehefrau“**

K möchte gerne den gebrauchten Pkw des V kaufen. V besteht auf Barzahlung. Erst dann werde er den Kaufvertrag unterzeichnen.

Als K zum vereinbarten Termin erscheint, ist das Fahrzeug nicht da: Frau V ist damit unterwegs. Gerade haben sie den Kaufvertrag unterschrieben und will K dem V den Kaufpreis aushändigen, als Frau V ...

**Alt. 1:** ...schwer lädiert mit dem Lenkrad in der Hand hereinhumpelt und sagt: „Schatzi, vor zwei Stunden bin ich nur ein wenig auf ein anderes Fahrzeug aufgefahren; das Auto ist aber leider nur noch Schrott“.

**Alt. 2:** ...erscheint und sagt: „Das Auto ist mir vor zwei Stunden an der Tankstelle gestohlen worden. Ich hätte den Schlüssel doch nicht stecken lassen sollen“.

**Alt. 3:** Wie Alt. 1. nur hatte K den Kaufpreis bereits ausgehändigt.  
Wie ist die Rechtslage?

**Anfängliche objektive Unmöglichkeit** liegt vor, wenn die versprochene Leistung für jedermann unmöglich ist.

**Bsp.:** Der Verkehrsunfall der Ehefrau, Alt. 1.

**Anfängliche subjektive Unmöglichkeit** (= Unvermögen) ist anzunehmen, wenn die versprochene Leistung von Anfang an für diesen Schuldner unmöglich ist, während ein anderer sie erbringen könnte.

**Bsp(e):** V verkauft an K ein gestohlenen Auto - V kann es nicht wirksam übereignen, der Eigentümer hingegen könnte es. Noch vor Eintragung in das Grundbuch verkauft V das gleiche Grundstück ein zweites Mal an einen Dritten.

Fall: Der Verkehrsunfall der Ehefrau: Alt. 2., wenn das Auto dauerhaft verschwunden bleibt – anfängliche subjektive Unmöglichkeit.

#### **3.1.1 Wirksamkeit des Vertrages, § 311a Abs. 1 BGB**

Sofern das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorgelegen hat, stellt § 311a Abs. 1 BGB ausdrücklich fest, dass es der Wirksamkeit eines Vertrages nicht entgegensteht, ... „dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht.“ Es kommt folglich de jure ein Vertrag zustande, bei dem von vornherein keine primäre Leistungspflicht entsteht (jedenfalls bei Leistungshindernissen i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB). Da das Leistungsversprechen gleichwohl wirksam ist, kommt als Grundlage des Gläubigers für einen

Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bzw. auf Aufwendungsersatz § 311a Abs. 2 BGB (oder für einen Surrogationsanspruch § 285 BGB) in Betracht.

### 3.1.2 Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a Abs. 2 BGB

§ 311a Abs. 2 BGB ist eine **eigenständige Anspruchsgrundlage**, die von dem allgemeinen Pflichtverletzungstatbestand (hierzu Meub, SchrAT, § 8) des § 280 BGB unabhängig ist. Der anspruchsbegründende Vorwurf beruht darauf, dass der Schuldner sich pflichtwidrig nicht seiner Leistungsfähigkeit vergewissert hat. Die Voraussetzungen des Abs. 2 sind:

- (1) Gegenseitiger Vertrag;
- (2) Anfängliche Unmöglichkeit oder Unvermögen;
- (3) Wegfall der Leistungspflicht;
- (4) Vertreten müssen.

§ 311a gilt für alle Verträge, die eine Leistungspflicht begründen, also alle vollkommen zweiseitige Verträge wie Kauf-, Werk- oder Mietverträge (, sofern keine Sonderregeln bestehen wie z.B. beim Mietvertrag § 536a).

Der Anspruch ist **verschuldensabhängig**. Das Verschulden ist bezogen auf die Kenntnis des Leistungshindernisses. Der Schuldner muss dementsprechend für die anfängliche Unmöglichkeit eintreten, wenn er das Leistungshindernis kennt oder wenn er es zwar nicht kennt, seine Unkenntnis aber nach § 276 BGB zu vertreten hat. Das Verschulden wird also **widerlegbar vermutet** (vgl. Abs. 2 S. 2: „... dies gilt nicht, wenn...“).

**Rechtsfolge:** Der Gläubiger kann vom Schuldner gemäß § 311a Abs. 2 S. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung gerichtet auf das positive Interesse (oder alternativ gemäß § 284 BGB Aufwendungsersatz; vgl. hierzu unten 3.2.2 oder Herausgabe des Ersatzes, vgl. hierzu unten 3.3) verlangen.

**Bsp.:** Im Falle: „Der Verkehrsunfall der Ehefrau“ wird K Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages einen Gewinn gemacht hätte oder der Deckungskauf eines vergleichbaren anderen Fahrzeugs deutlich teurer ist.

Die in § 311a Abs. 2 S. 3 BGB enthaltene Verweisung auf § 281 Abs. 1 S. 2 BGB stellt sicher, dass der Gläubiger im Falle der anfänglichen teilweisen Unmöglichkeit Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Leistet der Schuldner schlecht und ist eine Nacherfüllung anfänglich unmöglich, dann kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, es sei denn, die Schlechtleistung ist lediglich als unerhebliche Pflichtverletzung zu qualifizieren (§§ 311a Abs. 2 S. 3, 281 Abs. 1 S. 3 BGB). Im Hinblick auf die Rückforderung des vom Schuldner bereits Geleisteten verweist § 311a Abs. 2 S. 3 BGB u.a. auf § 281 Abs. 5 BGB, der seinerseits die für den Rücktritt geltenden Regelungen der §§ 346 bis 348 BGB für anwendbar erklärt.

## 3.2 Nachträgliche Unmöglichkeit

Nachträgliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung des Schuldners nach Vertragsschluss unmöglich wird.

### **Bsp(e): Fall: „Dumm gelaufen“**

V hat dem K ein gebrauchtes Kfz verkauft. Am Tage vor der Übergabe ...

**Alt. 1:** ...verunglückt V aus eigener Unachtsamkeit mit dem Fahrzeug.

**Alt. 2:** ...parkt V das Kfz ordnungsgemäß auf der Straße vor seinem Haus. Dort wird es während eines Gewitters durch einen umstürzenden Baum zerstört.

Wie ist die Rechtslage?

### 3.2.1 Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB

Im Falle des nachträglichen Auftretens eines Leistungshindernisses i.S.d. § 275 Abs. 1 bis 3 BGB kann der Gläubiger gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn der Schuldner den Umstand, der zum Ausschluss oder zur Hemmung der Primärleistungspflicht geführt hat, zu vertreten hat. Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 280 Abs. 1 u. 3 i.V.m. § 283 sind:

- (1) Schuldverhältnis;
- (2) Nachträgliche Unmöglichkeit;
- (3) Pflichtverletzung;
- (4) Kausalität;
- (5) Vertreten müssen.

Das Vertretenmüssen des Schuldners wird auch hier -wie bereits erörtert (vgl. Meub, SchrAT, § 8)- nach § 280 Abs. 1 S. 2 widerlegbar vermutet.

**Bsp(e):** Im Fall: „Dumm gelaufen“ Alt. 1 liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor und V hat den Untergang des Autos zu vertreten. K kann Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Im Fall „Dumm gelaufen“ Alt. 2 liegt ebenfalls nachträgliche Unmöglichkeit vor. V kann sich jedoch von dem vermuteten Verschulden exkulpieren, so dass kein Anspruch auf Schadens- (der Aufwendungs)ersatz gegen ihn besteht.



### 3.2.2 Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB

Statt des Schadensersatzanspruches nach § 283 kann der Gläubiger wahlweise gemäß § 284 BGB den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Beide Ansprüche unterscheiden sich nicht in ihren Voraussetzungen. Der Aufwendungsersatz steht in einem Alternativverhältnis zum Schadensersatzanspruch („Anstelle ...“); sie schließen einander also wechselseitig aus.

Aufwendungen sind vom Gläubiger im Hinblick auf den Erhalt der Leistung gemachte Vermögensopfer. Sie können auch durch das Eingehen von Verbindlichkeiten begründet werden. Hierzu zählen u.a. Vertragskosten wie Makler-, Montage-, Transport-, Überführungs- und Zulassungskosten oder die vergebliche Anschaffung von Zubehör.

**Bsp.:** A bucht bei einem Reisebüro eine Geschäftsreise nach München und kauft gleichzeitig eine Karte für ein Fußballspiel direkt beim Veranstalter. Der Flug fällt aus. Dadurch entgeht ihm ein Geschäft. – A hat entweder Schadensersatzansprüche aus dem gescheiterten Geschäft über § 283 oder er kann Ersatz des Fußball-Tickets aus § 284 verlangen.

Im Fall: „Der Verkehrsunfall der Ehefrau“ und im Fall „Dumm gelaufen“ Alt. 1 wird K den Aufwendungsersatzanspruch wählen, wenn er ein günstigeres Ersatzfahrzeug findet und er hohe Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrages hatte (z.B. hohe Reisekosten oder Gutachterkosten im Zusammenhang mit einer Ankaufsuntersuchung).

### 3.3 Der Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes, § 285 BGB

**Sowohl bei anfänglicher als auch bei nachträglicher Unmöglichkeit** kann der Gläubiger auch das Surrogat herausverlangen, sofern der Schuldner infolge des Umstandes, der seine Befreiung bewirkt hat, ein stellvertretendes commodum erlangt, § 285 Abs. 1 BGB. Die Vorschrift beruht auf dem Rechtsgedanken, dass dem Gläubiger, der seinen Leistungsanspruch verloren hat, als Ausgleich das gebührt, das beim Schuldner an die Stelle der nicht mehr erbringbaren Leistung tritt (typischerweise: Versicherungsleistungen).

Voraussetzungen:

- (1) Schuldverhältnis gerichtet auf die Leistung eines Gegenstandes;
- (2) Befreiung von der Leistungspflicht;
- (3) Erlangung eines Surrogates;
- (4) Identität zwischen dem Gegenstand und dem dafür erlangten Ersatz.

Der Gläubiger kann wählen, ob er einen Anspruch aus § 285 oder § 283 (oder § 284) geltend machen will. Er kann sogar von dem einen zu anderen wechseln.

Die gleichzeitige Geltendmachung beider schließt sich jedoch aus (Anwaltskommentar, Dauner/Lieb zu § 285, Rn. 17).

**Bsp.:** Fall: „Der Verkehrsunfall der Ehefrau“, Alt 1 und 2 und Fall: „Dumm gelaufen“: Hatte der Käufer ein Schnäppchen erworben, liegt also der Kaufpreis niedriger als der Verkehrswert, und war das Fahrzeug Vollkasko versichert, wird der K die Versicherungsleistung wählen.

#### **4. Besonderheiten bei gegenseitigen Verträgen**

Bei gegenseitigen Verträgen stellt sich ergänzend zu dem bisher besprochenen noch die zusätzliche Frage nach der Gegenleistung.

##### **4.1 Befreiung von der Gegenleistungspflicht beim Ausschluss der Leistungspflicht, § 326 Abs. 1 - 4 BGB**

§ 326 BGB regelt das Schicksal der Gegenleistung, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht.

Die Pflicht des Gläubigers zur Erbringung der **Gegenleistung erlischt** gemäß § 326 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BGB **kraft Gesetzes**. Dem gesetzlichen Leitbild entsprechend trägt also der Schuldner im Falle der Unmöglichkeit die Vergütungsgefahr (Preisgefahr), der Gläubiger wird leistungsfrei.

Voraussetzungen:

- (1) Gegenseitiger Vertrag;
- (2) Leistungsbefreiung des Schuldners nach § 275 Abs. 1 – 3 BGB.

Abs. 1 gilt für alle gegenseitigen, also vollkommen zweiseitige Verträge, wie Kauf- und Werk- Miet- oder Dienstverträge, sofern keine Sonderregeln bestehen (näher hierzu Palandt zu § 326 Rn. 3f).

**Bsp(e):** In den Fällen „Der Verkehrsunfall der Ehefrau“ Alt 1 und 2 sowie „Dumm gelaufen“ Alt. 1 und 2 braucht der Käufer nicht zu zahlen.

Nicht erfasst werden also sowohl gesetzliche Schuldverhältnisse als auch einseitig verpflichtende und unvollkommen zweiseitige Verträge (gl. A. Brox/Walker, Allgem. SchR, § 22 Anm. 31; zur Abgrenzung vgl. Meub SchrAT, § 1 Zif. 4). Einseitig verpflichtende Verträge begründen zwar auch eine Leistungspflicht für eine Partei; sie schuldet aber wie jeder Partner lediglich aus § 241 Abs. 2 BGB Rücksichtnahme und Loyalität gegenüber der anderen Partei.

Die Formulierung: „... braucht nicht zu leisten ...“ bringt zum Ausdruck, dass in den in § 275 Abs. 2 und 3 BGB geregelten Fällen die Gegenleistungspflicht nur entfällt, wenn der Schuldner die ihm zustehende Einrede auch erhebt. Dann muss der Schuldner auch nicht leisten.

Ist der Schuldner von seiner Leistungspflicht nur **teilweise** frei geworden, entfällt auch die Pflicht des Gläubigers zur Erbringung der Gegenleistung nur teilweise. In welchem Umfang der Gläubiger in diesem Fall von seiner Gegenleistungspflicht frei wird, ist nach der für die Minderung geltenden Bestimmung des § 441 Abs. 3 BGB zu berechnen, auf die in § 326 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BGB verwiesen wird.

Wenn der Schuldner die **Leistung nicht vertragsgemäß** bewirkt hat und eine Nacherfüllung unmöglich ist (im Falle einer möglichen Nacherfüllung wäre § 323 Abs. 1 maßgebend), entfällt die Gegenleistungspflicht nicht kraft Gesetzes, § 326 Abs. 1 S. 2 BGB. Eine nicht vertragsgemäße Leistung ist also nicht als Teilleistung i. S. des § 326 Abs. 1, 2. Hs. BGB zu qualifizieren, bei der die Gegenleistung nach Maßgabe von § 441 Abs. 3 BGB zu kürzen ist. Dem Gläubiger steht es aber offen, nach § 326 Abs. 5 BGB zurückzutreten (hierzu unten Zif. 4.2). Eine Minderung der Gegenleistung soll nur dann erfolgen, wenn eine solche für den betreffenden Vertragstyp vorgesehen ist und die hierfür geregelten speziellen Voraussetzungen vorliegen. Weiterhin treten die Rechtsfolgen der Minderung nicht ipso iure ein; erforderlich ist vielmehr eine Gestaltungserklärung von Seiten des Berechtigten, siehe etwa § 441 Abs. 1 S. 1 BGB für den Kaufvertrag. Besondere Bedeutung hat § 326 Abs. 1 S. 2 BGB im Übrigen beim Kaufvertrag. Hingewiesen sei insofern darauf, dass beim Kaufvertrag wegen § 434 Abs. 3 BGB eine Zuweniglieferung keine Teilleistung, sondern eine mangelhafte, also nicht vertragsgemäße Leistung i.S.d. § 326 Abs. 1 S. 2 BGB darstellt.

Die **Gegenleistungspflicht bleibt bestehen**, wenn die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 BGB vorliegen. Die Vorschrift bestimmt, dass der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, sofern er für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Mit „**weit überwiegender Verantwortung**“ ist der Grad der Verantwortung gemeint, der über § 254 BGB auch einen Schadensersatzanspruch ausschließen würde (Canaris, JZ 2001, 499, 511); dafür wird i.d.R. eine Verantwortungsquote von 80 bis 90 % auf Seiten des Gläubigers gefordert (Palandt/Heinrichs zu § 254 Rn. 66).

**Bsp(e):** Der Gläubiger sagt sich unberechtigterweise vom Vertrag los (BGH NJW 1987, 1693). Untergang der Mietsache infolge eines vom Gläubiger verursachten Brandes (BGH 66, 349).

Ferner bleibt die Gegenleistungspflicht erhalten, sofern der zur Unmöglichkeit führende Umstand zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem sich der Gläubiger im **Annahmeverzug** befindet und der Schuldner diesen Umstand nicht zu vertreten hat.

Die Gegenleistungspflicht des Gläubigers bleibt weiterhin bestehen, wenn er vom Schuldner nach § 285 BGB die Herausgabe des Surrogats verlangt, § 326 Abs. 3 BGB.

Hatte der Gläubiger seine Gegenleistung bereits erbracht, kann er sie nach den Vorschriften des **Rücktrittsrechts** aus § 326 Abs. 4 BGB zurückfordern.

**Bsp.:** Im Fall „Der Verkehrsunfall der Ehefrau“, Alt. 3 kann K auch vom Vertrag zurücktreten und den bereits gezahlten Kaufpreis gemäß §§ 346 bis

348 BGB zurückfordern. Er wird bloß den Rücktritt wählen, wenn der Vertrag für ihn ein „schlechtes Geschäft“ war und er froh ist, davon loszukommen (und er keine vergeblichen Aufwendungen oder Verzugschäden geltend machen will; ansonsten: vgl. unten Zif. 4.3).

#### **4.2 Rücktrittsrecht beim Ausschluss der Leistungspflicht, § 326 Abs. 5**

Wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, hat der Gläubiger das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, § 326 Abs. 5 BGB. Auf den Rücktritt findet § 323 BGB Anwendung. Der Gläubiger muss dem Schuldner aber nicht gemäß § 323 Abs. 1 BGB eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung setzen; das Setzen einer derartigen Frist wäre bei dem in § 326 BGB geregelten Fall der Unmöglichkeit offensichtlich sinnlos, § 326 Abs. 5, 2. Hs. BGB.

Das in § 326 Abs. 5 BGB geregelte Rücktrittsrecht ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Gläubiger nicht weiß, ob der Schuldner deswegen nicht leistet, weil ihm die Leistung unmöglich ist oder aus anderen Gründen.

Der Gläubiger kann in diesem Fall dem Schuldner nach § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Nachfrist setzen. Nach deren Ablauf hat der Gläubiger in jedem Fall ein Rücktrittsrecht, das sich im Falle der Unmöglichkeit der Leistung aus § 326 Abs. 5 BGB, ansonsten aus § 323 Abs. 1 BGB ergibt. Bei fortbestehender Ungewissheit über die Möglichkeit der Leistung kann dann offen bleiben, aufgrund welcher der beiden Vorschriften der Gläubiger zum Rücktritt berechtigt ist. In beiden Fällen dürfte es zulässig sein, mit der Nachfristsetzung gleichzeitig vorsorglich den Rücktritt zu erklären.

#### **4.3 Kombinationsmöglichkeit von Rücktritt und Schadensersatz, § 325**

Trotz Rücktritts kann ein Gläubiger im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages

- Schadensersatzansprüche statt der Leistung geltend machen,
- nach § 284 BGB Aufwendungsersatz verlangen,
- den Verzugsschaden nach § 280 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 286 BGB fordern und
- Folgeschaden (= Begleitschaden, also den Schaden, der über das bloße Erfüllungsinteresse hinausgeht) nach § 280 BGB erstattet verlangen.