

Grundkurs BGB II

Arbeitsblatt 9 - Einzelne Unmöglichkeitstatbestände

I. Objektive und subjektive Unmöglichkeit

§ 275 I BGB nennt zwei Fälle, in denen der Anspruch auf die Primärleistung ausgeschlossen ist: Die Leistung ist

- entweder **jedermann** unmöglich; dann spricht man von **objektiver Unmöglichkeit**. In diesem Fall kann *niemand mehr* leisten.
- oder **dem Schuldner** unmöglich; dann spricht man von **subjektiver Unmöglichkeit**. In diesem Fall könnte zwar ein Dritter leisten, nicht aber der Schuldner.

Die Unmöglichkeit zieht eine einschneidende Rechtsfolge nach sich: Sie bringt nach § 275 I BGB den Erfüllungsanspruch zum Erlöschen. Dies beruht auf der Erkenntnis, daß es keinen Sinn ergibt, den Schuldner an einer Leistungspflicht festzuhalten, die definitiv nicht mehr erfüllt werden kann. An diesem Sinn und Zweck muß man sich orientieren, wenn man den **Begriff** der Unmöglichkeit **definieren** will: Die Leistung ist erst unmöglich, *wenn* es keinen Sinn mehr ergibt, den Schuldner an seiner Leistungspflicht festzuhalten. Nur dann ist auch die Rechtsfolge „Erlöschen der Leistungspflicht“ sachlich gerechtfertigt.

Daher ist die Leistung

- nur dann *objektiv* unmöglich, wenn ausgeschlossen erscheint, daß *überhaupt* noch irgend jemand sie erbringen kann.
- nur dann *subjektiv* unmöglich, wenn ausgeschlossen erscheint, daß der Schuldner sich den geschuldeten Leistungsgegenstand noch wird beschaffen können; namentlich wenn ausgeschlossen erscheint, daß ein *Dritter*, der zur Leistung imstande ist, bereit ist, dem Schuldner die Fähigkeit zur Erbringung der Leistung zu verschaffen.

Beispiel: E ist Eigentümer eines Hausgrundstücks, das er durch Testament dem K vermacht hat. E verstirbt. Der Erbe B, der, ohne daß ihn hieran ein Verschulden träfe, von dem Testament nichts weiß, verkauft und übereignet das Grundstück an D. K verlangt von B Auflassung und Übergabe des Grundstücks.

Der von K erhobene Anspruch ist *entstanden*: K kann von B nach § 2174 BGB Erfüllung des Vermächtnisses, nämlich Übereignung und Übergabe des Grundstücks verlangen, weil der Erbfall (Tod des E) eingetreten ist und der Erblasser (hier: E) wirksam ein Vermächtnis zugunsten des K ausgesetzt hat.

Der Anspruch könnte aber nach § 275 I BGB erloschen sein. Die Leistung ist freilich *nicht objektiv unmöglich*. Denn Grundstück und Haus existieren noch; sie könnten daher an K übereignet werden. Die Leistung könnte aber dem B *subjektiv unmöglich* sein. Das hängt davon ab, ob D bereit ist, das Grundstück - gegen welche Gegenleistung auch immer - wieder herzugeben: Wenn D dazu bereit ist, ist die Leistung dem B *nicht* unmöglich (auch dann nicht, wenn D einen astronomischen Preis fordert; dann allenfalls Berufung des B auf § 275 II BGB); wenn D dazu *nicht* bereit ist, *ist* dem B die Leistung subjektiv unmöglich. *Ob* D dazu bereit ist, weiß man freilich im vorhinein nicht genau; deshalb behilft sich die Rechtsprechung mit *Indizien*: Wenn der Schuldner (hier: B) eine Sache, die er seinem Gläubiger (hier: K) schuldet, an einen Dritten (hier: D) weiter veräußert, spricht alles *gegen* die Annahme, daß der Dritte es wieder herzugeben bereit ist: Er hat schließlich den Kaufvertrag mit B gera-

de deshalb geschlossen, weil er das Grundstück haben wollte. Dann muß man (auch in einer Klausur!) mangels abweichender Anhaltspunkte davon ausgehen, daß D *nicht* bereit ist, das Grundstück wieder herzugeben. Dann ist die Leistung dem B subjektiv unmöglich und daher der Anspruch auf sie nach § 275 I BGB erloschen.

II. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

In Arbeitsblatt 8 wurde bereits eine weitere Kategorisierung der Unmöglichkeitsfälle vorgestellt: die Differenzierung zwischen **anfänglicher** und **nachträglicher** Unmöglichkeit.

1. Verschiedene Anspruchsgrundlagen beim Schadensersatz

Die praktischen Konsequenzen dieser Unterscheidung zeigen sich namentlich beim Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung**:

■ Bei der **anfänglichen Unmöglichkeit** bestimmt sich dieser Anspruch nach § 311a II BGB. Der Anspruch setzt insbesondere *keine Pflichtverletzung* des Schuldners voraus; die Vorschrift besagt vielmehr nur, daß der Schuldner trotz der anfänglichen Unmöglichkeit an seinem Erfüllungsversprechen festgehalten wird - dies freilich nur, wenn er die Unmöglichkeit nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.

■ Bei der **nachträglichen Unmöglichkeit** setzt der Anspruch nach §§ 280 I, III, 283 BGB eine Pflichtverletzung voraus; diese besteht darin, daß der Schuldner die Unmöglichkeit durch aktives Tun herbeiführt oder aber Maßnahmen, die er treffen könnte, um den Eintritt der Unmöglichkeit zu verhindern, unterläßt.

Keine Pflichtverletzung liegt vor, wenn die Unmöglichkeit infolge *höherer Gewalt* eintritt: Denn dann bestand für den Schuldner keine Chance, Gegenmaßnahmen zu ergreifen. In einem solchen Fall kann namentlich *nicht* davon die Rede sein, daß der Schuldner es pflichtwidrig *unterlassen* habe, die Unmöglichkeit zu verhindern; denn Unterlassen setzt immer die physisch-reale Möglichkeit des Handelns voraus. „Unterlassen“ kann ich m.a.W. immer nur das, was ich statt dessen auch hätte tun können.

Wichtiger Hinweis: § 311a II 1 BGB ist **eigenständige Anspruchsgrundlage** für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit. Da die Vorschrift *keine Pflichtverletzung durch den Schuldner* erfordert, dürfen Sie in einer Klausur niemals den Fehler machen, § 311a II 1 in Verbindung mit § 280 I BGB zu zitieren!! Bei anfänglicher Unmöglichkeit lautet der Obersatz vielmehr nur: „A könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung *aus* § 311a II 1 BGB haben.“

2. Einheitliche Grundlage für andere Sekundärrechte

Wenn der Gläubiger bei anfänglicher Unmöglichkeit vom Vertrag *zurücktreten* will, ergeben sich im Vergleich zur nachträglichen Unmöglichkeit keine Besonderheiten: Das **Rücktrittsrecht** ergibt sich in allen Fällen der Unmöglichkeit aus § 326 V BGB. Diese Vorschrift differenziert nicht danach, wann die Unmöglichkeit eingetreten ist; entscheidend ist nur, daß der Schuldner nach § 275 I-III BGB die Primärleistung nicht mehr zu erbringen braucht.

Gleiches gilt für den Anspruch auf das **stellvertretende commodum** aus § 285 I BGB: Dieser Anspruch greift durch, egal ob die Unmöglichkeit vor oder nach Vertragsschluß eingetreten ist.

Für den Ersatz von Aufwendungen stellt § 284 BGB die Grundnorm dar, die für anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit gleichermaßen greift.

3. Anfängliche Unmöglichkeit in der Fallprüfung

Beispiel: V verkauft formgerecht ein Grundstück an K, das mit einer Dienstbarkeit zugunsten des N (= des Eigentümers des Nachbargrundstücks) belastet ist. Nach dieser Dienstbarkeit muß bei der Bebauung des dienenden Grundstücks (also das von V an K verkauften) durchgängig ein seitlicher Grenzabstand von 10 m zum Grundstück des N eingehalten werden. Ohne Erfolg versucht V, mit N über die Aufhebung der Dienstbarkeit zu verhandeln.

- a) V wußte von der Dienstbarkeit nichts; sie war aber aus dem Grundbuch ersichtlich
- b) V wußte von der Dienstbarkeit nichts, weil er das Grundstück durch eine Erbschaft erworben hatte und die Dienstbarkeit bereits zu einem Zeitpunkt, da er noch nicht Eigentümer war, durch ein Versehen im Grundbuchamt zu Unrecht gelöscht worden war.

K verlangt von V Zahlung von 100.000 Euro: Mit diesem Gewinn hätte K das Grundstück weiterverkaufen können, wenn es die Dienstbarkeit nicht gäbe. Außerdem hätte er das Grundstück nie gekauft, wenn ihm die Dienstbarkeit bekannt gewesen wäre; dann hätte er nicht an seinen Makler 30.000 Euro Provision zahlen müssen.

a) Lösung Variante a

K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro nach §§ 437 Nr.3, 311a II BGB haben.

- V schuldete aufgrund eines **Vertrags** eine **Leistung**, nämlich die Übereignung und Übergabe des Grundstücks (§ 433 I 1 BGB). Eine etwaige Unmöglichkeit dieser Leistung steht der Wirksamkeit des Vertrags nicht entgegen (§ 311a I BGB).
- Das Grundstück weist einen **Rechtsmangel** auf (§ 435 BGB), weil V das Eigentum an ihm das Eigentum nicht unbelastet, sondern nur belastet mit einer Dienstbarkeit übertragen kann. Für die Rechtsfolgen des Rechtsmangels verweist § 437 Nr.3 BGB auf die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.
- Die Übereignung des Grundstücks ist dem V insoweit **unmöglich**, als er das Grundstück nicht ohne Drittbelastung übertragen kann. Es handelt sich insoweit um eine **subjektive Unmöglichkeit**, weil N den V durch sein Einverständnis mit der Aufhebung der Dienstbarkeit zur lastenfreien Übertragung in den Stand setzen könnte.
- Die Unmöglichkeit bestand bereits **anfänglich**, nämlich schon bei Vertragsschluß: Wenn N bei Verhandlungen zeigt, daß er zur Aufhebung der Dienstbarkeit nicht bereit ist, ist dies ein starkes *Indiz* dafür, daß er auch vorher schon nicht hierzu bereit war.
- (Voraussetzung des § 311a II 2 BGB:) V kannte die Unmöglichkeit nicht, weil ihm die Dienstbarkeit bisher verborgen geblieben war. Seine **Unkenntnis** hat er jedoch nach § 276 I 1 BGB **zu vertreten**, da sie auf Fahrlässigkeit beruht: V hätte vorher nochmals im Grundbuch nachsehen müssen.
- Dem K ist ein **Schaden** entstanden, weil ihm ein Gewinn von 100.000 Euro entgangen ist (§ 252 BGB).
- Ergebnis: K kann von V Zahlung von 100.000 Euro verlangen.

b) Lösung Variante b

(1) K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro nach §§ 437 Nr.3, 311a II BGB haben.

- V schuldete auch hier aufgrund eines wirksamen (§ 311a I BGB) **Vertrags** eine **Leistung**, nämlich die Übereignung und Übergabe des Grundstücks (§ 433 I 1 BGB).
- Die Übereignung des Grundstücks ist dem V **teilweise subjektiv unmöglich**, weil er dem K das Eigentum nicht lastenfrei verschaffen kann; auch hier gilt das zu Variante a Gesagte entsprechend.

- Die Unmöglichkeit bestand bereits **anfänglich**, nämlich schon bei Vertragsschluß (wie Lösung Variante a)
 - V kannte die Unmöglichkeit nicht. Er hatte die Unkenntnis auch nicht zu vertreten, da er das Grundstück im Erbgang erworben hatte und von der Dienstbarkeit, da im Grundbuch gelöscht, nichts wissen konnte. Ihm fällt daher nicht einmal Fahrlässigkeit zur Last (§ 276 I 1 BGB); Anhaltspunkte für eine verschuldensunabhängige Haftung sind nicht ersichtlich.
 - Ergebnis: K hat gegen V keinen Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro.
- (2) K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 30.000 Euro *analog § 122 I BGB* haben.
- Die 30.000 Euro sind ein **Vertrauensschaden**: Wenn K gewußt hätte, daß V ihm das Eigentum am Grundstück nicht lastenfrei verschaffen kann, hätte er den Kaufvertrag nicht geschlossen. Dann hätte der Makler von ihm keine Provision verlangen können; denn nach § 652 I BGB ist der Provisionsanspruch immer davon abhängig, daß ein Hauptvertrag (hier: der Kaufvertrag über das Grundstück) zustande kommt.
 - Die **Analogie zu § 122 I BGB** wird wie folgt begründet (Canaris JZ 2001, 499, 507 f.; ders., DB 2001, 1815, 1819): V hat den Vertrag geschlossen, obwohl er sich über seine Leistungsfähigkeit geirrt hat. Wäre das ein nach § 119 BGB beachtlicher Irrtum, so könnte er den Vertrag anfechten, müßte also die vertragliche Leistung nicht erbringen, aber nach § 122 I BGB Ersatz des Vertrauensschadens leisten. Nun ist der Irrtum über die fehlende Leistungsfähigkeit kein nach § 119 BGB beachtlicher Erklärungs- oder Inhaltsirrtum, sondern ein bloßer *Motivirrtum*, der nicht zur Anfechtung berechtigt. Gleichwohl wird V - ebenso wie bei der Anfechtung (§ 142 I BGB!) - durch §§ 275 I, 311a II 2 BGB so gestellt, als habe er die Leistung nie wirksam versprochen: Er schuldet weder Erfüllung noch Schadensersatz. Dann darf er nicht besser stehen, als er stünde, wenn er den Kaufvertrag mit Rücksicht auf den Irrtum über seine Leistungsfähigkeit hätte anfechten dürfen: Er muß ebenso nach § 122 I BGB den Vertrauensschaden ersetzen.
 - Diese **Analogie** zu § 122 BGB ist jedoch **verfehlt**, weil **keine Regelungslücke** ersichtlich ist (*Dies ist, neben einer vergleichbaren Interessenlage, aber Voraussetzung für eine Analogie*). Vielmehr ist der Fall, daß der Gläubiger der anfänglich unmöglichen Leistung im Vertrauen auf die Erfüllung des Kaufvertrags Aufwendungen gemacht hat und deren Sinn sich nunmehr zerschlägt, ausdrücklich im Gesetz geregelt (zum Folgenden zutreffend *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2535, 2539): Nach § 311a II 1 BGB kann der Gläubiger (hier: K) anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung den in § 284 BGB bestimmten Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend machen. Zu den Aufwendungen gehört alles, was der Gläubiger in der Hoffnung, der Vertrag werde erfüllt werden können, an freiwilligen Vermögensopfern erbracht hat - gerade auch die Maklerkosten, um den Vertrag überhaupt zustande zu bringen. Diesen Anspruch hat K aber nach § 311a II 2 BGB eben *nur* dann, wenn V die Unmöglichkeit kannte oder deren Unkenntnis zu vertreten hat. Diese Wertung darf nicht durch eine Analogie zu § 122 BGB unterlaufen werden; einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (der vorliegend ebenfalls auf einen Anspruch auf Aufwendungsersatz, nämlich Erstattung der Maklerkosten hinauslief) zuzusprechen würde aber eben dies tun, weil dieser Anspruch selbst bei solchen Irrtümern eingreift, die der Erklärende *nicht* zu vertreten hat.
 - Ergebnis: K hat gegen V keinen Anspruch auf Zahlung von 30.000 Euro.

III. Teilunmöglichkeit

Gelegentlich geschieht es, daß die Leistung nicht insgesamt, sondern nur zum Teil unmöglich ist. Dann fragt sich, ob die noch mögliche Leistung erbracht (und vergütet) werden muß oder ob auch insoweit Sekundärrechte eingreifen.

Beispiel: Rechtsanwalt R bestellt beim Computerhändler C für 1.000 Euro Kanzleisoftware, bestehend aus Betriebssystem und Anwendungsprogramm. Das Betriebssystem wird geliefert und installiert; die Anwendungsprogramme können aber nicht bereitgestellt werden, weil der Hersteller mittlerweile (nach Vertragsschluß) eine neue Version auf den Markt gebracht hat und deshalb keine Lizenzen für das alte Programm mehr vergibt. Auch anderweitig ist die Lizenz auf dem Markt nicht mehr verfügbar. C hat schon länger von der Absicht des Herstellers gewußt, eine neue Version zu plazieren, aber versäumt, den R rechtzeitig mit der alten Lizenz auszustatten. Die neue Version, so C, könne er gegen Aufpreis von weiteren 800 Euro liefern; R lehnt ab.

Die Leistung ist dem C in bezug auf die Anwendungsprogramme unmöglich: Es werden keine neuen Lizenzen für das alte Programm mehr vergeben und sind auf den Markt auch nicht mehr verfügbar. Es besteht also keine Chance, daß C jemals wieder imstande sein wird, die geschuldete alte Lizenz zu erwerben. Damit liegt **teilweise objektive Unmöglichkeit** vor. C wird insoweit, wie die Unmöglichkeit vorliegt, von seiner Verpflichtung aus dem Vertrag mit R frei (vgl. Wortlaut des § 275 I BGB: „soweit“) C hat diese Unmöglichkeit pflichtwidrig herbeigeführt, indem er es unterlassen hat, den R rechtzeitig mit einer Lizenz zu versorgen; ihm fällt daher eine *Pflichtverletzung* zur Last, die er auch zu vertreten hat (Fahrlässigkeit, § 276 I 1 BGB).

a) Kleiner Schadensersatz

Das bedeutet zunächst, daß der Gläubiger den noch möglichen Teil der Leistung annehmen (bzw., wenn er ihn schon erhalten hat, behalten) und Schadensersatz lediglich wegen des unmöglich gewordenen Teils verlangen kann (sog. **kleiner Schadensersatz**). Hierfür bedarf es keiner Sonderregelung; der Anspruch ergibt sich aus §§ 280 I, III, 283 S.1 BGB. R könnte also im Beispielsfall das Betriebssystem behalten und Schadensersatz nur wegen der nicht gelieferten Anwendungsprogramme fordern. Das gleiche gilt für den **Rücktritt**: Nach §§ 326 V, 323 V 1 BGB kann R nur vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat (dazu sogleich b). Daraus folgt im Umkehrschluß, daß R *immer* das Recht hat, den Rücktritt auf den unmöglich gewordenen Leistungsteil zu beschränken.

b) Großer Schadensersatz

Bei Teilunmöglichkeit ist dem Gläubiger aber in manchen Fällen mit dem noch möglichen Teil der Leistung nicht geholfen. Deshalb hat der Gläubiger nach §§ 283 S.2, § 281 I 2 BGB das Recht, den noch möglichen Teil der Leistung abzulehnen (bzw. wenn er ihn schon erhalten hat, zurückzugeben, §§ 283 S.2, 281 V, 346 I BGB) und **Schadensersatz statt der ganzen Leistung** zu verlangen (sog. **großer Schadensersatz**). Voraussetzung ist allerdings, daß der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat. Das wird anhand des Beispielsfalles deutlich:

R hat Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 283 BGB). Das Betriebssystem allein bringt ihm nichts, wenn ihm die Anwendungsprogramme fehlen. Am Betriebssystem allein hat daher R kein Interesse. R kann folglich Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen; ebenso kann er nach §§ 326 V, 323 V 1 BGB vom ganzen Vertrag zurücktreten. Das Betriebssystem muß er aber dann nach §§ 283 S.2, 281 V, 346 I BGB an C zurückgeben.

c) *Exkurs: Die unbehebbarer Schlechtleistung*

§ 283 S.2 BGB verweist nicht nur auf § 281 I Satz 2 BGB (Teilleistung), sondern auch auf § 281 I Satz 3 BGB, kennt also auch den Fall, daß die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt wird. In diesem Fall kann der Käufer vom ganzen Vertrag zurücktreten (§§ 326 V, 323 V 2 BGB) und Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen (§§ 280 I, III, 283 S. 2, 281 I 3 BGB), wenn nicht ausnahmsweise die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Beispiel: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen und gibt auf Nachfrage des K an, der Wagen sei bereits 30.598 km gefahren.

- a) Der Wagen hat im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Wahrheit bereits eine Fahrleistung von 30.700 km hinter sich.
- b) Der Wagen hat im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Wahrheit bereits eine Fahrleistung von 60.000 km hinter sich.

Der Gebrauchtwagenkauf ist Stückkauf: Es ist *dieser* Wagen geschuldet und kein anderer. Wenn dieser Wagen eine andere Fahrleistung hat als im Kaufvertrag angegeben, ist er mangelhaft (§ 434 I 1 BGB), weil die Fahrleistung erheblichen Einfluß auf den Wert des Fahrzeugs hat. Da diese Fahrleistung sich nicht mehr rückgängig machen läßt, begründet jede nachteilige Abweichung der angegebenen von der tatsächlichen Fahrleistung einen *unbehebbarer Mangel*. Dem V ist es also *objektiv unmöglich*, seine Pflicht zur mangelfreien Verschaffung aus § 433 I 2 BGB zu erfüllen.

In Variante a kann K gleichwohl nicht vom ganzen Kaufvertrag zurücktreten; denn die Pflichtverletzung ist unerheblich (Abweichung von 102 km bei ca. 30.000 km Gesamtfahrleistung = ca. 0,3%). K kann allenfalls mindern (§§ 437 Nr.2, 441 BGB), wenn sich diese 102 km denn tatsächlich überhaupt auf den Verkehrswert des Fahrzeugs auswirken; ebenso mag er in diesem Fall Schadensersatz wegen des Minderwerts verlangen (§§ 437 Nr.3, 311a II BGB).

Auf § 311a II BGB muß deshalb zurückgegriffen werden, weil der Mangel dem Wagen bereits bei Vertragsschluß anhaftete, es sich also um einen *anfänglichen unbehebbarer Mangel* und damit um einen Fall der *anfänglichen Unmöglichkeit* handelt.

Dagegen ist die Pflichtverletzung in Variante b erheblich: Der Wagen hat fast die doppelte der angegebenen Fahrleistung. In diesem Fall kann K vom ganzen Kaufvertrag zurücktreten (§§ 437 Nr.2, 326 V, 323 V 2 BGB) bzw. Schadensersatz statt der ganzen Leistung fordern (§§ 437 Nr.3, 311a II 3, 281 I 3 BGB).

IV. Vorübergehende Unmöglichkeit

Literaturhinweis: *Arnold*, JZ 2002, 866 ff.; *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, § 8 Rn.6 ff.; *Kaiser*, FS Hadding, 2004, S. 121 ff.

Die Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht (§ 275 I BGB) und die Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in Sekundärrechte des Gläubigers (Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 283; Rücktrittsrecht, § 326 V BGB) sind eindeutig die angemessenen Konsequenzen, wenn die Leistung *endgültig* unmöglich ist.

Sehr zweifelhaft und umstritten sind dagegen die Konsequenzen der **vorübergehenden Unmöglichkeit**. Darunter versteht man einen Zustand, in dem welchem Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung verwehrt ist, der entgegenstehende Umstand aber grundsätzlich noch

behooben werden kann. An Ausmaß und Bedeutung des hindernden Umstandes ansetzend, wird die vorübergehende Unmöglichkeit unterschiedlich behandelt:

1. Die Gleichstellung von vorübergehender und dauernder Unmöglichkeit

Die soeben beschriebenen Konsequenzen aus den §§ 275 I, 280 I, III, 283, 326 V BGB vermögen ohne weiteres diejenigen Fälle angemessen zu erfassen, in denen die Unmöglichkeit zwar irgendwann behoben werden kann, aber das Leistungshindernis so gravierend ist, daß die **vorübergehende** Unmöglichkeit *wertungsmäßig* der **dauernden gleichgestellt** werden muß. Das ist nach Ansicht des BGH der Fall, wenn durch das Leistungshindernis die Erreichung des Geschäftszwecks in Frage gestellt ist und dem anderen Teil die Einhaltung des Vertrags bis zum Wegfall des Leistungshindernisses nicht zugemutet werden kann (BGHZ 83, 197, 200). In Betracht kommen hier zwei Fallgruppen:

a) Unsicherer Zeitpunkt der Behebung des Hindernisses

Beispiel 1 (BGHZ 83, 197): B beauftragt den U, im Iran eine Tierkörperverwertungsanlage zu errichten. Wegen politischer Unruhen im Iran Ende der 70er Jahre kann U das Werk nicht ausführen.

Im Beispiel 1 ist zwar sicher, *daß* das Hindernis wegfallen wird; *wann* es aber wegfallen wird, ist *völlig ungewiß*: Kriege und Revolutionen können schnell zu Ende sein, aber auch Jahre dauern. Es ist keiner Partei zuzumuten, hier auf das Ende der Unruhen zu warten: Weder muß U sich bis zum Ende jener Unruhen ständig leistungsbereit halten, noch muß B auf unbestimmte Zeit auf seine Leistung warten. Der BGH hat daher mit Recht ausgesprochen, daß U nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht befreit war. Die vorübergehende Unmöglichkeit wird hier so behandelt, als sei sie eine dauernde.

b) Weit entfernter Zeitpunkt der Behebung des Hindernisses

Beispiel 2 (nach BGH ZIP 1997, 2158): V verkauft an K ein Haus, das derzeit noch vermietet ist, nach Angaben des V aber am 30.05.2004 geräumt werden soll. Dem V ist dabei entgangen, daß sein Mieter M, der in dem Haus wohnt, von einer vertraglichen Option Gebrauch gemacht hat, wodurch sich das Mietverhältnis automatisch um zwei Jahre verlängert. In dies Mietverhältnis würde K mit dem Erwerb des Grundstücks nach § 566 I BGB eintreten.

V ist nach dem Kaufvertrag verpflichtet, dem K das Hausgrundstück zu übergeben, d.h. ihm unmittelbaren Besitz zu verschaffen. Solange M das Haus nutzt und aufgrund des Mietvertrages nutzen darf, ist dem V die Übergabe vorübergehend unmöglich. Diese Unmöglichkeit wird sicher behoben werden, wenn der Mietvertrag mit M ausläuft. Das wird allerdings noch zwei Jahre dauern. Damit steht die Unmöglichkeit einer dauernden gleich: Wer ein Haus kauft, um es selbst (als Wohnhaus oder gewerblich) zu nutzen, wird den Kauf in der Regel zeitlich so legen, daß er es alsbald beziehen kann. Dann ist es ihm nicht zuzumuten, zwei Jahre lang auf den Einzug zu warten. V wird deshalb nach § 275 I BGB von seiner Verpflichtung zur Übereignung und Übergabe frei.

Wenn Sie zu dem Ergebnis gekommen sind, daß in Ihrem Klausurfall die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden gleichzustellen ist, so entnehmen Sie die **Rechtsfolgen** ganz normal den Unmöglichkeitsvorschriften:

- Der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht frei (§ 275 I BGB) und verliert, sofern es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 326 I 1 HS 1 BGB).

- Der Gläubiger kann, sofern es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, nach § 326 V BGB vom Vertrag zurücktreten.
- Der Gläubiger kann, soweit der Schuldner das Hindernis, das der dauernden Unmöglichkeit gleichsteht, pflichtwidrig herbeigeführt hat (Pflichtverletzung) und zwar in einer Weise, die er zu vertreten hat (§§ 280 I 2, 276, 278 BGB), nach § 280 I, III, 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern. Besteht das Hindernis bereits bei Vertragsschluß und wußte der Schuldner davon oder hat er seine Unkenntnis zu vertreten, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a BGB beanspruchen.

Diese Rechtsfolgen bleiben auch dann bestehen, wenn die Leistung später wieder möglich wird: Wenn einmal die Durchführung der Primärleistungspflichten auf Dauer ausgeschlossen ist, leben sie auch später nicht wieder auf (**Stichwort: Einmal unmöglich - immer unmöglich**). Wäre es anders, so müßte der Schuldner sich ständig leistungsbereit halten und der Gläubiger die Leistung selbst nach Jahr und Tag in Empfang nehmen - ein Ergebnis, das durch die Gleichsetzung mit der dauernden Unmöglichkeit gerade vermieden werden soll, weil das Festhalten am Primärschuldverhältnis entweder dem Gläubiger oder dem Schuldner unzumutbar ist.

Für die Frage, ob einer Partei jenes Festhalten unzumutbar ist, kommt es mithin auf die Sicht **ex ante** - bei Entstehung des Leistungshindernisses - an (RGZ 146, 60, 66; 158, 321, 331; BGH LM Nr.4, 7 zu § 275 BGB): Wenn es aus dieser Perspektive so aussieht, als dauere das Hindernis unabsehbar lange oder für einen absehbaren, aber einer Partei nicht zumutbaren Zeitraum an, so wird die vorübergehende der dauernden Unmöglichkeit gleichgestellt.

2. Die „echte“ vorübergehende Unmöglichkeit

Beispiel 3: V verkauft an K ein Hausgrundstück, das an einem Hang gelegen ist. Kurz nach Vertragsschluß, noch vor Auflassung und Übergabe, kommt es zu starken Regenfällen, die das Erdreich am Hang aufweichen, so daß es zu einem Erdbeben kommt. Die Schlammmassen erreichen das verkaufte Grundstück und beschädigen die hangseitige Rückwand des Hauses. Um den Schlamm abzuräumen, werden zwei, um die Wand zu reparieren, weitere vier Wochen benötigt.

- a) Schuldet V noch Erfüllung des Kaufvertrags?
- b) Schuldet K noch Zahlung des Kaufpreises?
- c) Angenommen, K habe den Kaufpreis schon bezahlt. Kann er das Geld dann (ggfs. bis zur Beendigung der Reparatur) zurückfordern?
- d) Kann K vom Kaufvertrag zurücktreten? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?
- e) Angenommen, V wartet trotz Mahnung durch K vier Wochen lang zu, bis er einen Bauunternehmer beauftragt, der den Schlamm abräumt und die Schäden beseitigt. Dementsprechend verzögert sich die Reparatur des Hauses um diesen Zeitraum. K muß solange im Hotel übernachten. Kann K die Kosten von vier Wochen Hotelübernachtung von K ersetzt verlangen?

Im Beispiel 3 ist V verpflichtet, dem K das Hausgrundstück zu übereignen und zu übergeben, und zwar in mangelfreiem Zustand (§ 433 I 2 BGB). V ist daher verpflichtet, die Mängel am Grundstück (Schlammaufschüttung und Beschädigung der Wand) zu beseitigen. Solange er damit beschäftigt ist, dieser Pflicht nachzukommen, ist ihm die *mangelfreie* Übereignung und Übergabe *vorübergehend unmöglich*. Diese Unmöglichkeit steht einer dauernden *nicht gleich*; denn der Zeitraum, der für die Mängelbeseitigung benötigt wird, ist überschaubar. Beiden Parteien ist es daher zuzumuten, am Vertrag festzuhalten. Die Lösung derartiger Fälle ist äußerst streitig:

a) Auswirkungen auf die Erfüllungsansprüche

Zunächst fragt sich, ob V, *solange* die Unmöglichkeit andauert, *vorübergehend* von seiner Leistungspflicht befreit ist (Beispiel 3, Frage a). Der Gesetzgeber hatte ursprünglich geplant, eben dies ausdrücklich ins Gesetz zu schreiben (§ 275 I BGB: „Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit *und solange* die Leistung unmöglich ist“), am Ende die entsprechende Passage („und solange“) wieder aus dem Gesetzestext gestrichen. Gleichwohl wird vertreten, daß § 275 I BGB für den Zeitraum zur Anwendung kommen müsse, während dessen die Unmöglichkeit andauere: Solange der Schuldner nun einmal nicht leisten könne, ergebe es keinen Sinn, ihn an seiner Leistungspflicht festzuhalten (*Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, § 8 Rn.7; *Arnold*, JZ 2002, 866, 869).

Was die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung anbelangt (Beispiel 3, Frage b), so soll diese ebenfalls vorübergehend entfallen. Streitig ist, was geschieht, wenn der Gläubiger schon *vorgeleistet* (Beispiel 3, Frage c) hat: Nach *Arnold*, JZ 2002, 866, 868 soll es dabei sein Bewenden haben; der Gläubiger soll also nicht nach §§ 326 IV, 346 ff. BGB die Leistung zurückfordern und nach Behebung des Leistungshindernisses nochmals erbringen müssen. Für ein solches Rückforderungsrecht spricht sich demgegenüber *Huber/Faust* (a. a. O., § 8 Rn.8) aus: Dem Gläubiger sei es nicht zuzumuten, dem Schuldner die Gegenleistung auf das Risiko zu belassen, daß dieser vor Behebung des Hindernisses zahlungsunfähig werde.

Die Idee, den Schuldner für die Dauer der Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht zu befreien, erscheint für sich gesehen äußerst plausibel; doch führt sie zu wenig erbaulichen Konsequenzen, wenn es um die *Sekundärrechte* des Gläubigers geht (Beispiel 3, Frage d):

b) Auswirkungen auf die Sekundärrechte

Wenn der Schuldner vorübergehend von seiner Leistungspflicht befreit ist, müßte konsequent der Schuldner nach §§ 280 I, III, 283 BGB „vorübergehend“ Schadensersatz statt der Leistung, nach § 285 I das „vorübergehend“ stellvertretende commodum verlangen oder „vorübergehend“ nach § 326 V BGB zurücktreten können. Das ergibt evident keinen Sinn: *Die Umwandlung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs in Sekundärrechte setzt voraus, daß die Durchführung des Schuldverhältnisses, m.a.W. die Erfüllung endgültig gescheitert ist.* Solange noch Hoffnung auf Erfüllung besteht, ist für Sekundärrechte kein Raum.

Teilweise wird versucht, ein Rücktrittsrecht des Gläubigers nach §§ 326 V, 323 V 1 BGB zu begründen. Nach diesen Vorschriften kann der Gläubiger auch dann zurücktreten, wenn die Leistung nur *teilweise unmöglich* ist, vorausgesetzt, er hat an der noch möglichen Teilleistung *kein Interesse*. Die vorübergehende Unmöglichkeit sei, so wird nun behauptet (*Huber/Faust*, a. a. O., § 8 Rn.9), eine Art „Teilunmöglichkeit in der Zeit“. Der Gläubiger könne daher zurücktreten, wenn er kein Interesse daran habe, die Leistung nach Wegfall des Hindernisses noch zu erhalten. Damit würden im wesentlichen diejenigen Fälle erfaßt, in denen nach Ansicht der Rechtsprechung die vorübergehende einer dauernden Unmöglichkeit gleichsteht (Beispiele 1 und 2). Im Beispiel 3 müßte man auf dem Boden dieser Ansicht zu dem Ergebnis kommen, daß dem K *kein* Rücktrittsrecht zusteht: Ihm ist es zuzumuten, die 6 Wochen bis zur Behebung der Schäden abzuwarten.

V konnte im Beispiel 3 nichts für den eingetretenen Schaden am Haus. Hätte er aber die vorübergehende Unmöglichkeit durch eine zu vertretende Pflichtverletzung herbeigeführt, so könnte K nach der soeben wiedergegebenen Ansicht Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283, 281 I 2 BGB verlangen.

Andere halten zwar daran fest, daß der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit ist, wollen aber die Rechtsfolgen nicht an §§ 326 V (Rücktritt) und 283 BGB (Schadensersatz statt der Leistung) anknüpfen, sondern an §§ 281, 323: Der Gläubiger soll dem Schuldner eine *Frist zur Behebung des Leistungshindernisses* setzen müssen, bevor er auf die Sekundärrechte übergeht (Arnold, JZ 2002, 866, 869). Damit wird indes das System der Leistungsstörungstatbestände gesprengt: Nach dem Willen des Gesetzgebers richten sich die Sekundärrechte im Falle der Unmöglichkeit ausschließlich nach §§ 283, 326 V BGB. Die Anwendung der §§ 281, 323 BGB scheidet aus einem ganz einfachen Grund aus: Nach diesen Vorschriften muß der Schuldner eine *fällige* Leistung schuldig geblieben sein. Wenn aber der Schuldner nach § 275 I BGB für die Dauer des Hindernisses von seiner Leistungspflicht befreit ist, kann die Leistung während dieses Zeitraums nicht fällig sein. Das sieht die soeben wiedergegebene Ansicht durchaus; doch soll für die Anwendung der §§ 281, 323 BGB *so getan werden, als ob die Leistungspflicht noch bestünde* (Arnold, JZ 2002, 866, 869; ebenso bereits Canaris, JZ 2001, 499, 508, 516). Das erscheint inkonsequent: Wenn man sich einmal entschieden hat, daß die Leistungspflicht *nicht* mehr besteht, solange das Hindernis dauert, muß man die Rechtsfolgen den Vorschriften über die Unmöglichkeit entnehmen und nicht denen über die Leistungsverzögerung.

c) Insbesondere die verzögerte Behebung des Leistungshindernisses

Wenn man den Anspruch auf die Leistung für ausgeschlossen hält, solange die Unmöglichkeit andauert, gerät man des weiteren in erhebliche Schwierigkeiten, wenn es um die Rechtsfolgen der *Leistungsverzögerung* geht (Beispiel 3, Frage e). Denn ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung - im Beispiel 3: auf Erstattung der Hotelkosten - läßt sich in diesem Fall nicht begründen: Nach §§ 280 I, II, 286 BGB wäre dafür Verzug erforderlich. Verzug aber setzt wiederum eine fällige Leistung voraus, an der es fehlt, solange der Schuldner die Leistung nach § 275 I BGB nicht erbringen muß. Über dies Hindernis hilft es abermals nicht hinweg, so zu tun, als bestünde die Leistungspflicht noch: Wenn man einmal den Primäranspruch nach § 275 I BGB hat (vorübergehend) entfallen lassen, kann man nicht in der Folgezeit so tun, als bestünde er noch.

Ebensowenig überzeugt es, einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens über § 280 I, III, 283 zu begründen. Eben dies wird freilich im Schrifttum versucht: Schadensersatz statt der Leistung im Sinne dieser Vorschriften sei in den Fällen der vorübergehenden Unmöglichkeit „Schadensersatz statt der *rechtzeitigen* Leistung“ (Huber/*Faust*, a. a. O., § 8 Rn.14, 16). Damit wird indes abermals das System der Leistungsstörungstatbestände gesprengt: Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gibt es ausschließlich auf dem Weg über § 280 II BGB; § 280 III BGB betrifft demgegenüber denjenigen Schadensersatz, der an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt. § 280 III BGB eignet sich daher nicht als Grundlage für einen Anspruch, mit dessen Hilfe der Gläubiger - bei fortbestehendem Erfüllungsbegehren - lediglich die Verspätung der Leistung sanktionieren will.

d) Stellungnahme

Die bisherigen Überlegungen im Schrifttum haben mithin die Problematik der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht befriedigend zu lösen vermocht. Und gerade weil auf dem Boden der These, daß der Schuldner vorübergehend nach § 275 I BGB frei wird, die Folgeprobleme nicht zu lösen sind, hat der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren mit Erfolg darauf gedrungen, daß in § 275 I BGB der Passus „*und solange*“ gestrichen wird, daß also die vorüberge-

hende Unmöglichkeit *nicht* von der Leistungspflicht befreit. So wird man denn auch das Gesetz verstehen müssen:

Ist die Leistung in einer Weise vorübergehend unmöglich, daß die Unmöglichkeit *nicht* (ausnahmsweise) einer dauernden gleichsteht (zu diesem Fall oben unter 1.), so ist der Schuldner nicht, auch nicht zeitweise, nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht befreit. Der Anspruch auf die Leistung besteht vielmehr auch während des Leistungshindernisses fort.

Daraus folgt für Beispiel 3: V schuldet weiterhin Übereignung und Übergabe eines mangelfreien Hauses, also Erfüllung des Kaufvertrags (Frage a). Ebenso schuldet K weiterhin Zahlung des Kaufpreises (Frage b); denn da V nicht nach § 275 I BGB befreit ist, hat er auch nicht nach § 326 I 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung verloren.

Dem Gläubiger steht ein **Rücktrittsrecht** nicht nach § 326 V BGB zu (weil eben ein Fall des § 275 BGB nicht vorliegt), sondern allenfalls nach § **323 I BGB**: Da die Erfüllung nach wie vor geschuldet ist, ist sie auch nach Maßgabe der vertraglichen Bestimmungen *fällig*.

K kann also im Beispiel 3 möglicherweise nach § 323 I BGB zurücktreten (Frage d). Voraussetzung hierfür ist, daß K dem V zur Behebung des Leistungshindernisses eine **Nachfrist** setzt. Hier ist nun eines zu beachten: Die vorübergehende Unmöglichkeit steht im Beispiel 3 der dauernden nicht gleich; dem K ist das Festhalten am Vertrag also zumutbar. Konsequenz muß die Nachfrist so bemessen sein, daß V eine realistische Chance hat, das Hindernis zu beheben. Die Nachfrist darf somit im Beispiel 3 6 Wochen nicht unterschreiten; denn so lange benötigt V, um die Schäden an Haus und Grundstück zu beseitigen.

An dieser Stelle noch zwei wichtige Hinweise:

- (1) Die Nachfrist hätte sich auch dann an dem für die Schadensbehebung erforderlichen Zeitrahmen auszurichten, wenn V (anders als im Beispiel 3) das Leistungshindernis *zu vertreten* hätte; denn § 323 I BGB will ganz allgemein sicherstellen, daß der Schuldner noch einmal eine Chance zur Erfüllung erhält, bevor der Gläubiger zurücktritt. § 323 I BGB differenziert gerade nicht danach, ob der Schuldner das Ausbleiben der fälligen Leistung zu vertreten hat.
- (2) Hätte V das Hindernis zu vertreten, so würde er *Schadensersatz statt der Leistung* nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB schulden, also ebenfalls erst nach Fristsetzung durch K, die auch hier mindestens die voraussichtliche Dauer der Schadensbeseitigung umfassen muß. Die erforderliche *Pflichtverletzung* des V liegt ganz einfach darin, daß V die (nach wie vor geschuldete) mangelfreie Erfüllung nicht erbringt. Zu vertreten hat V die Nichterbringung der Leistung zum einen dann, wenn er es vorsätzlich oder fahrlässig *selbst herbeigeführt* hat, aber ebenso, wenn er es *nach* Eintritt des Hindernisses vorsätzlich oder fahrlässig *versäumt*, *Maßnahmen zur Beseitigung des Hindernisses zu ergreifen* (z.B. im Beispiel 3, Frage e: wenn er keinen Bauunternehmer beauftragt, um die Schäden zu beseitigen).

Dem Gläubiger steht, sofern der Schuldner das Leistungshindernis (die vorübergehende Unmöglichkeit) selbst herbeigeführt hat oder Maßnahmen zu dessen Beseitigung unterläßt, ein Anspruch auf Ersatz des **Verzögerungsschadens** nach Maßgabe der §§ 280 I, II, 286 BGB zu.

Die mangelfreie Übereignung und Übergabe war im Beispiel 3 ungeachtet des Leistungshindernisses *fällig*. K hatte laut Sachverhalt eine *Mahnung* ausgesprochen. Damit liegen die Voraussetzungen des Verzugs vor. Die in § 280 I BGB geforderte *Pflichtverletzung* liegt abermals darin, daß V bei Fälligkeit die geschuldete Leistung nicht erbringt. *Zu vertreten* hat V diese Pflichtverletzung insoweit nicht, als er weder für den Erdbeben noch dafür etwas kann, daß die Beseitigung der Schäden 6 Wochen in Anspruch nimmt; wohl aber hat er es zu vertre-

ten, daß sich 4 Wochen lang gar nichts tut, weil V es versäumt hat, einen Bauunternehmer zu beauftragen. V ist somit nach §§ 280 I, II, 286 BGB verpflichtet, dem K für 4 Wochen die Hotelkosten zu erstatten (Frage e).

V. Die absolute Fixschuld

Das Gesetz unterscheidet sehr streng

- auf der einen Seite die zwar noch mögliche, aber bei Fälligkeit nicht erbrachte und daher verspätete Leistung (Rechtsfolgen: §§ 281, 323 BGB)
- und auf der anderen Seite die unmögliche Leistung (Rechtsfolgen: §§ 283, 326 BGB).

Gleichwohl kann es im Einzelfall geschehen, daß die Leistung *mit der Verspätung zugleich unmöglich* wird. Dann spricht man von einer **absoluten Fixschuld**: Die Leistung hat *keinen Sinn* mehr, wenn sie nicht genau zu dem im Schuldverhältnis bestimmten Termin erfolgt.

Beispiel: Frau F und Herr H wollen am 12.06.2004 heiraten und haben für den Abend eine Band bestellt, um die Hochzeitsgäste zu unterhalten und zum Tanzen zu animieren. Am Abend des 12.06.2004 fehlt von den Musikern jede Spur. Die Hochzeitsfeier muß ohne Musik stattfinden. Am 13.06.2004 ruft der Bandleader bei dem Ehepaar an und meint, aufgeschoben sei ja nicht aufgehoben; er wolle jetzt mit seinen Leuten auf der Feier auftreten.

Die Band war zu einem ganz bestimmten Zweck bestellt, nämlich auf *dieser* Hochzeitsfeier für *diese* Festgesellschaft zu spielen. Diese Gesellschaft traf sich an *einem ganz bestimmten Tag*, nämlich am 12.1006.2004. Die Leistung der Band konnte daher nur an *diesem einen Tag* erfolgen; am Tag darauf waren im Zweifel alle Gäste schon wieder nach hause gefahren und außerdem das Ziel, genau an *dem* großen Tag zu feiern, an dem F und H den Bund fürs Leben schlossen, endgültig verfehlt. Die Leistung der Band ist daher nicht nur verzögert, sie ist vielmehr *nicht mehr nachholbar* und damit **objektiv unmöglich** geworden. In einem solchen Fall spricht man von einer **absoluten Fixschuld**. Die Band muß nach § 275 I BGB nicht mehr leisten, kann aber auch nach § 326 I 1 HS 1 BGB die vereinbarte Vergütung nicht mehr beanspruchen. Sofern die Unmöglichkeit auf einer zu vertretenden Pflichtverletzung beruht, können F und H Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§§ 280 I, III, 283 BGB).

VI. Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit

Literaturhinweis: Gruber, JuS 2002, 1066 ff.; Meier, Jura 2002, 118, 127 f.; Rauscher, ZGS 2002, 333 ff.

Das Gesetz kennt den Fall, daß der Schuldner die Unmöglichkeit allein durch eine von ihm zu vertretende Pflichtverletzung herbeigeführt hat; dann bestimmen sich die Rechtsfolgen nach §§ 280 I, III, 283 BGB. Des weiteren kennt es den Fall, daß der Gläubiger allein für den Umstand verantwortlich ist, der die Unmöglichkeit begründet; dann bestimmen sich die Rechtsfolgen nach § 326 II 1 1.Alt. BGB.

Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt und daher bereits jetzt hoch umstritten ist die Frage, welche Rechtsfolgen eingreifen, wenn *beide Seiten* die Unmöglichkeit zu vertreten haben. Das Problem ist bekannt unter dem Stichwort der **beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit**.

1. Die weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers

Lediglich einen Teilaspekt hat der Gesetzgeber nun in § 326 II 2. Alt. BGB geregelt: Sofern der Gläubiger „weit überwiegend“ für den Umstand verantwortlich ist, der die Unmöglichkeit begründet, bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung bestehen.

Unter „**weit überwiegend**“ versteht das Gesetz dabei diejenigen Fälle, in denen der Schuldner zwar an dem Ereignis mitgewirkt hat, das die Unmöglichkeit herbeiführt, sein Verursachungsbeitrag aber so gering ist, daß er **vernachlässigt** werden kann. Man geht davon aus, daß dies der Fall ist, wenn der Schuldner einen Verursachungsanteil von 10% oder weniger hat, der Gläubiger selbst also zu 90% oder mehr für die Unmöglichkeit verantwortlich ist.

2. Signifikante Verantwortlichkeit beider Teile

a) Eine Analyse des Gesetzestextes

Beispiel 1: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen für 10.000 Euro, was dem Verkehrswert des Wagens entspricht. Der Wagen wird zerstört

- a) durch gleich schweres Verschulden von V und K
- b) durch beiderseitiges Verschulden von V und K, wobei das Verschulden des K 75%, das des V 25% beträgt.

Fragt man in dieser Situation nach den Rechten von V und K, so steht zunächst fest:

- V ist nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht befreit (objektive Unmöglichkeit).
- V hat aber auch **keinen Anspruch auf den Kaufpreis**. Das ergibt sich aus einem *Umkehrschluß* aus § 326 II 1 HS 1 BGB: Wenn die Leistung unmöglich wird, bleibt dem Schuldner der Anspruch auf die Gegenleistung nur erhalten, wenn der Gläubiger für die Unmöglichkeit *weit überwiegend* verantwortlich ist. Diese Schwelle ist im Beispiel 1 nicht überschritten, und zwar weder in Variante a noch in Variante b, da **K beide Male zu weniger als 90 % die Unmöglichkeit zu vertreten hat**.
- K seinerseits hat gegen V **keinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung** nach §§ 280 I, III, 283 BGB - ganz einfach deshalb, weil ihm **kein Schaden** entstanden ist: Ihm bleibt zwar der Sachwert des PKW vorenthalten; dafür muß er aber auch keinen Kaufpreis bezahlen. Einen Schaden hätte K in dieser Situation nur, wenn der PKW *mehr wert* gewesen wäre als der Kaufpreis; das aber ist im Beispiel 1 laut Sachverhalt gerade nicht der Fall.

Merke: Wenn in einem gegenseitigen Vertrag der Leistungsgegenstand untergeht, hat, was den *bloßen Sachwert* anbelangt, immer nur *eine* Partei einen Schaden - nämlich diejenige Partei, welche die **Gegenleistungsgefahr** trägt. Wer die Sache nicht bekommt, aber auch nicht bezahlen muß, steht nicht schlechter da als vorher (es sei denn, die Sache war mehr wert als der Preis; dazu unten Beispiel 3); wer die Sache verliert, aber trotzdem dafür Geld bekommt, ebenfalls nicht.

Danach scheint das Resultat beiderseitiger Unachtsamkeit von V und K nach dem Gesetz alleine zu Lasten des V zu gehen: Er verliert die Sache, bekommt aber keinerlei Gegenwert dafür.

b) Verlustzuweisung ausschließlich an Gläubiger bzw. Schuldner?

Ein Teil der Literatur will es in der Tat bei diesem Ergebnis belassen: Der Gesetzgeber habe nun einmal dem Schuldner die Gegenleistungsgefahr für den Fall zugewiesen, daß der Gläubiger nicht allein oder weit überwiegend für die Unmöglichkeit verantwortlich sei (*Gruber*, JuS 2002, 1066, 1071).

Diese Ansicht befriedigt indes nicht: Der gegenseitige Vertrag ist nach dem Willen der Parteien darauf gerichtet, einen gerechten Leistungsaustausch zu ermöglichen. Sobald in einem solchen Vertrag eine Störung auftritt, muß daher besonders nachhaltig nach einer Lösung gesucht werden, mit deren Hilfe diese **Austauschgerechtigkeit** optimal verwirklicht wird. Das bedeutet: Wenn *beide* Parteien zu einem signifikanten Teil für die Unmöglichkeit verantwortlich sind, muß der daraus entstehende wirtschaftliche Nachteil ebenfalls beiden Parteien anteilig zugewiesen werden. Eine „Alles-oder-Nichts-Lösung“ (entweder § 326 II BGB - dann *nur* Preisgefahr des Gläubigers; oder nicht - dann *nur* Preisgefahr des Schuldners) wird dem nicht gerecht.

c) Die Nebenpflicht des Käufers zur schonenden Behandlung des Leistungsgegenstandes vor Übergang der Preisgefahr

Zu Recht sucht man daher im Schrifttum nach einer Lösung, die eine gerechte Schadensteilung ermöglicht. Solange der Schuldner die Gegenleistungsgefahr trägt, trifft den Gläubiger die **Pflicht, alles zu unterlassen, was die Leistung unmöglich machen könnte** (so bereits zum früheren Recht *Hadding*, AcP 168 (1968), 150, 166 ff.; zum neuen Recht *Meier*, Jura 2002, 118, 128; *Rauscher*, ZGS 2002, 333, 336 f.). Es handelt sich hierbei um eine **Rücksichtspflicht** im Sinne des § 241 II BGB (vgl. *Rauscher*, ZGS 2002, 333, 336): Der Gläubiger ist verpflichtet, auf die *Interessen* des Schuldners Rücksicht zu nehmen, nämlich auf dessen Interesse, die Leistung nicht einzubüßen, bevor die Gegenleistungsgefahr auf den Gläubiger übergegangen ist. Wenn der Gläubiger diese Pflicht verletzt, d.h. eine Handlung vornimmt, welche die Unmöglichkeit (mit) herbeiführt, und diese Pflichtverletzung zu vertreten hat, ist er dem Schuldner nach §§ 280 I 1, 241 II BGB zum **Schadensersatz** verpflichtet.

Solange der Schuldner die Gegenleistung bekommt, obwohl der Leistungsgegenstand untergegangen ist, gewinnt dieser Ersatzanspruch keine selbständige Bedeutung: Der Schuldner bekommt dann, was ihm nach dem Vertrag zusteht, und hat daher bereits keinen Schaden. Sobald aber durch die Unmöglichkeit der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt, liegt ein solcher Schaden vor. V kann ihn von K ersetzt verlangen, muß sich aber nach § 254 I BGB seinen eigenen Verursachungsbeitrag anrechnen lassen. Daraus folgt:

- In Variante a hat V gegen K aus § 280 I BGB einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 Euro. Dieser ergibt sich aus dem Kaufpreis abzüglich eigenen Verschuldensanteils des K, also 10.000 Euro minus 5.000 Euro.
- In Variante b hat V gegen K aus § 280 I BGB einen Anspruch auf Zahlung von 7.500 Euro.

d) Die Fortwirkungen eines „guten Geschäfts“ für den Schuldner

Die soeben entwickelte Lösung führt auch zu sachgerechten Ergebnissen, wenn der Preis den Wert der unmöglich gewordenen Leistung wirtschaftlich nicht exakt wiedergibt. Das zeigt sich am folgenden

Beispiel 2: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen für 10.000 Euro; der Verkehrswert des Wagens beträgt 8.000 Euro. Der Wagen wird zerstört

- a) durch gleich schweres Verschulden von V und K
- b) durch beiderseitiges Verschulden von V und K, wobei das Verschulden des K 75%, das des V 25% beträgt.

Entsprechend dem in Beispiel 1 gefundenen Ergebnis hat V *keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises*; dieser Anspruch ist vielmehr nach § 326 I 1 HS 1 BGB erloschen. Wohl aber steht ihm gegen K ein Anspruch auf *Schadensersatz* aus § 280 I BGB zu. Denn den K traf, solange V die Preisgefahr trug, die Pflicht, alles zu unterlassen, was die Leistung unmöglich machen konnte (Rücksichtspflicht im Sinne des § 241 II BGB). Diese Pflicht hat K verletzt und schuldet daher nach § 280 I BGB Schadensersatz, der aber um den Verschuldensanteil des V zu kürzen ist (§ 254 I BGB). Daraus ergibt sich:

- In Beispiel 2 Variante a hat V gegen K einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 I BGB in Höhe von 5.000 Euro. Denn der Schaden des V besteht *nicht* im Verlust des Sachwerts (8.000 Euro), sondern im Verlust des *Kaufpreisanspruchs* (10.000 Euro) nach § 326 I 1 BGB. Die Sache selbst hätte V auch bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung verloren.
- In Beispiel 2 Variante b hat V gegen K konsequent einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 7.500 Euro.

Diese Ergebnisse bilden das Wertverhältnis von Preis und Leistung auch wirtschaftlich sachgerecht ab (ebenso *Rauscher*, ZGS 2002, 333, 337). Wäre der Vertrag erfüllt worden, so hätte V einen realen Vermögenszuwachs von 2.000 Euro verzeichnet. Der Kaufvertrag war für ihn gewissermaßen ein „gutes Geschäft“. Dadurch, daß V in Beispiel 2 Variante a selbst zur Hälfte für die Unmöglichkeit verantwortlich war, wird ihm auch der Gewinn zur Hälfte genommen: Ginge es rein nach dem Sachwert, könnte V nur noch 4.000 Euro beanspruchen. Dadurch aber, daß V einen Kaufpreis von 10.000 Euro durchgesetzt hat, bleiben ihm immerhin 5.000 Euro und damit ein Gewinn von 1.000 Euro - die Hälfte des Betrags, der ihm bei Vertragserfüllung als Überschuß verblieben wäre. Ähnlich verhält es sich in Beispiel 2 Variante b: V hätte, wenn er zu $\frac{1}{4}$ verantwortlich war, vom Sachwert des Wagens an sich noch $\frac{3}{4}$ = 6.000 Euro bekommen dürfen. Statt dessen bekommt er $\frac{3}{4}$ des Kaufpreises = 7.500 Euro, macht also immerhin noch einen Gewinn von 1.500 Euro, was $\frac{3}{4}$ des aus dem Geschäft erwarteten Gewinns entspricht.

e) Die Fortwirkungen eines „guten Geschäfts“ für den Schuldner

Umgekehrt kann es geschehen, daß die Unmöglichkeit der Leistung ein gutes Geschäft des *Gläubigers* zunichte macht.

Beispiel 3: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen für 10.000 Euro. K hat bereits einen Interessenten an der Hand, der bereit ist, ihm den Wagen für 12.000 Euro abzukaufen. Der Wagen wird zerstört

- a) durch gleich schweres Verschulden von V und K.
- b) durch beiderseitiges Verschulden von V und K, wobei das Verschulden des K 75%, das des V 25% beträgt.

Im Beispiel 3 haben sowohl V als auch K einen Schaden erlitten.

- Der Schaden des V besteht darin, daß der Kaufpreisanspruch nach § 326 I 1 BGB erloschen ist; die Schadenshöhe beträgt damit 10.000 Euro.
- Der Schaden des K besteht darin, daß ihm Gewinn in Höhe von 2.000 Euro entgangen ist (§ 252 BGB); die Schadenshöhe beträgt damit 2.000 Euro.

Die sachgerechte Lösung besteht nun darin, daß beide Schäden von der jeweiligen Gegenpartei nach Maßgabe der Verschuldensanteile ersetzt werden. Diese Lösung läßt sich in der Tat auf dem Boden des geltenden Rechts erzielen:

- V hat gegen K einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 I BGB, weil K die Pflicht verletzt hat, auf die Interessen des V Rücksicht zu nehmen (§ 241 II BGB): Er hat dem V

die Leistung unmöglich gemacht, obwohl V noch die Preisgefahr trug. Insoweit gilt nichts anderes als in den Beispielen 1 und 2. Der Ersatzanspruch beträgt somit im Beispiel 3 in Variante a 5.000, in Variante b 7.500 Euro.

- K hat gegen V einen Anspruch auf *Schadensersatz statt der Leistung* nach §§ 280 I, III, 283 BGB, weil V eine Leistungspflicht (§ 241 I BGB) verletzt hat, indem er die Unmöglichkeit herbeigeführt hat. In den Beispielen 1 und 2 kam dieser Anspruch nur deshalb nicht zum Tragen, weil dem K, obwohl ihm der Sachwert des Wagens entging, kein Schaden entstanden war, da er den Kaufpreis nicht bezahlen mußte: Der Sachwert ging jedenfalls nicht über den Kaufpreis hinaus. Im Beispiel 3 ist das anders: K hat einen Schaden erlitten, der *über den von ihm zu zahlenden Kaufpreis hinausgeht* und daher nicht schon dadurch abgegolten ist, daß er den Kaufpreis nach § 326 I 1 BGB nicht mehr zu zahlen braucht. Diesen Schaden (hier also 2.000 Euro) kann er nach §§ 280 I, III, 283 BGB ersetzt verlangen, allerdings nach § 254 BGB nur nach Maßgabe der Verschuldensanteile: in Variante a in Höhe von 1.000, in Variante b in Höhe von 500 Euro.