

Grundkurs BGB II

Arbeitsblatt 10 - Die „faktische“ und die „persönliche“ Unmöglichkeit

Literaturhinweis: *Fischer*, DB 2001, 1923 ff.; *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, § 2 Rn.25 ff. (sehr ausführlich!); *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn.304 ff.; *Mattheus*, in: *Schwab/Witt*, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 50 ff.

I. Die Einreden des § 275 II, III BGB

Die Fälle objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit sind in § 275 I BGB als **rechtsvernichtende Einwendung** ausgestaltet: Der Schuldner wird **ipso iure von der Leistungspflicht frei**. Daneben enthält § 275 II 1 BGB eine **Einrede** für diejenigen Fälle, in denen die Leistung zwar objektiv und subjektiv möglich ist, ihre Erbringung aber mit **unverhältnismäßigem Aufwand** verbunden wäre. In diesem Fall kann der Schuldner die Leistung verweigern. Das gleiche sieht § 275 III BGB für diejenigen Fälle vor, in denen die Leistung vom Schuldner **höchstpersönlich** zu erbringen, ihm aber wegen besonderer Umstände nicht zuzumuten ist.

Während also § 275 I BGB (Unmöglichkeit) als rechtsvernichtende Einwendung ausgestaltet ist, wird dem Schuldner in § 275 II, III BGB (Unzumutbarkeit) lediglich eine Einrede gewährt. Das hat im Ausgangspunkt seinen guten Sinn: Wenn die Leistung unmöglich ist, ergibt es schlechterdings keinen Sinn mehr, sie zu begehren; die Leistung kann weder erbracht noch verlangt werden. Wenn die Leistung lediglich unzumutbar ist, muß der Schuldner entscheiden, ob er sie sich trotzdem zumuten will. Daher erscheint es sachgerecht, ihm die Wahl zu belassen, ob er sich auf die Unzumutbarkeit berufen will oder nicht. Das Mittel, um dies Gestaltungsziel gesetzestechnisch zu verwirklichen, ist die Einrede: Der Schuldner kann sie erheben oder aber es bleiben lassen.

Wenn freilich der Schuldner die Einrede erhebt und die Leistung verweigert, hat dies weit reichende Konsequenzen für das Schuldverhältnis im ganzen; denn ab sofort gelten alle Vorschriften, die gelten würden, wenn die Leistung gänzlich unmöglich wäre:

- Der Schuldner verliert den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 326 I 1 HS 1 BGB); denn mit Erhebung der Einrede braucht der Schuldner nach § 275 II, III BGB nicht mehr zu leisten.
- Der Gläubiger kann vom Vertrag nach § 326 V BGB ohne Fristsetzung zurücktreten; denn mit Erhebung der Einrede braucht der Schuldner nach § 275 II, III BGB nicht mehr zu leisten.
- Der Gläubiger kann nach § 285 I BGB das stellvertretende commodum verlangen; denn mit Erhebung der Einrede braucht der Schuldner nach § 275 II, III BGB nicht mehr zu leisten.
- Der Gläubiger hat Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB, wenn der Schuldner das Hindernis, das ihm die Leistung unzumutbar macht, durch eine zu vertretende Pflichtverletzung herbeigeführt hat; denn mit Erhebung der Einrede braucht der Schuldner nach § 275 II, III BGB nicht mehr zu leisten. Zu beachten ist in diesem Fall freilich, daß das Vertretenmüssen nach § 275 II 2 BGB bereits für den Tatbestand der „Unzumutbarkeit“ von Bedeutung ist.

Die Erhebung der Einrede bewirkt also eine ähnlich weitreichende Umgestaltung des Schuldverhältnisses wie die Unmöglichkeit. Daraus folgt, daß der Schuldner seine Entscheidung, die Leistung zu verweigern, nicht nach Belieben rückgängig machen kann: **Sobald der Schuld-**

ner die Einrede nach § 275 II, III BGB erhebt, erlischt die Leistungspflicht des Schuldners, und es werden definitiv die Rechtsfolgen der §§ 283, 285, 326 BGB ausgelöst. Die Erhebung der Einrede steht damit in der Wirkung einer *rechtsvernichtenden Einwendung* gleich (insoweit zutreffend *Teichmann*, BB 2001, 1485, 1487).

II. „Grobes Mißverhältnis“ nach § 275 II BGB

1. Die Grundidee: Das Leistungsinteresse eines „vernünftigen Gläubigers“

§ 275 II 1 BGB verlangt als Tatbestandsvoraussetzung für die Einrede, daß der Aufwand, den der Schuldner betreiben muß, um die Leistung zu erbringen, zum Leistungsinteresse des Gläubigers in einem **groben Mißverhältnis** steht. Die Vorschrift soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers dann zur Anwendung kommen, wenn jener Aufwand ein solches Ausmaß annimmt, daß **kein vernünftiger Gläubiger mehr erwarten kann, die Leistung werde noch erbracht werden.**

Beispiel 1: V hat an K einen Ring verkauft. Vor Übergabe an K fällt der Ring in einen See.

Das Beispiel 1 ist ein absolut praxisferner, aber in den Lehrbüchern seit Jahrzehnten kolportierter Fall. Er soll eines illustrieren: Die Leistung *wäre an sich noch physisch möglich*. Der See könnte nämlich abgepumpt sowie der Sand auf dem Seegrund ausgesiebt werden, um den Ring wieder zu finden. Daß dies geschieht, kann kein vernünftiger Gläubiger erwarten. Dieser Fall wurde früher als Fall der (sog. wirtschaftlichen) *Unmöglichkeit* diskutiert; nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll er nunmehr einen Fall des *groben Mißverhältnisses zwischen Aufwand und Leistungsinteresse* verkörpern. Freilich fehlt es bereits jetzt nicht an Stimmen, die den Fall weiterhin als Fall der absoluten Unmöglichkeit behandeln und § 275 Absatz 1 BGB anwenden wollen (z.B. *Fischer*, DB 2001, 1923, 1925). Doch entspricht dies weder dem Wortlaut noch dem Willen des Gesetzgebers: Der Gesetzgeber unterscheidet sehr streng zwischen Hindernissen, welche die Leistung schlechterdings ausschließen, und solchen, welche sie lediglich unzumutbar behindern. Schlechterdings ausgeschlossen ist die Leistung im Beispiel 1 indes nicht; dann ist für die Anwendung des § 275 I BGB kein Raum.

2. Parameter des „groben Mißverhältnisses“: Materielle Interessen

a) Wiederbeschaffungsaufwand contra Verkehrswert

Beispiel 2: E ist Eigentümer eines Grundstücks; im Grundbuch ist aber zu Unrecht V als Eigentümer eingetragen. E verkauft das Grundstück an B zum Verkehrswert von 10.000 Euro; dabei sagt E dem angesichts der Grundbuchlage mißtrauischen B zu, er sei wirklich Eigentümer des Grundstücks und werde demnächst auch wieder als solcher eingetragen. Zum gleichen Preis verkauft wenig später V das Grundstück an den gutgläubigen K, der ins Grundbuch eingetragen und damit nach §§ 873, 925, 892 I BGB Eigentümer wird. B nimmt E auf Erfüllung in Anspruch. E versucht sich das Grundstück bei K zu beschaffen, der auch zur Übereignung an E bereit ist; dies allerdings nur gegen Zahlung von 300.000 Euro.

Der BGH hat in einem vergleichbaren Fall unter der Geltung des früheren Rechts angenommen, dem E sei die Übereignung des Grundstücks subjektiv unmöglich, weil kein vernünftiger Gläubiger erwarten könne, daß E das 30fache des Verkehrswertes aufwende, um die Leistung zu ermöglichen. Diese These läßt sich unter der Geltung des neuen Schuldrechts nicht mehr aufrecht erhalten: Die Leistung ist nur dann subjektiv unmöglich, wenn keine Chance mehr besteht, daß E die Leistung noch wird erbringen können, weil kein Dritter bereit ist, ihn zur Leistung in den Stand zu setzen. Eine solche Chance besteht indes im Beispiel 2 sehr

wohl: E kann dem K das Grundstück für 300.000 Euro abkaufen. Für die Anwendung des § 275 Absatz 1 BGB ist daher *kein Raum* mehr; es bleibt allein § 275 Absatz 2:

Das Leistungsinteresse des B erschöpft sich mangels anderweitiger Sachverhaltsangaben im bloßen Verkehrswert des Grundstücks (10.000 Euro). Der Aufwand, den E zur Leistungserbringung auf sich nehmen müßte, wäre das 30fache, nämlich 300.000 Euro betragen. Darin liegt ein grobes Mißverhältnis, das dem E die Einrede nach § 275 II BGB eröffnet (*Canaris*, JZ 2001, 499, 502). Die Anwendung des § 275 II BGB wird man im Beispiel 2 ungeachtet dessen befürworten müssen, daß E das Leistungshindernis zu vertreten hat (er hat i.S. des § 276 I 1 BGB eine Garantie für seine Leistungsfähigkeit übernommen, indem er die Bedenken des B mit der Zusage zerstreut hat, er werde wieder im Grundbuch eingetragen): Das 30fache des Verkehrswertes muß er selbst unter diesen Umständen nicht aufwenden.

Für die Anwendung des § 275 II BGB muß man m.a.W. immer **zwei Größen** in Geld bewerten und miteinander **vergleichen**:

- Wie hoch ist das **Leistungsinteresse des Gläubigers**, d.h. mit welchem Betrag ist sein Interesse an der Erfüllung zu bewerten?
- Wie hoch ist der **Aufwand des Schuldners**, d.h. welche Vermögensopfer muß er erbringen, um die Leistung zu ermöglichen?

Völlig **unberücksichtigt** bleibt dagegen die Frage, ob der Aufwand des Schuldners gemessen an *seinen eigenen berechtigten Belangen* unzumutbar hoch ist. Wann immer der Gläubiger ein entsprechend hohes Leistungsinteresse vorweisen kann, muß der Schuldner einen entsprechenden Aufwand auf sich nehmen.

b) Wiederbeschaffungsaufwand contra Geschäftsgewinn

Wie wenig Rücksicht auf die Belange des Schuldners genommen wird, zeigt mit Deutlichkeit das folgende

Beispiel 3: Angenommen, im Beispiel 2 wird nach Übereignung des Grundstücks an K ein neuer Bebauungsplan in Kraft gesetzt, wonach jenes Grundstück, das bisher landwirtschaftlich genutzt wurde, Teil eines großen Gewerbegebiets wird. Von diesem Bebauungsplan konnte man, als die beiden Kaufverträge geschlossen wurden, nichts ahnen, weil der Flächennutzungsplan noch eine landwirtschaftliche Nutzung vorgesehen hatte. B ist angesichts dieser Entwicklungen um so mehr an der Erfüllung des Kaufvertrags interessiert: Er hat nämlich seinerseits einen Käufer an der Hand, der 400.000 Euro für das Grundstück bezahlen würde.

Daß die Leistung nicht nach § 275 I BGB unmöglich ist, wurde bereits festgestellt. Im Beispiel 3 steht dem E darüber hinaus nicht einmal der Einwand aus § 275 II 1 BGB zu:

- Das Leistungsinteresse des B beträgt 400.000 Euro (erwarteter Gewinn aus Weiterverkauf)
- Der Aufwand des E, um die Leistung zu ermöglichen, beträgt nur 300.000 Euro, bleibt also hinter dem Leistungsinteresse des B zurück und steht zu diesem schon deshalb nicht in einem groben Mißverhältnis.

Das Ergebnis ist weniger erstaunlich, als es auf den ersten Blick scheinen mag; denn wenn man annähme, die Leistung wäre dem E subjektiv *unmöglich*, so müßte man dem E vorwerfen, er habe diese Unmöglichkeit durch *pflichtwidriges Unterlassen* herbeigeführt: E hatte gegen V einen durchsetzbaren Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB, d.h. er konnte von V verlangen, zuzustimmen, daß E selbst wieder als Eigentümer eingetragen wurde. Diesen Anspruch hat E nicht rechtzeitig geltend gemacht und dies auch zu vertreten (§

276 I 1 BGB), weil er dem B gegenüber nämlich, wie gezeigt, eine *Garantie* für seine Wiedereintragung als Eigentümer übernommen hatte, um die Zweifel des B an der Erfüllbarkeit des Vertrags zu zerstreuen. Wäre die Leistung als unmöglich zu bewerten, so würde daher E dem B *Schadensersatz statt der Leistung* schulden (§§ 280 I, III, 283 BGB); er müßte dem B daher den entgangenen Gewinn aus dem Weiterverkauf des Grundstücks erstatten. Kaum anders kann man entscheiden, wenn man § 275 II BGB anwendet: Wenn das Leistungshindernis, das dem E die Leistung unzumutbar macht, von E selbst durch eine zu vertretende Pflichtverletzung herbeigeführt wurde, schuldet E ebenfalls Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB. *E wird also ohnehin mit einem Betrag belastet, der seinen Aufwand für die Leistungserbringung übersteigt.* Dann ist nicht einzusehen, warum es ihm nicht zuzumuten sein soll, jenen Aufwand zu tätigen: E muß im Beispiel 3 dem K das Grundstück für 300.000 DM abkaufen und es dem B zum vereinbarten Kaufpreis von 10.000 DM übereignen.

Allenfalls steht dem E ein Anspruch auf Schadensersatz gegen V aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 816 I 1 BGB) zu. Ebenso denkbar ist ein Anspruch aus §§ 990, 989 wegen von V verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe. Dieser Anspruch greift in jedem Fall durch, wenn V auch Besitzer (§ 854 BGB) des Grundstücks war. War V *nicht* Besitzer, sondern lediglich als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so hatte E gegen ihn keinen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, sondern nur einen Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB. V war dem E sozusagen zur „Herausgabe“ des „Buchbesitzes“ verpflichtet. Auf dies Rechtsverhältnis sind die §§ 987 ff. BGB entsprechend anzuwenden (Hk-Eckert, BGB, § 894 Rn. 14). E hat also auch in diesem Fall gegen V einen Schadensersatzanspruch wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe.

Gegen dieses Ergebnis kann sich E freilich unter Berufung auf eine andere Vorschrift wehren: Er kann gegen den Anspruch des B einwenden, es sei die **Geschäftsgrundlage** des Kaufvertrags **weggefallen**. Nach **§ 313 I BGB** kann E in diesem Fall Anpassung des Vertrags verlangen: Die zulässige Benutzung des Grundstücks als Landwirtschaftsfläche war ein Umstand, der zur Grundlage des Vertrags geworden ist, weil die Parteien sie bei Vertragsschluß vorausgesetzt und hieran die Bemessung des Kaufpreises ausgerichtet haben. Dieser Umstand hat sich durch den Erlaß des Bebauungsplans schwerwiegend verändert: Gewerblich nutzbare Grundstücke haben einen deutlich höheren Marktwert als solche, die nur landwirtschaftlich genutzt werden können.

Die Parteien hätten den Kaufvertrag nicht zu diesem Preis geschlossen, wenn sie diese Entwicklung vorausgesehen hätten: E hätte sich die kommende Qualität als gewerbliches Bauland im Kaufpreis entsprechend vergüten lassen; möglicherweise hätte er das Grundstück auch gar nicht verkauft, wenn er gewußt hätte, daß möglicherweise eine Umwandlung in gewerbliches Bauland ansteht.

Es handelt sich daher um einen Fall der **schweren Äquivalenzstörung**. E kann daher gegen den Übereignungsanspruch des B als Einrede einwenden, B müsse vorher in eine Anpassung des Kaufpreises einwilligen; dabei darf E verlangen, daß der Kaufpreis auf mindestens 300.000 Euro heraufgesetzt wird, damit er wenigstens keinen Verlust aus dem Geschäft erleidet. Der Anspruch auf Vertragsanpassung ist also der Anspruch auf Abgabe einer *Willenserklärung*: E kann von B die Einwilligung in eine *Vertragsänderung* verlangen - des Inhalts nämlich, daß der Kaufpreis statt 10.000 nunmehr 300.000 Euro beträgt.

Die rechtliche Grundlage dieser Einrede ist das aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) abgeleitete Verbot, eine Leistung zu begehren, die man sogleich wieder zurückerstatten müßte (sog. **dolo-agit-Einwand**: *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*).

Übertragen auf den hier vorliegenden Fall bedeutet dies: B kann an sich nach dem Kaufvertrag verlangen, daß E ihm das Grundstück Zug um Zug (§§ 320 I, 322 I BGB) gegen Zahlung von 10.000 Euro übereignet. Er müßte aber sogleich der Anpassung des Kaufpreises auf 300.000 Euro zustimmen und diesen Betrag nachzahlen. Dann entspricht es eher dem Gedanken eines gerechten Leistungsaustauschs, wenn E sogleich die Übereignung davon abhängig machen kann, daß B der Vertragsanpassung zustimmt und Zug um Zug 300.000 Euro zahlt.

Stehen also berechnigte Belange des Schuldners der Erfüllung zu den ursprünglichen Bedingungen entgegen, so kann der Schuldner diese Belange zwar nicht unter dem Gesichtspunkt des § 275 II BGB, wohl aber unter dem Gesichtspunkt des § 313 BGB einwenden.

Im **Klausuraufbau** stellt sich dies wie folgt dar:

1. **Obersatz:** B könnte gegen E einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks aus § 433 I 1 BGB haben.
2. Anspruch ist entstanden durch Abschluß eines wirksamen Kaufvertrags.
3. Anspruch ist *nicht* nach § 275 I BGB erloschen, weil die Voraussetzung „Unmöglichkeit“ nicht vorliegt: Objektiv existiert das Grundstück noch, und subjektiv ist E imstande, sich das Grundstück von K zu beschaffen. (*Hinweis:* Diesen Punkt immer erst wenigstens mit einem Satz feststellen, bevor Sie auf § 275 II BGB übergehen!)
4. Dem Anspruch könnte aber die Einrede des E aus § 275 II BGB entgegenstehen. *Voraussetzung:* Grobes Mißverhältnis zwischen Leistungsinteresse und Aufwand.
 - Leistungsinteresse des B: 400.000 Euro.
 - Aufwand des E: 300.000 Euro.*Konsequenz:* Es liegt *kein* grobes Mißverhältnis vor. Daß E ungleich viel mehr aufwenden muß, als er von B für das Grundstück bekommt, ist für § 275 II BGB schlicht irrelevant, da Maßstab für die Zumutbarkeit des Aufwandes allein das Interesse des Gläubigers ist.
5. Dem Anspruch steht die Einrede aus §§ 320 I, 322 I BGB insoweit entgegen, als E nur zur Leistung Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises von 10.000 Euro zu leisten verpflichtet ist.
6. Dem Anspruch könnte zudem die Einrede des E aus § 242 BGB (*dolo agit*) entgegenstehen, wenn E von B nach § 313 I BGB verlangen kann, in die Änderung des Kaufvertrags einzuwilligen. *Voraussetzungen:*
 - Umstand ist zur Grundlage des Vertrags geworden, d.h. von den Parteien bei Vertragsschluß *vorausgesetzt* worden. Hier (+): E und B sind von landwirtschaftlich nutzbarem Grundstück ausgegangen. Man spricht hier vom *tatsächlichen Element* der Geschäftsgrundlage.
 - Dieser Umstand hat sich *schwerwiegend geändert*, weil das Grundstück nunmehr als gewerbliches Bauland nutzbar ist.
 - E hätte den Vertrag nicht oder zu einem anderen Preis geschlossen, wenn er vorausgesehen hätte, daß das Grundstück später einmal als gewerbliches Bauland nutzbar sein würde. Man spricht hier vom *hypothetischen Element* der Geschäftsgrundlage.
 - Dem E ist das Festhalten am ursprünglichen Vertrag nicht zumutbar. Das ist der Fall, wenn B sich angesichts der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung billigerweise auf eine Anpassung des Vertrags einlassen muß. Das ist hier der Fall: Durch den Bebauungsplan ist die Gleichwertigkeit von Kaufsache und Kaufpreis nachhaltig in Frage gestellt worden (sog. *schwere Äquivalenzstörung*). Man spricht hier vom *normativen Element* der Geschäftsgrundlage.
 - *Konsequenz:* E kann von B Anpassung des Vertrags verlangen, nämlich in Gestalt einer Anpassung des Kaufpreises auf 300.000 Euro. B handelt treuwidrig, wenn er die Übereignung und Übergabe zum Preis von 10.000 Euro verlangt, da er sogleich in die Vertragsanpassung einwilligen und dann 300.000 DM bezahlen müßte.
7. **Ergebnis:** B kann von E Übereignung und Übergabe des Grundstücks nur Zug um Zug gegen Einwilligung in die Anpassung des Kaufvertrags und gegen Zahlung von 300.000 DM verlangen.



Beachten Sie: Die Belange des Schuldners können abweichend vom bisher Gesagten bereits bei der Bemessung des „groben Mißverhältnisses“ zur Geltung kommen, wenn der Schuldner das Leistungshindernis, welches die Einrede nach § 275 II BGB auslöst, *nicht zu vertreten hat* (§ 275 II 1 BGB). Das Gesetz spricht hier davon, daß die „dem

Schuldner zuzumutenden Anstrengungen“ sich auch danach richten, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Die „zuzumutenden Anstrengungen“ finden im Tatbestand des § 275 II 1 BGB keine Entsprechung; die Vorschrift ist vielmehr so zu lesen, daß die Bewertung, ob ein „grobes Mißverhältnis“ vorliegt, sich auch danach richtet, ob jenes Hindernis vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht. Hätte also im Beispiel 3 E das Hindernis (die fehlende Möglichkeit, dem B Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen) nicht zu vertreten, so stünde dem E bereits die Einrede nach § 275 II 1 BGB zu. E könnte die Leistung dann *komplett verweigern*, wäre also nicht darauf verwiesen, Zug um Zug gegen Vertragsanpassung und Zahlung eines erhöhten Kaufpreises zu leisten.

c) In Sonderheit: Nicht-vertragliche Verbindlichkeiten

Die Möglichkeit, bei gescheiterter Berufung auf § 275 II BGB dem Schuldner den Einwand aus § 313 I BGB zu eröffnen, besteht nur bei *vertraglichen* Verbindlichkeiten. Bei *gesetzlichen* Verbindlichkeiten ist § 275 II BGB das einzige Korrektiv unzumutbaren Aufwands

Beispiel 4 (nach BGHZ 62, 388): E ist Eigentümer eines Grundstücks, auf dem er eine Wohnanlage mit Tiefgarage errichtet. Bei der Neuvermessung des Nachbargrundstücks, dessen Eigentümer N ist, stellt sich heraus, daß die Tiefgarage auf einer Fläche von 20 m² in das Grundstück des N hineinragt. N verlangt von E, der die Anlage nebst Garage zwischenzeitlich in Kenntnis der wahren Grundstücksgrenzen fertiggestellt hat, die Tiefgarage wegzusetzen.

E hat das Grundstück des N vorsätzlich überbaut; der Anspruch des N ist gerichtet auf Beseitigung dieses Überbaus (§§ 1004, 912 I 1 BGB). Um ihn zu erfüllen, müßte E die gesamte Anlage abreißen und anschließend wieder so aufbauen, daß das Grundstück des N nicht in Anspruch genommen wird. Der BGH hat das dem E unter der Geltung der früheren Leistungsstörungsvorschriften mit Recht nicht zugemutet; er nahm objektive Unmöglichkeit der Leistung an (BGHZ 62, 388, 390 f.). Einige Autoren wollen Gleiches unter der Geltung des neuen Rechts annehmen: Die Leistung sei auch heute noch als objektiv unmöglich einzustufen; E sei nach § 275 Absatz 1 BGB von seiner Pflicht zur Beseitigung des Überbaus befreit (Fischer, DB 2001, 1923, 1925; v. Wilmsky, JuS 2002, Heft 1, Beilage S. 7). Richtigerweise muß man jedoch, um das Ergebnis des BGH unter Geltung des neuen Rechts zu erzielen, § 275 Absatz 2 BGB heranziehen: Wenn der „Ring im See“ ein Fall des § 275 II BGB ist, weil die Leistung physisch zwar noch möglich ist, aber kein vernünftiger Gläubiger sie unter den gegebenen Umständen verlangen würde, so kann man im Beispiel 4 nicht anders entscheiden.

Scheitert die Berufung des E auf § 275 II BGB, etwa weil es dem N tatsächlich gelingt, ein Erfüllungsinteresse nachzuweisen, welches dem Betrage nach die Kosten von Abbruch und Wiederaufbau der Anlage zumindest annähernd erreicht, so hilft dem E auch § 313 I BGB nicht: Wegfall der Geschäftsgrundlage kann nur vertragliche, niemals aber gesetzliche Verpflichtungen und konsequent auch nicht die Verpflichtung zur Beseitigung eines Überbaus zu Fall bringen.

3. Parameter des „groben Mißverhältnisses“: Immaterielle Interessen

Beispiel 5: Angenommen, im Beispiel 1 wollte K den Ring seiner Freundin F schenken. Es handelt sich um ein einzigartiges Exemplar, das F sich glühend gewünscht hat. Als K der F mitteilt, daß der Ring während des Transports in einen See gefallen ist, droht sie, die Beziehung mit K zu beenden. K verlangt von V, „alles dranzusetzen“, um den Ring irgendwie wieder aufzufinden.

Wie gezeigt, müssen für die Anwendung des § 275 II BGB zwei Größen bewertet und miteinander verglichen werden: das Leistungsinteresse des Gläubigers und der Aufwand des Schuldners. Wo diese Größen in Geld bewertet werden können, erschöpft sich dieser Vorgang in einer reinen Rechenoperation. Nun wird aber darauf hingewiesen (*Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, § 2 Rn.27 ff.), daß beim anzustellenden Vergleich auch **immaterielle Interessen** des Gläubigers und des Schuldners zu berücksichtigen seien. Das stellt den Rechtsanwender vor die schwierige Frage, wie das immaterielle Interesse im Vergleich mit dem materiellen zu bewerten ist. Am Beispiel 5 zeigt sich dies deutlich: V muß zwar einen immensen (und im Extremfall mit Geld bezifferbaren) Aufwand leisten, um den Ring wieder zu finden; doch hat K ein ebenso vitales immaterielles (und nicht in Geld bezifferbares) Interesse daran, daß der Ring gefunden wird, weil davon seine Beziehung zu F abhängt.

Um den Schuldner nicht uferlos mit immateriellen Interessen des Gläubigers zu belasten (und umgekehrt), muß nach Kriterien gesucht werden, anhand derer

- ausgemessen werden kann, welche Interessen überhaupt in Betracht kommen
- und bewertet werden kann, wie die in Betracht kommenden Interessen zu bewerten sind.

Dabei ist an die Grundidee des § 275 II BGB zu erinnern: Es muß sich um Hindernisse handeln, angesichts derer kein *vernünftiger* Gläubiger die Leistung verlangen würde. Die immateriellen Interessen dürfen zwar einer emotionalen Affektion des Gläubigers entspringen; doch müssen sie gleichwohl aus der Situation des Gläubigers irgendwie objektiv nachvollziehbar und verständlich erscheinen.

Im Beispiel 5 wird man annehmen müssen, daß das Affektionsinteresse des K *nicht* mehr objektiv nachvollziehbar und verständlich ist: Ebensovienig wie ein „vernünftiger“ Gläubiger von seinem Schuldner verlangt, einen Gegenstand von der Größe eines Fingerrings in einem See wiederzufinden, wird ein/e „vernünftige/r“ Partner/in vom Gläubiger (von der Gläubigerin) verlangen, ihr (ihm) gerade diesen Ring zu schenken. Dementsprechend wird ein/e „vernünftige/r“ Gläubiger/in solchen (selbst nachdrücklich geäußerten) Wünschen nicht ohne weiteres nachgeben. Auch wenn Partnerschaften anders als Geschäftsbeziehungen nicht immer nach dem Prinzip der Vernunft funktionieren (schon gar nicht der ökonomischen), gibt es *Grenzen, jenseits derer Konflikte in einer solchen Bindung nicht zu Lasten des Schuldners gehen dürfen* - indem sie ihm den Einwand aus § 275 II BGB abschneiden.

Im Ergebnis steht damit im Beispiel 5 dem Erfüllungsanspruch des K die Einrede des V aus § 275 II BGB entgegen.

Beispiel 6: K und F haben im Beispiel 5 schließlich doch geheiratet. Zum fünften Hochzeitstag will K die F zu einem Besuch in der Oper einladen und bestellt 2 Karten auf dem 1. Parkett zum Preis von je 200 Euro für die Aufführung, welche am Datum des Hochzeitstages stattfinden soll. Die Bestellung wird vom Opernbetreiber O angenommen; die Karten werden an der Kasse für K hinterlegt. Eine Woche vor der Aufführung teilt O dem K mit, die Veranstaltung müsse unter Polizeischutz stattfinden, da der Geheimdienst Hinweise auf mögliche Anschläge eines militanten „Aktionsbündnisses gegen die neureichen Kapitalisten“ habe. Die Kosten des Polizeieinsatzes seien so hoch, daß erst ein Aufpreis von 40 Euro auf jede Karte jene Kosten decke, ohne daß O die Veranstaltung mit einem Verlust abschließen könne. Wenn nicht alle Besucher bereit seien, diesen Aufpreis zu bezahlen, müsse die Aufführung abgesagt werden. K ist empört: Die Karten seien auch so schon teuer genug.

- a) Darf O die Aufführung absagen?
- b) Angenommen, O läßt die Aufführung stattfinden: Kann er von K den Aufpreis von 40 Euro je Karte (zusammen 80 Euro) verlangen?

a) K könnte gegen O einen Anspruch auf Teilnahme an der Aufführung aus § 631 I BGB haben. Der Vertrag zwischen Opernbetreiber und -besucher ist nach h.M. ein Werkvertrag: Die Aufführung ist danach der geschuldete Erfolg. Der Anspruch ist durch wirksamen Vertragschluß entstanden: O hat die Bestellung des K angenommen.

Dem Anspruch könnte aber die Einrede aus § 275 II 1 BGB entgegenstehen. O muß, um die Leistung zu ermöglichen, einen Aufwand betreiben, der die erwarteten Einnahmen aus den Verträgen mit seinen Besuchern übersteigt. Dieser Befund allein ist indes für die Anwendung des § 275 II BGB irrelevant: Es kommt allein auf einen Vergleich jenes Aufwandes mit dem Leistungsinteresse des K an.

Dies Leistungsinteresse hat nun bereits im Ansatz keinen materiellen Wert: K hat die Karten gerade gekauft, um eine immaterielle Leistung in Anspruch zu nehmen, nämlich einem kulturellen Ereignis beiwohnen zu dürfen. *Wenn O eine solche Leistung von immateriellem Wert gegen Entgelt anbietet, kann er sich im Rahmen des § 275 II BGB nicht darauf berufen, K habe kein materielles Leistungsinteresse.* Die Berücksichtigung des immateriellen Leistungsinteresses ist vielmehr bereits *Inhalt des Schuldverhältnisses*. Das Interesse des K an einem Kulturerlebnis fällt daher selbstverständlich als immaterielles Interesse im Rahmen des § 275 II BGB ins Gewicht. Und ebenso selbstverständlich fällt ins Gewicht, daß K dies Ereignis zum Anlaß nehmen wollte, seinen Hochzeitstag zusammen mit seiner Ehefrau angemessen zu begehen: Dies emotionale Interesse ist aus der Sicht des K absolut verständlich. Das Leistungsinteresse des K ist daher jedenfalls so hoch zu veranschlagen, daß der *wirtschaftliche* Aufwand des O für die Leistungserbringung nicht nennenswert höher ausfällt.

Allerdings sind auch auf seiten des Schuldners immaterielle Interessen zu berücksichtigen. O würde die Sicherheit von Musikern, Darstellern und auch des gesamten Publikums gefährden, wenn er die Veranstaltung durchführt. Diese Interessen wiegen weitaus schwerer als die emotionalen Interessen des K: Es geht nicht mehr nur um Romantik, es geht um Leib und Leben von mehreren 100 Menschen. O ist daher nach § 275 II 1 BGB berechtigt, die Veranstaltung abzusagen.

Ergebnis: K hat gegen O keinen Anspruch darauf, daß die Veranstaltung stattfindet und er zur Teilnahme hieran zugelassen wird.

b) O könnte gegen K einen Anspruch auf Einwilligung in einen Aufpreis von insgesamt 80 Euro nach § 313 I BGB haben.

aa) Die Kosten für die Organisation sind gewiß Grundlage des Vertrags zwischen K und O insoweit geworden, als O diese Kosten in die Preisgestaltung einfließen läßt: O und K sind von einer Veranstaltung ausgegangen, bei der keine Gefahr durch Anschläge besteht. Die entsprechenden Umstände haben sich mit der Terrorwarnung schwerwiegend verändert.

bb) O und K hätten den Vertrag zu einem anderen (nämlich höheren) Preis, möglicherweise auch gar nicht geschlossen, wenn sie das Risiko von Anschlägen und die Kosten des Polizeieinsatzes vorausgesehen hätten.

cc) Der Anpassungsanspruch aus § 313 I BGB greift aber nur ein, wenn einer Partei in Anbetracht der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung das Festhalten am ursprünglichen Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Unterstellt, der Vertrag zwischen O und K ist tatsächlich ein Werkvertrag, trägt O als Unternehmer nach § 644 I 1 BGB die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes (d.h. bis der letzte Vorhang fällt und das Publikum applaudiert). Jegli-

che Leistungerschwerung vor diesem Zeitpunkt geht somit zu Lasten des O. O trägt also nach dem Gesetz das Risiko, daß die Organisation der Opernveranstaltung zusätzliche Kosten in Anspruch nimmt; diese kann er nicht nach § 313 I BGB auf K abwälzen. Vorliegend kommt ein wichtiger Gesichtspunkt hinzu: O hat sich, wenn er die Veranstaltung durchführt, entschieden, von der ihm zustehenden Einrede nach § 275 II BGB keinen Gebrauch zu machen. Damit hat er sich *für* die Erfüllung entschieden; er hat sich aber auch *für* die damit verbundenen Kosten entschieden. Dann muß er sich im Rahmen des § 313 I BGB an dieser Entscheidung festhalten lassen und darf die Kosten nicht dem K aufbürden.

dd) Ergebnis: O hat daher keinen Anpassungsanspruch gegen K nach § 313 I BGB, den er gegen den Erfüllungsanspruch des K einwenden könnte.

III. Die persönliche Unzumutbarkeit

Beispiel 7: S tritt als Sängerin bei Liederabenden auf. Sie hat sich gegenüber der Konzertagentur A für den Abend des 20.05.2004 verpflichtet, in der Stadthalle X die „Winterreise“ von Franz Schubert zu singen. Am Nachmittag des Aufführungstages sagt sie den Auftritt ab, weil ihr 2 Jahre altes Kind 40 Grad Fieber habe und in die Notfallambulanz eingeliefert worden sei; sie könne es keine Sekunde mehr aus den Augen lassen.

Das Beispiel 7 ist der klassische Lehrbuchfall für die Anwendung des **§ 275 III BGB**: S ist zum Auftritt in der Stadthalle X verpflichtet, weil sie einen entsprechenden Vertrag mit A geschlossen hat. A ist am Auftritt gerade der S interessiert, weil er von ihrer Stimmqualität überzeugt ist; S hat daher den Auftritt in Person zu bestreiten, kann sich also nicht einfach durch eine andere Sängerin vertreten lassen. Sofern man den Vertrag zwischen A und S als Dienstvertrag einstuft, ergibt sich dies bereits aus § 613 S.1 BGB; nimmt man einen Werkvertrag an, so gilt aber nichts anderes. Die Leistung der S ist eine **höchstpersönliche** Leistung.

Diese Leistung zu erbringen ist der S im Beispiel 7 aus persönlichen Gründen unzumutbar; denn sie ist für das Wohl ihres Kindes verantwortlich und befindet sich angesichts von dessen Gesundheitszustand in berechtigter Sorge, ob ihr Kind die plötzlich aufgetretene schwere Krankheit überlebt und ob es diese Krankheit ohne bleibende Schäden überstehen wird. S ist daher nach § 275 III BGB berechtigt, die Leistung zu verweigern. Ganz **allgemein** ist bei § 275 III BGB danach zu fragen, wie hoch das Leistungsinteresse des Gläubigers ist (insoweit ebenso wie in § 275 II BGB), und dagegen zu stellen, welches persönliche Opfer der Schuldner auf sich nehmen muß, um seine Leistung zu erbringen. Beides ist gegeneinander abzuwägen; überwiegt das Opfer des Schuldners das Leistungsinteresse des Gläubigers, so ist die Leistung nach § 275 III BGB unzumutbar und kann daher verweigert werden.