

# Schuldrecht AT – Unmöglichkeit\*

Kurzeinführung mit Fällen und Lösungen

## Literatur

HORST EHMANN/HOLGER SUTSCHET, Modernisiertes Schuldrecht – Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten. München: Verlag Franz Vahlen GmbH, 2002.

PETER HUBER/FLORIAN FAUST, Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

JAN KROPHOLLER, Bürgerliches Gesetzbuch – Studienkommentar. 7. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2004.

DIRK LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil. 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 2005.

STEPHAN LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2005(27), S. 1889–1968.

STEPHAN LORENZ/THOMAS RIEHM, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

OTTO PALANDT (BEGR.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz – Kommentar. 63. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2003.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. (Echte) Unmöglichkeit</b>	<b>1</b>
I. Objektiv und subjektiv	1
II. Zeitweilige Unmöglichkeit	1
III. Nachträglich und anfänglich	1
IV. Weitere Unterscheidungen	2
<b>B. Der Unmöglichkeit gleichgestellt</b>	<b>2</b>
I. Unverhältnismäßigkeit, § 275 Abs. 2 („praktische Unmöglichkeit“)	2
II. Unzumutbarkeit, § 275 Abs. 3 („persönliche Unmöglichkeit“)	3
<b>C. Schicksal der Gegenleistung</b>	<b>3</b>
<b>D. Schadensersatz</b>	<b>4</b>
I. Schadensersatz wegen nachträglicher Unmöglichkeit	4
II. Schadensersatz statt der Leistung (Exkurs)	5
III. Haftung bei anfänglichem Leistungshindernis	6
IV. Aufwendungsersatzanspruch	7
V. Ersatzherausgabe, § 285	8
<b>E. Lesen</b>	<b>8</b>

## A. (Echte) Unmöglichkeit

Die echte Unmöglichkeit lässt die Leistungspflicht *ipso iure*, also von Gesetzes wegen untergehen. Man unterscheidet mehrere Arten.

### I. Objektiv und subjektiv

**Objektive Unmöglichkeit** liegt vor, wenn die geschuldete Leistung von überhaupt niemandem mehr erbracht werden kann. Etwa: Das vermietete Haus brennt völlig ab. **Subjektive Unmöglichkeit** (Unvermögen) ist hingegen gegeben, wenn der Schuldner die Leistung nicht mehr erbringen kann, andere Menschen dies aber noch könnten. Etwa: Das von V an M vermietete iBook wird dem V vor der Übergabe an M von Dieb D gestohlen und ist unauffindbar.

Hier könnte D noch leisten, der V jedoch nicht. Wenn die Erbringung einer *höchstpersönlichen* Leistung (bekannter Künstler verpflichtet sich zur Erstellung eines Gemäldes) nur dem Schuldner unmöglich wird (er bricht sich beide Arme), tritt jedoch *objektive Unmöglichkeit* ein!

Beides wird nach § 275 Abs. 1 gleich behandelt. Unterschiede können sich jedoch bei der Haftung ergeben, besonders bei der Übernahme von Beschaffungsrisiken.

## II. Zeitweilige Unmöglichkeit

Ursprünglich sollte der § 275 Abs. 1 n. F. auch die vorübergehende Unmöglichkeit regeln. Davon wurde aber abgesehen. Auf diese Fälle passen die Verzugsregeln besser.<sup>1</sup>

In einigen Fällen steht die zeitweilige Unmöglichkeit jedoch der endgültigen gleich. Bei einem Fixgeschäft kommt der Leistungszeit eine besondere Bedeutung zu, das Geschäft soll mit der rechtzeitigen Leistungserbringung „stehen und fallen“.<sup>2</sup> Ein **absolutes Fixgeschäft** (und damit **Unmöglichkeit**) liegt vor, wenn die Leistung überhaupt nicht mehr sinnvoll (aus Gläubiger- und/oder Schuldnersicht) nachgeholt werden kann (Geiger im Konzert; Taxi zur Erreichung eines bestimmten Fluges; Arbeitsleistungen gemäß eines Arbeitsvertrags). Bei einem **relativen Fixgeschäft** ist hingegen die Leistungszeit zwar wesentlicher Vertragsinhalt, aber ein Nachholen der Leistung wäre noch möglich und in Grenzen sinnvoll. Mit Verstreichen der vereinbarten Leistungszeit fällt das Interesse des Gläubiger jedoch so stark ab, dass er sich ohne Fristsetzung sofort vom Vertrag lösen können soll (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 – etwa Kauf von Saisonartikeln wie Weihnachtsmännern oder Osterhasen).

## III. Nachträglich und anfänglich

**Nachträgliche Unmöglichkeit** meint, dass die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluss eintritt (§ 275 Abs. 1). Das ist der rechtliche Normalfall.

**Anfängliche Unmöglichkeit** liegt vor, wenn schon zu Vertragsschluss die Leistung nicht erbracht werden kann (§§ 311a, 275 Abs. 1). Nach altem Recht war der Vertrag in diesen Fällen nichtig,<sup>3</sup> sofern die Leistung objektiv unmöglich war. Bei subjektiver Unmöglichkeit nahm man hingegen eine Garantiehaftung ähnlich der heutigen Übernahme eines Beschaffungsrisikos an. Der heutige § 311a Abs. 1 erklärt den Vertrag (in beiden Fällen) für wirksam; ein Vertrag, in dem der AG-Leiter den Mond verkauft ist also wirksam. Die Leistungspflicht ist aber nach § 275 ausgeschlossen. Eine Haftung sieht der § 311a Abs. 2 vor.

\* §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB. Erstellt mit einem L<sup>A</sup>T<sub>E</sub>X 2<sub>ε</sub>-Textsatzsystem unter Mac OS X. Homepage: <http://www.peterfelixschuster.de/jura.htm>

<sup>1</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 470.

<sup>2</sup> KROPHOLLER, BGB § 271 Rn. 3.

<sup>3</sup> § 306 a. F.: „Ein auf eine [objektiv] unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.“ [Einschub des Verfassers].

#### IV. Weitere Unterscheidungen

Eine Leistung kann **vollständig oder teilweise** unmöglich sein.<sup>4</sup>

**Tatsächliche Unmöglichkeit** tritt etwa bei Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes (auch eines Rechts) oder anderen tatsächlichen Gründen ein, **rechtliche Unmöglichkeit** meint rechtliche Hindernisse wie etwa Verbote. Auch dies wird gleich behandelt.<sup>5</sup>

**Fall 1, „Ein ausgefallenes Konzert ist doch kein Beinbruch“:** Der 18jährige Musikfreund Martin (M) bucht am 5.5. beim Konzertveranstalter Dieter Kohlen (K) eine Eintrittskarte für ein Konzert der Sängerin Schikura (S) am 6.6. Am Morgen des 5.6. stolpert S jedoch bei einer Probe über ein vom Gehilfen G des K ungünstig verlegtes Kabel und bricht sich ein Bein. Da die S neben ihrer Sangeskunst vor allem wegen ihrer Tanzeinlagen Fans in die Konzerte lockt, sagt K daraufhin das Konzert ab. Kann M den Auftritt der S von K fordern?

#### Anspruch des M gegen K auf Ermöglichung des Musikgenusses aus „Konzertvertrag“ (§§ 311 I, 241 I)

1. Vertragsschluss: ✓ Vertragstyp: Gemischter Vertrag mit Elementen des Dienst-, Werk-, Miet- und Kaufvertrags, gerichtet auf Veranstaltung des Konzerts und Zugangsberechtigung zum Konzert gegen Geldzahlung.
2. Anspruch untergegangen? Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1? Dauerhaftes endgültiges Leistungshindernis. Hier nur vorübergehend (Beinbruch dauert etwa sechs Wochen). Aber: sog. absolutes Fixgeschäft? Wegen der Anzahl der Konzertbesucher, die sich in der Regel schon lange im Voraus den Termin freihalten werden und evtl. sogar anreisen müssen sowie des organisatorischen Aufwandes auf Veranstalterseite dürfte hier ein absolutes Fixgeschäft vorliegen. Da es sich um eine höchstpersönliche Leistung der S handelt und diese auch außer K niemand auftreten lassen könnte, handelt es sich um nachträgliche objektive tatsächliche Unmöglichkeit. Der Anspruch ist nach § 275 Abs. 1 wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen.
3. Ergebnis: M hat keinen Anspruch gegen K.

#### B. Der Unmöglichkeit gleichgestellt

##### I. Unverhältnismäßigkeit, § 275 Abs. 2 („praktische Unmöglichkeit“)

Angestoßen von PHILIPP HECKs Beispiel vom „Ring im See“ regelt § 275 Abs. 2 die Fälle, in denen die Leistung naturgesetzlich noch möglich wäre, den Schuldner aber einen unverhältnismäßig hohen Aufwand kosten würde, etwa wenn der Schuldner den Grund eines Stausees absuchen lassen müsste, um den Ring leisten zu können.

Die Vorschrift erfordert ein **nach Treu und Glauben grobes Missverhältnis**. Es ist also eine **Abwägung** zwischen dem **Aufwand** des Schuldners und dem **Leistungsinteresse** des Gläubigers nötig. Dies liegt vor, wenn das

Leistungsinteresse des Gläubigers (etwa Kosten der Ersatzbeschaffung) in etwa gleich bleibt, der Kostenaufwand für den Schuldner jedoch gegenüber den Parteivorstellungen im Vertrag immens ansteigt. Im Ringbeispiel bleibt das Gläubigerinteresse etwa gleich (vielleicht 200 €), denn dieses Geld müsste der Gläubiger für die Beschaffung eines etwa gleichwertigen Ringes aufwenden. Der Kostenaufwand des Schuldners steigt jedoch sehr stark. Musste er vorher vielleicht 150 € an Material und Arbeitseinsatz aufwenden, so wird dies auf einige 100.000 € anwachsen, wenn er ihn nun vom Grund des Sees heraufholen lassen muss. Auch die Erfolgsaussichten müssen in die Wagschale geworfen werden.

Dabei sind ein eventuelles **Vertretenmüssen** des Schuldners und der **Inhalt** des Schuldverhältnisses zu berücksichtigen. Hat der Schuldner den Ring absichtlich in den See geworfen, muss er höhere Kosten (obgleich nicht unendlich hohe) in Kauf nehmen, als wenn er am Verlust schuldlos ist. Ebenso muss der Schuldner, der ein Beschaffungsrisiko übernommen hat, höhere Strapazen auf sich nehmen.

Eine Abwägung muss für den Einzelfall getroffen werden. Quoten (etwa: ab 110% des Gläubigerinteresses Unverhältnismäßigkeit) sollten nicht aufgestellt werden, da sie zu starr sind.

#### i. Prüfungsschritte für den § 275 Abs. 2

1. **Kostenaufwand** für den Schuldner ermitteln
2. **Leistungsinteresse** des Gläubigers ermitteln (meist der Marktwert der Leistung)
3. **Grobes Missverhältnis** zueinander?

§ 275 Abs. 2 lässt die Leistungspflicht nicht von selbst entfallen, sondern gewährt dem Schuldner lediglich ein **Leistungsverweigerungsrecht**, also eine Einrede. Er ist deshalb nicht unter 2. (Anspruch untergegangen), sondern unter 3. (Anspruch durchsetzbar) zu prüfen.

**Fall 2, „Teure Wundermedizin“:** Wie Fall 1. Es gäbe eine von der Medizingerätefirma Pille/McCoy hergestellte und in der Uniklinik (RWTH) Aachen schon testweise eingesetzte Apparatur, die einen Knochenbruch innerhalb von Stunden heilen könnte. Der Einsatz an S würde aber das Dreifache der Konzerteinnahmen kosten.

#### Anspruch des M gegen K aus „Konzertvertrag“

1. Vertragsschluss ✓, wie oben.
2. Anspruch untergegangen? ✗ – hier liegt kein Fall des § 275 Abs. 1 vor (durch OP wäre ja die Leistung möglich) und von Gesetzes wegen geht der Anspruch bei § 275 Abs. 2 nicht unter. Der Schuldner muss vielmehr eine Einrede nach § 275 Abs. 2 geltend machen.
3. Anspruch gehemmt? Der Anspruch könnte aber durch die Einrede des § 275 Abs. 2 gehemmt sein, sobald K diese geltend macht. Hier sind die Kosten drei-

<sup>4</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 468 f..

<sup>5</sup> KROPHOLLER, BGB S. vor § 275.

mal so hoch wie die Konzerteinnahmen. Da hier die Leistung gegenüber einer Mehrheit von Personen zu erbringen ist (Konzertbesucher), muss das Leistungsinteresse zusammengenommen werden.<sup>6</sup> Wenn man mangels weiterer Angaben im SV davon ausgeht, dass das Gläubigerinteresse in etwa dem Marktwert der Karte entspricht, würde hier der Aufwand das Interesse selbst aller Gläubiger (Konzertbesucher) zusammen um das Doppelte übersteigen. Dies ist selbst bei Verschulden des K (G war ungeschickt) diesem nicht mehr zuzumuten. Es liegt ein Fall der *faktischen oder praktischen Unmöglichkeit* vor, auch *Unverhältnismäßigkeit* genannt.

4. Ergebnis: M hat keinen Anspruch gegen den K.

## II. Unzumutbarkeit, § 275 Abs. 3 („persönliche Unmöglichkeit“)

Das modernisierte BGB kennt in § 275 Abs. 3 eine weitere Form der Unmöglichkeit, die auf **persönlichen Gründen** bei einer **persönlich zu erbringenden Schuld** beruht. Gedacht wurde an die Sängerin, die den Auftritt verweigert, weil sie bei ihrem lebensgefährlich erkrankten (oder verletzten) Kind sein möchte. Zu denken ist aber auch an Hindernisse aus Gewissensgründen, wie an den bei einem Pharmakonzern angestellten Mediziner, der an einen Präparat nicht arbeiten will, dass Soldaten in einem Atomkrieg verabreicht werden könnte. Auch hier ist eine Abwägung zu treffen zwischen dem persönlichen Hindernis für den Schuldner und dem Leistungsinteresse des Gläubigers.

Die Leistungspflicht entfällt auch beim § 275 Abs. 3 nicht kraft Gesetzes, ist **lediglich gehemmt**, sofern der Schuldner die Einrede erhebt. Unterlässt er dies (die Mutter des kranken Kindes möchte durch den Auftritt eine teure Behandlung finanzieren), besteht die Leistungspflicht ungehindert fort.

### ii. Unmöglichkeit im Anspruchsaufbau

1. **Anspruch entstanden?** Vertragsschluss, rechtshindernde Einwendungen (§§ 104 ff., Form, §§ 134, 138)
2. **Anspruch untergegangen?** Rechtsvernichtende Einwendungen: Anfechtung, Unmöglichkeit nach **§ 275 Abs. 1**, Erfüllung, Wegfall der Gegenleistungspflicht nach **§ 326 Abs. 1**.
3. **Anspruch gehemmt** (positiv: *Anspruch durchsetzbar*)? Verjährung, Leistungshindernisse nach **§ 275 Abs. 2 und 3**, andere dauerhafte Einreden.

**Fall 3, „Konzert vs. Gesundheit“:** Wie Fall 1. Von dem Sturz trägt S nur leichte Verletzungen davon und wäre zu ihren Tanzeinlagen durchaus noch in der Lage. Träte sie allerdings auf, bestünde die Gefahr, dass sie für immer gelähmt bliebe. Kann K den Auftritt von S fordern?

**Anspruch des K gegen S aus Dienstvertrag, § 611, auf**

## Auftritt

1. Schuldverhältnis: Dienstvertrag ✓ Die unbestimmte Leistungspflicht (§§ 315 ff.) konkretisierte der K nach § 315 I mit dem Ansetzen des Konzerts.
2. Anspruch untergegangen? § 275 Abs. 1 ✗, die S kann ja noch auftreten. Auch § 275 Abs. 3 gibt nur eine Einrede. ✗
3. Anspruch durchsetzbar? § 275 Abs. 3? Persönliche Leistungserbringung ✓ – ist übrigens in der Regel bei Dienstverträgen so, vgl. § 613. Unzumutbar? Hier folgt wieder eine Abwägung. Die (entgegen § 275 Abs. 2 hier meist immateriellen) Interessen des Schuldners – hier auf dauerhafte körperliche Unversehrtheit – gegen die Gläubigerinteressen. Hier kann keine starre Rangfolge verschiedener Rechtsgüter gebildet werden. Die Einnahmeausfälle des G sind gegenüber der Aussicht der S auf eine lebenslange Berufsunfähigkeit und körperliche Behinderung zu vernachlässigen. S hat daher die Einrede nach § 275 Abs. 3. Der Anspruch ist gehemmt.
4. K hat keinen Anspruch auf Auftritt gegen die S.

## C. Schicksal der Gegenleistung

Im Normalfall **entfällt** beim gegenseitigen Vertrag mit dem Wegfall der Leistungspflicht wegen Leistungshindernissen nach § 275 auch die Pflicht zur Gegenleistung. Dies legt der § 326 Abs. 1 fest. Das geschieht normalerweise **von Gesetzes wegen**. Nur wenn im Mängelansprüche auf Nacherfüllung unmöglich werden, ist ein Rücktritt des Käufers/Bestellers notwendig, § 326 Abs. 1 S. 2, Abs. 5.

Dem Schuldner muss die Hauptleistung unmöglich geworden sein, § 275 Abs. 1. Auch § 275 Abs. 2 und 3 sind umfasst. Bei ihnen muss der Schuldner die Einrede jedoch zuvor erheben. Ein Verschulden oder sonstiges Vertretenmüssen des Schuldners ist nicht erforderlich.

Es gibt Spezialnormen, wie den § 447, die die Gegenleistungsgefahr schon früher übergehen lassen. Geht der Leistungsgegenstand nach Gefahrübergang unter, so muss der Gläubiger die Gegenleistung erbringen, obwohl er die Leistung nicht mehr fordern kann.

Unter bestimmten Voraussetzungen muss der Vertragspartner die Gegenleistung aber doch erbringen. Das ist zunächst der Fall, wenn er die Unmöglichkeit oder das sonstige Leistungshindernis **selbst zu vertreten** hat (Der Käufer zerstört das Automobil, wirft den Ring ins Wasser oder fährt das Kind der Sängerin an), § 326 Abs. 2 S. 1 Fall 1.

<sup>6</sup> Für später oder zur Vertiefung: Hier liegt wohl weder ein Fall der Gesamtgläubigerschaft, noch der Gesamthandsgläubigerschaft vor. Die Leistung gegenüber einem der Gläubiger nach Wahl des Schuldner würde bei der Gesamtgläubigerschaft als Erfüllung auch gegenüber allen anderen gelten, vgl. § 428 – aber hier kommt dem Gläubiger kein Auswahlrecht zu, soll vom Sinn her soll gegenüber möglichst allen geleistet werden. Der Schuldner könnte bei der Gesamthandsgläubigerschaft nur gegenüber allen Gläubigern zusammen leisten, was hier ein Problem gäbe, wenn etwa einer der Kartenkäufer nicht zum Konzert erschiene. Hier dürfte eine Mischform vorliegen, bei der einige der Regeln entsprechend anzuwenden sind.

Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger im **Annahmeverzug** ist, § 326 Abs. 2 S. 1 Fall 2. Wenn er die Leistung rechtzeitig angenommen hätte, hätte er sie vor dem Untergang bekommen; er wäre dann entweder nicht eingetreten oder der Gläubiger hätte sie tragen müssen. Der Schuldner darf aber den Untergang nicht zu vertreten haben. Beachtet hier den § 300 Abs. 2, der im Annahmeverzug den Schuldner nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften lässt.

In den beiden letztgenannten Fällen muss sich der Schuldner von der Gegenleistung aber abziehen lassen, was er an Aufwendungen erspart, weil er die Leistung nicht mehr bereithalten muss, § 326 Abs. 2 S. 2.

Ebenso ist aber der Gläubiger zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet, wenn er **Herausgabe der Ersatzleistung** nach § 285 fordert, denn dann bekommt er ja eine Leistung, § 326 Abs. 3.

### iii. § 326 Abs. 1 (Entfallen der Gegenleistung bei Unmöglichkeit)

1. Befreiung des *Schuldners* von der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1-3?
2. Kein Ausschluss
  - a) Kein Ausschluss nach § 326 Abs. 1 S. 2 – Unmöglichkeit der Nacherfüllung bei *Schlechtleistung* (sonst: Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5)
  - b) (Kein Ausschluss nach *Spezialnormen*, etwa § 447 (Versendungskauf))
  - c) Keine überwiegende *Verantwortlichkeit des Gläubigers* nach § 326 Abs. 2 S. 1 Fall 1
  - d) Kein *Annahmeverzug* trotz Nichtvertretenmüssen des Schuldners, § 326 Abs. 2 S. 1 Fall 2
    - aa) Annahmeverzug, §§ 293 ff.
    - bb) Kein Vertretenmüssen des Schuldners

Sonst aber vielleicht Ersparnisrechnung nach § 326 Abs. 2 S. 2
3. Kein Verlangen nach *Ersatzherausgabe* (§ 285), § 326 Abs. 3 (sonst aber evtl. Minderung, § 441 Abs. 3)

**Rechtsfolge:** Anspruch auf Gegenleistung entfällt. Bei Ausschluss des § 326 bleibt die Pflicht zur Gegenleistung bestehen. (sofern nichts anderes angegeben ist).

*Fall 4.* Muss M in Fall 1 dann noch zahlen?

**Anspruch K gegen M aus „Konzertvertrag“ auf Zahlung des Eintrittspreises?**

1. Vertragsschluss ✓, s.o.
2. Anspruch untergegangen? Erlöschen nach § 326 I 1 wegen Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch K (Auftritt der S)?
  - a) Befreiung des (Hauptleistungs-) Schuldners

(hier K) von der Leistungspflicht? ✓, s. o.

- b) Kein Ausschluss nach § 326 I 2.
- c) Keine überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers (M)
- d) Kein Annahmeverzug des M.
- e) Kein Verlangen nach Ersatzherausgabe.

Der Anspruch ist nach § 326 Abs. 1 S. 2 erloschen.

3. Ergebnis: K hat keinen Anspruch auf Zahlung gegen M. (Hat M schon gezahlt, kann er das Geld nach §§ 326 IV, 346 I zurückverlangen).

*Abwandlung.* Muss M in Fall 2 zahlen?

**Anspruch des K gegen M aus Konzertvertrag?**

1. Vertragsschluss ✓, s.o.
2. Anspruch untergegangen nach § 326 I 1 (iVm § 275 Abs. 2)? ✓, sobald K die Einrede erhebt. (Obwohl K umgekehrt nur eine Einrede hat, s.o., entfällt (sobald K die Leistung verweigert) beim Anspruch gegen M die Leistungspflicht wieder ipso iure)
3. Ergebnis: Anspruch ✗

**D. Schadensersatz**

**I. Schadensersatz wegen nachträglicher Unmöglichkeit**

Hat der Schuldner das Eintreten des Leistungshindernisses nach § 275 Abs. 1—3 zu vertreten, so steht dem Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung zu. Als „zusätzliche Voraussetzungen“ nach § 280 Abs. 3 fordert der einschlägige § 283 nur, dass die Pflichtverletzung in der Nichtleistung wegen Unmöglichkeit besteht.

### iv. §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 (SE statt der Leistung wg. Unmöglichkeit)

1. **Bestehendes Schuldverhältnis** (vertraglich, quasi-vertraglich, gesetzlich)
2. **Verletzung einer Pflicht** aus dem Schuldverhältnis
  - a) Pflicht ist die **Leistungspflicht**
  - b) Verletzung ist hier die **Nichtleistung** wg. Unmöglichkeit § 275 Abs. 1—3 (prüfen!)
3. **Vertretenmüssen** (§ 276 Abs. 1) des Schuldners, § 280 Abs. 1 S. 2, d.h. keine *Exkulpation*.
4. Durch die Nichtleistung entstandener **Schaden**.

*Fall 5, „Geschäftstüchtiger Grippekranker“:* M, der sich inzwischen eine Sommergrippe eingefangen hat, wollte die Karte an einen Freund Xaver (X) verkaufen und hätte – da das Konzert ausverkauft war – 10 EUR mehr bekommen können, als er (M) selbst bezahlt hatte. Kann M diese als Schadensersatz von K ersetzt verlangen?

### Anspruch des M gegen K auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283

1. Bestehendes Schuldverhältnis ✓, „Konzertvertrag“, s.o.
2. Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 1? Liegt hier in der Nichtleistung wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1, s.o.
3. Vertretenmüssen, § 276? K hat sich die Leistung nicht selbst schuldhaft unmöglich gemacht, muss aber für das Verschulden des G nach § 278 wie für eigenes eintreten. Also kann K die Verschuldensvermutung nicht widerlegen.
4. Bei Schadensersatz statt der Leistung kann M von K nach § 249 I verlangen, so gestellt zu werden, als wäre die Leistung ordnungsgemäß erbracht worden. Wäre das Konzert nicht abgesagt worden, hätte M die Karte an X weiterverkaufen können und dabei 10 EUR Gewinn gemacht. (Das Gleiche gilt, wenn M die Karte schon verkauft hatte und X nun sein Geld zurückhaben will) Nach § 252 umfasst der Schadensersatz auch den entgangenen Gewinn. Also hatte M hier als Differenz 10 EUR Schaden (sog. *Differenz-* im Gegensatz zur *Surrogationsmethode*).
5. Ergebnis: M hat folglich einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 10 EUR gegen K aus §§ 280 I, III, 283.

**Gläubigerinteresse:** Schadensersatz statt der Leistung soll gegeben sein, wenn der Gläubiger nicht diejenigen Vermögensvorteile erhält oder verwirklichen kann, die er aufgrund des Leistungsversprechens erwarten darf.<sup>10</sup> Erleidet der Gläubiger hingegen Nachteile, vor allem an anderen Rechtsgütern, die er bei völligem Ausbleiben der Leistung nicht erlitten hätte, soll ein einfacher Schadensersatz vorliegen.

**Nachfristsetzung noch sinnvoll:** Ein Schadensersatz statt der Leistung soll danach vorliegen, wenn die Nacherfüllung noch geeignet ist, den Schaden zu vermeiden, die Nachfristsetzung also noch sinnvoll ist.<sup>11</sup>

**Art der Pflichtverletzung:** Schadensersatz statt der Leistung soll der Gläubiger bekommen, wenn eine Leistungspflicht verletzt wurde (Nichterfüllungsschaden). Hingegen soll er nur einfachen Schadensersatz erhalten, wenn eine Schutzpflicht missachtet wurde.<sup>12</sup>

## II. Schadensersatz statt der Leistung (Exkurs)

Der einfache Schadensersatz, auch Schadensersatz neben der Leistung genannt, ist oftmals vom Schadensersatz statt der Leistung abzugrenzen. Der Gesetzgeber und die Literatur haben dazu einige Kriterien herausgearbeitet. Zwischen ihnen ist nicht wie bei einem Meinungsstreit zu entscheiden, vielmehr sollen sie als Entscheidungshilfen dienen, die je nach Fall mal mehr und mal weniger passen.

**Behebbarkeit:** Der Schadensersatz statt der Leistung umfasse alle Schadensposten, die durch die Erbringung der geschuldeten Leistung noch erfüllt werden könnten.<sup>7</sup> Die Unterscheidung nach dem **Zeitpunkt** geht in die gleiche Richtung. Schadensersatz statt der Leistung ist nach diesem Kriterium nur derjenige Schaden, der durch das *endgültige* Ausbleiben der Leistung verursacht wird, also entfallen wäre, wenn die Leistung zum letztmöglichen Zeitpunkt doch noch erbracht worden wäre. Der einfache Schadensersatz ersetze hingegen den Schaden, der vor dem endgültigen Ausbleiben entstanden sei, also auch durch Leistung zum letztmöglichen Termin nicht behebbar gewesen wäre.<sup>8</sup>

**Wortlaut und Sinn:** Der Schadensersatz statt der Leistung soll den primären Leistungsanspruch ersetzen. Ein einfacher Schadensersatz (neben der Leistung) soll dagegen neben den Erfüllungsanspruch treten.<sup>9</sup> Dieser soll also im Normalfall nicht ausgeschlossen sein, neben dem Schadensersatzanspruch soll Erfüllung noch sinnvoll und billig sein.

<sup>7</sup> LORENZ/RIEHM, Neues Schuldrecht S. Rn. 185.

<sup>8</sup> ST. LORENZ, NJW 2005 S. S. 1891.

<sup>9</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 565.

<sup>10</sup> HUBER/FAUST–Huber, Schuldrechtsmod. S. Rn. 13/105.

<sup>11</sup> Regierungsentwurf Schuldrechtsmodernisierung, BT-Drucksache 14/6040, S. 225; PALANDT–Heinrichs, BGB<sup>63</sup> S. vor § 281 Rn. 3

<sup>12</sup> EHMANN/SUTSCHET, Mod. Schuldrecht § 4 I (S. 61).

## v. Unterscheidung der Schadensersatzarten

Kriterium	SE statt der Leistung (§ 280 III)	„Einfacher“ SE (§ 280 Abs. 1 S. 1)
<b>Behebbarkeit</b>	Der Schaden kann durch (Nach-) Erfüllung noch behoben werden	Der Schaden kann durch (Nach-) Erfüllung nicht mehr behoben werden.
<b>Gläubigerinteresse</b>	Einzigster Gläubigernachteil ist fehlende Erfüllung.	Gläubiger erleidet Nachteile, die er bei völligem Ausbleiben der Leistung nicht erlitten hätte.
<b>Sinn, Wortlaut</b>	Schadensersatz <i>ersetzt</i> die Leistung, <i>daneben</i> wäre eine Erfüllung (Möglichkeit unterstellt) nicht mehr sinnvoll bzw. unbillig.	<i>Neben</i> dem Schadensersatz ist Erfüllung noch sinnvoll und billig, er ersetzt die Erfüllung nicht.
<b>Nachfristsetzung</b>	Nachfristsetzung noch sinnvoll	Nachfristsetzung nicht mehr sinnvoll.
<b>Art der verletzten Pflicht</b>	Hauptleistungspflicht bzw. leistungsbezogene Pflicht wird verletzt	Andere (nicht leistungsbezogene) Pflicht wird verletzt
<b>Zeitpunkt</b>	Schaden wird durch das endgültige Ausbleiben der Leistung verursacht.	Schaden entsteht vor dem endgültigen Ausbleiben der Leistung

## III. Haftung bei anfänglichem Leistungshindernis

Ein Vertrag, in dem B seiner Angebeteten A die Sterne vom Himmel verspricht, ist also wirksam, s.o. Die Sterne vom Himmel bekommt A zwar trotzdem nicht (§ 275), vielleicht aber Schadensersatz. Den Schadensersatzanspruch gibt § 311a Abs. 2. Von der Position her fällt er aus dem Rahmen der § 280 ff, vor allem unterliegt er nicht dem Universalhaftungsanspruch des § 280.

Zunächst muss ein **Vertrag** bestehen, wie die Abschnittsüberschrift „Schuldverhältnisse aus Verträgen“ verdeutlicht. Der Vertrag ist ja wegen § 311a Abs. 1 trotz anfänglicher Unmöglichkeit wirksam. Die Haftung wird jedoch auf Schuldverhältnisse, die aufgrund eines einseitigen Rechtsgeschäfts entstehen, wie etwa die Auslobung nach § 657, ausgedehnt.

Von der **Leistungspflicht** aus dem Vertrag muss der Schuldner § 275 Abs. 1–3 **befreit** nach worden sein, wie aus dem § 311a Abs. 1 zu schließen ist. In den Fällen von § 275 Abs. 2 oder 3 muss der Schuldner die Einrede also auch erhoben haben. Das Leistungshindernis, das zum

Ausschluss der Leistungspflicht führt, muss bereits bei Vertragsschluss bestanden haben.

Die **Pflichtverletzung** ist auch hier die Nichtleistung wegen Unmöglichkeit. Der Schuldner muss jedoch nicht das Ausbleiben zu vertreten haben. Es muss es nicht einmal verursacht haben (der B kann nichts dafür, dass die Sterne so weit weg sind). Vielmehr richtet sich der Verschuldensvorwurf hierbei darauf, dass der Schuldner das Leistungshindernis **kannte oder kennen musste** (aufgrund von Fahrlässigkeit nicht kannte, § 122 Abs. 2).

Problematisch ist oft die Kausalität. Denn vorgeworfen wird dem Schuldner hier augenscheinlich eine mangelnde Aufklärung des Vertragspartners. Hätte der Schuldner den Gläubiger aber ordnungsgemäß über das Leistungshindernis aufgeklärt, hätte der Gläubiger den Vertrag nicht geschlossen, könnte also nur das negative Interesse ersetzt verlangen (wie etwa in § 122).<sup>13</sup> Es gibt zwei konkurrierende Ansätze, diesen Widerspruch aufzulösen:

(a) Es handelt sich immer noch um eine Verschuldenshaftung, aber die Kausalität ist kraft gesetzlicher Anordnung anders zu bestimmen.<sup>14</sup>

(b) Es handelt sich um eine Garantiehaftung (also gibt es kein Kausalitätsproblem: der Schuldner haftet also für die Möglichkeit der von ihm versprochenen Leistung) mit Haftungsausschluss bei unverschuldeter Unkenntnis.<sup>15</sup>

Auch hier ist der Verschuldensvorwurf **negativ formuliert**, der Schuldner muss sich also entlasten, also beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.

**Rechtsfolge** ist nach Wahl des Gläubigers Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz nach § 284.

## vi. Anfängliche Unmöglichkeit, § 311a Abs. 2

1. **Bestehender Vertrag** – nach § 311a Abs. 1 ändert die anfängliche Unmöglichkeit nichts an der Wirksamkeit des Vertrags.
2. **Befreiung von der Leistungspflicht** nach § 275 Abs. 1, 2 oder 3.
3. Bestehen des Leistungshindernisses (§ 275) bereits **bei Vertragsschluss**
4. **Kenntnis** oder **fahrlässige Unkenntnis** des Schuldners vom Leistungshindernis, § 311a Abs. 2 S. 2.
5. **Schaden** wegen des Ausbleibens der Leistung (positives Interesse) – Begründung höchst strittig! Alternativ: § 284

**Fall 6.** Wie in Fall 5 will M die Karte verkaufen. Er hatte die Karte erst „Last Minute“ nachmittags am 5.6. gekauft. Zwar wusste der K schon um 11 Uhr von der Verletzung der S, hatte aber seine Kartenverkaufsstelle in Ms Heimatstadt Trier noch nicht benachrichtigt. K hatte nach

<sup>13</sup> So hatte der Schuldner nach § 307 a. F. auch nur den Vertrauensschaden zu ersetzen.

<sup>14</sup> Etwa CANARIS.

<sup>15</sup> EHMANN/SUTSCHET, Mod. Schuldrecht.

einem Streit mit seinem dortigen Verkäufer diesen aus seinem Email-Verteiler für wichtige Nachrichten gelöscht und später vergessen, ihn wieder hinzuzufügen.

#### Anspruch des M gegen K auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 311a II

1. Bestehendes Schuldverhältnis: „Konzertvertrag“ ✓, s.o. An der Wirksamkeit dieses Vertrages ändert die anfängliche Unmöglichkeit (im Gegensatz zum alten Recht, § 306 a.F.) nichts. Der Prüfungspunkt ist trotzdem wichtig, weil die Wirksamkeit wie bei jedem Vertrag auch an fehlender Geschäftsfähigkeit etc. scheitern kann.
2. Befreiung von der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1, 2 oder 3. Hier: § 275 Abs. 1, s.o. ✓
3. Bestehen des Leistungshindernisses bereits bei Vertragsschluss? Der Vertrag wird am Nachmittag des 5.6. geschlossen, bereits am Morgen war Unmöglichkeit eingetreten. ✓ (Bei § 275 Abs. 2/3 muss die Einredemöglichkeit von Anfang an bestehen. Der Schuldner haftet aber nur, wenn er die Einrede auch geltend macht.)
4. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des K vom Leistungshindernis? K wusste bereits um 11 Uhr von der Unmöglichkeit.
5. Schaden: Auch hier hat M das Recht, von K so gestellt zu werden, als wäre ordnungsgemäß erfüllt worden (S also aufgetreten) – „positives Interesse“. Wie oben beträgt der Schaden also 10 EUR.
6. Ergebnis: M hat einen Anspruch gegen K auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 311a iHv 10 EUR.

#### IV. Aufwendungsersatzanspruch

In einigen Fällen ist der Schaden, den der Gläubiger wegen Ausbleibens der Leistung verhältnismäßig gering im Vergleich zu den Ausgaben, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung getätigt hatte. Mietet etwa ein Verein, der im Normalfall keine wirtschaftlichen Interessen verfolgt, einen Saal für die Vereinsitzung an und wird der Saal dann wegen eines Verschuldens des Vermieters nicht zur Verfügung gestellt, so kann ein Schadensersatz statt der Leistung nicht festgestellt werden: Einnahmen hätte der Verein nicht erzielt und die Ausgaben hätte er auch bei ordnungsgemäßer Überlassung machen müssen.

Nach § 284 sollen diese **vergeblichen Aufwendungen** (frustrierten Aufwendungen) ersetzt werden können. Voraussetzung ist zunächst, dass ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung dem Grunde nach besteht, die Voraussetzungen der § 280 i. V. m. §§ 281, 282 oder 283 (bzw. die des § 311a Abs. 2) also vorliegen, auch wenn der Schaden 0€ beträgt.

Dann müssen **Aufwendungen**, also freiwillige Vermögensopfer (im Gegensatz zum Schaden, einer unfreiwilligen Vermögenseinbuße) im Vertrauen auf Erhalt der Leistung gemacht worden sein. Das wären im oben genannten

Vereinsfall etwa gedruckte Tagesordnungen, Platzkarten, Plakate, Kosten für verpflichtete Fotografen etc.

Der Gläubiger muss diese Aufwendungen **billigerweise** gemacht haben dürfen, ein vernünftig denkender Mensch hätte die Aufwendung auch gemacht. Das entspricht dem Gedanken des § 254: voreilige Aufwendungen werden nicht ersetzt. Allzu eigenwillige Aufwendungen (also Aufwendungen im krassen Missverhältnis zum Wert der Leistung) darf der Gläubiger nicht auf den Schuldner abwälzen. Die Entscheidungsfreiheit des Gläubigers über Anschaffungen in eigenen Angelegenheiten soll aber umgekehrt auch nicht über Gebühr eingeschränkt werden, die Unbilligkeit also nicht etwa schon beim einfachen Überschreiten des Werts der Leistung angenommen werden.<sup>16</sup>

Die Pflichtverletzung muss für den Zweckwegfall **kausal** gewesen sein. Das heißt, die Aufwendung verliert wegen der Pflichtverletzung den Sinn, denn sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung gehabt hätte. FAUST<sup>17</sup> nimmt hierzu an, dass den Gläubiger eine Obliegenheit im Sinne der „Schadens“-Minderung treffe, die Aufwendung noch nützlich zu verwenden. Besonders schwierig dürfte das jedoch bei „immateriellen“ (ideellen) oder konsumtiven Zwecken des Vertrags sein, wenn der Gläubiger sich die Vertragsleistung zu seinem *Amusement* hat versprechen lassen, wie in Abwandlung e zu Fall 1 den Konzertbesuch.

#### vii. § 284 (Aufwendungsersatzanspruch)

1. Anspruch für **Schadenersatz statt der Leistung** dem Grunde nach (d.h. ein Schaden muss nicht vorliegen!) gegeben („anstelle des Schadensersatzes...“)
2. **Aufwendung** = *freiwilliges Vermögensopfer* im Vertrauen auf Erhalt der Leistung.
3. **Billigkeit** der Aufwendung.
4. **Kausalität**: Zweck der Aufwendung wäre bei ordnungsgemäßer Leistung erreicht worden und ist nun entfallen.

*Fall 7, „Verkrachte Verkäufer“: Wie Fall 1. Das Konzert hätte in Hamburg stattfinden sollen, wo der Trierer M auch schon ein Hotelzimmer gebucht hatte, das nun nicht mehr kündbar ist. Bekommt M die nutzlos aufgebrachten Hotelkosten von K erstattet? (Nach LG LÜNEBURG NJW 2002, 614 – altes Recht!)*

#### Anspruch M gegen K aus § 284 auf Aufwendungsersatz für Reise- und Hotelkosten

1. Schadensersatzanspruch statt der Leistung liegt dem Grunde nach vor, s.o. (d.h. Schuldverhältnis, Pflichtverletzung, Verschulden, erweiterbare Voraussetzungen des SEA statt der Leistung, aber nicht zwingend ein Schaden) ✓
2. Aufwendung? Freiwilliges Vermögensopfer im Vertrauen auf Erhalt der Leistung (Konzert) waren hier

<sup>16</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 680.

<sup>17</sup> HUBER/FAUST–Faust, Schuldrechtsmod. S. Rn. 4/36 f..

Fahrt- und Hotelkosten. ✓

3. Billigkeit? An Reise- und Hotelbuchung ist vernünftigerweise nichts auszusetzen, solange M kein Luxus-hotel gebucht hat. ✓
4. Kausalität: Bei Stattfinden des Konzertes wäre der Zweck dieser Kosten auch erreicht worden – der Zweck darf nicht aus anderen Gründen vereitelt worden sein. Nun wird der Zweck, ihm Unterkunft für die Zeit des Konzerts zu gewähren, so nicht erfüllt. ✓<sup>18</sup>
5. Ergebnis: Anspruch ✓

#### V. Ersatzherausgabe, § 285

Erlangt der Schuldner wegen des Untergangs des Leistungsgegenstandes (oder wegen des Eintritts eines sonstigen Leistungshindernisses) einen **Ersatz**, so kann der Gläubiger diesen nach § 285 herausverlangen. Ein solcher Ersatz kann etwa eine Versicherungssumme sein, wenn die untergegangene Sache versichert war. Es kann aber auch ein **Herausgabeanspruch** gegen den Dieb der Sache sein, etwa nach § 985, § 823, § 812. Verkauft der Schuldner die Sache, so ist der **Kaufpreis** der Ersatz. Möglich ist auch, dass der Ersatz selbst eine **Sache** ist, wenn der Verkäufer den Kaufgegenstand etwa mit einem Dritten gegen eine andere Sache eintauscht.

Der Ersatzherausgabeanspruch setzt **kein Vertretenmüssen** voraus. Er ist daher besonders wichtig, wenn der Schuldner keinen Schadensersatz leisten muss oder der Wert des Ersatzes den des Schadensersatzes überschreitet.

Fordert im **gegenseitigen Vertrag** der Gläubiger die Ersatzherausgabe nach § 285, so muss er auch die Gegenleistung erbringen, § 326 Abs. 3. Der Anspruch auf Ersatzherausgabe lohnt sich also dann meist nur, wenn er höher beziffert ist als die Gegenleistung. Ist er im Wert geringer, so wird die Gegenleistung nach § 441 Abs. 3 gemindert, § 326 Abs. 2 S. 1.

#### E. Lesen

- LOOSCHELDERS, SAT §§ 23, 29 (III), 30—33

<sup>18</sup> Nach der Auffassung von FAUST (s. oben, D. IV.) müsste M zunächst zusehen, sich anderweitig in Hamburg zu amüsieren und könnte den vollen Aufwendungsersatz erst dann fordern, wenn er nichts Gleichwertiges fände.