

Johannes Holzwarth/Christian Walz\*

## Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung

### Abstract

Bei der vorübergehenden Unmöglichkeit handelt es sich um einen gesetzlich nicht geregelten Leistungsstörungstyp, der zwischen der Unmöglichkeit und der Leistungsverzögerung steht: Dem Schuldner ist die Leistung zwar gegenwärtig, aber nicht dauerhaft unmöglich. Der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber von 2002 hat die Behandlung solcher Fälle ausdrücklich der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen. Deshalb sind viele Einzelheiten umstritten. Neben dem Schicksal des Primärleistungsanspruchs bereitet vor allem die Frage, welche Rücktrittsrechte und Schadensersatzansprüche dem Gläubiger in diesen Konstellationen zustehen, Probleme. Der Beitrag stellt diese Schwierigkeiten der dogmatischen Handhabung ausführlich dar. Am Ende widmet sich ein eigener Abschnitt der Fallbearbeitung und zeigt, wo genau die angesprochenen Streitfragen in der Klausur zu bearbeiten sind. Da sich die Probleme der vorübergehenden Unmöglichkeit durch das gesamte allgemeine Schuldrecht ziehen, bietet der Beitrag eine hervorragende Gelegenheit, das Wissen auf diesem Gebiet zu vertiefen und zu repetieren.

---

\* *Johannes Holzwarth* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht, Lehrstuhl Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann, an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. *Christian Walz* ist dort studentische Hilfskraft und Redakteur der StudZR.

## I. Einführung und Begriffsbestimmung

### 1. Zwitterstellung zwischen Leistungsverzögerung und Unmöglichkeit

Vorübergehende Unmöglichkeit<sup>1</sup> der Leistung bedeutet, dass der Leistung des Schuldners momentan ein nicht überwindbares Hindernis entgegensteht, welches aber nur vorübergehender Natur ist und innerhalb einer bestimmten Zeit überwunden werden kann.<sup>2</sup> Typische Fallkonstellationen sind kriegs- oder embargobedingte Lieferschwierigkeiten, Produktionsausfälle aufgrund von Streiks oder Naturkatastrophen und Erkrankungen bei persönlich vom Schuldner zu erbringenden Leistungen.<sup>3</sup> Der Schwerpunkt der folgenden Darstellung liegt auf der Behandlung von Leistungshindernissen im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB. Ebenso werden die zeitweiligen Leistungshindernisse in den Fällen von § 275 Abs. 2 und 3 BGB besprochen.

Die vorübergehende Unmöglichkeit kann keinem Leistungsstörungstyp klar zugeordnet werden.<sup>4</sup> Einerseits ist sie nämlich mit der Unmöglichkeit verwandt, weil der Schuldner gegenwärtig selbst mit höchster Anstrengung nicht leisten könnte. Andererseits teilt sie mit der Leistungsverzögerung, dass der Schuldner nicht leistet, obwohl er (später) leisten könnte. Das unterscheidet sie auch vom absoluten Fixgeschäft. Bei einem solchen ist die Leistungszeit derart wichtig, dass die Verspätung die Leistung absolut unmöglich macht (z. B. die verspätete Lieferung eines Weihnachtsbaums nach Neujahr).<sup>5</sup> Dem Schuldner ist es dann also gerade nicht mehr möglich, später noch dem Vertragszweck entsprechend zu leisten.<sup>6</sup>

Diese Zwitterstellung zwischen dem Leistungsstörungstyp der Unmöglichkeit und dem der Leistungsverzögerung macht die vorübergehende Unmöglichkeit dogmatisch schwer handhabbar.<sup>7</sup> Sie ist auch der Grund dafür, dass zu allen im Nachfolgenden erörterten Streitfragen meistens drei Meinungen vertreten werden: Eine, die die vorübergehende Unmöglichkeit dem Leistungsverzögerungsrecht zuordnet, eine zweite, die ausschließlich Unmöglichkeitsrecht anwendet, und eine dritte (wohl h. L.<sup>8</sup>), die keine klare Zuordnung trifft, sondern Leistungsverzögerungs- und Unmöglichkeitsrecht je nach Interessenlage kombiniert.<sup>9</sup>

1 Schon die übliche Bezeichnung „vorübergehende Unmöglichkeit“ ist streitig, vgl. *Canaris* Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung in FS für Huber, 2006, S. 143 (144 f.); *Medicus* Bemerkungen zur „vorübergehenden Unmöglichkeit“ in FS für Heldrich, 2005, S. 347.

2 *Kaiser* Zeitweilige Unmöglichkeit in FS für Hadding, 2004, S. 121; *Wieser* Schuldrechtsreform – Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht MDR 2002, 858 (861).

3 *Arnold* Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform JZ 2002, 866.

4 *Kaiser* (Fn. 2), S. 121.

5 *Looschelders* Schuldrecht Allgemeiner Teil 8. Auflage (2010), Rn. 471.

6 *Arnold* (Fn. 3), S. 866.

7 *Arnold* (Fn. 3), S. 866.

8 Vgl. Nachweise bei *Kaiser* (Fn. 2), S. 124.

9 Vgl. Übersicht bei *Arnold* (Fn. 3), S. 868 f.; *Schwab/Witt* Examenswissen zum neuen Schuldrecht 2. Auflage (2003), S. 107 f.

## 2. Gleichstellung mit dauernder Unmöglichkeit nach der sog. Unzumutbarkeitsformel?

Im alten Recht wurde angenommen, dass die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden gleichzustellen ist, wenn das Leistungshindernis die Erreichung des Geschäftszwecks in Frage stellt und dem anderen Teil das Festhalten am Vertrag deshalb unzumutbar wird.<sup>10</sup> Dabei wurde als Zeitpunkt für die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Eintritt des Leistungshindernisses für maßgeblich gehalten.<sup>11</sup> Wurde das Leistungshindernis im Nachhinein wider Erwarten behoben, blieb es dennoch bei der Gleichsetzung mit der dauernden Unmöglichkeit.<sup>12</sup>

Eine Gleichsetzung mit der dauernden Unmöglichkeit kam vor allem im Warenhandel in Betracht, der auf kurzfristige Dispositionen angewiesen ist.<sup>13</sup> Aber auch wenn das Leistungshindernis zwar vorübergehend, dessen Behebung aber unabsehbar ist (z. B. bei Kriegsausbruch), wurde eine Gleichstellung in Erwägung gezogen. In einem berühmten Fall nahm der *BGH* eine solche Gleichstellung an, als aufgrund der politischen Unruhen im Iran seit 1978 die Montage einer Tierverwertungsanlage vorübergehend nicht möglich war.<sup>14</sup>

Diese „Unzumutbarkeitsformel“ vertritt die Rechtsprechung und h. L. auch im neuen Recht.<sup>15</sup> Für diese Beibehaltung spricht zuvörderst, dass die Gesetzesmaterialien<sup>16</sup> in diese Richtung weisen.

Ursprünglich sollte durch diese Konstruktion aber dem Gläubiger geholfen werden, dem im alten Recht bei vom Schuldner nicht zu vertretender vorübergehender Unmöglichkeit kein Rücktrittsrecht zustand.<sup>17</sup> Geht man indessen überzeugenderweise davon aus, dass § 323 BGB auf die vorübergehende Unmöglichkeit anwendbar ist,<sup>18</sup> wird die Anwendung dieser Unzumutbarkeitsformel überflüssig.<sup>19</sup> Zudem bevormundet die h. M. den Gläubiger, indem sie ihm die Möglichkeit nimmt, selbst zu entscheiden, ob er am Vertrag festhalten will oder nicht.<sup>20</sup>

Man könnte freilich einwenden, dass nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner durch die Unzumutbarkeitsformel geschützt werden sollte, der ein In-

10 BGHZ 83, 197 (200).

11 *BGH* MDR 1954, 733; *Emmerich* Recht der Leistungsstörungen 6. Auflage (2005), § 4 Rn. 11.

12 *Emmerich* (Fn. 11), § 4 Rn. 11.

13 *BGH* NJW 1967, 721.

14 BGHZ 83, 197 (201 f.).

15 BGHZ 174, 61 (67); *OLG Karlsruhe* NJW 2005, 989 (990); *Brox/Walker* Allgemeines Schuldrecht 33. Auflage (2009), § 22 Rn. 17; *Emmerich* (Fn. 11), § 4 Rn. 11; *Huber/Faust* Schuldrechtsmodernisierung 2002, § 8 Rn. 2; *Schwab/Witt* (Fn. 9), S. 109; *Schwarze* Das Recht der Leistungsstörungen 2008, § 4 Rn. 23 f.

16 BT-Drs. 14/6040, S. 129; BT-Drs. 14/7052, S. 183.

17 *Ernst* in MünchKomm BGB II 5. Aufl., § 275 Rn. 46.

18 Siehe unten Abschnitt IV. 1.

19 *Dauner-Lieb* in Anwaltkommentar zum BGB II/1, § 275 Rn. 68; *Arnold* (Fn. 3), S. 870.

20 *Arnold* (Fn. 3), S. 870.

teresse an der Vertragsauflösung hatte.<sup>21</sup> Für diesen Fall ist jedoch nach der Schuldrechtsreform § 313 BGB anwendbar. Für die Unzumutbarkeitsformel fehlt es deshalb an einem Anknüpfungspunkt im Gesetz, der eine solche Rechtsfortbildung legitimieren könnte.<sup>22</sup> Ihre Anwendung ist abzulehnen.

### 3. Maßgeblicher Zeitpunkt

Ob ein Leistungshindernis nur vorübergehend unmöglich ist, wird ex ante bestimmt.<sup>23</sup> Genau genommen wären dann aber alle Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit solche der vorübergehenden. Denn es ist nie zweifelsfrei auszuschließen, dass der Gesetzgeber in Zukunft doch eine andere Regelung trifft, die das Leistungshindernis beseitigt. Das wurde etwa bei den Enteignungen durch die DDR deutlich, die nach der Wende vom neuen Gesetzgeber rückgängig gemacht worden sind.<sup>24</sup> Man ordnet diese Fälle aber der dauerhaften Unmöglichkeit zu, weil die Überwindung ex ante äußerst unwahrscheinlich erscheint.<sup>25</sup>

Schwierig sind die Fälle zu beurteilen, bei denen die Beseitigung des Hindernisses ex ante schwer einschätzbar sind. So kann man häufig nur spekulieren, ob eine gestohlene Sache wieder auftaucht, wie lange ein Embargo dauert oder ob eine Baugenehmigung wirklich erteilt wird. Hier sind die Grenzen zur dauernden Unmöglichkeit fließend.<sup>26</sup> Da richtigerweise auch bei der vorübergehenden Unmöglichkeit der Gläubiger ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB hat<sup>27</sup> und der Schuldner sich unter den Voraussetzungen des § 313 BGB vom Vertrag lösen kann,<sup>28</sup> ist in solchen Fällen die Annahme einer vorübergehenden Unmöglichkeit in der Regel vorzugswürdig, solange die Überwindung des Hindernisses in der (wenn auch fernen) Zukunft nicht ganz unwahrscheinlich ist.

Zeigen aber spätere Veränderungen, dass die Leistung nun endgültig ausgeschlossen ist, wird die Leistung dauerhaft unmöglich.<sup>29</sup> Von diesem Augenblick an finden die Regeln über die Unmöglichkeit unmittelbar Anwendung (z. B. §§ 326 Abs. 5, 283 BGB).<sup>30</sup> Die Leistungspflicht lebt auch nicht wieder auf, wenn aufgrund einer unerwarteten Entwicklung diese wieder möglich wird. In den oben angesprochenen DDR-Fällen nahm die Rechtsprechung allerdings zuweilen eine analoge Anwendung des § 281 a. F. BGB (= § 285 n. F. BGB) an und behandelte das vom Staat zu-

21 *Huber/Faust* (Fn. 15), § 8 Rn. 2; *Medicus/Lorenz Schuldrecht I* 19. Auflage (2010), Rn. 422; *Staudinger/Löwisch/Caspers* 16. Aufl., § 275 Rn. 51; vgl. BGHZ 83, 197 (201).

22 *Canaris* (Fn. 1), S. 158.

23 BGHZ 83, 197 (200); *Däubler* Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung in FS für Heldrich, 2005, S. 58; *Schulze/Ebers* Streitfragen im neuen Schuldrecht JuS 2004, 265 (267).

24 Vgl. *OLG Brandenburg VIZ* 1998, 464 ff.

25 *Arnold* (Fn. 3), S. 866; *Däubler* (Fn. 23), S. 57.

26 *Däubler* (Fn. 23), S. 58.

27 Siehe unten Abschnitt IV. 1.

28 Siehe unten Abschnitt IV. 2.

29 *Däubler* (Fn. 23), S. 58.

30 *Ebd.*, S. 64.

rückgegebene Grundstück als ein stellvertretendes Commodum, das der Schuldner an den Gläubiger zu übereignen habe.<sup>31</sup> Zumindest bei gegenseitigen Verträgen (im Rechtsprechungsfall ging es um die einseitige Verpflichtung eines Erben gegenüber einem Vermächtnisnehmer) bereitet diese Konstruktion Bedenken. Dann müsste nach § 326 Abs. 3 BGB auch die Gegenleistungspflicht aufleben, so dass de facto ein vielleicht jahrzehntealter Vertrag wieder zum Leben erweckt wird, der allein schon aufgrund der Preisinflation nicht zu den veränderten Umständen passt. Zusätzlich könnten sich die Parteien des Vertragsstatus nie sicher sein. Flexibler und angemessener ist es deshalb, analog § 313 BGB bzw. § 242 BGB eine Pflicht zum Neuabschluss eines Vertrages mit adäquaten Bedingungen vorzusehen, wenn dies nach Abwägung aller Interessen geboten erscheint, was jedoch wohl der Ausnahmefall sein wird.<sup>32</sup>

Wurde zunächst eine vorübergehende Unmöglichkeit angenommen und wird die Leistung nachträglich wieder möglich, gelten keine Besonderheiten. Der Schuldner ist dann wieder zur Erfüllung verpflichtet, wenn der Gläubiger zuvor weder Schadensersatz statt der Leistung verlangt noch den Rücktritt erklärt hat.<sup>33</sup>

## II. Geschichte und methodologische Besonderheiten

Das Problem der vorübergehenden Möglichkeit ist im geltenden BGB nicht ausdrücklich geregelt. Schon die alte Fassung des BGB sollte ursprünglich die vorübergehende Unmöglichkeit regeln. Nach § 237 des E I zum BGB wurde der Schuldner nämlich von seiner Leistungspflicht freigestellt, „so lange die Leistung ... unmöglich geworden ist“.<sup>34</sup> Durch die Verwendung des „so lange“ war damit ausdrücklich die zeitweilige Unmöglichkeit erfasst. Im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens änderte sich aber der Wortlaut: Im Gesetz gewordenen § 275 a. F. BGB wurde „so lange“ durch „soweit“ ersetzt. Das führte schon im alten Recht dazu, dass die Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit umstritten war.<sup>35</sup>

Interessanterweise widerfuhr der Regelung der vorübergehenden Unmöglichkeit in der Schuldrechtsmodernisierung von 2002 ein ähnliches Schicksal. Während sowohl der Diskussionsentwurf des BMJ<sup>36</sup> als auch die sog. konsolidierte Fassung<sup>37</sup> auf Vorschlag der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts<sup>38</sup> in § 275 Abs. 1 BGB vorsahen, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wird, „soweit und solange“ die Leistung unmöglich ist, empfahl der Bundesrat in seiner Stellungnahme,

31 *KG VIZ* 2000, 678.

32 *RGZ* 158, 321 (331); *Däubler* (Fn. 23), S. 65; *Palandt/Heinrichs* 68. Aufl., § 275 Rn. 12.

33 *Däubler* (Fn. 23), S. 64.

34 Vgl. *Huber* Leistungsstörungen I 1999, S. 66.

35 Vgl. *Arnold* (Fn. 3), S. 867; *Kaiser* (Fn. 2), S. 123; *Lobinger* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten 2004, S. 304 f.

36 *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 10.

37 *Ebd.*, S. 357.

38 *BMJ* (Hrsg.) Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1992, S. 113

die Worte „und solange“ zu streichen, da die vorübergehende Unmöglichkeit eine Reihe von nicht geregelter Folgeprobleme aufwerfe.<sup>39</sup> Daraufhin räumte auch die Bundesregierung ein, dass die Regelung der vorübergehenden Unmöglichkeit im jetzigen Entwurf unbefriedigend sei.<sup>40</sup> Schließlich beschloss der Rechtsausschuss die Streichung der Worte „und solange“.<sup>41</sup> Das Problem solle wie bisher auch der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen werden.<sup>42</sup>

Die Formulierung „und solange“ ist deshalb in der Gesetz gewordenen neuen Fassung des § 275 Abs. 1 BGB nicht mehr zu finden.

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist die Zuordnung der vorübergehenden Unmöglichkeit im geltenden Leistungsstörungenrecht lebhaft umstritten.<sup>43</sup> Die Ermächtigung von Rechtsprechung und Wissenschaft durch den Gesetzgeber ist jedoch kein Freibrief. Im Rahmen der historischen Auslegung ist nämlich bedeutsam,<sup>44</sup> dass der Rechtsausschuss das Problem nicht für sonderlich regelungsbedürftig hielt und vielmehr der Meinung war, „die Vorschriften über den Schadensersatz statt der Leistung und auch über den Rücktritt bei Pflichtverletzung [seien] so ausgestaltet, dass der Gläubiger auch bei vorübergehender Unmöglichkeit der Leistung die Möglichkeit hat, dem anderen Teil eine angemessene Frist zur Leistung zu setzen und nach deren erfolglosem Ablauf Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen oder den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, soweit die vorübergehende Unmöglichkeit im Einzelfall nicht ohnehin der dauerhaften Unmöglichkeit gleichsteht und der Gläubiger deshalb nach den § 283 bzw. § 326 Abs. 5 BGB-RE vorgehen kann, ohne eine Frist setzen zu müssen.“<sup>45</sup>

Allein schon die demokratische Legitimation des Gesetzgebers verleiht diesem Lösungsweg ein besonderes Gewicht.<sup>46</sup> Das ist bei der Rechtsfindung und Würdigung der vertretenen Meinungen stets zu beachten.<sup>47</sup>

### III. Primärleistungspflichten

#### 1. Anspruch auf die vorübergehend unmögliche Leistung

##### a) § 275 Abs. 1 BGB analog

Als Primärleistungspflichten werden solche Pflichten bezeichnet, die sich unabhängig vom Hinzutreten weiterer Umständen, unmittelbar aus dem Schuldverhältnis er-

39 BT-Drucks. 14/6857, S. 11.

40 *Ebd.*, S. 47.

41 BT-Drucks. 14/7052, S. 183.

42 *Ebd.*, S. 183.

43 Vgl. *Arnold* (Fn. 3), S. 868; *Kaiser* (Fn. 2), S. 124.

44 Darauf verweist zu Recht *Canaris* (Fn. 1), S. 144.

45 BT-Drucks. 14/7052, S. 183.

46 Zur Bedeutung gesetzgeberischer Vorstellungen und damit zusammenhängender Probleme bei der Rechtsfindung vgl. *Walz* Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien ZJS 2010, 482 ff.

47 Siehe z. B. unten Abschnitt IV. 1.

geben.<sup>48</sup> Diese Hauptleistungspflichten geben dem Schuldverhältnis das charakteristische Gepräge und sind damit für das Schuldverhältnis wesentlich,<sup>49</sup> beispielsweise beim Kaufvertrag die Pflicht des Verkäufers, die Ware zu liefern, und die damit korrelierende Pflicht des Käufers, den Preis zu zahlen. Wenn nun die für das konkrete Schuldverhältnis charakteristische Leistung zeitweilig unmöglich wird, stellt sich die Frage, ob die Pflicht des Schuldners zur Leistung weiterhin bestehen bleibt. Bejaht man dies, gelangt man zu dem überraschenden Ergebnis, dass, wenn z. B. der Käufer den Verkäufer auf Lieferung der Ware verklagt und dem Verkäufer die Lieferung derzeit wegen eines betrieblichen Streiks vorübergehend unmöglich ist, der Verkäufer dennoch zur Leistung verurteilt würde, obwohl das Urteil nicht vollstreckt werden könnte. Andererseits kommt es angesichts der vorübergehenden Natur des Leistungshindernisses nicht in Betracht, den Schuldner dauerhaft von seiner Leistungspflicht zu befreien.<sup>50</sup>

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Regelung dieses Problems ist § 275 Abs. 1 BGB. „Soweit“ ein unüberwindbares Leistungshindernis vorliegt, befreit diese Vorschrift den Schuldner kraft Gesetzes von seiner Primärleistungspflicht. Das Sprachgefühl lässt es durchaus zu, das Wort „soweit“ so zu verstehen, dass auch die zeitliche Dimension und damit die vorübergehende Unmöglichkeit von § 275 Abs. 1 BGB geregelt wird.<sup>51</sup> Die Regelungsgeschichte<sup>52</sup> lehrt jedoch ein anderes: Denn wenn im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich erklärt wird, dass die Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit der Rechtsprechung und Lehre überlassen bleibt und daraufhin der zur Erfassung der Problematik für erforderlich gehaltene Zusatz „und solange“ gestrichen wird, soll diese Problematik gerade nicht von § 275 Abs. 1 BGB erfasst werden.

Die h. L. wendet deshalb § 275 Abs. 1 BGB analog an und suspendiert damit die Leistungspflicht vorübergehend.<sup>53</sup> Eine Leistungsklage zur Zeit des Bestehens des vorübergehenden Leistungshindernisses ist dementsprechend als „zur Zeit unbegründet“ abzuweisen.<sup>54</sup>

Es wird jedoch nicht selten der Fall sein, dass der Gläubiger erst nach Erhebung einer vorbehaltlosen Leistungsklage im Prozess von dem Leistungshindernis erfährt. Den berechtigten Interessen des Gläubigers an einer Verurteilung des Schuldners wird dann dadurch Rechnung getragen, dass man eine Klage auf zukünftige Leistung gem. § 259 ZPO zulässt<sup>55</sup> und die vorbehaltlose Leistungsklage in eine Klage auf zukünftige

48 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung 22. Auflage (2009), Rn. 205.

49 *Looschelders* (Fn. 5), Rn. 12.

50 *Canaris* (Fn. 1), S. 146.

51 *Kaiser* (Fn. 2), S. 126; ähnlich *Löwisch/Caspers* (Fn. 21), § 275 Rn. 47; *Canaris* (Fn. 1), S. 147.

52 Siehe oben Abschnitt II.

53 *Löwisch/Caspers* (Fn. 21), § 275 Rn. 46; *Arnold* (Fn. 3), S. 870; *Canaris* (Fn. 1), S. 145 ff.; *Däubler* (Fn. 23), S. 59 f.; *Lobinger* (Fn. 35), S. 308; *Huber/Faust* (Fn. 15), § 8 Rn. 7.

54 *Canaris* (Fn. 1), S. 145; *Ernst* (Fn. 17), § 275 Rn. 134.

55 *Westermann* in *Ermann BGB I* 12. Aufl., § 275 Rn. 12; *Canaris* hält demgegenüber die Erhebung einer Feststellungsklage gem. § 256 ZPO für möglich, *Canaris* (Fn. 1), S. 147.

tige Leistung umdeutet.<sup>56</sup> Dann ist der Schuldner bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 259 ZPO und mit entsprechendem Vermerk<sup>57</sup> im Urteilstenor zur Leistung unter dem Vorbehalt des Wegfalls der Unmöglichkeit zu verurteilen. Der Gläubiger kann sich anschließend entsprechend § 726 Abs. 1 ZPO um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils kümmern und ggf. nach § 731 ZPO Klage auf Erteilung der notwendigen Klausel erheben.<sup>58</sup>

#### b) Vollstreckungsrechtliche Lösung?

Eine Mindermeinung nimmt demgegenüber an, dass der Schuldner im Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit zur Leistung verpflichtet bleibt.<sup>59</sup> Danach ist der Schuldner vorbehaltlos zu verurteilen und lediglich dadurch geschützt, dass das Urteil nicht vollstreckt werden kann.

Es bereitet jedoch Bedenken, dem Gerichtsvollzieher aufzutragen, immer wiederkehrende Nachforschungen darüber anzustellen, ob die Leistung mittlerweile möglich ist. Das belästigt den Schuldner ungebührlich und kann sogar kreditschädigend wirken.<sup>60</sup> Zudem werden hierdurch die Regeln über die Darlegungs- und Beweislast nicht beachtet: Wenn der Schuldner im Erkenntnisverfahren darlegt und ggf. beweist, dass ihm die Leistung derzeit unmöglich ist, muss es dem Gläubiger entsprechend allgemeiner Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast obliegen, den Vortrag des Schuldners zu entkräften.<sup>61</sup>

## 2. Anspruch auf die Gegenleistung

#### a) Erlöschen analog § 326 Abs. 1 BGB

Im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags sind die Pflicht zur Leistung und die Pflicht zur Gegenleistung miteinander verknüpft, schließlich wird in einem vertraglichen Schuldverhältnis dieser Art eine Leistung nur deswegen versprochen, weil sich auch der Vertragspartner zu einer Leistung verpflichtet („do ut des – ich gebe, damit du gibst“).<sup>62</sup> Daher teilt der Anspruch auf die Gegenleistung im Fall der Unmöglichkeit gem. § 326 Abs. 1 BGB das Schicksal des Gläubigeranspruchs und erlischt.

Wenn die vorübergehende Unmöglichkeit die Suspendierung des Anspruchs auf die Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB analog bedeutet, ist es nur konsequent, dass auch der Anspruch auf Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 BGB analog im gleichen Maße zeitlich ausgesetzt ist.<sup>63</sup> Der Verkäufer, dem die Lieferung der Ware derzeit nicht möglich und der daher von seiner Leistungspflicht befreit ist, kann in dieser Zeit den Käufer nicht erfolgreich auf Zahlung des Kaufpreises verklagen.

<sup>56</sup> *Ebd.*, S. 147.

<sup>57</sup> *Lücke* in MünchKomm ZPO, § 259 Rn. 17.

<sup>58</sup> *Canaris* (Fn. 1), S. 147; gegen diese Verteilung der Beweislast *Kaiser* (Fn. 2), S. 129.

<sup>59</sup> *Kaiser* (Fn. 2), S. 127 ff.; *Schwab/Witt* (Fn. 9), S. 107 f.

<sup>60</sup> *Canaris* (Fn. 1), S. 148.

<sup>61</sup> *Ebd.*, S. 148.

<sup>62</sup> *Brox/Walker* (Fn. 15), § 3 Rn. 2.

<sup>63</sup> *Huber/Faust* (Rn. 15), § 8 Rn. 8.



Zuweilen wird dagegen eingewandt, dass der Gläubiger ausreichend durch das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB geschützt sei.<sup>64</sup> Dagegen spricht aber, dass die Anwendung von § 326 Abs. 1 BGB dem Synallagma und dem (subjektiven) Äquivalenzprinzip besser Rechnung trägt.

b) Die Rückforderung der bereits erbrachten Gegenleistung analog  
§ 326 Abs. 4 BGB

Schwierigkeiten ergeben sich zudem, wenn der Gläubiger seine Gegenleistung bereits erbracht hat, wenn beispielsweise der Käufer eines Gemäldes gezahlt hat, dem Verkäufer die Leistung aufgrund eines Diebstahls derzeit aber nicht möglich ist. Der Gläubiger kann dann daran interessiert sein, seine erbrachte Gegenleistung zurückzuerlangen, um die Zinsvorteile zu erhalten. Auch besteht die Gefahr, dass der Schuldner insolvent wird und in unserem Beispiel der Käufer dann weder das Gemälde noch sein Geld bekommt. Diese Risiken hat der Gläubiger nur dann bewusst in Kauf genommen, wenn von Anfang vereinbart war, dass er vorleistungspflichtig ist.<sup>65</sup>

Im Fall der dauerhaften Unmöglichkeit kann der Gläubiger, welcher nach § 326 Abs. 1 BGB von seiner Pflicht befreit wurde, die Gegenleistung nach § 326 Abs. 4 BGB zurückfordern. Teilweise wird vertreten, dass § 326 Abs. 4 BGB im Fall der nur zeitweilig unmöglichen Leistung unanwendbar sei, da diese Vorschrift den endgültigen Wegfall der Primärleistungspflichten voraussetze.<sup>66</sup> Dieses Argument überzeugt allerdings nicht, weil alle Vorschriften des Unmöglichkeitsrechts eine dauernde Unmöglichkeit voraussetzen und deswegen immer nur eine analoge Anwendung in Frage kommt.

Um den Gläubiger deshalb vor den oben genannten Gefahren zu schützen, ist eine analoge Anwendung der §§ 326 Abs. 4, 346 ff. BGB sachgerecht.<sup>67</sup> Wenn aber offensichtlich ist, dass die Leistung in naher Zukunft wieder möglich wird, kann der Geltendmachung des Anspruchs die Arglisteinrede entgegengehalten werden.<sup>68</sup> War der Gläubiger vorleistungspflichtig und hat nicht die Einrede aus § 321 BGB erhoben, so steht einem Rückgewähranspruch außerdem § 813 Abs. 2 BGB entgegen.<sup>69</sup>

#### IV. Rücktrittsrechte

Da die analoge Anwendung der §§ 275, 326 Abs. 1 BGB nicht zur endgültigen Aufhebung des Vertrages, sondern lediglich zur Suspendierung der Leistungspflichten

64 Vgl. *Ernst* (Fn. 17), § 275 Rn. 137; *Kaiser* (Fn. 2), S. 132; *Arnold* (Fn. 3), S. 869.

65 *Canaris* (Fn. 1), S. 150.

66 *Kaiser* (Fn. 2), S. 133; *Ernst* (Fn. 17), § 275 Rn. 137, der fälschlicherweise einen Anspruch aus §§ 326 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB annimmt; *Lobinger* (Fn. 35), S. 311 f.

67 *Canaris* (Fn. 1), S. 150; *Däubler* (Fn. 23), S. 60; *Huber/Faust* (Fn. 15), § 8 Rn. 8.

68 *Däubler* (Fn. 23), S. 61.

69 *Ebd.*, S. 61.

führt, entsteht ein Schwebezustand, der beiden Parteien lästig sein kann.<sup>70</sup> So kann ein zeitlich uneingeschränktes Festhalten am Vertrag die Entscheidungsfreiheit und Leistungskapazität beider Parteien erheblich beeinträchtigen: Der Gläubiger könnte sich in dieser Zeit ja grundsätzlich nicht anderweitig eindecken und muss zudem die Mittel für die Erbringung seiner Gegenleistung vorhalten.<sup>71</sup> Der Schuldner kann ein Interesse an der Loslösung haben, weil er anderenfalls gleichermaßen seine Leistungskapazitäten ständig auf Abrufbereitschaft haben müsste.

### 1. Rücktrittsrecht des Gläubigers

Folgt man der h. M. und nimmt eine Suspendierung der Leistungspflichten analog §§ 275, 326 BGB an,<sup>72</sup> dann mag es naheliegen, eine Rücktrittsbefugnis des Gläubigers gem. §§ 326 Abs. 5, 323 BGB einzuräumen.<sup>73</sup> Praktische Konsequenz wäre, dass der Gläubiger den Vertrag sofort beenden könnte, ohne vorher eine Fristsetzung zur Behebung des Leistungshindernisses zu setzen. Dabei blieben die Interessen des Schuldners aber vollkommen unberücksichtigt. Dass § 326 Abs. 5 BGB vom Fristsetzungserfordernis absieht, hat seinen Grund ja gerade darin, dass das Leistungshindernis ein dauerhaftes, also nicht behebbares und deshalb eine Fristsetzung sinnlos ist. Das kann man von der vorübergehenden Unmöglichkeit aber nicht sagen.<sup>74</sup> Die Anwendung des § 326 Abs. 5 BGB auf die Fälle der vorübergehenden Unmöglichkeit ist insbesondere dann unbillig, wenn der Schuldner die Beseitigung des Leistungshindernisses veranlassen könnte (z. B. durch Stellung eines Baugewerksantrages) oder eine Aufhebung des Hindernisses in naher Zukunft zu erwarten ist (z. B. bei einem Betriebsstreik).<sup>75</sup>

Aus diesen Gründen kann der Gläubiger nach Meinung der h. L. nach § 323 BGB (analog) vom Vertrag zurücktreten.<sup>76</sup> Dies überrascht, haben wir doch gerade gesehen,<sup>77</sup> dass die h. M. eine Suspendierung der Leistungspflichten analog § 275 BGB annimmt. § 323 Abs. 1 BGB setzt hingegen voraus, dass der Anspruch auf die Leistung fällig ist. Fällig ist eine Leistung dann, wenn der Gläubiger die Leistung vom Schuldner verlangen kann.<sup>78</sup> Die analoge Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB müsste deshalb auch im Rahmen des § 323 Abs. 1 BGB zum Ausschluss der Fälligkeit führen. Die h. L. behilft sich mit einem Kunstgriff, indem sie auf den hypothetischen Fälligkeitszeitpunkt abstellt und sich so verhält, als bestünde eine Suspendierung der

<sup>70</sup> *Canaris* (Fn. 1), S. 151.

<sup>71</sup> *Ebd.*, S. 154.

<sup>72</sup> Siehe oben Abschnitt III.

<sup>73</sup> So denn auch (aber mit entsprechender Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB) *Huber/Faust* (Fn. 15), § 8 Rn. 7 ff.

<sup>74</sup> *Arnold* (Fn. 3), S. 869.

<sup>75</sup> *Lobinger* (Fn. 35), S. 316.

<sup>76</sup> Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Arnold* (Fn. 3), S. 869 f.; *Däubler* (Fn. 23), S. 60; *Kaiser* (Fn. 2), S. 136.

<sup>77</sup> Siehe oben Abschnitt III. 1.

<sup>78</sup> *Looschelders* (Fn. 5), Rn. 276; *Medicus/Lorenz* (Fn. 21), Rn. 176.

Leistungspflicht nicht.<sup>79</sup> Aus diesem Grund wird der Weg der h. L. zuweilen als „doppelter Salto“<sup>80</sup> oder „ziemlich gewaltsam“<sup>81</sup> bezeichnet.

Es ist zuzugeben, dass es dogmatisch nicht überzeugend wirkt, zuerst eine Suspendierung im Rahmen des § 275 BGB anzunehmen, nur um sie dann bei der Anwendung des § 323 BGB wieder zu ignorieren. Dieses Vorgehen scheint dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, „das Gesetz [so zurechtzubiegen], bis die gewünschte Norm passt.“<sup>82</sup>

Diese Kritik mag jedoch letztlich nicht zu überzeugen. Die h. L. wendet § 275 BGB auf den Primärleistungsanspruch nur an, um den Schuldner von der Leistungspflicht einstweilen zu befreien; die Anwendung von § 275 BGB soll aber nicht darüber hinaus den Anspruch auf die Gegenleistung, um den es bei der Anwendung von § 323 BGB nur geht, erhalten.<sup>83</sup> Zudem ist das Fristsetzungserfordernis ein flexibles Instrument, das die Interessenlage beider Parteien sachadäquat berücksichtigt: Der Schuldner erhält eine letzte Möglichkeit, sich mit aller Mühe um die Beseitigung des Hindernisses zu kümmern<sup>84</sup> und das Erfordernis der Angemessenheit der Fristsetzung ermöglicht – anders als „die „Keule“ des sofortigen Rücktritts“<sup>85</sup> nach § 326 Abs. 5 BGB – eine umfassende Interessenabwägung.<sup>86</sup> Ausschlaggebend ist aber die historische Auslegung: Der Gesetzgeber kannte das Problem und hält die Anwendung von § 323 BGB auf die vorübergehende Unmöglichkeit für angemessen.<sup>87</sup> Solange keine zwingenden Argumente gegen die Ansicht des Gesetzgebers sprechen, gibt es keinen Grund, diesen demokratisch legitimierten Willen zu übergehen.

Zu klären bleibt, wie das Tatbestandsmerkmal der Angemessenheit der Fristsetzung zu konkretisieren ist. Für die Bestimmung kommt es naturgemäß auf viele Faktoren an: Wie groß die Aussichten für eine Behebung des Hindernisses sind und wie viel Zeit bis dahin wahrscheinlich vergehen wird, die Schutzwürdigkeit des Schuldners, die vor allem davon abhängt, ob der Schuldner das Hindernis zu vertreten hat, ob und wie lange dem Gläubiger ein Warten noch zumutbar ist usw.<sup>88</sup> Ist die Frist zu knapp gemessen, wird automatisch eine angemessene in Gang gesetzt.<sup>89</sup>

Die Frist ist gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn sicher ist, dass das Leistungshindernis bis zum Ablauf der Nachfrist nicht behoben sein wird, wenn dem Gläubiger ein Warten bis zur Beseitigung nicht zumutbar oder wenn das Interesse an der Leistung inzwischen vollkommen entfallen ist.<sup>90</sup>

79 Arnold (Fn. 3), S. 869; Canaris (Fn. 1), S. 155.

80 Kaiser (Fn. 2), S. 136.

81 Medicus (Fn. 1), S. 350.

82 Kaiser (Fn. 2), S. 137.

83 Canaris (Fn. 1), S. 155.

84 Ebd., S. 155; Lobinger (Fn. 35), S. 316.

85 Däubler (Fn. 23), S. 60.

86 Ebd., S. 61; Canaris (Fn. 1), S. 155.

87 BT-Drucks. 14/7052, S. 183.

88 Canaris (Fn. 1), S. 157; umfassend zu allen Problemen der Nachfristsetzung in diesen Fällen Lobinger (Fn. 35), S. 323 ff.

89 Lobinger (Fn. 35), S. 323 ff.

90 Arnold (Fn. 3), S. 869; Däubler (Fn. 23), S. 61.; Schwarze (Fn. 15), § 4 Rn. 26.

## 2. Rücktrittsrecht des Schuldners

Auch der Schuldner kann an einer endgültigen Vertragsbeendigung interessiert sein. Durch die vorübergehende Unmöglichkeit kann er nämlich in die lästige Situation geraten, seine Leistungskapazitäten bis zum Ablauf der Verjährungsfrist bereithalten zu müssen.<sup>91</sup>

Sind die Leistungen beider Vertragsparteien vorübergehend unmöglich, gelten die oben für den Gläubiger entwickelten Grundsätze entsprechend.<sup>92</sup>

Zahlreicher sind aber die Fälle, in denen bei einem gegenseitigen Vertrag nur die „Sachleistung“ von der vorübergehenden Unmöglichkeit betroffen ist.<sup>93</sup> Wie § 275 Abs. 2 BGB zeigt, führt die bloße Leistungerschwerung nicht zu einem Loslösungsrecht.<sup>94</sup> Aus diesem Grund kommt dann nur Vertragsanpassung oder Rücktritt gem. § 313 BGB in Betracht.<sup>95</sup>

## V. Schadensersatzansprüche des Gläubigers

Es ist denkbar, dass der Gläubiger Schadensersatzansprüche in zwei Formen geltend machen will: Er mag z. B. ein Interesse daran haben, sich anderweitig einzudecken und die Kosten bei dem Schuldner zu liquidieren. Hierbei handelt es sich um Schadensersatz statt der Leistung, der im Gesetz in den §§ 281 ff., 311a Abs. 2 BGB geregelt ist.

Es ist aber auch möglich, dass der Gläubiger trotz der Verzögerung weiterhin ein Interesse an der Leistung des Schuldners hat, z. B. wenn die Leistung nur durch den Schuldner erbracht werden kann und keine anderen Eindeckungsmöglichkeiten bestehen. Durch die Verzögerung können dem Gläubiger Schäden entstehen (z. B. entgangener Gewinn), die er beim Schuldner liquidieren möchte. Dann geht es um einen Schadensersatz neben der Leistung im Sinne der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB.

### 1. Schadensersatz statt der Leistung

Hat man Stellung im Streit um die Anwendung des § 323 BGB bei der vorübergehenden Unmöglichkeit bezogen, ist die Entscheidung bei der Frage der Behandlung des Schadensersatzes statt der Leistung schon entschieden: Wegen des Gleichlaufs von Schadensersatz statt der Leistung und Rücktrittsrecht<sup>96</sup> gelten die oben für das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB genannten Argumente entsprechend. Deshalb ist in Über-

91 *Däubler* (Fn. 23), S. 63.

92 Siehe oben Abschnitt IV. 1.

93 *Däubler* (Fn. 23), S. 63.

94 *Ebd.*, S. 63; *Canaris* (Fn. 1), S. 157.

95 *Arnold* (Fn. 3), S. 871; *Canaris* (Fn. 1), S. 157; *Däubler* (Fn. 23), S. 63; a. A. *Lobinger* (Fn. 35), S. 342 ff.

96 *Stadler* in *Jauernig BGB* 13. Aufl., § 323 Rn. 2; *Looschelders* (Fn. 5), Rn. 695 f.

einstimmung mit der h. L.<sup>97</sup> § 281 BGB mit seinem Fristsetzungserfordernis auf die Fälle der vorübergehenden Unmöglichkeit anzuwenden. Ebenso wie dort ist auch hier auf den hypothetischen Zeitpunkt der Fälligkeit abzustellen. Auch das Fristsetzungserfordernis ist wie bei § 323 BGB zu handhaben. So kann denn auch im Einzelfall die Frist nach § 281 Abs. 2 Var. 2 BGB entfallen. Das Vertretenmüssen wird nach den allgemeinen Regeln bestimmt: Es kommt darauf an, ob der Schuldner den Eintritt des Leistungshindernisses oder seine Folgen verhindern musste.

Da aber vor Eintritt in ein Schuldverhältnis noch nicht die Pflicht besteht, sein Leistungsvermögen zu erhalten,<sup>98</sup> muss bei anfänglicher vorübergehender Unmöglichkeit der Bezugspunkt des Vertretenmüssens ein anderer sein. Diesem Unterschied trägt bei der (dauerhaften) Unmöglichkeit bekanntermaßen § 311a Abs. 2 BGB Rechnung und knüpft die Haftung an den Vorwurf, unter Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten den Vertrag geschlossen zu haben.<sup>99</sup> Da die Fälle der anfänglichen vorübergehenden Unmöglichkeit insoweit gleich gelagert sind, ist auf diese § 311a Abs. 2 BGB anzuwenden.<sup>100</sup> Das wirft jedoch das Problem auf, dass § 311a Abs. 2 BGB keine Fristsetzung erfordert. Für eine solche sprechen aber die schon oben aufgeführten Argumente bei § 323 BGB, so dass bei der Anwendung des § 311a Abs. 2 BGB auf die Fälle der vorübergehenden Unmöglichkeit das Fristsetzungserfordernis analog §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden muss.<sup>101</sup>

Es ist bei der anfänglichen vorübergehenden Unmöglichkeit jedoch häufig möglich, dass auch der Gläubiger das Leistungshindernis kannte, z. B. bei einem Embargo. Dann ist § 254 BGB anzuwenden, wobei zu beachten ist, dass der Schuldner sich intensiver über die Möglichkeit der Leistung zu kümmern hat als der Gläubiger; nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner hat ja versprochen, dass er leistungsfähig sei.<sup>102</sup> Wissen beide Parteien vom Hindernis, ist aber auch daran zu denken, dass der Vertrag unter der Bedingung des Wegfalls des Leistungshindernisses geschlossen sein könnte. Dies ist eine Auslegungsfrage.<sup>103</sup> Irren sich dann beide oder irrt sich eine Partei über die Dauer des Hindernisses, kann § 313 BGB anwendbar sein.<sup>104</sup>

## 2. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz neben der Leistung und macht einen Verzögerungsschaden geltend, ist je nach Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses zu differenzieren.<sup>105</sup> War der Schuldner bei Eintritt der vorübergehenden Unmög-

97 Arnold (Fn. 3), S. 869; Canaris (Fn. 1), S. 159; Däubler (Fn. 23), S. 62; Emmerich (Fn. 11), S. 56; Lobinger (Fn. 35), S. 315; Schwarze (Fn. 15), § 4 Rn. 26.

98 Stadler (Fn. 96), § 311a Rn. 5; Medicus (Fn. 1), S. 352.

99 Stadler (Fn. 96), § 311a Rn. 5.

100 Canaris (Fn. 1), S. 160.

101 Ebd., S. 160.

102 Medicus (Fn. 1), S. 161.

103 Ebd., S. 161.

104 Schwarze (Fn. 15), § 4 Rn. 31.

105 Canaris (Fn. 1), S. 162.

lichkeit bereits in Verzug mit seiner Leistung, so ist er einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB ausgesetzt, da er gem. § 287 S. 2 BGB auch für Zufall haftet.

Weitaus schwieriger ist die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 2, 286, BGB wenn das Leistungshindernis vor Verzugsbeginn eintritt. Dann wirft der Tatbestand des § 286 Abs. 1 BGB drei Probleme auf: Einmal fehlt es wegen der Suspendierung der Leistungspflichten an der Voraussetzung<sup>106</sup> der Durchsetzbarkeit der Forderung, dann mangelt es häufig an der Mahnung und nicht zuletzt an der Fälligkeit, wenn das Leistungshindernis vor dieser eintritt. Allerdings hat der Schuldner es ja selbst zu vertreten, dass die Voraussetzungen des Verzuges nicht vorliegen, weshalb es nicht sein darf, dass ihm dies zugute kommt.<sup>107</sup> Deshalb ist man sich im Ergebnis einig, dass der Schuldner grundsätzlich auch für den Verspätungsschaden haftet.<sup>108</sup> Detailfragen sind freilich strittig. So gründen einige Stimmen in solchen Fällen den Verzögerungsschaden unmittelbar auf § 280 Abs. 1 BGB,<sup>109</sup> während andere §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB analog anwenden.<sup>110</sup> Der entscheidende Unterschied ist, dass letztere Meinung an dem Erfordernis der Mahnung festhält.<sup>111</sup> Eine Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB kommt nicht in Betracht,<sup>112</sup> da nach dem klaren Wortlaut des § 280 Abs. 2 BGB der Verzögerungsschaden, „nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB“ verlangt werden kann, während §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB den Schadensersatz statt der Leistung betreffen.<sup>113</sup> Das gleiche Argument spricht gegen die Anwendung von § 280 Abs. 1 BGB.<sup>114</sup>

Die Mahnung erfüllt eine Warnfunktion.<sup>115</sup> Das macht sie auch bei der vorübergehenden Unmöglichkeit in all denen Fällen sinnvoll, in denen der Schuldner eine Einflussmöglichkeit auf die Überwindung des Leistungshindernisses hat, z. B. durch Stellung eines Antrages auf Ausnahmegenehmigung in Fällen des Embargos.<sup>116</sup> Besteht keine Einflussmöglichkeit seitens des Schuldners, ist die Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich.<sup>117</sup> Für den Zeitpunkt der Fälligkeit wird wieder auf den hypothetischen Zeitpunkt abgestellt.<sup>118</sup>

Ist das Leistungshindernis vor Vertragsschluss eingetreten, gilt grundsätzlich die gleiche Konstruktion, mit der Besonderheit, dass es für das Vertretenmüssen im Wege der analogen Anwendung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auf die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen des Schuldners ankommt.<sup>119</sup>

106 Dazu *Looschelders* (Fn. 5), Rn. 580.

107 *Canaris* (Fn. 1), S. 162.

108 *Ebd.*, S. 162.

109 *Däubler* (Fn. 23), S. 62.

110 *Arnold* (Fn. 3), S. 869; *Canaris* (Fn. 1), S. 162; *Stadler* (Fn. 96), § 275 Rn. 10; *Lobinger* (Fn. 35), 314 f.; *Heinrichs* (Fn. 32), § 275 Rn. 10; *Schulze/Ebers* (Fn. 23), S. 267.

111 *Canaris* (Fn. 1), S. 163.

112 A. A. *Huber/Faust* (Fn. 9), § 8 Rn. 14, 16 ff.

113 *Kaiser* (Fn. 2), S. 139.

114 *Ebd.*, S. 139; a. A. *Ernst* (Fn. 17), § 275 Rn. 146.

115 *Medicus/Lorenz* (Fn. 21), Rn. 460.

116 *Canaris* (Fn. 1), S. 163; *Lobinger* (Fn. 35), S. 314 f.

117 *Canaris* (Fn. 1), S. 163

118 *Ebd.*, S. 163.

119 *Ebd.*, S. 163; *Kaiser* (Fn. 2), S. 142.

## VI. Vorübergehende Leistungshindernisse bei § 275 Abs. 2 und 3 BGB

Die „faktische Unmöglichkeit“ (§ 275 Abs. 2) und die „persönliche Unzumutbarkeit“ (§ 275 Abs. 3 BGB) unterscheiden sich von der „echten Unmöglichkeit“ (§ 275 Abs. 1 BGB) dadurch, dass sie einredeweise geltend gemacht werden müssen. Das bedeutet, dass der Primärleistungsanspruch des Gläubigers erst dann ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner die Leistung verweigert.<sup>120</sup> Welche Wirkung die Einreden nach § 275 Abs. 2 BGB und § 275 Abs. 3 BGB genau haben, wird allerdings unterschiedlich bestimmt. Teilweise wird vertreten, dass die Geltendmachung das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs nach sich ziehen müsse.<sup>121</sup> Bei einem solchen Verständnis liegt es nicht fern, diese Rechte als „rechtsvernichtende Einreden“<sup>122</sup> zu qualifizieren. Das ist insoweit richtig, als § 275 Abs. 2 und 3 ebenso wie § 275 Abs. 1 dauerhafte Leistungshindernisse voraussetzen und bei solchen ein Wiederaufleben der Leistungspflicht nicht in Frage kommt.

Aber auch die in § 275 Abs. 2 und 3 BGB geregelten Leistungshindernissen können als zeitweilig in Erscheinung treten, beispielsweise wenn die aus dem Lehrbuch allseits bekannte,<sup>123</sup> nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand mögliche Bergung des Ringes auf dem Meeresgrund durch die technische Entwicklung sehr viel billiger wird.<sup>124</sup> Solange dann die Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB vorliegen, ist der Anspruch durch die Erhebung der Einrede suspendiert. Sobald kein grobes Missverhältnis mehr vorliegt oder die Leistung wieder zugemutet werden kann, verliert die erhobene Einrede ihre Wirksamkeit.<sup>125</sup> Damit führt die analoge Anwendung des § 275 Abs. 2 und 3 BGB dazu, dass die Einreden lediglich rechtshemmend, nicht aber rechtsvernichtend wirken. In Bezug auf die Gegenleistung muss § 326 Abs. 1 BGB dann allerdings so verstanden werden, dass der Anspruch entgegen der eigentlich vorgesehenen Rechtsfolge nicht dauerhaft erlischt, sondern ebenfalls nur suspendiert ist.<sup>126</sup>

Im Übrigen sind die Ausführungen zur vorübergehenden Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB auf die Abs. 2 und Abs. 3 analog übertragbar.<sup>127</sup>

120 Ganz h. M., vgl. *Löwisch/Caspers* (Fn. 21), § 275 Rn. 109 m. w. N.

121 *Staudinger/H. Otto* 16. Aufl., § 326 Rn. B 29 ff.

122 *Stadler* in *Jauernig BGB* 11. Aufl., § 275 Rn. 32.

123 Vgl. *Looschelders* (Fn. 5), Rn. 474.

124 *Huber/Faust* (Fn. 9), § 8 Rn. 1.

125 *Löwisch/Caspers* (Fn. 21), § 275 Rn. 84.

126 Ausführlicher dazu im nächsten Abschnitt.

127 *Ernst* (Fn. 17), § 275 Rn. 133; *Medicus* (Fn. 1), S. 349; *Canaris* (Fn. 1), S. 145; *Schwarze* (Fn. 15), § 4 Rn. 21.

## VII. Fallbearbeitung

Die vorübergehende Unmöglichkeit ist dem Leistungsstörungenrecht zuzuordnen und dürfte vornehmlich in solchen Klausuren zu finden sein, in denen es um vertragliche Schuldverhältnisse geht. Aufgrund der verschiedenen Anspruchsziele und der Vielzahl von Anspruchsgrundlagen im Schuldrecht kann der Klausursteller die Problematik auf unterschiedliche Art einbinden. Wie so häufig in der zivilrechtlichen Fallbearbeitung ist es jedoch nicht ratsam, sich für jede Fallkonstellation vorab ein Prüfungsschema zurecht zu legen. Der Problembereich der vorübergehenden Möglichkeit kann vielmehr mit der allgemeinen Technik zivilrechtlicher Methodik, namentlich einem sauberen Aufbaus und Gutachtenstil, angemessen bewältigt werden. Der Thematik bereits abstrakt begegnet zu sein hat den Vorteil, dass das Problem zielsicherer angegangen werden kann. Ein Bearbeiter, der einen Klausurfall Schritt für Schritt und problembewusst löst, kann sich aber ebenso sicher sein, auf die mit der Thematik verknüpften Schwierigkeiten zu treffen.

Ausgangspunkt muss die genaue Lektüre des Sachverhalts und der Fallfrage sein. Letztere gibt schließlich das genaue Prüfungsprogramm vor. Aufgabe des Bearbeiters ist es, sich die Begehren der Anspruchsteller zu vergegenwärtigen und die damit korrespondierenden Anspruchsgrundlagen aufzufinden. Gegenstand der Fallbearbeitung im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse sind typischerweise der Anspruch auf Erfüllung (Primäranspruch), Schadensersatzansprüche und Rückgewähransprüche (Sekundäransprüche).<sup>128</sup> Alle drei genannten Anspruchsziele bieten sich dafür an, die Problematik der vorübergehenden Unmöglichkeit sowie die jeweiligen Auswirkung der Lösungsansätze abzuprüfen. Im Folgenden soll der jeweilige Standort in der Fallbearbeitung vorgestellt und kurz erläutert werden. Auf die jeweils ausführlichere Auseinandersetzung mit den Einzelproblemen im Hauptteil des Aufsatzes wird hingewiesen.

### 1. Erfüllungsanspruch des Gläubigers

Wenn der Gläubiger einer Leistung den Anspruch auf Erfüllung geltend macht, dürfte der Anknüpfungspunkt vergleichsweise offensichtlich sein. Solange die vertraglich vereinbarte Leistung für eine ungewisse bzw. vorübergehende Dauer nicht erbracht werden kann, stellt sich die Frage, ob und wie die Vorschrift des § 275 BGB der Leistungspflicht des Schuldners entgegensteht.<sup>129</sup>

Bei der Prüfung, ob der Anspruch auf die Leistung entstanden ist, ergeben sich in der Fallbearbeitung unter dem hier behandelten Aspekt der vorübergehenden Unmöglichkeit keine Schwierigkeiten. Schließlich steht die Unmöglichkeit der Leistungserbringung der Wirksamkeit eines Vertragsschlusses nicht entgegen, unabhängig davon

<sup>128</sup> Vgl. *Fritzsche Fälle zum Schuldrecht I: Vertragliche Schuldverhältnisse* 3. Auflage (2008), Rn. 2 ff.

<sup>129</sup> Siehe dazu oben Abschnitt III. 1. a).



in welcher Form sie vorliegen mag.<sup>130</sup> Dem Anspruchsaufbau gemäß begegnet dem Bearbeiter das Problem der vorübergehenden Unmöglichkeit im Fall der echten Unmöglichkeit unter dem Prüfungspunkt „Anspruch erloschen“. An dieser Stelle muss erkannt werden, dass § 275 Abs. 1 BGB auf die Fälle der dauernden Unmöglichkeit zugeschnitten ist und daher die Voraussetzungen sowie die Rechtsfolge des automatischen und endgültigen Wegfalls der Leistungspflicht nicht passen. Die Gesetzmateriale stehen in einer Klausursituation nicht zur Verfügung, so dass durchaus über eine Auslegung des Wortes „soweit“ nachzudenken ist, welche die zeitliche Dimension der Unmöglichkeit erfasst. Zutreffend ist aber, von einer analogen Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB auszugehen.

## 2. Gegenleistungsanspruch des Schuldners

Im Leistungsstörungenrecht kann die Fallfrage aber auch auf das Schicksal der Gegenleistung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages abzielen. In der Klausur muss in einer solchen Konstellation geprüft werden, ob und wann der Schuldner der zeitweilig unmöglichen Leistung seinerseits einen Anspruch auf die ihm versprochene Gegenleistung hat. Damit ist nicht nur die Perspektive eine andere, sondern auch die Problematik der vorübergehenden Unmöglichkeit muss anders, nämlich inzident, geprüft werden. Der Standort in der Fallbearbeitung bleibt allerdings derselbe, denn der Bearbeiter wird zunächst feststellen, dass der Anspruch auf die Gegenleistung ebenso entstanden ist wie der Anspruch auf die Leistung. Auf der Erlöschensebene ist dann zu diskutieren, ob und wie die Gegenleistung aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung das Schicksal des Leistungsanspruchs teilt und gem. § 326 Abs. 1 BGB entfällt. Richtigerweise ist auch hier eine zeitweise Suspendierung der Gegenleistungspflicht anzunehmen.<sup>131</sup>

## 3. Das Schicksal der Primärleistungsansprüche beim Rücktritt vom Vertrag

Wenn eine der Parteien den Rücktritt erklärt hat, ist bei der Prüfung der Primärleistungsansprüche unter dem Gliederungspunkt „Anspruch erloschen“ die Prüfung eines Rücktritts erforderlich, schließlich hat ein wirksam ausgeübtes Rücktrittsrecht zur Folge, dass die Leistungspflichten endgültig erlöschen.<sup>132</sup> Die Streitfrage ist dann, aus welcher Vorschrift sich der Rücktrittsgrund ergeben kann.<sup>133</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Problematik nach den Vorschriften über die Leistungsverzögerung zu lösen. Ein Rücktrittsrecht des Gläubigers der vorübergehend unmöglichen Leistung ergibt sich dementsprechend aus § 323 Abs. 1 BGB. Da § 323 Abs. 1 BGB aber die Fälligkeit der Leistungspflicht voraussetzt, ist zu problematisieren, ob

130 Für die anfängliche Unmöglichkeit ist dies seit der Schuldrechtsreform nunmehr explizit in § 311a Abs. 1 BGB geregelt.

131 Siehe oben Abschnitt III. 2. a).

132 *Looschelders* (Fn. 5), Rn. 830.

133 Siehe oben Abschnitt IV. 1.

wegen der analogen Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB die Fälligkeit ausgeschlossen ist. Dabei ist mit der h. L. die Fälligkeit zu fingieren.

Für den Schuldner kommt nur § 313 BGB als Rücktrittsgrund in Betracht.<sup>134</sup>

#### 4. Sekundäransprüche

Sofern allgemein nach der Rechtslage gefragt ist, sind die erwähnten Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung vor Sekundäransprüchen zu prüfen.<sup>135</sup> Häufig ist die Fallfrage jedoch enger und zielt direkt auf Schadensersatz oder Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen ab.

##### a) Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung

Bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen muss schon der Obersatz sorgsam und mit Weitblick gebildet werden. Vergleichbar mit der Festlegung auf einen Rücktrittsgrund, gibt der Bearbeiter schon mit der Auswahl der Anspruchsgrundlage preis, wie er die vorübergehende Unmöglichkeit einordnen wird. Mit Recht wendet die h. L. Leistungsverzögerungsrecht an und gründet den Schadensersatzanspruch statt der Leistung auf §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB.<sup>136</sup>

Der Anknüpfungspunkt für den Streit bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung nach Leistungsverzögerungsrecht ist auf den ersten Blick nicht sofort zu erkennen. Bei genauer Bestimmung der Tatbestandsmerkmale fällt jedoch auf, dass § 281 BGB Abs. 1 eine fällige Leistung voraussetzt. Im Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit ist jedoch ebendies nach h. M. nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB analog (temporär) ausgeschlossen.<sup>137</sup> Der Aufhänger für den Streit ist damit die Voraussetzung „Fälligkeit der Leistung“. Auch lässt sich an dieser Stelle auf den alternativen Weg über das Unmöglichkeitsrecht (§ 283 BGB) und die damit verbundenen Schwierigkeiten eingehen.

Bei ausreichender Bearbeitungszeit empfiehlt es sich auch, mit der Prüfung des § 283 BGB zu beginnen und diesen Anspruch abzulehnen. Die Anwendbarkeit des § 283 BGB kann unter dem Tatbestandsmerkmal „Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB“ diskutiert werden. Die h. M. nimmt zwar einen Ausschluss der Leistungspflicht analog § 275 BGB an, im Bereich des Schadensersatzes statt der Leistung vertritt sie jedoch zu recht, dass die Fälligkeit fingiert wird und damit § 283 BGB als Anspruchsgrundlage ausscheidet.<sup>138</sup> Nach der Prüfung des § 283 BGB ist dann auf § 281 Abs. 1 BGB einzugehen.

Im Fall der anfänglichen vorübergehenden Unmöglichkeit muss der Bearbeiter auf die Anspruchsgrundlage des § 311a Abs. 2 BGB zusteuern. Nicht vergessen werden

134 Siehe oben Abschnitt IV. 2.

135 *Medicus* Grundwissen zum Bürgerlichen Recht: Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen 8. Auflage (2008), Rn. 47; *Medicus/Petersen* (Fn. 48), Rn. 205.

136 Siehe oben Abschnitt V. 1.

137 Siehe oben Abschnitt III. 1. a).

138 Siehe oben Abschnitt V. 1.

darf, dass auch in dieser Fallkonstellation ein Fristsetzungserfordernis interessengerecht ist und daher als zusätzliche Voraussetzung analog §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB geprüft werden muss.<sup>139</sup>

b) Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz neben der Leistung

Macht der Gläubiger einen Verspätungsschaden geltend, entstehen keine Schwierigkeiten, wenn der Schuldner zum Zeitpunkt des Eintritts des Leistungshindernisses bereits im Verzug war: Dann ist die Anspruchsgrundlage unstreitig § 280 Abs. 1 BGB, weil der Schuldner wegen § 287 S. 2 BGB für jeden Zufall haftet.

Tritt das Leistungshindernis vor Verzugsbeginn ein, ist die Streitfrage, ob die richtige Anspruchsgrundlage § 280 Abs. 1 oder § 280 Abs. 1 und 2 mit § 286 BGB ist.<sup>140</sup> Richtigerweise ist letzteres anzunehmen. Man kann den Streit bei der Prüfung von § 280 Abs. 1 BGB diskutieren, indem unter dem Prüfungspunkt „Schaden“ problematisiert wird, ob der geltend gemachte Posten von § 280 Abs. 1 BGB erfasst ist. Das ist zu verneinen und mit §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB fortzufahren. Eine Diskussion der Fälligkeit ist auch hier notwendig.

Lag das Leistungshindernis von Anfang an vor, ist genauso zu verfahren. Beim Vertretenmüssen ist allerdings die analoge Anwendung des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB anzusprechen.<sup>141</sup>

c) Anspruch auf Rückgewähr bereits empfangener Leistungen  
gem. § 346 Abs. 1 BGB

Soweit geschuldete Leistungen schon erbracht wurden, insbesondere der Kaufpreis schon gezahlt wurde, kann es geboten sein, Rückgewähransprüche zu prüfen. Auch wenn der Schwerpunkt in derartigen Fallkonstellationen häufig auf der Prüfung eines Rücktritts liegt, ist es wichtig, dass sich der Klausurbearbeiter verdeutlicht, dass der Einstieg für die Prüfung von Ansprüchen, die sich aus einem ausgeübten Rücktrittsrecht ergeben, über die Norm des § 346 Abs. 1 BGB erfolgt.<sup>142</sup> Im Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit sind vor allem zwei Varianten denkbar. Erstere betrifft den Fall, dass der Gläubiger oder Schuldner der zeitweilig unmöglichen Leistung den Rücktritt erklärt. Auch hier stellt sich wieder die Frage, welche Rücktrittsgründe bestehen.<sup>143</sup>

Die zweite Möglichkeit einen Rückgewähranspruch einzubinden betrifft die Frage, ob der Gläubiger eine bereits erbrachte Leistung auf Grundlage des § 326 Abs. 4 BGB für den Zeitraum zurückverlangen kann, in dem die Leistung vorübergehend unmöglich ist. Da ein solches Vorgehen des Gläubigers schon im Ansatz umstritten ist,<sup>144</sup> könnte die generelle Möglichkeit unter einem Prüfungspunkt „Anwendbar-

139 Siehe oben Abschnitt V. 1. a. E.

140 Siehe oben Abschnitt V. 2.

141 Siehe oben Abschnitt V. 2. a. E.

142 Siehe die Hinweise bei *Fritzsche* (Fn. 129), Rn. 9 ff.

143 Siehe oben Abschnitt IV.

144 Siehe oben Abschnitt III. 2. b).

keit“ diskutiert werden. Eleganter erscheint es, sich der Streitigkeit über das Tatbestandsmerkmal „die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“ zu nähern, zumal auf diese Weise deutlich gemacht werden kann, dass § 326 Abs. 1 BGB ohnehin nur in analoger Anwendung eingreift.