

Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung

von Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Nicht-Entscheidung des Gesetzgebers

Die Schuldrechtsmodernisierung hat keine ausdrückliche Regelung der vorübergehenden Unmöglichkeit gebracht. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, „soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.“ Der Regierungsentwurf hatte dem „soweit“ noch ein „und solange“ angefügt¹, das jedoch vom Rechtsausschuss des Bundestags wieder gestrichen wurde.² Dabei stützte sich dieser auf die Kritik des Bundesrats sowie den Vorschlag der Kommission „Leistungsstörungenrecht“; wie bisher bleibe die „Einordnung“ vorübergehender Leistungshindernisse Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen. Zugleich stellte der Gesetzgeber eine Reihe von Überlegungen an, wie die Lücke geschlossen werden könnte. Der Gläubiger einer zeitweilig unmöglichen Leistung habe die Möglichkeit, dem Schuldner eine angemessene Frist zu setzen und nach deren erfolglosem Ablauf Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.³ Dies gelte allerdings nur, wenn die vorübergehende Unmöglichkeit im Einzelfall nicht der dauerhaften gleichzustellen sei, was dann auch ohne Fristsetzung gemäß §§ 283 und 326 Abs. 5 BGB den Weg zu Schadensersatz und Rücktritt eröffne.

¹ BT-Drs. 14/6040, S. 128 f.

² BT-Drs. 14/7052, S. 183

³ BT-Drs. 14/7052, S. 183, auch zum Folgenden

Der unbefangene Leser kann der amtlichen Begründung die Einschätzung entnehmen, im Grunde seien alle wesentlichen Fragen auch ohne den „solange“-Zusatz unschwer aus dem geltenden Recht zu beantworten. Dies scheint jedoch nicht so zu sein. Bald nach In-Kraft-Treten des Gesetzes haben sich zahlreiche Autoren zu Wort gemeldet und unterschiedliche Positionen zur Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit eingenommen. Die eine Gruppe will die Normen über die Verzögerung der Leistung anwenden⁴, während eine zweite Gruppe die Unmöglichkeitsregeln bevorzugt.⁵ Beide Auffassungen geraten allerdings in gewisse Schwierigkeiten. Das „Verzögerungsmodell“ hängt von einem fälligen Anspruch ab, den es während der Zeit der Unmöglichkeit wegen § 275 Abs. 1 BGB schwerlich geben kann. Das „Unmöglichkeitsmodell“ führt überall dort zu wenig einsichtigen Resultaten, wo die Beseitigung des Leistungshindernisses von einer Handlung des Schuldners abhängt oder mit Sicherheit in Kürze eintreten wird: In solchen Fällen ist entgegen den §§ 283, 326 Abs. 5 BGB eine vorgeschaltete Fristsetzung evident sinnvoll. Auch kann es zu einem reinen „Verzögerungsschaden“ kommen, wenn die Leistung nach einiger Zeit wieder möglich und auch effektiv erbracht wird: § 280 Abs. 2 BGB sieht diese Rechtsfolge aber nur für den Fall des Verzugs vor. Ohne rechtsdogmatische „Kollateralschäden“⁶ kommt ersichtlich keines der beiden Modelle aus.

Im Folgenden soll zunächst die Frage gestellt werden, wann eigentlich von einer „vorübergehenden Unmöglichkeit“ die Rede sein kann. Dabei ergeben sich evtl. einzelne Fallgruppen, die eine unterschiedliche Behandlung nahe legen.

⁴ S. etwa Kittner, Schuldrecht. Rechtliche Grundlagen - Wirtschaftliche Zusammenhänge, 3. Aufl. 2003, Rn. 694; Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil 2003, Rn. 470; Schulze/Ebers JuS 2004, 265, 267

⁵ Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 8 Rn. 9; Wieser MDR 2002, 861

⁶ Arnold JZ 2002, 869

Zahlreiche Rechtsfolgen hängen davon ab, ob der Schuldner während des Zeitraums der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 nicht leisten muss und deshalb nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB auch keinen Anspruch auf die Gegenleistung hat (unten III).

Kann der Gläubiger bei vorübergehender Unmöglichkeit gemäß § 326 Abs. 5 sofort oder nach § 323 Abs. 1 erst nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist zurücktreten? (unten IV). Unter welchen Voraussetzungen kann Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz des Verspätungsschadens verlangt werden? (unten V). Auch der Schuldner ist möglicherweise interessiert, sich aus der Rechtsbeziehung zu lösen, obwohl ihm weder das Verzögerungs- noch das Unmöglichkeitsmodell ein Rücktrittsrecht gewährt (unten VI).

Was geschieht, wenn sich die Situation nach Eintritt der vorläufigen Unmöglichkeit ändert? Dies kann einmal in der Richtung geschehen, dass die Erbringbarkeit der Leistung sehr viel unwahrscheinlicher wird oder gar ganz ausgeschlossen ist. Umgekehrt sind Fälle denkbar, in denen das Hindernis nachträglich wegfällt, beispielsweise das gestohlene Gemälde wieder auftaucht. Auch hier sind möglicherweise differenzierende Lösungen angezeigt (unten VII).

II. Wann kann man von „vorübergehender Unmöglichkeit“ sprechen?

1. Die Abgrenzung zur dauernden Unmöglichkeit

„Vorübergehend“ ist die Unmöglichkeit dann, wenn sie in Zukunft wegfallen,⁷ wenn die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt (wieder) möglich sein kann.⁸

⁷ Schulze/Ebers JuS 2004, 267; Wieser MDR 2002, 858, 861

⁸ Arnold JZ 2002, 866

Diese Voraussetzung fehlt einmal dann, wenn die Leistung aus „naturwissenschaftlichen“ Gründen nicht mehr erbringbar ist, wenn beispielsweise die geschuldete Sache irreparabel zerstört wurde. Dasselbe gilt für dauerhafte rechtliche Hindernisse; kennt die Rechtsordnung beispielsweise die fragliche Befugnis überhaupt nicht (Stockwerkseigentum)⁹ oder steht sie dem Gläubiger bereits zu¹⁰, so ist für eine Leistungserbringung auch in Zukunft kein Raum. Gleichbehandelt wird der Fall, dass das Leistungshindernis „nach aller Erfahrung“ nicht zu beseitigen ist.¹¹ Die bestandskräftig abgelehnte Baugenehmigung könnte z.B. nur bei veränderter Rechtslage erteilt werden, eine Situation, mit der den Umständen nach kein vernünftiger Mensch rechnen wird. Fälle dieser Art wurden in der Rechtsprechung etwa im Zusammenhang mit dem Zwangsverkauf jüdischen Vermögens während der NS-Zeit¹² sowie bei Enteignungen durch die DDR¹³ angenommen. Ist bei „vernünftiger Betrachtung“ mit keinem Wandel zu rechnen, erlischt die Leistungspflicht definitiv. Nicht hierher gehören Fälle der Unzumutbarkeit der Leistung, die in § 275 Abs. 2 und 3 BGB nunmehr eine eigenständige Regelung gefunden haben.¹⁴

Keine vorübergehende sondern eine dauernde Unmöglichkeit liegt weiter dann vor, wenn ein ganz bestimmter Zeitpunkt oder Zeitraum für die Leistung vereinbart ist, nach dessen Ablauf sie ersichtlich ihren Sinn verliert. Ein solches sog. absolutes Fixgeschäft ist beispielsweise gegeben, wenn ein Flug zum Endspiel der Fußballweltmeisterschaft oder die Lieferung eines Weihnachtsbaumes versprochen wird¹⁵, der sich

⁹ Arnold JZ 2002, 866

¹⁰ Dazu und zu weiteren vergleichbaren Fällen s. Soergel-Wiedemann, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 1990, § 275 Rn. 24

¹¹ Faust, in: Huber/Faust a. a. O., Kap. 8 Rn. 1

¹² BGH LM § 275 BGB Nr. 7

¹³ S. etwa OLG Brandenburg VIZ 1998, 464

¹⁴ Dazu Dauner-Lieb, in: Dies./Heidel/Lepa/Ring, Anwaltskommentar zum Schuldrecht, 2002, § 275 Rn. 5 ff.

¹⁵ Beispiel bei Medicus, Schuldrecht I, 19. Aufl. 2004, Rn. 380

im neuen Jahr als abgesägter Jungtannenbaum ohne Verwendungsmöglichkeit darstellt. Insoweit bewegt man sich auf gesichertem Boden.

2. Erscheinungsformen der vorübergehenden Unmöglichkeit

Vergleichsweise unproblematisch erscheint der Fall, dass der Schuldner selbst in der Lage ist, das derzeit bestehende Leistungshindernis zu beseitigen. Dank des wenig segensreichen Wirkens eines Computervirus muss der Schuldner sein Betriebssystem neu konfigurieren, was zwei Monate dauert; erst dann kann die versprochene Software geliefert werden.¹⁶ Ähnlich ist der Fall zu behandeln, dass Wohnungseigentum verkauft wird, obwohl noch kein Wohnungsgrundbuch angelegt ist¹⁷ – geht man von ordnungsgemäßem Funktionieren des Grundbuchamts aus, so hängt die Möglichkeit der Leistung von einem Antrag des Schuldners und der Abgabe der erforderlichen Erklärungen ab.

Denkbar sind zum zweiten Fälle, in denen die Beseitigung des Hindernisses zwar nicht in der Hand des Schuldners liegt, aber in einem überschaubaren Zeitraum mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist. So wird beispielsweise berichtet, dass vor einigen Jahren auch für große Verlagshäuser zeitweilig kein Dünndruckpapier mehr auf dem Markt zu kaufen war, weil dieser mit Rücksicht auf die Harry-Potter-Bände völlig „leergefegt“ war. Denkbar ist weiter, dass eine Baugenehmigung erst in einigen Monaten vorliegen wird, dass an ihrer Erteilung aber keinerlei Zweifel bestehen. Auch bei arbeitskampfbedingtem Produktionsausfall lässt sich so gut wie immer eine sichere Prognose treffen, bis wann die Lieferung wieder möglich ist.¹⁸ Man mag solche Situationen als „Verspätungsfälle“ bezeichnen.

¹⁶ Beispiel bei Schulze/Ebers JuS 2004, 265, 267

¹⁷ Beispiel bei Wieser MDR 2002, 861

¹⁸ Arnold JZ 2002, 866; Medicus, a. a. O., Rn. 380

Zum dritten gibt es Situationen, in denen die weitere Entwicklung nur schwer abschätzbar ist. Ob die Baugenehmigung wirklich erteilt wird, weiß nicht einmal die Behörde, ob die Hausbesitzer die Wohnung verlassen oder von der Polizei vertrieben werden, kann völlig unsicher sein.¹⁹ Nur spekulieren kann man in vielen Fällen über die Dauer eines Embargos, das den Vollzug des Leistungsaustausches verbietet,²⁰ oder über die Frage, ob und wann eine gestohlene Sache wieder auftauchen wird.²¹ Schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte sich mit Devisensperren zu befassen, denen vorübergehender Charakter zugemessen wurde.²² Man kann insoweit von „Unsicherheitsfällen“ sprechen. Der Übergang zur dauernden Unmöglichkeit ist ersichtlich fließend – besteht das Embargo auf unabsehbare Zeit, wird man dazu neigen, ein definitives Leistungshindernis anzunehmen. In anderen Fällen spricht mehr für die Annahme einer vorübergehenden Unmöglichkeit, so wenn noch „Hoffnung“, also eine gewisse Wahrscheinlichkeit von vielleicht 30 % besteht, dass die Leistung in einer überschaubaren Zukunft erbracht werden kann. Wie lange die „Wartefrist“ sein kann, hängt von der Zumutbarkeit für beide Vertragsteile ab. Sie entfällt, wenn Leistung oder Gegenleistung in einigen Jahren einen ganz anderen Charakter haben oder der Gläubiger für den Gegenstand keine Verwendung mehr haben wird.

3. Maßgebender Zeitpunkt

Rechtsprechung²³ und Lehre²⁴ sind sich darüber einig, dass es für die Beurteilung, ob dauernde oder vorübergehende

¹⁹ Staudinger/Löwisch, 2001, § 275 Rn. 33

²⁰ Dazu Bittner ZVglRWiss 93 (1994) 268 ff.

²¹ Canaris JZ 2001, 500

²² RGZ 117, 127, 130; 151, 35, 38; zur Bürgenhaftung in diesen Fällen Kühn/Rotthege NJW 1983, 1233

²³ BGHZ 83, 197, 200; OLG Brandenburg VIZ 1998, 464, 465; KG VIZ 2000, 678

²⁴ S. statt aller MüKo-Ernst, BGB, Bd. 2a, 4. Aufl. 2003, § 275 Rn. 140; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, § 275 Rn. 12; Schulze/Ebers JuS 2004, 267; Wieser MDR 2002, 858, 861

Unmöglichkeit vorliegt, auf den Zeitpunkt ankommt, in dem das Leistungshindernis eingetreten ist. Dies schließt spätere Änderungen nicht aus; so kann sich eine zunächst als behebbar eingeschätzte Schwierigkeit später als definitiv herausstellen²⁵, was die Leistung dauernd unmöglich macht oder zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führt.²⁶

III. Die rechtliche Behandlung der vorübergehend unmöglichen Leistung

1. Rückgriff auf § 275 Abs. 1 BGB

Eine (objektiv oder subjektiv) unmögliche Leistung muss der Schuldner nicht erbringen. Insoweit war er schon nach § 275 BGB a. F. von der Erfüllungspflicht befreit.²⁷ Hieran wollte der Gesetzgeber trotz der Streichung des „und solange“ nichts ändern.²⁸ Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht.²⁹ Auch diejenigen, die grundsätzlich das Recht der Leistungsverzögerung anwenden wollen, verzichten darauf, vom Schuldner Unmögliches zu verlangen und wenden den Rechtsgedanken des § 275 Abs. 1 an.³⁰ Eine Verurteilung zur Leistung wäre sinnlos³¹; vielmehr muss die Klage als „derzeit unbegründet“ abgewiesen werden.³² Unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO kann auf künftige Leistung geklagt werden.³³

²⁵ S. den Fall BGHZ 47, 48, 51

²⁶ So im Fall BGH a. a. O.

²⁷ RGZ 168, 321, 324; Huber, Leistungsstörungen, ... § 11 II 1; Staudinger/Löwisch § 275 Rn. 33

²⁸ MüKo-Ernst § 275 Rn. 132; ebenso Faust, in: Huber/Faust Kap. 8 Rn. 7; Palandt/Heinrichs § 275 Rn. 10

²⁹ Ebenso schon RGZ 168, 321, 324 und nunmehr ausdrücklich Looschelders, a. a. O., Rn. 473; Schlechtriem, a. a. O., Rn. 278; Wieser MDR 2002, 861

³⁰ Schulze/Ebers JuS 2004, 268

³¹ Arnold JZ 2002, 869; anders wohl Medicus, a. a. O., Rn. 383

³² So schon RGZ 151, 35, 38; ebenso Canaris JZ 2001, 500; MüKo-Ernst § 275 Rn. 134

³³ Canaris JZ 2001, 500; Palandt/Heinrichs § 275 Rn. 10; Schulze/Ebers JuS 2004, 268; Wieser MDR 2002, 861

Wie nicht zuletzt § 311a Abs. 1 BGB deutlich macht, wird nicht etwa das gesamte Schuldverhältnis hinfällig. Wird die Leistung wieder möglich, ist sie auch zu erbringen; in der Zwischenzeit ist die Pflicht des Schuldners durch eine Einwendung gehemmt.³⁴ Auch können andere Pflichten, z. B. zur Mitwirkung an der Beseitigung des Hindernisses oder zur Gewährung einer Ersatzleistung bestehen.³⁵

2. Der Anspruch auf die Gegenleistung

§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB lässt in allen Fällen des § 275 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung entfallen; insoweit besteht mangels abweichender Abreden eine zwingende Verknüpfung.³⁶ Den Gläubiger stattdessen auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB zu verweisen,³⁷ ist angesichts des kraft Gesetzes „ausgesetzten Synallagmas“ nicht erforderlich.

Ist der Gläubiger zur Vorleistung verpflichtet, fehlt die in § 326 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Verknüpfung. In diesem Fall schützt ihn § 321 Abs. 1 BGB, wonach er trotz der Abrede die Leistung verweigern kann, wenn sein Anspruch durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet ist. Diese kann nach der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs auch in Export- und Importverboten sowie in der Krankheit unentbehrlicher Mitarbeiter liegen;³⁸ der Gesetzgeber differenziert nicht nach den Ursachen der Gefährdung.

³⁴ So auch der RegE, BT-Drs. 14/6040 S. 129. In den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 besteht eine Einrede.

³⁵ Zutreffend Schlechtriem, a. a. O., Rn. 282

³⁶ So der Regierungsentwurf BT-Drs. 14/6040, S. 129; ebenso zum geltenden Recht Canaris JZ 2001, 500; Faust, in: Huber/Faust, a. a. O. Kap. 8 Rn. 8; Wieser MDR 2002, 858, 861

³⁷ So MüKo-Ernst § 275 Rn. 137

³⁸ BT-Drs. 14/6040 S. 179; ebenso Arnold JZ 2002, 869

3. Die bereits erbrachte Gegenleistung

Hat der Gläubiger schon bezahlt, weil er beispielsweise mit einer sofortigen Lieferung rechnete, so kann er nach § 326 Abs. 4 BGB Rückgewähr nach den Rücktrittsvorschriften verlangen.³⁹ Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Leistungshindernis aller Voraussicht nach innerhalb von ein bis zwei Monaten behoben ist; in solchen „Verspätungsfällen“ wäre es ein treuwidriges Verhalten, eine Leistung zu verlangen, die man zwar nicht sofort, wohl aber in kurzer Zeit wieder zurückgewähren muss. In allen anderen Fällen besteht kein Anlass, dem Schuldner die Zinsvorteile zu belassen und den Gläubiger mit dem Insolvenzrisiko des Schuldners zu belasten.

War der Gläubiger vorleistungspflichtig und hat er sich nicht auf § 321 Abs. 1 berufen, so kann er das Geleistete nach § 813 Abs. 2 BGB nicht zurückverlangen. Dies ist dann unbillig, wenn ihm das Leistungshindernis nicht bekannt war; hier wird eine sachgerechte, an Treu und Glauben orientierte Auslegung des Vertrages in aller Regel zu dem Schluss führen, dass die Vorleistung nur im Hinblick auf eine alsbald erbrachte, nicht aber im Hinblick auf eine deutlich verspätete oder gar erst in einer unsicheren Zukunft erfolgende Leistung zu erbringen war. Dauern die Schwierigkeiten unangemessen lange, ist deshalb die Vorleistung zurückzugewähren.

IV. Das Rücktrittsrecht des Gläubigers

Würde man die vorübergehende wie eine dauernde Unmöglichkeit behandeln, könnte der Gläubiger nach § 326 Abs. 5 BGB ohne Setzung einer Frist vom Vertrag zurücktreten. Ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hatte oder nicht, spielt

³⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 129; ebenso Canaris JZ 2001, 500; Wieser MDR 2002, 861

nach neuem Recht keine Rolle. Die „Keule“ des sofortigen Rücktritts ist in all den Fällen sachinadäquat, in denen der Schuldner das Leistungshindernis beseitigen, beispielsweise die Anlegung eines Wohnungseigentumsgrundbuchs veranlassen kann. Hier sollte man nicht nur dem Schuldner eine zweite (und letzte) Chance geben; vielmehr wird auch der Gläubiger in den meisten Fällen weiter an der Erfüllung interessiert sein. Insoweit führt allein ein Rückgriff auf § 323 BGB zu einem akzeptablen Resultat. Auch in Rechtsprechung⁴⁰ und Literatur⁴¹ wird grundsätzlich in diesem Sinne entschieden. Im Regelfall wird man sogar unmittelbar auf die Verzugsregeln zurückgreifen können, da den Schuldner eine Nebenpflicht trifft, das seinige zur Beseitigung des Leistungshindernisses zu tun.

Problematischer sind die „Verspätungsfälle“, in denen die Beseitigung des Leistungshindernisses in absehbarer Zeit hinreichend sicher ist. Hier kann die Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich sein, weil dem Gläubiger ein Zuwarten bis zur effektiven Leistung auch unter Berücksichtigung der Interessen des Schuldners nicht zugemutet werden kann.⁴² Wird etwa die als solche nicht in Frage stehende Baugenehmigung aller Voraussicht nach erst in eineinhalb bis zwei Jahren erteilt, hat aber der Käufer ein dringendes wirtschaftliches Interesse daran, innerhalb des nächsten halben Jahres ein Gebäude zu errichten und gewerblich zu nutzen, so wird man einen solchen Fall annehmen. Bestehen größere zeitliche Spielräume, wird es bei der Fristsetzung bleiben; „angemessen“ ist dann allerdings nur eine Frist bis zur sicheren oder höchst wahrscheinlichen Beseitigung des Leistungshindernisses. Für den Gläubiger ergibt sich dadurch ein zusätzlicher Vorteil, als mit Fristablauf automatisch

⁴⁰ Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 1245

⁴¹ Canaris JZ 2001, 500; Wieser MDR 2002, 859, 861; a. A. Schulze/Ebers JuS 2004, 267

⁴² Darauf verweist auch Canaris JZ 2001, 500

Verzug eintritt, wenn die Leistung erwartungsgemäß wieder möglich geworden ist.

Liegt ein „Unsicherheitsfall“ vor, so werden sehr häufig die Voraussetzungen von § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB gegeben sein, so dass die Rechtsfolge mit der bei dauernder Unmöglichkeit identisch ist. Je ungewisser das Möglich-Werden erscheint, um so eher wird ein sofortiger Rücktritt in Betracht kommen.⁴³

Die Tatsache, dass der Rückgriff auf § 323 Abs. 1 und 2 BGB zu flexiblen, der jeweiligen Interessenlage der Parteien entsprechenden Lösungen führt, lässt das rechtsdogmatische Bedenken unberührt, dass in § 323 Abs. 1 eine „fällige“ Forderung vorausgesetzt ist. Dies steht der hier vertretenen Position jedoch nur scheinbar entgegen. In der Sache geht es ja nicht um eine unmittelbare Anwendung von § 323 Abs. 1 BGB, sondern um die Füllung einer bewusst vom Gesetzgeber gelassenen Lücke. Wertungsmäßig kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Schuldner zwar leisten kann aber nicht will (weil er beispielsweise eine falsche Rechtsauskunft zur Gültigkeit des Vertrags erhalten hat) oder ob er vorübergehend nicht leisten kann.⁴⁴ Die vom Gesetzgeber der Rechtsprechung und der Literatur bewusst überlassenen „Einordnung“ der vorübergehenden Unmöglichkeit führt mit Rücksicht hierauf dazu, in Bezug auf den Rücktritt des Gläubigers das „Verzögerungsmodell“ anzuwenden. Der Rückgriff speziell auf § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB hat in den dafür besonders wichtigen Unsicherheitsfällen überdies den Vorzug, die Interessen beider Vertragsparteien zu berücksichtigen. Wollte man demgegenüber die im Gesetzgebungsverfahren erwogene Gleichstellung mit der Teilunmöglichkeit vornehmen, müsste entsprechend § 323 Abs. 5 Satz 1 ausschließlich auf das Interesse des Gläubigers abgestellt werden, was diesen in

⁴³ So auch BT-Drs. 14/6040, S. 189

⁴⁴ Vgl. auch Canaris JZ 2001, 516

nicht recht einsehbarer Weise begünstigen würde.⁴⁵ Unterstützend kann man noch die Begründung des Rechtsausschusses heranziehen, der ohne nähere Problematisierung von der Möglichkeit zur Fristsetzung ausging.⁴⁶ Schließlich gibt allein der Rückgriff auf § 323 BGB dem Gläubiger die Möglichkeit, sich bei ausbleibender Leistung Klarheit über die Ursachen und das Verhalten des Schuldners zu schaffen.⁴⁷

Hatte der Gläubiger das Leistungshindernis zu vertreten, ist sein Rücktrittsrecht durch § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen.

V. Anspruch auf Schadensersatz

1. Schadensersatz statt der Leistung

Ob der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nach dem „Unmöglichkeitmodell“ des § 283 BGB oder nach dem grundsätzlich mit Fristsetzung verbundenen „Verzögerungsmodell“ des § 281 Abs. 1 BGB verlangen kann, richtet sich nach denselben Grundsätzen wie die Zuerkennung des Rücktrittsrechts.⁴⁸ Genau wie dort ist eine Lösung mit Fristsetzung vorzugswürdig; die im Einzelfall zu machende Ausnahme ergibt sich aus dem sachlich mit § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB übereinstimmenden § 281 Abs. 2 zweite Alt. BGB. Über die Rücktrittsvoraussetzungen hinaus muss der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten haben, d. h. ihm muss der Entlastungsbeweis misslingen.

⁴⁵ Ebenso im Ergebnis Wieser MDR 2002, 862

⁴⁶ BT-Drs. 14/7052, S. 183

⁴⁷ Richtig MüKo-Ernst § 275 Rn. 143

⁴⁸ Dazu oben IV

2. Haftung für Verspätungsschäden

Fällt die Unmöglichkeit nach einiger Zeit weg und wird die Leistung erbracht, so kann durch den späteren Zeitpunkt beim Gläubiger ein Schaden entstanden sein. Dasselbe gilt dann, wenn der Gläubiger weiter auf das Möglichwerden der Leistung hofft, jedoch die inzwischen entstandenen Schäden liquidieren möchte. Der Rückgriff auf das Verzugsrecht nach den §§ 280 Abs. 2, 286 BGB⁴⁹ stößt auf das Hindernis, dass es wegen § 275 Abs. 1 an einer fälligen Forderung und damit an einer elementaren Verzugsvoraussetzung fehlt.⁵⁰ Auch hier könnte man wie im Rahmen des Rücktritts⁵¹ darauf verweisen, wertungsmäßig sei die Situation keine andere, ob der leistungsfähige Schuldner die Erbringung der Leistung in vorwerfbarer Weise verzögert oder ob er sich auf eine vorübergehende Unmöglichkeit beruft, die er sich selbst zuzuschreiben hat. Warum sollte der Gläubiger im zweiten Fall schlechter stehen als im ersten?⁵² Allerdings muss man diesen Weg nicht gehen, sondern kann direkt auf die Generalklausel des § 280 Abs. 1 BGB zurückgreifen.⁵³ Dem steht die „Exklusivitätsvorschrift“ des § 280 Abs. 2 BGB nur scheinbar entgegen; wie Canaris im Einzelnen dargelegt hat⁵⁴, meint § 280 Abs. 2 BGB ausschließlich jene Fälle, in denen die Pflichtverletzung des Schuldners sich in dem Unterbleiben der Leistung trotz Fälligkeit erschöpft; alle anderen Pflichtverletzungen, auch solche, die eine vorübergehende Unmöglichkeit herbeiführen, werden von § 280 Abs. 1 BGB erfasst. Schließlich kann man auch (ein wenig begrifflich) damit argumentieren, eine „Verzögerung“ im Sinne von § 280 Abs. 2 BGB liege nur vor,

⁴⁹ Dafür Palandt/Heinrichs § 275 Rn. 10

⁵⁰ Ablehnend deshalb auch U. Huber § 11 II 1; Faust, in: Huber/Faust Kap. 8 Rn. 13

⁵¹ Oben IV

⁵² Vgl. Canaris JZ 2001, 516

⁵³ Dafür Canaris JZ 2001, 516; MüKo-Ernst § 275 Rn. 146

⁵⁴ ZIP 2003, 321, 323 ff.

wenn der Schuldner später leiste als er müsse - daran fehle es, wenn eine Leistungspflicht an § 275 Abs. 1 scheitere.⁵⁵

VI. Loslösungsmöglichkeiten des Schuldners

In bestimmten Fällen kann die vorübergehende Unmöglichkeit zu einer erheblichen Belastung des Schuldners führen: Ist er an sich leistungsbereit, scheitert die Durchführung des Vertrages aber an einem Embargo oder einer fehlenden staatlichen Genehmigung, so kann er in die Situation geraten, seine Produkte bis zum Ablauf der Verjährungsfrist bereithalten zu müssen;⁵⁶ nur bei Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt ein Rücktrittsrecht nach § 313 BGB in Betracht.⁵⁷ Die Praxis „hilft“ in solchen Fällen mit einer „Umqualifizierung“ der vorübergehenden in eine dauernde Unmöglichkeit.⁵⁸ Auch hier wird man differenzieren müssen.

Zum einen sind Konstellationen denkbar, in denen die Leistungen beider Vertragsparteien vorübergehend unmöglich werden. Nicht nur die Lieferung in ein vom Embargo betroffenes Land, sondern auch die Bezahlung scheitert an übergeordnetem Recht. Hier kann der Schuldner in seiner Rolle als Entgeltgläubiger nach den oben skizzierten Grundsätzen vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen.

Zahlreicher sind sicherlich die Fälle, in denen die vorübergehende Unmöglichkeit nur die „Sachleistung“ betrifft.⁵⁹ Die bloße Leistungerschwerung gibt dem Schuldner kein Loslösungsrecht, wie nicht zuletzt § 275 Abs. 2 BGB zeigt. In

⁵⁵ So Faust, in: Huber/Faust Kap. 8 Rn. 16

⁵⁶ So etwa Faust, in: Huber/Faust Kap. 8 Rn. 2

⁵⁷ Arnold JZ 2002, 871

⁵⁸ Darauf verweist etwa die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/6040, S. 129; kritisch dazu Arnold JZ 2002, 867, 870

⁵⁹ Interesse verdient die Einschätzung von U. Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 61 Fn. 92, wonach sich meist die Schuldner vom Vertrag lösen wollen

Betracht kommt daher in der Tat nur eine Vertragsanpassung bzw. ein Rücktritt nach § 313 BGB, was allerdings voraussetzt, dass die Vertragsparteien die Erfüllungsprobleme nicht vorausgesehen haben. Damit wäre auch der vom BGH entschiedene Fall zu bewältigen, in dem eine Tierkörperverwertungsanlage in den Iran geliefert werden sollte, deren Montage nach der Chomeini-Revolution nicht mehr möglich war.⁶⁰ Die Umqualifizierung in eine dauernde Unmöglichkeit, weil die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt und weiteres Warten nicht zumutbar war,⁶¹ befreit zwar den Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht, gibt ihm aber wegen evtl. verbleibender „Restpflichten“ weniger Sicherheit als der nach § 313 BGB mögliche Rücktritt.⁶² Die Voraussetzungen für die eine oder andere Form der staatlichen Intervention in den Marktmechanismus werden sich überdies in der Praxis kaum unterscheiden.

VII. Nachträgliche Veränderungen

1. Verringerte Realisierungschancen

Denkbar ist, dass bei Eintritt des Leistungshindernisses vernünftigerweise damit gerechnet werden konnte, dieses sei in einigen Wochen behoben. Erweist sich das als Irrtum und wird die Leistung definitiv unausführbar, so greifen von diesem Augenblick an die Regeln über die dauernde Unmöglichkeit ein. Der Gläubiger kann nach § 326 Abs. 5 zurücktreten und nach §§ 283, 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen.⁶³ Erweist sich die Erwartung der baldigen Leistung

⁶⁰ BGHZ 83, 197 ff.

⁶¹ So BGHZ 83, 197, 200

⁶² Bei einer durch die Revolution unterbrochenen Bierlieferung in den Iran hatte der BGH (NJW 1984, 1746) denn auch keine Bedenken, auf die damals noch nicht kodifizierten Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückzugreifen. Zu dieser Entscheidung s. auch Däubler, BGB kompakt, 2. Aufl. 2003, Kap. 16 Rn. 80 ff.

⁶³ Ebenso MüKo-Ernst § 275 Rn. 139

nur insoweit als Irrtum, als unklar wird, bis wann mit einer Behebung des Hindernisses zu rechnen ist, so wird aus dem „Verspätungs-“ ein „Unsicherheitsfall“.⁶⁴ Er ist von diesem Augenblick an wie jeder andere Fall der Ungewissheit zu behandeln; im Regelfall wird eine Fristsetzung wegen § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB bzw. § 281 Abs. 2 zweite Alternative BGB nicht erforderlich sein.

Gehen die Vertragsparteien nicht erst bei Eintritt eines Leistungshindernisses, sondern schon bei Vertragsabschluss davon aus, dass die Leistung alsbald durchführbar sein wird, erweist sich dies aber als Irrtum, so liegt ein Fall der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB vor.⁶⁵

2. Das nachträgliche Möglich-Werden

Keine besonderen Probleme ergeben sich, wenn der Schuldner das Leistungshindernis in angemessener Zeit beseitigt oder wenn nach Ablauf des „Verspätungszeitraums“ die Leistung wieder erbringbar wird. Bestand Ungewissheit, ob und wann die Leistung möglich werden würde, hatte aber der Gläubiger weder den Rücktritt erklärt noch Schadensersatz statt der Leistung verlangt, so ist der Schuldner zur Erfüllung verpflichtet, wenn er dazu wieder in der Lage ist. Taucht nach zwei Jahren das dem Verkäufer gestohlene Gemälde wieder auf, so ist es an den Käufer zu übereignen. War dieser dagegen zurückgetreten oder hatte Schadensersatz statt der Leistung verlangt, besitzt er keinen Erfüllungsanspruch mehr; der Verkäufer kann die Sache behalten.⁶⁶

⁶⁴ Zu diesen Kategorien s. oben II 2

⁶⁵ BGHZ 47, 48, 52

⁶⁶ S. auch Canaris JZ 2001, 516, wonach in solchen Fällen ein Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB ausscheidet.

Die Rechtsprechung hatte sich schließlich verschiedentlich damit zu befassen, dass eine dauerhafte Unmöglichkeit angenommen wurde, weil keine „realistische Chance“ für eine Beseitigung des Leistungshindernisses mehr bestand, dass dann aber gleichwohl die Leistung wieder möglich wurde. Aus der jüngsten Vergangenheit sind insbesondere die Fälle von Interesse, in denen von der DDR verfügte Enteignungen (verständlicherweise) als definitives Leistungshindernis qualifiziert wurden, die fraglichen Gegenstände dann aber Anfang der 90er Jahre zurückgewährt wurden. Die Rechtsprechung hat auf der einen Seite ein „Wiederaufleben“ der durch Unmöglichkeit untergegangenen Leistungspflichten verneint,⁶⁷ auf der anderen Seite jedoch einen ähnlichen Effekt dadurch erreicht, dass § 281 BGB a. F. (= § 285 BGB n. F.) entsprechend angewandt wurde: Das zurückgegebene Grundstück wurde – da ja auf der Grundlage der Umstände erworben, die die Unmöglichkeit herbeigeführt hatten – wie ein sog. stellvertretendes Commodum behandelt; der Vermächtnisnehmer konnte also das wieder an den Erben (zurück-)gelangte Grundstück herausverlangen.⁶⁸

Dem wird man bei einseitigen Verpflichtungen wie bei Vermächtnis und Schenkungen zustimmen können. Einer Generalisierung, insbesondere einer Erstreckung auf gegenseitige Verträge stehen allerdings Bedenken entgegen. Der häufig viele Jahre, ja Jahrzehnte zurückliegende Vertrag wird sich nur schwer in die veränderten Umstände einfügen lassen: Nicht nur müsste der Preis angepasst werden – meist wäre der Käufer an dem Gegenstand gar nicht mehr interessiert, müsste ihn aber nach § 433 Abs.2 BGB gleichwohl abnehmen und bezahlen. Von daher erscheint es sinnvoller, in Anknüpfung an den Rechtsgedanken des § 313 BGB eine Pflicht zum Neuabschluss

⁶⁷ KG VIZ 2000, 678; ebenso für entsprechende Vorgänge in der Zeit vor 1945 BGH LM § 275 BGB Nr. 3

⁶⁸ KG VIZ 2000, 678

eines Vertrages zu angemessenen Bedingungen vorzusehen, wenn dies nach Treu und Glauben, d. h. unter Berücksichtigung der Interessen beider Seiten geboten ist.⁶⁹ Dies werden Ausnahmefälle bleiben, weil im Regelfall die Parteien Dispositionen getroffen, eine derart wundersame Fügung jedoch in keiner Weise einbezogen haben.

VIII. Zusammenfassung

Die Ausklammerung der vorübergehenden Unmöglichkeit aus der Schuldrechtsmodernisierung hat zahlreiche Fragen offen gelassen. Ihre Lösung kann nicht allein unter Rückgriff auf die Regeln über die Unmöglichkeit oder die Leistungsverzögerung gefunden werden. Auch empfiehlt es sich, insbesondere zwischen Verspätungs- und Unsicherheitsfällen zu differenzieren.

§ 275 Abs. 1 BGB schließt die Erfüllungspflicht auch bei vorübergehender Unmöglichkeit aus. Solange diese dauert, entfällt die Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Bereits erbrachte Gegenleistungen sind nach § 326 Abs. 4 BGB zurückzuerstatten, es sei denn, es liege eine relativ kurzfristige Verzögerung vor.

Der Gläubiger kann entsprechend § 323 Abs. 1 BGB nach erfolgloser Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten. Die Fristsetzung ist nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn der künftige Erfüllungszeitpunkt unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien dem Gläubiger nicht zumutbar ist oder wenn von ihm kein weiteres Zuwarten verlangt werden kann.

⁶⁹ So OLG Brandenburg VIZ 1998, 464, 465; Palandt/Heinrichs § 275 Rn. 12; Staudinger/Löwisch § 275 Rn. 38

Ist die vorübergehende Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung unter denselben Voraussetzungen verlangen, die ihn auch zum Rücktritt berechtigen. Der Ersatz des Verzögerungsschadens scheitert nicht an § 280 Abs. 2 BGB.

Sind die Leistungen beider Vertragsparteien vorübergehend unmöglich, kann auch der Schuldner in seiner Eigenschaft als Gläubiger der Gegenleistung unter denselben Voraussetzungen zurücktreten oder Schadensersatz verlangen. In anderen Fällen kommt nur ein Rücktritt nach § 313 BGB in Betracht.

Eine später eintretende dauerhafte Unmöglichkeit löst die Rechte aus §§ 280 Abs. 1, 283 und 325 Abs. 6 BGB aus. Wird eine als dauerhaft unmöglich qualifizierte Leistung wieder erbringbar, führt dies nicht zur Wiederbelebung untergegangener vertraglicher Pflichten. Vielmehr kann sich lediglich aus Treu und Glauben die Pflicht zum Neuabschluss eines Vertrages zu angemessenen Bedingungen ergeben. Bei einseitigen Leistungsverpflichtungen, deren Erfüllung wieder möglich wird, erscheint ein Rückgriff auf § 285 BGB durchaus angemessen.

(Noch einarbeiten: Lorenz/Riehm, Pickerer JZ 2003, 1036: Gestohlenes Cabrio taucht in Murmansk wieder auf; Veröffentlichungen von Heldrich)