

## Merksätze zu Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) und Wegfall der Gegenleistung (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB)

1. Prüfen Sie **§ 362 Abs. 1 BGB** nur, wenn wirklich die Leistung angekommen ist (d.h. ein Erfolg eingetreten ist) – der bloße Versuch, die Leistung zu erbringen kann maximal einen Annahmeverzug auslösen, der aber nicht als solcher zum Erlöschen der Leistung führt (sondern allenfalls den Eintritt der Unmöglichkeit durch den Übergang der Leistungsgefahr nach § 300 Abs. 2 BGB erleichtert).
2. Prüfen Sie **§ 275 Abs. 1 BGB** nur, wenn eine Leistung (potentiell) unmöglich geworden ist. Das betrifft nicht die Zahlungspflicht (siehe Nr. 3), sondern nur Leistungen auf Übergabe und Übereignung, Herbeiführung eines Erfolges, Erbringung einer Dienstleistung, Gebrauchsüberlassung, etc. Für die Gegenleistung prüfen Sie direkt § 326 Abs. 1 S. 1, 1. HS BGB.
3. **Geldzahlungspflichten** werden grundsätzlich nicht unmöglich: Man kann Geld erben, geschenkt bekommen, erarbeiten oder als Darlehen aufnehmen. Wenn man dauerhaft kein Geld mehr hat, kann man ein Insolvenzverfahren beantragen und wird ggf. nach §§ 286, 301 InsO nach Ablauf einer Wohlverhaltensphase von sechs Jahren auf Antrag von seinen Schulden befreit (sog. „Restschuldbefreiung“ – müssen Sie nicht wissen).
4. **Gattungsschulden** (§ 243 BGB) werden unmöglich wenn die gesamte Gattung bzw. bei entsprechender ausdrücklicher oder konkludenter Vereinbarung der eigene Vorrat bzw. die eigene Produktion komplett zerstört wurde.
5. Nach **Konkretisierung** (§ 243 Abs. 2 BGB), d.h. wenn der Schuldner alles erforderliche getan hat, muss er keine weitere erfüllungstaugliche Sache mehr beschaffen – vielmehr beschränkt sich seine Pflicht auf den konkret ausgewählten Gegenstand. Geht dieser „konkretisierte“ Gegenstand unter, muss der Schuldner also keinen Ersatz mehr beschaffen; seine Leistungspflicht ist nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen.
6. Auch ohne Konkretisierung fällt das Risiko, dass ein bestimmter, vom Schuldner bereits aus der Gattung abgesonderter, Gegenstand zerstört wird, dem Gläubiger zu, wenn er im **Annahmeverzug** ist (§ 300 Abs. 1 BGB) – dies meint trotz anderer Formulierung praktisch dasselbe wie die Konkretisierung. Es muss aber nicht „das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche“ getan sein, sondern nur eine für Dritte erkennbare Aussonderung der Sache aus der Gattung und eine der in §§ 294 – 296, 298 BGB genannten Situationen auftreten. Dies betrifft praktisch nur die Fälle des wörtlichen Angebots bei Annahmeverweigerung oder besonderer (über das Abholen hinausgehender) Mitwirkungspflicht nach § 295 S. 1 BGB bzw. die Vereinbarung eines Leistungstermins (§ 296 BGB): Bei der Bringschuld ist ohnehin ein tatsächliches Angebot im Sinne von § 294 BGB erforderlich, da das „seinerseits erforderliche“ das Vorbringen ist; bei der Holschuld muss der Schuldner nur Aussondern und Informieren, was dem wörtlichen Angebot im Sinne von § 295 S. 1 BGB entspricht.
7. Prüfen Sie immer dann, wenn Sie einen Ausschluss der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB bejaht haben auch, ob nicht ausnahmsweise die Gegenleistungspflicht aufgrund von **§ 326 Abs. 2 S. 1 BGB** doch noch fortbesteht. Dabei enthält dieser Satz zwei verschiedene Ausnahmen: Die erste Variante betrifft die alleinige oder weit überwiegende Verantwortung des Gläubigers – also eine Frage der Risikoübernahme oder des Verschuldens. Die zweite Variante setzt hingegen (1) Annahmeverzug des Gläubigers voraus und zusätzlich (2) kein Vertretenmüssen des Schuldners, dem hier aber aufgrund der besonderen Bestimmung des § 300 Abs. 1 BGB nicht nur normale Fahrlässigkeit, sondern grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorgeworfen werden muss.

**Fall 1 – Die Hellseher-Hotline**

*Ausschluss der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB; Unmöglichkeit bei Dienstverträgen; Magie und Aberglaube als Unmöglichkeitsgrund; Begriff der Verantwortlichkeit des Gläubigers*

Der unsichere U ruft regelmäßig bei der von der Astrologin A betriebenen „Astro-Hotline“ an, um dort durch Kartenlegen magische Hinweise auf seine berufliche und private Zukunft zu erhalten, nach denen er sein Leben ausrichten kann. A behauptet, dass sie davon gehört habe, dass Dinge, die sie vorhersagt, auch eintreffen. Darüber hinaus versprach sie U den Einsatz ihrer "Energie", um ihn bei seiner Partnersuche zu unterstützen; auch ein "Code" beziehungsweise ein "Ritual" mit Kerzen sollten die Situation des U beeinflussen. Die Leistung der A besteht zu 85% aus dem Legen von Karten, die restlichen 15% bestehen aus der Empfehlung von Ritualen und allgemeinen Tipps.

Insgesamt entstehen so entsprechend der am Anfang jedes Gesprächs, auf der Internetseite der A und in allen Anzeigen bekanntgemachten Preisliste über mehrere Monate Kosten von rund 35.000 €.

**Kann A von U Zahlung dieser 35.000 € aus § 611 Abs. 1 BGB verlangen?**

**Ein Anspruch der A gegen U auf Zahlung von 35.000 € könnte sich aus § 611 Abs. 1 BGB ergeben.**

- I. Der Anspruch ist durch den Abschluss eines mangels hinreichender Hinweise auf eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB)<sup>1</sup> wirksamen Dienstvertrages zwischen A und U zunächst einmal **entstanden**.
- II. Er könnte jedoch nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB **erloschen** sein. Der Anspruch auf Lohn ist nach § 611 BGB die Gegenleistung für die Erbringung der geschuldeten Dienste.
  1. Dazu müsste die **Leistungspflicht der A nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen** sein. Dies wäre der Fall, wenn die Erfüllung ihrer Leistungspflicht für jedermann oder zumindest für sie unmöglich gewesen wäre. Die Pflichterfüllung ist insbesondere unmöglich, wenn sie nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann. Im konkreten Fall sollte die A Dienste erbringen (§ 611 Abs. 1 BGB). Die Auslegung der Vereinbarung zwischen U und A aus Sicht eines objektiven Dritten (§ 157 BGB) ergibt, dass A nicht nur rein mechanisch Karten legen und diese anhand einschlägiger Literatur auslegen sollte – für diese Tätigkeit hätte niemand 35.000 € gezahlt. Vielmehr sollte gerade sie persönlich mit den von ihr behaupteten besonderen, magischen Kräften eine Entscheidung für A vorbereiten oder sogar an seiner Stelle treffen. Das Vorhandensein magischer Fähigkeiten ist jedoch in keiner Weise beweisbar und kann nicht zur Leistungserbringung genutzt werden. Damit ist die Diensterbringung unter Einsatz magischer Fähigkeiten unmöglich und damit die Leistungspflicht der A nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.
  2. Allerdings würde die Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB ausnahmsweise nicht erlöschen, wenn U als Gläubiger der unmöglichen Wahrsageleistung allein oder weit überwiegend für den Ausschluss dieser Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit **„verantwortlich“ war**.

Die Verantwortlichkeit des Gläubigers ist im BGB anders als das Vertretenmüssen des Schuldners (§§ 276, 278 BGB) nicht definiert. Jedoch genügt insoweit – ähnlich wie bei § 276 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB – nicht nur ein Verschulden, sondern auch die vereinbarte Übernahme eines bestimmten Risikos. Dazu genügt es, dass der Gläubiger mit der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung die Gefahr auf sich nimmt, dass ein bestimmtes Leistungshindernis sich verwirklicht.

<sup>1</sup> Etwa Ausnutzung besonderer Ahnungslosigkeit, gezielte Manipulation, Ausnutzung erkannter Hilflosigkeit, etc.

Erforderlich ist hierzu keine ausdrückliche Erklärung, vielmehr genügt es, wenn sich die entsprechende Verteilung aus Sicht eines objektiven Dritten (§ 157 BGB) aus den Gesamtumständen des Vertrages ergibt. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist es zulässig, wirksame Verträge über Leistungen zu schließen, die nach dem allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft nicht zu erfüllen sind (arg. § 311a Abs. 1 BGB). Wer bewusst (und nicht bedingt durch Täuschung, etc.) jemand anderen mit einer derartigen Tätigkeit gegen Entgelt betraut, setzt sich in Widerspruch zum eigenen Verhalten (§ 242 BGB, „*venire contra factum proprium*“), wenn er sich im Nachhinein darauf beruft, dass die entsprechende Pflicht ja gar nicht zu erfüllen war. Vielmehr geht derjenige, der sich gezielt und wissentlich außerhalb der anerkannten naturwissenschaftlichen Regeln bewegt, die Gefahr ein, dass die entsprechende Tätigkeit praktisch wertlos ist. Damit hat im konkreten Fall U das Risiko, dass sich die von ihm erhoffte Nutzung magischer Kräfte als faktisch unmöglich herausstellt, bewusst übernommen und war damit auch für diesen Ausschluss der Leistungspflicht „verantwortlich“.

Damit ist die Leistungspflicht aufgrund der Ausnahme des § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Var. BGB doch nicht ausgeschlossen.

III. Zweifel an der Durchsetzbarkeit des Anspruchs bestehen nicht.

**Damit kann A von U Zahlung von 35.000 € aus § 611 Abs. 1 BGB verlangen.**

**Fall 2 – Die zerstörte Waschmaschine**

*Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) bei Gattungsschulden; Konkretisierung (§ 243 Abs. 2 BGB) und Übergang der Leistungsgefahr im Annahmeverzug (§ 300 Abs. 2 BGB); Annahmeverzug durch wörtliches Angebot (§ 295 S. 1 BGB)*

K bestellt bei Küchenstudio V eine Waschmaschine für 5.000 €, die bei ihm in der Wohnung installiert werden soll. Einige Wochen später wird die Waschmaschine an V ausgeliefert. Dieser ruft bei K an und teilt diesem mit, dass er die Waschmaschine erhalten habe und bei K aufbauen will. K erklärt überraschend, dass er eine neue Freundin habe, welche darauf bestehe, seine Wäsche zu waschen. Eine Waschmaschine brauche er nicht mehr; V könne das Produkt anderweitig verkaufen. Der irritierte V fordert K noch einmal auf, ihm einen Termin für die Lieferung zu nennen, was V wieder verweigert. Einige Tage später zerstört ein (unauffindbarer) Brandstifter die Geschäftsräume des V. Dabei wird auch die Waschmaschine restlos vernichtet. Nun meldet sich K, der sich von seiner Freundin getrennt hat und möchte gerne Lieferung der Waschmaschine.

**Hat K gegen V einen Anspruch auf Lieferung der Waschmaschine aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB?**

**Ein Anspruch des K gegen V auf Übergabe und Übereignung der Waschmaschine könnte sich aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben.**

- I. Der Anspruch ist durch Abschluss eines wirksamen Kaufvertrags zwischen K und V über den Kauf einer Waschmaschine zum Preis von 5.000 € **entstanden**.
- II. Allerdings könnte der Anspruch nach § 275 Abs. 1 BGB **erloschen** sein, soweit die Pflicht zur Übergabe und Übereignung einer Waschmaschine (§ 433 Abs. 1 BGB) zumindest für V unmöglich geworden wäre.
  1. Geschuldet war nur irgendeine verfügbare, nach der Modellnummer als Gattungsmerkmal im Sinne von § 243 BGB **umschriebene Waschmaschine** und kein bestimmtes Einzelgerät. Grundsätzlich gibt es in Ermangelung anderer Angaben im Sachverhalt noch Waschmaschinen, die V bei seinen Lieferanten zur Erfüllung seiner Pflichten gegenüber K bestellen könnte. Die entsprechende Gattung ist damit nicht insgesamt zerstört bzw. nicht mehr beschaffbar.
  2. Möglicherweise schuldete V jedoch nicht nur (irgend)eine Waschmaschine, sondern gerade die von ihm im Transporter zu K mitgenommene, **konkrete Waschmaschine**. Diese Waschmaschine wurde zerstört und ist damit nicht mehr erfüllungstauglich. Wenn sich die Leistungspflicht des V auf die konkrete Maschine beschränken würde, wäre die Erbringung seiner Leistungspflicht durch ihre Zerstörung für jedermann unmöglich.
    - a. Die Leistungspflicht beschränkt sich auf ein konkret ausgewähltes Stück, wenn der Schuldner alles nach dem Vertrag für ihn Erforderliche getan hat, um die entsprechende Sache zu leisten (**§ 243 Abs. 2 BGB**, sog. Konkretisierung). Nach dem Vertrag war V verpflichtet, die Waschmaschine in der Wohnung des K zu installieren. Er hat sie zwar mit dem Transporter bis zur entsprechenden Gebäudeanschrift transportiert, jedoch noch nicht installiert und noch nicht einmal an K übergeben. Damit hat er noch nicht „*das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan*“ und die Konkretisierung ist noch nicht eingetreten. Daher beschränkt sich die Leistungspflicht nicht aufgrund von § 243 Abs. 2 BGB auf das konkrete Stück.
    - b. Allerdings könnte nach **§ 300 Abs. 2 BGB** die Gefahr des Erlöschens der Leistungspflicht durch Beschädigung oder Zerstörung der konkret ausgewählten Sache wegen Eintritt

des Annahmeverzugs (§ 293 BGB) bereits auf K übergegangen sein. Dazu müsste K im Annahmeverzug gewesen sein.

- aa. Ein **tatsächliches Angebot (§ 294 BGB)** würde voraussetzen, dass V die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, dem K tatsächlich angeboten hätte. Wie aber bereits im Rahmen von § 243 Abs. 2 BGB angesprochen hat V den K nicht angetroffen und gerade nicht die geschuldete Leistung (Installation der Waschmaschine erbracht). Damit liegt kein tatsächliches Angebot vor.
- bb. Möglicherweise lag jedoch ein für den Annahmeverzug hinreichendes **wörtliches Angebot (§ 295 S. 1, 1. Var. BGB)** vor.

(1) Ein wörtliches Angebot genügt nur, soweit K als Gläubiger der Installation der Maschine gegenüber V erklärt hätte, dass er die **Leistung nicht annehmen werde**. An eine derartige Annahmeverweigerung sind wegen der Folgen der §§ 293 ff. BGB hohe Anforderungen zu stellen; erforderlich ist, dass sich aus Sicht eines objektiven Dritten (§ 157 BGB) keinerlei Zweifel daran ergeben, dass K nicht zu Verhandlungen bereit ist. Dies ist im konkreten Fall durch die eindeutige und sachlich nicht begründete Annahmeverweigerung zu bejahen.

(2) Weiterhin müsste trotz der Verweigerung zumindest ein **wörtliches Angebot** erfolgt sein. Dies meint jede Erklärung, durch welche der Schuldner sich bereit erklärt, die geschuldete Leistung im Sinne von § 294 BGB tatsächlich zu erbringen. Hier forderte V den V noch einmal auf, ihm einen Termin für die Lieferung zu nennen. Darin liegt das Angebot, zu diesem Termin die erforderliche Leistung zu erbringen, mithin ein wörtliches Angebot.

Damit lag ein für den Annahmeverzug hinreichendes wörtliches Angebot im Sinne von § 295 S. 1, 1. Var. BGB.

Somit befand sich V im Annahmeverzug (§ 293 BGB).

Dies bedeutet, dass die Leistungsgefahr nach § 300 Abs. 1 BGB auf K übergegangen ist.

Damit hatte K das Risiko übernommen, dass die von V für ihn konkret ausgewählte, bestimmte Waschmaschine zerstört wird oder beschädigt wird. V trifft keine Pflicht, eine andere Waschmaschine zu beschaffen, um seinen Vertrag mit K zu erfüllen.

Aus diesem Grunde ist die Pflicht zur Installation (irgend)einer Waschmaschine aufgrund von § 300 Abs. 2 BGB durch die Zerstörung der konkret ausgewählten Waschmaschine nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen.

**Damit hat K gegen V keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung einer Waschmaschine aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB mehr.**

**Fall 3 – Die zerstörte Kommode**

*Ausschluss der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB; Erhalt der Gegenleistungspflicht im Annahmeverzug nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB; Annahmeverzug bei vereinbartem Termin (§ 296 BGB); Maßstab für Vertretenmüssen während des Annahmeverzugs*

K aus Passau hat bei V aus Regensburg eine einmalige, antike Kommode für 500 € erworben. Es ist vereinbart, dass V dem K die Kommode am Mittwoch, den 6. November 2019 persönlich zu dessen Wohnung transportiert und dort um 9:00 Uhr abliefern soll. Am vereinbarten Termin hat sich K jedoch verquatscht und ist noch bei seiner Freundin. Wutentbrannt fährt V, der extra für den Transport einen Transporter gemietet hat, wieder zurück.

Auf dem Rückweg wird V vom Betrunknenen B, der mit überhöhter Geschwindigkeit eine rote Ampel überfahren hat, angefahren. V trifft am Unfall keine Schuld. Dabei wird die Kommode restlos zerstört.

**Hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 500 € aus § 433 Abs. 2 BGB?**

**V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 500 € aus § 433 Abs. 2 BGB haben.**

- I. Der Anspruch ist durch Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages über die antike Kommode für 500 € zunächst einmal **entstanden**.
- II. Allerdings könnte der Anspruch nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB **erloschen** sein. Der Kaufpreis (§ 433 Abs. 2 BGB) stellt die Gegenleistung für die Übergabe und Übereignung der Kaufsache (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) dar.
  1. Diese Gegenleistungspflicht des K ist nach **§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB** grundsätzlich ausgeschlossen, soweit die Leistungspflicht des V nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Hier wurde die konkrete, einmalige und nicht durch andere Gegenstände ersetzbare Kommode restlos zerstört. Die Übergabe und Übereignung einer brauchbaren Kommode ist V daher unmöglich und damit nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wodurch auch die Gegenleistungspflicht des K grundsätzlich nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen ist.
  2. Die Gegenleistungspflicht des K könnte jedoch nach **§ 326 Abs. 2 S. 1, 2. Var. BGB** fortbestehen.
    - a. Dazu müsste sich K im **Annahmeverzug (§ 293 BGB)** befunden haben.
      - aa. Ein **tatsächliches Angebot (§ 294 BGB)** scheidet mangels konkreten Kontakts zwischen V und K im Zeitpunkt der erwarteten Lieferung aus.
      - bb. Auch ein **wörtliches Angebot (§ 295 S. 1 BGB)** scheidet hier an einer ausdrücklichen Aufforderung zur Entgegennahme der Leistung bzw. zur Mitwirkung; V hat K im Zeitpunkt der Lieferung gar nicht kontaktiert.
      - cc. Allerdings war hier ein **präziser Termin (§ 296 BGB)** vereinbart, an dem K die Lieferung des V annehmen sollte, d.h. die notwendige Mitwirkungshandlung zu erbringen hatte. In diesem Fall ist nach § 296 S. 1 BGB ein besonderes Angebot der Leistung durch V (§ 294 BGB) bzw. eine erneute ausdrückliche Aufforderung an K, für die Annahme der Kommode zu erscheinen (§ 295 BGB), entbehrlich.
 

Damit trat hier aufgrund des vereinbarten Termins nach § 296 BGB Annahmeverzug ohne besondere Erklärung oder Tätigkeit an.

Damit befand sich K im Annahmeverzug.

- b. Darüber hinaus darf der Schuldner, also V, den Umstand, der zum Ausschluss der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB geführt hat, **nicht zu vertreten haben**. Nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner zwar grundsätzlich Vorsatz und jede Form von Fahrlässigkeit zu vertreten. Im Annahmeverzug wird jedoch etwas anderes durch die Sonderregelung des § 300 Abs. 1 BGB gestimmt, nach dem der Schuldner ab Beginn des Annahmeverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Die Unmöglichkeit ist hier durch die Zerstörung der Kommode aufgrund des Unfalls eingetreten. An diesem Unfall traf V keinerlei Verschulden, d.h. insbesondere weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit. Damit hatte V den Umstand, der zum Ausschluss der Leistungspflicht führte, nicht zu vertreten.

Daher bestand die Gegenleistungspflicht des K trotz Erlöschens der Leistungspflicht des V nach § 326 Abs. 2 S. 1, 2. Var. BGB fort.

Damit ist der Anspruch des V gegen K nicht erloschen.

- III. Der Anspruch ist mangels abweichender Angaben auch **durchsetzbar**.

**Daher hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 500 € aus § 433 Abs. 2 BGB.**