

§ 275 BGB Ausschluss der Leistungspflicht

(Fassung vom 02.01.2002, gültig ab 01.01.2002)

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) ¹Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. ²Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 10.06.2020

Gliederung

A. Grundlagen	Rn. 1
I. Kurzcharakteristik	Rn. 1
II. Gesetzgebungsmaterialien	Rn. 2
III. Anwendungsbereich	Rn. 3
IV. Verhältnis zu anderen Bestimmungen	Rn. 5
1. Wegfall der Geschäftsgrundlage	Rn. 5
2. Spezielle Regelungen zur Unverhältnismäßigkeit des Aufwands	Rn. 6
V. Arten der Leistungshindernisse	Rn. 7
B. Anwendungsvoraussetzungen	Rn. 11
I. Anspruch auf Leistung	Rn. 11
1. Allgemeines	Rn. 11
2. Besonderheiten beim Stückkauf	Rn. 12
3. Pflicht zur persönlichen Erbringung der Leistung	Rn. 14
II. Unmöglichkeit gemäß Absatz 1	Rn. 18
1. Allgemeines	Rn. 18
a. Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen	Rn. 19
b. Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen	Rn. 26
c. Darlegungs- und Beweislast	Rn. 32
2. Besondere Formen der Unmöglichkeit	Rn. 34
a. Unmöglichkeit durch Zeitablauf	Rn. 34
b. Qualitative Unmöglichkeit	Rn. 37
c. Vorübergehende Unmöglichkeit	Rn. 41
III. Unmöglichkeit gemäß Absatz 2	Rn. 47
1. Allgemeines	Rn. 47

2. Voraussetzungen	Rn. 49
a. Allgemeines	Rn. 49
b. Aufwand	Rn. 50
c. Leistungsinteresse	Rn. 51
d. Missverhältnis	Rn. 52
3. Beweislast	Rn. 57
IV. Absatz 3	Rn. 58
C. Rechtsfolgen	Rn. 61
I. Allgemeine Rechtsfolgen	Rn. 61
1. Erlöschen des Leistungsanspruches	Rn. 61
2. Rechte des Gläubigers	Rn. 62
3. Teilunmöglichkeit	Rn. 63
II. Rechtsfolgen bei Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs	Rn. 64

A. Grundlagen

I. Kurzcharakteristik

- 1 Die Bestimmungen in § 275 Abs. 1-3 BGB regeln Voraussetzungen, unter denen der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wird. Der Anspruch auf die Leistung ist gemäß § 275 Abs. 1 BGB ohne weiteres ausgeschlossen, wenn dem Schuldner die Erbringung der Leistung nicht möglich ist. Darüber hinaus geben die Regelungen in § 275 Abs. 2-3 BGB dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Leistung zwar tatsächlich möglich, dem Schuldner aber unzumutbar ist. Dabei ist im Falle einer persönlich zu erbringenden Leistung § 275 Abs. 3 BGB lex specialis zu § 275 Abs. 2 BGB. In § 275 Abs. 4 BGB wird auf die Normen verwiesen, die im Falle der Befreiung von der Leistungspflicht greifen.

II. Gesetzgebungsmaterialien

- 2 Regierungsentwurf BT-Drs. 14/6040, S. 126-131; Stellungnahme des Bundesrats BT-Drs. 14/6857, S. 11-12; Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 14/6857, S. 47-49; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 14/7052, S. 183.

III. Anwendungsbereich

- 3 Die Vorschrift des § 275 BGB ist auf Ansprüche aus vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen anwendbar. Sie gilt allerdings nur für primäre Leistungspflichten, nicht aber für Verhaltenspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB. Zu den primären Leistungspflichten gehören auch Modifikationen des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs wie der Nacherfüllungsanspruch des Käufers aus den §§ 437 Nr. 1, 439 BGB und der Nacherfüllungsanspruch des Werkbestellers aus den §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB. Unerheblich ist, ob die Leistungspflicht in einem synallagmatischen Verhältnis besteht. Diese Frage hat – was bereits aus der Verweisung in § 275 Abs. 4 BGB folgt – nur Auswirkungen auf die Rechtsfolgen.

- 4 Darüber hinaus ist § 275 BGB grundsätzlich auch auf Leistungspflichten aus dem Sachen-, Familien- und Erbrecht anwendbar.¹ Auf dingliche Ansprüche ist § 275 BGB nur anwendbar, wenn es um die Erfüllung eines dinglichen Anspruchs in Natur geht.²
- 4.1 Die Anwendbarkeit des § 275 BGB auf einen Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB hat der BGH in einer aktuellen Entscheidung noch einmal bestätigt (BGH v. 13.12.2019 - V ZR 152/18 - juris Rn. 40).

Aktualisierung vom 20.02.2020

IV. Verhältnis zu anderen Bestimmungen

1. Wegfall der Geschäftsgrundlage

- 5 Überschneidungen bestehen mit der Regelung des § 313 BGB zum Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dabei ist davon auszugehen, dass im Falle der Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB kein Raum für § 313 BGB besteht.³ Noch weitgehend ungeklärt ist aber das Verhältnis zwischen § 275 Abs. 2-3 BGB und § 313 BGB. In der Literatur herrscht die Auffassung vor, dass die Bestimmungen nebeneinander anzuwenden sind mit der Folge, dass für den Fall, dass sowohl die Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 BGB als auch des § 313 BGB erfüllt sind, der Schuldner auswählen darf, mit welcher Bestimmung er sich gegen den gegen ihn geltend gemachten Anspruch verteidigt.⁴ Allerdings soll bei reinen Äquivalenzstörungen wie zum Beispiel im Falle deutlich erhöhter Herstellungskosten aufgrund gestiegener Rohstoffpreise § 275 Abs. 2 BGB nicht einschlägig sein, sondern eine Korrektur nur über § 313 BGB erfolgen können.⁵ Eine nennenswerte praktische Bedeutung hat diese Frage noch nicht erlangt.

2. Spezielle Regelungen zur Unverhältnismäßigkeit des Aufwands

- 6 Regelungen für den Fall, dass eine Leistung nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand erbracht werden kann, finden sich auch in den §§ 251 Abs. 2, 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 und 651k BGB. Dabei ist in den §§ 439 Abs. 3 und 635 Abs. 3 BGB ausdrücklich geregelt, dass diese Bestimmungen die Regelung des § 275 Abs. 2-3 BGB nicht ausschließen, sondern nur ergänzen. Die praktische Bedeutung des § 275 BGB ist in diesen Fällen allerdings gering, nachdem die Voraussetzungen für eine Leistungsverweigerung in den spezielleren Normen niedriger angesetzt sind. § 275 Abs. 2 BGB greift aber dann ein, wenn das grobe Missverhältnis nicht auf hohen Kosten beruht.⁶

V. Arten der Leistungshindernisse

- 7 Die Bestimmung des § 275 BGB erfasst gleichermaßen **anfängliche** und **nachträgliche** Leistungshindernisse. Eine Abgrenzung ist nur vorzunehmen bei der Prüfung des Schadens- und Aufwendersersatzanspruches des Gläubigers, der sich bei anfänglicher Unmöglichkeit aus § 311a Abs. 2

¹ So etwa für den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB BGH v. 21.05.2010 - V ZR 244/09 - juris Rn. 9 - NJW 2010, 2341; BGH v. 30.05.2008 - V ZR 184/07 - juris Rn. 17 - WM 2008, 2270.

² OLG Brandenburg v. 24.10.2017 - 5 W 107/17 - juris Rn. 12.

³ *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 19.

⁴ *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 23; *Grüneberg* in: Palandt, § 275 BGB Rn. 29; *Caspers* in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 120; anders aber die Begründung des Regierungsentwurfs, wonach § 275 BGB vorrangig sein soll, BT-Drs. 14/6040, S. 176.

⁵ *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 21; *Grüneberg* in: Palandt, § 275 BGB Rn. 29.

⁶ BGH v. 22.06.2005 - VIII ZR 281/04 - juris Rn. 26 - BGHZ 163, 234; *Caspers* in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 121.

BGB und bei nachträglicher Unmöglichkeit aus den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 284 BGB ergibt. In diesem Zusammenhang kommt auch der Frage Bedeutung zu, ob der zur Leistung Verpflichtete die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht.

- 8 Gleichmaßen erfasst wird in § 275 Abs. 1 BGB auch die **subjektive** Unmöglichkeit (Unvermögen) und die **objektive** Unmöglichkeit. Da auch an anderer Stelle im Gesetz nicht zwischen Unvermögen und objektiver Unmöglichkeit differenziert wird, ist die Unterscheidung entbehrlich. Freilich betreffen die Leistungsverweigerungsrechte aus § 275 Abs. 2-3 BGB nur subjektive Leistungshindernisse.
- 9 Die Regelung gilt auch für die sogenannte **qualitative Unmöglichkeit**. Hierzu zählen die Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung sowie die Unmöglichkeit der mangelfreien Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertragsrecht.⁷ Inwieweit eine **vorübergehende Unmöglichkeit** unter die Vorschrift des § 275 BGB subsumiert werden kann, hat der Gesetzgeber bewusst offen gelassen (vgl. näher hierzu Rn. 41).⁸
- 10 Von Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen den Leistungshindernissen, die nur einen Teil der Leistung betreffen und denen, die die Erbringung der Leistung insgesamt verhindern. Bei einem **teilweisen** Leistungshindernis kann der Gläubiger nur bei Interessenwegfall Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen (§ 283 Satz 2 BGB i.V.m. § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. näher hierzu Rn. 63) und vom ganzen Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 5 Satz 1 BGB).

B. Anwendungsvoraussetzungen

I. Anspruch auf Leistung

1. Allgemeines

- 11 Vor der Prüfung der Unmöglichkeit steht die Frage nach der Bestimmung der Leistung, zu der sich der Schuldner verpflichtet hat. Erst dann kann entschieden werden, ob die Erfüllung dieser Leistung unmöglich ist. Die Auslegung vertraglicher Vereinbarungen hat Vorrang vor der Annahme der Unmöglichkeit. Dies gilt auch für die ergänzende Auslegung. Unmöglichkeit ist nicht gegeben, wenn zwar die ursprünglich vorgesehene Erfüllungsart undurchführbar geworden ist, die Leistung aber vom Schuldner in anderer Weise erbracht werden kann und die Änderung beiden Parteien zumutbar ist.⁹

2. Besonderheiten beim Stückkauf

- 12 Beim **Stückkauf** ist zwischen unbehebbar Mängeln der Sache und dem Untergang der Sache zu differenzieren. Im Falle von **unbehebbar Mängeln** ist auch bei einem **Stückkauf** ein **Nachlieferungsanspruch** als Gewährleistungsanspruch nicht generell ausgeschlossen. Zwar wird im Falle der Nachlieferung eine andere als die im Kaufvertrag vereinbarte Sache verschafft. Ein genereller Ausschluss des Nachlieferungsanspruches wäre aber mit dem im Kaufrecht in § 439 BGB geregelten Vorrang des Rechts auf Nacherfüllung nicht vereinbar. Dies bedeutet allerdings nicht, dass auch bei einem Stückkauf in jedem Fall eine Nachlieferung möglich ist. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung bei der vom Schuldner vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht anzusetzen, deren Inhalt und Reichweite durch interessengerechte Auslegung des Kaufvertrages

⁷ Westermann in: Erman, vor §§ 275-292 BGB Rn. 1; Lorenz, JZ 2001, 742, 743.

⁸ BT-Drs. 14/6857, S. 12; BT-Drs. 14/6857, S. 49; BT-Drs. 14/7052, S. 183.

⁹ OLG München v. 26.05.2004 - 7 U 3802/02 - NJW-RR 2005, 616.

zu bestimmen ist.¹⁰ So ist eine Ersatzlieferung möglich, wenn nach der Vorstellung der Parteien die Kaufsache im Fall ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann, die Parteien mithin die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben.¹¹ Dies führt dazu, dass beim wichtigen Fall des Gebrauchtwagenkaufes eine Nachlieferung regelmäßig ausscheidet, da es dem Käufer nicht allein auf bestimmte Eigenschaften, sondern auch auf den Gesamteindruck des Fahrzeugs ankommt.¹²

- 13** Bei einem **Untergang der Sache** oder einer anderweitigen Unmöglichkeit (etwa der Unmöglichkeit, das Eigentum zu verschaffen) kommt ein Anspruch auf Ersatzlieferung nicht in Betracht.¹³ Dies folgt schon daraus, dass ein Anspruch auf Lieferung einer anderen Sache im Falle des Untergangs anders als im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache nicht geregelt ist. Für eine analoge Anwendung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Vielmehr regelt § 275 Abs. 1 BGB für den Fall den Wegfall der Leistungspflicht. Anders ist es aber, wenn der Leistungsgegenstand nach der Vorstellung der Parteien durch eine gleichartige und gleichwertige Leistung ersetzt werden kann. Hier kommt es darauf an, ob eine gleichartige und gleichwertige Leistung möglich ist.¹⁴

3. Pflicht zur persönlichen Erbringung der Leistung

- 14** Kann der Schuldner Leistungen nicht selbst erbringen, tritt Unmöglichkeit ein, wenn die Leistungspflicht höchstpersönlich ist. Darüber hinaus kommt in Fällen der persönlich zu erbringenden Leistungen ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB in Betracht.
- 15** Die Pflicht zur persönlichen Erbringung der Leistung besteht vor allem bei Dienstverträgen. Bei der Prüfung der Unmöglichkeit ist aber stets der Inhalt der Leistungspflicht zu berücksichtigen. So liegt keine Unmöglichkeit vor, wenn sich jemand in einem Grundstücksübertragungsvertrag zur **häuslichen Pflege** einer Person in einem Umfang verpflichtet, wie er sie neben seiner Berufstätigkeit leisten kann, und eine häusliche Pflege in diesem Umfang zur Versorgung des Übertragenden nicht ausreicht.¹⁵ Dagegen wird die in einem Erbvertrag enthaltene Verpflichtung zur häuslichen Pflege unmöglich, wenn der Berechtigte in ein Alten- oder Pflegeheim umgezogen ist, weil nur noch dort eine adäquate medizinische und pflegerische Betreuung gewährleistet ist.¹⁶ Ob der Schuldner in einem solchen Fall verpflichtet ist, sich ersatzweise an den Pflegekosten zu beteiligen, ist durch Auslegung zu ermitteln.¹⁷
- 16** Eine Pflicht zur persönlichen Erbringung der Leistung ist aber auch bei Werkverträgen denkbar. So liegt Unmöglichkeit vor, wenn dem Werkunternehmer die Erbringung der geschuldeten Leistung im eigenen Betrieb nicht möglich ist und er die Arbeiten nicht auf einen Subunternehmer übertragen darf. Für den VOB-Bauvertrag gilt, dass gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B nur mit schriftlicher Zustimmung des Bestellers ein Subunternehmer eingeschaltet werden kann. Die Zustimmung ist

¹⁰ BGH v. 08.01.2019 - VIII ZR 255/17 - juris Rn. 31 - ZIP 2019, 467; vgl. auch BGH v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 - juris Rn. 23 - BGHZ 168, 64.

¹¹ BGH v. 08.01.2019 - VIII ZR 255/17 - juris Rn. 33 - ZIP 2019, 467; BGH v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 - juris Rn. 23 - BGHZ 168, 64.

¹² BGH v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 - juris Rn. 24 - BGHZ 168, 64; BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 330/06 - juris Rn. 21 - NJW 2008, 53.

¹³ *Fest*, ZGS 2005, 18; *Lorenz*, ZGS 2003, 421, 422; *Faust*, ZGS 2004, 252, 256; a.A. allerdings *Bitter*, ZIP 2007, 1881; *Balthasar/Bolten*, ZGS 2004, 411.

¹⁴ OLG Düsseldorf v. 09.11.2018 - 22 U 2/18 - juris Rn. 135 - NJW-RR 2019, 310.

¹⁵ BGH v. 22.03.2002 - V ZR 41/01 - juris Rn. 12 - NJW-RR 2002, 1081.

¹⁶ BGH v. 05.10.2010 - IV ZR 30/10 - juris Rn. 12 - NJW 2011, 224; BGH v. 19.12.2012 - IV ZR 207/12 - juris Rn. 8 - FamRZ 2013, 878.

¹⁷ BGH v. 23.01.2003 - V ZB 48/02 - juris Rn. 7 - NJW-RR 2003, 577.

gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 3 VOB/B nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Unternehmers nicht eingerichtet ist. Soweit die VOB nicht (wirksam) vereinbart wurde, ist die Beauftragung eines Subunternehmers nach herrschender Meinung grundsätzlich auch ohne Zustimmung des Bestellers zulässig.¹⁸

- 17 Der Annahme einer Unmöglichkeit kann entgegenstehen, wenn die Erbringung einer Leistung durch einen Dritten möglich ist und den Vertragsparteien zugemutet werden kann. So wird die Verpflichtung einer Konzertagentur zur Durchführung eines **Konzerts** mit einem bestimmten Dirigenten bei einem krankheitsbedingten Ausfall des Dirigenten nicht unmöglich, wenn die Aufführung mit einem gleichwertigen Ersatzdirigenten möglich und zumutbar ist.¹⁹ Anders ist es, wenn kein Ersatz beschafft werden kann. Daher wird beispielsweise der Mieter von einem vertraglich übernommenen Winterdienst frei, wenn ihm aus gesundheitlichen Gründen die Durchführung nicht mehr möglich ist und weder private Dritte noch gewerbliche Firmen bereit sind, die Verpflichtung zu übernehmen.²⁰ Dagegen liegt Unmöglichkeit in jedem Falle vor, wenn ein Dritter die Leistung gar nicht erbringen kann. So ist etwa die Verpflichtung zur Erteilung einer Auskunft wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen, wenn der Schuldner keine Erinnerung an die Vorgänge mehr hat und es für ihn auch keine sonstigen Erkenntnisquellen gibt.²¹

II. Unmöglichkeit gemäß Absatz 1

1. Allgemeines

- 18 Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung nicht erbringen kann. Dies kann auf tatsächlichen Gründen oder auf rechtlichen Gründen beruhen.

a. Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen

aa. Allgemeines

- 19 Die Annahme einer Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen setzt voraus, dass der Schuldner überhaupt nicht in der Lage ist, die Leistung zu erbringen. Allein der Umstand, dass die Leistungserbringung erschwert ist, reicht nicht aus. So geht ein Anspruch auf Auskunft nur dann unter, wenn alle dem Auskunftspflichtigen zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten versagen, nachdem er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat.²² Unzumutbare Leistungen müssen aber nicht erbracht werden. Daher wird die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers unmöglich, wenn der Arbeitsplatz in Folge einer Umstrukturierung weggefallen ist.²³

bb. Stückschulden

- 20 Eine Unmöglichkeit liegt insbesondere vor, wenn der **Leistungsgegenstand zerstört** oder aus anderen Gründen **tatsächlich nicht verfügbar** ist. Dies ist bei einer Stückschuld der Fall, wenn die Sache untergegangen oder zerstört ist. Anders ist es, wenn der Leistungsgegenstand nach

¹⁸ BGH v. 19.01.1984 - VII ZR 121/83 - juris Rn. 23 - BGHZ 89, 369; *Werner* in: *Werner/Pastor*, Rn. 1320 m.w.N.; a.A. allerdings *Wertenbruch*, ZGS 2003, 53, 59; *Peters/Jacoby* in: *Staudinger*, § 631 BGB Rn. 35.

¹⁹ OLG München v. 26.05.2004 - 7 U 3802/02 - NJW-RR 2005, 616.

²⁰ BGH v. 13.01.2011 - III ZR 87/10 - juris Rn. 10 - BGHZ 188, 71.

²¹ So für den Fall des Auskunftsanspruchs des Scheinvaters gegen die Mutter über den Erzeuger, wenn die Mutter nicht mehr weiß, mit wem sie in der fraglichen Zeit Geschlechtsverkehr hatte: BGH v. 02.07.2014 - XII ZB 201/13 - NJW 2014, 2571.

²² OLG München v. 06.12.2017 - 7 U 1519/17 - juris Rn. 39 - FamRZ 2018, 1116.

²³ BAG v. 21.03.2018 - 10 AZR 560/16 - juris Rn. 21 - DB 2018, 1802.

der Vorstellung der Parteien durch eine gleichartige und gleichwertige Leistung ersetzt werden kann. Hier kommt es darauf an, ob eine gleichartige und gleichwertige Leistung möglich ist (siehe auch Rn. 13).²⁴

cc. Gattungsschulden

- 21** Ist die Lieferung aus einer Gattung geschuldet, wird die Erfüllung unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergeht bzw. auf dem Markt nicht mehr verfügbar ist. Dies ist praktisch nur bei einer beschränkten Gattungsschuld (**Vorratsschuld**) relevant. Regelmäßig wird Unmöglichkeit bei einer Gattungsschuld voraussetzen, dass sich das Schuldverhältnis gemäß § 243 Abs. 2 BGB auf eine bestimmte Sache konkretisiert hat oder die Leistungsgefahr gemäß § 300 Abs. 2 BGB auf den Gläubiger übergegangen ist.
- 22** Bei einem **Neuwagenkauf** ist nach der Rechtsprechung des BGH die Nacherfüllung in Form einer Ersatzlieferung auch dann nicht ohne weiteres unmöglich, wenn der entsprechende Fahrzeugtyp nicht mehr hergestellt wird, sondern inzwischen durch ein **neues Modell** mit anderer Motorisierung ersetzt worden ist.²⁵ Dabei soll es auch nicht darauf ankommen, ob das neue Modell erhebliche Unterschiede aufweist. Dies erscheint zweifelhaft.²⁶ Zwar stellt der BGH zu Recht darauf ab, dass es für die Frage, ob ein Mangel durch eine gleichartige oder gleichwertige Ersatzleistung behoben werden kann, darauf ankommt, ob die Vertragsparteien die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben. Es ist aber nicht recht ersichtlich, dass die Parteien eines Vertrages über den Kauf eines Neuwagens eine solche Austauschbarkeit auch bei einem Modellwechsel angenommen haben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich bei dem Modellwechsel – was praktisch häufig der Fall ist – ein ganz erheblicher technischer Fortschritt realisiert und es sich insoweit um ein ganz anderes Fahrzeug handelt. Daher ist auch die obergerichtliche Rechtsprechung bislang davon ausgegangen, dass in diesem Fall die Nachlieferung unmöglich ist.²⁷
- 23** Zu Recht geht der BGH aber davon aus, dass eine Ersatzlieferung nicht deshalb unmöglich ist, weil der Mangel des Fahrzeugs bei neu hergestellten Fahrzeugen zwischenzeitlich korrigiert wurde.²⁸ Der Anspruch auf Ersatzlieferung richtet sich gerade darauf, dass anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige Sache zu liefern ist.

dd. Geldschulden

- 24** Bei einer Geldschuld ist eine Berufung auf § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.²⁹ Eine Unmöglichkeit liegt auch nicht vor, wenn der Schuldner aufgrund seiner finanziellen Leistungsunfähigkeit nicht in der Lage ist, eine andere Leistung zu erbringen. Die Vermögenslosigkeit eines Werkunternehmers führt daher nicht zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung.³⁰

²⁴ OLG Düsseldorf v. 09.11.2018 - 22 U 2/18 - juris Rn. 135 - NJW-RR 2019, 310.

²⁵ BGH v. 08.01.2019 - VIII ZR 225/17 - ZIP 2019, 467.

²⁶ Vgl. auch OLG Düsseldorf v. 09.11.2018 - 22 U 2/18 - juris Rn. 135 - NJW-RR 2019, 310.

²⁷ So etwa OLG Düsseldorf v. 09.11.2018 - 22 U 2/18 - juris Rn. 135 - NJW-RR 2019, 310; OLG Jena v. 15.08.2018 - 7 U 721/17 - juris Rn. 72; OLG München v. 02.07.2018 - 8 U 1710/17 - juris Rn. 27 - NJW-RR 2019, 248; OLG Köln v. 06.03.2018 - 16 U 110/17 - juris Rn. 9; OLG Bamberg v. 20.09.2017 - 6 U 5/17 - juris Rn. 19 - DAR 2018, 142.

²⁸ BGH v. 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 - juris Rn. 37 ff. - WM 2018, 2384.

²⁹ OLG München v. 17.09.2014 - 7 U 3876/13 - WM 2015, 335; *Grüneberg* in: Palandt, § 275 BGB Rn. 3; *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 13.

³⁰ Brandenburgisches OLG v. 11.03.2009 - 13 U 47/08 - juris Rn. 12 - IBR 2009, 388.

ee. Naturgesetze

25 Eine tatsächliche Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn die versprochene Leistung nach den Naturgesetzen nicht erbracht werden kann.³¹ Daher ist auch eine Leistung, die unter Einsatz übernatürlicher, magischer oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten erbracht werden soll, objektiv unmöglich.³² In diesen Fällen ist es aber denkbar, dass der Anspruch auf Gegenleistung gleichwohl besteht. So nimmt die Rechtsprechung an, dass § 326 Abs. 1 BGB konkludent abbedungen ist, wenn auch die Vertragsparteien davon ausgegangen sind, dass sie mit dem Vertrag den Boden wissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse verlassen. Abzugrenzen sind diese Verträge von dem Angebot bloßer Lebensberatung, die eine erbringbare Leistung darstellt.

b. Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen

26 Eine rechtliche Unmöglichkeit liegt insbesondere vor, wenn sich die geschuldete **Sache im Eigentum und/oder Besitz eines nicht herausgabebereiten Dritten** befindet. Allein die Tatsache, dass der Schuldner nicht Eigentümer und Besitzer der geschuldeten Sache ist und auch keinen Anspruch auf ihre Übertragung hat, reicht allerdings nicht zur Feststellung der Unmöglichkeit aus. Diese liegt erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann.³³ Liefert der Verkäufer eine Sache, die sich im Eigentum eines Dritten befindet, und kann der Käufer dadurch kein Eigentum erlangen, dann hat der Verkäufer seine aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB folgende Pflicht zur Verschaffung des Eigentums nicht erfüllt. In diesem Fall liegt kein Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB vor, vielmehr sind die Vorschriften über die Nichterfüllung anwendbar.³⁴

27 Eine rechtliche Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn sich der Schuldner zur Herbeiführung eines Rechtserfolges verpflichtet, den die Rechtsordnung nicht anerkennt.³⁵ Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung, die die Rechtsordnung verbietet oder die nicht genehmigungsfähig ist³⁶, oder für die Verpflichtung zur Herbeiführung eines Rechtserfolges, der anderweitig eingetreten ist oder der – wie im Falle der Befreiung von einer nicht bestehenden Schuld – gar nicht eintreten kann.³⁷

28 In folgenden Fällen wurde eine rechtliche Unmöglichkeit angenommen:

- Die Zwangsversteigerung über eine verkaufte Sache führt zur Unmöglichkeit der Übereignung.³⁸
- Dem Vermieter ist die Überlassung vermieteter Räumlichkeiten unmöglich, wenn sich diese im Besitz eines Dritten befinden.³⁹

³¹ BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 23 - BGHZ 201, 148.

³² BGH v. 13.01.2011 - III ZR 87/10 - juris Rn. 10 - BGHZ 188, 71.

³³ BGH v. 16.03.2005 - IV ZR 246/03 - juris Rn. 11 - WM 2005, 1232; BGH v. 26.03.1999 - V ZR 368/97 - juris Rn. 11 - BGHZ 141, 179; OLG Oldenburg v. 14.01.1998 - 2 U 259/97 - juris Rn. 10 - MDR 1998, 1406.

³⁴ BGH v. 19.10.2007 - V ZR 211/06 - juris Rn. 27 - BGHZ 174, 61; a.A. allerdings OLG Karlsruhe v. 14.09.2004 - 8 U 97/04 - NJW 2005, 989; *Scheuren-Brandes*, ZGS 2005, 295.

³⁵ BGH v. 16.10.2007 - XI ZR 132/06 - juris Rn. 21 - NJW 2008, 1070.

³⁶ BGH v. 11.12.2012 - KVR 7/12 - juris Rn. 22 - NJW 2013, 1095.

³⁷ BGH v. 30.11.2011 - XII ZR 170/06 - juris Rn. 21 f. - ZMR 2012, 259.

³⁸ BGH v. 23.06.1989 - V ZR 329/87 - juris Rn. 16 - NJW-RR 1990, 651.

³⁹ OLG Düsseldorf v. 18.09.1997 - 10 U 93/96 - ZMR 1999, 19; KG v. 25.09.2008 - 8 U 44/08 - NZM 2008, 889.

- Hat der Betreiber eines Parkplatzes eine Obhutspflicht für die abgestellten Fahrzeuge und die darin befindlichen Gegenstände übernommen, wird ihm bei einem Diebstahl von Gepäckstücken aus dem Fahrzeug die Pflicht zur Rückgabe unmöglich.⁴⁰
- Erbringt der Nachunternehmer Teile der gegenüber dem Hauptunternehmer geschuldeten Leistung aufgrund eines Vertrags direkt für den Auftraggeber, wird ihm insoweit die Leistung gegenüber dem Hauptunternehmer unmöglich.⁴¹
- Führt der Werkbesteller oder der Gläubiger einer gemäß § 651 BGB geschuldeten Leistung den (Haupt-)Leistungserfolg selbst herbei, tritt Unmöglichkeit ein.⁴²

28.1 Eine erhebliche praktische Bedeutung hat die rechtliche Unmöglichkeit in Folge der gesetzlichen Verbote zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. Soweit eine Leistung unter ein solches Verbot fällt, ist die Erbringung für den Schuldner rechtlich unmöglich. !

Aktualisierung vom 08.04.2020

28.2 Im Falle des Verkaufes eines Miteigentumsanteils ist die Nacherfüllung unmöglich, wenn die anderen Miteigentümer der Durchführung der zur Nacherfüllung erforderlichen Maßnahmen nicht zustimmen (BGH v. 14.02.2020 - V ZR 11/18 - juris Rn. 62). !

Aktualisierung vom 10.06.2020

29 Dagegen begründet allein der Umstand, dass sich ein Schuldner gegenüber zwei Gläubigern zu einer Leistung verpflichtet, die er nur einmal erbringen kann, keine Unmöglichkeit. Der Schuldner kann immerhin einen Vertrag erfüllen. Die Frage, welchen Vertrag er nicht erfüllen kann, lässt sich erst beantworten, wenn er einen Vertrag erfüllt hat.⁴³

30 Eine Unmöglichkeit ist aber dann gegeben, wenn die Erfüllung der Leistung durch den Schuldner eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers voraussetzt, die dieser nicht erbringt. Ausgehend hiervon wurde die Beseitigung eines Werkmangels als unmöglich angesehen, wenn diese eine Planung des Bauherrn voraussetzt, zu der dieser aber nicht bereit ist.⁴⁴ Gleiches gilt, wenn der Bauherr dem Unternehmer und seinen Mitarbeitern Hausverbot erteilt hat.

31 Ob die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung begrifflich zur Unmöglichkeit führt, kann offenbleiben. Die Frage, ob die Kosten der Selbstvornahme vom Schuldner zu erstatten sind, richtet sich nach dem jeweiligen Gewährleistungsrecht. Der Käufer, der die Mängelbeseitigung selbst durchführt, ohne dass die Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 BGB vorliegen, hat keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz oder Vorteilsanrechnung.⁴⁵ Der Besteller einer Werkleistung hat einen Aufwendungsersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 637 BGB.

c. Darlegungs- und Beweislast

32 Macht der Gläubiger den Erfüllungsanspruch geltend, ist es Sache des Schuldners, darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen, dass ihm die Erfüllung tatsächlich oder rechtlich nicht (mehr) möglich ist.⁴⁶ Die fehlende Verfügungsmacht indiziert noch nicht die Unmöglichkeit, solange es

⁴⁰ OLG Karlsruhe v. 14.07.2004 - 1 U 46/04 - NZV 2004, 521.

⁴¹ BGH v. 17.07.2007 - X ZR 31/06 - juris Rn. 21 - NJW 2007, 3488; BGH v. 14.01.2010 - VII ZR 106/08 - juris Rn. 11 - NJW 2010, 1282.

⁴² BGH v. 22.09.2004 - VIII ZR 203/03 - juris Rn. 51 - NJW-RR 2005, 357. Der Unternehmer behält gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung, muss sich jedoch Ersparnisse und Vorteile gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB anrechnen lassen.

⁴³ BGH v. 06.07.2017 - I ZB 11/16 - juris Rn. 13 - WM 2017, 2391.

⁴⁴ OLG München v. 20.12.2016 - 9 U 1430/16 Bau - juris Rn. 36.

⁴⁵ BGH v. 23.02.2005 - VIII ZR 100/04 - juris Rn. 20 - BGHZ 162, 219; BGH v. 22.06.2005 - VIII ZR 1/05 - juris Rn. 11 - MDR 2006, 141; BGH v. 07.12.2005 - VIII ZR 126/05 - juris Rn. 14 - NJW 2006, 988.

⁴⁶ BGH v. 02.07.2014 - XII ZB 201/13 - juris Rn. 23 - NJW 2014, 2571.

nicht ausgeschlossen ist, dass der Schuldner sich die Verfügungsmacht beschaffen kann.⁴⁷ Für den Fall, dass die Unmöglichkeit nicht feststeht, ist der Schuldner zur Leistung zu verurteilen.⁴⁸ Bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Unmöglichkeit feststeht, kann der Gläubiger gegenüber dem Anspruch auf die Gegenleistung die Einrede des § 320 BGB geltend machen.⁴⁹

- 33** Macht der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung geltend, so muss er das Vorliegen der Unmöglichkeit beweisen. Nachdem der Gläubiger aber die Tatsachen, aus denen sich die Unmöglichkeit ergibt, häufig nicht kennt, besteht in der Regel eine sekundäre Darlegungslast des Schuldners. Zudem hat die Rechtsprechung gewisse Beweiserleichterungen entwickelt. So ist es Sache des Schuldners, darzulegen und zu beweisen, dass er bereit und in der Lage ist, dem Gläubiger den Leistungsgegenstand zu verschaffen, wenn feststeht, dass ein Dritter Inhaber des Leistungsgegenstandes ist.⁵⁰ Feststellungen zur Unmöglichkeit sind entbehrlich, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Erfüllung des Anspruchs gemäß § 281 BGB setzt und dies erfolglos abläuft. In diesem Fall kann der Gläubiger dann, ohne dass es auf die Unmöglichkeit ankommt, Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

2. Besondere Formen der Unmöglichkeit

a. Unmöglichkeit durch Zeitablauf

- 34** Durch Zeitablauf tritt Unmöglichkeit ein, wenn der Schuldner Leistungen zu erbringen hat, die nicht nachholbar sind. Dies ist bei **absoluten Fixgeschäften** der Fall. Bei diesen ist die Einhaltung der Leistungszeit so wesentlich, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt.⁵¹ Absolute Fixgeschäfte liegen beispielsweise bei dem Druck und der Versendung von Prospekten nebst Einladung zum „Tag der offenen Tür“⁵², der Erstellung eines Video-Clips für eine bestimmte terminlich festgelegte Veranstaltung⁵³ oder der Buchung von Tagungsräumen und Hotelzimmer für eine bestimmte Veranstaltung⁵⁴ vor. Insgesamt ist die Schwelle für die Annahme eines absoluten Fixgeschäfts aber eher hoch. Zu weitgehend ist eine Entscheidung, wonach eine Verpflichtung zur Lieferung eines Software-Pakets aus einem Kaufvertrag wegen des raschen Fortschreitens der EDV-technischen Entwicklung durch Zeitablauf unmöglich werden kann.⁵⁵ Der Flugbeförderungsvertrag stellt kein absolutes Fixgeschäft dar.⁵⁶ Gleiches gilt für einen Musikproduktionsvertrag, durch den sich der Produzent verpflichtet, in jedem Jahr der Vertragslaufzeit eine bestimmte Zahl von Titeln zu produzieren.⁵⁷ Die Verpflichtung eines Steuerberaters zur Abgabe einer Steuererklärung wird nicht durch Zeitablauf unmöglich, selbst wenn bereits rechtsbeständige Steuerbescheide vorliegen.⁵⁸

⁴⁷ BGH v. 26.03.1999 - V ZR 368/97 - juris Rn. 13 - BGHZ 141, 179.

⁴⁸ OLG Düsseldorf v. 04.10.1990 - 10 U 93/90 - NJW-RR 1991, 137.

⁴⁹ BGH v. 20.12.1996 - V ZR 277/95 - juris Rn. 13 - NJW 1997, 938.

⁵⁰ BGH v. 21.01.2015 - VIII ZR 51/14 - juris Rn. 25 - NJW 2015, 1516; BGH v. 26.03.1999 - V ZR 368/97 - juris Rn. 12 - BGHZ 141, 179; BGH v. 29.01.1993 - V ZR 160/91 - juris Rn. 21 - NJW-RR 1993, 616; BGH v. 01.10.1992 - V ZR 36/91 - juris Rn. 17 - NJW 1992, 3224.

⁵¹ BGH v. 28.08.2012 - X ZR 128/11 - juris Rn. 34 - NJW 2013, 378.

⁵² OLG Düsseldorf v. 08.12.2000 - 22 U 104/00 - NJW-RR 2002, 633.

⁵³ OLG Köln v. 14.11.2018 - 11 U 71/18 - juris Rn. 17.

⁵⁴ OLG Frankfurt v. 24.10.2014 - 14 W 52/14.

⁵⁵ OLG Frankfurt v. 04.07.1997 - 24 U 215/95 - NJW 1998, 84; vgl. auch *Caspers* in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 17.

⁵⁶ BGH v. 28.04.2009 - Xa ZR 113/08 - juris Rn. 12 - NJW 2009, 2743; anders noch: BGH v. 30.11.1972 - VII ZR 239/71 - BGHZ 60, 14; OLG Düsseldorf v. 13.06.1996 - 18 U 174/95 - NJW-RR 1997, 930; OLG Frankfurt v. 20.02.1997 - 1 U 126/95 - juris Rn. 10 - NJW-RR 1997, 1136.

⁵⁷ BGH v. 25.01.2001 - I ZR 287/98 - juris Rn. 11 - WRP 2001, 809.

⁵⁸ BGH v. 17.10.1991 - IX ZR 255/90 - juris Rn. 21 - BGHZ 115, 382.

35 Bei **Mietverhältnissen** führt die Nichtgewährung des Gebrauchs für einen bestimmten Zeitabschnitt grundsätzlich zur Unmöglichkeit.⁵⁹ Soll ein Mietverhältnis allerdings erst mit der Übergabe des Mietobjekts beginnen und von da an einen bestimmten Zeitraum bestehen, begründet eine Leistungsverzögerung keine Unmöglichkeit, sondern allenfalls Verzug.⁶⁰

36 In **Dienst- und Arbeitsverhältnissen** ist die ausgefallene Tätigkeit regelmäßig nicht nachholbar. Allein der Umstand, dass nicht gearbeitet wurde und die vorgesehene Arbeitszeit abgelaufen ist, führt zur Unmöglichkeit während des abgelaufenen Zeitabschnitts.⁶¹ Auch die Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Dienstwagen zu Privatzwecken zu überlassen, ist nicht nachholbar, sodass die Leistung wegen Zeitablaufs unmöglich wird.⁶²

b. Qualitative Unmöglichkeit

37 Qualitative Unmöglichkeit ist die Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung sowie die Unmöglichkeit der Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertragsrecht.

38 Ist die mangelfreie Leistung nicht möglich, so entfällt der Erfüllungsanspruch nach § 275 Abs. 1 BGB.⁶³ Bei den Rechten, die dem Gläubiger wegen der qualitativen Unmöglichkeit zustehen, handelt es sich um Gewährleistungsrechte. Dies folgt aus dem Umstand, dass sowohl in § 437 Nr. 3 BGB als auch in § 634 Nr. 4 BGB auf die Regelung der anfänglichen Unmöglichkeit in § 311a Abs. 2 BGB verwiesen wird.⁶⁴ Die Ansprüche richten sich daher nach den Voraussetzungen der Gewährleistungsrechte und nicht nach § 275 Abs. 4 BGB. Im Falle der Unmöglichkeit entfallen die Ansprüche auf Nacherfüllung nach § 439 BGB bzw. § 635 BGB sowie auf Selbstvornahme nach § 637 BGB.⁶⁵

39 Die Unmöglichkeit der mangelfreien Lieferung bzw. Unmöglichkeit der Nachbesserung ist beispielsweise gegeben, wenn ein als unfallfrei verkauftes Fahrzeug schon einen Unfall hatte⁶⁶ oder der PKW nicht aus dem vertraglich vereinbarten Modelljahr stammt⁶⁷ (zur Nachlieferung bei einem Stückkauf vgl. Rn. 12). Gleiches gilt, wenn ein als echt verkauftes Bild unecht ist.⁶⁸ Dagegen führt die Beschädigung der Originallackierung eines Autos nicht zur Unmöglichkeit der Nachbesserung, da das Fahrzeug durch eine fachgerechte Neulackierung wieder in einen vertragsgemäßen Zustand versetzt werden kann.⁶⁹

40 Die technisch mögliche Beseitigung eines Mangels soll dann unmöglich sein, wenn dadurch andere Vertragsverletzungen begründet würden. Daher soll eine Beseitigung eines Luftschallmangels durch Vorsatzschalen unmöglich sein, weil sich dadurch die Wohnfläche verringert.⁷⁰ Diese Auffassung erscheint zweifelhaft, da der Bauherr wegen Unmöglichkeit seinen Anspruch auf Mangelbeseitigung auch dann verliert, wenn er bereit wäre, diese Vertragsverletzung hinzunehmen.

⁵⁹ BGH v. 16.09.1987 - IVb ZR 27/86 - juris Rn. 9 - BGHZ 101, 325.

⁶⁰ BGH v. 23.09.1992 - XII ZR 44/91 - juris Rn. 34 - NJW 1992, 3226.

⁶¹ BAG v. 14.12.2017 - 2 AZR 86/17 - juris Rn. 31 - MDR 2018, 872; BGH v. 22.05.1990 - IX ZR 208/89 - juris Rn. 7 - NJW 1990, 2549; BAG v. 17.03.1988 - 2 AZR 576/87 - juris Rn. 45 - NJW 1989, 546.

⁶² BAG v. 21.03.2012 - 5 AZR 651/10 - juris Rn. 24 - NJW 2012, 1756.

⁶³ BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 23 - BGHZ 201, 148.

⁶⁴ Vgl. *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 132 f.

⁶⁵ BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 24 - BGHZ 201, 148.

⁶⁶ BGH v. 10.10.2007 - VIII ZR 330/06 - juris Rn. 23 - NJW 2008, 53; BGH v. 12.03.2008 - VIII ZR 253/05 - juris Rn. 21 - NJW 2008, 1517; OLG Schleswig v. 18.08.2005 - 5 U 11/05 - NJW-RR 2005, 1579, 1581.

⁶⁷ OLG Nürnberg v. 21.03.2004 - 8 U 2366/04 - NJW 2005, 2019.

⁶⁸ *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 134.

⁶⁹ BGH v. 20.05.2009 - VIII ZR 191/07 - juris Rn. 7 - BGHZ 181, 170.

⁷⁰ OLG München v. 23.08.2016 - 9 U 4327/15 Bau - juris Rn. 13 - BauR 2017, 574.

40.1 Im Falle eines Fahrzeugs, dessen Abgasreinigungsanlage manipuliert wurde, ist eine Nachbesserung dann möglich, wenn durch ein Softwareupdate die unzulässige Abgaseinrichtung beseitigt ist und dadurch keine anderen Mängel entstehen (OLG Dresden v. 20.08.2019 - 9 U 1101/19). Dies ist abstrakt gesehen richtig. Fraglich ist aber, ob man die Frage, ob andere Mängel entstehen, ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens verneinen kann (so aber OLG Dresden v. 20.08.2019 - 9 U 1101/19).

Aktualisierung vom 20.02.2020

c. Vorübergehende Unmöglichkeit

aa. Allgemeines

41 Nach der Rechtsprechung des BGH steht ein vorübergehendes Leistungshindernis einem dauernden gleich, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Belange beider Vertragsteile nicht zugemutet werden kann.⁷¹ Dies ist etwa bei der Herstellung einer Fassade der Fall, wenn die Bruchwahrscheinlichkeit des verwendeten Materials erst nach rund 10 Jahren praktisch ausgeschlossen ist.⁷² Die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Hindernisses und nicht nach dem späteren Verlauf der Dinge zu beurteilen.⁷³ Ist die Leistungspflicht erloschen, weil die vorübergehende Unmöglichkeit einer dauernden gleichzusetzen war, lebt sie nicht wieder auf, wenn sich wider Erwarten doch noch die Möglichkeit der Leistungserbringung ergibt.⁷⁴ Lediglich im Ausnahmefall kann aus § 242 BGB die Verpflichtung folgen, das Rechtsgeschäft noch einmal abzuschließen.

bb. Fallkonstellationen

- 42** Die Anforderungen für eine Gleichstellung der vorübergehenden mit einer endgültigen Unmöglichkeit sind eher hoch. Grund hierfür ist, dass der Gläubiger den Schwebezustand durch das Setzen einer angemessenen Frist und nach deren Ablauf durch das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung oder durch die Erklärung des Rücktritts beenden kann.
- 43** Allerdings werden die Anforderungen in den sogenannten Embargo-Fällen regelmäßig erfüllt sein, in denen politische Verhältnisse eine Leistung verhindern und nicht absehbar ist, ob und wann die Leistung wieder möglich wird. So begründete die Veränderung der politischen Verhältnisse im Iran im Jahr 1978 die Unmöglichkeit, eine Tierkörperverwertungsanlage in den Iran zu liefern.⁷⁵
- 44** Das Fehlen einer erforderlichen behördlichen Genehmigung führt dagegen grundsätzlich erst bei endgültiger Versagung zur Unmöglichkeit.⁷⁶ Solange die Genehmigung nicht endgültig versagt ist, steht die vorübergehende Unmöglichkeit einer dauernden nicht gleich.⁷⁷ Auch ein vorüberge-

⁷¹ BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 23 - BGHZ 201, 148; BGH v. 16.03.2005 - IV ZR 246/03 - WM 2005, 1232; BGH v. 11.03.1982 - VII ZR 357/80 - juris Rn. 10 - BGHZ 83, 197.

⁷² BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 23 - BGHZ 201, 148.

⁷³ BGH v. 11.03.1994 - V ZR 48/93 - juris Rn. 11 - NJW-RR 1994, 1356.

⁷⁴ BGH v. 15.06.2012 - V ZR 240/11 - juris Rn. 9 - NJW 2012, 3096.

⁷⁵ BGH v. 11.03.1982 - VII ZR 357/80 - juris Rn. 13 - BGHZ 83, 197.

⁷⁶ OLG Köln v. 14.06.1996 - 19 U 8/96 - MDR 1996, 903.

⁷⁷ BGH v. 07.10.1977 - V ZR 131/75 - juris Rn. 13 - NJW 1978, 1262.

hendes behördliches Verbot führt regelmäßig nicht zur Annahme einer dauernden Unmöglichkeit.⁷⁸

Die fehlende Genehmigung eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäftes begründet grundsätzlich nur dessen schwebende Unwirksamkeit.⁷⁹

- 45** Bei dem Diebstahl eines verleasten Kraftfahrzeugs ist die vorübergehende Unmöglichkeit der endgültigen nicht gleichzustellen, da ein hoher Prozentsatz der entwendeten Fahrzeuge wiedererlangt wird.⁸⁰ Dagegen ist bei einem Diebstahl eines verkauften Fahrzeugs die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden gleichzustellen, wenn der Käufer selbst gewerbsmäßiger Autohändler ist und die erworbenen Kraftfahrzeuge üblicherweise kurzfristig weiterveräußert.⁸¹

cc. Folgen

- 46** Bei bloß vorübergehenden Leistungshindernissen, die der endgültigen Unmöglichkeit nicht gleichstehen, greift ebenfalls § 275 Abs. 1-3 BGB ein.⁸² Der Schuldner wird für die Zeit der Unmöglichkeit, aber auch nur so lange, von der Leistungspflicht befreit.⁸³ Eine auf die Primärleistung gerichtete Klage ist als „zurzeit unbegründet“ abzuweisen.⁸⁴ Nach Beendigung des Leistungshindernisses lebt die Leistungspflicht wieder auf. Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und ein Rücktrittsrecht stehen dem Gläubiger analog § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 323 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.⁸⁵ Dies hat zur Folge, dass der Gläubiger nach Ablauf der gesetzten Frist Schadensersatz verlangen kann, auch wenn die Primärleistung wieder möglich wird.

III. Unmöglichkeit gemäß Absatz 2

1. Allgemeines

- 47** Die Regelung betrifft die sogenannte faktische oder praktische Unmöglichkeit. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen die Leistung zwar theoretisch möglich ist, sie aber von einem vernünftigen Gläubiger nicht ernsthaft erwartet werden kann. Als Beispiel ist im Regierungsentwurf der Ring auf dem Grund des Sees genannt.⁸⁶ Für den Fall, dass die Leistung persönlich zu erbringen ist, geht § 275 Abs. 3 BGB als *lex specialis* vor. Anders als im Fall des § 275 Abs. 1 BGB führt die praktische Unmöglichkeit nicht zum Ausschluss der Leistung, vielmehr steht dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Dabei handelt es sich um eine Einrede, die nur zu berücksichtigen ist, wenn sich der Schuldner im Prozess darauf beruft.
- 48** Die Frage, ob eine Leistung unmöglich oder lediglich unzumutbar ist, ist nur von geringer praktischer Bedeutung. Soweit jedenfalls eine Unzumutbarkeit vorliegt, wird sich der Schuldner regelmäßig zumindest auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 Abs. 2 BGB berufen. Es kann dann offenbleiben, ob die Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB oder gemäß § 275 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist, nachdem die Rechtsfolgen in beiden Fällen identisch sind.

⁷⁸ BGH v. 12.03.2013 - XI ZR 227/12 - juris Rn. 26 - BGHZ 197, 21.

⁷⁹ BGH v. 15.10.1992 - IX ZR 43/92 - juris Rn. 40 - MDR 1993, 693.

⁸⁰ OLG München v. 13.01.1995 - 23 U 4631/94 - OLGR München 1995, 134.

⁸¹ OLG Karlsruhe v. 14.09.2004 - 8 U 97/04 - NJW 2005, 989.

⁸² Caspers in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 48; Ernst in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 141.

⁸³ BGH v. 12.03.2013 - XI ZR 227/12 - juris Rn. 26 - BGHZ 197, 21.

⁸⁴ BGH v. 16.09.2010 - IX ZR 121/09 - juris Rn. 22 - NZI 2010, 956.

⁸⁵ Grüneberg in: Palandt, § 275 BGB Rn. 11; vgl. auch Ernst in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 143 ff.

⁸⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 130.

2. Voraussetzungen

a. Allgemeines

49 Nach § 275 Abs. 2 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn diese einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. In der Verhältnismäßigkeitsprüfung steht auf der einen Seite der Aufwand des Schuldners und auf der anderen Seite das Interesse des Gläubigers an der Leistung.⁸⁷ Dabei ist § 275 Abs. 2 BGB als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.⁸⁸ Die Norm ist auf Extremfälle zugeschnitten.⁸⁹ Sie soll nicht ein angemessenes Wertverhältnis zwischen Schuldneraufwand und Gläubigerinteresse sichern, sondern zunächst Fälle erfassen, in denen die Leistung theoretisch möglich ist, die aber nach dem früheren Recht als Unmöglichkeit behandelt wurden, weil eine dem § 275 Abs. 2 BGB entsprechende Regelung fehlte. Darüber hinaus soll die Regelung die Fälle erfassen, in denen nach dem bisherigen Recht eine Befreiung des Schuldners nach § 242 BGB i.V.m. dem Rechtsgedanken der §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 3, 651k BGB angenommen wurde.⁹⁰

b. Aufwand

50 Mit dem Begriff des **Aufwands** werden sowohl Aufwendungen in Geld als auch Tätigkeiten und ähnliche persönliche Anstrengungen erfasst.⁹¹ Dies ergibt sich daraus, dass in § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB von zumutbaren Anstrengungen des Schuldners die Rede ist.⁹² Der in der Abwägung zu berücksichtigende Aufwand ist der Gesamtaufwand für die Leistungserbringung, nicht etwa nur der Mehraufwand, der durch nachträglich entstandene Hindernisse erforderlich geworden ist.⁹³ Aus § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB folgt, dass dem Schuldner ein höherer Aufwand zuzumuten ist, wenn er das Leistungshindernis zu vertreten hat.

c. Leistungsinteresse

51 Bei der Bestimmung des **Leistungsinteresses des Gläubigers** ist davon auszugehen, welchen Wert der Gläubiger für eine vergleichbare Leistung aufwenden müsste. Das Gläubigerinteresse wird regelmäßig durch die Höhe der von ihm zu erbringenden Gegenleistung repräsentiert. Es kann aber auch schon allein durch die Marktbedingungen höher oder niedriger sein, etwa dann, wenn der Käufer einen besonders günstigen oder einen besonders ungünstigen Kauf getätigt hat. Auch der Nachweis eines durch das Leistungshindernis entgangenen Gewinns erhöht das Leistungsinteresse des Gläubigers. Gegebenenfalls sind auch immaterielle Interessen bei der Bestimmung des Leistungsinteresses zu berücksichtigen.⁹⁴ Betrifft das Leistungshindernis einen Anspruch auf Nacherfüllung, ist für die Bestimmung des Leistungsinteresses des Gläubigers von der Wertdifferenz zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und dem tatsächlichen Wert der Sache auszugehen.

⁸⁷ BGH v. 21.05.2010 - V ZR 244/09 - juris Rn. 14 - NJW 2010, 2341.

⁸⁸ *Grüneberg* in: Palandt, § 275 BGB Rn. 27.

⁸⁹ *Canaris*, JZ 2001, 499, 502.

⁹⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 130.

⁹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 130.

⁹² BT-Drs. 14/6040, S. 130.

⁹³ *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 88.

⁹⁴ *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 97.

d. Missverhältnis

aa. Allgemeines

52 Zwischen dem Aufwand und dem Leistungsinteresse des Gläubigers muss ein **grobes Missverhältnis** bestehen. Dabei sind nicht nur die Wertverhältnisse, sondern auch der Inhalt des Schuldverhältnisses, Treu und Glauben und mit Blick auf § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB ein eventuelles Vertretenmüssen des Leistungshindernisses durch den Schuldner zu berücksichtigen. Soweit der Anspruch selbst bereits eine Interessenabwägung voraussetzt, ist für § 275 Abs. 2 BGB kaum ein Raum.⁹⁵ Notwendig ist stets eine Gesamtabwägung.⁹⁶ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein auffälliges Missverhältnis der Werte eine Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze indiziert.⁹⁷ In diesen Fällen kann selbst bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des Leistungshindernisses durch den Schuldner eine Berufung auf § 275 Abs. 2 BGB möglich sein.⁹⁸ Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass § 275 Abs. 2 BGB eng auszulegen ist. Die Vorschrift erfasst nur Fälle, die der Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB nahestehen. Die Unverhältnismäßigkeit muss mithin ein unmöglichkeitsähnliches Ausmaß erreicht haben.⁹⁹

53 Nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses kann insbesondere zu berücksichtigen sein, dass der Schuldner für den Nichteintritt des Leistungshindernisses das Risiko übernommen hat. Wer sich beispielsweise zur Bergung von Tafelsilber aus der Titanic verpflichtet, übernimmt konkludent das Risiko dafür, dass die Beschaffung wegen unvorhergesehener Schwierigkeiten aufwändiger wird als erwartet.¹⁰⁰ Das Vertretenmüssen wird vor allem in den Fällen der mehrfachen Veräußerung einer Sache eine Rolle spielen. Wenn jemand in Kenntnis der Rechtslage eine schon verkaufte Sache einem Dritten verkauft und übereignet, wird ihm ein erhöhter Aufwand für den Rückerwerb zuzumuten sein. Ist die Übertragung an den Dritten ohne Verschulden erfolgt, muss sich – nach einer Formulierung im Regierungsentwurf – der Schuldner „immerhin bemühen, den Vertragsgegenstand von dem Dritten zurück zu erwerben und diesem zumindest den Marktpreis, unter Umständen auch einen darüber liegenden Preis anbieten“.

bb. Beispiele

54 Eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung hat die Vorschrift des § 275 Abs. 2 BGB im Falle der **Vermietung** einer Sache erlangt, wenn diese beschädigt ist oder Mängel aufweist. In diesen Fällen ist abzuwägen zwischen dem Reparaturaufwand einerseits und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem Wert des Mietobjekts und den aus ihm zu ziehenden Einnahmen andererseits.¹⁰¹ Darüber hinaus ist aber auch hier eine Gesamtabwägung erforderlich.¹⁰² Zu beachten ist, dass im Falle einer Zerstörung der Sache die Leistungspflicht bereits nach § 275 Abs. 1 BGB wegfällt. Eine Pflicht des Verpächters oder des Vermieters zum Wiederaufbau besteht nicht.¹⁰³

⁹⁵ So für § 1004 BGB BGH v. 23.10.2009 - V ZR 141/08 - NJW-RR 2010, 315.

⁹⁶ BGH v. 21.04.2010 - VIII ZR 131/09 - juris Rn. 23 - NJW 2010, 2050.

⁹⁷ BGH v. 21.04.2010 - VIII ZR 131/09 - juris Rn. 24 - NJW 2010, 2050.

⁹⁸ BGH v. 22.01.2014 - VIII ZR 135/13 - juris Rn. 7 - WuM 2014, 277; vgl. aber BGH v. 14.11.2013 - V ZR 302/12.

⁹⁹ *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 75.

¹⁰⁰ *Dauner-Lieb* in: AnwK-BGB, § 275 BGB Rn. 42.

¹⁰¹ BGH v. 20.07.2005 - VIII ZR 342/03 - juris Rn. 16 - NJW 2005, 3284.

¹⁰² BGH v. 21.04.2010 - VIII ZR 131/09 - juris Rn. 23 - NJW 2010, 2050; BGH v. 22.01.2014 - VIII ZR 135/13 - juris Rn. 2 - WuM 2014, 277.

¹⁰³ OLG Stuttgart v. 11.01.2010 - 5 U 119/09 - juris Rn. 26 - MDR 2010, 261.

55 Aber auch **außerhalb des Mietrechts** kann die Einrede des § 275 Abs. 2 BGB eine Rolle spielen. So wurden in folgenden Fällen eine Leistungspflicht verneint:

- Bei einem Tierkauf ist die Mängelbeseitigung gemäß § 275 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn sie nur durch eine aufwändige Operation durchzuführen ist, die regelmäßige Kontrolluntersuchungen erforderlich gemacht hätte.¹⁰⁴
- Ein Reiseunternehmen ist nicht verpflichtet, dem Kunden eine Ersatzunterbringung zu verschaffen, wenn diese nahezu das Sechsfache des vereinbarten Preises kosten würde.¹⁰⁵

56 Auch einem Anspruch aus § 1004 BGB kann das Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Entschieden ist dies für den Anspruch auf Beseitigung von Klärschlamm¹⁰⁶ und den Beseitigungsanspruch wegen eines Überbaus¹⁰⁷. Hat der Störer die Beeinträchtigung zu vertreten, ist der Beseitigungsanspruch regelmäßig nicht ausgeschlossen.¹⁰⁸ Die Regelung des § 912 Abs. 1 BGB verdrängt das Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 BGB nicht.¹⁰⁹

56.1 Besteht der Anspruch aus § 1004 BGB aufgrund eines Verstoßes gegen nachbarschützende Brandschutzvorschriften, so ist die Annahme eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 275 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Da die Brandschutzvorschriften Leib und Leben der Nachbarn schützen sollen, ist es von vornherein ausgeschlossen, dass finanzielle Interessen des Schuldners Vorrang genießen (BGH v. 13.12.2019 - V ZR 152/18 - juris Rn. 40).

Aktualisierung vom 20.02.2020

3. Beweislast

57 Die **Beweislast** für das Vorliegen der Umstände, die ein grobes Missverhältnis begründen, trägt nach den allgemeinen Regeln der Schuldner.

IV. Absatz 3

58 Nach § 275 Abs. 3 BGB kann der Schuldner eine persönlich zu erbringende Leistung verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Die Bestimmung ist lex specialis zu § 275 Abs. 2 BGB. Persönlich zu erbringen sind vor allem Leistungen aus Arbeits- und Dienstverträgen. Auch in Werkverträgen oder Geschäftsbesorgungsverträgen kann die persönliche Leistungserbringung vereinbart sein (siehe Rn. 14).

59 Bei der Feststellung der Unzumutbarkeit ist der Hinderungsgrund dem Leistungsinteresse des Gläubigers gegenüberzustellen. Wie in den Fällen des § 275 Abs. 2 BGB geht es auch bei § 275 Abs. 3 BGB um Extremfälle einer übermäßigen Leistungerschwerung.¹¹⁰ Im Regierungsentwurf sind dazu zwei Fälle genannt.¹¹¹ Einmal handelt es sich um das Lehrbuchbeispiel der Sängerin,

¹⁰⁴ BGH v. 22.06.2005 - VIII ZR 281/04 - juris Rn. 26 - BGHZ 163, 234.

¹⁰⁵ OLG Frankfurt v. 09.03.2010 - 10 U 162/09 - juris Rn. 12 - MDR 2010, 915.

¹⁰⁶ BGH v. 21.05.2010 - V ZR 244/09 - juris Rn. 9 - NJW 2010, 2341.

¹⁰⁷ BGH v. 30.05.2008 - V ZR 184/07 - juris Rn. 17 - NJW 2008, 3122; OLG Stuttgart v. 19.08.2009 - 3 U 15/09 - juris Rn. 58 - OLGR Stuttgart 2009, 802.

¹⁰⁸ BGH v. 30.05.2008 - V ZR 184/07 - juris Rn. 18 - NJW 2008, 3122; BGH v. 14.11.2013 - V ZR 302/12; Brandenburgisches OLG v. 04.11.2010 - 5 U 39/09 - juris Rn. 65 - BauR 2011, 705; Brandenburgisches OLG v. 21.10.2010 - 5 U 103/09 - juris Rn. 47.

¹⁰⁹ BGH v. 18.07.2008 - V ZR 171/07 - juris Rn. 20 - NJW 2008, 3123.

¹¹⁰ Vgl. *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 112.

¹¹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 130.

die sich weigert aufzutreten, weil ihr Kind lebensgefährlich erkrankt ist. Weiterhin ist der Fall des Arbeitnehmers genannt, der die Arbeit verweigert, weil er in der Türkei zum Wehrdienst einberufen ist und bei Nichtbefolgung des Einberufungsbefehls mit der Todesstrafe rechnen muss.¹¹²

- 60** Umstritten ist, ob bei einer Erkrankung des Arbeitnehmers selbst die Leistungsbefreiung gemäß § 275 Abs. 1 BGB automatisch erfolgt oder ob die Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 3 BGB erst dann entfällt, wenn der Arbeitnehmer sein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht. Vorzuziehen ist eine differenzierte Lösung, nach der Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB nur dann anzunehmen ist, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Erkrankung die geschuldete Leistung objektiv nicht erbringen kann. Ist dagegen die Arbeitsleistung nicht schon naturgesetzlich oder rechtlich unmöglich, erfolgt eine Leistungsbefreiung gemäß § 275 Abs. 3 BGB.¹¹³

C. Rechtsfolgen

I. Allgemeine Rechtsfolgen

1. Erlöschen des Leistungsanspruches

- 61** Gemäß § 275 Abs. 1 BGB erlischt der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung. In den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 BGB ist die Leistungspflicht dagegen erst dann ausgeschlossen, wenn sich der Schuldner auf sein Leistungsverweigerungsrecht beruft.

2. Rechte des Gläubigers

- 62** Ist die Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1-3 BGB ausgeschlossen, bestimmen sich die Rechte des Gläubigers gemäß § 275 Abs. 4 BGB nach den §§ 280, 283-285, 311a und 326 BGB.
- Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung ist gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich ausgeschlossen.
 - Gemäß § 326 Abs. 4 BGB kann der Gläubiger eine bereits bewirkte Gegenleistung zurückverlangen.
 - Der Gläubiger hat ein Rücktrittsrecht gemäß den §§ 326 Abs. 5, 323 BGB.
 - Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger bei einem anfänglichen Leistungshindernis gemäß § 311a Abs. 2 BGB, bei einem nachträglichen Leistungshindernis gemäß den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB verlangen.
 - Ein Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen ergibt sich bei anfänglichen Leistungshindernissen aus § 311a Abs. 2 BGB, bei nachträglichen Leistungshindernissen aus den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 284 BGB.
 - Das stellvertretende commodum kann der Gläubiger gemäß § 285 BGB beanspruchen.

3. Teilunmöglichkeit

- 63** Ist die **Leistung teilweise nicht erbracht**, kann der Gläubiger gemäß § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Ein **Interessenwegfall** liegt vor, wenn die Teilleistung und die Erbringung der entsprechenden Teilgegenleistung für den Gläubiger ohne Interesse und es für ihn günstiger wäre, insgesamt einen neuen Erfüllungsanspruch zu begründen.¹¹⁴ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn

¹¹² BAG v. 22.12.1982 - 2 AZR 282/82 - juris Rn. 62 - NJW 1983, 2782.

¹¹³ *Gotthardt/Greiner*, DB 2002, 2106.

¹¹⁴ BGH v. 22.05.1990 - IX ZR 208/89 - juris Rn. 11 - NJW 1990, 2549.

die konkreten Zwecke des Gläubigers mit der erbrachten Leistung auch nicht teilweise befriedigt werden können.¹¹⁵ Ist die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung nicht teilbar, ist auch die Teilleistung für ihn nicht von Interesse.¹¹⁶ Die Umstände, die den Interessenwegfall begründen, sind vom Gläubiger darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

II. Rechtsfolgen bei Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs

64 Ist der Nacherfüllungsanspruch des Käufers bzw. Werkbestellers gemäß § 275 Abs. 1-3 BGB ausgeschlossen, ergeben sich folgende Rechtsfolgen:

- Der Anspruch auf die Gegenleistung erlischt nicht automatisch. Gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht. Der Käufer kann gemäß § 437 Nr. 2 BGB i.V.m. § 441 BGB **mindern**. Dem Werkbesteller steht dieses Recht gemäß § 634 Nr. 3 BGB i.V.m. § 638 BGB zu.
- Der Käufer hat ein **Rücktrittsrecht** gemäß § 437 Nr. 2 BGB i.V.m. §§ 326 Abs. 5, 323 BGB. Der Werkbesteller kann gemäß § 634 Nr. 3 BGB i.V.m. §§ 326 Abs. 5, 323 BGB zurücktreten.
- Der Gläubiger kann **Schadensersatz statt der Leistung** bei anfänglichen Leistungshindernissen aus § 437 Nr. 3 BGB (§ 634 Nr. 4 BGB) i.V.m. § 311a Abs. 2 BGB oder bei nachträglichen Leistungshindernissen aus § 437 Nr. 3 BGB (§ 634 Nr. 4 BGB) i.V.m. den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB fordern.
- Bei anfänglichen Leistungshindernissen können **vergebliche Aufwendungen** aus § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 311a Abs. 2 BGB bzw. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 311a Abs. 2 BGB ersetzt werden, bei nachträglichen Leistungshindernissen sind **vergebliche Aufwendungen** gemäß § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 284 BGB bzw. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 284 BGB ersatzfähig.
- § 437 BGB und § 634 BGB verweisen nicht auf **§ 285 BGB**. Da der Anspruch auf Nacherfüllung aber ein selbstständiger Erfüllungsanspruch ist, ist § 285 BGB auch auf diesen Anspruch anwendbar.¹¹⁷

¹¹⁵ BGH v. 07.03.1990 - VIII ZR 56/89 - juris Rn. 23 - NJW 1990, 3011.

¹¹⁶ BGH v. 14.01.2000 - V ZR 386/98 - juris Rn. 14 - NJW 2000, 1332.

¹¹⁷ Caspers in: Staudinger, § 285 BGB Rn. 16; von Olshausen, ZGS 2002, 194, 196.