

## **Die Gegenleistungspflicht bei der Unmöglichkeit, § 326 BGB**

Ist im Rahmen der Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner nach § 275 I-III BGB nicht mehr zur Leistung verpflichtet, so stellt sich die Frage, welchen Einfluss das Entfallen der Leistungspflicht auf die Gegenleistung hat.

### **I. Grundregel des § 326 I 1 BGB: Wegfall der Gegenleistungspflicht**

Grundsätzlich ergibt sich dabei aus § 326 I 1 BGB, dass bei einem Entfallen der Leistungspflicht des Schuldners nach § 275 BGB auch die Gegenleistungspflicht des Gläubigers wegfällt. Dies ist Ausdruck der synallagmatischen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung ("do ut des"). Zu beachten ist hierbei, dass im Falle einer nur teilweisen Unmöglichkeit der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 I 1 2. Hs BGB nur teilweise entfällt. Will sich der Gläubiger hier gänzlich von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreien, so muss er nach § 326 V iVm § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten, wobei hier § 323 V 1 BGB zu beachten ist.

### **II. Erhaltung des Anspruchs auf die Gegenleistung**

In bestimmten Fällen sieht das Gesetz sowohl in § 326 selbst, aber auch in anderen Vorschriften vor, dass die Gegenleistungspflicht trotz Wegfalls der Leistungspflicht weiterbestehen bleibt.

Erfasst sind hier:

#### **1. Bestehenbleiben der Gegenleistungspflicht nach § 326 I BGB**

##### **a) Teilunmöglichkeit**

Die Gegenleistungspflicht bleibt im Falle der Teilunmöglichkeit nach § 326 I 1 2. Hs hinsichtlich des Teils bestehen, bei dem die Leistung noch möglich ist. Hier kann der Schuldner der Gegenleistung eine vollständige Befreiung nur erreichen, wenn er nach § 326 V BGB vom Vertrag zurücktritt.

##### **b) Qualitative Unmöglichkeit, § 326 I 2 BGB**

Die Gegenleistungspflicht bleibt nach § 326 I 2 BGB weiterhin erhalten im Falle der irreparablen Schlechtleistung (sog. qualitative Unmöglichkeit). Erfasst sind hier Fälle, in denen die gelieferte Sache mangelhaft ist; dieser Mangel aber nicht mehr durch Reparatur beseitigt werden kann. In diesem Fall kann sich der Gläubiger nur durch Rücktritt nach § 326 V BGB von der Gegenleistungspflicht befreien.

#### **2. Bestehenbleiben der Gegenleistungspflicht nach § 326 II BGB**

##### **a) § 326 II 1 1. Var BGB**

###### **aa) Allgemeines**

Die Gegenleistungspflicht bleibt nach § 326 II 1 1. Var BGB erhalten, wenn der Gläubiger für den Umstand, der zum Wegfall der Leistungspflicht führt, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit ist dabei streitig, wie diese zu bestimmen ist. Die hM wendet in diesem Fall die §§ 276; 278 entsprechend an<sup>1</sup>; ergänzend wird aber auch auf die vertragliche Risikoverteilung abgestellt<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> vgl Looschelders, Schuldrecht AT Rn. 725

<sup>2</sup> vgl BGH NJW 1980, 700; BGH NJW 2002, 595 (zur Vorgängernorm des § 324 aF); siehe auch Palandt/Grüneberg, 65. Aufl., § 326 Rn. 9.

Eine weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers ist dabei anzunehmen, wenn das Mitverschulden des Schuldners als so gering zu bewerten ist, dass es nach § 254 I BGB unbeachtlich wäre. Hieraus ergibt sich, dass ein Mitverschuldensanteil des Gläubigers von mehr als 90 % erforderlich ist

#### bb) Sonderproblem: Die beiderseitig zu vertretende Unmöglichkeit<sup>3</sup>

Besondere Probleme bestehen dann, wenn die Mitverschuldensquote des Schuldners mehr als 10 % beträgt; hier bliebe nach dem Wortlaut des § 326 II 1 1. Var der Anspruch auf die Gegenleistung gerade nicht erhalten. Gleichzeitig ist der Schuldner aber einem Anspruch des Gläubigers aus §§ 280 I,III; 283, gekürzt um den Mitverschuldensanteil (--> § 254 I BGB), ausgesetzt

In diesem Fall spricht man von einer sog. beiderseitig zu vertretenden Unmöglichkeit. Dieser Fall ist im Gesetz gerade nicht geregelt. Aus diesem Grund ist seine Behandlung umstritten. Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten:

#### (1) Lösung nach dem Gesetzeswortlaut: Keine Korrektur des Ergebnisses

Denkbar wäre hier zunächst, mit dem Hinweis auf den klaren Wortlaut des Gesetzes eine entsprechende Korrektur abzulehnen, und es bei diesem Ergebnis bestehen zu lassen<sup>4</sup>. Dies würde dazu führen, dass der V keinen Kaufpreis erhielte und uU zum Ersatz des Schadens verpflichtet wäre (aus §§ 280 I,III; 283 BGB).

Gegen diese Lösung spricht aber, dass dem Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes dieses Problem, das auch vor der Schuldrechtsreform bereits bestand, kannte. Er wollte dieses Problem der Diskussion und Rechtsprechung überlassen<sup>5</sup>.

#### (2) Gewährung von Ansprüchen entweder an Schuldner oder Gläubiger

Die Rechtsprechung zum alten Schuldrecht hat hier eine Alternativlösung vertreten<sup>6</sup>: Hier kommen nur ein Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung oder alternativ ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz in Betracht; jeweils gekürzt um Mitverschuldensanteile.

Gegen diese Lösung spricht aber, dass bei einem gleich hohen Mitverschulden eine "Zuordnung" zu einem Anspruch nicht möglich ist und den Rechtsanwender vor unlösbare Probleme stellen würde

#### (3) Gewährung von Ansprüchen kumulativ an Gläubiger und Schuldner

Nach der hL zum alten Recht würde § 326 II entsprechend auch auf vorliegende Konstellationen angewendet, es käme es kumulativ zu Ansprüchen des V gegen K (auf Kaufpreiszahlung) und von K gegen V (auf Schadensersatz)<sup>7</sup>. Hierbei sind, da es sich um Schadensersatz statt der Leistung handelt, mehrere Berechnungsmethoden denkbar<sup>8</sup>:

<sup>3</sup> vgl zum Ganzen Looschelders Schuldrecht AT Rn. 729 ff; Faust JuS 2001, 133 (zum alten Recht) sowie sehr ausführlich Canaris; FS Egon Lorenz (2004), S. 147 ff.

<sup>4</sup> so Gruber JuS 2002, 1066.

<sup>5</sup> Canaris JZ 2001, 499 (511).

<sup>6</sup> vgl RGZ 71, 187 (192); RGZ 94, 140 (141 f); BGH NJW 1969, 1845; **anders** OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1995, 435: kumulative Anwendung.

<sup>7</sup> Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung Kap. 7 Rn.44; Faust JuS 2001, 133 (135 ff) (zum alten Recht)

<sup>8</sup> nach Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 351 ist nur die Berechnung nach der Surrogationstheorie möglich. Looschelders JuS 1999, 949 (952) (zum alten Recht) sowie Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Rn. 429 lassen nur die Berechnung über die Differenzmethode zu.

(aa) Nach der Differenztheorie hat der Verkäufer gegen den Käufer einen um das Mitverschulden ( § 254 BGB) gekürzten Anspruch auf Kaufpreiszahlung und der Käufer einen um das Mitverschulden gekürzten Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

(bb) Nach der Surrogationstheorie hat der Verkäufer gegen den Käufer einen ungekürzten Anspruch auf Kaufpreiszahlung und der Käufer einen um das Mitverschulden gekürzten Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

#### (4) Auffassung auf der Basis des neuen Rechts

Nach neuerer Auffassung speziell zum neuen Schuldrecht ist die Regelung des § 326 II 1 1.Alt abschließend auf solche Fälle begrenzt, bei denen ein Mitverschulden von über 90 % vorliegt.

Eine entsprechende Anwendung des § 326 II BGB sei nur erforderlich, wenn das geltende Recht auch ansonsten keine Möglichkeit geben würde, dem V einen Anspruch zu verschaffen<sup>9</sup>.

In Betracht kommt nach dieser Ansicht ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB wegen der Verletzung von Rücksichtnahmepflichten<sup>10</sup>; da der Gläubiger hier die Möglichkeit genommen hat, die Gegenleistung zu erhalten. Nach anderer Auffassung soll der Anspruch aus §§ 280 I, III; 283 BGB folgen<sup>11</sup>.

#### b) § 326 II 1 2.Var. BGB

Die Gegenleistungspflicht bleibt nach § 326 II 1 2.Var BGB bestehen, wenn sich der Gläubiger in Annahmeverzug befindet und der Schuldner den während des Annahmeverzuges eintretenden Umstand, der zum Wegfall der Leistungspflicht führt, nicht zu vertreten hat.

Im Fall des § 326 II 1 2.Var sind daher zunächst die Voraussetzungen des Annahmeverzuges nach §§ 293 ff BGB zu prüfen. Sind diese gegeben, so muss das Leistungshindernis, das die Leistungspflicht nach § 275 I-III BGB entfallen lässt, während des Annahmeverzuges eingetreten sein, und der Schuldner darf das Hindernis nicht zu vertreten haben.

Im Rahmen der Prüfung, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat, ist unbedingt die mildere Haftung nach § 300 I BGB zu beachten, welche eine mildere Haftung iSd § 276 I 1 BGB anordnet. Diese führt während des Annahmeverzuges dazu, dass der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat.

#### c) Rechtsfolge des § 326 II BGB

Sind die Voraussetzungen des § 326 II 1 BGB gegeben, so ist der Gläubiger weiter zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet. Zu beachten ist aber, dass sich der Schuldner nach § 326 II 2 BGB dasjenige anrechnen lassen, was er durch die Befreiung der Leistung erspart (zB Transportkosten etc) und was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erzielt hat (z.B. bei einer anderen Tätigkeit/ Auftrag erzielte Einnahmen)

#### 3. Erhaltung des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 III BGB

Die Gegenleistungspflicht bleibt nach **§ 326 III BGB** weiter erhalten, wenn der Gläubiger nach § 285 BGB Abtretung des Herausgabeanspruchs oder Ersatz des durch für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes (zB Versicherungsprämien etc) erlangt. Zweck

<sup>9</sup> vgl Schulze/ Ebers JuS 2004, 366 (368).

<sup>10</sup> so Palandt/ Grüneberg, 65. Aufl. 2006, § 326 Rn. 15; Jauernig/ Stadler, 12.Aufl 2007, § 326 Rn 22; Canaris, FS E.Lorenz (2004), 147 (158 ff) ;Looschelders, Schuldrecht AT Rn. 731.

<sup>11</sup> so Bamberger/ Roth/Grothe § 326 Rn.26; MüKo-BGB/ Ernst, 5.Aufl., § 326 Rn. 79; Rauscher ZGS 2002, 333.

der Vorschrift ist es, die Gegenleistungspflicht in solchen Fällen aufrecht zu erhalten, in denen der Gläubiger über § 285 BGB einen Ersatz für die geschuldete Leistung erhält. Hier wäre es unbillig, wenn der Gläubiger trotz Erhaltens eines Ersatzes weiterhin nicht zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet wäre. Zu beachten ist hier aber die Verminderung des Anspruchs im Falle des Zurückbleibens des nach § 285 BGB erlangten hinter dem ursprünglich geschuldeten, § 326 III 2 BGB.

#### 4. Erhaltung des Anspruchs auf die Gegenleistung kraft Gefahrtragungsregeln

Das Gesetz sieht weiterhin Fälle vor, in denen trotz Wegfalls der Leistungspflicht die Gegenleistungspflicht des Gläubigers erhalten bleibt. Erfasst sind hier solche Vorschriften, die Regeln über die Verteilung der sog. Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) enthalten.

***Hinweis:** Spricht das BGB in einer Vorschrift von "Gefahr", so muss geklärt werden, ob die Vorschrift die Leistungsgefahr oder die Gegenleistungsgefahr bzw. Preisgefahr regelt. Leistungsgefahr meint dabei die Gefahr für den Gläubiger, die Leistung nicht zu erhalten; die Gegenleistungsgefahr (oder auch Preisgefahr) erfasst die Gefahr des Gläubigers, Gefahr, trotz nicht erhaltener Leistung die Gegenleistung erbringen zu müssen.*

*Das BGB regelt dabei nur in den Vorschriften der §§ 243 II; 270 I; 275; 300 II BGB die Preisgefahr; in allen anderen Fällen ist die Preisgefahr gemeint.*

Erfasst sind hierbei folgende Vorschriften.

##### a) Gefahrtragungsregeln im Kaufrecht

###### aa) Gefahrübergang beim Kauf, § 446 S.1 BGB

Im Falle des Kaufvertrages geht die Gegenleistungsgefahr mit der Übergabe auf den Käufer über. Dies bedeutet, dass im Falle des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nach Übergabe trotz Unmöglichkeit der Leistung der Käufer den Kaufpreis entrichten muss.

###### bb) Annahmeverzug, § 446 S.3 BGB

Die Gegenleistungsgefahr geht nach § 446 S.3 BGB über, wenn sich der Käufer im Annahmeverzug befindet. Da § 446 S.3 BGB die gleiche Rechtsfolge wie § 326 II 1 2. Alt BGB hat, ist die Vorschrift daher nach hM nur deklaratorischer Natur und hat keinen eigenen Regelungsbereich<sup>12</sup>.

###### cc) Versendungskauf, § 447 BGB

###### (1) Allgemeines zu § 447 BGB

Eine bedeutende Gefahrtragungsregel stellt der Versendungskauf nach § 447 BGB dar. Hier geht die Gegenleistungsgefahr mit der Übergabe der Kaufsache an die Transportperson auf den Käufer über. Umstritten ist die Reichweite des § 447 BGB im Rahmen des Transports der Kaufsache durch Personal des Verkäufers<sup>13</sup>.

Zu beachten ist hier unbedingt, dass § 447 BGB beim Verbrauchsgüterkauf ( § 474 I 1 BGB) keine Anwendung findet, § 474 II 2 BGB. Hier verbleibt die Gegenleistungsgefahr weiterhin beim Verkäufer.

---

<sup>12</sup> vgl dazu Looschelders, Schuldrecht AT Rn. 732.

<sup>13</sup> vgl dazu Lettl JuS 2004, 314 (315 f).

## (2) Drittschadensliquidation

Im Rahmen des Versandkaufs ist zu beachten, dass im Falle des Erhalts der Leistungspflicht durch § 447 BGB ein Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Abtretung von etwaigen Ansprüchen nach § 285 BGB analog i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation (DSL)<sup>14</sup> in Betracht kommt. Diese spielt aber nur eine Rolle, wenn die Gegenleistungspflicht erhalten bleibt, d.h. nicht beim Verbrauchsgüterkauf.

Nach der Drittschadensliquidation ist es in bestimmten Fallgruppen, zu denen u.a. die zufällige Schadensverlagerung durch besondere Gefahrtragungsregeln gehört, dem "Inhaber" eines Schadensersatzanspruchs, der selbst keinen Schaden hat, erlaubt, den Schaden einer Person, die zwar einen Schaden (= Pflicht zur Kaufpreiszahlung trotz Nichterhaltens der Leistung), aber keinen Anspruch hat, geltend zu machen ("Schaden wird zum Anspruch gezogen"). Dieser Anspruch wird dann nach § 285 BGB an den Käufer abgetreten.

Im Falle des Transports durch einen Frachtführer ergibt sich die Möglichkeit der Drittschadensliquidation dabei speziell aus §§ 421 I 2 1.Hs, 425 I HGB. Wegen dieser Regelung und § 474 II 2 BGB ist die DSL nur noch relevant, wenn kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt oder die Voraussetzungen des § 407 HGB nicht gegeben sind.

### b) Gefahrtragungsregeln im Dienstvertrags- und Arbeitsrecht

#### aa) Die Regelung des § 615 BGB

Eine weitere Gefahrtragungsregel enthält § 615 BGB. Nach § 615 S.1 BGB behält im Falle des Annahmeverzuges (§§ 293 ff) des Dienstberechtigten der Dienstverpflichtete sein Anspruch auf Vergütung; die Vorschrift gilt dabei für alle Dienstverhältnisse. Zu beachten ist aber, dass der Dienstverpflichtete nach § 615 S.2 sich Erspartes sowie durch eine anderweitige Verwendung seiner Dienste Erworbenes anrechnen lassen muss.

Im Falle von Arbeitsverträgen ist der Arbeitgeber nach § 615 S.3 im Falle der Nichterbringung der Leistung ebenfalls zur Zahlung der Gegenleistung verpflichtet, wenn er das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Erfasst ist hier v.a. der Arbeitsausfall wegen Rohstoffknappheit; wegen Brandes der Fertigungsstätten etc. Nicht unter § 615 S.3 fallen dagegen das Arbeitskämpfrisiko sowie solche Risiken, die den Weg zur Arbeitsstätte betreffen (z.B. Glatteis)<sup>15</sup>.

#### bb) Die Regelung des § 616 BGB

Eine weitere Sonderregelung stellt § 616 BGB dar, der ebenfalls für alle Dienstverhältnisse gilt. Diese Vorschrift erfasst die vorübergehende Verhinderung zur Ausübung der Dienste aus Gründen, die der Schuldner nicht verschuldet hat. Erfasst sind hier v.a. Störungen im Straßenverkehr (Staus etc); Naturkatastrophen; Glatteis; Erkrankung eines nahen Angehörigen usw.

### c) Gefahrtragungsregeln beim Werkvertrag

#### aa) Annahmeverzug, § 644 I 2 BGB

Im Rahmen eines Werkvertrages geht die Gegenleistungsgefahr nach § 644 I 2 BGB auf den Gläubiger über, wenn sich dieser im Annahmeverzug befindet. Diese Vorschrift entspricht insoweit ebenfalls § 326 II 1 2.Alt BGB und hat keinen selbstständigen Anwendungsbereich.

#### bb) Versendung des Werkes, § 644 II BGB

---

<sup>14</sup> vgl näher hierzu Looschelders, Schuldrecht AT Rn. 941 ff.

<sup>15</sup> vgl zum Ganzen Palandt/ Weidenkaff, 65. Aufl., § 615 Rn. 21 a.

Weiterhin bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung im Falle der Versendung des Werks und Untergang nach Übergabe an die Transportperson erhalten, § 644 II BGB. Insoweit gelten die Ausführungen zu § 447 BGB entsprechend.

Zu beachten ist aber, dass § 644 II BGB auch gilt, wenn der Besteller des Werks ein Verbraucher ist, einen "Verbrauchsgüterwerkvertrag" kennt das BGB im Gegensatz zum Verbrauchsgüterkauf nicht.

#### cc) Erhaltung des Vergütungsanspruchs nach § 645 I 1 BGB

Weiterhin bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 645 I BGB bestehen, wenn das Werk infolge eines Mangels im vom Besteller gelieferten Stoffes oder aufgrund einer Anweisung des Bestellers untergegangen ist, ohne dass der Schuldner (Werkunternehmer) dies zu vertreten hat.

In diesem Rahmen ist unbedingt zu beachten, dass § 645 I BGB auf solche Situationen, die mit der in § 645 I BGB geregelten Interessenlage vergleichbar sind, entsprechend anwendbar ist. Erfasst sind hier zB Fälle der Zweckerreichung und des Zweckfortfalls<sup>16</sup>; Fälle des Untergangs, die in der Person des Bestellers begründet sind<sup>17</sup> oder zurechenbar auf dessen Handlungen zurückgehen usw<sup>18</sup>. Eine generelle Ausdehnung auf jegliche Ursachen, die aus der Sphäre des Gläubigers stammen, unabhängig von ihrer zurechenbaren Verursachung durch Person oder Handlungen des Gläubigers ist aber nicht möglich<sup>19</sup>.

#### dd) Erhaltung des Vergütungsanspruchs nach § 645 II BGB

Weiter bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 645 II BGB bei Verschulden des Gläubigers erhalten.

---

<sup>16</sup> vgl Palandt/ Sprau, 65. Aufl., § 645 Rn. 8; Looschelders, Schuldrecht AT, Rn. 738.

<sup>17</sup> vgl BGH, Urteil vom 30.11.1972- VII ZR 239/71, BGHZ 60, 14.

<sup>18</sup> vgl BGH, Urteil vom 11.07.1963- VII ZR 43/62, BGHZ 40, 71; sowie BGH, Urteil vom 21.08. 1997- VII ZR 17/96, BGHZ 136, 303.

<sup>19</sup> vgl Palandt/ Sprau § 645 Rn.9; siehe auch BGH, Urteil vom 06.11.1980- VII ZR 47/80, BGHZ 78, 352.