

## § 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) <sup>1</sup>Der 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. <sup>2</sup>Bei 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: 09.04.2024

### 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
a. Verhältnis zu § 275 Abs. 1 BGB	Rn. 5
b. Verhältnis zu § 275 Abs. 2-3 BGB	Rn. 6
2. Spezielle Regelungen zur Unverhältnismäßigkeit des Aufwands	Rn. 7
V. Arten der Leistungshindernisse	Rn. 8
1. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit	Rn. 8
2. Objektive und subjektive Unmöglichkeit	Rn. 9
3. Sonstige Formen der Unmöglichkeit	Rn. 10
B. Anwendungsvoraussetzungen	Rn. 12
I. Anspruch auf Leistung	Rn. 12
1. Allgemeines	Rn. 12
2. Besonderheiten beim Stückkauf	Rn. 13
a. Unbehebbarer Mängel	Rn. 14
b. Untergang der Sache	Rn. 15
3. Pflicht zur persönlichen Erbringung der Leistung	Rn. 16
II. Unmöglichkeit gemäß Absatz 1	Rn. 20
1. Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen	Rn. 20
a. Allgemeines	Rn. 20
b. Stückschulden	Rn. 21

c. Gattungsschulden	Rn. 22
d. Geldschulden	Rn. 29
e. Naturgesetze	Rn. 30
2. Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen	Rn. 31
a. Fehlendes Eigentum oder fehlender Besitz	Rn. 31
b. Verbote	Rn. 32
c. Beispiele	Rn. 35
d. COVID-19	Rn. 37
e. (Fehlende) Mitwirkung des Gläubigers	Rn. 41
3. Darlegungs- und Beweislast	Rn. 43
4. Besondere Formen der Unmöglichkeit	Rn. 45
a. Unmöglichkeit durch Zeitablauf	Rn. 45
b. Qualitative Unmöglichkeit	Rn. 49
c. Vorübergehende Unmöglichkeit	Rn. 52
III. Unmöglichkeit gemäß Absatz 2	Rn. 60
1. Allgemeines	Rn. 60
2. Voraussetzungen	Rn. 62
a. Allgemeines	Rn. 62
b. Aufwand	Rn. 63
c. Leistungsinteresse	Rn. 64
d. Missverhältnis	Rn. 65
e. Beweislast	Rn. 72
IV. Absatz 3	Rn. 73
C. Rechtsfolgen	Rn. 76
I. Allgemeine Rechtsfolgen	Rn. 76
1. Erlöschen des Leistungsanspruches	Rn. 76
2. Rechte des Gläubigers	Rn. 77
3. Teilunmöglichkeit	Rn. 78
II. Rechtsfolgen bei Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs	Rn. 79

## 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 oder der Nacherfüllungsanspruch des Werkbestellers aus den §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB. Ferner ist § 275 BGB auch auf Rückgewährpflichten wie beispielsweise § 355 Abs. 3 BGB anwendbar.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Auf dingliche Ansprüche ist § 275 BGB nur anwendbar, wenn es um die Erfüllung eines dinglichen Anspruchs in Natur geht.<sup>3</sup> Nach einer arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung soll die Bestimmung des § 275 BGB auch im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO anwendbar sein, soweit die zugrundeliegenden Tatsachen nach Urteilserlass entstanden und unstreitig oder offenkundig sind.<sup>4</sup>
- 4.1 Nicht anwendbar ist § 275 BGB im Reisevertragsrecht, wenn die Erbringung der Reiseleistung oder Teile der Leistung nach Vertragsschluss unmöglich geworden sind. In diesen Fällen liegt stets ein Reisemangel vor, sodass die reiserechtliche Gewährleistung vorrangig ist (BGH v. 14.02.2023 - X ZR 18/22 - juris Rn. 30).

*Aktualisierung vom 21.06.2023*

## IV. Verhältnis zu anderen Bestimmungen

### 1. Wegfall der Geschäftsgrundlage

#### a. Verhältnis zu § 275 Abs. 1 BGB

- 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. Daher scheidet eine Anwendung von § 313 BGB aus, soweit der Tatbestand des § 275 Abs. 1 BGB erfüllt ist.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> OLG Saarbrücken v. 14.07.2022 - 4 U 113/21; OLG Celle v. 02.02.2022 - 3 U 51/21.

<sup>2</sup> So etwa für den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB: BGH v. 13.12.2019 - V ZR 152/18 - juris Rn. 40 - MDR 2020, 282; 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.

<sup>3</sup> OLG Brandenburg v. 24.10.2017 - 5 W 107/17 - juris Rn. 12.

<sup>4</sup> LArbG Hamm v. 06.12.2021 - 12 Ta 378/21

<sup>5</sup> BGH v. 04.05.2022 - XII ZR 64/21 - juris Rn. 30; WM 2022, 1091.

### b. Verhältnis zu § 275 Abs. 2-3 BGB

- 6 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 grundsätzlich 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Eine nennenswerte praktische Bedeutung hat diese Frage noch nicht erlangt.

### 2. Spezielle Regelungen zur Unverhältnismäßigkeit des Aufwands

- 7 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.<sup>8</sup>

## V. Arten der Leistungshindernisse

### 1. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

- 8 Die Bestimmung des § 275 BGB erfasst gleichermaßen **anfängliche** und **nachträgliche** Leistungshindernisse. Eine Abgrenzung ist nur vorzunehmen bei der Prüfung des Schadens- und Aufwendungsersatzanspruches des Gläubigers, der sich bei anfänglicher Unmöglichkeit aus § 311a Abs. 2 BGB und bei nachträglicher Unmöglichkeit aus den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 284 BGB ergibt. Ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, spielt für die Anwendung des § 275 BGB keine Rolle. Dieser Frage kommt erst bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen Bedeutung zu.

### 2. Objektive und subjektive Unmöglichkeit

- 9 Gleichermäßen 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.

<sup>6</sup> Ernst in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 28; Grüneberg in: Grüneberg, § 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.

<sup>7</sup> Ernst in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 26; Grüneberg in: Grüneberg, § 275 BGB Rn. 29.

<sup>8</sup> BGH v. 22.06.2005 - VIII ZR 281/04 - juris Rn. 26 - BGHZ 163, 234; Caspers in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 121.

### 3. Sonstige Formen der Unmöglichkeit

- 10** 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.<sup>9</sup> Inwieweit eine **vorübergehende Unmöglichkeit** unter die Vorschrift des § 275 BGB subsumiert werden kann, hat der Gesetzgeber bewusst offengelassen (vgl. näher hierzu Rn. 52).<sup>10</sup>
- 11** 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. 78) und vom ganzen Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 5 Satz 1 BGB).

## B. Anwendungsvoraussetzungen

### I. Anspruch auf Leistung

#### 1. Allgemeines

- 12** 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.<sup>11</sup>

#### 2. Besonderheiten beim Stückkauf

- 13** Beim **Stückkauf** ist zwischen unbehebbaaren Mängeln der Sache und dem Untergang der Sache zu differenzieren.

##### a. Unbehebbaare Mängel

- 14** Im Falle von **unbehebbaaren 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 zu bestimmen ist.<sup>12</sup> 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

<sup>9</sup> *Ulber* in: Eрман, Vorbemerkung vor § 275 BGB Rn. 4; *Lorenz*, JZ 2001, 742, 743.

<sup>10</sup> BT-Drs. 14/6857, S. 12; BT-Drs. 14/6857, S. 49; BT-Drs. 14/7052, S. 183.

<sup>11</sup> OLG München v. 26.05.2004 - 7 U 3802/02 - NJW-RR 2005, 616.

<sup>12</sup> 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.

die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben.<sup>13</sup> Dies ist aber eher selten der Fall. So kommt es dem Käufer beim wichtigen Fall des Gebrauchtwagenkaufes nicht allein auf bestimmte Eigenschaften, sondern auch auf den Gesamteindruck des Fahrzeugs ankommt, sodass eine Nachlieferung regelmäßig ausscheidet.<sup>14</sup>

### b. Untergang der Sache

- 15** Bei einem **Untergang der Sache** oder einer anderweitigen Unmöglichkeit (etwa der Unmöglichkeit, das Eigentum zu verschaffen) kommt ein Anspruch auf Ersatzlieferung nicht in Betracht.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

### 3. Pflicht zur persönlichen Erbringung der Leistung

- 16** 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.
- 17** 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Ob der Schuldner in einem solchen Fall verpflichtet ist, sich ersatzweise an den Pflegekosten zu beteiligen, ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>19</sup>
- 18** 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 gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 3 VOB/B nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> *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.

<sup>16</sup> OLG Düsseldorf v. 09.11.2018 - 22 U 2/18 - juris Rn. 135 - NJW-RR 2019, 310.

<sup>17</sup> BGH v. 22.03.2002 - V ZR 41/01 - juris Rn. 12 - NJW-RR 2002, 1081.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> BGH v. 23.01.2003 - V ZB 48/02 - juris Rn. 7 - NJW-RR 2003, 577.

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.<sup>20</sup>

- 19** 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

## II. Unmöglichkeit gemäß Absatz 1

### 1. Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen

#### a. Allgemeines

- 20** 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.<sup>24</sup> Unzumutbare Leistungen müssen aber nicht erbracht werden. Daher wird die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers unmöglich, wenn der Arbeitsplatz in Folge einer Umstrukturierung weggefallen ist.<sup>25</sup>

#### b. Stückschulden

- 21** 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 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. 15).<sup>26</sup>

<sup>20</sup> BGH v. 19.01.1984 - VII ZR 121/83 - juris Rn. 23 - BGHZ 89, 369; *Werner* in: *Werner/Pastor*, Rn. 1262 m.w.N.; a.A. allerdings *Wertenbruch*, ZGS 2003, 53, 59; *Peters/Jacoby* in: *Staudinger*, § 631 BGB Rn. 35.

<sup>21</sup> OLG München v. 26.05.2004 - 7 U 3802/02 - NJW-RR 2005, 616.

<sup>22</sup> BGH v. 13.01.2011 - III ZR 87/10 - juris Rn. 10 - BGHZ 188, 71.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> OLG München v. 06.12.2017 - 7 U 1519/17 - juris Rn. 39 - FamRZ 2018, 1116.

<sup>25</sup> BAG v. 21.03.2018 - 10 AZR 560/16 - juris Rn. 21 - DB 2018, 1802.

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

### c. Gattungsschulden

#### aa. Allgemeines

**22** 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.

#### bb. Neuwagenkauf

**23** Bei einem **Neuwagenkauf** ist nach der Rechtsprechung des BGH die Nacherfüllung in Form einer Ersatzlieferung grundsätzlich auch dann nicht unmöglich, wenn der entsprechende Fahrzeugtyp nicht mehr hergestellt wird, sondern inzwischen durch ein **neues Modell** mit anderer Motorisierung ersetzt worden ist, das nach dem Parteiwillen als gleichwertig und gleichartig anzusehen ist.<sup>27</sup>

**24** Bei der Frage, ob das neue Modell als gleichwertig oder gleichartig anzusehen ist, stellt der BGH vorwiegend eine zeitliche Betrachtung. Dann liegt eine Unmöglichkeit vor, wenn zwischen dem Vertragsschluss und der Geltendmachung des Nachlieferungsanspruchs mehr als zwei Jahre liegen.<sup>28</sup> Der Annahme der Unmöglichkeit steht dann auch nicht entgegen, dass der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.<sup>29</sup>

**25** Wenn die Zeitgrenze eingehalten ist, liegt auch dann keine Unmöglichkeit vor, wenn das Nachfolgemodell aufgrund der technischen Weiterentwicklung deutlich wertvoller ist. In diesem Fall kommt dann aber in Betracht, dass der Käufer den Wertzuwachs durch eine Ausgleichszahlung ausgleichen muss. Diese Zahlungspflicht soll nach einer Entscheidung des BGH dann einsetzen, wenn der Listenpreis des Nachfolgemodells um 25 % höher liegt als der Listenpreis der Kaufsache. Dabei muss der Käufer aber nur ein Drittel der Differenz zuzahlen. Der BGH leitet dieses Ergebnis über eine interessengerechte Vertragsauslegung her.<sup>30</sup>

**26** Dies erscheint zweifelhaft.<sup>31</sup> Zwar ist dem BGB darin dazu folgen, 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

<sup>27</sup> BGH v. 20.07.2022 - VIII ZR 183/21 - juris Rn. 22 - ZIP 2022, 1709; BGH v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - juris Rn. 40 - ZIP 2021, 1706; vgl. auch BGH v. 08.01.2019 - VIII ZR 225/17 - ZIP 2019, 467.

<sup>28</sup> BGH v. 20.07.2022 - VIII ZR 183/21 - juris Rn. 25 - ZIP 2022, 1709; BGH v. 21.07.2021 - VIII ZR 118/20 - juris Rn. 58 ff.; BGH v. 21.07.2021 - VIII ZR 275/19 - juris Rn. 55 ff.

<sup>29</sup> BGH v. 21.07.2021 - VIII ZR 357/20 - juris Rn. 78.

<sup>30</sup> BGH v. 08.12.2021 - VIII ZR 190/19 - juris Rn. 54 - BGHZ 232, 94; vgl. auch BGH v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - juris Rn. 56 - ZIP 2021, 1706.

<sup>31</sup> Vgl. auch OLG Düsseldorf v. 09.11.2018 - 22 U 2/18 - juris Rn. 135 - NJW-RR 2019, 310.

Rechtsprechung bislang davon ausgegangen, dass in diesem Fall die Nachlieferung unmöglich ist.<sup>32</sup> Zudem erscheint die Annahme, dass bei einer Erhöhung des Listenpreises um mehr als 25 % eine Ausgleichszahlung von einem Drittel der Differenz zu erfolgen hat, schon etwas willkürlich.

**27** Eine Unmöglichkeit kann aber dann nicht angenommen werden, wenn der Kaufvertrag einen Änderungsvorbehalt bei herstellerseitigen Überarbeitungen des bestellten Fahrzeugs vorsieht. In diesem Fall haben die Kaufvertragsparteien die Leistung des Verkäufers eindeutig als austauschbar angesehen, sodass die Ersatzlieferung nach einem Modellwechsel nicht unmöglich ist.<sup>33</sup>

**28** Soweit es noch keinen Modellwechsel gegeben hat, wird eine Ersatzlieferung regelmäßig nicht unmöglich sein. Dies gilt auch für den Fall, wenn der Mangel des Fahrzeugs bei neu hergestellten Fahrzeugen zwischenzeitlich korrigiert wurde.<sup>34</sup> 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.

#### d. Geldschulden

**29** Bei einer Geldschuld ist eine Berufung auf § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, nachdem die Erfüllung einer Geldschuld unter keinen Umständen objektiv unmöglich ist.<sup>35</sup> Aber auch der Geldmangel des Schuldners nicht zur Unmöglichkeit. Dies ist etwa dann von Bedeutung, wenn der Schuldner aufgrund seiner finanziellen Leistungsunfähigkeit nicht in der Lage ist, eine andere Leistung zu erbringen. Die Vermögenslosigkeit eines Werkunternehmers hat daher nicht die Unmöglichkeit der Nacherfüllung zur Folge.<sup>36</sup>

#### e. Naturgesetze

**30** Eine tatsächliche Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn die versprochene Leistung nach den Naturgesetzen nicht erbracht werden kann.<sup>37</sup> Daher ist auch eine Leistung, die unter Einsatz übernatürlicher, magischer oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten erbracht werden soll, objektiv unmöglich.<sup>38</sup> 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.

## 2. Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen

### a. Fehlendes Eigentum oder fehlender Besitz

**31** 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

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> OLG Frankfurt v. 20.05.2020 - 17 U 328/19 - NJW-RR 2020, 1057.

<sup>34</sup> BGH v. 24.10.2018 - VIII ZR 66/17 - juris Rn. 37 ff. - WM 2018, 2384.

<sup>35</sup> OLG München v. 17.09.2014 - 7 U 3876/13 - WM 2015, 335; *Grüneberg* in: *Grüneberg*, § 275 BGB Rn. 3; *Ernst* in: *MünchKomm-BGB*, § 275 BGB Rn. 13.

<sup>36</sup> OLG Brandenburg v. 11.03.2009 - 13 U 47/08 - juris Rn. 12 - IBR 2009, 388.

<sup>37</sup> BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 23 - BGHZ 201, 148.

<sup>38</sup> BGH v. 13.01.2011 - III ZR 87/10 - juris Rn. 10 - BGHZ 188, 71.

erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann.<sup>39</sup> Ausgehend hiervon müssen im Streitfall Feststellungen getroffen werden, ob ein Anspruch gegen den Dritten auf Übertragung des Eigentums besteht oder ob der Dritte – ohne einem Anspruch ausgesetzt zu sein – hierzu bereit ist. 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.<sup>40</sup>

#### **b. Verbote**

- 32** Eine rechtliche Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn sich der Schuldner zur Herbeiführung eines Rechtserfolges verpflichtet, den die Rechtsordnung nicht anerkennt.<sup>41</sup> Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung, die die Rechtsordnung verbietet oder die nicht genehmigungsfähig ist<sup>42</sup>, 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.<sup>43</sup>
- 33** Ist die Leistung im Ausland zu erbringen, so liegt eine rechtliche Unmöglichkeit grundsätzlich dann vor, wenn das ausländische Recht die Erbringung der Leistung verbietet. Dies folgt aus Art. 9 EGVO 593/2008, der bestimmt, dass solche Verbotsnormen grundsätzlich auch anwendbar sind, wenn nach dem IPR das Recht dieses Staates auf das Vertragsverhältnis keine Anwendung findet. Keine rechtliche Unmöglichkeit liegt aber vor, wenn der ausländischen Verbotsnorm nach Art. 9 Abs. 3 EGVO 593/2008 keine Wirkung zu verleihen ist, weil sie fundamentalen Grundwerten der deutschen Rechtsordnung widerspricht. Dies gilt etwa für ein Gesetz des Staats Kuwait, welches Fluglinien mit Sitz in Kuwait die Beförderung von israelischen Staatsangehörigen verbietet. In diesen Fällen dürfte aber regelmäßig eine tatsächliche Unmöglichkeit vorliegen, weil die Durchführung des Vertrages behördliche Sanktionen des ausländischen Staates nach sich ziehen kann.<sup>44</sup>
- 34** Zu beachten ist, dass im Falle eines gesetzlichen Verbots der Vertrag nach § 134 BGB nichtig sein kann, sodass es auf die Frage der rechtlichen Unmöglichkeit gar nicht ankommt. Die Vorschrift des § 134 BGB greift ein, wenn sich ein gesetzliches Verbot gerade gegen die Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts richtet. Rechtliche Unmöglichkeit liegt dagegen vor, wenn das Rechtsgeschäft selbst vorgenommen werden darf, aber das Gesetz die Erfüllung verhindert. Bezieht sich die Gesetzeswidrigkeit daher nicht auf den Vertragsschluss, sondern auf den Inhalt der Leistung, ist – soweit nicht andere Nichtigkeitsgründe vorliegen – der Vertrag wirksam.

#### **c. Beispiele**

- 35** In folgenden Fällen wurde eine rechtliche Unmöglichkeit angenommen:
- Die Zwangsversteigerung über eine verkaufte Sache führt zur Unmöglichkeit der Übereignung.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> BGH v. 04.12.2012 - II ZR 159/10 - juris Rn. 41 - WM 2013, 320; 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 Braunschweig v. 24.06.2022 - 4 U 36/21; OLG Oldenburg v. 14.01.1998 - 2 U 259/97 - juris Rn. 10 - MDR 1998, 1406.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> BGH v. 16.10.2007 - XI ZR 132/06 - juris Rn. 21 - NJW 2008, 1070.

<sup>42</sup> BGH v. 11.12.2012 - KVR 7/12 - juris Rn. 22 - NJW 2013, 1095.

<sup>43</sup> BGH v. 30.11.2011 - XII ZR 170/06 - juris Rn. 21 f. - ZMR 2012, 259.

<sup>44</sup> OLG München v. 24.06.2020 - 20 U 6415/19 - MDR 2020, 1368.

<sup>45</sup> BGH v. 23.06.1989 - V ZR 329/87 - juris Rn. 16 - NJW-RR 1990, 651.

- Dem Vermieter ist die Überlassung vermieteter Räumlichkeiten unmöglich, wenn sich diese im Besitz eines Dritten befinden.<sup>46</sup>
- 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.<sup>47</sup>
- 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.<sup>48</sup>
- Führt der Werkbesteller oder der Gläubiger einer gemäß § 651 BGB geschuldeten Leistung den (Haupt-)Leistungserfolg selbst herbei, tritt Unmöglichkeit ein.<sup>49</sup>
- Im Falle des Verkaufes eines Miteigentumsanteils ist die Nacherfüllung unmöglich, wenn die anderen Miteigentümer der Durchführung der zur Nacherfüllung erforderlichen Maßnahmen nicht zustimmen.<sup>50</sup>

**35.1** Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn eine verkaufte Forderung nicht besteht (BGH v. 18.10.2023 - VIII ZR 307/20 - juris Rn. 30).

*Aktualisierung vom 09.04.2024*

**36** 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.<sup>51</sup>

#### d. COVID-19

**37** 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. Allein der Umstand, dass ein Verbot im Raum steht, begründet die Anwendung von § 275 Abs. 1 BGB aber noch nicht.<sup>52</sup>

**38** Unmöglichkeit liegt aber nur vor, wenn die geschuldete Leistung selbst untersagt ist. Dies ist bei der Miete eines Platzes in einer Tennishalle der Fall, wenn nach den maßgeblichen Regelungen der Betrieb der Tennishalle untersagt ist. Hier darf der Vermieter schon keine Gebrauchsüberlassung vornehmen. Dem gegenüber liegt bei einer Gewerberaummieta keine Unmöglichkeit vor, auch wenn der Mieter sein Gewerbe derzeit nicht ausüben darf. Dem Vermieter ist die Gebrauchsüberlassung der Räume nicht unmöglich, vielmehr kann der Mieter die Räume nur nicht wie beabsichtigt nutzen.<sup>53</sup> In den Fällen kommt aber nach der Rechtsprechung eine Anpassung des Mietvertrages nach § 313 Abs. 1 BGB in Betracht.

**39** Mietet ein Hochzeitspaar Räumlichkeiten für eine Feier mit bis zu 120 Personen, so ist die Leistung des Vermieters nicht unmöglich, auch wenn nach der am Tag der Hochzeit gültigen Corona-Verordnung Feiern nur mit bis zu 50 Personen zulässig ist. Der Vermieter schuldet auch bei einer

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> OLG Karlsruhe v. 14.07.2004 - 1 U 46/04 - NZV 2004, 521.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> BGH v. 14.02.2020 - V ZR 11/18 - juris Rn. 62 - BGHZ 225, 1.

<sup>51</sup> BGH v. 06.07.2017 - I ZB 11/16 - juris Rn. 13 - WM 2017, 2391.

<sup>52</sup> OLG Hamburg v. 22.07.2021 - 15 U 33/21 - MDR 2022, 19.

<sup>53</sup> BGH v. 13.07.2022 - XII ZR 75/21 - juris Rn. 29 - WM 2022, 1756; BGH v. 16.02.2022 - XII ZR 17/21 - juris Rn. 24 - ZIP 2022, 532.

Angabe der Zahl der Personen nur die Überlassung der Räume.<sup>54</sup> Eine andere Beurteilung dürfte aber dann geboten sein, wenn die Corona-Verordnung die Überlassung von Räumlichkeiten zu Veranstaltungszwecken untersagt<sup>55</sup>.

- 39.1** Auch die geschuldete Leistung eines für die Hochzeit beauftragten Fotografen wird nicht unmöglich, wenn die Hochzeit aufgrund der Corona-Verordnung nicht in dem geplanten Umfang stattfinden kann (BGH v. 27.04.2023 - VII ZR 144/22 - juris Rn. 14).

*Aktualisierung vom 21.06.2023*

- 40** Dagegen ist dem Betreiber eines Fitnessstudios unmöglich, seinen Kunden die vertragsgemäße Nutzung des Fitnessstudios zu gewähren und damit seine vertraglich geschuldete Hauptleistungspflicht zu erfüllen, wenn aufgrund hoheitlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie das Fitnessstudio geschlossen werden musste.<sup>56</sup>

- 40.1** Einem Hotelbetreiber war die Erfüllung eines Beherbergungsvertrages unmöglich, wenn ihm durch eine hoheitliche Maßnahme zur Bekämpfung der Corona-Pandemie untersagt wurde, Personen zu den vom Vertragspartner verfolgten touristischen Zwecken zu beherbergen (BGH v. 24.01.2024 - XII ZR 123/22 - juris Rn. 19). In einem solchen Fall liegt auch keine bloß vorübergehende Unmöglichkeit vor, wenn dem Vertragspartner eine Verschiebung der Reise nicht zugemutet werden kann. Hiervon wird man regelmäßig ausgehen können, da die Urlaubsplanung an gewisse Zeiten gebunden ist.

*Aktualisierung vom 09.04.2024*

#### **e. (Fehlende) Mitwirkung des Gläubigers**

- 41** Eine Unmöglichkeit kann sich auch daraus ergeben, dass 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.<sup>57</sup> Gleiches gilt, wenn der Bauherr dem Unternehmer und seinen Mitarbeitern Hausverbot erteilt hat.
- 42** 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.<sup>58</sup> Der Besteller einer Werkleistung hat einen Aufwendungsersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 637 BGB.

### **3. Darlegungs- und Beweislast**

- 43** 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.<sup>59</sup> Die fehlende Verfügungsmacht indiziert noch nicht die Unmöglichkeit, solange es nicht ausgeschlossen ist, dass der Schuldner sich die Verfügungsmacht beschaffen kann.<sup>60</sup> Für

<sup>54</sup> BGH v. 02.03.2022 - XII ZR 36/21 - juris Rn. 19 f - MDR 2022, 552.

<sup>55</sup> OLG Hamm v. 28.04.2022 - 18 U 195/21.

<sup>56</sup> BGH v. 04.05.2022 - XII ZR 64/21 - juris Rn. 18 - WM 2022, 1091; KG v. 29.08.2022 - 20 MK 1/21.

<sup>57</sup> OLG München v. 20.12.2016 - 9 U 1430/16 Bau - juris Rn. 36.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> BGH v. 19.01.2022 - XII ZB 183/21 - juris Rn. 42 - BGHZ 232, 236; BGH v. 02.07.2014 - XII ZB 201/13 - juris Rn. 23 - NJW 2014, 2571.

<sup>60</sup> BGH v. 26.03.1999 - V ZR 368/97 - juris Rn. 13 - BGHZ 141, 179.

den Fall, dass die Unmöglichkeit nicht feststeht, ist der Schuldner zur Leistung zu verurteilen.<sup>61</sup> Dies gilt auch im Falle eines Auskunftsanspruches.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

- 44** Macht der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung geltend, so muss er das Vorliegen der Unmöglichkeit beweisen.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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.

## 4. Besondere Formen der Unmöglichkeit

### a. Unmöglichkeit durch Zeitablauf

#### aa. Das absolute Fixgeschäft

- 45** 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.<sup>66</sup> Absolute Fixgeschäfte liegen beispielsweise bei dem Druck und der Versendung von Prospekten nebst Einladung zum „Tag der offenen Tür“<sup>67</sup>, der Erstellung eines Video-Clips für eine bestimmte terminlich festgelegte Veranstaltung<sup>68</sup> oder der Buchung von Tagungsräumen und Hotelzimmer für eine bestimmte Veranstaltung<sup>69</sup> vor. Insgesamt ist die Schwelle für die Annahme eines absoluten Fixgeschäfts aber eher hoch. Der Flugbeförderungsvertrag stellt kein absolutes Fixgeschäft dar.<sup>70</sup> Gleiches gilt für einen Musikproduktionsvertrag, durch den sich der Produzent verpflichtet, in jedem Jahr der Vertragslaufzeit eine bestimmte Zahl von Titeln zu produzieren.<sup>71</sup> Daher will 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,<sup>72</sup> nicht so recht ins Bild passen. Zu hohe Anforderungen werden aber gesetzt, wenn

<sup>61</sup> OLG Düsseldorf v. 04.10.1990 - 10 U 93/90 - NJW-RR 1991, 137.

<sup>62</sup> BGH v. 19.01.2022 - XII ZB 183/21 - juris Rn. 43 - BGHZ 232, 236.

<sup>63</sup> BGH v. 20.12.1996 - V ZR 277/95 - juris Rn. 13 - NJW 1997, 938.

<sup>64</sup> BGH v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - juris Rn. 88 - BGHZ 230, 296.

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> BGH v. 28.08.2012 - X ZR 128/11 - juris Rn. 34 - NJW 2013, 378.

<sup>67</sup> OLG Düsseldorf v. 08.12.2000 - 22 U 104/00 - NJW-RR 2002, 633.

<sup>68</sup> OLG Köln v. 14.11.2018 - 11 U 71/18 - juris Rn. 17.

<sup>69</sup> OLG Frankfurt v. 24.10.2014 - 14 W 52/14.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> BGH v. 25.01.2001 - I ZR 287/98 - juris Rn. 11 - WRP 2001, 809.

<sup>72</sup> OLG Frankfurt v. 04.07.1997 - 24 U 215/95 - NJW 1998, 84; vgl. auch Caspers in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 17.

man die Verpflichtung eines Steuerberaters zur Abgabe einer Steuererklärung nicht als unmöglich ansieht, selbst wenn bereits rechtsbeständige Steuerbescheide vorliegen.<sup>73</sup> So wurde auch für einen Beratungsvertrag mit einem Rechtsanwalt ein Fixgeschäft angenommen, nachdem die anwaltliche Leistung so spät erbracht wurde, dass eine sinnvolle Verwertung für den Mandanten nicht mehr möglich war.<sup>74</sup>

#### **bb. Einzelfälle**

- 46** Bei **Mietverhältnissen** führt die Nichtgewährung des Gebrauchs für einen bestimmten Zeitabschnitt grundsätzlich zur Unmöglichkeit.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup>
- 47** 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.<sup>77</sup> Auch die Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Dienstwagen zu Privatzwecken zu überlassen, ist nicht nachholbar, sodass die Leistung wegen Zeitablaufs unmöglich wird.<sup>78</sup>
- 48** Die Annahme eines Fixgeschäfts kommt auch bei einem **Sponsoring-Vertrag** in Betracht. Wenn im Sponsoring-Vertrag konkrete, terminbezogene Veranstaltungen aufgeführt sind, so liegt eine (Teil-)Unmöglichkeit vor, wenn die geschuldeten Leistungen bei den Veranstaltungen nicht erbracht werden.<sup>79</sup>

#### **b. Qualitative Unmöglichkeit**

##### **aa. Dogmatische Einordnung**

- 49** Qualitative Unmöglichkeit ist die Unmöglichkeit der mangelfreien Leistung sowie die Unmöglichkeit der Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertragsrecht. Ist die mangelfreie Leistung nicht möglich, so entfällt der Erfüllungsanspruch nach § 275 Abs. 1 BGB.<sup>80</sup> Dennoch handelt es sich bei den Rechten, die dem Gläubiger wegen der qualitativen Unmöglichkeit zustehen, 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.<sup>81</sup> Die Ansprüche richten sich daher nach den Voraussetzungen der Gewährleistungsrechte und nicht nach § 275 Abs. 4 BGB. Aufgrund des Wegfalls des Erfüllungsanspruchs bestehen aber bei Unmöglichkeit der Erbringung einer mangelfreien Leistung keine Ansprüche auf Nacherfüllung nach § 439 BGB bzw. § 635 BGB sowie auf Selbstvornahme nach § 637 BGB.<sup>82</sup> Die weiteren Gewähr-

<sup>73</sup> BGH v. 17.10.1991 - IX ZR 255/90 - juris Rn. 21 - BGHZ 115, 382.

<sup>74</sup> OLG Düsseldorf v. 12.10.2021 - 24 U 265/20 - MDR 2022, 63.

<sup>75</sup> BGH v. 16.09.1987 - IVb ZR 27/86 - juris Rn. 9 - BGHZ 101, 325.

<sup>76</sup> BGH v. 23.09.1992 - XII ZR 44/91 - juris Rn. 34 - NJW 1992, 3226.

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> BAG v. 21.03.2012 - 5 AZR 651/10 - juris Rn. 24 - NJW 2012, 1756.

<sup>79</sup> OLG Nürnberg v. 06.04.2021 - 3 U 2801/19.

<sup>80</sup> BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 23 - BGHZ 201, 148.

<sup>81</sup> Vgl. *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 146 f.

<sup>82</sup> BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 24 - BGHZ 201, 148.

leistungsrechte stehen dem Käufer und dem Werkbesteller aber zu. Zu beachten ist jedoch, dass Grundlage des Anspruchs des Käufers bzw. des Werkbestellers im Falle der vertragsanfänglichen Unmöglichkeit die Bestimmung des § 311a Abs. 2 BGB ist.<sup>83</sup>

### bb. Beispiele

- 50** Die Unmöglichkeit der mangelfreien Lieferung bzw. Unmöglichkeit der Nachbesserung ist beispielsweise gegeben, wenn ein als unfallfrei verkauftes Fahrzeug schon einen Unfall hatte<sup>84</sup> oder der Pkw nicht aus dem vertraglich vereinbarten Modelljahr stammt<sup>85</sup> (zur Nachlieferung bei einem Stückkauf vgl. Rn. 13). Gleiches gilt, wenn ein als echt verkauftes Bild unecht ist.<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup>
- 51** Soweit eine Nachbesserung erfolgen kann, setzt die Möglichkeit aber voraus, dass dadurch keine anderen Mängel entstehen. Daher ist im Falle eines Fahrzeugs, dessen Abgasreinigungsanlage manipuliert wurde, eine Nachbesserung nur dann möglich, wenn durch ein Softwareupdate die unzulässige Abgaseinrichtung beseitigt ist und dadurch keine anderen Mängel entstehen.<sup>88</sup> Ausgehend von dem Grundsatz, wurde auch eine Beseitigung eines Luftschallmangels durch Vorsatzschalen als unmöglich angesehen, weil sich dadurch die Wohnfläche verringert.<sup>89</sup>

### c. Vorübergehende Unmöglichkeit

#### aa. Allgemeines

- 52** Nach der Rechtsprechung des BGH steht ein vorübergehendes Leistungshindernis einem dauernden gleich, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit infrage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Belange beider Vertragsteile nicht zugemutet werden kann.<sup>90</sup> Dies ist etwa bei der Herstellung einer Fassade der Fall, wenn die Bruchwahrscheinlichkeit des verwendeten Materials erst nach rund 10 Jahren praktisch ausgeschlossen ist.<sup>91</sup> Die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Hindernisses und nicht nach dem späteren Verlauf der Dinge zu beurteilen.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> Lediglich im Ausnahmefall kann aus § 242 BGB die Verpflichtung folgen, das Rechtsgeschäft noch einmal abzuschließen.

<sup>83</sup> BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 25 - BGHZ 201, 148.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> OLG Nürnberg v. 21.03.2004 - 8 U 2366/04 - NJW 2005, 2019.

<sup>86</sup> *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 144.

<sup>87</sup> BGH v. 20.05.2009 - VIII ZR 191/07 - juris Rn. 7 - BGHZ 181, 170.

<sup>88</sup> BGH v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - juris Rn. 84 - BGHZ 230, 296; OLG Karlsruhe v. 26.01.2022 - 6 U 128/20; OLG Dresden v. 20.08.2019 - 9 U 1101/19.

<sup>89</sup> OLG München v. 23.08.2016 - 9 U 4327/15 Bau - juris Rn. 13 - BauR 2017, 574.

<sup>90</sup> BGH v. 04.05.2022 - XII ZR 64/21 - juris Rn. 20 - WM 2022, 1091; 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.

<sup>91</sup> BGH v. 08.05.2014 - VII ZR 203/11 - juris Rn. 23 - BGHZ 201, 148.

<sup>92</sup> BGH v. 11.03.1994 - V ZR 48/93 - juris Rn. 11 - NJW-RR 1994, 1356.

<sup>93</sup> BGH v. 15.06.2012 - V ZR 240/11 - juris Rn. 9 - NJW 2012, 3096.

**bb. Fallkonstellationen**

- 53** 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.
- 54** 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.<sup>94</sup>
- 55** Das Fehlen einer erforderlichen behördlichen Genehmigung führt dagegen grundsätzlich erst bei endgültiger Versagung zur Unmöglichkeit.<sup>95</sup> Solange die Genehmigung nicht endgültig versagt ist, steht die vorübergehende Unmöglichkeit einer dauernden nicht gleich.<sup>96</sup> Auch ein vorübergehendes behördliches Verbot führt regelmäßig nicht zur Annahme einer dauernden Unmöglichkeit.<sup>97</sup> Die fehlende Genehmigung eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäftes begründet grundsätzlich nur dessen schwebende Unwirksamkeit.<sup>98</sup>
- 56** Bei dem Diebstahl eines verleasten Kraftfahrzeugs ist die vorübergehende Unmöglichkeit der endgültigen nicht gleichzustellen, da ein hoher Prozentsatz der entwendeten Fahrzeuge wiedererlangt wird.<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup>
- 57** Im Fall der Schließung eines Fitnessstudios aufgrund von Regelungen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie liegt bei einem zeitlich befristeten Vertrag für den Zeitraum der Schließung eine endgültige Unmöglichkeit vor. Der Zweck eines solchen Vertrages liegt in der regelmäßigen sportlichen Betätigung. Dieser Zweck kann für den Zeitraum der Schließung nicht erreicht werden, sodass die geschuldete Leistung wegen Zeitablaufs nicht mehr nachholbar ist.<sup>101</sup>
- 58** Im Falle eines Fahrzeugs, dessen Abgasreinigungsanlage manipuliert wurde, soll keine endgültige Unmöglichkeit vorliegen, wenn der Fahrzeughersteller bereits mit der Genehmigungsbehörde vereinbart hat, den Mangel durch ein Software-Update zu beseitigen, auch wenn dieses Update noch nicht genehmigt war.<sup>102</sup>

**cc. Folgen**

- 59** Bei bloß vorübergehenden Leistungshindernissen, die der endgültigen Unmöglichkeit nicht gleichstehen, greift ebenfalls § 275 Abs. 1-3 BGB ein.<sup>103</sup> Der Schuldner wird für die Zeit der Unmöglichkeit, aber auch nur so lange, von der Leistungspflicht befreit.<sup>104</sup> Eine auf die Primärleistung

<sup>94</sup> BGH v. 11.03.1982 - VII ZR 357/80 - juris Rn. 13 - BGHZ 83, 197.

<sup>95</sup> OLG Köln v. 14.06.1996 - 19 U 8/96 - MDR 1996, 903.

<sup>96</sup> BGH v. 07.10.1977 - V ZR 131/75 - juris Rn. 13 - NJW 1978, 1262.

<sup>97</sup> BGH v. 12.03.2013 - XI ZR 227/12 - juris Rn. 26 - BGHZ 197, 21.

<sup>98</sup> BGH v. 15.10.1992 - IX ZR 43/92 - juris Rn. 40 - MDR 1993, 693.

<sup>99</sup> OLG München v. 13.01.1995 - 23 U 4631/94 - OLGR München 1995, 134.

<sup>100</sup> OLG Karlsruhe v. 14.09.2004 - 8 U 97/04 - NJW 2005, 989.

<sup>101</sup> BGH v. 04.05.2022 - XII ZR 64/21 - juris Rn. 22 - WM 2022, 1091.

<sup>102</sup> OLG Stuttgart v. 11.12.2020 - 3 U 101/18 - juris Rn. 61 - MDR 2021, 233.

<sup>103</sup> Caspers in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 48; Ernst in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 151.

<sup>104</sup> BGH v. 12.03.2013 - XI ZR 227/12 - juris Rn. 26 - BGHZ 197, 21.

gerichtete Klage ist als „zurzeit unbegründet“ abzuweisen.<sup>105</sup> Nach Beendigung des Leistungshindernisses lebt die Leistungspflicht wieder auf. Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und ein Rücktrittsrecht stehen dem Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 323 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.<sup>106</sup> Dies hat zur Folge, dass der Gläubiger grundsätzlich eine Frist setzen muss, nach deren Ablauf er Schadensersatz verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn die Primärleistung wieder möglich wird.

### III. Unmöglichkeit gemäß Absatz 2

#### 1. Allgemeines

- 60** 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.<sup>107</sup> 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.
- 61** 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.

#### 2. Voraussetzungen

##### a. Allgemeines

- 62** 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.<sup>108</sup> Dabei ist § 275 Abs. 2 BGB als Ausnahmvorschrift eng auszulegen.<sup>109</sup> Die Norm ist auf Extremfälle zugeschnitten.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup>

<sup>105</sup> BGH v. 16.09.2010 - IX ZR 121/09 - juris Rn. 22 - NZI 2010, 956.

<sup>106</sup> *Grüneberg* in: *Grüneberg*, § 275 BGB Rn. 11; vgl. auch *Ernst* in: *MünchKomm-BGB*, § 275 BGB Rn. 160 ff.

<sup>107</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 130.

<sup>108</sup> BGH v. 21.05.2010 - V ZR 244/09 - juris Rn. 14 - NJW 2010, 2341.

<sup>109</sup> *Grüneberg* in: *Grüneberg*, § 275 BGB Rn. 27.

<sup>110</sup> *Canaris*, JZ 2001, 499, 502.

<sup>111</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 130.

### b. Aufwand

**63** Mit dem Begriff des **Aufwands** werden sowohl Aufwendungen in Geld als auch Tätigkeiten und ähnliche persönliche Anstrengungen erfasst.<sup>112</sup> Dies ergibt sich daraus, dass in § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB von zumutbaren Anstrengungen des Schuldners die Rede ist.<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup> 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

**64** 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.<sup>115</sup> 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.

### d. Missverhältnis

#### aa. Allgemeines

**65** 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. Notwendig ist stets eine Gesamtabwägung.<sup>116</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein auffälliges Missverhältnis der Werte eine Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze indiziert.<sup>117</sup> In diesen Fällen kann selbst bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des Leistungshindernisses durch den Schuldner eine Berufung auf § 275 Abs. 2 BGB möglich sein.<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup>

**66** 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

<sup>112</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 130.

<sup>113</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 130.

<sup>114</sup> *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 97.

<sup>115</sup> *Caspers* in: Staudinger, § 275 BGB Rn. 97.

<sup>116</sup> BGH v. 21.04.2010 - VIII ZR 131/09 - juris Rn. 23 - NJW 2010, 2050.

<sup>117</sup> BGH v. 21.04.2010 - VIII ZR 131/09 - juris Rn. 24 - NJW 2010, 2050.

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 84.

Risiko dafür, dass die Beschaffung wegen unvorhergesehener Schwierigkeiten aufwändiger wird als erwartet. 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 zurückzuerwerben und diesem zumindest den Marktpreis, unter Umständen auch einen darüber liegenden Preis anbieten“.

#### **bb. Beispiele**

- 67** 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.<sup>120</sup> Darüber hinaus ist aber auch hier eine Gesamtabwägung erforderlich.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup>
- 68** 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 aufwendige Operation durchzuführen ist, die regelmäßige Kontrolluntersuchungen erforderlich gemacht hätte.<sup>123</sup>
  - Ein Reiseunternehmen ist nicht verpflichtet, dem Kunden eine Ersatzunterbringung zu verschaffen, wenn diese nahezu das Sechsfache des vereinbarten Preises kosten würde.<sup>124</sup>
- 69** Weiterveräußerung einer Sache durch den Schuldner der Rückübertragungspflicht kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. So kann für eine Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB sprechen, wenn das Leistungsinteresse des Gläubigers gering ist. Dies ist im Falle der Rückabwicklung eines verbundenen Vertrages i.S.v. § 358 BGB anzunehmen, da das Interesse des Darlehensgebers, der nach § 358 Abs. 4 Satz 5 BGB die Rechte des Verkäufers übernommen hat, nicht auf den Kaufgegenstand, sondern auf den darin verkörperten Geldwert gerichtet ist.<sup>125</sup> Gleichwohl ist aber auch in diesem Fall vom Käufer darzulegen, dass die Wiederbeschaffung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.<sup>126</sup>

<sup>120</sup> BGH v. 20.07.2005 - VIII ZR 342/03 - juris Rn. 16 - NJW 2005, 3284.

<sup>121</sup> 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.

<sup>122</sup> OLG Stuttgart v. 11.01.2010 - 5 U 119/09 - juris Rn. 26 - MDR 2010, 261.

<sup>123</sup> BGH v. 22.06.2005 - VIII ZR 281/04 - juris Rn. 26 - BGHZ 163, 234.

<sup>124</sup> OLG Frankfurt v. 09.03.2010 - 10 U 162/09 - juris Rn. 12 - MDR 2010, 915.

<sup>125</sup> OLG Stuttgart v. 02.11.2021 - 6 U 32/19; vgl. auch OLG Celle v. 02.02.2022 - 3 U 51/21.

<sup>126</sup> OLG Stuttgart v. 26.07.2022 - 6 U 604/20.

**cc. Insbesondere § 1004 BGB**

- 70** Auch einem Anspruch aus § 1004 BGB kann das Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Entschieden ist dies für den Anspruch auf Beseitigung von Klärschlamm<sup>127</sup> und den Beseitigungsanspruch wegen eines Überbaus<sup>128</sup>. Die Regelung des § 912 Abs. 1 BGB verdrängt das Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 BGB nicht.<sup>129</sup>
- 71** Hat der Störer die Beeinträchtigung zu vertreten, ist der Beseitigungsanspruch aber regelmäßig nicht ausgeschlossen.<sup>130</sup> Gleiches gilt, wenn der der Anspruch aus § 1004 BGB aufgrund eines Verstoßes gegen nachbarschützende Brandschutzvorschriften gegeben ist. Da die Brandschutzvorschriften Leib und Leben der Nachbarn schützen sollen, ist es von vornherein ausgeschlossen, dass finanzielle Interessen des Schuldners Vorrang genießen.<sup>131</sup>

**e. Beweislast**

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

**IV. Absatz 3**

- 73** 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. 16).
- 74** 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.<sup>132</sup> Im Regierungsentwurf sind dazu zwei Fälle genannt.<sup>133</sup> Einmal handelt es sich um das Lehrbuchbeispiel der Sängerin, 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.<sup>134</sup>
- 75** 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

<sup>127</sup> BGH v. 21.05.2010 - V ZR 244/09 - juris Rn. 9 - NJW 2010, 2341.

<sup>128</sup> 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.

<sup>129</sup> BGH v. 18.07.2008 - V ZR 171/07 - juris Rn. 20 - NJW 2008, 3123.

<sup>130</sup> 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.

<sup>131</sup> BGH v. 13.12.2019 - V ZR 152/18 - juris Rn. 40 - MDR 2020, 282.

<sup>132</sup> Vgl. *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 275 BGB Rn. 128.

<sup>133</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 130.

<sup>134</sup> BAG v. 22.12.1982 - 2 AZR 282/82 - juris Rn. 62 - NJW 1983, 2782.

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.<sup>135</sup>

## C. Rechtsfolgen

### I. Allgemeine Rechtsfolgen

#### 1. Erlöschen des Leistungsanspruches

**76** 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

**77** 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

**78** 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.<sup>136</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die konkreten Zwecke des Gläubigers mit der erbrachten Leistung auch nicht teilweise befriedigt werden können.<sup>137</sup> Ist die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung nicht teilbar, ist auch die Teilleistung für ihn nicht von Interesse.<sup>138</sup> Die Umstände, die den Interessenwegfall begründen, sind vom Gläubiger darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

<sup>135</sup> Gotthardt/Greiner, DB 2002, 2106.

<sup>136</sup> BGH v. 22.05.1990 - IX ZR 208/89 - juris Rn. 11 - NJW 1990, 2549.

<sup>137</sup> BGH v. 07.03.1990 - VIII ZR 56/89 - juris Rn. 23 - NJW 1990, 3011.

<sup>138</sup> BGH v. 14.01.2000 - V ZR 386/98 - juris Rn. 14 - NJW 2000, 1332.

## II. Rechtsfolgen bei Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs

**79** 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.<sup>139</sup>

<sup>139</sup> Caspers in: Staudinger, § 285 BGB Rn. 16; von Olshausen, ZGS 2002, 194, 196.