

Fall 8: Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit

S ————— „Beleuchtungsvertrag“ ————— G

|
Tic Tac Toe



Jazzy Ricky Lee

2

Anspruch S gegen G:A. Anspruchsgrundlage § 631 oder § 611 BGB ?

I. Abschluss eines **Vertrages**: übereinstimmende WEen +

II. **Abgrenzung Werk-, Dienstvertrag**: Erfolg (§ 631) / erfolgsorientierte Tätigkeit (§ 611) geschuldet

- Indizien für Dienstvertrag:

- Einbindung in Produktion
- Weisungsunterworfenheit ggü. Projektleiter
- Vergütung nicht nur für Konzert-, Probe- und Aufbautage, sondern auch für reise- und veranstaltungsfreie Tournee-Tage

[Exkurs: **Konzertaufführung** durch Alleinunterhalter, Orchester oder Ensemble ist typischerweise **Werkvertrag**; Vertrag mit einzelnen Künstlern: **Dienstvertrag** (MünchKomm/Glöge § 611 Rn. 131)]

B. Anspruch erloschenI. § 326 I S. 1: Entfallen der Gegenleistungspflicht?

1. **Unmöglichkeit** der geschuldeten Leistung (§ 275 I)?

- S kann zwar nach Absage der Tournee noch die Beleuchtung aufbauen
- diese Leistung ist aber sinnlos, weil der mit der Beleuchtung verfolgte – vertragliche - **Leistungszweck** (*Beleuchtung der Konzerte von „Tic Tac Toe“*) nicht mehr erreicht werden konnte +

2. **kein Annahmeverzug** des G (**Hinweis**: bei Annahmeverzug des G könnte S gem. **§ 615 S. 1** Vergütung verlangen);

arg.: § 297 (S kann nicht leisten) +

3. Leistung nicht nachholbar (sonst Schuldnerverzug) +

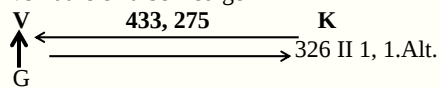
Rechtsfolge: Vergütungsanspruch des S erloschen +

II. Ausnahme von § 326 I 1?

- **§ 326 II 1, 1. Alt.** – Vertretenmüssen des Gläubigers?
- Rechtsprechung unterscheidet folgende Fallgruppen:

1. Schuldhafte Verletzung von vertragl. Mitwirkungspflichten

Beispiel: Käufer eines Grundstücks übernimmt die Verpflichtung, Gläubiger des Verkäufers zu befriedigen



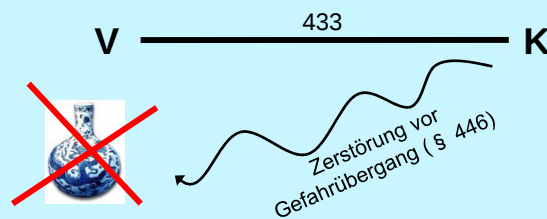
➤ unterlässt K Befriedigung und vollstrecken Gläubiger in das Grundstück, hat Käufer Unmöglichkeit zu vertreten

- **Fallbezogen:** G hat keine Pflicht verletzt

5

2. Schuldhaftes deliktisches Handeln des Gläubigers

- **§ § 823 ff.**
- **Beispiel:**



- zerstört K verkaufte Vase vor Gefahrübergang, muss er Kaufpreis bezahlen (§ 326 II 1, 1. Alt.)
- **Fallbezogen:** kein deliktisches Verhalten des G

6

3. Widersprüchliches Verhalten des Gläubigers (§ 242)

➤ Beispiel (Larenz SR AT § 25 III):



- B beauftragt U mit Restauration von Fresken in Kirche
- bevor U mit seinen Arbeiten begonnen hat, reißt B die Kirche wegen Baufälligkeit ab
- **Larenz: widersprüchliches Verhalten**, wenn B die Folgen seines eigenen freien Tuns auf den vertragstreuen Partner U abwälzen würde

7

- **m.E. verstößt B in solchen Fällen (Beseitigung des Leistungssubstrats) gegen Verhaltenspflichten:**
 - er darf nach Sinn und Zweck des Werkvertrages mit U das Leistungssubstrat nicht mutwillig beseitigen, weil er sonst den Vertragszweck gefährdet (§ 241 II)
 - **Fallbezogen:** G handelt mit Ablehnung der „Beleuchtung“ nicht mutwillig, da er für die Auflösung von „Tic Tac Toe“ nichts kann

8

4. Sphärentheorie?

a) h.M.: **Kein generelles Einstehenmüssen** für Umstände aus der eigenen Sphäre

- arg.: unsichere Abgrenzung; Regelungen der § § 645 I etc. abschließend
- aber: in den Fällen der „Zweckerreichung“ soll Gläubiger „näher dran“ sein, das Risiko der Leistungsstörung zu tragen, wenn Hindernis aus seiner Sphäre stammt
 - Bsp.: auf Grund gelaufenes Schiff kommt von selbst wieder frei, bevor der bestellte Bergungsdampfer das Schiff erreicht

9

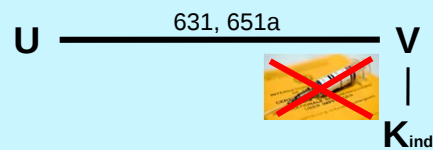
b) BGH: Analogien zu § § 537 I, 615, 644, 645 zulässig

- insbesondere: § 645 analog, wenn Unmöglichkeit:
 - 1) auf Handlungen des Bestellers beruht oder
 - 2) auf Umständen in der Person des Bestellers
- Beispiele:
 - BGHZ 40, 71:
 - B beauftragt U mit Bau einer neuen Scheune
 - unvollendete Scheune brennt aufgrund von durch den Gläubiger eingebrachtem Heu ab

➤ OLG Köln JuS 1976, 257:

- die von Handwerker A durchgeführten, nicht vollendeten, Arbeiten werden durch Arbeiten des – ebenfalls vom Besteller beauftragten – Handwerkers B vernichtet

➤ BGHZ 60, 14 (Pockenimpfung):



- nach Vertragsschluss Einreiseverbot für Personen ohne Pockenimpfung
- Impfung kann bei K wg. Vorerkrankung nicht vorgenommen werden

11

1. Teilunmöglichkeit?

- § § 326 I 1, 2. Hs., 441 III
- nein: Leistung nicht teilbar (§ § 323 V 1, 281 I 3)

2. § 645 I?

- Mangel des gelieferten Stoffes (Kind!)

heute: Kündigungsrecht des Kunden

- § 651h I
- Anspruch des Reiseveranstalters auf Entschädigung gem. § 651h II, III
- Fallbezogen (Tic Tac Toe): G hat weder durch eigene Handlungen, noch durch Umstände in seiner Person Unmöglichkeit verursacht

12

5. Vertragliche Risikoübernahme

- aus dem Sinn des Vertrages kann sich ergeben, dass eine Partei das Risiko der Durchführbarkeit tragen soll (BGH NJW 2002, 595)
- **hier:** Verwendungsrisiko einer Leistung trägt grds. der Gläubiger (§ § 537, 615 BGB)
- Störung wurde von **Vertragspartner des G** (TicTacToe) verursacht; dieser ist „*näher dran*“, das Risiko zu beurteilen und zu beherrschen
 - ohnehin **haften Tic Tac Toe** gem. § § 280 I, III, 283 für die Absage ggü. G; i.E. trifft diese die Verantwortung

C. Ergebnis: G trifft Risiko des Tournee-Abbruchs; er schuldet S daher gem. § 326 II S. 1 1. Alt. BGB die versprochene Vergütung

13

c) Zweckerreichung und Zweckvereitelung

1) Zweckerreichung

= der zu bewirkende **Erfolg** ist **bereits auf andere Weise** eingetreten

Bsp.: der zu bergende Dampfer kommt wieder frei

Lösung: Unmöglichkeit (§ § 275, 326 I), aber Korrektur **gem. § 645 I S. 1 (analog):**

Gläubiger muss auch dafür einstehen, dass das versprochene Werk infolge eines „**Mangel des Stoffes**“ unausführbar geworden ist.

Freiwerden des Schiffers beruht auf **Beschaffenheit des Leistungssubstrats** (*Medicus/Lorenz*, Rn. 445a a.E.)

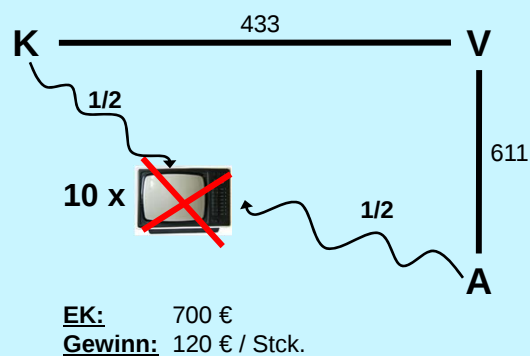
Ergebnis: Teilvergütung für U

2) Zweckvereitelung

- = ein für den Vertrag relevanter **weitergehender Zweck** einer Vertragspartei ist aufgrund einer Tatsache, die **keiner Partei** als ihr Risiko zuzurechnen ist, dauerhaft unerreichbar geworden (*Larenz, SR AT § 21 II*)
- der **Leistungserfolg** selbst ist jedoch **noch erreichbar!**
- **Bsp. Krönungszug** (dazu oben § 4 Teil 1 Folien 20-22)

4. Die von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit

Fall 9: Beidseitig zu vertretende Unmöglichkeit



A. Anspruch K – V: § 433 I S. 1

- Unmöglichkeit der Leistung, § 275 I
 - zwar Gattungsschuld, diese ist jedoch gem. § 243 Abs. 2 konkretisiert worden
 - mit Übergabe an die Transportperson hat V das Erforderliche getan (§ 269 I, III BGB – aA vertretbar: Bringschuld –keine Konkretisierung)

B. Anspruch V – K: § 433 II

I. Grundsätzlich § 326 I S. 1: Erlöschen der Gegenleistungspflicht

II. Ausnahme § 326 II S. 1?

- (-), Gläubiger K nicht allein oder überwiegend (90 %) verantwortlich
- unbefriedigend: Verantwortung des K bleibt unberücksichtigt

17

III. Maßgebliche Wertungen

1) Prinzip der Selbstverantwortung (§ 254 BGB)

- Konsequenz: K muss einen seiner Verantwortung entsprechenden Teil tragen (hier: 50 %)
- nicht überzeugend daher RGZ 71, 187:
 - je nachdem, wessen Verschulden überwiege, habe entweder K – V Anspruch auf Schadensersatz gem. § § 280 I, III, 283 S. 1 oder V – K einen Anspruch aus § 326 II, der um den jeweiligen Verantwortungsteil gekürzt werden müsse (§ 254 analog)
- Modell versagt, wenn gleiche Verantwortungsteile (50 : 50)
- mit Regelung des § 326 II S. 1 nicht zu vereinbaren (Norm setzt voraus, dass K weit überwiegend verantwortlich ist)
- Umkehrschluss: bei „einfachem“ Überwiegen **keine (analoge) Anwendung des § 326 II** (Canaris, FS Lorenz 2004, 156)

2) Äquivalenzprinzip

- **§ 326 II S. 1:** Schuldner bekommt bei Vertretenmüssen des Gläubigers keinen Schadensersatz, sondern behält vereinbarte Gegenleistung (Äquivalenzverhältnis gewahrt)
- **§ 441 III:** Berechnung der Minderung wahrt ebenfalls vertragliche Äquivalenz

3) Lösung

a) Primärleistungsansprüche

- **§ 275 I:** Primärleistungsanspruch K – V erlischt
- **§ 326 I S. 1:** Anspruch V – K auf die Gegenleistung erlischt ebenfalls (§ 326 II S. 1 1. Alt. greift **nur**, wenn Gläubiger praktisch alleine verantwortlich ist)

19

b) Sekundäransprüche

(1) K → V auf Schadensersatz gem. § § 280 I, III, 283 S. 1

- **Schaden:** entgangener Gewinn 120 € x 10 (= 1.200 €)
- **Mitverschulden (§ 254 I):** 50 % (**600 €**)

(2) V hat ebenfalls einen Schadensersatzanspruch

- **Anspruchsgrundlage: § § 280 I, 241 II** (Schutzpflicht: „keine Beeinträchtigung d. Leistungsvermögens“)
- **Schaden des V?**
Wegfall des Vergütungsanspruchs gem. § 326 I S. 1 (= 7.000 €)
- **§ 254 I:** Kürzung um die Hälfte (**3.500 €**)

III. Gesamtergebnis

- V bekommt von K 3.500 € abzüglich 600 € = **2.900 €**

5. Die anfängliche Unmöglichkeit

a) früher

- **§ 306 BGB a.F.:** Vertrag, der auf eine anfänglich objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, ist nichtig

b) heute

- **§ 311 a I:** Vertrag nicht nichtig; Gläubiger hat aber keinen primären Erfüllungsanspruch (§ 275 Abs. 1)
- **§ 311 a II:** sekundärer Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse, wenn der Schuldner das Leistungshindernis kannte oder kennen musste
 - Verschulden wird vermutet (§ 311 a II S. 2)

21

6. Besonderheiten der Gattungsschuld (§ 243 BGB)

a) Begriff

= Leistung lediglich **nach allgemeinen Merkmalen** (Maß, Art, Zahl) bestimmt

- **Beispiele:** 5 Zentner Kartoffeln „Sieglinde“ / Golf, Modell GTI / 100 Fl. Rotwein Chianti Rufina
- **Gegenstück Stückschuld:** bestimmter Gegenstand geschuldet (bspw. Gebrauchtwagen)

a) Unmöglichkeit der Leistung bei der Gattungsschuld

(1) Untergang der gesamten Gattung

(2) Zeitablauf beim absoluten Fixgeschäft

22

(3) vertragliche Beschränkung auf „Vorrat“ (Vorratsschuld)

- „solange Vorrat reicht“ oder
- Verpflichtung von Selbsterzeugern
 - Bauer will erkennbar nur seine Produktion liefern und sich nicht am Markt eindecken müssen
- **RGZ 57, 116 („Eichenlaub“)**
 - S verspricht Lieferung von Mehl (Marke „Eichenlaub“). Die einzige Mühle in der das Mehl hergestellt wird, brennt mitsamt aller Vorräte ab; G verlangt bereits ausgeliefertes Mehl
 - vertragl. Beschränkung auf nicht ausgeliefertes Mehl (§ 275 I)? (Medicus / Petersen BR § 13 Rn. 257)
 - **jedenfalls § 275 II** (faktische Unmöglichkeit)

23

(4) Konkretisierung der Gattungsschuld, § 243 II

- **§ 243 II BGB:** Gattungsschuld wird zur Stückschuld, wenn der Schuldner *das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche* getan hat
- bei mangelhaften Sachen findet keine Konkretisierung statt (§ 243 Abs. 1)
- das Pflichtenprogramm des Schuldners richtet sich nach der Art der Schuld:

	<u>Holschuld</u>	<u>Bringschuld</u>	<u>Schickschuld</u>
geschuldete Leistungs- handlung	Aussonderung + wörtliches Angebot iSv § 295 S.1	Aussonderung + tatsächliches Angebot iSv § 293	Aussonderung + Übergabe an geeignete Transportperson

24

➤ **Sonderproblem: Bindet die Konkretisierung den Schuldner auch zu seinem Nachteil?**

- **Beispiel:** V versendet Container mit neuen Tablets der Marke „Huawei“; während des Transports wird die Sendung gestohlen; K lehnt die von V angebotene **Ersatzlieferung** ab;
- BGH NJW 1982, 873; OLG Köln NJW 1995, 3128 (3129) zum alten SchR: Konkretisierung bindend, K darf aber gem. § 242 BGB Lieferung einer **gleichwertigen Ware** nicht ohne sachlichen Grund (z.B. Insolvenz des Herstellers) ablehnen.
- *Medicus/Petersen* Rn. 262: Konkretisierung soll lediglich Schuldner befreien und schützen; Schuldner kann Konkretisierung wieder rückgängig machen; Gläubiger bekommt bei Nacherfüllung, was er haben wollte.

25

8. Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB

Fall 10: Aufwendungsersatz

A. Schadensersatzanspruch V – O gem. §§ 280 I, III, 283 Satz 1 i.V.m. § 275 IV BGB

I. Schuldverhältnis V – O: Mietvertrag (§ 535)

II. Pflichtverletzung Schuldner (O): Erfüllungsverweigerung

- Rücktrittsgrund „Störung d. öffentl. Sicherheit und Ordnung“ (-)
arg.: konkrete Gefahr iSd POR lag nicht vor (BGHZ 99, 182, 190)

III. Vertretenmüssen der Gemeinde O (§ 280 I S. 2): +

IV. Unmöglichkeit

- **absolutes Fixgeschäft:** nach dem 07. April Leistung unmöglich

26

V. Rechtsfolge: Schadensersatz „statt der Leistung“ gem. § 280 I

Gläubiger wirtschaftlich so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Verpflichtungen des Schuldners stünde

1. Reale Lage:

- Aufwendungen für Hotels, Werbung
- entgangener Gewinn (Spenden)

2. Hypothetische Lage (bei vertragsgemäßer Erfüllung):

- ebenfalls Aufwendungen für Hotels und Werbung

3. Differenz:

- a) nur entgangener Spendengewinn = Schaden (§ 252 BGB), nicht Aufwendungen für Hotels und Werbung

b) „frustrierte Aufwendungen“ als Schaden?

- „Rentabilitätsvermutung“ (RGZ 127, 254; BGHZ 71, 234, 238)
 - = *(widerlegliche) Vermutung, dass sich Aufwendungen zur Erlangung der Gegenleistung bei ordnungsgemäßer Erfüllung **rentiert hätten***
 - Verlust der Kompensationsmöglichkeit = Nichterfüllungsschaden
- Einschränkungen:
 1. **Vermutung widerlegbar**
 2. Vermutung gilt uneingeschränkt für sog. **erwerbsbezogene Aufwendungen** (= zur Erlangung der Gegenleistung). Bei sog. **einsatzbezogenen Aufwendungen (= für Folgegeschäfte)** muss Gläubiger darlegen, dass der spätere Einsatz des Vertragsobjekts zu einem Vermögenszufluss geführt hätte (**BGHZ 143, 41, 49; MK/Ernst § 284 Rn. 4: Werbungskosten für – ausgefallenes – Konzert amortisieren sich, wenn Einnahmen aus dem Konzert die Aufwendungen für die Veranstaltung übersteigen**)
 3. **Kein Ersatz von Aufwendungen** für ideelle Zwecke (arg.: Amortisierung nicht möglich; § 253 II)

c) Fallbezogen:

- bei Vertragserfüllung keine Vermögensmehrung (abgesehen von Spenden)
- die **geschuldete Leistung** (Überlassung der Stadthalle) diene ausschließlich **ideellen Zwecken** (politische Werbung)

IV. Ergebnis

- nur entgangene Spendengewinne ersatzfähig
- **Problem:** Beweis (§ 287 ZPO)

29

B. Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB

- seit Schuldrechtsreform kann Gläubiger Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, die
 - er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und
 - billigerweise machen durfte
- **Ausnahme – § 284, 2. Hs.:** Leistungszweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden
- **Beispiel:** Veranstaltung hätte (auch) wegen Mitgliederschwunds abgesagt werden müssen

C. Ergebnis

- V kann von O Ersatz der „frustrierten“ Aufwendungen verlangen (§ 284)

30

Fall 11: Fristsetzung zur Nacherfüllung

Anspruch K – V auf Rückzahlung des Kaufpreises

§ 346 Abs. 1 iVm § § 437 Nr. 2, 440, 323 I, 281

I. Wirksamer Kaufvertrag über bewegliche Sache (§ 433)

Tier ist zwar keine Sache (§ 93a), wird aber rechtlich wie eine solche behandelt

II. Sachmangel: Tier leidet an unbehebbarer Mangel

III. Rücktritt setzt Setzen einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung voraus (§ 323 I)

Ausnahmen:

1. Unbehebbarkeit des Mangels (§ 326 V):

a) Mangelbeseitigung (§ 439 I, 1. Alt.): nicht möglich!

b) Nachlieferung ausgeschlossen gem. **§ 275 I**, weil es sich um einen **Stückkauf** handelt, es mithin kein Pferd gibt, das mit dem gekauften Wallach identisch ist?

aa) Auch bei Stückschulden gilt jedoch **Vorrang der Nacherfüllung!** arg.:

- Gesetz **unterscheidet** (seit 2002) **bewusst nicht** (mehr) zwischen Gattungs- und Stückschulden.
- Nacherfüllung aber nur **möglich**, wenn die Kaufsache durch eine **gleichartige und gleichwertige** ersetzt werden kann (BGHZ 168, 64, 74);
- s.a. **Gesetzesmaterialien** BT-Dr.14/6040, S. 232: beim Kauf einer gebrauchten Sache wird Nacherfüllung „zumeist von vorneherein ausscheiden“.

bb) Kriterien (BGHZ 168, 64, 74):

- War für den Käufer nur der **Typ** und eine bestimmte **Ausstattung** maßgebend, kommt eine Ersatzlieferung in Betracht.
- Ist Kaufentscheidung auch durch den bei der **Besichtigung** gewonnenen **persönlichen Gesamteindruck der Sache** beeinflusst worden, ist Ersatzlieferung gem. § 275 I ausgeschlossen.

(1) Im Fall **BGHZ 168, 64** war für K der bei der **Besichtigung** gewonnene persönliche Eindruck vom Fahrzeug von Bedeutung.

Konsequenz: Nacherfüllung unmöglich; K kann von V Rückzahlung des Kaufpreises verlangen

(2) Im Fall **BGH NJW 2015, 2564** kam es dem Käufer nicht auf das individuelle Pferd, sondern auf seine Eignung zum „Westernreiten“ an.

Daher Nacherfüllung durch Ersatzlieferung trotz Spezieskauf möglich.

33

2. Ist Nacherfüllung möglich, muss K dem V eine **Frist zur Nacherfüllung** setzen (**§ 323 I**).

a) BGH: **Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung genügt.**

Nicht erforderlich ist Angabe eines **bestimmten Zeitraums** oder eines genauen **Endtermins**.

arg.: falls Käufer eine unangemessen kurze Frist setzt, gilt ohnehin die angemessene

Zweck der Fristsetzung: dem V vor Augen führen, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann.

b) **Fallbezogen:** Erklärung, dass das Pferd ausgetauscht werden soll, andernfalls rechtliche Schritte eingeleitet würden

= unmissverständliche Aufforderung, „umgehend Abhilfe“ durch Übergabe eines gesunden Tieres zu schaffen

Ergebnis:

Fristsetzung liegt vor; nach Ablauf einer angemessenen Frist ist K zum **Rücktritt** **berechtigt (§ 323 I)**

Nach erklärtem Rücktritt hat K einen **Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises** gem. § 346 I