

Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit und die Erleichterung ihrer prozessualen Durchsetzung

*Koji TANAKA**

Inhalt:

§ 1 Einführung

§ 2 Grundlagen der Unmöglichkeitslehre

I. Bedeutung des Rechtsbegriffs „Unmöglichkeit der Leistung“

1. Begriff der Unmöglichkeit
2. Grenzziehung

II. Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

1. Anfängliche objektive Unmöglichkeit
2. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit
3. Anfängliche subjektive Unmöglichkeit
4. Nachträgliche subjektive Unmöglichkeit
5. Japanisches Recht

§ 3 Erleichterung der prozessualen Durchsetzung der Ansprüche bei Unmöglichkeit

I. § 282 BGB: Beweislast bei Unmöglichkeit

1. Grundgedanken
2. Anwendungsbereich
3. Entlastungsbeweis
4. Reformvorschläge
5. Japanisches Recht

II. § 283 BGB: Fristsetzung nach Verurteilung

1. Normzweck
2. Anwendungsbereich

a) Schadensersatzansprüche, die auf Naturalrestitution
im Sinne des § 249 Satz 1 BGB gerichtet sind

* Associate Professor an der staatlichen Universität Osaka, LL.M. (Universität Freiburg i. Br.)

- b) Ausnahmen für Schuldverhältnisse
- c) Dingliche Ansprüche
- 3. Rechtsfolgen
- 4. Reformvorschläge
- 5. Japanisches Recht

§ 4 Schuldrechtsreform und Schlusswort

- I. Veröffentlichung des Diskussionsentwurfs (2000)
- II. Schlusswort

§ 1 Einführung

Der Rechtsbegriff „Unmöglichkeit der Leistung“ spielt eine Schlüsselrolle im Recht der Schuldverhältnisse des BGB, soweit es Leistungsanspruch betrifft. Aber der Begriff „Unmöglichkeit“ hat nach der Aufnahme in das Gesetz sowohl der Rechtswissenschaft wie auch der Praxis stets besondere Schwierigkeiten bereitet. Und unbestrittenermaßen entsprechen die geschriebenen Vorschriften der Unmöglichkeitslehre des BGB (§§ 275-283, 306-308, 323-325 BGB) schon längst nicht mehr dem aktuellen Rechtszustand, der sich im wesentlichen aus Rechtswissenschaft und Praxis ergibt¹⁾.

Die Unmöglichkeit ist die erste gesetzlich geregelte Form einer Leistungsstörung im zweiten Buch „Recht der Schuldverhältnisse“. Im Unterschied zum Verzug als der zweiten gesetzlich geregelten Form kann der Schuldner bei der Unmöglichkeit die geschuldete Leistung nicht erbringen.

Obwohl der Verzug an sich damals als eine besondere Form der Teilunmöglichkeit verstanden wurde, haben die Gesetzgeber doch aus historischen und praktischen Gründen Unmöglichkeit und Verzug getrennt und den Verzug als zeitliche Störung gesondert geregelt²⁾.

An der Regelung des Rechts der Leistungsstörungen im BGB wird seit langem kritisiert, dass weder die schuldhaft schlechte Leistung noch unabhängig von der Leistungsbeziehung erfolgende Verletzungen anderer Rechtsgüter des Vertragspartners in der vertragsrechtlichen Regelung ihren Niederschlag gefunden haben.

1) Bundesministerium der Justiz: Informationspapier zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Stand: 4. August 2000, S. 7.

2) *Emmerich, Volker*: Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., München 1997, § 1 I, S. 3.

Zu dieser Unvollständigkeit des gesetzlichen Programms ist es gekommen, obwohl noch § 224 Abs. 1 Satz 2 des ersten Entwurfs zum BGB von 1887 durchaus in der Tradition des neunzehnten Jahrhunderts eine allgemeine Verschuldenshaftung des Schuldners vorsah:

„§. 224.... Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken. Er haftet nicht bloß wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit...“³⁾.

Diese Haftungsanordnung ist in der Nachfolgeregelung des § 276 heutiger Fassung verlorengegangen.

Auf die dadurch entstandene Regelungslücke machte bereits 1902 *Hermann Staub* aufmerksam. In Analogie zu § 286 BGB nahm *Staub* an, dass „ein Rechtsgrundsatz besteht, wonach derjenige, der eine Verbindlichkeit durch positive Handlung schuldhaft verletzt, dem anderen den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen hat“⁴⁾.

Vor kurzem - am 4. August 2000 - ist vom Bundesministerium für Justiz der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes veröffentlicht worden. Der Entwurf schlägt vor, den Begriff der „Unmöglichkeit“ im BGB völlig aufzugeben.

Die vorliegende Arbeit versucht, die Unmöglichkeitstheorie (des BGB) klar zu verstehen, und beschäftigt sich auch mit der Schuldrechtsreform. Im Laufe der Arbeit wurde aber darüber hinaus deutlich, wie viele grundsätzliche Rechtsgedanken es in Bezug auf das Problem gibt, für die man nicht nur eine juristische, sondern auch eine weitgehend allgemeine (philosophische, historische, sprachliche u.s.w.) Ausbildung benötigt, die mir fehlt. Insoweit sind die konkreten Vorschriften (besonders §§ 282, 283 BGB, die die Vorschriften des BGB mit dem Prozessrecht verbinden) nicht mit letzter Gründlichkeit untersucht worden, sondern die Analyse ist möglicherweise etwas oberflächlich geblieben.

-
- 3) Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Anlagen: Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.; - (Kommissionsentwurf von 1885-1887 u. 1. BGB- Entwurf von 1887), hrsg. von *Schubert*, Werner, Berlin, New York 1986, S. 645, S. 720.
 - 4) *Staub*, Hermann: Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, S. 29, S. 41.

Die Erörterung wird wie folgend entwickelt: Zunächst wird der Begriff der Unmöglichkeit im geltenden Recht materiellrechtlich erklärt (§ 2), danach wird die Verbindung mit dem Prozessrecht erläutert (§ 3), und zum Schluss wird der Entwurf zur Schuldrechtsreform betrachtet (§ 4).

§ 2 Grundlagen der Unmöglichkeitslehre

I. Bedeutung des Rechtsbegriffs „Unmöglichkeit der Leistung“

1. Begriff der Unmöglichkeit

Den Inhalt eines jeden Schuldverhältnisses – gleichgültig, ob es auf rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Grundlage entstanden ist – bildet die Pflicht des Schuldners, die geschuldete Leistung (Tun oder Unterlassen) zu erbringen und damit den darauf gerichteten *Anspruch* des Gläubigers zu erfüllen. Erst wenn der Schuldner die geschuldete Leistung *nicht* erbringt, stellt sich die Frage, welche Wege die Rechtsordnung dem Gläubiger eröffnet.

Die verschiedenen modernen Rechtsordnungen sind sich jedenfalls über eines einig: dass nämlich der Gläubiger den Streit nicht einfach auf dem Weg der Selbsthilfe erledigen und zum Beispiel dem Verkäufer die verkaufte Sache gegen dessen Willen wegnehmen oder den Schuldner durch sonstige Maßnahmen privater Gewalt zur Erfüllung anhalten darf. Vielmehr muss der Gläubiger sein Recht zunächst durch ein Gericht feststellen lassen, bevor er es mit Hilfe der Staatsgewalt im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner durchsetzen kann.

Ein Gläubiger, dem die geschuldete Leistung nicht erbracht worden ist, mag in solcher Lage nur daran interessiert sein, einen Ausgleich in *Geld* von dem Schuldner zu erhalten. Aber die Berechnung seines Schadens in Geld kann schwierig oder unmöglich sein. Oder auch, wenn sie zwar möglich ist, kann der so errechnete Betrag das besondere Interesse nicht widerspiegeln, das der Gläubiger an der Erfüllung hat.

Dann geht es darum, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht auf Antrag des Klägers den Beklagten zur ursprünglichen Erfüllung des Vertrages verurteilen darf. Niemand wird in Deutschland und in den Gebieten wie Japan, die das deutsche Rechtssystem übernommen haben, daran zweifeln, dass der Gläubiger gegen den Schuldner in erster Linie auf Erfüllung und nur auf Erfüllung vor Gericht klagen und ein Leistungsurteil erwirken kann, obwohl dies im allgemeinen keineswegs selbstverständlich ist und in anderen Rechtsgebieten, namentlich im anglo-amerikanischen Rechtskreis, nach wie vor die Ausnahme bildet. Aber in

„deutschen“ Rechtsgebieten wird diese Klagbarkeit als so selbstverständlich angesehen, dass nirgends eine ausdrückliche gesetzliche Regelung getroffen worden ist⁵⁾. (Das japanische BGB enthält dagegen eine ausdrückliche Vorschrift: „Leistet der Schuldner nicht freiwillig, so kann der Gläubiger bei Gericht beantragen, ihn zwangsweise zur Erfüllung anzuhalten, soweit dies nach der Natur des Schuldverhältnisses statthaft ist.“ (§ 414 Abs. 1 jap. BGB)).

Aber ein Leistungsurteil, auf das der Gläubiger klagen kann und das dem Schuldner befiehlt, die geschuldete Leistung zu erbringen, kann auch in deutschen Rechtsgebieten nur dann erlassen werden, wenn dem Schuldner die Erbringung der Leistung noch möglich ist.

Soweit das Ziel der Maßnahmen des Gläubigers nur die Durchsetzung des Primäranspruchs, die sogenannte Naturalerfüllung, ist, tauchen Probleme der Leistungsstörungen⁶⁾ nicht auf. Sie treten erst auf, wenn sich die Naturalerfüllung des Schuldverhältnisses nicht mehr uneingeschränkt durchführen lässt, weil z.B. die Leistung jetzt nur noch mit erheblicher Verspätung oder überhaupt nicht mehr erbracht werden kann und der Gläubiger sich deshalb vom Schuldverhältnis lösen oder Schadensersatz verlangen will.

Das BGB kennt dabei zwei Unterscheidungen der Unmöglichkeit. Zuerst wird danach differenziert, ob die Unmöglichkeit schon anfänglich beim Entstehen des Anspruchs vorlag (d.h. *anfängliche* oder *ursprüngliche* Unmöglichkeit) oder erst nach seinem Entstehen eingetreten ist (d.h. *nachträgliche* Unmöglichkeit). Die zweite Unterscheidung besteht darin, ob die Erbringung der Leistung jedermann unmöglich ist (d.h. *objektive* Unmöglichkeit) oder sie nur für den Schuldner unmöglich ist, obwohl sie einem Dritten möglich wäre (d.h. *subjektive* Unmöglichkeit oder *Unvermögen*).⁷⁾

Daraus ergeben sich die folgenden vier Teilbegriffe:

- anfängliche objektive Unmöglichkeit.
- nachträgliche objektive Unmöglichkeit.

5) *Zweigert, Konrad / Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, § 35 I ff., S. 468ff.; *Emmerich, Leistungsstörungen*, a.a.O., § 1 I, S. 2.

6) Der Ausdruck „Leistungsstörungen“ hat sich erst nach *Heinrich Stoll* verbreitet (*Huber, Ulrich* : Leistungsstörungen, Tübingen 1999, § 1 I 1). Nach ihm sind Leistungsstörungen „Hemmungen und Hindernisse..., die bei der Verwirklichung des Zieles des Schuldverhältnisses entstehen“ (*Stoll, Heinrich*: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936, S. 13).

7) *Medicus, Dieter*: Schuldrecht: ein Studienbuch, 1. Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München 2000, § 28 II.

- anfängliche subjektive Unmöglichkeit.
- nachträgliche subjektive Unmöglichkeit.

Dabei hängen die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit teils nach dem Verschuldensprinzip⁸⁾ davon ab, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die im BGB enthaltenen Vorschriften zur Unmöglichkeit (§§ 275, 279-283, 306-308 BGB) sind auf die Unmöglichkeit der Leistung bei schuldrechtlichen Ansprüchen zugeschnitten. Inwieweit sie auch außerhalb des Schuldrechts anwendbar sind, muss von Fall zu Fall geklärt werden.

2. Grenzziehung

Nach heute ganz herrschender Meinung ist es kein Fall der Unmöglichkeit, wenn der Schuldner die Leistung zwar erbringen kann, ihm dies aber nur unter Anstrengungen möglich ist, die weit über das hinausgehen, was ihm zugemutet werden sollte. Nur wenn auch die größten Anstrengungen nicht ausreichen, kann man von Unmöglichkeit sprechen. Die meisten Fragen nach dem Ausmaß der geschuldeten Anstrengung sind bisher ungefähr wie folgend gelöst worden⁹⁾:

Die beiden unbestrittenen Unmöglichkeitsarten sind die physische (naturgesetzliche) und die juristische Unmöglichkeit. Physische Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung nach den Naturgesetzen nicht erbracht werden kann. Juristische Unmöglichkeit liegt vor, wenn die geschuldete Leistung verboten ist¹⁰⁾ oder an anderen rechtlichen Hindernissen scheitert¹¹⁾.

Bestritten ist die Grenzziehung zwischen der *faktischen* (*praktischen*) und der *wirtschaftlichen* Unmöglichkeit. Es geht darum, wie die Anstrengungen, die dem Schuldner zugemutet werden sollten, zu begrenzen sind.

Mit dem Ausdruck der „*faktischen* Unmöglichkeit“ sind diejenige Fälle gemeint, in denen die Leistung zwar nicht schlechthin unmöglich ist, aber doch jedem Menschen erhebliche und im Grunde unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet. Als einen krassen Fall nennt *Emmerich* das Aufsuchen eines Ringes auf dem Meeresgrund¹²⁾.

8) *Medicus*, a.a.O., § 29 I.

9) Anderer Meinung: *Medicus*, a.a.O., § 33 II. Darin bestehe eine wesentliche Schwäche der Unmöglichkeitslehre des BGB.

10) Dann ist der Vertrag in der Regel schon nach § 134 BGB nichtig.

11) *Medicus*, a.a.O., § 29 II 1; *Emmerich*, Leistungsstörungen, a.a.O., § 2 III 2ff.

12) *Emmerich*, Leistungsstörungen, a.a.O., § 2 III 5.

Damit ist man schon im Übergangsbereich zu der sogenannten *wirtschaftlichen* Unmöglichkeit, unter der eine überobligationsmäßige Schwierigkeit verstanden wird. Bei ihr sind jedoch die Schwierigkeiten der Leistungserbringung *geringer* als bei der faktischen Unmöglichkeit.

Fraglich ist nun, ob diese Fälle wirklich zur Unmöglichkeit gehören. Beispielsweise ist der zu liefernde Gegenstand mit einem Schiff untergegangen, könnte aber durch Taucher für riesiges Entgelt wiederbeschafft werden. Oder ein Transportunternehmen muss infolge der Sperre des Suezkanals den Umweg um Afrika wählen. Z.B. ist eine amerikanische Entscheidung¹³⁾ folgenden Inhalts ergangen:

Es handelte sich um einen Vertrag über den Transport von *Weizen* von Galveston in *Texas* nach Bandar Shapur in *Iran*. Zur Zeit des Vertragsabschlusses (2. Oktober 1956) führte die übliche und gewöhnliche Route über *Suez*; nach der Sperrung des Kanals (am 2. November 1956) fuhr das Schiff über *das Kap der Guten Hoffnung*. Dadurch wurde die Fahrt von 10.000 auf 13.000 Meilen verlängert und für den Reeder erhöhten sich die Kosten der Fahrt, die über Suez \$306.000 betragen hätten, um \$44.000. Diese Änderungen wurden für nicht wesentlich oder grundlegend genug erachtet, den Vertrag aufzulösen¹⁴⁾.

Die deutsche Rechtsprechung war stets zurückhaltend, in derartigen Fällen eine befreiende Unmöglichkeit anzuerkennen:

In RGZ 88, 172 wurde der Verkäufer von der Lieferpflicht nicht dadurch frei, dass der Marktpreis der am 17. Juli 1914 zu Preisen von 301 *M* bis 309 *M* für 100 kg gekauften 5.000 kg einer bestimmten Sorte Zinns von zwei bestimmten englischen Marken infolge des Ausbruchs des Kriegs bis gegen 650 *M* gestiegen war.

In RGZ 92, 322 wurde die Lösung vom am 1. Juli 1914 abgeschlossenen Lieferungsvertrags im Großhandel von *Zinntuben* wegen der Preissteigerung von im Juli 1914 280 *M* auf im Juni 1915 700 *M* für 100 kg verneint.

13) *Transatlantic Financing Corp. v. U.S.*, 363 F. 2d 312 (1966).

14) *Treitel*, Guenter H.: *Unmöglichkeit, »Impracticability« und »Frustration« im anglo-amerikanischen Recht*, Baden-Baden 1991, S. 52.

Nach RGZ 93, 17 kann derjenige, der im Dezember 1914 - während des Kriegs - *schlesische Braugerste* verkauft hat, die er nicht besaß, sich nicht mit der Begründung auf Unmöglichkeit der Leistung berufen, dass seine Landwirte, bei denen er sich eingedeckt *hatte*, infolge der niedrigen Höchstpreise für Gerste durch die Bundesratsverordnung vom 19. Dezember 1914 keine Gerste mehr abgaben.

In RGZ 95, 41 wurde eine Lösung des Verkäufers vom am 10. Juli 1914 abgeschlossenen Lieferungsvertrag im Großhandel über 300 Blöcke über *Bankazinn* (Zinn, das auf der Insel *Banka* in Indonesien gefördert wird) zum Preis 299,50 *M* für 100 kg frei Haus für Anfang November 1914 wegen der Preissteigerung infolge des Kriegs nicht anerkannt.

Nach RGZ 99, 258 gab dem Vermieter, der den drei *Mietern Räume seines Fabrikwesens* nebst Betriebskraft und Beleuchtung bis zu den Jahren 1921, 1922 und 1924 vermietet hatte, die außerordentliche Steigerung der Preise für die Beschaffung von Elektrizität und Dampfkraft kein Recht, sich vom Vertrag loszusagen.

In RGZ 100, 134 wurde der Verkäufer, der Alleinvertreter einer Motorwagenfabrik war und im Februar 1919 für 12.000 *M* einen *Motorwagen* verkauft hatte, von seiner Lieferpflicht nicht befreit, obwohl der Anschaffungspreis inzwischen *um* 13.292,25 *M* gestiegen war.

In RGZ 102, 98 hatte der Verkäufer am 4. Februar 1913 dem Käufer ein gerichtlich beurkundetes Kaufangebot hinsichtlich seines *Hausgrundstücks* gemacht; Der Kaufpreis sollte 18.400 *M* betragen, falls das Grundstück aber zur Zeit des Zustandekommens des Kaufs einen wesentlich höheren Wert erlangt haben sollte, als es damals besaß, sollte nach dem Angebot der Kaufpreis auf 19.000 *M* erhöht werden. Der Verkäufer hielt sich nach dem Vertrag bis zum 1. Oktober 1922 an das Kaufangebot gebunden. Am 31. März 1920 nahm der Käufer das Angebot an und bewilligte hierbei einen Kaufpreis von 19.000 *M*. Trotz der durch den Krieg und die Revolution herbeigeführten Veränderung der Verhältnisse wurde der Klage des Käufers auf Verurteilung des Verkäufers zur Bewilligung der Überschreibung des Grundstücks stattgegeben.

Die Rechtsprechung berief sich dabei vor allem darauf, dass die sog. *clausula rebus sic stantibus* als allgemeiner Grundsatz in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen und auch von der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht anerkannt worden sei¹⁵⁾.

Aber unter dem Eindruck der Kriegs- und Nachkriegsereignisse nach dem 1. Weltkrieg wurde eine Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht angenommen, wenn ihm die Erbringung der Leistung nicht mehr zugemutet werden konnte.

RGZ 94, 45: Der Verkäufer war vom 13. Februar 1914 an verpflichtet, dem Käufer auf Abruf 10.000 kg *Kupferdraht* zu liefern. Im September und Oktober 1914 wurden die gesamten Kupferbestände, vorhandene und später hinzukommende, des Verkäufers beschlagnahmt. In Briefen vom Januar 1915 einigten sich die Parteien dahin, dass die Lieferung bis zum Friedensschluss mit England hinausgeschoben werde. Im Juli 1915 und wiederholt im Mai 1916 erklärte der Verkäufer dem Käufer, dass er mit Rücksicht auf die weitere Entwicklung des Kriegs und die dadurch hervorgerufenen Verhältnisse den Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung als erloschen betrachte. Der Käufer erhob ohne Erfolg Klage auf die Leistung des Kupfers.

RGZ 94, 68: Der Verkäufer hatte dem Käufer auf Grund von vier vor dem Krieg abgeschlossenen Verträgen *indische Baumwolle* zu liefern. Die Verträge enthielten die Klausel, dass Krieg usw. den Verkäufer von der Lieferungspflicht befreien sollten. Als der Krieg tatsächlich ausbrach, war nur ein kleiner Teil der Baumwolle geliefert, und im Oktober 1914 vereinbarten die Parteien, dass die Lieferung des ganzen Rückstandes auf die Zeit nach dem Krieg verschoben werden solle. Nach dem Krieg erhob der Käufer ohne Erfolg Klage auf die Lieferung des Rückstandes.

RGZ 99, 115: Die Parteien schlossen 1914 vor Kriegsausbruch einen Vertrag, durch den sich der Verkäufer verpflichtete 440.000 bis 550.000 t *Schwefelkies* von Spanien nach Deutschland zu befördern. In den Vertrag wurde eine Klausel über die Fälle höherer Gewalt aufgenommen, wonach

15) RGZ 99, 258, 259.

insbesondere im Kriegsfall die Lieferungen bis zur Beseitigung des Hindernisses aufgeschoben und die rückständigen Mengen ohne Entschädigung annulliert werden könnten. Der Verkäufer erklärte am 9. Oktober 1917 seinen Rücktritt vom Vertrag. Der Klage des Käufers wurde nicht stattgegeben.

RGZ 100, 129: Der Vermieter hatte dem Mieter 1912 *Geschäftsräumlichkeiten* bis zum 1. April 1915 vermietet. Nach dem Vertrag hatte der Mieter Anspruch auf Abgabe von Wasserdampf für gewerbliche Zwecke. Der Vermieter erachtete sich wegen der seit dem Vertragsabschluss wesentlich veränderten Verhältnisse auf dem Kohlen- und Arbeitsmarkt für berechtigt, für den gelieferten Dampf eine Nachzahlung zu fordern, und der Klage wurde stattgegeben.

RGZ 101, 79: Der Verkäufer hatte sich am 23. April 1915 verpflichtet, dem Käufer „voraussichtlich im September dess. Jahres oder, falls bis dahin der Friede nicht eingetreten ist, möglichst gleich nach Eintritt des Friedens“ eine 18/48 PS. Adler-Limousine, Sporttype, allerneustes Modell, unter Zurücknahme des gebrauchten 13/30 PS. Wagens des Käufers, in gutem fahrbaren Zustande mit Reifen, sowie gegen eine Aufzahlung von 13.720 M zu liefern. Der Verkäufer hat vom Käufer den gebrauchten Wagen zurückerhalten, der vom Verkäufer bald nach Empfang für 6.000 M weiter verkauft worden ist. Im März 1919 verlangte der Verkäufer vom Käufer Erhöhung der Vergütung für den Wagen. Der Käufer lehnte dies ab. Seine Klage, festzustellen, dass der Verkäufer eine Adler-Limousine gegen Zahlung von 13.720 M zu liefern habe, bleibt jedoch ohne Erfolg.

Die hier genannten Urteile, die im Ergebnis eine Lösung des Schuldners vom Vertrag anerkannten, beruhen in erster Linie auf der Anwendung der § 157 BGB [Auslegung von Verträgen] und § 242 BGB [Leistung nach Treu und Glauben]. Im Mittelpunkt der Entscheidungen stand die *wirtschaftliche Bedeutung* der Leistung. Das Gericht befand, dass die Leistung eine *wesentlich andere* sein würde, als die Vertragsparteien ursprünglich geplant hatten¹⁶⁾ oder aber die Durchführung des Vertrages infolge der wirtschaftlichen Veränderung für einen Vertragsteil *ruinös* zu

16) RGZ 101, 79, 80: „... in Gemäßheit ihres Inhalts oder ihrer wirtschaftlichen Bedeutung eine wesentliche andere sein würde, als die Vertragsparteien bedungen haben...“

werden drohte¹⁷⁾. Der Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit als Grund der Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht wurde hingegen kaum erörtert¹⁸⁾.

Das Reichsgericht verwahrte sich allerdings dagegen, diesen Entscheidungen eine Regel dahingehend zu entnehmen, dass jede unvorhersehbare größere Umwälzung auf wirtschaftlichem Gebiet einem Vertragsteil das Recht gäbe, sich vom Vertrag zu lösen. Insbesondere für bloße Inflationsfolgen wurde ein solches Recht regelmäßig ausgeschlossen¹⁹⁾.

Probleme dieser Art werden auch gegenwärtig nicht als Unmöglichkeitsprobleme angesehen. Sie werden vielmehr nach § 242 BGB²⁰⁾ oder nach den Grundsätzen der Lehre²¹⁾ vom *Wegfall der Geschäftsgrundlage* gelöst, die seit den 20er Jahren bei der unsicheren Abgrenzung der wirtschaftlichen Unmöglichkeit eine wichtige Rolle spielt und auch nach dem 2. Weltkrieg von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist²²⁾.

Im Gegensatz dazu sind die Auffassungen in der deutschen Rechtswissenschaft weiterhin geteilt. *Oertmann* hat empfohlen, die Anwendung der §§ 275ff. BGB auf die Fälle der eigentlichen Unmöglichkeit im strengeren Sinne zu begrenzen. In den Fällen der oben dargelegten „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ befürwortet er, dem Schuldner mit einer „Einrede aus eigenem gewichtigen Interesse“ zu helfen²³⁾.

Im gleichen Zusammenhang hat *Heck* das Schlagwort von der „Opfergrenze“ geprägt. Soweit sie überschritten werde, könne der Schuldner nach den Regeln des

17) RGZ 99, 258, 260: „... die Durchführung eines langfristigen Vertrags infolge der wirtschaftlichen Veränderungen für diesen Vertragsteil ‚geradezu ruinös‘ zu werden droht.“; RGZ 102, 98, 100: „... die Durchführung eines langfristigen Vertrags infolge der wirtschaftlichen Veränderungen ‚geradezu ruinös‘ für den einen Vertragsteil zu werden drohe“.

18) *Soergel-Wiedemann*: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht I, Stuttgart 1990, § 275 Rdz. 38.

19) RGZ 92, 322, 324; RGZ 95, 41, 43; RGZ 99, 258, 259: „... Daraus folgt aber nicht, dass jede größere Umwälzung auf wirtschaftlichem Gebiete, mag sie auch unvorhergesehen und unvorhersehbar gewesen sein, dem Vertragsteile, dem sie nachteilig ist, das Recht gibt, sich vom Verträge loszusagen. Im Falle einer Preissteigerung, ... , ist ein solches Recht regelmäßig, ..., zu versagen“.

20) *Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1. Allgemeiner Teil., 14. Aufl., München 1987., § 21 I e; *Fikentscher*, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin 1997, § 42 IV 1.

21) RGZ 103, 328, 332: „Allgemein kommt es, ..., immer darauf an, ob die Grundlage des Geschäfts im Sinne einer beim Geschäftsschluß zutage getretenen Vorstellung der Beteiligten über den Bestand gewisser maßgebender Verhältnisse hinfällig geworden ist.“

22) *Medicus*, a.a.O., § 33 II 2.

23) *Oertmann*, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, 3. u. 4. Aufl., Berlin 1910, Anm. 3 a vor § 275, S. 99.

Unvermögens von seiner Leistungspflicht befreit werden²⁴⁾.

In jüngster Zeit unterscheidet man normalerweise streng zwischen Unerschwinglichkeit auf der einen und Unmöglichkeit nach § 275 BGB auf der anderen Seite²⁵⁾. Dagegen sieht *Emmerich* in der Anerkennung der übermäßigen Leistungerschwerung als Befreiungsgrund für den Schuldner keinen Widerspruch zum gesetzlichen System der Leistungsstörungen²⁶⁾.

II. Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

An die Unmöglichkeit der Leistung knüpfen hauptsächlich zwei Rechtsfolgen an: Entstehen eines Sekundäranspruchs (§§ 280, 281 Abs. 1, 283, 307 BGB) und Erlöschen des Primäranspruchs (§ 275 BGB [Sonderregelung dazu: § 279 BGB], § 306 BGB).

1. Anfängliche objektive Unmöglichkeit

Wenn der Gesetzgeber vernünftig ist, kann er den Schuldner nicht zu etwas Unmöglichem verpflichten²⁷⁾. Daher ist ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig und der Primäranspruch entsteht nicht (§ 306 BGB: Nichtentstehensgrund des Primäranspruchs). In den Motiven zur Entstehung des BGB heißt es insoweit: „In Ermangelung der Möglichkeit der Leistung fehlt es dem Verträge am Gegenstande“²⁸⁾. Heute ist man sich einig darüber, dass der Gesetzgeber des BGB diesen Grundsatz ohne weiteres aus dem römischen Recht übernommen hat²⁹⁾: Er hat danach auf den Ausspruch „impossibilium nulla

24) *Heck*, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (Nachdruck 1958), S. 85.

25) *Fikentscher*, a.a.O., S. 218; *Larenz*, a.a.O., § 21 I e; *Palandt-Heinrichs*: Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl., München 2000, § 275, Rdz. 12, S.327; *Staudinger-Löwisch*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255- 292, 13. Aufl., Berlin 1995, § 275 Rdz. 6, S. 209.

26) *MünchKommBGB-Emmerich*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Aufl., München 1994, Vor § 275, Rdz. 25.

27) *Enneccerus-Lehmann*, Schuldrecht, 14. Aufl., 1954, § 29, S. 122.

28) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II Berlin 1888, S. 176.

29) *Rabel*, Ernst: Unmöglichkeit der Leistung, in: *Ernst Rabel* Gesammelte Aufsätze, Bd. 1, Tübingen 1965, Unmöglichkeit, S. 3; *Esser-Schmidt*: Schuldrecht : ein Lehrbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil Teilbd. 1. Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen., 8. Aufl., Heidelberg 1995, § 22 III; *Fikentscher*, a.a.O., § 43 II 1, S. 222; *Palandt-Heinrichs*, a.a.O., § 306, Rdz. 1, S. 384; *MünchKomm-Thode*, a.a.O., § 306, Rdz. 1; *Jauernig-Vollkommer*, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., München 1999, § 306, Rdz. 1.

obligatio est“ (D. 50. 17. 185) zurückgegriffen, der dem berühmten Juristen *Celsus* zugeschrieben wird.

Soweit die Unmöglichkeit nur vorübergehender Natur ist, kann der Vertrag wirksam bleiben, falls die vorübergehend unmögliche Leistung später möglich werden kann und der Vertrag für diesen Fall abgeschlossen ist (§ 308 Abs. 1 BGB). Die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertrags (§ 306 BGB) hängt nicht davon ab, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, oder ob er sie kennt oder kennen muss. Die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Schuldners beeinflusst vielmehr das Problem des Schadensersatzes. Wenn der Schuldner Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Gläubiger dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB: Entstehungsgrund des Sekundäranspruchs), es sei denn, dass auch der Gläubiger die Unmöglichkeit kannte oder sie kennen musste (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

2. Nachträgliche objektive Unmöglichkeit

Wenn die Leistung nachträglich (d.h. nach Entstehung des Anspruchs) infolge eines Umstandes objektiv unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, wird er von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 275 Abs. 1 BGB: Erlöschensgrund des Primäranspruchs).

Der Anspruch des Gläubigers (bzw. die Verpflichtung des Schuldners) auf die unmöglich gewordene ursprüngliche Leistung erlischt. Denn es wäre sinnlos, einen Anspruch (bzw. eine Leistungspflicht) aufrechtzuerhalten, den keiner erfüllen kann. Jedenfalls die Verurteilung eines insoweit stattgebenden Urteils wäre ausgeschlossen³⁰⁾. Zu einer Leistung, die unstreitig nicht möglich ist, darf daher auch niemand verurteilt werden³¹⁾.

Sofern der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, wird er nicht nur von der Verpflichtung zur ursprünglichen Leistung frei, sondern er ist dem Gläubiger auch nicht schadensersatzpflichtig. Daher wird die Unmöglichkeit des § 275 Abs. 1 BGB auch als *Befreiungsgrund* bezeichnet³²⁾.

Es ist dabei nicht bedeutend, auf welcher Rechtsgrundlage der Anspruch des Gläubigers beruht: Die Vorschrift § 275 Abs. 1 BGB ist sowohl auf vertragliche wie auch auf gesetzliche Ansprüche anwendbar.

Auf folgende Art und Weise wird § 275 Abs. 1 BGB darüber hinaus auch auf

30) BGHZ LM BGB § 283 Nr. 2.

31) RGZ 54, 28, 33; RGZ 107, 15, 18; RGZ 160, 257, 263; BGHZ 62, 388, 393; BGHZ 68, 372, 377.

32) *Jauernig-Vollkommer*, a.a.O., § 275, Rdz 1.

gegenseitige Verträge angewandt: Der Verkäufer einer zufällig untergegangenen bestimmten Sache wird nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Übereignung der Sache frei und braucht dem Käufer keinen Schadensersatz zu leisten. Daher trägt der Gläubiger die Gefahr der Unmöglichkeit der Leistung. Das in § 275 Abs. 1 BGB geregelte Schicksal der ursprünglichen Leistungspflicht wird als *Leistungsgefahr* bezeichnet. Im Gegensatz dazu wird das Problem, ob der Gläubiger trotz Nichterhaltens der ursprünglichen Leistung (der bestimmten Sache) die von ihm versprochene Gegenleistung (Preiszahlung) erbringen muss, als *Preisgefahr* bezeichnet (§§ 323, 324 BGB). Gemäß § 323 Abs. 1 BGB wird im Falle des Löschens der Leistungspflicht des Schuldners auch der Gläubiger von seiner eigenen Verbindlichkeit frei. Die Preisgefahr trägt folglich der Schuldner. Wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat, behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 324 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Wenn der Schuldner dagegen die nachträgliche objektive Unmöglichkeit zu vertreten hat, so hat er dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 280 Abs. 1 BGB: Entstehensgrund des Sekundäranspruchs). Bei einem gegenseitigen Vertrag kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§ 325 Abs. 1 Satz 1 BGB).

3. Anfängliche subjektive Unmöglichkeit

Für den Fall der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit enthält das BGB keine ausdrückliche Regelung. Aber die Nichtigkeitsanordnung des § 306 BGB beschränkt sich auf die objektiv unmögliche Leistung. Bei anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit ist der Vertrag also nicht nach § 306 BGB nichtig.

Selbstverständlich kann der Schuldner auch im Falle anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit nicht zu einer Leistung verpflichtet bleiben, deren Erbringung ihm unmöglich ist (Nichtentstehensgrund des Primäranspruchs). Im Unterschied zur nachträglichen objektiven und subjektiven Unmöglichkeit kommt in diesem Falle jedoch eine Einstandspflicht in Betracht, die inhaltlich auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet ist (Entstehensgrund des Sekundäranspruchs).

Streitig ist im deutschen Recht jedoch, unter welchen Voraussetzungen diese Einstandspflicht des Schuldners anzuerkennen ist. Das Gesetz enthält diesbezüglich keinerlei Hinweise. Eine Meinung in der Rechtswissenschaft will die Haftung des Schuldners analog zum nachträglichen Unvermögen nur bei Vertretenmüssen eintreten lassen³³⁾. Demgegenüber ist der Standpunkt der Rechtsprechung³⁴⁾, dem

33) Esser, Josef / Schmidt, Eike: Schuldrecht : ein Lehrbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil Teilbd. 2.

sich der größte Teile angeschlossen hat³⁵⁾, sehr viel strenger. Regelmäßig soll eine verschudensunabhängige *Garantiehafung* eintreten. Zur Begründung wird angeführt, das Leistungsversprechen des Schuldners lasse sich dahin verstehen, er garantiere sein persönliches Leistungsvermögen im Zeitpunkt seines Versprechens. Eine dritte Auffassung versucht, eine vermittelnde Lösung dieses Problems zu entwickeln, um dem Schuldner eine als zu hart empfundene Garantiehafung zu ersparen. Nach dieser Meinung könne dem Leistungsversprechen des Schuldners keine Garantie für die Abwesenheit von Leistungshindernissen zugemutet werden, die nicht aus seinem eigenen Bereich stammen. Denn für Risiken außerhalb seines Geschäftskreises könne und wolle der Schuldner regelmäßig nicht einstehen. Mit dieser Beschränkung wird die Garantiehafung des Schuldners zu einer Verantwortlichkeit für die Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreises³⁶⁾.

Schließlich ist festzuhalten, dass es sich bei der hier skizzierten Haftung bei anfänglichem Unvermögen in jeder Hinsicht nur um dispositives Recht handelt. Der Schuldner kann daher seine Haftung durch Vereinbarung mit seinem Vertragspartner einschränken.

4. Nachträgliche subjektive Unmöglichkeit

Für die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit ordnet § 275 Abs. 2 BGB an, dass Gleiches wie bei nachträglicher objektiver Unmöglichkeit gilt, d.h. der Schuldner, der die subjektive Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, wird nicht nur von seiner ursprünglichen Leistungspflicht befreit (§ 275 Abs. 1 BGB: Erlöschensgrund des Primäranspruchs), sondern er ist dem Gläubiger auch nicht schadensersatzpflichtig.

Wenn der Schuldner dagegen die subjektive Unmöglichkeit zu vertreten hat, so steht dem Gläubiger nach § 280 BGB ein Schadensersatzanspruch zu (Entstehungsgrund des Sekundäranspruchs). Eine Sonderregelung enthält § 279 BGB für die subjektive Unmöglichkeit bei Gattungsschulden. Hier hat der Schuldner seine subjektive Unmöglichkeit auch dann zu vertreten, wenn ihn kein Verschulden trifft. Voraussetzung ist nur, dass die Leistung aus der Gattung überhaupt noch möglich ist, also nicht etwa die gesamte Gattung untergegangen ist.

Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrheitigkeit beim Schuldverhältnis., 8. Aufl., Heidelberg 1995, § 22 III; *Emmerich*, a.a.O., Leistungsstörungen, § 3 IV 2 c.

34) RG 69, 355, 357; BGHZ 11, 17, 22; BGHZ LM BGB § 651 Nr. 5.

35) *Larenz*, a.a.O., § 8 II; *Medicus*, a.a.O., § 33 IV 3; *Palandt-Heinrichs*, a.a.O., § 306 Rdz 4.

36) *Larenz* § 8 II S. 103; *Medicus*, a.a.O., § 33 IV 3.

Solange dies nicht der Fall ist, muss sich der Schuldner Sachen aus der geschuldeten Gattung beschaffen. D.h. hier bei Gattungsschulden ist die subjektive „Unmöglichkeit“ keine echte Unmöglichkeit, die als Entstehungsgrund oder Erlöschensgrund des Anspruchs eine Rolle spielen könnte.

Wie wir gesehen haben, sind die Begriffe der Unmöglichkeit der Leistung hauptsächlich Bestandteile der Tatbestände für das Entstehen und Erlöschen eines (Primär- oder Sekundär-) Anspruchs und damit eigentlich materielle Begriffe. Auf dem ersten Blick scheint das BGB daher auf die Verbindung mit dem Prozessrecht nicht viel Rücksicht genommen zu haben. Aber das BGB enthält immerhin in Gestalt der §§ 282 und 283 BGB zwei Vorschriften dazu, die im folgenden zu untersuchen sind.

5. Japanisches Recht

In Japan fehlen sowohl Vorschriften, die die anfängliche Unmöglichkeit regeln (§§ 306-308 BGB), wie auch Vorschriften, die die Befreiung des Schuldner bei einer nicht zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit regeln. Es gibt nur einen Paragraphen, der § 280 BGB entspricht:

§ 415 jap. BGB [Schadensersatz]

Leistet der Schuldner nicht dem wesentlichen Inhalt der Schuld entsprechend, so kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen. Dasselbe gilt, wenn die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist.

Trotzdem gilt für die anfängliche objektive Unmöglichkeit nach h.M. und Rechtsprechung die gleiche Regel wie im BGB: Nichtigkeit des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag und Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Schuldners. Insoweit ist die deutsche Regel 1928³⁷⁾ übernommen worden.

Trotz des Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift ist in der japanischen Lehre die Unterscheidung zwischen der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit seit 1911³⁸⁾ bekannt. Jedoch wird die subjektive Unmöglichkeit genauso wie die objektive nachträgliche Unmöglichkeit gelöst: Nur bei Vertretenmüssen des Schuldners tritt die Haftung ein.

37) *Ishida*, Bunjirō: Lehre der negativen Schadensersatz, 1928 (Japanisch).

38) *Ishizaka*, Otoshirō: Lehre der Unmöglichkeit, 1911 (Japanisch).

§ 3 Erleichterung der prozessualen Durchsetzung der Ansprüche bei Unmöglichkeit

I. § 282 BGB: Beweislast bei Unmöglichkeit

1. Grundgedanken

Nach § 282 BGB trägt der Schuldner die Beweislast, wenn streitig ist, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes ist. Bei der nachträglichen Unmöglichkeit kommt es hauptsächlich darauf an, ob der Schuldner sie zu vertreten hat, weil nur dann der Schuldner nämlich nach §§ 280 und 325 BGB zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist.

Wenn streitig ist, ob überhaupt Unmöglichkeit vorliegt oder nicht, trägt derjenige die Beweislast, der Rechte aus der Unmöglichkeit herleiten will, also der Gläubiger, wenn er auf Schadensersatz klagt, oder der Schuldner, wenn er gegenüber der Erfüllungsklage Unmöglichkeit einwendet³⁹⁾.

Auch das Vertretenmüssen durch den Schuldner wäre nach allgemeinen Regeln als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs vom Gläubiger konkret zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Um diesen Beweis führen zu können, müsste der Gläubiger zunächst den Unmöglichkeitsgrund kennen. Da dieser aber eher in der Sphäre des Schuldners liegt, wird ihm diese notwendige Kenntnis zumeist fehlen. Wenn man dem Gläubiger zumuten wollte, das Verschulden des Schuldners zu beweisen, würde der Gläubiger also nicht selten in einen Beweisnotstand geraten. Außerdem ist nach Auffassung des BGH der Schuldner ohnehin selbst am besten in der Lage, die Gründe der eingetretenen Unmöglichkeit vorzutragen und notfalls zu beweisen⁴⁰⁾.

Jedoch gilt die Regelung auch dann, wenn die Ursache der Unmöglichkeit auch für den Schuldner nicht aufklärbar ist. Somit lässt sich feststellen, dass diese Beweislastregel einen Bestandteil des vom Schuldner mit Eingehung der Verbindlichkeit übernommenen Leistungsrisikos darstellt⁴¹⁾. Dieses hinter der Regelung des § 282 BGB stehende Prinzip wird deshalb als Garantieprinzip

39) Allgemeine Meinung. Statt aller *Palandt-Heinrichs*, a.a.O., § 282, Rdz. 1.

40) BGH NJW 1965, 1583, 1584.

41) MünchKomm-Emmerich, a.a.O., § 282, Rdz. 3; *Medicus*, a.a.O., § 33 V 1; *Palandt-Heinrichs*, a.a.O., § 282, Rdz. 1; *Raape*, Leo: Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP Bd. 147 (1941), S. 217, 222.

bezeichnet⁴²⁾.

Nach *Raape* kommt dazu aber noch ein anderer Grund:

Im Leben sei es so, dass, wer sein Wort nicht einlösen könne, und sei es auch nur das Versprechen, den anderen zu einer gewissen Stunden zum Spaziergang abzuholen, sich bei diesem entschuldige. Wenn er sich nicht entschuldige, gelte er als *unhöflich*, mehr als das, er bringe sich in den Ruf der Unzuverlässigkeit, in den Schein eines Mannes, der sein Wort breche. Was so *im Leben* gelte, sei auch für das Recht maßgebend, denn die Gesetze sollten sich an das halten, was *im Leben Moral und gute Sitte* fordern.⁴³⁾

§ 282 BGB wird überwiegend als Beweislastumkehr zu Lasten des Schuldners ausgelegt⁴⁴⁾. Daran kann man insoweit zweifeln, ob § 282 BGB an sich nur die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt, dass ein Schuldner, der sich gegenüber dem Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruch des Gläubigers auf einen befreienden Umstand beruft, diese Tatsache beweisen muss.

Sodann, was nun § 282 BGB⁴⁵⁾ angeht, so kann man nicht die Vorschrift etwa damit erklären, dass eine Art „Vermutung“ für das Verschulden des Schuldners spreche. Denn die Lebenserfahrung rechtfertigt nicht eine solche Vermutung; umgekehrt wird sie durch das Leben eher widerlegt. Es kommt nämlich oft vor, dass der Schuldner ohne Verschulden nicht erfüllen kann⁴⁶⁾.

Nach herrschender Meinung muss der Schuldner beweisen, dass er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Er trägt außerdem die Behauptungslast. Der Schuldner muss also zunächst einmal angeben, aus welchem Grund ihm die Leistung unmöglich geworden ist und dass er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Denn ohne eine solche Behauptungslast des Schuldners wäre der Gläubiger, der den Unmöglichkeitsgrund nicht kennt, zu reinen Mutmaßungen und letztlich zu Behauptungen ins Blaue hinein gezwungen⁴⁷⁾.

42) *Wahrendorf*, Volker: Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1976, S. 100.

43) *Raape*, a.a.O., S. 222.

44) *Stoll*, Hans: Die Beweislastverteilung bei Positiven Vertragsverletzungen, in: Festschrift für *Fritz von Hippel*, Tübingen 1967, S. 517, 531; *Palandt-Heinrichs*, a.a.O., § 282, Rdz. 2.

45) Und ebenso § 285 BGB. § 285 BGB bestimmt für den Verzug die gleiche Beweislast des Schuldners für das Nichtvertretenmüssen.

46) *Raape*, a.a.O., S. 222.

47) *Medicus*, a.a.O., § 33 V 1.

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des § 282 BGB erstreckt sich auf alle vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse einschließlich der gegenseitigen Verträge. Keine Rolle spielt es, welche Rechtsfolgen der Gläubiger aus der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit herleiten will. Die Beweisregel des § 282 BGB findet folglich nicht nur Anwendung, wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, sondern ebenso, wenn er ein Rücktrittsrecht geltend macht⁴⁸⁾. Gleichgültig ist auch, ob Voll- oder Teilunmöglichkeit vorliegt, wobei zur Teilunmöglichkeit jedenfalls im Sinne des § 282 BGB insbesondere auch die Schlechterfüllung zählt⁴⁹⁾. Es ist nämlich unerheblich, ob der Schuldner die fragliche Sache überhaupt nicht mehr oder nur noch in beschädigtem Zustande herausgeben kann.

Die Bestimmung des § 282 BGB ist weiterhin auch bei einem Verstoß gegen Unterlassungspflichten anwendbar. Denn nachdem der Schuldner dieser Pflicht zuwider gehandelt hat, ist ihm die Erfüllung unmöglich geworden. § 282 BGB ist daher auf die Beweislast bezüglich des Verschuldens bei Verletzung der Unterlassungspflicht anzuwenden⁵⁰⁾.

Ohne Bedeutung ist schließlich die im konkreten Fall vorliegende Klageart sowie die daraus folgende formelle Parteistellung im Prozess. § 282 BGB findet ebenso Anwendung, wenn der Gläubiger auf Leistung klagt wie wenn der Schuldner die Feststellung beantragt, dass er wegen einer von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung frei geworden ist⁵¹⁾.

Auf der anderen Seite ist der Anwendungsbereich des § 282 BGB jedoch insoweit beschränkt, als diese Vorschrift nur bei der nachträglichen Unmöglichkeit gilt. Dies ergibt sich aus der Stellung im Gesetz. Bei anfänglicher objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit ist die Vorschrift hingegen unanwendbar. Auch in diesen Fällen steht der Schuldner jedoch nicht besser. Im ersten Fall muss er den Tatbestand des § 306 BGB beweisen⁵²⁾, im letzten trifft ihn für die übernommene Leistungsverpflichtung ohnehin eine Einstandspflicht ohne Verschulden⁵³⁾.

48) RG HRR 1935 Nr. 1127.

49) BGHZ 3, 162, 174.

50) *Baumgärtel-Strieder*: Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil und Schuldrecht BGB mit VOB, HOAI, KSchG und ProdhaftG, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1991, § 282 Rdz. 14; *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 282 Rdz. 6.

51) MünchKomm-*Emmerich*, a.a.O., § 282, Rdz. 7.

52) *Baumgärtel-Strieder*, a.a.O., § 282 Rdz. 13.

53) *Baumgärtel-Strieder*, a.a.O., § 282 Rdz. 12; *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 282 Rdz. 5.

3. Entlastungsbeweis

Die Anwendung des § 282 BGB setzt voraus, dass die Unmöglichkeit der Leistung feststeht. Der Schuldner muss beweisen, dass die Unmöglichkeit durch keinen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht wurde. Nach heute allgemeiner Ansicht eröffnet das dem Schuldner die Möglichkeit eines doppelten Entlastungsbeweis: Er kann sich zum einen entlasten, indem er entweder beweist, dass der von ihm gegebenenfalls zu vertretende Umstand für die Unmöglichkeit nicht *kausal* ist. Denn nach dem Wortlaut der Vorschrift muss die Unmöglichkeit der Leistung gerade eine Folge des vom Schuldner zu vertretenden Umstands sein. Zum anderen bleibt ihm die Möglichkeit nachzuweisen, dass er den die Unmöglichkeit verursachenden Umstand nicht *zu vertreten habe*.

Hinsichtlich dieser beiden Fragen geht die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts zu Lasten des Schuldners, das heißt das *Verschulden* sowie die *Kausalität* zwischen Unmöglichkeit und Verschulden werden vermutet. Der Gläubiger trägt im Vergleich dazu die Beweislast für die Unmöglichkeit der Leistung sowie für die Kausalität zwischen Unmöglichkeit und eingetretenem Schaden⁵⁴⁾.

Versucht der Schuldner, die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises hinsichtlich der Kausalität zu nutzen, so muss er zunächst die Ursache der Unmöglichkeit aufklären und im Anschluss daran nachweisen, dass sie seinem Einflussbereich nicht zugerechnet werden kann. Bleibt hingegen offen, auf welcher Ursache die Unmöglichkeit beruht, so geht dies zu seinen Lasten, das heißt, es wird vermutet, dass er die Unmöglichkeit verursacht hat. In diesem Fall kann der Schuldner noch versuchen nachzuweisen, dass er die Ursache nicht zu vertreten hat.

Der Nachweis, dass der zur Unmöglichkeit führende Umstand seinem Einflussbereich nicht zuzurechnen ist, dürfte dem Schuldner regelmäßig sehr schwer fallen. Der negative Entlastungsbeweis kann nur gelingen, wenn er beweist, dass er sämtliche ihm obliegenden Sorgfaltspflichten lückenlos erfüllt hat. Diese Anforderungen erschienen jedoch zu streng. Dem Schuldner wird daher eine gewisse Erleichterung gewährt, die aber letztlich nicht so weit gehen darf, dass die Unaufklärbarkeit zu Lasten des Gläubigers geht⁵⁵⁾. Nach herrschender Meinung soll es genügen, wenn der Schuldner eine hinreichende Wahrscheinlichkeit nachweist, dass er die Ursache der Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat; die bloße Möglichkeit hierfür genügt indes nicht⁵⁶⁾.

54) *Baumgärtel-Strieder*, a.a.O., § 282 Rdz. 4, 5; *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 282 Rdz. 10, 11.

55) *Motive*, a.a.O., II, S. 48.

56) RGZ 74, 342, 344; BGH LM Nr. 6; *Baumgärtel-Strieder*, a.a.O., § 282 Rdz. 6, 9; *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 282 Rdz. 12-14.

Obwohl der BGH nicht allgemein bejaht, dass § 282 BGB auch für einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung analog anwendbar ist, bejaht der BGH in einzelnen Fällen auf die Art der Vertragsbeziehung und der Schadensquelle abstellend die Beweislast des Schuldner für das Nichtverschulden, während nach einer verbreiteten Ansicht⁵⁷⁾ in der Literatur der Analogie zugestimmt wird⁵⁸⁾.

4. Reformvorschläge

Der Entwurf der Akademie für Deutsches Recht (1936) wollte die Beweislastregel auf alle Fälle der Nichterfüllung erweitern⁵⁹⁾.

Nach der Schuldrechtsreform soll § 282 BGB inhaltlich beibehalten werden, allerdings an die Stelle der Einzelregelung des § 282 BGB eine einheitliche Beweislastregel für Leistungsstörungen treten⁶⁰⁾, indem der Aufbau der Vorschrift korrigiert wird⁶¹⁾:

§ 280 Schadensersatz bei Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Nach der allgemeinen Regel trifft hier den Schuldner die Beweislast. Nach wie vor trägt nämlich jede Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm⁶²⁾: „Wer einen Anspruch geltend macht, hat diejenigen Thatsachen anzuführen und zu beweisen, welche der Regel nach geeignet sind, den Schluß auf die Entstehung des erhobenen Anspruchs zu rechtfertigen.“ „Die Geltendmachung und der Beweis der rechtsaufhebenden und rechtshindernden Thatsachen ist ebenso Aufgabe der Gegenpartei, wie die Geltendmachung und der Beweis der Einredethatsachen im engeren Sinne.“⁶³⁾

57) Vgl. *Raape*, a.a.O., S. 218, Nach *Raape* muss der Gläubiger eine objektive Pflichtwidrigkeit beweisen, während der Schuldner den Mangel der subjektiven Pflichtwidrigkeit beweisen muss.

58) *Stein-Jonas-Leipold*: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, 20. Aufl., Tübingen 1984, Bd. 3, 21. Aufl., Tübingen 1996, § 286 Rdz. 86a.

59) *Stoll*, Heinrich, a.a.O., S. 66, 67.

60) *Schuldrechtskommission-Huber*: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln 1981, S. 781.

61) Bundesministerium der Justiz: Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Stand: 4. August 2000, S. 16.

62) *Musielak*, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, 4. Aufl., München 1998, § 6 VII. Rdz. 464.

63) *Motive*, a.a.O., I, S. 382.

5. Japanisches Recht

Das japanische BGB enthält keine Vorschrift, die § 282 BGB entspricht. Trotzdem trifft nach der Rechtsprechung die Beweislast den Schuldner⁶⁴⁾.

II. § 283 BGB: Fristsetzung nach Verurteilung

1. Normzweck

Eine dem § 283 BGB entsprechende Vorschrift war im von *Kübel's* vorgelegten Redaktorenentwurf des BGB noch nicht enthalten. Sie wurde erst bei den Beratungen der ersten Kommission neben den Vorschriften der §§ 275 [Nicht zu vertretende Unmöglichkeit] und 280 [Haftung bei zu vertretender Unmöglichkeit] aufgenommen⁶⁵⁾. Auf diese Weise wollten die Verfasser des BGB erreichen, dass der Gläubiger vom Erfüllungs- zum Schadensersatzanspruch übergehen kann, ohne zuvor die Zwangsvollstreckung erfolglos versucht zu haben⁶⁶⁾. Nach der Konzeption des Gesetzgebers sollte nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist die *Fiktion* eintreten, die Leistung sei aus einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden. Bei diesem Vorschlag ist es abgesehen von kleineren redaktionellen Änderungen im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens geblieben⁶⁷⁾.

Gedanklicher Ausgangspunkt der Regelung des § 283 BGB ist die missliche Lage des Gläubigers, wenn der Schuldner die fällige Leistung nicht erbringt. Erkennbar ist in diesem Falle nur, dass der Schuldner nicht leistet, es bleibt dem Gläubiger jedoch regelmäßig verborgen, warum die Leistung unterbleibt. Insbesondere kann der Gläubiger nicht beurteilen, ob der Schuldner nicht leistet, weil er nicht leisten *kann*, oder weil er nicht leisten *will*, obwohl er es könnte.

Nach der Systematik des BGB bestimmen sich die Rechte des Gläubigers in solchen Fällen danach, ob dem Schuldner die Leistung noch möglich ist. Ist dies der Fall, so bleibt der Primäranspruch bestehen und der Gläubiger muss zu dessen Geltendmachung Klage erheben. Ist der Anspruch jedoch erloschen, so können sich für den Gläubiger bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 280 BGB) oder auf Herausgabe eines vom

64) Jap. BGHZ 13, 11, 1412, 1414; *Uchida*, Takashi: *Minpō III (Japanisches Schuldrecht; Allgemeiner Teil)*, Tokio 1996, S. 132.

65) Vgl. *Heck*, a.a.O., § 33, 12.

66) *Motive*, a.a.O., II, S. 53.

67) *Jakobs*, Horst Heinrich: *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, S. 287f.; *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 1.

Schuldner erlangten Ersatzes für die unmögliche Leistung (§ 281 BGB) ergeben, die ebenfalls durch Klage geltend zu machen sind.

Der Gläubiger wird in derartigen Zweifelsfällen zunächst auf die ursprüngliche Leistung (=Erfüllung) klagen. Behauptet der Schuldner im Laufe des Prozesses, die Erfüllung seiner Leistungspflicht sei ihm nach Entstehen der Verbindlichkeit unmöglich geworden, so kann der Gläubiger seine Klage auf Schadensersatz nach § 280 BGB oder Ersatz nach § 281 BGB umstellen. Eine solche Umstellung des Klageantrages ist ungeachtet der darin enthaltenen Änderung des Streitgegenstandes kraft gesetzlicher Regelung nicht als Klageänderung anzusehen und daher auch ohne die sonst gemäß § 263 ZPO erforderliche Zustimmung des Beklagten bzw. die Anerkennung als sachdienlich durch das Gericht zulässig.

Hat der Gläubiger indessen ein besonderes Interesse an der Erbringung der ursprünglich vereinbarten Leistung, so ist ihm ein solch rasches Ablassen vom Erfüllungsanspruch auf eine unbewiesene Behauptung des Schuldners hin nicht zumutbar⁶⁸⁾. Die Vorschrift des § 283 BGB will dem Gläubiger daher einen zusätzlichen Rechtsbehelf zur Verfügung stellen, mit dem er bei Nichtleistung des Schuldners statt Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Sie gehört systematisch zu den Regeln, die bei zu vertretender Unmöglichkeit oder Verzug einen solchen Schadensersatzanspruch gewähren; vgl. § 280 [Haftung bei zu vertretender Unmöglichkeit], § 325 [vom Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden beim gegenseitigen Vertrag] und §§ 286 Abs. 2 [Verzugsschaden], 326 [Verzug beim gegenseitigen Vertrag; Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung].

Die dort genannten Voraussetzungen, nämlich entweder eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit oder, im Fall des Verzugs, der Wegfall des Leistungsinteresses oder schließlich die Bedingungen des § 326 BGB brauchen jedoch nicht vorzuliegen; es kann vielmehr offenbleiben, ob die Nichtleistung des Schuldners auf Verzug oder Unmöglichkeit beruht.

Wenn der Schuldner z.B. die Unmöglichkeit der Leistung bestreitet, so kann der Schadensersatz verlangende, an sich beweispflichtige Gläubiger, der befürchten muss, den Nachweis der Unmöglichkeit nicht erbringen zu können, den Schuldner auf Erfüllung verklagen; nach dem obsiegenden Urteil kann er dem Schuldner eine Frist zur Leistung setzen. Leistet der Schuldner innerhalb der Frist nicht, kann der Gläubiger ohne weitere Voraussetzungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen⁶⁹⁾.

68) *Medicus*, a.a.O., § 33, 363.

69) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 2.

Überwiegend wurde die Norm früher im Anschluss an die Motive dahin erklärt, dass der Schuldner zu Schadensersatz verpflichtet sei, weil das Gesetz zugunsten des Gläubigers gewissermaßen *fingiere*, „die Leistung sei aus einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstände unmöglich geworden, woraufhin der Gläubiger sein Interesse wegen Nichterfüllung fordern kann“⁷⁰). Da der Fall der Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen ist, wäre terminologisch von einer unwiderleglichen Vermutung der Leistungsunmöglichkeit zu sprechen, die die Anwendung der Rechtsfolgen der zu vertretenden Unmöglichkeit rechtfertigt.

In anderer Hinsicht wurde die Vorschrift als Sonderfall des *Verzugs* verstanden⁷¹).

In der neueren Rechtslehre überwiegt die Ansicht, dass die (unterstellte oder fingierte) Unmöglichkeit nicht Haftungsgrund sei und sie daher auch nicht fingiert zu werden brauche, um den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung begründen zu können. Vielmehr müsse der Schuldner seinen Schutz vor Schadensersatzansprüchen verlieren, wenn nach Lage der Dinge als feststehend geltend könne, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit auch *freiwillig* nicht mehr erfüllen werde⁷²). Schließlich wird die Bedeutung der Vorschrift darin gesehen, dass sie sich erstens aus dem der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Grundsatz des Vorrangs der Naturalerfüllung *vor* dem Schadensersatzanspruch erklärt, aber zweitens der Vorrang *sinnlos* wird, sobald feststeht, dass der Schuldner *freiwillig* nicht mehr erfülle⁷³).

2. Anwendungsbereich

Die Vorschrift gilt grundsätzlich für alle schuldrechtlichen Ansprüche. Ausnahmen ergeben sich aus dem Leistungsinhalt.

a) Schadensersatzansprüche, die auf Naturalrestitution im Sinne des § 249 Satz 1 BGB gerichtet sind

Umstritten ist, ob die Vorschrift bei Schadensersatzansprüchen, die auf Naturalrestitution im Sinne des § 249 Satz 1 BGB gerichtet sind, anwendbar ist.

70) Motive, a.a.O., II, S. 53.

71) *Planck-Siber*: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd. 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914, § 283, Anm. 1 a. Der Schadensersatzanspruch sei der juristischen Struktur nach ein Verzugsanspruch, aber inhaltlich gehe der Anspruch auf Ersatz eines Unmöglichkeitsschadens.

72) *Heck*, a.a.O., § 33, 12; *Jakobs*, a.a.O., S. 49; ihm folgend *Schmidt*, ZZP 87, 49, 76.

73) *MünchKomm-Emmerich*, § 283, Rdz. 1,2; ihm folgend *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 3. Die unterschiedlichen Erklärungen der Bestimmung wirken sich auf ihre Anwendung nicht aus (*Soergel-Wiedemann*, a.a.O.).

Während die früher ganz herrschende Lehre⁷⁴⁾ dies verneinte und den Schadensersatzgläubiger auf § 250 BGB verwies, hat sich der BGH⁷⁵⁾ zuletzt für eine analoge Anwendung ausgesprochen.

Die herrschende Lehre hatte ihre ablehnende Ansicht damit begründet, dass § 283 BGB nur den Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung regelt, der Übergang vom Herstellungsanspruch zum Geldersatzanspruch (§ 250 BGB) aber *nicht* eine Umstellung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Herstellungsanspruchs darstelle. Dies zeige sich schon daran, dass hier dem Schuldner anders als nach § 283 Abs. 1 Satz 3 BGB kein Entlastungsbeweis zustehe⁷⁶⁾.

Dem hält der BGH entgegen:

„Die Interessenlage im Verhältnis vom Herstellungsanspruch zum Geldersatzanspruch entspricht der vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Auch dem Schadensersatzgläubiger muß die Möglichkeit gegeben sein, durch ein Herstellungsurteil die Schadensersatzpflicht feststellen zu lassen, um dann auf vereinfachtem Wege zu einem Geldersatzanspruch zu gelangen..., ohne erneut allen sachlichen Einwendungen gegen seinen Schadensersatzanspruch ausgesetzt zu sein.... Er hat grundsätzlich einen Anspruch auf Naturalrestitution und kann nicht gezwungen werden, sich sofort mit einem Geldersatzanspruch zu begnügen. Dann aber kann ihm nicht mit prozessualen Bedenken die Möglichkeit genommen werden, zunächst einmal diesen Herstellungsanspruch durchzusetzen und von § 283 BGB Gebrauch zu machen, falls das Leistungsurteil nicht zum Erfolg führen sollte“⁷⁷⁾

In der Tat ist die Situation des Gläubigers in beiden Fällen ähnlich: § 283 BGB gibt dem Gläubiger bei Ungewissheit über die Leistungsfähigkeit bzw. Leistungsbereitschaft des Schuldners die Möglichkeit, den Erfüllungsanspruch durch ein Urteil feststellen zu lassen und sodann Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Dieser Zustand der Ungewissheit besteht auch für einen Schadensersatzgläubiger, der in erster Linie an Naturalrestitution interessiert

74) *Planck-Siber*, a.a.O., § 283, Anm. 2 b; *Schmidt*, Karsten: Zivilprozessuale und materielle rechtliche Aspekte des § 283 BGB, ZZP Bd. 87 (1974), 49, 70.

75) BGHZ 97, 178.

76) *Planck-Siber*, a.a.O., § 283, Anm. 2 b.

77) BGHZ 97, 178, 182; ihm folgend *Palandt-Heinrichs*, a.a.O., § 283, Rdz. 3.

ist.

Der Unterschied liegt nun darin, dass im Falle des § 283 BGB der Schuldner bereits im Prozess über den Erfüllungsanspruch sämtliche sachlichen Einwendungen gegen den Schadensersatzanspruch erheben kann. Wenn er dies nicht tut, so haftet er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Im Gegensatz dazu wäre der Gläubiger im Falle des § 250 BGB erneut allen Einwendungen des Schuldners ausgesetzt. Überdies verliert er mit der Fristsetzung die Wahl zwischen Naturalrestitution und Geldersatz, so dass letztlich der Schuldner durch seine Nichtleistung über den Inhalt des Schadensersatzanspruchs entscheidet.

Wenn man sich dies vor Augen hält, so erscheint eine analoge Anwendung des § 283 BGB auf Schadensersatzansprüche richtig. Auch dem Gläubiger eines Herstellungsanspruchs ist analog § 283 BGB die Möglichkeit einzuräumen, zunächst seinen Herstellungsanspruch durchzusetzen und für den Fall, dass das Leistungsurteil nicht erfolgreich sein sollte, zu einem Geldersatzanspruch zu gelangen, ohne erneut allen Einwendungen gegen seinen Schadensersatzanspruch ausgesetzt zu sein⁷⁸⁾.

Schließlich ist § 283 BGB auch bei Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache anwendbar (§ 249 Satz 2 BGB), wenn der Gläubiger darlegen kann, dass und warum er zunächst Wiederherstellung verlangt. Wählt der Gläubiger allerdings den Primäranspruch, so ist er mit dem Erlass des Urteils an § 283 BGB gebunden und kann nicht mehr gemäß § 249 Satz 2 BGB Geldersatz verlangen⁷⁹⁾.

Gegenstandslos ist die Vorschrift bei der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, soweit mit Rechtskraft des Urteils bereits Erfüllung eintritt. Gleiches gilt für Zahlungsansprüche, da bei Geldforderungen eine Umwandlung in einen Schadensersatz nicht in Betracht kommt⁸⁰⁾.

b) Ausnahmen für Schuldverhältnisse

Ausnahmen gelten weiter für Schuldverhältnisse, bei denen nach der gesetzlichen Wertung die Unmöglichkeit zur Leistung gerade nicht ohne weiteres zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung führt. Dies gilt insbesondere für Rückgewährschuldverhältnisse (§ 347 BGB), für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 818 Abs. 3 und 4, 819 Abs. 1 BGB) sowie allgemein bei Vorliegen einer anfänglichen objektiven Unmöglichkeit (§ 307 BGB).

78) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 5; *Staudinger-Löwisch*, a.a.O., § 283 Rdz. 13.

79) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 5.

80) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 5.

Überwiegend wird in diesen Fällen eine Verurteilung des Schuldners zur Leistung nur für zulässig gehalten, wenn gleichzeitig feststeht, dass entweder dem Schuldner die Erfüllung möglich ist oder er doch jedenfalls die etwaige Unmöglichkeit der Erfüllung nach den speziellen Vorschriften zu vertreten hat und Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten muss⁸¹⁾. Durch diesen Vorbehalt soll verhindert werden, dass der Schuldner auf dem Umweg über § 283 BGB zu Schadensersatz verpflichtet wird und § 283 BGB zu einer Haftungserweiterung führt⁸²⁾.

Wenn die Leistung objektiv oder subjektiv unmöglich ist, nämlich wenn der Schuldner die – auch zu vertretende – Unmöglichkeit im Prozess beweisen kann, geht es um diese Ausnahmen nicht: eine Verurteilung zur unmöglichen Leistung muss ausscheiden⁸³⁾.

c) Dingliche Ansprüche

In Rechtsprechung und Rechtslehre ist anerkannt, dass die Vorschrift grundsätzlich auch auf dingliche Ansprüche anwendbar ist, da das allgemeine Schuldrecht grundsätzlich Regeln für alle Arten von Forderungen enthält. Es ist jedoch nach einhelliger Meinung insoweit Vorsicht geboten, als § 283 BGB konzeptionell auf schuldrechtliche Verträge zugeschnitten ist⁸⁴⁾.

Für den in der Praxis wichtigen Herausgabeanspruch des § 985 BGB besteht die Besonderheit, dass zwar der Herausgabeanspruch nach ergebnislosem Ablauf der Frist ausgeschlossen ist, dieser Ausschluss an den Eigentumsverhältnissen jedoch nichts ändert. Das Eigentum an der streitbefangenen Sache bleibt beim Gläubiger. Im Rahmen der Anwendung des § 283 BGB auf diesen Fall braucht daher der Schuldner den Schadensersatzanspruch des Gläubigers nur erfüllen, wenn dieser ihm gleichzeitig gemäß § 255 BGB [Abtretung der Ersatzansprüche] das Eigentum an der herauszugebenden Sache überträgt.

Auf diese Weise wird einerseits vermieden, dass dem Gläubiger neben dem Schadensersatz, der eigentlich den Verlust des Eigentums ersetzen soll, auch das Eigentum selbst verbleibt, er von der Anwendung des § 283 BGB mithin doppelt profitiert. Auf der anderen Seite wird der ersatzleistende Schuldner vor späterer Inanspruchnahme durch Dritte geschützt. Wenn die Eigentumsübertragung im

81) *Staudinger-Löwisch*, a.a.O., § 283 Rdz. 5.

82) *MünchKomm-Emmerich*, a.a.O., § 283, Rdz. 7.

83) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 6.

84) *MünchKomm-Emmerich*, a.a.O., § 283, Rdz. 8; *Staudinger-Löwisch*, a.a.O., § 283 Rdz. 9; *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 8.

gegebenen Sachverhalt nicht möglich ist – so in der Regel bei der Verurteilung zur Räumung von Teilen von Grundstücken oder Wohnungen –, so entfällt die Anwendbarkeit des § 283 BGB insgesamt.

Für den Gläubiger besteht hier meist nur ein geringes Bedürfnis, seinen Herausgabeanspruch in einen Schadensersatzanspruch umzuwandeln, da eine Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO [Herausgabe von Grundstücken oder Schiffen] möglich ist.

Besondere Regeln stellt BGHZ 56, 308, 312 für den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen einen mittelbaren Besitzer auf. Wenn sich der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen einen mittelbaren Besitzer auf rein schuldrechtliche Anspruchsgrundlagen stützen lässt (etwa § 556 BGB [Rückgabe der Mietsache]), so soll entgegen § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB (der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen) in diesem Fall der Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer weiter bestehen bleiben. Dann muss es aber bei der Anwendung des § 283 BGB bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden, dass der Gläubiger noch den Herausgabeanspruch aus seinem Eigentum noch gegen den unmittelbaren Besitzer behält. Der Gläubiger muss hierbei dartun, wie hoch der Schaden ist (z. B. entgangene Nutzung oder Aufwendungen zur Wiedererlangung)⁸⁵⁾. Dagegen wendet sich *Löwisch*. Wegen der Schwierigkeit der Schadensbemessung behauptet er, dass der Eigentümer wählen muss, ob er seinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer geltend macht oder vom mittelbaren Besitzer den ganzen Ersatz gegen Übertragung des Eigentums verlangt⁸⁶⁾.

Nach Ansicht der Rechtsprechung⁸⁷⁾ ist der Gläubiger nicht darauf beschränkt, von dem mittelbaren Besitzer die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer zu fordern, er kann vielmehr auch den mittelbaren Besitzer grundsätzlich auf Herausgabe der Sache in Anspruch nehmen. Im Hinblick auf § 283 BGB will die Rechtsprechung den mittelbaren Besitzer jedoch nur dann zur Herausgabe verurteilen, wenn dieser zur Herausgabe in der Lage ist oder die (zusätzlichen) Voraussetzungen der §§ 989ff. BGB vorliegen.

Nach *Wiedemanns* Auffassung muss die Anwendung von § 283 BGB auf die Vindikationsklage gegen den mittelbaren Besitzer beschränkt werden: Zu berücksichtigen sei, dass der Herausgabebetitel gegen einen mittelbaren Besitzer nicht dieselbe Funktion haben könne wie derjenige gegen einen unmittelbaren Besitzer.

85) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 10.

86) *Staudinger-Löwisch*, a.a.O., § 283 Rdz. 10.

87) BGHZ 53, 29, 33 = NJW 1970, 241, 242.

So könne die Sache beim mittelbaren Besitzer nicht durch Wegnahme vollstreckt werden, und der Gläubiger könne sich lediglich den Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers überweisen lassen (§ 886 ZPO). Die Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur Herausgabe der Sache lasse sich nur dadurch rechtfertigen, dass eine Vereinfachung der Vollstreckung im Hinblick auf eine etwaige Veränderung der Besitzverhältnisse ermöglicht werden solle. Mit dem Titel auf Herausgabe der Sache könne der Gläubiger nämlich in dem Fall, in dem der Schuldner nach Verurteilung den unmittelbaren Besitz zurückerlange, die Herausgabe der Sache nach § 883 ZPO erwirken, ohne erneut klagen zu müssen. Solange der Schuldner den unmittelbaren Besitz indes nicht zurückerlangt habe, müsse die Herausgabeverpflichtung aus dem Urteil folgerichtig darauf beschränkt sein, dass der Schuldner seinen eigenen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer abtrete. Die Anwendung des § 283 BGB, die eine Nichtbewirkung der Leistung voraussetzt, sei dementsprechend nur in dem Fall möglich, dass der Schuldner dieser Verpflichtung zur Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht nachkomme. Auf diese Weise sei einerseits ausgeschlossen, dass der Gläubiger – infolge bloßer vollstreckungsrechtlicher Überlegungen – die Möglichkeit erhalte, den Schuldner, der die herauszugebende Sache nicht im Besitz habe, gemäß § 283 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haften zu lassen; andererseits erlaube es diese Regelung, den mittelbaren Besitzer entgegen der Praxis der Rechtsprechung stets auf Herausgabe der Sache zu verurteilen⁸⁸⁾.

3. Rechtsfolgen

Auch nach der Fristsetzung besteht der Leistungsanspruch des Gläubigers unverändert fort, die Fristsetzung ist insbesondere nicht als Stundung zu verstehen. Der Gläubiger kann also ungehindert versuchen, das Leistungsurteil gegen den Schuldner zu vollstrecken, also beispielsweise den Gerichtsvollzieher beauftragen, nach der herauszugebenden Sache beim Schuldner zu suchen und diese ggf. zu pfänden. Auf der anderen Seite muss der Gläubiger selbstverständlich die ihm vom Schuldner während des Laufs der Frist angebotene Leistung annehmen. Ansonsten geriete er selbst in Annahmeverzug. Nach fruchtlosem Fristablauf wandelt sich der Leistungsanspruch automatisch in einen solchen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung um. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers ist von diesem Zeitpunkt an ausgeschlossen, und der Schuldner vermag sich durch Erfüllung nicht

88) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 11.

mehr von der ihn treffenden Schadensersatzpflicht zu befreien⁸⁹⁾.

Eine Verpflichtung zum Schadensersatz entfällt nach § 283 Abs. 1 Satz 3 BGB, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Der bereits rechtskräftig zur Leistung verurteilte Schuldner kann diesen Einwand entsprechend dem Präklusionsgedanken des § 767 Abs. 2 ZPO im Schadensersatzprozess (Zweitprozess) jedoch nur dann geltend machen, wenn die nicht zu vertretende Unmöglichkeit nach der letzten mündlichen Verhandlung im Erfüllungsprozess (Erstprozess) entstand.

Satz 3 spielt jedoch in der Praxis keine besondere Rolle. Dies ergibt sich daraus, dass sich der Schuldner im Zeitpunkt seiner rechtskräftigen Verurteilung regelmäßig im Verzug befindet. Dann aber gelten die Haftungsverschärfungen des § 287 BGB, so dass er auch die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit vertreten muss⁹⁰⁾. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Schuldner nach den §§ 257 - 259 ZPO zu einer zukünftigen Leistung verurteilt wird.

Der Anspruch des § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB ist inhaltlich auf das positive Interesse gerichtet. Nach den allgemeinen Regeln des Schadensersatzes (§§ 249ff. BGB) muss der Gläubiger so gestellt werden, wie er im Falle ordnungsgemäßer Leistungserbringung durch den Schuldner stehen würde. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Schadensersatzes ist der Augenblick des Entstehens des Anspruchs, also der Zeitpunkt des Fristablaufs⁹¹⁾.

Zu bedenken ist jedoch, dass der Anspruch aus § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zur Wiederherstellung des Primäranspruchs führen darf. Denn dieser ist vom Gesetzgeber in § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich ausgeschlossen worden. In der Praxis wird es bei § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB in aller Regel um Geldersatz gehen. Das schließt allerdings nicht aus, dass auch eine andere Ersatzleistung gefordert werden kann, wenn Schadensersatz in Geld den Interessen des Gläubigers nicht genügt. So kann der Gläubiger im Wege des Schadensersatzes nach Meinung des Reichsgerichts zum Beispiel eine andere Sicherheit verlangen, wenn der Primäranspruch auf Bestellung einer hypothekarischen Sicherheit gerichtet war⁹²⁾.

Zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB gehört neben dem Vorliegen eines rechtskräftigen Leistungsurteils der fruchtlose Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Frist. Für die Fristsetzung und deren Ablauf ist der Gläubiger behauptungs- und beweispflichtig. Gelingt ihm der

89) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 21.

90) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 23.

91) *Soergel-Wiedemann*, a.a.O., § 283 Rdz. 24.

92) RGZ 73, 21, 23.

Beweis, so kann sich der Schuldner einer Verurteilung nur noch entziehen, indem er vorträgt und nötigenfalls beweist, dass die Unmöglichkeit im Zeitraum zwischen der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Ausgangsverfahren und dem Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Nachfrist eingetreten ist⁹³⁾.

Die Setzung einer Frist im Sinne von § 283 BGB ist dem Gläubiger durch den Gesetzgeber erleichtert worden. Der Gläubiger soll nicht erst die Verurteilung abwarten müssen, um dem Schuldner eine Frist setzen zu können. Nach § 255 ZPO kann die Frist zusammen mit dem Leistungsbefehl im Urteil des Ausgangsverfahrens gesetzt werden, sofern der Gläubiger einen diesbezüglichen Antrag stellt. Besondere Voraussetzungen an die Setzung einer solchen Nachfrist im Urteil stellt das Gesetz nicht auf, insbesondere ist nicht erforderlich, dass eine Nichtleistung des Schuldners trotz Urteils zu befürchten ist. Auch auf diese Weise hat der Gesetzgeber dem Gläubiger den Schadensersatz nach § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB erleichtert. Nicht einmal die Frage der Angemessenheit der im Ersturteil enthaltenen Fristsetzung unterliegt im Zweitprozess einer erneuten richterlichen Überprüfung⁹⁴⁾.

Der Anspruch auf Schadensersatz kann grundsätzlich nicht bereits im ersten Prozess mit dem Leistungsanspruch verbunden werden. Eine gesetzliche Regelung für eine solche Klagenhäufung besteht nur bei amtsgerichtlichen Verfahren, in denen der Schuldner zur Vornahme einer Handlung verurteilt wird (§§ 510b, 888a ZPO)⁹⁵⁾.

4. Reformvorschläge

Der Reformvorschlag der Akademie für Deutsches Recht (1936) sah vor, die rechtskräftige Verurteilung auf eine Stufe mit der bestimmten und endgültigen Leistungsverweigerung durch den Schuldner zu stellen⁹⁶⁾. Die neue Vorschrift sollte einen allgemeinen Grundsatz für die Interessengefährdung des Gläubigers zum Ausdruck bringen:

§ 12 Leistungsgefährdung

- (1) Hat sich der Schuldner bestimmt und endgültig geweigert, die noch mögliche Leistung zu erbringen, oder ist er rechtskräftig zur Leistung verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine

93) Baumgärtel-Strieder, a.a.O., § 283 Rdz. 2.

94) Soergel-Wiedemann, a.a.O., § 283 Rdz. 32.

95) Soergel-Wiedemann, a.a.O., § 283 Rdz. 33.

96) Stoll, Heinrich, a.a.O., S. 69.

angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach Ablauf der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit die Leistung nicht rechtzeitig und vollständig bewirkt wird.

- (2) Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung weggefallen ist.

Die Schuldrechtsreform sieht für den Fall der rechtskräftigen Verurteilung keine besondere Regelung mehr vor. Diese geht vielmehr in der allgemeinen Vorschrift des § 282 des Entwurfs auf, wonach der Gläubiger generell durch Fristsetzung zum Schadensersatzanspruch gelangen kann. Damit wird der als zu umständlich angesehene Weg über die rechtskräftige Verurteilung entbehrlich⁹⁷⁾. Die Fristsetzung braucht keine Androhung der Erfüllungsablehnung zu enthalten, und das Verstreichen der Frist führt nicht automatisch zum Wegfall des Erfüllungsanspruchs.

§ 282 Schadensersatz statt der Leistung⁹⁸⁾

- (1) Der Gläubiger kann statt der Leistung Schadensersatz nur verlangen, wenn er den Schuldner zuvor ohne Erfolg unter Setzung einer Frist zur Leistung aufgefordert hat. Ist eine Frist nicht gesetzt oder die gesetzte Frist unangemessen kurz, gilt eine angemessene Frist als gesetzt.
- (2) Der Aufforderung bedarf es nicht, wenn offensichtlich ist, dass sie keinen Erfolg hätte, insbesondere, wenn die Frist nach § 283 Abs. 3 ergebnislos verstrichen ist, oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.
- (3) Hat der Gläubiger wegen nicht vollständiger Leistung einen Anspruch auf Schadensersatz, so kann er statt der ganzen Leistung Schadensersatz verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Für die Rückgewähr der bereits erbrachten Leistung sind die §§ 346 bis 348 entsprechend anzuwenden.
- (4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

97) Bundesministerium der Justiz: Diskussionsentwurf, a.a.O., S. 322.

98) Bundesministerium der Justiz: Diskussionsentwurf, a.a.O., S. 17f.

§ 283 Verzug des Schuldners⁹⁹⁾

- (1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.
- (2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn
 1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,
 2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt,
 3. offensichtlich, dass sie keinen Erfolg hätte,
 4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist.

In den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 und 2 ist die Vereinbarung einer Frist, die einen Teil grob benachteiligt, unwirksam.
- (3) Außer in den Fällen des Absatzes 2 Satz Nr. 1 und 2 kommt der Schuldner einer Geldforderung spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung leistet.

5. Japanisches Recht

Das japanische BGB enthält keine Vorschrift, die § 283 BGB oder § 255 ZPO entspricht. Nach der Rechtsprechung kann man nur in Form einer sog. eventuellen Klagenhäufung auch auf den Schadensersatz klagen¹⁰⁰⁾.

§ 4 Schuldrechtsreform und Schlusswort**I. Veröffentlichung des Diskussionsentwurfs (2000)**

Der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (Stand: 4. August 2000) hat vor, drei EG- Richtlinien umzusetzen:

- RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Umsetzungsfrist: 31. 12. 2001).
- RL 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000

99) Bundesministerium der Justiz: Diskussionsentwurf, a.a.O., S. 18.

100) Jap. BGHZ 9, 1, 22; Uchida, a.a.O., S. 156.

zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Umsetzungsfrist: 7. 8. 2002).

Art. 10, 11 und 18 der RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) (Umsetzungsfrist: 16. 1. 2002).

Der Diskussionsentwurf schlägt vor, diese Richtlinien weitgehend durch Verwirklichung der Vorschläge der Schuldrechtsreformkommission (SRRK) umzusetzen, die nach dem Vorbild des Wiener Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge (1980) als Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1992 veröffentlicht worden sind, dabei allerdings auch einige wichtige Korrekturen der Vorschläge der SRRK in Bezug auf §§ 276, 324, 325 BGB vorzunehmen. Die Vorschläge der SRRK umfassen fünf große Rubriken: Verjährungsrecht, Allgemeines Leistungsstörungenrecht, Kaufrecht, Werkvertragsrecht sowie Anpassung und Änderung des AGB-Gesetzes¹⁰¹⁾.

Im Bereich des Leistungsstörungenrechts übernimmt der Diskussionsentwurf die Vorschläge der SRRK im wesentlichen¹⁰²⁾. Die SRRK schlägt vor, das Leistungsstörungenrecht unter Fortentwicklung der bisherigen Begrifflichkeit grundlegend zu modernisieren. Dabei liegt die eine vereinfachte Anwendung des Gesetzes ermöglichende Modernisierung in der Vereinheitlichung der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen der Leistungsstörungenansprüche. Die SRRK schlägt daher vor, die Vorschriften der Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 306-308 BGB) zu beseitigen und einheitlich das Leistungsstörungenrecht anzuwenden, unabhängig von dem oft nur zufälligen Umstand, ob eine Unmöglichkeit *vor* oder *nach* Vertragsschluss eintritt.

Im Mittelpunkt des von der Schuldrechtskommission entwickelten und vom Diskussionsentwurf übernommenen allgemeinen Leistungsstörungenrechts steht nicht der Begriff der „Unmöglichkeit“, sondern der der „Pflichtverletzung“, der als Oberbegriff alle Arten der Leistungsstörungen umfassen soll.¹⁰³⁾

Der einheitliche Grundtatbestand, auf dem die Rechte des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung aufbauen, besteht in der Verletzung einer Pflicht aus dem

101) Schuldrechtskommission: Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992, Inhaltsverzeichnis.

102) Bundesministerium der Justiz, Informationspapier, a.a.O., S. 9.

103) Bundesministerium der Justiz: Diskussionsentwurf, a.a.O., S. 309.

Schuldverhältnis. Das Merkmal der Pflichtverletzung verlangt nur den *objektiven* Verstoß gegen eine Pflicht; jedoch kommt es für einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers weiterhin darauf an, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs, s. o.).

Nicht entscheidend ist, ob die Pflichtverletzung darin liegt, dass dem Schuldner die Leistung *anfänglich* unmöglich war oder dass sie ihm *nachträglich* unmöglich geworden ist. Der Entwurf verzichtet auch auf eine besondere Regelung für die ursprüngliche *objektive* Unmöglichkeit; der bisherige § 306 BGB soll entfallen.

Anders als im geltenden Recht sind Unmöglichkeit und Verzug nicht mehr besondere und eigenständig geregelte Formen der Leistungsstörung. In den Vorschriften ist die Unmöglichkeit nicht mehr ausdrücklich genannt. Sie stellt vielmehr nur einen der Fälle dar, die nach dem vorgesehenen § 275¹⁰⁴⁾ zu einem Leistungsverweigerungsrecht führen können:

§ 275 Grenzen der Leistungspflicht

Besteht die Schuld nicht in einer Geldschuld, kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit und solange er diese nicht mit denjenigen Anstrengungen zu erbringen vermag, zu denen er nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist....

Das Leistungsstörungsrecht des Diskussionsentwurfs bezweckt eine Weiterentwicklung und Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung wegen positiver Forderungsverletzung. Wenn schon bisher die Rechtsprechung als positive Forderungsverletzung alle Pflichtverletzungen ansieht, die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeiführen, so liegt dem die Erkenntnis zugrunde, dass auch die Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit und der Verzug Pflichtverletzungen darstellen¹⁰⁵⁾. Der Entwurf sieht ferner eine Vorschrift vor, die das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendō* im Gesetz verankert (§ 305 Abs. 1 Satz 2).

II. Schlusswort

Eigentlich steht der Begriff „Unmöglichkeit“ dadurch in Verbindung auch mit dem Prozessrecht, dass einerseits einige Vorschriften des BGB die „Unmöglichkeit der Leistung“ als Entstehungsgrund eines Sekundäranspruchs (§§ 280, 281, 283, 307, 325 BGB) oder Erlöschensgrund eines Primäranspruchs (§§ 275, 281, 283, 306,

104) Bundesministerium der Justiz: Diskussionsentwurf, a.a.O., S. 16.

105) Schuldrechtskommission: Abschlußbericht, a.a.O., S. 30.

323 BGB) bestimmen sowie andererseits zu dessen Erfüllung der Beklagte mit der Leistungsklage im Zivilprozess verurteilt werden kann.

Heute gehört es zu den gesicherten Erkenntnissen, dass der historische Gesetzgeber versuchte, der *Idee* der Einheit des materiellen Rechts und des Prozessrechts Rechnung zu tragen, indem materieller *Anspruch* sowie prozessualer *Klagegegenstand* und *Streitgegenstand* gleichgestellt wurden¹⁰⁶⁾.

Der historische Gesetzgeber verstand als Gegenstand des Rechtsstreits den vom Kläger geltend gemachten materiellrechtlichen *Anspruch* im Sinne der Definition des § 194 Abs. 1 BGB (Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen) und hielt diesen Begriff für hinreichend geklärt. Die Begriffe „Anspruch“ und „Klagegegenstand“ sowie „Streitgegenstand“ wurden dementsprechend synonym gebraucht. Bei der anfänglichen Gesetzgebung war materielles Recht und Prozessrecht derartig harmonisiert.

Aber in der Tat ist die Terminologie in der ZPO vom Anfang an uneinheitlich. Am häufigsten wird zwar zur Kennzeichnung des *Streitgegenstandes* der Begriff „Anspruch“ verwendet, der erhoben (§§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 322 Abs. 1, 506 ZPO), geltend gemacht (§§ 5, 33 Abs. 1, 64, 81, 83 Abs. 1, 106 Abs. 2 Satz 1, 147, 265, 592 Satz 1 ZPO), anerkannt (§§ 81, 83 Abs. 1, 307 Abs. 1 ZPO), zuerkannt oder aberkannt (§ 537 ZPO) wird. Aber an anderen Stellen spricht die ZPO vom „Streitgegenstand“ (§§ 81, 83 ZPO), „streitiges Rechtsverhältnis“ (§ 62 Abs. 1 ZPO), „Streitverhältnis“ (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO) oder „Gegenstand dieser Prozesse“ (§ 147 ZPO)¹⁰⁷⁾.

Es war tatsächlich schwierig, die Einheit in der Terminologie auch in den drei Klagearten durchzuführen. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bedarf eine Klageschrift der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs. Aber der Begriff des *Anspruchs* ist hier jetzt nicht immer im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB zu verstehen, sondern als das vom Kläger mit seiner Klage geltend gemachte Recht¹⁰⁸⁾.

Entsprechend dem vom Kläger verfolgten Rechtsschutzziel wird zwischen drei Klagearten unterschieden, der Leistungsklage, der Feststellungsklage und der Gestaltungsklage. Mit der Leistungsklage will der Kläger zwar erreichen, dass der Beklagte zur Erfüllung eines Anspruchs im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB verurteilt wird. Feststellungsklagen unterscheiden sich von Leistungsklagen darin, dass der

106) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., Einl. Rdz. 265.

107) Habscheid, Walther J: Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956, S. 18.

108) Musielak, Grundkurs ZPO, a.a.O., § 2 III. Rdz. 62.

Kläger nicht die Befriedigung aufgrund eines Anspruchs begehrt, sondern die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Der Gegenstand einer Feststellungsklage ist ein Rechtsverhältnis, das nicht immer ein Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB ist. Gestaltungsklagen betreffen Fälle, in denen der Vollzug eines Gestaltungsrechts von einem Urteil abhängig gemacht wird. Hierzu zählt z.B. die Scheidung der Ehe durch gerichtliches Urteil auf Antrag eines oder beider Ehegatten (§ 1564 BGB), die keinen Anspruch im materiellrechtlichen Sinne zur Grundlage hat¹⁰⁹⁾.

Die Undurchführbarkeit der Gleichsetzung zeigt sich nicht nur bei den obengenannten Feststellungsklagen und Gestaltungsklagen, bei denen es sich nicht immer um einen Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB handelt, sondern im besonderen auch bei der materiellen Anspruchskonkurrenz¹¹⁰⁾.

Anders als nach der ursprünglichen Gesetzgebung hat sich sowohl im materiellen Recht wie auch im Prozessrecht die Definition der Begriffe „Anspruch“, „Klagegegenstand“ und „Streitgegenstand“ voneinander unabhängig weiterentwickelt, und daher vielfältig geändert. Heute ist man sich darüber einig, dass die Gleichsetzung des materiellrechtlichen Anspruchs mit den prozessualen Begriffen weder durchführbar noch nötig ist¹¹¹⁾.

Die Schuldrechtsreform beruht auf der Entwicklung des materiellen Rechts. Aber wenn die Schuldrechtsreform im japanischen Schrifttum vorgestellt wird, wird dieser Hintergrund leider kaum berücksichtigt. Gleich nach der Veröffentlichung des Gutachtens und der Vorschläge von 1981 und des Abschlussberichts von 1992 wurde der Entwurf auch in Japan veröffentlicht und sehr vielfältig zitiert.

Im japanischen Schrifttum wird der Zweck der Reform im folgenden Ton kommentiert:

Die anfängliche Gesetzgebung des BGB sei eigentlich falsch. Der Fehler sei gleich nach der Gesetzgebung erkannt worden, aber erst heute werde die Reform durchgeführt.

Aber ich finde diesen Kommentar nicht angemessen. Vielmehr möchte ich folgendes hervorheben:

109) Musielak, Grundkurs ZPO, a.a.O., § 2 III. Rdz. 64.

110) Musielak, Grundkurs ZPO, a.a.O., § 3 Anhang Rdz. 132.

111) Musielak, Grundkurs ZPO, a.a.O., § 3 Anhang Rdz. 132.

Die gemeinsame Terminologie und die Harmonie, die materielles Recht und Prozessrecht bei der Schaffung des BGB zeigen mussten, wird jetzt nicht mehr verlangt. Denn es ist inzwischen ganz natürlich geworden, dass materielles Recht und Prozessrecht miteinander in enger Verbindung stehen. Im neuen Schuldrecht braucht sie daher nicht erneut vorgeschrieben zu werden. Dass durch den Verzicht auf den Begriff der Unmöglichkeit eine gewisse Unschärfe hinsichtlich der Entstehung und des Erlöschens von Ansprüchen entsteht, kann auch aus der Sicht des Prozessrecht hingenommen werden. Die Reform bezweckt, vor allem die Früchte des mittlerweile weiter entwickelten Schuldrechts ausdrücklich zu formulieren**.

** Die Arbeit hat der Universität Freiburg i. Br. als LL.M.-Arbeit im Wintersemester 2000/2001 vorgelegen. Für die Veröffentlichung ist sie auf den Stand Dezember 2000 gebracht worden. Das zum 1. Januar 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz konnte nicht berücksichtigt werden. An dieser Stelle möchte ich allen voran meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. *Dieter Leipold*, meinen Dank für seine ständige Unterstützung aussprechen. Herrn Prof. Dr. *Rainer Frank* danke ich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Desweiteren habe ich meinem Kollegen, Herrn Dr. *Thomas Krohe*, für die kritische Durchsicht des Entwurfs zu danken.