

# U n m ö g l i c h k e i t   i m   g e g e n s e i t i g e n   V e r t r a g   n a c h   § 326

**Ausgangslage:** Die von S geschuldete Leistung ist eine Hauptleistung aus einem mit G geschlossenen *gegenseitigen Vertrag (Synallagma)*. Sie ist nach § 275 Abs. 1 unmöglich oder wird von S nach § 275 Abs. 2, 3 zu Recht verweigert.

**1.** Hat der **Schuldner S** den Ausfall seiner Leistung zu vertreten? Prüfen Sie das anhand des FD „Unmöglichkeit – Schadensersatz nach § 311a oder § 283“!

Ja      Nein, S hat den Ausfall nicht zu vertreten. — **2.** Ist die Leistung, die S nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, eine *Nacherfüllung* (Hauptbeispiel § 439)?

S hat den Ausfall seiner Leistung (§ 275 Abs. 1 bis 3) zu vertreten und zahlt deshalb Schadensersatz (§ 311a, oder § 283).

Ja      Nein, keine Nacherfüllung — **3.** Hat der *Gläubiger G* den Umstand, der die Leistung des S nach § 275 verhindert, „allein oder weit überwiegend“ *verschuldet*, also fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt (§ 276)?

§ 326 Abs. 1 S. 1 „gilt nicht“ (§ 326 Abs. 1 S. 2).

Verschulden des Gläubigers G

Ja      Nein, kein Verschulden des Gläubigers G. Aber G ist für den (zur Unmöglichkeit führenden) Umstand auch dann „verantwortlich“, wenn er das Risiko trägt, dass die Leistung des S unmöglich wird. Deshalb:

S „behält ... den Anspruch auf die Gegenleistung“ (§ 326 Abs. 2 S. 1). Also muss G (der ja zugleich auch Schuldner ist) erfüllen (zahlen), während S frei wird (§ 275 Abs. 1 bis 3). G kann nicht zurücktreten (§ 323 Abs. 6 Var. 1).

**4.** Hat S dadurch, dass er von seiner Pflicht frei geworden ist, Kosten gespart (§ 326 Abs. 2 S. 2)? Oder hat er anderweitig Geld verdient? Oder hat er das „böswillig“ unterlassen? Oder hat er eine Ersatzleistung erhalten?

Ja      Nein  
S muss sich den entsprechenden Wert „anrechnen lassen“ (§ 326 Abs. 2 S. 2).      Keine Anrechnung

**5.** Hat G unter Eigentumsvorbehalt gekauft (§ 449) und trug er deshalb die Gefahr des zufälligen Untergangs (§ 446)?

Ja      Nein — **6.** Trug G als Käufer eines *Versendungskaufs* die Gefahr, dass die Kaufsache auf dem Transportweg unterging (§ 447)? *Hinweis:* § 447 gilt bei einem Verbrauchsgüterkauf so gut wie nie (§ 475 Abs. 2 nF).

Ja      Nein — **7.** Trug G die Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit als Mieter nach § 537 Abs. 1 S. 1 oder aufgrund einer *vertraglichen* Risikoübernahme, zB als Leasingnehmer?

Ja      Nein — **8.** Befand sich G im *Gläubigerverzug* (§§ 293 ff), als die Leistung des S durch Zufall unmöglich wurde?

§ 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1

Ja      Nein, damit steht fest, dass **auch G die Unmöglichkeit nicht zu vertreten** hat. Beide, S und G, sind leistungsfrei, S nach § 275 Abs. 1, G nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1.

Zufallshaftung des Gläubigers G

G trägt das Risiko, dass es dem S unmöglich ist, seine Leistung zu erbringen. G ist deshalb für die Unmöglichkeit „verantwortlich“ (§ 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 bzw 2).

S behält „den Anspruch auf die Gegenleistung“ (§ 326 Abs. 2 S. 1 Var.1 bzw 2), wird aber selbst frei (§ 275 Abs. 1 bis 3).

**Weiter mit Frage 4**

**9.** Hat **S** eine *Teilleistung* erbracht oder bietet er sie an (§ 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2)?

Ja, *Teilleistung*  
**10.** Hat G Interesse an der Teilleistung?

Ja      Nein  
G behält (oder erhält) die Teilleistung. Die Höhe seiner Gegenleistung wird nach § 441 Abs. 3 gemindert (§ 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2).  
Nach 326 Abs. 5 kann G ohne Fristsetzung zurücktreten, und zwar nach § 323 Abs. 5 S. 1 vom *ganzen* Vertrag.

Nein, keine Teilleistung — **11.** Verlangt G nach § 285 Herausgabe eines Ersatzes, den S erlangt hat (§ 326 Abs. 3 S. 1)?

Ja      Nein — **12.** Hat **G** die von ihm nicht geschuldete Gegenleistung erbracht (§ 326 Abs. 4)?

Ja      Nein, G will zurücktreten. *Hinweis:* Die Fristsetzung ist entbehrlich (§ 326 Abs. 5).  
Aber: **13.** Liegen alle anderen Voraussetzungen des § 323 vor?

Ja      Nein  
G kann das Geleistete nach den §§ 346 bis 348 zurückfordern (§ 326 Abs. 4).  
Der Rücktritt ist möglich.      Keine Rücktritt

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----	----	----	----	----