

c) Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag (§ 326)

**Übungsfall (nach BGH NJW 2010, 1283 m.Anm. Looschelders, LMK 2010, 300543)**

Prof. Schönfelder (S) hat sich nach dem gescheiterten Versuch, eine Wohnung in Bayreuth zu erwerben, nunmehr zum Bau eines Hauses entschieden. Mit der Konrad Klamm GmbH (K) schließt er einen Bauträgervertrag über die Errichtung des Hauses zum Preis von 300.000 €, zahlbar nach Fertigstellung einzelner Bauabschnitte. Die erste Zahlung in Höhe von 10 % des Gesamtbetrags ist nach Ausschachtung der Baugrube fällig. K beauftragt den Subunternehmer Gerd Grabow (G) mit den Erdarbeiten, vereinbart wird ein Entgelt von 20.000 €. Nachdem G die Hälfte der Arbeiten erledigt hat, erreichen ihn Gerüchte, dass die K kurz vor der Insolvenz stehe. Daraufhin verlangt er von K eine Abschlagszahlung in Höhe von 50 %. Die K-GmbH zahlt mit der Begründung nicht, sie sei zu Vorleistungen nicht verpflichtet. Als G dem S mitteilt, dass er die Arbeiten einzustellen beabsichtigt, bittet S ihn inständig, für ihn (S) weiterzuarbeiten, und verspricht ihm dafür Zahlung von 10.000 €. G führt daraufhin die verbleibenden Erdarbeiten aus.

Wie ist die Rechtslage?

**Vorüberlegung:**

Wenn die Frage nach der Rechtslage gestellt wird, sind sämtliche Anspruchsbeziehungen zu prüfen („Wer will was von wem woraus?“). Es wäre vertretbar, auch die Ansprüche des K und des S auf Durchführung der Erdarbeiten zu prüfen. Da aber offensichtlich ist, dass die Arbeiten ausgeführt wurden und da es nur noch ums Geld geht, erscheint es lebensnäher, nur die Zahlungsansprüche zu prüfen.

**I. Anspruch G → K auf Zahlung von 20.000 € aus § 631 f<sup>1</sup>**

1. Entstehung (+), denn G und K haben einen Vertrag über die Erledigung der Erdarbeiten abgeschlossen. Da ein Erfolg geschuldet ist, handelt es sich um einen Werkvertrag.
2. Erlöschen
  - a) Erfüllung (§ 362) (-), denn K hat noch nicht gezahlt (**Vorsicht: Nicht Leistung und Gegenleistung verwechseln!**).
  - b) Wegfall der Gegenleistungspflicht wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 326 I)
    - aa) Gegenseitiger Vertrag (+), Werkvertrag
    - bb) Unmöglichkeit der Leistung?
      - (1) Im Umfang der Hälfte der Arbeiten (-): G hat diese Arbeiten in Erfüllung des Vertrags mit K erledigt
      - (2) Im Umfang von weiteren 50 % aber (+): G hat die Arbeiten zwar ausgeführt, hat dies aber in Erfüllung des neu abgeschlossenen Vertrags mit S getan. Wenn eine nur einmal mögliche Handlung nach zwei Verträgen geschuldet ist, können nicht beide erfüllt werden, weil ansonsten der Unternehmer zwei Zahlungsansprü-

<sup>1</sup> Alle §§ sind solche des BGB.

che hätte. Ein erneutes Ausbaggern wäre wegen **Zweckerreichung** unmöglich.

- cc) Daher **Teilunmöglichkeit**, die nicht zum vollständigen, sondern nur zum anteiligen Wegfall der Gegenleistungspflicht führt, §§ 326 I 1, 2. HS., 441 III = **Herabsetzung** der vereinbarten Vergütung (hier 20.000 €) um den Wert des nicht erbrachten Teils (hier 50%) = 10.000 € (in dem vom BGH entschiedenen Fall kam es bei der Berechnung zu zusätzlichen Schwierigkeiten, insoweit habe ich den Fall hier vereinfacht).
- dd) Abweichung wegen überwiegender Verantwortlichkeit des Gläubigers der Werkleistung (§ 326 II 1)? (-),
- K hat keine Verpflichtung verletzt. Insbesondere hat er weder für die Einstellung der Arbeiten durch G oder die Ausbaggerung einen Anlass gegeben.
  - Auch hat K nicht vertraglich das Risiko dafür übernommen, dass keine Arbeiten durch Dritte ausgeführt wurden (anders als in BGH NJW 2002, 595 – *Tic Tac Toe!*). Im Gegenteil hat G sich vertragswidrig verhalten.
  - Eine allgemeine Sphärentheorie ist unter § 326 II abzulehnen, aber es besteht auch kein Anlass, den Grund für die Unmöglichkeit hier der Sphäre der K zuzurechnen.
- ee) Damit Erlöschen in Höhe von 10.000 €
3. Da keine Einreden ersichtlich sind, kann G von K Zahlung von 10.000 € verlangen.

## II. Anspruch G → S auf Zahlung von 10.000 € aus § 631 I (+)

G kann weitere 10.000 € von S verlangen, weil beide Parteien einen Werkvertrag geschlossen haben, den G ordnungsgemäß erfüllt hat. (Das ist so eindeutig, dass hier ausnahmsweise im Urteilsstil formuliert werden darf.)

## III. Anspruch K → S auf Zahlung von 30.000 € aus § 631 I

1. Entstehung
  - a) K und S haben einen Bauvertrag = Werkvertrag abgeschlossen.
  - b) Mit Abschluss der Erdarbeiten werden 10 % der vereinbarten Summe = 30.000 € fällig.
2. Erlöschen: Da S noch nicht gezahlt hat (§ 362 (-)) kommt nur § 326 I in Betracht.
  - a) Gegenseitiger Vertrag (+)
  - b) Unmöglichkeit der Leistung? Nur im Umfang von 50 %, s.o.
  - c) Daher kein Wegfall der Gegenleistungspflicht, sondern Herabsetzung, §§ 326 I 1, 2. HS, 441 III. Vereinbarte Vergütung = 30.000 €, davon 50 % = 15.000 €.
  - d) Abweichung wegen **überwiegender Verantwortlichkeit des Gläubigers** der Werkleistung (§ 326 II), hier S?

- aa) S hat den G dazu veranlasst, den Vertrag für ihn zu erfüllen, und hat damit die Ursache für die Unmöglichkeit gesetzt. Dieses Verhalten war pflichtwidrig (§ 241 II): S hätte sich zunächst um Klärung mit K bemühen und ihm gegebenenfalls eine Nachfrist setzen müssen (§ 323!) K war für die Unmöglichkeit in keiner Weise verantwortlich. Die Mitsächlichkeit des G braucht sich K nicht zurechnen zu lassen. Daher § 326 II 1 (+), auf den oben dargestellten Meinungsstreit kommt es nicht an, weil die Verantwortlichkeit des S über die reine „Sphärenverantwortlichkeit“ hinausgeht.
  - bb) Aber K muss sich anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart hat, hier Freistellung von der Forderung des G in Höhe von 10.000 € (s.o.)
  - cc) Daher reduziert sich der Anspruch des K auf 20.000 €
3. Da keine Einreden ersichtlich sind, kann K von S Zahlung von 20.000 € verlangen.

Lohn der mühsamen Konstruktion ist ein faires Ergebnis: K verdient 10.000 €, G bekommt sein volles Entgelt, S bezahlt insgesamt nicht mehr als ursprünglich dem K versprochen.