

A. Einleitung

§ 616 BGB ist mit dem BGB zum 1. Januar 1900 in Kraft getreten. Die Vorschrift ermöglicht bei nur kurzfristigen Verhinderungen in der Person des Dienstverpflichteten eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs, obwohl die geschuldeten Dienste nicht verrichtet werden. Ihre praktische Relevanz offenbarte die Norm zuletzt im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. Zu denken ist beispielsweise an den häuslichen Betreuungsbedarf von Kindern, die infolge von Schul- bzw. Kitaschließungen oder behördlichen Quarantänepflichten zu Hause bleiben mussten. § 616 BGB berechtigt in diesen Fällen zu einem Lohnfortzahlungsanspruch der arbeitspflichtigen, aber verhinderten Eltern, sofern ein mit einem Dienstaussfall verbundener Kindesbetreuungsbedarf im Einzelfall von nur vorübergehender Dauer ist und die Norm nicht abbedungen wurde.¹

§ 616 BGB ist allerdings auch eine Norm, deren verständliche Einbindung in den schuldrechtlichen Kontext nur zum Teil gelungen ist. § 616 BGB regelt positiv nur die Voraussetzungen, unter denen der Dienstverpflichtete seinen Vergütungsanspruch gegen den Dienstberechtigten behält, obwohl er die von ihm geschuldeten Dienste nicht verrichtet. Eine ausdrückliche Bestimmung über das eigentliche Schicksal der Leistungspflicht des Dienstverpflichteten enthält § 616 BGB dagegen nicht. Unter der Annahme, dass der Dienstverpflichtete die im Anwendungsbereich des § 616 BGB nicht erbrachte Leistungspflicht nicht nachholen muss, stellt sich das nicht nur im frühen 20. Jahrhundert bereits diskutierte, sondern auch noch heute aktuelle Problem, auf welcher Grundlage die Leistungspflicht entfallen kann. Dieser Frage widmet sich die vorliegende Arbeit.

¹ So auch MüKoBGB/*Hensler*, BGB, § 616 Rn. 42; *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561 (564); *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413 (414 ff.); a.A. MAH ArbR/*Glaser*, § 24 Rn. 219, die Schul- bzw. Kitaschließungen nicht als einen in der Person liegenden Grund, sondern als objektives Leistungshindernis versteht. Dem kann mit den vorgenannten Auffassungen nicht gefolgt werden. Der in der Person liegende Grund im Sinne des § 616 BGB ist die den Elternteil individuell treffende Pflicht der elterlichen Sorge, die durch die behördliche Schließung hervorgerufen wird, vgl. *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561 (564). Vgl. zur Anerkennung der Pflicht der elterlichen Sorge als Grund im Sinne des § 616 BGB *Hanau/Strick*, in: *Knothe/Kobler*, FS Wacke, S. 147 (152 ff., 168 ff.); zu den Voraussetzungen des § 616 BGB unter E. III. 2. b).

B. Problem des Wegfalls der Leistungspflicht in Fällen des § 616 BGB

Die Norm des § 616 S. 1 ist im BGB in Titel 8 und dort im Untertitel 1 über Dienstverträge geregelt und besagt, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete seinen Vergütungsanspruch nicht verliert, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird:

„§ 616 Vorübergehende Verhinderung

Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. (...)“

Auf Tatbestandsseite muss der aufgrund des Dienstverhältnisses zu erbringenden Dienstleistungspflicht mithin ein in der Person des Dienstverpflichteten liegender Grund entgegenstehen, der den Dienstverpflichteten einerseits nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit an der Erbringung der Dienstleistungspflicht hindert und andererseits nicht durch den Dienstverpflichteten verschuldet sein darf. Auf Rechtsfolgenseite ist nach dem Wortlaut des § 616 BGB ausdrücklich nur das Schicksal des Vergütungsanspruchs des Dienstverpflichteten geregelt. Beim Dienstvertrag als zweiseitig verpflichtendem Vertrag steht dem Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten jedoch dessen Pflicht zur Erbringung der Dienstleistung gegenüber:

„§ 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag

(1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (...)“

Gleiches gilt nach § 611a BGB für den Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrags:

„§ 611a Arbeitsvertrag

(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. (...)

(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

Zur Leistungspflicht des Dienstverpflichteten trifft § 616 BGB aber nach seinem Wortlaut keine Aussage. Einen Zusatz, wie ihn beispielsweise § 615 BGB für den Fall des Annahmeverzugs vorsieht, enthält § 616 BGB nicht. Dort heißt es in § 615 S. 1 BGB, dass der Verpflichtete seine vereinbarte Vergütung verlangen kann, „ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein“:

*„§ 615 Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko
Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. (...)"*

Auch fehlt es in § 616 BGB an einem Verweis auf eine andere Norm, welche das Schicksal der Dienstleistungspflicht regeln könnte. Zwar kommen im Anwendungsbereich des § 616 BGB für den Wegfall der Dienstleistungspflicht auch ohne ausdrücklichen Verweis Tatbestände wie § 275 Abs. 1 BGB oder § 275 Abs. 3 BGB in Betracht:

„§ 275 Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (...)

(2) (...)

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (...)"

Mit § 313 Abs. 3 BGB böte sich eine weitere Bestimmung für den Wegfall der Dienstleistungspflicht an:

„§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage

(1) – (2) (...)

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.“

Das dogmatische Verhältnis dieser Normen zu § 616 BGB ist aber keinesfalls eindeutig und auf Anhieb verständlich. Die Tatbestände des § 275 Abs. 3 BGB und § 313 Abs. 3 BGB wurden erst mit dem zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz² in das BGB eingefügt. § 616 BGB existiert jedoch schon seit Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900. Auch § 275 Abs. 1 BGB wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verändert. Inwieweit der Unmöglichkeitbegriff des § 275 Abs. 1 BGB und die Vorschrift des § 616 BGB in Einklang zu bringen sind, ist daher ebenfalls ungewiss. Nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Wegfall der Leistungspflicht auch ohne eine dem § 615 BGB oder § 275 BGB entsprechende, ausdrückliche Regelung aus der Norm des § 616 BGB selbst ergibt. Ansatzpunkt für einen solchen Wegfall der Leistungspflicht könnte der in § 616 BGB enthaltene Begriff der „Verhinderung“ sein. Schließlich ist nach dem Beispiel des § 629 BGB ein Wegfall der Leistungspflicht denkbar, der zwar auf eine gesetzliche Verpflichtung zurückzuführen ist, aber auf einer Willenserklärung in Form einer Freistellungserklärung des Dienstberechtigten beruht:

„§ 629 Freizeit zur Stellungsuche

Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.“

² BGBl. 2001, Nr. 61, S. 3142, 3150.

C. Der Wegfall der Leistungspflicht in § 616 BGB im Jahre 1900

Die Grundlage der Analyse des Wegfalls der Leistungspflicht in Fällen des § 616 BGB muss die im Jahre 1900 in Kraft getretene Fassung der Norm bilden. Nur mit ihr kann nachvollzogen werden, ob und wie § 616 BGB in das heutige BGB eingebunden werden kann und inwieweit das zum Jahre 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ein ggf. vorhandenes dogmatisches Verständnis des § 616 BGB hat verändern oder bestehende Lücken hat schließen sollen. Die mit dem BGB zum 1. Januar 1900 in Kraft getretene Fassung des § 616 BGB lautete schon damals wie folgt:

„§ 616 BGB (1900)

Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.“³

Damit entsprach der Wortlaut des im Jahre 1900 in Kraft getretenen § 616 BGB der heutigen Fassung der Norm.⁴ Es verwundert daher nicht, dass sich im Anwendungsbereich des § 616 BGB bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB dieselben eingangs für die heutige Normdogmatik aufgeworfenen Fragen nach dem Wegfall der Leistungspflicht stellten und sich verschiedene Lösungsansätze entwickelten.⁵ Vor einer weiteren Auseinandersetzung mit diesen Ansätzen bedarf es zunächst der eingehenden Betrachtung des Gesetzgebungsprozesses.

³ RGBl. 1896, Nr. 21, S. 299.

⁴ Zu den zwischenzeitlichen Veränderungen des § 616 vgl. E. II.

⁵ Zu den nach Inkrafttreten des BGB vertretenen Ansätzen vgl. unter E. I.

I. Geschichtlicher Überblick des Gesetzgebungsprozesses zum BGB

Der eigentliche Gesetzgebungsprozess begann bereits Jahre vor dem Inkrafttreten des BGB. Aufgrund der generellen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts galten zum Zeitpunkt der Gründung des Deutschen Reichs im Jahre 1871 in den jeweiligen Bundesländern entweder eigene Kodifikationen oder es fanden die Grundsätze des gemeinen Rechts Anwendung. Erst das als sog. „Miquel-Lasker-Gesetz“ bekannte Gesetz vom 20. Dezember 1873 übertrug die Gesetzgebungskompetenz von den Bundesstaaten auf das Deutsche Reich.⁶

Zur Verwirklichung des Gesetzgebungsvorhabens zum BGB wurde Anfang des Jahres 1874 durch den Bundesrat zunächst eine aus fünf Juristen bestehende Vorkommission ins Leben gerufen, die eine gutachterliche Stellungnahme über die Methode und den Plan zur Schaffung eines bundeseinheitlichen BGB erarbeiten sollte. Das von der Vorkommission wenige Monate später vorgelegte Gutachten nannte als Ziel die Vereinheitlichung des Rechts unter gleichzeitiger Berücksichtigung des gemeinen Rechts, ohne einem der bisher in den Bundesstaaten geltenden bürgerlichen Gesetzbücher eine Vorbildfunktion zukommen lassen zu wollen.⁷ Der Aufbau des Gesetzbuchs sollte sich am gemeinen römischen Privatrecht orientieren und nach einem vorgelagerten allgemeinen Teil eine Untergliederung nach den wichtigsten Rechtsgebieten enthalten.⁸

Am 22. Juni 1874 beschloss der Bundesrat die Einberufung einer Kommission zur konkreten Erarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.⁹ Diese am 2. Juli 1874 vom Bundesrat gewählte sog. Erste Kommission bestand aus elf Mitgliedern und setzte sich aus Richtern, Verwaltungsbeamten sowie zwei, den Zweigen des gemeinen Rechts zugehörigen, Hochschullehrern zusammen.¹⁰ Die Arbeiten der Ersten Kommission dauerten dreizehn Jahre

⁶ RGBl. 1873, Nr. 34, S. 379; *Sohm*, DJZ 1900, 6; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 125 ff.

⁷ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 170 ff.

⁸ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 179.

⁹ *Sohm*, DJZ 1900, 6; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 199.

¹⁰ *Sohm*, DJZ 1900, 6; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 203.

und wurden von den Hilfsarbeitern der elf Kommissionsmitglieder in den sog. Motiven zum Ersten Entwurf dokumentiert.¹¹ Am 27. Dezember 1887 übergab der Kommissionspräsident von Pape dem Reichskanzler den Ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, der 1888 veröffentlicht wurde.¹² Infolge äußerst kritischer Stellungnahmen zum Ersten Entwurf beschloss der Bundesrat am 14. Juni 1888 die Auflösung der Ersten Kommission zum 31. März 1889.¹³

Erst am 4. Dezember 1890 setzte der Bundesrat eine insgesamt zweiundzwanzig Mitglieder umfassende neue Kommission ein, die sog. Zweite Kommission, die den von der Ersten Kommission erarbeiteten Ersten Entwurf einer zweiten Lesung unterziehen und überarbeiten sollte.¹⁴ Der zu erstellende Zweite Entwurf sollte aber kein komplett neues Werk darstellen, sondern auf Grundlage des Ersten Entwurfs erarbeitet werden.¹⁵ Nach einer konstituierenden Sitzung am 15. Dezember 1890 trat die Zweite Kommission zwischen dem 1. April 1891 und dem 8. Februar 1896 zu insgesamt 456 Sitzungen zusammen.¹⁶ Die Arbeiten der Zweiten Kommission wurden in den sog. Protokollen zum Zweiten Entwurf dokumentiert.¹⁷ Am 22. Oktober 1895 überreichte die Zweite Kommission dem Reichskanzler ihren Zweiten Entwurf.

Nachdem sich der Justizausschuss der Reichsregierung schon im Juli 1895 eine Geschäftsordnung für die Beratung dieses Zweiten Entwurfs gegeben und die Zuständigkeit für die Berichterstattung über die einzelnen Bücher des Entwurfs an einzelne Länder übertragen hatte, begannen noch vor Übergabe des Entwurfs der Zweiten Kommission im Oktober 1895 die Beratungen, die bereits Anfang Januar 1896 abgeschlossen waren.¹⁸ Der aus

¹¹ *Sohm*, DJZ 1900, 6.

¹² *Sohm*, DJZ 1900, 6; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 309.

¹³ *Sohm*, DJZ 1900, 6 f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 326 ff.

¹⁴ *Sohm*, DJZ 1900, 6 (7); *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 350 f.

¹⁵ *Sohm*, DJZ 1900, 6 f., der den Ersten Entwurf als „mächtige Grundlage“ des BGB bezeichnete.

¹⁶ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 58.

¹⁷ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 357 ff.

¹⁸ *Sohm*, DJZ 1900, 6 (8); *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 62, 365 ff.

dieser Arbeit hervorgegangene Dritte Entwurf wurde vom Bundesrat am 16. Januar 1896 angenommen.¹⁹ Der Reichskanzler legte diesen Dritten Entwurf nebst einer Denkschrift am 17. Januar 1896 dem Reichstag vor, der das Gesetz mit geringen Veränderungen am 18. August 1896 beschloss und verkündete.²⁰

II. § 562 des Ersten Entwurfs als erster Vorläufer des § 616 BGB

Am Beginn der Betrachtung des Gesetzgebungsprozesses muss der Erste Entwurf der Ersten Kommission stehen. Wie der kurzen geschichtlichen Einordnung zu entnehmen ist, bildeten die aus diesem Ersten Entwurf hervorgehenden Regelungen die Grundlage für die weitere Beratung und Fortentwicklung des Normensystems durch die Zweite Kommission und die übrigen Gesetzgebungsbeteiligten. Die Erste Kommission trat im September 1874 zusammen. Bevor die eigentlichen Beratungen der Ersten Kommission aber beginnen konnten, wurden die der Ersten Kommission angehörigen Kommissionsmitglieder mit der Erstellung sog. Teilentwürfe beauftragt, die in den weiteren Beratungen diskutiert und fortentwickelt werden sollten.²¹ Mit dem Teilentwurf zum Schuldrecht wurde der württembergische Richter Franz Philipp von Kübel (1819 – 1884) betraut.²² Von Kübel erkrankte allerdings, bevor er seinen Teilentwurf zum Schuldrecht fertigstellen konnte. Soweit im Teilentwurf von Kübels entsprechende Bestimmungen fehlten, wurde den Beratungen der Ersten Kommission daher der im Jahre 1866 fertiggestellte Dresdner Entwurf eines gesamtdeutschen Obligationenrechts zugrunde gelegt, an dem von Kübel bereits mitgewirkt hatte.²³ Mangels einschlägiger Bestimmungen des Teilentwurfs von Kübels für das Dienstrecht wurden die Bestimmungen des Dresdner Entwurfs auch Grundlage für die weiteren Beratungen zum Dienstrecht.²⁴

¹⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 62.

²⁰ *Sohm*, DJZ 1900, 6 (9).

²¹ *Sohm*, DJZ 1900, 6.

²² *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 222.

²³ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 302 ff.

²⁴ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 1 Entstehungsgeschichte, 1978, S. 302 ff.

1. Einführung einer ersten, dem § 616 BGB vorausgehenden Bestimmung

Eine dem § 616 BGB vergleichbare Bestimmung enthielt der dem Dresdner Entwurf entstammende Teilentwurf zum Schuldrecht indes nicht.²⁵ Mit Artikel 625 war jedoch eine inhaltlich dem heutigen § 615 S. 1 und 2 BGB nahestehende Vorschrift vorgesehen, nach der der Dienstherr auch dann zur Leistung des vertragsgemäßen Lohns an den Dienstverdingler verpflichtet war, wenn der Dienstverdingler die Dienste wegen eines in der Person des Dienstherrn eingetretenen und verschuldeten Zufalls nicht leisten konnte:

„Art. 625 des Dresdner Entwurfs

Können die Dienste durch Verschuldung des Dienstherrn wegen eines in der Person eingetretenen Zufalles nicht oder nur teilweise geleistet werden, während der Dienstverdingler zu der Dienstleistung bereit war, so ist der Dienstherr verpflichtet, dem Dienstverdingler neben der Entrichtung des vertragsgemäßen Lohnes auch die von ihm gemachten nicht im Lohne begriffenen Auslagen zu erstatten. Hat der Dienstverdingler während der betreffenden Zeit einen anderen Verdienst gehabt, so kann der Dienstherr einen entsprechenden Abzug machen. Ebenso kann er, wenn ein Theil des Lohnes zum Ersatz von Auslagen bei der Dienstleistung bestimmt und diese wegen Unterbleibens der Dienstleistung nicht gemacht worden sind, jenen Theil des Lohnes in Abzug bringen.“²⁶

Erst im Zuge der sich anschließenden Beratungen der Ersten Kommission fand die Frage einer Lohnfortzahlung bei einer in Person des Dienstverpflichteten eingetretenen unverschuldeten Verhinderung erstmals Beachtung. Das Kommissionsmitglied von Weber beantragte in der am 1. Juni 1883 zu Art. 625 stattfindenden 215. Beratungssitzung zusätzlich als Art. 625a zu bestimmen:²⁷

²⁵ Vgl. Schwegmann, Dogmatik des § 616 BGB, 1962, S. 21.

²⁶ Francke, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866, S. 123 f.

²⁷ Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 768; vgl. Walk, § 616 BGB und Leistungshindernisse in „neutraler“ Sphäre, 1997, S. 122.

„Bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen, die volle Thätigkeit des Dienstverpflichteten umfassenden Dienstvertrages wird der Dienstverpflichtete seiner Ansprüche auf die (vereinbarte) Vergütung nicht verlustig, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung während einer nicht erheblichen Zeit (oder in nicht erheblichem Umfang) verhindert wird.“²⁸

In der drei Tage später am 4. Juni 1883 stattfindenden 216. Beratungssitzung änderte das Kommissionsmitglied von Weber seinen Antrag wie folgt ab:

„(1) Bei einem dauernden, die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnisse wird derselbe des Anspruches auf die (vereinbarte) Vergütung nicht verlustig, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung während einer nicht erheblichen Zeit (oder in nicht erheblichem Umfang) verhindert wird.

(2) Als dauernd gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe mindestens auf (ein Jahr) abgeschlossen oder für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens sechs Wochen einzuhalten ist.“²⁹

Unter Billigung des Änderungsantrags im Übrigen entschied sich die Mehrheit der Kommission gegen die Aufnahme des beantragten zweiten Absatzes, „weil er den größten Theil des praktischen Werthes des ersten Absatzes wiederaufzuheben drohe“.³⁰ Zudem wurde der Zusatz in Absatz 1 „oder in nicht erheblichem Umfang“ abgelehnt. Die Notwendigkeit eines die volle Tätigkeit des Dienstverpflichteten in Anspruch nehmenden Dienstvertrages wurde im Vergleich zum ersten Antrag von Webers aufgegeben und die An-

²⁸ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 768.

²⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 773; vgl. *Walk*, § 616 BGB und Leistungshindernisse in „neutraler“ Sphäre, 1997, S. 122.

³⁰ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 774.

wendbarkeit der Norm auf hauptsächlich in Anspruch nehmende Dienstverhältnisse erweitert. Die im abschließenden Ersten Entwurf in § 562 vertretete Bestimmung lautete demzufolge wie folgt:

„§ 562 des Ersten Entwurfs

Bei einem dauernden, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnisse wird derselbe des Anspruches auf die vertragsmäßige Vergütung dadurch nicht verlustig, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden während einer nicht erheblichen Zeit an der Dienstleistung verhindert wird.“³¹

Welche Auswirkungen die in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Gründe auf die Dienstpflicht haben sollten, war schon diesem ersten Vorläufer des § 616 BGB nicht zu entnehmen. Zu den Beratungen des in der 216. Beratungssitzung vom 4. Juni 1883 gestellten Änderungsantrags des Kommissionsmitglieds von Weber hieß es in den Motiven:

„Die eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 237 Abs. 2, § 368 Abs. 1) enthaltende Bestimmung beruht auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität. Sie kommt insbes. auch in angemessener Weise den Wehrpflichtigen zu statten, die vorübergehend und nur auf kurze Zeit zum Militärdienste eingezogen werden. Sie hat einen Vorgang im HGB. 60 und im schweiz. ObligR. 341, und auch gemeinrechtlich wird (arg. 1. 27 pr., 1. 24 § 41. f. D. 19, 2) vielfach angenommen, dass eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienstleistung in Folge eines in der Person des Dienstverpflichteten eingetretenen Zufalles nicht zu einem Abzuge berechtige. Die Zeit, welche als nicht erheblich zu gelten hat, näher zu bestimmen, ist wegen der Mannigfaltigkeit der in Be-

³¹ Mugdan, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. LXXXV; vgl. hierzu auch Eberhard, § 616 B.G.B., 1922, S. 5; Neumcke, Der § 616 B.G.B., 1924, S. 5.

*tracht kommenden Dienstverhältnisse unausführbar; in dieser Beziehung kann auch ohne Gefahr die Entscheidung dem Richter überlassen werden.*³²

Fraglich ist, ob sich anhand dieser Informationen feststellen lässt, welche Normen im Anwendungsbereich des § 562 des Ersten Entwurfs für den Wegfall der Leistungspflicht in Betracht kommen sollten und wie sich § 562 des Ersten Entwurfs ggf. dogmatisch in die übrigen Vorschriften des Ersten Entwurfs einfügen ließ. Was die Erste Kommission als „Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen“ verstand, lässt sich anhand des Klammerzusatzes zunächst nur erahnen, indem auf die Vorschriften des § 237 Abs. 2 und § 368 Abs. 1 des Ersten Entwurfs verwiesen wurde. § 237 enthielt im Ersten Entwurf die Unmöglichkeitstatbestände und regelte die Rechtsfolgen für die Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit:

„§ 237 BGB des Ersten Entwurfs

(1) Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, so lange die Leistung in Folge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist; soweit die Leistung dauernd unmöglich geworden ist, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit.

*(2) Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, welcher einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hat, diesen in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten außer Stand gesetzt worden ist.*³³

§ 368 des Ersten Entwurfs normierte das Schicksal der Gegenleistungs- bzw. Vergütungspflicht. In Absatz 1 war der Grundsatz enthalten, nach dem die Gegenleistung im Falle der dauerhaften Unmöglichkeit der Leistungs-

³² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 253; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 773 f.; hierzu auch *Walk*, § 616 BGB und Leistungshindernisse in „neutraler“ Sphäre, 1997, S. 122; *Schwegmann*, Dogmatik des § 616 BGB, 1962, S. 17; *Neumcke*, Der § 616 B.G.B., 1924, S. 7.

³³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. VII; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 226.

pfllicht entsprechend wegfallen sollte. Die Absätze 2 und 3 enthielten Ausnahmetatbestände von dieser Regel, bei deren Vorliegen der Voraussetzungen die Vergütung entgegen der Regel in Absatz 1 Satz 1 fortzuzahlen war:

„§ 368 BGB des Ersten Entwurfs

(1) Wird der Schuldner aus einem gegenseitigen Verträge von der Verpflichtung zur Leistung in Folge eingetretener Unmöglichkeit der Leistung befreit, so hat im Falle der gänzlichen Unmöglichkeit der Schuldner kein Recht auf die Gegenleistung, im Falle der nur teilweisen Unmöglichkeit der Gläubiger das Recht, die Gegenleistung verhältnismäßig nach Maßgabe des § 392 zu mindern. Soweit der Schuldner die hiernach ihm nicht gebührende Gegenleistung bereits empfangen hat, kann der Gläubiger das Geleistete nach den Vorschriften über den Ersatz einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern.

(2) Ist die Leistung in Folge eines von dem Gläubiger zu vertretenden Umstandes oder, nachdem der Gläubiger in Verzug gekommen ist, unmöglich geworden, so behält der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung. Der Gläubiger ist jedoch berechtigt, den Geldwerth der Aufwendungen, welche der Schuldner in Folge der Nichtleistung erspart hat, und, wenn die Nichtleistung den Schuldner zur anderweiten Verwendung seines Arbeitsvermögens in den Stand gesetzt hat, auch den Geldwerth des Erwerbes, welchen der Schuldner durch die anderweite Verwerthung seines Arbeitsvermögens gemacht oder zu machen böswillig unterlassen hat, in Abzug zu bringen.

(3) Der Schuldner behält das Recht auf die Gegenleistung auch dann, wenn der Gläubiger nach Maßgabe des § 238 von dem Schuldner die Herausgabe oder Abtretung des für den Gegenstand der Leistung erhaltenen Ersatzes oder Ersatzanspruches verlangt. Der Gläubiger ist jedoch, soweit er weniger als den Werth der ihm versprochenen Leistung erhält, berechtigt, die Gegenleistung verhältnismäßig nach Maßgabe des § 392 zu mindern.³⁴

Eine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Normen im Anwendungsbereich des § 562 des Ersten Entwurfs das Schicksal der Leistungspflicht des

³⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. XXXVI f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 226 f.

Dienstverpflichteten bestimmen und wie § 562 des Ersten Entwurfs im Übrigen dogmatisch in den Ersten Entwurf einzuordnen sein sollte, ergibt sich aus der Lektüre dieser beiden Vorschriften allerdings nicht. Dogmatisch ließ sich der in den Motiven dargestellte Ausnahmecharakter des § 562 des Ersten Entwurfs vielmehr auf unterschiedliche Weise begründen. In Betracht kamen folgende Deutungsmöglichkeiten:

- § 562 des Ersten Entwurfs könnte von der Ersten Kommission als reine Ausnahme zu § 368 Abs. 1 Satz 1 des Ersten Entwurfs gewollt gewesen sein. Entsprechend der Absätze 2 und 3 des § 368 des Ersten Entwurfs hätte § 562 des Ersten Entwurfs einen weiteren Ausnahmetatbestand zu § 368 Abs. 1 Satz 1 des Ersten Entwurfs darstellen und die Gegenleistungs- und Zahlungspflicht des Dienstberechtigten aufrechterhalten können. Für diese dogmatische Konzeption hätte die Leistungspflicht des Dienstverpflichteten aber infolge Unmöglichkeit wegfallen müssen. Als Befreiungstatbestände kämen § 237 Abs. 1 oder aber § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs in Betracht. Auf letzteren Tatbestand bezogen sich die Motive des Ersten Entwurfs. Nicht auszuschließen wäre der Wegfall der Leistungspflicht nach einem weiteren, nicht in § 237 des Ersten Entwurfs genannten Tatbestand einer Unmöglichkeit. Möglicherweise sollte § 562 des Ersten Entwurfs selbst einen solchen Unmöglichkeitstatbestand bilden. Denkbar wäre auch, dass sich eine Unmöglichkeit aus § 359 des Ersten Entwurfs herleiten ließ.
- Schließlich ließe sich § 562 des Ersten Entwurfs auch als eine vom Unmöglichkeitsrecht losgelöste Vorschrift verstehen, indem sich Wegfall der Leistungspflicht und Vergütungsfortzahlung allein nach § 562 des Ersten Entwurfs richten sollten, ohne dass es auf § 237 und § 368 Abs. 1 des Ersten Entwurfs ankommen musste.

Ob aber eine dieser Varianten den Vorstellungen der Ersten Kommission und der übrigen Konzeption des Ersten Entwurfs entsprach, ist als ungeklärt zu bewerten. Daher sollen diese im Folgenden einer Prüfung unterzogen werden.

2. *Wegfall der Leistungspflicht aufgrund von Unmöglichkeit nach dem Ersten Entwurf*

Entsprechend der Darstellung ist zunächst zu prüfen, ob der Wegfall der Leistungspflicht in Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs aus Tatbeständen über die Unmöglichkeit begründet werden konnte.

a) *Wegfall der Leistungspflicht nach § 237 des Ersten Entwurfs*

Sollte § 562 des Ersten Entwurfs als reine Ausnahme zu § 368 Abs. 1 S. 1 des Ersten Entwurfs fungieren, kämen für eine Leistungsbefreiung zunächst die Tatbestände des § 237 Abs. 1 und des § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs in Betracht.

aa) *Anwendungsbereich des § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs*

§ 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs unterschied begrifflich zwischen der dauernden und der vorübergehenden Unmöglichkeit. Nur bei ersterer sollte der Schuldner auch endgültig von seiner Leistungspflicht befreit werden. Zu den Rechtsfolgen der nur vorübergehenden Unmöglichkeit hieß es in den Motiven zu § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs:

„Die vorübergehende nicht zu vertretende Unmöglichkeit befreit den Schuldner nur zur Zeit; er kommt während ihrer Dauer nicht in Verzug.“³⁵

Im Rahmen der vorübergehenden Unmöglichkeit entfiel die Verpflichtung des Leistungsverpflichteten mithin nur so lange, wie die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands unmöglich war. Eine Definition der dau-

³⁵ Mugdan, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25.

enden oder der vorübergehenden Unmöglichkeit enthielt der Erste Entwurf aber nicht. Auch findet sich in den Motiven zum Ersten Entwurf keine konkrete Festlegung auf eine Bedeutung der Begrifflichkeiten. Vielmehr hieß es in den Motiven:

„(...) der Begriff der dauernden Unmöglichkeit im Gegensatz zu einer vorübergehenden kann durch das Gesetz nicht bestimmt werden. Es entscheidet (...) die besondere Beschaffenheit des in Frage kommenden Schuldverhältnisses, wonach derselbe Umstand in einem Falle als nur vorübergehende, im anderen Falle als dauernde Unmöglichkeit erscheinen wird.“³⁶

Mithin legte sich die Erste Kommission hinsichtlich der Unterscheidung zwischen dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit nicht fest und erhielt in den Tatbeständen eine gewisse Flexibilität. Abhängig vom jeweiligen Schuldverhältnis und je nach Einzelfall konnte die Unmöglichkeit damit als dauernde oder als nur vorübergehende Unmöglichkeit eingeordnet werden.³⁷ Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, wie der eigentliche Begriff der Unmöglichkeit verstanden wurde. Auch eine Definition der Unmöglichkeit enthielt der Erste Entwurf nicht. Die Motive beschrieben die Vorstellung der Ersten Kommission zur Unmöglichkeit jedoch wie folgt:

„Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit. (...). Ob eine wirkliche (natürliche oder juristische) Unmöglichkeit eingetreten ist muss in concreto geprüft werden

³⁶ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 218.

³⁷ Vgl. zur Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauerhafter Unmöglichkeit beim späteren § 275 BGB auch *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, 1899, S. 129; *Enneccerus/Lehmann*, Das Bürgerliche Recht, 1900, S. 428; *Oertmann*, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1910, S. 103; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902, S. 124; *Kisch*, Unmöglichkeit, 1900, S. 18 ff., der nur die dauerhafte Unmöglichkeit als eigentliche Unmöglichkeit verstand.

*nach dem Gegenstande und gestimmten Inhalte des Schuldverhältnisses.*³⁸

Als Unmöglichkeit galt mithin nur die „objektive“ Unmöglichkeit, die gleichsam auch als die „wirkliche“ Unmöglichkeit beschrieben wurde. Diese wirkliche Unmöglichkeit wurde wiederum in natürliche und juristische Unmöglichkeit untergliedert:

*„Der natürlichen Unmöglichkeit steht gleich die juristische, so, wenn der Vertrag auf die Bewirkung eines rechtlichen Erfolges oder Rechtsverhältnisses gerichtet ist, welche das Gesetz nicht zulässt oder ablehnt.“*³⁹

Als Beispiele für die Unmöglichkeit nannte die Erste Kommission in den Motiven „nicht vorhandene“ und „untergegangene Sachen“, aber auch „Verträge über eigene Sachen oder Rechte“, ohne diese Beispiele in das Gesetz mit aufnehmen zu wollen.⁴⁰ Das Zitat und die Beispiele aus den Motiven zeigen, dass die objektive Unmöglichkeit im Sinne des Entwurfs eng zu interpretieren war und neben natürlichen bzw. naturgesetzlich unmöglichen Leistungen nur solche Fälle dem Unmöglichkeitsrecht nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs unterfallen sollten, die rechtlich verboten oder sonst rechtlich nicht realisierbar waren.⁴¹ Gesichtspunkte der Zumutbarkeit oder Verhältnismäßigkeit der geschuldeten Leistung waren dagegen kein Bestandteil der Unmöglichkeit in Absatz 1.⁴²

³⁸ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 24 f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 213; zu der Textstelle auch *Kleineidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 14.

³⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 97, die Zitate betreffen die im Ersten Entwurf in § 344 und später im Gesetz als § 306 BGB kodifizierte anfängliche Unmöglichkeit.

⁴⁰ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 97.

⁴¹ Vgl. ebenfalls zum Unmöglichkeitsbegriff des späteren § 275 BGB *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, 1899, S. 128; *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 400 ff.; *Titz*, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, S. 60 ff.

⁴² So aber *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 400, unter Bezugnahme auf RG, Urt. v. 23. Februar 1904 – II 398/03, RGZ 57, 116 (118 f.) – „Baumwollensaatmehl Eichenlaub“; allgemeiner *Staudinger/Kohlenbeck/Kober*, Tl. 1 1910, Vorbem. zu § 275; hierzu auch unter D. I. 4.

bb) Anwendungsbereich des § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs

In § 237 Abs. 2 ordnete der Erste Entwurf an, dass dieselben in § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs angeordneten Rechtsfolgen der (vorübergehenden) Befreiung von der Leistungspflicht zur Anwendung kommen sollten, wenn der Schuldner, welcher einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hatte, diesen in Folge eines nachträglich eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstands zu leisten außer Stand gesetzt worden war. In den Motiven der Ersten Kommission wurde diese Konstellation ausführlich wie folgt beschrieben:

„Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber. Ein solches liegt nicht vor, wenn es bei der Leistung auf die Person des Schuldners ankommt und die persönliche Leistung objektiv unmöglich geworden ist, wohl aber dann, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, die Erfüllung zu bewirken, mag diese in der Leistung von Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehen. Ein solches subjektives Unvermögen ist weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners. Auch das entspricht dem geltenden Rechte; das entgegengesetzte Prinzip würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Im Falle der Begründung des Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist im Versprechen die Uebernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit zu finden. In allen Fällen ist eine Aenderung des subjektiven Unvermögens des Schuldners jederzeit möglich. Eine abweichende Behandlung erfordert nur der im Abs. 2 des § 237 hervorgehobene Fall, daß ein in sich db. individuell bestimmter Gegenstand zu leisten ist und der Schuldner in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nachträglich außer Stand gesetzt wird, ihn zu leisten. Indem dieser Fall den Fällen der objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt wird, ist zugleich ausgesprochen, daß in den anderen bezeichneten Fällen, sofern, wie bemerkt, in concreto das subjektive Unvermögen nicht als eigentliche objektive Unmöglichkeit aufzufassen ist, das subjektive Unvermögen vom Schuldner immer gleich verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit zu vertreten ist. Wo von der Unmöglichkeit als Grund der Befreiung von der Verpflichtung

*die Rede ist, versteht der Entw. hiernach die (nachträgliche) objektive Unmöglichkeit und beim Vorliegen des im § 237 Abs. 2 bezeichneten Falles das (nachträgliche) subjektive Unvermögen. Ueber den Einfluß der Unmöglichkeit auf die Verpflichtung zur Gegenleistung wird in den §§ 368, 369 bestimmt.*⁴³

Mithin war § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs nur für einen ganz bestimmten Fall eines Unvermögens vorgesehen. Für diesen Fall ordnete § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs die Anwendbarkeit der Rechtsfolgen des § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs an. Um diesen Fall hervorzuheben, beschrieb die Erste Kommission den Begriff des Unvermögens zunächst im Allgemeinen. Ein Unvermögen liege vor, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreiche, die Erfüllung zu bewirken, unabhängig davon, ob diese in der Leistung von Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehe. Voraussetzung für jegliches Unvermögen sei die objektive (natürliche und juristische) Möglichkeit der Leistung. Andernfalls liege schon eine objektive Unmöglichkeit vor, die keinen Raum mehr für ein Unvermögen belasse. Sodann verdeutlichte die Erste Kommission, dass sie dem Unvermögen aber grundsätzlich nicht die gleiche rechtliche Wirkung, wie sie der objektiven Unmöglichkeit zukomme, beimesse. Vielmehr sei ein Unvermögen weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluss auf die Verbindlichkeit des Schuldners. Demzufolge führe ein Unvermögen auch nicht zu einer Befreiung oder Befreiung auf Zeit von der Leistungspflicht nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs.

Anders sollte nach den Ausführungen der Ersten Kommission nur der in § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs hervorgehobene Fall gehandhabt werden, in dem ein individuell bestimmter Gegenstand zu leisten war und der Schuldner in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands nachträglich außer Stand gesetzt wurde, ihn zu leisten. Gemeint waren Fälle, in denen der Schuldner zur Übergabe und Übereignung einer Sache verpflichtet war,

⁴³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 213; zu der Textstelle auch *Kleineidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 11 f., mit der Wertung, dass die Nichtleistung einer in Person zu erbringenden Leistung gleichsam deren Unmöglichkeit bedeutet und kein Unvermögen mehr darstellt.

die erstens keiner Gattungsschuld unterfiel und in denen der Schuldner die Pflicht zweitens nur deswegen nicht erbringen konnte, weil er nachträglich zur Erfüllung der Pflicht außer Stand gesetzt wurde, die Erfüllung der Pflicht einem Dritten jedoch noch möglich gewesen wäre.⁴⁴ Dies war beispielsweise der Fall, wenn ein Eigentümer einer Sache nachträglich nicht mehr zum Verkauf der in seinem Besitz befindlichen, aber durch den Schuldner zu leistenden Stückschuld bereit war oder ein Dieb, der die Sache nach der Verpflichtung durch den Schuldner gestohlen hatte, dauerhaft nicht mehr auffindbar war.⁴⁵

Gleichgestellt, weil rechtlich identisch, waren Fälle, in denen der Schuldner zwar zunächst zur Leistung einer Sache aus einer Gattung verpflichtet war, die Gefahr aber infolge Konkretisierung auf eine bestimmte Sache auf den Gläubiger übergegangen war, ohne dass der Schuldner bereits vollständig erfüllt hatte. Auch in einem solchen Fall konnte ein leistungsbefreiendes Unvermögen eintreten, etwa wenn die konkretisierte Sache gestohlen wurde und dauerhaft nicht mehr auffindbar war, da sich die Leistungspflicht infolge des Annahmeverzugs von einer Gattungsschuld nach § 214 S. 3 des Ersten Entwurfs auf die konkretisierte Sache reduzierte:⁴⁶

*„§ 214 des Ersten Entwurfs
(...). Das Schuldverhältniß beschränkt sich nach Vollziehung der
Auswahl auf die ausgewählte Sache.“⁴⁷*

Abzugrenzen ist diese Fallgruppe des nachträglichen Unvermögens bei individuell bestimmten Sachen von der nachträglichen Unmöglichkeit nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs. War der Schuldner mit den Worten der

⁴⁴ *Kleineidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 4 f.; *Titzge*, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, S. 59 f.

⁴⁵ Vgl. zum Begriff und zur Herleitung des Unvermögens *Kleineidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 4 f.; *Titzge*, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, S. 59 ff.

⁴⁶ Zur Konstruktion im späteren BGB vgl. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 432 f.

⁴⁷ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. II; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 54.

Motive „in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands nachträglich außer Stand gesetzt“⁴⁸, den individuell bestimmten Gegenstand zu leisten, so könnte dieses „Außerstande sein“ auch als objektive Unmöglichkeit verstanden werden. Denn wurde eine Sache nachträglich gestohlen oder war dem Schuldner die Beschaffung der zu übergebenden individuell bestimmten Sache nachträglich, aus welchen Gründen auch immer, nicht (mehr) möglich, obgleich sie irgendeinem Dritten noch möglich gewesen wäre, so bestand für den Schuldner ein rechtliches und/oder tatsächliches Hindernis zur Erfüllung seiner Pflicht. Diesen Aspekt erkannten auch Teile der Zweiten Kommission und diskutierten ihn im Rahmen der Beratungen zum Zweiten Entwurf.⁴⁹ Gleichwohl sah die Erste Kommission diese Fallkonstellation nicht als Unmöglichkeit, sondern „nur“ als der Unmöglichkeit ausnahmsweise gleichgestelltes Unvermögen an, denn die Leistung war als solche naturgesetzlich oder rechtlich noch nicht zwingend ausgeschlossen. Entscheidendes Unterscheidungskriterium zwischen der Unmöglichkeit und dem einzig der Unmöglichkeit gleichgestellten Fall des Unvermögens war damit, ob irgendein Dritter die Leistung in Gestalt der Übergabe und Übereignung der individuell bestimmten Sache anstelle des Schuldners noch hätte leisten können.⁵⁰ Hieran offenbart sich aber, wie eng die Erste Kommission die objektive Unmöglichkeit interpretierte. Aufgrund der deutlichen Erläuterung der Ersten Kommission zu § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs bleibt festzuhalten, dass sonstigen Fällen eines Unvermögens keinerlei leistungsbefreiende Wirkung beigemessen wurde und ein Unvermögen damit grundsätzlich, außer in dem in § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs beschriebenen Fall, keine Auswirkungen auf die Leistungspflicht haben sollte.⁵¹

cc) § 562 des Ersten Entwurfs als Fall des § 237 des Ersten Entwurfs

Damit stellt sich die an die bisherige Darstellung anknüpfende Frage, ob die Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs einem der Tatbestände des § 237 des

⁴⁸ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25.

⁴⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 529; hierzu weiter unter C. III.; kritisch auch *Kisch*, Unmöglichkeit, 1900, S. 10.

⁵⁰ Unter Bezugnahme auf Rechtsquellen des gemeinen Rechts *Kleineidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 4 f.; *Titzze*, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, S. 59 f.

⁵¹ Vgl. zu dem Verständnis der Ausführungen der Ersten Kommission zu § 562 des Ersten Entwurfs auch *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 145 ff.

Ersten Entwurfs zugeordnet werden konnten und somit ein Wegfall der Leistungspflicht möglich war. Für § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs lässt sich die Frage eindeutig beantworten. Zwar wurde in den Motiven explizit auf § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs Bezug genommen. Anhand der obigen Ausführungen ist jedoch klar, dass die Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs nicht von § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs erfasst werden konnten. § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs betraf nach der Auffassung der Ersten Kommission nur den Spezialfall der Leistungsschuld über eine individuell bestimmte Sache und bezog sich auf die Verpflichtungen zur Übergabe und Übereignung dieser Sache. Eine Anwendung des § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs war damit im Rahmen des § 562 des Ersten Entwurfs nicht möglich. Die Dienstpflicht ist nicht auf die Übergabe einer Sache, sondern auf eine Handlungspflicht ausgerichtet.

Damit konnte die Leistungspflicht im Rahmen der Unmöglichkeitstatbestände des § 237 des Ersten Entwurfs allenfalls nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs wegfallen. Notwendige Voraussetzung war aber, dass die Verhinderung im Sinne des § 562 des Ersten Entwurfs nicht bloß eine vorübergehende, sondern eine dauerhafte Unmöglichkeit im Sinne des § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs darstellte. Eine vorübergehende Unmöglichkeit führte nämlich, wie dargestellt, nicht zu einem Wegfall von der Leistungspflicht, sondern verhinderte allenfalls den Eintritt des Verzugs.⁵²

(1) Zeit der Leistungspflicht und Folgen der Nichtleistung

Ob die Nichterfüllung einer Dienstleistungspflicht aufgrund einer Verhinderung im Sinne des § 562 des Ersten Entwurfs die Befreiung des zur Dienstleistung Verpflichteten wegen objektiver und dauerhafter Unmöglichkeit zur Folge haben konnte, hängt entscheidend von der Leistungszeit der Dienstpflicht ab. Wie § 231 des Ersten Entwurfs zeigt, wurde auch im Ersten Entwurf schon allgemein zwischen zeitlich bestimmten und unbestimmten Leistungspflichten unterschieden:

„§ 231 des Ersten Entwurfs

(1) Ist für die Leistung eine Zeit nicht bestimmt, so kann die Leistung sofort gefordert und bewirkt werden.

⁵² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25.

(2) Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger vor dieser Zeit die Leistung nicht fordern, wohl aber der Schuldner zu jeder früheren Zeit leisten darf.“⁵³

Bei zeitlich unbestimmter Leistungspflicht konnte die Leistung mithin sofort gefordert werden. Bei zeitlicher Bestimmung konnte der Gläubiger die Leistung im Zweifel erst ab Eintritt des bestimmten Zeitpunkts fordern.⁵⁴ An die Nichtleistung einer fälligen Leistungspflicht waren unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft. Wurde nicht geleistet, war die Rechtsfolge nicht per se die Befreiung von der Leistungspflicht. Vielmehr trat mit entsprechender Mahnung über die bestehende Leistungspflicht allenfalls Verzug im Sinne des § 245 des Ersten Entwurfs ein.⁵⁵ War die Vertragsleistung genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist zu bewirken, stand dem Gläubiger im Falle der Nichtleistung das Recht zu, nach seiner Wahl von dem Vertrag zurückzutreten oder weiterhin seine Rechte aus dem Verträge geltend zu machen:

„§ 361 des Ersten Entwurfs

(1) Ergiebt sich aus dem Verträge, daß die Vertragsleistung von dem einen Vertragschließenden genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder binnen der bestimmten Frist erfolgt, der andere Vertragschließende berechtigt, von dem Verträge zurückzutreten oder seine Rechte aus dem Verträge geltend zu machen.

(2) Auf das Rücktrittsrecht finden die Vorschriften der §§ 426 bis 431, 433 entsprechende Anwendung“⁵⁶

⁵³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. VI; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 197.

⁵⁴ Zur Leistungszeit im späteren BGB vgl. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 424 ff.

⁵⁵ Zum Verzug im späteren BGB vgl. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 426 ff.; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902, S. 186 ff.

⁵⁶ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. XXXIV; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 446 f.

Durch die Möglichkeit, die Vertragsleistung auch weiterhin geltend machen zu können, konnte die Leistungspflicht in diesen Fällen nicht zeitlich in einer Weise unmöglich gewesen sein, dass eine Nachleistung objektiv ausgeschlossen war. Dem entsprechend ging auch die Erste Kommission davon aus, dass zwischen dem Fixgeschäft im Sinne des § 361 des Ersten Entwurfs und dem Fixgeschäft „nicht im Sinne des § 361, sondern im strengsten Sinne“ zu unterscheiden war, bei dem „der Vertrag nur in der bestimmten Zeit erfüllt werden kann und seine Erfüllung zu einer anderen Zeit unmöglich ist“⁵⁷:

„Ist der Vertrag von der Art, dass die Erfüllung zu einer anderen als der bestimmten Zeit unbedingt ausgeschlossen ist (z. B. Errichtung einer Schaubühne zu einem Einzuge), so kann von einem Rechte auf nachträgliche reale Erfüllung keine Rede sein; vielmehr läge gänzliche Unmöglichkeit der Erfüllung vor (...).“⁵⁸

Bei einem Fixgeschäft im sog. strengsten Sinne bestand die Rechtsfolge somit nicht in § 361 des Ersten Entwurfs. Vielmehr fanden die Vorschriften des Unmöglichkeitrechts Anwendung.⁵⁹ Eine ausschließliche Anwendbarkeit des § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs in Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs kam damit nur in Betracht, wenn die Dienstleistungspflicht eine Fixschuld im sog. strengsten Sinne darstellte.

(2) Dienstleistungspflicht als absolutes Fixgeschäft

Der Erste Entwurf enthielt keine Bestimmung zur Leistungszeit der Dienstpflicht. Wie sich aus den Motiven ergibt, war dieses Fehlen einer Regelung von der Ersten Kommission aber bewusst gewählt:

⁵⁷ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 234; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 450.

⁵⁸ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 110; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 444.

⁵⁹ Zur Unterscheidung auch im späteren BGB vgl. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 436; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902, S. 191 ff.

„Anlangend die Zeit, zu der die versprochenen Dienste zu leisten sind, so bedarf es keiner besonderen Bestimmungen. (...) Die richtige Entscheidung des Einzelfalles kann sich nur aus der Würdigung der besonderen Umstände und im Wege der Ermittlung des Parteivillens ergeben.“⁶⁰

Waren für die Einordnung der Dienstpflicht die Umstände des Einzelfalles entscheidend, sprechen bereits diese Ausführungen gegen die generelle Einordnung der Dienstpflicht als absolute Fixschuld bzw. Fixschuld „im strengsten Sinne“. An anderer Stelle hieß es in den Motiven des Ersten Entwurfs zwar, „dass dem Dienstvertrag regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixschuld beiwohnt“⁶¹. Aber auch diese Aussage zwingt nicht zu der Annahme, die Dienstpflicht sei generell als Fixschuld „im strengsten Sinne“ anzusehen. Denn schon das Wort „regelmäßig“ bedeutet, dass Fälle denkbar waren, in denen diese Regel gerade nicht greifen sollte, eine Fixschuld mithin nicht vorliegen sollte. Mit der Aussage ist zudem nicht entschieden, dass es sich stets um eine Fixschuld „im strengsten Sinne“ handeln musste. Vielmehr käme hier auch die Einordnung als Fixschuld im Sinne des § 361 des Ersten Entwurfs in Betracht. Damit konnte aber nicht davon ausgegangen werden, die Dienstschild werde zeitlich ausschließlich absolut fix geschuldet.⁶² Vielmehr war das Gegenteil der Fall. Die Dienstschild war grundsätzlich nachholbar. Diese Annahme wird durch die Vorschrift des § 561 des Ersten Entwurfs bestätigt. § 561 des Ersten Entwurfs ordnete für den Fall des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten nicht nur die Aufrechterhaltung der Vergütung an, sondern bestimmte weiter, dass der Dienstverpflichtete bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht zur Nachleistung verpflichtet war:⁶³

⁶⁰ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 255.

⁶¹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 257; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 770.

⁶² Gleichwohl wurde die Dienstpflicht nach Inkrafttreten des BGB überwiegend und ohne nähere Begründung als zeitlich absolut fix geschuldet angesehen, vgl. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 597.

⁶³ In Bezug auf den später in Kraft getretenen § 615 BGB wurde zumindest ein Wegfall der Leistungspflicht infolge der Vorschrift anerkannt, vgl. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, S. 600.

„§ 561 des Ersten Entwurfs

Kommt der Dienstberechtigte in Verzug der Annahme der Dienste, so hat der Dienstverpflichtete für die Dauer des Verzuges Anspruch auf die vertragsgemäße Vergütung, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. (...).“⁶⁴

Diese Anordnung macht nur vor dem Hintergrund grundsätzlich nachholbarer Dienstleistungen Sinn, da allgemeine Rechtsfolge des Annahmeverzuges nicht die Befreiung von der Leistungspflicht war, wie die Ausführungen der Ersten Kommission in den Motiven bestätigen:

„Der Schuldner wird durch den Verzug des Gläubigers, abgesehen von der Zinspflicht (§ 259) und von den Fällen, wo zu Folge der mora die Leistung objektiv und dauernd unmöglich wird (bei Fixgeschäften), nicht liberiert;“⁶⁵

Weiter schreibt die Erste Kommission, dass § 561 des Ersten Entwurfs den Dienstverpflichteten „über die Folgen des Annahmeverzuges hinaus von der Verbindlichkeit der nachträglichen Leistung der Dienste befreit“.⁶⁶ Hätte die Erste Kommission die Dienstleistungspflicht stets als Fixschuld im strengsten Sinne angesehen, so hätte sie den Wegfall der Leistungspflicht wegen des dann eingreifenden § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs nicht ausdrücklich anordnen müssen. Zudem hätte es der Vorschrift des § 561 des Ersten Entwurfs nicht bedurft, da die Fälle und die Vergütungsfortzahlung schon über § 368 Abs. 2 Satz 1 des Ersten Entwurfs hätten gelöst werden können.⁶⁷

⁶⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. LXXXIV; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 770.

⁶⁵ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 40; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 350.

⁶⁶ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 257 f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 769 f.

⁶⁷ Für das heutige Verständnis ebenso MHdB ArbR/*Tillmanns*, § 76 Rn. 6, die § 615 BGB als gegenüber § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 und S. 2 BGB spezieller ansieht.

„§ 368 des Ersten Entwurfs

(1) (...).

(2) *Ist die Leistung in Folge eines von dem Gläubiger zu vertretenden Umstandes oder, nachdem der Gläubiger in Verzug gekommen ist, unmöglich geworden, so behält der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung. (...).*⁶⁸

Nach den Ausführungen der Ersten Kommission standen sich Annahmeverzug und Unmöglichkeit durch Zeitablauf (Fixschuld im strengsten Sinne) gleichwertig gegenüber und schlossen sich nicht aus. Auch bei absoluten Fixgeschäften konnte also zunächst Annahmeverzug eintreten. Wie anhand bereits genannter Passage der Motive deutlich wird, trat der Wegfall der Leistungspflicht infolge der objektiven zeitlichen Unmöglichkeit erst als Folge des Annahmeverzugs ein:

*„Der Schuldner wird durch den Verzug des Gläubigers, abgesehen von der Zinspflicht (§ 259) und von den Fällen, wo zu Folge der mora die Leistung objektiv und dauernd unmöglich wird (bei Fixgeschäften), nicht liberirt.“*⁶⁹

Bei Aufeinandertreffen von Annahmeverzug und absoluter Fixschuld bestand mithin eine zumindest rechtliche Abfolge von Annahmeverzug und Eintritt der objektiven Unmöglichkeit wegen Zeitablaufs.⁷⁰ Hätte die Dienstleistungspflicht stets eine absolute Fixschuld darstellen und bei Nichtleistung infolge § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs unmöglich werden sollen, hätte die Vergütungspflicht vorrangig nach § 368 Abs. 2 des Ersten Entwurfs aufrechterhalten werden können. Denn die Leistung wäre „nach dem

⁶⁸ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. XXXVI f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 226 f.

⁶⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 40; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 350.

⁷⁰ Im Ergebnis auch *Kohler*, ArchBürgR 13 (1897), 149 (200 f.); *Eckstein*, ArchBürgR 37 (1912), 390, 478 ff.; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902, S. 149. Auffassungen, die zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit eine generelle Alternativität bejahen, sind daher abzulehnen. Die Alternativität gilt allein in Bezug auf § 297 BGB; zum Streitstand schon *Sommer*, Die Nichterfüllung der Arbeitspflicht, 1996, S. 73 ff.

Eintritte des Gläubigerverzugs (...) in Folge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands unmöglich geworden“.⁷¹ Der Regelung des § 561 des Ersten Entwurfs hätte es insgesamt nicht bedurft.

Nach alledem wies die Dienstleistungspflicht damit keinen generellen Fixschuldcharakter im strengsten Sinne auf. Vielmehr wurde die Dienstpflicht nach dem Entwurf der Ersten Kommission grundsätzlich nachholbar ausgestaltet. Eine absolute Fixschuld kam nur ausnahmsweise in Betracht. Die Entscheidung oblag dem Einzelfall und konnte sich nur aus der Würdigung der besonderen Umstände und der Ermittlung des Parteiwillens ergeben.⁷²

(3) *Möglichkeiten der Leistungsbefreiung nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs*

Mangels generellen Fixschuldcharakters der Dienstleistungspflicht konnte § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs im Rahmen von Dienstleistungspflichten damit nur in zwei Konstellationen von der Leistungspflicht befreien. Erstens, wenn die Dienstleistungspflicht im Einzelfall zeitlich absolut fix geschuldet wurde. Zweitens, wenn die Dienstleistungspflicht zwar nicht absolut fix geschuldet wurde, die Dienstleistungspflicht und deren Nachholbarkeit aber nachträglich unmöglich wurden. Zwingende Voraussetzung für eine nachträgliche Befreiung infolge Unmöglichkeit war jedoch die Dauerhaftigkeit des zur nachträglichen Unmöglichkeit führenden Umstands in einer Weise, dass eine spätere Leistung bzw. Nachholbarkeit der Dienstleistungspflicht anhaltend ausgeschlossen war.⁷³ Im Rahmen höchstpersönlicher Dienstleistungspflichten konnte eine Befreiung von der Leistungspflicht infolge nachträglicher Unmöglichkeit eintreten, wenn das dauerhafte Leistungshindernis den zur Dienstleistung Verpflichteten traf.⁷⁴ Starb bei-

⁷¹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 11.

⁷² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 255.

⁷³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 218; vgl. hierzu unter C. II. 2. a) aa); *Kisch*, Unmöglichkeit, 1900, S. 18 f.; dieses Verständnis entspricht auch der Lehre des gemeinen Rechts, vgl. *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht, 1853, S. 27 f., 66 f. sowie unter D. I. 3 a).

⁷⁴ Vgl. zur Rechtsfolge der objektiven Unmöglichkeit bei höchstpersönlich zu erbringender Dienstleistungspflicht *Tütze*, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, S. 67 f.; *Kleineidam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 11 f.

spielsweise der zu höchstpersönlicher Leistung verpflichtete Konzertdirigent, dessen Dienstleistungspflicht grundsätzlich nachholbar war, konnte die Dienstleistungspflicht endgültig nicht mehr erbracht werden, auch nicht durch einen Dritten.⁷⁵ Bei fehlender Höchstpersönlichkeit der Dienstleistungspflicht konnte eine nachträgliche leistungsbefreiende Unmöglichkeit nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs erst eintreten, wenn neben dem dauerhaften, die Nachholbarkeit ausschließenden Hinderungsgrund beim Dienstverpflichteten auch der Rückgriff auf Dritte dauerhaft ausgeschlossen war.⁷⁶

In den Fällen der nachträglichen dauerhaften Unmöglichkeit dürften die Voraussetzungen des § 562 des Ersten Entwurfs aufgrund des Erfordernisses eines zeitlich unerheblichen Hindernisses nur vorgelegen haben, wenn die nachträgliche dauerhafte Unmöglichkeit zu einer Zeit eingetreten ist, zu der die verbleibende Dienstleistungspflicht im Verhältnis zur bereits erbrachten Leistung nur noch unerheblich war.⁷⁷ Theoretisch hätte § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs in derartigen Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs jedoch einen Tatbestand für eine Leistungsbefreiung darstellen können.

Für die verbleibenden nachholbaren Dienstleistungspflichten bot § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs dagegen keine Möglichkeit einer Leistungsbefreiung an. Dies gilt insbesondere für vorübergehende Leistungshindernisse, die die Möglichkeit der Leistungserbringung und deren Nachholbarkeit nicht dauerhaft ausschließen konnten. Aufgrund des vorübergehenden Charakters des Leistungshindernisses konnte allenfalls Verzug eintreten.⁷⁸ Eine abschließende Regelung über den Wegfall der Leistungspflicht

⁷⁵ Zum Beispiel vgl. Dauner-Lieb/Langen/Dauner-Lieb, BGB, § 275 Rn. 36, allerdings mit anderer rechtlicher Beurteilung, vgl. hierzu unter G. II. 1. a) und E. IV. 2. b); eine Erfüllung kann infolge der Höchstpersönlichkeit auch nicht von den Erben verlangt werden, vgl. Tütze, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, S. 67 f.; Dauner-Lieb/Langen/Klappstein, BGB, § 613 Rn. 15.

⁷⁶ Vgl. Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd. 2, 1908, S. 171; vgl. hierzu auch unter E. IV. 2. b) bb); vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 1853, S. 27 f., 66 f. sowie unter D. I. 3 a).

⁷⁷ Vgl. zum Verständnis der Unerheblichkeit unter E. III. 2. b) cc).

⁷⁸ Vgl. Mugdan, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25; Jakobs/Schubert, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 218; vgl. hierzu unter C. II. 2. a) aa); Kisch, Unmöglichkeit, 1900, S. 18 f.

konnte § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs damit nur dann für den Anwendungsbereich des § 562 des Ersten Entwurfs darstellen, wenn die Vorschrift des § 562 des Ersten Entwurfs auf Fälle einer objektiven Unmöglichkeit nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs in Gestalt einer absoluten Fixschuld beschränkt gewesen sein sollte. Andernfalls hätte § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs die Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs lediglich zum Teil und nur unzureichend abdecken und erfassen können. Für die nicht von § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs erfassten Fälle nachholbarer Dienstpflichten hätte es einer weiteren Regel bedurft.

(4) *Keine Beschränkung auf Fixschulden im strengsten Sinne*

Fraglich ist daher, ob die Anwendung des § 562 des Ersten Entwurfs auf absolute Fixschulden beschränkt sein sollte. Eine derartige Interpretation hätte der ursprünglich vom Kommissionsmitglied von Weber in der am 1. Juni 1883 zu Art. 625 des Dresdner Entwurfs stattfindenden 215. Beratungssitzung beantragte Art. 625a möglicherweise noch zugelassen:⁷⁹

„Bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen, die volle Thätigkeit des Dienstverpflichteten umfassenden Dienstvertrages wird der Dienstverpflichtete seiner Ansprüche auf die (vereinbarte) Vergütung nicht verlustig, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung während einer nicht erheblichen Zeit (oder in nicht erheblichem Umfang) verhindert wird.“⁸⁰

Der in dieser Gestalt beantragte Art. 625a setzte nämlich noch voraus, dass der Dienstvertrag den Dienstverpflichteten über eine längere Dauer voll in Anspruch nehmen musste. Was das Kommissionsmitglied von Weber in diesem Sinne als „dauerndes, die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig in Anspruch nehmendes Dienstverhältnis“ verstanden wissen wollte, äußerte er in seinem Änderungsantrag in der am 4. Juni 1883 stattfinden 216. Sitzung der Ersten Kommission in Absatz 2 des Antrags:

⁷⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 768.

⁸⁰ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 768.

„(2) Als dauernd gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe mindestens auf (ein Jahr) abgeschlossen oder für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens sechs Wochen einzuhalten ist.“⁸¹

Aus dieser Formulierung ließe sich ableiten, dass die Nachholbarkeit der Dienstleistung bei einer vollständig und langfristig in Anspruch nehmenden Dienstpflicht durch den Dienstverpflichteten denklogisch ausgeschlossen sein musste, da rein tatsächlich schlicht keine Zeit mehr für eine Nachholbarkeit zur Verfügung stehen konnte. Gegen ein solches Verständnis spricht allerdings dreierlei. Erstens entschied sich die Mehrheit der Redaktoren der Ersten Kommission gegen die Aufnahme des vom Kommissionsmitglied von Weber beantragten zweiten Absatzes über die Definition des dauernden Dienstverhältnisses, „weil er den größten Theil des praktischen Werthes des ersten Absatzes wiederaufzuheben drohe“.⁸² Eine derartige zeitliche Fixierung und Bestimmung des Begriffs der Dauerhaftigkeit war also von der Ersten Kommission nicht gewünscht. Zweitens wurde der erste Antrag von Webers nochmals erweitert. § 562 des Ersten Entwurfs sollte nicht nur in Fällen vollständig in Anspruch nehmender Dienstverhältnisse Anwendung finden, sondern auch bei den Dienstverpflichteten „nur“ hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnissen. Wenn ein Dienstverhältnis den zur Dienstleistung Verpflichteten für die Anwendbarkeit des § 562 des Ersten Entwurfs aber nicht vollständig in Anspruch nehmen musste, sondern auch eine hauptsächliche Inanspruchnahme „ausreichte“, konnte durchaus auch von einer Nachholbarkeit verpasster und nichtgeleisteter Dienste ausgegangen werden. Jedenfalls war eine Nachholbarkeit damit nicht denklogisch ausgeschlossen. Drittens hätte es den der Vorschrift zugrundeliegenden Gedanken der sozialpolitischen Rücksicht und Humanität widersprochen, wenn sie lediglich in Fällen absoluter Fixschulden, nicht aber auch in nachholbaren Dienstverpflichtungen hätte zur Anwendung kommen sollen.⁸³ Damit konnte § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs aber ebenso wenig als allein maßgebliche Grundlage für einen Wegfall der Leistungspflicht in Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs dienen, wie § 237 Abs. 2 des Ersten

⁸¹ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 773.

⁸² *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 774.

⁸³ Vgl. zum Gedanken der sozialpolitischen Rücksicht und Humanität unter E. III. 2. b) aa) (2).

Entwurfs. Die Anwendbarkeit des § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs war auf Fälle begrenzt, in denen die Dienstleistungspflicht im Einzelfall absolut fix geschuldet wurde oder die Dienstleistungspflicht und deren Nachholbarkeit nachträglich dauerhaft unmöglich wurden. § 237 Abs. 1 kam damit zwar als Bestimmung über den Wegfall der Leistungspflicht für einen Teil der im Zusammenhang mit § 562 des Ersten Entwurfs denkbaren Fälle in Betracht, nicht jedoch für sämtliche denkbaren Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs.

(5) *Zwischenergebnis*

Die Tatbestände des § 237 des Ersten Entwurfs konnten damit keine abschließende Regelung über den Wegfall der Leistungspflicht in Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs bilden.

b) *§ 562 als spezieller Unmöglichkeitstatbestand*

Wenn aber § 237 des Ersten Entwurfs keine befriedigende Lösung für sämtliche denkbaren Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs anbieten konnte und damit insbesondere für nachholbare Dienstpflichten eine Regelung fehlte, stellt sich die Frage, ob neben den in § 237 des Ersten Entwurfs genannten Tatbeständen noch weitere Unmöglichkeitstatbestände für einen Wegfall der Leistungspflicht im Anwendungsbereich des § 562 des Ersten Entwurfs existierten. Zu denken wäre an § 562 des Ersten Entwurf selbst. Zwar regelte die Norm nach ihrem Wortlaut keine Befreiung von der Leistungspflicht, wie dies etwa in § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs mit den Worten „wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit“ oder in § 561 des Ersten Entwurfs mit den Worten „ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein“ angeordnet wurde. Auch enthielt § 562 des Ersten Entwurfs den Begriff der „Unmöglichkeit“ nicht. Gleichwohl könnte aber mit § 562 des Ersten Entwurfs eine weitere Fallgruppe einer „subjektiven Unmöglichkeit“ beschrieben worden sein, die, wie § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs, ausnahmsweise eine Leistungsbefreiung zur Folge haben konnte. Eine solche Deutung würde sich insbesondere mit der Passage der Ersten Kommission in den Motiven zu § 562 des Ersten Entwurfs in Einklang bringen lassen, nach der § 562 Abs. 1 des Ersten Entwurfs als Abweichung auch zu § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs beschrieben wurde. Die Abweichung be-

stünde darin, dass abweichend von dem Ausnahmetatbestand eines Unvermögens in § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs, § 562 des Ersten Entwurfs eine weitere Ausnahme zum Grundsatz bildete, dass subjektive Hindernisse keine Unmöglichkeit begründen:

„Die eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 237 Abs. 2, § 368 Abs. 1) enthaltende Bestimmung (...).“⁸⁴

aa) *„Verhinderung“ als Synonym zur „Unmöglichkeit“*

Anknüpfungspunkt für ein solches Verständnis könnte der Begriff der „Verhinderung“ in § 562 des Ersten Entwurfs gewesen sein. Dass der Begriff der Unmöglichkeit in § 562 des Ersten Entwurfs nicht auftaucht, wäre insbesondere dann unschädlich, wenn die „Verhinderung“ synonym zur „Unmöglichkeit“ hätte verstanden werden können.⁸⁵ Als Anhaltspunkt für ein solches Verständnis könnten § 518 des Ersten Entwurfs und die dazugehörigen Motive herangezogen werden. § 518 des Ersten Entwurfs lautete:

*„§ 518 des Ersten Entwurfs
Der Miether, welcher das ihm zustehende Gebrauchsrecht nicht aus-
geübt hat, ist zur Entrichtung des Miethzinses auch dann verpflichtet,
wenn er aus einem in seiner Person liegenden Grunde das Recht aus-
zuüben außer Stande war. (...)“⁸⁶*

Im Text des Gesetzesentwurfs wurde zwar nicht der Begriff der „Verhinderung“, sondern des „außer Stande seins“, verwendet. Auch das „außer Stande sein“ könnte aber als weiteres Synonym zur „Unmöglichkeit“ verstanden werden und zeigen, dass sich der Gesetzgeber diverser Synonyme bedient hat. So wurde das „außer Stande sein“ in den Motiven zu der Norm als „Verhinderung aus persönlichen Gründen“ umschrieben:

⁸⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 253.

⁸⁵ So beispielsweise *Lotmar*, Arbeitsvertrag, Bd. 2, 1908, S. 164 f.; vgl. hierzu unter D. I. 1. a) bb).

⁸⁶ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. LXXIII; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 490.

„Ob der Abschluß des Miethvertrages ausreicht, um die erste Voraussetzung als erfüllt anzusehen, oder ob dazu noch eine besondere Anforderung oder Anzeige erforderlich ist oder ob sogar ein thatsächliches Anbieten, zB. bei beweglichen Sachen durch Ueberbringen, hinzutreten muß, hängt von den Umständen ab. Dagegen ist in keinem Falle erforderlich, daß der Miether den ihm gewährten Gebrauch wirklich macht. Ein Zweifel kann sich im Hinblick darauf, daß der Vermiether den Zufall trägt, nur nach der Richtung hin erheben, ob der Vermiether auch dann Anspruch auf den Miethzins hat, wenn der Miether aus einem in seiner Person liegenden Grunde den Gebrauch auszuüben verhindert ist. In dieser Beziehung ist daher eine besondere Bestimmung nöthig. Im Einklänge mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen (...) bejaht der § 518 jene Frage.“⁸⁷

Die Vorschrift des § 518 des Ersten Entwurfs besagte damit, dass der Vermieter seinen Mietzins nicht schon deshalb verlieren sollte, weil der Mieter aufgrund persönlicher Umstände die Mietsache nicht nutzen konnte, sodass sowohl das „außer Stande sein“ als auch die „Verhinderung“ begrifflich mit der Unmöglichkeit hätten gleichgesetzt werden können.

bb) Fehlende Bestimmung über den Wegfall der Leistungspflicht

Selbst wenn dem Begriff der „Verhinderung“ in § 562 des Ersten Entwurfs damit ein der „Unmöglichkeit“ synonymes Verständnis beigegeben werden könnte, bleibt allerdings ein Problem bestehen. § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs enthielt neben dem Begriff der Unmöglichkeit eine ausdrückliche Anordnung über die leistungsbefreiende Wirkung der objektiven Unmöglichkeit und den Wegfall der Leistungspflicht. § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs sah zwar keine solche Anordnung einer Leistungsbefreiung vor, dafür aber einen entsprechenden Verweis über den Eintritt der leistungsbefreienden Rechtsfolge aus § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs. § 562 des Ersten Entwurfs selbst enthielt weder eine Anordnung über einen Wegfall der Leistungspflicht, noch einen dem § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs vergleich-

⁸⁷ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 223; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 489 f.

baren Verweis auf eine Vorschrift, die diese Anordnung der Leistungsbefreiung enthielt. Selbst wenn sich also mit obiger Argumentation begründen ließe, dass sich der Begriff der „Verhinderung“ als Synonym zur „Unmöglichkeit“ verstehen lässt, so fehlt es im Tatbestand des § 562 des Ersten Entwurfs jedenfalls an einer vergleichbaren Anordnung über die Leistungsbefreiung bei Vorliegen der Voraussetzungen. Eine solche leistungsbefreiende Wirkung kann auch nicht ohne Weiteres schlicht in den Begriff der Verhinderung hereininterpretiert werden. Die ausdrücklichen Regelungen in § 237 Abs. 1 und Abs. 2 des Ersten Entwurfs wären dann mehr als überflüssig und hätten keinen weiteren praktischen Nutzen.⁸⁸

Da durchaus denkbar war, dass Dienstpflichten im Einzelfall als durch Zeitablauf zu objektiver Unmöglichkeit führende Fixschulden anzusehen waren, hätte eine Funktion des § 562 des Ersten Entwurfs als eigenständigem Unmöglichkeitstatbestand zudem eine Ungewissheit über das Verhältnis zwischen § 237 Abs. 1 und § 562 des Ersten Entwurfs hervorgerufen. Denn war mit obiger Begründung davon auszugehen, dass ein subjektives Unvermögen überhaupt erst dann in Betracht kommen konnte, wenn die Leistung überhaupt noch objektiv möglich war, so wäre § 562 des Ersten Entwurfs in Fällen von Fixschulden im strengsten Sinne stets nachrangig gewesen. Dies hätte zwar eine hinnehmbare, aber dennoch dogmatisch unsaubere Lösung dargestellt, da auf diese Weise der Einzelfall entscheidend dafür gewesen wäre, welche Norm im Einzelfall für den Wegfall der Leistungspflicht in Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs maßgeblich gewesen wäre. Gegen einen weiteren in § 562 des Ersten Entwurfs verorteten Unmöglichkeitstatbestand spricht schließlich die bereits zitierte Stelle der Motive, nach der die Unmöglichkeitstatbestände abschließend in § 237 des Ersten Entwurfs geregelt seien und weitere Tatbestände nicht in Betracht kommen sollten:

„Wo von der Unmöglichkeit als Grund der Befreiung von der Verpflichtung die Rede ist, versteht der Entwurf hiernach die (nachträgliche) objektive Unmöglichkeit und beim Vorliegen des im § 237

⁸⁸ Zur heutigen Gesetzessituation ähnlich Staudinger/Oetker, 2022, § 616 Rn. 19, der dem § 616 BGB angesichts der Bestimmung zur Leistungspflicht in § 615 BGB und der fehlenden Regelung in § 616 BGB eine leistungsbefreiende Wirkung abspricht.

Abs. 2 bezeichneten Falles das (nachträgliche) subjektive Unvermögen.⁸⁹

cc) *Zwischenergebnis*

§ 562 des Ersten Entwurfs musste damit als zusätzlicher Unmöglichkeitstatbestand ausscheiden.

c) *Erweiterung der Unmöglichkeit durch § 359 des Ersten Entwurfs*

Als weiterer Unmöglichkeitstatbestand kam § 359 des Ersten Entwurfs in Betracht. § 359 des Ersten Entwurfs verpflichtete den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrags nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergab:

„§ 359 des Ersten Entwurfs

Der Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt.“⁹⁰

Die Norm könnte als Begrenzung der Leistungspflicht nach den Merkmalen von Treu und Glauben und darüber hinausgehend als zusätzlicher Leistungsbefreiungstatbestand verstanden werden. Nach den Motiven diente § 359 des Ersten Entwurfs allerdings nicht der Begrenzung des Leistungsumfangs eines Vertragsverhältnisses, sondern vielmehr der Ermittlung und Berücksichtigung des nach Treu und Glauben maßgeblichen Vertragsinhalts:

„Es werden hierdurch nicht blos gewisse Anhaltspunkte für die Ermittlung der aus konkreten Verträgen entspringenden Verpflichtungen gegeben, sondern vor Allem der wichtige und praktische Grundsatz

⁸⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 25; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 213.

⁹⁰ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. XXXIV; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 48.

*zum Ausdrucke gebracht, daß der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treue und Glauben beherrscht wird, und, wo die Ermittlung des Inhaltes eines Vertrages und der einzelnen hieraus für die Parteien fließenden Verpflichtungen in Frage steht, jene Rücksicht in erster Linie zur Richtschnur zu nehmen ist.*⁹¹

Von § 359 des Ersten Entwurfs versprach sich die Erste Kommission bei der durch den Entwurf vorgenommenen Normierung der einzelnen Verträge auf speziellere Vorschriften über die aus denselben für die eine oder andere Partei sich ergebenden Verpflichtungen verzichten zu können und nur dort, wo es nötig war, im Einzelnen die vertraglichen Verpflichtungen näher auszuführen.⁹² Als notwendig zu regelnde Materie bestimmte die Erste Kommission beispielsweise § 301 des Ersten Entwurfs:

„§ 301 des Ersten Entwurfs

*Durch die Uebertragung wird der bisherige Gläubiger verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur rechtlichen Verfolgung der Forderung nöthigen Aufschlüsse zu geben, die Beweismittel für die Forderung anzuzeigen, die zum Beweise dienenden Urkunden, soweit sie in seinen Händen sich befinden, insbes. die Schuldurkunde, auszuliefern, auch im Falle der Abtretung oder der unmittelbaren Uebertragung durch Gesetz eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung oder die Anerkennung der durch Gesetz erfolgten Uebertragung zu erteilen, nachdem ihm die zu dieser Ertheilung erforderlichen Kosten von dem neuen Gläubiger vorgeschossen sind.*⁹³

Als weiteres Beispiel nannte die Erste Kommission § 462 des Ersten Entwurfs:

⁹¹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 109; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 47.

⁹² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 109.

⁹³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. XXI f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 791.

„§ 462 des Ersten Entwurfs

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer über die den Kaufgegenstand betr. rechtlichen Verhältnisse, insbes. bei dem Verkaufe eines Grundstückes über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten desselben die nöthigen Aufschlüsse zu ertheilen, auch die zum Beweise des Rechtes an dem Kaufgegenstande dienenden Urkunden, soweit diese in seinen Händen sich befinden, auszuliefern.“⁹⁴

Sinn und Zweck des § 359 des Ersten Entwurfs bestand also vornehmlich in der Bestimmung und Konkretisierung der einem Vertragsverhältnis innewohnenden Pflichten. Eine leistungsbefreiende Wirkung für nachträglich auftretende Leistungsschwierigkeiten sollte § 359 des Ersten Entwurfs dagegen nicht zukommen. Dies untermauert die Ansicht der Ersten Kommission, dass neben den in § 237 des Ersten Entwurfs genannten Tatbeständen weitere Unmöglichkeitstatbestände nicht in Betracht kamen. Schließlich fehlte es auch in § 359 des Ersten Entwurfs an einer positiven Anordnung über den Wegfall der Leistungspflicht. § 359 des Ersten Entwurfs konnte damit ebenso wenig als Tatbestand einer Leistungsbefreiung herangezogen werden, wie § 562 des Ersten Entwurfs selbst.⁹⁵

d) Zwischenfazit zum Unmöglichkeitsrecht

Aufgrund der klaren Aussage der Ersten Kommission zu der Reichweite der leistungsbefreienden Unmöglichkeitstatbestände sind auch keine weiteren in Betracht kommenden Unmöglichkeitstatbestände ersichtlich oder denkbar. Damit muss aber festgehalten werden, dass die Unmöglichkeitstatbestände des Ersten Entwurfs die Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs nur unzureichend erfassen konnten. Eine Regelung über den Wegfall der Leistungspflicht bot der Erste Entwurf mit § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs für Fälle einer absoluten Fixschuld und Fälle einer dauerhaften nachträglichen Unmöglichkeit nachholbarer Dienstleistungspflichten an. Die verbleibenden Fälle nachholbarer Dienstpflichten konnten durch das Unmöglichkeitsrecht hingegen nicht abgedeckt werden. Ein Leistungsbefreiungstatbestand fehlte

⁹⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. LVIII; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 73.

⁹⁵ Vgl. hierzu unter C. II. 2. b).

für diese Konstellation. Von einer dogmatisch sauberen Einbindung des § 562 des Ersten Entwurfs in das Unmöglichkeitensrecht konnte damit keine Rede sein. Die Norm des § 562 des Ersten Entwurfs ließ sich damit auch nicht als reine Ausnahme zu § 368 Abs. 1 S. 1 des Ersten Entwurfs verstehen.

3. § 562 des Ersten Entwurfs als eigenständiger Spezialtatbestand

Möglich wäre daher, § 562 des Ersten Entwurfs als eine vom Unmöglichkeitensrecht dogmatisch losgelöste Vorschrift zu verstehen, nach der sich Wegfall der Leistungspflicht und Vergütungsfortzahlung aus der Norm selbst ergaben. Auf diese Weise hätte es anderer Normen über den Wegfall der Leistungspflicht nicht bedurft, das Problem des Wegfalls der Leistungspflicht rund um § 562 des Ersten Entwurfs wäre elegant gelöst. Fraglich ist aber, ob diese Dogmatik von der Ersten Kommission so gewollt war. Denn allein der Umstand, dass der Wegfall der Leistungspflicht in den Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs nicht abschließend durch die Tatbestände des Unmöglichkeitensrechts abgedeckt werden konnte, bedeutet noch nicht, dass die Erste Kommission § 562 des Ersten Entwurfs als Spezialtatbestand gegenüber dem Unmöglichkeitensrecht ansah. Auf § 561 des Ersten Entwurfs wurde bereits für die Frage nach der generellen Einordnung der Dienstpflicht als absolute Fixschuld eingegangen.⁹⁶ An hiesiger Stelle könnte § 561 des Ersten Entwurfs deswegen interessant sein, weil die Norm auch Aufschluss über die Wirkungsweise des § 562 des Ersten Entwurfs geben könnte.

a) *Spezialtatbestand des § 561 des Ersten Entwurfs*

Die Erste Kommission hat § 562 und § 561 des Ersten Entwurfs an einer Stelle im Entwurf geregelt. Dies könnte ein Indiz dafür sein, dass die Erste Kommission auch bezüglich der dogmatischen Wirkungsweise beider Normen ein einheitliches Verständnis vor Augen hatte. Wie bereits angedeutet, kann die Norm des § 561 des Ersten Entwurfs aufgrund ihrer ausdrücklichen Regelung über den Ausschluss der Nachholbarkeit als Argument gegen eine generelle Einordnung der Dienstpflicht als absolute Fixschuld bzw. Fixschuld im strengsten Sinne angeführt werden. Darüber hinaus kann sie als

⁹⁶ Siehe hierzu unter C. II. 2. a) cc) (2).

von übrigen Vorschriften autarke Bestimmung angesehen werden, was an dieser Stelle noch einmal verdeutlicht dargestellt werden soll. Ausgangspunkt der Überlegung ist die Feststellung, dass die Erste Kommission die Dienstpflicht nicht durchweg als absolut fix bzw. fix im strengsten Sinne geschuldet ansah. Folge dessen war, dass in den Fällen des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten die Dienstpflicht durch den Dienstverpflichteten grundsätzlich nachzuholen gewesen wäre, da der Wegfall der Leistungspflicht für die Zeit des Annahmeverzugs keine allgemeine Rechtsfolge des Annahmeverzugs darstellte.⁹⁷ Ohne eine ausdrückliche Regelung über den Wegfall der Leistungspflicht für den Fall des Annahmeverzugs hätte der Dienstverpflichtete allenfalls seine ausgefallene Vergütung verlangen können, die nicht geleistete Arbeit hätte er aber nachholen müssen. Eine Ausnahme hätte nur in denjenigen Fällen vorgelegen, in denen die Dienstpflicht im Einzelfall doch absolut fix geschuldet gewesen wäre, da die Leistungspflicht jedenfalls nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs weggefallen wäre. Als Reaktion auf diese Lücke hat die Erste Kommission in § 561 des Ersten Entwurfs den Wegfall der Leistungspflicht als Rechtsfolge integriert, indem sie die Nachleistungspflicht in Fällen des Annahmeverzugs ausschloss. Darüber hinaus hat die Erste Kommission § 561 des Ersten Entwurfs aber als eine in ihrem Anwendungsbereich insgesamt vorrangige Spezialvorschrift ausgestaltet, die auch bei absolut fix geschuldeten Dienstpflichten vor § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs eingreifen konnte. Über das Verhältnis des Annahmeverzugs zu Fixschulden im strengsten Sinne konnte die folgende, bereits zitierte Stelle, der Motive Aufschluss geben:

„Der Gläubiger wird durch den Verzug des Gläubigers, abgesehen (...) von den Fällen, wo zu Folge der mora die Leistung objektiv und dauernd unmöglich wird (bei Fixgeschäften), nicht liberiert.“⁹⁸

⁹⁷ Vgl. *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 40; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 350.

⁹⁸ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 40; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 350.

Die Erkenntnis dieser Textstelle aus den Motiven ist, dass sich Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung infolge Zeitablaufs nicht ausschlossen. Zwar war Voraussetzung für den Eintritt des Annahmeverzugs auch das Leistungsvermögen des Schuldners:

„Zu einem wirksamen Anerbieten ist aber immer und ausnahmslos erforderlich die tatsächliche Bereitschaft des Schuldners, sein reelles Leistungsvermögen gemäß dem Inhalte seiner konkreten Verbindlichkeit.“⁹⁹

Zum Zeitpunkt des Leistungsangebots war das Leistungsvermögen bei einer im Einzelfall absolut fix geschuldeten Dienstleistungspflicht jedoch nicht beeinträchtigt. Denn zum Zeitpunkt des Anbietens war die Pflicht noch nicht infolge Zeitablaufs unmöglich. Vielmehr sollte die Unmöglichkeit der Dienstleistungspflicht denklogisch erst als Folge des Annahmeverzugs eintreten, wie das obige Zitat verdeutlicht. Die Unmöglichkeit wegen Zeitablaufs konnte stets nur Rechtsfolge des Annahmeverzugs sein. Wenn aber die rechtlichen Wirkungen des Annahmeverzugs zumindest juristisch vor dem Eintritt der Unmöglichkeit nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs eintreten sollten, dann mussten auch die in § 561 des Ersten Entwurfs angeordneten Rechtsfolgen zuerst eintreten. Die Leistungspflicht sollte demnach schon nach § 561 des Ersten Entwurfs entfallen bevor ein Wegfall der Leistungspflicht nach § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs möglich war. Damit war § 561 des Ersten Entwurfs aber insgesamt eine für den Wegfall der Leistungspflicht vorrangige Sondervorschrift für sämtliche Fälle der Dienstleistungspflicht, unabhängig von der Nachholbarkeit der Leistungspflicht im Einzelfall.¹⁰⁰

Diese Wirkungsweise des § 561 des ersten Entwurfs ist auch im Einklang mit den weiteren Ausführungen der Ersten Kommission. So hat die erste Kommission in ihren Motiven ausgeführt, dass die Regelung des § 561 des ersten Entwurfs „ganz besonders geeignet ist, für den Dienstvertrag in einer

⁹⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 38; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 338 ff.

¹⁰⁰ Für den Gläubigerverzug nach Inkrafttreten des BGB *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902, S. 149 m.w.N.; wohl auch *Söllner*, AcP 167 (1967), 132 (139).

der wichtigsten Beziehungen einfaches und klares Recht zu gewinnen“¹⁰¹. Über die eigentlichen, allgemeinen Folgen des Annahmeverzugs hinaus werde der Dienstverpflichtete bei Vorliegen der Voraussetzungen „von der Verbindlichkeit der nachträglichen Leistung der Dienste befreit“¹⁰². Dass dem Dienstvertrage regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft beiwohne, mache die Annahme dieses Prinzips im Allgemeinen nur umso unbedenklicher. Die erste Kommission verkannte dabei nicht, dass diese Rechtsfolge „von nicht zu unterschätzender Bedeutung und von tiefgreifender Wirkung“¹⁰³ für den Dienstvertrag sei. Durch die Bezugnahme auf die Erfordernisse des Annahmeverzugs gewinne das Gesetz letztlich an Einfachheit und Verständlichkeit.¹⁰⁴ Diese Aussagen bestätigen, dass die Erste Kommission die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs bei Dienstverträgen über die allgemeinen Rechtsfolgen auf den Wegfall der Nachleistungspflicht erweitern wollte. Eine Anknüpfung an das Unmöglichkeitensrecht wird an keiner Stelle genannt und entspricht den bisherigen Feststellungen, dass eine solche Anknüpfung auch nicht nötig gewesen wäre. § 561 des Ersten Entwurfs war damit eine Spezialbestimmung für ihren Anwendungsbereich und kam dogmatisch sauber gegenüber § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs vorrangig zur Anwendung.

b) Übertragbarkeit auf § 562 des Ersten Entwurfs

Aus dieser Sonderstellung des § 561 des Ersten Entwurfs ließe sich ggf. ableiten, dass § 562 des Ersten Entwurfs eine ähnliche Wirkungsweise entfalten sollte und ebenfalls eine eigene, abschließende Regelung für den Wegfall der Leistungspflicht sowie die Aufrechterhaltung des Lohnanspruchs enthielt. Eine solche Deutung würde sich wiederum mit der Passage der Ersten Kommission in den Motiven zu § 562 des Ersten Entwurfs in Einklang

¹⁰¹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 257; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 770.

¹⁰² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 257; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 770.

¹⁰³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 257; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II 1980, S. 770.

¹⁰⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 258; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 770; vgl. auch *Walk*, § 616 BGB und Leistungshindernisse in „neutraler“ Sphäre, 1997, S. 119 f.

bringen lassen, wonach § 562 Abs. 1 des Ersten Entwurfs als Abweichung zu § 237 Abs. 2 und § 368 Abs. 1 des Ersten Entwurfs beschrieben wurde. Die Abweichung bestünde darin, dass § 562 des Ersten Entwurfs insgesamt eine Ausnahme zum Unmöglichkeitensrecht bilden sollte:

„Die eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 237 Abs. 2, § 368 Abs. 1) enthaltende Bestimmung (...).“¹⁰⁵

Wie dargestellt, konnte der Begriff der „Verhinderung“ in § 562 des Ersten Entwurfs synonym zur Unmöglichkeit als ein der Erbringung der Leistung entgegenstehender Umstand verstanden werden. Jedoch bleibt das Problem, dass die Erste Kommission den Wegfall der Leistungspflicht bzw. der Nachleistungspflicht ausdrücklich nur in § 561 des Ersten Entwurfs mit den Worten „ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein“ angeordnet hat. In § 562 des Ersten Entwurfs war eine solche Bestimmung dagegen nicht zu finden. Über das Fehlen einer solchen Bestimmung kann angesichts der klaren Formulierungen über den Wegfall der Leistungspflicht sowohl in § 561 des Ersten Entwurfs als auch in § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs auch nicht einfach hinweggesehen werden. Schließlich fehlt es an einem Verweis über die Rechtsfolgen, wie er in § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs enthalten ist. Hinzu käme das Problem, dass sich der Vorrang des § 562 des Ersten Entwurfs im Falle einer Kollision mit § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs bei Vorliegen einer Fixschuld im strengsten Sinne, anders als im Rahmen des § 561 des Ersten Entwurfs mit der Anbindung an den vorrangigen Annahmeverzug, dogmatisch nicht begründen ließ. So wäre unklar, welche Norm im Falle einer absoluten Fixschuld Anwendung fände. Darüber kann auch nicht die in den Motiven enthaltene Formulierung hinweghelfen, § 562 des Ersten Entwurfs stelle eine Sonderbestimmung zu § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs dar. Es geht um das Verhältnis zu § 237 Abs. 1, nicht um das zu § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs. Zum Verhältnis der beiden Normen sagen die Motive nichts, sodass § 562 des Ersten Entwurfs auch nicht im Kollisionsbereich beider Normen als vorrangig angesehen werden durfte.

¹⁰⁵ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 253.

Weil also § 562 des Ersten Entwurfs gerade keine Regelung zum Wegfall der Leistungspflicht vorsah und das Verhältnis zu § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs ungeklärt wäre, muss festgehalten werden, dass sich § 562 des Ersten Entwurfs, anders als § 561 des Ersten Entwurfs, dogmatisch nicht als eigenständige Bestimmung zu Vergütungspflicht und Leistungspflicht verstehen ließ. Durch die Einfügung von Bestimmungen über den Wegfall der Leistungspflicht in den Vorschriften des § 561 und § 237 des Ersten Entwurfs hat sich die Erste Kommission in gewisser Weise selbst gebunden. Würde der Wegfall der Leistungspflicht schlicht in den Begriff der Verhinderung reininterpretiert werden, würde dies nicht nur die übrigen Regelungen übergehen, sondern auch eine dogmatisch äußerst unbefriedigende Lösung darstellen. Es ließe sich nicht erklären, aus welchen Gründen die Erste Kommission in § 561 S. 1 und § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs ausdrücklich auf die Leistungspflicht einging, in § 562 des Ersten Entwurfs aber nicht.

4. *Ergebnis zum Ersten Entwurf*

Für den Ersten Entwurf muss festgehalten werden, dass der Wegfall der Leistungspflicht in Fällen des § 562 des Ersten Entwurfs nur unzureichend geregelt wurde und eine dogmatische Einbindung des § 562 des Ersten Entwurfs in die restliche Normenumgebung des Ersten Entwurfs nicht gelungen ist:

- Als reine Ausnahme zu § 368 Abs. 1 S. 1 des Ersten Entwurfs ließ sich § 562 des Ersten Entwurfs nicht verstehen, da es an einem einschlägigen Leistungsbefreiungstatbestand im Unmöglichkeitensrecht für sämtliche nachholbaren Dienstpflichten fehlte. Eine Befreiung nach § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs kam infolge seiner ausdrücklichen Begrenzung innerhalb seines Anwendungsbereichs nicht in Betracht. § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs konnte zwar in Ausnahmefällen einer absoluten Fixschuld und Fällen einer nachträglich eintretenden dauerhaften Unmöglichkeit abhelfen, aufgrund der grundsätzlichen Nachholbarkeit der Dienstleistungspflicht war eine Anwendbarkeit aber nicht für jeden theoretisch denkbaren Fall des § 562 des Ersten Entwurfs gewährleistet.

- § 562 des Ersten Entwurfs konnte aufgrund der ausdrücklichen Aussagen der Ersten Kommission zu der Ausschließlichkeit der in § 237 des Ersten Entwurfs enthaltenen Unmöglichkeitstatbestände auch keinen eigenständigen Unmöglichkeitstatbestand darstellen.
- Schließlich ließ sich § 562 des Ersten Entwurfs auch nicht als eine vom Unmöglichkeitsrecht völlig losgelöste Vorschrift ansehen, indem sich Wegfall der Leistungspflicht und Vergütungsfortzahlung allein nach § 562 des Ersten Entwurfs richteten. Es fehlte eine anderen Vorschriften ähnliche Anordnung über den Wegfall der Leistungspflicht. Allein der Begriff der Verhinderung kam als solche Anordnung jedenfalls nicht in Betracht. Zudem wäre das Verhältnis der Norm zu § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs im Kollisionsfall nicht aufzulösen gewesen.

Ein Wegfall der Leistungspflicht ließ sich nach dem Ersten Entwurf damit für absolute Fixschulden und Fälle einer dauerhaften nachträglichen Unmöglichkeit dogmatisch sauber begründen. Für diese Fälle konnte § 562 des Ersten Entwurfs eine Ausnahme zu § 368 Abs. 1 S. 1 des Ersten Entwurfs bilden. Für sämtliche verbleibenden Fälle einer nachholbaren Dienstpflicht existierte dagegen keine passende Bestimmung über einen Wegfall der Leistungspflicht.¹⁰⁶

III. Entwicklung bis zum Inkrafttreten des BGB

Dem Ersten Entwurf folgten im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch einige Änderungen, die sich nicht bloß auf die reine Verortung der bisher besprochenen Normen im späteren BGB bezogen.

¹⁰⁶ Für den Ersten Entwurf insgesamt *Hartmann*, AcP 73 (1888), 310 (342); *v. Gierke*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1889, S. 183, nach denen sich auch ein allgemeiner Grundsatz zur Leistungsverweigerung in dem Entwurf nirgends finden lasse.

1. Relevante Veränderungen im Zweiten Entwurf

Ob mit diesen Veränderungen aber das Problem des Wegfalls der Leistungspflicht rund um § 562 des Ersten Entwurfs gelöst wurde, ist fraglich.

a) Veränderungen an § 562 des Ersten Entwurfs

So äußerte die Vorkommission des Reichsjustizamts zu § 562 des Ersten Entwurfs in ihrer am 11. April 1892 stattfindenden 76. Sitzung zunächst die Ansicht, dass die Beschränkung des § 562 auf dauernde, die Erwerbstätigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmende Dienstverhältnisse aufgeben werde müsse. § 562 passe auf alle Fälle, in welchen der Dienstleistende für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit an der Dienstleistung verhindert werde.¹⁰⁷ Diese Ansicht wurde durch die Zweite Kommission bestätigt:

„Einverständnis bestand zunächst darüber, daß es sich empfehle, mit dem Antrage 1 die Beschränkung der Vorschrift auf dauernde die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmende Dienstverhältnisse fallen zu lassen und statt dessen nur eine Verhinderung von „verhältnismäßig“, dH. im Verhältnisse zur vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses nicht erheblicher Dauer zu berücksichtigen. Man ging davon aus, daß der Dienstgeber bei jedem Dienstverhältnisse mit der Möglichkeit verhältnismäßig geringfügiger Verhinderungen des Verpflichteten rechnen müsse.“¹⁰⁸

Damit wurde § 562 des Ersten Entwurfs für sämtliche Dienstverhältnisse anwendbar, unabhängig von deren Dauer und Intensität der Inanspruchnahme des Dienstverpflichteten. Diese Abänderung durch die Zweite Kommission bestätigt aber umso mehr, dass § 562 nicht nur auf Dienstpflichten Anwendung fand, die aufgrund ihrer zeitlichen Inanspruchnahme des Dienstverpflichteten absolut fix geschuldet wurden. Vielmehr konnte jede nachholbare Dienstpflicht Gegenstand des § 562 sein. Weiter war die Zweite

¹⁰⁷ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 775; vgl. hierzu auch *Eberhard*, § 616 B.G.B., 1922, S. 5 f; *Neumcke*, Der § 616 B.G.B., 1924, S. 5.

¹⁰⁸ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 899.

Kommission der Ansicht, § 562 könne nur in solchen Fällen Anwendung finden, in denen die Vergütung nach Zeit bemessen sei, sodass die Zweite Kommission mit der Formulierung „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen“ einen entsprechenden Zusatz aufnahm. Soweit die Dienstpflicht dagegen als Stücklohn bestimmt sei (z.B. das Spielhonorar eines Schauspielers), trage der Dienstverpflichtete auch die Gefahr verhältnismäßig geringfügiger Verhinderungen.¹⁰⁹ Um einen Zusatz über den Wegfall der Leistungspflicht ergänzte die Zweite Kommission die Fassung des § 562 dagegen nicht. § 562 des Ersten Entwurfs wurde durch die Kommission im Zweiten Entwurf in § 557 verortet und lautete nach Überarbeitung durch die Zweite Kommission:

„§ 557 des Zweiten Entwurfs

Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so wird der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruches auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist; er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung gleichkommt.“¹¹⁰

b) Veränderungen an § 237 des Ersten Entwurfs

Auch die Bestimmung des § 237 des Ersten Entwurfs über die Unmöglichkeit wurde durch die Zweite Kommission verändert. Deren Absätze 1 und 2 wurden in zwei Vorschriften aufgeteilt, § 232 und § 235 des Zweiten Entwurfs.

¹⁰⁹ *Mygdon*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 899; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 775 f.; vgl. hierzu auch *Eberhard*, § 616 B.G.B., 1922, S. 6.

¹¹⁰ *Mygdon*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. LXXXV; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 776.

aa) *Bestimmung über die objektive Unmöglichkeit*

In § 232 des Zweiten Entwurfs wurde die Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauerhafter Unmöglichkeit dem Wortlaut nach abgeschafft:

„§ 232 des Zweiten Entwurfs

Der Schuldner ist von der Verpflichtung zur Leistung befreit, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist.“¹¹¹

Wie sich den Protokollen zum Zweiten Entwurf der Zweiten Kommission zur Erarbeitung eines BGB Gesetzestexts entnehmen lässt, war mit dieser Komprimierung des Gesetzestexts jedoch keine generelle Abschaffung der Unterscheidung beabsichtigt. Vielmehr wollte die Zweite Kommission die beiden in § 237 des Ersten Entwurfs getrennt behandelten Fälle der vorübergehenden und der dauernden Unmöglichkeit nur unter einem einheitlichen Ausdrucke zusammenfassen und „klarer“ hervorheben.¹¹² Im Zusammenhang mit den Beratungen zu § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs bekräftigte die Zweite Kommission auch das Erfordernis nach einem ausdrücklichen Ausspruch über die Regelung einer objektiven Unmöglichkeit mitsamt der Anordnung über die Befreiung von der Leistungspflicht. So war seitens einer Minderheit noch beantragt worden, den § 237 Abs. 1 des Ersten Entwurfs mit dem Argument zu streichen, die Unmöglichkeit ergebe sich von selbst, ohne dass diese „Wahrheit“ zusätzlich im Gesetz gesucht werden müsse:

„Daß eine objektiv unmöglich gewordene Leistung so, wie sie geschuldet war, nicht mehr bewirkt werden könne, sei eine Wahrheit, über welche man Belehrung im Gesetze nicht suche.“¹¹³

¹¹¹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. VII; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 228.

¹¹² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 529; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 228.

¹¹³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 528.

Mit diesem Antrag wäre auch die ausdrückliche Anordnung über den Wegfall der Leistungspflicht aufgehoben worden. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder entschied sich allerdings gegen diesen Abänderungsantrag. So wurde dem Änderungsantrag zwar zugegeben, „der im § 237 Abs. 1 enthaltene Rechtssatz werde sich bei richtiger Auslegung allerdings von selbst ergeben; im Interesse der Deutlichkeit und der praktischen Handhabung des Gesetzes“ sei die Bestimmung über die objektive Unmöglichkeit aber erforderlich, „zumal er (Anm.: der Rechtssatz) zugleich eine passende Einleitung in die sich anschließenden Vorschriften bilde und insofern terminologische Bedeutung habe, als er die im Abs. 1 behandelten Fälle der objektiven Unmöglichkeit den im Abs. 2 behandelten Fällen der subjektiven Unmöglichkeit scharf gegenüberstelle.“¹¹⁴ Damit hat sich die Zweite Kommission aber nicht nur für die eigentliche Regelung über die objektive Unmöglichkeit, sondern darüber hinaus auch für die zusätzliche Anordnung über den Wegfall der Leistungspflicht in Fällen der objektiven Unmöglichkeit ausgesprochen. Dem Begriff der objektiven Unmöglichkeit hat die Zweite Kommission somit gleichzeitig eine immanente leistungsbefreiende Wirkung abgesprochen, da sie andernfalls zumindest die Regelung über die Anordnung über die Leistungsbefreiung hätte streichen können. Diese Entscheidung bekräftigt damit aber umso mehr, dass dort, wo eine Leistungsbefreiung nicht positiv angeordnet wurde, eine solche auch nicht in Betracht kommen sollte.

bb) Auswirkung der Bestimmung auf § 557 des Zweiten Entwurfs

In Bezug auf die in § 562 des Ersten Entwurfs und § 557 des Zweiten Entwurfs verortete Bestimmung über die Verhinderung wegen in der Person des Dienstverpflichteten liegender Gründe bekräftigt diese Aussage das bisher gefundene Ergebnis. Ohne positive Anordnung über den Wegfall der Leistungspflicht in der Norm des § 557 des Zweiten Entwurfs selbst kann die Norm nicht zur Lösung des Problems herangezogen werden. Denn selbst wenn der Begriff der „Verhinderung“ synonym zum Begriff der Unmöglichkeit oder als hiervon losgelöster Begriff verstanden werden konnte, so bestätigt diese Klarstellung, dass eine Leistungsbefreiung nur dort angenommen werden kann, wo sie positiv angeordnet wurde. Damit fehlte es in

¹¹⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 529.

§ 557 des Zweiten Entwurfs weiterhin an der positiven, aber erforderlichen Anordnung über die Leistungsbefreiung.

cc) *Bestimmung über das Unvermögen*

Anstelle des § 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs hieß es in § 235 des Zweiten Entwurfs:

„§ 235 des Zweiten Entwurfs

Das Unvermögen des Schuldners zur Bewirkung der noch möglichen Leistung steht der Unmöglichkeit gleich. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“¹¹⁵

Inhaltlich ließ die Zweite Kommission das Unvermögen trotz der veränderten Wortwahl insgesamt aber unangetastet. In den Protokollen der zweiten Kommission hieß es:

„Die Mehrheit ging (...) von der Ansicht aus, dass der Abs. 2 des Entwurfs (...) einen wichtigen Grundsatz ausspreche, indem er den Fall bezeichne, in welchem ausnahmsweise die subjektive Unmöglichkeit der objektiven hinsichtlich der befreienden Wirkung für den Schuldner gleichstehen soll. Hieraus ergebe sich alsdann, dass allen übrigen Fällen der subjektiven Unmöglichkeit die gleiche Wirkung nicht zukomme, (...).“¹¹⁶

Nicht jedes Unvermögen, sondern nur der von der Ersten Kommission bezeichnete Fall eines nachträglichen Unvermögens bei einer auf Übergabe und Übereignung einer individuell bestimmten Sache gerichteten Schuld sollte weiterhin zu einer Befreiung infolge eines der Unmöglichkeit gleichgestellten Unvermögens führen. Dass dieser Fall nach Ansicht einer Minderheit auch einen Fall der rechtlichen objektiven Unmöglichkeit hätte darstellen können, wurde konsequenterweise nicht weiter berücksichtigt. Diese hatte angemerkt, „dass der von ihm ausgesprochene Satz (Anm.: des

¹¹⁵ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. VII; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 233.

¹¹⁶ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 529.

§ 237 Abs. 2 des Ersten Entwurfs) sich aus dem § 224 unmittelbar ergebe“.¹¹⁷ Auch die zweite Kommission hielt damit an der einzelfallbezogenen Befreiungswirkung des Unvermögens fest, ohne weiterhin aber auf eine konsequente Verwendung der zuvor von der Ersten Kommission genutzten Begrifflichkeiten (subjektive Unmöglichkeit anstelle Unvermögens) zu achten.¹¹⁸

c) *Veränderungen zu § 359 des Ersten Entwurfs*

Der in § 359 des Ersten Entwurfs enthaltene Grundsatz der Beachtung von Treu und Glaube bei der Vertragsauslegung des Inhalts wurde von der Zweiten Kommission in den allgemeinen Teil des Schuldrechts verlagert:

„Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“¹¹⁹

Die Zweite Kommission „erachtete die Verweisung auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte nicht nur bei Schuldverhältnissen aus Verträgen, sondern bei allen Schuldverhältnissen für erforderlich, um das ganze zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Verhältniß seinem wahren Inhalte nach zur Anerkennung zu bringen“.¹²⁰ In den vorangestellten allgemeinen Teil des BGB nahm die Zweite Kommission zusätzlich eine Bestimmung zur Auslegung der Verträge auf, weil sie der Ansicht war, dass die

¹¹⁷ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 529.

¹¹⁸ Vgl. auch *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 147 f. Nicht überzeugend ist der Einwand, mit der Bestimmung über die Gattungsschuld in § 235 Satz 2 (dem späteren § 279 BGB) sei ein Verständnis eingeführt worden, das sämtliche Fälle eines Unvermögens der Unmöglichkeit habe gleichstellen wollen, mit Ausnahme der Gattungsschulden, *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 148 ff.; wie aus den Protokollen zu entnehmen ist, erfolgte die Aufnahme der Bestimmung über die Gattungsschuld in § 235 Satz 2 nur vor dem Hintergrund, dass die bisherige Regelung über das Unvermögen zwar den Umkehrschluss zuließ, ein Unvermögen im Rahmen einer Gattungsschuld befreie nicht von der Pflicht zur Leistung, nicht aber den Umkehrschluss, dass dieses Unvermögen bei Gattungsschulden auch stets zu vertreten sei, vgl. *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 536 f.

¹¹⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. V; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 49.

¹²⁰ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 521.

obige Bestimmung nur auf die Art der Leistung, nicht aber auf das Ob und das Was der Verbindlichkeit bezogen werden könne:¹²¹

„Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“¹²²

Beide Bestimmungen waren aber nach wie vor keine Bestimmungen über einen Wegfall der Leistungspflicht für Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs bzw. § 557 des Zweiten Entwurfs. Inhaltlich bekräftigte die Zweite Kommission zwar, dass der Schuldner mithilfe der Auslegung des Vertragsinhalts auch vor rechtsmissbräuchlichen Rechtsverlangen geschützt werden könne. So hatte nämlich das Kommissionsmitglied von Mandry ein Bedürfnis nach der Anerkennung einer Vorschrift gesehen, mit der ein Schuldner die konkrete Leistungspflicht wegen Missbrauch des Rechts gegenüber dem Gläubiger zurückweisen könne¹²³ und daher beantragt, als § 185a folgende Bestimmung in den Zweiten Entwurf mit aufzunehmen:

„Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstößt.“

bzw.

„Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn erhellt, daß die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachtheil bringen werde.“¹²⁴

Die Zweite Kommission lehnte die Aufnahme einer derartigen Bestimmung jedoch mit dem Argument ab, eine solche Vorschrift verwische die Grenze zwischen Moral und Gesetz. Dem Zweck des vorgeschlagenen § 185a werde bereits durch § 359 des Ersten Entwurfs genüge getan. Zudem handele es sich bei der Annahme eines Gegensatzes von formellem Recht und Billigkeit

¹²¹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 522.

¹²² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. XXXIV; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 3 Schuldrecht I, 1978, S. 49; Bd. 2 Allgemeiner Teil, 1985, S. 827.

¹²³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Allgemeiner Theil, 1899, S. 796.

¹²⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Allgemeiner Theil, 1899, S. 796; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 2 Allgemeiner Teil, 1985, S. 1171 f.

vielfach lediglich um eine zu enge Auslegung von Rechtsgeschäften und gesetzlichen Bestimmungen, sodass es einer solchen Bestimmung nicht bedürfe.¹²⁵ Eine Begrenzung der Leistungspflicht auf rechtsmissbrauchsfreie Leistungsverlangen des Gläubigers war damit zwar in einem gewissen Rahmen durch Auslegung des Vertragsverhältnisses möglich und konnte zu einer Ablehnung einer Rechtspflicht führen, sofern jedenfalls die konkrete Leistungserbringung gegen die guten Sitten verstieß oder die Leistungserbringung dem Schuldner bei fehlendem Leistungsinteresse des Gläubigers erhebliche Nachteile zugefügt hätte. Das bedeutet allerdings nicht, dass auch die Fälle des § 562 des Ersten Entwurfs bzw. § 557 des Zweiten Entwurfs ohne Weiteres von § 359 des Ersten Entwurfs und ihren entsprechenden Nachfolgern im Zweiten Entwurf erfasst sein sollten. Die Möglichkeit eines grundsätzlichen Wegfalls der Leistungspflicht nach der Norm des § 359 des Ersten Entwurfs und ihren Nachfolgern im Zweiten Entwurf geht in dieser Form weder aus der Vorschrift, noch aus den Ausführungen der Zweiten Kommission hervor. Einen derartigen Willen hat die Zweite Kommission an keiner Stelle geäußert. Ebenso wenig enthielten die Auslegungsregeln über Treu und Glauben eine Anordnung über einen Wegfall der Leistungspflicht, wie dies beispielsweise in den Unmöglichkeitstatbeständen der Fall war. Angesichts der nach wie vor klaren Regelungen in § 232 und § 556 des Zweiten Entwurfs wäre eine solche Anordnung aber erforderlich gewesen.

d) Zwischenergebnis

Das Problem um den Wegfall der Leistungspflicht der in § 557 des Zweiten Entwurfs verorteten Bestimmung über die Lohnfortzahlung bei kurzfristiger Verhinderung und die Frage nach der dogmatischen Einordnung blieben daher auch im Zweiten Entwurf unverändert bestehen.

2. Weitere Veränderungen in den Reichstagsverhandlungen

Relevante Veränderungen konnten sich dann allenfalls noch in den Beratungen des Reichstags ergeben.

¹²⁵ *Mygdon*, Materialien zum BGB, Allgemeiner Theil, 1899, S. 796 f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 2 Allgemeiner Teil, 1985, S. 1171 f.

a) *Anträge auf Einführung eines Leistungsverweigerungsrechts*

In der Sitzung der XII. Kommission des Reichstags vom 24. März 1896 beantragten die Reichstagsabgeordneten Gröber und von Dziembowski-Pomian unabhängig voneinander, einerseits als § 234b (Gröber) und andererseits als § 236 (von Dziembowski-Pomian) in den Gesetzestext aufzunehmen:

„Ein Anspruch kann nicht erhoben werden, wenn die Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde.“¹²⁶

„Der Verpflichtete kann einer solchen Ausübung der Rechte widersprechen, die nach (dem Verhalten oder nach den Erklärungen des Berechtigten) gegen Treu und Glauben (Verkehrssitte) verstößt.“¹²⁷

Die Reichstagsabgeordneten begründeten ihre Anträge mit dem Bedürfnis nach einer Bestimmung für die Obligationsverhältnisse. Ein Recht, die Leistung verweigern zu können, fehle.¹²⁸ Mit derselben Begründung, die Anträge würden einer missbräuchlichen Anwendung die Tür öffnen und deren Inhalt werde zudem bereits vollständig durch § 236 gedeckt, wurden jedoch auch diese weiteren Versuche, ein an die Grenze von Treu und Glauben geknüpftes Leistungsverweigerungsrecht in den Entwurf einzufügen, abgewiesen.¹²⁹ In der zweiten Beratung der XII. Kommission des Reichstags vom 20. Juni 1896 machte der Reichstagsabgeordnete von Dziembowski-Pomian zwar erneut auf das Fehlen eines allgemeineren Leistungsverweigerungsrechts aufmerksam:

„Zu § 236 (Anm. § 242 des BGB) habe ich in der Kommission beantragt: „Der Verpflichtete kann einer solchen Ausübung der Rechte widersprechen, die nach dem eigenen Verhalten oder nach den Erklärungen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt“. Ich wollte mit anderen Worten im GB. eingefügt haben die exceptio doli generalis,

¹²⁶ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 2 Allgemeiner Teil, 1985, S. 1172.

¹²⁷ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 2 Allgemeiner Teil, 1985, S. 1172.

¹²⁸ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 2 Allgemeiner Teil, 1985, S. 1172 f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 5 Schuldrecht III, 1983, S. 901 f.

¹²⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 2 Allgemeiner Teil, 1985, S. 1172 f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 5 Schuldrecht III, 1983, S. 901 f.

*die Einrede der Arglist. Gegenüber diesem Antrage wurde regierungsseitig ausgeführt, daß die Annahme dieses Antrages sich aus dem Grunde nicht empfehle, weil das BGB bereits auf dem Standpunkte basirt sei, was sich aus verschiedenen Vorschriften ergebe, (...). Ich fühle mich verpflichtet, diese Frage nochmals zu erörtern (...), weil nach meinem Dafürhalten es sich hier um eine Frage von ganz erheblicher Tragweite handelt. (...). Mit Rücksicht darauf, daß diese Frage in der Wissenschaft bisher als streitig angesehen wurde, und Zweifel erhoben wurden, ob und inwieweit das BGB diesem Grundsätze huldigt, habe ich mich veranlaßt gesehen, eine derartige Berichtigung, wie geschehen, zu veranlassen.*¹³⁰

Aber auch mit dieser Anregung wurde der Reichstagsabgeordnete nicht gehört. Ein Leistungsverweigerungsrecht, das einen Wegfall der Leistungspflicht auch in Fällen des § 562 des Ersten bzw. § 557 des Zweiten Entwurfs hätte ermöglichen können, wurde damit nicht in den Entwurf aufgenommen.

b) Veränderungen an § 557 des Zweiten Entwurfs

Der Entwurf des § 557 des Zweiten Entwurfs wurde in den Beratungen im Reichstag auf Antrag der Abgeordneten Frohme und Stadthagen in der Sitzung vom 14. März 1896 nur noch dahingehend abgeändert, dass die Eingangsworte „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen“ wieder gestrichen wurden. Man habe sich in den weiteren Erörterungen davon überzeugt, dass es unter den Dienstverträgen solche gebe, bei denen die Vergütung zwar nicht nach Zeitabschnitten, sondern nach gewissen anderen Berechnungsgrundlagen bemessen seien, gleichwohl aber Billigkeitserwägungen dafür sprächen, im Falle kurzer Unterbrechungen der Dienstleistung ohne Verschulden des Verpflichteten ihn des Anspruchs auf die Vergütung nicht verlustig gehen zu lassen.¹³¹

¹³⁰ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 1310 f.

¹³¹ *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 777 f.; vgl. hierzu auch *Eberhard*, § 616 B.G.B., 1922, S. 6.

c) *Einführung des § 619a*

Eine Neuerung trat sodann jedoch im Rahmen der weiter stattfindenden Beratungen des Reichstags auf. In der ersten Beratung beschloss die XII. Kommission am 12. Juni 1896 in zweiter Lesung, trotz anfänglicher Bedenken, mit § 619a einen Anspruch des Dienstberechtigten auf Freistellung von der Dienstpflicht zur Suche eines neuen Dienstverhältnisses nach Kündigung in den Entwurf mitaufzunehmen:¹³²

„§ 619a des Kommissionsentwurfs

Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.“¹³³

Ausschlaggebend für die Aufnahme dieses § 619a war aus Sicht der Reichstagskommission, dass mit der Vorschrift eine im gewöhnlichen Leben häufig auftretende Frage aufgegriffen und einer Regelung zugeführt werde.¹³⁴ Weil der Dienstverpflichtete gegen den Dienstberechtigten damit unter den weiteren Voraussetzungen des § 619a einen Anspruch auf (unbezahlte)¹³⁵ Freistellung von der Dienstpflicht erhielt, war als Ausnahme zu dem mit der Freistellung verbundenen Wegfall des Vergütungsanspruchs eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach dem nunmehr während der Beratungen des Reichstags in § 609 verorteten § 562 des Ersten Entwurfs bzw. § 557 des Zweiten Entwurfs denkbar, sofern die Dienstsuche nach § 619a im Einzelfall von nicht erheblicher Dauer war. Denn die Dienstsuche musste aus Gründen der sozialen Rücksichtnahme als Verhinderungsgrund im Sinne des § 609 angesehen werden können.¹³⁶ Damit trat erstmals eine weitere Norm neben die Bestimmung über die objektive Unmöglichkeit, die

¹³² *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 1289 f.; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 829.

¹³³ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. LXXXVIII; *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Bd. 4 Schuldrecht II, 1980, S. 829.

¹³⁴ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Schuldverhältnisse, 1899, S. 1289 f.

¹³⁵ Hierüber verhält sich weder das Gesetz, noch die die Gesetzgebungsmaterialien.

¹³⁶ Noch heute *Moritz*, Die Freistellung zur Stellensuche gem. § 629 BGB, 2017, S. 157 f.; *Erman/Riesenhuber*, BGB, § 616 Rn. 28; vgl. für die Zeit nach Inkrafttreten des BGB *Eberhard*, § 616 B.G.B., 1922, S. 16; *Arndt*, Der § 616 B.G.B. in Kollektivvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, (Auszug) 1923, S. 9.

einen Wegfall der Leistungspflicht im Rahmen des § 609 herbeiführen konnte. Die Einführung dieses § 619a des Entwurfs der Reichstagskommission führte aber gleichzeitig dazu, dass der Wegfall der Leistungspflicht in Fällen des § 609 zwingend unterschiedlichen Normen(-systemen) unterliegen musste. Entfiel die Leistungspflicht infolge objektiver Unmöglichkeit, musste § 609 als Ausnahme zum späteren § 323 BGB greifen. Bei einem Wegfall der Leistungspflicht infolge Freistellung durch den Dienstberechtigten nach § 619a war § 609 dagegen eine Ausnahme zu dem damit verbundenen Wegfall der Vergütung infolge der unbezahlten Freistellung. Eine vollständige und alleinige Einbindung des § 609 in das Unmöglichkeitensrecht oder eine Lösung über § 609 als alleinigem Spezialtatbestand war damit jedenfalls nicht mehr möglich.

d) *Zwischenergebnis nach den Reichstagsverhandlungen*

Aber auch durch die Einführung dieses § 619a blieb das Problem, dass mit Ausnahme dieser Sondervorschrift für Fälle nachholbarer Dienstpflichten keine Bestimmung über den Wegfall der Leistungspflicht in Fällen des § 609 (vormals § 557 des Zweiten Entwurfs bzw. § 562 des Ersten Entwurfs) zur Verfügung stand.

3. *Inkrafttreten des BGB*

Zum 1. Januar 1900 trat der § 616 BGB in folgender Fassung in Kraft:

„§ 616 BGB (1900)

Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verbindung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.“¹³⁷

¹³⁷ RGBl. 1896, Nr. 21, S. 299.

Der Wegfall der Leistungspflicht infolge Unmöglichkeit war, wie noch heute, in § 275 BGB wiederzufinden. Das der Unmöglichkeit gleichgestellte Unvermögen sollte entsprechend der Gesetzesbegründung für nur eben diesen einen Fall des nachträglichen Unvermögens bei einer individuell bestimmten Sache Anwendung finden, auch wenn dies letztlich so nicht mehr im Wortlaut wiederzuerkennen war.

„§ 275 BGB (1900)

(1) Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

(2) Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.“¹³⁸

§ 323 BGB regelte die Rechtsfolgen einer eingetretenen Unmöglichkeit für die Gegenleistung:

„§ 323 BGB (1900)

(1) Wird die aus einem gegenseitigen Verträge dem einen Theile obliegende Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Theil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei theilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473. (...)“¹³⁹

Annahmeverzug mitsamt der Anordnung des Wegfalls der Leistungspflicht und Aufrechterhaltung der Vergütung wurden in § 615 BGB verortet:

„§ 615 BGB (1900)

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die in Folge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Werth desjenigen

¹³⁸ RGBl. 1896, Nr. 21, S. 242 f.

¹³⁹ RGBl. 1896, Nr. 21, S. 250.

anrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.“¹⁴⁰

§ 619a wurde in § 629 BGB mit einer Fassung aufgenommen, die noch heute Bestand hat:

„629 BGB (1900)

Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.“¹⁴¹

Damit ist am 1. Januar 1900 mit § 616 BGB eine Norm in Kraft getreten, die sich in dieser Form nur unzureichend in das BGB integrieren ließ, weil es insbesondere für die Fallkonstellation nachholbarer Dienstpflichten schlicht an einer Regelung über den Wegfall der Leistungspflicht fehlte. Von einer dogmatisch sauberen Einbindung konnte aber nicht nur deswegen keine Rede sein. Auch weil § 616 BGB je nach eingreifender Bestimmung über den Wegfall der Leistungspflicht mal als Ausnahme zu § 323 Abs. 1 BGB, mal als Ausnahme zum Vergütungsausfall wegen unbezahlter Freistellung eingreifen musste, konnte die Dogmatik des § 616 BGB zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB im Jahre 1900 als nur wenig geglückt angesehen werden.

¹⁴⁰ RGBl. 1896, Nr. 21, S. 299.

¹⁴¹ RGBl. 1896, Nr. 21, S. 302.