

IVO BACH

Leistungshindernisse

Jus Privatum

215

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 215



Ivo Bach

Leistungshindernisse

Mohr Siebeck

Ivo Bach, geboren 1978; Studium in Freiburg, Genf und Mainz; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Mainz; seit 2015 an der Universität Göttingen, zunächst als Lehrstuhlvertreter, seit 1. Juni 2016 als Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Europäisches Privatrecht.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-154874-1
ISBN 978-3-16-154873-4
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um meine Habilitationsschrift, die ich im Sommersemester 2015 dem Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz vorgelegt habe. Sie ist auf dem Stand von damals. Ich habe mich entschieden, später erschienene Rechtsprechung und Literatur für die Veröffentlichung nicht mehr zu berücksichtigen; sonst wäre die Arbeit wohl nie erschienen.

Mein Dank gilt all jenen, die mich bei der Arbeit an dieser Dissertation unterstützt haben, sei es unmittelbar durch Anregungen, Ratschläge und Kritik, sei es mittelbar durch die notwendige Ablenkung von der Arbeit. Folgende Personen möchte ich besonders hervorheben:

Dank gebührt in erster Linie meinem akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. Peter Huber. Durch die richtige Balance aus Interesse an meiner Arbeit und gleichzeitig gewährter Zurückhaltung in Bezug auf jegliche Art von Vorgaben, aus Einbeziehung in interessante Projekte und gleichzeitig gewährtem Freiraum hat er mir ein perfektes Umfeld für die Habilitation zur Verfügung gestellt. Ich habe die Zeit an seinem Lehrstuhl sehr genossen.

Danken möchte ich auch Frau Professorin Dr. Dagmar Kaiser für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die intensive Auseinandersetzung mit meiner Arbeit. Ihren Mitarbeiterinnen Frau Dr. Stephanie Sittmann-Haury und Frau Dr. Katarzyna Zborowska danke ich für unzählige fruchtbare Diskussionen und wertvolle Anregungen.

Größten Dank schulde ich schließlich meinen Eltern Wulf und Sigrid Bach – ganz allgemein für die langjährige ideelle, praktische und finanzielle Unterstützung und sehr konkret für die große Hilfe beim Korrekturlesen dieser Arbeit.

Göttingen, Juli 2016

Ivo Bach

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XV

§1

Einleitung

A. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	1
I. Allgemeines zu Leistungshindernissen	1
II. Allgemeines zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht	2
III. Allgemeines zu dieser Arbeit	5
B. Das Leistungsstörungenrecht des CESL im vergleichenden Überblick ..	8
I. Einführung und Terminologisches	8
II. Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf	8
III. Kein automatischer Wegfall des Gegenleistungsanspruchs	9
IV. Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts	11
V. Voraussetzungen und Umfang eines Schadensersatzanspruchs ..	18
VI. Heilungsrecht des Verkäufers	20
C. Überblick über die Behandlung von Leistungshindernissen in BGB und CESL	23
I. BGB	23
II. CESL	46

§2

Unüberwindbare, nachträgliche Hindernisse und Schadensersatz

A. Einführung	49
B. Die Entschuldigung im CESL	51
I. Generalia	51

II. Hindernis	52
III. ... außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners.....	53
IV. Vorhersehbarkeit	97
V. Vermeid- und Überwindbarkeit	113
VI. Kausalität	115
VII. Zusammenfassung	123
C. Das Vertretenmüssen im BGB	125
I. Einführung	125
II. Das Verschulden	126
III. Die Haftung für Dritte	159
IV. Vertretenmüssen ohne Verschulden	192
V. Haftung für vorhersehbare nachträgliche Hindernisse	212
D. Recht des Schuldners auf Aufhebung des Vertrags nach § 313 BGB bzw. Art. 89 CESL	220
I. Einführung	220
II. BGB	221
III. CESL	222
IV. Ausnahme	223
E. Zusammenfassung	224

§ 3

Unüberwindbare, anfängliche Hindernisse und Schadensersatz

A. Einführung	228
I. Überblick über die bestehenden Regelungen	228
II. Ziel eines Gleichlaufs der Haftungsfolgen anfänglicher und nachträglicher Leistungshindernisse	229
B. CESL	233
I. Anwendbarkeit der Entschuldigungsregelung in Art. 88 CESL ..	233
II. Möglichkeit des Schuldners zur Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums	235
III. Vertragsbeendigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ..	254
C. BGB	254
I. Der Schadensersatzanspruch nach § 311a Abs. 2 BGB	254
II. Anwendbarkeit von §§ 280 ff. i.V.m. § 276 BGB auf Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit?	272

III. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums	275
IV. Rücktritt wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2, 3 BGB	275
D. Vergleichende Zusammenfassung	282

§ 4

Überwindbare Hindernisse und Erfüllung

A. Einführung	284
B. Grundlagen	285
I. Deontologische versus konsequentialistische Grundausrichtung	285
II. Einschränkungen der deontologischen Ausrichtung des deutschen Rechts	287
III. Einschränkung der konsequentialistischen Ausrichtung des englischen Rechts	302
IV. Kompromisscharakter von DCFR und CESL	305
V. Vor- und Nachteile der efficient breach doctrine	317
VI. Gefahr von Widersprüchen zwischen Unerschwinglichkeit und Unmöglichkeit	324
VII. Zusammenfassung	337
C. Die Unerschwinglichkeitseinrede nach § 275 Abs. 2 BGB und Art. 110 Abs. 3 lit. b)	338
I. Einführung	338
II. Bestimmung des Schuldneraufwands	339
III. Bestimmung des Gläubigerinteresses	369
IV. Sonderfall: Beiderseits zu vertretende Leistungshindernisse	402
V. Kriterien für ein Missverhältnis	415
VI. Fazit	460
D. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	465
I. Einführung	465
II. Abwägungsobjekt	466
III. Unterschiede zur Unerschwinglichkeitseinrede bei der Bestimmung des Schuldneraufwands	473
E. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und Art. 89 CESL	475
I. Einführung	475

II. Umstandsänderung	479
III. Zumutbarkeit	481
IV. Rechtsfolge	500
F. Die Anfechtung nach Art. 48 CESL	507
I. Einführung	507
II. Wesentlichkeit des Irrtums	507
III. Risikozuweisung	509
G. Zusammenfassung	509
I. Grundsätzliches	509
II. Verschiedene Regelungen	510
III. Details	511

§ 5

Überwindbare Hindernisse und Nacherfüllung

A. Einführung	513
B. Besonderheiten hinsichtlich der Unerschwinglichkeit einer Nacherfüllung	514
I. Einführung	514
II. Wert des (mangelhaften) Leistungsgegenstands und der geminderten Gegenleistung	516
III. Bestimmung der Missverhältnismäßigkeitsgrenze(n)	521
IV. Exkurs: Richtlinienkonformität einer Anwendung von § 275 Abs. 2 BGB auf den Nacherfüllungsanspruch beim Verbrauchsgüterkauf?	521
C. Relative Unverhältnismäßigkeit der gewählten Art der Nacherfüllung	528
I. Einführung	528
II. Abwägungsobjekte	528
III. Unverhältnismäßigkeit	529
D. Absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	539
I. Einführung	539
II. Vergleichsobjekte	540
III. Unverhältnismäßigkeitsgrenzen	549
E. Zusammenfassung	556

§6

Vom Gläubiger (mit-) verursachte Hindernisse

A. Einführung	558
B. Die Rechtsbehelfssperre des Art. 106 Abs. 5 CESL	560
I. Voraussetzungen	560
II. Rechtsfolgen	583
III. Beweislast	588
C. BGB	590
I. Einführung	590
II. Auswirkungen auf den Schadensersatzanspruch	590
III. Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht	594
IV. Auswirkungen auf den Erfüllungsanspruch	607
V. Auswirkungen auf den Nacherfüllungsanspruch	608
D. Vergleichende Zusammenfassung	613

§7

Hindernisse bei vertretbaren Leistungen

A. Einführung	615
B. Stückschuld	616
I. BGB: Ersatzlieferungsanspruch nach § 439 Abs. 1 BGB	616
II. CESL	631
C. Gattungsschuld	640
I. Einführung	640
II. BGB: Übergang der Leistungsgefahr durch Konkretisierung ...	640
III. CESL	651
D. Vorratsschuld	654
E. Vergleichende Zusammenfassung	656

§ 8

Partielle Hindernisse

A. Einführung	659
B. Auswirkungen auf die Leistungspflicht	659
I. Grundsatz: Pflicht zur „Restleistung“	659
II. Ausnahme bei mangelnder Teilbarkeit?	660
III. Repartierungspflicht bei partiellem Untergang einer Gattung oder eines Vorrats	665
C. Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht	704
I. BGB	704
II. CESL	707
D. Abschließender Vergleich	712

§ 9

Die „Zweckstörung“ als Hindernis

A. Begriff der Zweckstörung	714
I. Terminologie: Primär- und Sekundärzweck	714
II. Kritik an der Terminologie	715
B. Einordnung der Zweckstörung im deutschen Recht	716
I. Zweckfortfall	716
II. Zweckerreichung	730
III. Störung des Sekundärzwecks	755
C. Rechtslage im CESL	761
I. Einführung	761
II. Zweckfortfall	763
III. Zweckerreichung	765
IV. Störung des Sekundärzwecks	767
V. Vergleichende Zusammenfassung	769

§ 10

Vorübergehende Hindernisse

A. Einführung	771
B. Suspendierung des Erfüllungsanspruchs	771

I. BGB	771
II. CESL	782
C. „Unmöglichkeit“ durch Zeitablauf	785
I. BGB	785
II. CESL	824

§ 11

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Unüberwindbare Hindernisse	829
I. Die Rechtsfolge von § 275 Abs. 1 BGB	829
II. Der Haftungsmaßstab im CESL	829
III. Der Haftungsmaßstab im BGB	832
IV. Vergleich der Haftungsmaßstäbe in BGB und CESL	835
B. Überwindbare Hindernisse	836
I. Die Unerschwinglichkeitseinrede nach § 275 Abs. 2 BGB und Art. 110 Abs. 3 lit. b CESL	836
II. Die Einrede einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 3 BGB und Art. 111 Abs. 1 Hs. 2 CESL	840
III. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	841
IV. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und Art. 89 CESL	841
C. Auswirkungen einer Hindernis(-mit-)verursachung durch den Gläubiger	842
D. Hindernisse bei vertretbaren Sachen	844
E. Partielle Hindernisse	845
F. Zweckfortfall, Zweckerreichung und Störung des Verwendungszwecks	846
G. Vorübergehende Hindernisse	847
Literaturverzeichnis	849
Sachregister	877

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII

§ 1

Einleitung

A. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	1
I. Allgemeines zu Leistungshindernissen	1
II. Allgemeines zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht	2
1. Der Kommissionsvorschlag	2
2. Rücknahme des Vorschlags	4
III. Allgemeines zu dieser Arbeit	5
1. Äußere Zweiteilungen	5
2. Innere Zweiteilung	6
3. Die zwei weiteren Teile dieser Einleitung	7
B. Das Leistungsstörungenrecht des CESL im vergleichenden Überblick ..	8
I. Einführung und Terminologisches	8
II. Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf	8
III. Kein automatischer Wegfall des Gegenleistungsanspruchs	9
IV. Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts	11
1. Einführung	11
2. Wesentliche Nichterfüllung, Art. 114 Abs. 1 CESL	11
a) Wesentlichkeit der Nichterfüllung nach Art. 87 Abs. 2 CESL	11
b) Vergleich mit anderen Regelungswerken	12
3. Nicht unerheblicher Mangel beim Verbrauchsgüterkauf, Art. 114 Abs. 2 CESL	14
4. Erfolgreiche Fristsetzung, Art. 115 CESL	15
5. Zeitliche Beschränkung des Rücktrittsrechts	16
6. Zusammenfassung	17

V. Voraussetzungen und Umfang eines Schadensersatzanspruchs . .	18
1. Entschuldigung	18
2. Beschränkung der Ersatzfähigkeit auf vorhersehbare Schäden	18
3. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	20
VI. Heilungsrecht des Verkäufers	20
1. Ausdrückliche Anordnung in Art. 109 CESL	20
2. Verhältnis von Heilungsrecht (des Verkäufers) und Rücktrittsrecht (des Käufers)	21
C. Überblick über die Behandlung von Leistungshindernissen in BGB und CESL	23
I. BGB	23
1. Einführung	23
2. Begrenzung des Erfüllungsanspruchs durch § 275 BGB	23
a) Differenzierung zwischen überwindbaren und unüberwindbaren Hindernissen	23
aa) Terminologisches	23
bb) Kritik an der Differenzierung	24
b) Fallgruppen der Unmöglichkeit	26
aa) Physische Unmöglichkeit	26
bb) Rechtliche Unmöglichkeit	26
(1) Leistungsverbot	26
(2) Genehmigungserfordernis	27
cc) Subjektive Unmöglichkeit	28
c) Unerschwinglichkeit	29
d) Rechtsfolge von § 275 BGB	29
aa) Unmöglichkeit	29
(1) Erlöschen des Anspruchs und der Leistungspflicht?	29
(2) Folgeprobleme beim Schadensersatz	31
(a) Problemaufriss	31
(b) Ausweg 1: Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung	32
(c) Ausweg 2: Anspruchsentkleidete Leistungspflicht	33
(aa) Literaturstimmen	33
(bb) Methodische Zulässigkeit	34
(cc) Auswirkungen auf weitere rechtliche Folgen des Erlöschens	37
bb) Unerschwinglichkeit	37
(1) Einrede des Schuldners	37
(2) Konsequenzen der bloßen Anspruchshemmung	38
(3) Erfordernis eines Erhebens der Unerschwinglich- keitseinrede?	39
cc) Partielle Unmöglichkeit bzw. Unerschwinglichkeit	41
dd) Fazit	42

3. Schicksal der Gegenleistung	42
4. Schadensersatzhaftung des Schuldners	43
5. Möglichkeit einer Vertragsanpassung oder -aufhebung nach § 313 BGB	45
6. Kein Recht zur Irrtumsanfechtung	45
II. CESL	46

§ 2

Unüberwindbare, nachträgliche Hindernisse und Schadensersatz

A. Einführung	49
B. Die Entschuldigung im CESL	51
I. Generalia	51
II. Hindernis	52
III. ... außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners... ..	53
1. Ausgangspunkt: Einflussbereich = Risikosphäre	53
2. Bestimmung der schuldnerischen Risikosphäre	55
a) Vorbemerkung	55
b) Fallgruppen	55
aa) Endogene Risiken	55
bb) Exogene Risiken	58
cc) Ausnahmen	58
3. Naturereignisse	59
a) Grenzbereiche und offene Fragen	59
b) Gewöhnliche vs. außergewöhnliche Ereignisse als Abgrenzungskriterium	60
c) Versuch einer Konkretisierung des Außergewöhnlichen	63
4. Eingriffe Dritter	64
a) Einführung: Keine Regelung in DCFR und CESL	64
b) Die Regelung in Art. 79 Abs. 2 CISG	64
aa) Die Grundregel	64
bb) Begriff des Dritten	66
cc) Lieferanten und Hersteller als Dritte	68
dd) Fazit	69
ee) Bedeutung der unterlassenen Übernahme der Regelung in den DCFR	69
c) Allgemeine Kriterien für die Einordnung von Handlungen Dritter in DCFR und CESL	70
aa) Ausgangspunkt: Wertende Betrachtung anhand eines Vergleichs mit Naturkatastrophen	70

bb) Besonderheit: Möglichkeit einer Haftung des Dritten	72
cc) Sonderbehandlung des Verhaltens von „Erfüllungsgehilfen“ des Schuldners?	74
dd) Maßgeblichkeit der Ursache des Verhaltens eines Dritten	75
ee) Zusammenfassung	76
d) Einzelfragen	76
aa) Bindung des Schuldners an einen bestimmten Vertragspartner	76
bb) Verkehrsunfälle	77
cc) Arbeitskampfmaßnahmen	78
(1) Streitstand	78
(2) Stellungnahme	80
5. Hoheitliche Maßnahmen	83
a) Einführung	83
b) Allgemein außen- oder innenpolitisch motivierte Maßnahmen	84
aa) Grundsatz: Exogene Qualifikation	84
bb) Gleichbehandlung von staatlichen und privaten Schuldnern	85
cc) Keine generelle Haftung für den Heimatstaat	86
dd) Zurechnung „bestellten“ und objektiv protektionistischen Staatshandelns	87
ee) Behandlung objektiv bereichernden Staatshandelns	88
ff) Zurechnung bei Bestehen eines Staatshaftungsanspruchs	89
gg) Zusammenfassung	90
c) Maßnahmen, die auf die konkrete Leistung zielen	90
aa) Einführung	90
bb) Rechtmäßige oder rechtswidrige Anordnung	91
cc) Heimatstaat des Gläubigers oder Drittstaat als Urheber der Maßnahme	92
dd) Gesamtes Geschäft als Ziel der Maßnahme	94
ee) Kenntnis des Gläubigers von der maßgeblichen Produkteigenschaft	94
d) Zusammenfassung	95
6. Veränderte Marktbedingungen	96
IV. Vorhersehbarkeit	97
1. Einführung	97
2. Vorüberlegungen	98
a) Parallelität zur allgemeinen Begrenzung des Schadensersatzes auf vorhersehbare Schäden?	98
b) Sinn und Zweck des Vorhersehbarkeitskriteriums	102
c) Überblick über die Kasuistik zum Vorhersehbarkeitskriterium unter Art. 79 CISG	104
d) Zwischenfazit	105
3. Konkrete Ergebnisse	105
a) Wahrscheinlichkeitsgrad des Hinderniseintritts	105
aa) Grundsatz	105
bb) Konkrete vs. abstrakte Vorhersehbarkeit	106

cc) Addition von Hinderniswahrscheinlichkeiten	107
dd) Risikogebiete	109
ee) Abweichungen vom vorhergesehenen/vorhersehbaren Kausalverlauf	109
b) Informationspflicht des Schuldners	110
c) Versichertes Risiko	111
d) Zusammenfassung	112
4. Vorhersehbarkeit auch für den Käufer	112
V. Vermeid- und Überwindbarkeit	113
1. Abgrenzung zwischen Vermeid- und Überwindbarkeit	113
2. Abgrenzung zwischen Vermeid- und Vorhersehbarkeit	114
3. Zumutbarkeit einer konkreten Vermeidungsmaßnahme	114
VI. Kausalität	115
1. Einführung	115
2. Kumulative Kausalität	116
3. Sonderfall: Alternative Kausalität	119
a) Einführung	119
b) Echte Alternativität	119
c) Hypothetische Alternativität	120
aa) Einführung	120
bb) Behandlung der hypothetischen Kausalität im deutschen Recht	120
cc) Übertragbarkeit auf das CESL	122
dd) Endogenes Hindernis als Reserveursache	122
d) Sonderfall: Zusammentreffen von echter und hypothetischer Kausalität	123
VII. Zusammenfassung	123
C. Das Vertretenmüssen im BGB	125
I. Einführung	125
II. Das Verschulden	126
1. Bezugspunkt des Verschuldens	126
2. Vorsatz	128
3. Fahrlässigkeitsbegriff	129
a) Gegenstand des Vorwurfs	129
aa) Einführung	129
bb) Die Rolle von Erkenn- und Vermeidbarkeit bei der Verletzung allgemeingültiger Sorgfaltspflichten	130
cc) Die Rolle von Erkenn- und Vermeidbarkeit mangels Bestehens einer allgemeinen Sorgfaltspflicht	132
(1) Vermeidbarkeit	132
(2) Erkennbarkeit	133
(3) Sonderfall: Bloße Gefahr des Erfolgseintritts	135
dd) Zusammenfassung	136

b) Sorgfaltsmaßstab	137
aa) Subjektiver oder objektiver Maßstab?	137
(1) Allgemeine Ansicht	137
(2) Stellungnahme	138
(3) Aspekt des Übernahmeverschuldens	139
bb) Empirische oder normative Betrachtung?	141
cc) Konkrete Anforderungen	143
(1) Einführung	143
(2) Sorgfaltspflichten eines Herstellers	144
(3) Sorgfaltspflichte eines Händlers	145
(4) Organisationsverschulden	146
(5) Rechtsirrtum	148
4. Zwischenfazit	149
a) Unterschiede zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit	149
b) Gemeinsamkeiten von Vorsatz und Fahrlässigkeit	150
5. Zumutbarkeit einer Hindernisvermeidung	150
a) Vorüberlegung: Gleicher Maßstab bei Vorsatz und Fahrlässigkeit?	150
b) Grundsatz: Übertragung des Maßstabs von § 275 Abs. 2 S. 1 BGB	151
c) Sonderfall: Bloße Gefahr eines Hinderniseintritts	152
6. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen BGB und CESL	154
a) Vermeidbarkeit des Hindernisses als gemeinsames Haftungskriterium	154
b) Keine Haftung bei exogenem Ursprung eines unvermeidbaren Hindernisses als weitere Gemeinsamkeit	155
c) Unterschied: endogener Ursprung eines unvermeidbaren Hindernisses	156
aa) Generalia	156
bb) Konkrete Unterschiede	157
d) Weiterer Unterschied: Vorhersehbare Hindernisse	159
III. Die Haftung für Dritte	159
1. Einführung	159
2. Begriff des Erfüllungsgehilfen	160
a) Allgemeine Definitionen	160
b) Streitfrage: Hersteller und Lieferant als Erfüllungsgehilfen?	162
aa) Einführung	162
bb) Streitstand	163
cc) Stellungnahme	166
(1) Rechtspolitische Aspekte	166
(a) Überzogene Privilegierung des Herstellers	166
(b) Problem einer Verjährungsfalle für den Verkäufer	167
(2) Dogmatische Aspekte	168

(a) Gesetzliche Regelung nicht abschließend	168
(b) Vorzeitigkeit des Beschaffungs- oder Herstellungs- vorgangs	171
(3) Fazit	173
3. Handeln in Erfüllung der Verbindlichkeit	174
a) Innerer, sachlicher Zusammenhang	174
b) Vorsätzliche Schädigung des Schuldners	176
c) Bloße Untätigkeit des Erfüllungsgehilfen	177
4. Verschulden des Erfüllungsgehilfen	177
5. Insbesondere: Arbeitskampfmaßnahmen	178
a) Einführung	178
b) Eigenes Verschulden des Schuldners	178
aa) Herbeiführung und unterlassene Abwendung des Arbeitskampfs	178
(1) Einführung	178
(2) „Rechtfertigende“ Pflichtenkollision	179
(3) Partielle Unwirksamkeit des Vertrags	181
(4) Unerschwinglichkeit	182
(5) Ergebnis	182
bb) Vorhersehbarkeit des Arbeitskampfs	183
(1) Übernahmeverschulden	183
(2) Vorsorgeverschulden	184
c) Zurechnung des Verschuldens der Arbeitnehmer des Schuldners	184
aa) Einführung	184
bb) Streikender Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfe?	185
cc) Verschulden trotz Rechtmäßigkeit des Streiks	186
d) Zurechnung des Verschuldens des Arbeitgeberverbandes	188
aa) Einführung	188
bb) Arbeitgeberverband als Erfüllungsgehilfe	188
cc) Verschulden	189
e) Zusammenfassung	190
6. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen BGB und CESL	190
IV. Vertretenmüssen ohne Verschulden	192
1. Einführung	192
2. Garantie	193
a) Generalia	193
b) Kasuistik	194
aa) Entscheidungen des BGH zum neuen Schuldrecht	194
bb) Übertragbarkeit der Kasuistik zum alten Schuldrecht?	196
3. Beschaffungsrisiko	198
a) Einführung	198
b) Hintergrund der Neuregelung im Zuge der Schuldrechtsreform	199

c)	Umfang und Voraussetzungen der Übernahme des Beschaffungsrisikos nach der ganz herrschenden Meinung	201
aa)	Einführung	201
bb)	Voraussetzungen einer Übernahme des Beschaffungsrisikos ..	201
cc)	Umfang des Beschaffungsrisikos	202
d)	Stellungnahme	204
aa)	Voraussetzungen für die Annahme einer Beschaffungsrisikoübernahme	204
bb)	Umfang des Beschaffungsrisikos	206
e)	Zusammenfassung	209
4.	Risiko der finanziellen Leistungsfähigkeit	209
5.	Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen BGB und CESL	210
V.	Haftung für vorhersehbare nachträgliche Hindernisse	212
1.	Einführung	212
2.	Risikoübernahme i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB	213
a)	Schuldnerhorizont	213
aa)	Positive Kenntnis des Hindernisrisikos	213
bb)	Fahrlässige Unkenntnis vom Hindernisrisiko	214
b)	Gläubigerhorizont	214
c)	Zwischenfazit	215
3.	Übernahmeverschulden	215
a)	Einführung	215
b)	Vorwurf eines Übernahmeverschuldens	216
c)	Dogmatische Verortung	217
aa)	§§ 280 ff i.V.m. § 276 BGB	217
bb)	§ 311a Abs. 2 BGB	218
4.	Zusammenfassung und Vergleich mit dem CESL	219
D.	Recht des Schuldners auf Aufhebung des Vertrags nach § 313 BGB bzw. Art. 89 CESL	220
I.	Einführung	220
II.	BGB	221
III.	CESL	222
IV.	Ausnahme	223
E.	Zusammenfassung	224

§ 3

Unüberwindbare, anfängliche Hindernisse
und Schadensersatz

A. Einführung	228
I. Überblick über die bestehenden Regelungen	228
II. Ziel eines Gleichlaufs der Haftungsfolgen anfänglicher und nachträglicher Leistungshindernisse	229
1. Einführung: Die Regelung im BGB a.F.	229
2. Kritik an der Regelung	230
a) Kritik am Grundsatz „impossibilium nulla est obligatio“	230
b) Kritik an der unterschiedlichen Behandlung anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit	230
c) Kritik an der unterschiedlichen Behandlung objektiver und subjektiver Unmöglichkeit	231
3. Konsequenzen im Überblick	232
B. CESL	233
I. Anwendbarkeit der Entschuldigungsregelung in Art. 88 CESL .	233
1. Ablehnung im Comment zum DCFR	233
2. Kompatibilität der in Art. 88 CESL normierten Voraus- setzungen für eine Entschuldigung	234
II. Möglichkeit des Schuldners zur Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums	235
1. Überblick	235
2. Konkurrenz zum Mängelgewährleistungsrecht	237
3. Voraussetzungen	239
a) Wesentlicher Irrtum des Schuldners	239
aa) Erforderlichkeit einer Vorstellung von der Leistungs- möglichkeit	239
bb) Wesentlichkeit	241
b) Fehlende Schutzwürdigkeit des Gläubigers	242
c) Kein Irrtumsrisiko beim Schuldner	244
aa) Einführung	244
bb) Bewusste Übernahme des Irrtumsrisikos	244
(1) Allgemeines	244
(2) Verhältnis zu Art 56 Abs. 2 CESL	245
cc) Normative Zuordnung des Irrtumsrisikos	246
(1) Erkennbarkeit des Leistungshindernisses	246
(2) Vermeidbarkeit des Leistungshindernisses	248
(3) Zuordnung des Hindernisses zur Risikosphäre des Schuldners	248
d) Zusammenfassung	249

4. Rechtsfolgen	250
a) Wirkungen der Anfechtung	250
b) Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Art. 55 CESL ..	252
aa) Die Regelung im Überblick	252
bb) Schadensersatzanspruch des Gläubigers	252
III. Vertragsbeendigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ..	254
C. BGB	254
I. Der Schadensersatzanspruch nach § 311a Abs. 2 BGB	254
1. Einführung	254
a) Neuregelung der Unmöglichkeitfolgen im Zuge der Schuldrechtsreform	254
b) Dogmatische Fragwürdigkeit der Regelung in § 311a Abs. 2 BGB ..	256
2. Anwendungsbereich	257
a) Dauerhafte und vorübergehende Hindernisse	257
b) Partielle Hindernisse	259
c) Nachträgliche, aber vorhersehbare Hindernisse	259
3. Zurechnung: Kenntnis und zu vertretende Unkenntnis	259
a) Einführung	259
b) Gegenstand der Kenntnis bzw. der zu vertretenden Unkenntnis ..	259
c) Zu vertretende Unkenntnis	260
aa) Einführung	260
bb) Verschuldete Unkenntnis	260
(1) Generalia	260
(2) Leitlinien für bestimmte Fallgruppen	261
(3) Wechselwirkung von Herbeiführung und Unkenntnis ...	262
cc) Risikoübernahme	263
d) Haftung für Dritte	264
aa) Einführung	264
bb) Zurechnung nach § 166 BGB	264
(1) Persönlicher Anwendungsbereich	264
(2) Sachlicher Anwendungsbereich	264
(3) Rechtsfolgen	265
cc) Zurechnung nach § 278 BGB	265
(1) Erfüllungsgehilfe	265
(2) Zurechnungsgegenstand: Übernahmeverschulden	267
dd) Zusammenfassung	267
4. Zwischenfazit 1: Gleichlauf mit der Haftung für nachträgliche Hindernisse?	268
a) Im Allgemeinen	268
b) In Fällen einer Beteiligung Dritter	268
5. Zwischenfazit 2: Unterschiede zwischen BGB und CESL ...	271
6. Rechtsfolge: Schadensersatz statt und neben der Leistung ...	271

II. Anwendbarkeit von §§ 280 ff. i.V.m. § 276 BGB auf Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit?	272
1. Streitstand	272
2. Stellungnahme	273
3. Konsequenzen	274
III. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns	275
IV. Rücktritt wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2, 3 BGB	275
1. Einführung	275
2. Anwendbarkeit in Fällen anfänglicher, unüberwindbarer Leistungshindernisse	276
a) Ausschluss wegen Rechtsmissbrauchs?	276
b) Subsidiarität gegenüber dem Unmöglichkeitensrecht	277
aa) Streitstand	277
bb) Stellungnahme	279
3. Beiderseitiger Irrtum	279
4. Möglichkeit der Leistung als Gegenstand der Geschäftsgrundlage	279
5. Risikoverteilung	280
a) Einführung	280
b) Vertragliche Übernahme bei erkennbaren Hindernissen	281
c) § 311a Abs. 2 S. 2 und § 442 BGB als normative Risikozuweisung ..	281
6. Fazit	282
D. Vergleichende Zusammenfassung	282

§ 4

Überwindbare Hindernisse und Erfüllung

A. Einführung	284
B. Grundlagen	285
I. Deontologische versus konsequentialistische Grundausrichtung	285
II. Einschränkungen der deontologischen Ausrichtung des deutschen Rechts	287
1. Problemaufriss: Lücken im Vollstreckungsrecht?	287
2. Meinungsstreit hinsichtlich der Reichweite der Sperre des § 887 Abs. 3 ZPO	290

a) Die Rechtsprechung des BGH	290
b) Die Rechtsprechung des RG	292
c) Meinungsstand bei den Untergerichten und in der Literatur	293
3. Stellungnahme: Enge Auslegung des § 887 Abs. 3 ZPO vorzugswürdig	296
4. Materiell-rechtliche Folgefrage: Pflicht zur Herstellung oder Beschaffung?	298
5. Prozessuale Folgefrage: Notwendigkeit einer (expliziten) Tenorierung	299
6. Fazit	301
III. Einschränkung der konsequentialistischen Ausrichtung des englischen Rechts	302
1. Ausnahmsweise: Anspruch auf specific performance	302
2. Rückausnahmen	303
3. Einschränkung durch das Tort of inducing breach of contract	304
IV. Kompromisscharakter von DCFR und CESL	305
1. Ausgangspunkt: Normierung eines Erfüllungsanspruchs	305
2. Relativierung dieser Grundsatzentscheidung	305
3. Ausführungen im Comment zum DCFR	306
a) Prämisse: Die These von den übereinstimmenden Ergebnissen	306
b) Unrichtigkeit dieser These	307
c) Textstufenanalyse	309
4. Weitergehende Erkenntnisse auf Basis einer Textstufenanalyse der Black Letter Rules	309
a) Befreiung bei persönlich zu erbringender Leistung	309
b) Befristung des Naturalerfüllungsanspruchs	310
c) Möglichkeit eines Deckungsgeschäfts für den Gläubiger	311
aa) Unterschied zwischen DCFR und CESL	311
bb) Unterschied zwischen DCFR und PECL	312
5. Begrenzung des Gegenleistungsanspruchs nach Art. 132 Abs. 2 CESL als Hinweis auf einen konsequentialistischen Charakter des CESL?	313
a) Inhalt der Regelung	313
b) Bedeutung für die Unerschwinglichkeitseinrede	314
c) Textstufenanalyse: Noch weitergehende Begrenzung im DCFR ..	315
6. Fazit	316
V. Vor- und Nachteile der efficient breach doctrine	317
1. Sinn und Zweck der Analyse	317
2. Konkrete Vor- und Nachteile für die Parteien	318
3. Ökonomische Aspekte	319

a) Transaktionskosten	319
b) Grundvertrauen	321
c) Volkswirtschaftliche Vorteile	322
d) Begrenzungsschwierigkeiten	322
VI. Gefahr von Widersprüchen zwischen Unerschwinglichkeit und Unmöglichkeit	324
1. BGB	324
a) Kritik an der deutschen Regelung	324
b) Vorschläge zur Vermeidung/Umgehung des Widerspruchs de lege lata	325
c) Möglichkeiten de lege ferenda	328
aa) Befreiung bei jeglichem Mehraufwand	328
bb) Betrag der Gegenleistung als Grenze	329
(1) Regelung ohne Widerspruch zum Mängelgewähr- leistungsrecht möglich?	329
(2) Gefahr einer Aushöhlung des (Nach-) Erfüllungs- anspruchs	330
(3) Europarechtliche Bedenken	330
(4) Keine vollständige Auflösung des Widerspruchs zum unüberwindbaren Hindernis	331
(5) Gefahr eines vergeblichen Mehraufwands	333
d) Fazit	334
2. DCFR und CESL	335
a) Einheitliche Behandlung bei entschuldigter Nichtleistung	335
b) Widerspruch zur echten Unmöglichkeit?	336
c) Fazit	337
VII. Zusammenfassung	337
C. Die Unerschwinglichkeitseinrede nach § 275 Abs. 2 BGB und Art. 110 Abs. 3 lit. b)	338
I. Einführung	338
II. Bestimmung des Schuldneraufwands	339
1. Einführung	339
2. Wert des Leistungsgegenstands	340
a) Notwendigkeit einer Berücksichtigung	340
b) Objektiver Wert für den Schuldner oder Kaufpreis?	342
3. Gegenleistung	343
4. Drohender Schaden für den Schuldner	345
a) Einführung	345
b) BGB	345
aa) Grundsatz	345
bb) Sonderfall: Berücksichtigungsfähigkeit der Gefahr einer Existenzvernichtung	347

cc) Sonderfall: Eingeschränkte Berücksichtigungsfähigkeit potentieller Schäden gegenüber Störungsbeseitigungs- anspruch	347
c) CESL	349
5. Opportunitätskosten	349
a) BGB	349
b) CESL	350
6. Ansprüche gegen Dritte	352
a) Schadensersatzansprüche	352
b) Ansprüche auf Erlösherausgabe	353
aa) Keine ungerechtfertigte Belastung eines Dritten	353
bb) Partielle Abhängigkeit von der Leistung	354
cc) Vermeidung einer doppelten Anrechnung der Veräußerung ..	354
dd) Fazit	355
7. Regressanspruch gegen den Gläubiger	355
8. Unsichere Kostenfaktoren	358
a) Einführung	358
b) Vier denkbare Antworten	358
c) Konkrete Berechnung	359
aa) Konstellation 1	359
bb) Konstellation 2	359
9. Bereits getätigte Aufwendungen	361
a) BGB	361
b) CESL	362
10. Möglichkeit des Gläubigers zur Kostenübernahme	363
a) BGB	363
b) CESL	365
11. Immaterielle Belastungen für den Schuldner	366
a) BGB	366
b) CESL	367
III. Bestimmung des Gläubigerinteresses	369
1. Einführung: Das Leistungsinteresse des Gläubigers als Abwägungsobjekt	369
2. Ermittlung des Leistungsinteresses im BGB	371
a) Faustformel: Umfang eines (hypothetischen) Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung	371
b) Berücksichtigung des Leistungsgegenstands	372
c) Berücksichtigung der Gegenleistung?	374
d) Immaterielle Interessen	375
aa) Grundsätzliche Einbeziehung	375
bb) Schwierigkeiten bei der Bewertung	376
cc) Ethische Grenzen der Bewertung	377
e) Wertermittlung bei Unikaten	378
f) Möglichkeit einer Schadensminderung durch den Gläubiger	378

g) Berücksichtigung möglicher Ersatzansprüche gegen den Schuldner	379
aa) Einführung	379
bb) Deontologische Grundausrichtung vs. Treu und Glauben ...	380
cc) Kein Verstoß gegen § 275 Abs. 2 S. 2 BGB	381
dd) Fazit und Konsequenzen	382
h) Darlegungs- und Beweislast	383
aa) Grundsatz	383
bb) Ausnahme(n)	384
(1) Probleme der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislastverteilung	384
(2) Abhilfemöglichkeiten	386
(3) Stellungnahme	389
cc) Faktische Erleichterungen für den Schuldner bzw. Gläubiger .	390
(1) Keine exakte Bezifferung notwendig	390
(2) Möglichkeit einer späteren Verifizierung bzw. Falsifizierung	392
3. Ermittlung des Leistungsinteresses im CESL	393
a) Berücksichtigung aller ersatzfähigen Interessen	393
b) Berücksichtigung nicht-ersatzfähiger Interessen?	393
aa) Einführung	393
bb) Unvorhersehbare Schäden	394
(1) Grundsatz: Keine Berücksichtigung	394
(2) Ausnahme: Fälle einer fortunate contingency seitens des Schuldners	394
cc) Nicht-ersatzfähige immaterielle Interessen	395
(1) Grundsatz: Berücksichtigungsfähigkeit	395
(2) Ausnahme: Mangelnde Vorhersehbarkeit	397
c) Möglichkeit einer Schadensminderung	398
d) Berücksichtigung möglicher Ersatzansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner	398
e) Darlegungs- und Beweislast	398
aa) Anwendbarkeit des CESL	398
bb) Grundsatz: Schuldner beweibelastet	400
cc) Ausnahme: Beweislastumkehr bei größerer Beweishöhe des Gläubigers	400
IV. Sonderfall: Beiderseits zu vertretende Leistungshindernisse	402
1. Einführung	402
2. Theorie: Berücksichtigung aller rechtlichen Konsequenzen bei der Bestimmung von Schuldneraufwand und Leistungsinteresse	402
3. Praxis: Folgenbetrachtung	403
a) Einführung	403
b) Berücksichtigung des Schicksals der Gegenleistung	403
c) Berücksichtigung eines Schadensersatzanspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner	405

d)	Berücksichtigung eines Schadensersatzanspruchs des Schuldners gegen den Gläubiger	407
aa)	Ersatz der Mehraufwendungen	407
bb)	Ersatz des entgangenen Gewinns	409
e)	Zusammenschau aller Konsequenzen eines beiderseits verursachten Hindernisses	410
4.	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	415
V.	Kriterien für ein Missverhältnis	415
1.	Einführung	415
2.	BGB	416
a)	Deontologischer Ausgangspunkt	416
b)	Kaum Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung	416
c)	Rechtsprechung	418
aa)	Zu § 275 Abs. 2 BGB	418
(1)	Zum Mietrecht	418
(2)	Zum Kaufrecht	419
(3)	Zum Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB	421
bb)	Zu § 275 BGB a.F.	422
cc)	Zu § 251 Abs. 2 S. 1 BGB	423
d)	Ansichten in der Literatur	426
e)	Stellungnahme	428
aa)	Notwendigkeit der Bestimmung eines Grenzwerts	428
bb)	Niedriger oder hoher Grenzwert?	429
cc)	Konkreter Vorschlag für einen Grenzwert	431
dd)	Sekundäre Missverhältniskontrolle	432
ee)	Sonderkonstellationen	433
(1)	Einführung	433
(2)	Besondere Risikoordnung	433
(a)	Inhalt des Schuldverhältnisses	433
(b)	Vorhersehbarkeit des Hindernisses	435
(3)	Vollständige Befriedigung des Gläubigers durch finanzielle Entschädigung	435
(4)	Vertretenmüssen des Schuldners	437
(a)	Grundsätzliches	437
(b)	Auswirkungen auf primäre Missverhältnismisgrenze	437
(c)	Konkrete Vorschläge für die Anpassung der sekundären Missverhältnismisgrenzen	438
(d)	Keine Absenkung der Missverhältnismisgrenze bei fehlendem Verschulden	439
(5)	Erkenn- oder Vorhersehbarkeit des Hindernisses	439
(5)	(Mit-) Verschulden des Gläubigers	440
(a)	Unklare Entscheidung des BGH	440
(b)	Ansichten in der Literatur	441
(c)	Stellungnahme	442

(aa) Praktische Relevanz der Frage	442
(bb) Jeglicher Mehraufwand unzumutbar	444
(cc) Unverschuldete Mitverursachung im Übrigen ...	446
ff) Zusammenfassung	448
3. CESL	449
a) Ausgangsüberlegungen	449
aa) Einführung	449
bb) Kompromiss zwischen Deontologie und Konsequentialistik als Ausgangspunkt	449
cc) Grundsätzliche Schadensersatzpflicht des Schuldners	450
b) Übertragbarkeit der Vorschläge zum deutschen Recht	452
aa) Doppelprüfung mittels primärer und sekundärer Missverhältniskontrolle	452
bb) Konkrete Grenzwerte	453
(1) Primäre Missverhältniskontrolle	453
(2) Sekundäre Missverhältniskontrolle	454
cc) Sonderkonstellationen	456
(1) Besondere Risikoordnung	456
(2) Verschulden des Schuldners	456
(a) Ausgangsüberlegung	456
(b) Primäre Missverhältnismessgrenze	457
(c) Sekundäre Missverhältnismessgrenze	457
(3) (Mit-)Verschulden des Gläubigers	458
(4) Erkenn- bzw. Vorhersehbarkeit des Hindernisses	460
VI. Fazit	460
1. Grundsätzliches	460
2. Zusammenfassung der konkreten Ergebnisse	462
a) Bestimmung des Schuldneraufwands	462
b) Bestimmung des Gläubigerinteresses	463
c) Annahme eines (groben) Missverhältnisses	464
D. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	465
I. Einführung	465
II. Abwägungsobjekt	466
1. Einführung	466
2. Leistungsinteresse des Gläubigers als Abwägungsobjekt?	468
3. Schuldnerinteresse am Geschäft als Abwägungsobjekt?	468
4. Kompromisslösung: relative Beziehung von Schuldner- und Gläubigerinteressen	470
5. Ausnahme: Keine Berücksichtigung hindernisbedingt gestiegener Leistungsinteressen des Gläubigers	471
6. Gegenleistung oder avisierter Gewinn	472
7. Zusammenfassung	473

III. Unterschiede zur Unerschwinglichkeitseinrede bei der Bestimmung des Schuldneraufwands	473
E. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und Art. 89 CESL	475
I. Einführung	475
1. Gegenstand der Regelungen	475
2. Verhältnis zur Unerschwinglichkeitseinrede	476
a) BGB	476
b) CESL	478
3. Verhältnis zur Entschuldigung nach Art. 88 CESL	478
II. Umstandsänderung	479
1. Generalia	479
2. Geschäftsgrundlage	480
III. Zumutbarkeit	481
1. Abwägungsobjekt	481
2. Bestimmung des Schuldneraufwands	482
3. Grenze der Zumutbarkeit	484
a) Einführung	484
b) Konkrete Grenzziehung im „Normalfall“	485
aa) Rechtsprechung zum BGB	485
bb) Literaturansichten zum BGB	490
cc) Stellungnahme	490
(1) Deutung der BGH-Rechtsprechung	490
(2) 15 %-Grenze für Vertragsanpassungen	492
(3) Sondergrenze für eine Vertragsaufhebung	493
dd) Übertragbarkeit auf den CESL	493
c) Besondere Risikoverteilung	494
aa) Einführung	494
bb) Vertragliche Risikoverteilung	494
cc) Normative Risikozuweisung	496
(1) BGB	496
(2) CESL	497
dd) Vorhersehbarkeit	498
ee) Vermeidbarkeit	499
(1) Berücksichtigungsfähigkeit	499
(2) Grenze des zumutbaren Aufwands	499
IV. Rechtsfolge	500
1. Einführung	500
2. Vertragsanpassung	501
a) Überblick	501
b) Preiserhöhung	502
aa) Drei Möglichkeiten	502

bb) Beschränkte Kostenteilung als vorzugswürdige Lösung	503
cc) Notwendigkeit einer Vorteilsanrechnung	504
dd) Besondere Risikoverteilung	505
c) Änderung des Leistungsgegenstands	505
3. Vertragsaufhebung	506
F. Die Anfechtung nach Art. 48 CESL	507
I. Einführung	507
II. Wesentlichkeit des Irrtums	507
III. Risikozuweisung	509
G. Zusammenfassung	509
I. Grundsätzliches	509
II. Verschiedene Regelungen	510
III. Details	511
1. Unerschwinglichkeitseinrede	511
2. Entschuldigung	511
3. Wegfall der Geschäftsgrundlage	511
4. Irrtumsanfechtung	512

§ 5

Überwindbare Hindernisse und Nacherfüllung

A. Einführung	513
B. Besonderheiten hinsichtlich der Unerschwinglichkeit einer Nacherfüllung	514
I. Einführung	514
II. Wert des (mangelhaften) Leistungsgegenstands und der geminderten Gegenleistung	516
1. Berücksichtigung bei der Bestimmung des Schuldneraufwands	516
2. Berücksichtigung bei der Bestimmung des Gläubiger- interesses	517
3. Auswirkungen auf das Verhältnis von Schuldner- aufwand und Gläubigerinteresse	518
4. Bewertung	519
a) Keine Änderung der Verhältniswerte durch Lieferung	519
b) Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit der Folgen einer mangelhaften Leistung	519

aa) Unerheblicher Mangel	519
bb) Erheblicher Mangel	520
5. Fazit	521
III. Bestimmung der Missverhältnismäßigkeitsgrenze(n)	521
IV. Exkurs: Richtlinienkonformität einer Anwendung von § 275 Abs. 2 BGB auf den Nacherfüllungsanspruch beim Verbrauchsgüterkauf?	521
1. Einführung	521
2. Auslegung des Unmöglichkeitbegriffs der Verbrauchs- güterkaufrichtlinie	522
a) Historische Auslegung	522
b) Systematische Auslegung	524
3. Entgegenstehen der Putz/Weber-Entscheidung des EuGH? ..	525
4. Fazit	527
C. Relative Unverhältnismäßigkeit der gewählten Art der Nacherfüllung	528
I. Einführung	528
II. Abwägungsobjekte	528
III. Unverhältnismäßigkeit	529
1. Einführung	529
2. Primäre Unverhältnismäßigkeitsgrenze	530
a) Vorschlag konkreter Grenzen	530
b) Berücksichtigungsfähigkeit eines Verkäuferverschuldens	531
3. Ausnahmen	533
a) Wert der Sache in mangelfreiem Zustand	533
aa) Funktion als sekundäre Unverhältnismäßigkeitsgrenze	533
bb) Auswirkungen auf die primäre Unverhältnismäßigkeits- kontrolle	534
b) Bedeutung des Mangels	534
aa) Bedeutung im engeren Sinne	534
bb) Bedeutung im Sinne eines mangelbedingten Minderwerts ...	535
(1) Einführung	535
(2) Funktion als tertiäre Unverhältnismäßigkeitskontrolle? ..	536
(3) Auswirkungen auf die primäre Unverhältnismäßigkeits- grenze?	537
c) Unannehmlichkeiten für den Gläubiger	538
D. Absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	539
I. Einführung	539
II. Vergleichsobjekte	540
1. Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	540

2. Stellungnahme	541
a) Eigene Ansicht: Weit verstandenes Gläubigerinteresse	541
b) Systematik des Gesetzes	542
aa) Widerspruch zu § 275 Abs. 2 BGB vs. Widerspruch zum Schadensersatzrecht	542
bb) Lösungsmöglichkeiten	544
c) Wille des historischen Gesetzgebers	546
d) Wortlaut	547
e) Sinn und Zweck der Vorschrift	549
III. Unverhältnismäßigkeitsgrenzen	549
1. Übertragung der primären Missverhältnisgrenze des § 275 Abs. 2 BGB	549
a) Einführung	549
b) Wille des Gesetzgebers	550
c) Leerlaufen des § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB	553
2. Ausnahmen vom Ergebnis der primären Unverhältnis- mäßigkeitkontrolle	553
a) Sekundäre Unverhältnismäßigkeitskontrolle anhand des Sach- und des Mangelwerts	553
aa) Einführung	553
bb) Anhand des Sachwerts	553
cc) Anhand des Mangelwerts	555
b) Auswirkungen des Sach- und des Mangelwerts auf die primäre Unverhältnismäßigkeitsgrenze?	555
3. Bedeutung dieser Auffassung für die Frage der Richtlinien- widrigkeit der deutschen Regelung	556
E. Zusammenfassung	556

§ 6

Vom Gläubiger (mit-) verursachte Hindernisse

A. Einführung	558
B. Die Rechtsbehelfssperre des Art. 106 Abs. 5 CESL	560
I. Voraussetzungen	560
1. Überblick	560
2. Notwendigkeit einer Pflichtverletzung	560
3. Auswirkungen einer Entschuldigung	561
a) Einführung	561
b) Wortlaut des Art. 106 Abs. 5 CESL	562
c) Systematische Auslegung 1: Gleichlauf mit den Gefahr- tragungsregeln	562

d) Systematische Auslegung 2: Gleichbehandlung von Schuldner und Gläubiger	563
e) Teleologische Auslegung	566
aa) Einführung	566
bb) Treu und Glauben	567
cc) Casum sentit dominus	569
f) Fazit	569
4. Endogene Risiken (inkl. Handlungen Dritter)	570
a) Einführung	570
b) Teleologische Auslegung	570
aa) Venire contra factum proprium	570
bb) Casum sentit dominus	572
c) Systematische Auslegung: Gleichbehandlung von Schuldner und Gläubiger	572
d) Fazit	573
5. Kausalität	573
a) Generalia	573
b) Verursachung einer partiellen Nichterfüllung	574
c) Partielle Verursachung einer Nichterfüllung	575
aa) Einführung	575
bb) Kumulative Verursachung durch Gläubiger und Schuldner ..	575
(1) Problemaufriss	575
(2) Folgenbetrachtung 1: Rücktritt	577
(3) Folgenbetrachtung 2: (Nach-) Erfüllung	579
cc) Kumulative Verursachung durch den Gläubiger und ein exogenes Ereignis	580
dd) Alternative Verursachung durch Gläubiger und Schuldner ...	581
d) Zusammenspiel sämtlicher Kausalitätsfragen	581
II. Rechtsfolgen	583
1. Ausschluss aller Rechtsbehelfe	583
2. Ersparte Aufwendungen	584
3. Behandlung von Fällen partieller Verursachung	585
a) Verursachung einer partiellen Nichterfüllung	585
b) Partielle Verursachung einer Nichterfüllung (beiderseits verursachtes Leistungshindernis)	586
aa) Generalia	586
bb) Verhältnis zur Schadensminderungsobliegenheit	587
III. Beweislast	588
C. BGB	590
I. Einführung	590
II. Auswirkungen auf den Schadensersatzanspruch	590
1. § 254 BGB im Überblick	590

2. Sonderfrage: Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von einem anfänglichen Hindernis	592
a) Grundsatz: Anwendbarkeit des § 254 BGB	592
b) Ausnahme: Unanwendbarkeit im Kaufrecht	593
III. Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht	594
1. Überblick	594
2. Maßstab für die „Verantwortlichkeit“ des Gläubigers	595
a) Einführung	595
b) Notwendigkeit einer Pflichtverletzung	596
c) (Analoge) Anwendung der §§ 276 ff. BGB?	598
aa) Meinungsstand	598
bb) Stellungnahme	599
d) Analoge Anwendung von § 311a Abs. 2 S. 2 BGB	601
3. Rechtsfolge	602
4. Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit	603
a) Meinungsstand	603
b) Stellungnahme	604
5. Kausalität des Annahmeverzugs für das Leistungshindernis	605
IV. Auswirkungen auf den Erfüllungsanspruch	607
V. Auswirkungen auf den Nacherfüllungsanspruch	608
1. Verursachung eines Hindernisses für die Nacherfüllung	608
2. Verursachung des Mangels	608
a) Einführung	608
b) Unverschuldete Hindernisverursachung allein durch den Gläubiger	609
aa) Meinungsstand	609
bb) Stellungnahme	610
c) Beiderseits zu vertretender Mangel	610
aa) Meinungsstand	610
bb) Stellungnahme	612
D. Vergleichende Zusammenfassung	613

§7

Hindernisse bei vertretbaren Leistungen

A. Einführung	615
B. Stückschuld	616
I. BGB: Ersatzlieferungsanspruch nach § 439 Abs. 1 BGB	616
1. Überblick und Problemaufriss	616
2. Meinungsstand	617

3. Stellungnahme	618
a) Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB	618
b) Keine Unmöglichkeit der Ersatzlieferung	620
c) Rechtspolitische Aspekte	620
aa) Zufälligkeit der Vereinbarung einer Stück- bzw. Gattungsschuld	620
bb) Nachteile für den Käufer	621
d) Inkonsistenzen zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungs- anspruch	621
e) Möglichkeit zur Überwindung der Inkonsistenzen	622
aa) Unerschwinglichkeitseinrede gegen den Nacherfüllungs- anspruch?	622
bb) Generelle Neuausrichtung der Abgrenzung von Stück- und Gattungsschulden	623
(1) Zwischenform der „subsidiären Gattungsschuld“	623
(2) Kein Widerspruch zu § 243 Abs. 2 BGB	624
cc) Analoge Anwendung von § 439 Abs. 1 BGB	626
dd) Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB	626
f) Zusammenfassung	628
4. Kriterien für die Bestimmung des Parteiwillens	628
a) Einführung	628
b) Gebrauchte Kaufsachen	628
c) Neuware	629
aa) Identische Neuware vorhanden	629
bb) Keine identische Neuware vorhanden	630
II. CESL	631
1. Nacherfüllungs- in Form des Ersatzlieferungsanspruchs	631
2. Vermeidung von Inkonsistenzen	632
3. Schadensersatz	633
a) Einführung	633
b) Obliegenheit zur Lieferung eines commercially reasonable substitute	633
c) Kriterien für die Bestimmung eines commercially reasonable substitute	634
aa) „Meinungsstand“	634
bb) Stellungnahme	635
(1) Bei Vorliegen eines Ersetzungswillens i.S.d. Art. 110 Abs. 2 CESL	635
(2) Darüber hinausgehende Ersatzlieferungsobliegenheit des Verkäufers	636
(3) Korrektur des Maßstabs nach den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung	638
(4) Zusammenfassung	639
C. Gattungsschuld	640
I. Einführung	640

II. BGB: Übergang der Leistungsgefahr durch Konkretisierung ...	640
1. Meinungsstand	640
2. Stellungnahme	642
a) Lieferungstheorie vorzugswürdig	642
b) § 300 Abs. 2 BGB als Regelung der Preisgefahr	643
c) Fazit	644
3. Sonderfall: Konkretisierung bei mangelhaften Sachen	645
a) Anforderungen des § 243 Abs. 2 BGB	645
b) Anforderungen der Regelungen zum (Preis-) Gefahrübergang ...	647
aa) § 446 S. 1 und § 447 BGB	647
bb) § 300 Abs. 2 BGB	648
(1) Meinungsstand	648
(2) Stellungnahme	648
(a) Zurückweisungsrecht des Gläubigers	648
(b) Auswirkungen des Zurückweisungsrechts auf den Annahmeverzug	649
4. Zusammenfassung	651
III. CESL	651
1. Konkretisierung mit Übergang der Preisgefahr	651
2. Sonderfall: Konkretisierung bei mangelhaften Sachen	652
a) Einführung	652
b) Zurückweisungsrecht des Käufers	653
c) Auswirkungen des Zurückweisungsrechts auf den Annahmeverzug	653
D. Vorratsschuld	654
E. Vergleichende Zusammenfassung	656

§ 8

Partielle Hindernisse

A. Einführung	659
B. Auswirkungen auf die Leistungspflicht	659
I. Grundsatz: Pflicht zur „Restleistung“	659
II. Ausnahme bei mangelnder Teilbarkeit?	660
1. Einführung	660
2. Mangelndes Interesse des Gläubigers an einer Teilleistung ...	661
3. Praktische Schwierigkeit der Restwertermittlung	662
4. Sonderfall: Qualitative Unmöglichkeit	663
5. Sonderfall: Unmöglichkeit einer Leistungsmodalität	664
6. Zusammenfassung	665

III. Repartierungspflicht bei partiellem Untergang einer Gattung oder eines Vorrats	665
1. Einführung	665
2. BGB	666
a) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	666
aa) Repartierungspflicht	666
bb) Freies Ermessen	667
cc) Präventionsprinzip	668
b) Stellungnahme	669
aa) Einführung	669
bb) Berechtigung zur partiellen Erfüllungsverweigerung	670
(1) Rechtspolitisches Bedürfnis	670
(2) Dogmatische Möglichkeit	671
cc) Verpflichtung zur Verweigerung des Erfüllungsanspruchs ...	672
(1) Einführung	672
(2) Notwendigkeit eines vordefinierten Verteilungsschlüssels	672
(a) Vergleich mit dem Fall einer Insolvenz	672
(b) Regelungen für vergleichbare Situationen	674
(c) Mangelnde Tragfähigkeit der systematischen	
Gegenargumente	675
(d) Mangelnde Überzeugungskraft der rechtspolitischen	
Gegenargumente	676
(aa) Allgemeine Handlungsfreiheit/Privatautonomie .	676
(bb) Schutz von Geschäftsgeheimnissen	678
(e) Fazit	678
(3) Vorzugswürdiger Verteilungsschlüssel	679
(a) Einführung	679
(b) Regelungen zu parallel gelagerten Fallgestaltungen ...	679
(c) Ökonomische Betrachtung	680
(d) Gläubigerschutz	683
(e) Pragmatische Aspekte	684
(aa) Grenzen der Repartierungsmöglichkeit	684
(bb) Nachteilige Folgen des vertragsschluss-	
bezogenen Präventionsprinzips	685
(f) Fazit	686
dd) Ausnahmen	686
(1) Unmöglichkeit der Repartierung	686
(2) Verletzung höherrangiger Interessen	688
(3) Nichtbelieferung solcher Gläubiger, die an einer	
Teillieferung kein Interesse haben?	689
(4) Konkurrenz von Kauf- und Schenkungsgläubigern	690
(5) Pflicht zur Ausnutzung von vertraglichen	
Rücktrittsrechten?	691
(6) Einbeziehung noch nicht fälliger Forderungen	692
(7) Ausnahme bei verschuldeten Leistungshindernissen	693

ee) Konsequenzen einer überproportionalen Belieferung einzelner Gläubiger	695
(1) Einführung	695
(2) Ansprüche des Schuldners gegen den überproportional beliefernten Gläubiger	695
(3) Ansprüche des benachteiligten Gläubigers gegen den Schuldner	696
(4) Ansprüche des benachteiligten gegen den über- proportional belieferten Gläubiger	697
(5) Sonderfall: Leistung aufgrund drohender Gefahren für höherrangige Rechtsgüter	699
c) Zusammenfassung	700
d) Exkurs: Parallelproblem bei Stückschulden	701
3. CESL	703
C. Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht	704
I. BGB	704
1. Kürzung der Gegenleistungspflicht	704
2. Recht zum Rücktritt vom (gesamten) Vertrag	705
II. CESL	707
1. Einführung	707
2. Minderung	707
3. Teilrücktritt	708
a) Einführung	708
b) Teilbarkeit	708
c) Möglichkeit der Wertzuordnung	709
d) Rücktrittsgrund	710
4. Gesamtrücktritt	710
D. Abschließender Vergleich	712

§9

Die „Zweckstörung“ als Hindernis

A. Begriff der Zweckstörung	714
I. Terminologie: Primär- und Sekundärzweck	714
II. Kritik an der Terminologie	715
B. Einordnung der Zweckstörung im deutschen Recht	716
I. Zweckfortfall	716
1. Meinungsstand	716
2. Stellungnahme	719

a)	Unmöglichkeitslösung grundsätzlich vorzugswürdig	719
b)	Unterschiedliche Behandlung dauerhafter und vorübergehender Hindernisse	720
c)	Wechselwirkungen mit der Auslegung des Begriffs des Zweckfortfalls	720
3.	Rechtsfolgen	722
a)	Grundsatz: Erlöschen von Leistungs- und Gegenleistungspflicht .	722
b)	Die Ausnahmen vom Erlöschen der Gegenleistungspflicht	723
aa)	§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 1 BGB	723
(1)	Begriff der Verantwortlichkeit	723
(2)	Fahrlässigkeitsmaßstab der <i>diligentia quam in suis</i> ?	723
(3)	Ausnahme: Vertragsimmanente Zweckfortfallsrisiken	724
(4)	Verantwortlichkeit mangels Wiederherstellung des Leistungssubstrats	724
(5)	Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Unkenntnis von einem anfänglichen Zweckfortfall	725
bb)	§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 2 BGB	726
cc)	§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB	726
dd)	§ 615 BGB	728
ee)	§ 537 BGB	728
c)	Kürzung der Gegenleistung selbst in den Ausnahmefällen	729
II.	Zweckerreichung	730
1.	Heute ganz h.M.: Einstufung als Unmöglichkeit	730
a)	Generalia	730
b)	Besonderheiten im Kaufrecht	732
2.	Rechtsfolgen	732
a)	Grundsatz und Ausnahmen	732
b)	Besonderheiten gegenüber dem Zweckfortfall	733
aa)	§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 1 BGB	733
(1)	Verantwortlichkeit durch aktive Herbeiführung der Zweckerreichung	733
(2)	Verantwortlichkeit mangels Vermeidung der Zweckerreichung	733
(3)	Verantwortlichkeit mangels Überwindung der Zweck- erreichung/Wiederherstellung der Zweckerreichbarkeit? .	734
bb)	§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB	734
c)	Sonderfall: Selbstvornahme der Nacherfüllung	735
aa)	BGH: Keine Anrechnung der vom Schuldner ersparten Aufwendungen	735
bb)	Kritik	736
cc)	Zwischenfazit	739
3.	Alternativansatz: Einordnung als Erfüllung	739
a)	Renaissance einer überholten Theorie	739
b)	Wechselwirkung mit der Auslegung des Begriffs der Zweckerreichung	740
c)	Rechtsfolge	740

aa) Grundsatz: Fortbestand der Leistungspflicht	740
bb) Gegenanspruch des Gläubigers auf Herausgabe der Bereicherung	741
(1) Voraussetzungen	741
(2) Rechtsfolge/Umfang	742
cc) Im Werkvertragsrecht: Kündigung des Gläubigers	742
dd) Zwischenfazit	744
4. Stellungnahme	744
a) Der Erfüllungsbegriff	744
aa) Notwendigkeit einer Leistungshandlung	744
bb) Finalität der Leistungshandlung	745
cc) Leistungshandlung durch einen Dritten oder den Gläubiger ..	746
dd) Zwischenfazit	747
b) Vergleich mit Fällen der Zweckerleichterung	747
c) Rechtspolitische Folgenbetrachtung	748
aa) Zusammenfassung des Schicksals der Gegenleistung unter beiden Theorien	748
bb) Rechtspolitische Bewertung	750
d) Zwischenfazit	753
e) Ausweg: Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB	753
5. Zusammenfassung	755
III. Störung des Sekundärzwecks	755
1. Einordnung	755
2. Rechtsfolge	756
a) Grundsatz: ungekürzter Fortbestand der Gegenleistungspflicht ..	756
b) Sonderfall: Werkvertrag	756
c) Anpassung des Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ..	757
d) Rücktritt nach § 324 BGB	759
3. Zusammenfassung	760
C. Rechtslage im CESL	761
I. Einführung	761
II. Zweckfortfall	763
1. Anknüpfungspunkt im Rahmen des Art. 106 Abs. 5 CESL ..	763
2. Überwindbarkeit des Zweckfortfalls	765
III. Zweckerreichung	765
1. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung	765
2. Zufällige Zweckerreichung	766
IV. Störung des Sekundärzwecks	767
V. Vergleichende Zusammenfassung	769

§ 10

Vorübergehende Hindernisse

A. Einführung	771
B. Suspendierung des Erfüllungsanspruchs	771
I. BGB	771
1. Problemaufriss	771
2. Meinungsstand	772
3. Stellungnahme	774
a) Prozessuale Erwägungen	774
aa) Überforderung des Vollstreckungsorgans	774
bb) Kostenrisiko	775
cc) Verjährungsrisiko	776
dd) Klage auf zukünftige Leistung	777
ee) Zwischenfazit	777
b) Materiell-rechtliche Erwägungen	777
aa) Rücktritt und Schadensersatz	777
bb) Vorübergehende Rückzahlung eines bereits gezahlten Kaufpreises	779
cc) Rechtssicherheit	780
4. Zusammenfassung	781
II. CESL	782
1. Suspendierung des Erfüllungsanspruchs	782
2. Rücktrittmöglichkeiten	783
a) Für den Gläubiger	783
b) Für den Schuldner	783
3. Vorübergehende Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen	784
C. „Unmöglichkeit“ durch Zeitablauf	785
I. BGB	785
1. Die ganz herrschende Meinung zum BGB	785
2. Kritik	787
a) Einführung: Zeitablauf kein eigenständiges Merkmal	787
b) Aufwertung einer bloßen Zweckstörung zur Unmöglichkeit	787
aa) Dogmatisches Symptom	787
bb) Rechtspolitische Ursache	788
cc) Paradoxe Wirkungen der Unmöglichkeitslösung	789
(1) Bei fortbestehendem Interesse des Gläubigers an der Leistung	789
(2) Bei Gläubigerverantwortlichkeit und/oder Annahmeverzug	792

(a) Einführung	792
(b) Gläubigerverantwortlichkeit (§ 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB)	792
(c) Annahmeverzug (§ 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB)	794
(aa) Analoge Anwendung bei Gleichzeitigkeit von Unmöglichkeit und Annahmeverzug?	794
(bb) Umgehung durch die Ablehnung der Abstrahierungsformel	796
dd) Fazit	797
c) Aufwertung einer Leistungsmodalität zum Leistungssubstrat ...	798
d) Fazit	799
3. Rechtslage ohne Annahme einer Unmöglichkeit	800
a) Einführung	800
b) Möglichkeiten für den Gläubiger, sich vom Vertrag zu lösen	801
aa) Verzögerung vom Schuldner zu vertreten (Konstellation 4) ..	801
bb) Verzögerung vom Schuldner verursacht, aber nicht zu vertreten (Konstellation 3)	802
cc) Verzögerung vom Gläubiger zu vertreten (Konstellation 2) ..	803
dd) Verzögerung vom Gläubiger verursacht, aber nicht zu vertreten (Konstellation 1)	803
ee) Zwischenfazit und Bewertung	805
ff) Weitere Möglichkeiten für den Gläubiger	805
(1) Spezialregelungen für einzelne Vertragstypen	805
(2) Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB	806
(a) Zulässiger Umfang einer Anpassung	806
(3) Anspruch des Gläubigers auch in den Konstellationen 1 und 2?	807
gg) Fazit	808
c) Möglichkeiten für den Schuldner, sich vom Vertrag zu lösen	808
aa) Einführung	808
bb) Konstellationen 1 und 2	809
(1) Schadensersatz	809
(2) Rücktritt	809
(3) Unerschwinglichkeitseinrede	810
(4) Erfüllungsfiktion	811
(a) Erfüllungsfiktion als Inhalt der Regelungen in §§ 537, 615 BGB	811
(b) Verallgemeinerung dieser Regelungen: Erweiterter Erfüllungsbegriff?	812
(5) Zwischenfazit	813
cc) Konstellationen 3 und 4	813
dd) Fazit und Bewertung	814
d) Neuer Leistungszeitpunkt	815

4. Sonderfall Dauerschuldverhältnisse?	815
a) Einführung	815
b) Kritik	816
aa) Keine strukturelle Sonderstellung von Dauerschuld- verhältnissen	816
bb) Sonderfall: unbefristete Dauerschuldverhältnisse	819
cc) Zwischenfazit	820
c) Rechtslage ohne Annahme einer Unmöglichkeit	821
aa) Konstellationen 1 und 2	821
bb) Konstellationen 3 und 4	821
d) Fazit	822
5. Abschließende Betrachtung	822
II. CESL	824
1. Einführung	824
2. Lösungsmöglichkeiten für den Gläubiger	824
3. Lösungsmöglichkeiten für den Schuldner	825
a) Im Fall einer Einstufung der Leistung als unmöglich	825
b) Ohne Annahme einer Unmöglichkeit	825
4. Vergleichende Bewertung	827
a) Gleichlauf mit dem BGB in den Konstellationen 2 und 4	827
b) Unterschiede zum BGB in den Konstellationen 1 und 3	827

§ 11

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Unüberwindbare Hindernisse	829
I. Die Rechtsfolge von § 275 Abs. 1 BGB	829
II. Der Haftungsmaßstab im CESL	829
1. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	829
2. Die Irrtumsanfechtung nach Art. 48 CESL	832
III. Der Haftungsmaßstab im BGB	832
1. Das Vertretenmüssen nach §§ 276 ff. BGB	832
2. Die Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB	834
IV. Vergleich der Haftungsmaßstäbe in BGB und CESL	835
B. Überwindbare Hindernisse	836
I. Die Unerschwinglichkeitseinrede nach § 275 Abs. 2 BGB und Art. 110 Abs. 3 lit. b CESL	836
II. Die Einrede einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 3 BGB und Art. 111 Abs. 1 Hs. 2 CESL	840

1. Relative Unverhältnismäßigkeit	840
2. Absolute Unverhältnismäßigkeit	840
III. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	841
IV. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und Art. 89 CESL	841
C. Auswirkungen einer Hindernis(-mit-)verursachung durch den Gläubiger	842
D. Hindernisse bei vertretbaren Sachen	844
E. Partielle Hindernisse	845
F. Zweckfortfall, Zweckerreichung und Störung des Verwendungszwecks	846
G. Vorübergehende Hindernisse	847
Literaturverzeichnis	849
Sachregister	877

§1

Einleitung

A. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung

I. Allgemeines zu Leistungshindernissen

Dass ein Schuldner die ihm obliegende Leistung aus bloßem Unwillen verweigert, ist in der Praxis die Ausnahme. In aller Regel gibt es einen sachlichen Grund für die Weigerung: ein Hindernis, das der Leistung entgegensteht. Inwieweit das Recht diesen sachlichen Grund anerkennt und den Schuldner von seiner Schuld befreit, ist daher eine zentrale, wenn nicht gar *die* zentrale Frage des Leistungsstörungsrechts.

Dabei ist Leistungshindernis nicht gleich Leistungshindernis. Das wird klar, wenn man den Blick vom Substantiv des Hindernisses löst und den zugrundeliegenden Verben zuwendet. Hier unterscheidet die deutsche Sprache zwischen Umständen, die eine Leistung *verhindern*, und solchen, die sie nur *behindern*. Im Zuge der Substantivierung ist diese Unterscheidung verloren gegangen und muss mühsam durch Beigabe von (aus sprachästhetischer Perspektive wenig ansprechenden) Attributen wiederhergestellt werden, nämlich indem zwischen „überwindbaren“ und „unüberwindbaren“ Leistungshindernissen differenziert wird.

Der rechtliche Unterschied liegt auf der Hand. Bei unüberwindbaren Hindernissen ist die Befreiung von der Naturalerfüllungspflicht gleichsam der rechtliche Reflex auf eine physikalische Notwendigkeit: Der Schuldner, der nicht leisten kann, soll auch nicht leisten müssen.¹ Einer rechtlichen Wertung bedarf es hier erst auf Schadenersatzebene: Unter welchen Umständen soll der Schuldner für seine Nichtleistung haften müssen?

Bei überwindbaren Hindernissen bedarf es einer entsprechenden Wertung bereits auf Ebene des Erfüllungsanspruchs: Das Nichtmüssen wird hier nicht durch ein Nichtkönnen oder Nichtdürfen erzwungen, sondern basiert auf der rechtspolitisch zu beantwortenden Frage, ob dem Schuldner *zugemutet* werden kann, das Hindernis zu überwinden.² Diese Wertung auf Erfüllungsebene

¹ *Schmidt-Recla*, in: FS Laufs, 641, 644. Entsprechend gilt bei rechtlicher Unmöglichkeit: Wer nicht leisten darf, soll auch nicht leisten müssen.

² *Schmidt-Recla*, in: FS Laufs, 641, 645.

schließt eine Wertung auf Schadensersatzebene (nur) teilweise aus: Sofern dem Schuldner die Erfüllung zugemutet werden kann, löst eine Nichtleistung automatisch eine Schadensersatzhaftung aus. Umgekehrt gilt dies freilich nicht: Wenn dem Schuldner eine Erfüllung in natura nicht zugemutet werden kann, kommt ein Schadensersatzanspruch dennoch in Betracht; es gelten dann dieselben rechtlichen Wertungen wie in Fällen, in denen das Hindernis unüberwindbar ist.

II. Allgemeines zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht

1. Der Kommissionsvorschlag

Vor mittlerweile mehr als 4 Jahren, am 11. Oktober 2011 legte die Europäische Kommission einen Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vor (englisch: Common European Sales Law, kurz CESL).³ Vorgesehen war, dass es nicht automatisch zur Anwendung kommt, sondern nur dann, wenn die Parteien dies vereinbaren (sog. Opt-in-Modell; optionales Instrument).⁴

Dem Kommissionsvorschlag vorausgegangen waren jahrelange, überaus aufwändige Vorarbeiten. In einem „Aktionsplan für ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht“ hatte die Kommission bereits 2003 den Wunsch nach einem „gemeinsamen Referenzrahmen“ (Common Frame of Reference, CFR) formuliert.⁵ Er sollte drei Zwecken dienen: erstens als „Toolbox“ für kommende Gesetzesvorhaben der Kommission, zweitens als Modell für künftige nationale Reformvorhaben und drittens als Antwort auf die Frage, „ob nicht sektorspezifische Ansätze – wie z.B. ein optionelles Instrument – zur Lösung von Problemen im Bereich des europäischen Vertragsrechts erforderlich sind“.⁶

Die European Study Group on a European Civil Code (Study Group) und die Research Group on Existing EC Private Law (Aquis Group) erarbeiteten daraufhin von 2005 bis 2009 einen „akademischen“⁷ Entwurf für einen solchen

³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635.

⁴ Vgl. Art. 3, 8 und 9 des VO-Entwurfs (im Folgenden: Reg-CESL); siehe zur kollisionsrechtlichen Einordnung eines solchen opt-in, *Lehmann*, Dogmatische Konstruktion, S. 67 ff.

⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, ABl. 2003 C 63/1/11: „Die Kommission sieht einen gemeinsamen Referenzrahmen, der gemeinsame Grundsätze und Begriffe im Bereich des europäischen Vertragsrechts festlegt, als wichtigen Schritt zur Verbesserung des gemeinschaftlichen Vertragsrechts an.“

⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, ABl. 2003 C 63/1/11.

⁷ Vgl. *von Bar*, Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens, S. 24.

gemeinsamen Referenzrahmen (Draft Common Frame of Reference, DCFR).⁸ Er schießt in zweierlei Hinsicht (weit) über das von der Kommission gesetzte Ziel hinaus: Zum einen legt er nicht nur – wie von der Kommission angedacht – „gemeinsame Grundsätze und Begriffe“ fest, sondern formuliert gleich vollständige gesetzliche Regelungen. Zum anderen beschränkt er sich nicht auf das Vertragsrecht, sondern deckt auch alle anderen schuldrechtlichen Bereiche ab (Bücher V bis VII) und enthält sogar Regelungen zum Sachenrecht (Bücher VIII und IX) und zu Trusts (Buch X).⁹

Dafür fiel die Eigenleistung im Kernbereich des Vertragsrechts knapper aus: Die in den Büchern II und III enthaltenen allgemeinen Regelungen zum Vertragsrecht basieren – ebenso wie die besonderen Regeln zum Kaufvertrag (Buch IV Teil A.) – im Wesentlichen auf den zwischen 1995 und 2003 veröffentlichten Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (Principles of European Contract Law, PECL).¹⁰ Das muss freilich kein Nachteil sein.

Im April 2010 setzte die Kommission eine Expertengruppe ein, die im Rahmen einer Machbarkeitsstudie (feasibility study) diejenigen Teile des DCFR, die unmittelbar das Vertragsrecht betreffen, „vereinfachen, restrukturieren, aktualisieren und ergänzen“ sollte.¹¹ Dabei sollte sie das CISG, die PECL, die *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC) sowie die *Principes Contractuels Communs*¹² in ihre Untersuchung einbeziehen.

Diese Vorgeschichte zum CESL-Entwurf der Kommission ist insofern von Bedeutung für diese Arbeit als die genannten (wissenschaftlichen) Vorarbeiten im Rahmen der Auslegung des CESL nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, und zwar in zweierlei Hinsicht. Erstens enthalten sowohl der DCFR als auch die PECL neben den Black Letter Rules noch kommentierende Ausführungen. Diese Ausführungen sind zwar selbstverständlich keineswegs zwingend zu befolgen (nicht einmal für die Auslegung des DCFR und erst recht nicht für die Auslegung des CESL). Allerdings besteht eine Art widerlegliche Vermutung dahingehend, dass die Ausführungen den Willen des Gesetzgebers abbilden bzw. umgekehrt: dass der Gesetzgeber sie in seinen Willen aufgenommen hat. Auch

⁸ Siehe zu den Zielen und Arbeitsweisen der Study Group *Schulte-Nölke*, Ziele und Arbeitsweisen, S. 9 ff.

⁹ Zu Recht spricht *Hesselink* (*Tulane L. Rev.* 83 (2009), 919, 923) von einem „European Civil Code in all but name“.

¹⁰ Siehe zu deren Entstehungsgeschichte *Basedow/Hopt/Zimmermann/Zimmermann*, S. 1177 ff.

¹¹ Vgl. *Feasibility Study*, S. 5: „The Commission asked the Expert Group to select those parts of the Draft Common Frame of Reference – the result of extensive comparative law research launched by the Commission and produced by a network of European contract law experts between 2005 and 2009 – which were of direct relevance to contract law and to simplify, restructure, update and supplement the selected content.“

¹² Ausgearbeitet von der Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise und der Société de Legislation Comparée.

der gesetzgeberische Wille ist freilich nicht sakrosankt. Er kann durch etymologische, systematische oder teleologische Aspekte verdrängt werden.¹³ Der EuGH weicht zuweilen sogar dann von ihm ab, wenn er in den Erwägungsgründen einer Verordnung oder Richtlinie Niederschlag gefunden hat.¹⁴ Kurz: Gibt der Comment zum DCFR oder zu den PECL eine bestimmte Auslegung vor, erhöht dies die Anforderungen, die an eine abweichende Auslegung zu stellen sind.

Zweitens erlaubt ein Vergleich mit den Regelungen in PECL und DCFR eine Art Textstufenanalyse¹⁵ des CESL: Dort, wo das CESL von den Vorbildregelungen abweicht, ist stets zu untersuchen, ob dies auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers basiert oder ob lediglich semantische Änderungen gewollt waren. Beides muss bei der Auslegung der betreffenden Vorschrift berücksichtigt werden.

2. Rücknahme des Vorschlags

Zwar hatte das Parlament dem Vorschlag – wenn auch mit etlichen Änderungs-vorschlägen – zugestimmt.¹⁶ Im Rat waren die Erfolgsaussichten des Projekts aber wohl nicht allzu hoch. Kritisiert wurde insbesondere, das CESL überschreite die Kompetenzgrenzen des Art. 114 AEUV und verletze das Subsidiaritätsprinzip.¹⁷

Die – zwischenzeitlich neu formierte – Kommission reagierte und zog ihren Vorschlag zurück.¹⁸ Dabei kündigte sie an, noch im selben Jahr (2015) einen modifizierten Vorschlag vorzulegen. Ziel der Änderungen sei es, „das Potenzial des elektronischen Handels im digitalen Binnenmarkt voll zur Entfaltung zu bringen“.¹⁹ Ende 2015 legte sie dann allerdings anstelle eines überarbeiteten

¹³ Zur Frage des Stellenwerts des Gesetzgeberwillens in der europäischen Dogmatik siehe Riesenhuber/*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 11 und 32 („zentrale Rolle“); Hess, IPRax 2006, 348, 354 f.; Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 450; rechtsvergleichend Gruber, Methoden des Einheitsrechts, S. 163 ff.; zur deutschen Dogmatik siehe Larenz/*Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 149; vgl. auch RG, 30.10.1902 – VI 208/02, Z 52, 373, 378.

¹⁴ Siehe nur die Entscheidungen zur Frage des Ausrichtens nach Art. 17 Abs. 1 lit a EuGVVO (EuGH, 7.12.2010 – C-585/08 und C-144/09 (Pammer und Alpenhof), Slg. 2010 I-12527; EuGH, 6.9.2012, C-190/11 (Mühlleitner), NJW 2012, 3225; EuGH, 17.10.2013 – C-218/12 (Emrek), NJW 2013, 3504).

¹⁵ Vgl. zu diesem Begriff Zimmermann, EuZW 2009, 319, 322 (mit Nachweisen zur historischen Textstufenforschung).

¹⁶ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, P7_TA(2014)0159.

¹⁷ Siehe hierzu jüngst Schulze, ZEuP 2014, 691, 692.

¹⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Arbeitsprogramm der Kommission 2015 – Ein neuer Start, KOM(2014) 910, Annex 2, Nr. 60.

¹⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen

CESL zwei Richtlinien vor: eine zum Online-Warenhandel²⁰ und eine zur Bereitstellung digitaler Inhalte²¹.

Diese Abkehr von dem Ziel einer umfassenden Kodifikation eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist bedauerlich. Sicherlich war der Kommissionsentwurf nicht in allen Punkten gelungen. Die Schwächen waren aber zwischenzeitlich benannt; ihnen hätte abgeholfen werden können. So bleibt es nun bei einem teilharmonisierten europäischen Flickenteppich.

Trotz der Rücknahme soll der Vorschlag²² in dieser Arbeit – in Bezug auf seine Regelungen betreffend Leistungshindernisse – genauer analysiert werden. Er ist der derzeit aktuellste Text; seine Regelungen stehen modellhaft für ein modernes Vertragsrecht. Schon deshalb muss sich das BGB an ihm messen lassen. Hinzu kommt, dass die dort normierten Regelungen, wie gesagt, weitgehend mit denjenigen übereinstimmen, die sich auch im CISG, in den PICC, den PECL und dem DCFR finden. Sofern sich in den einzelnen Regelungswerken Abweichungen ergeben, wird darauf freilich gesondert einzugehen sein.

III. Allgemeines zu dieser Arbeit

1. Äußere Zweiteilungen

Diese Arbeit kommt in zwei Teilen daher. Der erste Teil untersucht, wie das Recht die o.g. Wertungsfragen beantwortet – wobei sich aus dem Umstand, dass sich zwei unterschiedliche Wertungsfragen stellen,²³ wiederum eine Zweiteilung jenes ersten Teils ergibt: ein erster Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, wann bei unüberwindbaren Hindernissen eine Schadensersatzhaftung als angemessen angesehen wird (§§ 2 und 3), ein zweiter Abschnitt mit der Frage, wann davon ausgegangen wird, dass einem Schuldner zugemutet werden kann und

Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Arbeitsprogramm der Kommission 2015 – Ein neuer Start, KOM(2014) 910, Annex 2, Nr. 60.

²⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM(2015) 635.

²¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634.

²² Angesichts dessen, dass der Text nicht über das Vorschlagsstadium hinausgekommen ist, braucht im Folgenden nicht zwischen diesem Vorschlag und dem verabschiedeten Text unterschieden zu werden. Wenn also vom CESL die Rede ist, ist stets der Vorschlag gemeint.

²³ Beim unüberwindbaren Hindernis auf Schadensersatzebene (unter welchen Umständen soll der Schuldner für seine Nichtleistung haften müssen?); beim überwindbaren Hindernis auf Erfüllungsebene (unter welchen Umständen kann dem Schuldner zugemutet werden, das Hindernis zu überwinden?).

muss, ein überwindbares Hindernis tatsächlich zu überwinden und dementsprechend in natura zu leisten (§§ 4 und 5).

Der zweite Teil dieser Arbeit widmet sich einzelnen Erscheinungsformen von Leistungshindernissen und ihren jeweiligen Besonderheiten: gläubigerverursachte Hindernisse (§ 6), Zweckstörungen (§ 7), partiell wirkende Hindernisse (§ 8), Hindernisse bei vertretbaren Sachen, (§ 9) zeitlich beschränkte Hindernisse (§ 10) sowie den Zeitablauf als Hindernis (§ 11).

2. Innere Zweiteilung

Eine weitere Zweiteilung durchzieht gewissermaßen sämtliche Teile dieser Arbeit: Betrachtet werden sowohl das BGB als auch das CESL. Der Zweck dieser Doppelbetrachtung erschöpft sich nicht in einem wertungsneutralen Vergleich. Vielmehr soll durchaus auch eine Bewertung das Ziel der Arbeit sein: Welches Regelwerk schafft es besser, die sich stellenden Probleme in den Griff zu bekommen? Welches Regelwerk trifft die nachvollziehbareren, konsistenteren, ja: angemesseneren Wertentscheidungen?

Vor allem aber ist es Ziel der Arbeit zu untersuchen, inwieweit Antworten, die ein Regelwerk gibt, auf das jeweils andere Regelwerk übertragen werden können. Zumeist wird es dabei zugegebenermaßen um die Frage einer Übertragbarkeit deutscher Gedanken/Erfahrungen/Problemlösungen auf die europäische Ebene – sprich: das CESL – gehen. Das ergibt sich aus der Natur der Sache: Die gesetzlichen Regelungen lassen viele (Detail-) Fragen offen, zu deren Beantwortung der Rechtsanwender – vor allem natürlich: die Rechtsprechung – berufen ist. Eine solche Rechtsprechung existiert zum BGB in fast schon erdrückendem Maße; zum CESL, das noch nicht einmal in Kraft ist, existiert sie selbstverständlich nicht.

Dennoch wird sich zeigen, dass durchaus auch einmal das CESL Einfluss auf die Auslegung des BGB haben kann, nämlich dann, wenn sich zeigt, dass die dort normierte Regelung dem Problem in angemessenerer Weise Rechnung trägt, als die BGB-Regelung es tut – bzw. genauer: als die BGB-Regelung *in Gestalt ihrer herkömmlichen Auslegung* es tut. Ein Einfluss des CESL auf das BGB ist nur dort möglich, wo das BGB selbst keine eindeutig andere Regelung trifft, wo es also einer Auslegung zugänglich ist. Dort, wo dies nicht der Fall ist, bleibt lediglich Raum für Verbesserungsvorschläge *de lege ferenda*.

Die Doppelbetrachtung folgt keinem einheitlichen Aufbau; vielmehr richten sich Art und Reihenfolge der Darstellung danach, was hinsichtlich der konkret untersuchten Thematik sinnvoll erscheint. Eine entscheidende Rolle spielt dabei der Umstand, ob die betreffende CESL-Regelung sich an einer Vorbildvorschrift im CISG orientiert oder nicht. Tut sie es, kann zu ihrer Darstellung – jedenfalls grundsätzlich – auf Rechtsprechung und Literatur zum CISG zu-

rückgegriffen werden.²⁴ Dann erscheint es zumeist sinnvoll, mit einer Darstellung der CESL-Regelung zu beginnen und die BGB-Regelung anschließend in unmittelbar vergleichender Weise gegenüberzustellen. Tut sie es nicht, fehlt es regelmäßig an Grundlagen für eine detaillierte Darstellung der CESL-Vorschrift. Dann bietet es sich an, zunächst die BGB-Regelung zu untersuchen und anschließend zu fragen, ob und inwieweit die gefundenen Ergebnisse auf das CESL übertragen werden können. Mitunter erscheint es auch sinnvoll, beide Vorschriften parallel zu untersuchen, etwa dann, wenn sich die Regelungen weitgehend ähneln und Unterschiede dementsprechend nur im Detail bestehen.

Der Vergleich mit dem CESL bringt es mit sich, dass auch bei der Darstellung des BGB der Fokus im Wesentlichen auf solchen Hindernissen liegen soll, die im Rahmen von Kaufverträgen auftreten. Besonderheiten, die sich beispielsweise im Werk- oder Dienstvertragsrecht ergeben, werden lediglich vereinzelt einmal aufgegriffen, nämlich dann, wenn dies dem allgemeinen Verständnis zuträglich erscheint.

Terminologisch bereitet der Vergleich insofern Schwierigkeiten, als der CESL oftmals andere Begrifflichkeiten verwendet als das BGB: Nichterfüllung statt Pflichtverletzung, Vertragsaufhebung statt Rücktritt usw. Neutrale Oberbegriffe lassen sich oftmals nur schwerlich finden; davon abgesehen erscheint es der Verständlichkeit wenig zuträglich, den beiden gesetzlich genutzten Begriffen noch einen dritten (Ober-) Begriff hinzuzufügen. Im Folgenden werden die jeweiligen Begriffe aus BGB und CESL daher synonym verwendet.

3. Die zwei weiteren Teile dieser Einleitung

Bevor jener mehrfach zweigeteilte Hauptteil beginnen kann, sind im Rahmen dieser Einleitung einige Grundlagen zu klären – wiederum in zwei Teilen: Zunächst erscheint es notwendig, in aller gebotenen Kürze einen allgemeinen Überblick über das Leistungsstörungenrecht des CESL zu geben. Es dürfte den meisten deutschen Juristen kaum vertraut sein. Das Gegenteil gilt für das deutsche Leistungsstörungenrecht, weswegen sich hier ein Überblick erübrigt.

Anschließend werden – gewissermaßen auf der nächst konkreteren Stufe – diejenigen Vorschriften einzeln und in ihrem Zusammenspiel vorgestellt, die konkret die Auswirkungen von Leistungshindernissen betreffen. Hier sollen auch all diejenigen Aspekte behandelt werden, die im Rahmen der detaillierten Untersuchungen des Hauptteils keinen Raum finden.

²⁴ Lorenz, AcP 212 (2012) 702, 710; Grundmann, RabelsZ 75 (2011) 882, 901 und 927; zurückhaltend Riesenhuber/Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 39.

B. Das Leistungsstörungenrecht des CESL im vergleichenden Überblick

I. Einführung und Terminologisches

Zum Leistungsstörungenrecht des BGB existiert eine unüberschaubare Vielzahl an Darstellungen in jeder erdenklichen Intensität – vom groben Überblick bis zur detaillierten Analyse. Ihnen eine weitere Kurzdarstellung anzufügen, verspricht keinen Nutzen und soll daher unterbleiben. Die BGB-Regelungen sollen vielmehr nur als Vergleichsobjekt für die Regelungen des CESL erhalten, die sich einer deutlich geringeren allgemeinen Bekanntheit erfreuen und daher im Folgenden kurz dargestellt werden sollen – allerdings nur insoweit, wie sich Unterschiede zum BGB ergeben. Das allerdings ist nur in recht eingeschränktem Maße der Fall, was daran liegt, dass die beiden Regelungswerke (hinsichtlich ihres Leistungsstörungenrechts) mit dem CISG ein gemeinsames Vorbild teilen.²⁵

Die Grundlage aller Leistungsstörungenrechtsbehelfe ist hier wie dort dieselbe; sie heißt nur unterschiedlich: Während das BGB an eine „Pflichtverletzung“ des Schuldners anknüpft, verwendet das CESL den Begriff der „Nichterfüllung“. Dieser Begriff nicht mit dem der Nichtleistung verwechselt werden. Letzterer umfasst nur das (endgültige) Ausbleiben der Leistung, ersterer hingegen – wie Art. 87 Abs. 1 CESL ausdrücklich klarstellt – auch die Leistungsverzögerung und die Schlechtleistung.

Ein weiterer terminologischer Unterschied besteht darin, dass das CESL „Abhilfen“ nennt, was im BGB als „Rechte“ bezeichnet wird. Hier wie dort findet sich eine Auflistung aller Rechte respektive Abhilfen in einer Art Verteilernorm: § 437 im BGB und Art. 106 Abs. 1 im CESL.

II. Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf

Die Liste der Abhilfen ist im CESL länger als im BGB; sie enthält zwei Abhilfen mehr: zum einen das Zurückbehaltungsrecht, das im BGB schlicht keine Aufnahme in die Liste gefunden hat, und zum anderen die (Natural-) Erfüllung. Im CESL stellt der Erfüllungsanspruch nicht – wie im BGB – die Kehrseite

²⁵ Zur Vorbildfunktion des CISG für die Schuldrechtsreform siehe nur Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 86; BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 26; Huber, in: FS Konzen, S. 331; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rn. 10; *Herresthal*, in: Schulze/Zoll, *The Law of Obligations in Europe*, S. 193 ff.; vgl. auch *Grundmann*, AcP 202 (2002) 40. Zur Vorbildfunktion des CISG für die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie *Staudenmayer*, NJW 1999, 2393; *Pfeiffer*, ZGS 2002, 23, 24.

der Erfüllungspflicht dar, sondern hat technisch den Charakter einer Abhilfe.²⁶ Er steht damit auf einer Stufe mit Rücktritt und Schadensersatzanspruch. Im CESL verbietet es sich mithin, den Anspruch auf Erfüllung als Primäranspruch und diejenigen auf Schadensersatz oder Rückgewähr als Sekundäransprüche zu bezeichnen.

Konsequenz dieser Einordnung des Erfüllungsanspruchs ist es streng genommen, dass er nicht von vornherein besteht: Voraussetzung ist eine Nichterfüllung durch den Schuldner. Das mag für die Ohren eines deutschen Juristen zwar ungewöhnlich klingen. Es hat jedoch einen entscheidenden Vorteil, auf den später zurückzukommen sein wird:²⁷ Ein Wegfall des Anspruchs, etwa wegen Unmöglichkeit der Leistung, lässt die zugrundeliegende Erfüllungspflicht unberührt. Sie – bzw. genauer: ihre Nichterfüllung – kann damit unproblematisch zur Grundlage der anderen Abhilfen, insbesondere natürlich eines Schadensersatzanspruchs, werden.

III. Kein automatischer Wegfall des Gegenleistungsanspruchs

Gewissermaßen als mittelbare Folge dessen, dass der Erfüllungsanspruch „nur“ eine Abhilfe darstellt, lässt sich eine weitere Besonderheit des CESL im Vergleich zum BGB begreifen: Ein Wegfall des Erfüllungsanspruchs führt nicht ipso iure dazu, dass auch der Anspruch des Schuldners auf die (oder richtiger: die Pflicht des Gläubigers zur Erbringung der²⁸) Gegenleistung erlischt; eine dem § 326 Abs. 1 BGB entsprechende Regelung fehlt im CESL.²⁹ Selbstverständlich steht der Gläubiger nicht schutzlos: Er kann vom Vertrag zurücktreten und so seine Gegenleistungspflicht zum Erlöschen bringen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der DCFR noch eine Regelung zum automatischen Erlöschen der Gegenleistung enthält – allerdings nicht für alle Fälle einer Unmöglichkeit der Sachleistung, sondern nur für die „entschuldigten“, also diejenigen, in denen die Unmöglichkeit auf einem Hindernis beruht, dass außerhalb des schuldnerischen Einflussbereichs einzuordnen ist und das der Schuldner weder vorhersehen noch vermeiden oder überwinden konnte. Nach Art. III.-3:104 Abs. 4 DCFR erlischt³⁰ dann, wenn jenes

²⁶ Dasselbe gilt im CISG; vgl. dessen Art. 45 Abs. 1 lit. a und Art. 46 Abs. 1.

²⁷ Siehe unten C. I. 2. d) aa).

²⁸ Auch für die Gegenleistung gilt, dass der Erfüllungsanspruch eine bloße Abhilfe darstellt und dementsprechend eine Nichterfüllung voraussetzt.

²⁹ Dasselbe gilt für das CISG, wobei dort auch der Wegfall des Erfüllungsanspruchs als solcher zumindest keine ausdrückliche Regelung erfahren hat; vgl. hierzu BeckOGK/Bach, Art. 79 Rn. 62 ff.

³⁰ Englisch: „... the obligation is extinguished“.

entschuldigte Hindernis dauerhaft ist, sowohl die Leistungs- (S. 1) als auch die Gegenleistungspflicht (S. 2). Zwar hat die Entschuldigungsregel als solche Einzug in das CESL erhalten (Art. 88),³¹ nicht aber die konkrete Rechtsfolge eines Ipso-iure-Erlöschens der Gegenleistungspflicht.

Im Comment wird die Regelung wie folgt begründet:

„The main reason for making extinction automatic in this situation, rather than leaving the matter to the rules on termination by notice for non-performance, is that it would be unnecessary and unrealistic to require the creditor to terminate by notice. It could also be pernicious. Notice of termination for non-performance must be given within a reasonable time. If it is not, the creditor loses the right to terminate. However, this would result in an unfortunate situation in the case of a permanent excusing impediment. The obligation could never be performed and could never be terminated. It would continue to exist in a sort of ghostly state.“³²

Mit anderen Worten: Ein Gläubiger, der endgültig keine Erfüllung mehr verlangen kann, soll nach dem DCFR nicht aktiv werden müssen, um den Vertrag zu beenden. Vor allem soll er nicht an eine bestimmte (kurze!) Frist zur Vertragsbeendigung gebunden sein.

Dieses Problem besteht im CESL freilich im Normalfall, in dem das Hindernis die Leistung als Ganzes verhindert, ohnehin nicht. In diesem Fall ist das Rücktrittsrecht gem. Art. 119 Abs. 2 lit. b) CESL nicht zeitlich befristet. Ein automatisches Erlöschen hülfe dem Gläubiger also nur in den Fällen, in denen das Hindernis den Schuldner zu einer Schlechtleistung zwingt (sei es weil es einen unbehebaren Mangel verursacht, sei es, weil es die Beseitigung eines bestehenden Mangels verhindert). Gerade in diesem Fall aber führt das automatische Erlöschen von Leistungs- und Gegenleistungspflicht zu einem Problem: Dem Gläubiger wird die Möglichkeit genommen, Lieferung der mangelhaften Sache zu verlangen und anschließend den Kaufpreis zu mindern. Dieses Problem lässt sich freilich wohl im Wege der Auslegung beheben, nämlich indem man davon ausgeht, dass die Leistungspflicht des Schuldners nur partiell in dem Umfang erlischt, wie die Entschuldigung reicht. Wird der Schuldner nur in entschuldigender Weise an einer mangelfreien Lieferung gehindert, so bleibt die Pflicht zur mangelhaften Lieferung bestehen und es bleibt dem Gläubiger überlassen, ob er auch sie im Wege des Rücktritts entfallen lässt oder nicht.³³ Interpretiert man Art. III.-3:104 Abs. 4 S. 1 DCFR in diesem Sinne, muss dies natürlich auch für S. 2, also für die Gegenleistungspflicht gelten: Auch sie erlischt nur partiell; es kommt also de facto nicht zu einem Ipso-iure-Rücktritt, sondern zu einer Ipso-iure-Minderung.

³¹ Siehe hierzu unten V. 1.

³² Official Comment, Art. III.-3:104, sub D.

³³ Siehe zur Behandlung partieller Leistungshindernisse ausführlich unten § 8.

Wägt man die geltend gemachten Vorteile der DCFR-Regelung mit den genannten Nachteilen ab, erscheint es vorzugswürdig, auf sie zu verzichten. Die Entscheidung, die Regelung nicht in das CESL zu übernehmen, ist daher zu begrüßen.³⁴

IV. Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts

1. Einführung

Der Gläubiger muss also selbst aktiv werden und den Rücktritt erklären. Ein Recht dazu steht ihm freilich stets zu, wenn der Schuldner seiner Leistungspflicht unmöglichkeitsbedingt nicht nachkommen kann; die Voraussetzungen, die sich in den Art. 114 ff. CESL finden, sind erfüllt. Im Allgemeinen unterscheiden sich die Rücktrittsvoraussetzungen allerdings von denen, die das BGB in § 323 aufstellt; sie ähneln eher denjenigen des CISG (Art. 49) und der PICC (Art. 7.3.1). Grundsätzlich steht dem Gläubiger in zwei Fällen ein Rücktrittsrecht zu: nach Art. 114 CESL dann, wenn die Nichterfüllung des Schuldners wesentlich (Abs. 1) bzw. nicht unerheblich (Abs. 2) ist, und nach Art. 115 CESL dann, wenn eine vom Gläubiger gesetzte angemessene Nachfrist erfolglos abgelaufen ist.

2. Wesentliche Nichterfüllung, Art. 114 Abs. 1 CESL

a) Wesentlichkeit der Nichterfüllung nach Art. 87 Abs. 2 CESL

Art. 114 Abs. 1 CESL verlangt für ein Rücktrittsrecht des Käufers, dass die Nichterfüllung des Verkäufers „wesentlich“ sein muss. Wann sie das ist, wird in Art. 87 Abs. 2 CESL näher definiert. Sie ist es in zwei Fällen: erstens dann, wenn sie dem Gläubiger „einen erheblichen Teil dessen vorenthält, was [er] nach dem Vertrag erwarten durfte“ und der Schuldner dies auch vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können (lit. a); zweitens dann, wenn „sie klar erkennen lässt, dass sich [der Gläubiger] nicht auf die künftige Erfüllung durch [den Schuldner] verlassen kann“ (lit. b).

Die erstgenannte Formulierung entspricht weitgehend derjenigen, die das CISG in Art. 25 verwendet, vermeidet aber die zumindest in der (nicht offiziellen) deutschen CISG-Fassung³⁵ anzutreffende Definition idem per idem: Dort wird eine Vertragsverletzung des Schuldners dann als „wesentlich“ qualifiziert, wenn dem Gläubiger „im Wesentlichen“ entgeht, was er nach dem Ver-

³⁴ Krit. gegenüber der Regelung im DCFR bereits *Schwenzer/Hachem*, Journal of European Law Reform 2010, 459, 464 f.

³⁵ In der (offiziellen) englischen Fassung heißt es: „... if it results in such detriment to [the creditor] as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract...“

trag hätte erwarten dürfen (freilich vermag die bloß terminologische Umstellung auf den Begriff „erheblich“ den Vorwurf des idem per idem nicht nachhaltig zu beseitigen). Mit der Frage, wie diese Formulierung durch Auslegung zu konkretisieren ist, haben sich sowohl die Rechtsprechung³⁶ als auch die Literatur³⁷ schon hinlänglich beschäftigt; sie soll an dieser Stelle nicht vertieft werden.

Auch das zweitgenannte Kriterium des Vertrauensverlusts findet sich im CISG, wenngleich nicht unmittelbar in der Vorbildvorschrift des Art. 25 CISG, sondern – gewissermaßen ausgelagert – in der Vorschrift zum antizipierten Vertragsbruch (Art. 73 Abs. 2 CISG). Nur für diesen Fall erlangt es auch im CESL Bedeutung. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang ein Unterschied im Vergleich zum DCFR: Dort genügt ein Vertrauensverlust nur dann, wenn das Verhalten des Schuldners „intentional or reckless“, also vorsätzlich oder rücksichtslos, war. Diese Einschränkung nicht ins CESL zu übernehmen, war m.E. richtig: Lässt beispielsweise ein Mangel an der ersten von mehreren vereinbarten Lieferungen erkennen, dass dem Verkäufer schlicht das technische know how für den Auftrag fehlt, so muss dies als Grund für einen Rücktritt des Käufers genügen – auch und gerade dann, wenn dem Verkäufer weder Vorsatz noch Rücksichtslosigkeit vorgeworfen werden kann.³⁸

b) Vergleich mit anderen Regelungswerken

Dass sich das CESL auf die Benennung dieser beiden Kriterien (erhebliche Vorenthaltung und Vertrauensverlust) beschränkt, verwundert insofern, als jüngere Regelungswerke – wie insbesondere die PICC – dazu übergegangen sind, deutlich mehr Kriterien zu benennen. Art. 7.3.1 Abs. 2 PICC stellt klar, dass auch dann von einer wesentlichen Nichterfüllung auszugehen ist, wenn sich aus dem Vertrag ergibt, dass eine strikte Befolgung der verletzten Pflicht wesentlich sein

³⁶ BGH, 3.4.1996 – VIII ZR 51/95, BGHZ 132, 290, 297; BGH, 24.9. 2014 – VIII ZR 394/12, NJW 2015, 867.

³⁷ *Babiak*, Defining „Fundamental Breach“ Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 6 Temple International and Comparative Law Journal (1992) 113; *Ferrari*, Fundamental Breach Under the UN Sales Convention: 25 Years of Article 25 CISG, 25 Journal of Law and Commerce (2006) 489; *Graffi*, Case Law on the Concept of „Fundamental Breach“ in the Vienna Sales Convention, 3 Revue de droit des affaires internationaux (2003) 338; *Koch*, The Concept of Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (1998) 177; *Magnus*, The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases, 25 Journal of Law and Commerce (2006) 423; *Mullis*, Avoidance for breach under the Vienna Convention; a critical analysis of some of the early cases, in: Andreas/Jarborg (eds), Anglo-Swedish Studies in Law (1998), S. 326; *Schlechtriem*, Subsequent Performance and Delivery Deadlines- Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods, 18 Pace International Law Review (2006) 82; *Schwenzer*, Avoidance of the Contract in Case of Non-Conforming Goods (Article 49(1)(a) CISG), 25 Journal of Law and Commerce (2006) 437.

³⁸ Vgl. hierzu Vogenauer/*Huber*, Art. 7.3.1 PICC Rn. 50.

soll (lit b)³⁹ oder wenn die Nichterfüllung vorsätzlich oder rücksichtslos erfolgte (lit. c)⁴⁰. Zudem stellt die Vorschrift auch ein negatives Kriterium auf: Es muss berücksichtigt werden, ob der Schuldner durch einen Rücktritt des Gläubigers einen unverhältnismäßigen Verlust erleiden würde (lit. e).⁴¹

Bereits im DCFR hatten diese zusätzlichen Kriterien keine Aufnahme in die entsprechende Vorschrift (Art. III.-3:502 Abs. 2) gefunden. Dieser Umstand lässt allerdings zwei verschiedene Deutungen zu: einerseits eine Deutung dahingehend, dass das Kriterium als unsachgemäß angesehen wurde, und andererseits die – exakt gegenteilige – Deutung dahingehend, dass das betreffende Kriterium als selbstverständlich erachtet und deshalb auf eine ausdrückliche Nennung verzichtet wurde.

Für das Kriterium der vertraglichen Festlegung des Wesentlichen dürfte die letztgenannte Deutung richtig sein. So geht aus dem Official Comment zum DCFR hervor, dass es im DCFR durchaus eine Rolle spielt, ob sich aus dem Vertrag ergibt, dass eine strikte Befolgung der verletzten Pflicht im Vertrag wesentlich ist. Denn für die im Rahmen von Art. III.-3:502 Abs. 2 lit. a zu beantwortende Frage, was der Gläubiger erwarten dürfe, seien selbstverständlich in erster Linie die Natur und die konkreten Vereinbarungen des Vertrags zu berücksichtigen: „If [the contract] provides for strict compliance with certain provisions then the creditor is entitled to expect such strict compliance.“⁴²

Demgegenüber scheinen die Verfasser des DCFR die übrigen beiden Kriterien in der Tat für unsachgemäß gehalten zu haben. Ob der Schuldner vorsätzlich oder rücksichtslos gehandelt hat, hält der DCFR zwar durchaus für relevant – allerdings nur im Zusammenhang mit einem Vertrauensverlust des Gläubigers. Hieraus lässt sich folgern, dass das Kriterium ansonsten keine Bedeutung haben soll. Dahinter steht wohl der Gedanke, dass die Wesentlichkeit einer Pflichtverletzung ausschließlich aus der Sicht des Gläubigers beurteilt werden muss. Ob der Schuldner vorsätzlich, fahrlässig oder sogar schuldlos handelte, spielt für den Gläubiger aber in der Regel keine Rolle (außer eben hinsichtlich der Frage, ob er weiter auf eine Leistung des Schuldners vertrauen kann).

Dieser beschränkte Blickwinkel auf die Wesentlichkeit der Nichterfüllung hat dann freilich auch zur Folge, dass drohende Verluste für den Schuldner ebenfalls unberücksichtigt bleiben müssen. Dementsprechend ist auch der Verzicht des DCFR auf dieses Kriterium in dem Sinne zu deuten, dass es als unsachgemäß eingestuft wird.

³⁹ „...strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract“.

⁴⁰ „...the non-performance is intentional or reckless“.

⁴¹ „...the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated“.

⁴² Official Comment to the DCFR, Art. III.-3:502, sub. B.

3. Nicht unerheblicher Mangel beim Verbrauchsgüterkauf, Art. 114 Abs. 2 CESL

Von dem Grundsatz, dass die Nichterfüllung des Verkäufers wesentlich gewesen sein muss, um ein Rücktrittsrecht des Käufers zu begründen, statuiert Art. 114 Abs. 2 CESL eine Ausnahme für den Verbraucherkaufvertrag: Im Fall einer Schlechtleistung genügt es, wenn der Mangel nicht unerheblich ist. Wann er das ist, wird nicht näher definiert; eine dem Art. 87 Abs. 2 CESL entsprechende Vorschrift fehlt.

Aus der bloßen Existenz der Ausnahme wird man aber abzuleiten haben, dass eine andere Grenze gelten muss, als diejenige des Art. 87 Abs. 2 CESL. Die Schwelle, ab der ein Mangel nicht mehr als unerheblich anzusehen ist, muss tiefer liegen als diejenige, ab der er als wesentlich einzustufen ist. Es gibt also Mängel, die zwar erheblich sind, aber nicht wesentlich. Das mag den Linguisten verwundern; der Jurist hat es hinzunehmen.⁴³

Im BGB findet sich eine entsprechende Voraussetzung in § 323 Abs. 5 S. 2. Hierzu hat der BGH jüngst entschieden, dass „bei einem behebbaren Mangel [...] von einer Geringfügigkeit des Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gem. § 323 V 2 BGB jedenfalls in der Regel nicht mehr auszugehen [sei], wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von 5 % des Kaufpreises übersteigt“.⁴⁴

Ob sich diese Rechtsprechung auf den CESL übertragen lässt, erscheint jedoch auf den ersten Blick zweifelhaft. Im BGB handelt es sich gewissermaßen um ein Korrektiv: Voraussetzung für einen Rücktritt ist gem. § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich der fruchtlose Ablauf einer angemessenen Nachfrist. Für den Fall, dass diese Voraussetzung erfüllt ist, bestimmt § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, dass ein Rücktritt dennoch ausscheidet, wenn der Mangel unerheblich war. Dieses Korrektiv kann und muss eng ausgelegt werden.

Demgegenüber stellt das Erheblichkeitserfordernis in Art. 114 Abs. 2 CESL trotz seiner negativen Formulierung eine echte Voraussetzung dar: Eine andere Voraussetzung gibt es nämlich nicht. Der Verbraucher muss gerade keine Nachfrist setzen. Vor diesem Hintergrund scheint es nahe zu liegen, eine Erheblichkeit des Mangels hier an strengere Kriterien zu knüpfen als i.R.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

Bei näherer Betrachtung muss dieser erste Eindruck jedoch revidiert werden. Es ist nämlich nicht nur so, dass der Gläubiger keine Frist zu setzen *braucht*, um ein Rücktrittsrecht zu begründen; er kann es auch nicht: Die Alternative der

⁴³ Auch der Linguist wird sich freilich weniger wundern, wenn er die englische Terminologie betrachtet: Dort heißt es in Abs. 1 „fundamental“ und in Abs. 2 „insignificant“.

⁴⁴ BGH, 28.5.2014 – VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229, Ls. 2; vgl. ferner BGH, 29.6.2011 – VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872, Rn. 19 (Unerheblichkeit bei Aufwand i.H.v. 1 % des Kaufpreises).

Nachfristsetzung nach Art. 115 CESL besteht nur in Fällen einer Nichtleistung, also nicht in Fällen der Schlechtleistung. Bei unerheblichen Schlechtleistungen steht dem Schuldner also überhaupt kein Rücktrittsrecht zur Verfügung. Eine allzu strenge Auslegung des Erheblichkeitserfordernisses verbietet sich daher; sie würde das Rücktrittsrecht weitgehend aushöhlen. Letztlich erscheint die vom BGH zum deutschen Recht postulierte 5-%-Grenze daher auch im CESL angemessen, wohlgemerkt auch hier nur für behebbare Mängel.

Bei unbehebbar Mängeln ergibt sich schon aus der Natur der Sache, dass nicht auf einen „Mängelbeseitigungsaufwand“ abgestellt werden kann. Dies bedeutet allerdings nicht zwingend, dass hier jegliche Mängel als erheblich einzustufen sind.⁴⁵ Vielmehr muss eine andere Größe als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, wie etwa der mangelbedingte Minderwert der gelieferten Sache. Auf ihn stellt m.E. letztlich auch der BGH im Rahmen von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ab, wenn er formuliert, dass es bei unbehebbar Mängeln entscheidend auf „das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung“ ankomme.⁴⁶ Jenes Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung ist regelmäßig seinerseits das entscheidende Kriterium für den mangelbedingten Minderwert einer Sache.⁴⁷ Damit die Interessen des Käufers nicht zu sehr beschränkt werden, erscheint es geboten, die Erheblichkeitsschwelle vergleichsweise niedrig anzusetzen, z.B. bei einem oder zwei Prozent des Werts der mangelfreien Sache.

Außerdem müssen besondere subjektive Interessen des Käufers Berücksichtigung finden: Sind sie von dem Mangel betroffen, muss eine Erheblichkeit auch dann angenommen werden, wenn der mangelbedingte Minderwert weniger als 1 % des Werts der mangelfreien Sache ausmacht. Auf ein solches besonderes Interesse des Käufers kann beispielsweise der Umstand hindeuten, dass die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben oder der Verkäufer gar eine Garantie übernommen hat.⁴⁸

4. Erfolgreiche Fristsetzung, Art. 115 CESL

Wie angerissen stellt das CESL dem Gläubiger auch im Fall einer unwesentlichen Nichterfüllung einen Weg zum Rücktritt zur Verfügung – allerdings nur für den Fall einer verspäteten Leistung (also nicht für den Fall einer Schlechtleistung). Art. 115 Abs. 1 CESL normiert: „Ein Käufer kann im Fall einer verspäteten Lieferung, die nicht als solche als wesentlich anzusehen ist, den Vertrag

⁴⁵ So aber zu § 323 Abs. 5 S. 2 BeckOK/Schmidt, § 323 Rn. 39.

⁴⁶ BGH, 29.6.2011 – VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn. 19.

⁴⁷ Selbstverständlich genügt unter Umständen auch eine ästhetische Beeinträchtigung für eine Wertminderung der Sache; in solch einem Fall dürfte der BGH aber wohl auch sie für entscheidend halten.

⁴⁸ Ebenso zum deutschen § 323 Abs. 5 S. 2 BGB: BGH, 6.2.2013 – VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365, Rn. 16; BGH, 17. 2. 2010 – VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289 Rn. 23.

beenden, wenn er dem Verkäufer in einer Mitteilung eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung setzt und der Verkäufer nicht innerhalb dieser Frist erfüllt.“

Das entspricht weitgehend der deutschen Regelung in § 323 Abs. 1 BGB. Zwei Unterschiede sind jedoch zu nennen. Erstens enthält Art. 115 Abs. 2 CESL eine Bestimmung, wonach eine Nachfrist automatisch als angemessen gilt, „wenn der Verkäufer ihr nicht unverzüglich widerspricht“. Aus dieser Regelung wird in der Literatur gefolgert, dass dann, wenn der Verkäufer widerspricht, keine Heilung der zu kurz gesetzten Frist in Betracht kommt: Es läuft also nicht – wie der BGH dies für das BGB annimmt⁴⁹ – automatisch eine angemessene Frist.⁵⁰ Zweitens enthält Art. 115 CESL keine Regelungen zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Das erklärt sich indes damit, dass ein Rücktritt im CESL gänzlich ohne Fristsetzung möglich ist – nämlich nach Art. 114 CESL, wenn die Nichterfüllung wesentlich ist. In denjenigen Fällen, in denen § 323 Abs. 2 BGB eine Fristsetzung für entbehrlich erklärt, wird man stets von solch einer wesentlichen Nichterfüllung ausgehen können.

Bemerkenswert ist ferner, dass Art. 115 Abs. 3 CESL es dem Käufer ermöglicht, mit der Nachfristsetzung eine – aufschiebend bedingte – Rücktrittserklärung für den Fall zu verbinden, dass der Verkäufer nicht innerhalb der gesetzten Frist leistet. Darin liegt jedoch kein inhaltlicher Unterschied zum BGB. Zwar geht die ganz h.M. zu BGB davon aus, dass eine Rücktrittserklärung grundsätzlich nicht an eine Bedingung geknüpft werden darf. Dies soll jedoch nicht für bloße Potestativbedingungen gelten, für Bedingungen also, deren Eintritt nur vom Willen des Erklärungsgegners abhängt.⁵¹ Eine Rücktrittserklärung, die an den erfolglosen Ablauf einer Nachfrist anknüpft, stelle eine solche Potestativbedingung dar und sei dementsprechend zulässig.⁵²

5. Zeitliche Beschränkung des Rücktrittsrechts

Gem. Art. 119 Abs. 1 CESL muss der Käufer das Rücktrittsrecht innerhalb einer angemessenen Frist ausüben. Die Frist beginnt dabei mit der Entstehung des Rücktrittsrechts zu laufen, sofern der Käufer davon Kenntnis hat oder haben muss. Anderenfalls ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem er Kenntnis erlangt oder erlangen muss.

Allerdings gilt diese zeitliche Befristung des Rücktrittsrechts gem. Art. 119 Abs. 2 CESL dann nicht, wenn es sich beim Käufer um einen Verbraucher handelt (lit. a) oder wenn keine Leistung angeboten wurde (lit. b). Während die erste

⁴⁹ BGH, 12. 8. 2009 – VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153, Rn. 12; ebenso bereits für das alte Schuldrecht: BGH, 21.6.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640.

⁵⁰ Schulze/Zoll, Art. 115 Rn. 8.

⁵¹ Allgemein BGH, 21.3.1986 – V ZR 23/85, Z 97, 264, 267 = NJW 2245, 2246; Staudinger/Kaiser, § 349 Rn. 36.

⁵² Staudinger/Kaiser, § 349 Rn. 36; implizit auch BGH, 10.2.1982, VII ZR 271/81, NJW 1982, 1279, 1280; BGH, 17. 1. 1979 – VIII ZR 304/77, NJW 1979, 762.

Einschränkung auf einer besonders hohen Schutzwürdigkeit des Käufers (Verbraucher!) beruht, fußt die zweite Einschränkung auf einer besonders geringen Schutzwürdigkeit des Verkäufers: Ein Verkäufer weiß in der Regel, ob er bereits geliefert hat oder nicht; er weiß aber oftmals nicht, ob die gelieferte Sache einen Mangel hat.⁵³ Diese Wertung scheint in diametralem Gegensatz zu derjenigen des BGB zu stehen: Dort setzt der Anspruch auf Ersatz eines Betriebsausfallschaden dann, wenn der Verkäufer gar nicht geleistet hat, eine Mahnung seitens des Käufers voraus (§ 286 Abs. 1 BGB). Im Fall einer mangelhaften Leistung soll § 286 BGB jedoch keine Anwendung finden, der Schadensersatzanspruch vielmehr ausschließlich nach (§ 437 Nr. 3 i.V.m.) § 280 Abs. 1 BGB zu beurteilen sein;⁵⁴ eine Mahnung ist dementsprechend nicht erforderlich. Allerdings wird man auch im Fall einer mangelhaften Leistung zumindest fordern müssen, dass der Käufer den Verkäufer auf den Mangel hinweist: Tut er es nicht, trägt er ein (weit überwiegendes) Mitverschulden an der Verzögerung der Nacherfüllung; sein Schadensersatzanspruch ist dann nach § 254 BGB ausgeschlossen.

6. Zusammenfassung

Die Unterschiede zwischen BGB und CESL lassen sich wie folgt zusammenfassen: Im BGB setzt ein Rücktrittsrecht grundsätzlich den erfolglosen Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Frist voraus. Im Fall einer Schlechtleistung kommt eine weitere Voraussetzung hinzu: der Mangel darf nicht unerheblich sein. Im CESL besteht ein Rücktrittsrecht dann, wenn die Nichterfüllung (also die Nicht- oder die Schlechtleistung) wesentlich (bzw. nicht unerheblich) ist. Im Fall einer Nichtleistung kommt (keine weitere Voraussetzung, sondern) eine zusätzliche Rücktrittsmöglichkeit hinzu: der erfolglose Ablauf einer vom Käufer gesetzten angemessenen Nachfrist.

Ist der Käufer kein Verbraucher verlangt das CESL im Fall einer Schlechtleistung von ihm, den Rücktritt innerhalb einer angemessenen Frist zu erklären. Im BGB läuft nur die Verjährungsfrist nach § 438 BGB.

⁵³ Vgl. Schulze/Zoll, Art. 119 Rn. 2.

⁵⁴ BGH, 19.6.2009 – V ZR 93/08, Z 181, 317 = NJW 2009, 2674, Rn. 12 ff.; Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 225; *Huber/Bach*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 1, Rn. 195; *Kaiser*, FS Westermann, S. 361 ff.; a.A. *Faust*, in: *Huber/Faust*, Kap. 3, Rn. 223; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 754 f.; *Oechsler*, NJW 2004, 1825, 1828; *Teichmann/Weidmann*, in: FS Hadding, S. 300 f.

V. Voraussetzungen und Umfang eines Schadensersatzanspruchs

1. Entschuldigung

Die von Art. 159 Abs. 1 CESL normierten Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs sind auf den ersten Blick weitgehend mit denjenigen identisch, die § 280 Abs. 1 BGB enthält: Positive Voraussetzung ist eine Nichterfüllung, negative Voraussetzung ist, dass jene Nichterfüllung nicht entschuldigt sein darf. Die Frage, unter welchen Umständen von einer Entschuldigung auszugehen ist, beantwortet Art. 88 CESL allerdings anders, als § 276 BGB es tut: Die Nichterfüllung muss auf einem Hindernis beruhen, das nicht der Risikosphäre des Schuldners zuzuordnen ist und das der Schuldner weder vorhersehen noch vermeiden oder überwinden konnte bzw. musste. Dies entspricht der Regelung in Art. 79 CISG.

Eine ausführliche Untersuchung der Entschuldigung nach Art. 88 CESL wird Gegenstand von § 2 sein, genauso wie ein Vergleich mit dem Begriff des Vertretenmüssens, den das BGB in § 280 Abs. 1 S. 2 verwendet und in § 276 definiert. An dieser Stelle mag daher die grobe Feststellung genügen, dass derjenige Schuldner, der ein Hindernis nach deutscher Terminologie „nicht zu vertreten hat“, nicht notwendigerweise als „entschuldigt“ i.S.d. Art. 88 CESL gilt. Das CESL gewährt dem Gläubiger also unter großzügigeren Voraussetzungen einen Schadensersatzanspruch als das BGB.

2. Beschränkung der Ersatzfähigkeit auf vorhersehbare Schäden

Auf der nächsten Ebene enthält das CESL dann jedoch eine restriktivere Regelung als das BGB, nämlich wenn es um den Umfang des Schadensersatzanspruchs geht. Nach Art. 161 CESL haftet der Schuldner nur für denjenigen Schaden, „den er zu dem Zeitpunkt, als der Vertrag geschlossen wurde, als Folge der Nichterfüllung vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können“. Dieses Vorhersehbarkeitserfordernis erinnert zwar an die deutsche Adäquanztheorie, geht aber inhaltlich weit über sie hinaus.⁵⁵

Primärer Zweck des Vorhersehbarkeitserfordernisses ist es, den Vertrag für die Parteien kalkulierbar zu machen; den Parteien soll ermöglicht werden, Ertrag und Risiko eines Vertrags vor dessen Abschluss gegeneinander abwägen zu können, ohne später mit Überraschungen rechnen zu müssen.⁵⁶ Hinzu kommt,

⁵⁵ Vgl. hierzu *Faust*, Vorhersehbarkeit, S. 2 f.; zu den historischen Wurzeln und der Entwicklung des Vorhersehbarkeitserfordernisses *Ferrari*, Foreseeability, S. 316 ff.; für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales Law, Rn. 44.85 ff.

⁵⁶ *Schlechtriem/Schroeter*, Rn. 699; *Staudinger/Magnus*, Art. 74, Rn. 31.

dass die Begrenzung auf vorhersehbare Schäden zu einem verstärkten Informationsfluss zwischen den Parteien führen kann: Der Käufer, der sichergehen will, dass ein möglicher Schaden ersetzt wird, wird den Verkäufer über die betreffenden Schadensrisiken informieren. Liegen alle Risiken offen, können die Parteien angemessene Lösungen erarbeiten, z.B. Maßnahmen zur Schadensvermeidung suchen, einen Haftungsausschluss vereinbaren, den Vertragspreis an das Haftungsrisiko anpassen oder eine Versicherung mit entsprechender Deckungssumme abschließen.

Der Schuldner muss den Schaden nicht tatsächlich positiv vorausgesehen haben; es genügt, wenn er ihn „hätte voraussehen können“. Anzulegen ist dabei grundsätzlich ein objektiver Maßstab: Es kommt darauf an, was ein vernünftiger Dritter vorhergesehen hätte.⁵⁷ Nach h.M. zum CISG, das in Art. 74 S. 2 ein entsprechendes Vorhersehbarkeitskriterium enthält, ist die Frage danach, was der Schuldner hätte vorhersehen müssen, jedoch nicht rein empirisch zu beantworten; vielmehr sollen normative Elemente zu berücksichtigen sein.⁵⁸ Genannt werden insbesondere die vertragliche Risikoverteilung, der Vertragszweck und der Schutzzweck der verletzten Pflicht.⁵⁹ Zur Begründung wird vornehmlich auf den Wortlaut der Vorschrift rekurriert: Ersatzfähig ist danach nicht all das, was der Schuldner vorhersehen „konnte“, sondern nur das, was er vorhersehen „musste“.⁶⁰ Für Art. 161 CESL scheint das Gegenteil zu gelten: Hier heißt es „hätte voraussehen können“, nicht: „müssen“. Dabei dürfte es sich allerdings um einen Übersetzungsfehler handeln: In der englischen Fassung lautet die entsprechende Passage: „loss which the debtor foresaw or *could be expected* to have foreseen“.⁶¹ Diese Formulierung bietet – wie der Begriff „musste“ – ein Einfallstor für normative Wertungen. Allerdings ist (wie im CISG auch⁶²) Zurückhaltung geboten: das Vorhersehbarkeitserfordernis darf nicht für eine Ergebniskorrektur aus Billigkeitsgesichtspunkten missbraucht werden.

⁵⁷ OGH, 14.1.2002, IHR 2002, 76, CISG-online 643; MünchKommBGB/Huber, Art. 74 Rn. 31; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 35; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 Rn. 49.

⁵⁸ So die h.M. Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 Rn. 49; MünchKommHGB/Mankowski, Art. 74 Rn. 24; U. Huber, RabelsZ 43 (1979) 413, 469 f.; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 35 und 37; MünchKommBGB/Huber, Art. 74 Rn. 32 (der die Schutzzwecktheorie sogar dann berücksichtigen will, wenn der Schuldner den Schaden positiv vorhergesehen hat); BeckOGK/Bach, Art. 74 Rn. 18; a.A. Faust, Vorhersehbarkeit, S. 34 ff (und S. 273 ff.).

⁵⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 Rn. 49; Staudinger/Magnus, Art. 74 Rn. 35 und 37; MünchKommBGB/Huber, Art. 74 Rn. 32.

⁶⁰ U. Huber, RabelsZ 43 (1979) 413, 469; Ziegler, S. 210; BeckOGK/Bach, Art. 74 Rn. 18.

⁶¹ Kursivdruck hinzugefügt.

⁶² So zu Recht Faust, Vorhersehbarkeit, S. 35; Zurückhaltung fordernd auch MünchKommBGB/Huber, Art. 74 Rn. 32.

3. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden

Während immaterielle Schäden im deutschen Recht nur „in den durch das Gesetz bestimmten Fällen“ ersatzfähig sind, gilt im CESL die – wenn auch an versteckter Stelle, nämlich in Art. 2 lit. c) RegCESL⁶³ normierte – definitorische Grundregel, dass der in Art. 160 CESL gebrauchte Begriff „Verlust“ sowohl den materiellen als auch den immateriellen Verlust umfasst. Diese Grundregel erfährt jedoch postwendend eine Einschränkung: Immaterielle Verluste sind nur dann umfasst, wenn es sich dabei um erlittene Schmerzen oder erlittenes Leid handelt. Ausdrücklich nicht umfasst sind hingegen „andere Formen des immateriellen Verlusts wie Beeinträchtigungen der Lebensqualität oder entgangene Freude“. Auch bloße Affektionsinteressen, die der Gläubiger an dem Leistungsgegenstand hegt, sind demzufolge nicht ersatzfähig.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der DCFR eine deutlich radikalere Lösung verfolgt: Art. III.-3:701(3) DCFR erklärt immaterielle Interessen ausdrücklich für ersatzfähig. „Loss‘ includes economic and non-economic loss. [...] ‚Non-economic loss‘ includes pain and suffering and impairment of the quality of life.“ Bereits diese Definition des Begriffs „non-economic loss“ spricht dafür, dass alle denkbaren immateriellen Interessen abgedeckt sein sollen. Noch deutlicher wird der Comment: „Recoverable loss [...] may cover, for example, pain and suffering, inconvenience, mental distress and any other impairment of the quality of life.“⁶⁴

Auch die Feasibility Study hatte in Art. 2 Nr. 12 ein „impairment of the quality of life and loss of enjoyment“ noch ausdrücklich in den Schadensbegriff einbezogen.⁶⁵

VI. Heilungsrecht des Verkäufers

1. Ausdrückliche Anordnung in Art. 109 CESL

Während das BGB ein Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung nicht positiv normiert, sondern nur mittelbar dadurch sichert, dass es Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung an die Voraussetzung einer erfolglosen Nachfristsetzung durch den Gläubiger knüpft,⁶⁶ ordnet das CESL ein Heilungsrecht

⁶³ Zur Kritik an der Regelungstechnik siehe *Remien*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 506 f. („unnötig, sachwidrig und redaktionell misslungen“); *Wendehorst*, Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung, S. 192; *Looschelders*, AcP 212 (2012), 581, 599, 660.

⁶⁴ Art. III.-3:701 Comment F.

⁶⁵ Krit. demgegenüber *Law Commission/Scottish Law Commission*, An Optional European Sales Law. Advantages and Problems. Advice to the UK Government, S. 65; für einen flexibleren Ansatz *Koch*, in: FS Magnus, 45, 54 f.

⁶⁶ Vgl. *Mankowski*, JZ 2011, 781.

des Verkäufers explizit an, und zwar in Art. 109. Dessen Abs. 1 betrifft den Fall einer „vorzeitigen“ Schlechtleistung, und stellt klar, dass der Verkäufer bis zum vereinbarten Leistungszeitpunkt „die Leistung erneut und vertragsgemäß anbieten [darf]“.

Abs. 2 betrifft alle anderen Fälle einer Schlechtleistung und ordnet an, dass der Verkäufer „unverzüglich nach seiner Unterrichtung über die Vertragswidrigkeit die Heilung auf eigene Kosten anbieten darf“. Hat er die Heilung unverzüglich angeboten, steht ihm danach ein „angemessener Zeitraum“ zur Verfügung, um die Heilung auch tatsächlich durchzuführen (Abs. 5).

Abs. 4 listet allerdings drei Fälle auf, in denen der Käufer das Angebot zur Heilung ablehnen darf – der Verkäufer dementsprechend also kein Recht zur Heilung hat: wenn die Heilung mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden wäre (lit. a), wenn der Käufer Grund zu der Annahme hat, dass er sich auf die künftige Leistung des Verkäufers nicht verlassen kann (lit. b) und wenn die verspätete Erfüllung einer Nichterfüllung gleichkäme (lit. c).

2. Verhältnis von Heilungsrecht (des Verkäufers) und Rücktrittsrecht (des Käufers)

De facto besteht das Heilungsrecht des Verkäufers jedoch nur dann, wenn es sich beim Käufer um einen Unternehmer handelt: Nur für diesen Fall ordnet Art. 106 Abs. 2 lit. a CESL an, dass – bis auf das Zurückbehaltungsrecht – jegliches Recht des Käufers auf Abhilfe unter dem Vorbehalt einer Heilung durch den Verkäufer steht.⁶⁷

Handelt es sich beim Käufer hingegen um einen Verbraucher, gilt gem. Art. 106 Abs. 3 lit. a CESL das genaue Gegenteil: „Die Rechte des Käufers bestehen ungeachtet der Heilung der Nichterfüllung durch den Verkäufer“. Mit anderen Worten: Macht der Verkäufer von seinem Heilungsrecht Gebrauch, tut er das auf eigenes Risiko; der Käufer kann trotz Heilung vom Vertrag zurücktreten.

Diese Regelung ist in der Literatur ganz überwiegend auf – teils heftige – Kritik gestoßen: Sie führe zu einer völlig unangemessenen Benachteiligung des Verkäufers, ohne dass dies durch schutzwürdige Interessen des Käufers gerechtfertigt sei.⁶⁸ Das Europäische Parlament hat diese Kritik in seiner legislativen

⁶⁷ Art. 109 Abs. 3 CESL sekundiert, indem er klarstellt, dass ein Rücktritt des Käufers nicht dazu führt, dass der Verkäufer mit einem Angebot zur Heilung ausgeschlossen wäre.

⁶⁸ Schmidt-Kessel/Zöchling-Jud, Art. 106 Rn. 8; Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, 269, 281 f.; Lorenz, AcP 2012 (2012) 702, 752; Weller/Harms, GPR 2012, 298, 303 ff.; Piltz, IHR 2012, 133 135; Wagner, ZEuP 2102, 820 ff.; Wilhelm, IHR 2011, 228 f.; Faust, Leistungsstörungenrecht, S. 184 (Rn. 67); zustimmend hingegen Lehmann, GPR 2011, 218, 223 f., der das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung als „eine Art trojanisches Pferd im Recht des Verbrauchsgüterkaufs“ bezeichnet; wohl auch Grynbaum, in: Schulze/Stuyck, S. 163, der zwar zur Feasibility Study moniert, dass die Regelung im Wider-

Entschließung aufgenommen und vorgeschlagen, eine Ausnahme für Fälle vorzusehen, in denen die (mangelhaften) Waren „nach Spezifikationen des Verbrauchers hergestellt, produziert oder modifiziert werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind“.⁶⁹

Ein Blick ins CISG liefert indes eine Vorlage dafür, wie das Heilungsrecht des Verkäufers auch ohne eine solche Änderung gewissermaßen durch die Hintertür Berücksichtigung finden kann. Im CISG besteht das Heilungsrecht des Verkäufers nach Art. 48 Abs. 1 nur „[v]orbehaltlich des Artikels 49“, also vorbehaltlich eines Rücktritts durch den Käufer. Diesen Vorrang des Rücktritts- vor dem Heilungsrecht umgeht die ganz h.M., indem sie einen heilbaren Mangel (zumindest grundsätzlich) nicht als wesentlich einstuft und damit dem Rücktritt die Grundlage entzieht.⁷⁰ Dies ist grundsätzlich auch im CESL möglich. Allerdings gilt hier in der relevanten Fallgruppe (b2c-Verträge) nicht das Wesentlichkeitserfordernis des Art. 114 Abs. 1 CESL; vielmehr genügt es nach Art. 114 Abs. 2 CESL wenn der Mangel nicht unerheblich ist.⁷¹ Hinzu kommt, dass die Hintertür bereits im CISG nicht ganz unberechtigter Kritik ausgesetzt ist: Sie unterläuft die ausdrücklich normierten gesetzlichen Wertungen.⁷²

spruch zu derjenigen des Art. 159 Abs. 2 (der Feasibility Study) stehe, wonach dem Schuldner das Heilungsrecht hinsichtlich der mit dem Kauf verbundenen Dienstleistungen auch bei b2c-Verträgen zustehe; er plädiert aber nicht etwa für eine Ausdehnung des kaufrechtlichen Heilungsrechts, sondern vielmehr für eine Streichung des Art. 159 Abs. 2 (S. 165).

⁶⁹ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)), P7_TA(2014)0159, Abänderung Nr. 192.

⁷⁰ OLG Köln, 14.10.2002 -16 U 77/01, IHR 2003, 15 = CISG-Online 709; OLG Koblenz, 31.1.1997 – 2 U 31/96, CISG-Online 256; Handelsgericht des Kantons Aargau, 5.11.2002, CISG-Online 715; CISG-AC, Op. 5 (Schwenzer), Art. 49 Opinion 3 und Comment 4.4; Bianca/Bonell/Will, Art. 48 Anm. 2.1.1.1.1. und 3.2; MünchKommBGB/Huber, Art. 48 CISG, Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 48 Rn. 30; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 48 Rn. 15; Lurger, IHR 2001, 91, 98 f.; Fountoulakis, IHR 2003, 160 ff.; Schlechtriem, in: FS U. Huber, S. 563, 568 f.

⁷¹ Siehe hierzu oben IV. 3.

⁷² Siehe etwa Neumayer, RIW 1994, 99, 106.

C. Überblick über die Behandlung von Leistungshindernissen in BGB und CESL

I. BGB

1. Einführung

Im BGB enthält § 275 die zentrale Vorschrift zu den rechtlichen Konsequenzen von Leistungshindernissen. Sie regelt das Schicksal des – im deutschen Recht so zentralen⁷³ – Naturalerfüllungsanspruchs, und zwar sowohl für den Fall eines unüberwindbaren Hindernisses (Abs. 1) als auch für den Fall eines überwindbaren Hindernisses (Abs. 2). Für den Fall, dass § 275 BGB das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs anordnet (bzw. dem Schuldner eine Einrede gegen den Erfüllungsanspruch gewährt),⁷⁴ sieht § 326 Abs. 1 vor, dass auch der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung erlischt. Ob der Schuldner dem Gläubiger zumindest auf Schadensersatz haftet, richtet sich nach §§ 280 ff. bzw. § 311a Abs. 2 BGB.

Neben diesen Regelungen sieht das BGB noch eine weitere vor, die gleichzeitig alle drei Aspekte, also Leistung, Gegenleistung und Schadensersatz, berührt: § 313 BGB gewährt dem Schuldner einen Anspruch auf Anpassung oder gar Aufhebung des Vertrags, wenn und soweit das Leistungshindernis zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führt und dem Schuldner ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann.

2. Begrenzung des Erfüllungsanspruchs durch § 275 BGB

a) Differenzierung zwischen überwindbaren und unüberwindbaren Hindernissen

aa) Terminologisches

§ 275 BGB unterscheidet wie angerissen zwischen überwindbaren und unüberwindbaren Hindernissen. Für unüberwindbare Hindernisse ordnet Abs. 1 nur das Selbstverständliche an: Wer nicht leisten kann, der muss auch nicht leisten, zumindest nicht in natura. Für überwindbare Hindernisse besteht hingegen Bedarf nach einer gesetzlichen Wertung: Hier stellt sich die Frage, inwieweit es dem Schuldner zugemutet werden kann, das Hindernis tatsächlich zu überwinden und dementsprechend die geschuldete Leistung – in natura – zu erbringen.

Die von § 275 BGB vorgenommene Zweiteilung in überwindbare und unüberwindbare Hindernisse, hat terminologische Folgen: Zumeist werden beide Fälle unter dem Begriff der Unmöglichkeit zusammengefasst; zur Differenzie-

⁷³ Siehe hierzu ausführlich unten § 4 B. I.

⁷⁴ Siehe zu den Rechtsfolgen von § 275 Abs. 1 und 2 BGB unten 2. d).

rung werden dann die Attribute „objektiv“ (für Fälle von Abs. 1) sowie „faktisch“ oder „praktisch“ (für Fälle von Abs. 2) hinzugefügt.⁷⁵ Ein weiterer Begriff, der häufig auftaucht, ist derjenige der „wirtschaftlichen“ Unmöglichkeit. Er wird jedoch nicht einheitlich verwendet: Mal ist er als Synonym für die faktische Unmöglichkeit gedacht,⁷⁶ mal soll er Fälle beschreiben, die den Voraussetzungen von § 275 Abs. 2 BGB gerade nicht genügen, in denen aber von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen ist und dementsprechend ein Anspruch des Schuldners auf Vertragsanpassung oder -aufhebung nach § 313 BGB besteht.⁷⁷

Abgesehen von der uneinheitlichen Verwendung ist diese Terminologie auch insofern unglücklich, als sie suggestiv ist: Abs. 2-Fälle unter den Begriff der Unmöglichkeit zu fassen, impliziert, dass der Aufwand, den die Überwindung des Hindernisses erfordern würde, exorbitant hoch sein muss, so hoch nämlich, dass von Unmöglichkeit gesprochen werden kann.⁷⁸ In der Tat ist eine derart restriktive Auslegung von § 275 Abs. 2 BGB herrschend. M.E. ist sie jedoch nicht überzeugend; vielmehr ist eine großzügigere Auslegung vorzugswürdig.⁷⁹ Dementsprechend ist der Begriff der praktischen Unmöglichkeit unangemessen; vorzugswürdig erscheint es, in den betreffenden Fällen von Unerschwinglichkeit zu sprechen.⁸⁰

bb) Kritik an der Differenzierung

Die Einteilung in überwindbare und unüberwindbare Hindernisse, in Unmöglichkeit und Unerschwinglichkeit, ist unglücklich. Dies liegt daran, dass eine Grenzziehung zwischen den beiden Formen – so ironisch es klingt – häufig selbst unmöglich ist. Oft lässt sich schlicht nicht ermitteln, ob realistische technische Möglichkeiten bestehen, ein Hindernis aus dem Weg zu räumen oder nicht.⁸¹ Ausgerechnet das Schulbeispiel zu § 275 Abs. 2 BGB macht das Di-

⁷⁵ Z.B. BGH, 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 Rn. 18.

⁷⁶ Z.B. BGH, 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 27.

⁷⁷ So etwa *Schmidt-Recla*, in: FS Laufs, S. 647 und 658.

⁷⁸ Hinzu kommt, dass der Begriff der „objektiven“ Unmöglichkeit ursprünglich der Abgrenzung zum Unvermögen, also zur subjektiven Unmöglichkeit, diene; den Kern der Abgrenzung zwischen überwindbaren und unüberwindbaren Hindernissen trifft er nicht so recht.

⁷⁹ Siehe hierzu ausführlich unten § 4 C. V.

⁸⁰ So auch RG, 21.3.1916 – II 473/15, Z 88, 172, 175; *Rabel*, in: FS Bekker, 173, 206; *Schmidt-Recla*, in: FS Laufs, 641, 646; krit. gegenüber der pauschalen Verwendung des Begriffs Unmöglichkeit auch *Fest*, WM 2005, 2168, 2168 f. Lediglich von einem „überwindbaren Leistungshindernis“ zu sprechen, ist keine Alternative: Dieser Begriff enthält keine Differenzierung danach, ob das Leistungshindernis nur *de facto* überwunden werden kann oder auch *de jure* überwunden werden muss.

⁸¹ Krit. gegenüber der Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen in § 275 Abs. 1 BGB einerseits und Abs. 2. andererseits *Schlechtriem*, in: FS Sonnenberger, 125, 127; a.A. *Canaris*, JZ 2001, 499, 501.

lemma deutlich: Wie soll ein Gericht beurteilen können, ob es nur viel Geld kostet, den berühmten Ring oder das gesunkene Schiff vom Meeresgrund herauf zu holen – oder ob das mit derzeitigen technischen Möglichkeiten überhaupt nicht zu bewerkstelligen ist?

Dieses Problem stellt sich sogar noch viel grundsätzlicher: Dass etwas auf Basis des *derzeitigen* Stands von Wissenschaft und Technik nicht geleistet werden kann, impliziert, dass die Leistung – jedenfalls theoretisch – physikalisch möglich ist.⁸² Es bedürfte nur weitergehender Forschung – eine Frage von Zeit und Geld.⁸³ Selbst der definitorische Grundfall der (objektiven) Unmöglichkeit ist also letztlich ein Unterfall bloßer Unerschwinglichkeit. Das gilt erst recht für rein rechtliche Hindernisse: Jedes rechtliche Verbot kann wieder aufgehoben werden – sei es auf politischem, sei es auf juristischem Weg. Auch hier lautet daher die entscheidende Frage: Muss der Schuldner sich um eine Aufhebung bemühen oder nicht?⁸⁴

Glücklicherweise ist diese Frage regelmäßig ohne Bedeutung, weil Unmöglichkeit und Unerschwinglichkeit dieselbe Rechtsfolge zeitigen. Zwar bestehen insofern dogmatische Unterschiede, als § 275 Abs. 1 BGB eine *Einwendung* begründet, Abs. 2 dagegen nur eine *Einrede*.⁸⁵ In der Praxis verliert dieser Unterschied jedoch weitgehend an Bedeutung: Der Schuldner, der sich gegen den Erfüllungsanspruch des Gläubigers wehrt, wird dies natürlich unter Hinweis auf das Leistungshindernis tun – und damit zumindest konkludent die Unerschwinglichkeitseinrede erheben.⁸⁶

⁸² Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 127: „Das Vorliegen von echter (physischer) Unmöglichkeit ist durch die Fortschritte der Technik wesentlich eingeeengt worden. So kann man heute gesunkene Schiffe auffinden und heben und Berge versetzen.“

⁸³ Und je mehr Geld fließt, umso weniger Zeit wird regelmäßig benötigt, wenngleich sich diese Größen selten proportional zueinander ändern.

⁸⁴ Und die Antwort kann durchaus einmal „Ja“ lauten. Das gilt insbesondere dann, wenn der juristische Weg zur Verfügung steht, wenn das Verbot also rechtswidrig und eine Klage daher aussichtsreich ist. Ist das Verbot dagegen rechtmäßig und steht daher nur der politische Weg zur Verfügung, dürften Versuche, eine Änderung der Rechtslage herbeizuführen, regelmäßig einen Aufwand erfordern, der die Grenzen von § 275 Abs. 2 BGB sprengt. Zwingend ist aber auch das nicht. Gerade dann, wenn das Verbot nicht (allein) auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, sondern (zumindest auch) auf einer Konkretisierung durch die Ministerialbürokratie basiert (z.B. Festlegung bestimmter Grenzwerte o.ä.), kann eine Änderung der Rechtslage unter Umständen mit recht geringem Aufwand möglich sein. Je nach Umfang der Leistungspflicht kann sich dieser Aufwand durchaus im Rahmen dessen bewegen, was § 275 Abs. 2 BGB vom Schuldner verlangt.

⁸⁵ Siehe zu den Rechtsfolgen von § 275 Abs. 1 und 2 BGB ausführlich unten d)

⁸⁶ Diesen Umstand würdigt *Schmidt-Recla* (in: FS Laufs, 641, 661) bei seiner Kritik an § 275 Abs. 2 BGB m.E. nicht ausreichend.

b) Fallgruppen der Unmöglichkeit

aa) Physische Unmöglichkeit

Normalfall der objektiven Unmöglichkeit ist, dass der Schuldner die Leistung nach den Gesetzen der Physik oder dem derzeitigen Stand von Wissenschaft und Technik nicht (mehr) erbringen kann.⁸⁷ Schulbeispiele sind das durch einen Brand zerstörte Gemälde oder das bei einem Unfall zerstörte Kfz. Nur der Kurzweil halber sei erwähnt, dass der BGH jüngst eine Lebensberatung durch Kartenlegen als unmögliche Leistung qualifiziert hat: Sie würde den Einsatz „übernatürlicher, ‚magischer‘ oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten“ erfordern, und es sei „für den Bereich des Rechts allgemein anerkannt und offenkundig, dass [deren] Existenz [...] nicht beweisbar ist, sondern lediglich dem Glauben oder Aberglauben, der Vorstellung oder dem Wahn angehört“.⁸⁸

bb) Rechtliche Unmöglichkeit

(1) Leistungsverbot

Dem physikalischen Nicht-Können steht nach allgemeiner Ansicht das rechtliche Nicht-Dürfen gleich: Eine verbotene Leistung ist rechtlich unmöglich.⁸⁹ Dabei ist es gleichgültig, ob sich das Verbot auf den Leistungsgegenstand oder auf die Person des Schuldners bezieht. Das Schulbeispiel für ein gegenstandsbezogenes Leistungsverbot stammt aus dem internationalen Handel: das Im- oder Exportverbot der Kaufsache.⁹⁰ Aber auch auf nationaler Ebene sind Leistungsverbote nicht selten – Stichwort: Schadstoffgrenzwerte. Auch die mangelnde Verkehrsfähigkeit eines Reisepasses wird mit Recht als (besondere) Form eines gegenstandsbezogenen Leistungsverbots eingeordnet.⁹¹ Das gleiche gilt – um ein Beispiel aus der Rechtsprechung zu nennen – für das im Bebauungsplan normierte Verbot, an einem Grundstück ein Erbbaurecht zu bestellen.⁹²

Als Beispiel für ein schuldnerbezogenes Verbot mag der Rechtsanwalt herhalten, der mit dem Revisionsverfahren beauftragt ist, aber vor dem BGH nicht

⁸⁷ BGH, 13.1.2011 – III ZR 87/10, NJW 2011, 756 Rn. 10; BGH, 14.4.1976 – VIII ZR 288/74, Z 66, 349, 350 = NJW 1976, 1315; Staudinger/*Caspers*, § 275 Rn. 12; BeckOKBGB/*Unberath*, § 275 Rn. 22; Palandt/*Grüneberg*, § 275 Rn. 14; krit. gegenüber dieser Formel Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, § 275 Rn. 31 f.

⁸⁸ BGH, 13. 1. 2011 – III ZR 87/10, NJW 2011, 756. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass der BGH dem Kartenleger grundsätzlich dennoch einen Gegenleistungsanspruch zubilligt: Die Parteien hätten mit ihrem Vertrag § 326 Abs. 1 BGB stillschweigend abgedungen.

⁸⁹ Siehe nur die Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 129; BGH, 20.12.1985 – V ZR 263/83, NJW 1986, 1605, 1606; MünchKommBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 40 ff.

⁹⁰ Siehe etwa BGH, 8.6.1983 – VIII ZR 77/82, NJW 1983, 2873.

⁹¹ MünchKommBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 41; vgl. bereits Motive II, S. 177 f.

⁹² BGH, 20.12.1985 – V ZR 263/83, NJW 1986, 1605, 1606.

postulationsfähig ist.⁹³ Bei Kaufverträgen sind die Beispiele freilich rar, weil es hier selten auf die persönliche Leistung durch den Schuldner ankommt – ein persönlich nicht mehr leistungsfähiger Schuldner kann also ohne weiteres durch einen Dritten leisten.⁹⁴

Oftmals dürfte das Verbot einer Leistung freilich dazu führen, dass der Vertrag als solcher nichtig ist, so dass sich die Frage nach den Auswirkungen des Verbots auf den vertraglichen Erfüllungsanspruch nicht mehr stellt. Um diese Fälle soll es hier jedoch nicht gehen.

(2) *Genehmigungserfordernis*

Verbote gelten häufig nicht absolut, sondern stehen unter Erlaubnis- oder Genehmigungsvorbehalt. Wird eine Genehmigung nicht erteilt, liegt rechtliche Unmöglichkeit vor. Problematisch ist, was in der Schwebezeit gilt.⁹⁵ Man wird wohl differenzieren müssen. Keine Besonderheiten treten nämlich dann auf, wenn die Voraussetzungen für die Genehmigung nicht vorliegen. Die Situation entspricht dann exakt derjenigen eines Verbots ohne Genehmigungsvorbehalt. Liegen die Voraussetzungen dagegen vor und muss eine Genehmigung daher erteilt werden, handelt es sich um einen Fall vorübergehender Unmöglichkeit.⁹⁶ Die Leistung ist nur solange ausgeschlossen, bis die Genehmigung erteilt wird.

Ein wenig schwieriger wird die Situation dann, wenn die Voraussetzungen für eine Genehmigung zwar an sich vorliegen, der zuständigen Stelle aber ein Ermessensspielraum verbleibt. Auch hier besteht bis zur Entscheidung der betreffenden Stelle zunächst ein Zustand vorübergehender Unmöglichkeit. Dieser Zustand kann dann entweder – bei Erteilung der Genehmigung – entfallen oder – bei ihrer Verweigerung – in eine endgültige Unmöglichkeit umschlagen. Folgen hat dies in erster Linie für die Frage, ob von einem Fall anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit auszugehen ist.

Wird die Genehmigung zu Unrecht versagt, tritt erst dann Unmöglichkeit ein, wenn die betreffende Entscheidung bestandskräftig ist, also nicht mehr mit Rechtsbehelfen angegriffen werden kann. Ob der Schuldner den Rechtsweg ausgeschöpft hat, ist an dieser Stelle unerheblich (die Frage wird aber im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs des Gläubigers relevant). Selbst bei Bestandskraft der Verweigerung tritt Unmöglichkeit freilich dann nicht ein, wenn jene Verweigerung einem erneuten Antrag auf Erteilung der Genehmigung nicht entgegensteht.

⁹³ BGH, 1.2.2007 – V ZB 110/06, NJW 2007, 1461.

⁹⁴ Hier öffnet sich dann der Problemkreis der subjektiven Unmöglichkeit; siehe dazu unten cc).

⁹⁵ Wiederum sollen die Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Vertrags selbst außen vor bleiben.

⁹⁶ Vgl. hierzu BGH, 7. 10. 1977 – V ZR 131/75, NJW 1978, 1262. Zur vorübergehenden Möglichkeit siehe unten § 10.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass theoretisch natürlich bereits vor Bestandskraft Unerschwinglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 2 BGB eintreten kann, nämlich dann, wenn der Rechtsweg gegen die Entscheidung mit unzumutbaren Kosten verbunden ist.

cc) *Subjektive Unmöglichkeit*

Traditionell wird im deutschen Recht ferner die Fallgruppe der subjektiven Unmöglichkeit geführt. Dieser Terminus umschreibt Fallgestaltungen, in denen der Schuldner selbst zwar nicht zu leisten in der Lage ist, es aber (zumindest) eine andere Person gibt, die leisten könnte. Das Gesetz unterwirft Fälle subjektiver Unmöglichkeit der Regelung in § 275 Abs. 1 BGB, stellt die subjektive also der objektiven Unmöglichkeit gleich – und nicht der Unerschwinglichkeit.⁹⁷ Diese Einstufung verwundert vor dem Hintergrund, dass dann, wenn ein Dritter leisten kann, sich der Schuldner ja ohne weiteres jenes Dritten zur Leistung bedienen könnte, im Fall des Kaufrechts etwa, indem er dem Dritten eine Sache abkauft, die er seinerseits dem Käufer zu liefern verpflichtet ist. Ob es ihm gelingt, den Dritten hierzu zu bewegen, ist in aller Regel nur eine Frage des Preises. Ist dieser Preis zu hoch, begründet dies aber keine Unmöglichkeit, sondern bloß Unerschwinglichkeit.⁹⁸

Allerdings subsumiert die h.M. auch von vornherein nur solche Fälle unter den Begriff der subjektiven Unmöglichkeit, in denen der Dritte entweder nicht zu ermitteln ist oder sich kategorisch weigert, für (oder an) den Schuldner zu leisten.⁹⁹ Sobald er sich grundsätzlich bereit zeigt und lediglich seine preislichen Vorstellungen von denen des Schuldners abweichen, wird demgegenüber nicht mehr von subjektiver, sondern von faktischer Unmöglichkeit (nach hier verwendeter Terminologie also von Unerschwinglichkeit) gesprochen, und zwar selbst wenn die Preisforderung des Dritten noch so exorbitant sein sollte. Kurz: der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit, wie ihn die h.M. verwendet, deckt nur einen Teil der Fallgestaltungen ab, in denen nicht der Schuldner, wohl aber ein Dritter zur Leistung fähig ist.

In der Praxis dürfte dieser Teil verschwindend gering sein. Dass sich jemand auch für alles Geld der Welt weigern würde, für/an den Schuldner zu leisten,

⁹⁷ Vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks 14/6040 S 128; MünchKommBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 51; BeckOKBGB/*Unberath*, § 275 Rn. 42; *Schmidt-Recla*, in: FS Laufs, 641, 654 f.; *Schwarze*, Jura 2002, 73, 76.

⁹⁸ *Faust*, in: Huber/Faust, Kap. 2 Rn. 14; *Maier-Reimer*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 292; vgl. bereits RG, 23.2.1904 – II 398/03, Z 57, 116, 118, das im konkreten Fall nicht auf § 279 BGB, sondern auf § 242 BGB abstellt.

⁹⁹ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks 14/6040 S 129; MünchKommBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 51; BeckOKBGB/*Unberath*, § 275 Rn. 42; *Schmidt-Recla*, in: FS Laufs, 641, 654 f.; *Schwarze*, Jura 2002, 73, 76; *Maier-Reimer*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 292.

scheint realitätsfern. Auch dass ein Dritter, der zur Leistung in der Lage ist, nicht ermittelt werden kann, ist kaum vorstellbar. Vielmehr dürfte dies regelmäßig jedenfalls theoretisch möglich sein, sei es durch ein Aufgebotsverfahren, sei es durch Zeitungsanzeigen, sei es durch die Einschaltung einer Detektei.¹⁰⁰ Überspitzt formuliert: Wenn jemand oder etwas existiert, dann kann er oder es auch gefunden werden; es kostet eben unter Umständen nur sehr viel Geld.

Der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit ist daher überflüssig. Eine schlichte Zweiteilung in überwindbare und unüberwindbare Hindernisse, in Unmöglichkeit und Unerschwinglichkeit, ist (mehr als) genug.

c) *Unerschwinglichkeit*

Bei überwindbaren Hindernissen stellt sich die eingangs benannte Wertungsfrage: Welchen Aufwand muss der Schuldner treiben, um das Hindernis tatsächlich zu überwinden? Die Antwort, die § 275 Abs. 2 BGB auf diese Frage gibt, ist – vorsichtig formuliert – unkonkret: Der Schuldner muss das Hindernis nicht überwinden, wenn dies „einen Aufwand erfordert, der [...] in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht“. Wann ein solch grobes Missverhältnis anzunehmen ist, lässt die Vorschrift offen. Sie gibt dem Rechtsanwender lediglich mit auf den Weg, dass er zum einen den Inhalt des Schuldverhältnisses und die Gebote von Treu und Glauben zu beachten habe und zum anderen berücksichtigen müsse, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Wie gesagt wird die Frage nach der Grenze des Zumutbaren Gegenstand einer umfassenden Untersuchung in Teil 1 sein, weswegen sie an dieser Stelle zunächst offen bleiben soll.

d) *Rechtsfolge von § 275 BGB*

aa) *Unmöglichkeit*

(1) *Erlöschen des Anspruchs und der Leistungspflicht?*

„Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen.“ So formuliert § 275 Abs. 1 BGB die Rechtsfolge einer Unmöglichkeit. In der deutschen Literatur wird diese Rechtsfolge vor allem im Lichte derjenigen gesehen, die bis zur Schuldrechtsreform galt. Seinerzeit war das BGB nämlich noch streng dem römisch-rechtlichen Grundsatz des *impossibilium nulla est obligatio* gefolgt und hatte für den Fall einer anfänglichen (objektiven) Unmöglichkeit angeordnet, dass ein Vertrag gar nicht erst wirksam zustande kommen soll (§ 306 BGB a.F.). Zu einer solchen Unwirksamkeit kommt es heute nicht mehr, wie § 311a Abs. 1 BGB ausdrücklich klarstellt. Mit der Reform gehen vor allem zwei Konsequenzen für Fälle anfänglicher Unmöglichkeit einher: Erstens richtet sich ein möglicher

¹⁰⁰ Vgl. MünchKommBGB/Ernst, § 275 Rn. 52.

Schadensersatzanspruch des Gläubigers nicht mehr auf das negative, sondern auf das positive Interesse.¹⁰¹ Zweitens richtet sich der Rückgewähranspruch eines Gläubigers, der seinerseits die Gegenleistung bereits erbracht hat, gem. § 326 Abs. 4 BGB nach den Rücktrittsregeln und nicht mehr – wie früher – nach den Regelungen des Bereicherungsrechts.¹⁰² Darüber hinaus, aber das ist in der Praxis wohl weniger relevant, kann der Gläubiger nun anders als früher auch im Fall einer anfänglichen Unmöglichkeit die Herausgabe des stellvertretenden commodums verlangen.¹⁰³

Diese Änderung der Rechtsfolge im Fall einer anfänglichen Unmöglichkeit, insbesondere der geänderte Schadensersatzanspruch, hat in der Literatur ein großes Echo gefunden.¹⁰⁴ Weniger Beachtung wurde und wird demgegenüber der Frage geschenkt, welche Rechtsfolge § 275 Abs. 1 BGB eigentlich genau normiert. In den meisten Kommentaren findet sich die schlichte Feststellung, § 275 Abs. 1 BGB lasse ipso iure den Leistungsanspruch des Gläubigers sowie die Leistungspflicht des Schuldners entfallen.¹⁰⁵ Oftmals bleibt der Ausschluss des Anspruchs sogar gänzlich unerwähnt, wird als Rechtsfolge des § 275 Abs. 1 BGB also ausschließlich die Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht genannt.¹⁰⁶ Dabei ist von der Leistungspflicht des Schuldners in § 275 Abs. 1 BGB überhaupt nicht die Rede – dort geht es nur um den Leistungsanspruch des Gläubigers. Es stellt sich folglich die Frage, ob mit dem Erlöschen des Gläubigeranspruchs *automatisch* ein Erlöschen der Schuldnerpflicht einhergeht. Sind Pflicht und Anspruch zwei Seiten ein und derselben Medaille und müssen dementsprechend demselben Schicksal unterliegen, oder kann die Leistungspflicht des Schuldners auch ohne einen entsprechenden Anspruch des Gläubigers fortbestehen?

In der Tat erscheint eine Trennung von Pflicht und Anspruch zumindest prima vista systemwidrig. Das BGB behandelt den Erfüllungsanspruch anders als das CESL gerade nicht als Rechtsbehelf für den Fall, dass der Schuldner seine Pflicht nicht von sich aus erfüllt.¹⁰⁷ Vielmehr folgt der Erfüllungsanspruch unmittelbar aus dem Schuldverhältnis. Mehr noch: Das BGB beschreibt das

¹⁰¹ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 164 f.

¹⁰² MünchKommBGB/Ernst, § 311a Rn. 3.

¹⁰³ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 164 f.; MünchKommBGB/Ernst, § 311a Rn. 3; *Schlechtriem*, in: FS Sonnenberger, S. 129.

¹⁰⁴ Vgl. zur – mitunter heftigen – Kritik an § 311a Abs. 2 BGB ausführlich unten § 3 C. I. 1 b).

¹⁰⁵ MünchKommBGB/Ernst, § 275 Rn. 67; Erman/Westermann, § 275 Rn. 33.

¹⁰⁶ Palandt/Grüneberg, § 275 Rn. 31; BeckOKBGB/Unberath, § 275 Rn. 60; Nomos-Komm/Dauner-Lieb, § 275 Rn. 1; *Huber*, in: Huber/Faust, Kap. 1 Rn. 15; *Maier-Reimer*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 296.

¹⁰⁷ Siehe zur Stellung des Erfüllungsanspruchs im CESL oben B. II.

Schuldverhältnis regelmäßig aus Sicht des Gläubigers.¹⁰⁸ So heißt es grundlegend in § 241 Abs. 1 S. 1 BGB: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Schuldnerpflicht entsteht also stillschweigend mit.¹⁰⁹ Dementsprechend erscheint es in der Tat zunächst folgerichtig, auch bei § 275 Abs. 1 BGB davon auszugehen, dass die Leistungspflicht stillschweigend miterlischt.

(2) Folgeprobleme beim Schadensersatz

(a) Problemaufriss

Allerdings führt dieser Ansatz zu Friktionen im Bereich der Rechtsbehelfe: So fordert § 323 Abs. 1 BGB für den Rücktritt letztlich ebenso eine Pflichtverletzung wie § 280 Abs. 1 S. 1 BGB für den Schadensersatz. Geht man davon aus, dass § 275 Abs. 1 BGB den Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, kann die Nichtleistung freilich nicht mehr als Pflichtverletzung eingestuft werden.¹¹⁰ Es besteht ja gerade keine Pflicht mehr, die der Schuldner verletzen könnte.

Für Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit hat der Gesetzgeber dieses Problem erkannt. In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es: „Dogmatisch gesehen folgt der Anspruch auf das positive Interesse aus der Nichterfüllung des – nach § 311a Abs. 1 RE wirksamen – Leistungsversprechens und nicht etwa aus der Verletzung der – nach § 275 RE ausgeschlossenen – Leistungspflicht. Aus diesem Grund werden die Rechtsfolgen in § 311a auch eigenständig geregelt.“ Warum er der Ansicht ist, dieses Problem stelle sich nur in Fällen anfänglicher, nicht aber auch in Fällen nachträglicher Unmöglichkeit, erläutert der Gesetzgeber (bzw. genauer: erläutern die Autoren des Gesetzentwurfs) allerdings nicht.

Freilich ist dieses Problem nur von akademischem Interesse. Für die Praxis stellt das Gesetz an verschiedenen Stellen klar, dass dem Gläubiger im Fall einer Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung ein Rücktrittsrecht bzw. ein Schadensersatzanspruch zustehen kann – nämlich in § 326 Abs. 5, in § 283 BGB und in § 275 Abs. 4 BGB.¹¹¹ Aus dogmatischer Sicht ist die Situation jedoch unbefriedigend.¹¹² Nun ist es zugegebenermaßen so, dass der Gesetzge-

¹⁰⁸ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 6.

¹⁰⁹ Vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 63 f. („zwei untrennbare Seiten eines Rechtsgebots“); *MünchKommBGB/Bachmann*, § 241 Rn. 6.

¹¹⁰ Der Gesetzgeber scheint diese Einschätzung nur für den Fall einer anfänglichen Unmöglichkeit zu teilen; vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 165.

¹¹¹ *Freitag*, NJW 2014, 113, 116; *Kaiser*, in: *Staudinger*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Kap. I, Rn. 10; *Huber/Bach*, *Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht* 1, Rn. 25; *Petersen*, *Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht*, Rn. 308.

¹¹² Krit. etwa *Schapp*, JZ 1993, 637, 638 f.; *Flume*, ZIP 1994, 1497; *Ernst*, JZ 1994, 801, 805 f.; *Sutschet*, *Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag*, S. 265 f.;

ber keiner Pflicht unterliegt, dogmatisch konsistente Regelungen zu schaffen. Man könnte den Widerspruch zwischen § 275 Abs. 1 BGB und § 323 Abs. 1 bzw. §§ 280, 283 BGB also schlicht als gegeben hinnehmen. Dennoch scheint es aus akademischer Sicht angezeigt, einen Versuch zu unternehmen, das Gesetz widerspruchsfrei zu interpretieren.

(b) Ausweg 1: Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung

In diesem Sinne versucht ein Teil der Literatur, die Pflichtverletzung auf einen Zeitpunkt vorzuverlagern, in dem die Leistungspflicht noch Bestand hatte. Das gelingt, wenn man die Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung betrachtet.¹¹³ Dieser Ansatz hat jedoch kaum Gefolgschaft gefunden; die ganz h.M lehnt ihn – zu Recht – ab.¹¹⁴ Ob der Schuldner die Unmöglichkeit herbeigeführt hat oder nicht, ist eine Frage des Verschuldens. Dementsprechend liegen Darlegungs- und Beweislast in dieser Frage gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beim Schuldner. Demgegenüber ist hinsichtlich der Frage einer Pflichtverletzung der Gläubiger darlegungs- und beweisbelastet.¹¹⁵ Eine Vorverlagerung der Pflichtverletzung auf die Herbeiführung der Unmöglichkeit ginge also mit einem Wechsel der Darlegungs- und Beweislast einher.

Beispiel: Das verkaufte Pferd stirbt kurz vor dem vereinbarten Übergabetermin. Die Todesursache lässt sich nicht genau feststellen. Es kommt sowohl eine (unheilbare und für den Verkäufer nicht erkennbare) Krankheit als auch eine Fehlernährung in Frage. Sieht man die Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung an, müsste der Gläubiger beweisen, dass der Tod des Pferdes auf eine Fehlernährung zurückzuführen ist. Im Fall eines non liquet scheiterte sein Schadensersatzanspruch. Bei einer Verortung der Frage im Verschulden müsste demgegenüber der Schuldner beweisen, dass als Todesursache nur die (unerkennbare und unheilbare) Krankheit in Frage kommt. Im Fall eines non liquet müsste er demzufolge Schadensersatz leisten.

Die mit einer Vorverlagerung der Pflichtverletzung einhergehende Beweislastumkehr wiegt umso schwerer, als der Gesetzgeber die Beweislast für das Verschulden in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bewusst und ausdrücklich geregelt hat. Da die relevanten Tatsachen in aller Regel in der Sphäre des Schuldners liegen, soll er die Darlegungs- und Beweislast tragen – und gerade nicht der Gläubiger,

Maier-Reimer, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 299 f.: („terminologische Paradoxie“).

¹¹³ Für diese Lösung *Harke*, ZGS 2006, 9, 10; *Schäfer*, JA 2003, 600, 601 ff.; *Mattheus*, JuS 2002, 209, 213; *Ebmann/Sutschet*, S. 83 f.; wohl auch *Freitag*, NJW 2014, 113, 116.

¹¹⁴ Ablehnend *Schwarze*, Leistungsstörungen, § 18 Rn. 4; *NomosKomm/Dauner-Lieb*, § 283 Rn. 4, *Faust*, in: Huber/Faust, Kap. 3 Rn. 121.

¹¹⁵ *Palandt/Grüneberg*, § 280 Rn. 35; *NomosKomm/Dauner-Lieb*, § 280 Rn. 40; wohl auch *Wilhelm*, JZ 2004, 1055, 1057.

der die wesentlichen Tatsachen im Regelfall weder kennt noch ermitteln kann. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung darf nicht umgangen werden.¹¹⁶

Eine solche Umgehung lässt sich nicht etwa dadurch vermeiden, dass man für die Pflichtverletzung lediglich auf die kausale Verursachung einer Unmöglichkeit abstellt und im Rahmen der Verschuldensprüfung dann fragt, ob dem Schuldner der Vorwurf einer Fahrlässigkeit oder gar eines Vorsatzes zu machen ist. Oftmals lässt sich das eine nämlich nicht sinnvoll vom anderen trennen. Wer vertraglich eine Leistung schuldet, hat eine gesteigerte Sorgfaltspflicht: Er muss dafür sorgen, dass die Leistung nicht unmöglich wird. Führt sein Tun oder Unterlassen dazu, dass die von ihm geschuldete Leistung unmöglich wird, trifft ihn dementsprechend regelmäßig der Vorwurf sorgfaltswidrigen und damit fahrlässigen Verhaltens. Beispiel: Ein Landwirt hat seine Ernte vorab verkauft. Kurz vor dem avisierten Erntetermin wird ein schweres Unwetter vorhergesagt. Versäumt es der Landwirt, die Ernte unverzüglich einzufahren und wird ein Teil durch das Gewitter zerstört, so liegt hierin sowohl eine Pflichtverletzung als auch eine Sorgfaltswidrigkeit. Pflicht und erforderliche Sorgfalt unterliegen demselben Maßstab. Zwar sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen die Herbeiführung einer Unmöglichkeit zwar pflichtwidrig, aber nicht schuldhaft erfolgt – beispielsweise dann, wenn der Landwirt eine rechtzeitige Ernte aufgrund einer Krankheit versäumt (und es ihm nicht möglich war, einen Dritten mit der Ernte zu beauftragen). Dass es solche Fallgestaltungen gibt, ändert aber nichts daran, dass es im Regelfall zu unerwünschten Ergebnissen führt, wenn man die Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung einordnet.

(c) Ausweg 2: Anspruchsentkleidete Leistungspflicht

(aa) Literaturstimmen

Bietet § 280 BGB demnach also keinen Ansatzpunkt für eine dogmatisch widerspruchsfreie Lösung, so stellt sich die Frage, ob man § 275 Abs. 1 BGB nicht doch wörtlich auslegen sollte, ob man also davon ausgehen sollte, dass die Unmöglichkeit der Leistung nur den Anspruch des Gläubigers entfallen, die Leistungspflicht des Schuldners aber fortbestehen lässt. Dann nämlich könnte man im Rahmen von § 323 Abs. 1 und § 280 Abs. 1 BGB ohne weiteres eine Pflichtverletzung bejahen. Sie läge schlicht in der Nichterbringung der (unmöglichen) Leistung. In der Tat mehrten sich inzwischen die Stimmen, die davon ausgehen, dass § 275 Abs. 1 BGB nur den Anspruch des Gläubigers, nicht aber die Pflicht des Schuldners entfallen lasse.¹¹⁷

¹¹⁶ Schwarze, Leistungsstörungen, § 18 Rn. 4; NomosKomm/Dauner-Lieb, § 283 Rn. 4.

¹¹⁷ Grundlegend Schlechtriem, in: FS Sonnenberger, S. 128 ff.; ferner Staudinger/Caspers, § 275 Rn. 79; Huber/Bach, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 1, Rn. 25 Fn. 5; Kötz, Vertragsrecht, Rn. 789; Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt-Kessel, § 275 Rn. 5 und 13 f.; wohl auch Wilhelm, JZ 2004, 1055, 1057 („Die Vorschrift [§ 275 Abs. 1 BGB] befreit den

Einen anderen Ansatz verfolgt *Ernst*, der eine dritte Kategorie jenseits von Anspruch und Leistungspflicht erkennt: „§ 275 Abs. 1 beseitigt nur die Verpflichtung zur Erbringung der Leistung in Natur; die Vorschrift beseitigt nicht das ‚Bekommensollen‘ der Leistung“. ¹¹⁸ Eine solche neue Kategorie vermag es m.E. nicht, die systematischen Ungereimtheiten zwischen § 275 Abs. 1 BGB einerseits und § 323 Abs. 1 BGB bzw. § 280 Abs. 1 BGB andererseits entscheidend zu glätten. Sie vermag nicht zu überdecken, dass dort, wo keine Pflicht besteht, auch keine Pflichtverletzung möglich ist. An die Verletzung eines bloßen „Bekommensollens“ knüpft § 280 BGB keine Rechtsfolgen. Es bleibt dabei: Wer davon ausgeht, dass § 275 Abs. 1 BGB die Leistungspflicht des Schuldners zum Erlöschen bringe, der muss im Rahmen von § 280 Abs. 1 die Quadratur des Kreises bewerkstelligen. Das muss misslingen.

Damit bleibt der einzig gangbare Ausweg derjenige von *Schlechtriem*, *Huber* und *Wilhelm*: eine streng am Wortlaut orientierte Auslegung von § 275 Abs. 1 BGB. Nur der Anspruch des Gläubigers erlischt, nicht aber die Leistungspflicht des Schuldners. Es entsteht dann eine anspruchsentkleidete Leistungspflicht – und damit gewissermaßen eine qualifizierte Obliegenheit: Die Leistung ist zwar nicht einklagbar, ihre Nichterbringung vermag aber Rechtsbehelfe des Gläubigers auszulösen. ¹¹⁹

(bb) Methodische Zulässigkeit

Der Wortlaut des § 275 Abs. 1 BGB lässt eine isolierte Anwendung der Rechtsfolge auf den Leistungsanspruch ohne weiteres zu, ja legt ihn sogar nahe: In Bezug genommen wird hier ausschließlich der Anspruch des Gläubigers; die Pflicht des Schuldners bleibt gänzlich unerwähnt. Dass das Gesetz durchaus terminologisch in der Lage ist, ein Erlöschen von Anspruch *und* Leistungspflicht anzuordnen, zeigt § 362 BGB, der dazu den Begriff des Schuldverhältnisses (im engeren Sinne) nutzt. ¹²⁰ Selbstverständlich *zwingt* der Wortlaut des § 275 Abs. 1 BGB nicht zu einer isolierten Anwendung der Norm auf den Leistungsanspruch des Gläubigers. ¹²¹ Er erlaubt es aber.

Schuldner nicht von der Leistungspflicht mit der Folge, dass eine Pflichtverletzung durch Nichterfüllung nicht denkbar ist. Die Vorschrift schließt nur die Durchführung der Leistungspflicht aus bzw. lässt Einreden gegen sie erheben.“).

¹¹⁸ MünchKommBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 68.

¹¹⁹ Demgegenüber zieht die Verletzung einer einfachen Obliegenheit keinerlei Rechtsbehelfe nach sich; vgl. *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 26; *Staudinger/Huber*, Eckpfeiler, Kap. D. Rn. 7.

¹²⁰ Vgl. MünchKommBGB/*Fetzer*, Vor § 362 Rn. 1.

¹²¹ So weist *Freitag* (NJW 2014, 113, 115) zu Recht darauf hin, dass es etwa in § 326 Abs. 1 BGB heißt, der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung entfalle, wenn er nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten brauche.

Auch der Wille des historischen Gesetzgebers dürfte nicht (unüberwindbar) entgegenstehen. Zwar liegt es nahe, anzunehmen, er sei implizit davon ausgegangen, dass Anspruch und Leistungspflicht zwei Seiten derselben Medaille seien. Ihm einen Willen dahingehend zu unterstellen, dass diese beiden Medailenseiten untrennbar seien und stets dasselbe Schicksal teilen müssten, dürfte aber zu weit gehen.

Letztlich wird mit einer isolierten Aufhebung des Leistungsanspruchs unter Fortbestand der Leistungspflicht freilich das System des CISG, dem auch DCFR und CESL folgen, in das BGB importiert: Der Anspruch auf Naturalerfüllung ist nicht mehr länger Kehrseite der Leistungspflicht des Schuldners, sondern von ihr losgelöst – und damit letztlich nichts anderes als ein Rechtsbehelf für den Fall, dass der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht freiwillig nachkommt. Ein solcher Import der CISG-Systematik ist indes m.E. keineswegs unzulässig. Im Gegenteil: Das CISG diene als Vorbild für die Schuldrechtsmodernisierung.¹²² Das in die Jahre gekommene deutsche System sollte durch das moderne System des CISG abgelöst werden. Die Leistungsstörungskategorien Unmöglichkeit und Verzug wurden durch eine einheitliche Anknüpfung an die Pflichtverletzung abgelöst.¹²³ Allerdings sah sich dieses Vorhaben während des Gesetzgebungsprozesses heftiger Kritik ausgesetzt, weswegen es letztlich entschärft wurde und die alten Kategorien von Unmöglichkeit und Verzug doch an einigen Stellen den Sprung ins modernisierte Schuldrecht schafften.¹²⁴ Aus heutiger Sicht erweisen sich diese Rudimente des alten Rechts oftmals als systemwidrig. Dies gilt auch und gerade für die Behandlung der Unmöglichkeit.

Möglicherweise war es sogar so, dass eine Anpassung an die neue Systematik deswegen verpasst wurde, weil die gesamte Aufmerksamkeit der Beseitigung von Altlasten gewidmet wurde. Hintergrund war folgender: § 275 BGB a.F. beruhte auf dem im gemeinen Recht herrschenden Verständnis einer Obligation – nämlich dass sie sich *einheitlich* auf Naturalerfüllung oder Ersatz für eine Nichterfüllung richte.¹²⁵ Dementsprechend sollte der Schuldner im Fall einer Unmöglichkeit der Leistung nur dann von seiner Obligation freierwerden, wenn

¹²² Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 86.

¹²³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 133; *Teichmann*, BB 2001, 1485, 1486; *Hadding*, in: FS Konzen, S. 193, 209 ff.; *Schwarze*, Jura 2002, 73: „Wechsel von einem punktuellen zu einem systematisch-deduktiven Leistungsstörungsrecht“; krit. u.a. *Stoll*, in: FS Lorenz, S. 291.

¹²⁴ In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Im Gegensatz zur Schuldrechtskommission hält es der Entwurf aber nicht für zweckmäßig, die Unmöglichkeit auch dort nicht gewissermaßen namentlich anzusprechen, wo dies sachlich angebracht ist.“ (BT-Drs. 14/6040, S. 128); krit. *Schlechtriem*, in: FS Sonneberger, S. 125, der eine Bemerkung des englischen Rechtshistoriker *Maitland* zum englischen Judicature Act von 1873 zitiert: „The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves“.

¹²⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 6 ff.; *Stoll*, in: FS Lorenz, S. 288 f. Ein derartiges Verständnis der Obligation findet sich heute noch im Common-law-Rechtskreis, allerdings mit dem Unterschied,

er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte.¹²⁶ Nur dann erschien es gerechtfertigt, die gesamte Obliegenheit (also inklusive der Pflicht zum Schadensersatz) erlöschen zu lassen. Im Laufe der Zeit wandelte sich das Verständnis jedoch. Die Obligation wurde gewissermaßen aufgespalten – und nur noch die Erfüllung als ihr primäres Ziel angesehen. Die Haftung für eine Nichterfüllung wurde demgegenüber nicht mehr als originärer Inhalt der Obligation eingestuft, sondern als Sanktion einer Nichterfüllung.¹²⁷ Mit diesem neuen Verständnis stand § 275 Abs. 1 BGB a.F. freilich nicht mehr im Einklang: Dass die Erfüllungspflicht nur dann entfallen sollte, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hatte, war unsinnig geworden. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat § 275 Abs. 1 BGB daher durch eine Streichung des Verschuldenskriteriums an das veränderte Verständnis „angepasst“.¹²⁸

Eine Anpassung an den gleichzeitig vollzogenen Wechsel vom kategoriebasierten hin zu einem pflichtverletzungsbasierten Leistungsstörungenrecht wurde demgegenüber verpasst. Polemisch könnte man sagen: Die gesetzliche Regelung der Unmöglichkeit hinkt dem dogmatisch-systematischen Verständnis nach wie vor einen Schritt hinterher. Dieses Versäumnis des Gesetzgebers kann – und muss – jedoch durch eine entsprechende Auslegung des § 275 Abs. 1 BGB nachgeholt werden. Sowohl der Wortlaut des § 275 Abs. 1 BGB als auch systematische Erwägungen sprechen wie gesagt für eine solche Auslegung. Dahinter muss der historische Gesetzgeberwillen zurücktreten – zumal man wohl unterstellen kann, dass der Gesetzgeber sich die Frage nach einem isolierten (also anspruchsentkleideten) Fortbestand der Leistungspflicht überhaupt nicht gestellt hat.¹²⁹

dass es dort dem Schuldner freigestellt ist, ob er in natura erfüllt oder Schadensersatz leistet; vgl. hierzu unten § 4 B. I.

¹²⁶ Vgl. *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, insb. S. 103 ff. und 163 ff.; *Sutschet*, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 8 ff.; *Stoll*, in: FS Lorenz, S. 288 f.; *Schermaier*, JZ 2006, 331, 335 f.; krit. auch für diesen Fall Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 127 unter Hinweis darauf, dass der Anspruch auf das Surrogat nach § 281 BGB a.F. (= § 285 BGB n.F.) verschuldensunabhängig besteht.

¹²⁷ Vgl. *Sutschet*, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 13 ff.

¹²⁸ Vgl. *Teichmann*, BB 2001, 1485, 1487; *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 55; krit. gegenüber dieser Anpassung, weil sie auf einem „verfehltem“ Verständnis der Obligation basierte *Sutschet*, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 15 und 249; *Schermaier*, JZ 2006, 331, 335.

¹²⁹ Für die Möglichkeit einer systemkonformen Auslegung gegen den Gesetzgeberwillen auch *Sutschet*, Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 249, dessen Auslegung dann freilich – auf Basis der Annahme einer einheitlichen Obligation – zu einem anderen Ergebnis als dem hier vertretenen führt: Er will das gestrichene Verschuldenskriterium wieder in § 275 Abs. 1 BGB n.F. hineinlesen (S. 274).

(cc) *Auswirkungen auf weitere rechtliche Folgen des Erlöschens*

Die Trennung von Erfüllungsanspruch und Leistungspflicht dürfte über das Leistungsstörungsrecht hinaus keine rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen. Insbesondere für akzessorische Sicherheiten gilt, dass das Gesetz ihren Bestand grundsätzlich an denjenigen der Forderung (also des Anspruchs) knüpft: § 1252 BGB ordnet an, dass ein Pfandrecht mit der Forderung erlischt, für die es besteht, und auch § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB setzt für einen Übergang der Hypothek auf den Eigentümer lediglich voraus, dass die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, erlischt.

bb) *Unerschwinglichkeit*

(1) *Einrede des Schuldners*

Ist die geschuldete Leistung nicht völlig unmöglich, sondern nur unerschwinglich¹³⁰ greift nicht § 275 Abs. 1 BGB, sondern Abs. 2. Dieser sieht eine andere Rechtsfolge vor als Abs. 1: Der Anspruch des Gläubigers bleibt bestehen; dem Schuldner wird lediglich das Recht eingeräumt, die Leistung zu verweigern. § 275 Abs. 2 BGB ist also als (materiell-rechtliche¹³¹) Einrede des Schuldners ausgestaltet.¹³²

Mit dem Institut der Einrede werden gemeinhin zwei Charakteristika verbunden:¹³³ Erstens führt die Einrede nicht zum Erlöschen des Anspruchs, sondern hemmt nur dessen Durchsetzbarkeit – was entweder vorübergehend (= dilatorisch) oder dauerhaft (= peremptorisch) geschehen kann. Zweitens muss eine Einrede nach (nahezu¹³⁴) einhelliger Auffassung erhoben werden, die Hemmung tritt also nicht ipso iure ein.

¹³⁰ Vgl. zur nahezu unmöglichen Grenzziehung zwischen Unmöglichkeit und Unerschwinglichkeit oben a) bb).

¹³¹ Im Prozessrecht werden die Begriffe Einrede und Einwendung mit anderen Inhalten belegt. Unter Einwendung wird dort das gesamte Verteidigungsvorbringen des Beklagten verstanden (inklusive dem Bestreiten von anspruchsbegründenden Tatsachen). Mit Einrede sind hingegen sämtliche Gegenrechte des Beklagten gemeint. Der prozessuale Begriff der Einrede umfasst also nicht nur materiell-rechtliche Einreden, sondern auch materiell-rechtliche Einwendungen. Vgl. zur unterschiedlichen Terminologie in Prozess- und materiellem Recht Motive I, S. (359 und) 360, ferner *H. Roth*, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, S. 37; *Jahr*, JuS 1964, 125, 128 f.; *Meller-Hannich*, JZ 2001, 656, 659; *Gröschler*, AcP 201 (2001) 48, 49 Fn. 2.

¹³² Begründung des Entwurfs des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drs. 14/6040, S. 129; ebenso der BGH (19.12.2012 – VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 28) und die ganz h.M. in der Literatur (siehe statt aller MünchKommBGB/*Ernst*, § 275 Rn. 96; *Schlecht-riem*, in: FS Sonnenberger, S. 125, 127; a.A. *Freitag*, NJW 2014, 113, 114: Einwendung).

¹³³ Siehe allgemein *H. Roth*, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, S. 37; *Büdenbender*, JuS 1997, 481, 482; *Gröschler*, AcP 201 (2001) 48 ff.

¹³⁴ Krit. *Gröschler*, AcP 201 (2001) 48 ff.

(2) Konsequenzen der bloßen Anspruchshemmung

Ist die Unerschwinglichkeit von dauerhafter Natur, sind jedenfalls im praktischen Ergebnis kaum Unterschiede zu § 275 Abs. 1 BGB zu verzeichnen. Das Gesetz misst der peremptorischen Einrede Rechtsfolgen bei, die denen einer rechtsvernichtenden Einwendung zumindest im Ergebnis weitgehend entsprechen:¹³⁵ Die peremptorische Einrede führt ebenso wie die rechtsvernichtende Einwendung dazu, dass eine Klage des Gläubigers als unbegründet abzuweisen ist; sie führt ebenso wie die Einwendung dazu, dass die Forderung nicht aufgerechnet werden kann (§ 390 BGB), und sie führt ebenso wie die Einwendung dazu, dass in Unkenntnis Geleistetes grundsätzlich kondiziert werden kann (§ 813 BGB).¹³⁶ Auch in ihren Auswirkungen auf Sicherheiten unterscheiden sich Einwendungen und Einreden im Ergebnis nicht: Eine gegenüber der Hauptforderung bestehende peremptorische Einrede hindert den Sicherungsnehmer in der Regel daran, sich aus der Sicherung zu befriedigen. Lediglich der Weg zu dem Ergebnis ist ein anderer: Während rechtsvernichtende Einwendungen beispielsweise dazu führen, dass Pfandrechte ipso iure erlöschen (§ 1252 BGB), hat eine peremptorische Einrede zur Folge, dass der Schuldner das Pfandrecht zurückverlangen kann (§ 1254 BGB) – woraufhin es durch Rückgabe erlischt (§ 1253 BGB). Ähnliches gilt für die Hypothek: Bei Einwendungen gegen die gesicherte Forderung wandelt sich die Hypothek ipso iure in eine Eigentümergrundschild um (§§ 1163, 1177 BGB), bei peremptorischen Einreden kann der Schuldner verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§§ 1137, 1169 BGB) – woraufhin sie zur Eigentümergrundschild wird (§§ 1168, 1177 BGB). Bei der Bürgschaft führt eine Einwendung gegen die Hauptforderung zum Erlöschen des Bürgschaftsanspruchs (§ 767 Abs 1 S. 1 BGB); eine Einrede gegen die Hauptforderung führt – weil der Bürge sie geltend machen kann – dazu, dass der Bürgschaftsanspruch nicht durchgesetzt werden kann (§ 768 BGB). De facto besteht also auch hier dasselbe Ergebnis: Der Bürge muss nicht zahlen.¹³⁷

Auch auf die oben¹³⁸ dargestellten Friktionen mit dem Schadensersatzrecht wirkt sich die Anordnung einer bloßen Anspruchshemmung nicht (positiv) aus. Nach allgemeiner Auffassung ist es für einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 ff. BGB nämlich erforderlich, dass der Schuldner eine *fällige und einredefreie* Leistungspflicht verletzt. Steht dem Schuldner hingegen eine Einrede zu, so soll seine Nichtleistung keine Schadensersatzhaftung auslösen.¹³⁹

¹³⁵ Vgl. Motive I, S. 359: „In wirtschaftlicher Hinsicht ist allerdings ein Anspruch, welchem eine seine Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht, einem nicht bzw. nicht mehr bestehenden Anspruch gleichwertig.“

¹³⁶ Schlosser, JuS 1966, 257 ff.

¹³⁷ Zu weiteren Details siehe Schlosser, JuS 1966, 257, 260 ff.

¹³⁸ Siehe oben aa) (2) (a).

¹³⁹ Siehe nur Palandt/Grüneberg, § 281 Rn. 8; NomosKomm/Dauner-Lieb, § 281 Rn. 13; Emmerich, Leistungsstörungen, § 18 Rn. 21; Lorenz/Riehm, Rn. 191.

Man wird sich hier also auf dieselbe Weise zu helfen haben wie bei der Unmöglichkeit, nämlich mit der Annahme, § 275 Abs. 2 BGB hemme nur den Leistungsanspruch des Gläubigers, nicht aber die Leistungspflicht des Schuldners. Allerdings begegnet dieser Ansatz hier größeren Bedenken als dort. Während § 275 Abs. 1 BGB die Rechtsfolge aus der Perspektive des Gläubigers formuliert („Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen“) und damit interpretatorischen Raum für einen Fortbestand der Schuldnerpflicht lässt, setzt § 275 Abs. 2 BGB beim Schuldner an: „Der Schuldner kann die Leistung verweigern“. Wem das Gesetz gestattet, eine Leistung zu verweigern, der begeht eigentlich keine Pflichtverletzung, wenn er genau dies tut. Hinzu kommt, dass dies die Standard-Formulierung für Einreden ist. Wollte man im Rahmen des Schadensersatzanspruchs also eine Pflichtverletzung trotz Unerschwinglichkeit der Leistung bejahen, müsste man dies wohl auch bei allen anderen Einreden tun, also etwa dann, wenn der Erfüllungsanspruch verjährt ist. Das verbietet sich aber zweifellos.

Für § 275 Abs. 2 BGB lässt sich das Ziel einer widerspruchsfreien Gesetzesauslegung also wohl nicht erreichen. Es bleibt bei der – wie gesagt: zwar unschönen, aber auch unschädlichen¹⁴⁰ – dogmatischen Inkohärenz des Gesetzes.¹⁴¹

(3) Erfordernis eines Erhebens der Unerschwinglichkeitseinrede?

Über diese Inkohärenz dürfte sich der Gesetzgeber freilich kaum Gedanken gemacht haben, als er sich dafür entschied, § 275 Abs. 2 BGB als Einrede auszugestalten. Mehr noch: Der Grund dürfte gar nicht in dem Einredecharakteristikum der bloßen Anspruchshemmung liegen, sondern in dem anderen Charakteristikum der Einrede: in dem Erfordernis ihres Erhebens. Damit war wohl die Überlegung verbunden, dass der Schuldner einer zumindest theoretisch noch möglichen Leistung nicht gegen seinen Willen befreit werden dürfe. Vielmehr solle er frei entscheiden können, ob er die Leistung trotz des Hindernisses erbringen will, beispielsweise um sich den good will seines Geschäftspartners zu erhalten.¹⁴²

Diese Überlegung verwundert freilich vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber wohl davon ausging, dass eine Unerschwinglichkeit i. S. d. § 275 Abs. 2 BGB

¹⁴⁰ Wegen § 275 Abs. 4, § 283 und § 326 Abs. 5 BGB bestehen an der positivrechtlichen Gebotenheit eines Schadensersatzanspruchs im Fall einer Unmöglichkeit der Leistung keine Zweifel, siehe oben aa) (2) (a).

¹⁴¹ Sie gilt übrigens in gleicher Weise für Fälle, in denen der Verkäufer eine Nacherfüllung wegen (absoluter) Unverhältnismäßigkeit verweigert: Auch in diesem Fall soll dem Käufer nach Ansicht des BGH ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 ff. BGB zustehen können (vgl. BGH 4.4.2014 – V ZR 275/12, Z 200, 350 Rn. 35). Argument: § 440 BGB ordnet an, dass es für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung keiner Fristsetzung bedarf, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung gestützt auf § 439 Abs. 3 BGB verweigere. Diese Regelung impliziert, dass ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach besteht.

¹⁴² Vgl. MünchKommBGB/Ernst, § 275 Rn. 96; BeckOKBGB/Unberath, § 275 Rn. 61.

nur im absoluten Ausnahmefall angenommen werden könne, also dann, wenn der Leistungsaufwand des Schuldners derart außer Verhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht, dass die Situation de facto einer Unmöglichkeit gleichkommt.¹⁴³ In solch einem Fall dürfte der Bedarf an Entscheidungsfreiheit beim Schuldner indes recht überschaubar sein. Und eine Rufschädigung dürfte eine Nichtleistung in solch einem Fall auch kaum auslösen, jedenfalls dann nicht, wenn der Schuldner statt in natura zu erfüllen, die Interessen seines Geschäftspartners großzügig mit Geld befriedigt. Der Vorteil, den die Rechtsfolge des § 275 Abs. 2 BGB für den Schuldner bietet, ist demzufolge recht gering. Dies gilt umso mehr, als der Schuldner selbstverständlich durch eine ipso-iure eintretende Hemmung des Erfüllungsanspruchs nicht gehindert wäre, dennoch zu leisten.

Allerdings ist auch der Nachteil, der dem Schuldner aus der Ausgestaltung als Einrede erwächst, praktisch unerheblich. Er besteht darin, dass er dann, wenn er es versäumt, die Einrede zu erheben, trotz des Hindernisses zur Leistung verurteilt wird. Das dürfte ihm allerdings selten passieren, zumal an das Erheben der Einrede inhaltlich keine hohen Anforderungen gestellt werden (es genügt, wenn der Schuldner deutlich macht, nicht leisten zu wollen, weil der Aufwand dafür zu hoch sei¹⁴⁴). Ernsthaft besteht die Gefahr daher nur dann, wenn der Schuldner im Gerichtsverfahren säumig bleibt. In diesem Fall findet eine vorher erhobene Einrede nur dann Berücksichtigung, wenn sie sich aus dem Vortrag des Gläubigers ergibt¹⁴⁵ – was freilich kaum jemals der Fall sein dürfte. Allerdings würde eine amtswegige Beachtung der Unerschwinglichkeit die Gefahr für den Schuldner allenfalls marginal verringern. Denn auch in diesem Fall müssten die Umstände, auf denen die Unerschwinglichkeit fußt, Eingang in den Prozess finden. Wiederum ist es kaum vorstellbar, dass der Gläubiger dies für den Schuldner übernimmt. Anders als etwa die Verjährung¹⁴⁶ des Anspruchs wird sich die Unerschwinglichkeit regelmäßig auch nicht aus dem Tatsachenvortrag des Gläubigers entnehmen lassen.¹⁴⁷

Einen Nachteil kann das Erhebensefordernis hingegen für den – rechtsunkundigen – *Gläubiger* bedeuten, nämlich dann, wenn er um die Umstände der

¹⁴³ Siehe hierzu unten § 4 C. V. 2. b); krit. deswegen auch *Maier-Reimer*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis*, S. 293.

¹⁴⁴ *MünchKommBGB/Ernst*, § 275 Rn. 97.

¹⁴⁵ Nach ganz h.M. muss eine Einrede nicht im Prozess erhoben werden; vielmehr genügt grundsätzlich die außergerichtliche Erhebung. Allerdings muss diese außergerichtliche Erhebung selbstverständlich vorgetragen und so zum Prozessstoff gemacht werden. Vgl. zu diesem Thema ausführlich *BeckOGKBGB/Bach*, § 214 Rn. 7 ff.

¹⁴⁶ Zur entsprechenden Problematik bei der Verjährung siehe *BeckOGK/Bach*, § 214 Rn. 46 ff.

¹⁴⁷ Umgekehrt gilt: Ergibt sich die Unerschwinglichkeit ausnahmsweise einmal aus dem Vortrag des Gläubigers, etwa weil er ein Schreiben des Schuldners als Anlage zu den Akten gibt, so dürften sich aus diesem Schreiben regelmäßig nicht nur die Umstände der Unerschwinglichkeit ergeben, sondern gleichzeitig die Leistungsverweigerung des Schuldners.

Unerschwinglichkeit weiß. In diesem Fall wird er nicht weiter auf Erfüllung bestehen, sondern Rückabwicklung (nach § 326 Abs. 4 BGB) und/oder Schadensersatz (nach §§ 280, 283 BGB) verlangen. Hierauf wird er, falls der Schuldner dieser Forderung nicht nachkommt, auch seine Klage richten. Eine solche Klage führt freilich nicht zur Hemmung der Verjährung hinsichtlich des Naturalerfüllungsanspruchs. Dies eröffnet dem Schuldner die Möglichkeiten, das Verfahren zu verzögern und dann vorzutragen, er habe die Unerschwinglichkeitseinrede gar nicht erhoben. Das Gericht wird die Schadensersatzklage des Gläubigers dann abzuweisen haben: Sowohl § 326 Abs. 4 BGB als auch § 283 BGB setzen eine Befreiung des Schuldners nach § 275 BGB voraus, die hier mangels Erhebens der Einrede nicht vorliegt. Der Gläubiger läuft also Gefahr leer auszugehen: Rückabwicklung und Schadensersatz kann er mangels Befreiung des Schuldners nicht verlangen¹⁴⁸ und der (fortbestehende) Anspruch auf Naturalerfüllung ist verjährt.

Dass dieses Dilemma nicht nur theoretischer Natur ist, sondern durchaus praktisch werden kann, zeigt die – unten noch ausführlicher darzustellende¹⁴⁹ – Boot-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2012.¹⁵⁰ Dort war nicht die Erfüllung des Anspruchs, sondern die Nacherfüllung unerschwinglich geworden. Der Gläubiger konnte sein Rückabwicklungsbegehren wegen § 326 Abs. 1 S. 2 BGB also nicht auf § 326 Abs. 4 BGB stützen, sondern musste vom Vertrag zurücktreten und Rückabwicklung nach § 346 Abs. 1 BGB verlangen. Das hatte er auch getan. Allerdings hatte er dem Schuldner im Vertrauen auf die Unerschwinglichkeit – und damit auf § 326 Abs. 5 BGB – keine Nachfrist gesetzt. Der BGH hielt den Rücktritt daher für unwirksam: Im Falle einer bloßen Unerschwinglichkeit greife § 326 Abs. 5 BGB nur dann, „wenn der Schuldner gemäß § 275 Abs. 2 BGB von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat“¹⁵¹.

cc) Partielle Unmöglichkeit bzw. Unerschwinglichkeit

Ist die Leistung des Schuldners nur teilweise unmöglich bzw. unerschwinglich, so gelten die o.g. Rechtsfolgen nur für jenen unmöglichen bzw. unerschwinglichen Teil. Die restliche Leistung muss der Schuldner erbringen. Dies gilt auch in Fällen einer sog. qualitativen Unmöglichkeit, also dann, wenn der Leistungsgegenstand an einem unbehebaren Mangel leidet. In diesem Fall bezieht sich die Befreiung bzw. die Einrede nur auf den Anspruch des Gläubigers auf mangelf-

¹⁴⁸ Für ein Schadensersatzverlangen nach §§ 280, 281 BGB oder einen Rücktritt nach § 323 BGB hätte er eine Frist setzen müssen, was er im Vertrauen auf die Unerschwinglichkeit oftmals nicht getan haben wird.

¹⁴⁹ Siehe unten § 4 C. III. 2 b) und § 4 C. V. 2. c) aa) (2).

¹⁵⁰ BGH, 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074.

¹⁵¹ Leitsatz 2 der Entscheidung.

reie Lieferung. Der Anspruch wird gewissermaßen zu einem solchen auf „mangelhafte Lieferung“ reduziert. Da diese partielle Wirkung der Unmöglichkeit komplexe Folgefragen nach sich zieht, wird sie im zweiten Kapitel (§ 8) gesondert behandelt. Auf die dortigen Ausführungen sei an dieser Stelle verwiesen.

dd) Fazit

In praktischer Hinsicht und im Normalfall werfen die in § 275 BGB angeordneten Rechtsfolgen keine Probleme auf. Der Schuldner muss nicht leisten, weder im Fall der Unmöglichkeit noch im Fall der Unerschwinglichkeit. Probleme ergeben sich allerdings zum einen für den Spezialfall einer vorübergehenden Unmöglichkeit – dazu gesondert unten § 10 – und zum anderen ganz generell in dogmatischer Hinsicht: Die von § 275 Abs. 1 und 2 BGB angeordneten Rechtsfolgen passen nicht recht in das neue Schadensersatzsystem, das nicht mehr kategoriebasiert an eine Unmöglichkeit, sondern allgemein an die Verletzung einer Pflicht anknüpft. Während man § 275 Abs. 1 BGB so deuten kann, dass nur der Leistungsanspruch des Gläubigers untergeht, die Leistungspflicht des Schuldners jedoch – anspruchsentkleidet – fortbesteht, lässt der Wortlaut des § 275 Abs. 2 BGB eine entsprechende Deutung kaum zu. Hier bleibt es dementsprechend bei der dogmatisch inkonsistenten Gesetzeslage, dass der Schuldner einerseits seine Leistung verweigern darf, dass eine solche Verweigerung aber andererseits im Rahmen der §§ 280 ff. BGB als Pflichtverletzung zu werten ist.

3. Schicksal der Gegenleistung

Erlischt nach § 275 Abs. 1 BGB der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung des Schuldners (oder steht ihm nach § 275 Abs. 2 BGB die Einrede der Unerschwinglichkeit entgegen), so erlischt gem. § 326 Abs. 1 BGB grundsätzlich automatisch auch der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung des Gläubigers. Ausnahmen hiervon bestehen nur für drei Fälle: a) das Leistungshindernis entsteht nach Gefahrübergang (§§ 446, 447 BGB); b) der Gläubiger ist für das Leistungshindernis allein oder weit überwiegend verantwortlich (§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 1 BGB); c) der Gläubiger befindet sich in Annahmeverzug und der Schuldner hat das Leistungshindernis nicht zu vertreten (§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 2 BGB).

Ausnahme c) ist im Kaufrecht allerdings weitgehend obsolet: Nach § 446 S. 2 BGB begründet der Annahmeverzug einen Übergang der Preisgefahr auf den Käufer, so dass bereits Ausnahme a) greift.¹⁵²

¹⁵² Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang, dass § 447 BGB die Alternative des Annahmeverzugs völlig unberücksichtigt lässt. Dies mag auf der Überlegung gründen, dass der Verkäufer bei vereinbarter Schickschuld – anders als bei der Hol- oder Bringschuld – für die Übergabe nicht auf die Mitwirkung des Käufers angewiesen ist: Es genügt die Übergabe an die Transportperson. Diese Überlegung greift aber dann zu kurz, wenn der Gläubiger

Hinsichtlich Ausnahme b) ist umstritten, nach welchem Maßstab sich die „Verantwortlichkeit“ des Gläubigers richtet. § 276 BGB gilt ausdrücklich nur für die Verantwortlichkeit des Schuldners. Dieser Streit wird Gegenstand der Ausführungen in § 6 sein. An dieser Stelle mag daher der Hinweis genügen, dass der BGH § 276 BGB analog anwendet.

Selbst wenn eine der Ausnahmen greift, kann der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung jedoch unter Umständen zu kürzen sein. Gem. § 326 Abs. 2 S. 2 BGB muss sich der Schuldner „dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.“¹⁵³ Diese Anrechnung kann unter Umständen sogar dazu führen, dass die Gegenleistung auf Null zu reduzieren ist. Betrifft das Hindernis nicht den Gegenstand der Leistung, sondern lediglich die Lieferung des Gegenstands an den konkreten Gläubiger (bspw. ein Exportverbot für das Land des Käufers), so verbleibt dem Schuldner durch die Befreiung der volle Sachwert und die Möglichkeit, die Sache gewinnbringend an einen Dritten zu veräußern.¹⁵⁴

4. Schadensersatzhaftung des Schuldners

Erfüllt der Schuldner wegen eines Leistungshindernisses nicht in natura, stellt sich die Frage nach einer Schadensersatzhaftung. Diese Frage wird von § 275 BGB teilweise mitbeantwortet. Grundsätzlich gilt nämlich: Wenn die Leistung

vorab erkennen lässt, er werde die Lieferung nicht annehmen. Wollte der Schuldner in solch einem Fall den Übergang der Preisgefahr herbeiführen, müsste er die Kaufsache trotz der Ankündigung des Gläubigers an die Transportperson übergeben. Dies wird ihm in aller Regel kaum zuzumuten sein. Er wäre gezwungen, die Versandkosten vorzustrecken – und ob er diese dann nach § 304 BGB ersetzt verlangen könnte, erscheint zumindest zweifelhaft. Nach § 304 BGB sind nämlich nur solche Aufwendungen ersatzfähig, die der Schuldner für das Angebot machen musste. Da der Gläubiger aber erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, hätte ein wörtliches Angebot gem. § 295 BGB genügt, um ihn in Annahmeverzug zu versetzen. Der Transport musste also nicht stattfinden – zumindest nicht, um den Annahmeverzug zu begründen. Selbst wenn man einen Anspruch auf Ersatz der Versandkosten bejahen wollte, träfe den Schuldner jedenfalls das Insolvenzrisiko des Gläubigers. Im Übrigen erscheint es auch ökonomisch betrachtet ineffizient, dem Schuldner aufzuerlegen, die Ware einem unsinnigen Transport zu unterziehen. Daher muss die Annahmeverzugsvariante des § 446 S. 3 BGB m.E. auch bei Schickschulden angewendet werden. Dies kann entweder im Wege der Analogie – deren Voraussetzungen ohne weiteres vorliegen dürften – oder aber (vorrangig) durch Auslegung des § 447 BGB erfolgen, indem man diese Vorschrift lediglich als Ausnahme zur Übergabevariante des § 446 S. 1 BGB versteht, die die Annahmeverzugsvariante des S. 3 unberührt lässt.

¹⁵³ Ähnliche Regelungen enthalten § 645 Abs. 1 S. 1 BGB (für das Werkvertragsrecht, § 615 BGB (für das Dienstvertragsrecht) und § 537 BGB (für das Mietrecht); vgl. zu den – geringfügigen – Unterschieden zwischen diesen Vorschriften unten § 9 B. I. 3. b) cc), dd) und ee).

¹⁵⁴ In diesem Fall ist jedoch genau zu prüfen, ob der Schuldner das Geschäft mit dem Dritten nicht ohnehin geschlossen hätte. Dann ist zumindest der Gewinn aus jenem Geschäft nicht anzurechnen (sog. Lost-volume-Geschäft).

weder unmöglich noch unerschwinglich ist, führt eine Nichtleistung stets zu einem Schadensersatzanspruch. Die Nichtleistung ist dann als schuldhaft (vorsätzlich) einzustufen.¹⁵⁵ Bei überwindbaren Hindernissen besteht der Vorwurf in der (vorsätzlich) unterlassenen Überwindung des Hindernisses.

Allerdings gilt eine wesentliche Ausnahme¹⁵⁶ von diesem Grundsatz: Überwinden kann der Schuldner nämlich nur solche Hindernisse, die er kennt. Bei fehlender Kenntnis kann ihm die unterlassene Beseitigung also nicht zum Vorwurf gemacht werden.¹⁵⁷ In diesem Fall verschiebt sich der Blickwinkel: Nicht mehr die unterlassene Überwindung des Hindernisses steht im Vordergrund; vielmehr rückt die Frage in den Fokus, ob der Schuldner das Hindernis hätte *erkennen* müssen. Bejahendenfalls steht dann fest, dass er es auch hätte *überwinden* müssen und dass ihn dementsprechend ein Verschuldens-, genauer: ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft.

Kann die mangelnde Kenntnis dem Schuldner nicht zum Vorwurf gemacht werden, schließt dies eine Schadensersatzhaftung freilich nicht zwingend aus. Vielmehr gilt in diesem Fall der herkömmliche Haftungsmaßstab: Es kommt darauf an, ob der Schuldner das Leistungshindernis schuldhaft herbeigeführt hat oder nicht.¹⁵⁸

Ist die Leistung tatsächlich unmöglich oder unerschwinglich, so greift der oben genannte Automatismus von vornherein nicht; es kommt von vornherein nur darauf an, ob der Schuldner das Leistungshindernis schuldhaft herbeigeführt hat.¹⁵⁹

¹⁵⁵ NomosKomm/Dauner-Lieb, § 276, Rn. 30.

¹⁵⁶ Eine zweite – in der Praxis allerdings wohl kaum vorstellbare Ausnahme – besteht im Fall eines entschuldigten Rechtsirrtums: geht der Schuldner irrig davon aus, dass er wegen des Hindernisses von seiner Leistungspflicht befreit ist, so kann dies den Verschuldensvorwurf entfallen lassen. Allerdings ist der BGH bei der Annahme eines *entschuldigten* Rechtsirrtums äußerst restriktiv (siehe hierzu unten § 2 C. II. 3. b) cc) (5)); ein nicht entschuldigter Rechtsirrtum begründet indes seinerseits den Vorwurf der Fahrlässigkeit.

¹⁵⁷ Vorstellbar ist solch eine mangelnde positive Kenntnis vor allem bei der Schlechtlieferung, nämlich in dem klassischen Fall eines versteckten Mangels. Aber auch eine Lieferungsverzögerung muss nicht notwendigerweise derart offensichtlich sein, dass der Schuldner sie sogleich erkennt und das betreffende Hindernis behebt. Freilich dürfte in diesen Fällen die Unkenntnis dem Schuldner in aller Regel zum Vorwurf gemacht werden können. Grundsätzlich obliegt es ihm, sich darüber zu informieren, ob eine Lieferung den Adressaten rechtzeitig erreicht oder ob sie aufgehalten wird.

¹⁵⁸ Siehe hierzu ausführlich unten §. 2 C.

¹⁵⁹ Staudinger/Otto, § 280 Rn. D 8; MünchKommBGB/Ernst, § 280 Rn. 27; BeckOKBGB/Unberath, § 283 Rn. 3; a.A. wohl BeckOGK BGB/Schaub, Art. 276 Rn. 148: „Wenn der Schuldner etwa über § 275 Abs. 2 von der Leistungspflicht befreit ist, kann ihm nicht aus demselben Grund, der zur Befreiung von der Leistungspflicht führt, ein Vertretenmüssen i.S.d. § 276 zur Last gelegt werden.“