

Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch

Stephan Lorenz *

- A. Das System des Leistungsstörungenrechts des BGB 1900
 - I. Das gemischte System
 - II. Das allgemeine Leistungsstörungenrecht des BGB 1900
 - 1. Das Konzept der Unmöglichkeit
 - 2. Das Konzept des Verzugs
 - III. Das besondere Leistungsstörungenrecht des BGB 1900 am Beispiel des Kaufrechts
 - IV. Lücken des Leistungsstörungenrechts
 - 1. Das Fehlen eines allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes: Die „positive Forderungsverletzung“
 - 2. Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*)
 - 3. Geschäftsgrundlage
 - V. Die fehlende Feinabstimmung zwischen Gewährleistungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungenrecht – das Problem der „Zweispurigkeit“
 - VII. Zwischenresümee
- B. Schuldrechtsreform 2002
 - I. Die Reformvorschläge der Schuldrechtskommission sowie die Vorarbeiten zur Schuldrechtsreform
 - II. Das Leistungsstörungenrecht des Diskussionsentwurfs
- C. Das Leistungsstörungenrecht nach der Schuldrechtsreform
 - I. Das allgemeine Leistungsstörungenrecht
 - 1. Die Systematik der gesetzlichen Regelung
 - 2. Der Begriff der „Pflichtverletzung“ als zentraler Anknüpfungspunkt
 - 3. Die Abgrenzung zum Vertretenmüssen
 - 4. Arten der Pflichtverletzung
 - 5. Die Kodifizierung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und des Rechts zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB)
 - 6. Materielle Tendenzen
 - II. Die Rückführung des Gewährleistungsrechts auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht: Das Ende der Spaltung
 - 1. Ausgangspunkt: Mangelhafte Leistung als Pflichtverletzung
 - 2. Qualitative Unmöglichkeit
 - 3. Qualitative Verspätung der Leistung
- D. Systemvergleich
- E. Tendenzen: Die Entwicklung seit 2002

* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs.

Der Begriff der „Leistungsstörung“ ist weder ein gesetzlicher Begriff noch ein feststehender Begriff der juristischen Dogmatik. Es handelt sich vielmehr um eine Sammelbezeichnung des juristischen Sprachgebrauchs.¹ Man fasst darunter jeden Fall, in welchem eine (gesetzlich oder vertraglich) geschuldete Leistung nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäß erbracht wird und auch keine Surrogation der Erfüllung eintritt.² Der Gesetzgeber kann die Rechtsfolgen solcher Leistungsstörungen ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des jeweiligen Schuldverhältnisses generell und abstrakt regeln (Allgemeines Leistungsstörungenrecht) oder aber für bestimmte vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse spezielle Regelungen vorhalten (Besonderes Leistungsstörungenrecht). Selbstverständlich ist konzeptionell auch eine Kombination beider Systeme denkbar.

A. DAS SYSTEM DES LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHTS DES BGB 1900

I. DAS GEMISCHTE SYSTEM

Das Leistungsstörungenrecht des BGB 1900 folgte bekanntlich einem gemischten System von allgemeinem und besonderem Leistungsstörungenrecht. Das in den §§ 241–432 BGB geregelte allgemeine Schuldrecht enthielt Regelungen über die Unmöglichkeit der Leistung sowie den Verzug des Schuldners. Im Besonderen Schuldrecht waren die Leistungsstörungen in den praktisch bedeutsamsten Fällen wie etwa im Kauf- und Werkvertragsrecht besonders und abweichend vom allgemeinen Schuldrecht geregelt. Dabei handelte es sich nicht etwa um bereichsspezifische, auf den Rechtsbehelfen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts aufbauende Sonderregelungen, sondern vielmehr um grundsätzlich geschlossene Systeme. Im Bereich des besonderen Gewährleistungsrechts, also etwa des Kaufgewährleistungsrechts, war die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts ausgeschlossen. In der Rechtsentwicklung stellten sich hier im Laufe der Zeit insbesondere Schwierigkeiten der Abgrenzung der Systeme in den Randbereichen, die weniger auf der dogmatisch-theoretischen Konzeption des Gesetzes als auf später aufgedeckten rechtspolitischen Defiziten des besonderen Leistungsstörungenrechts beruhten. Das betraf nicht nur das Rechtsbehelfssystem als solches, sondern auch Fragen insbesondere des Verjährungsrechts.

1 ULRICH HUBER, Leistungsstörungen, in: Joachim Gernhuber (Hrsg.), Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9/I (1999), Tübingen: Mohr Siebeck, S. 2.

2 DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2010, München: Beck, Rn. 332.

II. DAS ALLGEMEINE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT DES BGB 1900

Das allgemeine Leistungsstörungenrecht des BGB beruhte auf der grundlegenden Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Verspätung der Leistung (Verzug).

1. Das Konzept der Unmöglichkeit

Das Konzept der Unmöglichkeit basierte dabei auf einer hochkomplizierten vierfachen Unterscheidung, die hier nur verkürzt wiedergegeben werden kann.³ Zu unterscheiden waren anfängliche und nachträgliche, sowie objektive und subjektive Unmöglichkeit.

a) Die objektive Unmöglichkeit: Vertragsnichtigkeit

Im Falle objektiver Unmöglichkeit ordnete § 306 BGB a.F. nach römisch-rechtlichem Vorbild (*impossibilium nulla est obligatio*⁴) die Nichtigkeit des Vertrages an. Nach § 307 GB haftete allerdings die Vertragspartei, welche die Unmöglichkeit kannte oder schuldhaft verkannte, auf Ersatz des Vertrauensschadens des anderen Teils, sofern dieser seinerseits die Unmöglichkeit nicht kannte und auch nicht kennen musste.

Im Falle nachträglicher Unmöglichkeit entfiel die Leistungspflicht des Schuldners nach dem Wortlaut des § 275 Abs. 1 BGB a.F. nur, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte. Die Bedeutung des Erfordernisses des Vertretenmüssens bei der Frage der Leistungsbefreiung war nie wirklich geklärt.⁵ Lag Vertretenmüssen vor, haftete der Schuldner nach § 280 Abs. 1 BGB a.F. auf das positive Interesse. Im Falle eines gegenseitigen Vertrages bestimmten sich die Rechtsfolgen nach § 325 BGB a.F., der dem Gläubiger im Falle des Vertretenmüssens des Schuldners ein Wahlrecht zwischen Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz wegen Nichterfüllung einräumte. Hatte der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, begnügte sich das Gesetz im Falle eines gegenseitigen Vertrages mit einem *ipso-iure* Wegfall der Gegenleistungspflicht (§ 323 BGB a.F.). War die Unmöglichkeit hingegen vom Gläubiger zu vertreten oder trat sie zu einem Zeitpunkt ein, in welchem sich der Gläubiger im Annahmeverzug befand, blieb die Gegenleistungspflicht aufrechterhalten (§ 324 BGB a.F.).

3 Für eine Analyse der Defizite dieses bereits von ERNST RABEL, in: Festschrift für Ernst Immanuel Bekker. Aus römischem und bürgerlichem Recht (1907) S. 171 (= Gesammelte Aufsätze I. Arbeiten zum Privatrecht 1907 – 1930 (1965) S. 1) sowie RheinZ 3 (1911) S. 467 (= Gesammelte Aufsätze a.a.O. S. 56), kritisierten Konzepts siehe nur ULRICH HUBER, Leistungsstörungen, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981), Köln: Bundesanzeiger, S. 647, 770 ff. m.w.N.

4 Dig. 50.17.185.

5 Siehe dazu nur ULRICH HUBER, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz (2001), Tübingen: Mohr Siebeck, S. 31, 55.

b) *Die subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen)*

Die anfängliche nur subjektive Unmöglichkeit berührte die Wirksamkeit des Vertrages nicht. Die h.M. ging in diesem Bereich von einer (eingeschränkten) Garantiehaftung des Schuldners aus, die letztlich auf seinem Leistungsversprechen beruhte. Grundsätzlich haftete der Schuldner also nach § 280 Abs. 1 BGB, bei gegenseitigen Verträgen aus § 325 BGB a.F. ohne Rücksicht auf Verschulden. Der Verzicht auf das Erfordernis des Verschuldens wurde dabei einer dem Leistungsversprechen immanenten Garantieerklärung des Schuldners entnommen, zumindest für aus seiner Sphäre entstammende Leistungshindernisse gerade zu stehen.⁶ Diese h.M. war jedoch in Ergebnis und Begründung stets umstritten.⁷ Die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit war hingegen nach § 275 Abs. 2 BGB a.F. der (nachträglichen) objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt, d.h. der Schuldner haftete nach § 325 BGB a.F. grundsätzlich nur im Falle des Verschuldens.

Eine Besonderheit, die ihren gesetzgeberischen Grund wiederum in einem dem Leistungsversprechen immanenten Gedanken der Garantie suchte, bestand in der durch § 279 BGB a.F. gesetzlich ausdrücklich angeordneten Garantiehaftung des Gattungsschuldners. Dieser haftete im Falle nur subjektiven Unvermögens ohne Verschulden, „solange die Leistung aus der Gattung möglich ist.“

2. *Das Konzept des Verzugs*

Verzug des Schuldners ist der Gegenpol zur Unmöglichkeit, denn in Bezug auf die Erbringung der Leistung als solche sind rein phänomenologisch nur zwei Konstellationen denkbar: Der Schuldner *kann* die Leistung nicht erbringen (Unmöglichkeit) oder er erbringt die ihm zumindest nicht dauerhaft unmögliche Leistung trotz ihrer Fälligkeit nicht (Verspätung). Eine der grundlegenden Schöpfungen des deutschen Leistungsstörungenrechts, die sich weltweit als „Exportartikel“ erwiesen hat, ist dabei das Konzept der Nachfrist: Der Gläubiger soll eine Verspätung der möglichen Leistung des Schuldners als solche noch nicht zum Anlass nehmen dürfen, sich von dem Vertrag aus u.U. sachfremden Motiven zu lösen. Aus diesem Grunde gewährte § 326 BGB a.F. dem Gläubiger im Verzug des Schuldners (§ 284 BGB a.F.) ein Recht zum Rücktritt oder (wahlweise) zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst mit Ablauf einer dem Schuldner zu setzenden Nachfrist und einer damit verbundenen Ablehnungsandrohung. Die Rechtsbehelfe waren alternativ und setzten beide ein Vertretenmüssen seitens des Schuldners voraus.

Einen Anspruch auf Ersatz eines neben dem primären Leistungsanspruch geltend zu machenden Verspätungsschadens knüpfte § 286 Abs. 1 BGB a.F. an den Begriff des

6 Siehe dazu etwa KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I. Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, München: Beck, § 8 II = S. 100 f.

7 Siehe dazu z.B. U. HUBER, Leistungsstörungen (Fn. 1) S. 530 ff., der für eine analoge Anwendung von § 326 BGB a.F. plädierte.

Verzugs (§ 284 BGB a.F.) an. Dieser wiederum setzte neben der Fälligkeit der Leistung eine Mahnung oder einen Mahnungersatz voraus, d.h. eine über die bloße Fälligkeit hinausgehende besondere Warnung des Schuldners.

III. DAS BESONDERE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT DES BGB 1900 AM BEISPIEL DES KAUFRECHTS

Für das besondere Leistungsstörungenrecht exemplarisch ist das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht, d.h. das Gewährleistungsrecht. Der Gesetzgeber des BGB hat es – ebenso wie in anderen Bereichen – nicht etwa als Unterfall des allgemeinen Leistungsstörungenrechts begriffen, sondern einer in sich geschlossenen Regelung zugeführt. Exemplarisch kann das am Streit zwischen der Nichterfüllungstheorie und der Gewährleistungstheorie dargestellt werden. Nach ganz herrschender Auffassung war der Verkäufer einer Stücksache nicht etwa zu einer sachmangelfreien Leistung verpflichtet. Auch die Lieferung einer sachmangelhaften Kaufsache stellte also grundsätzlich eine Erfüllung der Verkäuferverpflichtung dar. Ausgehend vom Modell des Stückkaufs hatte der Verkäufer den verkauften Gegenstand so zu liefern, wie er ist. Das bedeutete freilich nicht, dass die Mangelhaftigkeit der Kaufsache sanktionslos blieb. An sie schloss sich vielmehr ein bestimmter Kanon spezieller Rechtsbehelfe an, die in den §§ 459 ff. BGB a.F. geregelt waren. Der Käufer konnte sich vom Kaufvertrag durch Wandelung lösen oder den Kaufpreis mindern (§ 462 BGB a.F.), hatte aber keinen gesetzlichen Anspruch auf Nacherfüllung etwa durch Beseitigung des Mangels. Schadensersatzansprüche gewährte das Gesetz in Bezug auf das Leistungsinteresse des Käufers nur im Falle einer vertraglichen Garantie (sog. zugesicherte Eigenschaft) sowie im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels (§ 463 BGB a.F.). Nur für den Gattungskauf gewährte das Gesetz dem Käufer alternativ die Möglichkeit eines Nacherfüllungsanspruchs (§ 480 BGB a.F.).

Anders verhielt es sich mit Rechtsmängeln. Hier bestand in Gestalt von § 434 BGB a.F. eine Verpflichtung des Verkäufers zu rechtsmangelfreier Leistung, bezüglich der an einen Rechtsmangel geknüpften Rechtsfolgen verwies § 440 BGB a.F. grundsätzlich auf die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

IV. LÜCKEN DES LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHTS

1. *Das Fehlen eines allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes: Die „positive Forderungsverletzung“*

Die wohl empfindlichste Lücke des Leistungsstörungenrechts des BGB bestand im Fehlen einer allgemeinen Regelung über die Schlechtleistung. Schon im Jahre 1904 machte *Hermann Staub* in seiner berühmten Monographie „Die positiven Vertragsverletzungen“ die „Entdeckung“ einer Gesetzeslücke, wenn der Schuldner bei Gelegenheit der Erfüllung einer Verpflichtung bestehende Rechtsgüter, d.h. das Integritätsinteresse

des Verkäufers, verletzt. Das Fehlen einer solchen allgemeinen Regelung wurde zu Recht als einer der (allerdings früh erkannten) Kardinalfehler der gesetzlichen Regelung aufgefasst. Er geht letztlich auf die Streichung einer allgemeinen Verschuldenshaftung für jede Pflichtverletzung zurück, die in § 244 Abs. 1 S. 2 des Ersten Entwurfs zum BGB noch vorgesehen war.⁸ Auch die Rechtsprechung ist sehr bald auf das Problem gestoßen, dass Leistungsstörungen, die weder Unmöglichkeit noch Verspätung darstellen, dann nicht durch das besondere Gewährleistungsrecht abgedeckt werden können, wenn bestehende Rechtsgüter des Käufers verletzt werden. Paradigmatisch hierfür ist der berühmte „Pferdefutter-Fall“ des Reichsgerichts aus dem Jahre 1907, in welchem durch Rizinuskörner verunreinigtes Pferdefutter zum Verenden der Tiere des Käufers geführt hatte⁹. Das Reichsgericht behalf sich hier zwar noch damit, eine Haftung direkt aus § 276 BGB herzuleiten, obwohl diese Regelung (damals wie heute) keine Anspruchsgrundlage darstellt, sondern lediglich den Haftungsmaßstab des Vertretenmüssens definiert, d.h. Zurechnungsfragen regelt. Unabhängig von dieser problematischen positivrechtlichen Verankerung hat es aber letztlich anerkannt, dass jede schuldhaftige Leistungsstörung, die durch eine Verletzung dieser im weitesten Sinne aufzufassenden Vertragspflichten den Vertragsgegner schädigt, eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründet.¹⁰ Damit schloss die Entdeckung der positiven Vertragsverletzung eine entscheidende Lücke nicht nur im allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB, sondern gerade auch im Gewährleistungsrecht. Zumindest für den Fall bloßer Fahrlässigkeit war der Weg zur Ersatzfähigkeit sog. „Mangelfolgeschäden“ erst durch die positive Vertragsverletzung eröffnet.

2. *Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo)*

Nicht als wesentliche Lücke erwiesen hatte sich hingegen die fehlende Kodifizierung des *Verschuldens bei Vertragsverhandlungen*. Schon vor dem Inkrafttreten des BGB war Iherings 1860 gemachte „Entdeckung“ in der Rechtsprechung wohl etabliert.¹¹ Die Schöpfer des BGB haben sie nicht generell, sondern nur punktuell legislatorisch festgelegt. Die Dynamik, die dieses Rechtsinstitut im Laufe von 100 Jahren entwickelt hat, dürften sie freilich kaum vorausgesehen haben. Insbesondere waren die gesetzlichen Fälle der *culpa in contrahendo* nur wenig mit dem Leistungsstörungenrecht, sondern eher mit Fragen der Vertragswirksamkeit verknüpft. Die Motive zum BGB erwähnen die *culpa in contrahendo* im Zusammenhang mit der „Haftung für die bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts unterlaufene Fahrlässigkeit“¹². So stellt der Gesetzgeber des BGB die

8 Siehe dazu nur U. HUBER, Leistungsstörungen (Fn. 3) S. 647, 759.

9 RGZ 66, 289.

10 RGZ 160, 310, 314; siehe auch BGHZ 11, 80, 83.

11 IHERING, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, IherJB (= Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen Rechts und deutschen Privatrechts) 4 (1861) S. 1 ff.

12 Motive I S. 195.

culpa in contrahendo vor allem in den Zusammenhang der Haftung für unwirksame Verträge (§§ 122, 179, 307, 309 BGB a.F.).

Erst sehr viel später und vom historischen Gesetzgeber kaum vorausgesehen erlangte die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss Bedeutung im Zusammenhang mit dem Leistungsstörungenrecht. So wurde sie etwa herangezogen, um als Defizit empfundene Haftungslücken des Gewährleistungsrechts zu schließen. Versagte etwa das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht dem Käufer Rechtsbehelfe in Bezug auf einen Sachmangel, bestand die Versuchung, durch ein Ausweichen auf eine Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten dennoch Ansprüche des Käufers zu kreieren. Daraus hatte sich ein kaum überschaubares Geflecht von Regeln und Ausnahmen ergeben, das sich häufig als Einfallstor von Billigkeitsrechtsprechung erwiesen hat.

3. *Geschäftsgrundlage*

Eine stärkere Verbindung zum Leistungsstörungenrecht hat hingegen die 1921 von *Oertmann* begründete Lehre von der Geschäftsgrundlage.¹³ Sie wurde vom Reichsgericht vor dem Hintergrund der gravierenden Auswirkungen der Weltwirtschaftskrise des Jahres 1923 rezipiert und positivrechtlich in § 242 BGB, d.h. im Grundsatz von Treu und Glauben verankert.¹⁴ Sie dient primär der Korrektur schwerwiegender Äquivalenzstörungen, hat aber Verbindungen auch zur Rechtsgeschäftslehre, indem sie (etwa in den Fällen des anfänglichen Fehlens der Geschäftsgrundlage) Fälle des gemeinschaftlichen Motivirrtums erfasst. Der Bezug zum Leistungsstörungenrecht ergab sich in Fällen der Äquivalenzstörungen (insbesondere der Leistungerschwerungen) sowie der Verwendungszweckstörungen. So umstritten die genauere Ausgestaltung der Lehre von der Geschäftsgrundlage in Rechtsprechung und Lehre auch war, so bestand doch Einigkeit über die grundsätzliche Billigung dieses Rechtsinstituts, das ohne unnötig große Gefährdung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* die Anpassung von Verträgen an das von den Parteien wirklich gewollte Äquivalenzverhältnis ermöglicht und damit letztlich die materielle Vertragsgerechtigkeit sichert.¹⁵

13 PAUL OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff* (1921), Leipzig [u.a.]: Deichert.

14 Grundlegend RGZ 103, 332.

15 Siehe nur STEPHAN LORENZ/THOMAS RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* (2002), München: Beck, Rn. 386.

V. DIE FEHLENDE FEINABSTIMMUNG ZWISCHEN GEWÄHRLEISTUNGSRECHT
UND ALLGEMEINEM LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT –
DAS PROBLEM DER „ZWEISPURIGKEIT“

Freilich waren mit der Schließung dieser Lücken die Inkohärenzen des Leistungsstörungsrechts nicht behoben. Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht und dem Gewährleistungsrecht war vielmehr bis zur Reform des Schuldrechts im Jahre 2002 ein andauernder Störfaktor, der die Regelung in vielfacher Hinsicht schwer nachvollziehbar und unsicher machte. Das galt insbesondere vor dem Hintergrund unterschiedlich geregelter Verjährungsfristen. Diese sowie das Fehlen einer Schadensersatzhaftung des Verkäufers für bloße Fahrlässigkeit führten zu einer wenig glücklichen Vorverlagerung von Leistungsstörungsfällen in die *culpa in contrahendo*. Die dabei auftretenden Probleme der Konkurrenz zwischen der Gewährleistungshaftung und einer Haftung des Verkäufers aus *culpa in contrahendo* für unterlassene oder fehlerhafte Aufklärung über Eigenschaften der Kaufsache hatte zu einem kaum noch überschaubaren Geflecht von Regeln und Ausnahmen geführt. Zwar bestand die Grundregel, dass im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts ein Rückgriff auf die Haftung aus *culpa in contrahendo* im Falle bloßer Fahrlässigkeit ausgeschlossen war, jedoch gelang es der Rechtsprechung, über einen äußerst eng gezogenen Begriff des Sachmangels der *culpa in contrahendo* dennoch einen weiten Anwendungsbereich zu verschaffen. Grund hierfür waren insbesondere die äußerst kurze 6-monatige Verjährung kaufrechtlicher Rechtsbehelfe nach § 477 BGB a.F. sowie das Fehlen einer Fahrlässigkeitshaftung des Verkäufers, der nach § 463 BGB a.F. auf Schadensersatz nur im Falle einer Zusicherung (Garantie) oder bei Arglist haftete.¹⁶

VII. ZWISCHENRESÜMEE

Im Grunde kann von einer wirklichen Weiterentwicklung des Leistungsstörungsrechts des BGB seit der „Entdeckung“ der positiven Vertragsverletzung durch *Staub* im Jahre 1904 kaum die Rede sein. Zwar gab es weitere wichtige Fortentwicklungen durch die Rechtsprechung wie etwa der Gedanke eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, doch ist das Leistungsstörungsrecht trotz dieser Fortentwicklung einzelner Rechtsinstitute dogmatisch relativ statisch geblieben. Man hatte sich mit dem System des historischen Gesetzgebers arrangiert, der Reformwille war gering. Das muss freilich nicht zwingend als Ausdruck eines reaktionären Verharrens gewertet werden, sondern kann auch durchaus als Qualitätsnachweis eines funktionierenden Systems betrachtet werden.

16 Zu den Einzelheiten siehe etwa STEPHAN LORENZ, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997), München: Beck, S. 393 ff.

B. SCHULDRECHTSREFORM 2002

Den wohl wichtigsten Impuls zur Fortentwicklung des deutschen Leistungsstörungsrechts haben dann die Vorarbeiten zur großen Schuldrechtsreform des Jahres 2002 gebracht. Sie geht letztlich zurück auf einen Vorstoß des damaligen Bundesjustizministers *Hans-Jochen Vogel*, der das Projekt 1978 erstmals im Deutschen Bundestag und auf dem 52. Deutschen Juristentag vorstellte. Neben anderen Anliegen war ein Ziel der angedachten Reform die Anpassung des allgemeinen Schuldrechts an neuere Entwicklungen im internationalen Bereich.¹⁷

I. DIE REFORMVORSCHLÄGE DER SCHULDRECHTSKOMMISSION SOWIE DIE VORARBEITEN ZUR SCHULDRECHTSREFORM

Nachdem das Bundesjustizministerium in der Folgezeit eine Reihe von wissenschaftlichen Gutachten in Auftrag gegeben hatte, die 1981 und 1983 in drei Bänden veröffentlicht wurden¹⁸, legte eine im Jahre 1984 ebenfalls vom Bundesjustizministerium eingesetzte Schuldrechtskommission, der bedeutende Juristen aus Wissenschaft und Praxis angehörten, im Jahre 1991 einen Abschlussbericht zur Überarbeitung des Schuldrechts vor, der einen Entwurf zur Änderung des Verjährungsrechts, des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts, des Kaufrechts, und des Werkvertragsrechts enthielt.¹⁹ Dieser sog. „Kommissionsentwurf“ (BGB-KE) orientierte sich insbesondere im Leistungsstörungsrecht und im Kaufrecht an dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG). Im Übrigen sah der Kommissionsentwurf ein gegenüber der *lex lata* stärker vereinheitlichtes Verjährungsrecht vor. Im Jahre 1994 beriet der 60. Deutsche Juristentag in seiner zivilrechtlichen Abteilung den Entwurf mit insgesamt positiver Tendenz.²⁰ In der Wissenschaft stieß er vereinzelt auf grundsätzliche Kritik²¹, in Wirtschaft und Industrie auf kategorische Ablehnung. Eine breite Diskussion hat allerdings nie stattgefunden, das Projekt versank rechtspolitisch in eine Art

17 Siehe dazu etwa die Darstellung bei REINHARD ZIMMERMANN, Schuldrechtsmodernisierung?, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Fn. 5) S. 1, 13 ff.

18 BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981 und 1983). Ein zusätzliches rechtsvergleichendes Gutachten zur Entwicklung des Kaufrechts wurde 1986 von Jürgen Basedow für das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht erstattet, siehe JÜRGEN BASEDOW, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1986), Köln: Bundesanzeiger.

19 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), Köln: Bundesanzeiger; dazu WALTER ROLLAND, Schuldrechtsreform – Allgemeiner Teil, NJW 1992, 2377 ff.

20 Siehe dazu die Berichte in NJW 1994, 3069 ff. und JZ 1995, 189 ff.

21 Siehe insbesondere WERNER FLUME, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Bd. II/2 (1994), München: Beck, S. K 112 ff.

„Dornröschenschlaf“, die anfängliche Aufbruchstimmung wich einer Art „diffusen Gleichgültigkeit“.²²

Erst 15 Jahre später gab die Umsetzung einer europäischen Richtlinie zu den Rechten des Verbrauchers beim Kauf Anlass, die die Idee einer „großen“ Schuldrechtsreform wiederzubeleben. Im August 2000 wurde der Öffentlichkeit relativ überraschend²³ der „Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ vorgestellt.²⁴ Dieser erfuhr z.T. heftige Kritik von Seiten der Wissenschaft sowohl über einzelne Aspekte des Entwurfs als auch über die Notwendigkeit einer Reform als solcher, die bezeichnende Parallelen zu der derzeit in Japan geführten Reformdiskussion aufweist.²⁵ Die Kritik führte im März 2001 zu einer „Konsolidierten Fassung“ des Diskussionsentwurfs. Diese ging – ebenso wie die weitere Entwicklung – auf die Arbeiten einer weiteren vom Bundesjustizministerium eingesetzten Kommission hochrangiger Experten zurück und beseitigte wesentliche Mängel des ursprünglichen Diskussionsentwurfs. Bereits im Mai 2001 wurde das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingeleitet, am 11.10.2001 wurde das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ schließlich vom Deutschen Bundestag verabschiedet und konnte so am 1.1.2002 in Kraft treten.²⁶ Die durch das Reformwerk vorgenommenen Änderungen betreffen neben dem Leistungsstörungenrecht vor allem das Verjährungsrecht, das Kauf- und Werkvertragsrecht sowie die Integration bisher in Nebengesetzen geregelter Materien insbesondere aus dem Bereich des vertragsrechtlichen Verbraucherschutzes.²⁷

II. DAS LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT DES DISKUSSIONSENTWURFS

Das Leistungsstörungenrecht des Diskussionsentwurfs beruhte in weiten Teilen auf den Vorschlägen, die *Ulrich Huber* in seinem Gutachten gemacht hatte und bereits vom Kommissionsentwurf im Wesentlichen übernommen wurden. *Huber* orientierte seinen Entwurf stark an dem Einheitlichen Kaufrecht (EKG), dem Vorläufer des UN-Kaufrechts. *Huber* brandmarkte in seiner scharfsinnigen Analyse das damals geltende Leistungsstörungenrecht des BGB als unsystematisch, lückenhaft, inkonsequent und unausgewogen.

22 So ZIMMERMANN, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 17) S. 16.

23 ZIMMERMANN, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 17) S. 16 sprach von einem „Paukenschlag“.

24 Sämtliche Materialien sind auf der Webseite des Verfassers unter www.stephan-lorenz.de/schumod zugänglich.

25 Siehe dazu sowie zu den Reformvorschlägen der im 2006 eingesetzten japanischen Reformkommission AKIRA KAMO; Crystallization, unification, or differentiation? The Japanese Civil Code (The Law of Obligations) Reform Commission and Basic Reform Policy (Draft Proposals), Columbia Journal of Asian Law, Vol. 24, 2010. Die Vorschläge der Reformkommission sind in englischer Sprache abrufbar unter: www.shojihomu.or.jp/saikenhou/English/index_e.html.

26 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I S. 3138 ff.

27 Für einen Überblick über die einzelnen materiellen Änderungen siehe STEPHAN LORENZ, Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruhe Forum 2005 (2006), Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, S. 5, 37 ff.

Er kritisierte insbesondere, dass Wichtiges – so namentlich die positive Forderungsverletzung – vollständig übergangen werde, praktisch Unwichtiges wie insbesondere das Recht der Unmöglichkeit zu breiten Raum einnehme und durch die Zweispurigkeit von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht Zusammengehöriges getrennt werde. Als Basis des Leistungsstörungenrechts schlug er einen allgemeinen Tatbestand der „Pflichtverletzung“ vor. Der Begriff der Unmöglichkeit sollte aus dem Gesetz gebannt und durch einen allgemeinen Tatbestand eines Verweigerungsrechts bei Leistungerschwerungen ersetzt werden.

Freilich hat sich *Huber* später im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Diskussion des Diskussionsentwurfs von seinem Gutachten losgesagt und es fast 20 Jahre später in weiten Teilen als veraltet und auch als irrtümlich bezeichnet. Das gilt insbesondere für die Aufgabe des Begriffs der Unmöglichkeit.²⁸ Im Zuge der weiteren Arbeiten am Diskussionsentwurf hat man daher den Begriff der Unmöglichkeit wieder in das Gesetz aufgenommen, ihn freilich durch die grundsätzliche Gleichstellung von anfänglicher und nachträglicher sowie subjektiver und objektiver Unmöglichkeit einer radikalen Vereinfachung zugeführt.²⁹

C. DAS LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT NACH DER SCHULDRECHTSREFORM

I. DAS ALLGEMEINE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT

1. *Die Systematik der gesetzlichen Regelung*

Regelungen des Leistungsstörungenrechts finden sich in den §§ 275–304, §§ 320–326 sowie in den §§ 311 Abs. 2, 3, 311 a, 313 und 314 BGB. Die §§ 275–304 BGB gelten für jede Art von Leistung, gleichviel ob die Leistungspflicht aus einem Rechtsgeschäft oder aus dem Gesetz resultiert. Die §§ 320 ff. BGB stehen hingegen unter der Titelüberschrift „Gegenseitiger Vertrag“. Die dort anzutreffenden Regelungen treten im Falle eines gegenseitigen Vertrages aber nicht etwa an die Stelle der §§ 275 ff. BGB, sondern ergänzen diese Regelungen für den (praktisch wohl wichtigsten) Fall, dass die gestörte Forderung einem gegenseitigen Vertrag entstammt.

§ 311 a BGB enthält eine Sonderregelung für den Schadensersatz statt der Leistung im Falle anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung und gehört systematisch in den Sachzusammenhang der §§ 280–284 BGB. In den §§ 313 BGB (Geschäftsgrundlage) und 314 BGB (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen) geht es darum, dass einer Partei das Festhalten am Vertrag zwar nicht unmöglich, jedoch unzumutbar ist oder wird.

28 Siehe U. HUBER in: Ernst/Zimmermann (Fn. 5) S. 31 ff.

29 Siehe dazu unten C.I.4.a)(1).

2. Der Begriff der „Pflichtverletzung“ als zentraler Anknüpfungspunkt

Zentralbegriff des Leistungsstörungenrechts ist seit dem 1.1.2002 die *Pflichtverletzung*.³⁰ Nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner „eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ verletzt. Nach § 280 Abs. 1 S. 2 gilt dies nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Aus der negativen Formulierung ergibt sich, dass das Vertretenmüssen vom Gesetz widerleglich vermutet wird, d.h. der Schuldner hat den Negativbeweis zu führen, dass er die (vom Gläubiger zu beweisende) Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Im Rücktrittsrecht wird der Begriff der Pflichtverletzung in § 323 Abs. 3 und Abs. 5 S. 2 BGB wieder aufgenommen, beim Kündigungsrecht begegnet er in § 314 Abs. 2 BGB.

Das Grundanliegen der Einführung des Begriffs der Pflichtverletzung und der Reform des Leistungsstörungenrechts im Jahre 2002 war es, das dem früheren Schuldrecht zu Grunde liegende System der Ausdifferenzierung unterschiedlicher Arten von Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, besonderes Leistungsstörungenrecht) mit jeweils eigenständigen Rechtsfolgen durch einen einheitlichen Tatbestand der Leistungsstörung und ein grundsätzlich einheitliches System der Rechtsfolgen (Schadensersatz und Rücktritt) zu ersetzen. Dieses idealtypische System konnte und wollte der Reformgesetzgeber freilich nicht vollständig umsetzen. Bei den Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts oder eines Schadensersatzanspruchs ist, wie die §§ 280 Abs. 2, 3, 281–283, 286 und 323 f., 326 BGB zeigen, weiterhin nach der Art der Pflichtverletzung und ihrer Ursache (nämlich Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung bzw. einer Nebenpflichtverletzung) sowie dem geltend gemachten Schaden (Schadensersatz „statt der Leistung“ und Schadensersatz „neben“ der Leistung) zu differenzieren.

Der Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 BGB spricht von der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis. § 241 BGB unterteilt die Pflichten aus dem Schuldverhältnis in Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) und Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Als Leistungspflicht kann der Eintritt eines bestimmten Erfolges wie etwa bei der Pflicht des Verkäufers zur Übergabe und Übereignung einer (mangelfreien) Sache gem. § 433 Abs. 1 S. 1, 2 BGB oder die Vornahme einer bestimmten Tätigkeit wie bei einem Dienstvertrag (z.B. ärztlicher Behandlungsvertrag) geschuldet sein. Bei ersteren kann man die geschuldete Leistungshandlung vom dadurch zu bewirkenden Leistungserfolg trennen. Bei letzterem ist ein bestimmtes Ergebnis der Leistungshandlung nicht Teil des Pflichtenprogramms. Die Vornahme der geschuldeten Tätigkeit ist bereits der geschuldete Leistungserfolg. Schutzpflichten wiederum halten den Schuldner dazu an, auf Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers Rücksicht zu nehmen. Auch hierbei handelt

30 Für einen Kurzüberblick siehe STEPHAN LORENZ, Grundwissen Zivilrecht – Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280 I BGB)? JuS 2007, 213 ff.; MEDICUS / LORENZ, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, (Fn. 2) Rn. 335 ff. m.w.N., sowie eingehend S. LORENZ, Karlsruher Forum (Fn. 27) S. 37 ff.

es sich um Verhaltenspflichten: Geschuldet wird nicht, dass der Gläubiger keine Schäden erleidet, sondern dass sich der Schuldner rücksichtsvoll verhält.

Eine Pflichtverletzung liegt nach der Konzeption des Gesetzgebers immer dann vor, wenn das Verhalten des Schuldners vom objektiven Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses abweicht. Ist der Schuldner also zur Erreichung eines bestimmten Erfolges verpflichtet (wie etwa der Verkäufer zu Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache, § 433 Abs. 1 BGB), so genügt zur Feststellung der Pflichtverletzung die Darlegung und der Beweis, dass der geschuldete Erfolg ausgeblieben ist, der Käufer also z.B. nicht oder nicht rechtzeitig Eigentum und Besitz an der Kaufsache erhalten hat bzw. die Sache mangelhaft war. Dies gilt auch im Falle der Unmöglichkeit: Trotz der Tatsache, dass § 275 Abs. 1 BGB den Schuldner dann von der Leistungspflicht befreit, bleibt – wie § 275 Abs. 4 BGB mit seinem Verweis u.a. auf § 280 klarstellt – die Nichtleistung dennoch eine *objektive* Pflichtverletzung. Die Leistungsbefreiung bezieht sich damit nur auf die *Primärleistungspflicht* (d.h. die eigentlich geschuldete Leistung), sagt aber nichts darüber aus, ob an die Stelle der entfallenen Primärleistungspflicht eine *Sekundärleistungspflicht* (z.B. eine Schadensersatzpflicht) tritt. Alles andere, d.h. die Frage, warum es zur Unmöglichkeit gekommen ist, ist hingegen eine Frage des Vertretenmüssens, hinsichtlich derer sich der Schuldner entlasten muss.

Ist der Schuldner nicht zur Bewirkung eines bestimmten Leistungserfolges in Form eines Zustandes verpflichtet, sondern besteht der geschuldete Erfolg lediglich in einem bestimmten Tätigwerden (etwa im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsvertrags), besteht kein Unterschied zwischen einer erfolgs- oder verhaltensbezogenen Sichtweise: Die Pflichtverletzung kann hier nur darin bestehen, dass sich der Schuldner nicht so verhalten hat, wie geschuldet (so etwa bei einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung). Das geschuldete Verhalten wiederum bestimmt sich nach dem Maß verkehrserforderlicher Sorgfalt, welches zugleich Maßstab des Verschuldens in § 276 Abs. 2 BGB ist. In einer solchen Situation fallen auch bei der erfolgsbezogenen Betrachtungsweise objektive Pflichtwidrigkeit und Verschuldensvorwurf weitgehend zusammen. Ist die Pflichtverletzung nachgewiesen (etwa ein Kunstfehler des Arztes), ist in der Regel zugleich auch der Nachweis des Vertretenmüssens geführt, so dass eine Entlastung des Schuldners nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nur in seltenen Fällen (etwa im Falle der Schuldunfähigkeit, §§ 276 Abs. 1 S. 2, 827, 828 BGB) in Betracht kommt.

Gleiches gilt für die Verletzung von Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Auch hier fallen mangels geschuldeten Erfolgs Pflichtverletzung und Vertretenmüssen in der geschilderten Weise zusammen, weil der Schuldner nicht einen Erfolg in Gestalt des Ausbleibens einer Beschädigung, sondern lediglich sorgsames Verhalten schuldet.

3. Die Abgrenzung zum Vertretenmüssen

Setzt also der (objektive) Begriff der Pflichtverletzung keine subjektive Verantwortlichkeit des Schuldners im Sinne einer Vorwerfbarkeit voraus, ist letzteres allein eine Frage

des (weiterhin in § 276 BGB definierten) Vertretenmüssens. Mit diesem wird die Zurechenbarkeit der (objektiven) Pflichtverletzung an den Schuldner, d.h. dessen Verantwortlichkeit für die Pflichtverletzung beschrieben. Erst beide Elemente gemeinsam begründen die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners nach § 280 Abs. 1 BGB. Die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen ist vor allem hinsichtlich der Beweislastverteilung in § 280 Abs. 1 BGB von Bedeutung. Dadurch, dass das Vertretenmüssen zu Lasten des Schuldners vermutet wird, kommt der Gläubiger nicht in die missliche Situation, Vorgänge nachweisen zu müssen, die sich regelmäßig allein in der Sphäre des Schuldners abspielen und ihm daher typischerweise unzugänglich sind. Lediglich bei Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten durch einen Arbeitnehmer bleibt die Beweislast gem. § 619a BGB beim Gläubiger (Arbeitgeber). Allerdings setzen nicht alle Rechtsbehelfe des Leistungsstörungsrechts Vertretenmüssen seitens des Schuldners voraus. Nicht erforderlich ist Vertretenmüssen etwa für den Rücktritt (§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB), die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) sowie für den Wegfall der Gegenleistungsverpflichtung im Falle von Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 1 BGB). In diesem Zusammenhang kann wiederum die Verantwortlichkeit des Gläubigers eine Rolle spielen (§ 326 Abs. 2 BGB).

4. Arten der Pflichtverletzung

a) Die Verletzung von Leistungspflichten

Eine leistungsbezogene Pflicht kann dadurch verletzt werden, dass der Schuldner die Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht oder (quantitativ oder qualitativ) nicht vollständig erbringt. Das kann wiederum nur auf zwei Ursachen beruhen: Entweder der Schuldner kann die Leistung endgültig nicht (mehr) erbringen, oder aber der Schuldner „will“ sie gerade nicht erbringen oder ist nur vorübergehend gehindert, die Leistung zu erbringen.

(1) Unmöglichkeit

Ist dem Schuldner die Leistung unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) oder liegt ein der Unmöglichkeit gleichgestellter Tatbestand von § 275 Abs. 2, 3 BGB vor, so wird er nach dieser Regelung von der Leistungspflicht befreit. Das gilt nunmehr im Gegensatz zum früheren Recht³¹ unabhängig von der Frage des Vertretenmüssens: Das Gesetz reagiert insoweit lediglich auf die Tatsache, dass eine unmögliche Leistung unabhängig von der Ursache der Unmöglichkeit als solche rein tatsächlich nicht erbracht werden kann. § 275 Abs. 4 BGB stellt aber durch den Verweis u.a. auf § 280 BGB klar, dass die Befreiungswirkung nur in Bezug auf die *Primärleistungspflicht*, d.h. die Leistung in natura, eintritt. Damit ist klargestellt, dass die bloße Tatsache der Nichtleistung auch im Falle der Unmöglichkeit eine (objektive) „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB darstellt.

31 Siehe dazu oben bei Fn. 5.

Zwar mag es sprachlogisch zweifelhaft erscheinen, von der Verletzung einer Pflicht zu sprechen, von deren Erfüllung der Schuldner nach § 275 Abs. 1–3 BGB befreit wurde, jedoch hat der Gesetzgeber durch § 275 Abs. 4 BGB (und § 283 BGB) klar zu erkennen gegeben, dass die Nichterbringung der Leistung auch im Falle von Unmöglichkeit als Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB gilt.³²

Ist dem Schuldner die Leistung unmöglich, so sind wiederum nur zwei tatsächliche Konstellationen denkbar: Die Leistung kann bereits bei Vertragsschluss unmöglich gewesen sein (*anfängliche Unmöglichkeit*) oder aber die Unmöglichkeit ist nach Vertragsschluss eingetreten (*nachträgliche Unmöglichkeit*).

Im Falle *nachträglicher Unmöglichkeit* stellt die bloße Tatsache, dass die geschuldete Leistung endgültig ausbleibt, eine objektive Pflichtverletzung dar. Der Gläubiger kann nach § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 283 BGB ohne Weiteres den Ersatz seines Äquivalenzinteresses verlangen, sofern der Verkäufer nicht den Entlastungsbeweis fehlenden Vertretenmüssens nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB führt. Im Falle *anfänglicher Unmöglichkeit* besteht die Besonderheit, dass wegen § 275 Abs. 1 BGB eine Leistungspflicht des Schuldners zu keinem Zeitpunkt bestanden hat. Dies beeinflusst, wie § 311 a Abs. 1 BGB klarstellt, die Wirksamkeit des Vertrages aber im Gegensatz zum früheren Recht (§ 306 BGB a.F.) in keiner Weise.³³ Es bleibt damit dabei, dass die bloße Nichterbringung der Leistung eine objektive Pflichtverletzung darstellt. (Nur) in Bezug auf den Schadensersatz statt der Leistung enthält aber § 311 a Abs. 2 BGB eine gegenüber § 280 Abs. 1 BGB spezielle Anspruchsgrundlage. Diese (nur für den Schadensersatz statt der Leistung geltende) Sonderregelung hat ihren Grund im *Bezugspunkt des Vertretenmüssens*: Da der Schuldner im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit zu keinem Zeitpunkt zur Primärleistung verpflichtet war, weil bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Voraussetzung von § 275 Abs. 1 BGB vorlag, konnte nach Ansicht des Gesetzgebers das Vertretenmüssen, d.h. der dem Schuldner zu machende Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung, nicht an die Herbeiführung der Unmöglichkeit angeknüpft werden: Wenn nämlich der Verkäufer mit der noch nicht verkauften Sache unsorgsam umgegangen ist und dieser deshalb vor Vertragsschluss zerstört wurde, lag zu diesem Zeitpunkt kein vorwerfbares Verhalten des späteren Schuldners gegenüber dem späteren Gläubiger vor. § 311 a Abs. 2 BGB knüpft deshalb die Schadensersatzpflicht zwar in objektiver Hinsicht auch an das Ausbleiben der Leistung, in subjektiver Hinsicht aber an einen anderen Verschuldensvorwurf: Haftet der Schuldner auf Schadensersatz statt der Leistung, sofern er nicht nachweist, dass er „das Leistungshindernis bei Vertragsschluss

32 Im Vorfeld der Schuldrechtsreform wurde auch vorgeschlagen, anstelle des Begriffs der Pflichtverletzung denjenigen der „Nichterfüllung“ zu verwenden, der dies wohl klarer zum Ausdruck gebracht hätte, siehe dazu Bundestag Drucksache 14/6040, S. 134 m.w.N.

33 Die Aufgabe der Vertragsnichtigkeit bei anfänglicher Unmöglichkeit findet sich ebenso in § 3.3. der UNIDROIT-Principles (PICC) sowie in II.-7:102 des Draft Common Frame of Reference (DCFR). Auch der derzeit vorliegende japanische Reformentwurf der 2006 eingesetzten Reformkommission folgt dieser Lösung, siehe dazu KAMO (Fn. 25).

nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat“, so wird ihm nicht vorgeworfen, sich nicht leistungsbereit gehalten zu haben. Der Vorwurf an den Schuldner lautet vielmehr, einen Vertrag geschlossen zu haben, obwohl er wusste oder fahrlässig verkannt hat, dass er ihn nicht wird erfüllen können. Typologisch gesehen liegt damit ein Fall der *culpa in contrahendo* (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) vor, an den der Gesetzgeber aber eine Ersatzpflicht auf das Erfüllungsinteresse geknüpft hat. § 280 Abs. 1, 2 i.V.m. § 283 BGB einerseits und § 311 a Abs. 2 BGB andererseits unterscheiden sich damit vor allem durch die dem Schuldner auferlegten Sorgfaltspflichten auf der Ebene des Vertretenmüssens: *Vor Vertragsschluss hat er sich über sein Vermögen zur Leistung zu informieren, nach Vertragsschluss hat er für die Bewirkung der versprochenen Leistung zu sorgen.*³⁴

(2) Verspätung der Leistung

Ist der Schuldner nicht nach § 275 BGB wegen Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit, so liegt, wenn er dennoch nicht rechtzeitig leistet, ein Fall der *Verspätung der fälligen Leistung* und damit ebenfalls eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB vor. Da es in Bezug auf den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ nicht gerechtfertigt ist, dem Gläubiger bereits aufgrund einer Verzögerung der Leistung unmittelbar die Möglichkeit zu geben, unter Verzicht auf die Leistung Schadensersatz zu wählen und es dem Schuldner dadurch zu verwehren, seine Leistung in natura zu erbringen, soll Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 3 BGB nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB verlangt werden können. Der Gläubiger kann dann Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich erst dann verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine *angemessene Frist* gesetzt hat. Dem Schuldner muss somit eine letzte Chance eingeräumt werden, die Leistung zu erbringen. Erst wenn er diese nicht nutzt, ist es gerechtfertigt, ihn statt der Leistung zum Schadensersatz zu verpflichten. Für das (kein Vertretenmüssen voraussetzende) Rücktrittsrecht gilt nach § 323 BGB derselbe Grundsatz.

Ähnliches gilt für den *Verzögerungsschaden*: Zwar stellt die bloße Verzögerung der Leistung eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB dar, jedoch sieht § 280 Abs. 2 BGB vor, dass der daraus entstandene Schaden nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 286 (Verzug) zu ersetzen ist. Dieser wiederum setzt i.d.R. eine Mahnung seitens des Gläubigers (hier: des Käufers) voraus.

b) Die Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten (Schutzpflichten)

(1) Schutz-, Obhuts- und Rücksichtnahmepflichten bei einem bestehenden Schuldverhältnis: Die Kodifizierung der „positiven Vertragsverletzung“

Wie § 241 Abs. 2 BGB klarstellt, „kann“ ein (gesetzliches wie vertragliches) Schuldverhältnis „nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und

³⁴ BGH NJW 2007, 3777 Tz. 37.

Interessen des anderen Teils verpflichten.“ Gegenstand dieser Pflichten ist also nicht das Leistungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse des Gläubigers. Wird eine solche Pflicht verletzt, führt dies unmittelbar zu einer Schadensersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 BGB, sofern der Schuldner nicht den Nachweis mangelnden Vertretenmüssens führt. Sämtliche Fälle der positiven Vertragsverletzung gliedern sich somit jetzt mühelos in das gesetzliche Haftungssystem ein. Dabei hat der Gesetzgeber auch die in der Rechtsprechung schon lange anerkannte Situation berücksichtigt, dass eine Nebenpflichtverletzung so gravierend sein kann, dass sie die Durchführung des Vertrages, d.h. auch die Erfüllung von Leistungspflichten in Frage stellt. § 280 Abs. 3 i.V.m. § 282 BGB eröffnet daher dem Gläubiger die Möglichkeit, auch in den Fällen bloßer Schutzpflichtverletzung Schadensersatz statt der Leistung, d.h. Ersatz des Äquivalenzinteresses unter Ablehnung der Leistung zu erlangen, wenn die Annahme der Leistung als nicht mehr zumutbar erscheint. § 324 BGB gewährt in diesem Fall auch die Möglichkeit eines (vom Vertretenmüssen unabhängigen) Rücktritts. Der Gesetzgeber hat damit die bereits zum alten Recht etablierte Rechtsprechung kodifiziert, wonach schwerwiegende Nebenpflichtverletzungen (wie etwa die Vertragsaufsage vor Fälligkeit) die Durchführung des Leistungsaustausches selbst in Frage stellen können.³⁵

(2) Schutz- und Obhutspflichten bei der Vertragsanbahnung (*culpa in contrahendo*)
Schließlich ergibt sich aus § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB weiter, dass die genannten Schutz- und Obhutspflichten nicht erst mit Vertragsschluss entstehen, sondern dass bereits mit der Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts, insbesondere der Vertragsanbahnung, ein auf Schutzpflichten beschränktes Rechtsverhältnis entsteht. Die Arten dieser geschäftlichen Kontakte werden in § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Aufnahme von Vertragsverhandlungen) und Nr. 2 (Vertragsanbahnung) näher präzisiert. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB (ähnliche geschäftliche Kontakte) bildet einen Auffangtatbestand und stellt klar, dass die in Nr. 1 und 2 beschriebenen Situationen nicht abschließend zu verstehen sind. Hierdurch steht fest, dass in den genannten Situationen eine (gesetzliche) Pflicht zur „Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ entsteht, deren Verletzung nach § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet, sofern der Schuldner nicht fehlendes Vertretenmüssen nachweisen kann (§ 281 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Gesetzgeber hat damit zwar einen – wenn auch generalklauselartigen, so doch subsumtionsfähigen – Grundtatbestand geschaffen, gleichzeitig aber bewusst darauf verzichtet, das mit der *culpa in contrahendo* verbundene Pflichtenprogramm auszudifferenzieren und gesetzliche Fallgruppen zu bilden. Ziel war also auch hier nicht, etwas Neues zu schaffen oder Bestehendes zu verändern, sondern es ging lediglich um eine gesetzliche Verankerung eines lange etablierten Rechtsinstituts. Damit ist weder der Rückgriff auf bisher in der Rechtsprechung Erarbeitetes entbehrlich noch

35 Für den Rücktritt ist die Möglichkeit eines vorfälligen Rücktritts in § 323 Abs. 4 BGB gesondert geregelt.

ist die weitere Entwicklung dieses sehr dynamischen Rechtsinstituts in irgendeiner Weise gehindert.

Bereits unter dem nicht kodifizierten Recht war anerkannt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Dritte, die nicht Partei des angebahnten Vertrages werden sollten, aus *culpa in contrahendo* haften oder aus einer solchen eigene Ansprüche herleiten können. In dem Bemühen, auch diese anerkannten Fälle der Dritthaftung aus *culpa in contrahendo* im Gesetzestext widerzuspiegeln, hat der Gesetzgeber in § 311 Abs. 3 BGB anerkannt, dass das vorvertragliche Schuldverhältnis sowohl in Bezug auf den Gläubiger als auch in Bezug auf den Schuldner Drittwirkung entwickeln kann.

5. *Die Kodifizierung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)
und des Rechts zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB)*

Auch durch die Kodifizierung des Rechts der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB und des Rechts zur außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB) wollte der Gesetzgeber nichts Neues schaffen, sondern lediglich lange Etabliertes im Gesetzestext verankern. Für die Rechtsanwendung kann daher grundsätzlich uneingeschränkt auf die bisher vorliegende Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden. Ebenso wie die Haftung aus *culpa in contrahendo* ist die Vorschrift auch hinreichend offen formuliert, um zukünftigen Entwicklungen nicht im Wege zu stehen.

6. *Materielle Tendenzen*

Zeigt sich somit insgesamt, dass das 2002 reformierte allgemeine Leistungsstörungenrecht systematisch keinen Paradigmenwechsel, sondern lediglich eine Neuordnung erfahren hat³⁶, so ist das reformierte Leistungsstörungenrecht dennoch nicht frei von materiellen Änderungen geblieben. Will man sie tendenziell charakterisieren, so kann man insgesamt eine verstärkte Gläubigerbegünstigung und eine Hintanstellung von Schuldnerinteressen konstatieren. Die Besserstellung des Gläubigers besteht insbesondere in der Erweiterung seines *ius variandi* bezüglich der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe. Es stellt ohne Zweifel aus Gläubigersicht eine deutliche Vereinfachung dar, dass er bei der Verspätung der Leistung des Schuldners lediglich eine Nachfrist zu setzen hat, das Erfordernis einer Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.) aber nunmehr entfallen ist (für den Rücktritt s. § 323 BGB, für den Schadensersatz statt der Leistung s. § 281 BGB), der Gläubiger also allein aufgrund einer fruchtlosen Fristsetzung zu Rücktritt oder Schadensersatz berechtigt ist. § 325 BGB erlaubt jetzt auch die Kombination beider Rechtsbehelfe, was zu einer deutlichen Vereinfachung der Rechtsanwendung und zu einer bedeutenden Besserstellung des Gläubigers geführt hat.³⁷ Legi-

36 Siehe dazu unten D.

37 Paradigmatisch dafür etwa BGH NJW 2008, 911 = BGHZ 174, 290 sowie BGH NJW 2010, 2426.

time Schuldnerinteressen werden aber dadurch vernachlässigt, dass der Schuldner im Fall der Verspätung der Leistung nach Ablauf der Nachfrist in eine von ihm nicht beendbare Schwebelage gerät: Anders als im früheren Recht fällt nämlich der Erfüllungsanspruch nicht bereits mit Ablauf der Nachfrist weg (so aber § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Der Gläubiger hat vielmehr die Wahl zwischen Erfüllung, Rücktritt und Schadensersatz (letzteres auch kombiniert), ohne dass der Schuldner ihn zu einer Entscheidung zwischen diesen Rechtsbehelfen zwingen könnte.³⁸ Auch kann der Gläubiger, der zunächst nach Ablauf der Nachfrist weiter Erfüllung verlangt, grundsätzlich ohne weiteres auf Rücktritt und/oder Schadensersatz übergehen, ohne hierzu erneut eine Frist setzen zu müssen.³⁹ Diese Regelung, die es letztlich dem Gläubiger gestattet, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren, wird zutreffend von vielen als rechtspolitisch verfehlt, ja als eine gravierende Schwachstelle des reformierten Leistungsstörungenrechts betrachtet.⁴⁰

II. DIE RÜCKFÜHRUNG DES GEWÄHRLEISTUNGSRECHTS AUF DAS ALLGEMEINE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT: DAS ENDE DER SPALTUNG

Neben der Neustrukturierung des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts war eines der weiteren Hauptziele der Reform die *Vereinheitlichung* des Leistungsstörungenrechts in den Bereichen des Kauf- und Werkvertragsrechts. Diese Vereinheitlichung sollte durch die Rückführung der Rechtsbehelfe des Käufers/Bestellers auf die Rechtsinstitute des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts erfolgen⁴¹. Ausgangspunkt dieser Ankoppelung der Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts an das allgemeine Leistungsstörungenrecht ist die Pflicht zur rechts- und sachmangelfreien Leistung sowohl im Kaufrecht (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) als auch im Werkvertragsrecht (§ 633 Abs. 1 BGB)⁴². Dieses sowie der grundsätzliche Verzicht auf eigenständige spezielle Rechtsbehelfe im Kauf- und Werkvertragsrecht führen dazu, dass jede rechts- oder sachmangelhafte Leistung strukturell einen Fall von Verzögerung der (mangelfreien) Leistung oder von (anfänglicher oder nachträglicher) Unmöglichkeit der (mangelfreien) Leistung darstellt. Diese Denkkategorie, Gewährleistungsrecht als Unmöglichkeits- oder Verspätungsrecht zu definieren, ist nicht neu, sondern lediglich ihre Anwendung im Kauf- und Werkvertragsrecht. So hatte auch der historische Gesetzgeber des BGB die Schlechtleistung weithin als

38 Siehe dazu nur BGH NJW 2006, 1198.

39 BGH NJW 2006, 1198.

40 Siehe etwa MÜNCHENER KOMMENTAR / WOLFGANG ERNST, BGB, Bd. 2, Hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, 5. Aufl. 2007, München: Beck, § 323 Rn. 147; eingehend BEATE GSELL, Kaufrechtliche Gewährleistung und Rechtsbehelfe nach allgemeinem Schuldrecht: Ab wann gilt das Eine, bis wann gilt das Andere?, in: Festschrift für Ulrich Huber (2006), Tübingen: Mohr Siebeck, S. 299 ff.; weitere Nachw. bei S. LORENZ, Karlsruher Forum (Fn. 27) S. 86.

41 Siehe nur Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 94: „Wegfall eines besonderen Gewährleistungsrechts beim Kauf“.

42 Wo sie freilich keine Neuerung gegenüber dem früheren Recht darstellt.

einen Fall teilweiser Unmöglichkeit angesehen und darin noch einen Schlüsselbegriff des Leistungsstörungenrechts gesehen. Auch der BGH hat diesen Begriff vollkommen zutreffend im Zusammenhang mit der Beschädigung eines zurückzugewährenden Pachtgegenstandes verwendet⁴³. Es geht also auch hier nicht um eine neue Denkweise, sondern um einen erweiterten Anwendungsbereich der Übertragung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf das Kauf- und Werkvertragsrecht. Diese führt zu durchwegs überzeugenden Ergebnissen:

1. Ausgangspunkt: Mangelhafte Leistung als Pflichtverletzung

Wenn der Schuldner zwar die Leistung erbringt, diese aber nicht so, wie er sie erbringen müsste, insbesondere nicht in der geschuldeten Qualität erbringt, liegt ebenfalls eine Pflichtverletzung vor. Sofern das Gesetz für diesen Fall bei den einzelnen Vertragsarten des Besonderen Teils des Schuldrechts spezielle Regelungen enthält, haben diese Vorrang vor dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Das gilt z.B. für das Mietrecht oder das Reisevertragsrecht: Hier sieht das Gesetz besondere Regelungen über die Rechtsbehelfe bei der Mangelhaftigkeit der Mietsache bzw. der Reise vor (s. §§ 536 ff., 651 c ff. BGB). Sofern dies aber, wie insbesondere im Kauf- und Werkvertragsrecht, nicht der Fall ist, gelten auch insoweit die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, die dann lediglich durch Detailregelungen ergänzt oder modifiziert werden. So verweisen § 437 BGB für das Kaufrecht und § 634 BGB für das Werkvertragsrecht im Rahmen einer Rechtsgrundverweisung ausdrücklich auf die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Damit ist auch die mangelhafte Leistung stets ein Fall entweder von Unmöglichkeit oder von Verzögerung der (mangelfreien) Leistung. Ausgangspunkt und damit Schnittstelle zu den Regelungen des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts ist, dass § 433 Abs. 1 S. 2 BGB den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache „frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen“. Die gleiche Verpflichtung trifft nach § 633 Abs. 1 BGB den Werkunternehmer.

2. Qualitative Unmöglichkeit

Wird ein Gegenstand verkauft, der – was bei Gattungsschulden seltener der Fall sein wird als bei Stückschulden – einen unbehebaren Sach- oder Rechtsmangel aufweist, so kann der Verkäufer die gesetzliche Verpflichtung zu mangelfreier Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erfüllen. Dieser Konflikt wird durch das Wort „soweit“ in § 275 Abs. 1 BGB aufgelöst: Dem Verkäufer ist es sehr wohl möglich, einen Teil der geschuldeten Leistung (Besitz- und Eigentumsverschaffung am Kfz, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) zu erbringen, nicht aber ist es ihm möglich, die weitere Verpflichtung zur sachmangelfreien Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB zu erfüllen. Er ist daher nach § 275 Abs. 1 BGB (nur) von diesem Teil seiner Verpflichtung befreit, so dass ein Fall teilweiser Unmöglich-

43 BGHZ 127, 297, 314 f.

lichkeit (in Bezug auf die Qualität der Leistung) vorliegt. Damit treten grundsätzlich auch die weiteren Rechtsfolgen der Unmöglichkeit ein: Im Falle eines anfänglich unbeheblichen Mangels haftet der Verkäufer auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB. Er schuldet (ohne das Erfordernis einer Fristsetzung) Schadensersatz statt der Leistung (also z.B. den mangelbedingten Minderwert des Fahrzeugs), wenn er den Mangel und dessen Unbehebbarkeit kannte bzw. seine Unkenntnis zu vertreten hat. Im Falle eines nach Vertragsschluss eingetretenen unbeheblichen Mangels haftet er nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB, wenn er die Unbehebbarkeit des Sachmangels zu vertreten hat. Allerdings sieht das Gesetz für diesen Fall im Detail bestimmte Sonderregelungen vor. So wird etwa der automatische Wegfall der Gegenleistungsverpflichtung im Falle von Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen und durch ein Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB) und ein daran anknüpfendes Minderungsrecht (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB) ersetzt bzw. ergänzt. Das Rücktrittsrecht und das Recht zum Schadensersatz statt der Leistung werden bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen bzw. eingeschränkt (§§ 280 Abs. 1, 3, 283 S. 2 oder § 311 a Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB bzw. § 326 Abs. 5 i.V.m. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Diese Sonderregelungen, die man immer daran erkennt, dass das Gesetz davon spricht, dass der Schuldner die Leistung „nicht wie geschuldet“ (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB) oder „nicht vertragsgemäß“ bewirkt hat (s. § 326 Abs. 1 S. 2, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB) haben dazu geführt, dass man insoweit auch von *qualitativer Unmöglichkeit* (als einem besonders geregelten Fall teilweiser Unmöglichkeit) spricht.⁴⁴

3. *Qualitative Verspätung der Leistung*

Ist im Falle der mangelhaften Leistung der Mangel behebbar, ist der Schuldner von der Pflicht zur mangelfreien Leistung nicht nach § 275 Abs. 1 BGB befreit. Es besteht also weiter ein Erfüllungsanspruch auf vertragsgemäße Leistung. Damit liegt ein Fall (wiederum teilweiser) Verspätung der Leistung vor, auf welche – wiederum modifiziert – die Regelungen über die Verspätung der (fälligen) Leistung anwendbar sind. Weist also eine Kaufsache einen behebbaren Mangel auf, so hat der Käufer weiterhin einen Anspruch auf mangelfreie Leistung, der allerdings durch das Kaufrecht in Form des Nacherfüllungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) in gewisser Weise modifiziert wird. Schadensersatz statt der Leistung in Form des mangelbedingten Minderwerts kann der Käufer dann grundsätzlich erst nach Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Nacherfüllungsfrist verlangen (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB), gleiches gilt für das Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 323 BGB) sowie für das an die Rücktrittsvoraussetzungen angekoppelte Minderungsrecht (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB). Auch hier werden aber die Regelungen über die Rechtsfolgen der Verzögerung der Leistung in bestimmter Hinsicht modifiziert: Im

⁴⁴ Siehe STEPHAN LORENZ, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742, 743; zu dem Begriff siehe bereits BGHZ 127, 297, 314.

Kauf- und Werkvertragsrecht tritt der Nacherfüllungsanspruch des (§§ 439, 635 BGB) an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs, die Fristsetzungserfordernisse werden teilweise abgemildert (§§ 440, 636 BGB), das Rücktrittsrecht und das Recht zum Schadensersatz statt der „ganzen Leistung“ werden unter denselben Voraussetzungen wie im Falle der Unmöglichkeit bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen bzw. eingeschränkt (§§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Aus diesem Grunde kann man analog dem oben Dargelegten von *qualitativer Verspätung* der Leistung sprechen. Wiederum gilt Gleiches im Werkvertragsrecht.

D. SYSTEMVERGLEICH

Vergleicht man ohne Rücksicht auf – sicher nicht unwichtige – Unterschiede im Detail das System des deutschen Leistungsstörungenrechts des deutschen BGB des Jahres 1900 mit demjenigen des reformierten Leistungsstörungenrechts des Jahres 2002, so ist der Befund klar und angesichts der Zielvorgabe des Gesetzgebers auch wenig erstaunlich: Es hat weder dogmatisch noch inhaltlich ein Paradigmenwechsel oder gar eine Revolution stattgefunden, sondern eine Evolution. Die hergebrachten Grundstrukturen des Leistungsstörungenrechts, d.h. die Aufteilung der Leistungsstörungen in Unmöglichkeit, Verspätung, Nebenpflichtverletzung und vorvertragliche Pflichtverletzungen sind nicht nur erhalten geblieben, sondern sehr viel deutlicher gesetzlich niedergelegt worden. Die materiellen Grundprinzipien Privatautonomie, Vertragsbindung und Selbstverantwortung sowie das Verschuldensprinzip sind unangetastet geblieben.⁴⁵ Tatsächlich ist das neue Leistungsstörungenrecht in weiten Teilen nichts anderes als eine Bestätigung der hergebrachten Struktur, die in keiner Weise zu einer grundsätzlichen Änderung der deutschen Schuldrechtsdogmatik zwingt.⁴⁶ Zwar knüpft das Gesetz die Rechtsbehelfe des Gläubigers an den zentralen Tatbestand der Pflichtverletzung, jedoch verbirgt sich dahinter keine strukturell neue Denkweise, sondern eine – äußerst gelungene – kodifikatorische Neuordnung des im Übrigen in seinen Grundstrukturen gleich gebliebenen Systems. Das deutsche Recht denkt weiter in den Kategorien „Unmöglichkeit, Verzug, positive Forderungsverletzung und *culpa in contrahendo*“. Das neue Recht vereint die Fälle von Unmöglichkeit und Verzug zwar unter dem Dach eines einheitlichen Pflichtverletzungstatbestandes, bleibt aber inhaltlich bei den offenbar zeitlosen Denkstrukturen des Jahres 1900. Diese lassen sich auf wenige Grundprinzipien und Grundwertungen zurückführen: Ist die Leistung dem Schuldner unmöglich, haftet er auf Schadensersatz

45 Siehe dazu S. LORENZ, *Karlsruher Forum* (Fn. 27) S. 134 ff.

46 Siehe dazu schon den Befund von DIETER MEDICUS, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblicke* (2002). Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 61, 70: „Insgesamt kann ich daher an dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts finden, was man als „Systemwechsel“ bezeichnen müsste“.

unter grundsätzlicher Geltung des Verschuldensprinzips. Im Falle der Leistungsverzögerung gilt weiter das Prinzip der Nachfristsetzung: Ein Rechtsbehelf, der wie Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung den Leistungsaustausch des Vertrages verhindert, soll grundsätzlich erst zur Verfügung stehen, wenn dem Schuldner in Gestalt einer Nachfrist eine „zweite Chance“ zur Erfüllung eingeräumt wurde. Die positive Forderungsverletzung sowie die Haftung wegen *culpa in contrahendo* konnten bruchlos in den zentralen Haftungstatbestand der Pflichtverletzung eingefügt werden.

Für den Blick von außen bleibt damit festzuhalten: Rechtsordnungen, die sich im Bereich des Leistungsstörungenrechts am System des BGB orientiert haben, haben durch die Neugestaltung des Leistungsstörungenrechts ihr Vorbild nicht auszuwechseln. Der Vorgang, den man etwa in Japan als *Theorienrezeption* bezeichnet hat⁴⁷, ist damit nicht gegenstandslos geworden. Man hat eher den Eindruck, dass das deutsche Leistungsstörungenrecht durch die Einführung eines allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes jetzt mehr als früher mit der modernen Sichtweise des japanischen Leistungsstörungenrechts kongruiert, in welchem Art. 415 des japanischen Zivilgesetzbuchs zunehmend als ein einheitlicher Pflichtverletzungstatbestand verstanden wird.⁴⁸ Wer freilich das System des BGB wegen seines hohen Abstraktionsgrades kritisiert hat, hat nach der Reform des Jahres 2002 wohl noch verstärkten Grund zu einer solchen Kritik.

Trotz der Tatsache, dass das reformierte Leistungsstörungenrecht des BGB nicht zu einem grundsätzlichen Systemwandel geführt hat, bleibt aber zugleich eine Annäherung des Leistungsstörungenrechts an die europäische Entwicklung festzustellen. Die Reform ist insoweit keinen deutschen Sonderweg gegangen, sondern hat sich neben dem CISG auch an der wissenschaftlichen Entwicklung des Schuldrechts in Europa orientiert, wenngleich es – zu Recht – einen höheren Differenzierungsgrad aufweist als etwa die *Principles of European Contract Law (PECL)*.

E. TENDENZEN: DIE ENTWICKLUNG SEIT 2002

Der Befund, dass der Gesetzgeber im Jahre 2002 kein wirklich neues System des Leistungsstörungenrechts geschaffen hat, bestätigt sich in einer Analyse der Rechtsprechung zu dem „neuen“ Recht seit dem Jahr 2002.⁴⁹ Diese hat sich sehr schnell auf das neue System eingestellt. Selbstverständlich ergaben sich eine Reihe von Detailfragen, die weiterhin Stoff für wissenschaftliche Auseinandersetzung liefern. Ein „substantieller

47 Siehe dazu ZENTARO KITAGAWA, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Rechts in Japan* (1970), Frankfurt a.M.: Alfred-Metzner-Verlag, S. 27 ff.; KEIZO YAMAMOTO, *Vertragsrecht*, in: Harald Baum/Moritz Bälz (Hrsg.) *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1. Aufl. 2011, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 461, 502 f. m.w.N.

48 Siehe dazu YAMAMOTO (Fn. 47) S. 503 f. m.w.N.

49 Siehe dazu im Einzelnen etwa STEPHAN LORENZ, *5 Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, NJW 2007, 1 ff.

Verlust an Niveau“ oder „nachhaltiger Qualitätsverlust in der juristischen Alltagsarbeit“⁵⁰ lässt sich aber keinesfalls attestieren. Grundlegende Systemfehler sind in nahezu 10 Jahren nicht hervorgetreten und wohl auch nicht zu erwarten. Die Befürchtungen, die insbesondere die Praktiker bereits vor der Reform gehegt haben, haben sich nicht bewahrheitet. Der deutsche Gesetzgeber hat gut daran getan, diesen – wohl natürlichen – Reaktionen der Praxis nicht nachzugeben.⁵¹

Zuzugeben ist, dass es durch die Rückführung des besonderen Gewährleistungsrechts auf die Rechtshilfe des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts zu einer vermehrten Relevanz abstrakter Grundfragen gekommen ist.⁵² Das spiegelt sich insbesondere in der Rechtsprechung zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht wider, in welcher der Rückgriff auf frühere Rechtsprechung durch die grundsätzliche neue dogmatische Struktur nur in seltenen Fällen möglich ist. Die im Vorfeld der Reform heftig kritisierte Abstraktionshöhe des Gesetzes hat aber auch hier keineswegs zu einen „Irrgarten von Regelungen“⁵³ geführt. Der Bedeutungszuwachs von Grundlagenfragen hat gerade den Vorteil, dass eine einmal geklärte Grundlagenfrage zugleich die Detailfrage abseits unkontrollierbarer Kasuistik voraussehbar bestimmt und damit Rechtssicherheit schafft. Bestätigt wird dies auch durch den akademischen Unterricht: Das „neue“ deutsche Leistungsstörungenrecht ist Studenten wesentlich einfacher, klarer und unmissverständlicher zu erläutern, als es das frühere Recht jemals erlaubte. Das ist ein wichtiger Qualitätsnachweis für das Funktionieren eines Systems.⁵⁴ Zu Recht hatte schon *Ulrich Huber* in seinem Gutachten für die Schuldrechtskommission attestiert, dass sich die „sozialen Unkosten“ eines Rechtszustandes in der juristischen Ausbildung gut ablesen lassen. Das Recht der Leistungsstörungen hat er zutreffend als ein Gebiet charakterisiert, dessen Beherrschung von jedem fertig ausgebildeten Juristen erwartet werden muss. Dem früheren Leistungsstörungenrecht stellte er insoweit zu Recht ein vernichtende Zensur aus: In der Ausbildung werde eine ganz erhebliche Zeit darauf verwendet, die Lösung von Problemen zu erlernen, die bei geeigneter Fassung des Gesetzes gar nicht vorhanden wären.⁵⁵

50 So aber die Prognose von HOLGER ALTMIEPPEN, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für die Überhastung der Schuldrechtsreform, DB 2001, 1131.

51 Zu ganz ähnlichen Reaktionen im Zuge des gegenwärtigen Reformprozesses in Japan siehe KAMO (Fn. 25).

52 BARBARA DAUNER-LIEB / WOLFGANG DÖTSCH, Schuldrecht aktuell – Entwicklungstendenzen und Problemschwerpunkte zwei Jahre nach der Schuldrechtsreform (2003), Bonn: Deutscher Anwaltverlag, S. 8.

53 So aber der Vorwurf von OLE LANDO, Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, *RabelsZ* 67 (2003) S. 231, 244.

54 Vgl. dazu auch den Appell von *Claus-Wilhelm Canaris* im Vorfeld der Reform, nicht nur an den im bisherigen Recht verwurzelten Praktiker, sondern gerade auch an die in einem verbesserten Recht zu schulenden Juristen zu denken, siehe dazu KATJA LANGENBUCHER, Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Diskussionsbericht zum Vortrag von Claus-Wilhelm Canaris, *JZ* 2001, 528.

55 U. HUBER (Fn. 3) S. 774.

Im neuen Leistungsstörungenrecht mag es durchaus Bereiche geben, die man in rechtspolitischer Hinsicht kritisieren kann. Das System als solches hat sich aber fraglos bewährt. Es hat unter Wahrung der dogmatischen Grundstrukturen des Leistungsstörungenrechts zu einer wesentlichen Vereinfachung geführt. Das deutsche Leistungsstörungenrecht wird so auch im „Wettbewerb“ der Rechtsordnungen auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht wichtige Impulse geben können. Ohne eine solche Reform würde die Stimme des deutschen Rechts im Europäischen Reformprozess kaum Gehör finden können. Die deutsche Erfahrung zeigt, dass Reformierung letztlich die Bewahrung des Erhaltenswerten ist und letztlich allein dessen Überleben sichert. Die wirklichen Bewahrer einer Rechtskultur sind ihre Reformer.