

Roland Schwarze

Das Recht der Leistungsstörungen

De Gruyter Handbuch

Roland Schwarze

Das Recht der Leistungs- störungen

2., neu bearb. Auflage

Von

Dr. iur. *Roland Schwarze*,

ord. Professor an der Leibniz Universität Hannover

DE GRUYTER

Dr. iur. *Roland Schwarze*,
ord. Professor an der Leibniz Universität Hannover

ISBN 978-3-11-037479-7
e-ISBN (PDF) 978-3-11-037533-6
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-038715-5

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2017 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Einbandabbildung: pyotr021/istock/thinkstock
Datenkonvertierung/Satz: jürgen ullrich typesatz, 86720 Nördlingen
Druck: CPI books GmbH, Leck
☼ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Die zweite Auflage bringt das Werk auf den aktuellen Stand. Die Rechtsprechung ist bis Ende September 2016 berücksichtigt. Für Unterstützung bei der Recherche und beim Korrekturlesen, für die Aktualisierung des Fußnotenapparats und der Verzeichnisse danke ich meinen Wiss. Mitarbeitern Ass. iur. *Jana Baberske*, Dipl.-Jur. *Dennis Hornschu*, Ass. iur. *Korla Karadas*, Dipl.-Jur. *Lisa Kraayvanger* und Dipl.-Jur. *Daniel Wall*. Meiner Sekretärin Frau *Birgit Ilbasan* schulde ich Dank für die technische Begleitung, den studentischen Hilfskräften *Vincent David Fischer*, *Maximilian Schneider* und *Christian van Amelsvoort* danke ich für Kopierarbeiten und die Verwaltung der Datenbank. Den Dank verbinde ich mit der Hoffnung, dass das Buch dem Leser von Nutzen ist.

Hannover, im Oktober 2016

Roland Schwarze

Aus dem Vorwort zur ersten Auflage (2008)

Über mangelnde Aufmerksamkeit hat sich das Leistungsstörungenrecht nie beklagen müssen. Kaum überraschend zog seine gesetzliche Neufassung im Jahre 2001/2002 die Zivilrechtswissenschaft förmlich in ihren Bann. Die wissenschaftliche Aufarbeitung ist inzwischen in die monographische Phase eingetreten, richtungweisende Gerichtsentscheidungen sind ergangen. Das vorliegende Handbuch gibt eine systematische Darstellung des Leistungsstörungenrechts, die den Stoff im Wesentlichen nach den Rechtsfolgen ordnet. Es will damit der gesetzlichen Systematik ebenso wie der fallpraktischen Arbeit Rechnung tragen.

Gliederungsübersicht

1. Teil: Grundlagen des Leistungsstörungenrechts

§ 1	Dogmatische Grundlagen	2
§ 2	Der rechtliche Rahmen	17

2. Teil: Das Schicksal der Leistungspflicht

1. Abschnitt: Fortfall und Anpassung der Leistungspflicht im Interesse des Schuldners

1. Kapitel: Begrenzung der Leistungspflicht wegen eines Leistungshindernisses

§ 3	Das Leistungshindernis	29
§ 4	Befreiung von der Leistungspflicht bei Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Schuldners	37
§ 5	Fortfall der Leistungspflicht bei Leistungerschwerungen (§ 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB)	67
§ 6	Leistungerschwerung als Störung der Geschäftsgrundlage	89
§ 7	Besondere Regelung der Leistungsanstrengungen	116
§ 8	Die Grenzen der Leistungspflicht im Leistungsprozess	130

2. Kapitel: Fortfall der Leistungspflicht aus sonstigen im Interesse des Schuldners liegenden Gründen

§ 9	Befreiung des Schuldners wegen Zweckverfehlung	135
§ 10	Befreiung zum Schutz der Rechtsgüter des Schuldners	140

2. Abschnitt: Fortfall und Anpassung der Leistungspflicht im Interesse des Gläubigers

§ 11	Überblick	141
§ 12	Der Fortfall des Gläubigerinteresses an der Leistung als Fall der Unmöglichkeit und als Störung der Geschäftsgrundlage	144

3. Teil: Auswirkungen der Störung auf die Gegenleistungspflicht

§ 13	Grundlagen	162
§ 14	Vorläufige Verweigerung der Gegenleistung (§§ 320–322 BGB)	168

§ 15 Endgültiger Fortfall des Gegenleistungsanspruchs (§§ 323–326 BGB)	191
---	-----

4. Teil: Die Pflicht des Schuldners zu Schadensersatz und Ersatzherausgabe

1. Abschnitt: Der Schutz des Gläubigers durch Schadensersatzpflichten

§ 16 Die Struktur der gesetzlichen Regelung	234
---	-----

2. Abschnitt: Der Schadensersatz statt der Leistung

§ 17 Der Schutz des Leistungsinteresses im Überblick	241
§ 18 Schadensersatz statt der Leistung bei Leistungshindernissen	247
§ 19 Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtleistung	267
§ 20 Schadensersatz statt der Leistung bei Schlechtleistung	303
§ 21 Schadensersatz statt der Leistung wegen Gefährdung der Leistung	322
§ 22 Schadensersatz statt der Leistung bei Dauerschuldverhältnissen	332
§ 23 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung von Rücksichtnahmepflichten (§ 282 BGB)	336
§ 24 Der Übergang zum Schadensersatzanspruch	343
§ 25 Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs	351
§ 26 Die Pflicht zur Herausgabe eines Ersatzes (§ 285 BGB)	404

3. Abschnitt: Schadensersatz für vorübergehende Störungen

§ 27 Begriff und Problem der vorübergehenden Störungen	422
§ 28 Vorübergehende Nichtleistung (Schuldnerverzug)	423
§ 29 Andere vorübergehende Störungen	461

4. Abschnitt: Der Schutz des Integritätsinteresses

1. Kapitel: Die Grundlagen der Haftung für Integritätsverletzungen

§ 30 Strukturelemente der Haftung	466
---	-----

2. Kapitel: Die Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen

§ 31 Das vorvertragliche Schuldverhältnis	479
§ 32 Der vorvertragliche Schutz der Rechtsgüter	487

§ 33 Der vorvertragliche Schutz der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung	488
--	-----

5. Abschnitt: Die Zurechnung der Pflichtverletzung

§ 34 Das Vertretenmüssen des Schuldners	547
---	-----

5. Teil: Die Verantwortung des Gläubigers

§ 35 Grundlagen	583
§ 36 Die Verantwortung des Gläubigers für Mitwirkungsdefizite im Rahmen des Gläubigerverzuges	590
§ 37 Die Verantwortung des Gläubigers für Leistungshindernisse	649
§ 38 Die Mitverantwortung des Gläubigers	681
Sachregister	695

Gliederungsverzeichnis

1. Teil:

Grundlagen des Leistungsstörungenrechts	1
--	---

§ 1 Dogmatische Grundlagen

A. Der Begriff der Leistungsstörung	2
I. Das Zurückbleiben hinter dem Gesollten	2
II. Rechtliche Bedeutung des Begriffs	4
III. Verhältnis zu anderen Allgemeinbegriffen	4
B. Funktionen des Leistungsstörungenrechts	5
I. Formale Funktion	5
II. Materielle Funktion	6
1. Gerechter Ausgleich der Parteiinteressen	6
2. Realisierung bestimmter Ordnungsziele?	6
C. Die tatbestandliche Erfassung der Störung	9
I. Unterscheidung zwischen Leistungsinteresse und Integritätsinteresse	10
II. Unterscheidungen innerhalb der Störungen des Leistungsinteresses	10
1. Unterscheidung nach der Art der Störung (Nichtleistung, Teilnichtleistung, Schlechtleistung)	11
2. Unterscheidung nach der Behebbarkeit der Störung (Leistungshindernis)	11
3. Unterscheidung nach dem Grad der Störung (Verletzung und Gefährdung)	12
4. Unterscheidung nach der Dauer der Störung (Endgültige und vorübergehende Störung)	12
5. Unterscheidung nach dem Zeitpunkt der Störung	12
6. Unterscheidung nach der rechtlichen Absicherung des Leistungsinteresses (Störung des Inhalts oder der Grundlage des Schuldverhältnisses) ..	13
7. Unterscheidung nach der Zurechenbarkeit der Störung	13
III. Unterscheidungen innerhalb der Störung des Integritätsinteresses	13
IV. Mehrheit von Störungen	14
D. Die Zurechnung der Störung	14
E. Die Regelung der Störungsfolgen	15
F. Das Darstellungskonzept	16
I. Die rechtsfolgenorientierte Systematik	16
II. Die Fallarbeit mit dem Buch	17

§ 2 Der rechtliche Rahmen

A. Normative Grundlagen	17
I. Die Regelung des BGB	17
II. Unionsrechtsrechtliche und internationale Einflüsse	18
B. Der Anwendungsbereich des gesetzlichen Leistungsstörungenrechts	19
I. Gegenständlicher Anwendungsbereich	19
II. Räumlicher Anwendungsbereich	21
III. Zeitlicher Anwendungsbereich	22
C. Die Einordnung leistungsstörungenrechtlicher Ansprüche und Rechte in das BGB ..	22
D. Vertragliche Regelungen	22

2. Teil:

Das Schicksal der Leistungspflicht

1. Abschnitt:

Fortfall und Anpassung der Leistungspflicht im Interesse des Schuldners

1. Kapitel:

Begrenzung der Leistungspflicht wegen eines Leistungshindernisses

§ 3 Das Leistungshindernis

A. Die Ergänzungsbedürftigkeit der Leistungspflicht	30
B. Ausgrenzung der vom Schuldner nicht zu überwindenden Leistungshindernisse	32
I. Die Pflichtbegrenzung als Problem des materiellen Rechts	32
II. Die pflichtenbegrenzenden Prinzipien	33
III. Die Bedeutung des Vertretenmüssens für die Begrenzung der Leistungspflicht	34
IV. Die Unerheblichkeit des Zeitpunktes des Leistungshindernisses	36

**§ 4 Befreiung von der Leistungspflicht bei Unmöglichkeit der Leistung und
Unvermögen des Schuldners**

A. Regelungszweck	37
B. Tatbestand der Unmöglichkeit	38
I. Begriff	38
II. Arten der Unmöglichkeit	39
1. Physische Unmöglichkeit	39
2. Rechtliche Unmöglichkeit	41
3. Anderweitige Befriedigung des Leistungsinteresses als Unmöglichkeit .	45
4. Unmöglichkeit bei höchstpersönlichen Leistungen	46
5. Unmöglichkeit bei mehreren erfüllungstauglichen Leistungen	47
6. Unmöglichkeit der Erfüllung von Unterlassungspflichten	50
7. Unmöglichkeit infolge Störung außerhalb der Schuldnerverantwortung liegender Umstände	50
8. Vorübergehende Leistungshindernisse	52
a) Die Fallkonstellationen	53
b) Gleichstellung mit dauerhaftem Leistungshindernis im Interesse des Schuldners	53
c) Gleichstellung mit dauerhaftem Leistungshindernis im Interesse des Gläubigers	54
d) Keine Gleichstellung mit dauerhaftem Leistungshindernis	55
e) Veränderung der Lage	58
f) Vorrangige vertragliche Regelung	58
9. Teilunmöglichkeit	59
C. Das Unvermögen	60
I. Begriff	60
II. Bedeutung für besondere Schuldinhalte	64

§ 5 Fortfall der Leistungspflicht bei Leistungserschwerungen (§ 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB)

A.	Die Leistungserschwerung	67
B.	Kriterien für die rechtliche Bewertung der Leistungserschwerung	68
C.	Befreiung wegen groben Missverhältnisses von Leistungsaufwand und Leistungsinteresse (§ 275 Abs. 2 BGB)	70
I.	Der Aufwand des Schuldners	71
1.	Begriff	71
2.	Bedeutung der Gegenleistung	74
II.	Das Interesse des Gläubigers an der Leistung	75
III.	Das Vertretenmüssen des Leistungshindernisses	76
IV.	Grobes Missverhältnis	76
V.	Verantwortlichkeit des Gläubigers	79
VI.	Bedeutung des § 275 Abs. 2 BGB für Schadensersatz statt der Leistung	80
VII.	Befreiung wegen „einfacher“ Unverhältnismäßigkeit bei gesetzlichen (Nach-)Leistungspflichten	80
D.	Unzumutbarkeit bei in Person zu erbringenden Leistungen (§ 275 Abs. 3 BGB)	82
I.	Grundgedanke	82
II.	In Person zu erbringende Leistungen	82
III.	Bedeutung des Vertretenmüssens	85
E.	Unzumutbarkeit bei nicht in Person zu erbringenden Leistungen	86
F.	Geltendmachung, Rechtsfolge und Abdingbarkeit	87

§ 6 Leistungserschwerung als Störung der Geschäftsgrundlage

A.	Die Bedeutung der Geschäftsgrundlage für den Schuldner	90
B.	Normativer Kern der Geschäftsgrundlage	90
C.	Geschäftsgrundlage und Vertragsinhalt	92
D.	Die Geschäftsgrundlage	94
I.	Gemeinsamkeit der die Geschäftsgrundlage bildenden Vorstellungen	94
1.	Kenntnis/Erkennbarkeit der Vorstellung für den Gegner	94
2.	Kenntnis/Erkennbarkeit der Erheblichkeit	96
3.	Der „beiderseitige Irrtum“	96
II.	Keine Risikozuweisung	98
E.	Störung der Geschäftsgrundlage	99
I.	Wirklichkeitsabweichung	99
II.	Unzumutbarkeit der Bindung	99
III.	Bedeutung des Vertretenmüssens und der Vorhersehbarkeit	101
IV.	Fallgruppen	102
1.	Von Beginn an fehlerhafte Aufwandsplanung	102
2.	Nachträgliche Überholung der Aufwandsplanung	103
3.	Verhältnis zu anderen Fallgruppen	104
F.	Rechtsfolgen	105
I.	Vorrang der Anpassung	105
1.	Inhalt	105
2.	Gerichtliche Durchsetzung	106
II.	Rücktritt/Kündigung	109
III.	Ausgleich von Vermögensnachteilen	109
G.	Verhältnis zu § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB	111

H.	Die Kündigung des Schuldners bei Dauerschuldverhältnissen	113
J.	§§ 275, 313 BGB in der Fallanwendung	114
K.	Entlastung des Schuldners durch Erhöhung der Gegenleistung	115
L.	Die Leistungsgefahr	115

§ 7 Besondere Regelung der Leistungsanstrengungen

A.	Vertragliche Regelung der Leistungsanstrengungen	116
I.	Als Regelung der Leistungspflicht oder als Haftungsregelung	117
II.	Vertragliche Erhöhung der Leistungsanstrengungen	117
III.	Vertragliche Begrenzung der Leistungsanstrengungen	119
B.	Insbesondere: Vertragliche Regelung von Beschaffungsanstrengungen	123
I.	Die der Leistungspflicht inhärente Regelung der Beschaffungs- anstrengungen	123
1.	Ausgangspunkt	123
2.	Erweiterung durch gesetzliche Ersatzlieferungspflichten	123
3.	Erweiterung durch Vereinbarung einer Gattungsschuld	124
4.	Gerichtliche Erzwingbarkeit der Beschaffungsanstrengungen	126
5.	Haftung für Nichtbeschaffbarkeit	127
II.	Vertragliche Beschränkungen der Beschaffungsanstrengungen	127
C.	Besondere gesetzliche Regelung der Leistungsanstrengungen	130

§ 8 Die Grenzen der Leistungspflicht im Leistungsprozess

A.	Im Erkenntnisverfahren	130
I.	Prozessrechtsdogmatische Einordnung	130
II.	Darlegungs- und Beweislast	131
B.	In der Zwangsvollstreckung	134
C.	Bedeutung der Leistungsklage für den Übergang zum Schadensersatz	135

2. Kapitel:

Fortfall der Leistungspflicht aus sonstigen im Interesse des Schuldners liegenden Gründen

§ 9 Befreiung des Schuldners wegen Zweckverfehlung

I.	Problemstellung	135
II.	Vertragliche Einbeziehung des Zwecks	137
III.	Einbeziehung in die Geschäftsgrundlage	138

§ 10 Befreiung zum Schutz der Rechtsgüter des Schuldners 140

2. Abschnitt:

Fortfall und Anpassung der Leistungspflicht im Interesse des Gläubigers

§ 11 Überblick

A.	Die Problemstellung	141
B.	Die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe	141
I.	Fortfall des Interesses an der Leistung	142
II.	Unzumutbarkeit weiterer Bindung an die Leistungspflicht	142
III.	Erfolglose Nachfristsetzung	143

C. Das Gläubigerinteresse als Inhalt oder Grundlage des Vertrages	143
D. Die Darstellung	144

§ 12 Der Fortfall des Gläubigerinteresses an der Leistung als Fall der Unmöglichkeit und als Störung der Geschäftsgrundlage

A. Fortfall des Gläubigerinteresses an der Leistung als Fall der Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB)	145
I. (Voll-)Unmöglichkeit wegen nicht behebbarer Unvollständigkeit der Leistung	145
II. (Voll-)Unmöglichkeit wegen nicht behebbaren Qualitätsmangels	146
III. Nichteinhaltung sonstiger Leistungsmodalitäten als Unmöglichkeit	146
1. Die exakte Leistung	146
2. Insbesondere: Absolute Fixschuld	148
IV. Unerreichbarkeit des Verwendungszwecks als Unmöglichkeit	150
1. Verwendungszweck als Gegenstand der Leistungspflicht	151
2. Vertragliche Gleichstellung des Verwendungszwecks mit der Leistung ..	152
B. Störung des Gläubigerinteresses an der Leistung als Störung der Geschäftsgrundlage	153
I. Der Fortfall des Gläubigerinteresses an der Leistung (Zweckfortfall) als Störung der Geschäftsgrundlage	154
1. Erkennbarkeit des Verwendungszwecks für den Schuldner	154
2. Risiko des Gläubigers	155
3. Rechtsfolge	156
II. Störung des Äquivalenzinteresses	157
1. Äquivalenzstörung infolge Wertverlusts	157
2. Äquivalenzstörung infolge fehlerhafter (Preis-)Kalkulation	158
III. Rechtsfolge	159
IV. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen des Gläubigers	159

3. Teil:

Auswirkungen der Störung auf die Gegenleistungspflicht

§ 13 Grundlagen

A. Das Regelungsproblem	162
B. Terminologie	163
C. Der Anwendungsbereich der §§ 320–326 BGB	164
I. Gegenseitiger Vertrag	164
II. Die betroffenen Pflichten	166
1. Gegenseitige Leistungspflichten	166
2. Weitere Hauptleistungspflichten und Nebenleistungspflichten	167
3. Rücksichtnahmepflichten	168

§ 14 Vorläufige Verweigerung der Gegenleistung (§§ 320–322 BGB)

A. Zweck der Regelung	168
B. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB)	169
I. Voraussetzungen	169

1.	Gegenseitigkeit	169
2.	Nichterfüllung	171
3.	Weitere Voraussetzungen des § 320 BGB	172
4.	Einschränkungen des § 320 BGB	173
5.	Verhältnismäßigkeit, insbesondere bei Teilleistungen	174
6.	Rechtsgeschäftliche Einschränkungen	176
II.	Rechtsfolgen des § 320 BGB	177
C.	Die prozessuale Abwicklung gegenseitiger Leistungspflichten (§ 322 Abs. 1, Abs. 3 BGB)	177
I.	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Erkenntnisverfahren (§ 322 Abs. 1 BGB)	178
II.	Die Bindungswirkung des Urteils	179
III.	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in der Zwangsvollstreckung (§ 322 Abs. 3 BGB)	180
D.	Besonderheiten des Synallagmas bei Vorleistungspflichten (§ 321 BGB)	181
I.	Das Risiko des Vorleistungspflichtigen	181
II.	Unzumutbarkeit der Vorleistung infolge Verschlechterung des Risikos	182
1.	Einrede wegen Verschlechterung des Vorleistungsrisikos (§ 321 Abs. 1 BGB)	185
2.	Schutz bei zufällig eintretenden Leistungshindernissen	186
3.	Beendigung der vertraglichen Bindung (§ 321 Abs. 2 BGB)	186
III.	Schadensersatzansprüche des Vorleistungspflichtigen	187
IV.	Vergütung bereits erbrachter Teil-Vorleistungen	188
V.	Interesse des Vorleistungspflichtigen am Leistungsaustausch (§ 322 Abs. 2, Abs. 3 BGB)	189
VI.	Darlegungs- und Beweislast	189
VII.	Andere Rechtsbehelfe des Vorleistungspflichtigen	190
 § 15 Endgültiger Fortfall des Gegenleistungsanspruchs (§§ 323–326 BGB)		
A.	Zweck und Struktur der §§ 323 ff. BGB	191
B.	Der Fortfall des Gegenleistungsanspruchs bei Nichterbringbarkeit der Leistung (§ 326 Abs. 1 BGB)	192
I.	Die der Regelung inhärente Verteilung der Preisgefahr	192
II.	Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB	193
III.	Der Fortfall des Gegenleistungsanspruchs	194
IV.	Minderung bei teilweiser Unerbringbarkeit der Leistung	194
V.	Keine Minderungsregelung für die Schlechtleistung (§ 326 Abs. 1 S. 2 BGB) ..	195
VI.	Das ergänzende Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB	196
VII.	Darlegungs- und Beweislast	198
VIII.	Die Verantwortlichkeit des Gläubigers	198
IX.	Die Aufrechterhaltung des Gegenleistungsanspruchs bei Erlangung eines Ersatzes	198
C.	Der Rücktritt vom Vertrag wegen Nichtleistung trotz Erbringbarkeit der Leistung ..	199
I.	Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistungspflichten	200
II.	Nichtleistung trotz Erbringbarkeit, Fälligkeit und Durchsetzbarkeit	200
III.	Fristsetzung	200
IV.	Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§ 323 Abs. 2 BGB)	200

1.	Überwiegendes Interesse am Rücktritt bei der Nichtleistung (§§ 323 Abs. 1, 1. Alt., 242 BGB)	201
2.	Relative Fixschuld (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB)	202
a)	Tatbestand	202
b)	Bedeutung für die Schadensersatzpflicht	204
c)	Bedeutung einer Fristsetzung	204
D.	Der Rücktritt vom Vertrag wegen Schlechtleistung (§ 323 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 5 S. 2 BGB)	205
I.	Der eingeschränkte Anwendungsbereich des § 323 Abs. 1, 2. Alt. BGB	205
II.	Die Schlechtleistung	206
III.	Fristsetzung	206
IV.	Rücktritt vom ganzen Vertrag trotz Teilleistung (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB)	207
E.	Rücktritt wegen Leistungsgefährdung	207
I.	Richterrechtliche Regeln	207
II.	Rücktritt wegen Leistungsverweigerung (§ 323 Abs. 4 BGB)	208
III.	Rücktritt hinsichtlich künftiger Teilleistungen aufgrund Abmahnung (§ 323 Abs. 3 BGB)	209
IV.	Rücktrittsrecht des Vorleistungspflichtigen (§ 321 Abs. 2 BGB)	210
F.	Rücktritt wegen Verletzung von Rücksichtnahmepflichten (§ 324 BGB)	211
I.	Zweck	211
II.	Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht	211
III.	Unzumutbarkeit der Bindung an den Vertrag	212
IV.	Voraussetzungen im Übrigen	212
G.	Die Ausübung des Rücktrittsrechts	213
I.	Allgemeine Regeln	213
II.	Beteiligung Dritter	214
III.	Eigene Vertragstreue des Gläubigers	215
H.	Das Verhältnis des Rücktritts zum Schadensersatz (§ 325 BGB)	215
I.	Die Eigenständigkeit der Rechte	215
II.	Die Wahlmöglichkeiten	215
III.	Kumulierung der Rechte	216
IV.	Ius variandi	218
J.	Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen	219
I.	Die störungsrechtliche Bedeutung des § 314 BGB	219
II.	Rücktritt von der einzelnen Teilleistungspflicht	221
III.	Rücktritt vom gesamten Dauerschuldverhältnis	222
IV.	Außerordentliche Kündigung des Dauerschuldverhältnisses	223
V.	Struktur des Kündigungstatbestandes	224
1.	Kündigung wegen Unzumutbarkeit infolge Pflichtverletzung (§ 314 Abs. 2 BGB)	225
2.	Kündigung wegen Unzumutbarkeit im Übrigen	226
3.	Verhältnis zu § 313 BGB	227
VI.	Bedeutung anderweitiger Beendigungsmöglichkeiten	228
VII.	Ausübung des Kündigungsrechts	229
VIII.	Kombination von Rücktritt und Kündigung	229
IX.	Auswirkung der Kündigung	230
X.	Verhältnis zum Schadensersatz	230

4. Teil:

Die Pflicht des Schuldners zu Schadensersatz und Ersatzherausgabe

1. Abschnitt:

Der Schutz des Gläubigers durch Schadensersatzpflichten

§ 16 Die Struktur der gesetzlichen Regelung

A. Die Unterscheidung nach der Schadensart (§ 280 BGB)	235
I. Leistungsinteresse und Integritätsinteresse als Ausgangspunkt	236
II. Die Schadensarten	236
III. Die Einordnung der Schadensarten in die gesetzliche Systematik	236
B. Die Unterscheidung nach der Art der Störung	237
C. Die Unterscheidung nach dem Haftungsgrund	238
D. Das Problem des Grundtatbestandes „Pflichtverletzung“ (§ 280 Abs. 1 BGB)	239

2. Abschnitt:

Der Schadensersatz statt der Leistung

§ 17 Der Schutz des Leistungsinteresses im Überblick

A. Das Verhältnis von Leistung und Schadensersatz statt der Leistung	241
B. Der Übergang von der Leistung zum Schadensersatz	242
I. Der automatische Übergang zum Schadensersatz beim Leistungshindernis (§§ 275 Abs. 4, 283, 311a Abs. 2 BGB)	242
II. Die Rechtfertigung des Übergangs zum Schadensersatz bei Erbringbarkeit der Leistung	242
1. Rechtfertigungsgründe	242
2. Das Verhältnis der Rechtfertigungsgründe zueinander	244
III. Die prozessuale Seite des Übergangs	244
1. Klage auf Leistung	245
a) Übergang vor oder während des Leistungsprozesses	245
b) Übergang nach Rechtskraft eines Leistungsurteils	245
2. Schadensersatzklage	246

§ 18 Schadensersatz statt der Leistung bei Leistungshindernissen

A. Die Regelung im Überblick	247
B. Die Haftungsvoraussetzungen bei nachträglichem Leistungshindernis (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB)	248
I. Die Pflichtverletzung	248
II. Nachträglichkeit des Leistungshindernisses	251
III. Keine Entlastung (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)	251
IV. Prozessuales	252
C. Die Haftung für anfängliche Leistungshindernisse (§ 311a Abs. 2 BGB)	252
I. Die in der Leistungszusage enthaltene eingeschränkte Garantie	253
II. Der Umfang der Haftung	255
1. Leistungshindernis (§ 275 BGB)	255
2. Bekanntheit oder Erkennbarkeit des Leistungshindernisses	256
3. Der Vertragsschluss als maßgeblicher Zeitpunkt	258

a) Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des Leistungs- hindernisses	258
b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der zugrunde liegenden Tatsachen	260
4. Das von der Garantie gedeckte Interesse	260
5. Modifizierungen der Garantiehaftung	261
a) Verschärfungen	261
b) Milderungen	262
III. Haftung bei anfänglicher Unzumutbarkeit der Bindung für den Gläubiger	263
IV. Darlegungs- und Beweislast	264
V. Verhältnis zu anderen Haftungsregeln	266
D. Anrechnung des Surrogats (§ 285 Abs. 2 BGB)	266
E. Verhältnis zu anderen Gläubigerrechten	267
 § 19 Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtleistung	
A. Systematische Einordnung	269
B. Die Voraussetzungen im Überblick	270
C. Erfasste Leistungspflichten	270
D. Die Nichtleistung trotz Erbringbarkeit, Fälligkeit und Durchsetzbarkeit	271
I. Voraussetzungen im Allgemeinen	271
1. Kein Leistungshindernis	271
2. Fälligkeit und Durchsetzbarkeit	272
3. Nichtleistung	273
II. Nichtleistung bei Zurückweisung nicht schuldgerechter Leistung	273
III. Beendigung der „Nichtleistung“ durch Erbringung der Leistung	275
E. Nichtleistung trotz Fristsetzung	275
I. Setzung einer angemessenen Frist	276
1. Inhaltliche Anforderungen	276
2. Schuldnerschützende Wirkung	279
3. Angemessenheit der Frist	280
II. Problemfälle	282
1. Nichtsynallagmatische Leistungspflichten	282
2. Zusammenhängende Leistungspflichten	284
3. Mitwirkungsleistungspflichten des Gläubigers	284
4. Fristsetzung bei mehrfacher Störung	285
a) Nichtbehebung der ursprünglichen Störung	285
b) Mehrheit von Störungen	286
III. Fristsetzung durch Dritte	287
IV. Ausschluss der Fristsetzungsbefugnis	288
F. Fortsetzung der Nichtleistung nach Fristablauf	288
G. Keine Entlastung des Schuldners (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)	289
H. Die Entbehrllichkeit der Fristsetzung (§ 281 Abs. 2 BGB)	290
I. Endgültige Leistungsverweigerung nach Fälligkeit (§ 281 Abs. 2, 1. Alt. BGB) .	290
II. Überwiegendes Interesse des Gläubigers am Schadensersatz	292
1. Fortfall des Interesses an der Leistung	292
2. Funktionswidrigkeit der Fristsetzung	295
3. Verhältnis zu bereits ausgesprochener Frist	297

J.	Schadensersatzbefugnis bei (quantitativen) Teilleistungen	297
I.	Regelungsproblem	297
II.	Annahme der Teilleistung	298
III.	Sukzessivleistungen	301
IV.	Entbehrlichkeit der Fristsetzung	302

§ 20 Schadensersatz statt der Leistung bei Schlechtleistung

A.	Systematische Einordnung	303
I.	Slechtleistung und Nichtleistung	303
II.	Slechtleistung und Aliud- bzw. Mankoleistung	303
III.	Slechtleistung und Leistungshindernis	306
IV.	Slechtleistung und Nebenleistungspflichten	306
V.	Slechtleistung und Verletzung von leistungsbezogenen Nebenpflichten ...	308
VI.	Slechtleistung und Verletzung von Rücksichtnahmepflichten	309
VII.	Das Verhältnis zur besonderen Mängelgewährleistung	310
1.	Der Vorrang autarken Gewährleistungsrechts	310
2.	Die modifizierte Anwendung der allgemeinen Regeln bei Mängeln im Kauf-, Tausch- und Werkvertrag	312
3.	Die unmittelbare Anwendung der allgemeinen Regelung	313
B.	Die Voraussetzungen im Überblick	314
C.	Tatbestand der Schlechtleistung	314
I.	Die Bestimmung der Leistungsqualität im Allgemeinen	314
II.	Die Bestimmung der Leistungsqualität in den besonderen Gewährleistungsregeln	315
III.	Weiterfresserschäden als Schlechtleistung?	316
IV.	Der Mangelverdacht	317
D.	Weitere Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	318
I.	Setzung und Ablauf einer angemessenen Frist	318
II.	Keine Unerheblichkeit bei großem Schadensersatz/Rücktritt (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB)	319
III.	Fortfall des Interesses bei teilweiser Schlechtleistung	321
IV.	Vertretenmüssen	322

§ 21 Schadensersatz statt der Leistung wegen Gefährdung der Leistung

A.	Das Problem	322
B.	Der Tatbestand der Leistungsgefährdung	324
I.	Die drohende Störung („Pflichtverletzung“)	324
1.	Anknüpfungssachverhalt	324
2.	Negative Prognose	325
a)	Offensichtlichkeit	325
b)	Ernsthafte Zweifel	326
II.	Unzumutbarkeit	327
C.	Gefährdung künftiger Teilleistungen, insbes. Sukzessivleistungen (§ 281 Abs. 3 BGB)	327
D.	Verlust des subjektiven Vertrauens als Gefährdungstatbestand	330
E.	„Nachvertragliche“ Verletzung der Leistungstreuepflicht	331

§ 22 Schadensersatz statt der Leistung bei Dauerschuldverhältnissen

A. Schadensersatz bezüglich der gestörten Einzelleistung	332
B. Schadensersatz statt der Leistung bezüglich des ganzen/künftigen Dauerschuldverhältnisses	333
I. Allgemeine Regelung	333
II. Besondere Schadensersatzregeln	334

§ 23 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung von Rücksichtnahmepflichten (§ 282 BGB)

I. Grundgedanke	336
II. Abgrenzung zu § 281 BGB	337
III. Rücksichtnahmepflichten zum Schutz des Integritätsinteresses	338
IV. Unzumutbarkeit der Leistung	339
V. Unzumutbarkeit der Leistung bei erbrachter Teilleistung	340
VI. Bedeutung der Abmahnung (§ 281 Abs. 3 BGB analog)	341
VII. Gefährdung des Integritätsinteresses wegen drohender Rücksichtnahmepflichtverletzung	342
VIII. Vertretenmüssen und Beweislast	342

§ 24 Der Übergang zum Schadensersatzanspruch

A. Verletzung der Leistungspflicht oder Gefährdung der Leistung	343
I. Rechtslage nach Eintritt der Voraussetzungen gem. § 281 Abs. 1–Abs. 3 BGB ..	343
1. Schadensersatzbefugnis	343
2. Zurückweisung der Leistung	344
3. Frist zur Beseitigung der Schwebelage	345
II. Das Schadensersatzverlangen (§ 281 Abs. 4 BGB)	346
III. Leistungsverlangen nach Eintritt der Voraussetzungen gem. Abs. 1–Abs. 3 BGB	347
IV. Fortfall des Leistungsanspruchs	348
V. Rückabwicklung erbrachter Leistungen (§ 281 Abs. 5 BGB)	349
VI. Darlegungs- und Beweislast	349
VII. Verjährung	350
VIII. Abdingbarkeit	350
B. Unzumutbarkeit der Leistung wegen Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht (§ 282 BGB)	351

§ 25 Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs

A. Schadensersatzrechtliche Differenzbetrachtung als Ausgangspunkt	353
B. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Differenzbetrachtung	355
C. Einbeziehung besonderer Schadensarten	357
I. Verzögerungsschäden und ähnliche Schäden infolge vorübergehender Störung	358
1. Die Position der Rechtsprechung	358
2. Gegenpositionen	358
a) Fortfall des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB?	358
b) Alternativität der Anspruchsgrundlagen?	359
3. Eigene Position	360
II. Ausgrenzung der Integritätsschäden	362

III.	Schlussfolgerung für Mangelfolgeschäden und Weiterfresserschäden	363
1.	Mangelfolgeschaden	363
2.	Weiterfresserschaden	365
D.	Die konkrete Schadensberechnung	366
I.	Schaden infolge Ausbleibens der Leistung selbst	366
1.	Wert der Leistung	366
2.	Mehraufwendungen für Ersatzgeschäft (Deckungsgeschäft) des Gläubigers	368
II.	Schaden infolge Ausbleibens der geplanten Leistungsverwendung	369
III.	Fehlverhalten des Gläubigers	370
IV.	Schadensmindernde Vorteile	372
E.	Ersatz nutzloser Aufwendungen	375
I.	Das Problem	375
II.	Aufwendungsersatz als Schadensersatz statt der Leistung	375
1.	Die Rentabilitätsvermutung	375
2.	Einwendungen des Schuldners	377
III.	Aufwendungsersatz anstelle von Schadensersatz statt der Leistung (§ 284 BGB)	377
1.	Dogmatische Einordnung	378
2.	Verhältnis zur Rentabilitätsvermutung	380
3.	Allgemeine Voraussetzungen	380
4.	Insbes.: Das berechtigte Vertrauen des Gläubigers	382
5.	Insbes.: Die Aufwendungen	383
6.	Insbes.: Die Zurechenbarkeit der Aufwendungsentscheidung	384
a)	Billigkeit	384
b)	Kausalität	386
7.	Umfang des Ersatzes	386
a)	Keine Begrenzung auf positives Interesse	386
b)	Vorteilsausgleich	386
c)	Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 Abs. 2 BGB)	386
d)	Teilstörungen	387
8.	Verhältnis zum Leistungsanspruch	387
9.	Verhältnis zu Schadensersatzanspruch und Rücktritt	387
10.	Darlegungs- und Beweislast	388
F.	Der abstrakt berechnete Schaden	389
I.	Absehen vom konkreten Schadensverlauf	389
II.	Vermutungsregeln	390
III.	Abstrakte Schadensberechnung im engeren Sinn	392
IV.	Wahlrecht des Gläubigers	394
G.	Besonderheiten der Schadensberechnung bei gegenseitigen Verträgen	394
I.	Das Problem	394
II.	Die Situation unter Geltung des alten Rechts	396
III.	Die Rechtslage nach Inkrafttreten des SMG	397
1.	Überblick über den Meinungsstand	397
2.	Eigene Position	398
H.	Die Schadensberechnung bei Teilstörungen („Großer und kleiner Schadensersatz“)	401

I.	Voraussetzungen des großen Schadensersatzes	401
II.	Umfang des kleinen Schadensersatzes	401
J.	Rechtliche Behandlung des Schadensersatzanspruchs im Übrigen	404

§ 26 Die Pflicht zur Herausgabe eines Ersatzes (§ 285 BGB)

A.	Der Ausgleichszweck	405
B.	Keine Beschränkung auf „gegenständliche“ Leistungen	407
C.	Die Unerbringbarkeit der Leistung (§ 275 BGB)	408
D.	Der Ersatz oder Ersatzanspruch	409
I.	Der Ersatzcharakter	409
II.	Beispiele	410
III.	Das Verhältnis zu Vorkehrungen des Schuldners	413
E.	Inhalt der Herausgabepflicht	414
I.	Umfang	414
II.	Gläubignachteil als Grenze	414
F.	Ausschluss des Anspruchs für bestimmte Leistungspflichten	415
G.	Beweislast und Verjährung	418
H.	Schadensersatz und Surrogat (§ 285 Abs. 2 BGB)	419
J.	Aufrechterhaltung der Gegenleistung bei Erlangung eines Ersatzes (§ 326 Abs. 3 BGB)	420

3. Abschnitt:

Schadensersatz für vorübergehende Störungen

§ 27 Begriff und Problem der vorübergehenden Störungen	422
---	------------

§ 28 Vorübergehende Nichtleistung (Schuldnerverzug)

A.	Die Verzugsregelung im Überblick	424
B.	Voraussetzungen des Schuldnerverzuges	424
I.	Nichtleistung	424
II.	Keine anspruchvernichtende Einwendung/kein Leistungshindernis	425
III.	Durchsetzbarkeit (Einredefreiheit)	426
IV.	Fälligkeit	429
V.	Qualifizierte Nichtleistung	430
1.	Erfolglose Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB)	430
a)	Inhalt der Mahnung	430
b)	Form und Rechtsnatur	433
c)	Zeitpunkt der Mahnung	433
d)	Verhältnis zur Nachfristsetzung	434
e)	Gleichgestellte Rechtsakte	434
2.	Entbehrlichkeit der Mahnung	434
a)	Kalendermäßig bestimmte Leistungszeit	435
b)	Ereignisabhängiger Leistungszeitpunkt	436
c)	Leistungsverweigerung	436
d)	Besondere Gründe	437
3.	30-Tage-Frist bei Entgeltforderung	438
a)	Normzweck	438

b)	Voraussetzungen	439
aa)	Entgeltforderung	439
bb)	Zugang einer Rechnung/Zahlungsaufstellung	439
cc)	Fristablauf	441
VI.	Vertragstreue des Gläubigers („tu quoque“)	442
VII.	Vertretenmüssen	443
C.	Der Zeitpunkt des Verzugsseintritts	443
D.	Die Beendigung des Verzuges	444
I.	Leistungserbringung	444
II.	Wegfall anderer Verzugsvoraussetzungen	446
E.	Der Ersatz des Verzögerungsschadens und andere Verzugsfolgen	447
I.	Der Verzögerungsschaden	447
1.	Begriff	447
2.	Abgrenzung zum Integritätsinteresse	449
3.	Typische Schäden	449
a)	Rechtsdurchsetzungskosten	449
b)	Deckungsaufwand	450
c)	Entgangener Gewinn	451
d)	Verzugszinsen	452
4.	Keine Anwendung des § 284 BGB	455
5.	Verzug bei Abtretung und Schuldnerwechsel	456
II.	Verschärfung der Schuldnerverantwortlichkeit	457
1.	„Haftung für Zufall“	457
2.	Aufhebung von Haftungsprivilegierungen	459
III.	Abdingbarkeit	460
1.	Grundregel	460
2.	Sonderregel für Entgeltforderungen	460

§ 29 Andere vorübergehende Störungen

I.	Die vorübergehende Schlechtleistung, Aliudleistung und Mankoleistung	462
II.	Vorübergehende Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten	464
III.	Vorübergehendes Leistungshindernis	464
IV.	Vorübergehende Leistungsgefährdung	464
V.	Verhältnis zum Schadensersatz statt der Leistung	465

4. Abschnitt:

Der Schutz des Integritätsinteresses

1. Kapitel:

Die Grundlagen der Haftung für Integritätsverletzungen

§ 30 Strukturelemente der Haftung

A.	Überblick	466
B.	Das Integritätsinteresse	466
C.	Die Haftungsnormen	468
D.	Die Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB	469
I.	Verletzung von Rücksichtnahmepflichten	469

1.	Die Rechtfertigung der Rücksichtnahmepflicht	469
2.	Typische Pflichtinhalte	470
3.	Weitere Elemente	472
II.	Integritätsverletzungen infolge Nicht- oder Schlechtleistung	473
1.	Anknüpfung der Haftung an Rücksichtnahmepflicht	473
2.	Abgrenzung zu leistungsbezogenen Nebenpflichten	474
III.	Darlegungs- und Beweislast	475
E.	Inhalt des Anspruchs	476
F.	Das Verhältnis zur deliktischen Haftung	476

2. Kapitel:

Die Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen

§ 31 Das vorvertragliche Schuldverhältnis

A.	Das Gesetz als Geltungsgrund (§ 311 Abs. 2 BGB)	479
B.	Haftungsgrund und Schutzgut	481
C.	Persönliche Haftungsvoraussetzungen	483
D.	Der Tatbestand des vorvertraglichen Schuldverhältnisses	484
I.	Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB)	484
II.	Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB)	485
III.	Ähnliche geschäftliche Kontakte (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB)	486

§ 32	Der vorvertragliche Schutz der Rechtsgüter	487
------	--	-----

§ 33 Der vorvertragliche Schutz der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung

A.	Ausgrenzung der vertraglichen Haftung	489
B.	Schutz vor dem nicht erwartungsgerechten Vertrag bzw. vor dem nicht erwartungsgerechten Vertragsumfeld	490
I.	Haftung für positive Erklärungen	491
II.	Haftung für unterlassene Aufklärung	493
1.	Nicht aufklärungspflichtige Informationen	494
a)	Spezielles Geheimhaltungsinteresse	494
b)	Recht zur Ausnutzung des Informationsvorsprungs	494
aa)	Marktwissen	495
bb)	„Innovatives“ Wissen	497
2.	Keine Pflicht zur Informationsbereitstellung	498
3.	Allg. Voraussetzungen der Aufklärungspflicht	499
4.	Spezifische Rechtfertigung	500
a)	Aufklärung über nicht präsenten Wissen	500
aa)	Aufklärung kraft in Anspruch genommenen Vertrauens	501
bb)	Aufklärung kraft Ingerenz	501
b)	Aufklärung über präsenten Wissen	502
aa)	Aufklärung wegen in Anspruch genommenen Vertrauens/Ingerenz	502
bb)	Aufklärung zum Schutz Unerfahrener	502
cc)	Aufklärung als Teil der Verständigung über Inhalt und Grundlagen des Vertrages (Pflicht zum „Nachfragen“)	504

dd) Die Erkennbarkeit des Informationsbedarfs als begrenzendes Element	507
c) Beispiele für Aufklärungspflichten aus der Rechtsprechung	510
III. Schutz vor unzulässigem Entscheidungsdruck/Übereilung	513
IV. Vorvertraglicher Schutz durch spezielle gesetzliche Regelungen	517
C. Schutz der Erwartung auf einen wirksamen Vertrag	519
I. Ausbleiben der rechtsgeschäftlichen Einigung	519
II. Verursachung/Nichtbeseitigung eines Wirksamkeitshindernisses	523
D. Rechtsfolgen	526
I. Grundsatz: Vertrauensschaden	526
II. Besonderheiten beim nicht erwartungsgerechten Vertrag	527
1. Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens	527
2. Vertragsaufhebung	527
3. Vertragsanpassung	529
III. Schutz des Erfüllungsinteresses beim nicht zustande gekommenen Vertrag? ..	531
E. Mitverschulden des Geschützten	532
I. Minderung des Schadensersatzes	532
II. Schadensersatzpflicht des Geschützten	534
F. Verhältnis zu vertraglichen Ansprüchen	535
G. Verantwortlichkeit für Verhandlungsgehilfen	538
H. Die Haftung Dritter aus vorvertraglichem Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 3 BGB)	539
I. Grundgedanke	540
II. Spezifische Rechtfertigung	541
1. Besondere Sachkunde	541
2. Eigenes wirtschaftliches Interesse des Dritten	542
3. Prospekthaftung	543
III. Haftungsinhalt	544
J. Drittschützende Wirkung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses	545
K. Besonderheiten bei der Abbedingung/Einschränkung der Haftung aus vorvertraglichen Pflichtverletzungen	545

5. Abschnitt:

Die Zurechnung der Pflichtverletzung

§ 34 Das Vertretenmüssen des Schuldners

A. Funktion	549
B. Die Haftung für Verschulden	550
I. Der Grundsatz	550
II. Der Gegenstand der Zurechnung	551
1. Erfolg oder Fehlverhalten	551
2. Haftungsbegründende Kausalität	552
3. Vorlagerung der Zurechnung	552
III. Die Haftung für Vorsatz	553
IV. Die Haftung für Fahrlässigkeit	554
1. Sorgfaltsmaß	555
2. Zwei Ebenen der Sorgfaltsprüfung	559
V. Gesetzliche und richterrechtliche Haftungsmilderungen	561

1.	Die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit	561
2.	Beschränkung der Haftung auf eigenübliche Sorgfalt	563
3.	Enthftung für leichteste Fahrlässigkeit	564
VI.	Vertragliche Haftungsbeschränkungen	564
VII.	Verschuldensfähigkeit	565
C.	Vertretenmüssen ohne Verschulden	566
I.	Gesetzliche Haftungsverschärfung	566
II.	Vertragliche Haftungsverschärfung	567
1.	Abgrenzung zum selbstständigen Garantievertrag	567
2.	Haftungsverschärfung als Teil des Leistungsversprechens	567
a)	Durch „Verstärkung“ des Leistungsversprechens	568
b)	Als typischer Inhalt des Leistungsversprechens	569
aa)	Geldschuld	569
bb)	Gattungsschuld	570
cc)	Individuelle Beschaffungsschuld	573
3.	Abbedingung von Haftungserleichterungen	574
D.	Einstehenmüssen für dritte Personen (§ 278 BGB)	574
I.	Grundgedanke	574
II.	Erfüllung einer Verbindlichkeit	575
III.	Die zur Erfüllung eingesetzte Person	577
1.	Erfüllungsgehilfe	577
2.	Gesetzlicher Vertreter	579
IV.	Zurechnungszusammenhang für konkretes Verhalten	580
V.	Abdingbarkeit	581
E.	Darlegungs- und Beweislast	582

5. Teil:

Die Verantwortung des Gläubigers

§ 35 Grundlagen

A.	Die Problemstellung	583
B.	Prinzipien der Gläubigerverantwortlichkeit	584
I.	Verantwortung für Fehlverhalten	584
II.	Risikoverantwortung	584
1.	Gesetzliche Regelungen	584
2.	Verallgemeinerbarkeit?	585
3.	Die Linie der herrschenden Meinung	586
C.	Die rechtliche Strukturierung der Gläubigerverantwortlichkeit	588
I.	Die vertragliche Verantwortlichkeit	588
II.	Die vorvertragliche Verantwortlichkeit	589
D.	Die Darstellung	590

§ 36 Die Verantwortung des Gläubigers für Mitwirkungsdefizite im Rahmen des Gläubigerverzuges

A.	Die Erfassung unzureichender Mitwirkung im Gläubigerverzug	591
B.	Der Tatbestand des Gläubigerverzuges	592

I.	Die Erbringbarkeit der Leistung	593
1.	Die Exklusivität von Gläubigerverzug und Nichterbringbarkeit der Leistung	593
a)	Die unproblematischen Fälle: Leistungshindernisse auf Seiten des Schuldners	593
b)	Die problematischen Fälle: Undurchführbarkeit der Mitwirkungshandlung (Mitwirkungshindernisse)	595
c)	Vorübergehendes Mitwirkungshindernis	597
d)	Vorübergehende Leistungshindernisse (§ 297 BGB)	598
e)	Die Bedeutung des Leistungswillens	599
2.	Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Erbringbarkeit der Leistung	600
a)	Normalschuld	600
b)	Absolute Fixschuld	601
II.	Ornungsgemäßes Angebot der Leistung	603
1.	Tatsächliches Angebot (§ 294 BGB)	603
a)	Angebot	603
b)	Ornungsmäßigkeit der Leistung	604
c)	Erleichterungen bei Obliegenheitsverletzungen des Gläubigers	606
2.	Wörtliches Angebot (§ 295 BGB)	607
a)	Das wörtliche Angebot	607
b)	Erforderlichkeit einer besonderen Mitwirkungshandlung (§ 295 S. 1, 2. Alt. BGB)	608
c)	Erklärte Annahmeverweigerung des Gläubigers (§ 295 S. 1, 1. Alt. BGB)	609
3.	Entbehrlichkeit des Angebots	611
a)	Kalendermäßig bestimmte Mitwirkungshandlung (§ 296 BGB)	611
b)	Sonstige Fälle	611
4.	Insbesondere: Das Angebot bei Dienst- und Arbeitsleistungen	612
III.	Die Nichtannahme der Leistung	615
1.	Die schlichte Nichtannahme	615
2.	Nichtannahme infolge berechtigter Leistungsverweigerung des Schuldners (§ 298 BGB)	617
3.	Unschädlichkeit eines Vorbehalts bei der Annahme	617
4.	Zurechnung von Annahmehindernissen	619
a)	Grundsatz	619
b)	Vorübergehende Annahmehindernisse (§ 299 BGB)	619
c)	Vom Schuldner zu vertretende Annahmehindernisse (§ 242 BGB)	621
IV.	Beendigung und Unterbrechung des Gläubigerverzuges	621
V.	Darlegungs- und Beweislast	622
C.	Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges	622
I.	Der Grundgedanke	622
II.	Die Rechtsfolgen im Einzelnen	623
1.	Entlastung des Schuldners bezüglich der Leistungspflicht	623
a)	Übergang der Sachgefahr bei Gattungsschulden	623
b)	Übergang der Preisgefahr bei gegenseitigen Leistungen	627
c)	Lockerung des Synallagmas	629

d)	Entlastung bei der Verantwortlichkeit für Leistungserschwerungen	629
e)	Begrenzung der Verzinsungspflicht bei verzinslichen Geldschulden	630
f)	Begrenzung der Herausgabepflicht bei Nutzungsherausgabe	630
g)	Beseitigung/Beendigung der Leistungspflicht	631
aa)	Recht zur Besitzaufgabe bei unbeweglichen Sachen	631
bb)	Hinterlegungs-/Versteigerungsrecht bei Leistungen bezüglich beweglicher Sachen	631
cc)	Beseitigung der Leistungspflicht bei anderen Leistungspflichten	632
2.	Entlastung des Schuldners bezüglich Schadensersatz statt der Leistung	632
3.	Entlastung von zusätzlichen Aufwendungen (§ 304 BGB)	634
4.	Verhältnis des Gläubigerverzuges zum Schuldnerverzug	635
D.	Inbesondere: Der Gläubigerverzug bei Dienst-, Arbeits- und Werkleistungen	635
I.	Dienst-/Arbeitsleistung	635
1.	Erbringbarkeit bei absoluter Fixschuld	636
2.	Substratsgefahr/Betriebsrisiko bei Dienst- und Arbeitsleistungen als Fall des Gläubigerverzuges?	637
3.	„Wirtschaftsrisiko“ als Fall des Gläubigerverzuges	639
4.	Das Arbeitskampfrisiko im Rahmen des Gläubigerverzuges	640
5.	Die Anrechnung anderweitiger Erwerbsmöglichkeit	641
II.	Werkleistungen	642
E.	Die Mitwirkung des Gläubigers als Gegenstand einer echten Rechtspflicht	643
I.	Der Ausgangspunkt	643
II.	Klagbarkeit der Mitwirkungspflicht	646
III.	Anspruch auf Schadensersatz	647
IV.	Die Schadensersatzpflicht als abschließende Regelung der Gläubigerverantwortlichkeit	648
V.	Vom Gläubiger zu verantwortende Leistungsgefährdung	649

§ 37 Die Verantwortung des Gläubigers für Leistungshindernisse

A.	Die gesetzliche Regelung der Gläubigerverantwortung	650
B.	Vom Gläubiger zu verantwortende Leistungshindernisse bei gegenseitigen Leistungspflichten	651
I.	Fehlverhalten des Gläubigers	652
1.	Verletzung echter Rechtspflichten	652
2.	Obliegenheitsverletzungen	653
3.	Vorwerfbarkeit	657
II.	Vom Gläubiger zu tragende Risiken	657
1.	Ausdrückliche vertragliche Regelung	657
2.	Risikoverantwortlichkeit im Rahmen des § 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB ..	658
III.	Inbesondere Mitwirkungshindernisse bei Dienst-, Arbeits- und Werkleistungen	659
1.	Mitwirkungshindernisse bei Arbeitsleistungen (Betriebsrisiko, Arbeitskampfrisiko)	659

a) Betriebsrisiko	659
b) Arbeitskampfrisiko	663
2. Mitwirkungshindernisse bei Dienstleistungen im Übrigen	666
3. Mitwirkungshindernisse bei Werkleistungen	667
4. Mitwirkungshindernisse bei Sachleistungen	669
IV. Risikoverantwortung des Gläubigers für sonstiges risikoerhöhendes Verhalten	669
V. Risikotragung des Gläubigers für persönliche Hindernisse des Schuldners (§ 616 BGB)	670
VI. Zurechnung des Verhaltens Dritter	673
VII. Beweislast	673
VIII. Vollständige Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht	674
1. Grundregel	674
2. Anrechnung von Vorteilen	674
a) Anrechnung ersparter Aufwendungen	675
b) Anrechnung anderweitig erzielter Vorteile	677
c) Anrechnung unterlassenen anderweitigen Erwerbs	677
3. Absicherung gegen Rücktritt, Kündigung und Minderung (§ 323 Abs. 6 BGB)	678
4. Verhältnis zum Schadensersatzanspruch des Schuldners	679
5. Obliegenheit zur Schadloshaltung bei Leistungsmehraufwand	680
 § 38 Die Mitverantwortung des Gläubigers	
A. Problemaufriss	681
B. Von beiden Parteien zu verantwortende verschiedene Störungen	682
C. Von beiden Parteien zu verantwortende selbe Störung	683
I. Grundsatz	683
II. Insbesondere: Das beiderseits zu verantwortende Leistungshindernis im gegenseitigen Vertrag	683
1. Problemstellung	683
2. Gesetzliche Ausgangslage	684
3. Lösungsvorschläge	685
4. Eigene Position	687
a) Kein Schadensersatzanspruch des Schuldners	687
b) Der Umfang der Gegenleistungspflicht als Konfliktpunkt	688
c) Die Abhängigkeit von der Rechtswahl des Gläubigers	688
aa) Volle Gegenleistungspflicht bei Schadensersatzverlangen des Gläubigers	688
bb) Geminderte Gegenleistungspflicht bei „Abstandnahme“	691
d) Abgleich mit der Rechtsprechung	691
e) Abstimmung mit etwaigem Rücktritt des Gläubigers	692
f) Beiderseits zu vertretende Teilunmöglichkeit	693
g) Anrechnung ersparter Aufwendungen	693
h) Herausgabe des stellvertretenden commodum (§ 285 BGB)	693
Sachregister	695

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
abl.	ablehnend
Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz (außer Kraft seit 1.1.1998)
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
allg.	allgemein
allg. M.	allgemeine Meinung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Amtsbl.	Amtsblatt
Anh.	Angang
Anm.	Anmerkung(en)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbdGw	Arbeitsrecht der Gegenwart
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei
ArbRHdb	Arbeitsrechtshandbuch
arg.	Argument (aus)
ARS	Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AU-Bescheinigung	Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht
BB	Der Betriebsberater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar zum BGB
BeckRS	Beck-Rechtsprechung

Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
bes.	besondere
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Informations- pflichtenVO	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bl.	Blatt
BörsG	Börsengesetz
BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Covention on Contracts for the International Sale of Goods [Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Wareneinkauf vom 11. April 1980]
D.	Digesten
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
diff.	differenzierend
DIN	Deutsches Institut für Normung
DiskE	Diskussionsentwurf
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DurchführungsVO	Durchführungsverordnung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EG/EC	Europäische Gemeinschaft(en)
EG-Amtsbl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf	Einführung
Einl.	Einleitung

EntgeltzG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall
entspr.	entsprechend
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
etc.	et cetera (und so weiter)
EU-Amtsbl.	Amtsblatt der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWG-RL	Richtlinie der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
EzBAT	Entscheidungssammlung zum Bundes-Angestelltentarifvertrag und den ergänzenden Tarifverträgen
f.	folgend(e,er,es)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Festg.	Festgabe
ff.	(fort)folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Geb.	Geburtstag
GefahrstoffVO	Gefahrstoffverordnung
gem.	gemäß
Gem. Anm.	Gemeinsame Anmerkung
ges.	gesammelte
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
GK-BGB-Online	Beck-Online Großkommentar zum Zivilrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
griech.	griechisch
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk-BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Hauptsatz
HWK	Henssler Willemsen Kalb

IBR	Immobilien- & Baurecht
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne der/s
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JbJZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KE	Kommissionsentwurf
KF	Karlsruher Forum
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
Kl.	Kläger
km	Kilometer
KOM	Kommission
krit.	kritisch(e)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LBFG	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
Leits.	Leitsatz
LG	Landgericht
lit.	litera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LPartG	Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft

LR 2 KB	Law reports (second series) King's Bench
Ls.	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.	mit
Marktmissbrauchs-VO	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mind.	mindestens
Mot.	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuSchG	Mutterschutzgesetz
n.F.	neue Fassung
Nachw.	Nachweis
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-MietR	Neue Juristische Wochenschrift; Entscheidungsdienst Miet- und Wohnungsrecht
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NK-BGB	Nomos-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.g.	oben genannte
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Siehe OLGRspr.
OLGR	OLG-Report
OLGRspr.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (1900–1928)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit

PWW	Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PC	Personalcomputer
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Principles of International Commercial Contracts
Prot.	Akademie für das deutsche Recht, 1933–1945: Protokolle der Ausschüsse
Prot. I	Protokolle der 1. Kommission zum Entwurf des BGB
Prot. II	Protokolle der 2. Kommission zum Entwurf des BGB
p.V.V.	Positive Vertragsverletzung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
Recht	Das Recht
RegE	Regierungsentwurf
resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Richtern des Bundesgerichtshofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie(n)
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
ROM I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2007 v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
ROM I-VO-E	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
ROM II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 v. 20.12.2010 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, siehe
s.a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchuldR	Schuldrecht
Schuldrechts- anpassungsG	Gesetz zur Anpassung schuldrechtlicher Nutzungsverhältnisse an Grundstücken im Beitrittsgebiet
schweiz. BG	Schweizerisches Bundesgericht
schweiz. OR	Schweizerisches Obligationsrecht
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001
sog.	so genannt

st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	streitig
StVO	Straßenverkehrsordnung
teilw.	teilweise
TzBefrG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u.	und
u.a.	und andere
u.U.	unter Umständen
umf.	umfassend
undiff.	undifferenziert
UNIDROIT	Principles des Institut international pour l'unification du droit privé
unzutr.	unzutreffend
UrheberrechtsG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
Urt.	Urteil
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
v.a.	vor allem
Verbrauchsgüter- kauf-RL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
Verf.	Verfasser
VermAnlG	Gesetz über Vermögensanlagen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A
Vor	Vorbemerkung(en)
Vorb.	Vorbemerkung
Vorb. v.	Vorbemerkung vor
Vorbem	Vorbemerkung
VRRL	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher
vs.	versus
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VW	Volkswagen

WarnR	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, später des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
w.N.	weitere Nachweise
weit.	weitere
WG	Wechselgesetz
wg.	wegen
WLP	Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Kommentar zum AGB-Recht
WM	Wertpapiermitteilungen: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (vormals: Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend(e)
zutr.	zutreffend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsvollstreckung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Verzeichnis der durchgehend zitierten Kommentare zum BGB und Hand- und Lehrbücher zum Schuldrecht

Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, 2012
Bambeger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 39. Edition, 2016
Beck-Online Großkommentar zum Zivilrecht, 2015f.
Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl., 2016
Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: ein Lehrbuch, 2002
Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente, Brennpunkte, Ausblick, 2003
Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Nomos Kommentar BGB, 3. Auflage, 2016
Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, 2002
Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage, 2005; 5. Auflage, 2003
Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, 2000; 11. Auflage, 2004; 14. Auflage, 2014
Esser/Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Teilband 2, 8. Auflage, 2000
Esser/Weyers, Schuldrecht, Besonderer Teil, Band II, Teilband 1 und 2, 8. Auflage, 1998 und 2000
Fikentscher, Schuldrecht, 9. Auflage, 1997
Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, 2006
Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989
Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002
Hirsch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2015
Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929
Henssler/v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Auflage, 2003
P. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002
U. Huber, Leistungsstörungen Band I und Band II, 1999
Jauernig, BGB, 16. Auflage, 2015
Joussen, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015
Kittner, Schuldrecht, 3. Auflage, 2003
Koller/Roth/Zimmermann, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002
Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Auflage, 2003
Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 14. Auflage, 1987
Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Band II, Halbband 1, 13. Auflage, 1986
Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Band II, Halbband 2, 13. Auflage, 1994
Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, 2015
Lorenz/Riehm, Lehrbuch des neuen Schuldrechts, 2002
Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., 1999; 20. Auflage, 2004
Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2000
Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, 2015
Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Auflage, 2015
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2000; 3. Auflage, 2012

XL — Verzeichnis der durchgehend zitierten Kommentare und Hand- und Lehrbücher

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, 2000 ff.; 5. Auflage, 2007 f.; 7. Aufl., 2015 f.
- Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, 2013
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, 2002; 75. Auflage, 2016
- Planck, Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band 2/1, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), §§ 241–432, 4. Auflage, 1914
- Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 11. Auflage, 2016
- Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, 2001
- Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2000
- ders./Schmidt-Kessel, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2005
- Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2003 ff.
- Schulze/Dörner/Ebert u.a., BGB-Handkommentar, 8. Auflage, 2014
- Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebentexten, 12. Auflage, 1987 ff.; 13. Auflage, 1999 ff.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung 1993 ff.; Neubearbeitung 2001 ff.
- Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, 2012

1. Teil: Grundlagen des Leistungsstörungenrechts

Literatur: Basedow Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference, ZeuP 2008, 673ff.; Canaris Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499ff.; Dauner-Lieb Zur Reichweite der (Nach-)Erfüllung beim Kauf – Wundersame Vermehrung der Nachfristsetzungen gemäß §§ 281, 323 BGB?, FS Canaris (Bd. 1), 2007, S. 143ff.; Deckert Folgenorientierung in der Rechtswissenschaft, 1995; Diederichsen Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 101ff.; Eidenmüller Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., 2015; Ernst Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, 801ff.; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 529ff.; Fezer Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, 817ff.; Gandolfi Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, ZEuP 2002, 1ff.; Giesler Die Strukturen des Leistungsstörungenrechts beim Schadensersatz und Rücktritt, JR 2004, 133ff.; Grigoleit System der Leistungsstörungen. Einheitlichkeit und Differenzierung im kaufrechtlichen Leistungsstörungenrecht, in: 10 Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 55ff.; Grundmann Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag – System und Perspektiven, AcP 204 (2004), 569ff.; Henk Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR, 2007; Hirsch Erwartungen der gerichtlichen Praxis an einen Gemeinsamen Referenzrahmen für ein Europäisches Vertragsrecht, ZIP 2007, 937ff.; U. Huber Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2273ff.; ders. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Bd. 1, 1981, S. 647ff.; Jansen/Zimmermann Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts, JZ 2007, 1113ff.; Kolbe Unzumutbarer Beseitigungsaufwand, NJW 2008, 3618; Kuneva The European Contract Law and Review of the Consumer Acquis, ZEuP 2007, 955ff.; Lobinger Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004; Looschelders Unmöglichkeit als Leistungsstörungskategorie, in: 10 Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 213ff.; Mankowski Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101ff.; Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), ReabelsZ 2007, 225ff.; Medicus Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521ff.; ders. Die Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, FS Canaris (Bd. 1), 2007, S. 835ff.; Ott Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts, in: ders./Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, 25ff.; ders./Schäfer Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, 213ff.; Otto Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, Jura 2002, 1ff.; Posner A Reply to some recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law, Hofstra Law Review 1981, 775ff.; Riehm Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015; Roth Die Europäisierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Rückert Leistungsstörungen und Juristenideologien heute und gestern, FS W. Kilian, 2004, S. 704ff.; Schäfer/Ott Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., 2012; Schapp Empfiehlt sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?, JZ 2001, 583ff.; R. Schulze Die „Acquis-Grundregeln“ und der Gemeinsame Referenzrahmen, ZEuP 2007, 731ff.; ders. (Hrsg.), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2008; Schur Leistung und Sorgfalt, 2001; Schwarze Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001; Sonnenberger Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissen-

schaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, 409 ff.; *Hans Stoll* Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 589 ff.; *Heinrich Stoll* Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936; *ders.* Akademie für Deutsches Recht, 1933–1945, Personen-, Vereins-, und Schuldrecht, Bd. III/3, 190; *Stürmer* Grenzen des privatrechtlichen Eigentumsschutzes, FS v. Brünneck, 2011, S. 360 ff.; *Taupitz* Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), 114 ff.; *Tröger* Arbeitsteilung und Vertrag: Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen, 2012; *Unberath* Die Vertragsverletzung, 2007; *G. Wagner* Vom akademischen zum politischen Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008, 676 f.; *Zimmermann* Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, 171 ff.; *ders.* Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft, 2003.

§ 1 Dogmatische Grundlagen

Literatur: Siehe vorstehende Angaben am Anfang des 1. Teils.

A. Der Begriff der Leistungsstörung

I. Das Zurückbleiben hinter dem Gesollten

- 1 Das BGB kennt weder den Begriff der Leistungsstörung¹ noch des Leistungsstörungenrechts noch sonst einen alle Störungen erfassenden Generaltatbestand. Über den Gegenstand des Leistungsstörungenrechts und die ihm zuzurechnenden Normengruppen besteht aber im Kern keine Unklarheit. Entspricht die Durchführung eines Schuldverhältnisses nicht dem, was zu geschehen hätte (z.B. der Schuldner liefert nicht), liegt eine Leistungsstörung bzw. Störung vor.² Die Leistungsstörung erfordert also ein Urteil dahingehend, dass die „Wirklichkeit des Schuldverhältnisses“ hinter dem „Gesollten“³ zurückbleibt.⁴ Darin liegt der kleinste gemeinsame Nenner aller unter den Begriff der Leistungsstörung zu bringenden Phänomene.⁵ Das „Zurückbleiben hinter dem Gesollten“ ist nicht

1 Zugeschrieben wird die Prägung des Begriffs *Heinrich Stoll* Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 13. Zur Genese eingehend *Huber* Leistungsstörungen I, § 1 I 1, S. 3 f.

2 Überblick zu diversen Definitionen *Huber* Leistungsstörungen I, § 1 I, S. 2 ff.

3 Das „Gesollte“ ist in einem untechnischen Sinne zu verstehen und schließt auch die Geschäftsgrundlage des Schuldverhältnisses und außerhalb der Leistungspflicht liegende gemeinsame Zwecke mit ein, vgl. dazu noch *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 44.

4 Ähnlich *Huber* Leistungsstörungen I, § 1 I 2, S. 4; ferner *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 42 f.; *Grundmann* AcP 204 (2004), 569, 594 f.; *Unberath* Die Vertragsverletzung, S. 183.

5 Wie aussichtslos der Versuch wäre, die verschiedenen Störungsphänomene über diesen kleinsten Nenner hinaus begrifflich zu verbinden, zeigt *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 37 ff.

gleichzusetzen mit Nichterfüllung⁶ oder Pflichtverletzung⁷ oder gar mit dem Fehlverhalten des Schuldners. Der Begriff der „Leistungsstörung“ oder „Störung“ ist in zweierlei Hinsicht weiter gefasst: Er erfasst auch solches Zurückbleiben hinter dem „Gesollten“, das nicht Verletzung eines subjektiven Rechts, sondern bloße Obliegenheitsverletzung ist (insbes. unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, z.B. der Verleiher nimmt die entliehene Sache nicht zurück).⁸ Und er erfasst nicht nur Störungen des Inhalts des Schuldverhältnisses, sondern auch der Grundlage des Schuldverhältnisses (Geschäftsgrundlage).⁹

Der Begriff Leistungsstörung ist missverständlich insofern, als nicht nur Leistungspflichtigen (§ 241 Abs. 1 BGB) unzureichend durchgeführt werden können, sondern auch Rücksichtnahmepflichten zum Schutz der Rechtsgüter und Vermögensinteressen des anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB, z.B. Pflicht des Verkäufers/Schuldners bei der Anlieferung nicht die Toreinfahrt des Käufers/Gläubigers zu beschädigen).¹⁰ Besonders deutlich wird die hier nötige begriffliche Dehnung im Hinblick auf solche Schuldverhältnisse, die ausschließlich aus Rücksichtnahmepflichten bestehen, wie das Schuldverhältnis der Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 BGB), das mit Recht dem Leistungsstörungenrecht zugerechnet wird.¹¹ Angesichts der Gebräuchlichkeit des Begriffs und der Leitfunktion der Leistungspflicht¹² wird hier aber darauf verzichtet, die „Leistungsstörung“ durch einen anderen Begriff zu ersetzen. Leistungsstörung kann im Folgenden also auch die Verletzung von Verhaltenspflichten außerhalb des eigentlichen Leistungsbereichs sein. Der Begriff Störung¹³ wird synonym gebraucht.¹⁴

⁶ So aber *Unberath* Die Vertragsverletzung, S. 183f.

⁷ So i.E. aber Begr. BT-Drucks. 14/6040, S. 133f.; *Giesler* JR 2004, 133, 135.

⁸ Von *Huber* offenbar nicht mit in den Begriff der Leistungsstörung einbezogen, vgl. *Huber* Leistungsstörungen I, § 1 I 2, S. 4f. Wie hier *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 39f.

⁹ *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 44; zweifelnd *Medicus* JuS 2003, 521.

¹⁰ Zur Diskussion um die Einordnung der Rücksichtnahmepflichten/(Schutzpflichten) einerseits *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 207ff., andererseits *Unberath* Die Vertragsverletzung, S. 188ff.

¹¹ *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 44. Die ablehnende Haltung von *Huber* (Leistungsstörungen I, § 1 I, S. 3) wird sich angesichts der gesetzlichen Anbindung der c.i.c. an § 280 Abs. 1 BGB (§ 31 Rn. 1f.) nicht aufrechterhalten lassen.

¹² Dazu *Medicus* FS Canaris, S. 835f.

¹³ Ebenfalls seit langem gebräuchlich, vgl. *Heck* Grundriß des Schuldrechts, § 25 1., S. 72; *Heinrich Stoll* Akademie für Deutsches Recht, 1933–1945, Bd. III/3, S. 190, 199, 203.

¹⁴ So auch *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 44.

II. Rechtliche Bedeutung des Begriffs

- 3 Der Begriff der „Leistungsstörung“ oder „Störung“ ist kein Rechtsbegriff im engeren Sinne, d.h. kein tatbestandlicher Begriff, der auf die Anordnung einer bestimmten Rechtsfolge hin gebildet würde. Die Feststellung, es liege eine Leistungsstörung oder Störung vor, führt nicht zu einer bestimmten Rechtsfolge. Der Begriff erfüllt vielmehr eine hermeneutische und systematisierende Funktion, indem er ein aus bestimmten gesetzlichen und richterrechtlichen Normen bestehendes Rechtsgebiet bezeichnet und damit die Voraussetzung für innere Systematisierung und äußere Abgrenzung schafft.

III. Verhältnis zu anderen Allgemeinbegriffen

- 4 Das Leistungsstörungenrecht bzw. seine Dogmatik kennt eine Reihe weiterer allgemeiner Begriffe¹⁵ zur Bezeichnung von „Durchführungsdefiziten“, deren Verhältnis zum Begriff der Leistungsstörung hier anzusprechen ist. Diese Begriffe sind im Unterschied zur „Leistungsstörung“ tatbestandliche Begriffe, die mit Blick auf eine bestimmte Rechtsfolge gebildet werden. Mit ihnen verbindet sich der Anspruch auf ein möglichst hohes Maß an begrifflicher Systematisierung des geregelten Leistungsstörungenrechts, allerdings auch die Frage, wie viel Abstraktion die Regeln des Leistungsstörungenrechts vertragen.¹⁶ Diese Frage bildet den Mittelpunkt beider großer Reformdebatten des vergangenen Jahrhunderts, jener der dreißiger Jahre und jener der achtziger Jahre. Aus dieser Diskussion hervorgegangen¹⁷ ist schließlich mit der Schuldrechtsmodernisierung zum 1.1.2002¹⁸ als allgemeinster gesetzlicher Begriff die **„Pflichtverletzung“** im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB.¹⁹ Die „Pflichtverletzung“ erfasst nur einen Ausschnitt der Leistungsstörungen, ist dafür aber wohl besser geeignet als der alternativ vorge-

¹⁵ Analyse bei *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 45 ff.

¹⁶ Vgl. *Diederichsen* AcP 182 (1982), 101, 105 ff.; *U. Huber* ZIP 2000, 2273, 2274 und *Ernst* JZ 1994, 801, 805, 809 („Abstraktion ist nicht Vereinfachung“).

¹⁷ Eingehend zur Entwicklung des Begriffs *Schur* Leistung und Sorgfalt, S. 53 ff.

¹⁸ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001 (BGBl. I, 3138); Bekanntmachung der Neufassung des BGB v. 2.1.2002 (BGBl. I, 42).

¹⁹ Dem zum früheren Recht unternommenen Versuch, die Unmöglichkeit zum leistungsstörungenrechtlichen Grundtatbestand auszudeuten, fehlt mit Schaffung der §§ 280 ff. BGB die gesetzliche Grundlage. Er wurde freilich auch früher schon von der herrschenden Meinung abgelehnt. Zur gleichwohl verbleibenden rechtlichen Bedeutung der Konstruktion s. noch § 12 Rn. 4.

schlagene Begriff der „Nichterfüllung“ (vgl. Art. 79 CISG),²⁰ unter den man nur mit Mühe die Nichteinhaltung von Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) subsumieren kann.²¹ Doch ist das gewünschte Ergebnis, alle dem Schuldner zuzurechnenden Störungen unter einen Begriff zu bringen, auch mit jenem der „Pflichtverletzung“ nicht wirklich erreichbar.²² Der strukturelle Unterschied zwischen erfolgsbezogener Leistungspflicht, verhaltensbezogener Leistungspflicht und Rücksichtnahmepflicht erzwingt eine jeweils **unterschiedliche Deutung des Begriffs**.²³

B. Funktionen des Leistungsstörungenrechts

Die vielfältigen Funktionen des Leistungsstörungenrechts erschöpfend zu be- 5 schreiben, könnte wohl der Gegenstand eines eigenen Buches sein. Hier muss es damit sein Bewenden haben, die wichtigsten Funktionen hervorzuheben:

I. Formale Funktion

Formal, d.h. der rechtlichen Wirkung nach, lassen sich zwei Funktionen des Leistungsstörungenrechts beschreiben: Die erste, weniger augenfällige, systematisch aber vorrangige Aufgabe des Leistungsstörungenrechts besteht in der inhaltlichen Anreicherung des Schuldverhältnisses, der **Ergänzung und Konkretisierung der Pflichten**. So bestimmt § 275 BGB mit über den Inhalt der Leistungspflicht, indem er die Grenzen der geschuldeten Anstrengungen bezeichnet. § 276 BGB bestimmt mit über den Inhalt sowohl der Leistungspflichten, vor allem aber der Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB), indem er das Maß der geschuldeten Sorgfalt definiert. Die §§ 293ff. BGB bestimmen mit

²⁰ Dafür als „Grundkategorie des Leistungsstörungenrechts“ U. Huber in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 647, 699ff.; dagegen Diederichsen AcP 182 (1982), 101, 117–121.

²¹ In der (deutschen) Dogmatik wird der Begriff bislang ganz überwiegend auf die Nichteinhaltung von Leistungspflichten beschränkt.

²² Zur Kritik an der Pflichtverletzung als Grundtatbestand Schapp JZ 2001, 583, 585; ferner Ernst JZ 1994, 801, 805f.; Fikentscher/Heinemann SchuldR, 10. Aufl., Rn. 357; U. Huber ZIP 2000, 2273ff.; Stoll JZ 2001, 589, 591; Schur Leistung und Sorgfalt, 2001, S. 53ff.; vgl. auch den Korrekturvorschlag von Canaris JZ 2001, 499, 523, der auf einen einheitlichen Begriff verzichtet und zwischen „Nichterfüllung“ und „Verletzung einer Pflicht im Sinne von § 241 Abs. 2“ unterscheidet.

²³ Näher § 16 Rn. 11.

über die vom Gläubiger zu erbringende Mitwirkung usw. Die zweite Funktion des Leistungsstörungenrechts besteht darin, die **Folgen einer Störung für das Schuldverhältnis zu regeln**, insbes. zu bestimmen, wer die nachteiligen Folgen einer Störung zu tragen hat, der Schuldner, der Gläubiger oder beide Seiten anteilig, z.B. durch Anordnung einer Schadensersatzpflicht (§§ 280 ff. BGB) oder durch Fortfall der Leistungspflicht (§ 275 BGB) oder der Gegenleistungspflicht (§ 326 BGB).

II. Materielle Funktion

1. Gerechter Ausgleich der Parteiinteressen

- 6 Die materielle Funktion bezieht sich auf ein bestimmtes materielles (inhaltliches) Ziel. Es lässt sich ganz allgemein dahin beschreiben, dass das Leistungsstörungenrecht die Parteiautonomie sichern und einen gerechten Ausgleich zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Parteien und deren Interessen im Hinblick auf die eingetretene Störung herstellen soll, indem es z.B. die Parteien eines Vertrages ihrem Versprechen gemäß haften lässt oder bestimmte Verantwortlichkeitsmaßstäbe liefert und die nach diesem Maßstab verantwortliche Partei für die Folgen einer Störung geradestehen lässt.²⁴

2. Realisierung bestimmter Ordnungsziele?

- 7 Fraglich ist, ob und inwieweit über eine gerechte Regelung der Parteiinteressen (die Mikroperspektive) hinaus auch ein bestimmtes Ordnungsinteresse oder ein bestimmtes Ordnungsprinzip durch das Vertragsrecht im Allgemeinen und das Leistungsstörungenrecht im Besonderen verwirklicht oder gefördert werden soll (Makroperspektive). Die ordnungsrechtliche Betrachtung des Vertragsrechts und damit auch des Leistungsstörungenrechts hat in den letzten drei bis vier Jahrzehnten erheblich an Bedeutung gewonnen, zuerst stärker unter dem Leitstern der sozialen Gerechtigkeit, danach insbes. durch die ökonomische Analyse des Rechts mehr unter dem Leitgedanken der ökonomischen Funktionalität, insbes. der Effizienz und des Wettbewerbs und schließlich – quer dazu – unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes.²⁵ Fragt man nach der **fallpraktischen Bedeutung** dieser Diskussion, ist zwischen der gesetzlichen und der richterrechtlichen Ebene zu unterscheiden:

²⁴ Vgl. *Huber* Leistungsstörungen I, § 2 I, II, S. 25 ff., 29 ff.; *Lobinger* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 192.

²⁵ S. noch § 33 Rn. 11 u. 26.

Nicht zu bezweifeln ist die **Befugnis des Gesetzgebers**, bestimmte Ordnungsziele durch vertragsrechtliche bzw. leistungsstörungsrechtliche Regelungen zu verfolgen. So dient etwa das Verbraucherrecht auch dem Ziel, bestimmte Verwerfungen des Güter- und Dienstleistungsmarktes zu beseitigen oder zu verhindern, die auf einem Kompetenzgefälle zwischen Verbraucher und Unternehmer oder auf der Nachlässigkeit der Verbraucher und deren gezielter Ausnutzung durch den Unternehmer beruhen. Im Bereich des Leistungsstörungsrechts sind exemplarisch die Regelungen über die Mangelhaftung beim Verbrauchsgüterkauf anzuführen (§§ 474 ff. BGB). Ein Beispiel aus dem Arbeitsvertragsrecht ist das Ordnungsziel der Eingliederung Behinderter in das Arbeitsleben. So verpflichtet § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 4, 5 SGB IX den Arbeitgeber eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zur behindertengerechten Ausgestaltung des Arbeitsplatzes.²⁶

Problematisch ist dagegen die Bedeutung solcher Ordnungsziele für die **Rechtsanwendung und -fortbildung**. Praktische Bedeutung erlangt diese Betrachtungsweise, wenn man ein Rechtsprinzip mit dem Inhalt des jeweiligen Ordnungsziels postuliert (z.B. „Prinzip des Verbraucherschutzes“) und daraus konkrete Rechtsfolgen ableitet. Denkbar ist hier nur, in Anknüpfung an gesetzliche Regelungen im Wege der Einzelanalogie das Recht fortzubilden oder – wie es die Rechtsprechung zur vorvertraglichen Informationspflicht auf dem Kapitalmarkt tut – die normengestützte Ausformung spezieller Schutzprinzipien.²⁷ Noch schwieriger gestaltet sich die Verwertung **allgemeinster Ordnungsziele**, deren Aufbereitung vor allem in Anlehnung an die ökonomische Theorie erhebliche Bedeutung gewonnen hat. Das gilt namentlich für ein Ordnungsziel der **Effizienz** (im Sinne des Gesamtnutzens²⁸) und dessen ökonomischer Analyse.²⁹ So wird in der Literatur eine über das Verschulden hinausgehende allgemeine Verantwortlichkeit nach Risikogesichtspunkten (insbes. Herrschaftsbereich, Fähigkeit zur Risikobewältigung) auf Effizienzargumente gestützt³⁰ oder das Maß der erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) danach bestimmt³¹ oder es werden vorvertragliche Informationspflichten auf dieses Prinzip gestützt. Rechtspre-

²⁶ Zu den leistungsstörungsrechtlichen Folgen näher § 36 Rn. 80.

²⁷ S. § 33 Rn. 36 ff.

²⁸ Zu den verschiedenen Effizienzbegriffen *Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., S. 41 ff., 55–57 und 411–413; zur Differenzierung des Effizienzkriteriums im Rahmen der Folgenentscheidung vgl. auch *Ott/Schäfer* JZ 1988, 213, 218 und eingehend *Schäfer/Ott* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Kap. 2, S. 11 ff.

²⁹ Für die Rechtsdogmatik grundlegend *Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., S. 393 ff.

³⁰ Näher § 35 Rn. 9 ff.; § 36 Rn. 8 f.

³¹ Näher § 34 Rn. 13.

chung und wohl überwiegende Literatur stehen dieser Form der Rechtsgewinnung zurückhaltend gegenüber. Als wohl weithin geteilte Einsicht kann gelten, dass die Selbstbestimmung des Einzelnen im Zentrum des Zivilrechts steht, nicht die Effizienz oder andere Ordnungsziele, dass folglich eine programmatische Interpretation und Fortentwicklung des geltenden Rechts auf das Ziel Effizienz hin und mithilfe von Effizienzkalkülen ohne rechtliche Grundlage ist.³² Daher ist auch die programmatische Heranziehung ökonomischer Argumentationsfiguren wie insbes. des „**effizienten Vertragsbruchs**“ (efficient breach) im rechtsdogmatischen Diskurs nicht gerechtfertigt. Dem geltenden Recht ist eine „scharfe“ Regel zur Verhinderung lohnender Vertragsverletzungen nicht bekannt,³³ man darf sie ihm durch eine programmatische Ausdeutung auf das Ziel der Effizienz nicht unterschieben, ebenso wenig das umgekehrte Ziel der Zulassung effizienter Vertragsbrüche. Dieselben Vorbehalte gelten gegenüber der programmatischen Ausrichtung zivilrechtsdogmatischer Figuren bzw. des Vermögens- bzw. Schuldrechts auf Effizienz.³⁴

Die rechtsdogmatische Bedeutung der Effizienzanalyse kann nur eine punktuell-ergänzende sein. Sie kann als deskriptiv-empirische Analyse die Ermittlung der Tatsachen verbessern. Sie kann als normativ-praktische Analyse dort, wo der normative Kontext es zulässt und rechtfertigt, im Wege der Folgenberücksichtigung³⁵ und angebunden an die „objektive Teleologie“ Argument im rechtsdogmatischen Diskurs sein. Wenn also z.B. eine ökonomische Analyse des § 278 BGB ergibt, dass die bessere Beherrschbarkeit des Drittverhaltens durch den Schuldner maßgeblich für die Einstufung des Dritten als Erfüllungsgehilfen des Schuldners sein muss,³⁶ ist *„dieser Aspekt (...) jedoch nicht allein ausschlaggebend, sondern in die gebotene Würdigung aller für die Auslegung relevanten Umstände mit einzubeziehen“*³⁷ mit der Folge, dass § 278 BGB auch ohne einen Beherrschbar-

32 Vgl. Eidenmüller Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., S. 69f., 465ff., 478; Fezer JZ 1986, 817ff.; Schwarze Vorvertragliche Verständigungspflichten, S. 71ff.; für das Haftungsrecht Taupitz AcP 196 (1996), 114, 165f.; im Grundsatz wohl auch Riehm Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 150ff. m.w.N.; anders noch Posner Hofstra Law Review 1981, 775, 780; teils abweichend auch Ott in: ders./Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz, S. 25, 28ff., der einen Großteil der zivilrechtlichen Rechts- und Wertungsprinzipien auf das Effizienzkriterium zurückführen will; abgemildert Tröger Arbeitsteilung und Vertrag, S. 48.

33 Vgl. die nach wie vor gültige Analyse von Huber Leistungsstörungen I, § 2 V 4, S. 49ff.; nunmehr Riehm Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 173ff., 181ff.

34 Tröger Arbeitsteilung und Vertrag, S. 48; Riehm Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 155.

35 Dazu Deckert Folgenorientierung in der Rechtswissenschaft, S. 183ff.

36 So das (wenig überraschende) Ergebnis der umfassenden Analyse von Tröger Arbeitsteilung und Vertrag, S. 552, 273ff., 316ff. und passim.

37 BGH NJW 2011, 371 Rn. 24.

keitsvorsprung des Schuldners vorliegen kann. Mit Blick auf die Komplexität und Mehrdeutigkeit von Effizienz wird für deren Beachtlichkeit bei der Rechtsanwendung eine gewisse Evidenz des Effizienzkalküls zu fordern sein.

C. Die tatbestandliche Erfassung der Störung

Störungen der Durchführung eines Schuldverhältnisses sind von unterschiedlichem Gewicht für die Interessen der Beteiligten. Sie reichen von der geringfügigen Verzögerung der Leistung bis hin zur Nichterbringung der Leistung. Ein Leistungsstörungenrecht, das sich einerseits nicht in Trivialität erschöpft (etwa derart, dass der Schuldner für Pflichtverletzungen verantwortlich sei), andererseits ein angemessenes Verhältnis zwischen Schwere der Störung und Rechtsfolge herstellen will, kommt nicht umhin, das Kontinuum denkbarer Störungen nach Maßgabe des jeweiligen Rechtsfolgenbedarfs in bestimmte Arten oder Typen aufzugliedern. 10

Dafür liefert die **innere Ordnung des Schuldverhältnisses** die Substruktur: Ist die Leistungsstörung ein Zurückbleiben der Wirklichkeit hinter dem nach dem Schuldverhältnis Gesollten, so lassen sich die Störungen zuerst danach ordnen, welcher Teil der vom Schuldverhältnis geschaffenen Ordnung von einer Störung betroffen ist. Als insoweit leitende Struktur- und Inhaltselemente des Schuldverhältnisses³⁸ sind anzuführen die Unterscheidung zwischen Inhalt und Grundlage des (vertraglichen) Schuldverhältnisses,³⁹ die Unterscheidung zwischen Leistungsinteresse und Integritätsinteresse (Erhaltungsinteresse, Schutzinteresse),⁴⁰ die Unterscheidung zwischen einklagbaren (Leistungs-)Pflichten und nicht einklagbaren Pflichten,⁴¹ die Unterscheidung zwischen erfolgsbezogenen und verhaltensbezogenen Pflichten,⁴² zwischen gegenseitigen und nicht gegenseitigen Leistungspflichten⁴³ sowie zwischen Hauptleistungspflichten und Nebenleistungspflichten,⁴⁴ schließlich die Unterscheidung zwischen Pflichten des Schuldners und Pflichten (Obliegenheiten) des Gläubigers.⁴⁵

³⁸ Dabei handelt es sich nicht durchgehend um notwendige (überpositive) Elemente, sondern auch um solche, die von der Ausgestaltung des Schuldverhältnisses durch das positive (nationale) Recht abhängen.

³⁹ Zur Abgrenzung § 6 Rn. 6 f.

⁴⁰ Näher sogleich Rn. 11 und eingehend § 25 Rn. 11 ff.; § 30 Rn. 2 ff.

⁴¹ Näher § 19 Rn. 3, 6.

⁴² Näher § 16 Rn. 11; § 3 Rn. 2.

⁴³ Näher § 13 Rn. 6 ff.

⁴⁴ Näher § 13 Rn. 8.

⁴⁵ Näher § 37 Rn. 9 ff.

Die weitere tatbestandliche Aufgliederung der Leistungsstörungen ist nicht mehr aus der vorgegebenen Ordnung des Schuldverhältnisses abgeleitet, sondern beruht auf **genuin störungsrechtlichen Wertungen** und Prinzipien. Ob man etwa eine Schlechtleistung als Nichtleistung auffasst oder als eigene Störungsart definiert, wie man vorübergehende Störungen der Leistungspflicht einordnet, ist durch das Schuldverhältnis nicht vorgegeben, sondern abhängig von störungsrechtlichen Erwägungen.

Daraus lässt sich folgende **Ordnung der Störungstatbestände**⁴⁶ ableiten:

I. Unterscheidung zwischen Leistungsinteresse und Integritätsinteresse

- 11 Es wird unterschieden zwischen Störungen, die das Interesse des Gläubigers an der Leistung betreffen, und Störungen, die sich auf das Integritäts- bzw. Erhaltungsinteresse einer Partei (Rechtsgüter und jenseits der Leistung liegende Vermögensinteressen) beziehen. Im Gesetz findet sich diese Abgrenzung in § 241 Abs. 2, §§ 280 Abs. 1, 282, 324 BGB, die Pflichten zur „Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ regeln und diese von allen auf das Leistungsinteresse bezogenen Pflichten (§ 241 Abs. 1, §§ 280 Abs. 2, Abs. 3, 281 ff. BGB) unterscheiden.⁴⁷ Nur bezüglich des Leistungsinteresses besteht eine (klagbare) Leistungspflicht.⁴⁸ Nur hier muss deshalb entschieden werden, ob es im Falle einer Störung des Leistungsinteresses bei der Leistungspflicht bleibt (vgl. §§ 280 Abs. 3, 281 ff. BGB), während die Verletzung des Integritätsinteresses diese Frage nicht aufwirft und unmittelbar zum Schadensersatz führt (§ 280 Abs. 1 BGB). Eine störungsrechtliche Verbindung zwischen beiden Interessen wird durch § 282 BGB bzw. § 324 BGB hergestellt, die dem Gläubiger die Abkehr von der Leistungspflicht wegen einer Verletzung des Integritätsinteresses gestatten.⁴⁹

II. Unterscheidungen innerhalb der Störungen des Leistungsinteresses

- 12 Eine weitere Differenzierung der Störungsarten setzt innerhalb der Leistungspflichten an, wobei sie für diese grundsätzlich unabhängig davon gilt, ob es

⁴⁶ Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

⁴⁷ Die Rechtsprechung fasst abweichend auch Leistungstreuepflichten unter § 241 Abs. 2 BGB, § 30 Rn. 2 Fn. 4.

⁴⁸ Der Schutz des Integritätsinteresses kann Gegenstand einer Leistungspflicht sein, vgl. § 30 Rn. 3.

⁴⁹ Näher § 23 Rn. 1.

sich um gegenseitige Leistungspflichten handelt oder eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht in Rede steht.

1. Unterscheidung nach der Art der Störung (Nichtleistung, Teilnichtleistung, Schlechtleistung)

Hinsichtlich der Leistungspflicht wird unterschieden zwischen der Erbringung des Leistungssubstrats („Was“) und der Qualität der Leistung („Wie“). Das geltende Recht erfasst das Qualitätsdefizit in einem besonderen Tatbestand der „nicht so wie geschuldet erbrachten Leistung“ (vgl. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 2. Alt., S. 3, 323 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 5 S. 2, 326 Abs. 1 S. 2 BGB) und unterscheidet sie von der (quantitativen) Teilnichtleistung (§§ 281 Abs. 1 S. 2, 323 Abs. 5 S. 1, 326 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. BGB).⁵⁰ Der Sinn dieser Unterscheidung liegt vor allem darin, dass bei Qualitätsdefiziten der Fortfall des Interesses an der Leistung wahrscheinlicher ist als beim Ausbleiben eines quantitativen Teils der Leistung, weshalb dem Gläubiger die gänzliche Abkehr von der Leistungspflicht leichter gemacht wird.⁵¹ Nur ein Unterfall der Nichtleistung ist die Leistung eines Aliud. In der kauf- und werkvertraglichen Gewährleistung sind dagegen Manko- und Aliudleistung der Schlechtleistung gleichgestellt (§ 434 Abs. 3 BGB, § 633 Abs. 2 S. 3 BGB).

2. Unterscheidung nach der Behebbarkeit der Störung (Leistungshindernis)

Innerhalb der Nichterbringung der eigentlichen Leistung oder der Schlechtleistung wird nach den Ursachen für die Nicht- oder Schlechtleistung unterschieden, danach also, ob die Nichterbringung auf einem vom Schuldner nicht zu überwindenden Leistungshindernis beruht (§§ 275, 283, 311a Abs. 2, 326 BGB) oder trotz Erbringbarkeit nicht geleistet wird (§§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB). Der Sinn dieser Unterscheidung liegt vor allem darin, dass sich der Übergang von der Leistungspflicht zur Schadensersatzpflicht im Falle eines Leistungshindernisses ohne weitere Voraussetzung vollzieht (vgl. §§ 283, 311a Abs. 2 BGB), während sonst der Fortfall der Leistungspflicht einer besonderen Rechtfertigung und eines Schadensersatzverlangens bedarf.⁵²

⁵⁰ Darin der unter Geltung des alten Rechts herrschenden Lehre von der positiven Vertragsverletzung folgend. Zur dogmatischen Entwicklung der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen Soergel/Wiedemann BGB, 12. Aufl., Vor § 275 Rn. 350 ff.

⁵¹ Näher § 19 Rn. 44 f.

⁵² Näher § 11 Rn. 1 ff.; § 17 Rn. 3 ff.

3. Unterscheidung nach dem Grad der Störung (Verletzung und Gefährdung)

- 14 Die Störung der Leistungspflicht ist in den zuvor beschriebenen Tatbeständen als bereits eingetretene Verletzung der Leistungspflicht konzipiert. Dies ist der Regelfall. Ausnahmsweise kann aber schon die Vorstufe der Verletzung, die Gefahr einer Verletzung, eine Störung sein. Das Gesetz hat die Leistungsgefährdung nur punktuell geregelt. Das hat die Ausbildung einer umfassenden Dogmatik *praeter legem* nicht gehindert, die jeder der zuvor erwähnten definitiven Störungen einen entsprechenden Gefährdungstatbestand zur Seite stellt.⁵³

4. Unterscheidung nach der Dauer der Störung (Endgültige und vorübergehende Störung)

- 15 Die unter 1. bis 3. beschriebenen Störungstatbestände erfassen endgültige Störungen, d.h. die Leistung wird endgültig nicht oder nicht so wie geschuldet erbracht, der Schadensersatz tritt an die Stelle der Primärleistungspflicht. Die Störungen können aber auch als vorübergehende auftreten. Es geht dann nur um die Regelung der vorübergehenden Störung. Im Schuldnerverzug (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 ff. BGB) ist die vorübergehende Nichtleistung trotz Erbringbarkeit der Leistung gesetzlich geregelt. Für andere vorübergehende Störungen hält die Dogmatik Lösungen bereit.⁵⁴

5. Unterscheidung nach dem Zeitpunkt der Störung

- 16 Für vertragliche Schuldverhältnisse ist der Zeitpunkt der Störung ein weiteres Ordnungselement. Existieren die für eine Störung maßgeblichen Umstände bereits vor Vertragsschluss und lassen sie sich nach Vertragsschluss nicht beheben (§ 275 BGB), ergeben sich für die Verantwortung des Schuldners andere Anknüpfungspunkte als für die nach Entstehung des Vertrages eintretenden Störungen. Für die Verursachung der betreffenden Umstände kann der Schuldner nicht verantwortlich gemacht werden, da zum Zeitpunkt ihres Eintritts ein Schuldverhältnis noch nicht bestand. Wohl aber kann eine Haftung daran anknüpfen, dass er die betreffenden Umstände vor Abschluss des Vertrages hätte erkennen müssen bzw. dafür, dass er die Abwesenheit störender Tatsachen mit dem Vertragsschluss garantiert hat (§ 311a Abs. 2 BGB).⁵⁵

53 Näher § 21 Rn. 1 ff.

54 Näher §§ 27–29.

55 Näher § 18 Rn. 13 f.

6. Unterscheidung nach der rechtlichen Absicherung des Leistungsinteresses (Störung des Inhalts oder der Grundlage des Schuldverhältnisses)

Die vorstehend beschriebenen Störungen sind Störungen der Leistungspflicht, 17 also des Inhalts des Schuldverhältnisses. Daneben treten Störungen, die die Grundlage des (vertraglichen) Schuldverhältnisses betreffen (§ 313 BGB). Das ergibt als weiteres Ordnungskriterium die Unterscheidung zwischen Störungen des Inhalts und solchen der Grundlage des vertraglichen Schuldverhältnisses.⁵⁶

7. Unterscheidung nach der Zurechenbarkeit der Störung

Die Zurechnung der Störung ist von der tatbestandlichen Erfassung der Störung 18 selbst gedanklich zu trennen. Gleichwohl kann die Zurechnungsfrage die Ausformung eines gesetzlichen Störungstatbestandes beeinflussen derart, dass der Tatbestand von ihr seine charakteristische Prägung erhält. Daher ist die Zurechenbarkeit durchaus ein weiteres Kriterium zur Ordnung der gesetzlichen Störungstatbestände. So sind der Tatbestand des Gläubigerverzuges oder die Tatbestände anderer Mitwirkungsstörungen (z.B. § 645 Abs. 1 BGB) dadurch gekennzeichnet, dass es sich um Störungen handelt, die dem Gläubiger zuzurechnen sind.⁵⁷

III. Unterscheidungen innerhalb der Störung des Integritätsinteresses

Störungen des Integritätsinteresses werden tatbestandlich stets in dem Schema 19 „Gläubiger-Schuldner-Pflichtverletzung“ erfasst (vgl. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB).⁵⁸ Auch der Gläubiger der Leistung ist insoweit, als er Rechtsgüter des Schuldners der Leistung verletzt hat (z.B. der Käufer verletzt den Gläubiger bei Entgegennahme der Kaufsache), „Schuldner“ – Schuldner einer Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB).⁵⁹ Eine tatbestandliche Differenzierung von allgemeinerer Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen bereits eingetretener Verletzung und der bloßen Gefährdung des Integritätsinteresses, also nach dem Grad der Störung. Sie findet sich in dieser Form nicht in einem gesetzlichen Tatbestand, aber in der Dogmatik, wonach unter Umständen bereits die Gefährdung des Integri-

⁵⁶ Zur Geschäftsgrundlage § 6 und § 12 Rn. 14 ff.

⁵⁷ Der Begriff der Zurechnung ist hier weit zu verstehen, vgl. § 35 Rn. 3 ff.; zum Annahmeverzug § 36 Rn. 1 ff., 38 ff.

⁵⁸ Vgl. § 16 Rn. 1 f.

⁵⁹ Fraglos ein ungenauer Terminus, aber um der Vereinfachung willen hinzunehmen.

tätsinteresses ausreicht, die Lösung von der Leistungspflicht (§§ 282, 324 BGB) zu rechtfertigen.⁶⁰

IV. Mehrheit von Störungen

- 20 Jede einzelne Störung ist rechtlich eigenständig zu beurteilen („Prinzip der Einzelbetrachtung“⁶¹). Es gibt daher im Falle einer Mehrheit von Störungen weder eine Addition oder eine andere Art der Zusammenfassung der von einer Partei ausgehenden Störungen noch eine „Aufrechnung“ (Kompensation) der von beiden Seiten ausgehenden Störungen. Beides wäre der Subtilität der Zurechnung und Folgenregelung nicht angemessen. Von dieser Frage zu trennen ist das Problem, ob ein Störungstatbestand aus einer Mehrheit von Handlungen bestehen kann, z.B. bei Dauertatbeständen usw. Die Einzelbetrachtung hindert ferner nicht daran, eine Mehrheit von Störungen in rechtlicher Wertung dahin zu verbinden, dass an sie über die Rechtsfolgen der Einzelstörung hinaus besondere Rechtsfolgen zu knüpfen sind. So können z.B. mehrfache Pflichtverletzungen, die jeweils einen Schadensersatzanspruch zur Folge haben, die Unzumutbarkeit begründen, die eine außerordentliche Kündigung (§ 314 BGB) rechtfertigt.

D. Die Zurechnung der Störung

- 21 Der tatbestandlichen Erfassung der Störung folgt die Frage, wem die Störung „zuzurechnen“ ist. „Zurechnung“ ist in dem weiten Sinne zu verstehen, dass ein normativ hinreichender Grund aufgezeigt werden kann, die aus einer Störung resultierenden nachteiligen Folgen einer Partei allein oder beiden Parteien anteilig zuzuweisen. Entgegen einem verbreiteten Vorurteil spielt diese Frage nicht erst bei der Regelung der Sekundärfolgen (insbes. Schadensersatz) eine Rolle, sondern schon bei der Leistungspflicht selbst. Zwar ist die Entstehung der Leistungspflicht unabhängig von irgendeiner Zurechnung; mit ihrem Fortbestand verhält es sich aber durchaus anders. So hängt die Verpflichtung des Schuldners zur Überwindung einer eingetretenen Leistungerschwerung und damit der Fortbestand der Leistungspflicht auch davon ab, ob der Schuldner die

⁶⁰ § 23 Rn. 10.

⁶¹ MünchKomm/Ernst BGB, 7. Aufl., Vor § 275 Rn. 16; *Dauner-Lieb* FS Canaris, S. 143ff.; vgl. BGH 20.1.2016, VIII ZR 77/15, Rn. 14, juris.

Erschwerung selbst zurechenbar verursacht hat (§ 275 Abs. 2 S. 2 BGB).⁶² Die Gegenleistungspflicht besteht bei Fortfall der Leistungspflicht wegen Unerbringbarkeit der Leistung (§ 275 BGB) nur fort, wenn dem Gläubiger das Leistungshindernis zuzurechnen ist (§ 326 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB).

Den rechtsethischen Kern der Zurechnung bildet die **Selbstbestimmung**.²² Einmal in Gestalt der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung, d.h. der vertraglichen Übernahme der Verantwortung für eine Störung (Garantie, vertragliche Risikoübernahme, vertragliche Verschärfung des Verschuldensmaßstabs).⁶³ Zum anderen im (Fehl-)Verhalten einer Partei, das zu einer Störung führt und als Verschulden (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB) zu werten ist. Nicht auf die Selbstbestimmung, sondern auf sachlicher Rechtfertigung beruht die punktuell vorgesehene verschuldensunabhängige Zurechnung durch Gesetz oder Richterrecht.⁶⁴

Die Zurechnung wird in den Tatbeständen des Leistungsstörungenrechts insbes. bei der Regelung der Sekundärfolgen ausdrücklich thematisiert (dort vor allem in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Sie kann aber auch implicite geregelt sein: Wird etwa der Fortfall der Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB angeordnet, so rechnet das Gesetz das Risiko des zufälligen Untergangs der Leistung insoweit dem Gläubiger zu, als dieser seinen Leistungsanspruch ersatzlos verliert.

E. Die Regelung der Störungsfolgen

Die Folgen der Störung müssen dem Inhalt des Schuldverhältnisses gemäß in ²³ dreifacher Hinsicht bestimmt werden. Erstens stellt sich die Frage nach dem Schicksal des Anspruchs auf die Leistung (Leistungsanspruch): Das Leistungsstörungenrecht hat zu sagen, ob die Leistungspflicht trotz der Störung bestehen bleibt oder infolge der Störung angepasst wird oder entfällt. Zweitens ist – bei gegenseitigen Leistungspflichten – zu regeln, welche Auswirkung die Störung bzw. Nichterbringung der Leistung auf den Gegenleistungsanspruch hat, ob die Gegenleistungspflicht entfällt, angepasst wird oder unverändert fortbesteht. Drittens stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die für die Störung verantwortliche Partei einen Ausgleich für die infolge der Störung entstandenen Nachteile leisten muss. Soweit es die Verantwortung des Schuldners betrifft, besteht dieser Ausgleich insbes. im Schadensersatz. Ist der Gläubiger für eine Störung verantwortlich, ist das Rechtsfolgenrepertoire vielfältiger.

⁶² § 5 Rn. 15.

⁶³ § 34 Rn. 35 ff.; § 37 Rn. 14.

⁶⁴ S. insbes. § 28 Rn. 57 ff.; § 37 Rn. 13 ff.

F. Das Darstellungskonzept

I. Die rechtsfolgenorientierte Systematik

- 24 Das (allgemeine) Leistungsstörungenrecht regelt diese Fragen in einer rechtsfolgenorientierten Systematik. Dem folgt auch die vorliegende Darstellung.⁶⁵ Im **2. Teil** werden zunächst die Folgen einer Störung für das Schicksal der Leistungspflicht erörtert: ob diese fortbesteht, inhaltlich angepasst⁶⁶ oder beseitigt wird (insbes. §§ 275, 313 BGB). Im synallagmatischen Schuldverhältnis knüpft sich daran die Frage, welche Auswirkungen der Fortfall oder die Anpassung der Leistungspflicht auf die Gegenleistungspflicht hat (§§ 320 ff. BGB). Dem widmet sich der **3. Teil** der Darstellung. Nach der störungsrechtlichen Regelung von Leistungspflicht und Gegenleistungspflicht kann eine Beeinträchtigung des Leistungsinteresses verbleiben, die nur durch Schadensersatz auszugleichen ist (§§ 280 ff. BGB). Gleiches gilt für Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses. Von der Pflicht zum Schadensersatz handelt daher der **4. Teil**. Im **5. Teil** schließlich geht es um die Verantwortlichkeit des Gläubigers der Leistung. Ist er für eine Störung verantwortlich, dürfen dem Schuldner daraus keine Nachteile erwachsen. Das Gesetz erreicht dieses Ziel teilweise mit den im 2.–4. Teil der vorliegenden Darstellung behandelten Rechtsfolgen: indem es etwa die Leistungspflicht ohne Schadensersatzpflicht entfallen lässt (§ 275 BGB), wenn der Gläubiger die Unerbringbarkeit der Leistung zu verantworten hat, indem es bei einer synallagmatischen Leistung in einem solchen Falle die Gegenleistungspflicht aufrechterhält (§ 326 Abs. 2 BGB) oder indem es dem Gläubiger echte Mitwirkungs- oder Rücksichtnahmepflichten auferlegt (z.B. §§ 433 Abs. 2, 2. Alt., 640 Abs. 1 S. 1 BGB), die diesen insoweit zum Schuldner und schadensersatzpflichtig (§§ 280 ff. BGB) machen. Somit ließe sich die Verantwortlichkeit des Gläubigers in die Teile 2–4 der Darstellung integrieren. Das Gesetz sieht aber darüber hinaus eine Reihe weiterer, besonderer Rechtsfolgen vor (insbes. §§ 300 ff. BGB). Es erscheint deshalb angebracht, der Übersichtlichkeit den Vorrang vor systematischer Strenge zu geben und die Verantwortung des Gläubigers gebündelt in einem Teil darzustellen unter Einschluss der Rechtsfolgen, die im 2.–4. Teil erörtert sind. Dies lässt sich umso eher verschmerzen, als in den Teil-

⁶⁵ Die Rechtsfolgenorientierung ist eine von mehreren möglichen Systematisierungen der gesetzlichen Regelung; andere sind denkbar (insoweit strenger *Grundmann* AcP 204 (2004), 569, 594).

⁶⁶ Die Nachleistungspflicht gehört ebenfalls hierher, so man sie als Fortbestand oder als inhaltliche Abänderung der ursprünglichen Leistungspflicht auffasst.

len 2–4 auf die Besonderheiten der Gläubigerverantwortung hingewiesen und auf den jeweiligen Abschnitt im 5. Teil verwiesen wird.

II. Die Fallarbeit mit dem Buch

Die Bearbeitung eines leistungsstörungsrechtlichen Falles wird wie jede Fall- 25
bearbeitung von der Frage nach einer bestimmten Rechtsfolge angeleitet. Dem kommt das vorliegende Darstellungskonzept entgegen. Die Rechtsfolge „Fortfall/Anpassung der Leistungspflicht“ wird im 2. Teil behandelt, die Rechtsfolge „Fortfall/Anpassung der Gegenleistungspflicht“ im 3. Teil, die Rechtsfolge „Schadensersatz“ im 4. Teil. Alle Rechtsfolgen, die den Gläubiger einer Leistung in dieser seiner Rolle treffen, sind im 5. Teil dargestellt.

§ 2 Der rechtliche Rahmen

Literatur: Siehe Angaben am Anfang des 1. Teils (vor § 1).

A. Normative Grundlagen

I. Die Regelung des BGB

Das Leistungsstörungsrecht des BGB wird traditionell unterteilt in die allgemei- 1
nen, für alle Schuldverhältnisse geltenden Regelungen und das besondere Leistungsstörungsrecht. Die vorliegende Darstellung bezieht sich auf das **allgemeine Leistungsstörungsrecht**, das vor allem in den §§ 275–304 BGB, §§ 320–326 BGB und §§ 313, 314 BGB seine gesetzliche Regelung findet. Auf besondere leistungsstörungsrechtliche Regelungen wird im jeweiligen Kontext eingegangen, soweit dies zum Verständnis der allgemeinen Normen geboten erscheint. Das **besondere Leistungsstörungsrecht** wird meistens in eins gesetzt mit den Normen des **besonderen Gewährleistungsrechts**. Zweifellos bilden sie den dogmatisch und praktisch wichtigsten Teil. Doch beschränkt sich das besondere Leistungsstörungsrecht nicht darauf. Zum einen gibt es im besonderen Vertragsrecht des BGB zahlreiche punktuelle Sonderregelungen zu anderen leistungsstörungsrechtlichen Fragen, etwa zum Annahmeverzug in §§ 615, 642 ff. BGB oder zum Haftungsmaßstab in § 599 BGB oder § 690 BGB. Mehr noch aber ist das ganze BGB von speziellen störungsrechtlichen Regelungen durchzogen. Legt man den eingangs erörterten Begriff der Leistungsstörung zugrunde, dann

haben auch viele Normen der gesetzlichen Schuldverhältnisse, des Sachenrechts, des Familien- und Erbrechts einen leistungsstörungenrechtlichen Charakter. Ihr Verhältnis zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht wirft stets dieselben zwei Fragen auf nach der Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln und der Reichweite des Vorrangs der besonderen Regeln.¹

- 2 Das **Richterrecht** spielt nach der durch das SMG erfolgten Vergesetzlichung wichtiger richterrechtlicher Institute („p.V.V.“, Störung der Geschäftgrundlage, „c.i.c.“) nicht mehr die herausgehobene Rolle wie vor der Schuldrechtsreform.² Ob dies ein vorübergehender Zustand ist, bleibt abzuwarten.

II. Unionsrechtsrechtliche und internationale Einflüsse

- 3 Mag man das reformierte Leistungsstörungenrecht in gesetzgeberischer Hinsicht als (illegitimes) Kind des Unionsrechts betrachten können,³ so ist der inhaltliche Einfluss des Unionsrechts auf das Leistungsstörungenrecht nach wie vor begrenzt. Aber er existiert: Einmal durch punktuelle unionsrechtliche Regelungsvorgaben, insbes. des Verbraucherrechts, die das allgemeine Leistungsstörungenrecht unmittelbar⁴ oder mittelbar⁵ beeinflussen. Zum zweiten und subtiler durch die Einwirkung unionsrechtsbezogener Referenzwerke.

Unverkennbar ist die unionsrechtliche Adaptionsfähigkeit einer Problemlösung zum Argument in der dogmatischen Diskussion des nationalen Schuldrechts geworden, mag ihr Stellenwert auch fragwürdig sein. Den Bezugspunkt bilden die bislang erarbeiteten Referenzwerke, Experten-Entwürfe bzw. Restatements zu einem europäischen Vertragsrecht, namentlich die Principles of

1 S. noch Rn. 4 ff.

2 Dazu *Huber* Leistungsstörungen I, § 2 IV, S. 38 ff.

3 Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie (RL 1999/44/EG v. 25.5.1999, EG-Amtsbl. 1999 Nr. L 171) war bekanntlich der maßgebliche Anlass für die Umsetzung der Schuldrechtsreform, vgl. *Ehmann/Sutschet* Modernisiertes Schuldrecht, S. 1; *Otto* Jura 2002, 1, 2.

4 Vgl. die Zahlungsverzugsrichtlinie (RL 2000/35/EG v. 29.6.2000, EG-Amtsbl. 2000 Nr. L 200/35), die zur Normierung des § 286 Abs. 3 BGB geführt hat, und die Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/83/EU v. 25.10.2011, EU-Amtsbl. 2011 Nr. L 304/64), die zur jetzigen Fassung des § 323 Abs. 2 BGB geführt hat.

5 Vgl. die Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie (a.a.O.), welche im Grundsatz lediglich die Rechte des Verbrauchers beim Kauf sachmangelhafter Waren betrifft. Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hat sich dennoch zur Umsetzung im Rahmen einer „großen Lösung“ entschieden, vgl. *Otto* Jura 2002, 1, 2; *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland* Das neue Schuldrecht, Kap. 1, Rn. 2; kritisch *Ehmann/Sutschet* Modernisiertes Schuldrecht, S. 1 f.

European Contract Law (PECL) der Lando-Gruppe,⁶ der Code Européen des Contrats (Gandolfi-Gruppe)⁷ und der Principles of the Existing EC Contract Law (*Acquis*-Grundregeln).⁸ Von größerer Bedeutung dürften der („wissenschaftliche“) Draft Common Frame of Reference (DCFR) der „Study Group on a European Civil Code“⁹ und der („politische“) CFR¹⁰ sein bzw. werden.¹¹ Bedeutung entfalten könnte auch ein Gemeinschaftliches Europäisches Kaufrecht, das sich bislang im Entwurfsstadium befindet.¹² Es soll optional (Art. 8) für grenzüberschreitende Verträge gelten (Art. 4). Ebenfalls bedeutsam sind die „globalen“ Vertragsrechtswerke, das in das nationale Recht implementierte UN-Kaufrecht (CISG) und die Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles, PICC).

B. Der Anwendungsbereich des gesetzlichen Leistungsstörungenrechts

I. Gegenständlicher Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des gesetzlichen Leistungsstörungenrechts wird in ge- 4
genständlicher Hinsicht durch den Begriff des Schuldverhältnisses bestimmt. Grundsätzlich sind die Regeln des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf **jedes Schuldverhältnis** anwendbar, sei es vertraglicher oder gesetzlicher Natur, sei es schuldrechtlichen, sachenrechtlichen, familien- oder erbrechtlichen

6 Lando/Beale Principles of European Contract Law, Part I, 1995; dies. Principles of European Contract Law, Part I and II, 2000 = ZEuP 2000, 675; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann Principles of European Contract Law, Part III, 2003 = ZEuP 2003, 895; dazu Zimmermann Die Principles of European Contract Law, 2003.

7 Accademia dei Giusprivatisti Europei (Coordinateur G. Gandolfi): Code européen des contrats, Avant-Projet, Università di Pavia, 2001 = ZEuP 2002, 139; dazu Gandolfi ZEuP 2002, 1; Sonnenberger RIW 2001, 409.

8 Principles of the Existing EC Contract Law (*Acquis*-Principles), Vol Contract I, 2007 = ZEuP 2007, 896; Vol Contract II – Performance, Non-Performance, Remedies, 2008; dazu Jansen/Zimmermann JZ 2007, 1113; Kuneva ZEuP 2007, 955; R. Schulze ZEuP 2007, 731.

9 Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (*Acquis* Group): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009; dazu Basedow ZEuP 2008, 673 ff.

10 Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (*Acquis* Group): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, 6; dazu G. Wagner ZEuP 2008, 676 f.

11 Übersicht bei Schulte-Nölke NJW 2009, 2161 ff.

12 Entwurf zu einer entsprechenden Verordnung, KOM [2011] 635 endg.

Ursprungs, auch auf dingliche Ansprüche, die sich gegen eine bestimmte Person richten und auf eine Leistung gerichtet sind.¹³ Dieser Satz steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass nicht spezielle Wertungen oder Regelungen Vorrang beanspruchen bzw. bestimmte störungsrechtliche Konflikte abschließend regeln.¹⁴ So wird z.B. die Haftung wegen Unmöglichkeit der Herausgabe einer Bereicherung für den gutgläubigen Bereicherungsschuldner durch § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen; dies darf nicht durch Anwendung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB unterlaufen werden.¹⁵ Ähnliche Konfliktlagen ergeben sich bei der Anwendung auf Ansprüche aus dem Eigentum. So beim Herausgabeanspruch nach **§ 985 BGB**, wo eine Anwendung der §§ 280, 283 BGB die Sonderregelung der §§ 989ff. BGB und die mit ihr bezweckte Privilegierung des (gutgläubigen) Besitzers unterlaufen würde. § 285 wird heute¹⁶ überwiegend nur im Einzelfall zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen für anwendbar gehalten.¹⁷ § 275 BGB soll Anwendung finden, soweit nicht der Herausgabeanspruch schon wegen Fortfalls der Voraussetzungen des § 985 BGB (bei Besitzverlust) entfällt: also § 275 Abs. 1 BGB z.B. bei rechtlicher Unmöglichkeit der Herausgabe¹⁸ oder § 275 Abs. 2 BGB bei grober Unverhältnismäßigkeit der zur Herausgabe zu betreibenden Aufwendungen.¹⁹ Die von der Rechtsprechung bejahte²⁰ Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf den Störungsbeseitigungsanspruch gem. **§ 1004 Abs. 1 BGB** bewirkt eine gewisse, aber grundsätzlich wohl nicht ganz zu vermeidende Relativierung des Eigentumsschutzes²¹. Anwendbar ist das Leistungsstörungenrecht auch auf **öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse**, da und soweit zu deren Anfüllung die Regeln des Zivilrechts entsprechend herangezogen werden.²²

13 BGH NJW 2016, 2104 unter Berufung auf Mot. II 4 und III 389.

14 Für das Sachenrecht (§ 888 Abs. 1 BGB) beispielhaft BGH NJW 2016, 2104.

15 Zum Streit um die Anwendung der §§ 280 ff. BGB beim bösgläubigen Bereicherungsschuldner MünchKomm/Schwab BGB, 6. Aufl., § 818 Rn. 289 ff.

16 Für vorbehaltlose Anwendbarkeit RGZ 105, 84, 88.

17 Bamberger/Roth/Fritzsche BGB, 3. Aufl., § 985 Rn. 28 m.w.N.

18 Bamberger/Roth/Fritzsche BGB, 3. Aufl., § 985 Rn. 27.

19 Vgl. BGH NJW-RR 2010, 315 Rn. 15.

20 Grundlegend BGH NJW 2008, 3122; BGH NJW-RR 2010, 315 m.w.N.

21 Krit. Kolbe NJW 2008, 3618 ff.; Katzenstein JZ 2010, 633 ff. u. Soergel/Ekkenga/Kuntz BGB, 13. Aufl., § 275 Rn. 15; befürwortend Stürner FS v. Brünneck, S. 360 ff. m.w.N., dort auch zur Entschädigungspflicht (offengelassen von BGH NJW-RR 2010, 315 Rn. 15).

22 Für öffentlich-rechtliche Verträge s. § 62 S. 2 VwVfG; im Übrigen vgl. BGH NJW 2007, 1061, 1062; LG Frankfurt NJW 2008, 2273.

II. Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich des Leistungsstörungsrechts richtet sich, so 5 die Fallgestaltung über die deutschen Staatsgrenzen hinausweist, nach den Regeln des Internationalen Privatrechts.²³ Dafür sind vorrangig (vgl. Art. 3 EGBGB) die Regeln des **europäischen Kollisionsrechts** zu beachten. Hervorzuheben sind die ROM I-Verordnung, die für die meisten vertraglichen Schuldverhältnisse gilt (Art. 1 ROM I-VO²⁴), und die für außervertragliche Schuldverhältnisse (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Rom II-VO²⁵) maßgebliche ROM II-Verordnung.²⁶ Bei **vertraglichen Schuldverhältnissen** ist nach Art. 12 Abs. 1 lit. c für die „vollständige oder teilweise Nichterfüllung“ vertraglicher Pflichten das Vertragsstatut maßgeblich, also das nach Art. 3 ff. ROM I-VO für den gestörten Vertrag maßgebliche Recht. Der Begriff „Nichterfüllung“ wird weit ausgelegt und kann auf alle Störungen bezogen werden.²⁷ Maßgeblich ist das Vertragsstatut auch für die tatbestandlichen Voraussetzungen der Störung.²⁸ Das ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit. c ROM I-VO („Folgen“), aber aus dem Sachzusammenhang. Für die Störung von Ansprüchen aus **gesetzlichen Schuldverhältnissen** (z.B. Schuldnerverzug hinsichtlich Schadensersatzzahlung aus Delikt) muss das Statut des jeweiligen gesetzlichen Schuldverhältnisses maßgeblich sein, das sich aus Art. 4 ff. ROM II-VO ergibt. Die Haftung aus c.i.c. (§§ 311 Abs. 2, 280 BGB) richtet sich wegen ihres außervertraglichen Charakters im Ausgangspunkt nach der ROM II-VO (Art. 2 Abs. 1), was aber i.d.R. die Anwendung des Vertragstatutes bedeutet (Art. 12 Abs. 1 ROM II-VO). Nur wenn dies nicht möglich ist (z.B. weil ein Vertrag noch nicht intendiert war), ist nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 2 ROM II-VO anzuknüpfen, also vorrangig (lit. a) an den Ort, an dem der Schaden eingetreten ist.

²³ Die Problematik kann hier nur kurz umrissen werden; zu verweisen ist auf die Kommentierungen zur ROM I-VO und zur ROM II-VO.

²⁴ VO (EG) 593/2008, EU-Amtsbl. 2008 Nr. L 177, 6 ff.

²⁵ VO (EG) 864/2007, EU-Amtsbl. 2007 Nr. L 199, 40 ff.

²⁶ Vgl. die Kommentierung von Palandt/*Thorn* BGB, 75. Aufl., Erl. zu (IPR) Rom I-VO, Rom II-VO.

²⁷ MünchKomm/*Spellenberg* BGB, 6. Aufl., Art. 12 Rom I-VO Rn. 73; Hk-BGB/*Staudinger*, 8. Aufl., Art. 12 Rom I-VO Rn. 6; PWW/*Brödermann/Wegen* BGB, 11. Aufl., Art. 12 Rom I-VO Rn. 33.

²⁸ Palandt/*Thorn* BGB, 75. Aufl., Art. 12 Rom I-VO Rn. 7; Hk-BGB/*Staudinger*, 8. Aufl., Art. 12 Rom I-VO Rn. 6; PWW/*Brödermann/Wegen* BGB, 11. Aufl., Art. 12 Rom I-VO Rn. 32.

III. Zeitlicher Anwendungsbereich

- 6 In zeitlicher Hinsicht bedarf der Anwendungsbereich des geltenden Leistungsstörungenrechts wegen der Schuldrechtsreform besonderer Erwähnung. Das durch die Schuldrechtsmodernisierung reformierte Recht ist zum 1. Januar 2002 in Kraft getreten. Es findet gem. Art. 229 § 5 EGBGB keine Anwendung auf solche Schuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind. Für Dauerschuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind und über den 1. Januar 2002 hinaus fortbestehen, gilt das BGB und damit das Leistungsstörungenrecht in der reformierten Fassung ab dem 1. Januar 2003.²⁹

C. Die Einordnung leistungsstörungenrechtlicher Ansprüche und Rechte in das BGB

- 7 Ansprüche, die einer Partei aus den leistungsstörungenrechtlichen Regeln erwachsen, sind ihrerseits „Schuldverhältnisse“ im engeren Sinne, auf die die Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB und des allgemeinen Teils des Schuldrechts anzuwenden sind. Daraus ergibt sich etwa, dass Störungen bei der Erfüllung dieser Ansprüche ihrerseits leistungsstörungenrechtliche Folgen zeitigen können: So kann z.B. der Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281ff. BGB) schuldende Schuldner in Verzug geraten und auf Ersatz des Verzögerungsschadens haften. Es ergibt sich daraus ferner, dass leistungsstörungenrechtliche Ansprüche grundsätzlich abtretbar sind und der allgemeinen Verjährung (§ 195 BGB, bei Schadensersatzansprüchen §§ 195, 199 BGB) unterliegen, wenn nicht anderes angeordnet ist (wie insbes. die eigene Verjährung im besonderen Gewährleistungsrecht, §§ 438, 548, 606, 634a, 651g BGB). Einseitige Gestaltungsechte sind wie sonst auch im Regelfall nicht übertragbar.

D. Vertragliche Regelungen

- 8 Das allgemeine Leistungsstörungenrecht ist grundsätzlich **dispositiv**. Es steht den Parteien frei, von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen, wenn anderes nicht bestimmt ist oder besondere Gründe gegen die Abdingbarkeit einer Norm sprechen. Praktisch geschieht dies insbes. im Hinblick auf die Leistungs- bzw. Beschaffungsanstrengungen, die der Schuldner zu unternehmen

²⁹ Dazu etwa BGH NJW 2005, 2852; BGH NJW 2006, 986.

hat,³⁰ und im Hinblick auf den Verschuldensmaßstab, für den gehaftet wird.³¹ Es stehen aber nicht alle Regeln zur Disposition. Einseitig zwingend ausgestaltet sind insbes. Teile des Gewährleistungsrechts im Verbrauchsgüterkauf (§ 475 BGB), im Wohnungsmietrecht (§ 536 Abs. 4 BGB), im Recht der Verbraucherfinanzierungsgeschäfte (§ 512 BGB) und im Reisevertragsrecht (§ 651m BGB). Regelungsziel ist jeweils der Schutz des „Schwächeren“ (Verbraucherkäufer, Wohnungsmieter, Reisender). Soweit es den Verbrauchsgüterkauf betrifft, erfasst die Unabdingbarkeit mittelbar auch die Regeln des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, soweit diese über § 437 BGB auf die Sachmangelgewährleistung im Verbrauchsgüterkauf anzuwenden sind. Enger gezogen ist der Rahmen für Abweichungen vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen**. Vor allem in § 309 Nr. 2, 4, 7, 8 und 12 BGB sind Abweichungen zu Lasten des Kontrahenten des AGB-Verwenders Schranken gezogen. Die Darstellung geht darauf im jeweiligen Zusammenhang ein.

30 § 7 Rn. 1ff.

31 § 34 Rn. 27f.

2. Teil: Das Schicksal der Leistungspflicht

Literatur: Ackermann Die Nacherfüllungspflicht des Stückkäufers, JZ 2002, 382ff.; Arnold Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, 866ff.; Arp Anfängliche Unmöglichkeit, 1988; Ballerstedt Zur Lehre vom Gattungskauf, FS Nipperdey (60. Geb.), 1955, S. 261ff.; Bartels Über die magische Macht der Karten und gegen die vom BGH aus dem Hut gezauberte Rechtsfigur der „bewusst sinnlosen, aber zu entgeltenden Leistung“, JZ 2011, 355ff.; ders./Sajnovits Die Rolle der Beschaffung beim Gattungskauf, JZ 2014, 322ff.; M. Becker Absurde Verträge, 2013; ders. Anfänglich unmögliche Leistungen als Wette gegen die Wissenschaft, in: Realitäten des Zivilrechts, 2012, S. 263ff.; Beuthien Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969; Bieder Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007; A. Brecht System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzung und Verzug), JherJb 53 (1908), 213ff.; Brehm Der Begriff des Unvermögens – Bemerkungen zum Wert der Dogmatik in der Jurisprudenz, JZ 1987, 1089ff.; v. Caemmerer Anleiheschulden und Einlösemittel, JZ 1951, 740ff.; Canaris Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499ff.; ders. Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: Schulze/Schulte-Nölke Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 43ff.; ders. Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 beim Stückkauf, JZ 2004, 214ff.; ders. Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB, FS Wiegand, 2005, S. 179ff.; ders. Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, FS Huber, 2006, S. 143ff.; ders. Die Bedeutung des Übergangs der Gegenleistungsgefahr im Rahmen von § 243 Abs. 2 BGB und § 275 Abs. 2 BGB, JuS 2007, 793ff.; Däubler Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, FS Heldrich, 2005, S. 55ff.; Dauner-Lieb/Dötsch Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB, NJW 2003, 921ff.; Derleder Beschaffungsrisiko, Leistungsengpass und Leistungsfrist – vom Smartphone zum Solarmodul, NJW 2011, 113ff.; Dieckmann Erfüllungszwang und Unmöglichkeit, ZGS 2008, 14ff.; Dubovitskaya Absolute Fixgeschäfte, AcP 215 (2015), 581ff.; Ehmann Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung?, FS Canaris (Bd. 1), 2007, S. 171ff.; ders./Kley Unmöglichkeitslehre, JuS 1998, 481ff.; Eidenmüller Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura 2001, 824ff.; Emmerich Unmöglichkeit, Leistungser schwerung und Opfergrenze im Mietrecht und anderswo, NZM 2010, 497ff.; Ernst Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, 801ff.; Faust Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld, ZGS 2004, 252ff.; Fischer Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (§ 275 BGB RegE), DB 2001, 1923ff.; Fehre Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, 2005; Fikentscher Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971; Finn Erfüllungspflicht und Leistungshindernis: die Bestimmung der Grenzen vertraglicher Primärpflichten nach §§ 275 Abs. 1 und 2, 313 BGB, 2007; Fleischer Der Kalkulationsirrtum. Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studie, ReabelsZ 65 (2001), 264ff.; Freitag Rechtsfolgen der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, NJW 2014, 113ff.; Gernhuber Das Schuldverhältnis, 1989; Greiner Ideelle Unzumutbarkeit, 2004; ders. Direktionsrecht und Direktionspflicht, Schadensersatz und Annahmeverzug bei Leistungshinderung des Arbeitnehmers, RdA 2013, 9ff.; Grundmann Vertragsnetz und Wegfall der Geschäftsgrundlage, FS H.P. Westermann, 2008, S. 227ff.; Grunsky Das Recht auf Privatleben als Begrenzung vertraglicher Nebenpflichten, JuS 1989, 593ff.; Gsell Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998; dies. Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, JZ 2004, 110ff.; Harke Unmöglichkeit und Pflichtverletzung,

JbZivRWiss 2001, 29 ff.; *Häsemeyer* Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit, FS Weitnauer, 1990, S. 67 ff.; *G. Hartmann* Die Obligation, 1875; *Heinrichs* Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch, FS Derleder, 2005, S. 87 ff.; *ders.* Vertragsanpassung bei der Geschäftsgrundlage – Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB, FS Heldrich, 2005, S. 183 ff.; *Heckelmann/Franzen* Fälle zum Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2015; *Helm* Die Einordnung wirtschaftlicher Leistungserschwerungen in das Leistungsstörungenrecht nach der Schuldrechtsreform, 2005; *Himmelschein* Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), 255 ff.; *Horn* Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), 255 ff.; *U. Huber* Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager einheitlichen Kaufrechts, JZ 1974, 433 ff.; *ders.* Zur Auslegung des § 275 BGB, FS Gaul, 1997, S. 217 ff.; *ders.* Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 II BGB n.F., FS Schlechtriem, 2003, S. 546 ff.; *Jaensch* Der Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2012, 1025 ff.; *Jakobs* Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969; *ders.* Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, 1985; *D. Kaiser* Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000; *dies.* Zeitweilige Unmöglichkeit, FS Hadding, 2004, S. 121 ff.; *J. Kaiser* Der Einwand des Unvermögens und der unechte Hilfsantrag nach Wegfall des § 283 a.F., MDR 2004, 311 ff.; *Katzenstein* Der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 bis 283 BGB, Jura 2005, 217 ff.; *ders.* Anwendung von § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch, JZ 2010, 633 ff.; *Kießling/Jünemann* Dienstbefreiung, Entgeltfortzahlung und Kündigung bei der Erkrankung von Kindern, DB 2005, 1684 ff.; *Klein/Burianski* Ordnungsgeld statt Zwangsgeld – Effektivere Durchsetzung von Belieferungsansprüchen, NJW 2010, 2248 ff.; *Köhler* Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertretenhaben bei § 275 BGB – Prozesslage und materielles Recht, AcP 205 (2005), 93 ff.; *Köhler* Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971; *ders.* Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190 (1990), 496 ff.; *ders.* Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, FS BGH (Bd. 1), 2000, S. 295 ff.; *Kolbe* Unzumutbarer Beseitigungsaufwand, NJW 2008, 3618 ff.; *Koller* Recht der Leistungsstörungen, in: *Koller/Roth/Zimmermann* Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, 2002; *Krückmann* Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 101 (1907), 1 ff.; *ders.* Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Zweiter Beitrag, JherJb 59 (1911), 20 ff.; *Knütel* Zur Gleichstellung von zu vertretender und nicht zu vertretender Unmöglichkeit in § 275 im Regierungsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung, JR 2001, 353 ff.; *Lemppenau* Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, 1972; *Lobinger* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004; *Looschelders* „Unmöglichkeit“ und Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2010, 849 ff.; *ders.* Unmöglichkeit als Leistungsstörungskategorie, in: 10 Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 213 ff.; *Loyal* Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, NJW 2013, 417 ff.; *Lüttringhaus* Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage, AcP 213 (2013), 266 ff.; *Maier-Reimer* Totgesagte leben länger! Die Unmöglichkeit aus der Sicht der Praxis, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 291 ff.; *Medicus* BGB Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2010; *ders.* Die konkretisierte Gattungsschuld, JuS 1966, 297 ff.; *ders.* Modellvorstellungen im Schuldrecht, FS Felgentraeger, 1969, S. 309 ff.; *ders.* Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, FS Flume (Bd. 1), 1978, S. 629 ff.; *ders.* Bemerkungen zur „vorübergehenden Unmöglichkeit“, FS Heldrich, 2005, S. 347 ff.; *S. Meier* Neues Leistungsstörungenrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallbearbeitung, Jura 2002, 118 ff.; *Meincke* Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, AcP 171 (1971), 19 ff.; *Mommsen* Die Unmöglichkeit der Leistung, 1853; *Motsch* Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht, JZ 2001, 428 ff.; *Mückl* Grund-

strukturen und Problemschwerpunkte des § 275 Abs. 2 BGB, Jura 2005, 809 ff.; *Musielak* Die Nacherfüllung beim Stückkauf, NJW 2008, 2801 ff.; *ders.* Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 BGB, JA 2011, 801 ff.; *Nassauer* Sphärentheorien zu Regelungen der Gefahrentragungshaftung in vertraglichen Schuldverhältnissen, 1978; *Nelle* Neuverhandlungspflichten, 1993; *Oertmann* Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116 (1918), 1 ff.; *ders.* Die Geschäftsgrundlage – ein neuer Rechtsbegriff, 1921; *Otto* Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungsrechts, Jura 2002, 1 ff.; *ders.* Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB im Schwebezustand, FS Canaris (Bd. 1), 2007, S. 945 ff.; *ders./Schwarze/Krause* Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl., 2014; *Picker* Schuldrechtsreform und Privatrechtsautonomie, JZ 2003, 1035 ff.; *ders.* Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungerschwerung nach Allgemeinem Schuldrecht und Kaufrecht – Zur Kritik der §§ 275 Abs. 2 und 439 BGB, FS Konzen, 2006, S. 687 ff.; *ders.* Nachlieferung beim Stückkauf – zu Grund, Gegenstand und Umfang der Leistungsverpflichtung –, FS H.P. Westermann, 2007, S. 583 ff.; *ders.* Befreiung von der Primärleistungspflicht bei Leistungerschwerung, in: 10 Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 1 ff.; *Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983; *Rabel* Unmöglichkeit der Leistung, Ges. Aufsätze (Bd. 1), 1 ff. (aus FS Bekker, 1907, S. 171 ff.); *Richardi* Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004 ff.; *Riehm* Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015; *Rösler* Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage, JuS 2005, 120 ff.; *Säcker* Die Anpassung von langfristigen Verträgen an bei Vertragsschluss unvorhergesehene und unvorhersehbare Umstände im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, FS H.P. Westermann, 2007, S. 617 ff.; *Schermaier* Was schuldet der Schuldner? Die „Pflicht zur Anstrengung“ im modernisierten Schuldrecht, Gedächtnisschrift Mayer-Maly, 2011, S. 409 ff.; *Schlechtriem* Die Unmöglichkeit – Ein Wiedergänger, FS Sonnenberger, 2004, S. 125 ff.; *Schlüter* Leistungsbefreiung bei Leistungerschwerungen, ZGS 2003, 346 ff.; *K. Schmidt* Geld und Geldschuld im Privatrecht – eine Einführung in ihre Grundlagen, JuS 1984, 737 ff.; *Schmidt-Kessel/Baldus* Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht, NJW 2002, 2076 ff.; *Schmidt-Recla* Echte, faktische und wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage – Abgrenzungsversuche nach der Schuldrechtsreform, FS Laufs, 2006, S. 641 ff.; *Schollmeyer* Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage, 2014; *ders./Utlü* Die Nacherfüllung im Kauf, Jura 2009, 721 ff.; *Schreiber* Unmöglichkeit der Leistung, Jura 1995, 529 ff.; *Schur* Leistung und Sorgfalt, 2001; *Schulz/Kießling* Entgeltfortzahlung bei Erkrankung von Kindern und Arbeitnehmern, DB 2006, 838 ff.; *Schulze/Ebers* Streitfragen im Neuen Schuldrecht, JuS 2004, 265 ff.; *Schwarze* Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001; *ders.* Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungsrecht, Jura 2002, 73 ff.; *ders.* Arbeitnehmerbegriff und Vertragstheorie – Der paternalistische Kern des Arbeitnehmerschutzes, ZfA 2005, 81 ff.; *ders.* „Steht und fällt“ – Das Rätsel der relativen Fixschuld, AcP 207 (2007), 438 ff.; *ders.* Der „Kernbereich des Arbeitsvertrages“ – Zum richterrechtlichen Stetigkeitsschutz im Arbeitsvertrag, RdA 2012, 321 ff.; *v. Stebut* Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, RdA 1985, 66 ff.; *Steffen/Hofmann* Vertragsgegenstand vs. Geschäftsgrundlage – Preisanpassungsanspruch bei unerwarteten Umständen, BauR 2012, 1 ff.; *Hans Stoll* Überlegungen zu Grundfragen des Rechts der Leistungsstörungen aus der Sicht des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, FS W. Lorenz (80. Geb.), 2001, S. 289 ff.; *ders.* Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 589 ff.; *Heinrich Stoll* Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), 257 ff.; *Stürner* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010; *ders.* „Faktische Unmöglichkeit“ (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – unmöglich abzugrenzen? Jura 2010, 721 ff.; *ders.* Grenzen des

privatrechtlichen Eigentumsschutzes, FS v. Brünneck, 2011, S. 360 ff.; *Sutschet* Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006; *Szalai* Nochmal – Nachlieferung beim Stückkauf, ZGS 2011, 203 ff.; *Thole* Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, JZ 2014, 443 ff.; *Treichel* Zeitweilige Leistungshindernisse, 2010; *Ulmer* Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung – Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage, AcP 174 (1974), 167 ff.; *Unberath* Die Vertragsverletzung, 2007; *E. Wagner*, Studien zum Recht der Unmöglichkeit, 2007; *Weber-Will/Kern* Ein Beitrag zur Dogmatik des § 279 BGB, JZ 1981, 257 ff.; *Weller* Persönliche Leistungen, 2012; *Wertentrub* Die Anwendung des § 275 BGB auf Betriebsstörungen beim Werkvertrag, ZGS 2003, 53 ff.; *Wieacker* Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, FS Nipperdey (Bd. 1), 1965, S. 783 ff.; *Wieser* Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht, MDR 2002, 858 ff.; *ders.* Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, JZ 2004, 654 ff.; *Wilhelm* Einrede des Verkäufers gegen die Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 2, § 439 BGB bei nachträglichem Verlust oder Beschädigung der Kaufsache: Vorrang der schuldvertraglichen Vereinbarung, DB 2004, 1599 ff.; *ders./Deeg* Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen, JZ 2001, 223 ff.; *Windel* Was sich nie fügt, was nie gelingt – Systematisierungsversuche zu § 311 BGB, JR 2004, 265 ff.; *ders.* „Unsinnige“, rechtlich unmögliche und verbotswidrige Leistungsversprechen, ZGS 2003, 466 ff.; *ders.* Okkultistische Tribunale?, ZGS 2011, 218 ff.; *Windscheid* Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161 ff.; *Wismeyer* Der „Wille des Gesetzgebers“, JZ 2015, 957 ff.; *Wollschläger* Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, 1970; *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Vertragsrechts, 3. Aufl., 1996.

Im Zentrum des Schuldverhältnisses steht die Leistungspflicht.¹ Die Leistungspflicht verpflichtet den Schuldner, die Leistung in natura zu erbringen² und gibt dem Gläubiger das Recht, die Leistung „von dem Schuldner zu fordern“ (§ 241 Abs. 1 BGB).³ Das BGB gewährt dem Gläubiger einen gerichtlich durchsetzbaren Leistungsanspruch.⁴ Daraus ergibt sich als erste Aufgabe des Leistungsstörungsrechts, im Falle einer Störung das Schicksal der Leistungspflicht (Fortbestand oder Fortfall oder Anpassung) zu bestimmen.⁵ Diese Frage stellt sich prinzipiell bei jeder Art von Störung, mag die Leistung zum betreffenden Zeitpunkt überhaupt nicht erbracht worden sein, mag sie in schlechter Qualität erbracht worden sein oder mögen sich Leistungshindernisse eingestellt haben oder mag die

1 Scharf gegen durchgehende Strukturierung der Verbindlichkeit durch den Pflichtbegriff *Schermaier* Gedächtnisschrift Mayer-Maly, S. 409 ff.

2 Das Verhältnis zur Schadensersatzpflicht ist in § 17 Rn. 1 und § 25 Rn. 1f. erörtert.

3 Zu den Grundlagen aus jüngster Zeit *Unberath* Die Vertragsverletzung.

4 Umf. *Riehm* Grundsatz der Naturalerfüllung; zum römischen Recht vgl. *Jakobs* Unmöglichkeit, S. 169 ff.; ferner *Harke* JbJZivRWiss 2001, 29 ff.; *Sutschet* Garantiehaftung, S. 3 ff.; *Unberath* Die Vertragsverletzung, S. 241 ff.

5 Pflichten, die (ausnahmsweise) nicht einklagbar sind (z.B. Rücksichtnahmepflichten oder ausdrücklich als nicht klagbar ausgestaltete „Leistungspflichten“), bedürfen einer derartigen Begrenzung nicht.

Störung außerhalb der eigentlichen Leistungspflicht liegen, z.B. in der Gefährdung der Rechtsgüter einer Partei.

Dabei kann man die Störungsfälle grundsätzlich danach ordnen, ob Fortfall oder Anpassung der Leistungspflicht **im Interesse des Schuldners** erfolgen oder ob dies **im Interesse des Gläubigers** der betreffenden Leistungspflicht geschieht oder – praktisch gesehen – der Schuldner oder der Gläubiger von der Leistungspflicht loskommen möchte. Mögen sich in der Wirklichkeit des Einzelfalles diese Dinge vermischen oder wechselseitig überlagern, so ist eine klare gedankliche Trennung – auch in der Fallbearbeitung – weder unmöglich noch entbehrlich. Im folgenden 1. Abschnitt wird der Fortfall bzw. die Anpassung der Leistungspflicht im Interesse des Schuldners dargestellt. Im 2. Abschnitt geht es um Fortfall oder Anpassung der Leistungspflicht im Interesse des Gläubigers.

1. Abschnitt: Fortfall und Anpassung der Leistungspflicht im Interesse des Schuldners

Aus der Struktur des Schuldverhältnisses ergeben sich drei denkbare Gründe für eine Begrenzung der Leistungspflicht im Interesse des Schuldners.

(1) Besteht die Leistungspflicht darin, dass der Schuldner einen bestimmten Leistungserfolg zu erbringen oder eine bestimmte Leistungshandlung vorzunehmen hat, muss der Schuldner von der Leistungspflicht befreit oder diese angepasst werden, wenn ein Hindernis vorliegt, das der Schuldner nicht überwinden kann oder das zu überwinden ihm übermäßige Anstrengungen abverlangen würde (folgend 1. Kap. §§ 3–8).

(2) Die Leistungspflicht kann ferner entfallen oder angepasst werden, wenn die Leistung zwar erbringbar ist, aber den vom Schuldner mit ihr verfolgten, rechtlich erheblichen Zweck nicht erreichen kann (2. Kap. § 9).

(3) Die Leistungspflicht kann schließlich entfallen, wenn die Erbringung der Leistung mit einer unzumutbaren Gefährdung der Rechtsgüter des Schuldners einhergehen würde (2. Kap., § 10).

1. Kapitel: Begrenzung der Leistungspflicht wegen eines Leistungshindernisses

§ 3 Das Leistungshindernis

Literatur: Siehe Angaben am Anfang des 2. Teils.

A. Die Ergänzungsbedürftigkeit der Leistungspflicht

- 1 Das Problem übermäßiger oder sinnloser Anstrengungen des Schuldners stellt sich, wenn eine Leistungspflicht besteht. Soweit der Schuldner nicht zur Leistung verpflichtet ist, bedarf er keiner Entlastung. Die Beurteilung der Rechtslage verlangt daher als gedanklich ersten Schritt die Ermittlung des **Inhalts der Leistungspflicht**. Gegenstand der Leistungspflicht ist die Erbringung einer Leistung,¹ und zwar durch ein bestimmtes Verhalten des Schuldners, durch sein Tun oder Unterlassen (vgl. §§ 194 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB). Geschuldet ist die Leistung in natura, nicht das bloße Interesse (Geldzahlung). Die Leistung kann sich auf ein Verhalten beschränken (z.B. Erteilung von Klavierunterricht), sie kann darüber hinaus in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges bestehen (z.B. Erzielung eines bestimmten Ausbildungsstandes oder beim Kaufvertrag Verschaffung von Besitz und Eigentum). Bei gesetzlichen Schuldverhältnissen (z.B. Anspruch aus § 812 BGB) bestimmt das Gesetz den Gegenstand der Leistungspflicht (indem es z.B. das Ausgleichsinteresse des Bereicherungsgläubigers in § 812 BGB zu einer bestimmten Rechtsfolge konkretisiert). In rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen wird der Gegenstand überwiegend² durch privatautonomen Gestaltungsakt, insbes. durch Vereinbarung, geregelt.
- 2 Zur Erbringung der Leistung muss der Schuldner **Anstrengungen** unternehmen (z.B. die für die Übereignung und Übergabe erforderlichen Handlungen vornehmen, ggf. zuvor das Eigentum erwerben). Die gesamte auf Leistungserbringung gerichtete Tätigkeit des Schuldners besteht darin, Widerstände, die der Leistungserbringung im Wege stehen, zu überwinden, beginnend mit der eigenen Trägheit des Schuldners³ bis hin zu äußeren Erschwernissen wie z.B. eine überraschende Erhöhung der Beschaffungspreise. Haben die Parteien darüber ausdrückliche Regelungen getroffen oder lässt sich durch Auslegung eine Grenze entnehmen,⁴ bedarf es der im Folgenden dargestellten gesetzlichen Regelungen nicht. Oft werden die vom Schuldner zu unternehmenden Anstrengungen aber nicht auf diese Weise geregelt sein, es hat sein Bewenden mit der

1 Zur Erfolgs- oder Handlungsbezogenheit der Leistung näher unter § 16 Rn. 11, § 34 Rn. 7.

2 Auch hier kann es eine heteronome (gesetzliche/behördliche) Regelung geben, z.B. die behördliche Festlegung der Preise im gewerblichen Personen- und Güterverkehr nach § 14 IV–VI AEG; §§ 39, 51 PBefG. S. auch die richterliche Leistungsbestimmung nach § 319 Abs. 1 S. 2 BGB, näher MünchKomm/Würdinger BGB, 7. Aufl., § 319 Rn. 23 f. u. § 315 Rn. 47 ff.

3 Bei einer Pflicht zur Unterlassung besteht das Hindernis etwa im inneren Widerstand, die betreffende Handlung zu unterlassen.

4 Dazu noch § 7.

Festlegung der zu erbringenden Leistung. Die Regelung der Leistungspflicht ist dann im Hinblick auf die vom Schuldner zu unternehmenden Leistungsanstrengungen ergänzungsbedürftig: Weder kann man aus der schlichten Vereinbarung der Leistung schließen, der Schuldner wolle sich zur Überwindung und Beseitigung aller denkbaren Leistungshindernisse verpflichten⁵ (in dem bekannten Lehrbuchfall⁶ der Verkäufer des Rings also etwa dazu, diesen aus dem See zu bergen, wenn er vor der Übergabe hineingefallen ist), noch ist es richtig, die geschuldeten Anstrengungen von vornherein auf ein ordentliches Sichbemühen (**Kraftanstrengungslehre**)⁷ zu begrenzen oder darauf zu beschränken, dass nur die vom Schuldner zu vertretenden Hindernisse überwunden werden müssten.⁸ Da es andererseits schwierig sein wird, stets und zu jeder Frage eine befriedigende Antwort im Wege der Auslegung der schlichten Leistungszusage zu gewinnen,⁹ ist eine gesetzliche Regelung nicht sinnlos,¹⁰ die der Leistungspflicht aus Gründen praktischer Vernunft eine **äußerste Grenze** zieht,¹¹ ohne damit eine Verpflichtung des Schuldners zu schaffen, sich stets bis an die Grenze grober Unverhältnismäßigkeit anstrengen zu müssen, wenn eine ausdrückliche Beschränkung nicht vereinbart wurde. § 275 Abs. 2 BGB empfindet den mutmaßlichen Parteiwillen nach, der allgemein dahingeht, dass „jedenfalls“ grob unverhältnismäßige Aufwendungen nicht geschuldet sind.¹² Dass sich nicht nur aus ausdrücklicher Absprache, sondern auch **aus den Umständen** weitere Beschränkungen durch Auslegung ermitteln lassen, ist damit nicht ausgeschlos-

5 So aber *Sutschet* Garantiehaftung, S. 81 f., wonach im Falle eines vereinbarten Leistungserfolges die Leistung „schlechthin“ zu bewirken sei, gleichviel, welche Mittel dazu auch nötig seien.

6 Heck Grundriß des Schuldrechts, § 28, S. 89.

7 Diese auf *Gustav Hartmann* (Die Obligation, S. 242 ff. und passim; ferner *Brecht* JherJb, Band 53, S. 213 ff.; *Wieacker* FS Nipperdey S. 783 ff., 799, 801 f.; eingehend zu dieser Lehre *Jakobs* Unmöglichkeit, S. 196 ff.) zurückgehende Vorstellung, der Schuldner schulde von vornherein nicht die Befriedigung des Leistungsinteresses, sondern nur die einem ordentlichen Schuldner obliegende Kraftanstrengung, liegt dem Gesetz ersichtlich nicht zu Grunde. S. noch Rn. 7. S. auch Schuldrechtskommission, Bericht, S. 120 f.

8 So aber *Picker* JZ 2003, 1035 ff.; *ders.* FS Konzen, S. 687 ff.; ähnlich *Lobinger* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 120 ff., 127 ff., 139 ff., 168 ff., 173 ff. und passim; *Wilhelm* DB 2004, 1599 ff.; *Katzenstein* Jura 2005, 217, 218; dagegen *Canaris* JZ 2004, 214 ff. Näher Rn. 6 f.

9 So aber *Lobinger* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 120 ff., 127 ff., 139 ff., 168 ff., 173 ff. und passim; dagegen zu Recht *Sutschet* Garantiehaftung, S. 70 ff.

10 Sarkastisch allerdings *Schmidt-Recla* FS Laufs, S. 641 ff., 659 ff., 668.

11 Ebenso in der Formulierung der Fragestellung die Schuldrechtskommission, Kommissionsbericht, S. 118.

12 Zutr. *Unberath* Die Vertragsverletzung, S. 278 f.

sen.¹³ Eben darin – den Rekurs auf eine mit Unwägbarkeiten belastete Auslegung in evidenten Fällen entbehrlich zu machen – ist der praktische Zweck des § 275 Abs. 2 BGB zu sehen.¹⁴ Für **gesetzliche Leistungspflichten** gilt die Vorschrift ebenfalls, soweit spezielle Regelungen nicht bestehen oder im beschriebenen Sinn ergänzungsbedürftig sind.¹⁵

B. Ausgrenzung der vom Schuldner nicht zu überwindenden Leistungshindernisse

- 3 Das Gesetz kann mit Rücksicht auf die Autonomie des Schuldners nicht positiv festlegen, auf welche Weise sich der Schuldner leistungsfähig zu machen und welche Hindernisse er zu überwinden hat, es kann nur „negativ“ bestimmen, welche Hindernisse der Schuldner nicht zu überwinden verpflichtet ist (vgl. §§ 275, 311a, 313 BGB).¹⁶

I. Die Pflichtbegrenzung als Problem des materiellen Rechts

- 4 Anders als im alten Recht lässt das neue Recht keinen Zweifel daran, dass die erforderliche Entlastung des Schuldners durch eine **materiellrechtliche Begrenzung** der Leistungspflicht erfolgt (vgl. §§ 275, 311a, 313 BGB).¹⁷ Da es zudem an einer dem § 283 BGB a.F. entsprechenden Vorschrift fehlt, muss im Leistungsprozess über ein vom Schuldner behauptetes Leistungshindernis notfalls befunden und ggf. Beweis erhoben werden.¹⁸ Das alte Recht lag hier anders. Nach § 283 BGB a.F. konnte der Gläubiger nach ergangenem Leistungsurteil dem Schuldner eine Nachfrist setzen und sodann zum Schadensersatz wegen

13 Wenn es sich wirklich z.B. so verhält, dass in dem von *Picker* a.a.O. (Fn. 8) gebildeten „Murmanskfall“ (Privatverkäufer verkauft sein Auto, das vor der Übergabe gestohlen wird und in Murmansk wieder auftaucht) aus der Typizität des Geschäfts („Platzgeschäft“) und sonstigen Umständen auf den erkennbaren Willen der Parteien zu schließen ist, dass der Verkäufer nicht zur Wiederbeschaffung verpflichtet sein soll, will § 275 Abs. 2 BGB diese Pflicht gewiss nicht begründen.

14 *Grigoleit*, in: 10 Jahre Schuldrechtsmodernisierung, S. 56, 61.

15 S. § 7 Rn. 1; dagegen generell *Lobinger* Die Grenze rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 168 f.

16 Vgl. die Formulierung der Fragestellung durch die Schuldrechtskommission, Kommissionsbericht, S. 118.

17 Anders *Ehmann/Sutschet* Modernisiertes Schuldrecht, § 3 II 2b, S. 50, die in der Norm letztlich eine Vervollständigung des in §§ 883 ff. ZPO geregelten Vollstreckungsschutzes sehen.

18 S. noch Rn. § 8 Rn. 2 ff.

Nichterfüllung übergehen. Deshalb ließen die Gerichte Unmöglichkeit bzw. Unvermögen im Leistungsprozess dahingestellt, wenn feststand, dass der Schuldner dafür in jedem Fall verantwortlich ist und also schadensersatzpflichtig wäre. Erst in der Urteilsvollstreckung kam es zum Schwur. blieb die Vollstreckung des auf Leistung lautenden Urteils erfolglos, konnte der Gläubiger auf den Schadensersatz gem. § 283 BGB a.F. übergehen.¹⁹

II. Die pflichtenbegrenzenden Prinzipien

Die Begrenzung der Leistungspflicht durch Unmöglichkeit und Unvermögen 5 (§ 275 Abs. 1 BGB) beruht auf der **Unbehebbarkeit** des Leistungshindernisses: Die Unbehebbarkeit macht entweder schon jede Leistungsanstrengung unmöglich (z.B. der Arbeitnehmer ist schwer erkrankt) oder zumindest die Leistung unmöglich und damit die (mögliche) Anstrengung sinnlos (z.B. die Fabrik ist abgebrannt, die Anfahrt des Arbeitnehmers zur Arbeitsstätte wäre sinnlos).²⁰ Anders bei behebbaren Leistungshindernissen: Hier wäre der Aufwand nicht sinnlos. Eine Begrenzung der Pflicht kann sich deshalb nur darauf stützen, den Schuldner von übermäßiger Last zu befreien. Das Übermaß einer Pflicht wird allgemein durch zwei Prinzipien begrenzt, das **Prinzip der Verhältnismäßigkeit**²¹ (vgl. § 275 Abs. 2 BGB) und das **Prinzip der Zumutbarkeit** (§§ 275 Abs. 3, 313 BGB). Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist relational, es markiert die Pflichtgrenze im Verhältnis zu einem anderen Wert oder Interesse (hier dem Leistungsinteresse des Gläubigers); auch die außerordentliche Belastung entpflichtet nicht, wenn ihr ein außerordentliches Interesse (an der Leistung) die Waage hält. Die Zumutbarkeit (§ 275 Abs. 3, § 313 BGB) ist zwar ebenfalls einer Abwägung mit dem Interesse des Gläubigers zugänglich, kann aber eine Belastungsgrenze allein aufgrund der Schwere der Belastung auch dann ziehen, wenn die Interessen des Gläubigers an der Leistung besonders schwer wiegen (z.B. darf die Opernsängerin den Liederabend wegen der Erkrankung ihres Kindes auch dann absagen, wenn der Veranstalter einen hohen Verlust erleidet).

Schon unter Geltung des alten Rechts waren diese materiellen Begrenzungen der Leistungspflicht aufgrund richterrechtlicher Regeln anerkannt: In eini-

¹⁹ Nur wenn Unmöglichkeit oder Unvermögen im Leistungsprozess unstreitig waren, wurde nicht zur Leistung verurteilt, wobei die Rechtsprechung hier wohl den Leistungsanspruch entfallen ließ. Systemgerecht wäre aber wohl der Fortfall des Rechtsschutzinteresses gewesen, vgl. *Huber* Leistungsstörungen II, § 58 I 5, S. 783.

²⁰ Vgl. Begr. BT-Drucks. 14/6040, S. 129.

²¹ S. noch § 5 Rn. 5, 6 ff., 25 f.

gen Fällen wurde das den Schuldner treffende Leistungshindernis als der Unmöglichkeit gleichstehend behandelt und der Schuldner nach § 275 BGB a.F. von seiner Leistungspflicht befreit,²² in anderen Fällen wurde dem Schuldner die Leistung wegen Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes²³ bzw. Unzumutbarkeit²⁴ erlassen, und schließlich konnte sich der Schuldner bei bestimmten Leistungserschwernissen auf die Störung der Geschäftsgrundlage berufen.²⁵

III. Die Bedeutung des Vertretenmüssens für die Begrenzung der Leistungspflicht

- 6 Die Beurteilung der groben Unverhältnismäßigkeit (§ 275 Abs. 2 S. 1 BGB) bzw. der Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB) der vom Schuldner zu erbringenden Leistungsanstrengungen wird mitbestimmt davon, ob der Schuldner das **Leistungshindernis zu vertreten hat** (vgl. § 275 Abs. 2 S. 2 BGB). Wenn dies der Fall ist, ist ihm mehr abzuverlangen.²⁶ Das SMG hat sich somit klar dagegen entschieden, die Pflicht des Schuldners zur Überwindung von Hindernissen von vornherein auf zu vertretende Hindernisse zu beschränken und im Vertretenmüssen das zentrale Kriterium zur Ergänzung und Konkretisierung der Leistungspflicht zu sehen.²⁷
- 7 § 275 BGB a.F. konnte man so deuten, dass das „**Nichtvertretenmüssen**“ **Befreiungsgrund** für Leistungspflicht und Schadensersatzpflicht gleichermaßen war.²⁸ Die Leistungspflicht entfiel nach dieser Lesart nicht wegen Unmöglichkeit oder Unvermögen, sondern (wie die Schadensersatzpflicht) nur bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit bzw. nicht zu vertretendem Unvermögen. Für das Problem der Leistungserschwerung²⁹ ergibt sich daraus eine (scheinbar) klare Lösung: Was der Schuldner an Anstrengungen zur Befriedigung des Gläu-

22 BGH ZIP 1990, 1483, 1484.

23 BGHZ 62, 388, 390 f.; BGH NJW 1988, 699 f.

24 BAG NJW 1983, 2782, 2784 („Pflichtenkollision“).

25 BGH NJW 1984, 1746, 1747; dazu *Schmidt-Recla* FS Laufs, S. 641, 652 ff.

26 Das gilt im Grundsatz auch für § 275 Abs. 3 BGB (Rn. 31 ff.) und § 313 BGB (§ 6 Rn. 20 f.).

27 Kritisch *Huber* Leistungsstörungen II, § 58 I 5, S. 785; *Stoll* FS W. Lorenz (80. Geburtstag), S. 289 ff.

28 Die wohl herrschende Meinung hat sich diese Sicht freilich nie zu eigen gemacht, sondern § 275 BGB a.F. korrigierend gelesen (*Fikentscher* SchuldR, 9. Aufl., Rn. 337; *Medicus* SchuldR AT, 12. Aufl., Rn. 388; *Medicus* Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Rn. 239, *Schlechtriem* SchuldR AT, 4. Aufl., Rn. 293; *Stoll* FS W. Lorenz (80. Geburtstag), S. 287, 288 f.) und damit der jetzigen Regelung den Boden bereitet.

29 Zum Begriff § 5 Rn. 1 ff.

bigers zu unternehmen hat, wird für Leistungspflicht und Haftung einheitlich beschrieben, und zwar durch das „Vertretenmüssen“.³⁰ Zu vertretende Leistungshindernisse sind zu überwinden, nicht zu vertretende nicht. In einem Beispiel:³¹ Jemand verkauft in Bonn ein Auto, welches vor der Übergabe gestohlen und später (im Vorderen Orient, in Neapel, Mailand, Frankfurt oder Koblenz) wieder aufgefunden wird. Über die Pflicht zur Übereignung entscheidet nach dieser Betrachtungsweise, ob der Verkäufer den Diebstahl zu vertreten hat. Hat er ihn nicht zu vertreten, wird er von der Leistung frei. Konsequenz umzusetzen müssten selbst kleinste Erschwernisse, geringste Abweichungen der Leistungswirklichkeit von den Planungen des Schuldners zur Befreiung des Schuldners führen, wenn er sie nicht fahrlässig herbeigeführt oder unbedacht gelassen hat (im Beispiel also Befreiung auch dann, wenn das Fahrzeug in Köln wieder auftaucht und der Schuldner lediglich den Transport Köln – Bonn auf sich zu nehmen hätte).³² Risiken der Erbringbarkeit der Leistung (= Hindernisse, die nicht vom Schuldner fahrlässig verursacht wurden bzw. nicht fahrlässig übersehen wurden) trüge nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger.³³

Diese strenge Parallelität von Leistungs- und Schadensersatzpflicht beruht 8 auf der Annahme, Primärleistungspflicht und Schadensersatzpflicht seien zwei Seiten ein und derselben Pflicht („**Einheit der Obligation**“), seien zwei Weisen der Befriedigung des Leistungsinteresses.³⁴ Das wiederum setzt voraus, dass man beide Pflichteninhalte derselben Quelle entspringen lässt: entweder dem Leistungsversprechen des Schuldners, indem man annimmt, dieser verspreche nicht nur die Primärleistung, sondern (hilfsweise) auch den Schadensersatz statt der Leistung;³⁵ oder dem Gesetz, indem man nicht nur den Schadensersatzanspruch, sondern auch den Leistungsanspruch als gesetzliche Sanktionie-

³⁰ Zum alten Recht insbes. *Jakobs* Unmöglichkeit, S. 80 f. und durchgehend; *Neumann* Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, S. 44 ff.; für das neue Recht – auf anderer dogmatischer Grundlage – als Zweifelsregel *Lobinger* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 212 f.; s. auch *Picker* JZ 2003, 1035 ff.; *ders.* FS Konzen, S. 687 ff.

³¹ Von *Jakobs* Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 43 f.; zu diesem Beispiel aus der Perspektive des § 275 BGB n.F. *Canaris* JZ 2004, 214 ff.; krit. *Picker* JZ 2003, 1035 ff.

³² Dieses wenig überzeugende Ergebnis verhindert *Jakobs* damit, dass er geringfügige Erschwernisse für unerheblich erklärt (*ders.* Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 43); konsequent aber gegen jede Erschwerung *Huber* Leistungsstörungen I, § 4 III 4c, S. 120; dagegen zutr. *Canaris* JZ 2004, 214, 222.

³³ Ausdrücklich *Huber* Leistungsstörungen II, § 60 III, S. 837 m.w.N. (zum vormaligen Recht).

³⁴ Von der Einheit der Obligation in entgegengesetzte Richtung – vom Inhalt der Leistungspflicht auf den Inhalt der Schadensersatzpflicht – schließend *Sutschet* Garantiehaftung, S. 83 ff., 249 ff.; dazu noch § 18 Rn. 19.

³⁵ So z.B. *Huber* in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 31, 82 f.; in abgemilderter Form MünchKomm/Ernst BGB, 7. Aufl., § 275 Rn. 5, 69.