

JOSEF WITTMANN

Vertrauen und Vertrag

Studien zum Privatrecht

105

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 105



Josef Wittmann

Vertrauen und Vertrag

Risikozuweisung bei anfänglicher
Unmöglichkeit

Mohr Siebeck

Josef Wittmann, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg, Washington D.C. und Regensburg; Akademischer Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg sowie am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München; Referendariat am Landgericht München I; Rechtsanwalt in München; 2021 Promotion; seit 2022 Habilitand am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.
orcid.org/0000-0003-2750-3372

ISBN 978-3-16-161296-1 / eISBN 978-3-16-161297-8
DOI 10.1628/978-3-16-161297-8

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Laupp & Göbel auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Oktober 2021 berücksichtigt.

Das Manuskript entstand während meiner Assistententätigkeit am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht sowie, ab Februar 2018, an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Zahlreiche Kollegen, Freunde und Förderer haben zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Betreut wurde die Arbeit durch meinen verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer. Ihm danke ich für die Anregung, die gewährten wissenschaftlichen Freiheiten sowie die stetige Förderung, die er mir seit Studententagen zukommen lässt. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Marc-Philippe Weller für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie den regen Ideenaustausch am hiesigen Institut. Herrn Prof. Dr. Thomas Lobinger danke ich für die Übernahme des Vorsitzes in der mündlichen Prüfung sowie für seine kritischen Hinweise zu Beginn des Vorhabens. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Rüdiger Veil für die Aufnahme an seinem Münchener Lehrstuhl in der Endphase der Manuskripterstellung. Das inspirierende Umfeld hat mir die Fertigstellung der Arbeit sehr erleichtert. Der Hanns-Seidel-Stiftung und im Besonderen Herrn Prof. Hans-Peter Niedermeier danke ich für die materielle und ideelle Förderung während meiner Studien- und Promotionszeit. Dank gilt zudem meinen zahlreichen Weggefährten aus meiner Assistentenzeit in Heidelberg und München, die im Wege zahlreicher Diskussionen ihren Beitrag zur Arbeit geleistet haben.

Der größte Dank gebührt meinen lieben Eltern, die mich auf meinem bisherigen Lebensweg auf jede erdenkliche Weise und mit größtem Verständnis unterstützt haben. Ohne sie wäre vieles nicht möglich gewesen. Meiner Frau Elena danke ich für ihre Geduld und vorbehaltlose Unterstützung bei all meinen Vorhaben. Danken möchte ich auch meinem Bruder, der mir ebenso ein steter Rückhalt ist. Gewidmet ist diese Arbeit meiner Großmutter, Frau Maria Meier. Ihr soll die Arbeit ein ehrendes Andenken bewahren.

Heidelberg, im Januar 2022

Josef Wittmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
<i>A. Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit zwischen Verschuldens- und Garantieprinzip</i>	1
<i>B. Ziel der Untersuchung</i>	2
<i>C. Untersuchungsgang und Methode</i>	4
Historische Einführung	7
<i>A. Die anfängliche Unmöglichkeit im römischen Recht</i>	7
<i>B. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis</i>	8
<i>C. Die Rechtslage nach altem Schuldrecht</i>	9
<i>D. Die Schuldrechtsmodernisierung</i>	10
Erstes Kapitel: Forschungsstand und Defizite der derzeitigen Dogmatik	13
<i>A. Kritik an der neuen Vorschrift des § 311a Abs. 2 BGB</i>	13
<i>B. Die Gesetzesbegründung</i>	14
<i>C. Die Auffassung Canaris'</i>	19
<i>D. Weitere Einordnungsversuche in der Literatur</i>	29

Zweites Kapitel: Die Haftung für anfängliche Unmöglichkeit als Vertrauenshaftung (Theoriebildung)	33
<i>A. Das vertrauensbasierte Haftungskonzept Stolls und Wiedemanns</i>	33
<i>B. Vertrauenshaftung bei Nichterfüllung im Lichte der Gesetzessystematik</i>	36
<i>C. Vertrauen und Vertrag</i>	43
<i>D. Einwände gegen die Theorie einer vertragsrechtlichen Vertrauenshaftung</i>	61
<i>E. Die Überlegenheit der Vertrauentheorie gegenüber der Garantietheorie</i>	78
 Drittes Kapitel: Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit	 83
<i>A. Begriff der Risikozuweisung und Methode</i>	83
<i>B. Das Verschuldenselement in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB</i>	84
<i>C. Die alleinige oder weit überwiegende Gläubigerverantwortlichkeit für anfängliche Leistungshindernisse</i>	103
<i>D. Die beiderseits zu vertretende anfängliche Unmöglichkeit</i>	122
<i>E. Keine analoge Anwendung des § 122 BGB bei keinerseits zu vertretender Unmöglichkeit</i>	150
<i>F. Vertragliche Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit</i>	151
 Zusammenfassung in Thesen	 159
 Literaturverzeichnis	 165
 Sachregister	 177

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
<i>A. Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit zwischen Verschuldens- und Garantieprinzip</i>	1
<i>B. Ziel der Untersuchung</i>	2
<i>C. Untersuchungsgang und Methode</i>	4
Historische Einführung	7
<i>A. Die anfängliche Unmöglichkeit im römischen Recht</i>	7
<i>B. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis</i>	8
<i>C. Die Rechtslage nach altem Schuldrecht</i>	9
<i>D. Die Schuldrechtsmodernisierung</i>	10
Erstes Kapitel: Forschungsstand und Defizite der derzeitigen Dogmatik	13
<i>A. Kritik an der neuen Vorschrift des § 311a Abs. 2 BGB</i>	13
<i>B. Die Gesetzesbegründung</i>	14
I. Abstraktion von Verschulden und Haftungsgrund	14
II. Verschulden und Haftungsgrund	15
1. Das rechtsethische Fundament der Verschuldenshaftung: Selbstverantwortung – Sanktion – Restitution	15
2. Das Verschuldensprinzip im Leistungsstörungenrecht des BGB	17
III. Die Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB im Lichte des Verschuldensprinzips	17

C. <i>Die Auffassung Canaris'</i>	19
I. Haftung aus der Garantie	19
II. Der unzureichende Rekurs auf den Parteiwillen	20
III. Der „hypothetische“ oder „typische Parteiwille“	22
1. Die willensexklusive Deutung der Vertragspflichten in der Tradition Savignys	22
2. Keine Übertragbarkeit der Figur des „typischen Parteiwillens“ auf die Sekundärhaftung in ihrer heutigen Gesetzesform	24
3. Typischer Parteiwille zumeist nicht existent	24
IV. Mangelnde Systemkonformität der Garantietheorie	26
1. Konsensprinzip und Garantiehftung	26
a) Das Konsensprinzip	26
b) Die Haftung aus dem Leistungsversprechen im Lichte des Konsensprinzips	27
2. Verschuldensprinzip und Garantiehftung	28
D. <i>Weitere Einordnungsversuche in der Literatur</i>	29
I. „Haftung für eine schuldhaft zu geringe Festlegung der Verpflichtungsgrenze“	29
II. Der Ansatz Cekovic-Vuletics	31
 Zweites Kapitel: Die Haftung für anfängliche Unmöglichkeit als Vertrauenshaftung (Theoriebildung)	 33
A. <i>Das vertrauensbasierte Haftungskonzept Stolls und Wiedemanns</i>	33
I. Der Ersatz frustrierter Aufwendungen als Ausgangspunkt der Theoriebildung	33
II. Erfüllungshaftung als Vertrauensentsprechung	35
B. <i>Vertrauenshaftung bei Nichterfüllung im Lichte der Gesetzessystematik</i>	36
I. Die Haftung bei Nichterfüllung als Ausfluss rechtsgeschäftlicher Bindung?	36
II. Die Vertragsbindung: Naturalerfüllung und Sekundärhaftung	38
1. Die Einheit der Obligation im Bürgerlichen Recht alter Fassung (BGB 1896)	38
2. Kritik	39
a) Die materialen Rechtgründe der Vertragsbindung	39
b) Das Privatrecht als Rechtszuweisungsordnung	39
3. Die Schuldrechtsreform	41
a) Das Ende der Unmöglichkeit als umfassender Befreiungstatbestand	41
b) Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt	41

III. Zwischenergebnis	42
C. <i>Vertrauen und Vertrag</i>	43
I. Der Vertrag als Vertrauenstatbestand: Abgrenzung und Präzisierung	43
1. Vertrauen als Ansatzpunkt in der Rechtsgeschäftslehre	44
2. Emanzipation von der Vorstellung eines „Leistungsversprechens“	44
II. Vertrauensrechtfertigung	45
1. Der Leistungsanspruch als Rechtfertigungsgrund	45
2. Die Pflicht zur Vertragszweckrealisierung als Grundlage der Erfüllungserwartung	46
a) Die Leistungstreuepflichten	46
b) Die Paarformel Treu und Glauben	48
c) Synthese: Die Erfüllungserwartung als das Vertrauen auf ein erfüllungsförderliches Verhalten	49
III. Die Leistungstreuepflicht und anfängliche Leistungshindernisse	50
1. Informations- und Mitwirkungspflichten vor Vertragsschluss	50
a) Informationspflichten	50
b) Mitwirkungspflichten	52
2. Der institutionelle Schutz der Vertragsdurchführung als einheitliche Grundlage der Leistungstreuepflichten	53
IV. Bestimmung der Erfüllungserwartung entlang der Leistungstreuepflicht	56
V. Die verfehlte Heranziehung der Lehre von der Haftung aus culpa in contrahendo	59
D. <i>Einwände gegen die Theorie einer vertragsrechtlichen Vertrauenshaftung</i>	61
I. § 242 BGB als dogmatische Grundlage der vertragsrechtlichen Sekundärhaftung	61
1. § 242 BGB als „Grundnorm“ des Vertragsrechts	61
2. Der Grundsatz von Treu und Glauben – eine Leerformel? ...	62
3. Stellungnahme: § 242 BGB im Kontext des neuen (und alten) Schuldrechts	63
II. Die Ubiquität des Vertrauensmoments	65
III. Die vermeintliche Singularität der Vertrauenshaftung im Leistungsstörungsrecht	67
1. Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit nach § 307 BGB a.F.	68
2. Die Haftung bei anfänglichem Unvermögen vor der Schuldrechtsreform	71

a)	Haftung für anfängliches Unvermögen als ungeklärte Problematik des alten Schuldrechts	71
b)	Die Schwächen des garantiebasierten Ansatzes	72
c)	Die Haftung für anfängliches Unvermögen als Vertrauenshaftung	72
d)	Die Haftung bei anfänglichem Unvermögen und § 307 BGB a.F.	73
3.	Vertrauenshaftungselemente im modernisierten Leistungsstörungenrecht: Der Aufwendungsersatz gemäß § 284 BGB	74
a)	Entstehungshintergrund	74
b)	§ 284 BGB als eigenständige Vertrauenshaftungsvorschrift	76
c)	Der Vertrag als Vertrauenstatbestand	77
4.	Synthese	77
E.	<i>Die Überlegenheit der Vertrauens Theorie gegenüber der Garantietheorie</i>	78
I.	Wirklichkeitsbezug	78
II.	Theoriewert für die praktische Rechtsanwendung	80
	Drittes Kapitel: Risiko zuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit	83
A.	<i>Begriff der Risiko zuweisung und Methode</i>	83
B.	<i>Das Verschuldenselement in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB</i>	84
I.	Das Pflichtenprogramm des Schuldners	84
II.	Abgrenzung zur Fallgruppe der vorvertraglichen Informationshaftung	84
III.	Theoriegeleitete Auslegung	85
1.	Haftungsgrund und Pflichteninhalt	85
2.	Die rechtsökonomischen Grundlagen der Vertrauenshaftung: Effiziente Zuweisung der Informationsverantwortung	86
IV.	Das Kenntniserfordernis	87
V.	Das Erfordernis des Kennenmüssens	87
1.	Die Risikotheorie als Argumentationstopoi	88
2.	Die Schuldnersphäre	89
3.	Informationszuständigkeit des Schuldners für seinen Planungsbereich	91
4.	Erkennbarkeit des Leistungshindernisses	93
a)	Erkennbarkeit im absoluten Sinne (Faktische Erkennbarkeit)	93

b)	Erkennbarkeit unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten	94
c)	Erkennbarkeit als notwendiges Kriterium einer verschuldensabhängigen Haftung	96
5.	Sonderwissen und Sonderkönnen	97
6.	Vorhersehbarkeit	98
7.	Zwischenergebnis	99
VI.	Anwendung des vorgenannten Verschuldensmaßstabs durch die Rechtsprechung	99
1.	Zuweisung der Informationsverantwortung anhand des Sphärengedankens	99
2.	Informationsverantwortung im Planungsbereich des Schuldners	101
3.	Fazit	102
C.	<i>Die alleinige oder weit überwiegende Gläubigerverantwortlichkeit für anfängliche Leistungshindernisse</i>	103
I.	Abkehr von einer einheitlichen Regelung	103
II.	Die Gläubigerverantwortlichkeit als Konkurrenzproblematik	103
III.	Die Rechtsnatur des § 326 Abs. 2 S. 1 BGB: Schutz des Gegenleistungsinteresses und Verantwortlichkeit des Gläubigers für die Vertragsdurchführung	105
1.	Das Gegenleistungsinteresse des Schuldners	105
2.	Verantwortlichkeit des Gläubigers im Allgemeinen	106
a)	Die Vorschriften des Annahmeverzugs	106
b)	Gläubigerpflicht zu leistungsförderlichem Verhalten	107
c)	Die Obliegenheitsthese	108
d)	Zur scheinbaren Abgeschlossenheit der Vorschriften über den Annahmeverzug	109
e)	(Nochmals) zum Interesse des Schuldners an der Leistungserbringung	110
f)	Synthese: Annahme und leistungsförderliches Verhalten als Leistungstreuepflichten	112
g)	Die Rechtsprechung des BGH	113
3.	Gläubigerverantwortlichkeit i.S.v. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB in Unmöglichkeitfällen	115
a)	Nachträgliche Unmöglichkeit	116
b)	Anfängliche Unmöglichkeit	117
IV.	Reichweite der Informationsverantwortung des Gläubigers	119
1.	Sphärenverantwortlichkeit des Gläubigers	120
2.	Verantwortlichkeit des Gläubigers für seinen Planungsbereich	121
3.	Erkennbarkeit	122

D. Die beiderseits zu vertretende anfängliche Unmöglichkeit	122
I. Haftungsausschluss nach altem Schuldrecht und derzeitiger Streitstand	123
II. Relevanz der Fallgruppe	123
1. Ausgangspunkt: Informationslastverteilung nach Sphären- und Planungsbereichen	124
2. „Entweder oder“-Lösung als Konsequenz einer vertrauensschutzbasierten Haftungskonzeption	124
3. Beiderseits zu vertretende anfängliche Unmöglichkeit bei Kenntnis des eigentlich Aufzuklärenden?	125
4. Leistungshindernisse universaler Dimension	126
a) Vorhersehbare Wetterphänomene und Naturkatastrophen	127
b) Sozialkatastrophen	127
c) Leistungshindernisse hoheitlicher Natur	128
aa) Öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen	128
bb) Verbotsgesetze	129
d) Zwischenergebnis	130
III. Die Anwendbarkeit des § 254 Abs. 1 BGB	130
1. Grundstruktur des § 254 Abs. 1 BGB	130
2. Unvereinbarkeit der Haftungskürzung mit dem Normzweck	131
3. Die Unvereinbarkeitsthese im Lichte der BGH-Judikatur ...	132
4. Der verfehlt Verweis auf die Gesetzesbegründung	133
5. Zwischenergebnis und weitere Anwendbarkeit der Schadensminderungspflicht	134
IV. Rechtsfortbildung secundum legem: Die beiderseits zu vertretende anfängliche Unmöglichkeit als Geschäftsgrundlagenstörung	135
1. Die Rechtsprechung zum beiderseitigen Motivirrtum als Ansatzpunkt	135
2. Wesensverschiedenheit von Unmöglichkeit und Grundlagenstörung?	139
3. Die Subsidiarität der Geschäftsgrundlagenlehre	141
4. Rechtsfolgen des Fehlens der Geschäftsgrundlage	143
a) Vertragsanpassung	143
b) Anpassung auf Sekundärebene	145
aa) Wandlung der Naturalleistungspflicht in der Rechtsprechung und dogmatische Begründung Schollmeyers	145
bb) Schadensteilung infolge Grundlagenstörung	148
cc) Zur Auslegung des § 313 Abs. 1 BGB	149
V. Fazit	149

<i>E. Keine analoge Anwendung des § 122 BGB bei keinerseits zu vertretender Unmöglichkeit</i>	150
<i>F. Vertragliche Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit</i>	151
I. Abdingbarkeit der §§ 311a Abs. 2, 326 Abs. 2 S. 1 BGB	151
II. Haftungserweiterung durch Garantieübernahme	152
III. Sonderkonstellationen	153
1. Risikoverträge	153
2. Absurde Verträge	154
a) Vereinbarung bloß scheinbarer Magie	154
b) Vereinbarung „echter“ Magie	155
aa) Beiderseitige Kenntnis der naturgesetzlichen Unmöglichkeit	155
bb) Einseitige Kenntnis der naturgesetzlichen Unmöglichkeit	156
cc) Beiderseitige Unkenntnis von der naturgesetzlichen Unmöglichkeit	157
 Zusammenfassung in Thesen	 159
Literaturverzeichnis	165
Sachregister	177

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
AT	Allgemeiner Teil
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG GS	Bundesarbeitsgericht Großer Senat
BauR	Baurecht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-KE	BGB-Kommissionsentwurf
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
Co.	Company
Corp.	Corporation
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dr.	Doktor
ebd.	ebenda
Kap.	Kapitel
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz

GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GS	Gedächtnisschrift
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.e.	id est
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinn
Inc.	Incorporated
Inst.	Institutiones
i.S.v.	im Sinne von
i.S.d.	im Sinne der/des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbJZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
Jher. Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPK	juris PraxisKommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
krit.	kritisch
LG	Landgericht
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Ltd.	Limited
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchKomm	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
Prof.	Professor
RG	Reichsgericht
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite/Siehe
SeuffA	Seufferts Archiv
sog.	sogenannte/r
u.a.	unter anderem
UN	Vereinte Nationen
Urt.	Urteil
US	United States
v.	versus
Verf.	Verfasser

VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
2d Circ.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
7th Circ.	United States Court of Appeals for the Seventh Circuit

Einleitung

A. Die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit zwischen Verschuldens- und Garantieprinzip

„Die Rechtsordnungen stehen in prinzipiellem Gegensatz, je nachdem ob sie vom Verschuldensprinzip beherrscht sind – Mustertyp: das deutsche BGB – oder ob sie den Schuldner aus der Nichterfüllung als solcher haften lassen [...] – wie das englische Recht, wo der Schuldner von jeher als Garant des Versprechens aufgefasst wird“.¹

Dieses Zitat *Rabels* beansprucht auch mehr als achtzig Jahre nach seiner Veröffentlichung grundsätzliche Gültigkeit. Gehaftet wird nach den §§ 280 ff. BGB wegen schuldhafter Pflichtverletzung. Im Streben nach einer umfassenden Vereinheitlichung des Leistungsstörungsrechts im Wege der Schuldrechtsmodernisierung sollte auch die zuvor von Garantieelementen durchwachsene Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit vollends dem Verschuldensprinzip unterworfen werden.² Umso bemerkenswerter ist daher das Resultat des Reformvorhabens. Zwar wurde das Verschulden durch Anknüpfung an eine vorvertragliche Informationspflichtverletzung in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB zur einheitlichen Haftungsvoraussetzung. Doch bildet jenes Verschuldenselement ausweislich der Entwurfsbegründung keineswegs den Haftungsgrund des § 311a Abs. 2 BGB. Die Haftung folge vielmehr aus der Nichterfüllung des vertraglichen Leistungsversprechens³ und stellt nach den obigen Worten *Rabels* damit den genauen Gegensatz einer vom Verschuldensprinzip beherrschten Haftung dar.

Den Hintergrund vorgenannter Antinomie in der Entwurfsbegründung offenbart deren weitere Lektüre. Demnach sei die in § 311a Abs. 2 BGB vorgenommene Sonderanknüpfung an die Nichterfüllung erforderlich, „weil sich aus der Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht nach den

¹ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs I, S. 329.

² So heißt es in der Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 165, dass „das Garantieprinzip zu Ergebnissen führt, die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keinesfalls zu überzeugen vermögen, während sich das Verschuldensprinzip sowohl durch höhere rechtsethische Überzeugungskraft als auch durch größere Flexibilität auszeichnet“. Auch *Canaris*, JZ 2001, S. 499, 506, betonte, dass man mit der Schaffung des § 311a BGB zum Verschuldensprinzip habe übergehen wollen.

³ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, JZ 2001, S. 499, 507.

allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts nun einmal grundsätzlich nur ein Anspruch auf das negative Interesse ergibt, wohingegen der Entwurf einen Anspruch auf das positive Interesse als die angemessene Rechtsfolge ansieht.“⁴ Angemessen sei der Anspruch auf das positive Interesse vor allem wegen der dadurch erzielten Entsprechung der Rechtsfolgen bei anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit. Der oftmals zufällige Zeitpunkt des Unmöglichwerdens der Leistung sollte nicht über die Reichweite der Haftung entscheiden.⁵

Dem vorgebrachten Erwägungsgrund mag eine natürliche Überzeugungskraft innewohnen. Doch fehlt es bis heute an einem tauglichen Theorievorschlag, der die Kombination aus vorvertraglicher Informationspflichtverletzung auf Tatbestandsseite und Haftung auf das Erfüllungsinteresse auf Rechtsfolgenseite unter einem einheitlichen Haftungskonzept zusammenführt. Die Rede ist von einer „merkwürdige[n] Melange aus Garantieverprechen und vorvertraglichem Verschulden“, der eine „etwas gewundene und wunderliche Konstruktion“⁶ zu Grunde liegt.⁷

B. Ziel der Untersuchung

Ziel dieser Untersuchung ist die rationale Begründung der Haftungsanordnung aus § 311a Abs. 2 BGB anhand eines materiellen Rechtsprinzips. Zuvorderst gilt es hierzu die gegenwärtige Hegemonie von Verschuldens- und Garantieprinzip als alleinige Begründungsansätze der Haftung bei Nichterfüllung zu durchbrechen. Die Defizite der bislang vorgebrachten Begründungsversuche zur reformierten Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit bestehen vor allem darin, dass sie in § 311a Abs. 2 BGB – wenn auch in modifizierter Form – stets eine Verschuldens- oder Garantiehaftung erkennen wollen, ohne dabei Haftungsvoraussetzungen und Rechtsfolge konzeptionell in Einklang zu bringen. So handele es sich bei § 311a Abs. 2 BGB um eine „Garantiehaftung mit Entlastungsmöglichkeit“⁸, eine „bedingte Garantiehaftung“⁹ oder gar eine „Kombination von Garantie- und Verschuldenshaftung“¹⁰. Dabei liefern jene Befunde keine echte dogmatische Begründung

⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, FS Heldrich (2005), S. 11, 20; *Grigoleit*, FS Köhler (2014), S. 183, 185.

⁶ *Olshausen*, ZIP 2002, S. 237, 239.

⁷ Vgl. auch *Windel*, JR 2004, S. 265, der seinen Systematisierungsversuch mit einem Vers aus *Richard Wagners Rheingold* einleitet: „Was nie sich fügt, was nie gelingt.“

⁸ *Wallow*, Risikozuweisung und Vertragshaftung, S. 423.

⁹ *Harke*, AcP 205 (2005), S. 67, 83 f.

¹⁰ *Schapp*, FS Kollhoser (2004), S. 619, 623; *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3, 12 f.: Norm mit „hybrider Struktur“.

der Haftungsanordnung, sondern erfassen die Diskrepanz zwischen vorvertraglichem Informationsverschulden und Haftung auf das Erfüllungsinteresse rein deskriptiv.

Die Literaturdurchsicht nach Theorien, welche eine wissenschaftliche Fundierung der Haftung bei Nichterfüllung für sich in Anspruch nehmen, bringt indes ein recht überschaubares Ergebnis zutage. Gleichwohl lässt sich neben Verschuldens- und Garantietheorie ein Erklärungsansatz ausmachen, der in der Diskussion um § 311a Abs. 2 BGB bislang noch keine Berücksichtigung fand: die Theorie einer Vertrauenshaftung bei Nichterfüllung. Nach diesem von *Stoll* und *Wiedemann* entwickelten Haftungskonzept folgt die Haftung in Richtung des Erfüllungsinteresses weder unmittelbar aus dem Leistungsversprechen des Schuldners (wie nach dem Garantieprinzip) noch aus einer schuldhaften Pflichtverletzung (wie nach dem Verschuldensprinzip). Der Grund der Haftung liegt vielmehr im enttäuschten Vertrauen des Gläubigers auf den Erhalt der Leistung.¹¹

Der Vertrauensgedanke ist dem bisherigen Diskurs nicht gänzlich neu. Etwa spricht *Grigoleit* in einem einschlägigen Festschriftenbeitrag von der „grundsätzlichen Schutzwürdigkeit des Gläubigers hinsichtlich seiner Vertragserwartung“.¹² *Brieskorn* meint, es handle sich bei § 311a Abs. 2 BGB um eine „Vertrauenshaftung, die allerdings schwer einzuordnen ist“.¹³ Nach *Harke* bezweckt die Haftung aus § 311a Abs. 2 BGB den Schutz der Erwartungen des Käufers.¹⁴ Jene Stimmen beschränken sich aber auf eine bloß beiläufige Bezugnahme auf den Vertrauensgedanken und sehen die Gläubigererwartung zum Teil in der Garantiefunktion des Vertrages begründet¹⁵ – ohne aber dem Vertrauen eine eigene haftungsbegründende Funktion beizumessen.

Die vorliegende Arbeit erhebt das Vertrauen zum haftungsbegründenden Moment des deutschen Leistungsstörungenrechts und weist nach, dass im Zuge der Schuldrechtsreform die Vertrauenshaftung als zweite Spur der Sekundärhaftung neben die Haftung für Verschulden getreten ist. Rechtspraktisch ergibt sich die Schutzwürdigkeit der durch den Vertragsschluss ausgelösten Erfüllungserwartung aus dem Gedanken der vom Recht zu gewährenden Verkehrssicherheit als eine der Grundbedingungen unserer arbeitsteili-

¹¹ *Stoll*, JZ 1987, S. 517, 518 f.; *ders.*, FS Neumayer (1997), S. 313, 325 ff.; *ders.*, FS Duden (1977) S. 641, 642; *Wiedemann*, in: Soergel, 12. Aufl. 1990, Vor § 275 Rn. 56 ff.; *ders./G. Müller*, JZ 1992, S. 467, 468 ff.

¹² *Grigoleit*, FS Köhler (2014), S. 183, 185.

¹³ *Brieskorn*, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 49.

¹⁴ *Harke*, AcP 205 (2005), S. 67, 85, 91.

¹⁵ *Brieskorn*, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 49: „Garantiefunktion der Vertragshaftung“; *Harke*, AcP 205 (2005), S. 67, 85 f., geht von einer (heteronom begründeten) Garantiefunktion aus.

gen Wirtschaftswelt.¹⁶ Es ist erst das durch die Vertragsbindung erzeugte Vertrauen, das den freien Güter- und Warenverkehr in seinen heutigen Erscheinungsformen ermöglicht,¹⁷ was sich in besonders drastischer Form am Beispiel gängiger Kooperationsmodelle wie dem Streckengeschäft zeigt. Denn wer würde guten Gewissens über einen Gegenstand, den er noch nicht in den Händen hält, weiter disponieren, wenn zum einen die Lieferung und zum anderen die Kaufpreiszahlung aus dem Weiterverkauf ungewiss sind. *Jhering* formulierte die Konsequenzen fehlenden Vertrauens auf die erfolgreiche Vertragsabwicklung wie folgt:

„Das Darlehn [würde] im Geschäftsverkehr so gut wie beseitigt sein, nur dem Freund würde man dann noch Geld leihen; Dienstvertrag und Miethe wären von der Liste der Verträge gestrichen, denn wer würde thöricht genug sein, seine Dienste zu leisten oder dem Andern den Gebrauch seiner Sache einzuräumen, wenn er nicht sicher wäre, dass er den Lohn und Miethzins erhielte? Wer thöricht genug, letzteren im voraus zu entrichten, wenn er gewärtigen müsste, dass die versprochene Gegenleistung ausbliebe? Nur Kauf und Tausch würden noch möglich sein in der äußerst beengenden Form der Erfüllung Zug um Zug.“¹⁸

Damit wird deutlich: Die Vertragsbindung und das hierdurch erzeugte Vertrauen bilden die wesentlichen Grundbedingungen unseres liberalen Wirtschaftssystems,¹⁹ welches verfassungsrechtlich durch die Garantie des Privateigentums, der Vertragsfreiheit und der Berufsfreiheit ausgestaltet wird. Hieraus erwächst zugleich die gemeinhin anerkannte Ordnungsfunktion²⁰ des Staates gerichtet auf die Sicherung der marktwirtschaftlichen Grundlagen, denen – wie ausgeführt – auch die auf dem Vertrag gründende Erfüllungserwartung zuzuordnen ist.

C. Untersuchungsgang und Methode

Das Vorhaben, der Haftung aus § 311a Abs. 2 BGB eine dogmatische Begründung zuzuführen, findet freilich nur dann seine Berechtigung, wenn die bereits formulierten Theorien zur Haftungsstruktur des § 311a Abs. 2 BGB eine nachvollziehbare Benennung der materiellen Wertungen missen lassen. Nach einer kurzen *historischen Einführung* werden daher im *Ersten Kapitel* bestehende Theorieansätze auf ihren Wirklichkeitsbezug, ihren Erklärungs-

¹⁶ Vgl. *Larenz*, Richtiges Recht, S. 80 f.

¹⁷ Vgl. *Weller*, Die Vertragstreue, S. 279 f. m.w.N. (Fn. 46).

¹⁸ *Jhering*, Der Zweck im Recht I, S. 264; hierauf gleichfalls bezugnehmend: *Weller*, Die Vertragstreue, S. 280.

¹⁹ Dazu *Larenz*, Richtiges Recht, S. 80 f.

²⁰ Hierzu *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 415, der die generelle Sicherungs- und Ordnungsfunktion des Rechts scharf von der „echten“ Vertrauenshaftung abgrenzt.

wert sowie ihre Systemkonformität hin überprüft und deren Defizite aufgezeigt.

Zur Formulierung einer eigenen Haftungstheorie im *Zweiten Kapitel* wird zunächst deduktiv vorgegangen. Im zivilistischen Schrifttum finden sich längst umfassende Untersuchungen zur Vertrauenshaftung, die eine dogmatische Präzisierung derselben zum Gegenstand haben. Die Subsumtion unter die hierbei herausgearbeiteten Grundsätze bildet den Ausgangspunkt für eine Neuinterpretation der Haftungsanordnung aus § 311a Abs. 2 BGB.

Daneben wird die Theoriebildung um einen induktiven Ansatz ergänzt. Es gilt, das Gesamtsystem des Leistungsstörungenrechts in den Blick zu nehmen. Dieses ist ausweislich der §§ 280 ff. BGB grundsätzlich vom Verschuldensprinzip beherrscht, weshalb eine allein auf § 311a Abs. 2 BGB beschränkte Haftungstheorie allzu schnell dem Vorwurf der Singularität oder des Systembruchs ausgesetzt wäre.²¹ Die Untersuchung steht so vor der Herausforderung, neben vorgenannter Deduktion besagte Theorie aus der Summe der Rechtssätze des neuen wie alten Leistungsstörungenrechts zu induzieren.²² Methodisch erfolgt dies im Wege der Hermeneutik durch Einbeziehung der juristischen Schlussverfahren Interpretation, Begriffsbildung und systematischem Denken. Schlussendlich geht es um eine verbindliche, möglichst verallgemeinernde Beschreibung des geltenden Leistungsstörungenrechts.

Das *Dritte Kapitel* widmet sich der Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit. Es ist zu untersuchen, welcher Vertragspartner, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang den wirtschaftlichen Nachteil des anfänglichen Leistungshindernisses zu tragen hat,²³ wobei es maßgeblich auf die Auslegung der Verschuldensvoraussetzung in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB, die Anwendung der Vorschriften über die Gläubiger(mit-)verantwortung aus §§ 254, 326 Abs. 2 S. 1 BGB sowie die Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre ankommt. Den Ausgangspunkt jener Rechtsanwendung bilden die im *Zweiten Kapitel* gewonnenen Erkenntnisse über die dogmatische Struktur des § 311a BGB sowie die systematische Konzeption des Leistungsstörungenrechts. Der Wert juristischer Theorien erschöpft sich insoweit keineswegs in der rationalen Begründung und Systematisierung eines bestimmten Regelungskomplexes. Gelingt es, dem Gesetz die zugrundeliegenden Wertungszusammenhänge und leitenden Rechtsgedanken zu entnehmen, dann kann bei der Auslegung und Fortbildung des Gesetzes hierauf zurückgegriffen werden.²⁴ Auf diese Weise gelangt man zur Formulierung neuer Rechtssätze

²¹ So etwa bei *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 281 f.

²² Zur gegenläufigen Relation beider Ansätze: *Wagner*, JuS 1963, S. 457, 458.

²³ Zum Begriff der Risikozuweisung: *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 23; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 174.

²⁴ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 429; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, S. 56.

– sei es im Rahmen der Auslegung von geschriebenen Gesetzesnormen oder bei der Füllung von Gesetzeslücken anhand der gesetzlichen Wertungen.²⁵ Methodisch handelt es sich um theoriegeleitete Rechtsfindung.

²⁵ *Canaris*, JZ 1993, S. 377, 378.

Historische Einführung

A. Die anfängliche Unmöglichkeit im römischen Recht

Erste Erwähnung finden Fälle anfänglicher Unmöglichkeit in den Überlieferungen des *Celsus*. Nach dem Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio*¹ führte ein anfängliches Leistungshindernis grundsätzlich zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.² Die Grundüberlegung dieser Regelung lag darin, dass bei objektiver Unmöglichkeit die Leistung von niemandem erbracht werden kann, sodass die Rechtsordnung den Schuldner nicht an seiner Verpflichtung festhalten darf.³ Ein Fallbeispiel war etwa die Obligation zur Lieferung nicht-existenter Fantasiewesen, wie eines Hippozentauren.⁴

¹ *Celsus*, D 50, 17, 185.

² Die Regel galt ursprünglich nur für die auf eine bestimmte Sache (*certum*) gerichtete Stipulation. Die Stipulation war das mündliche, formgebundene, einseitige Leistungsversprechen eines Schuldgegenstandes (vgl. *Becker*, Absurde Verträge, S. 17; *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, S. 14). Gleiches galt insoweit aber auch für den Kauf (vgl. *Paulus* (5 Sab.) D 18, 1, 15).

³ So *Wolf*, in: *Soergel*, 12. Aufl. 1990, § 306 Rn. 1; *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, S. 86 f., sah den tieferen Grund für die Nichtigkeitsannahme im „aktsbezogenen Denken der Römer, die sich eine Auflösung der Diskrepanz zwischen rechtsgeschäftlicher Vereinbarung und Wirklichkeit nur in der Weise vorstellen konnten, dass der Akt unter diesen Voraussetzungen als nicht vorhanden angesehen werden musste.“ Die Nichtigkeit beruht demnach auf „der Divergenz zwischen Inhalt des Schuldversprechens und Wirklichkeit, die das Schuldversprechen unter jedem Aspekt sinnlos, absurd, *impossibilis* machte.“

⁴ Vgl. *Corpus Iuris*, Inst. 3, 19, 1: „Wenn sich dagegen jemand eine Sache versprechen lässt, die es in der Welt nicht mehr gibt oder die es überhaupt nicht geben kann, zum Beispiel den toten Stichus, den er am Leben glaubte, oder einen Hippozentauren, den es nicht geben kann, dann ist die Stipulation unwirksam.“ Ebenso *Gaius*, Inst. 3, 97a: „Wenn sich ferner jemand die Übereignung einer Sache, die es auf der Welt nicht geben kann (zum Beispiel einen Hippozentauren), versprechen lässt, so ist die Stipulation gleichermaßen unwirksam.“ Übersetzung jeweils zitiert aus: *Becker*, Absurde Verträge, S. 17, Fn. 45.

B. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis

Im Zuge der europaweiten Wiederentdeckung der römischen Rechtsquellen ab Beginn des zweiten Jahrtausends fand das römischrechtliche Nichtigkeitsdogma auch Eingang in das Gemeine Recht und schließlich in die deutschen Zivilrechtskodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts. Exemplarisch hierfür steht die Regelung über die anfängliche Unmöglichkeit im *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*.⁵ Das auch als „Baierisches Landrecht“ bezeichnete Gesetzeswerk gilt als „das älteste deutsche umfassende, das heißt in sich verständliche Privatrechtsgesetzbuch“⁶ und entspricht hinsichtlich der Behandlung der anfänglichen Unmöglichkeit der zeitgenössischen Dogmatik.⁷

In § 15 des Kapitels über die „Convention und den hieraus entspringenden Pflichten“ heißt es:

„[Es] kann über alle sowohl körperliche als unkörperliche, gegenwärtige und zukünftige Sachen pactirt werden, soweit sie nicht specialiter ausgenommen sind.“

Die Ausnahmen bestimmt sodann § 16:

„Die Convention hat in folgenden Sachen nicht statt: [...] In Sachen, welche Natura vel Lege impossibiles sind, das ist, solche Dinge, welche entweder gegen die Natur, oder gegen Ehrbarkeit, Gesetz und Ordnung, oder einem Dritten zur Präjudiz gehen.“

§ 15 sollte sich hierbei nicht in einem bloßen Bekenntnis zur Privatautonomie erschöpfen, sondern auch die Existenz des Vertragsgegenstands zum Gültigkeitserfordernis des Vertrages erheben.⁸ Die damit verbundene Fixierung auf den Schuldinhalt bildete gleichsam die Wurzel für die durch § 16 angeordnete Nichtigkeit des Vertrages über eine unmögliche Leistung. Denn war der geschuldete Erfolg unmöglich, war der Schuldinhalt gegenstandslos, sodass eine Verurteilung nicht stattfinden konnte. Die Nichtigkeitsanordnung des § 16 auf Grundlage der abschließenden Festlegung auf den Schuldinhalt beruhte damit ganz auf den römischrechtlichen Grundsätzen.⁹

⁵ Hierzu *Pöpperl*, Quellen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis.

⁶ *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtswentwicklung, 4. Aufl. 1985, S. 158.

⁷ *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, S. 93 f.; *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, S. 133.

⁸ *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, S. 93 f.

⁹ *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, S. 94.

C. Die Rechtslage nach altem Schuldrecht

In anhaltender römischrechtlicher Tradition wurde das Nichtigkeitsdogma zum Bestandteil unseres Bürgerlichen Gesetzbuches.¹⁰ § 306 BGB a.F. ordnete bei anfänglicher Unmöglichkeit die Nichtigkeit des Vertrags an.¹¹ Gemäß § 307 BGB a.F. musste derjenige, der die Möglichkeit kannte oder hätte kennen müssen, der anderen Partei ihren Vertrauensschaden ersetzen.

Die Regelung des § 306 BGB a.F. war eine der umstrittensten Normen des alten Schuldrechts.¹² Kritisiert wurde vor allem, dass sich die Nichtigkeitsfolge nicht überzeugend rechtfertigen ließe. Zwar sei richtig, dass die Annahme einer Primärpflicht mangels Erfüllbarkeit sinnlos ist. Jedoch hindere dies nicht daran, den Vertrag als wirksam anzusehen und den Schuldner – wie auch bei nachträglicher Unmöglichkeit gemäß §§ 323, 325 BGB a.F. – auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen.¹³ Als unbillig wurde zudem die uneinheitliche Behandlung von anfänglicher Unmöglichkeit und anfänglichem Unvermögen empfunden.¹⁴ Während die §§ 306 f. BGB a.F. nur für Fälle anfänglicher objektiver Unmöglichkeit Anwendung fanden,¹⁵ war das anfängliche Unvermögen überhaupt nicht einfachgesetzlich geregelt. Die herrschende Meinung sah in diesem Fall eine verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners auf das positive Interesse vor.¹⁶ Dies wurde damit begründet, dass der Schuldner mit der Abgabe des Leistungsversprechens zugleich stillschweigend eine Garantie für sein Leistungsvermögen übernahm.¹⁷

Den Bedenken des Schrifttums trug letztlich auch die Judikatur im Wege einer restriktiven Auslegung des § 306 BGB a.F. Rechnung. So bestand im Mietrecht eine Ausnahme von der Nichtigkeitsanordnung für den Fall anfänglicher unbehebbarer Mängel an der Mietsache.¹⁸ Eine weitere Ausnahme

¹⁰ Vgl. *Becker*, Absurde Verträge, S. 19; *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, S. 230. Eine umfassend historische Untersuchung des Nichtigkeitsdogmas findet sich bei *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit.

¹¹ § 306 BGB a.F. lautete: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.“

¹² *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs I, S. 121, sprach von einer historisch falschen Verallgemeinerung der römischen Stipulationslehre.

¹³ Vgl. *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, S. 230.

¹⁴ Vgl. *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs I, S. 37 f.; *Bach*, Leistungshindernisse, S. 230 f.

¹⁵ Dies ergab sich zwingend aus dem Wortlaut des § 306 BGB a.F. sowie dessen Ursprung im römischrechtlichen Nichtigkeitsdogma.

¹⁶ Für die herrschende Meinung BGHZ 110, 196 (199); BGH NJW 1983, 2873, 2874; BGH WM 1983, 841, 843; *Wolf*, in: *Soergel*, 12. Aufl. 1990, § 306 Rn. 25 f.

¹⁷ *Wolf*, in: *Soergel*, 12. Aufl. 1990, § 306 Rn. 25, *Wallow*, Risikozuweisung und Vertragshaftung, S. 20 m.w.N.

¹⁸ BGH NJW 1999, 635: Aus §§ 537, 538 BGB a.F. folgte der BGH, dass § 306 BGB nicht anwendbar ist, wenn das Fehlen des vereinbarten Zustands zugleich einen Sachman-

fand sich im Werkvertragsrecht für den Fall technischer Unmöglichkeit.¹⁹ Und auch im Kaufrecht bediente man sich in einer Vielzahl von Fällen der Annahme einer Garantie, um die Nichtigkeitsanordnung des § 306 BGB a.F. zu umgehen.²⁰ Die Mixtur aus fehlender dogmatischer Fundierung, restriktiver Anwendung durch die Gerichtspraxis sowie der Vielzahl ungeklärter Einzelprobleme²¹ bestätigte schlussendlich die Feststellung *Krückmanns*, § 306 BGB a.F. sei „praktisch und theoretisch nicht besseres wert, als möglichst unschädlich gemacht zu werden.“²²

D. Die Schuldrechtsmodernisierung

Der Diskurs mündete in der Schaffung des § 311a BGB im Zuge der Schuldrechtsreform.²³ Die Vorschrift war eine der wenigen Neuregelungen, die sich nicht in der bloßen Kodifikation gefestigter Rechtsprechung erschöpften.²⁴ § 311a BGB nahm eine völlige Neuordnung der Fälle anfänglicher Unmöglichkeit vor und hatte damit echten Reformcharakter. Bereits die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach § 311a Abs. 1 BGB stand im fundamentalen Gegensatz zur früheren Nichtigkeitsanordnung des § 306 BGB a.F. Und auch die Haftung im Falle anfänglicher Unmöglichkeit wurde in erheblichem Maße umgestaltet. Während nach altem Recht noch eine Haftung auf das negative Interesse vorgesehen war, begründete § 311a Abs. 2 BGB nun unter selbigen Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht gerichtet auf das positive Interesse.

Die Schaffung des § 311a BGB war durch eine doppelte Gleichstellungstendenz geprägt.²⁵ Zum einen sollte der von vielen Seiten propagierte Gleichlauf der Haftung bei nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit erreicht

gel darstelle. So könne es nicht sein, dass Gewährleistungsansprüche nur im Falle nachträglich eintretender Mängel entstehen, bei anfänglichen Mängeln der Vertrag aber nach § 306 BGB nichtig ist.

¹⁹ BGHZ 54, 236 = JZ 1971, 134 m. Anm. *Lieb*: Der BGH begründete die Ausnahme auch hier mit einem Vorrang der Gewährleistungsvorschriften §§ 633 ff. BGB a.F.

²⁰ Etwa OLG Hamburg SeuffA 65, Nr. 160 („Thekla Bohlen“).

²¹ Siehe dazu *Wallow*, Risikozuweisung und Vertragshaftung, S. 18, Fn. 30.

²² *Krückmann*, AcP 101 (1907), S. 1, 120.

²³ Zur Neuregelung der Unmöglichkeitfolgen im Zuge der Schuldrechtsreform: *Bach*, Leistungshindernisse, S. 254 ff.

²⁴ Vgl. *Grigoleit*, FS Köhler (2014), S. 183; anders die Interpretation *Wallows*, Risikozuweisung und Vertragshaftung, S. 418: Die in § 311a Abs. 2 BGB statuierte Erfüllungshaftung sei demnach eine Fortführung der bereits vor der Schuldrechtsreform bestehenden Rechtsprechungstendenz, die Haftung in Unmöglichkeitfällen dem Garantieprinzip zu unterwerfen.

²⁵ *Grigoleit*, FS Köhler (2014), S. 183, 185.

Sachregister

- Anfechtung 150
Annahme der Leistung 106 ff., 121, 124, 127, 139, 161
– Annahmepflicht 107 ff. 112
– Annahmeverzug 106 f. 109 ff.
Aufwendungen 33 ff., 74 ff., 132, 135, 160
– annahmeverzugsbedingte 109, 113
– frustrierte 33 ff., 74, 140
– Rentabilitätsvermutung 74 f.
– vergebliche *siehe* frustrierte
Auslegung *siehe* Gesetzesauslegung *oder* Vertragsauslegung
cheapest cost avoider 90
Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis 8
culpa in contrahendo 14, 34, 59 f., 68 ff., 104, 119, 133 f.
Differenzhypothese 13, 18, 30
Eigentum 4, 66, 109, 128
– Eigentumsübergang 107
Erfüllungserwartung 3 f., 43 ff., 66 ff., 73, 79, 79, 86 f., 119, 131, 133, 159 f.
– Rechtfertigungsgrund 46 ff.
– Inhalt 49 f., 56 ff.
Erkennbarkeit 93 ff., 122, 125, 161
Fahrlässigkeit *siehe* Verschulden, Fahrlässigkeit
Fiktion 21 f., 34, 37, 39, 65, 72, 134
Garantieprinzip/-theorie 1 ff., 19 ff., 26 ff., 44, 78, 152 f.
Gegenleistungsinteresse 105 f., 111 ff.
Gewinn, entgangener 126, 134, 148
Gläubigerverantwortlichkeit 103 ff., 161 ff.
– als Konkurrenzproblematik 103 f.
– bei anfänglicher Unmöglichkeit 117 ff.
– bei nachträglicher Unmöglichkeit 116 f.
– Informationsverantwortlichkeit 119 ff.
– Pflicht zu leistungsförderlichem Verhalten 107 ff., 112 ff.
– Reichweite 119 ff.
Geschäftsgrundlage 5, 64, 128, 135 ff., 158
– Inhalt 136
– Rechtsfolgen 143 ff.
– Subsidiarität der Geschäftsgrundlagenlehre 141 f.
– Verhältnis zum Unmöglichkeitensrecht 139 f.
Gesetzesauslegung 5 f., 61, 80 f., 149, 162, 164
– Savignyscher Auslegungskanon 83
– theoriegeleitete 83, 85 ff.
Haftung
– Erfüllungshaftung 2 f., 9, 14, 18, 27, 30, 33 ff., 35, 58 ff., 72 f., 74 f., 104, 116, 160
– auf negatives Interesse 2, 10, 14, 18 f., 30, 59, 68, 71, 103 f.
– auf positives Interesses *siehe* Erfüllungshaftung
– Haftungsgrund 1, 14 f., 17, 19, 27, 30 f., 59, 65, 76, 85 f., 130, 159
– Nichterfüllungshaftung 25, 37, 42 ff., 77, 132
Hermeneutik 78 f.
Heteronomie 22, 24, 46
impossibilium nulla est obligatio 7

- Informationspflichten, vorvertragliche
1 f., 18, 50 f., 53 ff., 57 f., 68, 84 ff.,
87 ff., 94, 100 ff., 124 f., 132, 138,
144, 161 *siehe auch* Informationsver-
schulden
– des Gläubigers 119 ff.
- Kaufvertrag 92, 98, 154, 158
- Kennenmüssen *siehe* Verschulden, Infor-
mationsverschulden
- Kenntnis *siehe* Verschulden, Informa-
tionsverschulden
- Konsensprinzip 26 ff., 44, 72
- Leistungspflicht *siehe* Primärleistungs-
pflicht
- Leistungshindernis 21, 30, 38, 41, 45 f.,
49, 55, 89 ff., 116, 139, 153, 163 f.
– anfängliches 7, 13 f., 18, 50 f., 57 ff.,
68 ff., 84 ff., 103 ff., 117 ff., 135, 149,
159 ff.
– hoheitliches 128
– Naturkatastrophe 127
– Sozialkatastrophen 127
– universales 127 ff.
- Leistungsinteresse 17, 54, 145 ff., 157
– des Gläubigers 117, 143
– des Schuldners 110 *siehe auch* Ge-
genleistungsinteresse
- Leistungstreuepflicht 46 ff., 66 ff., 106,
108, 112 ff., 121, 139, 159 ff.
– als Grundlage der Erfüllungserwar-
tung 46 ff.
– des Gläubigers 112 f.
– Inhalt 46 ff.
– Rechtfertigung 53 ff.
– Rechtsgrundlage 46 ff.
– vor Vertragsschluss 50 ff.
- Leistungsversprechen 1, 9, 14 ff, 17,
19 f., 27 ff., 33, 44 f., 72, 80, 134
- Liberationsinteresse 111
- Magie 154 ff.
- Minderung 25
- Mitverschulden 70, 123, 125, 130 ff.,
162
- Motivirrtum, beidseitiger 135 f., 150
- Nacherfüllung 25
- Obligation, Einheit der 37 f., 41
- Obliegenheiten 108, 111 ff., 134
- Pandektistik 23
- Parteiwille 20 ff., 25 f., 29, 31, 37, 40,
72, 80 f., 83
– hypothetischer 22 ff., 80 f.
– typischer 22 ff., 80 f.
- Pflichtverletzung 1, 3, 13, 17, 28 ff., 68,
70, 76, 110, 116, 139
- Planungsbereich 124, 126 ff., 149, 158,
160 f.
– des Gläubigers 119, 121 f., 161
– des Schuldners 91 ff., 101 f., 160
- Primärleistungspflicht 48 ff., 147
– als Rechtfertigungsgrund der Erfül-
lungserwartung 45 f.
– Geltungsgrund 42
- Rational Choice* Theorie 90
- Rechtsökonomie 86 ff., 160
– Effizienz des Informationserwerbs
86 f.
- Rechtswidrigkeit 15 f., 18
- Rentabilitätsvermutung 34, 74 f.
- Restitution 15 f., 18 f.
- Risikotheorie 88 ff., 96
– abstrakte Beherrschbarkeit 89
- Risikozuweisung 5, 31, 83 ff., 103, 128,
141 f., 150, 160 ff.
– Begriff 83
– privatautonome 151 ff.
- Rücktritt 25, 41 f., 145, 147 f., 158
- Sachmangel 52, 90
- Sachmangelgewährleistungsrecht 25
- Sanktion 15 f., 68, 110, 131
- Schaden 16 ff., 21, 34, 74, 94 f., 111,
117, 140
– Begriff 77
– Vertrauensschaden 150
- Schadensersatz 14, 17, 23 f., 38 ff., 60,
66, 68, 89, 100 f., 108 ff., 145 *siehe
auch* Haftung
– für vergebliche Aufwendungen 76 f.
– Geltungsgrund 43 ff.
– statt der Gegenleistung 117
– statt der Leistung 76
- Schadensminderung 65, 108, 113

- Schuldrechtsreform 25, 63 f.
- Schuldverhältnis 53 ff., 66
- einheitliches, gesetzliches 54 ff.
- Schutzpflichten 53 f.
- Sekundäranspruch 3, 19, 21, 24, 35, 38 ff., 61, 67 f., 72, 78, 141, 148 f., 151, 160, 163
- Sekundärhaftung *siehe* Sekundäranspruch
- Sittenwidrigkeit 156 f., 164
- Sphäre 99 ff., 124 ff., 128, 130, 160 ff.
- Gläubigersphäre 120 f.
 - Schuldnersphäre 73, 89, 91
 - neutrale Sphäre 92
- Synallagma 105 f., 111
- Tausch 137
- Theorie 61, 68, 78 ff.
- Richtigkeitsanspruch 61
 - Theoriebildung 5 f.
 - Theoriewert 81 f.
 - Wirklichkeitsbezug 78 ff.
- Treu und Glauben 47 ff., 61 ff., 84, 112, 136, 141, 159
- als „Grundnorm“ des Vertragsrechts 61
 - Inhalt 48 f.
- Unmöglichkeit 30, 38, 115 ff., 133, 143, 147 *siehe auch* Leistungshindernis
- als Befreiungstatbestand 41
 - anfängliche 1, 7 ff., 13 ff., 33 ff., 50 ff., 67 ff., 95 ff., 103 f., 117 f. *siehe auch* Leistungshindernis, anfängliches
 - beiderseits zu vertretende, anfängliche 122 ff., 162 f.
 - nachträgliche 2, 9, 10 f., 17, 116
 - objektive 7, 9, 11, 90, 137
 - subjektive 9, 71 ff., 78, 90, 96, 101
 - Verhältnis zu Geschäftsgrundlagenstörungen 139 ff.
 - Zeitpunkt 2, 11
- Unvermögen *siehe* Unmöglichkeit, subjektive
- Verbotsgesetz 129
- Verschulden 5, 13, 15 f., 17 f., 40, 56, 88, 96, 98, 103, 121 f., 133, 147
- bei anfänglicher Unmöglichkeit 117 ff.
 - bei nachträglicher Unmöglichkeit 116 f.
 - Fahrlässigkeit 21, 24, 84, 87, 95, 126, 152
 - Informationsverschulden 13, 18, 58 ff., 69 f., 73, 84 ff., 87 f., 96 f., 101, 117 ff., 123, 151
 - Kennenmüssen 18, 50, 58, 68 ff., 73, 84, 87 ff., 117 f., 126 ff., 132, 134, 160
 - Kenntnis 13, 18, 50, 58, 68 ff., 73, 84, 87, 117 f., 125 f., 132, 134, 152, 155 ff., 160
 - Verschuldensprinzip 1 ff., 14 ff., 28 f., 31 f., 68, 78, 131, 141, 149
 - Vorsatz 14, 24, 87, 152, 163
- Vertrag 3, 18, 21, 26 ff., 38, 71, 91, 112, 120 f., 136 ff., 150 ff.
- absurder 153 ff.
 - als Schuldverhältnis 53
 - als Vertrauenstatbestand 43 ff., 57, 75, 77
 - Risikovertrag 153 f.
 - Vertragsanpassung 143 ff., 158, 163 f.
 - Vertragsauslegung 22 f.
 - Vertragsbindung 4, 36, 39 ff., 49, 53, 57
 - Vertragsfreiheit 4
 - Vertragsnichtigkeit 7 ff., 10, 68, 71, 133, 137, 156 f.
 - Vertragsschluss 13, 27, 30, 50 ff., 56 ff., 88 ff., 94, 117, 124, 132, 140
 - Vertragsverhandlungen 34 f., 51, 55 f., 85
 - Vertragsverletzung 17, 114
 - Vertragszweckrealisierung 46
- Vertrauen 3 f., 36, 43 ff., 48 ff., 65 ff., 78 ff., 87, 92, 124, 135, 155
- Gläubigervertrauen auf den Erhalt der Leistung *siehe* Erfüllungserwartung
 - in der Rechtsgeschäftslehre 45
 - Vertrauenshaftung 3, 5, 33 ff., 61 ff., 67 ff., 72 f., 76 f., 80, 85 f., 132, 149, 160
 - Vertrauensrechtfertigung 45 ff.

- Vertrauensschutz 35 f., 43 ff., 58, 69 ff., 77, 86 f., 94, 124, 131 f., 141
 - negativer 35, 160
 - positiver 34, 73, 160
- Vertrauenstatbestand 35, 43 ff., 57, 59 f., 66, 75, 77
- Vorhersehbarkeit 98 f.
- Vorsatz *siehe* Verschulden, Vorsatz
- Werkvertrag 10, 114
- Willenserklärung 20, 26 f., 28, 44, 151
- windfall profit* 126
- Zurechnung 15, 143