

IVO BACH

# Leistungshindernisse

*Jus Privatum*

215

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 215





Ivo Bach

# Leistungshindernisse

Mohr Siebeck

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

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

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

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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

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

## Vorwort

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

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

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

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

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

Göttingen, Juli 2016

*Ivo Bach*



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XV

## §1

### Einleitung

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

## §2

### Unüberwindbare, nachträgliche Hindernisse und Schadensersatz

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



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

## § 3

### Unüberwindbare, anfängliche Hindernisse und Schadensersatz

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

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

§ 4

Überwindbare Hindernisse und Erfüllung

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

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

## § 5

### Überwindbare Hindernisse und Nacherfüllung

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

## §6

## Vom Gläubiger (mit-) verursachte Hindernisse

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

## §7

## Hindernisse bei vertretbaren Leistungen

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

## § 8

## Partielle Hindernisse

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

## § 9

## Die „Zweckstörung“ als Hindernis

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

## § 10

## Vorübergehende Hindernisse

A. Einführung .....	771
B. Suspendierung des Erfüllungsanspruchs .....	771

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

§ 11

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

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



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII

## § 1

### Einleitung

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



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

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

## § 2

## Unüberwindbare, nachträgliche Hindernisse und Schadensersatz

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

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

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

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

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

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

## § 3

Unüberwindbare, anfängliche Hindernisse  
und Schadensersatz

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



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

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

## § 4

## Überwindbare Hindernisse und Erfüllung

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

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

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

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

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