

Die historischen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtsinstituts der „positiven Forderungsverletzung“ im 19. Jahrhundert

Einleitung:

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) nennt ausdrücklich als Haftungstatbestände für die im Rahmen eines vertraglichen Schuldverhältnisses begangenen Pflichtverletzungen im Bereich des Leistungsstörungsrechts die schuldhaft Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner und den Schuldnerverzug. Doch dürfte Einigkeit darüber bestehen, daß aus einem vertraglichen Schuldverhältnis wesentlich mehr Pflichten resultieren als nur die zur Erbringung der geschuldeten (Haupt-) Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt. Insoweit seien hier aus der Vielzahl des Bestandes beispielsweise die Obhuts- und Sorgfaltpflichten gegenüber dem Vertragspartner genannt.

Als ebenso unstrittig darf wohl gelten, daß im Falle der schuldhaften Verletzung solcher Pflichten der Verletzende dem Verletzten den diesem entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Wie aber von Gesetzes wegen in diesen Fällen verfahren werden soll, insbesondere aus welcher Norm sich eine Pflicht zum Ersatz des Schadens herleiten läßt, darüber scheint das BGB zu schweigen. Zumindest gibt es auch bei genauerer Betrachtung diesbezüglich wenig Aufschluß. Denn diese Pflichtverletzungen unter die eingangs erwähnten Tatbestände der Unmöglichkeit oder des Verzuges zu subsumieren, erweist sich schon terminologisch als unzutreffend; leidet im übrigen auch daran, daß es nahezu unmöglich ist, eine erschöpfende Typisierung jener Pflichtverletzungen vorzunehmen. Nicht selten hängen die sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden — über die eigentlich geschuldete Leistung hinausgehenden — Pflichten nur von den speziellen Gegebenheiten desselben ab, so daß sich für Fälle dieser Art die Frage nach einem generellen (Verschuldens-) Haftungstatbestand stellt.

Auf diese Problematik wies schon 1902 Hermann Staub¹⁾ hin. Die von ihm ausgemachte „Gesetzeslücke“ führte im Anschluß an ihre Entdeckung zu lebhaften Diskussionen über deren tatsächliches Bestehen oder Nichtbestehen; ist aber mittlerweile offensichtlich im Staub'schen Sinne entschieden. Davon kündigt nicht zuletzt das von ihm zur Ausfüllung dieser Lücke entwickelte Rechtsinstitut der „positiven Vertragsverletzung“²⁾, welches heute weitgehend anerkannt³⁾, und aus Rechtslehre sowie -praxis nicht mehr hinwegzudenken ist.

Aufgabe der vorliegenden Erörterung soll es sein, die historischen Voraussetzungen für das Entstehen dieses Rechtsinstituts — also die Entwicklung, die zu der von Staub erkannten Gesetzeslücke führte — im einzelnen zu beleuchten.

Dabei wird der Schwerpunkt auf die Entwicklungsgeschichte des Leistungsstörungsrechts im 19. Jahrhundert mit ihren Parallelen und Auswirkungen für

¹⁾ Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, 1902 — diese ist identisch mit der Buchausgabe „Die positiven Vertragsverletzungen“, Berlin 1904, auf welche im folgenden Bezug genommen wird.

²⁾ Auf eine begriffliche Klärung der Termini „positive Vertragsverletzung“ und „positive Forderungsverletzung“ und deren Verwendung wird noch einzugehen sein. — Siehe unten I, 3 a.

³⁾ Vgl. etwa BGHZ 11, 83 ff.

die Fälle schuldhafter Pflichtverletzungen gelegt. Unverkennbar kristallisieren sich gerade in den einzelnen Kodifikationen, Gesetzesentwürfen und den Beiträgen der zeitgenössischen Wissenschaft — hervorzuheben sind hierbei die sogenannten „Pandektisten“ — die Entwicklungen und Tendenzen heraus, die für die Entstehung der Leistungsstörungsregelungen des BGB charakteristisch werden. Hier liegt — wie aufzuzeigen sein wird — auch der Schlüssel für die Beantwortung der Frage nach der Motivation des BGB—Gesetzgebers zu der von ihm vorgenommenen gesetzlichen Ausprägung des Rechts der Leistungsstörungen mit der dort klaffenden „Lücke“.

Die „Lückentheorie“ Staubs stand somit nur am Ende einer im 19. Jahrhundert begründeten Entwicklung im Leistungsstörungsrecht, die im Rechtsinstitut der „positiven Vertragsverletzung“ kulminierte.

I. Die Haftungstatbestände im Bereich des Leistungsstörungsrechts des BGB und ihr Verhältnis zur positiven Forderungsverletzung:

1. *Unmöglichkeit und Verzug als Haftungstatbestände:*

Das 2. Buch des BGB, das bis auf den heutigen Tag das „Recht der Schuldverhältnisse“ regelt, erwähnt für den Bereich der allgemeinen Leistungsstörungen ausdrücklich nur die Vorschriften der Leistungsunmöglichkeit und des Verzuges. Für die Fälle des die vorliegende Abhandlung betreffenden Bereichs der Leistungsstörungen insbesondere der Vertragsverletzungen, sehen die §§ 280, 325 BGB die vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Leistungsunmöglichkeit und die §§ 286, 326 BGB den Schuldnerverzug als Haftungstatbestände vor. In beiden Fällen hat der Schuldner dem Gläubiger den ihm dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen bzw. darf der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten.

2. *Staubs Lehre von der „positiven Vertragsverletzung“:*

Schon kurz nach Inkrafttreten des BGB erwiesen sich diese Haftungsregelungen jedoch in vielerlei Hinsicht als unzureichend, um sämtliche Arten von Vertragsverletzungen, die in einem Schuldverhältnis auftreten können, zu erfassen. Man wähte eine „Lücke“ im Gesetz. Insbesondere Staub machte im Jahr 1902 auf eine solche erhebliche Gesetzeslücke aufmerksam. Die von ihm „entdeckten“ Fälle, die sich seiner Auffassung nach nicht in den gesetzlichen Regelungsbereich der Haftungstatbestände einfügen ließen, nannte er „positive Vertragsverletzungen“ (pVV). Im Anschluß daran wird heute die hier infrage stehende Lücke durch das von ihm entwickelte gleichnamige Rechtsinstitut ausgefüllt. Das Charakteristische dieses „ungeschriebenen Haftungstatbestandes“ liegt damit nicht in der Schädigung des Gläubigers durch schlichtweg jede schuldhaft pflichtwidrige Handlung des Schuldners, sondern darin, daß unter ihn all jene Pflichtverletzungen subsumiert werden können, die weder als Unmöglichkeit noch als Verzug zu qualifizieren sind⁴⁾.

Staub meinte, daß das Gesetz lediglich „deutlich und ausreichend Fürsorge getroffen (habe) für alle Fälle, wo jemand eine Leistung nicht bewirkt, die er zu bewirken verpflichtet ist, wo jemand unterläßt, was er tun soll“⁵⁾. Des weiteren

⁴⁾ Staub, (Anm. 1) S. 5/6.

⁵⁾ Staub, (Anm. 1), S. 5.

vermißte er eine Vorschrift, „für die zahlreichen Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft“⁶⁾). Als Beispiele führte er u. a. an⁷⁾, daß jemand entgegen seiner Verpflichtung die ihm verkauften Lampen weiter nach Frankreich veräußert oder wurmbefallene Äpfel liefert, die auch die gesunden, sich im Vorrat des Gläubigers befindlichen Äpfel wurmstichig werden lassen.

Er leitete in Anlehnung an die Fälle des § 286 BGB, in denen unterlassen wurde, was getan werden mußte, die gleiche Schadensersatzpflicht für die Fälle, in denen etwas getan wurde, was unterbleiben sollte, oder eine Leistung fehlerhaft erbracht wurde, her⁸⁾. Dabei ging Staub trotz des § 241 BGB, der das Unterlassen dem positiven Tun gleichsetzt, davon aus, daß diese Regelung auf die Bestimmungen von Unmöglichkeit und Verzug nicht anwendbar sei, daß unter „der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzuges unter der Leistung die positive Leistung zu verstehen ist“⁹⁾.

In bezug auf Sukzessivlieferungsverträge und auf Dauerschuldverhältnisse betonte Staub, ein bloßer Schadensersatz bei Gefährdung der Vertragsverwirklichung durch positive Pflichtverletzungen sei unzureichend. Er konstruierte für diese Fälle in Analogie zu § 326 BGB, das Recht des Geschädigten vom Schädiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Denn nehme jemand positive Rechtsverletzungsakte vor, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährdeten, müsse er es sich gefallen lassen, daß die Rechtsfolgen seiner Pflichtverletzungen die gleichen seien, wie bei dem, der durch schuldhaftes Verzögerung die Erreichung des Vertragszwecks gefährde¹⁰⁾.

3. Die „pVV“ als „positive Forderungsverletzung“ heute:

a. Die Bezeichnung als „positive Forderungsverletzung“: Heute beschränken sich die Pflichtverletzungen längst nicht mehr auf jene, die Staub seiner pVV unterstellte. Mittlerweile hat dieses Rechtsinstitut in seinem nahezu 90jährigen Bestehen eine Ausdehnung auf beinahe alle Forderungsverletzungen erfahren, welche außerhalb von Unmöglichkeit und Verzug denkbar erscheinen. Angesichts dessen, daß Pflichtverletzungen auch im Rahmen gesetzlicher Schuldverhältnisse vorkommen können, empfiehlt es sich, statt pVV den — wenn auch immer noch ungenauen¹¹⁾ — Begriff der „positiven Forderungsverletzung“ (pFv) zu verwenden¹²⁾.

⁶⁾ Staub, (Anm. 1), S. 5.

⁷⁾ Weitere Beispiele bei Staub, (Anm. 1), S. 5f.

⁸⁾ Staub, (Anm. 1), S. 14.

⁹⁾ Staub, (Anm. 1), S. 9.

¹⁰⁾ Staub, (Anm. 1), S. 20.

¹¹⁾ Denn es sind nicht nur Unterlassungspflichten, die im Rahmen allgemeiner vertraglicher Treuepflichten den Schuldner dazu verpflichten, sich bestimmter Handlungen zu enthalten. Solche Pflichten können denselben ebensogut zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichten, so daß bei deren Verletzungen ein Nichtstun, also negatives Verhalten, vorliegt. — Vgl. G. Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965, S. 15; aber auch J. Himmelschein, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158, (1959/60), 252, (278): „Wer seine Pflicht verletzt, erfüllt sie nicht. Sein Verhalten mag im physischen Sinne positiv sein, im Rechtssinne ist es negativ.“

¹²⁾ L. Enneccerus/H. Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl.,

b. Der Begriffsinhalt: Eine genaue Definition, was heute unter pFv zu verstehen ist, erweist sich faktisch als unmöglich. Insbesondere weil unter diesem Sammelbegriff die verschiedensten Arten von Leistungsstörungen zusammengefaßt sind, die lediglich hinsichtlich ihrer Rechtsfolge gewisse Gemeinsamkeiten aufweisen. Läßt sich dieses Institut noch insoweit negativ abgrenzen, als es sämtliche Fälle schuldrechtlicher Pflichtverletzungen umfaßt, die weder unter die Unmöglichkeit, den Verzug oder die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften fallen¹³). So beschränken sich ansonsten die Definitionsversuche darauf, die Vielzahl der Pflichtverletzungen in einzelne Fallgruppen zu ordnen¹⁴). Hierbei haben sich allgemein zwei Obergruppen, nämlich die Schlechtleistung und die der Verletzung sonstiger (Vertrags-) Pflichten durchgesetzt.

Bei der Schlechtleistung erbringt der Schuldner seine Leistung unvollkommen¹⁵). Insbesondere der Ersatz der sogenannten „Folgeschäden“ ist dabei von Relevanz¹⁶).

Die „Verletzung sonstiger oder weiterer Vertragspflichten“¹⁷) setzt voraus, daß ein Schuldverhältnis nicht nur die eigentlichen Haupt- und Nebenpflichten umfaßt. Aus ihm ergeben sich vielmehr eine Fülle weiterer Vertragspflichten¹⁸). Diese beinhalten allgemeine Schutz-, Fürsorge-, Obhuts-, Mitwirkungs- und sonstige Treuepflichten¹⁹).

Nach heute einhelliger Auffassung kann die Rechtsfolge einer pFv in einem Schadensersatzanspruch²⁰) oder aber in einem Recht zur Vertragslösung bestehen²¹).

II. Die Entwicklungsgeschichte des Leistungsstörungenrechts im 19. Jahrhundert bis zur Entstehung des BGB im Hinblick auf die Fälle der „pFv“:

Nachdem zunächst die Haftungstatbestände bezüglich Vertragsverletzungen

1958, § 55, 4 (235 ff.); vgl. auch K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, § 24 I (367) und H. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 61.

¹³) Köpcke, (Anm. 11), S. 11 ff.; E. v. Lackum, Verschmelzung und Neuordnung von „eic“ und „pVV“, Diss. Bonn 1970, S. 127 ff.; aber auch W. Fickentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., 1985, § 47 I (267 f.), der in der pFv die „dritte allgemeine Leistungsstörung“ neben Unmöglichkeit und Verzug sieht.

¹⁴) Vgl. die Zusammenfassung bei Köpcke, (Anm. 11), S. 30 ff.

¹⁵) Näher dazu Köpcke, (Anm. 11), S. 10 — Zum Begriff vgl. Ph. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 40 (118 ff.); P. Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl., 1929, S. 147 f.; Siber-Planck, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 275—292, 3 b (188); P. Fritz, Die Schlechtleistung im Besonderen Teil des Schuldrechts, Diss. Freiburg 1931, S. 21; aber auch E. Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, in: Festg. f. P. Krüger, 1911, S. 265 (276): „Schlechterfüllung“.

¹⁶) Vgl. insoweit J. Esser/E. Schmidt, Schuldrecht I, AT, 6. Aufl., 1984, § 29 III, 4 (450 ff.).

¹⁷) So insbesondere Larenz, (Anm. 12), § 2 I (6 ff.).

¹⁸) F. Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130 (1929), 257 ff.; Larenz, (Anm. 12), § 24 I, (368 f.); Siber-Planck, (Anm. 15), Vorbem. I, 1 b (4).

¹⁹) Zu den Pflichten im Einzelnen vgl. Köpcke, (Anm. 11), S. 69 ff.

²⁰) Köpcke, (Anm. 11), S. 133 ff.

²¹) Köpcke, (Anm. 11), S. 138 ff.

und die Situation im heutigen Leistungsstörungenrecht des BGB kurz skizziert wurden, soll anhand der Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im 19. Jahrhundert nachgezeichnet werden, wie es zu der heutigen Regelung kam und worin die Ursachen für die im BGB seinerzeit ausgemachte erhebliche Gesetzeslücke begründet liegt. Denn das BGB, im besonderen das Recht der Leistungsstörungen, wurzelt unverkennbar tief in der Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts, so daß sich bei näherer Betrachtung daraus durchaus klare, insbesondere den hier betreffenden Bereich des BGB prägende Entwicklungslinien, abzeichnen.

Zunächst sollen deshalb anhand der Zivilrechtskodifikationen des ausgehenden 18. und des frühen 19. Jahrhunderts die Fälle der pFv an den jeweils herrschenden Bedingungen des zeitgenössischen Leistungsstörungenrechts gemessen werden. Im Anschluß daran wird in diesem Zusammenhang auf die sogenannte „Pandektenwissenschaft“ und die Gesetzgebungswerke, bzw. -entwürfe in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts einzugehen sein.

1. *Die Kodifikationen des ausgehenden 18. und frühen 19. Jahrhunderts:*

a. **Die bayerische Kodifikation:** Als erster Vorläufer des Kodifikationsstils der Gesetzgebungswerke des ausgehenden 18. und frühen 19. Jahrhunderts kann der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756, geschaffen und kommentiert vom kurfürstlichen Vizekanzler v. Kreittmayr (1704–1790), gelten²²).

Regelungen hinsichtlich der Leistungsstörungen, wie sie im heutigen BGB enthalten sind, insbesondere solche, die den Unmöglichkeit- und Verzugsvorschriften entsprochen hätten, gab es dort nicht²³). Denn es wurde noch nicht versucht, die Leistungsstörungen durch objektive Tatbestände zu erfassen²⁴). Allein subjektive Haftungstatbestände gaben den Ausschlag für eine Schadensersatzhaftung. Der in den Verschuldensbegriffen mitgedachte Tatbestand der Nichterfüllung würde nicht eigens ausgedrückt, so daß die Haftung auch die Fälle der pFv hätte erfassen können²⁵).

Dennoch bleibt zu bedenken, daß Kreittmayr die allgemeine Bedeutung der Pflichten im Bereich der Obligationsverletzungen nicht erkannte²⁶). Hieran zeigt sich freilich recht deutlich, wie langsam das naturrechtliche Gedankengut, das möglichst sämtliche Lebenssachverhalte in positivem Recht systematisch zu erfassen suchte, noch um die Mitte des 18. Jahrhunderts Eingang in das Rechtsdenken fand²⁷). War es doch gerade die naturrechtliche Vertragsethik, die die

²²) Zur Entstehung vgl. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 327ff.; G. Wesenberg, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl., 1985, § 22 I (158/9)

²³) Eine Vertragshaftung befand sich zusammenhängend im Kapitel „Von der Convention und den hieraus entspringenden Pflichten (Obligationibus personalibus) überhaupt“. — Vgl. 4. Theil, 1. Kap., § 20.

²⁴) W. X. A. v. Kreittmayr, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*, 1759–1769, 2. Theil, 3. Kap., § 21, n. 2 erwähnte lediglich den Verzug (mora) in seiner Kommentierung zum Codex.

²⁵) Ch. Wollschläger, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, 1970, S. 102.

²⁶) Ebenso F. Harting, *Die „positiven Vertragsverletzungen“ in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Diss. Hamburg 1967, S. 81, Anm. 12, der anmerkt, daß dieser sich zumindest nirgendwo darüber äußert.

²⁷) Zum Naturrecht allgemein vgl. Wieacker, (Anm. 22), S. 312ff.

Zusammenarbeit und die Gemeinschaft der Vertragspartner betonte²⁸), woraus neben der Hauptleistungspflicht eine Reihe von sonstigen Vertragspflichten erwuchs²⁹).

b. Das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 (ALR)³⁰: Beim ALR — ganz die Frucht des „aufgeklärten Absolutismus“ — wiederum war das auf naturrechtlichen Einfluß zurückgehende Streben nach Ausführlichkeit sowie Vollständigkeit unverkennbar³¹). Deshalb fand in ihm der Bereich der Leistungsstörungen eine komplexe Behandlung.

Es regelte diesen hauptsächlich in den allgemeinen Vorschriften „Von Verträgen“³²) und in dem Abschnitt „Von der Erfüllung der Verbindlichkeiten überhaupt“³³). Im Bereich der Vertragsverletzungen kannte das ALR eine Reihe von Haftungstatbeständen, die sowohl die schuldhafte Unmöglichkeit der Erfüllung³⁴) als auch den Verzug umfaßten³⁵); darüber hinaus existierten Tatbestände der nicht gehörigen Erfüllung³⁶), Verschulden bei der Erfüllung³⁷) sowie der Erfüllungsverweigerung³⁸).

Viele Fälle der pFv wurden schon durch diese Vorschriften unmittelbar erfaßt und fanden so eine befriedigende gesetzliche Ausformung³⁹). Auf die betreffenden Fallkonstellationen war dann allerdings die Anwendung des Deliktsrechts ausgeschlossen⁴⁰). Im übrigen gab es eine allgemeine Haftungsnorm für verschuldete Pflichtverletzungen bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages. Tatbestandlich griff sie also — unabhängig vom Bestehen eines Leistungshindernisses — zumindest bei jedem schuldhaft schädigenden vertragswidrigen Verhalten ein. In jedem Falle blieb durch sie aber die vertraglich bestimmte Pflicht zur (Haupt-) Leistung unberührt⁴¹). Hier schon drücken sich jene Grundgedanken aus, auf denen später auch die Lehre von der pFv basieren wird⁴²).

Eine Beschränkung der Haftungstatbestände auf Unmöglichkeit und Verzug gab es demnach im ALR nicht. In diesem Gesetzeswerk kann von Regelungslücken bezüglich Vertragspflichtverletzungen nicht gesprochen werden⁴³).

²⁸) Vgl. dazu H. Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962, S. 53 ff.

²⁹) Vgl. Harting, (Anm. 26), S. 76 f.

³⁰) Zur Entstehungsgeschichte: Wieacker, (Anm. 22), S. 327 ff.; Wesenberg, (Anm. 22), § 22 II (159 f.).

³¹) Wieacker, (Anm. 22), S. 329.

³²) I. 5. §§ 270 ff.

³³) I. 16. §§ 11 ff.

³⁴) I. 5. §§ 360—368.

³⁵) I. 16. §§ 15 ff.

³⁶) I. 5. §§ 369 ff.

³⁷) I. 5. §§ 393 ff.

³⁸) I. 5. § 276.

³⁹) Vgl. auch die von Himmelschein, (Anm. 11), 295 ff. zusammengestellten Gerichtsentscheidungen.

⁴⁰) So § 17 (I. 6).

⁴¹) § 285 (I. 5): „Wer bey Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsetzlich, oder aus grobem Versehen, verletzt hat, muß dem anderen sein ganzes Interesse vergüten.“

⁴²) Vgl. auch U. Blaurock, Culpa-Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit, in: Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, Kolloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von E. v. Caemmerer, 1983, S. 55.

⁴³) Vgl. Wollschläger, (Anm. 25), S. 112; Blaurock, (Anm. 42), S. 55.

Primär- und Sekundärverpflichtungen wurden als streng voneinander getrennte Pflichten betrachtet. Die Naturalerfüllung war die dem Schuldner obliegende Hauptpflicht. Daneben konnte nur der Verzögerungs- und Begleit-schaden ersetzt werden. Erfüllte der Schuldner lediglich nicht, blieb der Gläubiger darauf verwiesen, „den Gegentheil zu der versprochenen Erfüllung, und der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung“ im Klagewege geltend zu machen⁴⁴). Der Vertrag selbst stand dadurch nicht zur Disposition. Erst durch die Vertragsaufhebung nach der Verurteilung des Schuldners und nachdem sich die Vollstreckungsmaßnahmen als wirkungslos herausgestellt hatten, konnte der Gläubiger das Interesse verlangen⁴⁵).

Von den übrigen Normen, die Vertragspflichtverletzungen regelten, hob sich als Haftungstatbestand die verschuldete nachträgliche Leistungsunmöglichkeit erkennbar ab⁴⁶). Erstmals war in einer Zivilrechtskodifikation dem Tatbestand der Unmöglichkeit eine zentrale Rolle im Recht der Leistungsstörungen zugebracht⁴⁷). Dennoch gab es dadurch keine Einengung der Haftungstatbestände, sondern es war nur bezüglich des zu ersetzenden Schadens ein Unterschied zu anderen Haftungsnormen geschaffen worden⁴⁸). Nicht zuletzt daran verdeutlicht sich, daß der Unmöglichkeitsregelung eine Systematik zugrunde lag, die sich in ein zusammenhängendes Ganzes von Vertragspflichtverletzungen einfügte⁴⁹).

c. Der Code Civil von 1804⁵⁰) / das Badische Landrecht von 1810: Hinsichtlich der Leistungsstörungen differenzierte der französische Code Civil in Art. 1147 zwei objektive Tatbestände nachträglicher Leistungsstörungen: Zum einen die Nichterfüllung („inexécution“) und zum anderen den Verzug („retard“). Dabei stand als Zentralbegriff für die Leistungsstörungen⁵¹) der sehr weite Tatbestand der Nichterfüllung⁵²), der hier im Unterschied zum Codex Maximilianeus immerhin einen objektiven Tatbestand beim Namen nannte. Näher definiert wurde die Nichterfüllung allerdings nicht, was mit einer „gar zu

⁴⁴) I. 1. § 384.

⁴⁵) I. 5. § 398. — Vgl. aber auch I. 5. § 276: „Wer eine Handlung zu leisten schuldig ist, kann dazu durch gerichtliche Zwangsmittel nach Vorschrift der Prozeßordnung angehalten werden.“ — Des weiteren siehe Allg. Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, 1. Theil: Prozeßordnung, Berlin 1795, 24. Titel, §§ 48ff.

⁴⁶) Obwohl die Behandlung des Themas zumeist recht kurz ist. — Vgl. W. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des ALR, 2. Band, 1834, S. 626ff.; siehe aber auch Wollschläger, (Anm. 25), S. 106.

⁴⁷) Wollschläger, (Anm. 25), S. 106.

⁴⁸) Wollschläger, (Anm. 25), S. 112.

⁴⁹) Wollschläger, (Anm. 25), S. 115; a. A. allerdings Harting, (Anm. 26), S. 162f., der noch keine systematische Regelung im ALR erkennen will.

⁵⁰) Zur Entstehungsgeschichte: Wieacker, (Anm. 22), S. 344f.; Wesenberg, (Anm. 22), § 22 III (160/1).

⁵¹) Dem Leistungsstörungsbegriff kommt nicht die gleiche Bedeutung wie im deutschen Schuldrechtssystem zu. Schon rein äußerlich nehmen die Leistungsstörungen, die nur als Unterpunkt des Vertrages abgehandelt werden, viel weniger Raum ein. — Näheres dazu bei M. Ferid, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1, 1971, 2 C (482ff.).

⁵²) Ferid, (Anm. 51), 2 C 1 (482).

allgemeinen Fassung des Begriffs erklärt“ werden muß⁵³). Eine weitere Untergliederung der Vertragspflichtverletzungen, die zur Nichterfüllung führen sollten, fand nicht statt⁵⁴). Allerdings wurde in jeder Art der Schlechterfüllung sowie jeder sonstigen Vertragspflichtverletzung ein Fall der *inexécution* gesehen⁵⁵).

Eine gesonderte Behandlung dieser Fälle oder gar ein „Lückenproblem“ war dem französischen Recht fremd⁵⁶).

Auf den ersten Blick erschien die Abgrenzung von Nichterfüllung und Verzug nicht unproblematisch, zumal der Verzug die teilweise Nichterfüllung beinhaltete⁵⁷). Eine Klärung ergab sich aber dadurch, daß die Leistung im Falle der *inexécution* endgültig unmöglich geworden sein mußte, während sie im Verzugsfalle jedenfalls noch erbringbar war⁵⁸). Damit näherte man sich im Ergebnis zwar der Unmöglichkeit an⁵⁹), als Unterfall der Nichterfüllung aber bildete die verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit naturgemäß keinen eigenen Haftungstatbestand⁶⁰).

Von nicht geringer Bedeutung war die Vorschrift des Art. 1142 CC. Denn anders als im ALR⁶¹) übernahm der Code Civil damit die mittelalterliche Regel⁶²), wonach sich jede auf ein Tun oder Unterlassen gerichtete Obligation im Falle der Nichterfüllung in eine Schadensersatzforderung auflöste, ohne daß die Erfüllung *in natura* wirklich erzwungen werden konnte⁶³). Der Gläubiger blieb diesenfalls lediglich auf das Sekundärinteresse verwiesen.

Entsprechende Regelungen im Bereich der Leistungsstörungen wies auch das am 01. 01. 1810 in Kraft getretene Badische Landrecht auf. Es war im wesentlichen eine Übersetzung des Code Civil⁶⁴), wodurch der Einfluß französischen Rechtsdenkens auf Deutschland einmal mehr seinen Ausdruck fand.

d. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) von 1811⁶⁵): Im ABGB gewährte der § 1295 I einen Schadensersatz-

⁵³) Ferid, (Anm. 51), 2 C 4 (483).

⁵⁴) Hielt man wohl auch nicht für notwendig, da — anders als im ALR — der Deliktstatbestand auch vertragliche Schädigungen einschloß (vgl. Art. 1382 CC).

⁵⁵) Ferid, (Anm. 51), 2 C 6 (484).

⁵⁶) Vgl. auch H. Stoll, Abschied von der Lehre der pVV, AcP 136 (1932), 257 (318).

⁵⁷) Ferid, (Anm. 51), 2 C 74 (497).

⁵⁸) Ferid, (Anm. 51), 2 C 8 (484).

⁵⁹) Wollschläger, (Anm. 25), S. 104.

⁶⁰) Ferid, (Anm. 52), 2 C 8 (484).

⁶¹) Siehe oben II, 1 b.

⁶²) Vgl. R. J. Pothier, *Oeuvres, contenant Les Traités du Droit Français*, nouvelle Ed., mise en meilleur ordre et conforme à elle publiée par M. Dupin Aine, Tomes 1—8, 1829—1834, Obl. II, Nr. 157/8: „*nemo praecise potest cogi ad factum.*“

⁶³) Insbesondere die Frage, wann feststand, daß die Verbindlichkeit nicht erfüllt war, so daß sich die Primärleistung in eine Schadensersatzpflicht umwandelte, war heftig umstritten. — Vgl. J. Himmelschein, *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, AcP 135 (1932), 255 (256f., 273f.); Stoll, (Anm. 56), 273f.

⁶⁴) A. Platenius, *Grundriß des badischen Landrechts*, 1896, S. 2.

⁶⁵) Zur Entstehungsgeschichte: Wieacker, (Anm. 22), S. 335ff.; Wesenberg, (Anm. 22), § 22 IV (163f.).

anspruch bei jeder schuldhaften „Übertretung einer Vertragspflicht“. Probleme einer Regelungslücke im Hinblick auf Fälle der pFv ergaben sich somit nicht. Ein Vertragsaufhebungsverbot verhinderte, daß — insoweit besteht Ähnlichkeit zum preußischen Recht — bei Nichtleistung bereits der volle Schadensersatz anstatt der ursprünglichen Leistung gefordert werden durfte⁶⁶).

e. Fazit: Von den hier erörterten Kodifikationen läßt insbesondere das ALR erste Ansätze und Anknüpfungspunkte an das heutige Leistungsstörungsrecht im BGB erkennen. Die Betonung der verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung als Haftungstatbestand hebt dieses Gesetz von der Nichterfüllungsregelung des Code Civil und der generellen Vertragshaftung des ABGB in diesem Sinne ab. Aber auch die gleichsam ausdrückliche Erfassung der Fälle der pFv in der preußischen Kodifikation ist bemerkenswert und weist ihm gegenüber dem BGB einen herausragenden Stellenwert zu. Unverkennbar beherrscht in ihr naturrechtliches Denken den Bereich der Leistungsstörungen.

2. *Die Behandlung von Vertragsverletzungen in der Pandektenwissenschaft⁶⁷*:

a. Die 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts: Bei den frühen Pandektisten stand noch ganz im Sinne der überlieferten römischen Rechtsquellen das subjektive Haftungselement im Vordergrund⁶⁸). Lediglich der Verzugstatbestand fand eine ausführliche Behandlung⁶⁹). Als erster arbeitete Puchta⁷⁰) im Jahre 1844 den Unterschied zwischen objektiven und subjektiven Haftungsmerkmalen heraus. Zu dem subjektiven Merkmal des Verschuldens trat als objektives die Verletzung einer bestehenden Obligation hinzu. Puchta ging dabei von den „unerlaubten Handlungen“, die auch Obligationspflichtverletzungen schlechthin umfaßten, aus. Dennoch unterblieb die Beschäftigung mit Fällen der pFv, wofür nicht zuletzt der Begriff des „subjektiven Rechts“⁷¹), der zunehmend an Bedeutung gewann, verantwortlich zeichnete.

Entgegen der naturrechtlichen Auffassung von der „Gemeinschaft der Vertragspartner“⁷²) bezeichnete dieser Terminus den Vertrag als ein Gegeneinander von entgegengesetzten Interessen. Hier dominierte also das Recht des Subjekts, d. h. das dem Einzelnen durch die Rechtsordnung zuerkannte Vermögen. Die Vermögensrechte wurden dabei in solche, die die Verfügungsgewalt über den jeweiligen Gegenstand endgültig vermitteln und solche, die erst die Aussicht auf den Erwerb der Verfügungsgewalt eröffneten, indem sie den Anderen zur Leistung verpflichteten, untergliedert⁷³). Die Position des Gläubigers als desjenigen, dem

⁶⁶) Vgl. § 919 ABGB.

⁶⁷) Einen allgemeinen Überblick zur Pandektistik gibt Wieacker, (Anm. 22), S. 377 ff.

⁶⁸) Siehe z. B. J. F. L. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Aufl., 1843, S. 51 ff. (insbes. S. 53/4); A. F. J. Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 2. Aufl., Bd. 1, 1805, S. 183 ff. (insbes. S. 200 f.).

⁶⁹) Vgl. z. B. Göschen, (Anm. 68), S. 137 ff.; G. F. Puchta, Pandekten, 2. Aufl., 1844, S. 379 ff.

⁷⁰) (Anm. 69), S. 373.

⁷¹) Der Begriff stammt von Donnellus. — Näheres dazu bei Coing, (Anm. 28), S. 42 ff.

⁷²) Siehe oben II, 1 a.

⁷³) Coing, (Anm. 28), S. 45 f.

die Leistung zusteht, rückte in den Vordergrund. Folgerichtig verlagerte sich das Interesse der Juristen nunmehr weitgehend auf die einklagbaren Hauptpflichten. Dies führte dazu, daß dem Gläubigerinteresse gegenüber der Schuldnerpflicht absoluter Vorrang zugebilligt wurde. Eine dogmatische Einordnung der das Schuldverhältnis betreffenden Schuldnerpflichten unterblieb. Das Schuldverhältnis in seiner komplexen Natur⁷⁴⁾ fand keine Beachtung mehr.

Folglich lief Puchtas allgemeiner Haftungstatbestand Gefahr, nur hinsichtlich der Hauptpflichten beachtet zu werden. Ebenfalls wenig Aufmerksamkeit wurde der Leistungsunmöglichkeit geschenkt⁷⁵⁾.

b. Die 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts: Die Unmöglichkeitstheorie⁷⁶⁾: Als erster bemühte sich Savigny in seinem 1851 erschienenen 1. Band des Obligationenrechts um eine systematische Erfassung der Unmöglichkeit⁷⁷⁾. Er prägte den Begriff der „objektiven“ und „subjektiven“ sowie der „relativen“ und „absoluten“ Unmöglichkeit⁷⁸⁾.

Aber erst Friedrich Mommsen⁷⁹⁾ behandelte „die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse“ in einem einheitlichen System. Dabei baute er auf den bisherigen Resultaten der gemeinrechtlichen Wissenschaft auf, die die Frage der Haftung für Nichterfüllung nur nach den subjektiven Kriterien (*dolus, culpa*) löste. Sein Ziel war es, hinsichtlich nachträglicher Hindernisse das subjektive Haftungselement durch ein objektives — nämlich die Unmöglichkeit der Leistungserbringung — zu ergänzen⁸⁰⁾. Er glaubte in der Unmöglichkeit der Leistung eine selbständige und einheitliche Kategorie sehen zu müssen⁸¹⁾. Hierbei lehnte er sich unübersehbar eng an die Ausführungen Savignys über die ursprüngliche Unmöglichkeit an⁸²⁾. Aber auch aus dem ALR scheint Mommsens Unmöglichkeitstheorie Anregungen erfahren zu haben⁸³⁾. Begrifflich unterschied er die „wahre“ und die „nicht wahre“, die „ursprüngliche“ und die „nachträgliche“, die „objektive“ und „subjektive“, die „natürliche“ und

⁷⁴⁾ Das Schuldverhältnis beinhaltet grundsätzlich sowohl die Herbeiführung des Leistungserfolges als auch die Verpflichtung des Schuldners, sich vertragsgerecht zu verhalten. — Vgl. dazu F. Wieacker, *Leistungshandlung und Leistungserfolg*, in: Festschrift f. H. C. Nipperdey, Bd. 1, 1965, S. 783 ff.

⁷⁵⁾ Sofern die nachträgliche Unmöglichkeit Erwähnung fand, geschah dies zu meist mit ausdrücklichem Hinweis auf den zufälligen Sachuntergang. — Vgl. G. F. Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, hg. v. Rudorff, Bd. 1, 1847, S. 93.

⁷⁶⁾ Über die rechtshistorischen Grundlagen, vgl. Harting, (Anm. 26), S. 124 ff.

⁷⁷⁾ Das Obligationenrecht, Bd. 1, 1851, S. 381 ff.; vgl. auch Bd. 2, 1853, S. 284 ff. — ausführlich dazu Wollschläger, (Anm. 25), S. 121 f.

⁷⁸⁾ Savigny, (Anm. 77), Bd. 1, S. 383 f.

⁷⁹⁾ Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abth.: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, 1853, Vorwort, S. V.

⁸⁰⁾ Mommsen, (Anm. 79), S. 247.

⁸¹⁾ E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung*, in: Festschrift f. E. I. Bekker, 1907, S. 174.

⁸²⁾ Vgl. die in den Anm. 77 und 78 angegebenen Belege mit denen bei Mommsen, (Anm. 79), S. VII.

⁸³⁾ So auch K. O. Scherner, *Das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, in: *Recht u. Geschichte*, Bd. 2, 1965, S. 143 und Wollschläger, (Anm. 25), S. 123 — a. A. allerdings Jakobs, (Anm. 12), S. 116, Anm. 15.

die „rechtliche“, die „absolute“ und die „relative“ sowie die „dauernde“, „vorübergehende“ und „teilweise“ Unmöglichkeit.

Mommsen erstrebte mit seiner begrifflichen Durchdringung des überlieferten römischen Rechtsstoffes eine weitgehende Quellenharmonisierung⁸⁴). Doch wurde gerade im Hinblick auf den später relevanten Bereich der verschuldeten nachträglichen Leistungsunmöglichkeit deutlich, wie sehr er von den originären Quellen abwich. Denn bei den Römern spielte diese eine ganz unwesentliche Rolle⁸⁵). Er hingegen dehnte den Anwendungsbereich nach allen Seiten bewußt weit aus, so daß dieser sich schließlich mit dem Begriff der Leistungsstörungen deckte⁸⁶).

Für die Art und Weise der Behandlung dieser Unmöglichkeitsfälle nahm sich Mommsen offenbar den Gedanken vom Fortbestand der Forderung (*perpetuatio obligationis*) zum Vorbild⁸⁷). Nach seiner Auffassung blieb nämlich der Gegenstand der Obligation durch eine solche Unmöglichkeit unverändert. Zur Erfüllung dieser Obligation wäre es zwar nunmehr nötig, die unmögliche Leistung in ein (mögliches) Äquivalent zu verwandeln; trotzdem sollte der Schuldner fortwährend als auf die ursprünglich geschuldete Vertragsleistung verpflichtet angesehen werden, bis die Obligation in irgendeiner Weise bewirkt wurde⁸⁸).

Die Entstehung eines neuen selbständigen Schadensersatzanspruchs lehnte M. indes ausdrücklich ab⁸⁹). So vertrat er die Auffassung, der Gläubiger müsse nicht auf das Interesse klagen, da selbst wenn der Schuldner sich auf die Unmöglichkeit, seine Leistung zu erbringen, beriefe, dieser Umstand auf die eigentliche Verpflichtung keine Auswirkungen habe. Vielmehr solle der Schuldner beweisen, daß ihm die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich geworden sei. Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit wirke sich somit erst bei der Erfüllung aus, weil erst jetzt sich die ursprüngliche Leistung in eine adäquate Ersatzleistung umzuwandeln hätte⁹⁰). Daß der Schuldner haftete, stand damit fest; prozessual brauchte nur noch Art und Umfang festgestellt werden. Anders als noch beim ALR wandelte sich bei Mommsen die Forderung nicht erst bei fruchtloser Zwangsvollstreckung in ein Äquivalent, sondern schon im Zeitpunkt, in dem die Unmöglichkeit der Erfüllung eintrat. Er beabsichtigte also die Grenze zwischen Haftung und Nichthaftung des Schuldners bei Untergang des geschuldeten Gegenstandes eindeutig festzulegen⁹¹).

Seine Lehre war sicherlich geeignet, alle noch so unterschiedlichen Formen der Leistungsstörungen zu erfassen⁹²). Doch bedeutete dies keineswegs, daß er bis zu einem allgemeinen Tatbestand der Obligationsverletzungen vorgedrungen wäre. Überhaupt lag es ihm fern, ein in sich geschlossenes System der Leistungs-

⁸⁴) Rabel, (Anm. 81), S. 201.

⁸⁵) Rabel, (Anm. 81), S. 194ff.; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl., 1971; Wollschläger, (Anm. 25), S. 125f.

⁸⁶) Siehe Mommsen, (Anm. 79), Bd. 1, S. 231.

⁸⁷) Ebenso Rabel, (Anm. 81), S. 185, Anm. 1.

⁸⁸) Mommsen, (Anm. 79), Bd. 1, S. 229f.

⁸⁹) Mommsen, (Anm. 79), Bd. 1, S. 229.

⁹⁰) Mommsen, (Anm. 79), Bd. 1, S. 230.

⁹¹) Mommsen, (Anm. 79), Bd. 1, S. 232f.

⁹²) So insbesondere V. Emmerich, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, §§ 241–432, 1979, vor § 275, Rn. 13.

störungen zu entwickeln⁹³). Seine Ausführungen über die „Gründe der Nichterfüllung“ verdeutlichten, daß es ihm bei Obligationsverletzungen ausschließlich um die Nichterfüllung vereinbarter Haupt- und Nebenpflichten ging⁹⁴). Wenn auch der zentrale Haftungstatbestand die Nichterfüllung blieb⁹⁵), hatten sonstige Vertragspflichten in seinen dogmatischen Überlegungen keinen Raum⁹⁶). Seine vom subjektiven Recht geprägte Anschauung versperrte ihm letztlich den Blick für das Schuldverhältnis als einem aus einer Vielzahl von Pflichten bestehenden Obligation⁹⁷).

Maßgebenden Einfluß darauf, daß die Mommsen'sche Unmöglichkeitstheorie sich durchsetzen konnte, übte die Zustimmung Windscheids aus⁹⁸). W. faßte jene Lehre in knappe und leicht verständliche Sätze. Überdies räumte er ihr zentrale Bedeutung im 1865 erschienenen 2. Band seines Lehrbuches ein⁹⁹). Anders als Mommsen legte er ihr als zentralen Haftungstatbestand nicht die „Nichterfüllung“ zugrunde, sondern er konstruierte erstmals den selbständigen Tatbestand der verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit, der allein neben dem Schuldnerverzug stand¹⁰⁰). Ebenso wie Mommsen — wenn auch mit einigen Nuancen — sah er im Falle der verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit das alte Forderungsrecht als fortbestehend an¹⁰¹).

Da der Unmöglichkeitstatbestand unmittelbar das Entstehen des Schadensersatzanspruchs bewirkte, wurde bei Windscheid die Bedeutung der Unmöglichkeit noch gesteigert. Bezüglich sonstiger Obligationsverletzungen schien er ganz der Linie Mommsens zu folgen, allerdings ohne ihn zu erwähnen. Zwar war die Unmöglichkeitstheorie nicht unbestritten und erfuhr durchaus Kritik¹⁰²). Einen Tatbestand, der sonstige Vertragspflichtverletzungen erfassen sollte, benannten die Kritiker jedoch ebenfalls nicht¹⁰³).

⁹³) Blaurock, (Anm. 42), S. 56.

⁹⁴) F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht: 3. Abth.: Die Lehre von der Mora, 1855, S. 17.

⁹⁵) Mommsen, (Anm. 94), S. 19.

⁹⁶) Zwar erwähnte er solche, doch ging es ihm in diesen Fällen um den Nachweis, daß hier zuvorderst die geschuldete Leistung und nicht irgendein Äquivalent zu erbringen wäre. — (Anm. 79), Bd. 2, S. 79 ff.

⁹⁷) Harting, (Anm. 26), S. 124.

⁹⁸) So auch Wollschläger, (Anm. 25), S. 125; Blaurock, (Anm. 42), S. 55.

⁹⁹) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 1865, S. 45 ff., 319 f.

¹⁰⁰) Windscheid, (Anm. 99), S. 70 ff.

¹⁰¹) Windscheid, (Anm. 99), S. 48 — bei objektiver Unmöglichkeit sollte es — anders als bei der subjektiven — nur mit verändertem Gegenstand fortbestehen.

¹⁰²) Vgl. z. B. A. Brinz, Die Præstation unmöglicher Leistungen, in: Kritische Übersicht 5 (1857), 278 ff.; C. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 174 ff.; G. Hartmann, Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, 1875, S. 115 ff., 222 ff.

¹⁰³) Allerdings gab es eine Reihe von Pandektenwerken, die auch nach Erscheinen von Mommsens Unmöglichkeitstheorie weiterhin nur an den nach subjektiven Merkmalen benannten Haftungstatbeständen festhielten und die Unmöglichkeit nur am Rande erwähnten. — So etwa G. Ch. Burchardi, Das System und die innere Geschichte des Römischen Privatrechts, 2. Ausg., 3. Abth., 1854, S. 616; aber auch H. Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts,

c. **Fazit:** Somit gewann im 19. Jahrhundert unter dem Einfluß Mommsens und Windscheids die Unmöglichkeitstheorie zunehmend an Bedeutung. Dabei stellte die Lehre Mommsens keineswegs etwas Neues dar. Sie drängte aber die bisherigen Resultate der gemeinrechtlichen Wissenschaft, die lediglich den allgemeinen subjektiven Haftungstatbestand hervorhoben, in den Hintergrund, indem sie dem subjektiven Element das objektive der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit zur Seite stellte. Ganz in der „Vorstellung“ vom subjektiven Recht verhaftet, verlor das Schuldverhältnis in seinem ursprünglich aufgrund naturrechtlicher Vorstellungen komplexen Umfange eine Reduzierung auf das Gläubigerinteresse. Für die Beschäftigung mit den Schuldnerpflichten blieb infolgedessen kein Raum. Fälle der pFv fanden deshalb kaum mehr Beachtung.

3. *Die Gesetzgebungsarbeiten in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts bis zur Entstehung des BGB:*

In der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts unternahmen einzelne Staaten des Deutschen Bundes sowie auch der Deutsche Bund in seiner Gesamtheit Versuche, das Zivilrecht neu zu kodifizieren. Ebenso kam es in der Schweiz zu einer regen Kodifikationstätigkeit. Die Darstellung dieser Bestrebungen hinsichtlich des Leistungsstörungsrechts soll das Bild bis zu den beginnenden Gesetzgebungsarbeiten abrunden.

a. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen¹⁰⁴): Am 16. 02. 1853 veröffentlichte das großherzoglich-hessische Justizministerium den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Als Mommsens Unmöglichkeitstheorie in demselben Jahr erschien, waren die Arbeiten des Entwurfes schon abgeschlossen. Der Haftungstatbestand der verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit fand keinen Eingang in den Entwurf. Lediglich als Grund für die Auflösung der Verbindlichkeit bei zufälligem Unmöglichwerden der Leistung wurde der Unmöglichkeitstatbestand hervorgehoben¹⁰⁵).

Unter der Überschrift „Von den Folgen der verschuldeten Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Verbindlichkeit“ waren die Obligationsverletzungen zusammenhängend geregelt¹⁰⁶). Nichterfüllung und nicht gehörige Erfüllung bildeten die objektiven Haftungselemente, die Art. 236 als zentrale Haftungsnorm erfaßte. Von den Fällen der pFv wurde die Schlechtleistung geregelt. Sonstige Vertragspflichtverletzungen konnten zwar bei entsprechender Auslegung des Begriffes „Nichterfüllung“ durch diese Vorschrift erfaßt werden, jedoch verstand man damals unter Nichterfüllung die Nichterbringung der Hauptleistung, so daß an eine diesbezügliche Regelung nicht gedacht war¹⁰⁷).

Bd. 2, 1878, S. 89, der neben der „Nichterfüllung“ die „nicht gehörige Erfüllung“ als Haftungsmerkmale bezeichnete und somit auch sämtliche Fälle der Schlechtleistung erfaßte.

¹⁰⁴) Zur Entstehungsgeschichte: E. Schwartz, Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich; in: Archiv für Bürgerliches Recht 1 (1889), S. 125ff.; F. Vierhaus, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, S. 32.

¹⁰⁵) Vgl. Art. 360.

¹⁰⁶) Art. 236ff.

¹⁰⁷) Vgl. auch Harting, (Anm. 26), S. 154.

b. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern¹⁰⁸): Ähnlich wie schon im hessischen Entwurf wurde in den bayerischen Gesetzgebungsbestrebungen aus den Jahren 1860/64 die Unmöglichkeit als Befreiungsgrund behandelt¹⁰⁹). Zentraler Begriff im Bereich der Leistungsstörungen war die „Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung“¹¹⁰), als deren Unterfall Art. 109 die „nicht gehörige Erfüllung“ bezeichnete. Der Verzug wurde offensichtlich als eine Art der nicht gehörigen Erfüllung angesehen. Wegen seiner Folgen war er allerdings gesondert geregelt¹¹¹). Im übrigen galt für die Fälle der pFv das gleiche wie beim hessischen Entwurf.

c. Das sächsische BGB: Während die zuvor genannten Entwürfe über dieses Stadium nicht hinauskamen, war den sächsischen Kodifikationsbemühungen mehr Erfolg beschieden. Nachdem ein 1853¹¹²) erschienener und von Held redigierter Entwurf in der Öffentlichkeit teils wegen seiner engen Anlehnung an das österreichische ABGB, teils wegen seiner doktrinären und ungenauen Ausdrucksweise allgemein abgelehnt¹¹³) und 1860 ein neuer publiziert wurde, der aber auch wenig Zustimmung fand¹¹⁴), unterzog man ihn einer neuerlichen Überarbeitung.

Schließlich erfolgte am 21. 03. 1863 dessen Veröffentlichung als „sächsisches BGB“ und die Inkraftsetzung mit Wirkung zum 01. 03. 1865¹¹⁵).

Während der Entwurf von 1853 im Bereich der Leistungsstörungen den Verzug zwar eingehend regelte¹¹⁶), weitere Formen der Leistungsstörungen jedoch nicht ausdrücklich fixierte¹¹⁷), enthielt der darauf folgende von 1860 weitergehende zusammenhängende Regelungen¹¹⁸). Unwesentlich verändert gingen diese in die endgültige Gesetzesfassung über. Daraus stach besonders der § 721 sächs. BGB hervor:

„Wird die Erfüllung einer Forderung durch eine Verschuldung des Verpflichteten ganz oder theilweise unmöglich gemacht, so besteht dessen Verbindlichkeit dessenungeachtet fort und der Berechtigte kann Schadensersatz fordern ...“

Diese Vorschrift stellte im Bereich der Obligationsverletzungen neben der

¹⁰⁸) Zur Entstehung: Vierhaus, (Anm. 104), S. 26ff.; zum Folgenden auch Harting, (Anm. 26), S. 155f.

¹⁰⁹) Art. 119.

¹¹⁰) 2. Abth. (Art. 109—123).

¹¹¹) 3. Abth. (Art. 124—142). — Vgl. auch die anbeiliegenden Motive, S. 92ff.

¹¹²) Vgl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Dresden, o. J.

¹¹³) W. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 9; C. G. Wächter, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, 1853, S. 8—12.

¹¹⁴) Schwartz, (Anm. 104), S. 129.

¹¹⁵) Vgl. Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen. 1. Stück vom Jahre 1865 — abgedruckt in: Neudruck privatrechtlicher Kodifikationen, Bd. 4, „Sächsisches BGB“.

¹¹⁶) §§ 631—657.

¹¹⁷) Vgl. § 743. Dieser beschäftigte sich zwar hauptsächlich mit dem Ausschluß der Rücktrittsberechtigung in bestimmten Fällen. Er besagte jedoch auch, daß neben der genauen Vertragserfüllung Ersatz gefordert werden konnte, wenn die Erfüllungsmodalitäten nicht eingehalten wurden.

¹¹⁸) Vgl. §§ 707ff.; §§ 740ff.; §§ 752ff.

Verzugsregelung (§ 740) die einzige Haftungsnorm dar. Erstmals wurde in einem Gesetzgebungswerk die Unmöglichkeit nach dem Vorbilde Mommsens in den Vordergrund gestellt¹¹⁹⁾. Bei dieser Konstruktion berief sich der Redaktor Siebenhaar auf das Vorbild der perpetuatio obligationis¹²⁰⁾. Eine Forderungsumwandlung fand demnach nicht statt. Prozessual folgte daraus, daß der Gläubiger auf die unmögliche Leistung klagen und seinen Schaden im Zwangsvollstreckungsverfahren liquidieren konnte. Von Einwendungen des Schuldners, die Leistung wäre unmöglich, nahm erst die Vollstreckungsinstanz Notiz¹²¹⁾.

Da im sächsischen BGB Haftungstatbestände der „Nichterfüllung“ und der „nicht gehörigen Erfüllung“, wie sie noch der hessische und bayerische Entwurf enthielten, fehlten, konnten Fälle der pFv von den Leistungsstörungenregelungen nicht erfaßt werden¹²²⁾. Doch wies das sächsische BGB im Bereich der unerlaubten Handlungen aufgrund der allgemeinen Fassung der Deliktstatbestände Haftungsnormen auf, die jeden Vermögensschaden einschlossen¹²³⁾, also auch Schäden, die in Verbindung mit einer Obligation entstanden¹²⁴⁾. Da bei diesen Deliktstatbeständen — anders als beim ALR¹²⁵⁾ — auch hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf das Leistungsstörungsrecht keine Ausschlußbestimmung existierte, waren sie geeignet, die nun bestehende „Lücke“ auszufüllen. Bei praktischer Rechtsanwendung konnte dieser „Lücke“ deshalb keine Bedeutung zukommen.

d. Der „Dresdener Entwurf“ von 1866¹²⁶⁾: Im Rahmen des Bemühens für den Deutschen Bund eine allgemeingültige Zivil- und Kriminalgesetzgebung herbeizuführen, begannen am 07. 01. 1863 in Dresden die Beratungen über den Entwurf eines „allgemeinen Gesetzes über Obligationenrecht für die deutschen Bundesstaaten“¹²⁷⁾. Als Leitfaden für die weiteren Beratungen dienten der hessische und bayerische Entwurf sowie das sächsische BGB¹²⁸⁾. Standen zunächst wie beim hessischen und bayerischen Entwurf die Tatbestände „Nichterfüllung“ und der „nicht gehörigen Erfüllung“ (Art. 276) und des Ver-

¹¹⁹⁾ Vgl. E. Siebenhaar (Hg.), Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Bd. 1, 2. Aufl., 1869 — Pöschmann — II, Anm. zu § 1009.

¹²⁰⁾ Lehrbuch des sächs. Privatrechts, 1872, § 285 (474); vgl. auch Harting, (Anm. 26), S. 163.

¹²¹⁾ Wollschläger, (Anm. 25), S. 176.

¹²²⁾ Harting, (Anm. 26), S. 160.

¹²³⁾ Insbesondere § 116 sächs. BGB: „Wer durch Handlungen, seien es Begehungen oder Unterlassungen, die Rechte eines Anderen verletzt, ist, wenn ihm eine Verschuldung zur Last fällt, dafür einzustehen verbunden.“ — Vgl. auch §§ 773—781; §§ 1483—1496.

¹²⁴⁾ E. Siebenhaar (Hg.), Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Bd. 2, 2. Aufl., 1869 — Siegmann — I, § 116; Siebenhaar, (Anm. 119), II, § 773.

¹²⁵⁾ Siehe oben II, 1 a, bb.

¹²⁶⁾ Ausführlich zur Vorgeschichte des Entwurfes: J. W. Hedemann, Der Dresdener Entwurf von 1866, 1935.

¹²⁷⁾ Vgl. Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allg. Deutschen Obligationenrechts, Bd. 1, 1863, S. 4.

¹²⁸⁾ (Anm. 127), S. 5f.

zuges (Art. 281) nebeneinander. So vollzog sich im Verlauf der Beratungen der Wechsel zur sächsischen „Lösung“¹²⁹⁾.

Gegen die Untersuchung von Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung wendete sich der Referent Siebenhaar mit der Begründung, die Kommission hätte auch bei der Behandlung der Vertragsstrafe die Nichterfüllung der nicht gehörigen Erfüllung gleich geachtet. Demgemäß wurden im Entwurf 1. Lesung beide Tatbestände als „Nichterfüllung“ zusammengefaßt.

In der darauf folgenden 2. Lesung gestaltete man den Haftungstatbestand nach der Vorlage des § 721 sächsisches BGB um:

„Wird die Erfüllung der Verbindlichkeit durch die Verschuldung des Schuldners ganz oder theilweise unmöglich, so besteht dessen Verbindlichkeit desungeachtet fort und der Gläubiger kann wegen des ihm durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit unmittelbar oder mittelbar zugegangenen Verlustes und entgangenen Gewinnes ... Schadensersatz verlangen“¹³⁰⁾.

Als Art. 273 S. 1 wurde diese Bestimmung in den endgültigen Entwurf übernommen. Damit war nach der 3. Änderung die eingangs erwähnte „nicht gehörige Erfüllung“ als spezielle Haftungsregelung weggefallen. Der Versuch Wollschlägers¹³¹⁾, die Schlechterfüllung als teilweise Unmöglichkeit in Bezug auf die Qualität der Leistung zu konstruieren, da nicht erkennbar sei, daß die Absicht bestand, die Ersatzpflicht irgendwie zu verkürzen, geht fehl. Zwar sollte der begriffliche Wechsel von Nichterfüllung zur Unmöglichkeit allein den Zweck haben, die vorrangige Naturalerfüllung zum Ausdruck zu bringen¹³²⁾. Doch dokumentierte er auch, wie wenig man dabei an die durch diese Abänderung herbeigeführten Konsequenzen dachte. Gerade darin belegt sich jedoch die geringe Beachtung, die die Schuldnerpflichten gegenüber dem Gläubigerinteresse fanden. Fälle der pFv ließen sich folglich nicht durch Art. 273 S. 1 erfassen¹³³⁾. Insoweit bestand Übereinstimmung mit dem sächsischen BGB. Im Gegensatz zu diesem enthielt der Dresdener Entwurf im Bereich der unerlaubten Handlungen allerdings keine derart allgemeine Fassung der Deliktstatbestände¹³⁴⁾. Es bestand hier also eine Regelungslücke, die wohl deshalb nicht problematisiert wurde, weil der Dresdener Entwurf sich nie der „Bewährungsprobe“ als geltendes Recht zu unterziehen brauchte.

e. Das schweizerische Obligationenrecht von 1881: Der 1. Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechts reicht in das Jahr 1869 zurück¹³⁵⁾; diesem folgten noch drei weitere¹³⁶⁾.

Zuvor gab es schon eine Reihe kantonaler Kodifikationen¹³⁷⁾, deren bedeu-

¹²⁹⁾ Vgl. Harting, (Anm. 26), S. 161 ff.

¹³⁰⁾ Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allg. Deutschen Obligationenrechts, Bd. 5, 1865, S. 3792 und 4166.

¹³¹⁾ (Anm. 25), S. 177.

¹³²⁾ Wollschläger, (Anm. 25), S. 177.

¹³³⁾ Im Ergebnis ebenso Harting, (Anm. 26), S. 165.

¹³⁴⁾ Die Art. 1007 ff. erwähnten nur Tötung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung u. ä.

¹³⁵⁾ Vgl. A. Meili, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, 1976, S. 20f.

¹³⁶⁾ Meili, (Anm. 135), S. 22/3.

¹³⁷⁾ Eine Übersicht findet sich bei Meili, (Anm. 135), S. 14.

tendste, das „Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich“, 1855 veröffentlicht wurde¹³⁸), und als Obligationsverletzungen nur Verzug¹³⁹) und Leistungsunmöglichkeit¹⁴⁰) regelte¹⁴¹).

In dem schließlich 1881 zustande gekommenen gesamtschweizerischen Obligationenrecht war der Schuldnerverzug sehr eingehend geregelt¹⁴²). Ansonsten enthielt dieses Gesetz nur noch in Art. 110¹⁴³) die Unmöglichkeit als Haftungstatbestand. Allerdings wurde der Terminus „Unmöglichkeit“ nicht ausdrücklich verwendet. Stattdessen fand sich die Formulierung: „kann ... überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden“. Diese ließ zumindest bei großzügiger Auslegung der Worte „nicht gehörig erfüllen“, für die Fälle der sonstigen Vertragsverletzungen eine Anwendung des Art. 110 zu¹⁴⁴). Im übrigen dürfte ebenso wie im sächsischen BGB die weite Fassung des Deliktstatbestandes die im Leistungsstörungenrecht vorhandene Regelungslücke verdeckt haben¹⁴⁵).

Wie der Code Civil enthielten die Art. 111 und 112 Regelungen, wonach sich jede auf ein Tun oder Unterlassen gerichtete Obligation im Falle der Nichterfüllung in eine Schadensersatzforderung auflöste¹⁴⁶).

f. **Fazit:** In den Gesetzgebungsarbeiten nach Erscheinen der Mommsen'schen Unmöglichkeitslehre gewann der Unmöglichkeitstatbestand als Haftungsnorm eine zunehmende Bedeutung. Während der hessische und bayerische Entwurf noch von den bislang üblichen allgemeinen Haftungstatbeständen der „Nichterfüllung“ und der „nicht gehörigen Erfüllung“ ausgingen, wiesen schon das darauf folgende sächsische BGB, der Dresdener Entwurf und auch das schweizerische Obligationenrecht neben der Regelung des Verzuges nur noch die der verschuldeten nachträglichen Leistungsunmöglichkeit auf. Dabei ist eine kontinuierlich verlaufende Entwicklungslinie hin zu der bereits charakterisierten Gesetzeslücke für die Fälle der pFv erkennbar.

Als Folge des „subjektiven Rechts“, welches mittlerweile völlig den Blick der Juristen für die Fälle der pFv verschloß, ergab sich zunächst eine „Regelungslücke“ im Recht der Leistungsstörungen. Die eigentliche Lücke im Gesetz verhüllte dabei noch — wie etwa beim sächsischen BGB und dem schweizerischen Obligationenrecht — eine weite Fassung der Deliktstatbestände. Mangels ähnlicher deliktsrechtlicher Regelungen weitete die bislang „unechte“ Lücke sich im Dresdener Entwurf schließlich zu einer „echten Gesetzeslücke“.

¹³⁸) Meili, (Anm. 135), S. 15ff.

¹³⁹) §§ 957/958, 1005, 1008.

¹⁴⁰) § 997.

¹⁴¹) Sein Schöpfer, Bluntschli, blieb dabei gewiß nicht unbeeindruckt von Mommsen'scher Unmöglichkeitslehre!

¹⁴²) Art. 117—125.

¹⁴³) Wortlaut des Art. 110: „Kann die Erfüllung einer Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner Schadensersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, daß ihn keinerlei Verschulden zur Last falle.“

¹⁴⁴) Harting, (Anm. 26), S. 171.

¹⁴⁵) Art. 50 lautet: „Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.“

¹⁴⁶) Vgl. oben II, 1 c.

III. Die Entstehung des Leistungsstörungsrechts im BGB

Mit der Gründung des deutschen Reiches im Jahre 1871 entstand naturgemäß das Bedürfnis nach einer einheitlichen Reichsgesetzgebung. So begannen, nachdem zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Reiches auf das gesamte bürgerliche Recht ausgedehnt war, die Vorarbeiten zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁴⁷⁾. Eine zu diesem Zwecke 1874 eingesetzte Vorkommission beauftragte noch in demselben Jahr elf Juristen mit der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfes.

1. Der „1. Entwurf“:

Dieser Gesetzesentwurf, der sogenannte „1. Entwurf“ (E I) wurde 1888 mit fünf Bänden Motiven¹⁴⁸⁾ der Öffentlichkeit übergeben¹⁴⁹⁾. Für den Bereich der Gestaltung des künftigen Schuldrechts, insbesondere der Regelung der Leistungsstörungen, drängten sich zwei Aspekte als richtungsweisend in den Vordergrund: Zum einen wurde dem Teilentwurf, der das Recht der Schuldverhältnisse betraf (dessen Verfasser v. Kübel vorzeitig verstarb), weitgehend der Dresdener Entwurf von 1866 zugrunde gelegt¹⁵⁰⁾; zum anderen prägte der „überragende“ Einfluß Windscheids die Beratungen der Kommission¹⁵¹⁾. Es war deshalb nicht verwunderlich, im Entwurf der 1. Lesung im Bereich der Obligationsverletzungen lediglich die Leistungsunmöglichkeit¹⁵²⁾ und den Schuldnerverzug¹⁵³⁾ als objektive Haftungstatbestände vorzufinden.

2. Kritische Stimmen:

Allerdings rief die Fassung des E I allgemein massive Kritik hervor¹⁵⁴⁾, von der insbesondere der hier relevante Bereich der Leistungsstörungen nicht ausgespart blieb. Heftige Reaktionen widerfuhren vor allem den Unmöglichkeitstatbeständen. Es wurde die „wahrhaft raffinierte Unklarheit und Schwerfälligkeit“¹⁵⁵⁾ dieser Vorschriften ebenso wie deren „casuistische, lehrbuchartige Erörterung“¹⁵⁶⁾ getadelt.

Noch weiter ging Gierke¹⁵⁷⁾, der vom „Beispiel der Sprachverderbnis, mit welcher uns die sklavische Abhängigkeit des Entwurfes von seinen eigenen Kunst-

¹⁴⁷⁾ Zur Entstehung allgemein: Wieacker, (Anm. 22), S. 468 ff.; H. Thieme, Aus der Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches, DJZ 1934, 968 ff., H. Brox, Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 13. Aufl., 1989, § 2 I 1; Rn. 20.

¹⁴⁸⁾ Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888.

¹⁴⁹⁾ Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Lesung, 1888.

¹⁵⁰⁾ Näheres dazu in der „Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches“, 1896 (ergänzt v. H. Jäntsch), Einleitung, S. XIII; vgl. aber auch Hedemann, (Anm. 126), S. 40.

¹⁵¹⁾ Wieacker, (Anm. 22), S. 469.

¹⁵²⁾ §§ 237–244.

¹⁵³⁾ §§ 245–253.

¹⁵⁴⁾ Wieacker, (Anm. 22), S. 469 f.

¹⁵⁵⁾ P. Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Abschnitt, Titel 1–3, AcP 73 (1888), 60 (199).

¹⁵⁶⁾ Laband, (Anm. 155), 195.

¹⁵⁷⁾ Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889, S. 30.

ausdrücken bedroht“, sprach. Seiner Ansicht nach „hätte man das, was man sagen wollte, auf eine viel einfachere Weise gemeinverständlich ausdrücken können“.

Vielfach wurden einzelne Unmöglichkeitsvorschriften für überflüssig gehalten¹⁵⁸). Gebhardt¹⁵⁹ wollte sogar der Regelung des französischen Code Civil (Art. 1142) den Vorzug geben. Im wesentlichen rügte man aber lediglich Mängel formaler Natur. Stimmen zu Fällen der Schlechtleistung und sonstigen Vertragsverletzungen finden sich — soweit ersichtlich — hingegen nicht.

3. Vom „2. Entwurf“ zum BGB:

Nachdem die Stellungnahmen gesichtet waren, wurde vom Reichsjustizamt 1890 eine 2. Kommission eingesetzt, die aus Juristen, Vertretern verschiedener Berufskreise und Nationalökonomien bestand. Diese veröffentlichte 1895 einen „2. Entwurf“ (E II)¹⁶⁰) mit Protokollen, dem jedoch trotz der teilweise harten Kritik der E I zugrunde lag¹⁶¹). An der Unmöglichkeitregelung desselben wurde festgehalten¹⁶²). Als die §§ 232 ff. war sie Teil des E II. Ebenso wurden die Verzugsvorschriften übernommen (§§ 240 ff.). Insoweit änderte sich auch nicht mehr viel durch die 1896 dem Reichstag als „3. Entwurf“ (E III)¹⁶³) vorgelegte Fassung. In dem schließlich gültigen Gesetzestext des BGB, das am 01. 01. 1900 in Kraft trat, blieben die Unmöglichkeitregelungen (§§ 275 ff., 323 ff.) und die Verzugsvorschriften (§§ 284 ff., 326) im Vergleich zu den beiden vorangegangenen Entwürfen ohne weitere wesentliche Veränderungen. Aus ihnen ergaben sich die einzigen ausdrücklich erwähnten Haftungstatbestände für schuldhaftes Vertragsverletzungen im Leistungsstörungenrecht des Allgemeinen Teils des Schuldrechts. Diese Tatbestände der verschuldeten nachträglichen Leistungsunmöglichkeit und des Verzuges finden heute als §§ 280, 325 BGB und §§ 286, 326 BGB ihre Regelung.

4. Die zentrale Stellung des Unmöglichkeitstatbestandes:

Unverkennbar nehmen die Unmöglichkeitsvorschriften im Leistungsstörungenrecht des BGB die zentrale Stellung ein. Hatte Mommsen¹⁶⁴) den Verzug wegen

¹⁵⁸) L. Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Heft: Die formalen Mängel, 1889, S. 172: § 237 I E I — Gierke, (Anm. 157), S. 30; Laband, (Anm. 155), 195; L. Seuffert, Die allg. Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB für das Deutsche Reich, hg. v. E. I. Bekker u. O. Fischer, 11. Heft, 1889, S. 17; R. Leonhard, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich und seine Beurteilung, 1891, S. 47f.: § 237 II E I — Laband, (Anm. 155), 197: § 240 E I.

¹⁵⁹) Das Recht der Schuldverhältnisse im Allgemeinen, verglichen mit den treffenden Bestimmungen des Code Civil, in: Gutachten aus dem Rechtsanwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1890, S. 260f.

¹⁶⁰) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Lesung, 1894.

¹⁶¹) Vgl. Wieacker, (Anm. 22), S. 471.

¹⁶²) Im einzelnen, vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichs-Justizamts, bearbeitet v. Archilles u. a., Bd. 1, 1897 (Protokolle I), S. 302ff.

¹⁶³) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Dem Reichstage vorgelegt, 1896.

¹⁶⁴) (Anm. 94), S. 22.

seiner besonderen Rechtsfolgen noch als selbständiges Rechtsinstitut behandelt, wurde nun dazu übergegangen, ihn „einheitlich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen ... über die Unmöglichkeit der Erfüllung festzusetzen“¹⁶⁵). Rein äußerlich erschien der Verzug gegenüber den Unmöglichkeitsvorschriften auch jetzt noch als selbständige Regelung. Die Aussagen der 1. Kommission hoben jedoch hervor, daß sie in ihm lediglich einen „Fall theilweiser Unmöglichkeit der Leistung“ sehen wollte¹⁶⁶). Diese systematische Unterordnung des Verzuges unter die Unmöglichkeitsvorschriften bestätigt der § 285 BGB, der letztlich keinen anderen Aussagegehalt als sein Vorläufer — der § 246 E I¹⁶⁷) — hatte.

Unter Unmöglichkeit der Leistung versteht das BGB seit seinem Inkrafttreten lediglich die „objektive“ Unmöglichkeit, der allerdings in § 275 II das subjektive Unvermögen gleichgestellt ist¹⁶⁸). Wird der Schuldner gemäß § 275 bei nicht von ihm zu vertretender Unmöglichkeit zur Leistung von seiner Verpflichtung befreit, so haftet er gemäß § 280 für den Fall, daß er die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Für den Verzug spricht § 286 die entsprechende Rechtsfolge aus.

Allerdings können sich aus der Qualifizierung des Verzuges als einer teilweisen Unmöglichkeit auf den ersten Blick Überschneidungen ergeben. Denn eigentlich würde der Eintritt des Verzuges die Rechtsfolge der Unmöglichkeitsregelungen auslösen. Insbesondere deshalb stellte Goldschmidt¹⁶⁹) schon in seiner Kritik zu dieser Regelung im E I fest, daß zu allem Überfluß für den Fall des Verzuges der Inhalt des § 240 E I (= § 280 I BGB) sogar nochmals mit dem § 247 I E I (= § 286 I BGB) wiederholt worden sei. Diese Feststellung verkannte jedoch, daß ausdrücklich zwischen Unmöglichkeit und Verzug getrennt werden sollte¹⁷⁰). Und dies nicht zuletzt deshalb, weil bei letzterem davon ausgegangen wurde, daß die geschuldete Leistung noch — wenn auch verspätet — erbringbar wäre. Deshalb sollte die Rechtsfolge des § 286 BGB auch nur den durch die verzögerte Nichtleistung entstandenen Schaden ersetzen. Die geschuldete Hauptleistungspflicht hingegen erlosch nicht.

Denn war die Hauptleistung lediglich zu einer bestimmten Zeit nicht erbracht worden, lag darin nur eine zeitweise Leistungsunmöglichkeit. Schon dies verdeutlicht, weshalb der Verzug trotz seiner Unterordnung unter die allseits dominierenden Unmöglichkeitsnormen eine gesonderte Regelung erfuhr¹⁷¹).

¹⁶⁵) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2; Recht der Schuldverhältnisse, 1888, (Mot. II), S. 60.

¹⁶⁶) Mot. II (Anm. 165), S. 51; S. 56: „Der Verzug des Schuldners involviert eine von demselben zu vertretene theilweise Unmöglichkeit der Erfüllung der ihm obliegenden Leistung, nämlich in Ansehung der Zeit, zu der sie zu bewirken ist.“

¹⁶⁷) Der Wortlaut des § 246 E I: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange er in Folge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes nach den Vorschriften der §§ 237, 241 zu leisten nicht verpflichtet ist.“ — Vgl. auch die dem § 246 E I entsprechenden §§ 241 E II u. 279 E III.

¹⁶⁸) Vgl. auch Mot. II, (Anm. 165), S. 44 ff.

¹⁶⁹) (Anm. 158), S. 124.

¹⁷⁰) So auch P. Oertmann, Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, §§ 241—432, 5. Aufl., 1928, Vorb. 4 zu §§ 275—283.

¹⁷¹) Vgl. Mot. II, (Anm. 165), S. 56 ff.

IV. Die „Lücke“ im BGB:

Doch wenden wir uns nun der von Staub festgestellten Lücke im BGB zu. Nach Staubs Ansicht waren weder Verzug noch Unmöglichkeit geeignet, für die Fälle der pFv als Haftungsnormen zu dienen¹⁷²). Daraus resultierte, daß sowohl die Schlechtleistung als auch die Fälle sonstiger Vertragspflichtverletzungen im Leistungsstörungenbereich des BGB einer Regelung entbehrten — also eine „Lücke“ existierte. Doch gerade weil diese Feststellung zu heftigen Kontroversen führte, und von den Gegnern der „Lückentheorie“ als Haftungsnormen für die Fälle der pFv sowohl der § 280 I BGB als auch der § 276 I S. 1 BGB ins Feld geführt wurden, soll dieser Streit nicht ausgespart bleiben; vielmehr kann anhand des Quellenmaterials die Richtigkeit der Feststellung Staubs aufgezeigt werden.

Hinreichenden Aufschluß darüber, weshalb der die verschuldete Leistungsunmöglichkeit regelnde § 280 I BGB oder gar die inmitten der Unmöglichkeitsnormen eingebettete Regelung des § 276 I BGB nicht als geeignete Haftungstatbestände anzusehen waren, geben die verschiedenen Kommissionsentwürfe, die sie begleitenden Motive sowie die Protokolle der einzelnen Sitzungen.

1. Anwendbarkeit des § 280 I BGB als Haftungstatbestand:

Der § 280 I BGB geht auf § 240 I E I zurück. Letzterer lautete:

„Kann der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllen, weil die ihm obliegende Leistung in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ganz oder theilweise unmöglich geworden ist, so ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger, den durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit verursachten Schaden zu ersetzen.“

Verglichen mit der Fassung des E I ist dem § 280 I BGB keine wesentliche Änderung widerfahren. Redaktionelle Abwandlungen konnten für den ursprünglichen Aussagegehalt dieser Norm nichts bewirken¹⁷³). Deshalb war bezüglich der Entstehung des § 280 I BGB der § 240 I E I ausschlaggebend. Er ist denn auch grundlegend für das seinerzeitige Verständnis der infrage stehenden Norm.

Hinsichtlich des § 240 E I vertritt insbesondere Himmelschein¹⁷⁴) die Ansicht, sämtliche Fälle der Schlechtleistung¹⁷⁵) oder solche der Verletzung anderer vertraglicher Pflichten hätten von dieser Regelung erfaßt werden sollen. Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet dabei der Umfang der dem Schuldner obliegenden Leistung und welche Leistung zu erbringen ist, um die Verbindlichkeit zu erfüllen. Dabei legt Himmelschein den § 224 I E I zugrunde, der bestimmt, daß die Leistung vollständig zu bewirken ist. Aus dem Begriff der „vollständigen Leistung“ ergebe sich zwar noch nicht die Art und der Umfang der Leistungs-

¹⁷²) Siehe oben I.

¹⁷³) Vgl. auch § 236 E II und § 274 E III — überhaupt lassen sich keine Einwände gegen diese Vorschrift in den weiteren Beratungen der Kommission finden.

¹⁷⁴) (Anm. 63), 291; vgl. auch Blaurock, (Anm. 42), S. 57.

¹⁷⁵) Zumindest im Falle der Schlechtleistung wollten auch F. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB für das Deutsche Reich, 1900, S. 14, 24ff., 94ff., und W. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900, S. 165ff., 193ff. die heutigen §§ 280, 325 BGB als Haftungsnorm sehen.

pflicht, doch setzt er „v. L.“ mit „exakter Erfüllung“ gleich. Darunter sollen neben der vertraglichen Hauptpflicht ebenso die Fälle aller ansonsten dem Schuldner obliegenden vertraglichen Pflichten fallen. Nicht zuletzt aus § 359 E I¹⁷⁶) gehe dies hervor. Danach läge eine Nichterfüllung vor, wenn überhaupt nicht geleistet würde und wenn das Geleistete in irgendeiner Beziehung von dem Geschuldeten abweiche. Die Leistung wäre in diesem Falle nicht vollständig bewirkt, daher zu demselben Zeitpunkt in der üblichen Form nicht nachholbar und somit unmöglich¹⁷⁷). An dieser Ansicht besteht zunächst ihre logische Konsequenz. Noch dazu scheint sie durch eine Aussage der Kommission gestützt zu werden. Denn diese hatte es für „nicht unnötig“ befunden, ausdrücklich darauf hinzuweisen, „daß die Verpflichtung ihrem ganzen Umfange nach, insbesondere in Ansehung aller Nebenpunkte zu erfüllen sei“¹⁷⁸).

Insoweit erweist sich Himmelscheins These vordergründig als zutreffend. Besonders auffällig ist jedoch seine begriffliche Gleichsetzung von „exakter“ und „vollständiger“ Leistung und damit einhergehend das Zugrundelegen eines sehr „weiten“ Leistungs- und Unmöglichkeitbegriffes. Demzufolge sind keine Fälle der Nichterfüllung einer vollständigen Leistung mehr nachweisbar, die nicht zugleich eine vollständige oder teilweise Unmöglichkeit der exakten Leistung nach sich zögen¹⁷⁹). Es ist jedoch nicht einsichtig, warum außer der Nichterfüllung das Gesetz dann noch als weitere Voraussetzung für die Haftung des Schuldners die Unmöglichkeit der Leistung nannte¹⁸⁰). Gerade die dem § 240 I E I zugrundeliegende Wertung läßt erkennen, daß es Fälle geben sollte, in denen die Leistung durch den Schuldner noch erbringbar ist¹⁸¹). Dann aber hatte der Schuldner den Gläubiger durch diese — und nur durch diese — zu befriedigen!

Ist es demzufolge schon nicht statthaft den Begriff der „exakten“ Leistung als den der BGB—Verfasser anzunehmen, so wird dies bei Betrachtung des Begriffs des „Schuldverhältnisses“ noch deutlicher. Diesbezüglich verwies die Kommission ausdrücklich darauf, daß die Begriffsbestimmung der Wissenschaft überlassen bliebe¹⁸²). Die Wissenschaft wiederum definierte das Schuldverhältnis ganz im Sinne der Theorie des „subjektiven Rechts“¹⁸³), nämlich als das „obligatorische Recht des Gläubigers“¹⁸⁴).

Das bedeutet jedoch, daß die Rechtsposition des Obligationsgläubigers im

¹⁷⁶) Der Wortlaut des § 359 E I: „Der Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt.“

¹⁷⁷) Vgl. zu dieser Argumentation im Hinblick auf § 280 BGB auch E. Goldmann/L. Lilienthal, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 2. Aufl., 1903, S. 333; vgl. ebenfalls Mommsen, (Anm. 94), S. 13 und (Anm. 79), S. 9, 153 ff.

¹⁷⁸) Mot. II, (Anm. 165), S. 26.

¹⁷⁹) So Himmelschein, (Anm. 63), 306.

¹⁸⁰) Ebenso Stoll, (Anm. 156), 275; Jakobs, (Anm. 12), S. 24.

¹⁸¹) Auch die Existenz der gesonderten Verzugsregelungen spricht dafür! — Siehe oben III, 4.

¹⁸²) Mot. II, (Anm. 165), S. 2.

¹⁸³) Siehe oben II, 2 a. — Vgl. auch Coing, (Anm. 28), S. 53.

¹⁸⁴) Mot. II, (Anm. 165), S. 49.

Vordergrund stand, nicht hingegen — wie bei Himmelschein — die Schuldnerpflicht zur Leistung. Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 240 I E I wurde folglich nicht als Unmöglichkeit der Bewirkung des Erfolges durch den Schuldner, sondern als eine Unmöglichkeit der Verwirklichung des Gläubigerinteresses aufgefaßt¹⁸⁵). Dem kommt insofern Bedeutung zu, als Schuldnerpflichten und Gläubigerinteressen durchaus nicht deckungsgleich sein müssen. So kann der Gläubiger — trotz Schlechtleistung oder der Verletzung sonstiger vertraglicher Pflichten durch den Schuldner — dennoch ein Interesse an der (noch möglichen) vereinbarten (Haupt-) Leistung haben. Dann aber ist die Erfüllung seines Interesses nicht unmöglich. Der Begriff der vollständigen Leistung, wie ihn seine Urheber zugrundelegten, konnte demnach nur die geschuldete Einzelleistung, wie sie vertragsgemäß durch Gegenstand, Ort und Zeit präzisiert wird, umfassen¹⁸⁶). Der Hinweis der Kommission auf die „Nebenpunkte“, ebenso wie die Existenz des § 356 E I, beweist hingegen nur, daß die Zugehörigkeit der sonstigen sich aus einem Schuldverhältnis ergebenden Pflichten zu den Schuldnerpflichten von ihr nicht übersehen worden war. In ihrer allgemeinen Bedeutung für das Schuldverhältnis wurden die sonstigen Pflichten des Schuldners allerdings nicht erkannt¹⁸⁷).

Wie sich aus der Entstehung des § 280 I BGB erkennen läßt, war der Tatbestand der verschuldeten nachträglichen Leistungsunmöglichkeit nur für die Fälle, in denen die gegenständlich geschuldete Leistung unmöglich wurde, vorgesehen. Dies ist um so folgerichtiger, als das Gesetz mit Unmöglichkeit und Verzug nur Verletzungen der Schuldnerverpflichtung hinsichtlich der Nichterfüllung des Gläubigerinteresses kannte¹⁸⁸). Demgemäß konnte eine schuldhaft Pflichtverletzung nach der gesetzlichen Regelung nicht ersatzpflichtig machen, wenn sie weder Unmöglichkeit noch Verzug (der gegenständlichen Leistung) zur Folge hatte. Im übrigen war die gesetzliche Bestimmung nur dann sinnvoll, wenn lediglich für die von ihr wirklich bestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen die jeweiligen Rechtsfolgen aufgezeigt wurden¹⁸⁹). Für die Fälle der pFv fehlte es — wie Staub berechtigterweise hervorhob — in der Vorschrift des § 280 I BGB entsprechend den Intentionen des Gesetzgebers, aber an jenen Tatbestandsvoraussetzungen.

2. Die Anwendbarkeit des § 276 I S. 1 BGB:

Betrachten wir nun den zweiten potentiellen Haftungstatbestand.

Daß jede schuldhaft Pflichtverletzung zum Ersatze des dem Gläubiger daraus entstandenen Schadens verpflichtet, war schon vom Reichsgericht¹⁹⁰) anerkannt. Es leitete diesen Rechtsgrundsatz aus § 276 I S. 1 BGB her. Demzufolge sollte diese Vorschrift einen allgemeinen Verschuldenshaftungstatbestand im

¹⁸⁵) Wieacker, (Anm. 74), S. 794/5.

¹⁸⁶) Stoll, (Anm. 56), 277; Jakobs, (Anm. 12), S. 24f. — Sogar Himmelschein, (Anm. 63), 277 räumt ein, daß sich damals „der Blick der Juristen auf die Hauptleistung“ konzentrierte.

¹⁸⁷) So auch Stoll, (Anm. 56), 277/8.

¹⁸⁸) Zitelmann, (Anm. 15), S. 268.

¹⁸⁹) Jakobs, (Anm. 12), S. 17.

¹⁹⁰) RGZ 52, 18 (19); 53, 200 (202); 56, 166 (169); 62, 119 (120); insbesondere RGZ 66, 289 (291); 99, 96 (101 ff.); aber auch RGZ 106, 22 (25 f.), vgl. zusätzlich C. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902, S. 65.

Bereich der Leistungsstörungen begründen, der dann naturgemäß die Fälle der pFv mitumfaßte¹⁹¹).

Allein aufgrund des Wortlautes des § 276 I S. 1 BGB erschien dies jedoch schon fraglich. Die wörtliche Aussage deutet eher darauf hin, daß es sich hier lediglich um die zivilrechtliche Definition der Schuld handelte¹⁹²).

Die Untersuchung seiner Entstehungsgeschichte bestätigt dies auch vollends. So geht der Ursprung des § 276 I BGB auf den im Teilentwurf Nr. 13 v. Kübel, „Wirkungen der Schuldverhältnisse, I. Im Allgemeinen“¹⁹³) und insbesondere auf die dortigen §§ 196, 197 zurück. Diesem Vorentwurf zu den Beratungen der ersten Kommission ist jedoch nichts zu entnehmen, was auf eine allgemeine Haftungsnorm hindeuten könnte. Zwar stellte in den Beratungen der ersten Kommission Windscheid in Anlehnung an die §§ 196, 197 den Antrag, eine Haftungsnorm für ein Fehlverhalten des Schuldners einzuführen. Doch geben die Protokolle¹⁹⁴) keinen Aufschluß darüber, inwieweit damit ein allgemeiner Haftungstatbestand gemeint war.

Für § 222 I des Kommissionsentwurfes, der schließlich aus den §§ 196, 197 hervorging und bei den weiteren Beratungen als Grundlage für den § 224 I E I diente¹⁹⁵), diesem auch weitgehend entsprach¹⁹⁶, erwähnte die Kommission immerhin, daß „allgemein von der Haftung des Schuldners in Ansehung der Erfüllung der ihm nach dem Schuldverhältnisse obliegenden Verpflichtung die Rede sei“¹⁹⁷). Dieser § 224 I E I stand schließlich an der Spitze des Abschnitts „Inhalt der Schuldverhältnisse“; in ihm befand sich eine umfassende Umschreibung des Obligationsinhalts¹⁹⁸). Er lautete:

„Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken. Er haftet nicht bloß wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit. Die Vorschriften der §§ 708, 709 finden entsprechende Anwendung.“

Nach heutiger Auffassung, insbesondere des Verständnisses vom „Schuldverhältnis“¹⁹⁹) als einem „leistungsbetonten Obligationskern“, um den „ein Ring von Schutzpflichten gezogen“ ist, konnte hier ohne Frage eine generelle Schuldnerhaftung geregelt sein²⁰⁰). Ob dies der Intention der Kommission aber gerade im

¹⁹¹) So wohl Emmerich, Münchener Kommentar, (Anm. 92), vor § 275, Rn. 189.

¹⁹²) Larenz, (Anm. 12), § 24 I, (366/7).

¹⁹³) Abgedruckt in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hg. v. W. Schubert, 1980, S. 735.

¹⁹⁴) Abgedruckt in: H. Jakobs/W. Schubert, (Hgg.) Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in system. Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, §§ 241–432, 1978, S. 237 ff. (Prot. I, 1057–1061).

¹⁹⁵) (Anm. 194), S. 247 (KE § 222).

¹⁹⁶) Lediglich der dritte Satz des späteren § 224 I E I wurde hinzugefügt — vgl. (Anm. 194), S. 249 ff. (Prot. I, 11867–11873).

¹⁹⁷) (Anm. 194), S. 252 (Prot. I, 11873).

¹⁹⁸) Jakobs, (Anm. 12), S. 18.

¹⁹⁹) Näher dazu Esser/Schmidt, (Anm. 16), § 4 II (59).

²⁰⁰) So etwa Himmelschein, (Anm. 63), 271 ff.; (Anm. 11), 279 ff.; ihm folgend R. Wicher, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 (1959/60), 279 ff. Die in § 224 I S. 2 E I eine generelle Haftungsnorm sehen wollen.

Hinblick auf das damalige Verständnis von der Bedeutung und dem Umfang des Schuldverhältnisses entsprach, muß bezweifelt werden²⁰¹). Die Frage braucht an dieser Stelle nicht weiter vertieft zu werden, kann auch im Folgenden, wie die weiteren Vorgänge bis zur Entstehung des § 276 I BGB zeigen werden, offen bleiben, zumal diese Ereignisse ergeben werden, daß mit § 276 I BGB keine generelle Haftungsnorm gemeint sein sollte.

So nahm schon die zweite Kommission hinsichtlich § 224 E I einige nicht unwesentliche Abänderungen vor. Es wurde zunächst beantragt, die Bestimmungen des § 224 E I durch die folgenden zu ersetzen:

„Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Der Schuldner haftet wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit, wenn die Erfüllung vorsätzlich oder wenn sie infolge Außerachtlassung der im Verkehr üblichen Sorgfalt (Fahrlässigkeit) unterbleibt. Die Vorschriften der §§ 708, 709 finden entsprechende Anwendung“²⁰²).

§ 224 I S. 1 E I wurde „als selbstverständlich gestrichen“²⁰³).

An seine Stelle trat eine „zugleich zum Ersatze des § 359 bestimmte Vorschrift“²⁰⁴.) Insbesondere wurde der frühere Zusammenhang beider Sätze gelöst. Zum Satz 2 E I wurde ausgeführt:

„Der Satz 2 des Abs. 1 wurde gebilligt; der Prüfung durch die Red. Komm. blieb anheimgegeben, ob sich nicht durch eine andere Fassung verdeutlichen lasse, daß die Frage unter welchen Voraussetzungen als feststehend gelte, daß die Verbindlichkeit nicht erfüllt werde, und der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könne, nicht hier, sondern erst in den §§ 237 ff. zur Entscheidung gelange“²⁰⁵).

Insoweit läßt sich den Ausführungen noch entnehmen, daß wohl auch die Kommission in der Vorschrift des § 224 I S. 2 E I eine Haftungsnorm — in welcher Form auch immer — sah. Allerdings verdeutlicht dieser Teil des Kommissionsberichtes des weiteren, daß es ihr zumindest in der künftigen Fassung darauf ankam, dem § 224 I E I seine Bedeutung als Haftungsnorm zu nehmen. Nicht zuletzt der Verweis auf die §§ 237 ff. des E I, welche die Unmöglichkeitregelungen beinhalteten, hob hervor, daß unter den Voraussetzungen der Unmöglichkeit (und des Verzuges) gehaftet werden sollte.

— Ph. Heck, Zur Entwicklungsgeschichte des § 276 I, S. 1 BGB, AcP 137 (1933), 259 (263) versucht hingegen anhand einer methodischen Untersuchung des Tatbestandes des § 224 I E I, der als generelle Haftungsnorm sowohl einen Störungs- als auch einen Haftungstatbestand beinhalten müßte, nachzuweisen, daß der zweite Satz dieser Bestimmung als Haftungsnorm nicht geeignet sei. Dieser enthalte nicht die für eine vollständige Haftungsnorm nötige gleichgewichtige Betonung von Störungs- und Haftungstatbestand. § 224 I S. 2 E I lege gerade das Schwergewicht auf die Abgrenzung der Verantwortung.

²⁰¹) Vgl. oben IV, 1.

²⁰²) Protokolle, (Anm. 162), S. 302.

²⁰³) Protokolle, (Anm. 162), S. 303.

²⁰⁴) Protokolle, (Anm. 162), S. 303.

²⁰⁵) Protokolle, (Anm. 162), S. 303.

Dies ergab um so mehr Sinn, da im Falle des § 224 I S. 2 E I die Ersatzpflicht des Schuldners an keine weiteren Haftungsvoraussetzungen als an die schuldhafte Nichterfüllung geknüpft war. Denn jene Bestimmung gab Anlaß zu der Annahme, die Schadensersatzpflicht des Schuldners bestünde schon dann, wenn er seine Leistung nur nicht erfüllte. Andererseits sollte aber eine Ersatzpflicht desselben nur eintreten, wenn feststand, daß es unmöglich war, die Leistung zu erbringen, bzw. rechtzeitig zu erbringen! Hier bestanden also evidente Widersprüche.

Als die Redaktionskommission gemäß ihres Auftrages daraufhin an die Arbeit ging, nahm sie zwei gravierende Änderungen vor:

Zum einen wurden die Worte „wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit“ gestrichen und zum anderen setzte sie anstelle des mißverständlichen Wortes „haften“ nunmehr die Worte „hat zu vertreten“. Sollte diese Veränderung verdeutlichen, daß in der infrage stehenden Regelung lediglich eine die Verantwortung definierende Norm zu erblicken war²⁰⁶), muß immerhin zugestanden werden, daß die jetzige Fassung keineswegs unmißverständlich Klarheit schaffte; wenn auch der Wortlaut nun stärker als zuvor auf eine Definitionsnorm hindeutete.

Die Neufassung des Satzes 2 hingegen als „redaktionellen Fehler“ hinzustellen²⁰⁷), erscheint in Anbetracht der angeführten Protokollstelle wenig fruchtbar. Selbst wenn der Redaktionskommission redaktionelle Fehler unterlaufen wären, änderte dies doch nichts an der Intention, die hinter ihren Bestrebungen steckte; nämlich herauszustellen, daß hier keine Haftungsnorm vorlag.

Daß überdies die neue Fassung als § 233 I S. 1 E II²⁰⁸) unter die Unmöglichkeitregelungen versetzt wurde, spricht ebenfalls nicht dafür, sie als Haftungsnorm aufzufassen. Angesichts der außerordentlichen Bedeutung einer derartigen Vorschrift erschiene ihre systematische Stellung unverständlich²⁰⁹). Auch in der Fassung des E III änderte sich der Aussagegehalt des Wortlautes nicht mehr. Im übrigen verblieb die Regelung als § 270 I S. 1²¹⁰) inmitten der Unmöglichkeitsvorschriften.

Somit lassen die Gesetzesberatungen im Hinblick auf den heutigen § 276 I S. 1 BGB eindeutig erkennen, daß mit ihm keine zusätzliche Haftungsnorm gemeint war. Diese Vorschrift konnte folglich — auch hier Staub entsprechend — nur als eine gesetzliche Definition der Schuld betrachtet werden. Unter sie ließen sich folgerichtig die Fälle der pFv nicht subsumieren.

²⁰⁶) Heck, (Anm. 200), 268.

²⁰⁷) So Himmelschein, (Anm. 63), 278f.

²⁰⁸) Der Wortlaut des § 233 I S. 1 E II: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und die Außerachtlassung der im Verkehr üblichen Sorgfalt (Fahrlässigkeit) zu vertreten.“

²⁰⁹) Wenig überzeugend dazu sind die Ausführungen Himmelscheins, (Anm. 63) u. (Anm. 11), der dies mit der Besorgnis der Kommission erklärt, die Unmöglichkeitsvorschriften könnten übersehen werden. — Vgl. auch Heck, (Anm. 205), 267, der dagegen anführt, die Unmöglichkeitsnormen seien zu diesem Zeitpunkt noch überhaupt nicht beraten worden.

²¹⁰) Der Wortlaut des § 270 I, S. 1 E III: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.“

3. Die „ausfüllungsbedürftige“ Gesetzeslücke:

Zwar beinhaltete das BGB im Bereich des Besonderen Teils des Schuldrechts einige Regelungen, die die Fälle echter pFv behandelten²¹¹). Doch konnten sie das Fehlen einer generellen Regelung nicht ersetzen.

Die infrage stehenden Vertragspflichten stellten zwar häufig allgemeine Rechtspflichten dar, deren Verletzung zugleich eine „unerlaubte Handlung“ im Sinne der §§ 823 ff. BGB sein konnte, doch ergab sich deswegen trotzdem nicht stets eine befriedigende Lösung²¹²). Sei es, daß die Haftungstatbestände zu eng waren und eine Reihe von Vermögensbeschädigungen, wie sie aus vertraglichen Forderungsverletzungen herrührten, nicht erfaßten. Oder sei es, daß es um die erschwerte Durchsetzbarkeit der Ansprüche ging. Nicht zuletzt die Zuweisung der Beweislast für das Verschulden des Schädigers an den Geschädigten, aber auch die Exkulpationsmöglichkeit bei der Haftung für den Gehilfen (§ 831 BGB) oder die kurze Verjährungsfrist des § 852 BGB bezeugten dies. Diese Erschwerung war insofern immerhin gerechtfertigt, weil sich die Deliktshaftung von der vertraglichen dadurch unterschied, daß bis zur Begehung der unerlaubten Handlung keinerlei Beziehungen zum Gläubiger bestanden bzw. vorausgesetzt wurden²¹³). So verdeutlichte sie ebenfalls, weshalb zum Beispiel bei Verletzung einer vertraglichen Rücksichtnahmepflicht aus den §§ 823 ff. BGB keine Haftungsgründe resultieren konnten.

Wenn somit für eine Vielzahl von Obligationsverletzungen das BGB überhaupt keine Regelung vorsah, beweist dies, daß offensichtlich ihre Bedeutung von den BGB-Verfassern — obwohl diese Fälle „im Rechtsleben täglich tausendfach“ vorkamen²¹⁴) — nicht erkannt worden war²¹⁵). Sollte es aber Sinn und Zweck gesetzlicher Regelungen sein, die Sicherheit im Rechtsverkehr zu gewährleisten, konnte es damals nicht in der Absicht der Gesetzesverfasser gelegen haben, hierzu „planmäßig“ oder „beredt“ zu schweigen²¹⁶). Vielmehr lag hier eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor und es war berechtigt, von einer ausfüllungsbedürftigen Gesetzeslücke im Bereich des Leistungsstörungsrechts des BGB zu sprechen.

V. Die Motivation des BGB-Gesetzgebers zu seiner legislatorischen Entscheidung:

Unverkennbar stellten die „Väter“ des BGB die Unmöglichkeitsregelungen als zentrale Vorschriften im Leistungsstörungsrecht heraus²¹⁷). An einen generellen Haftungstatbestand für sämtliche Vertragsverletzungen dachten ihre Urheber

²¹¹) Vgl. z. B. §§ 447 II, 524, 538, 550, 553, 600, 603, 618, 642, 654, 694, 701 und 723.

²¹²) Vgl. Larenz, (Anm. 12), § 24 I (367 ff.); Köpcke, (Anm. 11), S. 15; H. Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 96 (1905) 60 (78 f.); O. Freitag, Schlechterfüllung und Schlechterbringung, 1932, S. 36 f.

²¹³) Köpcke, (Anm. 11), S. 15.

²¹⁴) Staub, (Anm. 1), S. 5; vgl. auch dessen angeführte Beispiele.

²¹⁵) Vgl. Köpcke, (Anm. 11), S. 10.

²¹⁶) Zu den Begriffen: K. W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 39 f. („planmäßiges Schweigen“); J. Binder, Philosophie des Rechts, 1. Aufl., 1925, S. 977 („beredtes Schweigen“).

²¹⁷) Siehe oben II, 3.

dabei jedoch nicht. Schon die Abänderungen, die dem jetzigen § 276 I BGB im Laufe der Kommissionsberatungen widerfuhren, geben davon beredt Zeugnis. Ursprünglich wohl durchaus geeignet, ein Auffangtatbestand für alle die Fälle zu bilden, die von Unmöglichkeit und Verzug nicht erfaßt wurden, reduzierte sich schließlich seine Bedeutung auf eine schuldrechtliche Definitionsnorm²¹⁸⁾.

Wie wenig sich die „Schöpfer“ des Gesetzes der Bedeutung des Schuldverhältnisses, insbesondere der Unterscheidung von Einzelanspruch und schuldrechtlichem Organismus bewußt waren, wird gerade mit dieser Umgestaltung deutlich. Um so erstaunlicher erscheint dies, als die Fälle der heutigen pFv auch schon vor der Zeit des BGB täglich vorkamen und somit nicht unbekannt sein konnten²¹⁹⁾. Sie bildeten also kein neues Phänomen. Da sich aber schwerlich erklären läßt, weshalb der Gesetzgeber bewußt hätte auf eine Regelung solcher Fälle verzichten wollen, muß es dafür eine andere Erklärung geben:

Die, daß eine Haftung des Schuldners bei pFv als selbstverständlich vorausgesetzt²²⁰⁾ und deshalb als nicht weiter erwähnungsbedürftig angesehen wurde, wird es jedenfalls nicht gewesen sein. Zutreffender ist da schon die Annahme, daß die Gesetzesschöpfer glaubten, mit der gewählten Unmöglichkeitslösung sämtliche von ihnen ins Auge gefaßten Fälle regeln zu können²²¹⁾. — Wobei die ins Auge gefaßten Fälle aber nicht jene der pFv beinhalteten. Diese wurden nur am Rande gestreift. Vielmehr richtete sich das Augenmerk im wesentlichen auf die Hauptleistungspflichten²²²⁾. Denn unter dem Einfluß des im 19. Jahrhunderts die juristische Denkweise beherrschenden „subjektiven Rechts“, bei dem die Gläubigerposition für die Juristen im Vordergrund stand²²³⁾, richteten sich sämtliche Bestrebungen zuvorderst darauf, die Gläubigerstellung gegenüber dem Schuldner zu stärken. Dies geschah in der Art, daß im Interesse des Gläubigers der Schuldner grundsätzlich Naturalerfüllung schuldete²²⁴⁾. Die Ersatzleistung sollte allenfalls subsidiär sein.

Es war bezweckt, diesen Sachverhalt durch die Unmöglichkeitstatbestände der §§ 280, 325 BGB zum Ausdruck zu bringen. Unmißverständlich verdeutlichte dies die 1. Kommission:

„Nur wenn die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung feststeht bzw. auf dem Wege des § 243²²⁵⁾ kann der Gläubiger das Interesse wegen Nichterfüllung fordern“²²⁶⁾.

Bis zum Eintritt der Unmöglichkeit sollte der Gläubiger also ausschließlich die Primärleistung vom Schuldner verlangen dürfen. Womit der Zeitpunkt eindeutig

²¹⁸⁾ Vgl. oben IV.

²¹⁹⁾ So auch Stoll, (Anm. 56), 278.

²²⁰⁾ Vgl. Emmerich, (Anm. 92) vor § 275, Rn. 187.

²²¹⁾ Blaurock, (Anm. 42), S. 58.

²²²⁾ Vgl. auch oben IV, 1.

²²³⁾ Vgl. dazu oben II, 2 a.

²²⁴⁾ Insbesondere der § 249 S. 1 BGB zeugt noch heute davon.

²²⁵⁾ Der § 243 E I lautet: „Die Vorschriften der §§ 240—242 finden entsprechende Anwendung, wenn der Schuldner, nachdem er rechtskräftig verurtheilt worden ist, binnen einer von dem Gläubiger zu bestimmenden angemessenen Frist die Leistung nicht bewirkt. Die Fristbestimmung muß ergeben, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist nicht mehr wolle.“

²²⁶⁾ Mot. II, (Anm. 165), S. 49.

bestimmt wurde, zu dem der Leistungsanspruch des Gläubigers in einen Ersatzanspruch übergang²²⁷). Diese Festlegung erfolgte im Hinblick auf das französische und schweizerische Recht. So führte die Kommission ihren Beweggrund dahingehend aus:

„Durch die Vorschrift des § 240 (E I entspricht § 280 BGB, scil.) ... ist des weiteren der Grundsatz des franz. und schweiz. Rechtes abgelehnt, wonach sich die Verbindlichkeit, etwas zu thun im Falle des Verzuges sofort in die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auflöst“²²⁸).

Sowohl der Code Civil als auch das Schweizerische Obligationenrecht von 1881 versagten nämlich dem Gläubiger, bei noch möglicher Leistungserbringung durch den Schuldner auf die ursprüngliche Leistung zu klagen. Die Verpflichtung wandelte sich hier schon mit Eintritt des Verzuges in einen Schadensersatzanspruch²²⁹). Danach konnte der Schuldner dem Gläubiger nach Belieben statt der geschuldeten Leistung einen Schadensersatzanspruch aufdrängen, der schon im Falle des Verzuges entstand.

Zweifellos hätte es dazu auch andere Instrumentarien als die Unmöglichkeit gegeben²³⁰), um den soeben geschilderten Zustand für das deutsche Zivilrecht zu vermeiden:

So etwa die Möglichkeit einer Klage auf die ursprüngliche Leistung, wie sie schon das sächsische BGB²³¹), der Dresdener Entwurf²³²), die preußische Prozeßordnung²³³) sowie die 1879 in Kraft getretene Zivilprozeßordnung²³⁴), vorsahen. Diese hielt man jedoch angesichts der Existenz zivilprozessualer Regelungen für unnötig.

Auch die Möglichkeit, die das Instrument der perpetuatio obligationis bot, wurde als „doktrinär und nicht ganz unbedenklich“ abgelehnt, „da, so wichtig die Annahme der Fortdauer der Obligation ist, die Verbindlichkeit zum Schadensersatz jedenfalls einen anderen Gegenstand hat ...“²³⁵). Ein Nebeneinander von ursprünglicher Leistungsverpflichtung und Ersatzanspruch wollte die Kommission folglich nicht zulassen. Vielmehr kam es ihr darauf an, eine Regelung zu finden, die die technische Funktion des Gläubigerschutzes wahrnahm, indem präzise festgelegt wurde, zu welchem Zeitpunkt der Anspruch des Gläubigers auf die Primärleistung sich in einen solchen auf Schadensersatz umwandelte. Diese Funktion also war der Unmöglichkeitsregelung zugedacht und motivierte die Urheber des Gesetzes zu der noch heute gültigen Regelung. Wie sehr am Ende

²²⁷) Köpcke, (Anm. 11), S. 9.

²²⁸) Mot. II, (Anm. 165), S. 49.

²²⁹) Siehe oben II, 1 c, und II 3 e.

²³⁰) Goldschmidt, (Anm. 158), S. 124 erwähnt in diesem Zusammenhang, daß schon der § 219 E I (entspricht § 249, S. 1 BGB) bei der Schadensersatzregelung von der Naturalrestitution und nur subsidiär von Geldersatz ausging. Es hätte seiner Meinung nach der Unmöglichkeitsregelung nicht bedurft.

²³¹) Art. 761.

²³²) Art. 276.

²³³) Vgl. II, 1 b, (Anm. 45).

²³⁴) Vgl. auch die §§ 883ff. ZPO, die sogar Maßnahmen der Zwangsvollstreckung enthalten.

²³⁵) Mot. II, (Anm. 165), S. 50.

dieser Gedanke dominierte, zeigt sich darin, daß sich die Gesetzeskommission mit den Fällen der pFv überhaupt nicht beschäftigte²³⁶).

VI. Würdigung der Staub'schen Rechtskonstruktion:

Vor Staub schien noch niemand von einer Gesetzeslücke etwas zu bemerken. Die Rechtspraxis — wie die Entscheidungen des Reichsgerichts zu Fällen von pFv bewiesen — stütze sich anfangs auf § 276 I BGB, der als generelle Haftungsnorm angewendet wurde²³⁷). Dies, wie bereits geschildert, jedoch zu Unrecht²³⁸).

Dennoch fanden nicht einmal die Fälle der Schlechtleistung bis dahin allgemeine Beachtung. Noch in der 8. Auflage von Windscheids Lehrbuch²³⁹) (1900!) wurden sie nicht erwähnt; während sich in der 9. Auflage das charakteristische Eingeständnis findet:

„Man hat in der gemeinrechtlichen Lehre wohl nie bezweifelt, daß der Schuldner im Falle seines Verschuldens auch für derartige Schäden haftet; aber richtig ist, daß ihr Gegensatz zu den Fällen des Unmöglichwerdens der Leistung nicht klar heraustrat“²⁴⁰).

Staub's Verdienst hingegen war es, diesen Gegensatz nicht nur für die Fälle der Schlechtleistung, sondern noch darüber hinaus für weitere Vertragspflichten deutlich herauszuarbeiten und das allseits verengte Blickfeld, welches auf das Gläubigerinteresse an der Hauptleistung ausgerichtet war, wieder zu weiten. So wurde nun allmählich erkannt, daß die bisherigen Kategorien und Schemata nicht mehr genügten, um der nunmehr wieder verstärkt ins Bewußtsein rückenden Vielfalt der denkbaren und tatsächlichen Leistungsstörungen gerecht zu werden²⁴¹).

Der Schlüssel für die Entdeckung der Lücke schlechthin war die Feststellung, daß der dem BGB zugrundeliegende Unmöglichkeitsbegriff „gegenständlich“ gesehen werden mußte²⁴²). Denn nur wenn unter Unmöglichkeit der Leistung die unmögliche Erbringung der Hauptleistung verstanden wurde, ergaben beispielsweise die Verzugsvorschriften Sinn. So mochte man bemerken, daß es der dem BGB nicht abzusprechenden Systematik Hohn spräche, wenn ihr ein weiter Unmöglichkeitsbegriff „übergestülpt“ würde. Zwar entbehrte diese Auffassung von Unmöglichkeit nicht der logischen Konsequenz, wirkte aber „durch die Hineinzwängung der rechtlichen Vorgänge“²⁴³) in das Gesetz allzu gekünstelt.²⁴⁴)

²³⁶) Nur die Frage des Verhältnisses von Mängelhaftung zur Verschuldung taucht auf. — Vgl. Mot. II, (Anm. 165), S. 229, 259; Protokolle I, (Anm. 162), S. 688/9.

²³⁷) Vgl. dazu die in Anm. 190 angegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts; insbesondere RGZ 66, 283 (291); 106, 22 (25f.).

²³⁸) Siehe oben IV, 2.

²³⁹) Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2.

²⁴⁰) Bd. 2, 1906, S. 107.

²⁴¹) H. Dölle, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band 2, B II (16).

²⁴²) Vgl. auch Staub, (Anm. 1), S. 9ff.

²⁴³) Staub, (Anm. 1), S. 15.

²⁴⁴) Wollschläger, (Anm. 25), S. 180, der ebenso wie Himmelschein, einen „weiten“ Unmöglichkeitsbegriff befürwortet, weist darauf hin, daß die „Lückentheorie“ eher einen Wandel zu einem naturalistischen Begriffsverständnis, als einen schwerwiegenden rechtstechnischen Mangel des Gesetzes beweise.

Hier spürte man den juristischen Kunstbegriff²⁴⁵), der im wissenschaftlichen „Elfenbeinturm“ geboren wurde, um den — wenn auch achtenswerten — Versuch zu unternehmen, dem Gesetzgeber die Zuweisung von Fehlleistungen zu ersparen. In der juristischen Praxis, die sich mit den alltäglichen Realitäten konfrontiert sah, erwies sich dieses Gedankengebäude als wirklichkeitsfremd und unpraktikabel²⁴⁶).

Blieben die von Staub aufgezeigten Fälle bis dahin unerörtert und unbeachtet, so zeigte sich im Anschluß daran um so schneller die Bereitschaft, dessen Anregungen aufzunehmen. Denn aus der gesetzgeberischen Intention, derentwegen die Unmöglichkeitregelung ihren Weg in das BGB gefunden hatte, ließ sich erkennen, daß der Gesetzgeber sich den Fällen der pFv gegenüber gleichgültig gezeigt hatte. Und wie man durch Staub erkannte, nicht nur der Gesetzgeber.

Gläubigerschutz und Hauptleistung als Schlagworte im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse erwiesen sich nun als unzureichend. Dem Schuldverhältnis als solchem war ein Bedeutungswandel widerfahren. Aber das Aufzeigen des Mangels — in diesem Falle der „Lücke“ im Gesetz — allein hätte wohl noch nicht jenen durchschlagenden Erfolg gezeitigt und allgemein zu einer breiten Akzeptanz geführt. Vielmehr werden die Staub'schen Hinweise auch deshalb dankbar aufgenommen worden sein, weil mit ihnen einhergehend ein praktikabler und schlüssiger Lösungsweg aufgezeigt wurde: nämlich der des Instituts der „pVV“.

Bezeichnend für die heutige Bedeutung dieses Rechtsinstituts ist denn auch die Feststellung Emmerichs²⁴⁷), daß die pFv mittlerweile „zu der wichtigsten Form der Leistungsstörungen geworden (ist), der gegenüber vor allem die Unmöglichkeit immer mehr zu einem fast bedeutungslosen Grenzfall herabsinkt“.

Marburg/Lahn

Michael Kotulla

²⁴⁵) Vgl. auch Köpcke, (Anm. 11), S. 10; Stoll, (Anm. 56), 267 ff.; Harting, (Anm. 26), S. 142, Anm. 47, die ebenfalls den „weiten“ Unmöglichkeitsbegriff als „begriffsjuristisch“ ablehnen.

²⁴⁶) Köpcke, (Anm. 11), S. 10f.

²⁴⁷) Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., 1986, S. 191.