

## Einleitung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001<sup>1</sup> fand die Diskussion über Inhalt und Umfang der Neukonzeption und Umgestaltung des Schuldrechts ihr vorläufiges Ende. Der Gesetzgeber entschied sich für die sogenannte „große Lösung“. Er integrierte nicht nur die in deutsches Recht umzusetzenden Richtlinien.<sup>2</sup> Er nutzte zugleich die Gelegenheit, das Schuldrecht insgesamt zu überarbeiten. Seit 01.01.2002 sind die veränderten oder neu geschaffenen Regelungen in Kraft.

Im Zentrum steht der Tatbestand der Pflichtverletzung mit seiner Regelung in § 280 I S. 1 BGB. Dieser soll nach der gesetzlichen Konzeption „Dreh- und Angelpunkt“ eines modernen Schuldrechts sein, indem er die wesentliche Voraussetzung sämtlicher Rechte des Gläubigers eines Schuldverhältnisses bei Auftreten einer Leistungsstörung bildet.<sup>3</sup> Es verwundert daher nicht, dass seit dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission<sup>4</sup> sowie dem die Schuldrechtsmodernisierung vorbereitenden Gutachten von *U. Huber*<sup>5</sup> über die Pflichtverletzung sowohl im Hinblick auf ihre Terminologie als auch ihr inhaltliches Verständnis kontrovers diskutiert worden ist und wird.

Aus der Kontroverse über den Inhalt der Pflichtverletzung hat sich in kurzer Zeit eine kaum noch zu überschauende Meinungsvielfalt entwickelt. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde in erster Linie noch darüber diskutiert, ob die Pflichtverletzung generell als verhaltensunabhängiges Erfolgsdefizit (Er-

---

<sup>1</sup> BGBl. I S. 3138.

<sup>2</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Abl. EG Nr. L 171 S. 12), die Artikel 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Abl. EG Nr. L 178 S. 1); Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr (Abl. EG Nr. L 200 S. 35).

<sup>3</sup> Fraktionsentwurf von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 14/6040, S. 153 ff. (Mit „Entwurf“ ist dieser Fraktionsentwurf gemeint).

<sup>4</sup> Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 1992 (im folgenden „Abschlussbericht“).

<sup>5</sup> in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 647 ff.

folgskonzeption) zu begreifen ist oder ob sie inhaltlich – jedenfalls unter Geltung des Verschuldensprinzips – ein pflichtwidriges Verhalten (Verhaltenskonzeption) voraussetzt. Je länger das neue Schuldrecht gilt, desto mehr werden Einzelfragen der Pflichtverletzung diskutiert. Das ist zwar begrüßenswert; eine Rechtsordnung wird sich nach der Verständigung auf ein Grundprinzip mit – vor allem in der Praxis auftretenden – konkreten Fragen zu beschäftigen haben. Nur liegt es hier entscheidend anders.

Zunächst ist bis heute die Ausgangsfrage, ob eine Pflichtverletzung erfolgs- oder verhaltensabhängig zu verstehen ist, rechtswissenschaftlich nicht zufriedenstellend beantwortet worden. Seit Inkrafttreten des neuen Schuldrechts wird mehr oder weniger – vor allem von den Vertretern einer verhaltensunabhängigen Erfolgskonzeption – so getan, als sei die Antwort auf diese Frage durch die Kodifikation des neuen Schuldrechts gewissermaßen selbst gegeben worden. Da die Entwurfsverfasser – wie noch zu zeigen sein wird – eher ein verhaltensunabhängiges Pflichtverletzungsverständnis favorisiert haben, wird daraus wohl gefolgert, der Ansatz einer verhaltensorientierten Pflichtverletzung sei nicht weiter zu verfolgen.<sup>6</sup> Das Gegenteil ist aber der Fall: Die Analyse der Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung und ihre hier noch vorzunehmende Einordnung in die Konzeption des Leistungsstörungenrechts wird zeigen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des Pflichtverletzungstatbestands in erster Linie andere Ziele verfolgte als die Einführung eines verhaltensunabhängigen Pflichtverletzungsverständnisses. Er hat den Tatbestand der Pflichtverletzung im Zusammenhang mit anderen Tatbestandsmerkmalen kodifiziert und dabei in einen leistungsstörungenrechtlichen Kontext eingeordnet. Dieser hat Auswirkungen auch auf das inhaltliche Verständnis der Pflichtverletzung. Insbesondere untersteht der Tatbestand der Pflichtverletzung in § 280 I S. 1 BGB auf Grund des Verweises in § 280 I S. 2 BGB auf § 276 BGB den Haftungsprinzipien von Verschulden und Garantie. Daher gilt es zu untersuchen, welchen Einfluss diese auf die Definition der Pflichtverletzung haben.

Dem Gesetzgeber ist nicht vorschnell zu unterstellen, er wäre seinem eigenen Haftungsverständnis – Verschulden als Regelprinzip – nicht treu geblieben. Gelangt man zu der Erkenntnis, dass das Verschuldensprinzip eine verhaltensorientierte Pflichtverletzung verlangt und können dabei sämtliche sonstigen inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers berücksichtigt werden, dann ist die

---

<sup>6</sup> Exemplarisch *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § 22, Rn. 51, wenn es dort heißt, eine Pflichtverletzung verstanden als Nichterfüllung könne es bei der nachträglichen Unmöglichkeit eigentlich nicht geben, wenn die Leistungspflicht zuvor untergegangen ist. Gleichwohl habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass auch die Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit eine Pflichtverletzung begründen soll. *Benicke/Hellwig*, NJW 2014, S. 1697, S. 1698, meinen, es könne zwar kritisiert werden, dass der Gesetzgeber den Begriff der Pflichtverletzung für Nichterfüllungen von Leistungspflichten verwende, deshalb stehe es aber nicht zur Disposition des Rechtsanwenders, diesem einen anderen Inhalt zu geben.

Pflichtverletzung verhaltensorientiert auszulegen.<sup>7</sup> Insoweit wird sich zeigen, dass (noch) kein Ausgleich zwischen der Idee von der Pflichtverletzung als weitgehend verhaltensunabhängigem Einheitstatbestand der Leistungsstörung und der Beibehaltung des Verschuldensprinzips gelungen ist. Gedanklich „in der Mitte“ steht dabei § 280 I S. 2 BGB als die Darlegungs- und Beweislast für das Vertretenmüssen bestimmende Regelung. Diesbezüglich wird ein Konflikt zwischen dem materiell-rechtlichen Inhalt der Pflichtverletzung und seiner Beweisbarkeit im Prozess aufzuarbeiten sein. Das bedeutet: Eine Lehre von der Pflichtverletzung muss sowohl materiell-rechtlich überzeugen, damit sich hieraus eine einheitliche Systematik des Leistungsstörungenrechts entwickeln kann, als auch gewährleisten, dass praktische Anwendungsfälle rechtssicher gelöst werden können. *Canaris* hat bereits auf die Bedeutung der Aufgabe hingewiesen, das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung vom Verschulden abzugrenzen, um die Anwendung der Beweislastverteilung des § 280 I S. 2 BGB zu ermöglichen.<sup>8</sup>

Die Untersuchung der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht darf sich daher nicht auf ihren materiell-rechtlichen Inhalt beschränken. Sie soll ebenso überprüfen, welche Folgen sich aus ihrem inhaltlichen Verständnis für die Darlegungs- und Beweislastverteilung ergeben. Das gilt umso mehr, da die Vertreter einer erfolgskonzipierten Pflichtverletzung eines ihrer wichtigsten Argumente gegen die verhaltensorientierte Sichtweise daraus gewinnen, dass ein Verhaltenselement als Bestandteil der Pflichtverletzung den Gläubiger in nicht hinnehmbare Beweisnöte bringen würde.<sup>9</sup>

Eine Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden, wie durch § 280 I S. 2 BGB angezeigt, setzt voraus, dass die Merkmale der Pflichtverletzung vor Prüfung des Verschuldens als Regelprinzip feststehen. Das hat vor allem zwei Gründe: Erstens lässt sich ein Verschulden nur auf die Pflichtverletzung *beziehen*, wenn zuvor ermittelt worden ist, welche Merkmale eine Pflichtverletzung hat. Denn Kriterien von Wissen und Wollen, Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit benötigen einen Bezugspunkt. Zweitens wird sich ein Schuldner nicht nach § 280 I S. 2 BGB entlasten können, wenn er nicht weiß, hinsichtlich welcher Merkmale der Pflichtverletzung er den Beweis darüber antreten soll, ob ihm ein Verschuldensvorwurf zu machen ist.

Überdies resultiert aus der Unsicherheit darüber, welchen Inhalt die Pflichtverletzung hat, die Schwierigkeit, dass sich anschließend ergebende Einzelfragen schlecht beantworten lassen. Das lässt sich exemplarisch am Verständnis

---

<sup>7</sup> Zum Zusammenspiel der einzelnen Kriterien der Auslegung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 312 ff.

<sup>8</sup> *Canaris*, JZ 2001, S. 499, S. 512, S. 522 f.

<sup>9</sup> *Canaris*, JZ 2001, S. 499, S. 512; *Faust* in: Festschrift *Canaris* 2007, Band I, S. 219, S. 226; *Ernst* in: Münchener Kommentar, § 280 BGB, Rn. 17; aber auch *U. Huber* in: *Eckert/Delbrück*, S. 23. S. 44.

der Entwurfsbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung<sup>10</sup> zu den Pflichten gemäß § 241 II BGB darstellen. Wie noch gezeigt werden wird<sup>11</sup> kommt der Entwurf hier – ohne nähere Begründung – zu einem verhaltensbezogenen Pflichtverletzungsverständnis. Insoweit ist fraglich, ob darin eine Ausnahme zu einer grundsätzlichen Erfolgsbezogenheit der Pflichtverletzung liegt oder eine bloß anders verstandene weitere Regel. Es nützt nichts, bei den Pflichten im Sinne des § 241 II BGB darüber zu diskutieren, ob ihre Verletzung nur durch ein Verhalten möglich ist, wenn im Grundsätzlichen nicht geklärt ist, ob eine Pflichtverletzung unter dem Verschuldensprinzip eine verhaltensbezogene ist oder nicht. Im ersten Falle wäre der Ansatz bezüglich der Pflichten im Sinne des § 241 II BGB eine Anwendung der Grundregel, im zweiten Falle müsste eine Ausnahme begründet werden können.

Die Idee von der Pflichtverletzung, verstanden als verhaltensunabhängige Nichterfüllung, hat von Beginn an zu Missverständnissen geführt, weil der Eindruck entstehen konnte, aus der Orientierung an internationalen Regelwerken, allen voran am UN-Kaufrecht, müssten sich auch für das vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewählte Haftungssystem – Verschuldens- oder Garantiehaftung – Rückschlüsse auf den Inhalt der Pflichtverletzung ergeben.<sup>12</sup> So verwundert es nicht, wenn sich im Entwurf dazu keine grundlegenden Ausführungen finden. Letztlich stehen in den Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung die Vorstellung von der Pflichtverletzung als verhaltensunabhängige Nichterfüllung und die Betonung des Verschuldensprinzips als Regelprinzip<sup>13</sup> weitgehend beziehungslos nebeneinander. Es fehlt eine Antwort auf die sich aufdrängende Frage, wie sich eine verhaltensunabhängige Nichterfüllung mit dem Verschuldensprinzip als Regelprinzip verträgt. Hierin liegt ein wesentli-

---

<sup>10</sup> Eine Zusammenstellung der Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung bringt *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002. Das wichtigste Dokument in diesem Zusammenhang stellt der Fraktionsentwurf von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 14/6040) dar (dieser ist textidentisch mit dem Entwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 14/6857 = BR-Drucks. 338/01). In diesem Entwurf sind die wesentlichen Beweggründe zur Schuldrechtsmodernisierung und Begründungen zu den neuen Regelungen im Einzelnen niedergelegt. Insbesondere finden sich dort die für das weitere Gesetzgebungsverfahren maßgeblichen inhaltlichen Ausführungen zum Verständnis der Pflichtverletzung. Eine Erforschung des nunmehr seit dem 01.01.2002 gesetzlich geltenden Schuldrechts muss diese daher berücksichtigen. Im Folgenden wird mit dem Begriff „Entwurf“ die BT-Drucks. 14/6040 bezeichnet. Bei der Darstellung wird von der aktuellen Fassung des BGB ausgegangen und dementsprechend werden die Paragraphen mit dem Hinweis auf das BGB zitiert. Diese stimmen überwiegend mit dem Wortlaut der Normen im Entwurf überein. Abweichungen und Unterschiede zwischen dem Entwurf und der aktuellen Fassung des BGB sowie zu sonstigen Materialien der Schuldrechtsmodernisierung werden – soweit für die Untersuchung relevant – herausgestellt.

<sup>11</sup> Unten § 1, II, 1, c.

<sup>12</sup> Auf diesbezüglich drohende Fehlschlüsse ist in der Literatur schon früh hingewiesen worden; *Schapp*, JZ 1993, S. 637, S. 638 ff.; vor der Diskussion um eine Schuldrechtsmodernisierung *Löwisch*, AcP 165 (1965), S. 421 ff.

<sup>13</sup> *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 134 ff.

ches Versäumnis der Schuldrechtsmodernisierung. Vereinzelt Stimmen,<sup>14</sup> die bereits vor Kodifizierung der neuen Regelungen darauf hingewiesen hatten, dass eine Pflichtverletzung unter Geltung des Verschuldensprinzips womöglich einen anderen Inhalt hat als bei einem Garantieprinzip, sind bei Abfassung der Überlegungen zur Neufassung des Leistungsstörungenrechts in den Gesetzesmaterialien<sup>15</sup> nicht berücksichtigt worden.

Damit blieb eine Grundfrage erneut ungeklärt, nämlich diejenige nach der Existenz und Reichweite leistungsstörungenrechtlichen Unrechts. Dies ist kein Problem, welches durch die Schuldrechtsmodernisierung neu geschaffen worden wäre. Ganz im Gegenteil: Es wird sich zeigen, dass die Motive des Bürgerlichen Gesetzbuchs nahezu selbstverständlich neben den drei Unrechtsbeschreibungen in den deliktischen Generalklauseln der §§ 823 I, II, 826 BGB eine vierte Unrechtmäßigkeit kennen, die in einer *verhaltensbezogenen* Vertragsrechtswidrigkeit liegt.<sup>16</sup> Diese ist seit Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nie in gleicher Weise beachtet worden wie die deliktsrechtlichen Unrechtmäßigkeiten. Diskussionen hierüber haben nur in Ansätzen stattgefunden, sich nur auf Einzelfälle bezogen oder sind sogar bei umfangreichen Untersuchungen weitgehend ausgenommen worden. Dies, obwohl sie thematisch nicht auf das Deliktsrecht begrenzt gewesen sind.<sup>17</sup> Eine allgemeine Lehre zur Bestimmung pflicht- sowie rechtswidriger und damit unrechtmäßiger Verhaltensweisen unter Berücksichtigung sämtlicher Typen von Leistungsstörungen ist nicht entwickelt worden.<sup>18</sup> *Löwisch* wies zu einer Zeit, als die deliktsrechtliche Unrechtsdiskussion in vollem Gange war, auf den Zusammenhang von Verschuldensprinzip und Unrecht und der damit notwendigen verhaltensorientierten Sichtweise von Forderungsverletzungen hin.<sup>19</sup> Umso erstaunlicher ist es, wenn dies trotz Geltung des Verschuldensprinzips als Regelprinzip in der aktuellen Debatte über die Pflichtverletzung zumeist ausgeblendet wird.<sup>20</sup> Hier scheint es schon eher konsequent, *de lege lata* oder *de lege ferenda* ein System der Garantiehaftung für das deutsche Leistungsstörungenrecht vorzusehen.<sup>21</sup>

Nach einer grundsätzlichen Bestimmung des Inhalts einer Pflichtverletzung ist zu klären, ob sämtliche Gläubigerrechte an eine einheitlich verstandene Pflichtverletzung anknüpfen können, selbst wenn diese ein Vertretenmüssen

---

<sup>14</sup> *Schapp*, JZ 1993, S. 637, S. 638 ff.; *derselbe*, JZ 2001, S. 583 ff.; S. 587.

<sup>15</sup> Eine Zusammenstellung dieser bringt *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002.

<sup>16</sup> *Mugdan*, II. Band, S. 406.

<sup>17</sup> Grundlegend *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung; *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Dazu unten § 5, III, 2.

<sup>18</sup> Zu diesem Befund gelangt ebenfalls *Schapp*, JZ 2001, S. 583.

<sup>19</sup> *Löwisch*, AcP 165 (1965), S. 421 ff.

<sup>20</sup> Unten § 2.

<sup>21</sup> *Schneider*, Abkehr vom Verschuldensprinzip?; *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag. Diesen Ansätzen ist später nachzugehen; dazu § 4, III.

nicht voraussetzen. Diesbezüglich ist zu erörtern, ob sich Pflichtverletzung und Leistungsstörung inhaltlich decken.

Es wird sich weiter zeigen, dass sich aus der Grundidee der verhaltensunabhängigen Nichterfüllung als Pflichtverletzung ein Nebeneinander von abstrakter Nichterfüllung und leistungsstörungenrechtlicher Typisierung<sup>22</sup> ergibt. Das ist durch die kodifikatorische Zusammenlegung der Typen von Leistungsstörungen „auf engem Raum“ vor allem in den §§ 280 ff. BGB verursacht worden. Insbesondere das Verhältnis von abstrakter Nichterfüllung zur Typisierung von Leistungsstörungen, derer es nach der Entwurfsbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung bedarf, um die für bestimmte Schadensarten relevanten Voraussetzungen zu ermitteln,<sup>23</sup> ist unklar. Beeinflusst eine Typisierung von Leistungsstörungen nicht den Inhalt der Pflichtverletzung?

Um die aufgeworfenen Fragen beantworten zu können, ist es zuerst notwendig, die Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung auf ihr inhaltliches Ver-

<sup>22</sup> Die Verwendung der Ausdrücke „Typus“ oder „Typisierung“ entspricht der in der Methodenlehre üblichen Denkform vom Typus im Unterschied zum feststehenden (allgemeinen) Begriff; *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 237 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 135 ff., S. 218 ff., S. 275, S. 301 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 146 ff.; *Hassemer*, Tatbestand und Typus; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, S. 129 ff., 202 ff. Das BGB kennt keine abschließenden Begriffe für Leistungsstörungen oder Pflichtverletzungen. Zentrale Regelungen in §§ 280 ff., 323 ff. BGB mit Formulierungen wie „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis“, „Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt“, „Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2“, „Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten“ oder auch die Rechte des Käufers bei Mängeln in § 437 sowie des Bestellers in § 634 BGB enthalten selbst innerhalb ihres Anwendungsbereichs keine abschließenden Merkmale, die eine Subsumtion unter Begriffe von Leistungsstörungen oder Pflichtverletzungen ermöglichen würden. Im komplexen System des Leistungsstörungenrechts bedarf es einer normativen Zuordnung der Lebenssachverhalte zu einem Rechtsnormtatbestand. Das wird auch eine Analyse der Diskussion um die Pflichtverletzung unten unter § 1 und § 2, die lebensstatsächliche Erscheinungsformen von Störungen im Schuldverhältnis den Rechtsnormen ganz unterschiedlich zuordnet, zeigen. Die Erscheinungsformen von leistungsstörungenrechtlich relevanten Lebenssachverhalten sind so vielfältig, dass sie nicht in wenigen abschließenden Begriffen abgebildet werden können. Mag beispielsweise eine Unmöglichkeit idealtypisch darin liegen, dass der Schuldner eine Leistung tatsächlich nicht erbringen kann, bedarf es schon weiterer, nicht feststehender Kriterien, um die Fälle praktischer und moralischer Unmöglichkeit (siehe nur die in § 275 II und III BGB verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe) einem solchen Typus zuordnen zu können. Auch fragt sich, ob die „wirtschaftliche Unmöglichkeit“ zur Leistungsstörung Unmöglichkeit oder zum Wegfall der Geschäftsgrundlage gehört; hierzu der Diskurs zwischen *Canaris*, JZ 2001, S. 499, S. 501 und *Picker*, JZ 2003, S. 1035 ff. Offen ist auch die Einordnung beim Verstreichenlassen der Frist zur Nacherfüllung als Leistungsverzögerung oder Schlechtleistung, der vorübergehenden „Unmöglichkeit“ als Leistungsverzögerung oder Unmöglichkeit; dazu unten unter § 2, V, 2, c. Gerade Erscheinungsformen, die Mischfälle oder atypisch sind, belegen die Notwendigkeit des Typusdenkens und zeigen dessen Flexibilität (wie es *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 301 ff. am Beispiel der Einordnung der Schuldverträge als Typen zeigt).

<sup>23</sup> *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 ff.

ständnis der Pflichtverletzung zu überprüfen. Daran anknüpfend folgt eine Systematisierung der in der Literatur vertretenen Auffassungen zur Pflichtverletzung. Auf eine in zeitlicher Hinsicht noch vor den Materialien ansetzende historische Darstellung der Pflichtverletzung wird verzichtet.<sup>24</sup> Die folgende Untersuchung verfolgt insoweit einen anderen Weg. Eine Lehre von der Pflichtverletzung muss sich in erster Linie aus der geltenden Systematik des bürgerlichen Rechts entwickeln. Sie ist auf den rechtlich-systematischen Kontext der leistungsstörungsrechtlichen Regeln des BGB angewiesen. Ausgangspunkt der Untersuchung ist damit das geltende Gesetz. Im Kontext seiner Untersuchung wird die Diskussion aus der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung zu berücksichtigen sein.

Es wird sich dementsprechend zeigen, dass eine Lehre von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht nicht umhinkommt, ihren haftungsrechtlichen Kontext zu berücksichtigen. Unter Geltung des Verschuldensprinzips ist die Pflichtverletzung inhaltlich von einem Verhaltenselement abhängig. Diese These von der verhaltensbezogenen Pflichtverletzung wird weiter dahingehend konkretisiert werden, dass, unter Berücksichtigung des Wertbezugs von Unrecht und Schuld, die Prüfung eines Verhaltensmerkmals nicht an beliebiger Stelle, sondern als Bestandteil der Pflichtverletzung und als Element eines leistungsstörungsrechtlichen Unrechts zu erfolgen hat.

Daran anknüpfend können die inhaltlichen Merkmale der Pflichtverletzung im Einzelnen entwickelt werden. Damit verbunden ist eine Typisierung von Pflichtverletzungen. Es wird sich zeigen, dass bislang vertretene Ansätze ihre Prinzipien regelmäßig nur in Bezug auf bestimmte Typen von Pflichten oder Typen von Leistungsstörungen entwickeln oder gewonnene Erkenntnisse nicht für alle Typen von Leistungsstörungen „durchdeklinieren“. Dies lässt sich vor allem dort beispielhaft zeigen, wo der erfolgsbezogene Ansatz auf die Verletzung von erfolgsbezogenen Pflichten abstellt, da sich diesbezüglich ein verhaltensunabhängiges Erfolgsdefizit vermeintlich einfacher beschreiben lässt, oder wo Vertreter eines verhaltensbezogenen Ansatzes die Fälle nachträglicher Unmöglichkeit bemühen, um die Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung zu identifizieren. Eine Lehre von der Pflichtverletzung ist aber nur dann allgemeingültig, wenn sie für sämtliche Typen von Pflichten und unter Berücksichtigung sämtlicher Typen von Leistungsstörungen gelten kann.

Insgesamt liegt in der Unterschiedlichkeit von Pflichten, von Leistungsstörungen und von Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen – beim Recht auf Schadensersatz durch die Regelung verschiedener Schadensarten noch weiter ausdifferenziert – die besondere Herausforderung der Entwicklung einer Lehre

---

<sup>24</sup> Eine historische Untersuchung zur Verwendung der Pflichtverletzung findet sich bei *Anders*, Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungenrechts als Modell de lege feranda, S. 84 ff.

von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht. In diesem Zusammenhang wird darzulegen sein, dass sich die Pflichtverletzung nicht in einem Verhaltenselement erschöpfen kann, sondern zur vollständigen Erfassung leistungsstörungsrechtlicher Fallkonstellationen noch weiterer Elemente bedarf.

Schließlich sind zusätzliche pflichtverletzungsrelevante Konkretisierungen vorzunehmen, die sich vor allem aus der Systematik der §§ 280 ff. BGB ergeben. Es soll versucht werden, die dogmatischen Grundstrukturen der Lehre von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht für die Anwendung im Einzelfall nutzbar zu machen.

Eine Lehre von der Pflichtverletzung ist von einzelnen dogmatischen Prinzipien abhängig. Einerseits sind dies solche, die (mittlerweile) in der wissenschaftlichen Diskussion weitgehend anerkannt sind. Insoweit kann an Bestehendes angeknüpft werden. Andererseits sind, wo dies notwendig ist, begonnene Kategorisierungen abzuschließen oder auch neue zu bilden. Bekannte haftungsrechtliche Prinzipien können für den Kontext des Leistungsstörungsrechts und für die Entwicklung einer Lehre von der Pflichtverletzung nutzbar gemacht werden. Im Übrigen gibt es Rechtsfragen im Leistungsstörungsrecht, deren Beantwortung auch für die Bestimmung einer Pflichtverletzung bedeutsam sind, bei denen die jeweils vertretene Auffassung allerdings nichts an den abstrakten Inhaltsmerkmalen der Pflichtverletzung ändert. Beispielsweise lässt sich über die Typisierung von Pflichten und ihre Abgrenzung zueinander streiten, ohne dass diese für die Merkmale von Pflichtverletzungstatbeständen relevant wären. Besteht beispielsweise Uneinigkeit darüber, ob eine bestimmte Pflicht als Leistungspflicht oder als sonstige Pflicht im Sinne des § 241 II BGB einzuordnen ist, besagt diese Einordnung nichts darüber, welche inhaltlichen Merkmale eine Pflichtverletzung ausmachen, wenn diese sowohl für Leistungs- als auch für Nichtleistungspflichten identisch sind. Es läge nur ein anderer Pflichtverletzungstyp in Form beispielsweise einer Verletzung einer Pflicht im Sinne des § 241 II BGB vor. Diesbezüglich setzt sich die Pflichttypisierung bei der Pflichtverletzungstypisierung fort.

Eine Diskussion über leistungsstörungsrechtliches Unrecht ist keine Diskussion darüber, ob deliktsrechtliche Prinzipien in das Leistungsstörungsrecht zu übernehmen sind. Freilich weist das Deliktsrecht im Vergleich zum Leistungsstörungsrecht Besonderheiten auf, die es zu beachten gilt. Das hat aber weniger mit der These zu tun, dass eine Verschuldenshaftung ein verhaltensbezogenes Unrecht sowohl im Delikts- als auch im Leistungsstörungsrecht verlangt. Insoweit wird herauszuarbeiten sein, dass das Prinzip vom verhaltensbezogenen Unrecht unter Geltung einer Verschuldenshaftung auch für das Leistungsstörungsrecht gilt.

Insgesamt geht es der hiesigen Untersuchung nicht um eine Einzelfallaufzählung denkbarer Pflichtverletzungen, sondern um die Charakterisierung der Merkmale der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht.



## *Erstes Kapitel*

# Die Diskussion der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht

## § 1 Die Pflichtverletzung nach den Materialien<sup>1</sup> der Schuldrechtsmodernisierung

### *I. Pflichtverletzung als Grundtatbestand im Leistungsstörungenrecht*

Im Zentrum des Entwurfs der Schuldrechtsmodernisierung stehen die Ausführungen zur Pflichtverletzung, einem Begriff, der neu in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt worden ist. Danach soll die Pflichtverletzung der Grundtatbestand für „die Rechte des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung“ sein.<sup>2</sup> Prägend für das Verständnis der Pflichtverletzung im Entwurf sind die Ausführungen zu den Schadensersatztatbeständen der §§ 280 I S. 1 bis 283 BGB. Bereits im zur Erläuterung der Leistungsstörungsvorschriften einleitenden Teil wird auf die besondere Bedeutung der Pflichtverletzung für die Schadensersatzansprüche des Gläubigers hingewiesen.<sup>3</sup> Grundsätzliche Begründungen zur Einführung des Pflichtverletzungstatbestands finden sich in der Vorbemerkung zu den §§ 280 ff. BGB.<sup>4</sup> In den folgenden Einzelerläuterungen der §§ 280 bis 283 BGB enthält der Entwurf mehr oder weniger ausführliche Bemerkungen zum Verständnis der Pflichtverletzung.<sup>5</sup> Bei den Einzelbegründungen der neben dem Schadensersatz stehenden Rechte des Gläubigers im Falle einer Leistungsstörung finden sich inhaltliche Darlegungen zur Pflichtverletzung kaum noch. Hier greift der Entwurf weitgehend und mit einer gewissen Selbstverständlichkeit auf die Grundlegung der Pflichtverletzung im Rahmen der Schadensersatzregelungen zurück. Gleichwohl sind es vor allem der Rücktritt gemäß §§ 323 bis 326 BGB, der Aufwendungsersatz gemäß § 284 BGB sowie die besonderen

---

<sup>1</sup> Oben Einleitung, Fn. 10.

<sup>2</sup> *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 92 rechte Spalte, 2. Absatz.

<sup>3</sup> *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 92 rechte Spalte, 2. bis 5. Absatz; S. 93 linke Spalte, 2. bis 5. Absatz.

<sup>4</sup> *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 133 bis S. 135.

<sup>5</sup> Vergleiche *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 bis S. 142.

Rechte des Gläubigers im Kauf- und Werkvertragsrecht in Form von Nacherfüllung gemäß § 439 BGB und § 635 BGB, Selbstvornahme gemäß § 637 BGB und schließlich der Minderung gemäß § 441 BGB und § 638 BGB, die als nicht-schadensersatzrechtliche Gläubigerrechte ebenfalls eine Pflichtverletzung voraussetzen sollen.<sup>6</sup>

Von dieser Prämisse ausgehend bedarf es zunächst eines Blicks auf die Schadensersatztatbestände der §§ 280–283 BGB sowie des § 311a II BGB. Im Anschluss daran wird auf die sonstigen nichtschadensersatzrechtlichen Rechte des Gläubigers zurückzukommen sein.

## II. Pflichtverletzung bei den Schadensersatztatbeständen

### 1. Pflichtverletzung nach § 280 I S. 1 BGB

#### a) Terminologie der Pflichtverletzung

Nach dem Entwurf fasst die Pflichtverletzung in § 280 I S. 1 BGB als Oberbegriff alle Arten von Leistungsstörungen zusammen.<sup>7</sup> Damit wird der systematische Ausgangspunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wie es bis zum 01.01.2002 galt, verändert. Bei den Schadensersatzansprüchen wird nicht mehr von Beginn an nach verschiedenen Typen von Leistungsstörungen differenziert, sondern ein grundsätzlich einheitlicher Tatbestand des Schadensersatzes für alle Leistungsstörungen geschaffen.<sup>8</sup> Ausnahme insoweit stellt nach dem Entwurf lediglich die anfängliche Unmöglichkeit dar. Hier findet sich der Anspruch auf Schadensersatz in § 311a II S. 1 BGB.<sup>9</sup> Damit schafft der Entwurf mit § 280 I S. 1 BGB eine zentrale Haftungsnorm, die das Gewicht einer Generalklausel erhält. Ein Gedanke, der – so der Entwurf – modernen Vertragsrechtsprinzipien, insbesondere dem UN-Kaufrecht, immanent sei.<sup>10</sup>

Die Gestaltung einer solchen Generalklausel im Leistungsstörungenrecht verlangte aber nach einem geeigneten Oberbegriff, der die einzelnen Typen von Leistungsstörungen in sich vereinigt. Insbesondere sollte die positive Forderungs- oder Vertragsverletzung nicht als eine neben die Unmöglichkeit und den Verzug tretende dritte Kategorie der Leistungsstörung kodifiziert werden.<sup>11</sup> Der Entwurf übernimmt den von *U. Huber*<sup>12</sup> vorgeschlagenen Oberbegriff der Nichterfüllung der Terminologie nach nicht. In Fällen des Verzugs und der

<sup>6</sup> Entwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 92 rechte Spalte, 2. Absatz.

<sup>7</sup> Entwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 133 rechte Spalte, 4. Absatz.

<sup>8</sup> Entwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 linke Spalte, 4. Absatz.

<sup>9</sup> Entwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 linke Spalte, 4. Absatz; S. 135 rechte Spalte, 3. Absatz.

<sup>10</sup> Entwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 rechte Spalte, 3. Absatz.

<sup>11</sup> Entwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 133 linke Spalte.

<sup>12</sup> in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 647, S. 699 ff.