

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XV

§ 1

Einleitung

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

§ 2

Unüberwindbare, nachträgliche Hindernisse und Schadensersatz

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

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

§ 3

Unüberwindbare, anfängliche Hindernisse und Schadensersatz

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

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

§ 4

Überwindbare Hindernisse und Erfüllung

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

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

§ 5

Überwindbare Hindernisse und Nacherfüllung

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

§ 6

Vom Gläubiger (mit-) verursachte Hindernisse

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

§ 7

Hindernisse bei vertretbaren Leistungen

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

§ 8

Partielle Hindernisse

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

§ 9

Die „Zweckstörung“ als Hindernis

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

§ 10

Vorübergehende Hindernisse

A. Einführung	771
B. Suspendierung des Erfüllungsanspruchs	771

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

§ 11

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII

§ 1

Einleitung

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

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

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

§ 2

Unüberwindbare, nachträgliche Hindernisse und Schadensersatz

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

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

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

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

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

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

§ 3

Unüberwindbare, anfängliche Hindernisse
und Schadensersatz

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

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

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

§ 4

Überwindbare Hindernisse und Erfüllung

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

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

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

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

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

d) Berücksichtigung eines Schadensersatzanspruchs des Schuldners gegen den Gläubiger	407
aa) Ersatz der Mehraufwendungen	407
bb) Ersatz des entgangenen Gewinns	409
e) Zusammenschau aller Konsequenzen eines beiderseits verursachten Hindernisses	410
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	415
V. Kriterien für ein Missverhältnis	415
1. Einführung	415
2. BGB	416
a) Deontologischer Ausgangspunkt	416
b) Kaum Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung	416
c) Rechtsprechung	418
aa) Zu § 275 Abs. 2 BGB	418
(1) Zum Mietrecht	418
(2) Zum Kaufrecht	419
(3) Zum Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB	421
bb) Zu § 275 BGB a.F.	422
cc) Zu § 251 Abs. 2 S. 1 BGB	423
d) Ansichten in der Literatur	426
e) Stellungnahme	428
aa) Notwendigkeit der Bestimmung eines Grenzwerts	428
bb) Niedriger oder hoher Grenzwert?	429
cc) Konkreter Vorschlag für einen Grenzwert	431
dd) Sekundäre Missverhältniskontrolle	432
ee) Sonderkonstellationen	433
(1) Einführung	433
(2) Besondere Risikozuordnung	433
(a) Inhalt des Schuldverhältnisses	433
(b) Vorhersehbarkeit des Hindernisses	435
(3) Vollständige Befriedigung des Gläubigers durch finanzielle Entschädigung	435
(4) Vertretenmüssen des Schuldners	437
(a) Grundsätzliches	437
(b) Auswirkungen auf primäre Missverhältnismessung	437
(c) Konkrete Vorschläge für die Anpassung der sekundären Missverhältnismessung	438
(d) Keine Absenkung der Missverhältnismessung bei fehlendem Verschulden	439
(e) Erkenn- oder Vorhersehbarkeit des Hindernisses	439
(5) (Mit-) Verschulden des Gläubigers	440
(a) Unklare Entscheidung des BGH	440
(b) Ansichten in der Literatur	441
(c) Stellungnahme	442

(aa) Praktische Relevanz der Frage	442
(bb) Jeglicher Mehraufwand unzumutbar	444
(cc) Unverschuldete Mitverursachung im Übrigen ...	446
ff) Zusammenfassung	448
3. CESL	449
a) Ausgangsüberlegungen	449
aa) Einführung	449
bb) Kompromiss zwischen Deontologie und Konsequentialistik als Ausgangspunkt	449
cc) Grundsätzliche Schadensersatzpflicht des Schuldners	450
b) Übertragbarkeit der Vorschläge zum deutschen Recht	452
aa) Doppelprüfung mittels primärer und sekundärer Missverhältniskontrolle	452
bb) Konkrete Grenzwerte	453
(1) Primäre Missverhältniskontrolle	453
(2) Sekundäre Missverhältniskontrolle	454
cc) Sonderkonstellationen	456
(1) Besondere Risikoordnung	456
(2) Verschulden des Schuldners	456
(a) Ausgangsüberlegung	456
(b) Primäre Missverhältnismessung	457
(c) Sekundäre Missverhältnismessung	457
(3) (Mit-)Verschulden des Gläubigers	458
(4) Erkenn- bzw. Vorhersehbarkeit des Hindernisses	460
VI. Fazit	460
1. Grundsätzliches	460
2. Zusammenfassung der konkreten Ergebnisse	462
a) Bestimmung des Schuldneraufwands	462
b) Bestimmung des Gläubigerinteresses	463
c) Annahme eines (groben) Missverhältnisses	464
D. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	465
I. Einführung	465
II. Abwägungsobjekt	466
1. Einführung	466
2. Leistungsinteresse des Gläubigers als Abwägungsobjekt?	468
3. Schuldnerinteresse am Geschäft als Abwägungsobjekt?	468
4. Kompromisslösung: relative Beziehung von Schuldner- und Gläubigerinteressen	470
5. Ausnahme: Keine Berücksichtigung hindernisbedingt gestiegener Leistungsinteressen des Gläubigers	471
6. Gegenleistung oder avisierter Gewinn	472
7. Zusammenfassung	473

III. Unterschiede zur Unerschwinglichkeitseinrede bei der Bestimmung des Schuldneraufwands	473
E. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und Art. 89 CESL	475
I. Einführung	475
1. Gegenstand der Regelungen	475
2. Verhältnis zur Unerschwinglichkeitseinrede	476
a) BGB	476
b) CESL	478
3. Verhältnis zur Entschuldigung nach Art. 88 CESL	478
II. Umstandsänderung	479
1. Generalia	479
2. Geschäftsgrundlage	480
III. Zumutbarkeit	481
1. Abwägungsobjekt	481
2. Bestimmung des Schuldneraufwands	482
3. Grenze der Zumutbarkeit	484
a) Einführung	484
b) Konkrete Grenzziehung im „Normalfall“	485
aa) Rechtsprechung zum BGB	485
bb) Literaturansichten zum BGB	490
cc) Stellungnahme	490
(1) Deutung der BGH-Rechtsprechung	490
(2) 15 %-Grenze für Vertragsanpassungen	492
(3) Sondergrenze für eine Vertragsaufhebung	493
dd) Übertragbarkeit auf den CESL	493
c) Besondere Risikoverteilung	494
aa) Einführung	494
bb) Vertragliche Risikoverteilung	494
cc) Normative Risikozuweisung	496
(1) BGB	496
(2) CESL	497
dd) Vorhersehbarkeit	498
ee) Vermeidbarkeit	499
(1) Berücksichtigungsfähigkeit	499
(2) Grenze des zumutbaren Aufwands	499
IV. Rechtsfolge	500
1. Einführung	500
2. Vertragsanpassung	501
a) Überblick	501
b) Preiserhöhung	502
aa) Drei Möglichkeiten	502

bb) Beschränkte Kostenteilung als vorzugswürdige Lösung	503
cc) Notwendigkeit einer Vorteilsanrechnung	504
dd) Besondere Risikoverteilung	505
c) Änderung des Leistungsgegenstands	505
3. Vertragsaufhebung	506
F. Die Anfechtung nach Art. 48 CESL	507
I. Einführung	507
II. Wesentlichkeit des Irrtums	507
III. Risikozuweisung	509
G. Zusammenfassung	509
I. Grundsätzliches	509
II. Verschiedene Regelungen	510
III. Details	511
1. Unerschwinglichkeitseinrede	511
2. Entschuldigung	511
3. Wegfall der Geschäftsgrundlage	511
4. Irrtumsanfechtung	512

§ 5

Überwindbare Hindernisse und Nacherfüllung

A. Einführung	513
B. Besonderheiten hinsichtlich der Unerschwinglichkeit einer Nacherfüllung	514
I. Einführung	514
II. Wert des (mangelhaften) Leistungsgegenstands und der geminderten Gegenleistung	516
1. Berücksichtigung bei der Bestimmung des Schuldneraufwands	516
2. Berücksichtigung bei der Bestimmung des Gläubiger- interesses	517
3. Auswirkungen auf das Verhältnis von Schuldner- aufwand und Gläubigerinteresse	518
4. Bewertung	519
a) Keine Änderung der Verhältniswerte durch Lieferung	519
b) Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit der Folgen einer mangelhaften Leistung	519

aa) Unerheblicher Mangel	519
bb) Erheblicher Mangel	520
5. Fazit	521
III. Bestimmung der Missverhältnisgrenze(n)	521
IV. Exkurs: Richtlinienkonformität einer Anwendung von § 275 Abs. 2 BGB auf den Nacherfüllungsanspruch beim Verbrauchsgüterkauf?	521
1. Einführung	521
2. Auslegung des Unmöglichkeitbegriffs der Verbrauchs- güterkaufrichtlinie	522
a) Historische Auslegung	522
b) Systematische Auslegung	524
3. Entgegenstehen der Putz/Weber-Entscheidung des EuGH? ..	525
4. Fazit	527
C. Relative Unverhältnismäßigkeit der gewählten Art der Nacherfüllung	528
I. Einführung	528
II. Abwägungsobjekte	528
III. Unverhältnismäßigkeit	529
1. Einführung	529
2. Primäre Unverhältnismäßigkeitsgrenze	530
a) Vorschlag konkreter Grenzen	530
b) Berücksichtigungsfähigkeit eines Verkäuferverschuldens	531
3. Ausnahmen	533
a) Wert der Sache in mangelfreiem Zustand	533
aa) Funktion als sekundäre Unverhältnismäßigkeitsgrenze	533
bb) Auswirkungen auf die primäre Unverhältnismäßigkeits- kontrolle	534
b) Bedeutung des Mangels	534
aa) Bedeutung im engeren Sinne	534
bb) Bedeutung im Sinne eines mangelbedingten Minderwerts ...	535
(1) Einführung	535
(2) Funktion als tertiäre Unverhältnismäßigkeitskontrolle? ..	536
(3) Auswirkungen auf die primäre Unverhältnismäßigkeits- grenze?	537
c) Unannehmlichkeiten für den Gläubiger	538
D. Absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	539
I. Einführung	539
II. Vergleichsobjekte	540
1. Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	540

2. Stellungnahme	541
a) Eigene Ansicht: Weit verstandenes Gläubigerinteresse	541
b) Systematik des Gesetzes	542
aa) Widerspruch zu § 275 Abs. 2 BGB vs. Widerspruch zum Schadensersatzrecht	542
bb) Lösungsmöglichkeiten	544
c) Wille des historischen Gesetzgebers	546
d) Wortlaut	547
e) Sinn und Zweck der Vorschrift	549
III. Unverhältnismäßigkeitsgrenzen	549
1. Übertragung der primären Missverhältnismäßigkeitsgrenze des § 275 Abs. 2 BGB	549
a) Einführung	549
b) Wille des Gesetzgebers	550
c) Leerlaufen des § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB	553
2. Ausnahmen vom Ergebnis der primären Unverhältnismäßigkeitskontrolle	553
a) Sekundäre Unverhältnismäßigkeitskontrolle anhand des Sach- und des Mangelwerts	553
aa) Einführung	553
bb) Anhand des Sachwerts	553
cc) Anhand des Mangelwerts	555
b) Auswirkungen des Sach- und des Mangelwerts auf die primäre Unverhältnismäßigkeitsgrenze?	555
3. Bedeutung dieser Auffassung für die Frage der Richtlinien- widrigkeit der deutschen Regelung	556
E. Zusammenfassung	556

§ 6

Vom Gläubiger (mit-) verursachte Hindernisse

A. Einführung	558
B. Die Rechtsbehelfssperre des Art. 106 Abs. 5 CESL	560
I. Voraussetzungen	560
1. Überblick	560
2. Notwendigkeit einer Pflichtverletzung	560
3. Auswirkungen einer Entschuldigung	561
a) Einführung	561
b) Wortlaut des Art. 106 Abs. 5 CESL	562
c) Systematische Auslegung 1: Gleichlauf mit den Gefahr- tragungsregeln	562

d) Systematische Auslegung 2: Gleichbehandlung von Schuldner und Gläubiger	563
e) Teleologische Auslegung	566
aa) Einführung	566
bb) Treu und Glauben	567
cc) Casum sentit dominus	569
f) Fazit	569
4. Endogene Risiken (inkl. Handlungen Dritter)	570
a) Einführung	570
b) Teleologische Auslegung	570
aa) Venire contra factum proprium	570
bb) Casum sentit dominus	572
c) Systematische Auslegung: Gleichbehandlung von Schuldner und Gläubiger	572
d) Fazit	573
5. Kausalität	573
a) Generalia	573
b) Verursachung einer partiellen Nichterfüllung	574
c) Partielle Verursachung einer Nichterfüllung	575
aa) Einführung	575
bb) Kumulative Verursachung durch Gläubiger und Schuldner ..	575
(1) Problemaufriss	575
(2) Folgenbetrachtung 1: Rücktritt	577
(3) Folgenbetrachtung 2: (Nach-) Erfüllung	579
cc) Kumulative Verursachung durch den Gläubiger und ein exogenes Ereignis	580
dd) Alternative Verursachung durch Gläubiger und Schuldner ...	581
d) Zusammenspiel sämtlicher Kausalitätsfragen	581
II. Rechtsfolgen	583
1. Ausschluss aller Rechtsbehelfe	583
2. Ersparte Aufwendungen	584
3. Behandlung von Fällen partieller Verursachung	585
a) Verursachung einer partiellen Nichterfüllung	585
b) Partielle Verursachung einer Nichterfüllung (beiderseits verursachtes Leistungshindernis)	586
aa) Generalia	586
bb) Verhältnis zur Schadensminderungsobliegenheit	587
III. Beweislast	588
C. BGB	590
I. Einführung	590
II. Auswirkungen auf den Schadensersatzanspruch	590
1. § 254 BGB im Überblick	590

2. Sonderfrage: Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von einem anfänglichen Hindernis	592
a) Grundsatz: Anwendbarkeit des § 254 BGB	592
b) Ausnahme: Unanwendbarkeit im Kaufrecht	593
III. Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht	594
1. Überblick	594
2. Maßstab für die „Verantwortlichkeit“ des Gläubigers	595
a) Einführung	595
b) Notwendigkeit einer Pflichtverletzung	596
c) (Analoge) Anwendung der §§ 276 ff. BGB?	598
aa) Meinungsstand	598
bb) Stellungnahme	599
d) Analoge Anwendung von § 311a Abs. 2 S. 2 BGB	601
3. Rechtsfolge	602
4. Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit	603
a) Meinungsstand	603
b) Stellungnahme	604
5. Kausalität des Annahmeverzugs für das Leistungshindernis	605
IV. Auswirkungen auf den Erfüllungsanspruch	607
V. Auswirkungen auf den Nacherfüllungsanspruch	608
1. Verursachung eines Hindernisses für die Nacherfüllung	608
2. Verursachung des Mangels	608
a) Einführung	608
b) Unverschuldete Hindernisverursachung allein durch den Gläubiger	609
aa) Meinungsstand	609
bb) Stellungnahme	610
c) Beiderseits zu vertretender Mangel	610
aa) Meinungsstand	610
bb) Stellungnahme	612
D. Vergleichende Zusammenfassung	613

§ 7

Hindernisse bei vertretbaren Leistungen

A. Einführung	615
B. Stückschuld	616
I. BGB: Ersatzlieferungsanspruch nach § 439 Abs. 1 BGB	616
1. Überblick und Problemaufriss	616
2. Meinungsstand	617

3. Stellungnahme	618
a) Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB	618
b) Keine Unmöglichkeit der Ersatzlieferung	620
c) Rechtspolitische Aspekte	620
aa) Zufälligkeit der Vereinbarung einer Stück- bzw. Gattungsschuld	620
bb) Nachteile für den Käufer	621
d) Inkonsistenzen zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungs- anspruch	621
e) Möglichkeit zur Überwindung der Inkonsistenzen	622
aa) Unerschwinglichkeitseinrede gegen den Nacherfüllungs- anspruch?	622
bb) Generelle Neuausrichtung der Abgrenzung von Stück- und Gattungsschulden	623
(1) Zwischenform der „subsidiären Gattungsschuld“	623
(2) Kein Widerspruch zu § 243 Abs. 2 BGB	624
cc) Analoge Anwendung von § 439 Abs. 1 BGB	626
dd) Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB	626
f) Zusammenfassung	628
4. Kriterien für die Bestimmung des Parteiwillens	628
a) Einführung	628
b) Gebrauchte Kaufsachen	628
c) Neuware	629
aa) Identische Neuware vorhanden	629
bb) Keine identische Neuware vorhanden	630
II. CESL	631
1. Nacherfüllungs- in Form des Ersatzlieferungsanspruchs	631
2. Vermeidung von Inkonsistenzen	632
3. Schadensersatz	633
a) Einführung	633
b) Obliegenheit zur Lieferung eines commercially reasonable substitute	633
c) Kriterien für die Bestimmung eines commercially reasonable substitute	634
aa) „Meinungsstand“	634
bb) Stellungnahme	635
(1) Bei Vorliegen eines Ersetzungswillens i.S.d. Art. 110 Abs. 2 CESL	635
(2) Darüber hinausgehende Ersatzlieferungsobliegenheit des Verkäufers	636
(3) Korrektur des Maßstabs nach den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung	638
(4) Zusammenfassung	639
C. Gattungsschuld	640
I. Einführung	640

II. BGB: Übergang der Leistungsgefahr durch Konkretisierung ...	640
1. Meinungsstand	640
2. Stellungnahme	642
a) Lieferungstheorie vorzugswürdig	642
b) § 300 Abs. 2 BGB als Regelung der Preisgefahr	643
c) Fazit	644
3. Sonderfall: Konkretisierung bei mangelhaften Sachen	645
a) Anforderungen des § 243 Abs. 2 BGB	645
b) Anforderungen der Regelungen zum (Preis-) Gefahrübergang ...	647
aa) § 446 S. 1 und § 447 BGB	647
bb) § 300 Abs. 2 BGB	648
(1) Meinungsstand	648
(2) Stellungnahme	648
(a) Zurückweisungsrecht des Gläubigers	648
(b) Auswirkungen des Zurückweisungsrechts auf den Annahmeverzug	649
4. Zusammenfassung	651
III. CESL	651
1. Konkretisierung mit Übergang der Preisgefahr	651
2. Sonderfall: Konkretisierung bei mangelhaften Sachen	652
a) Einführung	652
b) Zurückweisungsrecht des Käufers	653
c) Auswirkungen des Zurückweisungsrechts auf den Annahmeverzug	653
D. Vorratsschuld	654
E. Vergleichende Zusammenfassung	656

§ 8

Partielle Hindernisse

A. Einführung	659
B. Auswirkungen auf die Leistungspflicht	659
I. Grundsatz: Pflicht zur „Restleistung“	659
II. Ausnahme bei mangelnder Teilbarkeit?	660
1. Einführung	660
2. Mangelndes Interesse des Gläubigers an einer Teilleistung ...	661
3. Praktische Schwierigkeit der Restwertermittlung	662
4. Sonderfall: Qualitative Unmöglichkeit	663
5. Sonderfall: Unmöglichkeit einer Leistungsmodalität	664
6. Zusammenfassung	665

III. Repartierungspflicht bei partiellem Untergang einer Gattung oder eines Vorrats	665
1. Einführung	665
2. BGB	666
a) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	666
aa) Repartierungspflicht	666
bb) Freies Ermessen	667
cc) Präventionsprinzip	668
b) Stellungnahme	669
aa) Einführung	669
bb) Berechtigung zur partiellen Erfüllungsverweigerung	670
(1) Rechtspolitisches Bedürfnis	670
(2) Dogmatische Möglichkeit	671
cc) Verpflichtung zur Verweigerung des Erfüllungsanspruchs ...	672
(1) Einführung	672
(2) Notwendigkeit eines vordefinierten Verteilungsschlüssels	672
(a) Vergleich mit dem Fall einer Insolvenz	672
(b) Regelungen für vergleichbare Situationen	674
(c) Mangelnde Tragfähigkeit der systematischen Gegenargumente	675
(d) Mangelnde Überzeugungskraft der rechtspolitischen Gegenargumente	676
(aa) Allgemeine Handlungsfreiheit/Privatautonomie .	676
(bb) Schutz von Geschäftsgeheimnissen	678
(e) Fazit	678
(3) Vorzugswürdiger Verteilungsschlüssel	679
(a) Einführung	679
(b) Regelungen zu parallel gelagerten Fallgestaltungen ...	679
(c) Ökonomische Betrachtung	680
(d) Gläubigerschutz	683
(e) Pragmatische Aspekte	684
(aa) Grenzen der Repartierungsmöglichkeit	684
(bb) Nachteilige Folgen des vertragsschluss- bezogenen Präventionsprinzips	685
(f) Fazit	686
dd) Ausnahmen	686
(1) Unmöglichkeit der Repartierung	686
(2) Verletzung höherrangiger Interessen	688
(3) Nichtbelieferung solcher Gläubiger, die an einer Teillieferung kein Interesse haben?	689
(4) Konkurrenz von Kauf- und Schenkungsgläubigern	690
(5) Pflicht zur Ausnutzung von vertraglichen Rücktrittsrechten?	691
(6) Einbeziehung noch nicht fälliger Forderungen	692
(7) Ausnahme bei verschuldeten Leistungshindernissen	693

ee) Konsequenzen einer überproportionalen Belieferung einzelner Gläubiger	695
(1) Einführung	695
(2) Ansprüche des Schuldners gegen den überproportional belieferten Gläubiger	695
(3) Ansprüche des benachteiligten Gläubigers gegen den Schuldner	696
(4) Ansprüche des benachteiligten gegen den über- proportional belieferten Gläubiger	697
(5) Sonderfall: Leistung aufgrund drohender Gefahren für höherrangige Rechtsgüter	699
c) Zusammenfassung	700
d) Exkurs: Parallelproblem bei Stückschulden	701
3. CESL	703
C. Auswirkungen auf die Gegenleistungspflicht	704
I. BGB	704
1. Kürzung der Gegenleistungspflicht	704
2. Recht zum Rücktritt vom (gesamten) Vertrag	705
II. CESL	707
1. Einführung	707
2. Minderung	707
3. Teilrücktritt	708
a) Einführung	708
b) Teilbarkeit	708
c) Möglichkeit der Wertzuordnung	709
d) Rücktrittsgrund	710
4. Gesamtrücktritt	710
D. Abschließender Vergleich	712

§ 9

Die „Zweckstörung“ als Hindernis

A. Begriff der Zweckstörung	714
I. Terminologie: Primär- und Sekundärzweck	714
II. Kritik an der Terminologie	715
B. Einordnung der Zweckstörung im deutschen Recht	716
I. Zweckfortfall	716
1. Meinungsstand	716
2. Stellungnahme	719

a)	Unmöglichkeitslösung grundsätzlich vorzugswürdig	719
b)	Unterschiedliche Behandlung dauerhafter und vorübergehender Hindernisse	720
c)	Wechselwirkungen mit der Auslegung des Begriffs des Zweckfortfalls	720
3.	Rechtsfolgen	722
a)	Grundsatz: Erlöschen von Leistungs- und Gegenleistungspflicht .	722
b)	Die Ausnahmen vom Erlöschen der Gegenleistungspflicht	723
aa)	§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 1 BGB	723
(1)	Begriff der Verantwortlichkeit	723
(2)	Fahrlässigkeitsmaßstab der <i>diligentia quam in suis</i> ?	723
(3)	Ausnahme: Vertragsimmanente Zweckfortfallsrisiken	724
(4)	Verantwortlichkeit mangels Wiederherstellung des Leistungssubstrats	724
(5)	Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Unkenntnis von einem anfänglichen Zweckfortfall	725
bb)	§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 2 BGB	726
cc)	§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB	726
dd)	§ 615 BGB	728
ee)	§ 537 BGB	728
c)	Kürzung der Gegenleistung selbst in den Ausnahmefällen	729
II.	Zweckerreichung	730
1.	Heute ganz h.M.: Einstufung als Unmöglichkeit	730
a)	Generalia	730
b)	Besonderheiten im Kaufrecht	732
2.	Rechtsfolgen	732
a)	Grundsatz und Ausnahmen	732
b)	Besonderheiten gegenüber dem Zweckfortfall	733
aa)	§ 326 Abs. 2 S. 1 alt. 1 BGB	733
(1)	Verantwortlichkeit durch aktive Herbeiführung der Zweckerreichung	733
(2)	Verantwortlichkeit mangels Vermeidung der Zweckerreichung	733
(3)	Verantwortlichkeit mangels Überwindung der Zweck- erreicherung/Wiederherstellung der Zweckerreichbarkeit? .	734
bb)	§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB	734
c)	Sonderfall: Selbstvornahme der Nacherfüllung	735
aa)	BGH: Keine Anrechnung der vom Schuldner ersparten Aufwendungen	735
bb)	Kritik	736
cc)	Zwischenfazit	739
3.	Alternativansatz: Einordnung als Erfüllung	739
a)	Renaissance einer überholten Theorie	739
b)	Wechselwirkung mit der Auslegung des Begriffs der Zweckerreichung	740
c)	Rechtsfolge	740

aa) Grundsatz: Fortbestand der Leistungspflicht	740
bb) Gegenanspruch des Gläubigers auf Herausgabe der Bereicherung	741
(1) Voraussetzungen	741
(2) Rechtsfolge/Umfang	742
cc) Im Werkvertragsrecht: Kündigung des Gläubigers	742
dd) Zwischenfazit	744
4. Stellungnahme	744
a) Der Erfüllungsbegriff	744
aa) Notwendigkeit einer Leistungshandlung	744
bb) Finalität der Leistungshandlung	745
cc) Leistungshandlung durch einen Dritten oder den Gläubiger ..	746
dd) Zwischenfazit	747
b) Vergleich mit Fällen der Zweckerleichterung	747
c) Rechtspolitische Folgenbetrachtung	748
aa) Zusammenfassung des Schicksals der Gegenleistung unter beiden Theorien	748
bb) Rechtspolitische Bewertung	750
d) Zwischenfazit	753
e) Ausweg: Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB	753
5. Zusammenfassung	755
III. Störung des Sekundärzwecks	755
1. Einordnung	755
2. Rechtsfolge	756
a) Grundsatz: ungekürzter Fortbestand der Gegenleistungspflicht ..	756
b) Sonderfall: Werkvertrag	756
c) Anpassung des Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ..	757
d) Rücktritt nach § 324 BGB	759
3. Zusammenfassung	760
C. Rechtslage im CESL	761
I. Einführung	761
II. Zweckfortfall	763
1. Anknüpfungspunkt im Rahmen des Art. 106 Abs. 5 CESL ..	763
2. Überwindbarkeit des Zweckfortfalls	765
III. Zweckerreichung	765
1. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung	765
2. Zufällige Zweckerreichung	766
IV. Störung des Sekundärzwecks	767
V. Vergleichende Zusammenfassung	769

§ 10

Vorübergehende Hindernisse

A. Einführung	771
B. Suspendierung des Erfüllungsanspruchs	771
I. BGB	771
1. Problemaufriss	771
2. Meinungsstand	772
3. Stellungnahme	774
a) Prozessuale Erwägungen	774
aa) Überforderung des Vollstreckungsorgans	774
bb) Kostenrisiko	775
cc) Verjährungsrisiko	776
dd) Klage auf zukünftige Leistung	777
ee) Zwischenfazit	777
b) Materiell-rechtliche Erwägungen	777
aa) Rücktritt und Schadensersatz	777
bb) Vorübergehende Rückzahlung eines bereits gezahlten Kaufpreises	779
cc) Rechtssicherheit	780
4. Zusammenfassung	781
II. CESL	782
1. Suspendierung des Erfüllungsanspruchs	782
2. Rücktrittsmöglichkeiten	783
a) Für den Gläubiger	783
b) Für den Schuldner	783
3. Vorübergehende Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen	784
C. „Unmöglichkeit“ durch Zeitablauf	785
I. BGB	785
1. Die ganz herrschende Meinung zum BGB	785
2. Kritik	787
a) Einführung: Zeitablauf kein eigenständiges Merkmal	787
b) Aufwertung einer bloßen Zweckstörung zur Unmöglichkeit ...	787
aa) Dogmatisches Symptom	787
bb) Rechtspolitische Ursache	788
cc) Paradoxe Wirkungen der Unmöglichkeitslösung	789
(1) Bei fortbestehendem Interesse des Gläubigers an der Leistung	789
(2) Bei Gläubigerverantwortlichkeit und/oder Annahmeverzug	792

(a) Einführung	792
(b) Gläubigerverantwortlichkeit (§ 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB)	792
(c) Annahmeverzug (§ 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB)	794
(aa) Analoge Anwendung bei Gleichzeitigkeit von Unmöglichkeit und Annahmeverzug?	794
(bb) Umgehung durch die Ablehnung der Abstrahierungsformel	796
dd) Fazit	797
c) Aufwertung einer Leistungsmodalität zum Leistungssubstrat ...	798
d) Fazit	799
3. Rechtslage ohne Annahme einer Unmöglichkeit	800
a) Einführung	800
b) Möglichkeiten für den Gläubiger, sich vom Vertrag zu lösen	801
aa) Verzögerung vom Schuldner zu vertreten (Konstellation 4) ..	801
bb) Verzögerung vom Schuldner verursacht, aber nicht zu vertreten (Konstellation 3)	802
cc) Verzögerung vom Gläubiger zu vertreten (Konstellation 2) ..	803
dd) Verzögerung vom Gläubiger verursacht, aber nicht zu vertreten (Konstellation 1)	803
ee) Zwischenfazit und Bewertung	805
ff) Weitere Möglichkeiten für den Gläubiger	805
(1) Spezialregelungen für einzelne Vertragstypen	805
(2) Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB	806
(a) Zulässiger Umfang einer Anpassung	806
(3) Anspruch des Gläubigers auch in den Konstellationen 1 und 2?	807
gg) Fazit	808
c) Möglichkeiten für den Schuldner, sich vom Vertrag zu lösen	808
aa) Einführung	808
bb) Konstellationen 1 und 2	809
(1) Schadensersatz	809
(2) Rücktritt	809
(3) Unerschwinglichkeitseinrede	810
(4) Erfüllungsfiktion	811
(a) Erfüllungsfiktion als Inhalt der Regelungen in §§ 537, 615 BGB	811
(b) Verallgemeinerung dieser Regelungen: Erweiterter Erfüllungsbegriff?	812
(5) Zwischenfazit	813
cc) Konstellationen 3 und 4	813
dd) Fazit und Bewertung	814
d) Neuer Leistungszeitpunkt	815

4. Sonderfall Dauerschuldverhältnisse?	815
a) Einführung	815
b) Kritik	816
aa) Keine strukturelle Sonderstellung von Dauerschuld- verhältnissen	816
bb) Sonderfall: unbefristete Dauerschuldverhältnisse	819
cc) Zwischenfazit	820
c) Rechtslage ohne Annahme einer Unmöglichkeit	821
aa) Konstellationen 1 und 2	821
bb) Konstellationen 3 und 4	821
d) Fazit	822
5. Abschließende Betrachtung	822
II. CESL	824
1. Einführung	824
2. Lösungsmöglichkeiten für den Gläubiger	824
3. Lösungsmöglichkeiten für den Schuldner	825
a) Im Fall einer Einstufung der Leistung als unmöglich	825
b) Ohne Annahme einer Unmöglichkeit	825
4. Vergleichende Bewertung	827
a) Gleichlauf mit dem BGB in den Konstellationen 2 und 4	827
b) Unterschiede zum BGB in den Konstellationen 1 und 3	827

§ 11

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Unüberwindbare Hindernisse	829
I. Die Rechtsfolge von § 275 Abs. 1 BGB	829
II. Der Haftungsmaßstab im CESL	829
1. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	829
2. Die Irrtumsanfechtung nach Art. 48 CESL	832
III. Der Haftungsmaßstab im BGB	832
1. Das Vertretenmüssen nach §§ 276 ff. BGB	832
2. Die Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB	834
IV. Vergleich der Haftungsmaßstäbe in BGB und CESL	835
B. Überwindbare Hindernisse	836
I. Die Unerschwinglichkeitseinrede nach § 275 Abs. 2 BGB und Art. 110 Abs. 3 lit. b CESL	836
II. Die Einrede einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 3 BGB und Art. 111 Abs. 1 Hs. 2 CESL	840

1. Relative Unverhältnismäßigkeit	840
2. Absolute Unverhältnismäßigkeit	840
III. Die Entschuldigung nach Art. 88 CESL	841
IV. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und Art. 89 CESL	841
C. Auswirkungen einer Hindernis(-mit-)verursachung durch den Gläubiger	842
D. Hindernisse bei vertretbaren Sachen	844
E. Partielle Hindernisse	845
F. Zweckfortfall, Zweckerreichung und Störung des Verwendungszwecks	846
G. Vorübergehende Hindernisse	847
Literaturverzeichnis	849
Sachregister	877