

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 29

Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge

Von

Dr. Uwe Hüffer

Universitätsdozent



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

UWE HUFFER

Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 29

Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge

Von

Dr. Uwe Hüffer

Universitätsdozent



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen
Fakultät der Universität Heidelberg gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Hüffer, Uwe

Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln : e.
rechtsvergleichende Unters. d. Mitw. d.
Gläubigers bei d. Vertragserfüllung unter bes.
Berücks. d. gegenseitigen Verträge. — 1. Aufl.
— Berlin : Duncker und Humblot , 1976.

(Schriften zum Bürgerlichen Recht ; Bd. 29)
ISBN 3-428-03633-6

Alle Rechte vorbehalten
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1976 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 03633 6

Vorwort

Die Arbeit befaßt sich mit denjenigen Leistungsstörungen, die nicht vom Schuldner ausgehen, sondern in einem Verhalten des Gläubigers ihren Ursprung haben. Sie ist angeregt worden durch die auffällige Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 16. 5. 1968 (BGHZ 50, 175); hier wird der Besteller einer Rechenanlage zur Zahlung des vollen Werklohns verurteilt, obwohl der Unternehmer die Anlage nicht hergestellt hatte, weil der Besteller nicht in der erforderlichen Weise durch Angabe von Daten mitgewirkt hatte. Der Bogen der Untersuchung spannt sich vom Gläubigerverzug als dem im BGB geregelten Fall einer Leistungsstörung durch Gläubigerhandeln über die positive Vertragsverletzung, die von der herrschenden Meinung auch hier herangezogen wird (Verletzung einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers), zu den §§ 320 ff. BGB, die den Gläubiger als Schuldner der Gegenleistung ansprechen, und zu den Fällen der Erfüllungsverweigerung. Dabei versucht, für das deutsche Recht aus einer vergleichenden Untersuchung des französischen, italienischen und englischen Rechts Nutzen zu ziehen.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1973/74 von der Juristischen Fakultät in Heidelberg als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde im Frühjahr 1974 abgeschlossen; seither konnten Rechtsprechung und Schrifttum noch teilweise berücksichtigt werden.

Zu danken habe ich meinem akademischen Lehrer Professor Dr. Hubert Niederländer für die vielfältige Förderung, die ich in den Jahren meiner wissenschaftlichen Ausbildung erfahren habe. Ihm und Professor Dr. Hermann Weitnauer, der sich gleichfalls des Habilitanden angenommen hat, gilt mein Dank weiter für manche Anregung und förderliche Kritik, mit der sie zu dieser Arbeit beigetragen haben.

Heidelberg, im Januar 1975

Uwe Hüffer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XVI
Einleitung	1

1. Hauptteil:

Überblick über die im deutschen Recht entwickelten Lösungen

1. Kapitel: Die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des BGB	7
1. Abschnitt: Das Schrifttum	7
I. Zum Begriff der mora creditoris	7
II. Der Theorienstreit über die rechtlichen Grundlagen der mora creditoris	8
1. Die Culpa-Theorie (S. 8). — 2. Die mora creditoris bei Friedrich Mommsen (S. 10). — 3. Die mora creditoris bei Kohler (S. 10).	
2. Abschnitt: Die Praxis vor 1900	12
3. Abschnitt: Die Mitwirkung des Gläubigers in der Entstehungsgeschichte des BGB	14
2. Kapitel: Der Verzug des Gläubigers nach dem BGB	17
1. Abschnitt: Die Rechtsstellung des Gläubigers nach den §§ 293 ff. BGB	17
I. Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs	17
1. Überblick über die gesetzliche Regelung (S. 17). — 2. Gläubigerverzug und schuldhafte Pflichtverletzung des Gläubigers (S. 18). — 3. Verzug des Gläubigers und Leistungsfähigkeit des Schuldners (S. 20). — 4. Der Eintritt des Gläubigerverzugs beim gegenseitigen Vertrag (S. 22).	
II. Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs	24
2. Abschnitt: Die Bedeutung des Gläubigerverzugs im Rahmen des gegenseitigen Vertrags	25
I. Der Verzug des Gläubigers und der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung	25
1. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) und der Verzug des Gläubigers (S. 25). — 2. Vorleistungspflicht des Schuldners und Verzug des Gläubigers (S. 27). — 3. Gläubigerverzug und Gefahrtragung, insbesondere: Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung (S. 28).	
II. Die Liquidation des gegenseitigen Vertrags auf der Basis des Gläubigerverzugs	33

3. Kapitel: Der Gläubiger als Schuldner von Mitwirkungshandlungen in den §§ 433 Abs. II, 640 BGB, 375 HGB	35
I. Die Rechtsfolgen des Pflichtverstoßes	35
1. Die Klagbarkeit der Abnahmepflicht (S. 35). — 2. Klage auf Vornahme der Spezifikation? (S. 36). — 3. Die weiteren Sanktionen der Pflichtverletzung (S. 36).	
II. Der Umfang der dem Gläubiger in den §§ 433 Abs. II, 640 BGB auferlegten Pflichten	37
1. Abnahme und Mitwirkung beim Kaufvertrag (S. 37). — 2. Abnahme und Mitwirkung beim Werkvertrag (S. 39).	
4. Kapitel: Die Mitwirkungspflicht des Gläubigers	41
1. Abschnitt: Die Mitwirkungspflicht des Gläubigers in der Rechtsprechung	41
I. Die Rechtsprechung des RG	41
II. Die Rechtsprechung des BGH	45
1. Die Mitwirkung bei Erfordernis einer behördlichen Genehmigung (S. 45). — 2. Die Mitwirkung im Werkvertragsrecht (S. 49).	
III. Die Steigerung der Sanktionen; der Gläubiger als Schuldner ..	52
2. Abschnitt: Die Mitwirkungspflicht des Gläubigers im Schrifttum	53
I. Das Ausbleiben von Mitwirkungshandlungen als Fall der Vertragsverletzung	53
II. Mitwirkung, Obliegenheit, positive Vertragsverletzung	55
III. Die Anwendung der Schuldnerverzugsregeln (Klees)	57
IV. Die Anwendung der §§ 321, 326 BGB (Götz)	57
5. Kapitel: Die Gläubigermitwirkung im Reformschrifttum der dreißiger Jahre	59

2. Hauptteil:

Rechtsvergleichung

1. Teil:

Französisches Recht

1. Kapitel: Die Rechtsstellung des Gläubigers nach den Vorschriften des Code civil	61
1. Abschnitt: Die Artt. 1257 – 1264 C. civ.: „Offre de payement“ und „consignation“	61
I. Das Verfahren	61
II. Die Rechtswirkungen	62
III. Abweichendes Verfahren nach Art. 1264 C. civ.	63
IV. Vergleich der Artt. 1257 ff. C. civ. mit den §§ 293 ff. BGB	64

2. Abschnitt: Die Rechtsstellung des Käufers und des Werkbestellers ..	65
2. Kapitel: Die Mitwirkung des Gläubigers bei Pothier und in der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts	67
1. Abschnitt: Die Mitwirkung des Gläubigers bei Pothier	67
2. Abschnitt: Die Mitwirkung des Gläubigers in der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Verschulden als Voraussetzung der Artt. 1257 ff. C. civ.?	70
3. Kapitel: Die Bemühungen im Schrifttum um die Begründung einer Mitwirkungspflicht und eines Verzugs des Gläubigers	73
1. Abschnitt: Die Unzulänglichkeit des dem Schuldner durch die Artt. 1257 ff. C. civ. gewährten Interessenschutzes	73
2. Abschnitt: Mitwirkungspflicht des Gläubigers und Gläubigerverzug bei Baroncea	74
3. Abschnitt: Die „obligation de coopération“ bei Demogue	77
4. Abschnitt: Die Wirkung der Theorien von Baroncea und Demogue ..	79
4. Kapitel: Die Mitwirkung des Gläubigers im gegenseitigen Vertrag	81
1. Abschnitt: Die Pflicht zur Abnahme und Mitwirkung im Kauf- und Werkvertrag	81
I. Abnahme und Mitwirkung im Kaufvertrag	81
1. Die Pflicht des Käufers zur Abnahme (S. 81). — 2. Mitwirkungshandlungen als Bestandteil der Abnahme (S. 81).	
II. Abnahme und Mitwirkung beim Werkvertrag	83
1. Die Pflicht zur Abnahme des hergestellten Werks (S. 84). —	
2. Die Pflicht zur Mitwirkung bei der Herstellung des Werks (S. 84).	
2. Abschnitt: Die Anwendung der allgemeinen Regeln über die Vertragshaftung bei Verletzung der Abnahme- oder Mitwirkungspflicht	86
I. Der Verzicht auf eine unmittelbare Durchsetzung der Abnahme- oder Mitwirkungspflicht	86
II. Die Anwendung des Art. 1184 C. civ. bei Verletzung der Abnahme- oder Mitwirkungspflicht	87
1. Vertragsauflösung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung (S. 87). — 2. Die Zahlungsklage (Art. 1184 Abs. II C. civ.) (S. 89).	
3. Abschnitt: Besonderheiten beim Kaufvertrag	91
I. Die „résolution de plein droit“ des Art. 1657 C. civ.	91
II. Keine Möglichkeit des Selbsthilfeverkaufs	94
5. Kapitel: „Demeure du créancier“, „obligation de coopération“ und Art. 1184 C. civ. als Generalklausel vertraglicher Haftung	95
1. Abschnitt: Die Lehre Demogue's und die herrschende Meinung	95
2. Abschnitt: Die „obligation de coopération“ als überflüssige Konstruktion	96

2. Teil:

Italienisches Recht

1. Kapitel: Die Rechtsentwicklung bis zu dem Inkrafttreten des Codice civile von 1942; Überblick über die gesetzliche Regelung	98
1. Abschnitt: Die Rechtsentwicklung bis zu dem Inkrafttreten des Codice civile von 1942	98
I. Die Regelung im Codice civile von 1865	98
II. Die Meinungen im Schrifttum	99
2. Abschnitt: Überblick über die Regelung im Codice civile von 1942 ..	100
2. Kapitel: Die „cooperazione“ des Gläubigers in den Artt. 1206 - 1217 cc	103
1. Abschnitt: Der Begriff der „cooperazione“	103
2. Abschnitt: Zur Frage einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers	106
I. „Correttezza“ und „buona fede“	106
II. Der Meinungsstand zur Mitwirkungspflicht des Gläubigers	107
1. Die Mitwirkung des Gläubigers bei Falzea (S. 107). — 2. Die Wirkung der Theorie Falzea's im Schrifttum (S. 109). — 3. Die Mitwirkung des Gläubigers in der Rechtsprechung (S. 112).	
3. Abschnitt: Zu den Rechtsfolgen bei Ausbleiben der „cooperazione“ ..	114
I. Der Schadensersatz nach Art. 1207 Abs. II cc	114
II. Zur Beendigung der Verbindlichkeit	116
3. Kapitel: Die Mitwirkung des Gläubigers im gegenseitigen Vertrag	118
1. Abschnitt: Ergänzung der Artt. 1206 ff. cc durch Abnahme- und Mitwirkungspflicht des Käufers und des Werkbestellers, deren Verletzung zur Anwendung des Art. 1453 cc führt?	118
I. Zur Frage einer Mitwirkungspflicht	119
II. Zur Anwendung des Art. 1453 cc	120
2. Abschnitt: Der Rückgriff auf die Artt. 1453 ff. cc als die allgemeine Regelung der Vertragshaftung	122
I. Vertragsauflösung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung ..	123
1. Die Anwendung der Artt. 1453 ff. cc bei Fälligkeit der Gegenleistung (S. 123). — 2. Die Artt. 1453 ff. cc und die anfängliche Erfüllungsverweigerung (S. 123).	
II. Der Anspruch des Schuldners auf die vertragliche Gegenleistung	126
1. Die Zahlungsklage und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (S. 126). — 2. Klage auf die noch nicht fällige Gegenleistung? (S. 127). — 3. Zahlungsanspruch und ergänzender Schadensersatz (S. 128).	
3. Abschnitt: Besonderheiten bei Kauf- und Werkvertrag	128
I. Die Vertragsauflösung nach Art. 1517 cc	128
II. Vertragsauflösung und Entschädigung beim Werkvertrag	129
4. Kapitel: Die „cooperazione“ des Gläubigers und der Rückgriff auf Art. 1453 cc	132

3. Teil:

Englisches Recht

1. Kapitel: Das Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers im Rahmen des englischen Vertragsrechts	134
1. Abschnitt: Die Mitwirkung des Gläubigers und die Figur des „tender“	134
2. Abschnitt: „Co-operation“, „prevention“ und „implied term“	135
I. „Prevention“ und „co-operation“	136
II. „Co-operation“ und „implied term“	137
3. Abschnitt: Das Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers als Anwendungsfall der allgemeinen Regeln über die Vertragsverletzung ..	139
2. Kapitel: Der Schadensersatzanspruch des Schuldners bei Beendigung der Verbindlichkeit	141
1. Abschnitt: Die Gewährung des Schadensersatzanspruchs in Rechtsprechung und Schrifttum	141
I. Die Rechtsprechung	141
1. Die Makler-Fälle (S. 141). — 2. „Wrongful dismissal“ (S. 143). —	
3. „Tender of goods“ (S. 144). — 4. Sonstige Fälle (S. 144).	
II. Das Schrifttum	146
2. Abschnitt: Schadensersatzpflicht des Gläubigers und Erfüllungsbereitschaft des Schuldners	147
3. Kapitel: Der Anspruch des Schuldners auf das „quantum meruit“	150
1. Abschnitt: Kennzeichnung des Anspruchs und Abriß der historischen Entwicklung	150
I. Die historische Entwicklung des Anspruchs	150
II. Vertragliches und quasi-vertragliches „quantum meruit“	152
2. Abschnitt: Der Anspruch auf das „quantum meruit“ als Sanktion gegen den Gläubiger	153
I. Darstellung der Rechtsprechung	153
II. Die Auflösung des Vertrags als Voraussetzung des Anspruchs ..	155
1. „Rescission for breach“ (S. 155). — 2. Das Verhältnis des „quantum meruit“ zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung (S. 156).	
III. Zur Rechtsnatur des Anspruchs auf das „quantum meruit“	156

4. Kapitel: Die Beurteilung der Schwere der Vertragsverletzung und die Grenzen der „implication“	158
1. Abschnitt: Zur Beurteilung der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung	158
2. Abschnitt: Die Grenzen einer „implication“ bei Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers	159
I. Die Bedeutung der „implication“ für die Annahme einer Vertragsverletzung	159
II. Die „implication“ in den einzelnen Fallgruppen	160
1. „Total prevention“ (S. 160). — 2. Verzögerung der Schuldnerleistung durch Gläubigerhandlungen (S. 162). — 3. „Implied term“ und „active co-operation“ (S. 162).	
3. Abschnitt: Die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung und die Grenzen der „implication“	164
5. Kapitel: Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung („action for an agreed sum“)	166
1. Abschnitt: Vertragsbruch und „action for an agreed sum“	166
2. Abschnitt: Uneingeschränkte Verurteilung zur Gegenleistung als Rechtsfolge einer „prevention“?	168
I. Hinweise für eine uneingeschränkte Verurteilung zur Gegenleistung als Rechtsfolge einer „prevention“	168
II. Darstellung der Rechtsprechung	170
III. Würdigung der Rechtsprechung: Erbringung der eigenen Leistung ist Voraussetzung der erfolgreichen Zahlungsklage	171
3. Abschnitt: Keine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug	173
4. Abschnitt: Ergänzender Ersatz des Verzögerungsschadens bei Durchführung des Vertrags	174
6. Kapitel: Die Ansprüche des lieferbereiten Verkäufers nach dem Sale of Goods Act (1893)	176
I. Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Anspruch auf die Gegenleistung	176
II. Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf	177
III. Schadensersatz nach sect. 37 S.G.A.	177
7. Kapitel: Gläubigerverzug, „prevention“, „co-operation“ und Gegenleistungsverpflichtung	179

4. Teil:*Zusammenfassende Betrachtung*

1. Kapitel: Gläubigerverzug und Mitwirkungspflicht des Gläubigers	182
1. Abschnitt: Die beschränkte Funktion des Gläubigerverzugs	182
2. Abschnitt: Die Lehren von der Mitwirkungspflicht des Gläubigers ..	184
2. Kapitel: Die Mitwirkung des Gläubigers als Problem des gegenseitigen Vertrags	186
1. Abschnitt: Das Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers als Ver- letzung des Gegenleistungsinteresses des Schuldners	186
2. Abschnitt: Der Schutz des Gegenleistungsinteresses des Schuldners ..	188
I. Die Durchsetzung des Anspruchs auf die Gegenleistung	188
1. Die Bedeutung einer Vorleistungspflicht des Schuldners (S. 188). — 2. Der Anspruch auf die Gegenleistung und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (S. 189).	
II. Vertragsauflösung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung ..	190
3. Kapitel: Thesen für die Behandlung der Mitwirkung des Gläubigers im deutschen Recht	192

3. Hauptteil:**Die Behandlung der Gläubigermitwirkung im deutschen Recht****1. Teil:***Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung*

1. Kapitel: Der Schutz des Erfüllungsinteresses bei gleichzeitiger Fällig- keit der vereinbarten Leistungen	194
1. Abschnitt: Der Anspruch auf die Gegenleistung und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags	194
I. Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung	194
II. Das Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB)	195
1. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der Gläubiger- verzug (S. 195). — 2. „Verzicht“ auf die Einrede? (S. 197).	
2. Abschnitt: Der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung bei Unbestimmtheit der von ihm geschuldeten Leistung	198
I. Spezifikationskauf und Wahlschuld	198
II. Die Bestimmung des Leistungsinhalts nach § 315 BGB	199

III. Die Bestimmung von Leistungsmodalitäten durch den Gläubiger	200
3. Abschnitt: Der Anspruch auf die Gegenleistung bei Erforderlichkeit einer behördlichen Genehmigung	201
I. Das Genehmigungserfordernis betrifft nur die Durchführung des Vertrags	202
II. Das Genehmigungserfordernis betrifft den Vertrag selbst	203
2. Kapitel: Der Schutz des Erfüllungsinteresses bei Vorleistungspflicht des Schuldners	206
1. Abschnitt: Uneingeschränkte Verurteilung zur Gegenleistung (BGHZ 50, 175)?	206
I. Mangelnde Fälligkeit als Gegenstand einer Einrede des Beklagten oder als Fehlen einer Anspruchsvoraussetzung	207
II. Vorleistungspflicht des Schuldners und Vertragstreue des Gläubigers	209
2. Abschnitt: Herstellung einer Pflicht zur Leistung Zug um Zug durch analoge Anwendung des § 321 BGB (Götz)?	211
3. Abschnitt: Der Schutz des Erfüllungsinteresses des Schuldners auf der Basis des Gläubigerverzugs	212
I. Die Regelung in § 322 Abs. II und III BGB	212
II. Der Anwendungsbereich des § 322 Abs. II und III BGB	214
III. Gläubigerverzug und Preisgefahr, insbesondere § 324 Abs. II BGB	217

2. Teil:

Vertragsauflösung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugunsten des Schuldners (Schutz des Liquidationsinteresses)

1. Kapitel: Das Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers als Fall der positiven Vertragsverletzung	220
1. Abschnitt: Die Bejahung „echter Rechtspflicht“ des Gläubigers unterhalb der Ebene vertraglicher Hauptpflicht	220
2. Abschnitt: Obliegenheitsverletzung und positive Vertragsverletzung	224
2. Kapitel: Der Schutz des Liquidationsinteresses durch Anknüpfung an den Gegenleistungsanspruch bei Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen	226
1. Abschnitt: Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 326 BGB	226
I. Die Verletzung der Gegenleistungspflicht als Anknüpfungspunkt für die Abwicklung des Vertrags	226
II. Ausbleiben der Leistung des Schuldners und Vertragstreue des Gläubigers	227

III. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und das <i>venire contra factum proprium</i>	230
2. Abschnitt: Die Behandlung einzelner Fälle	232
I. Bloße Passivität des Gläubigers	232
II. Unzuverlässigkeit des Gläubigers	233
III. Erfüllungsverweigerung durch den Gläubiger	234
3. Kapitel: Der Schutz des Liquidationsinteresses bei Verträgen mit Vorleistungspflicht des Schuldners	236
1. Abschnitt: Der Schutz des Liquidationsinteresses auf der Basis des Gläubigerverzugs	236
2. Abschnitt: Der Schutz des Liquidationsinteresses des Vorleistungspflichtigen durch Anknüpfung an den Gegenleistungsanspruch	238
I. Die unterschiedliche Bedeutung der Vorleistungspflicht für den Schutz des Erfüllungs- und des Liquidationsinteresses	238
II. Analoge Anwendung des § 326 BGB zugunsten des Vorleistungspflichtigen	238
3. Abschnitt: Vorleistungspflicht des Schuldners und anfängliche Erfüllungsverweigerung des Gläubigers	241
I. Zum Tatbestand der anfänglichen Erfüllungsverweigerung ...	241
II. Die rechtliche Einordnung der anfänglichen Erfüllungsverweigerung	242
4. Kapitel: Schadensersatz bei Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrags, insbesondere <i>culpa in contrahendo</i>	245

3. Teil:

Mit der Mitwirkung des Gläubigers verbundene Fragen, die von dem Gegenseitigkeitsverhältnis unabhängig sind

1. Kapitel: Verstöße des Gläubigers gegen die Pflicht, die Vermögenswerte des Schuldners bei der Vertragsdurchführung zu schonen	247
2. Kapitel: Mitwirkungspflicht des Gläubigers zum Schutz eines Leistungsinteresses des Schuldners?	250
3. Kapitel: Die Mitwirkung des Gläubigers und die Beendigung der Verpflichtung des Schuldners	253
Schlußbetrachtung	256
Literaturverzeichnis	258
Entscheidungsverzeichnis	270
Sachverzeichnis	280

Abkürzungen

Den deutschsprachigen Abkürzungen wurden die Vorschläge von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache auf der Grundlage der für den Bundesgerichtshof geltenden Abkürzungsregeln, 2. Aufl. Berlin 1968, zugrunde gelegt.

Die Abkürzungen ausländischer Zeitschriften wurden dem vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zusammengestellten Zeitschriftenverzeichnis entnommen, abgedruckt in RabelsZ, Gesamtregister für Jahrgang 1 (1927) - 25 (1960) und Zeitschriftenverzeichnis, Berlin / Tübingen 1966, S. 114 ff.

Den Kurzbezeichnungen der älteren englischen Entscheidungssammlungen liegt der „Index Chart issued for the English Reports“, Edinburgh/London 1930, zugrunde.

Im übrigen werden die üblichen Abkürzungen verwandt.

Selbständig erschienenes Schrifttum ist grundsätzlich nur mit dem Namen des Verfassers zitiert; soweit ein Kurztitel verwandt werden mußte, ist dieser aus dem Schrifttumsverzeichnis ersichtlich.

Einleitung

Das Problem

Der Gläubiger ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Leistung des Schuldners anzunehmen und ihn durch Vornahme von Mitwirkungshandlungen zu unterstützen. Dieser Grundsatz liegt der in den §§ 293 ff. BGB enthaltenen Regelung des Gläubigerverzugs zugrunde¹; nach ihr braucht der Gläubiger weder eine Vertragsauflösung durch den Schuldner noch eine Schadensersatzpflicht² zu fürchten.

Kohler konnte 1897 glauben, in dieser Regelung liege ein „gesetzgeberischer Sieg“³ für seine Auffassung, daß der Gläubiger nur berechtigt sei, die Leistung anzunehmen oder bei ihr mitzuwirken⁴. Kohler fügte hinzu, es sei „hier einer der Fälle gegeben, wo meine Postulate an die Jurisprudenz nicht von der Jurisprudenz, aber doch von der Gesetzgebung erfüllt worden sind“⁵.

Schon ein flüchtiger Blick in das Schrifttum zeigt, daß der von Kohler behauptete Sieg nur ein scheinbarer Erfolg war. Die von ihm angesprochene Jurisprudenz trägt auch nach Inkrafttreten des BGB keine Bedenken, eine Pflicht des Gläubigers zur Mitwirkung anzunehmen. Nur ist nicht der Verzug des Gläubigers der dogmatische Gesichtspunkt, unter dem die Frage erörtert wird. Die Pflicht des Gläubigers zur Mitwirkung soll vielmehr aus einer Pflicht beider Vertragsparteien zu loyaler Zusammenarbeit bei der Erreichung des Vertragsziels folgen, die aus § 242 BGB abgeleitet wird⁶; die Bestimmung beherrscht nicht nur die Leistungspflicht des Schuldners, sondern das ganze Schuldverhältnis⁷. So erscheint eine Mitwirkungspflicht als „weitere Verhaltenspflicht“, die über die Leistungspflicht hinausgehen und auch den

¹ Vgl. z. B. Staudinger / Werner, § 293, Vorbem., Rdn. 1.

² Der Aufwendungsersatz des § 304 BGB bedeutet nicht Schadensersatz. Vgl. dazu Mot., Bd II, S. 76, und Staudinger / Werner, § 304, Rdn. 2.

³ Vgl. AbR 13 (1897), 149, 150.

⁴ Vgl. dazu näher unten bei Fn. 22 ff. (1. Hauptteil).

⁵ Vgl. aaO. (Fn. 3).

⁶ Vgl. Soergel / Siebert / Knopp, § 242, Rdn. 148.

⁷ Vgl. nur Larenz, Bd I, § 10 II (S. 105); Esser, Bd I, § 5 III (S. 24/25). Art. 2 des Schweizer ZGB bestimmt ausdrücklich, daß „Jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben“ zu handeln hat, bringt also die beiderseitige Bindung an diesen Grundsatz schon im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck.

Gläubiger treffen kann⁸, oder als ein Fall der „Treu-, Schutz- und Fürsorgepflichten des Gläubigers“⁹. Wird die Pflicht verletzt, so soll dies ein Fall der positiven Vertragsverletzung sein¹⁰ und wegen unzumutbarer Gefährdung des Vertragszwecks entweder zur Vertragsauflösung oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung führen. Der BGH schließlich hat den renitenten Gläubiger, der auf dem beharrte, was Kohler für sein Recht hielt, einer besonders harten Sanktion ausgesetzt: Das Gericht verurteilte den nicht zur Mitwirkung bereiten Besteller einer Abrechnungsanlage, dem Hersteller die vereinbarte Vergütung zu bezahlen, und überließ es dem Besteller, ob und wie er die noch gar nicht hergestellte Anlage erhielt, für die er bezahlen mußte¹¹.

Eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers anzunehmen, wird offenbar allgemein für unproblematisch gehalten. Jedenfalls ist es bisher keiner Kritik begegnet, daß der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet sein und der Verstoß gegen diese Pflicht eine positive Vertragsverletzung darstellen soll. Auch die Entscheidung des BGH, nach der ein nicht zur Mitwirkung bereiter Gläubiger dem sofortigen Gegenleistungsanspruch ausgesetzt sein soll, ist von der Kommentarliteratur widerspruchslos aufgegriffen worden¹².

Die Vorstellung einer bloßen Berechtigung des Gläubigers erweist sich in der Tat dann als unbefriedigend, wenn sein Verhalten in der Interessensphäre des Schuldners Auswirkungen hat, denen die mit dem Eintritt des Gläubigerverzugs verbundenen Rechtsfolgen nicht gerecht zu werden vermögen. Bei vordergründiger Betrachtung könnte man meinen, der Schuldner sei eher begünstigt als beschwert, wenn der Gläubiger die Leistung nicht haben wolle. Diese Betrachtungsweise würde jedoch außer acht lassen, daß beim gegenseitigen Vertrag infolge der synallagmatischen Verknüpfung der wechselseitigen Leistungsansprüche das Gegenleistungsinteresse des Schuldners in Frage steht, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gerät. So fragt sich, ob ein Teil im gegenseitigen Vertrag diesen dilatorisch behandeln kann, indem er die Leistung des anderen Teils nicht annimmt und ihm mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) begegnet, wenn er (d. h. der andere Teil) die ihm gebührende Gegenleistung verlangt; ob der Gläubiger bei Vorleistungspflicht des Schuldners den Vertrag

⁸ Vgl. Larenz, Bd I, § 2 I (S. 8).

⁹ Vgl. Esser, Bd I, § 5 III 3 (S. 29/30), der allerdings den Ausnahmecharakter hervorhebt.

¹⁰ Vgl. z. B. RG WarnR 1918 Nr. 137; RGZ 104, 15; RGZ 152, 119.

¹¹ Vgl. BGHZ 50, 175.

¹² Vgl. Palandt / Heinrichs, § 276, Anm. 7 e cc; Palandt / Thomas, § 642, Anm. 1; Soergel / Siebert / Ballerstedt, § 642, Rdn. 3, und § 645, Rdn. 5.

blockieren kann, indem er die Vorleistung nicht annimmt und damit die Fälligkeit der von ihm geschuldeten Gegenleistung hinausschiebt. In einem weiteren Sinne kann das Gegenleistungsinteresse des Schuldners auch dadurch berührt sein, daß seine Leistungspflicht durch den Verzug des Gläubigers bei gleichbleibender Höhe der Gegenleistung erschwert, also das vereinbarte Austauschverhältnis zu seinem Nachteil verändert wird. Die Probleme, die durch das Ausbleiben von Mitwirkungshandlungen des Gläubigers im gegenseitigen Vertrag entstehen, haben nicht erst den BGH, sondern wiederholt schon das RG beschäftigt¹³.

Bedenken gegen die Annahme, der Gläubiger sei zur Mitwirkung bei der Leistung des Schuldners nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, bestehen in zwei Richtungen.

Zunächst ist fraglich, ob Rechtsprechung und Schrifttum die Regelung des Gläubigerverzugs wirklich ausschöpfen, bevor sie eine Mitwirkungspflicht zur Lösung heranziehen. Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs sind in den §§ 300 ff. BGB nur zum Teil geregelt; gerade den Wirkungen des Gläubigerverzugs im gegenseitigen Vertrag hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von Vorschriften gewidmet (vgl. §§ 322 Abs. II, 324 Abs. II, 615, 642, 643 BGB, in einem weiteren Sinne auch §§ 552, 645 BGB; §§ 726 Abs. II, 756, 765, 894 Abs. I S. 2 ZPO); hinzu treten die Fälle, in denen der Gesetzgeber, über die §§ 293 ff. BGB hinausgehend, eine Pflicht des Gläubigers bejaht hat (§§ 433 Abs. II, 640 BGB, 375 HGB). Die Wirkungen des Gläubigerverzugs im gegenseitigen Vertrag finden nicht immer gebührende Beachtung. So, wenn der BGH den Besteller einer Werkleistung trotz nicht erfüllter Vorleistungspflicht des Unternehmers zur Gegenleistung verurteilt, ohne § 322 Abs. II BGB auch nur zu erwähnen¹⁴. So soll § 615 BGB nach Esser mit der Regel brechen, „daß der Annahmeverzug zwar die Leistungsgefahr, nicht aber die Preisgefahr verlagert“¹⁵. Das ist mit § 324 Abs. II BGB unvereinbar.

Bedenken gegen die Annahme, der Gläubiger sei zur Mitwirkung bei der Leistung des Schuldners verpflichtet, rechtfertigen sich weiter aus den Ergebnissen, zu denen diese Annahme führt, also aus den Sanktionen, mit denen der Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht belegt wird: In jedem der in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle geht es entweder um ein Rücktrittsrecht des Schuldners oder um eine Schadensersatzpflicht des Gläubigers wegen Nichterfüllung, ausnahmsweise auch um seine Verurteilung zu der noch nicht fälligen Gegenleistung¹⁶.

¹³ Vgl. z. B. RG WarnR. 1918 Nr. 137; RGZ 104, 15; RGZ 152, 119.

¹⁴ BGHZ 50, 175.

¹⁵ Bd II, § 78 I 2 (S. 154).

¹⁶ Vgl. dazu näher unten bei Fn. 188 ff. (1. Hauptteil).