

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 257**

# **Unmöglichkeit und Pflichtverletzung**

**Die Funktion der Unmöglichkeitstatbestände  
im BGB und der Reformversuch  
der Schuldrechtskommission**

**Von**

**Britta Kley**



**Duncker & Humblot · Berlin**

*Britta Kley* · Unmöglichkeit und Pflichtverletzung

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 257**

# Unmöglichkeit und Pflichtverletzung

Die Funktion der Unmöglichkeitstatbestände  
im BGB und der Reformversuch  
der Schuldrechtskommission

Von  
Britta Kley



Duncker & Humblot · Berlin


Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Kley, Britta:**

Unmöglichkeit und Pflichtverletzung : die Funktion der  
Unmöglichkeitstatbestände im BGB und der Reformversuch der  
Schuldrechtskommission / Britta Kley.– Berlin : Duncker und Humblot, 2001  
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 257)  
Zugl.: Trier, Univ., Diss., 2001  
ISBN 3-428-10582-6

Alle Rechte vorbehalten  
© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 3-428-10582-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen.

Das Thema der Arbeit ging aus einem von Herrn Prof. Dr. Horst Ehmann an der Universität Trier im Wintersemester 1994/1995 geleiteten Seminar zum Schuldrechtsreformvorschlag von 1992 hervor. Die vorliegende Dissertation steht in engem Zusammenhang mit einigen weiteren Doktorarbeiten zur Schuldrechtsreform, die ebenfalls ihren Ursprung in jenem Seminar haben und ebenfalls in der Reihe ‚Schriften zum Bürgerlichen Recht‘ erschienen sind bzw. in Kürze erscheinen werden. Es sind dies die Arbeiten von U. Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht – eine kritische Untersuchung der Reformvorschläge der Schuldrechtskommission, 1997; W. Reinhardt, Die Gefahrtragung beim Kauf – unter besonderer Berücksichtigung der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs, 1998; H. Sutschet, Der Schutzanspruch zugunsten Dritter, 1999; K. Kuhlmann, Leistungspflichten und Schutzpflichten – ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungenrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, 2001; K. Herold, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts – eine kritische Betrachtung des geltenden Rechts im Vergleich mit dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission, 2001; J. Rödl, Die Spannung der Schuld – welches Maß an geistiger, körperlicher und wirtschaftlicher Kraft hat der Schuldner zur Erfüllung der Schuld nach geltendem Recht und dem Reformentwurf der Schuldrechtskommission einzusetzen?

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Horst Ehmann für die Anregung des Themas und dafür, daß er mich während der Arbeit durch viele Diskussionen und Aufmunterungen unterstützte.

Düsseldorf, im Juni 2001

*Britta Kley*



# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1: Einleitung</b> .....	13
<b>§ 2: Die Unmöglichkeit im System der nachträglichen Leistungsstörungen</b> .....	17
I. Das System der drei Haftungstatbestände .....	17
1. Die Unmöglichkeit.....	17
2. Der Verzug .....	18
3. Die positiven Vertragsverletzungen.....	19
4. Die Funktion der Unmöglichkeit im System der drei Haftungstatbestände .....	22
a) § 280 BGB als Haftungstatbestand.....	22
b) § 275 I BGB als Befreiungstatbestand für den Schuldner .....	23
II. Der weite Unmöglichkeitsbegriff.....	24
1. Die teilweise Unmöglichkeit in zeitlicher Hinsicht .....	24
2. Die teilweise Unmöglichkeit in örtlicher Hinsicht.....	26
3. Die teilweise Unmöglichkeit in qualitativer Hinsicht .....	26
4. Die teilweise Unmöglichkeit hinsichtlich anderer Modalitäten .....	27
5. Hintergrund des weiten Unmöglichkeitsbegriffs .....	28
6. Anwendung des weiten Unmöglichkeitsbegriffs auf die Fälle Staus .....	29
7. Die Funktion der Unmöglichkeit bei Zugrundelegen des weiten Unmöglichkeitsbegriffs .....	30
III. Das System Jakobs.....	31
1. Nichterfüllungstatbestand als Haftungsgrundnorm für Erfüllungsschäden .....	32
2. Pflichtverletzungstatbestand als komplementäre Haftungsnorm für Integritätsschäden .....	34
3. Anspruchskonkurrenz bei Schlechterfüllung .....	35
4. Anwendung des Systems der Nichterfüllung auf die Fälle Staus.....	36
5. Funktion der Unmöglichkeit im System Jakobs .....	37
a) § 280 BGB als Befreiungsgrund für den Gläubiger.....	38



b) Das in § 275 BGB niedergelegte Prinzip der Befreiung des Schuldners und die Perpetuierung der Leistung .....	39
IV. Das System der allgemeinen Culpa-Haftung .....	40
1. Der Haftungstatbestand des § 224 E1 .....	41
2. Die Culpa als Haftungsgrund im BGB.....	43
a) Die Vorstellung der Gesetzesverfasser .....	43
b) Die Interpretation des Reichsgerichts .....	45
c) Literaturansichten .....	46
3. Die Fälle Staubs im System der Culpa-Haftung .....	47
4. Funktion der Unmöglichkeit .....	48
a) § 275 I BGB als Redundanz .....	49
b) § 280 BGB als Umschalttatbestand .....	50
V. Kritik der Systeme .....	51
1. Die Lehre von den drei Haftungstatbeständen .....	51
a) Die Gesetzesauslegung durch Staub .....	51
b) Die Analogie zu §§ 280, 325, 286, 326 BGB .....	54
c) Die heute h.M. ....	55
2. Der weite Unmöglichkeitsbegriff.....	56
3. Das System von Jakobs .....	58
4. Die allgemeine Culpa-Haftung im BGB .....	60
a) Schutz- und Leistungspflichten .....	61
b) Funktion von Schutz- und Leistungspflichten im System der allgemeinen Culpa-Haftung.....	62
aa) Die Bedeutung der Schutzpflichten.....	63
bb) Der Anspruch auf ‚Einhaltung‘ der Schutzpflichten.....	64
cc) Rechtsgrund der Schutzpflichten und ihr Verhältnis zum Schutzanspruch .....	65
VI. Fazit .....	66
1. Das System der nachträglichen Leistungsstörungen .....	66
2. Die Funktion der Unmöglichkeit .....	67
a) Die Umschaltfunktion des § 280 I BGB .....	67
b) Die Bedeutungslosigkeit des § 275 BGB.....	68

<b>§ 3: Die Verschleierung der Funktion der Unmöglichkeitstatbestände .....</b>	<b>71</b>
I. Der Einfluß des römischen Rechts auf das BGB.....	71
1. Die Bedeutung der Unmöglichkeit im klassischen römischen Recht und im Formularprozeß .....	72
a) Die bonae fidei iudicia.....	72
b) Die strengen Klagen .....	74
2. Das Corpus Iuris Justinians.....	75
3. Das römische Recht als Wurzel des BGB.....	76
II. Die (v)erkannte Bedeutung der Schutzpflichten .....	80
III. Der Vorrang der Primärleistung und die <i>perpetuatio obligationis</i> .....	85
1. Die Perpetuatio Obligationis in der Unmöglichkeitslehre Mommsens und seine Kritik durch Windscheid.....	86
2. Die perpetuatio obligationis im BGB.....	88
a) Das ungeklärte Verhältnis von Erfüllungs- und Ersatzanspruch.....	88
b) Die perpetuatio obligationis und die Celsus-Regel „impossibi- lium nulla est obligatio“ .....	92
3. Der Vorrang des Erfüllungsanspruchs .....	95
IV. Konsequenzen für das Verständnis der §§ 275 ff. BGB.....	96
1. Bezüglich § 275 BGB .....	96
2. Bezüglich § 280 BGB .....	98
3. Bezüglich § 283 BGB.....	99
a) Die Rechtsprechung zu § 283 BGB .....	99
b) Die Kritik an dieser Rechtsprechung .....	101
c) Die Funktion des § 283 BGB.....	104
<b>§ 4: Das Unvermögen im System der nachträglichen Leistungsstörungen .....</b>	<b>106</b>
I. Das Unvermögen als Form der Unmöglichkeit.....	106
1. Voraussetzungen des Unvermögens .....	106
2. Rechtsfolgen des Unvermögens.....	107
3. Die Bedeutung der §§ 275 II, 279 BGB nach dieser Ansicht.....	108
a) § 275 II BGB .....	108
b) § 279 BGB.....	108
aa) § 279 BGB als Ausnahme zu § 275 II BGB.....	109

bb) § 279 BGB als Auslegungshilfe .....	109
cc) § 279 BGB als Vertretenmüssensregel .....	110
II. Leistungsbefreiung nur bei unverschuldetem Unvermögen .....	111
III. Das Unvermögen als entbehrliche Kategorie der Leistungsstörungen .....	112
1. Unvermögen als vorübergehende Unmöglichkeit? .....	115
2. Unvermögen als Leistungerschwerung .....	117
a) Die Grenze der Leistungspflicht bei Leistungerschwerungen .....	119
b) Das Vorgehen des Gläubigers bei Leistungerschwerungen .....	126
3. Die Bedeutung der §§ 275 II ff. BGB .....	127
a) § 275 II als Redaktionsversehen .....	127
b) § 279 BGB als Prinzip .....	130
4. Abgrenzung zur Geschäftsgrundlage .....	131
IV. Fazit .....	132
<b>§ 5: Die Unmöglichkeit im System der anfänglichen Leistungsstörungen .....</b>	<b>133</b>
I. Die objektive Unmöglichkeit .....	133
1. § 306 BGB als gesetzliche Regelung des Grundsatzes „ <i>impossibilium nulla est obligatio</i> “ von Celsus .....	133
2. Durchbrechung dieses Grundsatzes .....	134
a) Durch rechtsgeschäftliche Garantieübernahme .....	134
b) Durch gesetzliche Annahme einer stillschweigenden Garantie .....	135
aa) Forderungskauf .....	135
bb) Sachmängelhaftung beim Kauf .....	136
cc) Mietrechtliche Gewährleistung .....	137
3. Kritik an § 306 .....	139
4. Verbesserungsvorschläge in der Literatur .....	140
a) Die Rückbeziehung leistungsbezogener Schutzpflichten .....	141
b) Die eingeschränkte Garantiehafung .....	142
5. Stellungnahme .....	144
6. Haftungstatbestand und Haftungsumfang bei anfänglicher Unmöglichkeit .....	145
7. Die Motivation der Gesetzesverfasser .....	148
8. Eingrenzung der Vertrauenshaftung .....	150
9. Fazit .....	151

II. Das anfängliche Unvermögen/die anfängliche Leistungerschwerung .....	152
1. Garantie für das Leistungsvermögen .....	153
2. Kritik an der Garantielösung.....	154
a) Die Anwendung der Regeln über das nachträgliche Unvermögen ...	154
b) Die eingeschränkte Garantiehftung.....	155
c) Die Haftung aufgrund einer ‚Normalgarantie‘ .....	156
3. <i>Culpa in contrahendo</i> bei anfänglichem Unvermögen .....	156
4. Das Unvermögen als Leistungerschwerung .....	160
III. Funktion der Unmöglichkeit als anfängliche Leistungsstörung .....	161
<b>§ 6: Die Unmöglichkeit im System des Kommissionsentwurfs.....</b>	<b>163</b>
I. Die Dogmatik des allgemeinen Leistungsstörungsrechts im KE.....	163
II. Die Regeln des Kommissionsentwurfs im einzelnen .....	166
1. Der Grundtatbestand der Pflichtverletzung in § 280 I BGB-KE.....	166
2. Die Grenze der Leistungspflicht in § 275 BGB-KE.....	170
3. Die Haftungsverschärfung für Beschaffungshindernisse in § 279 BGB-KE .....	173
4. Der Vorrang richterlicher Vertragsanpassung gem. § 306 BGB-KE .....	174
5. Das Umstellen auf die Sekundärebene des Schuldverhältnisses nach §§ 280 II, 283 BGB-KE.....	176
III. Die anfänglichen Leistungsstörungen im KE.....	183
1. Die Zusammenfassung anfänglicher und nachträglicher Lei- stungsstörungen in § 280 BGB-KE.....	183
2. Anfängliche Leistungsstörungen in § 306 BGB-KE.....	189
IV. Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen nach dem KE.....	190
V. Weiterentwicklung des Entwurfs .....	192
VI. Der Einfluß des Schuldrechtsentwurfs von 1936 .....	197
<b>§ 7: Internationale Dimension der Schuldrechtsreform .....</b>	<b>202</b>
I. Schuldrechtsreform und Vereinheitlichungsbemühungen der EU .....	203
II. Der deutsche Schuldrechtsentwurf im europäischen Vergleich .....	205
1. Die Haftungstatbestände.....	206
a) Breach of Contract des englischen Rechts.....	206

b)	La incursión de dolo o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones: Art. 1.101 des spanischen Código Civil .....	208
c)	Failure to perform an obligation under the contract: Art. 3.101 Principles of European Contract Law (PECL).....	209
d)	Vergleich .....	210
2.	Die Grenze der Leistungspflicht .....	212
a)	Discharge of contract als regelmäßige Folge eines breach of contract im englischen Recht.....	212
b)	La prestación demasiado onerosa o gravosa al deudor .....	213
c)	Unreasonable effort or expense of performance: Art. 4.102 (2) (b) PECL .....	214
d)	Vergleich .....	215
3.	Der Übergang auf die Sekundärleistung .....	216
a)	Damages als ordinary remedy im englischen Recht .....	216
b)	Carácter subsidiario de la responsabilidad.....	217
c)	Right to damages: Art. 4.501 PECL .....	218
d)	Vergleich .....	219
4.	Anfängliche Leistungsstörungen .....	220
a)	Mistake oder breach of contract bei anfänglicher Unmöglichkeit im englischen Recht .....	220
b)	No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles: Art. 1.272 des spanischen Código civil .....	221
c)	Initial Impossibility: Art. 6.102 PECL.....	223
d)	Vergleich .....	224
III.	Fazit .....	225
<b>§ 8:</b>	<b>Zusammenfassung in Thesen.....</b>	<b>227</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	.....	<b>231</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b>	.....	<b>250</b>

## § 1: Einleitung

Fast der gesamte deutsche Wirtschaftsverkehr beruht auf privaten Rechtsgeschäften, die sich – soweit sie nicht dem Recht anderer Nationen oder dem UN-Kaufrecht unterstehen – nach den im BGB enthaltenen Regeln des deutschen Schuldrechts, insbesondere nach denen des allgemeinen Schuldrechts richten. Innerhalb dieses Regelungskomplexes, der die vertragliche Haftung bestimmt, nehmen die Vorschriften über die Unmöglichkeit eine zentrale Stellung ein.

Bedeutung und Funktion der Unmöglichkeitstatbestände sowie ihre Beziehung zu den Verzugsvorschriften und zu dem im BGB nicht geregelten Institut der positiven Vertragsverletzung sind allerdings seit in Kraft treten des BGB bzw. seit Einführung der pVV in Wissenschaft und Lehre heillos umstritten. Über dieses ungewisse dogmatische Fundament kann auch die seit Jahrzehnten feststehende herrschende Lehre, die in § 280 BGB einen Haftungstatbestand und in § 275 BGB einen Befreiungstatbestand erblickt, nicht hinwegtäuschen. Immer wieder stehen Auslegung und Anwendbarkeit der Unmöglichkeitsvorschriften im Mittelpunkt der aktuellen wissenschaftlichen Diskussion.<sup>1</sup>

Anfang der 90er Jahre hat die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts<sup>2</sup> festgestellt, daß die zentrale Stellung der Unmöglichkeitsvorschriften im deutschen Schuldrecht zugleich ihren zentralen Mangel darstellt. Mit dem Begriff der Unmöglichkeit wurde der Kommission zufolge ein seltener und nur bei bestimmten Schuldverhältnissen auftretender Fall in den Mittelpunkt des Leistungsstörungsrechts gestellt und damit überbewertet. Auch die vom BGB vorgenommene Unterteilung dieses Begriffs in anfängliche, nachträgliche, objektive, subjektive, vollständige, teilweise Unmöglichkeit hielt man für verwirrend und mißglückt, nicht zuletzt, weil immer zu unterscheiden ist, ob sie vom Schuldner, vom Gläubiger, von beiden Vertragsparteien oder nur von einer zu vertreten ist.<sup>3</sup> Um diese und einige andere festgestellte Mängel im allgemeinen

---

<sup>1</sup> So z. B. bei *Huber*, FS für Gaul, 1997, S. 217-248; *ders.*, Leistungsstörungen, Bd. I und II, 1999, insbes. § 4, S. 96 ff.; *Wagner*, JZ 1998, S. 1-8; *Wieling*, FS für Sturm.

<sup>2</sup> Zu Geschichte und Entwicklung der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts vgl. *Rust*, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, 1997, § 2, S. 24-30.

<sup>3</sup> Vgl. Abschlußbericht, S. 16.

Leistungsstörungsrecht zu beheben, schlägt die Kommission vor, den Begriff der Unmöglichkeit ganz aus dem BGB zu streichen. Als zentralen Begriff des Leistungsstörungsrechts will sie statt dessen die „Pflichtverletzung“ im Rahmen eines einheitlichen Haftungsgrundtatbestands einführen. Dieser Haftungsgrundtatbestand soll diejenigen Funktionen erfüllen, die die h.M. bisher den Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug sowie dem außergesetzlichen Institut der pVV zugeschrieben hat.<sup>4</sup>

Der Vorschlag, einen einheitlichen Haftungsgrundtatbestand in das BGB einzuführen, der Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften sowie das außergesetzliche Institut der pVV ersetzen soll, löst natürlich zunächst die Frage aus, was sich die Verfasser des BGB bei der Schaffung insbesondere der §§ 275, 280 BGB ursprünglich gedacht haben, ob diese Regelungen wirklich den Ausgangspunkt für die vertragliche Haftung des Schuldners bilden sollten und ob auf der Grundlage der Pandektistik ein grundsätzliches, die vertragliche Haftung auslösendes Element tatsächlich nicht gefunden wurde. § 2 dieser Arbeit („Die Unmöglichkeit im System der nachträglichen Leistungsstörungen“ S. 17 ff.) setzt sich mit diesen Fragen auseinander, indem die verschiedenen, bisher in der Literatur geäußerten Unmöglichkeitstheorien an den Vorstellungen der Gesetzesverfasser, die in den Motiven und Protokollen der Schuldrechtskommission bei Schaffung des BGB zum Ende des letzten Jahrhunderts festgehalten wurden, gemessen werden. Dabei stellt sich heraus, daß man dem BGB die schon im Gemeinen Recht verankerte Lehre der allgemeinen Culpa-Haftung zugrunde legte. Diese Lehre sieht die Haftung des Schuldners immer durch einen schuldhaften Verstoß gegen eine vertragliche Schutzpflicht begründet. Auf die Erbringung der Primärleistung soll der Gläubiger aber trotz eines etwaigen Schutzpflichtverstoßes nur verzichten müssen, wenn sie dem Schuldner unmöglich geworden ist. Den Unmöglichkeitsvorschriften kommt mithin keine haftungsbegründende Funktion zu, sondern eine Umschaltfunktion von der Primär- auf die Sekundärebene des Schuldverhältnisses.

Dieses Ergebnis löst die weitere Frage aus, wie es dazu kommen konnte, daß die Umschaltfunktion der Unmöglichkeitsvorschriften im Laufe der Zeit verkannt und von einer Funktion als Haftungs- und Befreiungstatbestand überlagert werden konnte. In § 3 dieser Arbeit („Die Verschleierung der Funktion der Unmöglichkeitstatbestände“, S. 71 ff.) wird die Antwort nach eingehender Analyse der römisch-rechtlichen Grundlagen des BGB in der zu Anfang des Jahrhunderts noch nicht voll erkannten Bedeutung der Schutzpflichten sowie in dem damals noch unklaren Verhältnis zwischen Erfüllungs- und Ersatzanspruch gefunden.

---

<sup>4</sup> Vgl. Abschlußbericht, S. 30.

Führt nun der Eintritt der Unmöglichkeit die vertragliche Haftung nicht herbei, sondern schaltet das Schuldverhältnis auf die Sekundärebene um, bleibt zu klären, wie sich das Unvermögen des Schuldners auf die vertragliche Verpflichtung auswirkt. Dabei werden in § 4 („Das Unvermögen im System der nachträglichen Leistungsstörungen, S. 106 ff.) die verschiedenen Literaturansichten zum Unvermögen anhand der bisher gefundenen Ergebnisse sowie der Motive und Protokolle der Schuldrechtskommission des BGB durchleuchtet. Dabei wird verdeutlicht, daß alle Fälle des sog. Unvermögens als solche der Leistungserschwerungen zu erfassen sind, die den Schuldner – gemessen an dem von Fall zu Fall zu ermittelnden Pflichtenkatalog des jeweiligen Schuldverhältnisses – gegebenenfalls übermäßig belasten.

§ 5 der Arbeit („Die Unmöglichkeit im System der anfänglichen Leistungsstörungen, S. 133 ff.) untersucht die gesetzlichen Vorschriften der anfänglichen Unmöglichkeit sowie die im BGB unerwähnten Regeln des anfänglichen Unvermögens. Dabei werden wieder die hierzu in der Literatur diskutierten Ansichten mit den bereits gefundenen Ergebnissen sowie den Absichten der Gesetzesverfasser verglichen. Schließlich finden die sich auf die Lehre der culpa in contrahendo stützenden Regeln der anfänglichen Leistungsstörungen, die durch Elemente der Garantiehafteung durchwirkt sind, ihre Bestätigung und Ergänzung durch die allgemeine Culpa-Hafteung.

Nachdem, aufbauend auf dem System der allgemeinen Culpa-Hafteung, eine Vergleichsgrundlage für die nun von der Schuldrechtskommission vorgeschlagenen Änderungen des BGB gefunden ist, wird der Kommissionsentwurf in § 6 der Arbeit („Die Unmöglichkeit im System des Kommissionsentwurfs“, S. 163 ff.) umfassend beurteilt. Dabei werden in erster Linie die zuvor herausgearbeiteten systemordnenden Kriterien als Maßstab herangezogen um den Haftungsgrundtatbestand, die Grenzen der Leistungspflicht, die Haftung für Beschaffungshindernisse, den Vorrang richterlicher Vertragsanpassung sowie die neuen Regelungen über die Schadensersatzverpflichtung zu untersuchen. Auf dieser Grundlage wird der Kommissionsentwurf sodann weiterentwickelt.

In einem abschließenden § 7 („Internationale Dimension der Schuldrechtsreform“, S. 202 ff.) werden die untersuchten Reformbestrebungen in einen europäischen Zusammenhang eingebettet. Da ein einheitliches europäisches Schuldrecht nur aus den nationalen Regelungen hervorgehen kann, werden die in dieser Arbeit herausgearbeiteten grundlegenden Prinzipien des deutschen Schuldrechts zum einen mit den entsprechenden britischen Regeln sowie mit dem spanischen Código Civil, also je einer Rechtsordnung aus dem Common-law- sowie aus dem romanischen Rechtskreis verglichen. Auch die als europäisches Modellgesetz entworfenen Principles of European Contract Law werden vergleichend herangezogen. Da durch eine Reform des deutschen Schuldrechts nach den in dieser Arbeit vorgeschlagenen Kriterien eine nicht unerhebliche