

## Schuldrecht I

Ein Studienbuch

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Dieter Medicus, Prof. Dr. Stephan Lorenz

21., neu bearbeitete Auflage 2015. Buch. XIV, 431 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 66736 7  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm  
Gewicht: 624 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeines Schuldrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Verkäufer, selbst wenn er das Auto noch liefert oder der Käufer seinen Anspruch auf Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzt, die hierdurch entstandenen Kosten zu tragen hat.

### 3. Schlechtleistung

Ebenfalls eine Störung der Leistungspflicht liegt vor, wenn die Leistung vom Schuldner zwar (rechtzeitig) erbracht wird, jedoch nicht der geschuldeten Qualität entspricht. Auch das kann wiederum darauf beruhen, dass die Leistung in der geschuldeten Qualität unmöglich ist (z. B. wenn der „als unfallfrei“ verkaufte Gebrauchtwagen tatsächlich einen Vorunfall hatte) oder aber darauf, dass der Schuldner die ihm noch mögliche Leistung in der geschuldeten Qualität nicht rechtzeitig erbringt (z. B. wenn der Verkäufer eines Gebrauchtwagens diesen mit mangelhaften, aber reparablen Bremsen liefert).

### 4. Verletzung von Nebenpflichten (Schutz- und Obhutspflichten)

Von einer Leistungsstörung kann man schließlich auch dann sprechen, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung zwar rechtzeitig und ordnungsgemäß erbringt, dabei aber bestimmte Sorgfaltspflichten in Bezug auf andere Rechtsgüter des Gläubigers verletzt.

Verschmutzt etwa der Automechaniker bei der Reparatur eines Fahrzeugs (Werkvertrag, § 631) dessen Polster, so mag er seine eigentliche Leistungspflicht (Reparatur) wie geschuldet erbracht haben, jedoch hat er dabei die aus dem Werkvertrag nach § 241 II resultierende Pflicht verletzt, auf die sonstigen Rechtsgüter seines Vertragspartners Rücksicht zu nehmen.<sup>1</sup>

### 5. Gläubigerverzug (Annahmeverzug)

Schließlich kann eine Leistungsstörung auch darin liegen, dass der Schuldner die Leistung rechtzeitig und ordnungsgemäß anbietet, der Gläubiger diese aber nicht annimmt oder – was dem gleichsteht – nicht bereit ist, gleichzeitig die gem. § 320 Zugum-Zug geschuldete Gegenleistung zu erbringen (§ 298). Dann liegt Gläubiger- oder (gleichbedeutend sog.) Annahmeverzug vor, der die Stellung des Schuldners in verschiedener Hinsicht verbessert (s. §§ 293–304, 323 VI Alt. 2, 326 II 1 Alt. 2).

### 6. Leistungerschwerung/Unzumutbarkeit

Im Grenzbereich der Unmöglichkeit gibt es Fälle, die regelmäßig anderen Rechtsinstituten zugewiesen werden. So wird von einer Zweckstörung gesprochen, wenn die geschuldete Leistung zwar noch körperlich erbracht werden kann, aber ihren im Vertrag gemeinten Sinn verloren hat (vgl. u. Rn. 405; 565): so etwa, wenn das abzuschleppende Schiff von selbst wieder flott geworden ist oder der zu bewässernde Garten bei einer Überschwemmung ohnehin unter Wasser steht. Mit dem Institut der Geschäftsgrundlage bringt man Fälle in Verbindung, in denen die geschuldete Leistung den Schuldner erheblich mehr belastet als vertraglich vorausgesetzt (§ 313), etwa weil für die Beschaffung ein viel höherer Preis aufgewendet werden muss oder die Gegenleistung durch die Inflation entwertet worden ist (dieser letzte Fall heißt auch Äquivalenzstörung). Ähnliches gilt für die Unzumutbarkeit des Festhaltens an einem Dauerschuldverhältnis, die zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht führt, § 314.

<sup>1</sup> S. etwa *OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503*.

## § 27. Die Systematik der Pflichtverletzung (§ 280)

Literatur: S. die Angaben vor § 26.

- 325 Zentralbegriff des Leistungsstörungsrechts ist die **Pflichtverletzung**. Nach § 280 I 1 kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner „eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ verletzt. Nach § 280 I 2 gilt dies nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Aus der negativen Formulierung ergibt sich, dass das Vertretenmüssen vom Gesetz widerleglich vermutet wird, d. h. der **Schuldner** hat den Negativbeweis zu führen, dass er die (vom Gläubiger zu beweisende) Pflichtverletzung **nicht** zu vertreten hat. Im Rücktrittsrecht wird der Begriff der Pflichtverletzung in § 323 III und V 2 wieder aufgenommen, beim Kündigungsrecht begegnet er in § 314 II.

Das Grundanliegen der Einführung des Begriffs der Pflichtverletzung und der Reform des Leistungsstörungsrechts im Jahre 2002 war es, das dem früheren Schuldrecht zugrunde liegende System der Ausdifferenzierung unterschiedlicher Arten von Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, besonderes Leistungsstörungsrecht) mit jeweils eigenständigen Rechtsfolgen durch einen **einheitlichen Tatbestand der Leistungsstörung** und ein grundsätzlich einheitliches System der Rechtsfolgen (Schadensersatz und Rücktritt) zu ersetzen. Dieses idealtypische System konnte und wollte der Reformgesetzgeber freilich nicht vollständig umsetzen. Bei den Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts oder eines Schadensersatzanspruchs ist, wie die §§ 280 II, III, 281–283, 286 und 323 f., 326 zeigen, weiterhin nach der Art der Pflichtverletzung und ihrer Ursache (nämlich Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung bzw. einer Nebenpflichtverletzung) sowie dem geltend gemachten Schaden (Schadensersatz „statt der Leistung“ und Schadensersatz „neben der Leistung“) zu differenzieren.

Die folgenden Ausführungen begnügen sich zunächst bewusst mit einer schematischen Darstellung des Systems der Pflichtverletzung (s. auch den grafischen Überblick bei Rn. 340). Eine Detaillierterörterung der einzelnen Problemfelder zur Ausfüllung dieses Systems erfolgt in den späteren Abschnitten.

### I. Begriff der Pflichtverletzung; Abgrenzung zum Vertretenmüssen

#### 1. Pflichtverletzung

- 326 § 280 I spricht von der Verletzung einer Pflicht aus dem **Schuldverhältnis**. Erste Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs ist damit das Bestehen eines Schuldverhältnisses im engeren Sinne, d. h. eines Anspruchs (dazu o. Rn. 8). Dieser kann einem rechtsgeschäftlichen (also i. d. R. vertraglichen), aber auch einem gesetzlichen Schuldverhältnis entstammen (oben Rn. 9).<sup>1</sup>

§ 241 unterteilt die Pflichten aus dem Schuldverhältnis in **Leistungspflichten** (§ 241 I) und **Schutzpflichten** (§ 241 II). Als **Leistungspflicht** kann der Eintritt eines bestimmten **Erfolgs** wie etwa bei der Pflicht zur Übergabe und Übereignung einer (mangelfreien) Sache gem. § 433 I 1, 2 oder die Vornahme einer bestimmten **Tätigkeit** wie bei einem Dienstvertrag (z. B. ärztlicher Behandlungsvertrag, vgl. § 630b) geschuldet sein. Bei Ersterem kann man die geschuldete Leistungshandlung vom dadurch zu be-

<sup>1</sup> Zur analogen Anwendung der §§ 275, 280 ff. auf öffentlich-rechtliche (Dauer-)Schuldverhältnisse s. *BGH* NVwZ 2007, 1221 Rn. 9 sowie *BGH* NJW 2014, 2577 Rn. 14.

wirkenden Leistungserfolg trennen. Bei Letzterem ist ein bestimmtes Ergebnis der Leistungshandlung **nicht** Teil des Pflichtenprogramms (s. oben Rn. 111). Die Vornahme der geschuldeten Tätigkeit ist bereits der geschuldete Leistungserfolg. **Schutzpflichten** wiederum halten den Schuldner dazu an, auf Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers Rücksicht zu nehmen. Auch hierbei handelt es sich um Verhaltenspflichten: Geschuldet wird nicht, dass der Gläubiger keine Schäden erleidet, sondern dass sich der Schuldner rücksichtsvoll verhält (s. dazu bereits oben Rn. 113).

Eine Pflichtverletzung liegt nach der Konzeption des Gesetzgebers immer dann vor, wenn das Verhalten des Schuldners vom objektiven Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses abweicht.<sup>2</sup> Ist der Schuldner also zur Erreichung eines bestimmten Erfolgs verpflichtet (wie etwa der Verkäufer zu Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache, § 433 I), so genügt zur Feststellung der Pflichtverletzung, dass der geschuldete Erfolg ausgeblieben ist, der Käufer also z. B. nicht oder nicht rechtzeitig Eigentum und Besitz an der Kaufsache erhalten hat oder die Sache mangelhaft war.<sup>3</sup> 327

Dies gilt auch im Falle der **Unmöglichkeit**: Trotz der Tatsache, dass § 275 I den Schuldner dann von der Leistungspflicht befreit, bleibt – wie § 275 IV mit seinem Verweis u. a. auf § 280 klarstellt – die Nichtleistung dennoch eine **objektive Pflichtverletzung**.<sup>4</sup> Die Leistungsbefreiung nach § 275 I bezieht sich damit nur auf die **Primärleistungspflicht** (d. h. die eigentlich geschuldete Leistung), sagt aber nichts darüber aus, ob an die Stelle der entfallenen Primärleistungspflicht eine **Sekundärleistungspflicht** (z. B. eine Schadensersatzpflicht) tritt (zu dieser Unterscheidung oben Rn. 112). Alles andere, d. h. die Frage, **warum** es zur Unmöglichkeit gekommen ist, ist hingegen eine Frage des Vertretenmüssens, hinsichtlich derer sich grundsätzlich der Schuldner entlasten muss.

Ist der Schuldner nicht zur Bewirkung eines bestimmten Leistungserfolgs in Form eines Zustandes verpflichtet, sondern besteht der geschuldete Erfolg lediglich in einem bestimmten **Tätigwerden** (etwa im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsvertrags), besteht kein Unterschied zwischen einer erfolgs- oder verhaltensbezogenen Sichtweise: Die Pflichtverletzung kann hier nur darin bestehen, dass sich der Schuldner nicht so **verhalten** hat, wie geschuldet (so etwa bei einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung). Das geschuldete Verhalten wiederum bestimmt sich nach dem Maß verkehrserforderlicher Sorgfalt, welches zugleich Maßstab des Verschuldens in § 276 II ist. In einer solchen Situation fallen somit objektive Pflichtwidrigkeit und Verschuldensvorwurf weitgehend zusammen. Ist die Pflichtverletzung nachgewiesen (etwa ein Kunstfehler des Arztes), ist in der Regel zugleich auch der Nachweis des Vertretenmüssens geführt, so dass eine Entlastung des Schuldners nach § 280 I 2 nur in seltenen Fällen (etwa im Falle der Schuldunfähigkeit, §§ 276 I 2, 827, 828) in Betracht kommt. 328

Gleiches gilt für die Verletzung von **Nebenpflichten** (§ 241 II, dazu o. Rn. 113). Auch hier fallen mangels geschuldeten Erfolgs Pflichtverletzung und Vertretenmüssen in der geschilderten Weise zusammen, weil der Schuldner nicht einen Erfolg in Gestalt des Ausbleibens einer Beschädigung, sondern lediglich sorgsames Verhalten schuldet. 329

<sup>2</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 135f.

<sup>3</sup> Looschelders, AT, Rn. 523; S. Lorenz, JuS 2007, 213.

<sup>4</sup> Bedenklich deshalb BGH NJW 2007, 3777 Rn. 32: Nichterfüllung des Vertrags noch keine Pflichtverletzung!

## 2. Vertretenmüssen (§ 276)

- 330 Setzt also der (objektive) Begriff der Pflichtverletzung keine subjektive Verantwortlichkeit des Schuldners im Sinne einer Vorwerfbarkeit voraus, ist Letzteres allein eine Frage des **Vertretenmüssens**. Mit diesem Begriff wird die **Zurechenbarkeit** der (objektiven) Pflichtverletzung an den Schuldner, d. h. dessen Verantwortlichkeit für die Pflichtverletzung beschrieben. Erst beide Elemente gemeinsam begründen die **Schadensersatzverpflichtung** des Schuldners nach § 280 I.

Die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen ist vor allem hinsichtlich der **Beweislastverteilung** in § 280 I 2 von Bedeutung. Dadurch, dass das Vertretenmüssen zu Lasten des Schuldners vermutet wird, kommt der Gläubiger nicht in die missliche Situation, Vorgänge nachweisen zu müssen, die sich regelmäßig allein in der Sphäre des Schuldners abspielen und ihm daher typischerweise unzugänglich sind. Lediglich bei Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten durch einen Arbeitnehmer bleibt die Beweislast beim Gläubiger (Arbeitgeber), s. § 619a.

Allerdings setzen nicht alle Rechtsbehelfe des Leistungsstörungsrechts Vertretenmüssen seitens des Schuldners voraus. Nicht erforderlich ist Vertretenmüssen etwa für den **Rücktritt** (§ 323, 324, 326 V), die **Kündigung von Dauerschuldverhältnissen** aus wichtigem Grund (§ 314) sowie für den **Wegfall der Gegenleistungsverpflichtung** im Falle von Unmöglichkeit (§ 326 I 1). In diesem Zusammenhang kann wiederum die Verantwortlichkeit des *Gläubigers* eine Rolle spielen (§ 326 II; s. Rn. 437 ff.).

## II. Arten der Pflichtverletzung

Pflichten aus einem Schuldverhältnis lassen sich, wie bei Rn. 5 dargelegt, in **leistungsbezogene** und **nichtleistungsbezogene** Pflichten aufteilen. Leistungsbezogene Pflichten werden in § 241 I als das Recht des Gläubigers definiert, eine Leistung zu fordern. Es geht also, allgemein gesprochen, um Verpflichtungen, deren Inhalt im weitesten Sinne darin besteht, die Stellung des Gläubigers zu verbessern, d. h. ihm etwas „zu geben“ (**Leistungs-** oder **Äquivalenzinteresse**). Hierunter fallen etwa die Pflicht des Verkäufers, die Sache zu übergeben und zu übereignen (§ 433 I 1) sowie die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung (§ 433 II). Eine solche Pflicht kann auch in einem Unterlassen bestehen (§ 241 I 2), z. B. im Unterlassen von Konkurrenz. Nicht leistungsbezogene Pflichten, wie sie in § 241 II beschrieben werden, haben hingegen keine Verbesserung der Position des Gläubigers zum Gegenstand, vielmehr geht es allein um die Verpflichtung des Schuldners, die bereits vorhandene Position des Gläubigers nicht zu verschlechtern, d. h. um die Wahrung seines *status quo* (**Integritätsinteresse**).

### 1. Die Verletzung leistungsbezogener Pflichten

#### a) Ausbleiben der Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt

- 331 Eine leistungsbezogene Pflicht kann dadurch verletzt werden, dass der Schuldner die Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht (oder nicht vollständig) erbringt (Bsp.: Das verkaufte Kfz wird zum vereinbarten Termin nicht oder nicht mangelfrei übergeben). Das kann wiederum nur auf zwei Ursachen beruhen: Entweder der Schuldner kann die Leistung endgültig nicht (mehr) erbringen (Bsp.: Das verkaufte Kfz ist zerstört), oder aber der Schuldner „will“ sie gerade nicht erbringen oder ist nur vorübergehend gehindert, die Leistung zu erbringen (Bsp.: Der Verkäufer will das Kfz zunächst noch selbst benutzen, hat es vermietet oder ist selbst noch nicht beliefert worden).

**aa) Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 I–III).** Ist dem Schuldner die Leistung unmöglich (§ 275 I) oder liegt ein der Unmöglichkeit gleichgestellter Tatbestand von § 275 II, III vor, so wird er nach dieser Regelung von der Leistungspflicht befreit. Das gilt unabhängig von der Frage des Vertretenmüssens: Das Gesetz reagiert insoweit lediglich darauf, dass eine unmögliche Leistung nun einmal tatsächlich nicht erbracht werden kann. § 275 IV stellt aber durch den Verweis u. a. auf § 280 klar, dass die Befreiungswirkung nur in Bezug auf die **Primärleistungspflicht**, d. h. die Leistung *in natura*, eintritt (zum Begriff s. oben Rn. 112). Damit ist klargestellt, dass die bloße Tatsache der Nichtleistung auch im Falle der Unmöglichkeit eine (objektive) „Pflichtverletzung“ i. S. v. § 280 I darstellt.

Zwar mag es sprachlogisch zweifelhaft erscheinen, von einer Pflichtverletzung bzgl. einer Pflicht zu sprechen, von deren Erfüllung der Schuldner nach § 275 I–III befreit wurde, jedoch hat der Gesetzgeber durch § 275 IV (und § 283) klar zu erkennen gegeben, dass die Nichterbringung der Leistung auch im Falle von Unmöglichkeit als Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I gilt.<sup>5</sup>

Ist dem Schuldner die Leistung unmöglich, so sind wiederum nur zwei tatsächliche Konstellationen denkbar: Die Leistung kann bereits bei Vertragsschluss unmöglich gewesen sein (**anfängliche Unmöglichkeit**) oder aber die Unmöglichkeit ist nach Vertragsschluss eingetreten (**nachträgliche Unmöglichkeit**).

Im Falle **nachträglicher Unmöglichkeit** (Bsp.: Das verkaufte Kfz wird nach Vertragsschluss, aber vor Übergabe zerstört) stellt die bloße Tatsache, dass die geschuldete Leistung endgültig ausbleibt, eine objektive Pflichtverletzung dar. War das für 4.000,- € verkaufte Kfz tatsächlich 5.000,- € wert, so kann der Gläubiger (Käufer) den ihm entgangenen Gewinn als Schadensersatz „statt der Leistung“ nach § 280 III nur unter den „zusätzlichen Voraussetzungen“ der §§ 281, 282 oder 283 verlangen. Im Fall der Unmöglichkeit ist § 283 einschlägig, der aber, sieht man zunächst von dem Verweis in § 283 S. 2 ab, keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen enthält. Der Gläubiger kann damit ohne weiteres Schadensersatz statt der Leistung verlangen, sofern der Verkäufer nicht den Entlastungsbeweis nach § 280 I 2 führt. Hierzu muss er darlegen und beweisen, dass er den Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, nicht i. S. v. § 276 „zu vertreten“ hat. Ist das Kfz etwa bei einem Autounfall zerstört worden, muss er nachweisen, dass er diesen weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht hat.

Im Falle **anfänglicher Unmöglichkeit** (Bsp: Das verkaufte Kfz war bereits z. Zt. des Vertragsschlusses zerstört) besteht die Besonderheit, dass wegen § 275 I eine Leistungspflicht des Schuldners zu keinem Zeitpunkt bestanden hat. Dies beeinflusst, wie § 311 a I klarstellt, die Wirksamkeit des Vertrags aber in keiner Weise. Es bleibt damit dabei, dass die bloße Nichterbringung der Leistung eine objektive Pflichtverletzung darstellt. In Bezug auf den Schadensersatz statt der Leistung enthält aber § 311 a II eine gegenüber §§ 280 I, III, 283 spezielle Anspruchsgrundlage. Im obigen Beispiel kann der Gläubiger (Käufer) den ihm entgangenen Gewinn als Schadensersatz „statt der Leistung“ nicht auf der Grundlage von § 280, sondern nach § 311 a II verlangen. Diese (nur für den Schadensersatz statt der Leistung geltende) Sonderregelung hat ihren Grund im Bezugspunkt des Vertretenmüssens, regelmäßig (d. h. in Abwesenheit

<sup>5</sup> Im Vorfeld der Schuldrechtsreform wurde auch vorgeschlagen, anstelle des Begriffs der Pflichtverletzung denjenigen der „Nichterfüllung“ zu verwenden, der dies wohl klarer zum Ausdruck gebracht hätte, s. dazu BT-Drs. 14/6040, S. 134 m.w.N.

einer Garantiehaftung, dazu unten Rn. 389 ff.) also im Verschuldensvorwurf. Da der Schuldner im Falle der Unmöglichkeit zu keinem Zeitpunkt zur Primärleistung verpflichtet war, weil bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Voraussetzung von § 275 I vorlag, konnte nach Ansicht des Gesetzgebers das Vertretenmüssen, d. h. der dem Schuldner zu machende Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung, nicht an die Herbeiführung der Unmöglichkeit angeknüpft werden. Wenn nämlich der Verkäufer mit dem noch nicht verkauften Kfz unsorgsam umgegangen ist und es deshalb vor Vertragsschluss zerstört wurde, lag zu diesem Zeitpunkt kein vorwerfbares Verhalten des späteren Schuldners gegenüber dem späteren Gläubiger vor. Denn zu einem Zeitpunkt, in welchem er noch nicht zur Leistung verpflichtet war, durfte Ersterer mit der Sache umgehen, wie er wollte (s. § 903 S. 1). § 311 a II knüpft deshalb die Schadensersatzpflicht an einen anderen Verschuldensvorwurf: Haftet der Schuldner auf Schadensersatz statt der Leistung, sofern er nicht nachweist, dass er „das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat“, so wird ihm nicht vorgeworfen, sich nicht leistungsbereit gehalten zu haben. Der Vorwurf an den Schuldner lautet vielmehr, einen Vertrag geschlossen zu haben, obwohl er wusste oder fahrlässig verkannt hat, dass er ihn nicht wird erfüllen können. Typologisch gesehen liegt damit ein Fall der *culpa in contrahendo* (§§ 280 I, 311 II, 241; s. dazu Rn. 527 ff.) vor, an den der Gesetzgeber aber eine Ersatzpflicht auf das Erfüllungsinteresse geknüpft hat. Diese Spezialregelung lässt nach zutreffender Ansicht einen Rückgriff auf die Haftung aus *culpa in contrahendo* **nicht** zu.<sup>6</sup>

Letztere könnte für den Gläubiger gegenüber einem Anspruch aus § 311 a II vorteilhaft sein, wenn sein Vertrauensschaden größer ist als der aufgrund der Unmöglichkeit entgangene Gewinn (und nicht über § 284 abgedeckt wird, s. dazu Rn. 450 ff.). So etwa, wenn der Gläubiger im Vertrauen auf die Möglichkeit der Leistung ein anderes, lukrativeres Geschäft unterlassen hat. S. dazu PdW Schuldrecht I **Fall 63**.

Hat der Schuldner die Unmöglichkeit weder gekannt noch seine Unkenntnis zu vertreten, soll er nach einer beachtlichen Mm. in der Lit. analog § 122 zumindest auf das **negative Interesse** des Gläubigers haften (d. h. für den Schaden, den jener dadurch erleidet, dass er auf die Möglichkeit der Leistung vertraut).<sup>7</sup> Die wohl h. M. lehnt dies allerdings ab. Eine analoge Anwendung von § 122 widerspreche der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers für das Verschuldensprinzip sowie die Gleichbehandlung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit.<sup>8</sup> S. dazu PdW Schuldrecht I **Fall 62**.

§ 280 I, III i. V. m. § 283 einerseits und § 311 a II andererseits unterscheiden sich damit vor allem durch die dem Schuldner auferlegten Sorgfaltspflichten auf der Ebene des Vertretenmüssens: **Vor Vertragsschluss hat er sich über sein Vermögen zur Leistung zu informieren, nach Vertragsschluss hat er für die Bewirkung der versprochenen Leistung zu sorgen.**<sup>9</sup> S. dazu PdW Schuldrecht I **Fälle 58–66**.

**333 bb) Verspätung der Leistung.** Ist der Schuldner nicht nach § 275 wegen Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit, so liegt, wenn er dennoch nicht rechtzeitig leistet,

<sup>6</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 311 a Rn. 14; Erman/*Kindl*, § 311 a Rn. 11; *Canaris*, JZ 2001, 499, 507; a. A. MünchKomm/*Ernst*, § 311 a Rn. 21.

<sup>7</sup> *Canaris*, JZ 2001, 499, 505; grundsätzlich zustimmend wohl auch BT-Drs. 14/6040, S. 166.

<sup>8</sup> MünchKomm/*Ernst*, § 311 a Rn. 41; *Looschelders*, AT, Rn. 639.

<sup>9</sup> *BGH NJW* 2007, 3777 Rn. 37.

ein Fall der **Verspätung der fälligen Leistung** vor. Diese ist zweifellos Pflichtverletzung i. S. v. § 280 I. Würde sich das Gesetz mit § 280 I begnügen, könnte der Gläubiger unmittelbar jede Art von Schaden ersetzt verlangen. Würde also im obigen Beispiel das Kfz nicht rechtzeitig geliefert, könnte der Käufer unmittelbar aufgrund der Verzögerung (unter Verzicht auf die Vertragsdurchführung) den entgangenen Gewinn i. H. v. 1.000,- € verlangen, obwohl dieser Schaden noch gar nicht endgültig eingetreten ist, da der Schuldner (Verkäufer) ja noch liefern könnte. Da es in Bezug auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht gerechtfertigt ist, dem Gläubiger bereits aufgrund einer Verzögerung der Leistung unmittelbar die Möglichkeit zu geben, unter Verzicht auf die Leistung Schadensersatz zu wählen und es dem Schuldner dadurch zu verwehren, seine Leistung *in natura* zu erbringen, soll Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 III nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281–283 verlangt werden können. Im Falle der Verzögerung der Leistung ist § 281 einschlägig, da die Primärleistung hier, weil möglich, weiterhin „fällig“ ist. Der Gläubiger kann dann Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich erst dann verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine **angemessene Frist** gesetzt hat. Dem Schuldner muss somit eine **letzte Chance** eingeräumt werden, die Leistung zu erbringen (und sich damit eine vereinbarte Gegenleistung zu verdienen). Erst wenn er diese nicht nutzt, ist es gerechtfertigt, ihn statt der Leistung zum Schadensersatz zu verpflichten. Für das (allerdings vom Vertretenmüssen unabhängige) Rücktrittsrecht gilt nach § 323 derselbe Grundsatz.

Ähnliches gilt für den **Verzögerungsschaden**: Nimmt sich im obigen Beispiel der Käufer des Kfz wegen der verspäteten Lieferung zwischenzeitlich einen Mietwagen, so wäre auch dieser Schaden aufgrund der Pflichtverletzung eingetreten und unmittelbar nach § 280 I ersetzbar. Der Vorbehalt des § 280 III hinsichtlich zusätzlicher Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 281–283 gilt insoweit nicht, weil der in Gestalt der Mietwagenkosten eingetretene Schaden keinen Schadensersatz **statt** der Leistung darstellt: Der Käufer will ja auch die Leistung weiterhin (s. dazu bei Rn. 341 ff.). Es handelt sich allerdings um einen Schaden, der (allein) aufgrund der Verzögerung der Leistung eingetreten ist. Für solche Schäden sieht § 280 II vor, dass sie nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 286 (Verzug) zu ersetzen sind. Dieser wiederum setzt i. d. R. eine Mahnung seitens des Gläubigers (hier: des Käufers) voraus. Sinn dieses Vorbehalts ist es, den Schuldner vor der erst mit Verzug eintretenden Schadensersatzpflicht zu **warnen**. Für Verspätungsschäden, die vor Verzugseintritt entstanden sind (im Beispiel also die bis zur Mahnung angefallenen Mietwagenkosten), haftet der Schuldner nicht. Folgerichtig ist eine Mahnung nach § 286 II dann entbehrlich, wenn der Schuldner bereits aufgrund anderer Umstände (z. B. aufgrund einer vereinbarten festen Leistungszeit) einer solchen zusätzlichen Warnung nicht mehr bedarf.

#### **b) Nicht vertragsgemäße Leistung: Die Schnittstelle zum Gewährleistungsrecht**

Wenn der Schuldner zwar die Leistung erbringt, diese aber nicht so, wie er sie erbringen müsste, insbesondere nicht in der geschuldeten Qualität erbringt, liegt ebenfalls eine Pflichtverletzung vor. Sofern das Gesetz für diesen Fall bei den einzelnen Vertragsarten des Besonderen Teils des Schuldrechts spezielle Regelungen enthält, haben diese Vorrang vor dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht. Das gilt z. B. für das Mietrecht oder das Reisevertragsrecht: Hier sieht das Gesetz besondere Regelungen über die Rechtsbehelfe bei der Mangelhaftigkeit der Mietsache bzw. der Reise vor

334

(s. §§ 536 ff., 651 c ff.). Sofern dies aber, wie insbesondere im Kauf- und Werkvertragsrecht, nicht der Fall ist, gelten auch insoweit die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, die dann lediglich durch Detailregelungen ergänzt oder modifiziert werden. So verweisen § 437 für das Kaufrecht und § 634 für das Werkvertragsrecht im Rahmen einer Rechtsgrundverweisung ausdrücklich auf die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Damit ist auch die mangelhafte Leistung stets ein Fall entweder von Unmöglichkeit oder von Verzögerung der (mangelfreien) Leistung. Ausgangspunkt und damit Schnittstelle zu den Regelungen des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts ist, dass § 433 I 2 den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache „frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen“. Die gleiche Verpflichtung trifft nach § 633 I den Werkunternehmer.

- 335 aa **Qualitative Unmöglichkeit.** Wird im obigen Beispiel das Kfz als ein unfallfreies Fahrzeug verkauft, hatte es aber tatsächlich einen Vorunfall, so kann der Verkäufer diese Verpflichtung zu mangelfreier Leistung nicht erfüllen. Dieser Konflikt wird durch das Wort „soweit“ in § 275 I aufgelöst: Dem Verkäufer ist es sehr wohl möglich, einen Teil der geschuldeten Leistung (Besitz- und Eigentumsverschaffung am Kfz, § 433 I 1) zu erbringen, nicht aber ist es ihm möglich, die Verpflichtung zur sachmangelfreien Leistung aus § 433 I 2 zu erfüllen. Er ist daher nach § 275 I (nur) von diesem Teil seiner Verpflichtung befreit, so dass ein Fall **teilweiser Unmöglichkeit** (in Bezug auf die **Qualität der Leistung**) vorliegt. Damit treten grundsätzlich auch die weiteren Rechtsfolgen der Unmöglichkeit ein: Im Falle eines anfänglich unbeheblichen Mangels haftet der Verkäufer auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311 a II. Er schuldet (ohne das Erfordernis einer Fristsetzung) Schadensersatz statt der Leistung (also z. B. den mangelbedingten Minderwert des Fahrzeugs), wenn er den Mangel und dessen Unbehebbarkeit kannte bzw. seine Unkenntnis zu vertreten hat. Im Falle eines nach Vertragsschluss eingetretenen unbeheblichen Mangels haftet er nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283, wenn er die Unbehebbarkeit des Sachmangels zu vertreten hat.

Allerdings sieht das Gesetz für diesen Fall im Detail bestimmte Sonderregelungen vor. So wird etwa der automatische Wegfall der Gegenleistungsverpflichtung im Falle von Unmöglichkeit nach § 326 I 2 ausgeschlossen und durch ein Rücktrittsrecht (§ 437 Nr. 2, 326 V) und ein daran anknüpfendes Minderungsrecht (§§ 437 Nr. 2, 441) ersetzt bzw. ergänzt (s. Rn. 434). Das Rücktrittsrecht und das Recht zum Schadensersatz statt der Leistung werden bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen bzw. eingeschränkt (§§ 280 I, III, 283 S. 2 oder § 311 a II 3 i. V. m. 281 I 3 bzw. §§ 326 V i. V. m. 323 V 2; dazu unten Rn. 434, 449, 498).

Diese Sonderregelungen, die man immer daran erkennt, dass das Gesetz davon spricht, dass der Schuldner die Leistung „nicht wie geschuldet“ (§ 281 I 3) oder „nicht vertragsgemäß“ bewirkt hat (s. § 326 I 2, § 323 V 2), haben dazu geführt, dass man insoweit auch von **qualitativer Unmöglichkeit** (als einem besonders geregelten Fall teilweiser Unmöglichkeit) spricht.<sup>10</sup> Im Werkvertragsrecht gilt das gleiche System (s. § 634).

<sup>10</sup> S. S. Lorenz, JZ 2001, 742, 743; zu dem Begriff s. bereits BGHZ 127, 297, 314. Dagegen neuerdings Heyers/Heuser, NJW 2010, 3057, vgl. hiergegen aber zutr. Schall, NJW 2011, 343.