

Die Arbeitsweise von
Ulrich Huber
und seine Konzeption des Leistungsstörungsrechts

Dissertation
Zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät
der Universität Regensburg

vorgelegt von
Matthias Stoeckle

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Sybille Hofer

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Becker

Tag der mündlichen Prüfung: 12.09.2007

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt Frau Prof. Dr. Sybille Hofer für ihre umfassende wissenschaftliche Betreuung. Durch ihre Anregungen, Kritik und wohlwollende Unterstützung trug sie in entscheidendem Maße zum Gelingen der Arbeit bei.

Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Becker danke ich für die Übernahme und zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Weiterhin danke ich von ganzen Herzen meiner Mutter Brigitte Stoeckle, meinem Bruder Christoph Stoeckle und Petra Festner für ihre unendliche Geduld und vielfältige Unterstützung.

München, im November 2007

Matthias Stoeckle

Literaturverzeichnis

Literaturverzeichnis	
Ackmann, Hans-Peter	Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach §638 BGB- eine Malaise ohne Ende?“ in: JZ 1992, S670-676
Ahrens, Martin	Unmöglichkeit, Leistungsstörung, Pflichtverletzung Eine Teilkritik am Entwurf der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1995, S.417-422
Allgemeine deutsche Biographie	Band 1 –Band 55 Leipzig 1875- 1922 Herausgegeben von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und der Bayerischen Staatsbibliothek, Januar 2003 Elektronische Ressource: http://mdz.bib-bvb.de/digbib/lexika/adb/
Arndts L, R. v. Arnesberg	Lehrbuch der Pandekten 11. Auflage Stuttgart 1883
Arp, Thorsten	Anfängliche Unmöglichkeit- Zum Verständnis von §306 BGB Paderborn 1998
Beinert, Dieter	Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt in: Abraham, H.J./ Bosch, F.W./ Schiedermair, G (Hrsg.), Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels-, und Prozeßrecht Bielefeld, 1979
Berghoff, Erhard	Die Unmöglichkeit und ihre Rechtsfolgen nach dem BGB und dem einheitlichen Kaufrecht Münster, 1980
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht 4. Auflage Berlin, 1969
Braun, Johannes	Die Unmöglichkeit der Leistung in: Juristische Ausbildung 1983, S.488-493/ S.571-577
Brehm, Wolfgang	Der Begriff des Unvermögens Bemerkungen zum Wert der Dogmatik in der Jurisprudenz in: Juristen Zeitung 1987, S.1089-1093
Brehm, Wolfgang	Der Anspruch auf die Primärleistung bei nachträglich zu vertretender Unmöglichkeit in: Juristen Zeitung 1974, S.573-577
Brinz, Alois v.	Lehrbuch der Pandekten Band II 2. Auflage

	Erlangen 1879
Brodhun, Rüdiger	Paul Ernst Wilhelm Oertmann (1865 – 1938) Leben, Werk, Rechtsverständnis sowie Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1. Auflage Baden-Baden 1999
Brox, Hans	Allgemeines Schuldrecht 18. Auflage München 1990
Bundesminister der Justiz (Hrsg.)	Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts Köln 1992
Caemmerer, Ernst v./ Schlechtriem, Peter (Hrsg)	Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht- Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenauf-CISG- Kommentar 2. Auflage München 1995
Canaris, Claus Wilhelm	Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzwirkung in: Juristen Zeitung 1965, S.475-482
Canaris, Claus Wilhelm	Nachruf Karl Larenz in: Juristen Zeitung 1993, S.404-406
Canaris, Claus Wilhelm	Schuldrechtsreform 1. Auflage München 2002
Coester-Waltjen, Dagmar	Die Bedeutung des §279 BGB für Leistungsverzögerungen in: Archiv für die civilistische Praxis 183 (1983), S.279- 288
Conrad, Herrmann	Deutsche Rechtsgeschichte Band II: Neuzeit bis 1806 Karlsruhe 1966
Conrad, Herrmann	Deutsche Rechtsgeschichte Band I: Frühzeit und Mittelalter 2. Auflage Karlsruhe 1962
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts 1.Band: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen 5. Auflage Jena 1910
Crome, Carl	System de Deutschen Bürgerlichen Rechts Zweiter Band: „Das Recht der Schuldverhältnisse“ Tübingen, Leipzig 1902
Demmer, Walter	Die Haftung des Schuldners für sein ursprüngliches Unvermögen zur Leistung nach gemeinem Recht in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches und nach geltendem Recht

III

	Köln 1974
Dernburg, Heinrich	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 2. Band: „Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens“ Erste Abteilung: Allgemeine Lehren 3. Auflage Halle a.S. 1905
Dernburg, Heinrich	Pandekten Zweiter Band: Obligationenrecht 5. Auflage Berlin 1897
Dernburg, Heinrich	Pandekten Erster Band: Allgemeiner Theil und Sachenrecht 4. Auflage Berlin 1894
Diederichsen, Uwe	„Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ und Ersatz von Mangelfolgeschäden in: Archiv für die civilistische Praxis, 165 (1965) S.150-168
Dölle, Hans	Juristische Entdeckungen in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des zweiundvierzigsten Deutschen Juristentages 1957, Bd. II, Tübingen 1958 :
Dölle, Hans	Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964 München 1976 (zitiert als Dölle-Bearbeiter)
Eckert, Jörn	Die Krise der Rechtsgeschichte und die Frage nach ihrem Nutzen für die Theorie und die Praxis des Rechts in: Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte – Hans Hattenhauer zum 8. September 2001 S.121-158 Hrsg. Jörn Eckert Heidelberg 2003
Eckert, Jörn	Was war die Kieler Schule? in: Recht und Rechtlehre im Nationalsozialismus Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel Hrsg. von Franz Jürgen Säcker Baden-Baden 1992
Eckstein, Ernst	Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, in: Archiv für bürgerliches Recht Band 37 (1912), S.390-498
Eichenhofer, Eberhard	Haftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen in: Juristische Schulung S.777-783
Emmerich, Volker	Verschulden bei Vertragsverhandlungen, positive Vertragsverletzung und Sachmängelhaftung beim Kauf

	in: Festschrift für Günther Jahr, S.267-279
Emmerich, Volker	Das Recht der Leistungsstörungen 4. Auflage München 1997
Endemann, Friedrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs Erster Band: Einleitung – Allgemeiner Theil – Recht der Schuldverhältnisse 9. Auflage Berlin 1908
Enneccerus, Ludwig/ Lehmann, Heinrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band II: Recht der Schuldverhältnisse 15. Auflage Tübingen 1958
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch- mit Einführungsgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz zur Regelung der Miethöhe,, Produkthaftungsgesetz, Haustürwiderrufsgesetz, AGB-Gesetz, Erbaurechtsverordnung, Wohnungseigentümergesetz, Hausratsverordnung, unter Einarbeitung weiterer einschlägiger Bestimmungen, 9. Auflage Band I Münster 1993
Esser, Josef, Schmidt Eike	Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2 Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis 7. Auflage Heidelberg 1993
Esser, Josef, Schmidt Eike	Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband I Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen 8. Auflage Heidelberg 1995
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht 9. Auflage Berlin, New York 1997
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band II: Das Rechtsgeschäft in: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft 3. Auflage Berlin 1979
Freiburg, Nina	Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht Unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlussgründe Berlin 2001
Freudig, Gabriele	Die Schadensersatzansprüche des Käufers bei Schlechterfüllung in der Gerichtspraxis während der

	Entstehungszeit und der Zeit nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs in: Archiv für die civilistische Praxis 198 (1998) S.599-611
Fritz, Paul	Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners Archiv für die civilistische Praxis 134 (1931) S.197-218
Gudian, Gunter	Die Haftung für anfängliches Unvermögen in: Neue Juristische Wochenschrift 1971, S.1239-1242
Hansen, Ralf	Bestandsaufnahme nach einem Jahrhundert Geltung: Das Leistungsstörungsrecht des BGB in dogmatischer Perspektive vor der Reform – Eine Rezension zu: Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band I: Die allgemeinen Grundlagen - Der Tatbestand des Schuldnerverzuges - Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände und Leistungsstörungen, Band II: Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit Online veröffentlicht auf: http://www.jurawelt.com/literatur/bgb/3394
Harting, Friedhelm	Die „positiven Vertragsverletzungen“ in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte Hamburg 1967
Hartmann, Gustav	Die Obligation- Untersuchungen über ihren Zweck und Bau Erlangen 1875
Hattenhauser, Christian	„Zum praktischen Nutzen der Rechtsgeschichte in der Gesetzgebung - der Einfluß Ulrich Hubers auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ in: Der praktischen Nutzen der Rechtsgeschichte – Hans Hattenhauer zum 8. September 2001 S.191-201 Hrsg. Jörn Eckert Heidelberg 2003
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts Tübingen 1929 2. Neudruck Aalen 1974
Heck, Philipp	Zur Entstehungsgeschichte des §276 Satz 1 BGB in: Archiv für die civilistische Praxis 137 (1933), S.259-269
Heinrichs, Helmut	Hermann Staub (1856-1904) Kommentator des Handelsrechts und Entdecker der positiven Vertragsverletzungen in: Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft S.385-402 Hrsg. Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz, Michael Stolleis München 1993
Heinrichs, Helmut	Reform des Verjährungsrechts in: NJW 1982 S.2021-2027

Hellwig, Konrad	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts Erster Band Leipzig 1903
Herber, Rolf/ Czerwnka, Beate	Internationales Kaufrecht Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf München 1991
Heymann, Ernst	Heinrich Titze – zum 23. Oktober 1942 in: Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 14 (1942), S. V - VIII
Himmelschein, Jury	Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen in: Archiv für die civilistische Praxis 135 (1932) S.255- 327
Himmelschein, Jury	Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung in: Archiv für die civilistische Praxis 158, (1959/1960), S.272-302
Hofer, Sybille	Rabel, Ernst in: Neue Deutsche Biographie Band 21, S. 64-65
Hölder, E.	Die Bemessung der Verzugszinsen nach dem BGB oder dem bisherigen Rechte in: Deutsche Juristen Zeitung 1900, S.101-104
Honsell, Heinrich (Hrsg.)	Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Berlin, Heidelberg 1997 (zitiert als Honsell/Bearbeiter)
Honsell, Thomas	Historische Argumente im Zivilrecht – ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts in: Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 50 München 1981
Huber, Ulrich	Leistungsstörungen- Die allgemeinen Grundlagen - Der Tatbestand des Schuldnerverzugs - Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit in: Gernhuber, Joachim [Hrsg.]: Handbuch des Schuldrechts- in Einzeldarstellungen Band 9/I Tübingen 1999
Huber, Ulrich	Leistungsstörungen- Die Folgen des Schuldnerverzugs - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit in: Gernhuber, Joachim [Hrsg.]: handbuch des Schuldrechts – in Einzeldarstellungen Band 9/II Tübingen 1999

Huber, Ulrich	Das geplante Recht der Leistungsstörungen in: <i>Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform</i> hrsg. v. Wolfgang Ernst und Reinhard Zimmermann Tübingen 2001
Huber, Ulrich	Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht in: <i>Festschrift für Ernst von Caemmerer</i> Tübingen 1978
Huber, Ulrich	Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung in: <i>Archiv für die civilistische Praxis</i> 177 (1977) S.281- 348
Huber, Ulrich	Zur Auslegung des §275 BGB in: <i>Festschrift für Hans Friedhelm Gaul - Zum 70.</i> Geburtstag 19.November 1997, S.217-248 Bielefeld 1997
Huber, Ulrich	Leistungsstörungen- Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetztes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in: „ <i>Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des</i> <i>Schuldrechts</i> “ Köln 1981
Huber, Ulrich	Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager einheitlichen Kaufrechts in: <i>Juristen Zeitung</i> 1974 S.433-440
Ihering, Rudolph	„ <i>Culpa in Contrahendo</i> “ oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen in: <i>Iherings Jahrbücher</i> Band 4 (1861), S.1-113
International Institute for the Unification of Private Law	Principles of International Commercial Contracts Rom 1989
Isele, Hellmut	Jury Himmelschein 1891-1943 in: <i>Archiv für die civilistische Praxis</i> 158 (1959) S. 302-308
Jakobs, Horst Heinrich	Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht – Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und nach Einheitlichem Kaufrecht Paderborn 1985
Jakobs, Horst Heinrich	Unmöglichkeit und Nichterfüllung Bonn 1969
Jakobs, Horst Heinrich/ Schubert Werner (Hrsg.)	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in: <i>Systematischer Zusammenstellung der</i> unveröffentlichten Quellen Recht der Schuldverhältnisse I §§241 bis 432 Berlin, New York 1978
Jan, Sheng-Lin	Die Erfüllungsverweigerung im deutschen und im UN- Kaufrecht Frankfurt a.M. 1992

Jansen, Nils	Ulrich Huber: Leistungsstörungen, Bd.I und II. (Handbuch des Schuldrechts 9/1 u. 2) in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2001 S.988-990
Jauernig, Othmar/ Schlechtriem Peter Stürner, Rolf Teichmann, Arndt	Bürgerliches Gesetzbuch Mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 9. Auflage München 1999
Jhering, Rudolf von	Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen in: Jherings Jahrbuch für Dogmatik, Band 4 (1861)
Kaser, Max	Römisches Privatrecht 15. Auflage München 1989
Kaser, Max	Das römische Privatrecht Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht 2. Auflage in: Rechtsgeschichte des Altertums – im Rahmen des Handbuchs der Altertumswissenschaft, dritter Teil, dritter Band, erster Abschnitt München 1971
Kegel, Gerhard	Ernst Rabel (1874-1955) Vorkämpfer des Weltkaufrechts in: Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft S.571-591 Hrsg. Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz, Michael Stolleis München 1993
Kisch, Wilhelm	Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich in: Otto Fischer (Hrsg.): Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches – In zwanglosen Heften, siebenter Band, 2. Heft Jena 1900
Kleineidam, Feodor	Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Jena 1900
Kleineidam, Feodor	Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB in: Iherings Jahrbücher Band 43 (1901) S.105-140
Kley, Britta	Unmöglichkeit und Pflichtverletzung Die Funktion der Unmöglichkeitstatbestände im BGB und der Reformversuch der Schuldrechtskommission Berlin 2001
Kotulla, M.	Die historischen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtsinstituts der „positiven Forderungsverletzung“ im 19. Jahrhundert in: Zeitschrift der Savigny Stiftung- Germanistische Abteilung Band 108 (1981)

	S.358-388
Krückmann, Paul	Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches 5. Auflage Berlin 1929
Krückmann, Paul	Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen in: Deutsche Juristen Zeitung Bd. 10 Nr. 4 (1905), Spalte 205-207
Krückmann, Paul	Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß - zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz in: Archiv für die civilistische Praxis 101 (1907) S.1-306
Krug	Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung Breslau 1901
Kübel, Franz Philipp von	Recht der Schuldverhältnisse Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches Band II Nachdruck.d.Ausg.Berlin, 1876-1883 Berlin 1980
Larenz, Carl/ Canaris, Claus-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band: Besonderer Teil 2. Halbband 13. Auflage München 1994 Zitiert als Larenz/Canaris II/2
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band: Allgemeiner Teil 14. Auflage München 1987 Zitiert als Larenz I
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band: Besonderer Teil, 1. Halbband 13. Auflage München 1986 zitiert als Larenz II 1
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band Allgemeiner Teil 12. Auflage München 1979
Lehmann, Heinrich	Die positiven Vertragsverletzungen in: Archiv für die civilistische Praxis 96 (1905), S.60-113
Lemppenau, Joachim	Gattungsschuld und Beschaffungspflicht - Kritisches zu §279 in: Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 5 Berlin 1972
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des BGB – Das Schuldrecht des BGB Erster Band München 1929

Leser, Hans	Die Erfüllungsverweigerung – Ein Typ der Leistungsstörungen in: <i>Ius Privatum Gentium</i> Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5.Juli 1969 Band II: Nationales und vergleichendes Privatrecht Hrsg. Ernst von Caemmerer, Soia Mentschikoff, Konrad Zweigert Tübingen 1969
Lindenmaier, / Möhring	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs Band 2: BGB §§241-432
Luig, Klaus	Heinrich Dernburg (1829-1907) Ein „Fürst“ der Spätpanpektistik und des deutschen Privatrechts in: <i>Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft</i> S.231-247 Hrsg. Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz, Michael Stolleis München 1993
Marschall von Bieberstein, Wolfgang Freiherr	Heck, Philipp Nicolai von in: <i>Neue Deutsche Biographie</i> Band 8, S.176-177
Medicus, Dieter	Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln in: <i>Tübinger Festschrift für Eduard Kern</i> S.313-334 Tübingen 1968
Medicus, Dieter	Schuldrecht II Besonderer Teil 4. Auflage München 1990
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung 16. Auflage Köln, Berlin, Bonn, München 1993
Medicus, Dieter	Schuldrecht I Allgemeiner Teil 5. Auflage München 1990
Meincke, Jens Peter	Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag in: <i>Archiv für die civilistische Praxis</i> 171 (1971), S.19-43
Michalski, Lutz	Die Systemwidrigkeit der Differenzierung nach Mangel- und Mangelfolgeschäden im werkvertraglichen Sachmängelgewährleistungsrecht in: <i>Neue Juristische Wochenschrift</i> 1988, S.793-800
Mitteis, Ludwig	Römisches Privatrecht Bis auf die Zeit Diokletians Erster Band Leipzig 1908

Molitor, Ernst	Schuldrecht – Ein Studienbuch Erster Band: Allgemeiner Teil 8. Auflage München 1965
Mommsen, Friedrich	Beiträge zum Obligationenrecht – Dritte Abtheilung: Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa Braunschweig 1855
Mommsen, Friedrich	Beiträge zum Obligationenrecht -Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf die obligatorischen Verhältnisse Braunschweig 1853
Mommsen, Friedrich	Beiträge zum Obligationenrecht - Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse Braunschweig 1855
Mugdan, Benno (Hrsg.)	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band 2: Recht der Schuldverhältnisse Berlin 1899
Mugdan, Benno (Hrsg.)	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil Berlin 1899
Nauen, Bernd	Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis - Zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission Berlin 2001
Nörr, Dieter	Savigny, Carl von in: Neue Deutsche Biographie Band 2, S.589
Oertmann, Paul	Anfängliches Leistungsunvermögen in: Archiv für die civilistische Praxis 140(1934), S.129- 153
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen - Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse 3/4. Auflage Berlin 1910
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen - Zweites Buch: Das Recht der Schuldverhältnisse 2. Auflage Berlin 1906
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), BGB- Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz,

	Hausratsverordnung, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug) Beck'sche Kurzkommentare Band 7 63. Auflage München 2004 (zitiert als Palandt/Bearbeiter)
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Fernabsatzgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz über die Veräußerung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtegesetz – TzWrG), Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art. 3 des 2.WKSchG), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung Beck'sche Kurz- Kommentare Band 7 60. Auflage München 2001 (zitiert als Palandt/Bearbeiter)
Peters, Frank	Die Ablehnungserklärung des Gläubigers-Ein Beitrag zur Dogmatik des §326 BGB und der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Schuldners in: JR 1998 S.186-191
Planck, G	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Zweiter Band Recht der Schuldverhältnisse 1. und 2. Auflage Berlin 1900 (zitiert als Planck/Bearbeiter)
Planck, Gottlieb	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Hrsg. Dr.E.Strohal Zweiter Band: 1.Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§241-432 4. Auflage Berlin 1914
Planitz, Hans (Hrsg.)	Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen Band 1 Leipzig 1924
Planitz, Hans (Hrsg.)	Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen Band 2 Leipzig 1925
Planitz, Hans (Hrsg.)	Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen Band 3

Leipzig 1929	
Puchta, Gerhard	Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts 2. Auflage Berlin 1898
Rabel, Ernst	Das Recht des Warenkaufs - Eine Rechtsvergleichende Darstellung Erster Band Berlin 1957
Rabel, Ernst	Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 3 (1911), S.467-490 Abgedruckt in: Ernst Rabel-Gesammelte Aufsätze Band I: Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930 Hrsg. Hans G. Leser Freiburg im Breisgau 1965
Rabel, Ernst	Die Unmöglichkeit der Leistung Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch in: Festschrift E. I. Bekker S.171-237 Weimar 1907
Rabel, Ernst	Das Recht des Warenkaufs Eine rechtsvergleichende Darstellung Zweiter Band Berlin, Tübingen 1958
Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Zweiter Band: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§241-432 FernAbsG 4. Auflage München 2001
Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Dritter Band: Schuldrecht Besonderer Teil 1, §§433-515 Finanzierungsleasing, VerbrKrG, HausTWG, Erbschaft- u. Schenkungsteuergesetz, MHG, HeizkostenV 3. Auflage München 1995
Reinhart, Gert	UN-Kaufrecht Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf Heidelberg 1991
RGRK/ Richter des Bundesgerichtshofs (Hrsg.)	Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes – Kommentar (BGB-RGRK) Zweiter Band, Teil 1: §§241-413 12. Auflage Berlin 1976
RGRK/ Richter des Bundesgerichtshofs (Hrsg.)	Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes –

	Kommentar (BGB-RGRK) Zweiter Band, Teil 2: §§414-610 (Anhang nach §455: Abzahlungsgesetz) 12. Auflage Berlin 1978
Roth, Günther	Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners Juristische Schulung 1968, S.101-108
Rückert, Joachim	Bernhard Windscheid und seine Jurisprudenz „als solche“ im liberalen Rechtsstaat (1817-1892) in: Juristische Schulung 1992 S.902-908
Savigny, Friedrich Carl von	System des heutigen römischen Rechts Band I Berlin 1840 Nachdruck Aalen 1973
Savigny, Friedrich Carl von	System des heutigen römischen Rechts Band II Berlin 1840 Nachdruck Aalen 1973
Savigny, Friedrich Carl von	System des heutigen römischen Rechts Band III Berlin 1840 Nachdruck Aalen 1973
Savigny, Friedrich Carl von	Das Obligationenrecht – als Teil des heutigen römischen Rechts Band I/II Berlin 1851, 1853 Nachdruck Aalen 1973
Schlechtriem, Peter	Vertragsordnung und Außervertragliche Haftung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt im französischen, amerikanischen und deutschen Recht Arbeiten zur Rechtsvergleichung 54 Frankfurt a.M., Freiburg im Breisgau 1972
Schöller, W.	Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miethe und Dienstvertrag nach dem BGB in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts- begründet von J.A. Gruchot, Band 46 (1902) S. 1-142
Schulze, Reiner/ Zimmermann, Reinhard	Basistexte zum Europäischen Privatrecht 2. Auflage Baden-Baden 2002
Sessler, Anke	Die Lehre von den Leistungsstörungen - Heinrichs Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts Berlin 1994
Seuffert, Johann Adam	Praktisches Pandektenrecht Erster Band 3. Auflage Würzburg 1852
Seuffert, Johann Adam	Praktisches Pandektenrecht Zweiter Band

	3. Auflage Würzburg 1852
Siber Heinrich	Deutsche Juristen Zeitung 14, 1909, Festnummer zum 500 jährigen Jubiläum der Universität Leipzig, Sp. 964
Siber, Heinrich	Schuldrecht in: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts Leipzig 1931
Siber, Heinrich	Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht in: Jherings Jahrbücher 50 (1906) S.55-276 Leipzig 1931
Soergel, Hans Theodor / Siebert, Wolfgang (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch - mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 13: „Schuldrechtliche Nebengesetze 2- Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) 13. Auflage Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 2000
Soergel, Hans Theodor / Siebert, Wolfgang (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch- mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweiter Band: Schuldrecht I (§§241-432) 12. Auflage Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zitiert als Soergel-Bearbeiter)
Soergel, Hans Theodor / Siebert, Wolfgang (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch- mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Dritter Band: Schuldrecht II (§§433-515) 12. Auflage Stuttgart, Berlin, Köln 1991 (zitiert als Soergel-Bearbeiter)
Soergel, Hans Theodor / Siebert, Wolfgang (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch- mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Vierter Band: Schuldrecht III 1 (§§516-651) 12. Auflage Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zitiert als Soergel-Bearbeiter)
Stammler, Rudolf	Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren Berlin 1887 Nachdruck 1997
Staub, Hermann	Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Ausgabe für Österreich Zweiter Band Wien 1904
Staub, Hermann	Die positiven Vertragsverletzungen Berlin 1904 Nachdruck: Rudolf Jhering, Culpa in Contrahendo, Hermann Staub, die positiven Vertragsverletzungen Bad Homburg 1969

Staudinger, Julius von	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§255-292 13. Auflage Berlin 1995 zitiert als Staudinger-Bearbeiter
Staudinger, Julius von	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§293-327 13. Auflage Berlin 1995 zitiert als Staudinger-Bearbeiter
Stoll, Heinrich	Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung in: Archiv für die civilistische Praxis 136 (1932), S.257- 320
Stoll, Heinrich	Die Lehre von den Leistungsstörungen – Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, in: Schriften der Akademie für Deutsches Recht Tübingen 1936
Stolleis, Michael	Juristen – Ein biographisches Lexikon Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert hrsg. von Michael Stolleis 1. Auflage München, 2001
Teichmann, Arndt	Schuldrecht Erster Band Leistungsstörungen und Gewährleistung 2. Auflage München 1981
Titze, Heinrich	Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht Leipzig 1900
Titze, Heinrich	Bürgerliches Recht – Recht der Schuldverhältnisse Enzyklopädie der Rechts-und Staatswissenschaft. Abt. Rechtswissenschaft 4. Auflage Berlin 1948
Ulrich, Hanns	Lohngewähr oder Mängelgewährleistung in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S.585-589
Wächter, C.G.	Pandekten I Allgemeiner Theil, II.Besonderer Theil Leipzig 1880-1881
Wagner, Gerhard	Ansprüche auf Unmögliches? in: Juristen Zeitung 1998, S.482-494
Walter, Thomas	Das Verhältnis der gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht zu dem Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung

	Frankfurt am Main Bern New York Paris 1989
Wank, Rolf/ Hirte, Heribert/ Frey, Kaspar/ Fleischer, Holger/ Thüsing, Gregor	Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag München, 2002
Weber-Will, Susanne Kern, Bernd-Rüdiger	Ein Beitrag zur Dogmatik des §279 in: Juristen Zeitung 1981 S.257-262
Welcker, Carl	Culpa in: Das Staats-Lexikon Encyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften Rotteck, Carl von/ Welcker, Carl (Hrsg.) 9. Auflage Altona, 1846 (zitiert als Rottek-Welcker, Band)
Wertenbruch, Johannes	Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus §326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners in: Archiv für die civilistische Praxis 193 (1993) S.191- 203
Wesenberg, Gerhard	Dernburg, Heinrich in: Neue Deutsche Biographie Band 3, S. 608-609
Wieacker, Franz	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung 2. Auflage Göttingen 1967
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts Band I 8. Auflage Frankfurt am Main
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts Zweiter Band 8. Auflage Frankfurt am Main
Windscheid, Bernhard (Rez.)	Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf die obligatorischen Verhältnisse in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft 1855, S.106-145 abgedruckt in: Opuscula Juridica: Bernhard Windscheid – Kleine Schriften Reden und Rezensionen Teil I (1838-1858) Leipzig 1984
Windscheid, Bernhard / Kipp, Theodor	Lehrbuch des Pandektenrechts – unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts Erster Band 9. Auflage Frankfurt am Main 1906

Wolf, Ernst	Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band: Besonderer Teil 1978
Wollschäger, Christian	Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre – Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen Köln 1970
Würthwein, Susanne	Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts – Grundsätze des Leistungsstörungsrechts im Gemeinen Recht in ihrer Bedeutung für das BGB in: Schriften zur Rechtsgeschichte Heft 47 Berlin 1990
Zimmermann, Reinhard	The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition Juta&Co, Ltd Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1990
Zirkler	Culpa in: Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten Enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft Weiske, Julius (Hrsg.) Dritter Band: Confrontation-Erbschaftstheilung Leipzig 1841 (zitiert als Weiske, Band)
Zitelmann, Ernst	Nichterfüllung und Schlechterfüllung in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger Berlin, 1911

	Seite
<u>A. Einleitung</u>	1
I. Bedeutung und Stellenwert der historischen Auslegung für Ulrich Huber	1
II. Gegenstand der Arbeit und Vorgehensweise	4
III. Aufbau von Hubers „Leistungsstörungen“	6
<u>B. Die Unmöglichkeit der Leistung im gesetzlichen System der Leistungsstörungen</u>	8
I. Anfängliches Unvermögen	9
1. Gesetzliche Regelung	9
2. Meinungsstand zum anfänglichen Unvermögen	9
a) Regelungslücke	9
aa) Literatur	10
bb) Ulrich Huber	10
b) Rechtliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens und Frage nach dem Vertretenmüssen	11
aa) Literatur	11
bb) Ulrich Huber	12
3. Arbeitsweise Ulrich Hubers	14
a) Literatur vor Einführung des BGB	14
aa) Friedrich Mommsen	14
bb) Bernhard Windscheid	21
cc) Gustav Hartmann	23
dd) Fazit	24
b) Gesetzesmaterialien	25
aa) Regelungslücke	25
bb) Rechtliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens und Frage nach dem Vertretenmüssens	27
c) Literatur nach Einführung des BGB	30
aa) Heinrich Titze	31
bb) Ernst Rabel	33

cc) Paul Oertmann	34
dd) Karl Larenz	37
ee) Fazit	39
 d) Rechtsprechung	 40
 e) Systematische Erwägungen	 41
 4) Fazit	 45
	47
II. Vorübergehende Unmöglichkeit	
 1. Gesetzliche Regelung	 47
 2. Meinungsstand zur vorübergehenden Unmöglichkeit	 48
 a) Literatur	 48
 b) Ulrich Huber	 49
 3. Arbeitsweise Ulrich Hubers	 50
 a) Literatur vor Einführung des BGB	 51
 aa) Friedrich Mommsen	 51
 bb) Bernhard Windscheid	 55
 cc) Fazit	 56
 b) Gesetzesmaterialien	 56
 c) Literatur nach Einführung des BGB	 59
 aa) Heinrich Titze	 59
 bb) Heinrich Siber	 61
 cc) Horst Heinrich Jakobs	 62
 dd) Paul Krückmann	 63
 ee) Philipp Heck	 65
 ff) Karl Larenz	 67
 dd) Ernst Rabel	 69
 ee) Fazit	 69
 d) Systematische Erwägungen	 70
 e) Rechtsprechung	 73
 4. Fazit	 75

III. Erlöschen des Erfüllungsanspruchs im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit (perpetuatio obligationis im BGB)

1. Gesetzliche Regelung	77
2. Meinungsstand zur Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs	77
a) Literatur	78
b) Ulrich Huber	79
3. Arbeitsweise Ulrich Hubers	81
a) Literatur vor Einführung des BGB	82
aa) Friedrich Mommsen	83
bb) Bernhard Windscheid	84
cc) Fazit	86
b) Gesetzesmaterialien	87
c) Literatur nach Einführung des BGB	90
aa) Ernst Rabel	90
bb) Horst Heinrich Jakobs	92
cc) Herbert Wiedemann	95
dd) Fazit	97
d) Systematische Erwägungen	98
e) Rechtsprechung	99
4. Fazit	103

IV. Unvermögensbegriff und Auslegung des §279

1. Gesetzliche Regelung	105
2. Meinungsstand zum Unvermögensbegriff und zum §279	105
a) Unvermögensbegriff	106
aa) Literaturansicht	106
bb) Ulrich Huber	106
b) Regelung des §279	108
aa) Literaturansicht	108
bb) Ulrich Huber	109
3. Arbeitsweise Ulrich Hubers	110

a) Literatur vor Einführung des BGB	111
aa) Friedrich Carl von Savigny	111
bb) Friedrich Mommsen	113
cc) Gustav Hartmann	116
dd) Bernhard Windscheid	117
ee) Fazit	119
b) Gesetzesmaterialien	119
c) Literatur nach Einführung des BGB	125
aa) Paul Krückmann	126
bb) Heinrich Titze	127
cc) Ernst Rabel	129
dd) Horst Heinrich Jakobs	132
ee) Fazit	134
d) Rechtsprechung	134
e) Systematische Erwägungen	137
4. Fazit	140
C. Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen	142
I. Lücke im Gesetz und Einordnung in das gesetzliche Haftungssystem des BGB	142
1. Begriff	142
2. Gesetzliche Regelung	143
3. Meinungsstand zur pVV	144
a) Regelungslücke	145
aa) Literatur	146
bb) Ulrich Huber	148
b) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts	153
aa) Literatur	153
bb) Ulrich Huber	154
4. Arbeitsweise Ulrich Hubers	157
a) Rechtszustand und Literatur vor Einführung des BGB	158
aa) gemeines Recht	158
bb) Partikularrechte	160
cc) Friedrich Mommsen	162
dd) Heinrich Dernburg	168

ee) Bernhard Windscheid	170
ff) Fazit	173
 b) Gesetzesmaterialien	 174
 c) Literatur nach Einführung des BGB	 187
aa) Hermann Staub	188
α) Regelungslücke	188
β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts	188
bb) Jury Himmelschein	191
α) Regelungslücke	191
β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts	192
cc) Ernst Zitelmann	195
α) Regelungslücke	196
β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts	196
dd) Carl Crome	197
α) Regelungslücke	198
β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts	198
ee) Horst Heinrich Jakobs	199
α) Regelungslücke	199
β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts	200
ff) Heinrich Stoll	202
α) Regelungslücke	203
β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts	204
gg) Fazit	207
 d) Systematische Erwägungen und Wortlautargumente	 207
 e) Rechtsprechung	 209
5. Fazit	212

	215
II. Systematisierung der pVV am Beispiel der Erfüllungsverweigerung	
1. Gesetzliche Regelungen	215
2. Meinungsstand zur Erfüllungsverweigerung	215
a) Literatur	216
b) Ulrich Huber	217
3. Arbeitsweise Ulrich Hubers	219
a) Rechtszustand vor Einführung des BGB	220
aa) Friedrich Mommsen	220
bb) Bernhard Windscheid	221
cc) Artt. §354 ff. ADHGB	222
b) Gesetzesmaterialien	223
c) Rechtsprechung	224
d) Literatur nach Einführung des BGB	228
aa) Herrmann Staub	228
bb) Paul Oertmann	230
cc) Heinrich Siber	231
dd) Heinrich Stoll	232
ee) Ernst Rabel	233
ff) Horst Heinrich Jakobs	234
gg) Fazit	237
e) Systematische Erwägungen und Wortlautargumente	237
f) Internationale Bestimmungen und Rechtsvergleichung	239
4. Fazit	242
D. Ergebnis	245

A. Einleitung

Als Ulrich Hubers „Leistungsstörungen“ im August 1999 erschienen, bereitete der Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“¹ gerade eine tief greifende Umgestaltung des Leistungsstörungsrechts des BGBs vor. Der Gesetzgeber hatte es sich zur Aufgabe gemacht, eine Anpassung des Leistungsstörungsrechts des BGB an die internationalen Regelungen vorzunehmen und dabei einige vermeintliche Irrtümer und Fehler des historischen Gesetzgebers zu beseitigen, die immer wieder zu Meinungsstreitigkeiten und widersprüchlichen Auslegungen geführt hatten.² Das Vorhaben insgesamt war geprägt von der Vorstellung, das Leistungsstörungsrecht des BGB wäre als reformbedürftig und in sich widersprüchlich anzusehen. Darüber hinaus wurde immer wieder auf die Unvollständigkeit der gesetzlichen Vorschriften verwiesen.³

I. Bedeutung und Stellenwert der historischen Auslegung für Ulrich Huber

Diese Einschätzung des Gesetzgebers teilte ursprünglich auch Ulrich Huber. Nicht zuletzt auf seinem Gutachten für die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts beruhte die Beurteilung des Gesetzgebers, das Recht der Leistungsstörungen wäre im BGB nur in unbefriedigender Weise geregelt. Erst im Zuge seiner Forschungen und Recherchen für die „Leistungsstörungen“ setzte sich bei Huber ein anderes Bild des überkommenen Leistungsstörungsrechts durch, eines Regelwerks, das auch er als unzureichend und als nicht besonders geglückt bezeichnet hatte.⁴ Wenn man aber dazu bereit sei,

„bei der Auslegung der Regeln des Gesetzes [...] dem in den Materialien dokumentierten eigenen Verständnis der Verfasser des Gesetzes zu folgen, dann kann es einem wie Schuppen von den Augen fallen. Man erblickt zwar nicht das Naturrecht, das wir nach meiner Überzeugung nie von Angesicht zu Angesicht erblicken, aber man erblickt das BGB. Und man erblickt eine vollkommen klare, im Rahmen des Möglichen präzise, widerspruchsfreie, den Interessen der Beteiligten in abgewogener Weise Rechnung tragende Regelung.“⁵

¹ Bundesgesetzblatt 2001, Teil I Nr.61 3137 ff.

² Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. 577 ff.

³ Vgl. Hattenhauer, Zum praktischen Nutzen der Rechtsgeschichte in der Gesetzgebung – Der Einfluß Ulrich Hubers auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, S. 191 ff.

⁴ Huber, Gutachten, S. 758.

⁵ Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 57.

Diese Aussage stellt eine offensichtliche Abkehr von seinen zuvor geäußerten Ansichten dar. Ulrich Huber wollte im Leistungsstörungsrecht des BGB nun nicht mehr, wie zuvor, ein reformbedürftiges und lückenhaftes Regelungswerk erblicken, sondern einen vollständigen und gerechten Ausgleich der Parteiinteressen, den es nur zu entdecken galt.

Die angebliche Unverständlichkeit der Systematik des Leistungsstörungsrechts führte Huber dabei auf Missverständnisse zurück, denen er in seinem Gutachten mehrheitlich selbst erlegen war und die im Abschlussbericht der Schuldrechtsreformkommission und im Diskussionsentwurf fortwirkten.⁶

Dieser Vorstellung Hubers lag offenbar ein vollkommen neues Verständnis der gesetzlichen Vorschriften zugrunde. Unweigerlich stellt man sich die Frage, wie sich innerhalb weniger Jahre Hubers Einschätzung der Leistung des Gesetzgebers derart wandeln konnte.

Mittlerweile ist der vorausgehende Entwurf der Schuldrechtsreform zwar Gesetz geworden, so dass Hubers Thesen als überholt gelten müssen. Von besonderem Interesse bleibt aber die Arbeitsweise Ulrich Hubers, insbesondere die Frage, ob die daraus resultierenden Erkenntnisse ein derart neues Verständnis der gesetzlichen Vorschriften zu rechtfertigen vermochten.

Sucht man also nach den Gründen für Hubers Meinungswandel, so fällt schon auf den ersten Blick auf, dass die historischen Quellen des BGB einen besonderen Stellenwert in Hubers Werk einzunehmen scheinen. Huber selbst setzte als Voraussetzung dafür, dass sich einem die ratio legis in hinreichender Weise erschließe, die Bereitschaft voraus, dem „in den Materialien dokumentierten eigenen Verständnis der Verfasser des Gesetzes zu folgen.“⁷

Es scheint daher so, als wäre Huber aufgrund einer historischen Auslegung der Gesetzgebungsgeschichte zu diesem Verständnis der gesetzlichen Vorschriften gelangt.

Um diese These belegen zu können, ist es allerdings notwendig, zunächst zu klären, was überhaupt unter historischer Auslegung zu verstehen ist, und welcher Stellenwert ihr in der Forschung im Allgemeinen eingeräumt wird.

Mittels einer historischen Auslegung wird eine Vorschrift in einem größeren rechtsgeschichtlichen Zusammenhang gestellt. Unter dem Begriff der historischen Auslegung werden dabei im Allgemeinen zwei Vorgehensweisen zusammengefasst. Während die dogmengeschichtliche Auslegung ein besonderes Augenmerk auf den früheren Rechtszustand legt, fragt die genetische Auslegung nach dem Sinn der Norm nach dem Willen des

⁶ Vgl. Hattenhauer, Zum praktischen Nutzen der Rechtsgeschichte in der Gesetzgebung - der Einfluß Ulrich Hubers auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, S. 196 f.; Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 51 ff.

⁷ Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 57.

Gesetzgebers, welcher in besonderer Weise in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommt. In seiner Untersuchung der Bedeutung historischer Argumente im Zivilrecht kam Thomas Honsell zu dem Ergebnis, dass sowohl dogmengeschichtliche wie auch genetische Auslegung in ihrer Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes zurückgegangen sind und in der neueren Literatur nur noch eine untergeordnete Rolle spielen.⁸ Dem zu erforschenden Willen des historischen Gesetzgebers werde häufig keine Bindungswirkung bei der Auslegung des Gesetzes mehr beigemessen. Die Bindungswirkung sei vielmehr auf einen informativen Aspekt reduziert.⁹ Noch weniger spielen für die Auslegung des Gesetzes nach dem Ergebnis der Untersuchung Rechtssätze vor Inkrafttreten des BGB eine Rolle. Mit zunehmendem Zeitablauf erscheine es kaum noch lohnenswert BGB im Lichte des alten Rechts auszulegen.¹⁰ In der neueren Literatur gehen die Meinungen über Bedeutung und Wertschätzung der historischen Auslegung daher weit auseinander. Während die historische Auslegung im Allgemeinen damit oftmals nur als eine von zahlreichen weiteren Auslegungsmethoden verstanden wird, die der Gewinnung von Erkenntnissen aufgrund der Auswertung der Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien dient, will Huber dieser aber offenbar einen weit größeren Stellenwert in seinen Untersuchungen einräumen. Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, ob die historische Auslegung der gesetzlichen Vorschriften allein geeignet ist, Hubers Forschungsergebnisse zu erklären. Die Beschäftigung mit dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des BGBs und den Gesetzesmaterialien erfolgte nach Aussage Hubers aber nicht aufgrund eines „antiquarisch-historischem Interesse“, sondern aus der Überzeugung heraus, dass neben systematischer, logischer und grammatischer Auslegung gerade die historische Auslegung von besonderer Bedeutung für das Verständnis des Gesetzes ist.¹¹ Huber selbst macht damit gleich zu Beginn seiner Untersuchung deutlich, dass es ihm nicht um die Auswertung der Entstehungsgeschichte und der Gesetzesmaterialien ging. Das Werk Ulrich Hubers soll seinem Programm nach auch keine rechtsgeschichtliche Arbeit sein. Die historische Auslegung ist nur eine von mehreren Auslegungsmethoden, derer sich Huber bedient. Dennoch scheint sie einen besonderen Stellenwert in Hubers Arbeitsweise einzunehmen, die es im Folgenden zu untersuchen gilt.

⁸ Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S.216 ff.

⁹ Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S.217.

¹⁰ Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S.217.

¹¹ Huber, Leistungsstörungen I, S.VI.

Die Untersuchung der historischen Ursprünge des BGB erklärt sich bei Huber nämlich aus der Überzeugung heraus, dass das BGB vor diesem Hintergrunde überhaupt erst verständlich werde.

Denn, so Huber:

„Nur wenn wir wissen, von welchem Bild der Rechtslage der Gesetzgeber ausgegangen ist, können wir wissen, wie die Urheber des Gesetztes gedacht haben; nur wenn wir wissen, wie sie gedacht haben, können wir, nach Maßgabe dessen was uns zu erreichen möglich ist, versuchen, »uns in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu versetzen« und »das Gesetz in unserem Denken von Neuem entstehen lassen«.“.¹²

Ziel der Untersuchung ist es damit, durch eine Analyse der Quellen des BGB, Hinweise auf die Lösung aktueller Probleme des Leistungsstörungsrechts zu finden.¹³ Es ist dieser Ansatz Hubers, der eine Beschäftigung mit seinem Werk und seiner Arbeitsweise als lohnenswert erscheinen lassen.

II. Gegenstand der Arbeit und Vorgehensweise

Die folgende Arbeit soll es daher zur Aufgabe haben, die Arbeitsweise Ulrich Hubers zu untersuchen. Die in zwei Bänden erschienenen „Leistungsstörungen“ stellen Ulrich Hubers Hauptwerk dar. Huber nimmt es darin auf sich, das Leistungsstörungsrecht des BGB in umfassender Weise zu beschreiben und eine zusammenhängende Darstellung der Rechtsinstitute der Unmöglichkeit, des Verzuges, der positiven Vertragsverletzung sowie des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu geben. Dabei kommt oftmals ein „unkonventionelles Verständnis“ der gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck. In den „Leistungsstörungen“ zeichnet Huber ein geschlossenes, lückenloses System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und versucht das reibungslose Ineinandergreifen der gesetzlichen Vorschriften aufzuzeigen. Eine Besonderheit liegt darin, dass Hubers Thesen in den Leistungsstörungen aufeinander aufbauen und einander bedingen.

Wie ein roter Faden zieht sich aber die These durch das Werk, dem historischen Gesetzgeber sei es gelungen, eine widerspruchsfreie und in sich geschlossene Regelung des Leistungsstörungsrechts zu konzipieren.

¹² Huber, Leistungsstörungen I, S.VI.

¹³ Huber, Leistungsstörungen I, S.VI.

Da sich Huber in erster Linie auf die Ergebnisse seiner historischen Auslegung beruft, müsste diese in der Folge ebenfalls ein einheitliches, geschlossenes und vor allem widerspruchsfreies Bild des Leistungsstörungsrechts ergeben. Allerdings kann nicht verschwiegen werden, dass bei einem solchen Verständnis des Gesetzes auch die Gefahr droht, aufgrund einer unrichtigen oder ungenauen Auslegung nur ein Zerrbild der tatsächlichen Gesetzeslage wiederzugeben. Hubers Verständnis der gesetzlichen Vorschriften ermöglicht es, seine Arbeitsweise anhand mehrerer konkreter Beispiele zu untersuchen und dabei am Rande auch auf die Frage einzugehen, ob dem Gesetz tatsächlich ein widerspruchsfreies System des Leistungsstörungsrechts zugrunde lag. Ausgangspunkt wird dabei jeweils eine konkrete These Hubers sein.

Ein Schwerpunkt der Darstellung wird auf der Untersuchung der historischen Quellen liegen, um daraus Rückschlüsse auf Hubers Arbeitsweise und Methodik zu gewinnen.

Von besonderem Interesse wird dabei sein, was Huber selbst unter historischer Auslegung versteht und welche Aufgabe der historischen Auslegung in Hubers Werk zukommt. Im Anschluss soll nachgeprüft werden, auf welche Quellen und Autoren sich Huber beruft, um seine Ergebnisse zu begründen, und inwieweit er dabei auf bestehende Erkenntnisse zurückgreift. Es wird zu klären sein, welche Besonderheiten Hubers Auslegungsmethode aufweist und welchen (Selbst)Zweck sie gegebenenfalls verfolgt. Es wird letztlich die Frage zu beantworten sein, ob Huber die historischen Quellen Hubers Auslegung stützen können oder sie an manchen Stellen einseitig ausgelegt werden. Zu bestimmen ist auch, welche Bedeutung anderen Auslegungsmethoden bei Huber zukommt. Dabei wird insbesondere auf den Stellenwert der Rechtsprechung und systematischer Argumente in Hubers Werk einzugehen sein.

Das juristische Werk Ulrich Hubers zeichnet sich allerdings durch eine beinahe unerschöpfliche Vielfalt und Stofffülle aus, die eine Beschränkung erforderlich machen. Zudem sind die Veröffentlichungen Hubers keineswegs auf den Bereich des Leistungsstörungsrechts beschränkt. Neben allgemeinem und besonderem Schuldrecht hatten viele seiner Publikationen auch das internationale Recht, insbesondere das einheitliche UN-Kaufrecht zum Gegenstand. Darüber hinaus war Ulrich Huber auf dem Gebiet des Handelsrechts tätig, wozu zahlreiche Veröffentlichungen Hubers erschienen. Auf seinem in zwei Bänden erschienenen Hauptwerk der „Leistungsstörungen“ aus dem Jahre 1999, welches sich durch eine umfassende Darstellung des alten Schuldrechts auszeichnet, wird das Hauptaugenmerk der Darstellung liegen. Denn obgleich sich auch in Hubers früher erschienenen Publikationen rechtsgeschichtliche Ansätze finden, so markierten doch gerade

die „Leistungsstörungen“ einen Wandel in der Argumentation und Argumentationsstruktur Hubers. Die Arbeit erhebt nicht den Anspruch, eine umfassende Darstellung des gesamten juristischen Lebenswerks Hubers zu geben. Vielmehr soll versucht werden, anhand selektiv herausgegriffener Problemfelder des Leistungsstörungsrechts einen Einblick in die Arbeitsweise Hubers zu erlangen. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf der Untersuchung der Rechtsinstitute der Unmöglichkeit und der positiven Vertragsverletzung liegen. An ihrem Beispiel lässt sich in besonderer Weise die Arbeitsweise Ulrich Hubers veranschaulichen. Zum einen stellten sie die größten Problemfelder des alten Leistungsstörungsrechts dar. Gerade die Unmöglichkeitsvorschriften galten in der Literatur als widersprüchlich und als Beweis für die Versäumnisse des historischen Gesetzgebers. Der Umstand, dass das System des Leistungsstörungsrechts keine Regelung für die Fälle der positiven Vertragsverletzung aufwies, galt in gleicher Weise als Beleg für die Unvollständigkeit des Gesetzes. Huber hat sich daher in besonderer Weise mit diesen Rechtsinstituten beschäftigt, so dass sie eine entscheidende Rolle in seinem System der Leistungsstörungen spielen. Eine Untersuchung der Arbeitsweise von Ulrich Huber macht deshalb eine vertiefte Beschäftigung mit diesen Rechtsinstituten erforderlich.

Auf die Regelungen des Verzugs wird nur insofern eingegangen, soweit sie für Hubers Konzeption des Leistungsstörungsrechts bedeutsam sind oder ihr Verhältnis zu den Rechtsinstituten der Unmöglichkeit oder positiven Vertragsverletzung betroffen ist. Auf eine darüber hinausgehende Darstellung der Regelungen des Verzugs wird bewusst verzichtet, da sie, obgleich sie einen beträchtlichen Teil in Hubers Leistungsstörungen einnehmen, in rechtsgeschichtlicher Hinsicht weniger aufschlussreich sind. Überdies würde eine genauere Beschäftigung mit den Regelungen des Verzugs den gesetzten Rahmen der Darstellung sprengen.

III. Aufbau von Hubers „Leistungsstörungen“

Die Darstellung des Leistungsstörungsrechts war in Hubers „Leistungsstörungen“ ursprünglich auf drei Bände ausgelegt, wobei der dritte Band mit Darstellungen zur pVV und zur nicht zu vertretenden Unmöglichkeit bislang noch nicht erschienen ist. In den zwei bereits erschienenen Bänden (Leistungsstörungen Band I/II) stellt Huber die allgemeinen Grundlagen, den Schuldnerverzug, den Annahmeverzug des Gläubigers, die Erfüllungsverweigerung und die zu vertretende Unmöglichkeit dar. Allerdings bemühte sich Huber bereits in den ersten beiden Bänden um eine in sich geschlossene Gesamtdarstellung,

indem er bereits eingangs die Grundzüge des zu entwerfenden Systems der Leistungsstörungen darstellte.

Die Untergliederung von Hubers Leistungsstörungen erscheint dabei als ungewöhnlich, zumal Huber scheinbar von dem, dem BGB zugrunde liegenden System der Leistungsstörungen, abweicht.¹⁴ Am Plan der Darstellung werden dann auch schon die Grundzüge des von Hubers konzipierten Systems der Leistungsstörungen deutlich. Huber differenzierte zwischen einem äußeren und einem inneren System der Leistungsstörungen. Das äußere System der Leistungsstörungen bestand Huber zufolge aus vier Stufen. In den §§275-279 sah er allgemeine Regeln, die für Leistungsstörungen überhaupt gelten sollten.¹⁵ Diese würden ergänzt durch die besonderen Regeln der §§280 - 304 und der §§306 - 308 sowie durch Sonderregeln für gegenseitige Verträge (§§323 - 326). Die vierte Stufe bildeten nach Huber die Bestimmungen über Leistungsstörungen, die nur für spezielle Vertragstypen des besonderen Schuldrechts galten (z.B. Kauf, Werkvertrag).¹⁶

Der Aufbau von Hubers Leistungsstörungen Band I und II richtete sich jedoch nach einem „inneren System“ der Leistungsstörungen. So wollte Huber in erster Linie zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden sowie anfänglichen und nachträglichen Leistungsstörungen differenzieren. Der Verzug, der nach Tatbestand und Rechtsfolgen ein eigenständiges Rechtsinstitut darstellen sollte, und die so genannte Positive Vertragsverletzung¹⁷ bildeten zusammen nur Untergruppen der vom Schuldner zu vertretenden Leistungsstörungen, die durch die Sondergruppen der zu vertretenden Unmöglichkeit und der endgültigen Erfüllungsverweigerung ergänzt würden.¹⁸ Dazu standen im Regel-Ausnahmeverhältnis die Fälle der nicht zu vertretenden Leistungsstörungen, die nach Huber eine Exzeption vom gesetzlichen Prinzip der Haftung für Vertretenmüssen darstellten. Dies ergab sich seiner Meinung nach aus den Beweislastregelungen der §§282, 285. Dem folgend begann Huber mit der Darstellung von Grundprinzipien und Grundregeln, die für alle Leistungsstörungen gelten sollten und stellte im Anschluss, beginnend mit dem Verzug, die vom Schuldner zu vertretenden Leistungsstörungen dar.

¹⁴ Hansen, Bestandsaufnahme nach einem Jahrhundert Geltung: Das Leistungsstörungsrecht des BGB in dogmatischer Perspektive vor der Reform.

¹⁵ Sämtliche genannten Paragraphen ohne weitere Kennzeichnung sind solche des BGBs vor der Schuldrechtsreform.

¹⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §1 II 4, S. 7 ff.

¹⁷ Es sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nach Huber in §276 die richtige Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen zu sehen war.

¹⁸ Diese Fälle stellten nach Huber insofern einen Sonderfall dar, als der Schuldner ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte. Dies sollte im Falle des Verzugs und der Unmöglichkeit jedoch nur unter zusätzlichen Voraussetzungen möglich sein. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §1 V, S. 22.

B. Die Unmöglichkeit der Leistung im gesetzlichen System der Leistungsstörungen

Die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts und das Bundesjustizministerium hatten es sich mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zur Aufgabe gemacht, die Unmöglichkeit als Zentralbegriff des geltenden Rechts der Leistungsstörungen zu reformieren, zumal sie nach ihrer Ansicht Folge einer veralteten und fehlerhaften Dogmatik des 19. Jahrhunderts war. Die bis dahin geltenden Regelungen der §§275 ff. wurden gedanklich und in ihrer Formulierung als fehlerhaft angesehen.¹⁹ Auch in der Literatur wurde die zentrale Stellung der Unmöglichkeitsvorschriften angesichts ihrer geringen praktischen Bedeutung kritisiert und das System des Leistungsstörungsrechts im BGB als reformbedürftig bezeichnet.²⁰ Darüber hinaus herrschte in Literatur und Rechtsprechung Uneinigkeit über Reichweite und Auslegung der gesetzlichen Vorschriften. Auf zahlreichen Problemfeldern wurde um die richtige systematische Konzeption der Unmöglichkeitsvorschriften gestritten. Als problematisch wurde dabei insbesondere empfunden, dass eine Regelung des anfänglichen Unvermögens durch den Gesetzgeber unterblieben war. Umstritten war zudem die Frage, ob auch vorübergehende Leistungshindernisse nach den Unmöglichkeitsvorschriften zu einer Befreiung des Schuldners führen konnten. Unklar blieb aufgrund der gesetzlichen Vorschriften auch das Zusammenspiel der Unmöglichkeitsregeln mit der Vorschrift des §279. Besonders vermisst wurde aber ein einheitliches, zusammenhängendes System der Leistungsstörungen, in das sich die Unmöglichkeitsvorschriften homogen einfügen ließen. Ulrich Huber war hingegen der Meinung, dem BGB liege ein solch geschlossenes System der Leistungsstörungen zugrunde. Allerdings wäre der Blick auf die Systematik der gesetzlichen Regelungen, wie sie der historische Gesetzgeber intendiert hatte, aufgrund schwerwiegender Irrtümer der heutigen Lehre verstellt.²¹ Huber nahm für sich in Anspruch, die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers und das dem BGB zugrunde liegende System erkannt zu haben.²² Im Folgenden soll Ulrich Hubers Arbeitsweise und Konzeption der Unmöglichkeitsvorschriften anhand der von ihm berücksichtigten Quellen untersucht werden.

¹⁹ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 16 f., 120 f.; Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 49.

²⁰ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 171 ff.; Huber, Gutachten, S. 757 f.; Ermann-Battes, Vor §275 Rn.6.

²¹ Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 49 ff.

²² Huber behauptet ausdrücklich, dass die Mitglieder der ersten und vor allem auch der zweiten Kommission die Regeln des Gesetzes in allen Punkten genauso verstanden hätten wie er selbst. Vgl. Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 54.

I. Anfängliches Unvermögen

Der Terminologie Carl Friedrich von Savignys folgend, wird anfängliches Unvermögen im Allgemeinen als die eintretende Unfähigkeit des Schuldners, die geschuldete Leistung zu erbringen, bezeichnet. Dabei musste das der Leistung entgegenstehende Hindernis aber bereits vor Begründung des Schuldverhältnisses vorhanden sein.²³

1. Gesetzliche Regelung

Der historische Gesetzgeber hatte im BGB lediglich die nachträgliche, objektive Unmöglichkeit in §275 I normiert. In §275 wurde ihr die nachträgliche, subjektive Unmöglichkeit hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen gleichgestellt. Darüber hinaus ordnete der historische Gesetzgeber in §306 die Nichtigkeit des Vertrages für den Fall der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit an. Eine Regelung über die anfängliche subjektive Unmöglichkeit hingegen fehlte scheinbar. Lediglich für den Fall des anfänglichen Rechtsmangels beim Kaufvertrag existierte mit §440 eine spezialgesetzliche Regelung, nach der der Verkäufer dem Käufer nach den Vorschriften der §§320 - 327 haften musste. Unklar blieb hingegen, ob §440 als Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung zu verstehen war. Eine ähnliche Regelung fand sich in §541 für die Miete. Nach der Schuldrechtsreform fand das anfängliche Unvermögen in §311a II eine gesetzlich normierte Anspruchsgrundlage.

2. Meinungsstand zum anfänglichen Unvermögen

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung im alten Schuldrecht war die Behandlung des anfänglichen Unvermögens in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

In der Literatur existierte eine Vielzahl von Meinungen betreffend die Frage, wie anfängliches Unvermögen rechtlich zu behandeln war. Unklar blieb zudem, ob eine Regelungslücke im BGB bestand, da das BGB nur Regelungen bezüglich der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit sowie der nachträglichen Unmöglichkeit aufwies.

a) Regelungslücke

Vielfach wurde die Auffassung vertreten, das Leistungsstörungsrecht des BGB wiese eine Regelungslücke hinsichtlich des anfänglichen Unvermögens auf.²⁴ Umstritten war die Frage,

²³ Palandt-Heinrichs, §275 Rn.13, 15.

²⁴ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §8 II, S. 95 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn.280; Eichenhofer, JuS 1989, S. 777 ff.

ob diese „Regelungslücke“ planwidrig entstanden und damit eine analoge Heranziehung anderer Vorschriften gerechtfertigt war.²⁵

aa) Literatur

Teilweise wurde dies im Hinblick auf die Regelungen der §§440, 541 verneint. In gleicher Weise berief man sich auf den Wortlaut des §306. Nach dieser Ansicht ergab sich aus einem Umkehrschluss zu §275 II und §306, dass der Vertrag im Falle des anfänglichen Unvermögens gerade wirksam sein sollte und der historische Gesetzgeber die Fälle des anfänglichen Unvermögens nicht einfach „vergessen“ hatte.²⁶ Andere gingen hingegen davon aus, dass es der Gesetzgeber planwidrig versäumt hatte, das anfängliche Unvermögen zu regeln.²⁷ Diese planwidrige Regelungslücke musste nach dieser Literaturansicht im Wege einer analogen Gesetzesanwendung geschlossen werden, um eine Haftung des Schuldners auf Schadensersatz sicherzustellen, der sich zu einer Leistung verpflichtete, zu der er von Anfang an nicht in der Lage war.²⁸

bb) Ulrich Huber

Huber vertrat indessen eine differenziertere Auffassung, die sich zwar in vielerlei Hinsicht mit der herrschenden Lehre deckte, aber in der Begründung meist auf andere rechtliche Aspekte abstellte. So lag für Huber im Fall des anfänglichen Unvermögens keine planwidrige Regelungslücke vor, zumal sich seiner Meinung nach durchaus Anhaltspunkte im Gesetz finden ließen, wie das anfängliche Unvermögen nach dem Willen des Gesetzgebers rechtlich zu behandeln war. Zwar würde das Gesetz keine explizite Regelung bezüglich des anfänglichen Unvermögens aufweisen. Allerdings wäre das Schweigen des Gesetzes in dieser Frage als „beredtes Schweigen“ zu verstehen.²⁹ Eine besondere Bestimmung hinsichtlich des anfänglichen Unvermögens wäre vom Gesetzgeber nur deshalb nicht getroffen worden, weil der Gegenschluss zu §§275 II und §306 insofern für eindeutig gehalten wurde.³⁰ Die Nichterwähnung des Unvermögens als Nichtigkeitsgrund in §306 würde zeigen, dass der Gesetzgeber, anders als in §275 II, eine Gleichstellung hinsichtlich der Rechtsfolgen mit der objektiven Unmöglichkeit nicht gewollt hätte und von der Wirksamkeit des Vertrages ausgegangen wäre.

²⁵ Vgl. Soergel-Wolf, §306 Rn.25 f.; Gudian NJW 1971, S. 1249 ff.

²⁶ Müko-Emmerich, Vor §275 Rn.11 ff.; Soergel-Wolf, §306 Rn.25.

²⁷ Vgl. dazu Staudinger-Löwisch, §306 Rn.44.

²⁸ Vgl. Gudian, NJW 1971, S. 1249 ff.; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2 §22 III, S. 9.

²⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 531.

³⁰ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 531; eine andere Auffassung kommt in Hubers Gutachten zum Ausdruck. Dort sprach er noch von einer logischen Zergliederung des Unmöglichkeitsrechts. Auch wäre gerade der Fall des anfänglichen Unvermögens ungeregelt geblieben. Auch äußert Huber Zweifel, dass sich der Begriff des Unvermögens überhaupt definieren ließe. Vgl. Huber, Gutachten, S. 757.

b) Rechtliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens und Frage nach dem Vertretenmüssen

Uneinigkeit herrschte auch über die rechtliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens. Im Besonderen war die Frage umstritten, ob der Schuldner für sein Unvermögen unbedingt, das heißt im Sinne einer Garantiehaftung, oder nur im Falle des verschuldeten Unvermögens haften musste.

aa) Literatur

Weitgehende Einigkeit bestand in der Literatur dahin gehend, dass der Schuldner für das Bestehen seiner eigenen Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses einzustehen hatte und dem Gläubiger gegebenenfalls auf Schadensersatz haften musste.³¹ Allerdings bestand auch in dieser Frage keine Klarheit, aus welchen gesetzlichen Vorschriften die Haftung des Schuldners auf Schadensersatz in diesem Falle abzuleiten war. Eine Mindermeinung zog, entgegen dem insofern eindeutigen Wortlaut der §§306 ff., die Regelungen über die anfängliche, objektive Unmöglichkeit analog heran.³² Andere traten wiederum für eine verschuldensabhängige Haftung analog den §§275, 323 ff. ein.³³ Überwiegend wurde jedoch eine Garantiehaftung des Schuldners für sein anfängliches Unvermögen gefordert.³⁴ Diese Garantiehaftung wurde dabei häufig aus dem Leistungsversprechen des Schuldners abgeleitet, dem eine stillschweigende Garantieübernahme für die eigene Leistungsfähigkeit entnommen wurde. Derjenige, der eine Leistung verspräche, zu der er schon bei Vertragsschluss nicht in der Lage war, müsste für seine Unfähigkeit, die Leistung zu erbringen, unbedingt einstehen.³⁵ Andere hielten es für zu weitgehend, aus der Verpflichtung des Schuldners, eine Leistung zu erbringen, zu entnehmen, er wollte für seine Leistungsfähigkeit unbeschränkt einstehen.³⁶ Im Gegensatz zur herrschenden Lehre sahen diese im Gedanken, dass der Schuldner mit der Leistungspflicht zugleich auch eine Garantie für sein Leistungsvermögen übernahm, eine bloße Fiktion und als Versuch an, die Voraussetzungen für eine als wünschenswert betrachtete Rechtsfolge in die Abrede der Parteien hineinzuinterpretieren.³⁷ Diese Literaturansicht ließ sich insbesondere von der Überlegung leiten, eine Garantiehaftung des Schuldners könnte im Falle des anfänglichen Unvermögens zu Unbilligkeiten und Abgrenzungsschwierigkeiten führen, da

³¹ Soergel-Wolf, §306 Rn.25 f.; Staudinger-Löwisch, §306 Rn.45 f.

³² Dernburg, Das bürgerliche Recht, S. 154; Krug, Das unverschuldete Unvermögen, S. 39 ff.; Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 107; Eckstein, Archiv für bürgerliches Recht Bd.37, S. 418.

³³ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 247, 251; Gudian, NJW 1971, S. 1239 ff.; Demmer, S. 100 ff.; Mü-Ko-Emmerich, Vor §275 Rn.15 ff.

³⁴ Soergel-Wolf, §306 Rn.25 f.; Staudinger-Löwisch, §306 Rn.45 f.

³⁵ Staudinger-Löwisch, §306 Rn.44 f.

³⁶ Eßer/Schmidt, Schuldrecht I/2 §22 III 2, S. 10; Enneccerus-Lehmann, §29 II 2, S. 133.

³⁷ Oermann, AcP 140 (1934), S. 147; Demmer, S. 101.

häufig nicht klar erkenntlich wäre, wann anfängliches und wann nachträgliches Unvermögen vorliegen würde.³⁸ Da in §275 II das Verschuldensprinzip zum Ausdruck käme, und es häufig vom Zufall abhinge, ob ein Leistungshindernis vor oder nach Begründung des Schuldverhältnisses eintrete, würde eine solche weitreichende Haftung des Schuldners beim anfänglichen Unvermögen den Interessen der Vertragsparteien nicht gerecht.³⁹ Denn nicht die Garantiehaftung, sondern die Verschuldenshaftung wäre das vorherrschende Haftungsprinzip im deutschen Privatrecht. Vermittelnde Ansichten wollten eine Garantiehaftung nur für den Bereich der eigenen Risikosphäre des Schuldners annehmen, da der Gläubiger regelmäßig keinen Einblick in den Geschäftskreis des Schuldners haben konnte.⁴⁰ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Unterschiede der jeweils vertretenen Meinungen in der Praxis eher gering waren.⁴¹ Die Meinung nämlich, die eine stillschweigende Garantieübernahme für die Leistungsfähigkeit des Schuldners konstruierte, wollte Ausnahmen in Einzelfällen anerkennen, wenn aufgrund einer Vertragsauslegung (§§133,157) oder nach dem Grundsatz von Treu und Glauben anzunehmen war, dass eine garantiemäßige Haftung des Schuldners nach dem Willen der Parteien nicht gewollt war.⁴²

bb) Ulrich Huber

Nach Huber sollte anfängliches Unvermögen gerade nicht, wie es bei der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit der Fall war, die Nichtigkeit des Vertrages herbeiführen. Vielmehr sollte ein anfängliches Leistungshindernis grundsätzlich ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der vertraglichen Verpflichtung sein. Im Umkehrschluss zu §306 würde deutlich, dass auch eine Nichtigkeit des Vertrages bei anfänglichem Unvermögen vom Gesetzgeber nicht gewollt war. Auch ging Huber, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, davon aus, dass der Schuldner sein anfängliches Unvermögen immer zu vertreten hatte und eine Garantie für die eigene Leistungsfähigkeit übernahm.⁴³ Dies folgte nach Huber erneut aus einem Umkehrschluss zu den §§275 II, 306.

Unterschiede zur herrschenden Lehre werden jedoch deutlich, sobald man auf die Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens abstellt. Nach Huber war das anfängliche Unvermögen an sich kein eigenständiger Tatbestand der Leistungsstörung, der für sich genommen irgendwelche Rechtsfolgen ausgelöst hätte. Dass der Schuldner einen Gegenstand

³⁸ Esser-Schmidt, Schuldrecht I/2 §22 III, S. 11.

³⁹ Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II §29 II 2, S. 133; Braun, JA 1983, S. 571, 576.

⁴⁰ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §8 II, S. 101; Brox, Allgemeines Schuldrecht §20 II 2, Rn.244; Demmer, S. 137 f.: Demmer wollte aufgrund der aus dem Vertrag abgeleiteten Pflichten eine Normalgarantie annehmen, nach der der Schuldner die eigene Leistungsfähigkeit mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu prüfen hatten und gegebenenfalls auf das positive Interesse haften musste.

⁴¹ Vgl. dazu Staudinger-Löwisch, §306 Rn.47.

⁴² Soergel-Wolf, §306 Rn.26.

⁴³ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 531 ff.

zu leisten versprach, den er nicht hatte, war in seinen Augen noch nicht als Leistungsstörung anzusehen. Eine Störung trat seiner Meinung erst dann ein, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit bei Fälligkeit nicht erfüllte. Diese Störung zu bewältigen wäre nach dem alten Leistungsstörungsrecht aber Aufgabe der Regelungen des Verzugs.⁴⁴ Huber wollte danach dem Gläubiger auch im Falle des anfänglichen Unvermögens einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gewähren, diesen aber von der zusätzlichen Voraussetzung einer Nachfristsetzung abhängig machen. In der Literatur wurde das Erfordernis einer Nachfristsetzung teilweise als nicht sinnvoll, teilweise als nicht zumutbar bezeichnet und ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung bereits ohne den Umweg über §326 zugesprochen.⁴⁵ Allerdings wurden bei Huber die tatbestandlichen Voraussetzungen des §326 dadurch eingeschränkt, dass am Erfordernis einer Nachfristsetzung nur für den Regelfall des behebbaren Unvermögens festgehalten wurde, nicht aber im Falle des unbehebbaren Unvermögens.⁴⁶ Huber verwies darauf, dass es durchaus vom historischen Gesetzgeber intendiert war, dass der Gläubiger im Falle des anfänglichen Unvermögens des Schuldners zunächst auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch verweisen musste.⁴⁷ Die herrschende Auffassung lehnte den Umweg über §§283, 326 ab und sprach dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aufgrund eines stillschweigenden Garantievertrags zu.⁴⁸

Huber bezeichnete es als erstaunlich, dass diese einfachen Zusammenhänge in der Literatur häufig nicht mehr erkannt würden, obgleich der Gegenschluss zu §§275 I, II, 306 eindeutig wäre. Hierfür machte er Fehler im Elementarunterricht verantwortlich, der ein falsches Bild von den gesetzlichen Vorschriften vermitteln würde. Nach Huber wurde die Diskussion über die Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens zudem durch terminologische Unklarheiten belastet.⁴⁹ Unvermögen wäre, entgegen der herrschenden Lehre, lediglich als die zeitweilige Unfähigkeit des Schuldners zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu verstehen. Zusätzliche Kriterien und Korrektive wie die Unbehebbarkeit des Leistungshindernisses oder Erwägungen unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit müssten außer Betracht bleiben. Jedoch gestand Huber durchaus zu, dass Versuche, für die Garantiehaftung des Schuldners eine andere Begründung zu geben, die über die schlichte Feststellung hinausging, dass das Gesetz einen Entlastungsgrund bei anfänglichen Unvermögen eben nicht anerkennen würde,

⁴⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 537.

⁴⁵ MüKo-Emmerich, Vor §275 Rn.14 f.

⁴⁶ Soergel-Huber, §440 Rn.20.

⁴⁷ Huber, Leistungsstörungen II, §59 III, S. 826 f.

⁴⁸ Palandt-Heinrichs, §306 Rn.9.

⁴⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 535.

problematisch wären.⁵⁰ Huber verwies insofern auf den Grundsatz *pacta sunt servanda*, um eine Rechtfertigung für eine derartig strenge Haftung für den Schuldner zu geben. Diese konnte allerdings auch seiner Meinung nach durchaus zu Unbilligkeiten in Einzelfällen führen. Angesichts der Eindeutigkeit der gesetzlichen Vorschriften und der systematischen Struktur der §§275, 276, 285, 306 könnte die Diskussion über eine Haftungsmilderung für den Schuldner aber nur *de lege ferenda* geführt werden. Der Literatur, die berechtigterweise auf die zum Teil unbillige und zufällige Einstandspflicht, die eine derartige Garantiehaftung mit sich brachte, hinwies, begegnete Huber mit dem Hinweis, dass angesichts der eindeutigen Gesetzeslage derjenige die Begründungspflicht tragen würde, der für eine Haftungsmilderung des Schuldners eintrat.

3. Arbeitsweise Ulrich Hubers

Hubers Standpunkt zum anfänglichen Unvermögen unterscheidet sich von dem der herrschenden Lehre, weniger durch die von ihm vertretenen Auffassungen, als vielmehr durch die Begründung seiner Thesen. Er stützte seine Argumentation fast ausschließlich auf historische und systematische Überlegungen. Einen besonderen Stellenwert nahmen in Hubers Argumentation zum anfänglichen Unvermögen auch die Quellen des römischen Rechts und die Gesetzesmaterialien der ersten und zweiten Kommission ein, in denen er eine Stütze für seine Thesen zu finden glaubte.⁵¹

a) Literatur vor Einführung des BGB

Nach Huber bestand „trotz aller Unterschiede in der Formulierung und in der begrifflichen Einordnung“ im praktischen Ergebnis Einigkeit zwischen den Autoren des gemeinen Rechts, dass der Schuldner, der sich bei Vertragsschluss zu einer ihm unmöglichen Leistung verpflichtete, ohne Rücksicht auf ein mögliches Verschulden haften musste.⁵² Huber berief sich dabei auf die Autoren Venuleius, Ulpian, Dernburg oder Oertmann. Allerdings setzte sich Huber mit diesen Ansichten kaum auseinander. Lediglich die Werke Friedrich Mommsens, Bernhard Windscheids und Gustav Hartmanns werden genauer untersucht. Die Meinungen zum ursprünglichen Unvermögen im gemeinen Recht waren überdies nicht so homogen, wie Huber dies glauben machen wollte.

aa) Friedrich Mommsen

⁵⁰ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 536.

⁵¹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 535 ff.

⁵² Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 2, S. 526.

Im besonderen Maße übte die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens Einfluss auf Ulrich Huber aus. Friedrich Mommsen wurde am 03.01.1818 in Flensburg geboren. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Kiel, Berlin und München legte er 1841 das Staatsexamen ab. Mommsen war Mitglied der schleswig-holsteinischen Landesversammlung in Kiel und seit 1859 ordentlicher Professor in Göttingen. Zudem war er verantwortlich für den „Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven“. Im Jahre 1853 erschienen Mommsens Beiträge zum Obligationenrecht, denen ein nachhaltiger Einfluss auf die Praxis bescheinigt wurde.⁵³ Der erste Teilband „Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf die obligatorischen Verhältnisse“ enthielt die erste zusammenhängende Darstellung des Unmöglichkeitsrechts auf Grundlage der römischrechtlichen Quellen. Die Unmöglichkeitslehre von Friedrich Mommsen war der Versuch, einen systematischen Zusammenhang zwischen den verschiedenen Bestimmungen der Quellen im gemeinen Recht herzustellen und einen Überblick über die Unmöglichkeit der Leistung und ihre Rechtsfolgen zu geben. Dabei wollte er die anerkannten, bisherigen Betrachtungsweisen jedoch nicht in Frage stellen. An diese sah er sich als Vertreter der historischen Schule erklärtermaßen gebunden.⁵⁴ Allein in den Fällen, in denen die Quellen nur mangelhaften Aufschluss über die Behandlung der Unmöglichkeit und ihrer Rechtsfolgen gaben, wollte er mit aller gebotenen Vorsicht das Recht weiter ausbauen. Dabei übernahm er das begriffliche Fundament Friedrich Carl von Savignys, der zwischen unterschiedlichen Arten der Unmöglichkeit differenzierte.⁵⁵ Dennoch wurde das Werk Mommsens in der Literatur unterschiedlich bewertet und seine Quellenexegese teilweise als ungenau und unrichtig kritisiert.⁵⁶ Mommsens Werk zeichnet sich durch komplexe, oftmals undurchsichtige dogmatische Konstruktionen und eine schwierige Terminologie aus. Friedrich Mommsen verstarb am 11.02. 1892

Mommsen Werk ist in den „Leistungsstörungen“ umfassend zitiert. Es finden sich zahlreiche Verweisungen auf die Unmöglichkeitslehre Mommsens. Konkrete Thesen werden immer wieder mit dem Argument begründet, schon Mommsen hätte dies so gesehen. Eine solche Argumentation erscheint aber nur dann als sinnvoll, wenn man die Auffassung vertritt, die Lehre Mommsens ließe sich weitgehend und ohne Vorbehalte auf das heutige BGB übertragen. Eine Linie der Kontinuität von der Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens bis

⁵³ ADB, Band 52, S.462 ff.; vgl. auch Zimmermann, The Law of Obligations, S. 810, der behauptet, die Lehre Mommsens wäre nur deshalb von praktischen Einfluss gewesen, weil Windscheid sie in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts aufgegriffen und rezipiert hätte.

⁵⁴ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. VI ff.

⁵⁵ Vergleiche dazu die Ausführungen zum Unvermögensbegriff unter B IV (S. 205 ff.).

⁵⁶ Wollschläger, S.123 ff.

hin zu den Vorschriften des BGB zu ziehen, erweist sich jedoch als schwierig. So ist im Blick zu behalten, dass Mommsen seiner Unmöglichkeitslehre oftmals ein anderes begriffliches Fundament zugrunde legte, als es ins BGB Eingang fand.⁵⁷ Die folgende Untersuchung soll daher die Gemeinsamkeiten in den Auffassungen Hubers und Mommsens herausstellen und klären, inwiefern die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens Ulrich Huber beeinflusste. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, inwieweit die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens zur Interpretation des alten Leistungsstörungsrechts herangezogen werden kann.

Die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens lässt sich nur schwerlich im Überblick darstellen. Grundsätzlich ging Mommsen von einem einheitlichen, aber weiten Unmöglichkeitsbegriff aus, wenn er Unmöglichkeit als die vom Willen des Schuldners unabhängige Unfähigkeit zur Leistung definierte. Die Unmöglichkeit der Leistung bildete bei Mommsen einen Sammelbegriff für verschiedene Tatbestände der Unmöglichkeit, denen der Umstand des Nicht-Leisten-Könnens des Schuldners gemein war. Davon waren nach Mommsen die Fälle des Nicht-Leisten-Wollens zu unterscheiden, in denen das Leistungshindernis auf den Willen des Schuldners zurückzuführen war und die unter den Anwendungsbereich der Verzugsregeln (Lehre von der Mora) fallen sollten.⁵⁸ Im Gegensatz zur vorherrschenden Lehre im gemeinen Recht fasste Mommsen grundsätzlich auch das subjektive Unvermögen als Fall der Unmöglichkeit der Leistung auf und erweiterte damit den Anwendungsbereich der Unmöglichkeit erheblich. Jedoch hielt Mommsen nicht alle Fälle der Unmöglichkeit im Hinblick auf mögliche Rechtsfolgen für beachtlich. Nur wenn der Fall einer „wahren Unmöglichkeit“ gegeben war, sollte der Unmöglichkeit eine befreiende Wirkung zukommen. Nicht als „wahre Unmöglichkeit“ der Leistung anerkannt waren die Fälle der subjektiven Unmöglichkeit, die ihren Grund im fehlenden Recht des Schuldners hatte,⁵⁹ oder die Unmöglichkeit bei generischen⁶⁰ oder finanziellen Verpflichtungen.⁶¹ In gleicher Weise wurden die Fälle einer verschuldeten Unmöglichkeit nicht als wahre Unmöglichkeit der Leistung angesehen, da nach Mommsen der verschuldeten Unmöglichkeit überhaupt kein Einfluss auf die Verpflichtung zukommen sollte.⁶² Eine durch ein

⁵⁷ So ging Mommsen zwar von einem einheitlichen Unmöglichkeitsbegriff aus, den er allerdings durch die dem BGB fremde Differenzierung zwischen wahrer Unmöglichkeit und der rechtlich nicht anerkannten Unmöglichkeit einschränkte. Auch liegt dem BGB wohl kein derartig weiter Unmöglichkeitsbegriff zugrunde, wie Mommsen ihn vertrat, sondern nach überwiegender Ansicht ein enger und gegenständlicher Unmöglichkeitsbegriff. Näheres hierzu unter B II Vorübergehende Unmöglichkeit.

⁵⁸ Wollschläger, S. 137 f.; Harting, S. 100 ff.; a.A. Würthwein, unter Hinweis auf Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 18, die davon ausging, dass die Fälle des Nicht-Leisten-Könnens nicht mit dem Begriff der wahren Unmöglichkeit deckungsgleich waren.

⁵⁹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 229 ff.

⁶⁰ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 340.

⁶¹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 232.

⁶² Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 229.

Verschulden des Debtors herbeigeführte Unmöglichkeit war nach Mommsen nämlich nicht dazu geeignet, denselben von seinen Verpflichtungen zu befreien.⁶³ Ursprüngliche Leistungshindernisse führten ebenfalls grundsätzlich nicht zu einer wahren Unmöglichkeit.⁶⁴ Eine Ausnahme bildete die anfängliche, dauernde objektive Unmöglichkeit, die die Obligation vernichten sollte.⁶⁵ Nachträglich eintretende Leistungshindernisse sollten bei Mommsen hingegen generell dazu geeignet sein, eine wahre Unmöglichkeit zu begründen.⁶⁶ Gleiches galt nach Mommsen für jede Veränderung in den Verhältnissen des Schuldners zur Sache, wodurch diesem die zur Vornahme der Leistung erforderliche faktische Disposition entzogen wurde. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass die Frage, ob ein Fall wahrer Unmöglichkeit gegeben war, davon abhing, ob auf ihn die althergebrachten Rechtssätze „impossibilium nulla obligatio“ und „casus a nullo praestantur“ Anwendung fanden.⁶⁷ Mommsen zufolge sollte der Grundsatz impossibilium nulla est obligatio aber auch auf das anfängliche Unvermögen angewendet werden. Diese Aussage Mommsens ist so zu verstehen, dass zumindest gewissen Fällen des anfänglichen Unvermögens eine befreiende Wirkung zukommen sollte. Hier scheint ein Widerspruch zur Lehre Hubers zu bestehen, der die Fälle des anfänglichen Unvermögens als eine bloße Leistungsverzögerung begreifen wollte. Systematisch gesehen war die Einführung des Begriffs der „wahren Unmöglichkeit“ ein Mittel, um den weit gefassten Unmöglichkeitsbegriff einschränken zu können. Diejenigen Fälle, die nicht als wahre Unmöglichkeit anzusehen waren, sollten auch nicht dazu geeignet sein, den Schuldner von seiner Leistungspflicht zu befreien oder die Nichtigkeit der Obligation herbeizuführen. Mommsens Lehre kann insofern nicht als vollständig ausgearbeitetes dogmatisches Konzept des Unmöglichkeitsrechts angesehen werden, als alle Fälle, die nicht zu einer Befreiung des Schuldners führten, nicht im Mittelpunkt seines Interesses standen und daher nur am Rande behandelt wurden.⁶⁸

Huber unternahm trotzdem den Versuch, die Unmöglichkeitslehre Mommsens auf die Bestimmungen des BGB zu übertragen beziehungsweise aus der Unmöglichkeitslehre Mommsens Rückschlüsse auf das geltende Recht zu ziehen. Auch Belege für eine Garantiehaftung bei anfänglichem Unvermögen des Schuldners meinte er bei Friedrich

⁶³ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 229.

⁶⁴ Mit Ausnahme der subjektiven Unmöglichkeit, die darin ihren Grund hatte, dass dem Schuldner die zur Vornahme der Leistung erforderliche faktische Disposition über die zu leistende Sache entzogen war. Vgl. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 20.

⁶⁵ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 102 ff.

⁶⁶ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 27.

⁶⁷ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 1; Würthwein, S. 82.

⁶⁸ Vgl. Würthwein, S. 102 ff.

Mommsen zu finden.⁶⁹ Bei Mommsen wären die Fälle der Garantiehaftung durch die Kategorie der Unmöglichkeit, die aufgrund ihrer Beschaffenheit rechtlich nicht berücksichtigt werden konnte, erfasst worden.⁷⁰ Huber unterstellt damit, schon bei Mommsen hätte der Schuldner für sein anfängliches Unvermögens unbedingt haften müssen. Jedoch ist Hubers Aussage, dass der Schuldner für sein anfängliches Leistungsvermögen eine Garantie übernehme, ohne dass es auf ein mögliches Verschulden angekommen wäre, zumindest ungenau. Mommsen differenzierte vielmehr zwischen subjektivem Unvermögen, das seinen Grund darin hatte, dass dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung notwendige Recht fehlte, und dem Unvermögen, das auf faktischen Hindernissen beruhte.⁷¹ Nur die erste Kategorie sollte keine wahre Unmöglichkeit der Leistung begründen. Dieser Grundsatz sollte dabei ohne Rücksicht darauf gelten, ob der Schuldner wusste, dass die Sache eine fremde war oder ob er damit unbekannt gewesen war.⁷² Für das Unvermögen, das auf faktischen Hindernissen beruhte, sollte dieser Rechtssatz jedoch gerade nicht zur Anwendung kommen. Dies lag nach Mommsen zum einen in dem Umstand begründet, dass die auf faktischen Umständen beruhenden Leistungshindernisse nur geeignet wären, eine zeitweilige Unmöglichkeit zu begründen.⁷³ Zum anderen würden Hindernisse dieser Art typischerweise so plötzlich und unvorbereitet für den Schuldner eintreten, dass diesem wegen der Unkenntnis vom leistungshindernden Umstand kein Vorwurf zu machen wäre.⁷⁴ Nach Mommsen läge eine unverkennbare Unbilligkeit vor, wenn der Schuldner dessen ungeachtet als unbedingt verpflichtet gelten müsste. Darum war die subjektive Unmöglichkeit, die auf faktischen Hindernissen beruhte, als eine wahre, wenn auch nur vorübergehende Unmöglichkeit anzuerkennen. Auf diese sollten die Regeln der zeitweiligen Unmöglichkeit Anwendung finden. Die Rechtsfolgen machte Mommsen gerade von einem Verschulden der Parteien abhängig. Maßgeblich für die Haftung sollte sein, ob die Parteien Kenntnis vom Hindernis hatten. Nur wenn der Schuldner das Hindernis kannte, sollte der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen können. Auch ging Mommsen davon aus, dass ein unverschuldeter Irrtum über die eigene Leistungsfähigkeit den Schuldner von seiner Leistungspflicht befreien konnte. Erst später änderte Mommsen seine Meinung hierzu. Im dritten Band seiner Beiträge zum Obligationenrecht modifizierte er, auf die Kritik

⁶⁹ Zu den Nachweisen vergleiche Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 2, S. 525 Fn.16.

⁷⁰ Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 2, S. 525.

⁷¹ Vgl. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 12.

⁷² Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 17.

⁷³ Später wollte Mommsen auf diesen Umstand nicht mehr abstellen, da es seiner Meinung nach keinen Unterschied machen konnte, ob das durch die Obligation eingeräumte Recht ganz oder nur das Recht auf sofortige Erfüllung entzogen wurde. Vgl. Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 408.

⁷⁴ Vgl. Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 109.

Windscheids hin,⁷⁵ seine Ansicht dahingehend, dass der Schuldner, wenn er nicht zur Leistung in der Lage war, auf das Erfüllungsinteresse haften musste. Dies sollte unabhängig davon der Fall sein, ob er das der Leistung entgegenstehende Hindernis kannte oder aufgrund eines Irrtums über die eigene Leistungsfähigkeit, die eigene Bereitschaft zur Leistung falsch einschätze. Allerdings hielt er an dem Prinzip fest, dass der Schuldner im Fall der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit bei faktischen Hindernissen befreit werden konnte, sofern der Schuldner das Leistungshindernis nicht kannte und das Leistungshindernis durch ein inzwischen eintretendes faktisches Ereignis herbeigeführt wurde.⁷⁶

Die Gemeinsamkeiten in den Ansichten Hubers und Mommsens, die trotz aller Unterschiede bei faktischen Leistungshindernissen nachweisbar sind, beschränken sich jedoch nicht nur auf die unterstellte Garantiehaftung des Schuldners bei anfänglichem Unvermögen.

Es finden sich noch weitere Parallelen in den Ansichten Hubers und Mommsens im Hinblick auf die dogmatische Einordnung des Rechtsinstituts.

Auch Hubers Auffassung, dass das anfängliche Unvermögen von den Regeln des Verzugs abgedeckt würde, findet sich bei Mommsen. Nach Mommsen setzte die Mora voraus, dass die Nichtleistung auf einem Nicht-Leisten-Wollen des Schuldners beruhte. Beim anfänglichen Unvermögen hingegen wäre die Unfähigkeit zur Leistungserbringung aber auf ein Nicht-Leisten-Können des Schuldners zurückzuführen. Von demjenigen, welcher nicht leisten konnte, ließe sich zwar sagen, dass die Unterlassung der Leistung nicht auf seinem Willen beruhte. Allerdings sollten solche Umstände, welche vom Recht als Gründe einer wahren Unmöglichkeit nicht anerkannt wurden, keine Berücksichtigung finden. Der Schuldner konnte in diesen Fällen den Vorwurf einer willkürlichen Verzögerung der Leistung durch die Berufung auf ein Nichtkönnen nicht von sich abwenden, da er rechtlich als einer, welcher leisten konnte, betrachtet wurde.⁷⁷

Die Untersuchung hat gezeigt, wie groß der Einfluss von Mommsens Unmöglichkeitslehre auf Huber tatsächlich war. Huber beruft sich an mehreren Stellen auf die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens. Insbesondere bei der Frage nach einer Garantiehaftung des Schuldners und den Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens wird auf Mommsen verwiesen. Die

⁷⁵ Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 108 ff.

⁷⁶ Vgl. Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 408 ff.; unzutreffend daher Demmer, S. 25 f., der annimmt, Mommsen hätte seine Meinung dahin gehend geändert, dass der Schuldner im Falle des anfänglichen Unvermögens, wenn er nicht zur Leistung in der Lage war, auf das Erfüllungsinteresse haften sollte, gleichgültig ob er das der Leistung entgegenstehende Hindernis kannte oder nicht. Dies ist zwar insofern richtig, als Mommsen den Entschuldigungsgrund eines unverschuldeten Irrtums über die eigene Leistungsfähigkeit nicht mehr anerkennen wollte. Für die Fälle, in denen die Leistungsfähigkeit aufgrund eines nicht vorherzusehenden faktischen Hindernisses aufgehoben wurde, wollte Mommsen dagegen weiterhin das anfängliche Unvermögen berücksichtigen.

⁷⁷ Vgl. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 267.

Fälle einer Garantiehaftung sollten bei Mommsen durch die Kategorie der Unmöglichkeit, die rechtlich nicht berücksichtigt werden konnte, erfasst werden. Die Anwendung der Verzugsregeln auf die Fälle des anfänglichen Unvermögens stellt eine weitere Gemeinsamkeit dar. Ein unverschuldeter Irrtum über die eigene Leistungsfähigkeit sollte den Schuldner nach Ansicht beider nicht (mehr) befreien.

Huber hat damit zwar nachgewiesen, dass das anfängliche Unvermögen schon im gemeinen Recht in ähnlicher Weise behandelt wurde. Allerdings hat er es versäumt, Unterschiede in den Ansichten herauszustellen. Ein maßgeblicher Unterschied, auf den Huber beispielsweise nicht hinweist, ist darin zu sehen, dass der Schuldner bei Mommsen bei faktischen Hindernissen durchaus befreit werden konnte. Im Gegensatz zu Huber vermochte Mommsen in derartigen Fällen durchaus eine Unbilligkeit der Haftung zu erkennen und trat in der Folge für eine verschuldensabhängige Haftung ein. Anders als Huber hielt Mommsen damit nicht alle Fälle des anfänglichen Unvermögens für unbedeutlich. Huber trug diesen Fällen dadurch Rechnung, dass er in besonderen Härtefällen die Grundsätze von Treu und Glauben zur Anwendung bringen wollte. Insgesamt erscheint es daher nicht möglich, alle Fälle, die im Anschluss an Mommsen nicht als „wahre Unmöglichkeit“ angesehen werden konnten, als Fälle der Garantiehaftung zu interpretieren und umgekehrt die Haftung für anfängliches Unvermögen bei Mommsen durchgängig als verschuldensunabhängig zu begreifen, wie dies Huber vertrat. Huber stellt die Unmöglichkeitslehre Mommsens an dieser Stelle nur vereinfacht dar und trägt nicht allen Facetten von Mommsens Ansicht Rechnung.

Festzuhalten bleibt, dass die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens nur bedingt auf das heutige BGB übertragbar erscheint. Dies würde zum einen voraussetzen, dass sich die Verfasser des BGB die Ansicht Mommsens auch tatsächlich zu Eigen gemacht haben. Darüber kann nur eine genaue Untersuchung der Gesetzesmaterialien Aufschluss geben. Unabhängig davon scheitert eine solche Übertragung aber allein schon an den terminologischen Unterschieden, die eine uneingeschränkte Übertragung dieser Lehre auf das BGB nahezu unmöglich machen. Zum einen fasste Mommsen, indem er Unmöglichkeit als die vom Willen des Schuldners unabhängige Unfähigkeit des Schuldners zur Leistung definierte, den Unmöglichkeitsgriff so weit, dass sich beinahe alle Kategorien der Leistungsstörungen darunter fassen ließen. So erschien es ihm zum Beispiel als möglich, Verzug als teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit zu begreifen.⁷⁸ Mit Einführung der Kategorie der „wahren Unmöglichkeit“ schuf er hingegen ein Korrektiv, um der Ausuferung seiner Unmöglichkeitslehre zu begegnen. Die Erweiterung des Unmöglichkeitsbegriffs

⁷⁸ So allerdings auch die Gesetzesverfasser in Motive, S. 60.

einerseits und die Einführung des Korrektivs der wahren Unmöglichkeit andererseits, ermöglichten es ihm ein selektives System zu schaffen, dass durchaus als zielorientiert und willkürlich erscheint. Im BGB hingegen fehlte das Korrektiv der „wahren Unmöglichkeit“, so dass auch eine derartig weite Fassung der Unmöglichkeitsvorschriften als nicht durchführbar bezeichnet wurde. So ging die ganz herrschende Lehre von einem gegenständlichen Begriff der Unmöglichkeit aus.⁷⁹ Der alleinige Verweis auf die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsen ist daher nicht geeignet, Hubers These von einer unbeschränkten Garantiehaftung des Schuldners für die durch das anfängliche Unvermögen eingetretene Verzögerung der Leistung zu rechtfertigen. Vielmehr bedarf es hierzu der Zusammenschau mit den Gesetzesmaterialien.

bb) Bernhard Windscheid

Huber berief sich jedoch nicht nur auf die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens. Vielmehr sieht er sich bei der rechtlichen Einordnung des anfänglichen Unvermögens auch auf einer Linie mit Bernhard Windscheid. Windscheid wurde 1817 in Düsseldorf geboren. Nach Promotion und Habilitation lehrte er in Bonn, Greifswald, München, Heidelberg und Basel. Windscheid gilt als einer der bedeutendsten Vertreter der Pandektenwissenschaft.⁸⁰ Sein „Lehrbuch des Pandektenrechts“ fand große Verbreitung und war von weit reichender Bedeutung für die Rechtspraxis. Das „Lehrbuch des Pandektenrechts“ entwickelte sich mit seinen 9100 Fallfragmenten der Digesten, zu einem grundlegenden Werk für das geltende gemeine Recht.⁸¹ Überliefert ist der Satz: „Jurisprudenz, das heißt Pandekten – Pandekten, das heißt Windscheid.“⁸² Windscheid wird auch nicht ganz zu Unrecht als einer der Väter des BGB bezeichnet. Als Mitglied der Kommission für die Abfassung eines Entwurfes zu einem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch übte er maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung des ersten Entwurfs aus.⁸³ Es war jedoch nicht nur der persönliche Einfluss, der gestaltend auf das BGB wirkte, sondern auch die Autorität seines „Lehrbuch des Pandektenrechts“, das vielfach als systematisch und inhaltlich vorbildlich angesehen wurde.⁸⁴ An zahlreichen Stellen im BGB lassen sich Windscheids Positionen nachweisen. Bernhard Windscheid verstarb am 26.10. 1892 in Leipzig

⁷⁹ Vgl. Stoll, AcP 136 (1932), S. 274; MüKo-Emmerich, §275 Rn.6; Soergel-Wiedemann, §275 Rn.19; Jauernig-Vollkommer, §275 Rn.12; allerdings vertrat auch Huber die Ansicht, dass der Begriff der Unmöglichkeit im Sinne Mommsens durchaus als gegenständlicher Unmöglichkeitsbegriff zu verstehen war. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 88 f.

⁸⁰ Rückert, JuS 1992, S.903, 904.

⁸¹ Rückert, JuS 1992, S.904.

⁸² So Siber in DJZ 14 (1909), S. 964.

⁸³ Stolleis, S.672 ff.

⁸⁴ ADB, Bd. 43, S.428 ff.

Umso mehr erstaunt es, dass Huber sich weit weniger häufig auf Windscheid beruft, als er es bei Mommsen getan hatte. Oftmals wird lediglich pauschal auf die entsprechende Ansicht Windscheids verwiesen. Huber sieht Windscheids Auffassung zum anfänglichen Unvermögen im Einklang mit der Friedrich Mommsens. Dies beruht nicht zuletzt auf der, auch von Huber geteilten, Überzeugung, Bernhard Windscheid hätte die Unmöglichkeitslehre Mommsens in seinem „Lehrbuch des Pandektenrechts“ zu Eigen gemacht.⁸⁵ Richtig daran ist, dass auch Windscheid von einer unbedingten Einstandspflicht des Schuldners im Fall des anfänglichen Unvermögens ausging. Allerdings ist festzuhalten, dass auch Windscheid früher eine differenziertere Meinung vertreten hatte. Die Haftung des Schuldners wollte er, im Fall einer früher vorhandenen Möglichkeit zur Leistung, von der Kenntnis des Schuldners vom Leistungshindernis abhängig machen.⁸⁶ Erst später war er der Auffassung, dass die bloß subjektive Unmöglichkeit das Entstehen des Forderungsrechtes nicht hinderte und der Schuldner ohne Rücksicht auf ein mögliches Verschulden haften musste.⁸⁷ So vertrat er, gestützt auf die Digestenstelle Ven. D. 45, 1, 137, 4

„dass wenn die Unmöglichkeit sogleich zur Zeit der Begründung der Obligation vorhanden sei, sie die Verpflichtung des Schuldners nur dann ausschließe, wenn sie eine objective...nicht aber, wenn sie eine nur subjective...sei“.⁸⁸

Danach war das anfängliche Unvermögen ohne Einfluss auf die Leistungspflicht des Schuldners, oder wie es Huber ausdrückte, das anfängliche Unvermögen keine eigenständige Kategorie der Leistungsstörung. Der Verweis auf diese Textstelle kann jedoch nicht ausreichen, um zu belegen, dass auch Bernhard Windscheid Hubers rechtliche Einordnung der anfänglichen Unmöglichkeit geteilt hätte. Insbesondere ergibt sich aus dieser Textstelle nicht, dass Windscheid die Fälle des anfänglichen Unvermögens als bloße Leistungsverzögerung angesehen hat. Auch wenn man mit Huber davon ausgehen muss, dass die These von der verschuldensunabhängigen Haftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen durch die Lehre Windscheids gestützt wird, so kann man von Windscheids Aussagen noch nicht darauf schließen, dass dieser Umstand im gemeinen Recht allgemein anerkannt war. Selbst Windscheid war zumindest zeitweise anderer Ansicht, was gegen Hubers These von einer allgemein anerkannten, unbestrittenen Einstandspflicht für anfängliches Unvermögen im gemeinen Recht spricht. Auch ist die These, dass sich der

⁸⁵ Zimmermann, Law of Obligations, S. 812 f.; Wollschläger, S. 152 f.

⁸⁶ Vgl. Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 108.

⁸⁷ Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8. Auflage), §264 S. 93.

⁸⁸ Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 108.

historische Gesetzgeber die Lehre Mommsens und Windscheids zu Eigen gemacht hat, wie noch zu zeigen sein wird, nur zum Teil richtig.⁸⁹

cc) Gustav Hartmann

Am Rande ging Ulrich Huber auch auf Gustav Hartmann ein. Hartmann wurde am 31.03. 1835 geboren. Nach Studium an der Universität Göttingen, habilitierte Hartmann auf Grund seiner Schrift „Zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten.“⁹⁰. Hartmann, der auch Mitherausgeber des Archivs für die civilistische Praxis war, wirkte in Basel, Freiburg, Göttingen und Tübingen. Zahlreiche Veröffentlichungen Hartmanns hatten erbrechtliche Fragestellungen zum Gegenstand. Im Jahre 1875 erschien seine Schrift „Die Obligation - Untersuchungen über ihren Zweck und Bau“, die sich im Wesentlichen mit dem Inhalt und Charakter von Schuldverhältnissen auseinandersetzte. In seiner Schrift wendete sich Hartmann gegen die These, dass die Obligation ein Recht auf Handlung gewähre. Auch vertrat Hartmann die Auffassung, dass sich oftmals von einer einzelnen praktischen Frage auf ein allgemeineres Problem schließen lasse. Besonders beschäftigte Hartmann auch die Frage, wann eine Obligation untergehe. Gustav Hartmann verstarb am 16. 11. 1894

Huber wies auf die Nähe der Position Hartmanns zu den internationalen Vorschriften des CISG und des UN-Kaufrechts hin, während das BGB, seiner Meinung nach, der Lehre Friedrich Mommsens gefolgt war.⁹¹ Tatsächlich dürfte Hubers Standpunkt zur Haftung des Schuldners bei anfänglichem Unvermögen eher mit der Ansicht Hartmanns übereinstimmen als mit der Mommsens. Nach Gustav Hartmann enthielt jede Obligation ein „ethisches Soll“, das eine ethische Notwendigkeit begründete. Aufgrund der Spannkraft der Obligation wollte er den objektiven Leistungsinhalt und die aufzuwendende Sorgfalt nach dem Wesen des Schuldverhältnisses bestimmen. Entgegen Mommsen ging Gustav Hartmann davon aus, dass im Falle des anfänglichen Unvermögens der Schuldner weder bei faktischen noch bei rechtlichen Hindernissen befreit werden konnte. Demnach hatte der Schuldner für den Eintritt des versprochenen Erfolgs unabhängig davon einzustehen, ob er die Existenz eines faktischen Hindernisses kannte oder nicht.⁹² Vielmehr hätte er nach den Quellen seine Leistungsfähigkeit unbedingt zu vertreten gehabt. Die Begründung Mommsens, dass faktische Hindernisse so plötzlich und unvorhergesehen eintreten könnten, dass es dem Schuldner nicht zugemutet werden konnte, dass er für seine Leistungsfähigkeit unbedingt haften musste, trug nach Ansicht Hartmanns nicht. Die insofern abweichende Ansicht

⁸⁹ Vgl. dazu die Ausführungen unter B I 3b (S.25 ff.).

⁹⁰ ADB, Band 50, S.28 ff.

⁹¹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 2, S. 526.

⁹² Hartmann, S. 206.

Mommsens führte er auf eine „tendenziöse und bisweilen irreführende“ Quellenexegese zurück.⁹³ Zudem war Hartmann der Überzeugung, dass eine Mora auch dann eintreten konnte, wenn dem Schuldner der Vorwurf eines Verschuldens nicht gemacht werden konnte.⁹⁴ Diese Fälle wurden bei Huber als Elemente einer Garantiehaftung bezeichnet, so dass auch im Falle des anfänglichen Unvermögens der Schuldner die Verzögerung der Leistung selbst dann zu vertreten hatte, wenn dem Schuldner der Vorwurf eines Verschuldens nicht gemacht werden konnte.

Im Gegensatz zu den Ausführungen Mommsens stützt die Abhandlung Hartmanns Hubers Ansicht, nach der im gemeinen Recht der Schuldner für sein anfängliches Unvermögen unbedingt einzustehen hatte. Es erscheint als unverständlich, dass Huber nicht stärker auf die Gemeinsamkeiten zu Hartmann hingewiesen hat, zumal Hartmanns Ausführungen seine eigene Auffassung weit mehr stützen als die Mommsens. Dies könnte daran liegen, dass Hartmann sich im Widerspruch zur Lehre Mommsens sieht, auf den sich Huber in besonderer Weise beruft.

dd) Fazit

Obgleich seine Darstellung eher den gegenteiligen Eindruck erweckt, war Huber sich wohl bewusst, dass im gemeinen Recht auch abweichende und gegenteilige Ansichten existierten. Als Vertreter der Gegenauffassung wird bei ihm Siber genannt, der jedoch nicht mehr zu den Zeitgenossen Windscheids und Mommsens zählt.⁹⁵ Jhering ging gleichermaßen von einer Verschuldenshaftung des Schuldners im Fall des anfänglichen Unvermögens aus.⁹⁶ Dies änderte nach Huber aber nichts daran, dass das allgemeine Haftungsprinzip für anfängliches Unvermögen herrschende gemeinrechtliche Lehre war. Eine Auseinandersetzung mit diesen Gegenauffassungen erfolgte bei Huber jedoch nicht. Vielmehr wurde nur in einer Fußnote auf diese hingewiesen, mit dem Verweis auf die insofern herrschende Ansicht, zu deren Vertretern er Savigny, Windscheid, Dernburg, Oermann, Venuleius und Ulpian zählte, jedoch abgelehnt. Auch wenn die herrschende Lehre der Auffassung war, dass der Schuldner für seine Leistungsfähigkeit unbedingt einstehen musste, so ist doch festzuhalten, dass die strenge Haftung des Schuldners schon im gemeinen Recht vielfach als unbillig empfunden wurde und eine Garantiehaftung des Schuldners deshalb teilweise abgelehnt wurde. Auch Autoren wie Mommsen und Windscheid vertraten zumindest zeitweise eine gegenteilige Auffassung. Mommsens Unmöglichkeitslehre vermag Hubers Auffassung nur teilweise zu

⁹³ Hartmann, S. 204.

⁹⁴ Hartmann, S. 238 ff.

⁹⁵ Siber, JherJ 50 (1906), S. 55 ff.; vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 2, S. 526 Fn.16.

⁹⁶ Vgl. Jhering, Jahrbuch für Dogmatik Band 4, S.68 ff.; Demmer, S. 30.

stützen. Für die Konzeption der Haftung für anfängliches Unvermögen nach dem BGB ist die gemeinrechtliche Literatur ohnehin nur in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien aussagekräftig. Nur aus diesen kann in Zusammenschau mit den Lehren des gemeinen Rechts hervorgehen, ob sich die Gesetzesverfasser der schon im gemeinen Recht vorherrschenden Ansicht anschlossen, dass der Schuldner grundsätzlich für sein anfängliches Unvermögen unbedingt einstehen musste. Fraglich ist, ob diese Anschauung im BGB ihren Niederschlag gefunden hat.

b) Gesetzesmaterialien

Huber wies ausdrücklich auf den besonderen Stellenwert der Gesetzesmaterialien in dieser Frage hin. Ihm zur Folge würde sich einem der Sinn der gesetzlichen Regelungen mit hinreichender Deutlichkeit erst erschließen, wenn man dazu bereit wäre, sich ernsthaft mit den Gesetzesmaterialien auseinanderzusetzen.⁹⁷ Anhand der Gesetzesmaterialien glaubte er nachweisen zu können, dass bezüglich des anfänglichen Unvermögens weder eine Regelungslücke bestand, noch die Notwendigkeit einer analogen Anwendung der Regelungen über die nachträgliche Unmöglichkeit gegeben war.⁹⁸ Damit gelangte er zu der Auffassung, eine vom Verschulden abhängige Haftung des Schuldners für sein anfängliches Unvermögen wäre mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Zu erörtern ist damit, ob der historische Gesetzgeber tatsächlich eine Regelung für das anfängliche Unvermögen treffen wollte oder ob diesbezüglich eine Regelungslücke im BGB bestand. Gegebenenfalls muss geklärt werden, wie nach dem Willen des Gesetzgebers das anfängliche Unvermögen rechtlich zu behandeln war. Auch wird auf die Frage einzugehen sein, ob sich der historische Gesetzgeber der Ansicht Mommsens und Windscheids angeschlossen hat.

aa) Regelungslücke

Nach Huber hatte es der Gesetzgeber bewusst unterlassen, eine besondere Bestimmung für das anfängliche Unvermögen in das Gesetz aufzunehmen, weil der Gesetzgeber eine solche Bestimmung, aufgrund der Eindeutigkeit des Gegenschlusses zu §275 II und §306, für entbehrlich hielt. Von einer Regelungslücke konnte nach Huber schon allein deshalb keine Rede sein, da die Beratungen der Gesetzgebungskommissionen die Frage der rechtlichen Behandlung des anfänglichen Unvermögens mehrmals zum Gegenstand hatten. Betrachtet man die Gesetzesmaterialien, insbesondere die Protokolle der Beratungen der 1. und 2. Kommission sowie den Teilentwurf des Redaktors von Kübels, die dem BGB vorausgingen, so wird deutlich, dass diese Auffassung Hubers zutreffend ist, und keine planwidrige

⁹⁷ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 532 Fn.27.

⁹⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 532 ff.

Regelungslücke hinsichtlich des anfänglichen Unvermögens bestand. Zwar findet sich keine ausdrückliche Äußerung zu dieser Thematik in den Protokollen der Sitzungen der Gesamtkommission aus den Jahren 1875-1879, da diese Sitzungen ausschließlich dienten, die dem BGB zugrunde zu legenden Prinzipien für die späteren Hauptberatungen festzulegen.⁹⁹ Jedoch enthielt bereits der Teilentwurf des mit der Abfassung des Schuldrechtsteilentwurfs beauftragten Redaktors von Kübel Aussagen über die Behandlung des anfänglichen Unvermögens.

Im Teilentwurf von Kübels war, im Gegensatz zur späteren endgültigen Fassung der Kommission, eine ausdrückliche Regelung für das ursprüngliche Unvermögen vorgesehen:

„Kann der Schuldner die ihm obliegende Verbindlichkeit nicht oder nicht vollständig erfüllen, weil er eine ihm ganz oder teilweise unmögliche Leistung versprochen hat (...), so besteht die Verbindlichkeit dem ungeachtet und der Gläubiger kann den Ersatz des ihm durch die Nichterfüllung unmittelbar oder mittelbar verursachten Schadens verlangen.“¹⁰⁰

Allerdings ist die 1. Kommission, dem nicht gefolgt. Sie vermied es, zur Frage der Haftung des Schuldners für ursprüngliches Unvermögen ausdrücklich Stellung zu beziehen. Dies kann allerdings nicht als Abkehr von den Vorschlägen Kübels gewertet werden, da die Behandlung des anfänglichen Unvermögens auch Gegenstand der Beratungen der 1. Kommission war, was auch einige der von Huber zitierten Stellen zum Ausdruck bringen.¹⁰¹ So hieß es beispielsweise in den Motiven:

„Der objektiven Unmöglichkeit steht das subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber [...]. Ein solches subjektives Unvermögen ist weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnis vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners.“¹⁰²

Als weiteren Beleg führte Huber eine Stelle in den Protokollen der zweiten Kommission an:

⁹⁹ Demmer, S. 42.

¹⁰⁰ Vgl. Teilentwurf von Kübel, §1 des Abschn. I, Tit. 3 III; des Weiteren heißt es dort über das anfängliche Unvermögen: „Dagegen hindert die zu der genannten Zeit lediglich für den Schuldner bestehende Unmöglichkeit der Leistung die Entstehung des Schuldverhältnisses nicht; wenn sich herausstellt, daß der Schuldner die Bewirkung der an sich möglichen Leistung zu vollbringen oder herbeizuführen nicht im Stande ist, so besteht die Verbindlichkeit dem ungeachtet zu Recht fort und ist in der Regel der Gläubiger sein Interesse an der Bewirkung der Leistung zu fordern berechtigt [...].“ Vgl. Teilentwurf von Kübel, Abschn. I. Tit. 3 III 1, S. 2.

¹⁰¹ So auch Demmer, S. 45 ff.

¹⁰² Motive, S. 45 f.

„Ist die Leistung bei Abschluß des Vertrages [...] objektiv möglich, so wird der Schuldner trotz seines schon in diesem Zeitpunkt vorhandenen Unvermögens aus dem Vertrage verpflichtet. Erst das später ohne sein Verschulden eintretende Unvermögen befreit ihn“. ¹⁰³

Aus diesen Textstellen wird in der Tat zweierlei deutlich. Zum einen hatte der historische Gesetzgeber die Fälle des anfänglichen Unvermögens nicht einfach übersehen, wie dies teilweise in der Literatur vertreten wurde. Dies wurde allerdings auch schon aus den §§440, 541 deutlich, die einen besonderen Fall des anfänglichen Unvermögens für spezielle Schuldverhältnisse regelten. Aus dem Umstand, dass der historische Gesetzgeber den Schuldner erst bei einem nach dem Vertragsschluss eingetretenen, unverschuldeten Unvermögen als befreit ansah, wird ersichtlich, dass der historische Gesetzgeber offensichtlich von der Wirksamkeit des Schuldverhältnisses im Fall des anfänglichen Unvermögens ausging. Dieses sollte gerade ohne Einfluss auf die Verbindlichkeit des Schuldners sein. Damit wäre die Mindermeinung widerlegt, die in diesem Fall die Regelungen der §§306 ff. zur Anwendung bringen wollte. Huber ist zuzustimmen, wenn er bestreitet, hinsichtlich des anfänglichen Unvermögens hätte eine planwidrige Regelungslücke bestanden. Dies würde voraussetzen, dass der historische Gesetzgeber die Fälle des anfänglichen Unvermögens übersehen hatte. Wie die zitierten Stellen jedoch belegen, hat sich der historische Gesetzgeber mehrmals mit dem Problemfeld anfängliches Unvermögen beschäftigt. Mit der fehlenden Regelungslücke würde damit eigentlich auch schon die rechtliche Grundlage für eine analoge Anwendung der Vorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit entfallen. Aus den Stellen geht jedoch nicht hervor, wie die Fälle des anfänglichen Unvermögens nach dem Willen des Gesetzgebers rechtlich zu behandeln waren. Lediglich die Absicht des Gesetzgebers, dass der Schuldner durch das anfängliche Leistungshindernis nicht befreit werden, sondern (immer noch) aus dem Vertrag und gegebenenfalls zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet sein sollte, ist erkennbar. Fraglich bleibt allerdings, ob der Schuldner für sein anfängliches Unvermögen unbedingt haften musste, oder die Haftung auf Schadensersatz von seinem Vertretenmüssen abhing. Dies wird jedoch an anderer Stelle deutlich.

bb) Rechtliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens und Frage nach dem Vertretenmüssen

Gleichermaßen belegte Huber seine These von der Garantiehaftung des Schuldners für sein anfängliches Unvermögen mit Stellen aus den Gesetzmaterialien. Er vertrat die Auffassung,

¹⁰³ Protokolle, Rpgn. 8413 (= Mugdan II, S. 529); zitiert bei Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 532 Fn.25.

dass eine solche verschuldensunabhängige Haftung für die Verfasser des Gesetzes eine Selbstverständlichkeit gewesen wäre. Darin wäre auch der Grund zu sehen, warum dieser Grundsatz im Gesetz nicht deutlicher zum Ausdruck gebracht wurde.¹⁰⁴ Erneut wies Huber auf Stellen in den Gesetzesmaterialien hin. So hieß es in einer der von ihm zitierten Stellen:

„Im Falle der Begründung des Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist im Versprechen die Übernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit zu finden“¹⁰⁵

Darüber hinaus führte er noch folgende Stelle zur Begründung an:

„Die Rechtsverschaffung ist ein Theil der Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung [...]. Hierfür haftet er, wie in allen Fällen des obligatorischen Veräußerungsvertrages, nach den Grundsätzen, welche bezüglich des Einstehens des obligatorisch Verpflichteten für das (anfängliche) subjektive Unvermögen maßgebend sind, zu Folge der im Vertrage begrifflich und unmittelbar liegenden Garantie für die Verschaffung des Rechtes.“¹⁰⁶

Auch aus den anderen von Huber zitierten Stellen ist erkennbar, dass die Gesetzesverfasser von einer verschuldensunabhängigen Haftung des Schuldners für sein anfängliches Unvermögen ausgingen.¹⁰⁷ Diese Aussagen bezogen sich zwar ursprünglich auf die Haftung des Verkäufers für sein ursprüngliches Unvermögen aufgrund eines Rechtsmangels, so dass es als möglich erscheint, dass damit nur eine Aussage über einen Spezialfall der Haftung bei besonderen Schuldverhältnissen getroffen werden sollte. Die angeführten Stellen lassen aber auch die Grundsätze erkennen, die nach dem Willen des Gesetzgebers für die Haftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen im Allgemeinen gelten sollten. Zudem lassen sich zahlreiche weitere Stellen in den Gesetzesmaterialien anführen, die die Auffassungen Hubers durchaus stützen und aus denen der Wille des Gesetzgebers deutlich hervorgeht. So heißt es in den Motiven zum anfänglichen Unvermögen:

¹⁰⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 532.

¹⁰⁵ Vgl. Motive, S. 45: Allerdings bezieht sich diese Aussage sowohl auf bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandene als auch auf nachträglich eintretende Leistungshindernisse. Nur für den Fall des nachträglichen unverschuldeten Unvermögens bei der Leistung einer Stückschuld wäre eine Ausnahme geboten. Vgl. Motive, S. 216.

¹⁰⁶ Motive, S. 216.

¹⁰⁷ Motive, S. 220: „Im Fall eines anfänglichen Mangels im Recht hat der Veräußerer gemäß den Grundsätzen über die Haftung des Schuldners für das anfängliche subjektive Unvermögen ohne Rücksicht auf ein Verschulden vollen Schadensersatz zu leisten; eine Beschränkung dieser Haftung wäre inkonsequent und prinzipwidrig.“

„[...] Indem dieser Fall den Fällen der objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt wird, ist zugleich ausgesprochen, dass in den anderen bezeichneten Fällen [bei anfänglichen Unvermögen], sofern wie bemerkt, in concreto das subjektive Unvermögen nicht als eigentliche objektive Unmöglichkeit aufzufassen ist, das subjektive Unvermögen von dem Schuldner immer gleich verschuldet nachträglicher Unmöglichkeit zu vertreten ist.“¹⁰⁸

Auch diese Stelle belegt, dass die Gesetzesverfasser von einer Garantiehaftung des Schuldners ausgingen. Anfängliches Unvermögen sollte danach, unabhängig von einem Verschulden des Schuldners, hinsichtlich der Rechtsfolgen dem nachträglichen, verschuldeten Unvermögen gleichgestellt werden. Letztlich lässt sich noch eine Stelle aus den Protokollen der ersten Kommission anführen, die deutlich zum Ausdruck brachte, wie das anfängliche Unvermögen nach dem Willen des Gesetzgebers zu behandeln war, und warum eine ausdrückliche gesetzliche Regelung durch den Gesetzgeber unterblieben war.

„In das Gesetzbuch die ausdrückliche Bestimmung aufzunehmen, das anfängliche subjektive Unvermögen sei von dem Schuldner in gleicher Weise zu vertreten, wie die von ihm verschuldete oder aus einem anderen Grund zu vertretende nachträgliche objektive Unmöglichkeit, hielt man auch jetzt für überflüssig. Man glaubte, der Grundsatz ergebe sich zur Genüge aus den Beschlüssen [...];¹⁰⁹ ihn ausdrücklich auszusprechen, sei aber nicht unbedenklich, weil er unter gewissen Umständen z.B. wenn der Gläubiger das Unvermögen gekannt oder der Schuldner stillschweigend die Nichthaftung ausbedungen habe, nicht gelte.“¹¹⁰

Der historische Gesetzgeber sah es also als eine Selbstverständlichkeit an, dass der Schuldner im Falle des anfänglichen Unvermögens unbedingt für sein Leistungsunvermögen

¹⁰⁸ Motive, S. 46; vgl. darüber hinaus noch Prot. I 1119 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 261): „Allein über diese Modifikation noch hinauszugehen und die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit der anfänglichen völlig gleichzustellen, führe zu weit. Die Gleichstellung sei zwar unerheblich, wenn es bei der Leistung auf die Persönlichkeit des Schuldners ankomme, weil in einem solchen Falle das subjektive Unvermögen stets auch ein objektives sei. Desto erheblicher werde die Gleichstellung in anderen Fällen. Sie führe zu einer ungerechten und unbilligen Behandlung des Schuldners. Es sei gerechtfertigt, den Schuldner für haftbar zu erklären, wenn er eine nur subjektiv unmögliche Leistung versprochen habe. Man dürfe gegen ihn geltend machen, dass er sich habe vorsehen sollen und dass in dem Versprechen eine Garantieübernahme zu erblicken sei.“

¹⁰⁹ Gemeint waren die Beschlüsse vom 27. März, 12. April und 26. April 1882 (Prot. S. 568, 569, 574, 576, 641-646, §§36, 63 der Zusammenstellung der beschlossenen Bestimmungen des Obligationenrechts). Auch war man der Auffassung, die zu den §§1 und 10 des Teilentwurfs gefassten Beschlüsse würden dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen.

¹¹⁰ Prot. I 1179 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 51 f.).

einzu-stehen hatte. Auch wenn der Wille des historischen Gesetzgebers insofern deutlich zu erkennen ist, ist festzuhalten, dass dieser im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat. Huber ist zuzugeben, dass die Intention des Gesetzgebers, den Schuldner an seinem Leistungsversprechen ohne Rücksicht auf ein mögliches Verschulden festzuhalten, aus den Protokollen und Motiven der ersten und zweiten Kommission deutlich hervorgeht. Dies war für Huber sogar so selbstverständlich, dass er die genannten Stellen aus den Gesetzesmaterialien nur in einer Fußnote anführte.¹¹¹ Dennoch wurde die Intention des Gesetzgebers erst in der Zusammenschau der zitierten Quellen erkennbar, zumal es durchaus als möglich erschien, den Sonderfall des anfänglichen Rechtsmangels abweichend vom Fall des anfänglichen Unvermögens zu regeln. Ein ausdrücklicher Hinweis dahin gehend, ob die Regelungen des Verzugs im Fall des anfänglichen Unvermögens zur Anwendung kommen sollten, findet sich in den Gesetzesmaterialien hingegen nicht. Allerdings spricht die Auffassung des historischen Gesetzgebers, nach der im Verzug auch nur ein Unterfall der Unmöglichkeit zu sehen wäre, für eine solche Auslegung. Aus diesem Umstand ergab sich für den Gesetzgeber die Notwendigkeit, „die Voraussetzung des Verzuges bz. seiner Folgen in subjektiver Hinsicht einheitlich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen über die Vertretbarkeit der Nichterfüllung bz. über die Unmöglichkeit der Erfüllung festzusetzen.“¹¹² Daraus sollte folgen, dass der Schuldner sich gegen den Vorwurf des Verzugs im selben Umfange wie gegenüber vollständiger oder teilweiser Unmöglichkeit exkulpieren konnte. Eine solche Exkulpation war jedoch beim anfänglichen Unvermögen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht vorgesehen.

c) Literatur nach Einführung des BGB

Im Rahmen seiner Abhandlungen zum anfänglichen Unvermögen setzte sich Huber auch mit neueren Literaturansichten auseinander. Nach Huber war die Garantiehaftung des Schuldners bei anfänglichem Unvermögen seit Inkrafttreten des BGB in ständiger Praxis anerkannt und auch von der Literatur überwiegend gebilligt.¹¹³ Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens stand Huber mit seiner Meinung, die Regelungen über den Verzug zur Anwendung zu bringen, nicht allein.¹¹⁴ Allerdings wird zu zeigen sein, dass historischen Argumenten in der neueren Literatur eine weit geringere Bedeutung zukam. Somit ist zu untersuchen, welchen Einfluss die Lehre nach Einführung des BGB auf Huber

¹¹¹ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S.532 Fn.24 ff.

¹¹² Motive, S. 60.

¹¹³ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 533.

¹¹⁴ Vgl. Staudinger-Löwisch, §306 Rn.50, der allerdings nur bei vorübergehendem Unvermögen die §§286, 326 anwenden will; Soergel-Wolf, §306 Rn.25.

ausübe und inwieweit diese seine Konzeption der Haftung für anfängliches Unvermögen beeinflussten, die entgegen der Darstellung Hubers alles andere als „eindeutig“ war, zumal in der Literatur zahlreiche Gegenauffassungen vertreten wurden.

aa) Heinrich Titze

Ein Vertreter einer solchen Gegenauffassung ist Heinrich Titze. Titze, 1872 in Berlin geboren, war Mitherausgeber der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg, wechselte er nach Leipzig, wo er Emil Strohal und Karl Binding hörte.¹¹⁵ Nach seiner Promotion habilitierte er sich 1900 in Göttingen. Später erhielt er einen Ruf nach Frankfurt a. Main, 1923 an die Berliner Juristenfakultät. Mit der Unmöglichkeit der Leistung beschäftigte sich Titze schon in seiner Habilitationsschrift. Es folgten Aufsätze über Irrtum und Rechtsgeschäft sowie Publikationen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts.¹¹⁶ Darüber hinaus beschäftigte sich Titze auch mit der Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Besondere Beachtung fand in der Literatur auch Titzes Gesamtdarstellung des „Rechts der Schuldverhältnisse“ Titze trat darüber für eine andere Auslegung der historischen Quellen ein und teilte auch nicht Hubers Einschätzung der Lehre Mommsens. Während Huber insgesamt bemüht war, die Gemeinsamkeiten zwischen Friedrich Mommsen und ihm herauszustellen, wies Titze, zu Recht darauf hin, dass dieser keineswegs von einer Garantiehaftung des Schuldners im Falle des anfänglichen Unvermögens ausgegangen war. Die folgende Untersuchung soll auch zeigen, wie vertieft sich Huber mit Vertretern der Gegenauffassungen auseinandersetzte. Für Heinrich Titze, der überdies die Ansicht Mommsens in dieser Frage verwarf, stand unzweifelhaft fest, dass es der Gesetzgeber unterlassen hatte, das anfängliche Unvermögen gesetzlich zu regeln. Dieses Versäumnis des Gesetzgebers, eine Regelung für das anfängliche Unvermögen in das BGB aufzunehmen, stand nach Heinrich Titze einer grundsätzlichen Gleichsetzung anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit nach dem Gesetz nicht entgegen.¹¹⁷ Dem Gegenschluss zur Regelung des §306 wäre nur zu entnehmen, dass bei anfänglichem Unvermögen der Vertrag nicht richtig sein sollte.¹¹⁸ Entgegen der herrschenden Lehre lehnte Titze deshalb eine unbedingte Garantiehaftung des Schuldners ab. Weder die Überlegung, dass der Schuldner mit seinem Leistungsversprechen stillschweigend eine Garantie für die eigene Leistungsfähigkeit übernahm, noch eine angebliche Anordnung und Regelung durch den Gesetzgeber konnten seiner Meinung nach für eine solche angeführt

¹¹⁵ Heymann, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 14 (1942), S. V ff.

¹¹⁶ Heymann, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 14 (1942), S. VI f.

¹¹⁷ Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 247 ff.

¹¹⁸ Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 247.

werden.¹¹⁹ Zwar könnte, so Titze, der Schuldner in Einzelfällen durchaus auch eine Garantie für die eigene Leistungsfähigkeit übernehmen. Diese jedoch in sein Leistungsversprechen hineinzuinterpretieren wäre nicht zulässig. Titze sprach insofern von einer drohenden „Vergewaltigung des Parteiwillens“.¹²⁰ Zutreffend wäre es auch, dass einzelne Sonderbestimmungen des besonderen Schuldrechts eine Garantiehaftung des Schuldners anordneten. Allerdings würde es seiner Meinung nach eine unzulässige Verallgemeinerung darstellen, aus diesen eine unbedingte Einstandspflicht des Schuldners abzuleiten.¹²¹ Als oberflächlich und vordergründig bezeichnete Titze Versuche, aus dem Wortlaut des §275 II, der den Schuldner nur bei nicht zu vertretenden, nachträglichen Leistungshindernissen befreite, eine Garantiehaftung bei anfänglichem Unvermögen zu konstruieren.¹²² Aus der Nichtbefreiung des Schuldners bei anfänglichen Unvermögen ließe sich noch nicht einmal ein Schadensersatzanspruch ableiten, geschweige eine unbeschränkte Garantiehaftung. Nicht einmal nach der Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens hätte der Schuldner für sein anfängliches Unvermögen unbedingt einstehen müssen, da er wenigstens bei Unvermögen, das auf faktischen Hindernissen beruhte, befreit werden konnte. Titze warnte zudem davor, vorschnell ein argumentum e contrario anzunehmen, da dieses seiner Meinung nach ein „zweischneidiges Schwert“ und einen Verstoß gegen die Regeln der *ars interpretandi* darstellen würde, einen untauglichen Rechtssatz in das BGB zu transferieren.¹²³ Das BGB wiese vielmehr eine Lücke auf, die durch eine analoge Anwendung der Vorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit zu schließen wäre.

Titzes Argumentation, obgleich beinahe 100 Jahre früher verfasst, stellt einen Gegenentwurf zur Position Ulrich Hubers dar. Nicht von der Hand zu weisen ist das Argument Titzes, dass auch ein möglicher Gegenschluss zu §§275, 306 noch nichts über eine mögliche Schadensersatzhaftung des Schuldners aussagen würde. Nicht berücksichtigt wurden bei Titze hingegen die Gesetzesmaterialien der ersten und zweiten Kommission, sowie der Redaktorenentwurf von Kübels. Aus diesen geht in unzweifelhafter Weise hervor, dass entgegen der Ansicht Titzes, der Gesetzgeber durchaus beabsichtigt hatte, den Schuldner bei anfänglichem Unvermögen unbedingt haften zu lassen.

Auf die abweichende Ansicht Titzes ging Huber nur am Rande ein. Wie auch die anderen gegenläufigen Ansichten wurde diese mit dem pauschalen Hinweis auf die

¹¹⁹ Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 248 f.

¹²⁰ Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 249.

¹²¹ Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 248 f.; vgl. dazu auch Huber in Leistungsstörungen I, §22 I, S. 530 ff.

¹²² Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 249 f.

¹²³ Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 250 f.

Gesetzesmaterialien abgetan. Titzes Deutung der Unmöglichkeitslehre Mommsens, auf die sich Huber unter anderem berief, blieb in gleicher Weise unberücksichtigt. Wie jedoch bereits gezeigt wurde, stand diese mit Hubers These von einer historisch gewachsenen Entwicklung einer unbedingten Haftung für anfängliches Unvermögen seit den Anfängen des gemeinen Rechts im Widerspruch.

bb) Ernst Rabel

Ernst Rabel beschäftigte sich nur am Rande mit dem anfänglichen Unvermögen. Dennoch waren seine Ausführungen durchaus von Einfluss auf die Unmöglichkeitslehre Ulrich Hubers. Huber berief sich, um seine Thesen zu stützen, ausdrücklich auf Rabel. Viele Schriften Ernst Rabels hatten das Internationale Privatrecht zum Gegenstand. Daneben war Ernst Rabel vor allem auf dem Gebiet der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsvergleichung tätig.¹²⁴ Geboren wurde Rabel am 28.01.1874 in Wien. Promotion und Habilitation („Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte“) erfolgten unter Betreuung von Ludwig Mitteis, der Rabels juristisches Werk stark beeinflusste. Ernst Rabel war ordentlicher Professor in Basel, Kiel und Göttingen. Später wirkte Rabel am Institut für Rechtsvergleichung in München und am Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin.¹²⁵ Ernst Rabel war unter anderem Herausgeber der Zeitschrift „Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ und der „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)“. Im Jahre 1936 erschien Rabels Hauptwerk „Das Recht des Warenkaufs“ in zwei Bänden. Ernst Rabel, der 1939 aufgrund seines jüdischen Glaubens aus Deutschland fliehen musste, verstarb am 27.09.1955 in Zürich.

Untersucht wird, in welchem Umfang sich Huber auf Rabel berufen kann. Rabel erblickte in diesem anfänglichen Leistungshindernis durchaus eine wahre Unmöglichkeit der Leistung. Auch sprach sich Ernst Rabel sowohl gegen eine direkte Anwendung der §§323 ff.¹²⁶ wie auch gegen den Versuch aus, dem Leistungsversprechen des Schuldners eine Garantieübernahme entnehmen zu wollen.¹²⁷ Feststehend war für Rabel nur der Fortbestand des Erfüllungsanspruchs sowie die Existenz einer Schadensersatzpflicht des Schuldners. Unklar in Rabels Darstellung blieb hingegen, aufgrund welcher Norm dieser Schadensersatzanspruch gewährt werden sollte, und ob seiner Meinung nach auch eine analoge Anwendung der §§325, 326 in Betracht kam.¹²⁸ Allerdings tendierte wohl auch Rabel dazu, die Verzugsvorschriften im Falle des anfänglichen Unvermögens für einen

¹²⁴ Hofer, NDB, Band 21, S.64 f.

¹²⁵ Kegel, in Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, S.587.

¹²⁶ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 486.

¹²⁷ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 486.

¹²⁸ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 487.

Schadensersatzanspruch gangbar zu machen, auch wenn das geltende deutsche Recht in diesem Fall von einer Unmöglichkeit der Leistung ausging.¹²⁹

Huber wollte den Ausführungen Rabels dann auch nur entnehmen, dass der Anspruch auf Erfüllung im Falle des anfänglichen Unvermögens fortbestehen sollte.¹³⁰ Gleichsam berief sich Huber auf Rabel, insofern sich dieser dafür aussprach, die grundsätzliche Unterscheidung zwischen anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernissen im BGB beizubehalten.¹³¹ Auffallend ist, dass sich Huber nur insofern auf Rabels Ausführungen beruft, als diese seiner rechtlichen Auffassung bezüglich des anfänglichen Unvermögens entsprechen und sie stützen können. Andere Aspekte in Rabels Lehre, wie die Ablehnung, dem Leistungsversprechen des Schuldners die Übernahme einer Garantie für die eigene Leistungsfähigkeit zu entnehmen, blieben bei Huber ungenannt. Vielmehr beschränkte sich Hubers Darstellung der Lehre Rabels auf den kleinsten gemeinsamen Nenner beider Ansichten. Allerdings werden bei Rabel für das anfängliche Unvermögen zum Teil andere Schlüsse gezogen als bei Huber, was bei diesem allerdings keine Erwähnung findet.

cc) Paul Oertmann

Neben Ernst Rabel wird bei Huber vor allem Paul Oertmann als Vertreter der neueren Literatur zitiert. Die Darstellungen Ulrich Hubers erzeugen den Eindruck, dass auch Paul Oertmann Hubers Einschätzungen und Thesen im Wesentlichen teilte.

Paul Ernst Wilhelm Oertmann (03.07.1865 – 22.05.1938) gehörte noch zu den Vertretern der Pandektenwissenschaft. Ein Großteil seiner juristischen Publikationen hatte aber bereits das neue Bürgerliche Gesetzbuch zum Gegenstand.¹³² Nach dem Studium der Rechte in Freiburg und Berlin promovierte Oertmann mit seiner Schrift „Das Testamentum mysticum“ über das Erbrecht im gemeinen Recht. Daran schloss sich noch eine philosophische Doktorarbeit mit dem Titel „Die Volkswirtschaftslehre des Corpus juris civilis“ an.¹³³

Nach seiner Habilitation war Oertmann Rechtslehrer an der Friedrich Wilhelm Universität in Berlin und der Friedrich Alexander Universität in Erlangen. Später wirkte er an der Georg August Universität zu Göttingen. Oertmann, der auch Mitglied der Deutschen Volkspartei war, beteiligte sich maßgeblich am „Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes“ aus dem Jahre 1923. Besondere Bedeutung kam seinem Werk „Das Recht der Schuldverhältnisse“

¹²⁹ Rabel, Warenkauf I, S. 125.

¹³⁰ Vgl. Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 478; Rabel, Festschrift Bekker, S. 232; Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 531 Fn.23.

¹³¹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 4, S. 529 Fn.19 unter Bezugnahme auf Rabel, Festschrift Bekker, S. 219 f.

¹³² Brodhun, S.117 ff.

¹³³ Brodhun, S.37 ff.

zu, ein Kommentar zum neuen Bürgerlichen Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung des gemeinen Rechts

Nach Paul Oermanns Ansicht gehörte die rechtliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens im deutschen Recht zu den dunkelsten und zweifelsvollsten Kapiteln in der Dogmatik.¹³⁴ Allerdings wäre schon im gemeinen Recht im Wesentlichen anerkannt gewesen, dass eine subjektive Unmöglichkeit grundsätzlich ohne Wirkung auf den Bestand der vertraglichen Verpflichtung sein sollte.¹³⁵ Auch den Motiven wollte Oermann entnehmen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers im Falle des anfänglichen Unvermögens nicht die Nichtigkeit des Vertrages gewollt war.¹³⁶ Oermann zur Folge sprach zudem die Überlegung, dass in den Fällen des anfänglichen Unvermögens meist nur eine vorübergehende Unmöglichkeit gegeben war, dagegen, eine Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen.¹³⁷ Entgegen Ulrich Huber hielt Oermann aber den Gegenschluss zu §§306, 275 I, II, nach dem im Falle einer anfänglichen, subjektiven Unmöglichkeit der Vertrag nicht nichtig sein sollte, nicht für eindeutig genug, um daraus eine Garantiehaftung des Schuldners abzuleiten. Seiner Meinung nach kamen im Falle des anfänglichen Unvermögens ein Umkehrschluss zu §§306, 275 wie auch eine Analogie zu den gesetzlich geregelten Vorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit in Betracht. In welcher Weise zu verfahren wäre, wollte er anhand rechtspolitischer Erwägungen sowie der Entstehungsgeschichte des Gesetzes klären.¹³⁸ Oermann trat zudem entschieden für Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs bei anfänglichem Unvermögen ein.¹³⁹ Dem Schuldner sollte nicht die Möglichkeit genommen werden, seine Unfähigkeit zur Leistung selbst zu beheben. Auch würde der Gläubiger bei einem sofortigen Übergang auf Schadensersatz zu Unrecht besser gestellt.¹⁴⁰ Zugleich war es seiner Meinung nach aber fraglich, aufgrund welcher Vorschriften dem Gläubiger Schadensersatz, der auf das positive Interesse gerichtet sein sollte, gewährt werden konnte. Gegen die in Betracht kommende analoge Anwendung der §§275, 280, 325 wandte er ein, dass in den Fällen des anfänglichen Unvermögens von einem haftungsbegründenden, sozialwidrigen Verhalten des Schuldners, das typischerweise im Falle des nachträglichen Unvermögens gegeben wäre,

¹³⁴ Oermann, AcP 140 (1935), S. 129; nach Huber allerdings nur soweit es um die Dogmatik ging, da die gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der rechtlichen Behandlung von hinreichender Klarheit wären; vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 533 Fn.30.

¹³⁵ Oermann, AcP 140 (1935), S. 133; als Vertreter der Gegenauffassung nennt Oermann Mommsen und Hartmann; vgl. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 12 ff.; Hartmann, Die Obligation, S. 188 ff.

¹³⁶ Oermann, AcP 140 (1935), S. 135 unter Hinweis auf Motive, S. 176 f.

¹³⁷ Oermann, AcP 140 (1935), S. 138 f.; darüber hinaus zog Oermann die §§439, 440, 541 a. F. heran, um zu begründen, dass die Nichtigkeit des Vertrages bei anfänglichem Unvermögen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht gewollt war.

¹³⁸ Oermann, AcP 140 (1935), S. 134.

¹³⁹ Oermann, AcP 140 (1935), S. 146 f.

¹⁴⁰ Oermann, AcP 140 (1935), S.144 f.

trotz Vorhandensein eines bestehenden Schuldverhältnisses, meist keine Rede sein konnte. Da die fragliche Pflichtverletzung schon vor Begründung des Schuldverhältnisses erfolgte, würde es daher an einer vergleichbaren Interessenlage fehlen.¹⁴¹ Zudem würden dem Schuldner erst durch das Schuldverhältnis gewisse Willens- und Sorgfaltsspannungen auferlegt, die im Vorfeld der vertraglichen Vereinbarung in dieser Form nicht bestehen würden.¹⁴² Allein aufgrund eines konstruierten Garantievertrags des Schuldners, das der vertraglichen Verpflichtung stillschweigend zugrunde gelegt wurde, ließ sich nach Oertmann eine Haftung auf das positive Interesse nicht begründen, da dieses nur eine wertlose rechtliche Fiktion darstellen würde.¹⁴³ Vielmehr wollte er der vertraglichen Verpflichtung eine Haftung für die persönliche Unzulänglichkeit bzw. für Verschulden im eigenen Betriebs- oder Einflussbereich entnehmen. Die Annahme einer *culpa in contrahendo* insofern, als bei anfänglichem Unvermögen der Schuldner regelmäßig gegen die Pflicht verstoßen würde, sich über die eigene Leistungsfähigkeit zu vergewissern, könnte nur eine Haftung auf das negative Interesse begründen und käme deshalb nicht in Betracht.¹⁴⁴ Oertmann trat damit für eine auf das Erfüllungsinteresse gerichtete Haftung bei endgültigem anfänglichem Unvermögen ein, ohne dies aber auf die Verzugsvorschriften zu stützen.¹⁴⁵

Huber bescheinigte den Ausführungen Oertmanns an mehreren Stellen „zutreffend“ zu sein, ohne hierfür eine genauere Begründung zu geben.¹⁴⁶ Diese Äußerungen Hubers bezogen sich in erster Linie auf die Feststellung Oertmanns, im Falle des anfänglichen Unvermögens wäre der Schadensersatzanspruch des Gläubigers zwingend auf das Erfüllungsinteresse gerichtet und nicht, wie in den Fällen des nachträglichen Unvermögens, von einem Verschulden des Schuldners abhängig.¹⁴⁷ Der Schuldner hätte schon im gemeinen Recht unabhängig von einem Verschulden bei anfänglichen Unvermögen haften müssen.¹⁴⁸ Nach Huber sollten für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung die allgemeinen Regeln der §§283, 326 gelten und ein solcher Schadensersatzanspruch vom Setzen einer Nachfrist abhängig gemacht werden. Auch in dieser Hinsicht berief Huber sich auf Oertmann.¹⁴⁹ Dies ist aber nur

¹⁴¹ Oertmann, AcP 140 (1935), S. 147.

¹⁴² Oertmann, AcP 140 (1935), S. 145.

¹⁴³ Oertmann, AcP 140 (1935), S. 147.

¹⁴⁴ Oertmann, AcP 140 (1935), S. 147 f.

¹⁴⁵ Oertmann, AcP 140 (1935), S. 149 ff.

¹⁴⁶ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 531 Fn.23; S. 532 Fn.24; S. 533 Fn.29; S. 534 Fn.35; S. 536 Fn.47; Huber, Leistungsstörungen I, §23 I 1 c, S. 548 Fn.32a; Huber, Leistungsstörungen I, §23 I 4, S. 556 Fn.66.

¹⁴⁷ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 531 Fn.23.

¹⁴⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 2, S. 526 unter Hinweis auf Oertmann, AcP 140 (1935), S. 129, 132 ff.: Oertmann führte aus, dass nach herrschender Ansicht im gemeinen Recht ein Unvermögen des Schuldners ohne Einfluss auf die Verpflichtung sein sollte.

¹⁴⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 532 bei Fn.24.

teilweise zutreffend. Bei Oertmann findet sich das Erfordernis einer Nachfristsetzung nur im Zusammenhang mit der Norm des §283, nicht aber mit §326. Aus den Ausführungen Oertmanns geht nicht eindeutig hervor, ob er im Falle des anfänglichen Unvermögens die Verzugsregeln für einschlägig hielt.¹⁵⁰ Zwar war bei Oertmann von einer entsprechenden Heranziehung der Vorschriften des Kauf- und Mietrechts, mit dem Verweis des §440 auf die Vorschriften der §§320 ff. die Rede. Daraus schloss Oertmann, dass damit gerade auch ein Verweis auf §325 gemeint war.¹⁵¹

Während Huber für eine unbeschränkte Garantiehaftung eintrat, wollte Oertmann den Schuldner nur für ein Versagen im eigenen Betriebs- und Einflussbereich beziehungsweise bei persönlicher Unzulänglichkeit verantwortlich machen. Huber sah darin keinen Widerspruch zu seinem eigenen Ansatz, zumal es auch nach Oertmann keinem begründeten Zweifel unterliegen könnte, dass der Schuldner sein eigenes Unvermögen unbedingt zu vertreten hatte.¹⁵² Die Überlegung, dass der Schuldner für die Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreises einzustehen hatte, war für Huber nur eine ergänzende Überlegung, mit der sich eine unbedingte Haftung des Schuldners begründen ließ, da sich die unterschiedlichen rechtspolitischen Begründungsansätze nicht ausschlossen, sondern ergänzten.¹⁵³ Allerdings war die unbedingte Garantiehaftung des Schuldners, die Huber vertrat, weit reichender als die Haftung für die Unzulänglichkeit des eigenen Geschäftskreises, die Oertmann dem Schuldner auferlegen wollte. Die Vereinnahmung von Oertmann durch Huber in dieser Frage erscheint daher als zweifelhaft. Fraglich ist auch, warum Huber derart bemüht ist, den Gleichklang zwischen der Ansicht Oertmanns und seiner eigenen herauszustellen. Dies hängt mit dem überragenden Rang von Oertmanns Abhandlung und der späteren Interpretation seiner Lehre durch Karl Larenz zusammen, der ausgehend von der Abhandlung Oertmanns zu anderen Ergebnissen kommt als Huber.

dd) Karl Larenz

Karl Larenz griff die Lehre Oertmanns auf und entwickelte sie weiter. Larenz neigte hierbei zu einer anderen Einschätzung der Lehre Oertmanns als Huber. Huber wendete sich gegen die Vereinnahmung Oertmanns durch Karl Larenz. Entschieden trat er den Ausführungen Larenz entgegen.

Karl Larenz (* 23. April 1903; † 24. Januar 1993) entstammte einer Juristenfamilie. Neben Rechtswissenschaften studierte er auch Volkswirtschaft und Geschichte.

¹⁵⁰ Oertmann, AcP 140 (1935), S. 149.

¹⁵¹ Oertmann, AcP 140 (1935), S. 151 f.

¹⁵² Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 534 Fn.35 unter Bezugnahme auf Oertmann, AcP 140 (1935), S. 129, 148.

¹⁵³ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 536.

Nach seiner Dissertation zu dem Thema „Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung“ habilitierte sich Larenz bei Julius Binder in Göttingen, ohne den juristischen Vorbereitungsdienst durchlaufen bzw. das Assessorenexamen abgelegt zu haben.¹⁵⁴ Ab Mai 1933 lehrte er an der Universität Kiel. Neben Ernst Rudolf Huber und Georg Dahm gehörte Larenz zu einer Gruppe jüngerer Professoren, die als Kieler Schule bezeichnet wurde und das Rechtsverständnis in der Zeit des Nationalsozialismus entscheidend mitbestimmten und prägten.¹⁵⁵ Nach dem Zweiten Weltkrieg lehrte Larenz in Kiel und München. Zu seinen bedeutendsten Werken zählen neben seinem „Lehrbuch des Schuldrechts“ und seinem „Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts“ auch die „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“.

Nach Karl Larenz konnte es keinem Zweifel unterliegen, dass das Gesetz hinsichtlich des anfänglichen Unvermögens eine Regelungslücke aufwies. Aus dem von Huber herangezogenen argumentum e contrario zu §§275 II, 306 ließ sich seiner Meinung nach nur ableiten, dass der Vertrag im Falle des anfänglichen Unvermögens wirksam sein sollte, nicht jedoch wie das anfängliche Unvermögen rechtlich zu behandeln wäre.¹⁵⁶ Zwar trat auch Larenz grundsätzlich für eine Garantiehaftung des Schuldners und gegen eine den §§275, 276, 280 nachgebildete Verschuldenshaftung ein. Jedoch machte er Oertmanns Überlegungen von einer Haftung für die Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreises für eine Haftungsbeschränkung gangbar. Eine schrankenlose Garantie des Schuldners empfand er als zu weitgehend. Überdies hätte eine solche den Schuldner in unangemessener Weise benachteiligt.¹⁵⁷ Der Gläubiger könnte regelmäßig keinen Einblick in die Verhältnisse des Schuldners haben und müsste sich deshalb auf das Leistungsversprechen des Schuldners verlassen können. Dieses Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners wäre nämlich grundsätzlich schützenswert. Nicht einzustehen hätte der Schuldner hingegen für Leistungshindernisse, die ihren Grund außerhalb des eigenen Geschäftskreises hätten. Insbesondere in den Fällen höherer Gewalt wäre eine Haftung des Schuldners nicht angezeigt.¹⁵⁸ In allen anderen Fällen war nach Larenz jedoch eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse geboten. Larenz Ansicht unterscheidet sich von Hubers Ansicht in wesentlichen Punkten. So lag nach der Ansicht Hubers schon keine Regelungslücke beim anfänglichen Unvermögen vor. Auch war es für ihn, im Gegensatz zu Larenz, eindeutig, wie diese Fälle rechtlich zu behandeln waren. Ein weiterer Unterschied ist in der Ausgestaltung

¹⁵⁴ Canaris, JZ 1993, S.404 f.

¹⁵⁵ Eckert, Was war die Kieler Schule?, S.49 ff.

¹⁵⁶ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §8 II, S. 100 f.

¹⁵⁷ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §8 II, S. 101 f.

¹⁵⁸ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §8 II, S. 101 ff.

der Garantiehaftung des Schuldners zu sehen. Insgesamt kann festgestellt werden, dass Larenz Theorie von der Haftung für die Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreis im Widerspruch zu Hubers Theorie steht, der Gesetzgeber hätte es nicht versäumt, das anfängliche Unvermögen zu regeln. Darin ist auch der Grund zu sehen, warum dieser Ansatz bei Huber bestritten wird. Ein Abrücken von der unbedingten Garantiehaftung des Schuldners hätte zudem Auswirkungen auf Hubers Konzeption des §279 und seine dogmatische Unterscheidung zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden Leistungshindernissen. Aufschlussreich für die Arbeitsweise Hubers ist an dieser Stelle, wie Huber sich mit der Gegenmeinung Larenz auseinandersetzt. Er scheint der Auffassung gewesen zu sein, Larenz berufe sich zu Unrecht auf Oertmann. Wie gezeigt wurde, ist Oertmanns Ansicht aber nur zum Teil deckungsgleich mit der Ansicht Hubers. Die Thesen Larenz stellen dagegen eine konsequente Weiterentwicklung der Lehre Oertmanns dar. Huber versuchte an dieser Stelle erneut, eine Gegenansicht mit dem Hinweis auf die seiner Meinung nach eindeutigen Gesetzesmaterialien zu entkräften. Huber warnte nämlich davor, einseitig auf einen Aspekt, der für die Begründung einer Garantiehaftung herangezogen werden konnte, abzustellen und daraus mittels begrifflicher Ableitung eine Beschränkung der vom Gesetzgeber eindeutig gewollten Garantiehaftung abzuleiten.¹⁵⁹ Zudem verwies er darauf, dass die Theorie von der Haftung für die Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreis nicht den Zuspruch der Rechtsprechung gefunden hätte.¹⁶⁰

ee) Fazit

Auffallend ist, dass Huber sich mit den Positionen der Gegenauflässungen kaum auseinandersetzt. Diese werden zwar kurz erwähnt, aber immer wieder mit dem Hinweis auf die diesbezüglich eindeutige Gesetzeslage abgelehnt. Die Gesetzesmaterialien sind für ihn insofern verbindlich.¹⁶¹ Damit wird deutlich, dass Huber sich zur Begründung seiner Thesen einer objektiven Gesetzesauslegung bedient, zumal sich die Frage der Verbindlichkeit der Gesetzesquellen für die Gesetzesauslegung für ihn nicht stellte. Für Ulrich Huber ist der aus den Gesetzesmaterialien erkennbare Wille des Gesetzgebers damit verbindlich für die Auslegung des Gesetzes, zumal er seiner Meinung nach im Einklang mit der herrschenden Lehre im gemeinen Recht steht. Huber bezeichnete es als erstaunlich, dass es angesichts des

¹⁵⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 536 f.

¹⁶⁰ Nur in einer Entscheidung hätte es der BGH offen gelassen, ob der Ansicht Larenz zu folgen wäre. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 534 unter Hinweis auf BGH LM §242 (BA) Nr.60; ablehnend dagegen BGH WM 1972, 656, 657.

¹⁶¹ Vgl. hierzu Gudian, NJW 1971, 1239, 1240: „Der Wille des Gesetzgebers ist indes keine unüberwindliche Barriere. Selbst seine expressis verbis niedergelegten Wertvorstellungen binden die Mit- und Nachwelt nur soweit und solange, wie sie (noch) von der Rechtsüberzeugung der Rechtsgemeinschaft getragen oder zumindest toleriert werden.“

selbstverständlichen Gegenschlusses zu §§275, 306, vereinzelt zu Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten in der Literatur kommen konnte. Huber macht dafür das falsche Dogma „kein Verzug ohne Verschulden“ und eine „gewisse Blindheit für den strukturellen Unterschied zwischen anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernissen“ verantwortlich, die durch Fehler im akademischen Elementarunterricht erst künstlich herbeigeführt würden.¹⁶² Die entgegenstehenden Ansichten lehnte er mit der pauschalen Behauptung ab, alle vertretenen Gegenauffassungen wären mit dem Gesetz unvereinbar und hätten zudem in der Rechtsprechung keinen Zuspruch gefunden. Auch war Huber stets darum bemüht, Gemeinsamkeiten in den Ansichten der verschiedenen Autoren aufzuzeigen. Dadurch entstand der Eindruck, dass in der Literatur eine große Übereinstimmung über die rechtliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens herrschte. Dies ist aber, wie gezeigt wurde, nur teilweise zutreffend.

Da Huber die Gesetzesmaterialien für eindeutig und verbindlich hielt, fiel es ihm auch nicht schwer, Argumente, die seine Thesen stützen könnten, die er aber für nicht relevant oder in der Begründung zweifelhaft hielt, abzulehnen. So widersprach Huber der weit verbreiteten Argumentation, aus der Sonderregelung des §440 ließe sich ein allgemeines Prinzip ableiten, nach dem der Schuldner für sein ursprüngliches Unvermögen unbedingt und ohne Verschulden haften müsste.¹⁶³ Die Haftung des Schuldners könnte nicht auf irgendwelche Besonderheiten des Kaufrechts gestützt werden, sondern immer nur auf das allgemeine Prinzip der Haftung für anfängliches Unvermögen.¹⁶⁴

d) Rechtsprechung

Nach Huber war es für die Rechtssprechung von jeher eine Selbstverständlichkeit, dass der Schuldner für sein anfängliches Unvermögen haften musste, ohne dass es auf ein mögliches Verschulden ankam.¹⁶⁵ Diese Behauptung belegte er mit einer Fülle von Beispielen aus der Rechtsprechung, die beweisen sollten, dass die Rechtsprechung schon immer von einer Garantiehaftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen ausgegangen war. Insofern ist die Rechtsprechung zur Haftung des Schuldners für sein anfängliches Unvermögen auch eindeutig. Sowohl BGH als auch Reichsgericht gingen in ständiger Rechtsprechung von einer unbedingten Einstandspflicht und Verpflichtung des Schuldners

¹⁶² Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 533.

¹⁶³ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 535 Fn.39.

¹⁶⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 535.

¹⁶⁵ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 533 unter Berufung auf RGZ 69 (1909), 355, 357; BGHZ 129, 103, 105; BGH NJW 1997, 938, 939; BB 1997, 1383, 1383; vgl. dazu auch die zitierten Stellen bei Huber, Leistungsstörungen I, §23 I 1a, S. 543 Fn.1.

zum Schadensersatz aus.¹⁶⁶ Der Schuldner würde bei Abschluss des Vertrages eine Garantie für seine eigene Leistungsfähigkeit übernehmen.

Die Ansicht der Rechtsprechung ist für Huber ein Beleg für die, seiner Meinung nach, eindeutige Gesetzeslage. Der Hinweis auf die gefestigte Rechtsprechung dient Huber als Beleg für die Richtigkeit seiner Argumentation. Die Rechtsprechung hätte - im Gegensatz zur Literatur - nie ein Problem damit gehabt, den Willen des Gesetzgebers zu erkennen. Huber hält die Garantiehaftung des Schuldners für sein anfängliches Unvermögen für so selbstverständlich, dass eine nähere Beschäftigung mit der Rechtsprechung unterbleibt. Es wird lediglich in einer Fußnote pauschal darauf verwiesen.¹⁶⁷ Dass die Rechtsprechung für Huber in dieser Frage nur eine untergeordnete Rolle spielt, wird auch aus dem Umstand ersichtlich, dass Huber der Darstellung von Mommsens Ansicht und des Rechtzustands im gemeinen Recht weit mehr Platz einräumte wie der Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof. Der Grund hierfür mag darin zu sehen sein, dass Huber davon ausging, dass durch die Darstellung des dem BGB vorhergehenden Rechtszustand erst erkennbar wurde, was für den historischen Gesetzgeber eine Selbstverständlichkeit gewesen wäre. Allerdings verwies Huber im Rahmen seiner Darstellung des anfänglichen Unvermögens bei besonderen Schuldverhältnissen immer wieder auf einschlägige Urteile der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die bei ihm auch immer wieder als beispielhafte Illustrierung seiner Darstellung dienten.

e) Systematische Erwägungen

Allein schon aufgrund des Umfangs der Darstellung scheinen systematisch Erwägungen von größerer Wichtigkeit für Huber gewesen zu sein. Der Gesetzesystematik wurde weit mehr Raum in Hubers Darstellung eingeräumt als der Schilderung der Rechtsprechung. Neben der historischen Auslegung sind es immer wieder systematische Argumente, auf die sich Huber in besonderer Weise beruft. Es wird zu klären sein, welche Bedeutung der systematischen Auslegung bei Huber zukommt. Dabei ist auch zu überprüfen, ob sich Huber hierbei in Widerspruch zu den Ergebnissen seiner historischen Auslegung setzt oder sich systematische und historische Auslegung bei Huber zu einem einheitlichen Gesamtbild zusammenfügen.

¹⁶⁶ Offen gelassen hatte der BGH in BGH NJW 1972, 1702, 1703 allerdings, ob der Schuldner für sein Unvermögen zur Leistung unbedingt oder lediglich für die Zuläglichkeit des eigenen Geschäftskreises einzustehen hatte. Fraglich blieb danach auch, ob die Haftung des Schuldners durch außergewöhnliche Lebensumstände ausgeschlossen werden konnte. Vgl. statt vieler BGH NJW 1988, 2878; NJW 1991, 2700; NJW 1992, 905.

¹⁶⁷ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II S.533.

Um die Haftung des Schuldners bei anfänglichem Unvermögen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begründen, stellte Huber eine Reihe von systematischen Erwägungen an. Hierbei argumentierte er in erster Linie mit einem Umkehrschluss zu §§275 I, II, 306. Aus dem Umstand, dass nur das nachträgliche Unvermögen den Schuldner von der Verpflichtung auf Erfüllung und Schadensersatz befreite, falls dieser den Umstand, der zum Leistungshindernis geführt hatte, nicht zu vertreten hatte, folgerte Huber, dass anfängliches Unvermögen den Schuldner, unabhängig von einem Vertretenmüssen, eben gerade nicht befreien sollte.¹⁶⁸ Auf den Einwand, die Garantiehaftung für anfängliches Unvermögen und der Umkehrschluss zu §§275 II, 306 wäre keine zwingend logische Folge, da auch eine Anwendung der Grundsätze der nachträglichen Unmöglichkeit in Betracht kommen würde,¹⁶⁹ entgegnete Huber, dass sich diese Rechtsfolge aus einer Gesetzesinterpretation herleiten ließe, sofern man das Gesetz nur hinreichend ernst nehme und „dem Gesetzgeber konzediert, dass er seine Worte mit Bedacht gewählt hat.“¹⁷⁰ Wie die zahlreichen abweichenden Meinungen in der Literatur allerdings zeigten, war dieser Umkehrschluss zu §275 II und §306 jedenfalls nicht eindeutig genug, um eine einheitliche Behandlung des anfänglichen Unvermögens dauerhaft sicherzustellen. Eine darüber hinausgehende Begründung fand sich bei Huber nicht. Insbesondere lehnte es Huber ab, eine Garantiehaftung des Schuldners aus Vorschriften des besonderen Schuldrechts abzuleiten.¹⁷¹

Den möglichen Einwand der Gegenauffassung, seine Ansicht hätte aufgrund der Beliebigkeit des Vertragsschlusses zu zufälligen, unbilligen Ergebnissen geführt, begegnete Huber mit dem Hinweis, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht in besonderen Härtefällen durchaus befreit werden könnte. Dies sollte zumindest dann gelten, wenn die maßgebliche Opfergrenze erreicht wäre. Diese ergab sich Huber zufolge entweder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§242)¹⁷² oder ließ sich aus den Grundsätzen der §§251 II S.1, 633 II S3 herleiten.¹⁷³

Eine Gleichbehandlung des anfänglichen Unvermögens mit der nachträglichen Unmöglichkeit müsste schon deshalb ausscheiden, da die Interessenlage nicht vergleichbar wäre. Der Schuldner, dem die Leistung nachträglich unmöglich geworden wäre, müsste nur dann auf Schadensersatz haften, wenn er den Umstand, der zu seiner Leistungsunfähigkeit geführt

¹⁶⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 531; gegen die Aussagekraft dieses Gegenschlusses wandten sich insbesondere Oertmann und Titze: vgl. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 247 sowie Oertmann, AcP 140 (1935), S. 134.

¹⁶⁹ So Oertmann, AcP 140 (1934), S. 134.

¹⁷⁰ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 532 Fn.27.

¹⁷¹ Huber, Leistungsstörungen I, §22 II, S. 535 Fn.39.

¹⁷² Huber, Leistungsstörungen I, §23 I, S. 544.

¹⁷³ So BGH NJW 1988, 699, 700; BGH NJW 1994, 515, 516.

hatte, zu vertreten hatte. In diesem Falle wäre ihm die Unfähigkeit die geschuldete Leistung zu bewirken aber vorwerfbar und die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz berechtigt. Die Ausgangsposition des Schuldners im Falle des anfänglichen Unvermögens wäre hingegen eine andere. Derjenige, der sich zur Erbringung einer Leistung verpflichtete, die er zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht erbringen konnte, würde dies typischerweise deshalb tun, weil er Aussicht zu haben glaubte, er könnte seine Leistungsfähigkeit bis zum vereinbarten Leistungstermin noch herbeiführen. Würde ihm dies nicht bis zur Fälligkeit der Leistung gelingen, stünde ihm das Schuldnerprivileg der Nachfristsetzung durch den Gläubiger zu.¹⁷⁴ Da sich der Schuldner in diesen Fällen aber regelmäßig vertragstreu verhalten wollte, bestünde in der Sache kein Unterschied zu den Regelungen des Verzugs. Aufgrund dessen hätte der Gesetzgeber auch keinen Grund gehabt, den Schuldner im Fall des anfänglichen Unvermögens schlechter zu stellen, da er insofern auch schutzwürdig wäre. Jedoch müsste der Schuldner sein Unvermögen regelmäßig unbedingt vertreten. Das Erfordernis einer Nachfristsetzung konnte nach Huber unter gewissen Umständen aber auch entbehrlich sein, wie im Falle der endgültigen Erfüllungsverweigerung oder wenn offensichtlich wäre, dass auch eine Nachfristsetzung nicht zum gewünschten Erfolg führen würde.¹⁷⁵

Die Anwendung der Regelungen des Verzugs auf die Fälle des anfänglichen Unvermögens begegnen meiner Meinung nach einer Reihe systematischer Bedenken. Zu Recht wurde auf die scheinbare Unbilligkeit einer vorzunehmenden Nachfristsetzung hingewiesen, die dem Gläubiger regelmäßig nicht zugemutet werden könnte. Auch mag man gegen Hubers Lösung einwenden, dass es als zweifelhaft erscheint, wenn der Gläubiger erst aufgrund der Verzögerung der Leistung berechtigt sein sollte, Schadensersatz der Leistung zu fordern, sofern man ihn nicht auf den Weg des §283 verweisen wollte. Diesen Umstand mag man allerdings in Kauf nehmen, wenn man bedenkt, auf welche dogmatischen Schwierigkeiten die herrschende Lehre stößt, um eine Haftung des Schuldners auf das positive Interesse zu begründen. Hierbei wird häufig auf das in der Verpflichtung angeblich enthaltene Garantieversprechen abgestellt, um eine Haftung auf das positive Interesse zu begründen. Problematisch ist, dass es vor Vertragsschluss noch keine aus dem Vertrag verletzte Pflicht geben konnte, die eine Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründen könnte. Als verletzte Pflicht kommt vor Vertragsschluss lediglich die Nichtvergewisserung über die eigene Leistungsfähigkeit in Betracht. Insofern besteht aber eine vergleichbare Rechtslage zur culpa in contrahendo, die jedoch auf das negative Interesse gerichtet ist. Diese dogmatische

¹⁷⁴ Huber, Leistungsstörungen II, §59 III, S. 827.

¹⁷⁵ Huber, Leistungsstörungen II, §59 III, S. 828.

Schwierigkeit umgeht Huber mit seiner Behandlung des anfänglichen Unvermögens.

Anfängliches Unvermögen stellte seiner Ansicht nach zwar einen Haftungsgrund dar, aber noch keinen Tatbestand, der ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründen könnte. Hinzukommen musste demnach noch der Umstand einer Verzögerung der Leistung, die ihrerseits aber eine Haftung auf das positive Interesse begründen konnte.

Bereits am Beispiel des anfänglichen Unvermögens wird deutlich, dass die Grenzen zwischen Unmöglichkeit und Verzug bei Huber fließend sind. Eine strikte Trennung der Rechtsinstitute kam nach seiner Ansicht nicht in Betracht, zumal er davon ausging, dass nach dem Gesetz nicht zwischen den Kategorien der Unmöglichkeit und des Verzugs zu unterscheiden war, sondern zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden Leistungsstörungen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass Hubers Darstellung des anfänglichen Unvermögens in sich schlüssig ist, und sich in das System der Leistungsstörungen des BGB ohne Widersprüche einfügt. Dies wird insbesondere am Beispiel des §440 deutlich. Huber sah sich mit seiner Auslegung des Unvermögensbegriffs in der Lage, die Regelung in sich stimmig zu erklären. Huber begriff §440 als Rechtsgrundverweisung auf die §§320 ff. und als Abkehr von dem im gemeinen Recht vorherrschenden Prinzip der Eviktionshaftung.¹⁷⁶ Wie sich aus §433 I 1 ergeben würde, wäre der Verkäufer nicht nur dazu verpflichtet gewesen, dem Käufer den Besitz an der Sache einzuräumen, sondern hätte ihm vielmehr das Eigentum frei von Rechten Dritter zu verschaffen. §440 würde lediglich der Klarstellung dienen, dass der Verkäufer, der nicht in der Lage war, dem Schuldner das Eigentum frei von den Rechten Dritter zu verschaffen, dem Schuldner nach den allgemeinen Regeln haften musste (Rechtsmängelhaftung).¹⁷⁷ Hauptanwendungsbereich der Norm wären deshalb die Fälle des behebbaren anfänglichen Unvermögens gewesen, da Rechtsmängel typischerweise schon vor dem Vertragsabschluss gegeben wären. Darum wäre der Verweis des §440 regelmäßig auch als Verweis auf §326 und nicht auf §325 zu verstehen. Eine Gleichstellung von anfänglichen, behebbaren Leistungshindernissen mit nachträglichen, endgültigen Leistungsstörungen (die von §325 umfasst wurden) wäre nicht geboten.¹⁷⁸ Der Verkäufer sollte deshalb an seiner Pflicht zur Rechtsverschaffung festgehalten werden, weshalb grundsätzlich für einen Schadensersatzanspruch oder Rücktritt des Käufers auch das erfolglose Verstreichen einer zu setzenden Nachfrist erforderlich gewesen wäre. Dem Verkäufer würde sonst durch die

¹⁷⁶ A.A. MüKo-Westermann, §440 Rn.2 ff., der §440 als partielle Rechtsgrundverweisung auf das Vertretenmüssen und partielle Rechtsfolgenverweisung bzgl. des anfänglichen Unvermögens auffassen wollte.

¹⁷⁷ Soergel-Huber, §440 Rn.2 ff.

¹⁷⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §23 I 1, S. 547.

Anwendung des §325 jegliche Chance zur Behebung des Leistungshindernisses innerhalb der gesetzten Nachfrist genommen.¹⁷⁹ Bei dauerhaften Leistungshindernissen wollte Huber, der das anfängliche Unvermögen ohnehin als Unterfall des Verzugs begriff und eine Regelungslücke insofern verneinte, den Käufer vom Erfordernis der Nachfristsetzung befreien. Der Auffassung der Gegenmeinung, die die §323 ff. hingegen nur bei endgültigen Leistungshindernissen für anwendbar hielt und deshalb §440 als Rechtsfolgenverweisung begreifen musste, stand eine Stelle in den Protokollen entgegen, in der der historische Gesetzgeber offensichtlich von einer Rechtsgrundverweisung ausging.¹⁸⁰ Auch stand diese Ansicht Hubers mit einer gefestigten Rechtssprechung im Einklang.¹⁸¹ Zusammenfassend ist zu sagen, dass die systematische Auslegung, neben der historischen Auslegung, den zweiten großen Stützpfleifer in Hubers Argumentation bildet. Die Untersuchung der Gesetzesystematik stellt einen grundlegenden Bestandteil von Ulrich Hubers Arbeitsweise dar. Dabei richtet sich Hubers Blick nicht auf einen eng abgegrenzten Problemkreis. Vielmehr versucht er, die Auslegungsergebnisse im großen Kontext darzustellen. Huber überprüft anhand der Gesetzesystematik gewissenhaft, wie sich seine These von der Haftung des Schuldners für sein anfängliches Unvermögen in das Haftungssystem des BGB einfügte. Wie gezeigt wurde, setzte sich Huber hierbei nicht in Widerspruch zu seinen historischen Ausführungen. Vielmehr dienten seine systematischen Erwägungen dazu, die Ergebnisse seiner historischen Auslegung zu stützen.

4. Fazit

Die Darstellung des anfänglichen Unvermögens durch Ulrich Huber stellt sich als der Versuch dar, einen Zusammenhang zwischen den Quellen des gemeinen Rechts, den Gesetzesmaterialien und der neueren Literatur zu konstruieren. Für Huber sprechen in erster Linie die Gesetzesmaterialien und seine systematischen Erwägungen. Hubers Thesen werden in umfassender Weise systematisch begründet. Die historische Auslegung der

¹⁷⁹ Soergel-Huber, §440 Rn.13.

¹⁸⁰ Prot. S. 1325 f.: sachlich war die Kom. in Übereinstimmung mit dem Entw. und dem Antrage darüber einverstanden, daß es, so lange der dingliche Vertrag noch ausstehe, hinsichtlich der Ansprüche des Käufers an den Verkäufer bei den allgemeinen Grundsätzen der §§362-369 c bewende, daß nach Maßgabe dieser Vorschriften der Käufer berechtigt sei, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, auf Erfüllung zu klagen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder, wenn die Voraussetzungen gegeben seien, vom Vertrage zurückzutreten. Man hielt es aber nicht für angezeigt, diesen praktisch wichtigen Rechtssatz, weil er sich aus dem Zusammenhang der Vorschriften von selbst ergebe, im Gesetze zu übergehen, sondern es schien mit Rücksicht auf die Gemeinverständlichkeit und Deutlichkeit des BGB., zumal es sich um im Leben häufig vorkommende Verhältnisse handle, erforderlich, den Inhalt der Berechtigung des Käufers durch eine ausdrückliche Bestimmung klarzustellen.“; vgl. dazu Huber, Leistungsstörungen I, §23 I 1, S. 547 Fn.30a.

¹⁸¹ Vgl. RG JW 1908, 35; RGZ 69 (1909), 355, 377; RGZ 117 (1927), 335, 336; RGZ 149 (1936), 195, 197; BGHZ 11, 16, 21; BGH WM 1984, 214, 215; BGH WM 1984, 214, 215; BGH WM 1987, 1371; BGHZ 13, 341, 342; BGH MDR 1964, 234, 235.

Gesetzesmaterialien können Hubers systematische Ausführungen stützen. Seiner Deutung der Gesetzesmaterialien ist zuzustimmen. Diese belegen hinreichend, dass der Gesetzgeber von einer Garantiehaftung des Schuldners im Falle des anfänglichen Unvermögens ausging. Hubers Umgang mit den Gesetzesmaterialien und seine Ausführungen zum anfänglichen Unvermögen geben auch Aufschluss über seine Arbeitsweise. Es lässt sich feststellen, dass der Wille des historischen Gesetzgebers für Huber insofern verbindlich ist. Dies wird immer dann im besonderen Maße deutlich, wenn er Gegenmeinungen mit dem Einwand zu entkräften versucht, der Wille des historischen Gesetzgebers wäre insofern eindeutig. Bestärkt wird er in dieser Ansicht von der Überzeugung, dass der historische Gesetzgeber in dieser Frage der herrschenden Lehre im gemeinen Recht gefolgt war. Auf bestehende Widersprüche weist Huber jedoch nicht hin. Die Ansichten der Autoren zum gemeinen Recht werden stark vereinfacht und verkürzt dargestellt. Insgesamt besteht hier nur teilweise Übereinstimmung zwischen den Quellen des gemeinen Rechts und dem späteren BGB. Auch beschränkt sich die Darstellung des rechtlichen Zustands vor Inkrafttreten des BGB auf die Darstellung der Ansichten Mommsens, Windscheids und Hartmanns. Eine Auseinandersetzung mit Vertretern der Gegenmeinung fehlt an dieser Stelle. Auffällig ist auch, dass sich Huber mit der neueren Literatur in erster Linie dann beschäftigt, wenn seine Auslegung der historischen Quellen in Frage gestellt wird. Auch an dieser Stelle ist Huber darum bemüht, die Gemeinsamkeiten in den Meinungen aufzuzeigen. Dabei werden wichtige Unterschiede aber zum Teil ausgeblendet.

II. Vorübergehende Unmöglichkeit

Während sich Hubers Position zum anfänglichen Unvermögen, vom Standpunkt der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung, im Wesentlichen nur durch seine Argumentationsstruktur unterschied, so vertrat er bezüglich der vorübergehenden Unmöglichkeit eine Mindermeinung. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung war er der Auffassung, dass auch vorübergehende Leistungshindernisse unter die Unmöglichkeitsvorschriften zu subsumieren waren und dem Gesetz kein einheitlicher Unmöglichkeitsbegriff zugrunde lag. Diese These Hubers bedarf einer vertieften Begründung, da der Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften allein keinen Hinweis auf eine unterschiedliche Fassung des Unmöglichkeitsbegriffs gibt. Am Beispiel der vorübergehenden Unmöglichkeit soll untersucht werden, auf welche Argumente Huber seine Auffassung stützt, dass auch vorübergehende Leistungshindernisse unter die Unmöglichkeitsvorschriften zu subsumieren waren und dem Begriff der Unmöglichkeit unterschiedliche Bedeutungen in den gesetzlichen Vorschriften zukommen konnten.

Um aus Hubers Ausführungen zu diesem Problemkreis Rückschlüsse auf seine Arbeitsweise ziehen zu können, ist dabei auch auf die von Huber herangezogenen Rechtsquellen abzustellen.

1. Gesetzliche Regelung

Das Gesetz enthielt in seiner alten Fassung keine Definition des Unmöglichkeits- oder Unvermögensbegriffs. Auch gab es keinen Hinweis auf die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Unmöglichkeit oder das Unvermögen andauern mussten, damit der Schuldner von der Leistungspflicht befreit wurde. Aus der systematischen Unterscheidung zwischen objektiver Unmöglichkeit in §275 I und subjektiver Unmöglichkeit in §275 II sowie der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit in §306 wurde jedoch deutlich, dass der historische Gesetzgeber im Wesentlichen an der Trennung anfänglicher und nachträglicher Leistungsstörungen sowie der Unterscheidung zwischen Leistungshindernissen, die ihren Grund in der Person des Schuldners oder in der Natur des Leistungsgegenstands hatten, festhalten wollte.¹⁸² Den Verzugsregeln in §§ 284 ff. bzw. §326 kam die Aufgabe zu, Fälle zu regeln, in denen die geschuldete Leistung durch den Schuldner nicht rechtzeitig erfolgt war.

¹⁸² So schon Friedrich Carl von Savigny und ihm folgend Friedrich Mommsen. Vgl. Savigny, Obligationenrecht I, S.382 ff. und Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 5 ff. Vielfach wurde vertreten, der historische Gesetzgeber hätte sich die von Mommsen konstruierte und von Bernhard Windscheid rezipierte Unmöglichkeitslehre zu Eigen gemacht. Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 519; Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 174.

2. Meinungsstand zur vorübergehenden Unmöglichkeit

Die Auffassung, dass auch die vorübergehende Unmöglichkeit unter die Unmöglichkeitsvorschriften zu subsumieren war, erscheint auf den ersten Blick als zweifelhaft, zumal die §§280, 325 dem Gläubiger im Falle einer Unmöglichkeit des Schuldners weit reichende Rechtsbehelfe einräumten. Denn es läge eine Unbilligkeit darin, dem Gläubiger auch bei vorübergehenden Leistungshindernissen schon nach §§280, 325 ein Recht auf Schadensersatz wegen Nickerfüllung einzuräumen, wenn §326 diesen Schadensersatzanspruch von zusätzlichen Voraussetzungen, wie dem Setzen einer Nachfrist abhängig mache. Zu Beginn ist erneut darauf hinzuweisen, dass die praktische Bedeutung dieses Streits gering war, da auch die herrschende Lehre bereit war, unter gewissen Umständen dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht bei vorübergehenden Leistungshindernissen zuzubilligen. Für Hubers Konzeption des Leistungsstörungsrechts war die Ausdehnung des Unmöglichkeitsbegriffs auf vorübergehende Leistungshindernisse aber von entscheidender Bedeutung.¹⁸³

a) Literatur

Die neuere Literatur ging überwiegend von einem einheitlichen Unmöglichkeitsbegriff im BGB aus. Sie definierte Unmöglichkeit im Allgemeinen als ein dauerhaftes und endgültiges Leistungshindernis, das der Schuldner mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht beheben konnte.¹⁸⁴ Aus der Unterscheidung des Gesetzes zwischen Unmöglichkeit und Verzug würde folgen, dass Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes nur als endgültiges Leistungshindernis zu verstehen wäre.¹⁸⁵ Darüber hinaus könnte es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, dass sich auch bei vorübergehenden Leistungshindernissen der Leistungsanspruch des Gläubigers nach den §§280, 325 in einen Anspruch auf das Interesse verwandelte. Aus §326 I, II, §286 II sowie aus §283 wäre deutlich ersichtlich, dass dies nur unter zusätzlichen Voraussetzungen möglich sein sollte. Diese Voraussetzungen würden umgangen, wenn bereits ein vorübergehendes Leistungshindernis nach den §§280, 325 zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers führen konnte. Die Aufgabe, vorübergehende Leistungshindernisse zu erfassen, sollte nach Ansicht der neueren Literatur den Regelungen des Verzugs zukommen.¹⁸⁶ Etwas anderes sollte nur für das absolute Fixgeschäft gelten, bei dem die Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen musste. Jedoch verschloss sich

¹⁸³ Huber, FS Gaul, S. 223.

¹⁸⁴ So auch noch Huber, Gutachten, S. 647, 758; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §21 I a, S. 305 f.; Palandt-Heinrichs, §275 Rn.17 ff.

¹⁸⁵ MüKo-Emmerich, §275 Rn. 33.

¹⁸⁶ Vgl. Palandt-Heinrichs, §275 Rn.17 f.; MüKo-Emmerich, §275 Rn. 41.

auch die herrschende Lehre nicht der Einsicht, dass eine solche Auslegung der Unmöglichkeitsvorschriften zu Unbilligkeiten führen konnte, wenn dem Gläubiger nach den Umständen des Einzelfalls ein Zuwarten nicht zugemutet werden konnte.¹⁸⁷ Aus diesem Grunde wollte die herrschende Lehre unter gewissen Voraussetzungen dem Gläubiger das Recht zubilligen, sich vom Vertrage zu lösen. Hinsichtlich der Voraussetzungen für dieses Rücktrittsrecht herrschte jedoch Uneinigkeit. Hierbei sollte neben den Umständen des Einzelfalls, auch auf die Interessen der Vertragsparteien abgestellt werden.

Teilweise wurde jedoch in der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass die vorübergehende Unmöglichkeit zu einer Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht führen konnte.¹⁸⁸ Allerdings sollten diese Leistungshindernisse nur geeignet sein, eine vorübergehende Befreiung des Schuldners herbeizuführen. Es blieb jedoch oftmals unklar, ob die Gleichstellung von endgültiger und vorübergehender Unmöglichkeit auch für die Vorschriften der §§280, 325 gelten sollte.¹⁸⁹

b) Ulrich Huber

Huber, der selbst einmal die Auffassung geteilt hatte, unter Unmöglichkeit im BGB wäre nur die dauerhafte Unmöglichkeit zu verstehen, vertrat die Ansicht, dass der im BGB verwendete Begriff der Unmöglichkeit sowohl ein dauerhaftes wie auch ein vorübergehendes Leistungshindernis bezeichnen konnte.¹⁹⁰ Der Wortlaut des §275 stünde einer solchen Auslegung nicht entgegen, zumal nirgendwo geschrieben stünde, dass der Gesetzgeber unter Unmöglichkeit nur die dauerhafte Unmöglichkeit verstanden hätte.¹⁹¹ Da das Gesetz aber keinen Hinweis auf eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs „Unmöglichkeit“ enthielte, müsste aus dem jeweiligen Regelungszusammenhang darauf geschlossen werden, ob auch die vorübergehende Unmöglichkeit oder nur die dauerhafte Unmöglichkeit vom Regelungsgehalt der Norm umfasst sein sollte.¹⁹² Unter §275 fielen nach Huber sowohl vorübergehende als auch endgültige Leistungshindernisse. Bei zeitweiliger Unmöglichkeit wäre der Schuldner

¹⁸⁷ MüKo-Emmerich, §275 Rn.39 f.

¹⁸⁸ Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht §26 I 2a; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 83 ff.; zur älteren Literatur Staudinger-Löwisch, §275 Rn.30; Soergel-Wiedemann, §275 Rn.42; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §22 I a, S. 282.

¹⁸⁹ Vgl. dazu zum Beispiel Soergel-Wiedemann, §280 Rn.13 u. §325 Rn.8, der nur endgültige Leistungshindernisse unter die Norm des §280 fassen wollte, hingegen bei §325 betont, der Unmöglichkeitsbegriff wäre derselbe wie in §275, unter den er auch vorübergehende Leistungshindernisse subsumieren wollte.

¹⁹⁰ Huber, Gutachten, S. 647, 758.

¹⁹¹ Vgl. Huber, FS Gaul, S. 221; gegen eine unterschiedliche Interpretation des Unmöglichkeitsbegriffs schon Stoll, AcP 136 (1932), S. 277. Allerdings erfolgte diese Aussage im Zusammenhang mit der Frage, wie weit im Anschluss an Himmelschein der Begriff der Leistung zu fassen war.

¹⁹² Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2 b, S. 66 f.; sowie Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 1, S. 103 ff.

nach §275 aber nur vorübergehend von der Leistungspflicht befreit und damit auch nicht zum Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gemäß §286 bzw. §326 verpflichtet.¹⁹³ Gleichermaßen sollten die §§306, 308 vorübergehende wie auch endgültige Leistungshindernisse erfassen. Dies war nach Huber „evident“, obgleich vielfach das Gegenteil vertreten wurde.¹⁹⁴ Die Ausnahmeregelungen der §§308 I, II wären, so Huber, anderenfalls nicht nur unverständlich, sondern auch sinnlos.¹⁹⁵ Die Vorschrift des §279 erfasste ihrem Tatbestand nach, praktisch überhaupt nur Fälle des vorübergehenden Unvermögens, da ihr die Voraussetzung immanent war, dass die Leistung aus der Gattung dem Schuldner immer noch möglich war.¹⁹⁶ Ein vorübergehendes, nicht zu vertretendes Leistungshindernis befreite den Schuldner nach Hubers Auffassung auch von seiner Gegenleistungspflicht nach §323. Allerdings musste die Rechtsfolge des §323 nach Huber insofern modifiziert werden, dass der Schuldner auch nur vorübergehend von der Gegenleistungspflicht befreit wurde.¹⁹⁷ Anderes sollte hingegen für die §§280, 325 gelten. Diese sollten nur dauerhafte Leistungshindernisse erfassen.¹⁹⁸ Das werde aufgrund des systematischen Zusammenhangs und der ratio legis der Vorschriften deutlich, obgleich der Wortlaut des Gesetzes keinen Hinweis auf eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs „Unmöglichkeit“ enthielte. Allerdings erschien im Falle der §§280, 325 aus systematischen Gründen eine andere Auslegung geboten, da anderenfalls die Voraussetzungen der §§286 II, 326 I, II bzw. des §283 umgangen würden. Diese machten die Gewährung eines Schadensersatzanspruches von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig.¹⁹⁹ Nach Huber führte damit eine zeitweilige, nicht zu vertretende Unmöglichkeit nach §275 zu einer Suspendierung des Erfüllungsanspruches, die eine Einwendung gegen die Klage auf Erfüllung begründete.²⁰⁰ Aufgrund der fehlenden Durchsetzbarkeit des Anspruchs sollte ein Eintritt des Verzugs damit nicht erst am fehlenden Verschulden (§285) scheitern, sondern bereits wegen der fehlenden tatbestandlichen Voraussetzungen des §284.²⁰¹

3. Arbeitsweise Ulrich Hubers

Die These, dass dem Begriff der „Unmöglichkeit“ im BGB verschiedene Bedeutung zukommt, bedarf der Rechtfertigung. Allein aufgrund des gesetzlichen Wortlauts erscheint es

¹⁹³ Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2d, S. 109.

¹⁹⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2 b, c, S. 108 f.; a.A. Palandt-Heinrichs, §306 Rn.5.

¹⁹⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2c, S. 109.

¹⁹⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2d, S. 109.

¹⁹⁷ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2, S. 107 ff.

¹⁹⁸ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2 f., S. 110.

¹⁹⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2 f., S. 110.

²⁰⁰ Huber, FS Gaul, S. 223.

²⁰¹ Huber, FS Gaul, S. 223.

schwierig, dieses hinreichend zu belegen. Huber war sich dieses Umstands durchaus bewusst, wenn er darauf verwies, dass der Wortlaut des Gesetzes einer derart weiten Auslegung des Begriffs „Unmöglichkeit“ nicht entgegenstünde, jedoch auch keine Hinweise für eine derartig weite Auslegung enthielte, zumal der Begriff im Gesetz einheitlich gebraucht wurde.²⁰² Huber unternahm den Versuch trotzdem. Es soll nun untersucht werden, auf welche Rechtsquellen Huber seine Argumentation stützt und inwiefern diese seine Thesen rechtfertigen. Auf den ersten Blick sind es die Gesetzesmaterialien, die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Literatur zum gemeinen Recht, die Hubers Arbeit zugrunde liegen. Aber auch systematische Argumente und die *ratio legis* des Gesetzes sprachen seiner Meinung für ein solches Verständnis der Unmöglichkeitsvorschriften. In der folgenden Untersuchung ist deshalb auch darauf abzustellen, wie diese Quellen bei Huber gewichtet werden und welche Argumente Hubers Auslegung möglicherweise entgegenstehen.

a) Literatur vor Einführung des BGB

Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung ist eine der Nahtstellen zwischen den Regeln der Unmöglichkeit und den Regeln des Verzugs, die Aufschluss über das grundsätzliche Verständnis dieser beiden Rechtsinstitute zu geben vermag. Nach Huber entsprach es dem vor Inkrafttreten des BGB gegebenen Rechtszustand, dass die Unmöglichkeitsregeln auch auf vorübergehende Leistungshindernisse Anwendung fanden. Dabei berief sich Huber insbesondere auf Friedrich Mommsen, um zu belegen, dass bei vorübergehender nachträglicher Unmöglichkeit, sofern der Schuldner sie nicht zu vertreten hatte, die Leistungspflicht entfiel.²⁰³

aa) Friedrich Mommsen

Huber räumte der Darstellung der Lehre Mommsens viel Raum in seinen Ausführungen ein und zitierte diesen vielfach wörtlich. Zudem ähnelt Hubers Meinung der Auffassung, die Friedrich Mommsen zum gemeinen Recht vertrat.

Im folgenden Abschnitt wird deshalb die rechtliche Behandlung der zeitweiligen Unmöglichkeit bei Huber und Mommsen dargestellt und verglichen. Dabei sollen mögliche Parallelen aufgezeigt und Unterschiede herausgearbeitet werden. Hierfür ist es notwendig, näher auf die Unmöglichkeitslehre Mommsens einzugehen. Die nachfolgenden Ausführungen haben es gleichermaßen zum Zweck, die Funktion der zeitweiligen Unmöglichkeit im System Mommsens und Hubers zu erläutern, um zu klären, welchen Einfluss die Lehre Friedrich Mommsens auf Ulrich Huber und seine Arbeitsweise ausübte.

²⁰² Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2 f., S. 110.

²⁰³ Huber, FS Gaul, S. 221.

Bei Friedrich Mommsen kommt der zeitweiligen Unmöglichkeit eine Schlüsselstellung bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Unmöglichkeit und Mora zu. Um zu verhindern, dass die Unmöglichkeit zum Sammelbecken aller Fälle wurde, in denen der Schuldner an vollständiger, pünktlicher Leistung gehindert war, schuf Mommsen ein zusätzliches Korrektiv, um den von ihm geschaffenen weiten Unmöglichkeitsbegriff einzugrenzen.

Mommsen hielt, wie bereits dargestellt, nur gewisse Arten der Unmöglichkeit rechtlich für relevant, die er unter dem Begriff der „wahren Unmöglichkeit“ zusammenfasste.²⁰⁴

In der Lehre Friedrich Mommsens war die zeitweilige Unmöglichkeit letztlich nur eine teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit, die zu einer Verlängerung der Leistungszeit führen konnte und der die Aufgabe zukam, den weiten Unmöglichkeitsbegriff Mommsens zu beschränken.²⁰⁵

Mommsen begriff auch die zeitweilige Unmöglichkeit als eine wahre Unmöglichkeit der Leistung, die aber nur zu einer vorübergehenden Befreiung von der Leistungspflicht führen konnte. Denn die Unmöglichkeit musste bei Mommsen eine völlige sein, damit ihr die Wirkung einer vollständigen Befreiung des Schuldners beigemessen werden konnte.²⁰⁶ Auch sollte die nachfolgende Unmöglichkeit nicht schon allein dadurch ihren Charakter als dauerhaftes Leistungshindernis verlieren, wenn die Aussicht auf Behebung des entgegenstehenden Leistungshindernisses nicht vollständig ausgeschlossen war.²⁰⁷

Allerdings konnte nach Friedrich Mommsen eine vorübergehende, nachträgliche Unmöglichkeit nur dann zu einer zeitweiligen Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht führen, wenn dieser das Leistungshindernis nicht zu **vertreten** hatte.²⁰⁸ Auch eine Entschädigung musste der Schuldner in diesem Fall nicht leisten.²⁰⁹ Im Übrigen bestimmten sich die Rechtsfolgen einer nachfolgenden, zeitweiligen Unmöglichkeit maßgeblich danach, ob die Leistung an einen bestimmten Zeitraum gebunden oder ob die Zeit der Erfüllung nicht festgesetzt war.²¹⁰ Die zeitweilige Unmöglichkeit stand der endgültigen Unmöglichkeit zumindest dann gleich, wenn nach dem Willen der Parteien eine bestimmte Leistungszeit festgesetzt war und die Leistung nicht zur vereinbarten Leistungszeit erbracht werden konnte. War die Leistungszeit hingegen nicht bestimmt, so sollte die Verpflichtung durch die bloß zeitweilige Unmöglichkeit nicht aufgehoben werden. Nach Mommsen begründete die nicht zu vertretende, zeitweilige, nachträgliche Unmöglichkeit eine

²⁰⁴ Vgl. hierzu die Darstellung unter B I 3 a aa) (S. 14 ff.).

²⁰⁵ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 67 f.

²⁰⁶ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 290.

²⁰⁷ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 291.

²⁰⁸ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 295.

²⁰⁹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 295.

²¹⁰ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 295.

dilatorische Einrede gegen eine Klage des Gläubigers.²¹¹ Somit war der Schuldner weiterhin zur Erbringung der Leistung verpflichtet, sobald das der Leistung entgegenstehende Hindernis behoben war.²¹²

Bemerkenswert und von großem Einfluss auf Huber war die Art und Weise, wie Mommsen das „Konkurrenzverhältnis“ zwischen Unmöglichkeit und Verzug bestimmte.

Nach Mommsen bedurfte es für die Begründung einer Mora, neben der Interpellation, weiterer subjektiver Voraussetzungen. Die Nichtleistung musste auf den „durch nichts gerechtfertigten Willen des Schuldners“²¹³ zurückgeführt werden, zumal Mommsen zwischen Fällen des Nicht-Leisten-Könnens und des Nicht-Leisten-Wollens unterscheiden wollte. Als Rechtfertigung für die verzögerte Leistung kamen nach Mommsen im Wesentlichen zwei Arten von Entschuldigungsgründen in Betracht, die die Begründung der Mora ausschlossen.²¹⁴ Zum einen, wenn die Nichtleistung auf das fehlende Bewusstsein des Schuldners von der Leistungsverpflichtung zurückzuführen war. Zum anderen, wenn der Schuldner nicht leisten konnte.²¹⁵ Zur letzteren Kategorie wollte Mommsen auch die Fälle der zeitweiligen Unmöglichkeit zählen, die eine Einwendung gegen die Klage selbst begründeten und nur „indirect den Vorwurf der Mora“²¹⁶ abzuwenden geeignet waren. Die rechtlich nicht anerkannten Fälle der Unmöglichkeit sollten nach dem Willen Mommsens gerade nicht dazu geeignet sein, eine Mora des Schuldners auszuschließen, da Umstände, die keine wahre Unmöglichkeit der Leistung begründeten, grundsätzlich nicht dazu geeignet waren, die Verpflichtung zur sofortigen Erfüllung der Obligation aufzuheben.²¹⁷ Gleiches galt nach Mommsen für die Fälle der verschuldeten Unmöglichkeit:

„Der Schuldner haftet, [...] in denen Fällen einer verschuldeten Unmöglichkeit ganz so, als ob der Gegenstand der Obligation noch geleistet werden könnte. Demgemäß müssen wir annehmen, daß die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung ebenso wenig geeignet ist, den Vorwurf der Mora vom Schuldner abzuwenden, wie diejenige Unmöglichkeit, welche vom Recht überhaupt als eine Unmöglichkeit anerkannt wird.“²¹⁸

²¹¹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 295.

²¹² Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 295.

²¹³ Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 56.

²¹⁴ Diese Entschuldigungsgründe, die die Begründung des Verzugs hindern, finden sich in ähnlicher Weise auch bei Huber: vgl. Huber, FS Gaul, S. 223 ff.

²¹⁵ Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 56.

²¹⁶ Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 56.

²¹⁷ Mommsen, Die Lehre von der Mora. S. 61.

²¹⁸ Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 65.

Anderes sollte nach Mommsen für eine wahre beziehungsweise unverschuldete Unmöglichkeit gelten:

„Ist die unverschuldete Unmöglichkeit eine dauernde, so wird durch dieselbe die Obligation selbst aufgehoben, so daß schon aus diesem Grunde von einer Mora nicht die Rede sein kann. Die zeitweilige casuelle Unmöglichkeit kann freilich die Obligation selbst nicht aufheben, sie begründet aber eine dilatorische Einrede und muss demnach auch insofern dem Schuldner zu Statten kommen, als sie den Vorwurf der Mora von ihm abwendet.“²¹⁹

Mommsen löste das Konkurrenzverhältnis zwischen Unmöglichkeit und Mora, dessen Bestimmung bei der rechtlichen Einordnung der zeitweiligen Unmöglichkeit problematisch ist, dadurch auf, dass er dem Schuldner eine Einrede gegenüber den Ansprüchen des Gläubigers aus Verzug einräumte. Wie zu zeigen sein wird, übernahm Huber Mommsens rechtliche Einordnung der vorübergehenden Unmöglichkeit in weiten Teilen, zumal diese seiner Meinung nach mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang stand. Das gilt insbesondere für das Konkurrenzverhältnis zwischen den Unmöglichkeits- und Verzugsregeln.²²⁰ Wie Mommsen fasste auch Huber den Unmöglichkeitsbegriff weit auf. Er ging davon aus, dass unter dem Begriff der Unmöglichkeit auch zeitweilige Leistungshindernisse zu subsumieren waren. In gleicher Weise musste Huber in der Folge den Anwendungsbereich der Unmöglichkeit begrenzen, um eine Ausuferung des Unmöglichkeitsbegriffs zu begegnen. Huber erreichte dies mit einer unterschiedlichen Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs. Er vertrat die Auffassung, dass dem Gesetz kein einheitlicher Unmöglichkeitsbegriff zugrunde lag. Huber und Mommsen kamen letztlich beide übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass die vorübergehende Unmöglichkeit als Fall der Unmöglichkeit, und nicht als ein Fall des Verzugs zu begreifen war. Auch das Konkurrenzverhältnis zwischen Unmöglichkeit und Verzug wurde von beiden in gleicher Weise bestimmt. Eine nicht zu vertretende, zeitweilige Unmöglichkeit sollte den Schuldner vorübergehend von seiner Leistungspflicht befreien und ein Verzug im Falle einer vorübergehenden, nicht zu vertretenden Unmöglichkeit ausscheiden. Aber nicht nur die Ergebnisse, sondern auch die hierfür gegebenen rechtlichen Begründungen ähneln sich. Huber bediente sich einer ganz ähnlichen rechtlichen Konstruktion, um diese Ergebnisse zu rechtfertigen. Ein Verzug scheiterte Huber zufolge bereits an der Vorschrift des §284,

²¹⁹ Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 62.

²²⁰ Vergleiche dazu die Erörterungen unter dem Punkt 4. Systematik S. 59.

aufgrund der fehlenden Durchsetzbarkeit des Anspruchs, da der Schuldner im Falle einer nicht zu vertretenden vorübergehenden Unmöglichkeit eine Einwendung gegen den Gläubiger geltend machen konnte. Nach Mommsen stand dem Schuldner im Falle einer nicht zu vertretenden, zeitweiligen Unmöglichkeit eine dilatorische Einrede gegen eine Klage des Gläubigers zu, die den Schuldner entschuldigte, da die Verzögerung der Leistung nicht auf seinen Willen zurückgeführt werden konnte.

bb) Bernhard Windscheid

Huber unterstellte diesbezüglich, dass sich die frühere Literatur überwiegend auf den Standpunkt Mommsens gestellt hatte.²²¹ Auch der historische Gesetzgeber hätte keine Veranlassung gehabt, diese Einschätzung Mommsens zu kritisieren und im BGB davon abzuweichen. Allerdings unterließ es Huber, sich auch mit der Position Bernhard Windscheids zu beschäftigen. Fraglich ist, ob Huber wie selbstverständlich davon ausging, dass auch Windscheid Mommsens Position teilte oder ob er aus anderen Gründen auf eine Darstellung verzichtete.

Obgleich Bernhard Windscheid mit einigen Ausführungen Mommsens nicht einverstanden war, bescheinigte er der Darstellung der vorübergehenden Unmöglichkeit durch Friedrich Mommsen, insgesamt doch zutreffend zu sein.²²² Bei nur vorübergehender Unmöglichkeit der Leistung sollten nach Windscheid gleichsam die Grundsätze der (theilweisen) Unmöglichkeit Anwendung finden. Berief sich der Schuldner darauf, dass ihm die rechtzeitige Leistung unmöglich geworden war, so wollte Windscheid danach unterscheiden, ob das Hindernis, welches die rechtzeitige Leistung ausgeschlossen hatte, schon bei Begründung des Schuldverhältnis vorhanden oder aber erst später eingetreten war. Bei schon vor Begründung des Schuldverhältnisses vorhandenen Leistungshindernissen sollte sich der Schuldner nur auf seine Unmöglichkeit berufen können, wenn sie eine objektive, nicht aber wenn sie nur als subjektive Unmöglichkeit darstellte. Trat das Leistungshindernis erst nach Begründung des Schuldverhältnisses ein, so kam es nach Windscheid auf ein Vertretenmüssen des Schuldners an. Auch bei vorübergehender Unmöglichkeit wollte Windscheid nach dem Inhalt des jeweiligen obligatorischen Verhältnisses entscheiden, ob der Schuldner nur bei Arglist oder ebenso bei Nachlässigkeit haften musste.

Windscheid widersprach der Darstellung der Rechtsfolgen der vorübergehenden Unmöglichkeit durch Mommsen nicht, sondern billigte diese ausdrücklich. Es besteht damit kein Widerspruch in den Ansichten beider.

²²¹ Huber, FS Gaul, S.222 f.

²²² Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 126, 134.

Aufschluss über den Stellenwert beider Autoren für Huber gewährt die Darstellung der vorübergehenden Unmöglichkeit aber trotzdem. Die unterbliebene Stellungnahme zur Lehre Windscheids zeigt deutlich, dass Mommsens Ausführungen für Huber offensichtlich ergiebiger waren. Wie selbstverständlich geht Huber zudem davon aus, dass Windscheid Mommsens Ansicht (auch in dieser Frage) teilte.

cc) Fazit

Die Untersuchung der vorübergehenden Unmöglichkeit hat ergeben, dass zahlreiche Gemeinsamkeiten zwischen Huber und Mommsen bestehen. Sowohl Ergebnis als auch rechtliche Begründung stimmen überein. Danach sollte ein Verzug nicht eintreten können, wenn die Leistung dem Schuldner vorübergehend ohne sein Verschulden unmöglich geworden war. Zwar kann sich Huber auf die Ausführungen Windscheids und Mommsens zu diesem Themenkreis berufen. Allerdings wird auch deutlich, dass die Ausführungen Mommsens für Huber den größten Wert besitzen und dessen Ansichten zudem exemplarisch für alle Autoren des gemeinen Rechts stehen. In der Tradition dieser beiden Schriften, die noch zum gemeinen Recht verfasst wurden, sieht Huber auch die Gesetzesmaterialien.

b) Gesetzesmaterialien

In der Argumentation Hubers nahmen die Gesetzesmaterialien der ersten und zweiten Kommission einen besonderen Stellenwert ein. Nach Huber wäre der Wille des historischen Gesetzgebers, vorübergehende und endgültige Unmöglichkeit einander gleichzustellen, im ersten Entwurf noch deutlich zum Ausdruck gekommen.²²³ Die Gesetzesmaterialien stützen die Auffassung Hubers auch in weiten Teilen. Huber wies zu Recht auf die Vorschrift des §237 I E1 hin, nach der der

„[...] Schuldner [...] nicht zur Leistung verpflichtet [ist], **so lange** die Leistung in Folge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstands unmöglich geworden ist [...].“²²⁴

Weiter hieß es in §237 I E1:

„Soweit die Leistung dauernd unmöglich wird, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit.“

²²³ Huber, Leistungsstörungen I, § 3 I 2b, S. 66.

²²⁴ Hervorhebungen durch den Verfasser.

Aus diesen Textstellen ist ersichtlich, dass jedenfalls die erste Kommission der Auffassung war, dass eine zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner vorübergehend von seiner Leistungspflicht befreien sollte. Nur einem endgültigen, unverschuldeten Leistungshindernis wurde dauerhaft befreiende Wirkung zugebilligt.

Die 2. Kommission änderte §237 E1 später ab. Es hieß nunmehr:

„Der Schuldner ist von der Verpflichtung zur Leistung befreit, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist.“

Auf den ersten Blick erscheint es so, als wäre mit der Streichung des Worts „solange“ eine Abkehr von der bisherigen Auffassung verbunden gewesen. Die Abänderung durch die 2. Kommission könnte es zum Zweck gehabt haben zu verdeutlichen, dass nur dauerhaften Leistungshindernissen eine befreiende Wirkung zugebilligt werde. Huber wies darauf hin, dass die Abänderung der Norm und die Streichung des Wortes „solange“ durch 2. Kommission ausschließlich aus redaktionellen Gründen erfolgten. Aus Gründen der Kürze sollten die beiden vom Entwurf getrennt behandelten Fälle der vorübergehenden und der dauernden Unmöglichkeit unter einem einheitlichen Ausdruck zusammenfasst werden.²²⁵ Aus den Protokollen der Vorkommission des Reichsjustizamts geht diese Absicht des Gesetzgebers deutlich hervor:

„Der §237 [§275 BGB] wurde seinem sachlichen Inhalte nach gebilligt. In redaktioneller Beziehung sei jedoch für den Abs. 1 eine Fassung vorzuziehen, welche die beiden vom Entw. getrennt behandelten Fälle der vorübergehenden und der dauernden Unmöglichkeit unter einem einheitlich Ausdruck umfasse. Auch sei klarer hervorzuheben, dass der Abs. 2 nur die Fälle der sogenannten subjektiven Unmöglichkeit im Auge habe [...]“²²⁶

Sinn der Abänderung des §237 E1 war es damit, aus Gründen der Verdeutlichung, die Fälle der vorübergehenden und endgültigen Unmöglichkeit unter einem Ausdruck zusammenzufassen. Auch wenn die Änderung nur redaktionelle Gründe hatte und in der Sache keine Änderung intendiert war, so war es nach Huber indessen fraglich, ob die Abänderung durch den historischen Gesetzgeber eine Verbesserung gegenüber dem ersten Entwurf darstellen würde.

²²⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2b, S. 66.

²²⁶ Prot. RJA 219 in Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 228.

Hubers Darstellung der Vorgänge in den Kommissionen ist knapp gehalten, gibt jedoch alle wichtigen Aspekte wieder. Die Materialien der ersten und zweiten Kommission, insbesondere aber der Wortlaut von §237 E1, stützen Hubers Interpretation, dass unter dem späteren §275 auch vorübergehende Leistungshindernisse zu subsumieren waren. Allerdings lieferte Huber keinen Beleg, dass der Begriff der Unmöglichkeit nach dem Willen des historischen Gesetzgebers in §§280, 325 anders zu verstehen gewesen wäre als in §§275, 279 ff. In den Beratungen der Kommissionen wurde lediglich erwogen, eine Regelung in das BGB aufzunehmen, die klären sollte, wann dauerhafte und wann vorübergehende Unmöglichkeit vorlag. Dies wurde jedoch verworfen, da sich nur anhand des jeweiligen Einzelfalls bestimmen ließe, wann die vorübergehende Unmöglichkeit ausnahmsweise der dauerhaften gleichstehen konnte.²²⁷ Zudem stellte der historische Gesetzgeber die Überlegung an, dass bei einer subjektiven Unmöglichkeit eigentlich nie ein Fall der endgültigen Unmöglichkeit gegeben wäre, da der Schuldner sein Leistungsunvermögen immer beheben könnte. Allerdings wäre eine dahin gehende Unterscheidung von vorn herein sinnlos gewesen, wenn das Gesetz ohnehin nicht zwischen vorübergehender und dauerhafter Unmöglichkeit unterschieden hätte.

Für die Vorschrift des späteren §323, der nach Huber auf vorübergehende wie auch endgültige Leistungshindernisse Anwendung finden sollte, findet sich in den Protokollen der 1. Kommission ein Hinweis darauf, dass die Norm nach dem Willen des Gesetzgebers nur auf endgültige Leistungshindernisse Anwendung finden sollte. In den Protokollen der 1. Kommission wurde die dauernde Unmöglichkeit als Voraussetzung für den Hinwegfall des Anspruchs auf die Gegenleistung bezeichnet.²²⁸ Bei nur vorübergehender Unmöglichkeit sollte das Schuldverhältnis hingegen keine Änderung erfahren. Der Schuldner blieb danach aus dem Vertrag verpflichtet, musste aber, solange Unmöglichkeit bestand, die Leistung nicht erbringen.²²⁹

Es spricht vieles dafür, dass Huber eine einschränkende Auslegung der §§280, 325 nur aus systematischen Gründen erwog. Systematisch Erwägungen machen eine einschränkende Auslegung zwingend erforderlich.²³⁰ Auch ist davon auszugehen, dass diese Frage bei den Gesetzesberatungen überhaupt nicht Gegenstand der Beratungen war. Weder in den Motiven

²²⁷ Prot. I 1170 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 217 f.).

²²⁸ Prot. I 1158 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 212).

²²⁹ Prot. I 1158 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 212); vgl. auch Prot. I 1169 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 217 f.): „[...] Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, so lange (weit) dieselbe in Folge eines späteren von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist. Ist die Leistung dauernd unmöglich geworden, so wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit.“ Ähnlich ZustOR §189.

²³⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen unter B II 3 d (S.70 ff.).

zu §240 E1 (des späteren §280), §369 (dem späteren §325) noch in den Protokollen zu §369 E2 (§325) oder §236 E2 (§280) findet sich ein Hinweis darauf, dass wirklich nur die endgültige Unmöglichkeit einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers herbeizuführen geeignet war.

c) Literatur nach Einführung des BGB

Da aus den Gesetzesmaterialien nicht deutlich wurde, ob der Begriff der Unmöglichkeit in §§325, 280 anders zu verstehen war als der Unmöglichkeitsbegriff in den §§275 ff., stellte sich die zum BGB erschienene Literatur überwiegend auf den Standpunkt, dass dem BGB ein einheitlicher Unmöglichkeitsbegriff zugrunde lag und vorübergehende Leistungshindernisse nur ausnahmsweise zu einer Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht führen konnten. Dies sollte nur dann der Fall sein, wenn die Vertragsverletzung so schwer wog, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden konnte.²³¹ Allerdings war es in der frühen Literatur zum BGB nicht ganz unumstritten, ob nicht auch vorübergehende Leistungshindernisse unter die §§275 ff. subsumiert werden konnten. Da insofern in der Literatur Uneinigkeit herrschte, ist zu untersuchen, welchen Einfluss die nach 1900 erschienene Literatur auf Ulrich Huber ausübt und inwiefern sie sich in seinen Thesen widerspiegelt.

aa) Heinrich Titze

Auf den ersten Blick scheint sich Huber auf Heinrich Titze berufen zu können. Dieser wird in den „Leistungsstörungen“ auch als einer der Autoren angeführt, die eine ähnliche Ansicht vertraten. Nach Titze lag es in der Natur der subjektiven Unmöglichkeit, dass durch sie meistens nur vorübergehende Leistungshindernisse erfasst wurden.²³² Oftmals wäre die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht unter allen Umständen ausgeschlossen, da der Schuldner nachträglich das ihm zur Bewirkung der Leistung erforderliche Recht noch erwerben oder die mangelnden tatsächlichen Beziehungen zur Sache herstellen könnte. Diese Fälle mussten seiner Meinung nach eigentlich als teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit begriffen werden, die nach §275 zu einer zeitweiligen Befreiung von der Leistungspflicht führten. Unberührt sollte hingegen die Erfüllungspflicht insgesamt bleiben.²³³ Bei der teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit wollte Titze die Grundsätze des §323 II heranziehen, und für den Falle, dass der Gläubiger ein stellvertretendes *commodum* forderte, den Gegenleistungsanspruch des Schuldners um den Wert mindern, um welchen der Wert des

²³¹ So Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §22 I a, S. 282 f.

²³² So auch Prot. I 1170 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 217).

²³³ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 149.

Ersatzes hinter der geschuldeten Leistung zurückblieb.²³⁴ Entscheidend aber war, dass Titze dem Gläubiger, auch bei nur vorübergehenden Leistungshindernissen, einen Schadensersatzanspruch zugestehen wollte. Dieser sollte nach Maßgabe der Vorschriften des Verzugs gewährt werden. Zwar wollte Titze die Grundsätze, die für die teilweise Unmöglichkeit der Leistung galten, auch auf die teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit anwenden.²³⁵ Allerdings wies er darauf hin, dass es sich bei der vorübergehenden Unmöglichkeit eigentlich um die Fälle eines Leistungsverzuges handeln würde, der sich von der Unmöglichkeit gerade durch die Möglichkeit der Erfüllung unterscheiden würde.²³⁶ Nach Titze sollte der Gläubiger in den Fällen, in denen die Leistung zwar nicht im Moment der Fälligkeit, wohl aber zu einem späteren Zeitpunkt möglich war, verpflichtet sein, die noch mögliche Teilleistung anzunehmen und nur berechtigt sein, wegen des unmöglichen Teiles Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit konnte demnach nur gefordert werden, wenn die Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hatte (§286 II).²³⁷ Nach Titze wurde die nur vorübergehende Unmöglichkeit von den Vorschriften des Verzugs (§§286, 326) erfasst, auf die er allerdings zum Teil die Grundsätze der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung anwenden wollte.²³⁸ Dies impliziert, dass auch Titze die Vorschriften der §§280, 325 im Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht für einschlägig hielt.

Huber berief sich zwar insofern auf Titze, als es um die Auslegung des §275 ging, der nach Ansicht beider auch vorübergehende Leistungshindernisse umfassen sollte.²³⁹ Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine vorübergehende Unmöglichkeit gleichsam geeignet sein sollte, einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers auszulösen, unterblieb jedoch der Hinweis auf Titze. Auch fehlt bei Huber eine Darstellung der Ansicht Titzes im Zusammenhang. Dennoch sind zahlreiche Gemeinsamkeiten erkennbar. Da nach Hubers Ansicht die §§280, 325 nur bei endgültiger Unmöglichkeit anwendbar sein sollten, kam Huber bei zu vertretender, vorübergehender Unmöglichkeit ebenso wie Titze zu einem Schadensersatzanspruch, der nach Maßgabe der Vorschriften über den Verzug zu bestimmen war. Bei Titze wurde die Frage nach einer Schadensersatzpflicht des Schuldners bei vorübergehender Unmöglichkeit allerdings nicht besonders vertieft. Vielmehr ging er selbstverständlich davon aus, dass bei vorübergehender Unmöglichkeit die Regeln des

²³⁴ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 169 f.

²³⁵ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 162.

²³⁶ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 162.

²³⁷ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 163.

²³⁸ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 188 f.

²³⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2 b, S. 68.

Verzugs eingreifen sollten. Allerdings bedurfte eine solche Auslegung des Unmöglichkeitsbegriff in §275 und die Anwendung der Regelungen der §§284 ff. einer näheren Begründung, die sich bei Titze jedoch nicht findet.

bb) Heinrich Siber

Huber kann sich darüber hinaus auch auf weitere Vertreter der älteren Literatur berufen.

Bereits Siber ging zumindest zeitweise von einem solch gespaltenen Unmöglichkeitsbegriff aus.²⁴⁰ Während er in einer frühen Darstellung den Begriff der „Unmöglichkeit“ immer auch im Sinne von nur „vorübergehender Unmöglichkeit“ verstanden haben wollte, und damit auch bei vorübergehenden Leistungshindernissen einen Schadensersatzanspruch nach §§280, 325 gewähren wollte, rückte er später von einer solchen Auslegung der §§280, 325 ab.²⁴¹ An der Auslegung des §275, nach der der Schuldner auch bei nicht zu vertretender, vorübergehender Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit werden sollte, hielt er jedoch fest.

Siber war der Auffassung, dass die übliche Gegenüberstellung von Ersatzansprüchen wegen Unmöglichkeit und Verzug „schief und unrichtig“ wäre, da auch die Ersatzansprüche wegen Verzuges solche wegen Unmöglichkeit umfassen konnten.²⁴²

Im Rahmen des §275 wollte er, ähnlich wie Huber, auch einer vorübergehenden Unmöglichkeit befreiende Wirkung beimessen. Für die Dauer der Unmöglichkeit wäre der Schuldner befreit, sofern er das Leistungshindernis nicht zu vertreten hatte, da das „soweit“ in §275 auch ein „solange“ umfassen würde.²⁴³ Im Rahmen des §280 sollte hingegen eine nur vorübergehende Unmöglichkeit nicht ausreichen, um die Rechtsfolgen des §280 herbeizuführen. Denn, „dass vorübergehende Unmöglichkeit, wenn sie der Schuldner nicht zu vertreten hat, nach §275 (soweit) die Verpflichtung ipso jure hinausschiebt, darf nicht zu dem Versuche verleiten, auch das „soweit“ in §280 zugleich im Sinne von „solange“ zu verstehen und daraus zu folgern, dass der Gläubiger während der Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nach Beseitigung der Unmöglichkeit aber wieder nur die Primärleistung und Ersatz wegen der Verspätung zu fordern habe [...].“²⁴⁴ Gleiches müsste nach Siber für die Vorschrift des §325 gegolten haben.²⁴⁵ Darüber hinaus sollte nach Siber der Vertrag nach §306 nur dann nichtig sein, wenn sich die Leistung als dauernde, objektive Unmöglichkeit erwies.²⁴⁶ Der Ansicht Hubers entsprach es, dass eine vorübergehende Unmöglichkeit nach §323 zu einem Leistungsverweigerungsrecht des Gläubigers führen konnte, solange er

²⁴⁰ Planck-Siber §275 I, S. 179 u. §280 3a B, S. 243.

²⁴¹ Vgl. Siber JherJ 50 (1906), 55, S. 221 ff.

²⁴² Planck-Siber, Vor §§275-292, I a, S. 179.

²⁴³ Planck-Siber, §275 2 b, S. 216.

²⁴⁴ Planck-Siber, §280 3a B, S. 243.

²⁴⁵ Planck-Siber, §325 1, S. 378 ff.

²⁴⁶ Planck-Siber, §306 1, S. 321.

aufgrund des Leistungshindernisses an der Erbringung der geschuldeten Leistung gehindert war.²⁴⁷

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Ansichten Sibers weitgehend deckungsgleich mit Hubers Einordnung der vorübergehenden Unmöglichkeit in das Haftungssystem des BGB sind. Daneben finden sich bei beiden Autoren ähnliche Begründungsansätze. Argumentiert wird insbesondere mit den Gesetzesmaterialien und systematischen Erwägungen. Des Weiteren ist auffällig, dass auch Siber die Grenzen zwischen Unmöglichkeit und Verzug als fließend begriff. Dies ist auch ein kennzeichnendes Merkmal der Unmöglichkeitslehre Hubers. Allerdings findet dieser Umstand bei Huber keine Erwähnung. Vielmehr wird nur auf die frühere Ansicht Sibers verwiesen, nach der endgültige und vorübergehende Unmöglichkeit auch im Falle der §§280, 325 gleichstehen sollten.²⁴⁸ Allerdings ist Siber einer der wenigen Autoren, die von einem in dieser Weise gespaltenen Unmöglichkeitsbegriff ausgingen. Da aber ein ausdrücklicher Hinweis für diese Auslegung aus den Gesetzesmaterialien nicht entnommen werden kann und dies in der Literatur überwiegend anders gesehen wurde, hätte dieser Umstand bei Huber Erwähnung finden müssen.

cc) Horst Heinrich. Jakobs

Ein weiterer Vertreter der Literatur, auf den sich Huber berufen kann, ist Horst Heinrich Jakobs. Jakobs ist einer der Autoren, die bei Huber sehr häufig zitiert werden. Auch gleichen sich die Ansichten beider oftmals.²⁴⁹ Auch bei der vorübergehenden Unmöglichkeit kommen beide weitgehend zum selben Ergebnis. Jakobs wollte §275 den Grundsatz entnehmen, dass die Leistungspflicht, gleichgültig ob sie als möglich oder unmöglich anzusehen war, jedenfalls dann ausgeschlossen war, wenn der Schuldner das Leistungshindernis nicht zu vertreten hatte.²⁵⁰ Jakobs wies im Zusammenhang mit der Frage nach der Anwendbarkeit des §275 bei Möglichkeit der Leistung auf den Parallelismus zwischen Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften hin, da die Frage nach dem Fortbestand der Leistungspflicht und nach dem Eintritt des Verzugs im unmittelbaren Zusammenhang stünden.²⁵¹ §285 enthielt nach Jakobs den selbstverständlichen Grundsatz, dass ein Verzug nicht eintreten konnte, wenn auch die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung aufgehoben war. Die Norm des §285 enthielt laut Jakobs aber nur eine Aussage über die Verantwortlichkeit des Schuldners bei Leistungsverzögerungen, nicht aber über die Frage nach dem Fortbestand der

²⁴⁷ Planck-Siber, §323 3, S. 370.

²⁴⁸ Huber, Leistungsstörungen II, §54 I 3 a, S. 649 f.

²⁴⁹ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 83 ff.

²⁵⁰ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 81 f.

²⁵¹ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 102 f.

Leistungsverpflichtung.²⁵² Dies wurde Jakobs zufolge gerade am Beispiel der vorübergehenden Unmöglichkeit deutlich. Unbestritten wäre, dass die Verzugsfolgen bei einer vorübergehenden Unmöglichkeit, trotz Möglichkeit der Leistung, nicht eintreten konnten, wenn der Schuldner das Leistungshindernis nicht zu vertreten hatte (§285).²⁵³ Somit wollte auch Jakobs den Schuldner bei einer vorübergehenden Unmöglichkeit nach §275 von seiner Leistungspflicht befreit wissen. Denknotwendig müsste der Schuldner gemäß §275 auch von seiner Leistungspflicht befreit werden, solange das Leistungshindernis fortdauerte. Anderenfalls könnte der Gläubiger, unbeschadet des §285, nach §283 vorgehen und nach ergangenem Urteil und fruchtlosem Verstrecken einer zu setzenden Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne dass es auf ein mögliches Verschulden des Schuldners angekommen wäre.²⁵⁴

Gemeinsam ist Huber und Jakobs damit die Auslegung des §275, nach der auch vorübergehende Leistungshindernisse unter §275 zu subsumieren waren. Ebenfalls findet sich der Verweis auf die Norm des §283 bei Huber und bei Jakobs, deren Anwendung ihrer Meinung nach zu Unbilligkeiten führen konnte, da der Schuldner ansonsten bei vorübergehender Unmöglichkeit auch ohne Verschulden zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet werden konnte. Allerdings unterscheiden sie sich in ihren Begründungen. Auf die Gesetzgebungsgeschichte ging Jakobs, der eine umfangreiche Untersuchung der Entstehungsgeschichte des §275 II vornahm, im Zusammenhang mit der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht ein.²⁵⁵ Unterschiede werden zudem deutlich, wenn es um die Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit und Verzug geht. Jakobs ging von einem „Parallelismus“ zwischen Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften aus, nach dem immer, wenn der Schuldner nicht in Verzug kam, auch die Leistungspflicht des Schuldners aufgehoben war. Huber hingegen sah in der Norm des §275 ein Gegenstück zu den §§284 ff., die nur die zu vertretende Leistungsverzögerung regeln sollten, während §275 lediglich eine Aussage über nicht zu vertretende Leistungshindernisse traf. Hubers Auslegung des Gesetzes geht über einen Parallelismus zwischen Unmöglichkeit und Verzug hinaus, da seiner Meinung nach die Grenzen zwischen Unmöglichkeit und Verzug fließend waren.

dd) Paul Krückmann

Für Ulrich Huber spielte Krückmanns Abhandlung über die Unmöglichkeit der Leistung keine Rolle. Jedoch war es gerade Krückmanns Ansicht, die oftmals im Mittelpunkt der

²⁵² Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 83.

²⁵³ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 83 f.

²⁵⁴ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 84 f.

²⁵⁵ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 145 ff.

juristischen Auseinandersetzung stand, auch wenn sie später als überwunden galt. Es fragt sich, warum es Huber unterließ sich näher mit Krückmann zu beschäftigen, zumal es durchaus Gemeinsamkeiten in den Ansichten gibt. Wie auch Huber vertrat Paul Krückmann die Auffassung, dass die Annahme, Unmöglichkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches wäre stets als dauerhafte Unmöglichkeit zu verstehen, jeglicher Grundlage entbehrte.²⁵⁶ Auch bei einer nur vorübergehenden Leistung wollte Krückmann dem Gläubiger ein Leistungsverweigerungsrecht aus entgegenstehendem, gewichtigem Interesse zubilligen. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ergäbe sich schon aus §285, nach dessen Wertung der Schuldner nicht in Verzug käme, wenn er die Verzögerung der Leistung nicht zu vertreten hatte.²⁵⁷ Krückmann wies darauf hin, dass eine momentan unmögliche Leistung nicht begriffsnotwendig auch eine zur Zeit der Erfüllung unmögliche Leistung darstellen würde.²⁵⁸ Viele Verträge wären zudem gerade darauf gerichtet, die Leistungsfähigkeit erst nach Vertragsschluss herbeizuführen. Es könnte keinen Unterschied machen, ob die Parteien die zeitweilige Unmöglichkeit gekannt hätten und den Vertrag im Hinblick auf das künftige Möglichwerden der Leistung abgeschlossen hätten oder nicht.²⁵⁹ Vielmehr hing die Frage, ob eine Leistung dauerhaft oder endgültig als unmöglich anzusehen wäre, maßgeblich vom Beurteilungszeitpunkt ab. Entgegen dem insofern eindeutigen Wortlaut des BGB wollte Krückmann als maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung den Zeitpunkt der Erfüllung heranziehen und nicht auf den des Vertragsschlusses abstellen.²⁶⁰ Unmöglichkeit lag nach Krückmann nur vor, „[...] wenn die Leistung während des ganzen Zeitraums, wo sie Erfüllungswirkung hat, unmöglich ist oder wenn sie zwar nur während eines Teiles dieses Zeitraums unmöglich ist, aber gerade dieser Teilzeitraum für die Entscheidung der Frage nach der Unmöglichkeit prozessualisch in Betracht kommt.“²⁶¹ Auch hielt er es für verfehlt, zwischen anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernissen zu unterscheiden. Wie wenig Krückmanns Auffassung sich mit dem Gesetz in Einklang bringen lässt, wird schon aus dem Umstand deutlich, dass er sowohl §275 II wie auch der Vorschrift des §306 jeglichen Anwendungsbereich absprechen wollte und für eine Abänderung der Normen eintrat. In die Kritik geriet er durch seine weite Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs, den er auch auf zeitweilige Leistungshindernisse ausdehnte und in dem eine unzulässige Übertragung der Lehre Mommsens in das BGB gesehen wurde. Der Unmöglichkeitsbegriff

²⁵⁶ Krückmann, Institutionen, §51 II 1 b, S. 449.

²⁵⁷ Krückmann, Institutionen, §51 II 2 c, S. 449 f.

²⁵⁸ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 70 ff.

²⁵⁹ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 73.

²⁶⁰ Krückmann, Institutionen, §51 II 2 c, S. 449 ff.

²⁶¹ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 98.

Krückmanns war allerdings weiter gefasst als der Ulrich Hubers, da er auch auf die Modalitäten in zeitlicher und örtlicher Hinsicht abstellen wollte, deren Nichteinhaltung seiner Meinung ebenfalls auch eine Unmöglichkeit der Leistung begründen konnte. Auch wenn Huber sich ausdrücklich gegen den weiten Unmöglichkeitsbegriff Krückmanns erklärte, so stimmten sie in ihren Ansichten zur teilweisen Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit überein. Gerade Krückmann war es, der für eine Gleichbehandlung zwischen vorübergehenden und endgültigen Leistungshindernissen eintrat. Wenn auch die Begründung dieses Ergebnisses in unterschiedlicher Weise erfolgte, so war Huber dennoch bemüht, dem Eindruck vorzubeugen, seine Unmöglichkeitslehre würde sich der Ansicht Krückmanns annähern. Dies mag damit zusammenhängen, dass Krückmanns Ansicht als überwunden und unzulässige Übertragung der Lehre Mommsens auf das BGB galt. Huber interpretierte Mommsen aber in gänzlich anderer Weise als Krückmann.

ee) Philipp Heck

Obgleich in der Literatur einige ähnliche Ansichten vertreten wurden, stellte sich die überwiegende Ansicht jedoch auf den Standpunkt, dass Unmöglichkeit im BGB als ein dauerhaftes Leistungshindernis zu verstehen war. Ein Vertreter dieser Ansicht, mit dem sich Huber auch auseinandersetzte, war Philipp Heck.

Philipp Heck wurde am 22.Juli1858 in St. Petersburg geboren. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Leipzig, Heidelberg und Berlin promovierte er 1889 an der Universität Berlin zum Doktor der Rechte. Im selben Jahr habilitierte er mit seiner Schrift "Das Recht der großen Havarie".²⁶² Später war Philipp Heck als Ordinarius an der Universität Greifswald und an der Universität Halle tätig. Dort widmete er sich umfangreichen rechtsgeschichtlichen Untersuchungen, die unter anderem den Sachenspiegel Eike von Repgows zum Gegenstand hatten. Im Jahre 1901 erhielt er einen Ruf auf den Lehrstuhl für deutsches Recht, Handels- und Wechselrecht sowie bürgerliches Recht an die Universität Tübingen. Auch nach seiner Emeritierung im Jahre 1928 beschäftigte sich Heck noch mit der Geschichte des deutschen Rechts.²⁶³ Bekannt wurde Heck insbesondere durch die von ihm begründete Lehre von der Interessenjurisprudenz.

Grundlage dieser Methodenlehre war die Prämisse, dass der Richter zwar grundsätzlich an Recht und Gesetz gebunden war, ihm aber unter gewissen Umständen auch die Aufgabe zukam, rechtsschöpferisch tätig zu werden. Zur Ausfüllung der von ihm erkannten Gesetzeslücken war er nach Heck verpflichtet, die im Gesetz niedergelegten Entscheidungen von Interessenkonflikten heranzuziehen. Dem lag die Überzeugung zugrunde, dass jede

²⁶² Marschall von Bieberstein, NDB Bd. 8, S. 176 f.

²⁶³ Marschall von Bieberstein, NDB Bd. 8, S. 176 f.

gesetzliche Norm als Entscheidung des Gesetzgebers im Hinblick auf bestimmte gesellschaftliche oder wirtschaftliche Interessenkonflikte zu verstehen war.

Philipp Heck verstarb am 28.Juni 1943 in Tübingen.

Die Auseinandersetzung Hubers mit den Ausführungen Hecks, erscheint angesichts deren Knappheit, als relativ ausführlich. Anderen Gegenansichten wurde weit weniger Beachtung geschenkt. Fraglich ist daher, ob Hecks Ansicht exemplarisch für die anderen Gegenmeinungen in der Literatur steht oder ob es für Huber weitere Gründe gab, sich mit Heck zu beschäftigen. Nicht von den gesetzlichen Regelungen erfasst waren nach Ansicht Philipp Hecks zeitweilige Leistungshindernisse, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Verzugsregeln standen und vom Schuldner nicht zu vertreten waren. Huber zitierte aus dem Lehrbuch Hecks:

„Die Vorschrift des §275 setzt definitive Unmöglichkeit voraus. Das ergibt sich schon daraus, dass sich von §284 ab die besonderen Vorschriften über Leistungsverzug anschließen. In der Tat wäre es ganz ausgeschlossen, bei jeder Zufallshemmung sofort Totalbefreiung eintreten zu lassen. In Ermangelung einer anderen Vorschrift ergibt sich zunächst Wirkungslosigkeit. Der Schuldner bleibt verpflichtet. Nur für den Augenblick ist die Wirkung der Gebote gehemmt. Daher auch das Recht auf die Gegenleistung [...]. Der Schuldner kann nicht in Verzug kommen. Aber auch die Möglichkeit, den Gläubiger in Verzug zu setzen, ist nicht gegeben [...].“.²⁶⁴

Heck berief sich also insbesondere auf systematische und teleologische Argumente. Historische Argumente wurden hingegen kaum in seine Überlegungen einbezogen. Im Gegensatz zu Huber sah Heck damit keinen gesetzlichen Anwendungsbereich der vorübergehenden Unmöglichkeit gegeben. Der Umstand, dass sich die Verzugsregeln unmittelbar an die Vorschriften der Unmöglichkeit anschlossen, zeige, dass unter §275 nur dauerhafte Leistungshindernisse zu fassen wären.

Die Beschränkung des §275 auf endgültige Leistungshindernisse stellte nach Heck eine angemessene Regelung dar, sofern die Leistung nicht für unabsehbare Zeit unmöglich geworden war. Nur ausnahmsweise könnte die vorübergehende Unmöglichkeit der dauerhaften gleich stehen. Eine Gleichstellung von vorübergehender und dauernder Unmöglichkeit wäre aber in den Fällen geboten, in denen ungewiss wäre, wann die Leistung je wieder erbracht werden könnte. Dann wäre die Leistung nämlich nicht mehr mit der

²⁶⁴ Heck, Grundriß des Schuldrechts §39 4 d, S. 116.

ursprünglich geschuldeten identisch. In Betracht käme mit Rücksicht auf die Interessen der Vertragsparteien ein Rücktrittsrecht aus wichtigem Grund oder ein Aufschub der Fälligkeit, was anhand des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden wäre. Besonderes Augenmerk war demnach auf die Interessen der Vertragsparteien zu legen, um eine angemessene rechtliche Behandlung der vorübergehenden Unmöglichkeit sicher zu stellen.

In der Praxis erscheinen die Unterschiede in den Meinungen Hecks und Hubers als gering. Huber sah den Schuldner bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit zeitweise von der Leistungspflicht befreit. Nach Heck war die Leistungspflicht des Schuldners nur „gehemmt“, blieb aber ansonsten unverändert bestehen. Allerdings sind die Meinungsunterschiede bedeutsam für die systematische Auslegung der Vorschriften des Verzugs und der Unmöglichkeit. Hecks Irrtum lag Huber zufolge darin, dass er nur eine endgültige Befreiung des Schuldners als mögliche Rechtsfolge des §275 für möglich hielt.²⁶⁵ Diese Ansicht war nach Huber allerdings weder „zwingend noch richtig.“²⁶⁶ Hubers Beschäftigung mit der Gegenansicht Philipp Hecks fällt angesichts der knappen Argumentation Hecks relativ ausführlich aus. Dies wird schon allein aus der Tatsache deutlich, dass die entsprechende Passage zur vorübergehenden Unmöglichkeit bei Huber wörtlich wiedergegeben wird.²⁶⁷ Ein Grund für die ausführliche Auseinandersetzung mit Heck mag darin zu sehen sein, dass, obgleich die Argumentation Hecks knapp gehalten war, aus ihr, mit der Gegenüberstellung von Unmöglichkeit als dauerhaftes und Verzug als vorübergehendes Leistungshindernis, ein anderes systematisches Verständnis erkennbar wurde. Im Gegensatz zu Heck war nach Hubers Ansicht eine Abgrenzung zwischen den Kategorien des Verzugs und der Unmöglichkeit nicht angezeigt, zumal die Übergänge durchaus fließend waren. Vielmehr wäre nur zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden Leistungshindernissen zu unterscheiden. Huber bemängelte zudem, dass die herrschende Lehre den Begriff „Unmöglichkeit“ überwiegend im Sinne von „dauerhafter Unmöglichkeit“ interpretierte. Argumente für die Richtigkeit dieser Annahme wären in der Literatur hingegen kaum zu finden. Lediglich bei Jakobs und Heck glaubte Huber Argumente hierfür zu finden, die jedoch leicht zu widerlegen wären.²⁶⁸

ff) Karl Larenz

Mit dieser Kritik zielte Huber indirekt auch auf Karl Larenz ab. Nach Larenz war die Leistung im Allgemeinen noch als möglich zu betrachten, wenn der Leistung nur ein vorübergehendes

²⁶⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2b, S. 68.

²⁶⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2b, S. 68.

²⁶⁷ Huber, FS Gaul, S. 221.

²⁶⁸ Huber, FS Gaul, S. 218.

Hindernis entgegenstand. Danach lag bei einer vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistung noch keine Unmöglichkeit im Sinne des §275 vor. In solchen Fällen müsste der Schuldner weiterhin zur Leistung verpflichtet bleiben. Der Gläubiger sollte aber, sofern die Vorschriften des Verzugs dies zuließen, zum Schadensersatz verpflichtet sein.²⁶⁹ Nur wenn dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses oder aufgrund der zeitlichen Dauer der Leistungshindernisses nicht mehr zuzumuten wäre, könnte die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden gleichgestellt werden.²⁷⁰ Dies sollte nach Larenz insbesondere bei einer absoluten Fixschuld der Fall sein oder wenn die Leistung innerhalb eines bestimmten Erfüllungszeitraums zu erfolgen hätte. Für Hubers Arbeitsweise ist die Auseinandersetzung mit Karl Larenz deshalb interessant, weil sie exemplarisch dafür steht, wie Huber gegenläufige Ansichten zu widerlegen versuchte.

Huber machte Larenz dafür verantwortlich, dass heutzutage die Ansicht vorherrschend wäre, dass nach §275 eine dauerhafte Unmöglichkeit vorausgesetzt wäre.²⁷¹ Dies beruhte laut Huber auf dem irrtümlichen Gedanken, dass dem Gesetz ein einheitlicher Unmöglichkeitsbegriff zugrunde läge. Nach Huber spielte für diese irrtümliche Annahme nicht zuletzt ein falsches Verständnis der dem Gesetze zugrunde liegenden Systematik eine Rolle. Das Gesetz unterschied eben nicht zwischen den Vertragsverletzungen der Unmöglichkeit, des Verzugs und der pVV, sondern nur zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden Leistungshindernissen.²⁷² Kritik übte Huber daran, dass keine Begründung für die Theorie, Unmöglichkeit wäre mit dauerhafter Unmöglichkeit gleichzusetzen, gegeben wurde. Erneut wies er in diesem Zusammenhang auf die Gesetzesmaterialien hin.

Es wird damit ersichtlich, dass es insbesondere historische und systematische Argumente sind, die Huber heranzieht, um gegenläufige Ansichten zu widerlegen. Die Ergebnisse seiner historischen und systematischen Auslegung erachtet Huber als so überzeugend, dass er es nicht wirklich für notwendig erachtet, weitere Begründungsansätze heranzuziehen. Richtig an der Kritik Hubers ist allerdings, dass sich in der Tat kaum Gegenargumente bei Larenz finden. Allerdings erscheint es auch als schwierig, Belege für diese Annahme Hubers zu finden, die über die Feststellung hinausgehen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Regelung des §275 auch vorübergehende Leistungshindernisse erfassen sollte. Insbesondere die Gesetzesmaterialien enthalten keinen Hinweis auf eine unterschiedliche Konzeption des Unvermögensbegriffs. So wird man eher davon ausgehen müssen, dass angesichts des

²⁶⁹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §21 Ia, S. 305 f.

²⁷⁰ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §21 Ia, S. 306.

²⁷¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2 b, S. 68.

²⁷² Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2b, S. 68.

einheitigen Wortlauts der §§275, 280, 325 eine Auslegung, die von einer unterschiedlichen Fassung des Unmöglichkeitsbegriffs ausgeht, der Begründung bedarf.

gg) Ernst Rabel

Nicht nur bei Karl Larenz, sondern auch bei Ernst Rabel lässt sich der Einfluss von Philipp Heck nachweisen. Ernst Rabel vertrat im Ergebnis eine ähnliche Ansicht wie Philipp Heck. Ähnlich sind daher auch die Argumente, mit denen Huber die Ansicht Rabels zu widerlegen versucht. Allerdings lässt Hubers Kritik an Rabel auch weitere Rückschlüsse auf sein Verständnis der §§275 ff. zu.

Ernst Rabel ging grundsätzlich von der Anwendbarkeit der Verzugsregeln in den Fällen der vorübergehenden Unmöglichkeit aus. Die vorübergehende Unmöglichkeit wäre nur dann der dauernden gleich zu erachten, wenn ein Festhalten am Vertrag einer Vertragspartei nicht mehr zuzumuten wäre.²⁷³ Nur wenn die Verzugsregeln einschlägig wären, könnten die Vertragsparteien weitergehende Rechtsbehelfe geltend machen. Andernfalls müssten die Vertragsparteien „zuwarten“, bis das Leistungshindernis behoben wäre.²⁷⁴ Ein darüber hinaus gehendes Rücktrittsrecht wollte Rabel den Vertragsparteien hingegen nicht zubilligen. Huber bemängelte auch bei Rabel, dessen Beitrag zur Unmöglichkeit von Huber einer genauen Betrachtung unterzogen wurde, dass eine Begründung seiner These fehlte. Aufschlussreich ist, dass sich aus der Einordnung der vorübergehenden Unmöglichkeit in das gesetzliche System der Leistungsstörungen, Rückschlüsse auf das Verständnis der Systematik von Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln insgesamt ziehen lassen. Letztlich dreht sich die Diskussion immer um die Frage, welches systematische Verständnis den Regelungen der Unmöglichkeit und des Verzugs nach dem Gesetz zugrunde liegt. Erblickt man in den §§284 ff. ein Reglement für die Fälle, in denen der Schuldner die Leistung trotz Möglichkeit nicht erbrachte und in den §§275 ff. ein Regelungsinstrument für die Fälle, in denen dem Schuldner die Möglichkeit zur Leistung genommen war, so wird man die vorübergehende Unmöglichkeit nicht als wahre Unmöglichkeit der Leistung verstehen können. Dies war jedoch nicht die Auffassung Hubers, wohl aber diejenige Phillip Hecks und Ernst Rabels. Für die Ansicht Hubers sprechen allerdings die Gesetzesmaterialien, nach denen zumindest unter §275 auch vorübergehende Leistungshindernisse fielen.

hh) Fazit

Insgesamt kann festgehalten werden, dass in der Literatur oftmals auch der vorübergehenden Unmöglichkeit befreiende Wirkung zugebilligt wurde. Hubers Ansicht ist insofern nicht neu. Gerade in der Frühzeit des BGB wurde Ähnliches vertreten. Ein Umstand auf den Huber

²⁷³ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 489 f.

²⁷⁴ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 489 f.

jedoch nur am Rande hinwies. Auch die Tatsache, dass die herrschende Lehre dem Gesetz einen einheitlichen Unmöglichkeitsbegriff zugrunde legte, ist für Huber wenig bedeutsam. Insgesamt spielen neuere Literaturansichten für Huber an dieser Stelle kaum eine Rolle. Oftmals erachtet es Huber nicht für notwendig, sich näher mit ihnen auseinanderzusetzen. Auffällig ist zudem, dass Huber sich nur insofern auf Literaturansichten beruft, sofern sie seine Meinung stützen. Auf abweichende Ansichten wurde hingegen nur am Rande hingewiesen. Sofern sich Huber mit abweichenden Ansichten auseinandersetzt, werden insbesondere systematische und historische Argumente herangezogen, um diese zu widerlegen. Den Vertretern der Gegenansicht wurde pauschal ein falsches Verständnis der systematischen Grundlagen des BGB unterstellt. Lediglich die Argumente Philipp Hecks werden genauer untersucht. Hecks Auslegung der Unmöglichkeitsregeln war allerdings bedeutsam für seine Konzeption der systematischen Grundlagen des Leistungsstörungsrechts. Auch kritisierte Huber, dass gegenläufige Meinungsansätze nicht in hinreichender Weise begründet wurden. Insbesondere vermisst Huber dabei Argumente, die gegen die Ergebnisse seiner Auslegung der Gesetzesmaterialien sprechen. Auch seine systematischen Erwägungen sah Huber nicht durch die Literatur widerlegt.

d) Systematische Erwägungen

Als problematisch erscheint, dass Hubers Auffassung zu einer sehr starken Ausweitung des Unmöglichkeitsbegriffs führte. In der Folge musste ein derartig weit reichender Unmöglichkeitsbegriff zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit den Regeln des Verzugs führen. Es wird nunmehr untersucht, wie Huber einer ausufernden Ausweitung des Unmöglichkeitsbegriffs zu begegnen versuchte und wie das Konkurrenzverhältnis der Rechtsinstitute seiner Meinung nach zu bestimmen war. Am Beispiel der vorübergehenden Unmöglichkeit lässt sich zudem aufzeigen, wie Huber die Ergebnisse seiner historischen und systematischen Auslegung in Einklang zu bringen versuchte.

Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Unmöglichkeit und Verzug verhinderte Huber durch seine Interpretation und Auslegung der §§275 ff., 284 ff. Hubers Meinung zufolge lag dem BGB eine andere Systematik zugrunde, als von der herrschenden Lehre anerkannt wurde. Dieses systematische Verständnis ist grundlegend für das Verständnis von Huber Konzeption des Leistungsstörungsrechts.

Die herkömmliche Unterteilung der Leistungsstörungen in Unmöglichkeit, pVV und Verzug entbehrt nach Huber jeder Grundlage. Vielmehr vertrat er die Auffassung, der Gesetzgeber hätte eine Grundteilung zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden

Leistungshindernissen im Leistungsstörungsrecht verankert. Die Übergänge zwischen Unmöglichkeit und Verzug waren bei Huber schon allein deshalb fließend, da anfängliches Unvermögen seiner Meinung nach als Unterfall des Verzugs aufgefasst werden musste. Darüber hinaus wird dieses Verständnis auch am Beispiel der vorübergehenden Unmöglichkeit deutlich. Wie auch Mommsen sah er letztlich im Verzug auch nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung. Deutlich geht dies aus seiner Auslegung der Verzugsvorschriften hervor. Bei einer bloßen Verzögerung der Leistung, wären insgesamt nur zwei Fälle denkbar in denen dem Schuldner die Verzögerung der Leistung nicht vorzuwerfen wäre.²⁷⁵ Ein Verzug war demzufolge ausgeschlossen, wenn der Schuldner ein nachträgliches Leistungshindernis weder verschuldet (§§276-278) noch anderweitig zu vertreten hatte (§279).²⁷⁶ Gleiches galt nach Huber, wenn der Schuldner sich in einem nicht vorwerfbaren Irrtum befand (§285). Eine nicht zu vertretende, nachträgliche Leistungsverzögerung würde nach der Wertung des Gesetzes aber als „Unmöglichkeit“ oder „Unvermögen“ der Leistung gewertet.²⁷⁷ Die Regelungen der §§275, 291, 292 wären diesem Verständnis zufolge nur dann als Gegenstück zu den Regeln über den Schuldnerverzug (§§284-290) zu begreifen gewesen, wenn es sich um ein endgültiges Leistungshindernis handelte.²⁷⁸ Bei nur vorübergehenden Leistungshindernissen wäre eine strikte Trennung von Unmöglichkeit und Verzug nur insofern möglich und sinnvoll, wenn die Vorschriften der §§284-290 die zu vertretende Leistungsverzögerung erfassten. Die §§275 ff. sollten hingegen die nicht zu vertretenden, vorübergehenden Leistungshindernisse regeln.²⁷⁹

Die Parallelen zur oben beschriebenen Ansicht Mommsens sind an dieser Stelle unübersehbar. Weitgehend deckungsgleich erscheinen systematische Einordnung und rechtliche Würdigung vorübergehender und dauerhafter Leistungshindernisse.²⁸⁰ Mommsens systematisches Verständnis der Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften sieht Huber auch im BGB verwirklicht. Huber unternimmt damit den Versuch, die Ergebnisse seiner historischen Auslegung, insbesondere der Lehre Mommsens, zusätzlich mit systematischen Argumenten zu belegen. Jedenfalls für die Subsumption vorübergehender Leistungshindernisse unter §275 gelingt dies Huber in durchaus überzeugender Weise. So weist er die vorübergehenden, nicht zu vertretenden Leistungshindernisse dem

²⁷⁵ Huber, FS Gaul, S. 223 f.

²⁷⁶ Huber, FS Gaul, S. 224.

²⁷⁷ Huber, FS Gaul, S. 224.

²⁷⁸ Huber, FS Gaul, S. 224.

²⁷⁹ Vgl. Huber, FS Gaul, S. 224.

²⁸⁰ Vgl. dazu die Darstellung unter B II 3 d (S. 70 ff.).

Anwendungsbereich der §§275 ff., und die zu vertretenden Leistungsverzögerungen dem Anwendungsbereich der §§284 ff. zu.

Hierfür zieht Huber ein weiteres systematisches Argument heran, dass für die Richtigkeit seiner Auslegung spricht. Huber wies auf den Zusammenhang zwischen §275 und §283 hin.²⁸¹ Nach §283 konnte der Gläubiger bei einer rechtskräftigen Verurteilung des Schuldners eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung setzen und nach fruchtlosem Verstreichen der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dieser Schadensersatzanspruch war nicht von einem möglichen Verschulden des Schuldners abhängig. Huber wies darauf hin, dass bei einem vorübergehenden, nicht zu vertretendem Leistungshindernis, nach einer Verurteilung des Schuldner zur Leistung, dem Gläubiger ein Schadensersatz gewährt werden konnte, ohne dass es auf ein Verschulden des Schuldners angekommen wäre. Nur wenn der Schuldner nach §275 II auch bei vorübergehenden Leistungshindernissen von seiner Leistungspflicht befreit wurde, könnte ein derart unbilliges Ergebnis vermieden werden. Andernfalls könnte der Schuldner dem Gläubiger, nach Verurteilung zur Leistung, auch ohne Verschulden gemäß §283 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet sein.²⁸²

Problematisch wird Hubers weite Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs in §275 aber an anderer Stelle. Es geht um die Frage, ob der Schuldner bei vorübergehender Unmöglichkeit nicht nur befreit, sondern auch zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den Unmöglichkeitsvorschriften verpflichtet sein sollte. Huber verneinte diese Frage mit der ganz herrschenden Lehre. Obgleich das Gesetz keinerlei Hinweise auf eine unterschiedliche Verwendung der Begriffe enthielt, war Huber der Auffassung, bei den §§280, 325 einen anderen Unmöglichkeitsbegriff zugrunde legen zu müssen. Um dies zu begründen, stützte sich Huber auf systematische Argumente. Aufgrund des systematischen Zusammenhangs²⁸³ und der ratio legis war es zwingend, vorübergehende Leistungshindernisse aus dem Geltungsbereich dieser Bestimmungen auszuschließen. Andernfalls wäre der Schuldner, der aufgrund eines vorübergehenden zu vertretenden Leistungshindernisses nicht zur Leistung im Stande war, zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet gewesen.²⁸⁴ Insbesondere die Vorschrift des §326 stand einer solchen Auslegung aber entgegen. Danach bedurfte es des Setzens einer Nachfrist bzw. dem Verfall des Interesses an der Leistung, um einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu gewähren.

Das ganze gesetzliche System der Rechtsbehelfe des Gläubigers wäre obsolet gewesen, wenn

²⁸¹ Huber, FS Gaul, S. 223 f.

²⁸² Huber, FS Gaul, S. 226.

²⁸³ §326 gewährt Schadensersatz nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der Mahnung und des Verzugs.

²⁸⁴ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 2 f, S. 110.

von §§280, 325 auch vorübergehende Leistungshindernisse umfasst worden wären. In den Gesetzesmaterialien findet sich aber kein Hinweis auf eine unterschiedliche Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs. Allerdings gelingt es Huber mit der einschränkenden Auslegung der §§280, 325 die Ergebnisse seiner historischen Auslegung aufrechtzuerhalten und dogmatisch zu rechtfertigen.

e) Rechtsprechung

Um den Einfluss der Rechtsprechung auf Huber in dieser Frage zu untersuchen, ist zunächst zwischen den Urteilen des Reichsgerichts und den Urteilen des BGH zu unterscheiden. Huber beschäftigte sich weit ausführlicher mit den Urteilen des Reichsgerichts als mit den Urteilen des Bundesgerichtshofs. Obgleich auch Urteile des BGH zu dieser Frage ergangen sind, wurden diese von Huber oftmals nicht herangezogen.²⁸⁵

Auch die Rechtsprechung des RG ist indessen weder einheitlich noch ohne Widersprüche.²⁸⁶ Um seine Position zu stärken, führte Huber als Beispiel für die These von der Gleichstellung von vorübergehender und endgültiger Unmöglichkeit ein Urteil des Reichsgerichts an.²⁸⁷ Darin wurde die Beklagte von einer ihr obliegenden Pflicht nach §275 befreit, solange ihr die Leistung (vorübergehend) unmöglich war. Schon zuvor hatte das RG die Auffassung vertreten, dass der Schuldner nur dann dauerhaft von seiner Leistungspflicht befreit werden konnte, wenn die vereinbarte Leistung, auch wenn sie in Zukunft wieder einmal beschafft werden könnte, aufgrund der veränderten wirtschaftlichen Bedeutung der Lieferung, jedenfalls etwas wesentlich anderes darstellen würde als die im Vertrag bedungene Leistung.²⁸⁸ Ein anderes Urteil, das von Huber als scheinbar der eigenen Meinung zuwider laufend gekennzeichnet wurde, spiegelt eine andere Auffassung wieder. Huber selbst gestand zu, dass die Entscheidungen den Eindruck erwecken würde, als wäre das Reichsgericht inzwischen zur Ansicht gelangt, dass §275 nur auf Fälle der dauernden, nicht aber der vorübergehenden Unmöglichkeit anzuwenden wäre.²⁸⁹ In RGZ 153 (1937), 384, 387 hieß es:

„Diese durch die Devisengesetzgebung herbeigeführte Unmöglichkeit ist jedoch keine dauernde; sie hat keine schuldbefreiende Wirkung im Sinn des §275 BGB.“²⁹⁰

²⁸⁵ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I §3 I 2 b, S. 66 ff.; Huber, FS Gaul, S. 218 ff.

²⁸⁶ So auch Huber in FS Gaul, S. 218.

²⁸⁷ RGZ 117 (1927), 127, 129; vgl. Huber, FS Gaul, S. 218 f.

²⁸⁸ RGZ 88 (1917), 71, 74; so auch RGZ 90 (1917), 102, 104; RGZ 92 (1918), 87; RGZ 94 (1919), 45, 47.

²⁸⁹ Huber, FS Gaul, S. 219.

²⁹⁰ RGZ 153 (1937), 384, 387.

Scheinbar vertrat das RG nunmehr die Ansicht, dass einer vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistung keine befreiende Wirkung mehr zukommen sollte. Allerdings war Huber der Auffassung, das Reichsgericht hätte nur zum Ausdruck bringen wollen, dass der Schuldner nach §275 nicht endgültig befreit worden wäre, da nur eine vorübergehende Unmöglichkeit gegeben wäre. Dieser Auffassung stand jedoch der insofern eindeutige Wortlaut der Entscheidung entgegen. Auch eine andere Entscheidung des RG schien gegen die von Huber vertretene These zu sprechen. Auch dieses Urteil wird von Huber zitiert und als missverständlich kritisiert.²⁹¹ Nach Huber stand jedenfalls fest, dass insofern zur vorangegangenen Entscheidung kein Widerspruch bestand.²⁹² Dies gilt allerdings nur, wenn man bereit ist, die Erklärung Hubers zu akzeptieren, dass das RG nur eine Aussage über eine endgültige Befreiung des Schuldners treffen wollte, was aber aus den Entscheidungen nicht zweifelsfrei hervorgeht.

Aus den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs wird gleichfalls nicht deutlich, ob ein vorübergehendes Leistungshindernis nach §§275 I, II zu einer vorübergehenden Befreiung von der Leistungspflicht führen konnte. Zwar wurde oftmals herausgestellt, dass eine vorübergehende Leistungsunfähigkeit einem dauernden Unvermögen nicht ohne weiteres gleich zu erachten wäre und eine Befreiung des Schuldners nicht eintreten lasse.²⁹³ Auch sollte nur eine endgültige Unmöglichkeit der Leistung, sofern sie von keiner Partei zu vertreten war, gemäß §§275, 323 zu einer Befreiung von der Leistungspflicht beziehungsweise zum Wegfall der Gegenleistungspflicht führen.²⁹⁴ Offen blieb jedoch, ob bei zeitweiligen Leistungshindernissen eine vorübergehende Befreiung von der Leistungspflicht eintreten sollte. In der Praxis war diese Frage jedoch von geringer Relevanz, da der Schuldner, wenn er das Leistungshindernis nicht zu vertreten hatte, jedenfalls nicht in Verzug geraten konnte. Im berühmten Kegelbahnhof²⁹⁵ des BGB lag Huber zufolge ein Fall des vorübergehenden, nicht zu vertretenden Unvermögens vor. Von dieser Erwägung hat sich der BGB in seiner Urteilsbegründung allerdings nicht leiten lassen.

Festzuhalten ist damit, dass keine einheitliche Linie in der Rechtsprechung existierte. Huber versuchte dennoch diesen Eindruck zu erwecken, indem er unterstellte, dass gegenläufige Urteile lediglich missverständlich abgefasst wären. Er bringt damit zum Ausdruck, dass das RG, wie auch er, vorübergehende Leistungshindernisse unter §275 subsumieren wollte. Dies kann den Urteilsbegründungen jedoch nicht entnommen werden. Vielmehr sind die

²⁹¹ Vgl. Huber, FS Gaul, S. 219.

²⁹² Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 2, S. 67.

²⁹³ So BGH LM §275 Nr.4 Bl.1.

²⁹⁴ BGH LM §275 Nr.7 Bl.1.

²⁹⁵ BGHZ 53, 29, 32 ff.

Entscheidungen in ihrem Wortlaut insofern recht deutlich. Obgleich die Rechtsprechung insofern zweideutig ist, sieht sich Huber dennoch von ihr in seinen Auffassungen bestätigt.

4. Fazit

Trotz der geringen praktischen Relevanz des Streits waren Auslegung und Erweiterung des Anwendungsbereichs des §275 auf vorübergehende Leistungshindernisse entscheidend für die weitere Konzeption des Leistungsstörungsrechts. Nach Huber stellte die Frage, ob die §§275 I, II auch die vorübergehende Unmöglichkeit erfassten, ein „Schlüsselproblem“ des Leistungsstörungsrechts dar.²⁹⁶ Seiner Meinung konnte man „das System des Rechts der Leistungsstörungen im BGB überhaupt nur verstehen, wenn man davon ausgeht, dass in §275 Abs.1 und 2 die vorübergehende Unmöglichkeit und das vorübergehende Unvermögen mitgeregelt sind [...].“²⁹⁷ In der Tat ist die Auslegung des §275 bedeutsam für das weitere Verständnis der §§275-279, die nach Huber allgemeine Regelungen enthielten und die §§280-304 und §§320-327, die seiner Meinung nach Sonderregelungen für bestimmte Fallkonstellationen enthielten.²⁹⁸ Huber zieht zur Begründung seiner Auffassung in erster Linie die Gesetzesmaterialien heran. Auch berief er sich auf die Entscheidungen des Reichsgerichts und machte systematische Erwägungen geltend.

Die Urteile des RG können Hubers Ansicht nur zu einem gewissen Grad stützen. RGZ 153 (1937), 384, 387 steht im Widerspruch zu seiner Meinung. Hubers Auslegung des Urteils erscheint als konstruiert. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs finden bei Huber gar keine Berücksichtigung. Um untragbare Ergebnisse zu vermeiden, musste Huber den Unmöglichkeitsbegriff im Rahmen der §§280, 325 eng auslegen. Die systematische Notwendigkeit stellt er diesbezüglich selbst dar. Allerdings kann er sich auf eine gefestigte Literaturmeinung stützen.²⁹⁹ Die Gesetzesmaterialien stützen Hubers Argumentation insofern, als auch der historische Gesetzgeber prinzipiell davon ausging, dass auch die zeitweilige, nicht zu vertretende Unmöglichkeit zu einer vorübergehenden Befreiung des Schuldners führten. Belege in den Gesetzesmaterialien für eine unterschiedliche Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs führt Huber nicht an. Am überzeugendsten erscheint die systematische Argumentation Hubers. Die Gegenüberstellung von zu vertretender Leistungsverzögerung (§§284 ff.) und nicht zu vertretender Leistungsverzögerung (§§275 ff.) vermeidet Abgrenzungsschwierigkeiten und kommt ohne eine analoge Anwendung der §§275

²⁹⁶ Huber, FS Gaul, S. 223.

²⁹⁷ Huber, FS Gaul, S. 223.

²⁹⁸ Huber, FS Gaul, S. 223.

²⁹⁹ So Planck, §280 2, S. 53; Staudinger-Löwisch, §275 Rn.30; Soergel-Wiedemann §275 Rn.42.

ff. aus. Hinzu kommt, dass auch das Zusammenspiel der §275 und §283 in überzeugender Weise beschrieben wird. Nicht immer überzeugend ist Hubers Auseinandersetzung mit der Gegenansicht, der er zum Teil pauschal ein falsches systematisches Verständnis oder missverständliche Äußerungen unterstellt. Für Hubers Arbeitsweise ist erneut die Beschäftigung mit historischen Quellen im Zusammenspiel mit systematischen Erwägungen charakteristisch. Auf systematischen und historischen Argumenten beruht Hubers ungewöhnliche Unterscheidung zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden Leistungsstörungen. Allerdings beschränkt sich die Auslegung der Quellen des gemeinen Rechts weitgehend auf die Darstellung der Lehre Mommsens. Diese wird von Huber weitgehend rezipiert und auf das BGB übertragen. Hubers systematische Ausführungen ergänzen die Ergebnisse seiner historischen Auslegung. Gleichzeitig dienen sie der Ergebniskontrolle. Ohne diese systematischen Einschränkungen wäre Hubers Ansicht nicht vertretbar.

III. Erlöschen des Erfüllungsanspruchs im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit (perpetuatio obligationis im BGB)

War die Leistung dem Schuldner schuldhaft unmöglich geworden, so ordneten die §§280, 325 im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit eine Schadensersatzpflicht des Schuldners an. Ungeklärt blieb im alten Leistungsstörungsrecht aber das Verhältnis der dem Gläubiger zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe. Fraglich war insofern, ob der Gläubiger nur berechtigt sein sollte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§280 ff. zu verlangen oder ob er den Schuldner auch an seiner Erfüllungspflicht festhalten konnte. Im Rahmen der Diskussion über das Konkurrenzverhältnis von ursprünglichem Erfüllungsanspruch und Ersatzpflicht wurde auch um die Frage gestritten, inwieweit die aus dem römischen Recht bekannte Rechtsfigur der *perpetuatio obligationis* in das BGB Eingang gefunden hatte.

1. Gesetzliche Regelung

Das BGB traf in §275 nur die Aussage, dass der Schuldner jedenfalls dann von seiner Leistungspflicht befreit wurde, wenn er seine Unmöglichkeit bzw. sein Unvermögen nicht zu vertreten hatte. Ergänzt wurde diese Bestimmung durch die Regelungen der §§280 I, 325 I. Darin war bestimmt, dass der Schuldner bei einem von ihm zu vertretenden Umstand dem Gläubiger auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet war. Eine Regelung wie in §283 I 2 oder §326 I 2, wonach der Anspruch auf Erfüllung in diesem Fall ausgeschlossen sein sollte, enthielten die §§280 I, 325 I nicht.³⁰⁰ Ob der Schuldner dem Gläubiger darüber hinaus auf Erfüllung haften sollte, beziehungsweise zu welchem Zeitpunkt der Schadensersatzanspruch an Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs trat, war nicht ausdrücklich geregelt.

2. Meinungsstand zur Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs

Die Frage, ob der Erfüllungsanspruch des Schuldners im Falle einer Unmöglichkeit der Leistung fortbestehen sollte, erscheint auf den ersten Blick als widersinnig. Ähnlich, wie der Rechtssatz „impossibilium nulla est obligatio“ einen scheinbar selbstverständlichen Grundsatz manifestiert, erscheint eine Fortdauer des Erfüllungsanspruchs bei einer Unmöglichkeit der Leistung als sinnlos und ohne Interesse für den Gläubiger. Warum sollte dieser auf Leistung bestehen, wenn diese doch unmöglich geworden war. Dennoch wurde in Literatur und

³⁰⁰ Vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1, S. 770, der aus dem Gegensatz des Wortlautes der §§283 I 2, 326 I 2 zu §§280 I, 325 I schloss, dass der Erfüllungsanspruch bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen sein sollte.

Rechtsprechung immer wieder die praktische Notwendigkeit einer Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs betont.

a) Literatur

In der Literatur war es umstritten, ob der Gläubiger, im Falle der zu vertretenden Unmöglichkeit des Schuldners, noch auf Erfüllung bestehen konnte und ob ein Nebeneinander von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch möglich sein sollte.³⁰¹ Überwiegend ging die Literatur davon aus, dass der ursprüngliche Leistungsanspruch nicht mehr fortbestehen sollte, da der Schuldner nicht zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet werden konnte.³⁰² Es wäre angesichts der Unmöglichkeit geradezu sinnwidrig, so wurde argumentiert, am Erfüllungsanspruch festzuhalten.³⁰³

Andere waren hingegen der Auffassung, dass die Gesetzesverfasser die aus dem römischen Recht bekannte Rechtsfigur der „perpetuatio obligationis“ aufgegriffen und im BGB verankert hätten. Danach sollte der Erfüllungsanspruch des Gläubigers auch bei Unmöglichkeit der Leistung grundsätzlich fortbestehen.³⁰⁴ Auch wurde die Auffassung vertreten, dass die bloße Tatsache einer Unmöglichkeit der Leistung niemals einer Verurteilung des Schuldners zur Leistung im Wege stehen könnte. Der Schuldner würde sich durch seine Behauptung der Unmöglichkeit nur der Möglichkeit begeben, den Gläubiger am Leistungsverlangen festzuhalten.³⁰⁵

Andere wollten wiederum dahin gehend differenzieren, ob ein subjektives Unvermögen oder eine objektive Unmöglichkeit gegeben war.³⁰⁶ Auch war eine Unterscheidung gebräuchlich, die zwischen endgültig feststehender und zwischen den Parteien streitiger Unmöglichkeit der Leistung differenzieren wollte.³⁰⁷ Weitgehende Einigkeit bestand darüber, dass der Schuldner jedenfalls dann nicht zur Leistung verurteilt werden konnte, wenn die Unmöglichkeit bereits endgültig feststand.³⁰⁸

³⁰¹ So Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 230 ff.; MüKo-Emmerich, §280 Rn.1 ff.; Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, S. 193 ff.

³⁰² Vgl. Soergel-Wiedemann, §280 Rn.27 ff.

³⁰³ Vgl. Palandt-Heinrichs, §280 Rn.1; Staudinger-Löwisch, §280 Rn.2.

³⁰⁴ Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 75.

³⁰⁵ Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 234: Jakobs begriff die §§280 I, 325 I aber auch als Vorschriften zum Schutze des Schuldners. Nur in gewissen Fällen wäre es zum Schutz des Schuldners auch erlaubt, statt des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs zum Schadensersatzverlangen überzugehen.

³⁰⁶ So Soergel-Wiedemann, §280 Rn.27 ff.

³⁰⁷ Vgl. hierzu insbesondere Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 230 ff.; Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 775 f.

³⁰⁸ Vgl. RGRK, §280 Rn.1; anders Jakobs, der auch für den Fall, dass das Gericht von der Unmöglichkeit der Leistung überzeugt war, der Gläubiger aber weiterhin auf Erfüllung bestand, den Schuldner zur Leistung verurteilen wollte. Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 245.

b) Ulrich Huber

Huber schloss sich der Mindermeinung an, die in gewissen Fällen für eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs eintrat. Er differenzierte zwischen nachfolgendem, zu vertretendem Unvermögen und nachträglicher, zu vertretender Unmöglichkeit. Im Rahmen der objektiven Unmöglichkeit unterschied er nochmals zwischen feststehender und zwischen den Parteien streitiger Unmöglichkeit. Unhaltbar war nach Huber die These, eine nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung hätte, unabhängig von einem Vertretenmüssen des Schuldners, notwendigerweise zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs geführt.³⁰⁹ Nach Huber stand der Wortlaut des Gesetzes einer solchen Auslegung entgegen.³¹⁰ Man müsste dem Gesetzgeber zugestehen, dass er die Formulierung des §275 mit Bedacht gewählt hätte. Wie Huber schon zuvor nachzuweisen versuchte, könnte §275 weder als Ausdruck einer verfehlten Gesetzesredaktion³¹¹ noch als lückenhafte und unzureichende Regelung eines selbstverständlichen Rechtsgedankens gesehen werden.³¹² Ausweislich des §275 wollte der Gesetzgeber den Erfüllungsanspruch des Gläubigers nur bei nicht zu vertretender, nachträglicher Unmöglichkeit ausschließen. Keine Aussage wurde jedoch dahin gehend getroffen, ob der Erfüllungsanspruch bei zu vertretender Unmöglichkeit fortbestehen sollte.³¹³ Auch wenn insofern vieles für einen Umkehrschluss zu §275 I spräche, nach dem der Schuldner im Falle des Vertretenmüssens von seiner Leistungspflicht gerade nicht frei wurde, wollte Huber nur in den Fällen des zu vertretenden Unvermögens und der nicht feststehenden, objektiven Unmöglichkeit einen Erfüllungsanspruch neben einem Schadensersatzanspruch bestehen lassen. In diesen Fällen wollte er dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zubilligen.

Für die objektive Unmöglichkeit galt nach Huber hingegen ein ungeschriebener Rechtssatz, nach dem der Anspruch auf Erfüllung in Natur in den Fällen endgültiger und feststehender Unmöglichkeit der Leistung auch dann ausgeschlossen war, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hatte. Hintergrund dieser Differenzierung war die Überlegung, dass der Erfüllungsanspruch auch für den Gläubiger von Bedeutung sein konnte, der gemäß §§280, 325 dazu berechtigt war, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.³¹⁴ Ein Erfüllungsanspruch war nach Huber jedenfalls dann anzuerkennen, wenn der Anspruch für

³⁰⁹ Medicus, Bürgerliches Recht, Rn.239; Palandt-Heinrichs, §275 Rn.24.

³¹⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1, S. 772.

³¹¹ Staudinger-Löwisch, §275 Rn.56.

³¹² Abschlussbericht, S. 118.

³¹³ A.A.Palandt-Heinrichs , §275 Rn.24; Staudinger-Löwisch, §275 Rn.44; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn.239.

³¹⁴ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 773.

den Gläubiger „von praktischer Wichtigkeit“ sein konnte. Er wäre hingegen zu versagen, wenn ein solches praktisches Interesse des Gläubigers nicht bestünde. Nach Huber war es also nur dann vertretbar und geboten, den Erfüllungsanspruch des Gläubigers auszuschließen, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers am Erfüllungsanspruch eindeutig und in evidenter Weise fehlte.³¹⁵ Ein solches praktisches Interesse wäre jedenfalls im Fall der feststehenden, objektiven Unmöglichkeit nicht ersichtlich, da eine Klage auf Erfüllung am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis gescheitert wäre. Eine Vollstreckung hätte von vorn herein keine Erfolgsaussichten gehabt, weshalb eine Verurteilung zur Leistung mit der Rechtsprechung abzulehnen wäre.

Bei zwischen den Parteien streitiger, objektiver Unmöglichkeit war es nach Huber fraglich, ob im Prozess überhaupt Beweis über die Unmöglichkeit zu erheben wäre. Hätte der Schuldner die behauptete Unmöglichkeit nach seinem Vorbringen jedenfalls zu vertreten gehabt, wäre ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners nicht gegeben, da er den Gläubiger mit dem Beweis der Unmöglichkeit allenfalls dazu zwingen können, das Klagebegehren vom Erfüllungsanspruch auf einen Schadensersatzanspruch umzustellen. Der Gläubiger hätte in allen anderen Fällen hingegen ein berechtigtes Interesse daran, seinen ursprünglichen Anspruch gegen den Schuldner sofort und ohne Verzögerung durch eine Beweisaufnahme durchzusetzen und sich von der Richtigkeit des Vorbringens des Schuldners im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zu überzeugen.³¹⁶ In der Folge wäre dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Erfüllungsanspruch und Schadensersatzanspruch zuzubilligen.³¹⁷ Gleiches galt nach Huber grundsätzlich für die Fälle des vom Schuldner zu vertretenden, nachträglichen Unvermögens.³¹⁸ Zu vertretendes Unvermögen wäre vom Gesetz nicht als Befreiungsgrund für den Schuldner anerkannt gewesen und es wäre auch kein Grund ersichtlich, dem Gläubiger den Erfüllungsanspruch zu versagen, nur weil der Schuldner vertragswidrig seine eigene Leistungsunfähigkeit herbeigeführt hätte.³¹⁹ Streng am Wortlaut der §§275 I, II orientiert, nahm Huber entgegen der herrschenden Lehre an, dass der Schuldner nur bei unverschuldetem Unvermögen von seiner Pflicht zur Leistung des ursprünglichen Vertragsgegenstand befreit wäre. Im Falle der nachträglichen, zu vertretenden Unmöglichkeit sollte der Erfüllungsanspruch aber gerade nicht durch einen möglichen

³¹⁵ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 773 f.

³¹⁶ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 776.

³¹⁷ Eine Umstellung des Klageantrags und ein Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatzanspruch sollte im Prozess gemäß §264 Nr.3 ZPO problemlos möglich sein.

³¹⁸ Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 1, S. 805.

³¹⁹ Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 1, S. 810; a.A. Staudinger-Löwisch, §280 Rn.6 ff.; Müko-Emmerich §280 Rn.8; Soergel-Wiedemann §280 Rn.32; Roth, JuS 1968, S. 101, 102; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §22 I, S. 332 f.

Schadensersatzanspruch verdrängt werden, sondern dem Gläubiger grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Erfüllungsanspruch eingeräumt werden. Ausnahmen bestanden nach Huber nur für den Fall der offensichtlichen Unbehebbarkeit des Unvermögens, falls sie der objektiven Unmöglichkeit praktisch gleichstand, und bei Unverhältnismäßigkeit der zur Behebung des Unvermögens erforderlichen Aufwendungen.³²⁰

3. Arbeitsweise Hubers

Huber berief sich unter anderem darauf, dass in ständiger Rechtsprechung anerkannt wäre, dass der Gläubiger im Falle des zu vertretenden Unvermögens Erfüllung verlangen konnte.³²¹ Darüber hinaus sah er seine Auffassung im Einklang mit dem vor Inkrafttreten des BGB gegebenen Rechtszustand und der erklärten Absicht der Gesetzesredaktoren.³²² Ähnliche Behauptungen hatte Huber bereits für das anfängliche Unvermögen und die vorübergehende Unmöglichkeit aufgestellt. Entgegen dieser Darstellung ist die Gesetzeslage keineswegs so eindeutig, wie Huber glauben machen wollte. In Literatur und Rechtsprechung wurde kontrovers über den Sinn eines fortgeltenden Erfüllungsanspruchs diskutiert. Obgleich dem Streit um das Schicksal des Erfüllungsanspruchs, bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit, kaum praktische Bedeutung zukam, da der Gläubiger in den meisten Fällen ohnehin auf Schadensersatz klagte, setzte sich Huber mit diesem Punkt sehr ausführlich auseinander. Zwar konnte die Diskussion um die *perpetuatio obligationis* auch von praktischer Wirksamkeit sein, was insbesondere mit der Beweiserhebung im Prozess zusammenhängt. Dennoch bleibt die Frage offen, warum sich Huber derart ausführlich mit dieser Frage beschäftigte.

Um Rückschlüsse auf die Arbeitsweise Ulrich Hubers ziehen zu können, soll die Funktion der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs im „System Huber“ untersucht werden. Auch muss erneut die Frage aufgeworfen werden, ob die Quellen, auf die sich Huber beruft, seine Ansicht tatsächlich stützen können oder die Quellen ungenau oder nur einseitig interpretiert werden. Die historischen Materialien werden deshalb einer genaueren Betrachtung unterzogen. Die Untersuchung in den vorherigen Kapiteln hat gezeigt, dass bestimmte Autoren des gemeinen Rechts einen besonderen Einfluss auf Huber ausübten. Es ist in einem weiteren Schritt zu klären, ob sich dieser Einfluss auf Huber auch an dieser Stelle nachweisen lässt. Da die Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs im gemeinen Recht umstritten war, lässt sich an

³²⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 2, S. 811 ff.

³²¹ So Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 1, S. 808 unter Hinweis auf BGHZ 56, 308; BGHZ 62, 388, 393; BGH WM 1982, 206, 208; BGH NJW 1988, 699; BGHZ 119, 300, 304; BGHZ 131, 176, 182.

³²² Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 1, S. 810 unter Hinweis auf Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8. Auflage) §264 Fn.7 und Motive, S. 54.

dieser Stelle in besonderer Weise aufzeigen, wessen Darstellung für Huber ein mögliches Vorbild gewesen sein könnte.

a) Literatur vor Einführung des BGB

Mit seiner Darstellung der Konkurrenz zwischen Erfüllungsanspruch und Schadensersatzanspruch griff Huber einen Streit auf, der in dieser Form schon im gemeinen Recht geführt wurde. Erstaunlich ist, dass sich dieser Streit im BGB fortsetzte, obgleich dort eigentlich nicht die Notwendigkeit für eine derartige Fiktion gegeben war.³²³ Ausgangspunkt des Streits war die Frage, ob es möglich war, einen Schadensersatzanspruch neben einem Anspruch auf Erfüllung geltend zu machen.

Überwiegend stellte sich die Lehre im gemeinen Recht auf den Standpunkt, dass der Erfüllungsanspruch und der Anspruch des Gläubigers auf das Leistungsinteresse auf demselben Forderungsrecht beruhten.³²⁴ In der Folge wurde vertreten, dass sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Gläubigers im Falle der Unmöglichkeit in einen Ersatzanspruch umwandeln musste, da sich Schadensersatzanspruch und Erfüllungsanspruch gegenseitig ausschlossen.³²⁵ Auch war im gemeinen Recht die Meinung vorherrschend, dass die Klage auf Naturalerfüllung bei einer objektiven wie auch subjektiven Unmöglichkeit der Leistung nicht zulässig sein sollte, da das Forderungsrecht nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein konnte (*impossibilium nulla obligatio*).³²⁶ Allerdings wurde im römischen Recht durchaus eine Ausnahme von diesem Grundsatz gemacht, die gemeinhin als „*perpetuatio obligationis*“ bezeichnet wurde.³²⁷ Ursprünglich war die *perpetuatio obligationis* im römischen Recht ein Mittel bei den strengen Klagen, die auf ein dare oder reddere einer certa res gerichtet waren, dem Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch beziehungsweise seinen Anspruch auf das Interesse zu sichern.³²⁸ Durch die Klagformel des dare oportere war vorausgesetzt, dass die zu leistende Sache zur Zeit der *litis contestatio* noch bestand. Im Falle einer objektiven Unmöglichkeit, verursacht durch ein Verschulden des

³²³ Vgl. dazu auch Kley, S. 86.

³²⁴ Allerdings war das ungeklärte Verhältnis zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch auch Gegenstand heftiger Diskussionen. Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass der Schadensersatzanspruch gegenüber dem Erfüllungsanspruch etwas „völlig Neues“ darstellte. So insbesondere Hölder, DJZ 5 (1900), S. 101 f.; Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I, S. 262, 282; a.A: Savigny, System III, S. 4; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I (8. Auflage) §64 1, S. 158; Dernburg, Pandekten II §44, S. 123; offengelassen bei Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 471 ff.

³²⁵ Wächter, Pandekten §91 S. 473 ff.; Brinz, Pandekten II 1 §§264 Rn.1; Arndts, Lehrbuch der Pandekten, §250 S. 475 ff.

³²⁶ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, S. 181 f.; Oertmann, Schuldverhältnisse II, S. 84; Kisch, Unmöglichkeit, S. 126.

³²⁷ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, S. 195.

³²⁸ Vgl. Zimmermann, The Law of Obligations, S. 784.

Schuldners, wurde das Fortbestehen des Anspruchs fingiert, um dem Gläubiger den Erfüllungsanspruch zu erhalten.³²⁹ Spätestens mit Wegfall der strengen Klagformeln war der Sinn der *perpetuatio obligationis* eigentlich erschöpft.³³⁰ Dennoch war es lange umstritten, ob und in welchem Umfang die *perpetuatio obligationis* ins BGB eingeflossen ist, was mitunter für die Beweiserhebung im Prozess von entscheidender Wichtigkeit sein konnte.³³¹

aa) Friedrich Mommsen

Die Untersuchungen des anfänglichen Unvermögens und der vorübergehenden Unmöglichkeit haben ergeben, dass Friedrich Mommsen Abhandlungen einen großen Einfluss auf Huber ausübte. Auch bei der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs ist dieser Einfluss nachweisbar, obgleich Friedrich Mommsen den Begriff der *perpetuatio obligationis* kaum gebrauchte. Lediglich im Zusammenhang mit seiner Lehre von der Mora ging er näher darauf ein.

Er führte aus, dass der Ausdruck der *perpetuatio obligationis* an sich keinen genau bestimmten Begriff bezeichnen würde. In den Quellen wäre nur von der infolge einer *litis contetatio* eintretenden *perpetuatio obligationis* die Rede, die ausschließlich den Ausschluss der Verjährung bei *actiones temporales* bewirken sollte.³³² In den übrigen in den Quellen beschriebenen Fällen sollte nach Mommsen lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass ein später eintretender *casus*, sofern er nach Eintritt der Mora die Leistung unmöglich machte, den Schuldner regelmäßig nicht von seiner Verpflichtung befreite.³³³

Dennoch ist deutlich erkennbar, dass Friedrich Mommsen bezüglich der *perpetuatio obligationis* eine andere Auffassung als Bernhard Windscheid vertrat, der den Rückgriff auf die Rechtsfigur der *perpetuatio obligationis* ablehnte. Mommsen war der Überzeugung, dass die durch ein Verschulden des Debitors herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung denselben nicht von seiner Verpflichtung befreien konnte und der Gegenstand der Obligation durch eine derartige Unmöglichkeit nicht unmittelbar verändert wurde.³³⁴ Zwar wäre, damit die Obligation erfüllt werden könnte, „nöthig, dass die unmögliche Leistung in eine mögliche, nämlich in ein Geldäquivalent (das Interesse) verwandelt [...]“³³⁵ wurde. Der Schuldner sollte aber auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation verpflichtet bleiben, bis die Obligation durch Leistung des Interesses aufgehoben wäre. Die praktische Bedeutung dieser

³²⁹ Kaser, Das römische Privatrecht §119, S. 513 ff; Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, S. 195 f.

³³⁰ Vgl. Kley, S. 76.

³³¹ So H. H. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 233, für den Fall der vom Schuldner nur behaupteten Unmöglichkeit, da allein mit der Behauptung des Unmöglichwerdens der Leistung eine das Recht des Gläubigers auf Leistung vernichtende Tatsache vorläge, über die im Falle des Bestreitens Beweis erhoben werden müsste.

³³² Harting, S. 129.

³³³ Mommsen, Die Lehre von der Mora, S. 199; Harting, S. 120.

³³⁴ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 229.

³³⁵ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 229.

Auffassung war nach Mommsen darin zu sehen, dass der Gläubiger seine Klage nicht nur auf das Interesse, sondern auch auf den ursprünglich geschuldeten Gegenstand richten konnte. Dies hätte den Vorzug, dass der Gläubiger nur das Bestehen der Verbindlichkeit, nicht aber den Eintritt der Unmöglichkeit und ein mögliches Verschulden des Schuldners zu beweisen hätte.³³⁶ Die Umwandlung der Leistungspflicht in eine Verpflichtung zur Leistung des Interesses sollte erst zum vorgesehenen Zeitpunkt der Erfüllung erfolgen.³³⁷ Hinsichtlich des Verhältnisses von Erfüllungs- und Ersatzanspruch wäre zu beachten, dass die Leistungspflicht des Schuldners negiert würde, wenn man den Anspruch des Gläubigers auf die ursprünglich geschuldete Leistung als vernichtet ansehen würde.³³⁸

Hubers Auffassung zeigt erneut Parallelen zur Meinung Friedrich Mommsens. Wie auch Mommsen ging er davon aus, dass die zu vertretende Unmöglichkeit den Erfüllungsanspruch des Gläubigers zunächst unberührt ließ. Allerdings ging Mommsen insofern weiter, als er den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs in jedem Fall der Unmöglichkeit fingierte. Huber machte von diesem Grundsatz hingegen für den Fall der feststehenden Unmöglichkeit eine Ausnahme, da in diesem Falle der Gläubiger kein Interesse daran haben könnte, am Erfüllungsanspruch festzuhalten. Während für Mommsen eine angemessene Verteilung der Beweislast im Vordergrund stand, brauchte sich Huber auf diese Funktion der *perpetuatio obligationis* eigentlich nicht berufen. Der Gesetzgeber hatte mit §282 schon eine angemessene Regelung des Beweislastrisikos getroffen. Es ist dennoch auffällig, dass Huber in gleicher Weise wie Mommsen Überlegungen über die Beweislast anstellt. Auch Huber verwies auf ein berechtigtes Interesse des Gläubigers, seinen ursprünglichen Anspruch auch ohne Beweisaufnahme durchzusetzen und sich von der Richtigkeit der Behauptung des Schuldners im Vollstreckungsverfahren zu überzeugen.³³⁹

bb) Bernhard Windscheid

Bislang hatte sich Ulrich Huber immer darauf berufen, dass Bernhard Windscheid sich die Ansicht Friedrich Mommsens zu Eigen gemacht hatte. Dadurch erweckte er den Eindruck, eine bestimmte Fragestellung wäre von der herrschenden Lehre im gemeinen Recht von jeher in einer bestimmten Weise beantwortet worden. Bei der Fortgeltung der Erfüllungsanspruch ist eine solche Interpretation allerdings ausgeschlossen. Bernhard Windscheid vertrat eine andere Ansicht als Friedrich Mommsen und widersprach diesem ausdrücklich.

³³⁶ Vgl. Kley, S. 86 ff.; Mommsen, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, S. 230 f.

³³⁷ Vgl. Kley, S. 87, die unterstellt, dass eine angemessene Verteilung der Beweislast die eigentliche Funktion der *perpetuatio obligations* in der Lehre Mommsens gewesen wäre.

³³⁸ Mommsen, *Die Lehre von der Mora*, S. 19.

³³⁹ Huber, *Leistungsstörungen II*, §58 I 2, S.776.

Sobald die Leistung dem Schuldner unmöglich geworden wäre, könnte der Gläubiger nicht mehr den Gegenstand der Obligation fordern, da der ursprüngliche Leistungsgegenstand nicht mehr geleistet werden könnte. Dem Gläubiger bliebe nur, statt der ursprünglich geschuldeten Leistung ein Geldäquivalent zu fordern. Dieses würde gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch freilich etwas Neues darstellen, wäre aber dennoch als unmittelbare Folge aus der Obligation anzusehen.³⁴⁰ Unterschiede bestanden zwischen Windscheid und Mommsen aber auch im Hinblick auf die Frage nach der Verteilung der Beweislast im Prozess. Der Schuldner könnte sich seiner Verpflichtung nicht durch Berufung auf die bloße Unmöglichkeit entziehen. Vielmehr hätte der Schuldner den Umstand, der seine Leistungsfähigkeit aufgehoben hatte, im Prozess zu beweisen.³⁴¹

Dieser Streit zwischen Friedrich Mommsen und Bernhard Windscheid wird auch von Huber aufgegriffen und kurz dargestellt. Dies beruhte nicht zuletzt auf der Überzeugung, dass die späteren Regelungen der §§ 237, 240, 369 E1 auf der Grundlage von Mommsens Lehre entstanden waren. Es wäre damit eigentlich zu erwarten, dass Huber an dieser Stelle für Mommsen Stellung beziehen würde. Huber war dennoch bemüht, diesen Meinungsstreit herunterzuspielen. Bei Windscheid findet sich auch die von Huber als Beleg für seine Meinung gewertete Aussage:

„Auch in dem Leistungsgegenstand hat sich, wenn die Unmöglichkeit bloß eine subjektive ist, rechtlich nichts geändert; verpflichtet ist der Schuldner nach wie vor zur Leistung des ursprünglichen Gegenstandes, und daß ein Geldäquivalent von ihm eingetrieben wird, ist nur Notbehelf. Ist freilich die Unmöglichkeit eine objektive, so kann das Forderungsrecht auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand ebenso wenig fortbestehen, wie es darauf hätte entstehen können.“³⁴²

Zweifelhaft ist, ob Windscheid - wie Huber unterstellt - das nachträgliche Unvermögen hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs anders behandelt haben wollte, als die nachträgliche Unmöglichkeit. Die Textstelle könnte auch so auszulegen sein, dass Windscheid nur hervorheben wollte, dass der Schadensersatzanspruch, der anstelle des Erfüllungsanspruchs treten sollte, nicht als etwas völlig Neues anzusehen war. Es wäre durchaus denkbar, dass Windscheid nur den gemeinsamen Ursprung des Forderungsrechts betonen wollte, der in der Obligation begründet lag. Allerdings lassen seine Ausführungen offen, ob nur er nur für die

³⁴⁰ Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 128.

³⁴¹ Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 128.

³⁴² Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8. Auflage) §264 Fn.7, S. 83.

objektive, nachträgliche Unmöglichkeit den Erfüllungsanspruch ausschließen wollte oder auch für das nachträgliche, verschuldete Unvermögen. Fest steht, dass die Auffassung Windscheids Hubers Deutung der *perpetuatio obligationis* jedenfalls teilweise entgegensteht, da nach Huber der Erfüllungsanspruch bei nachträglicher zu vertretender Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen war, zumindest solange der Eintritt der Unmöglichkeit zwischen den Parteien strittig war.

Huber nimmt damit eine zwischen Mommsen und Windscheid vermittelnde Position ein, wenn er den Erfüllungsanspruch nur bei feststehender, objektiver Unmöglichkeit ausschließen wollte. Huber vermeidet es dadurch sich in Widerspruch zur Autorität Windscheids zu setzen und sieht sich in seiner Ansicht durch beide bestätigt. Es ist auffällig, dass Huber auch an dieser Stelle bemüht ist, Widersprüche zu überdecken und Gemeinsamkeiten herzustellen, wo eigentlich Gegensätze bestehen. Hintergrund ist Hubers Bemühung aufzuzeigen, dass sich eine rote Linie vom gemeinen Recht hin bis zu Fragestellungen des heutigen BGBs zieht.

cc) Fazit

Die Darstellung der Lehre im gemeinen Recht beschränkt sich im Wesentlichen auf die Ansichten von Mommsen und Windscheid. Andere Autoren, wie beispielsweise Siber, der ebenfalls der Auffassung war, dass nach materiellem Recht daran festzuhalten war, dass der Schuldner im Falle einer von ihm zu vertretenden, objektiven Unmöglichkeit nur noch Schadensersatz schuldete, lässt Huber weitgehend unberücksichtigt.³⁴³ Auch fehlt in Hubers Darstellung eine Erörterung der ursprünglichen Funktion der *perpetuatio obligationis* bei den strengen Klagen, die in der Aufrechterhaltung des Klageanspruchs des Gläubigers bestand. Huber unternimmt nicht den Versuch nachzuweisen, dass eine kontinuierliche Linie zwischen römischem Recht und BGB zu ziehen ist. Dafür war die Rechtsfigur der *perpetuatio obligationis* im gemeinen Recht aber zu sehr umstritten, was sich insbesondere an den divergierenden Ansichten Windscheids und Mommsens zeigt.³⁴⁴ Huber selbst geht deshalb auf die Rechtsfigur der *perpetuatio obligationis* im gemeinen Recht überhaupt nicht ein. Die Darstellung der Ansichten Windscheids und Mommsens erfolgte im Zusammenhang mit den Vorgängen in den Gesetzeskommissionen. Wichtiger war für ihn die Frage, inwiefern der Streit zwischen Mommsen und Windscheid die Verfasser des BGB beeinflusste und welche Position diese in diesem Streit ergriffen. Wie bereits dargestellt, war mit Fortfall der strengen

³⁴³ Planck/Siber, §280, S. 53.

³⁴⁴ Gegen die Geltung der *perpetuatio obligationis* im gemeinen Recht sprach sich beispielsweise Siber aus; vgl. Planck/Siber, §280 2 b ú; vgl. auch Hartmann, Die Obligation, S. 172 f. und Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 35 betonten, dass nach Unmöglichkeit der Leistung ein Festhalten am Erfüllungsanspruch sinnlos erschien. Ähnlich Savigny, Obligationenrecht I §37, S. 382; a.A.Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 178 f.; Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung, S. 229 f.

Klagen die eigentliche Funktion der *perpetuatio obligationis* erschöpft. Auch wurde in das BGB die Regelung des §282 aufgenommen, der eine angemessene Verteilung der Beweislast sicherstellen sollte.

b) Gesetzesmaterialien

In den Gesetzesmaterialien wurde der Streit zwischen Mommsen und Windscheid erneut thematisiert. Huber sah den Streit im Sinne Friedrich Mommsens entschieden und kam zu dem Schluss, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Erfüllungsanspruch auch bei nachträglicher, zu vertretender Unmöglichkeit fortbestehen sollte.³⁴⁵ Wie schon zuvor war Huber der Überzeugung, der historische Gesetzgeber habe sich die Position Mommsens zu Eigen gemacht. Angesichts der unbestrittenen Autorität Bernhard Windscheids drängt sich die Frage auf, ob der historische Gesetzgeber tatsächlich in den Streit zwischen Windscheid und Mommsen eingreifen wollte und Huber den Einfluss Mommsens auf den Gesetzgeber nicht überschätzt. Die folgende Untersuchung soll zeigen, ob Huber der Gefahr erlegen ist die Ansicht Mommsens in die Gesetzesmaterialien hineinzuinterpretieren.

Huber berief sich insbesondere auf eine Stelle in den Vorentwürfen der Redaktoren zum BGB, in denen der Redaktor Paul von Kübel der Unmöglichkeit jeglichen Einfluss auf die Wirksamkeit der Verbindlichkeit absprach:

„Dadurch, dass die Unmöglichkeit der Erfüllung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grunde eingetreten ist, erlischt die aus dem betreffenden Schuldverhältnis für ihn entstandene Verbindlichkeit nicht; das durch dieses um Gläubiger und Schuldner geschlungene Band bleibt bestehen (*perpetuatio obligationis culpa debitoris* [...])“³⁴⁶.

Paul von Kübel ging somit in ähnlicher Weise wie Huber davon aus, dass der Erfüllungsanspruch im Falle einer Unmöglichkeit grundsätzlich fortbestehen sollte. Zudem ist bei von Kübel ausdrücklich von der Rechtsfigur der *perpetuatio obligationis* die Rede, die auch im neuen Leistungsstörungsrecht des BGB Geltung beanspruchen sollte. Auch wenn Hubers Auffassung noch mit dem Redaktorenentwurf von Kübels übereinstimmt, heißt das noch nicht, dass sich die erste und zweite Kommission diese Auffassung auch zu Eigen gemacht haben.³⁴⁷ In den Motiven wurde ausdrücklich zur Thematik „*perpetuatio*

³⁴⁵ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1, S. 772.

³⁴⁶ Kübel, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB-Schuldrecht I, Abschn. I Tit. 3 III 1, S. 5.

³⁴⁷ Zur prozessualen Berechtigung des Gläubigers auch bei eingetretener objektiver Unmöglichkeit auf Erfüllung zu klagen vgl. Kübel, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB-Schuldrecht I, Abschn. I Tit. 3 III 1, S. 6.

obligationis“ Stellung genommen. Die Regelungen der §§275, 280, 325 gingen in ihrem Kernbestand zurück auf die Regelungen der §§237, 240, 369 des ersten Entwurfs.³⁴⁸

Beantragt war, die Vorschrift des §280 dahin gehend zu fassen:

„Wird die geschuldete Sache zufolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder theilweise unmöglich, so verwandelt sich mit diesem Zeitpunkte die Verbindlichkeit des Schuldners in eine Verbindlichkeit zum Ersatz des dem Gläubiger durch die Nichterfüllung verursachten Schadens.“³⁴⁹

Diese Stelle legt eher die Vermutung nahe, der historische Gesetzgeber hätte sich gegen die Einführung der perpetuatio obligationis ins BGB entschieden, zumal von einer Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs im Falle einer Unmöglichkeit nicht mehr die Rede war. Man einigte sich jedoch, den Paragraph so zu formulieren, dass mit dem Entwurf weder das Fortbestehen der Verbindlichkeit noch die Umwandlung der Verbindlichkeit zum Schadensersatz festgelegt wurde. Man wollte sich vielmehr darauf beschränken, die Verpflichtung zum Schadensersatz festzulegen. In den Motiven hieß es zudem, der Standpunkt Mommsens wäre „doktrinär“ und auch in der Sache zweifelhaft. Bedenklich wäre es zudem von einem Fortbestand der früheren Obligation zu sprechen, da, so richtig die Fortdauer der Obligation auch wäre, die Verbindlichkeit zum Schadensersatz jedenfalls einen anderen Gegenstand hätte. Bei wörtlichem Verständnis würde sich so eine Art von Widerspruch oder doch eine Inkorrektheit herausstellen.³⁵⁰

Nach Ansicht der 1. Kommission unterlag die Gegenansicht aber ähnlichen Bedenken. Wenn von einer Verwandlung der Obligation die Rede wäre, so würde unrichtigerweise der Anschein erweckt, die alte Obligation wäre völlig erloschen und durch eine neue ersetzt.

Indem sich die 1. Kommission auf die Anordnung eines Schadensersatzanspruchs im Falle zu vertretender Unmöglichkeit beschränkte, einigte man sich auf ein konsensfähiges Minimum und überließ die Klärung dieser Frage bewusst Wissenschaft und Rechtsprechung.

Huber ist zuzustimmen, wenn er behauptet, die Gesetzesredaktoren wollten in den Streit zwischen Windscheid und Mommsen nicht eingreifen. §237 E1 (der spätere §275 BGB) stellte lediglich ein „konsensfähiges Minimum“ dar, da man sich wohl nicht darüber einig werden konnte, wie das Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch dogmatisch richtig zu

³⁴⁸ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1, S. 772.

³⁴⁹ Prot. I 1115 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 259).

³⁵⁰ Prot. 118 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 261).

bewerten wäre.³⁵¹ Obgleich Huber zu Recht darauf hingewiesen hatte, dass die Redaktoren des BGB es sich zum Ziel gemacht hatten, in den zwischen Windscheid und Mommsen bestehenden Streit nicht einzugreifen, behauptete Huber dennoch, dass die Gesetzesmaterialien durchaus den Schluss zuließen, dass der historische Gesetzgeber den Anspruch auf Erfüllung im Fall der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit nicht ausschließen wollte, wenn der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung auch von praktischer Wirksamkeit für ihn sein konnte. Der Gläubiger bliebe jedenfalls berechtigt, am Erfüllungsanspruch festzuhalten, wenn ein schutzwürdiges Interesse daran bestünde. Diese Deutung der Gesetzesmaterialien erstaunt, zumal sich der Entwurf ausdrücklich damit begnügte, die Schadensersatzpflicht als Rechtsfolge festzusetzen und gerade keine Aussage über das Schicksal des Erfüllungsanspruchs treffen zu wollen.³⁵² In dem Umstand, dass der Gesetzgeber den Anspruch auf Erfüllung jedenfalls nicht ausschließen wollte, kann jedenfalls kein Argument für die Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs gesehen werden.³⁵³ Huber selbst musste diesbezüglich zugestehen, dass die von ihm vertretene Ansicht wenn schon nicht erweislich richtig, so doch wenigstens nicht unvereinbar mit dem Gesetz war.³⁵⁴ Da der historische Gesetzgeber in dieser Frage eindeutig nicht Stellung nehmen wollte und den Streit bewusst offen ließ, kann sich Huber insoweit nicht auf die Gesetzesmaterialien berufen. Dies hinderte Huber jedoch nicht daran, dennoch zu unterstellen, der Gesetzgeber hätte sich die Ansicht Friedrich Mommsens zu Eigen gemacht.

Diese Argumentation Hubers vermag nicht zu überzeugen. Gerade weil die Klärung dieser Frage bewusst Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen wurde, kann nicht angenommen werden, dass sich der Gesetzgeber insgeheim doch für eine Ansicht entschieden hätte. Für die Systematik Hubers war dieser Ausgangspunkt aber, wie noch zu zeigen sein wird, von einer gewissen Bedeutung. Huber war auf die Deutung angewiesen, der historische Gesetzgeber hätte den Erfüllungsanspruch fortbestehen lassen, da anderenfalls seine weitere Argumentation zum Unvermögensbegriff nicht haltbar gewesen wäre. Letztlich kann daher festgestellt werden, dass Huber auch an dieser Stelle versuchte zu belegen, der historische Gesetzgeber hätte sich bei der Konzeption des BGB der Ansicht Mommsens angeschlossen.

³⁵¹ Kley, S. 97; a.A. Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30: Dieser bestreitet, dass der Gesetzgeber das Problem offen gelassen hat. Zwar hätte der Redaktorenentwurf ein Fortbestehen der Verbindlichkeit trotz Unmöglichkeit vorgesehen. Damit wäre allerdings die Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses im Ganzen gemeint gewesen. Die erste Kommission hätte nur deshalb von einer entsprechenden Bestimmung abgesehen, weil sie keine hinreichende Formulierung gefunden hätte und es für zu missverständlich und widersprüchlich hielt, vom Fortbestand der Verbindlichkeit bzw. deren Umwandlung zu sprechen.

³⁵² Unzutreffend daher auch Kley, die anhand derselben von Huber herangezogenen Stellen zu dem abweichenden Ergebnis kommt, der Gesetzgeber hätte die perpetuatio obligationis „sozusagen durch das Hintertürchen aus dem BGB hinausgewiesen [...].“ Vgl. Kley, S. 92.

³⁵³ A.A Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30, der bestreitet, der Gesetzgeber hätte das Problem offen gelassen.

³⁵⁴ Vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 5, S. 785.

Allerdings gelingt es ihm angesichts des eindeutigen Wortlauts der Gesetzesmaterialien nicht, den Beweis an dieser Stelle zu führen.

c) Literatur nach Einführung des BGB

Weniger ausführlich und vertieft behandelte Huber die neueren Literaturansichten.³⁵⁵ Er beschränkte sich darauf, die „weit verbreitete fehlerhafte Vorstellung“, dass der Schuldner auch bei zu vertretender Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit wurde, zu kritisieren.³⁵⁶ Auch unterstellte er der Gegenansicht, von doktrinären Argumenten beeinflusst zu sein, denen die Annahme zugrunde lag, dass die Unmöglichkeit zwangsläufig zum Wegfall des Erfüllungsanspruchs führen müsste.³⁵⁷ Trotz dieser pauschalen Ablehnung der „doktrinär beeinflussten“ Gegenansicht, wäre es verfehlt der neueren Literatur jeden Einfluss auf die Arbeitsweise Hubers abzusprechen. So setzte sich Huber etwas genauer mit der Kritik an seinem, für die Unterscheidung maßgeblichen Kriteriums des schutzwürdigen Interesses des Gläubigers auseinander. Wenn bezweifelt würde, so Huber, dass der Gläubiger ein schützenswertes Interesse am Erfüllungsanspruch und der Prüfung der Unmöglichkeitsbehauptung des Schuldners im Vollstreckungsverfahren hätte, so würde man vergessen, dass nicht der Schuldner schutzbedürftig wäre, sondern der Gläubiger.³⁵⁸ Auch griff Huber altbekannte Argumente der Literatur in seiner Darstellung auf. In der Literatur wurden einige Begründungsansätze Hubers stark bezweifelt. So wurde beispielsweise bestritten, dass der Gläubiger überhaupt berechtigt wäre, sich von der Richtigkeit der Behauptung des Schuldners im Vollstreckungsverfahren zu überzeugen.³⁵⁹ Im folgenden Kapitel wird untersucht, welchen Einfluss die neuere Literatur auf Huber ausübte, welche Autoren bei ihm einer näheren Betrachtung unterzogen werden und an welchen Stellen die Auseinandersetzung mit der neueren Literatur gesucht wird.

aa) Ernst Rabel

Ernst Rabel untersuchte die *perpetuatio obligationis* aus einem anderen dogmatischen Blickwinkel als Ulrich Huber. Rabel hatte es sich zur Aufgabe gemacht, den aus dem römischen Recht tradierten Grundsatz „*impossibilium nulla obligatio*“ unter historischen,

³⁵⁵ Dieser Umstand wird bei Kley kritisiert, die unterstellt, Huber hätte die neueren wissenschaftlichen Erkenntnisse in dieser Frage unberücksichtigt gelassen. Vgl. Kley, S. 97 Fn.108.

³⁵⁶ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1, S. 771.

³⁵⁷ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 777.

³⁵⁸ Vgl. hierzu Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 776 zu Meincke AcP 171 (1971), 19, 23; Brehm JZ 1974, 573, 575; Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30; anders jedoch Jakobs, der die Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs gerade mit dem Argument begründet, dass die §§280, 325 gerade dem Schutz des Gläubigers zu dienen bestimmt waren. Nur unter den Voraussetzungen des §§280 I, 325 wäre es dem Gläubiger gestattet gewesen, neben dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

³⁵⁹ Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

logischen und praktischen Gesichtspunkten auf seine Richtigkeit hin zu untersuchen. Rabel beschrieb daher die Ausbildung des Rechtsgrundsatzes im römischen Recht, dessen Geltung in der Frühzeit noch allgemein anerkannt gewesen wäre. Dennoch bestehen zahlreiche Gemeinsamkeiten zwischen Huber und Rabel, soweit es um die Frage der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs bei unmöglichen Leistungen geht. Diesbezüglich gleichen sich beide Autoren in Argumentation und Ergebnis.

Laut Rabel wollte die herrschende Lehre im gemeinen Recht die Gültigkeit der Obligation, zumindest bei bonaefidei-Verträgen, solange aufrechterhalten, bis der Schuldner sein Freiwerden durch *casus* beweisen konnte.³⁶⁰ Die *perpetuatio obligationis* war nach Rabel damit eine anerkannte Ausnahme vom Grundsatz „*impossibilium nulla obligatio*“. Bei den Stipulationen hätte man, wohl zu Unrecht, an dem überkommenen Grundsatz aus der Frühzeit des römischen Rechts festgehalten, nach dem der Schuldner nicht zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet werden konnte. Die Lehre Mommsens wäre als Versuch zu sehen, die Unmöglichkeitslehre insbesondere bei Stipulationen harmonisch zu entfalten und die im Recht der bonaefidei-Verträge überwundene Lehre in unrichtiger Weise zu verallgemeinern.³⁶¹ Zudem hätten sich Mommsen und auch das spätere BGB weit von der ursprünglichen, aber zugleich wenig entwickelten Unmöglichkeitslehre des gemeinen Rechts entfernt.³⁶²

Dennoch sprach sich Rabel für die Annahme einer Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs im BGB aus. Er verwies darauf, dass die Klage auf Naturalerfüllung bei objektiver Unmöglichkeit zwar im gemeinen Recht überwiegend abgelehnt wurde, im BGB aber ein praktisches Bedürfnis für die Zulässigkeit einer solchen Klage bestünde.³⁶³ Legte der Gläubiger besonderen Wert auf die Erbringung der ursprünglich geschuldeten Leistung, sodass ihm durch die Leistung von Schadensersatz nicht geholfen werden konnte, so könnte der Gläubiger durchaus ein berechtigtes Interesse an einer Verurteilung zur Leistung haben, sofern der Gläubiger die Unmöglichkeit entgegen den Behauptungen des Schuldners nur für eine vorübergehende hielt. Es erschiene als eine Unbilligkeit, dem Gläubiger die gewünschte Verurteilung zur Leistung mit der Begründung abzuschneiden, eine Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung wäre nicht möglich.³⁶⁴ Zumindest für die Fälle, in denen die Unmöglichkeit zwar „*behauptet, aber noch nicht erwiesen ist*“³⁶⁵, müsste eine solche Klage

³⁶⁰ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 201.

³⁶¹ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 202 f.

³⁶² Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 203.

³⁶³ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 181 f.

³⁶⁴ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 182 f.

³⁶⁵ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 183.

zugelassen werden. Nach Rabel könnte durchaus angenommen werden, dass die Verpflichtung zur Leistung trotz subjektiver oder objektiver Unmöglichkeit fortdauern konnte.³⁶⁶

Diese von Rabel angestellten Überlegungen machte sich Huber zu Eigen. Beide gelangten übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass der Erfüllungsanspruch jedenfalls dann nicht ausgeschlossen sein sollte, wenn die praktische Notwendigkeit einer Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs gegeben war. Dies sollte zumindest dann der Fall sein, wenn der Eintritt der Unmöglichkeit zwischen den Parteien streitig war.

Darüber hinaus gleichen sich auch die Begründungen für dieses Ergebnis. Rabel, der sich gegen die ausufernde Anwendung des Grundsatzes „impossibilium nulla obligatione“ wandte, stellte auf die Vorschrift des §283 ab, in dessen Genuss der Gläubiger nicht gelangen konnte, wenn ihm der Klageweg abgeschnitten würde. Diese Überlegung findet sich auch bei Huber, der diesen Begründungsansatz ergänzend heranzieht. Eine weitere Gemeinsamkeit zwischen Huber und Rabel ist in der These zu sehen, der historische Gesetzgeber wäre bei der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs erkennbar der Ansicht Mommsens gefolgt. In der Bewertung der Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens weichen Rabel und Huber freilich von einander ab. Rabel wollte in der Unmöglichkeitslehre Mommsens nur eine unzulässige Verallgemeinerung der Grundsätze der bonaefidei-Verträge sehen. Huber hingegen berief sich an mehreren Stellen auf Mommsens und seine Erkenntnisse, die nach Aussage Hubers im gemeinen Recht weitgehend anerkannt waren. Insgesamt sah sich Huber in seiner Ansicht durch Ernst Rabel bestätigt. Allerdings wies Huber nicht auf die unterschiedliche Bewertung der Lehre Mommsens hin. Auch an dieser Stelle wird erneut das Bestreben Hubers ersichtlich, Gemeinsamkeiten zwischen den Autoren herauszustellen und Unterschiede in den Meinungen als gering zu erachten.

bb) Horst Heinrich Jakobs

In ähnlicher Weise wurde Ulrich Hubers Arbeitsweise von H. H. Jakobs' Werk „Unmöglichkeit und Nichterfüllung“ beeinflusst. Immer wieder zeigen sich in Hubers Abhandlung Parallelen zum Werk H. H. Jakobs. Gleichermaßen gilt für Begründungsansätze und Argumentationsstrukturen, die in dieser Form auch bei Jakobs zu finden sind. Auch bei der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs lässt sich dieser Einfluss nachweisen. Deutlich wird dies schon am Beispiel des §237 E 1. Die Regelung war für beide gemeinsamer Ausgangspunkt bei der Untersuchung der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs. Ausführlich

³⁶⁶ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 184.

beschäftigt sich beide mit den Materialien zum BGB, die den Streit zwischen Mommsen und Windscheid widerspiegeln.

Jakobs Untersuchung hatte das Konkurrenzverhältnis zwischen Erfüllungsanspruch und Schadensersatzpflicht im BGB zum Gegenstand. Er wandte sich gegen die herrschende Lehre, die dem Erfüllungsanspruch Vorrang vor der Schadensersatzpflicht einräumen und nur im Fall der Unmöglichkeit dem Gläubiger einen Anspruch auf das Interesse zubilligen wollte.³⁶⁷ Jakobs trat ebenso der Auffassung entgegen, der Schadensersatzanspruch müsste im Falle der Unmöglichkeit an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung treten, damit das Schuldverhältnis mit verändertem Inhalt fortbestehen konnte. Jakobs betonte, dass einerseits ein Schadensersatzanspruch nicht erst nach Unmöglichkeit der Leistung gewährt werden konnte, andererseits der Anspruch auf die Leistung nicht schon mit Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen war. In den Unmöglichkeitsvorschriften sah er lediglich Vorschriften zum Schutze des Schuldners, die ihn vor einer verfrühten Verpflichtung auf das Interesse bewahren sollten. Andererseits sollte der Gläubiger dadurch von seiner Beschränkung auf den Erfüllungsanspruch befreit werden.³⁶⁸ Die Unmöglichkeit war nach diesem Verständnis nicht in erster Linie ein Befreiungsgrund für den Schuldner, sondern insbesondere ein Befreiungsgrund für den Gläubiger. Dieser war jetzt nicht nur dazu berechtigt Erfüllung zu fordern, sondern auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ohne dass dadurch aber sein Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen worden wäre.³⁶⁹ Die Gesetzesmaterialien stellten für Jakobs eine Art Freibrief dar, mit dem rechtlichen Schicksal des Erfüllungsanspruchs beliebig zu verfahren. Da es der Gesetzgeber unterlassen hätte, sich für eine Ansicht auszusprechen, könnte man den Gläubiger entweder auf den Erfüllungsanspruch verweisen oder aber nur die Verpflichtung zum Schadensersatz festlegen, je nachdem für welche Ansicht die besseren Gründe sprachen.³⁷⁰

Diese sprachen, nach Ansicht Jakobs', aber eindeutig für einen Fortbestand des Erfüllungsanspruchs. Wie allein schon aufgrund eines Umkehrschlusses zu §275 ersichtlich würde, wäre die Unmöglichkeit grundsätzlich ohne Einfluss auf die Verpflichtung, da der Schuldner nur bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit von der Leistung befreit würde.³⁷¹ Zudem wies Jakobs auf die praktische Bedeutung des Streits hin. Im Prozess müsste Beweis erhoben werden, wenn der Schuldner nur behauptete, die geschuldete Leistung wäre ihm unmöglich geworden, selbst wenn der Schuldner die Unmöglichkeit sogar nach seinem

³⁶⁷ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 228 ff.

³⁶⁸ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 229.

³⁶⁹ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 234 ff.

³⁷⁰ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 232.

³⁷¹ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 230.

Vorbringen zu vertreten hätte.³⁷² Auch wies er auf die Regelung des §282 hin, aus der ersichtlich wäre, dass die bloße Tatsache, dass die geschuldete Leistung unmöglich geworden war, niemals einer Verurteilung des Schuldners zur Leistung im Wege stehen könnte.³⁷³ Vielmehr hätte der Schuldner, damit er befreit werden konnte, auch sein fehlendes Verschulden zu beweisen. Nach Jakobs sollte im Prozess eine Feststellung der Unmöglichkeit nur im Interesse des Gläubigers erfolgen. Da der Schuldner, selbst wenn ihm die Leistung tatsächlich unmöglich geworden war, durch die Verurteilung zur Leistung nicht schlechter stehen könnte, weil er ohnehin die Folgen seiner Nichterfüllung zu vertreten hätte, müsste es dem Gläubiger überlassen bleiben, sich vom tatsächlichen Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung im Vollstreckungsverfahren zu überzeugen. Die *perpetuatio obligationis* war für Jakobs „als Ausdruck der Befugnis des Gläubigers, die Realisierbarkeit der Leistung durch Zwangsvollstreckung festzustellen [...]³⁷⁴“ zu verstehen. Eine Verurteilung zur Leistung sollte zumindest solange möglich bleiben, solange sie für den Gläubiger noch einen Sinn hatte.³⁷⁵ Einen solchen sah Jakobs nur im Falle einer auf ein „*facere*“ im weitesten Sinne gerichteten Verpflichtung, beziehungsweise bei feststehender Unmöglichkeit nicht mehr gegeben, so dass der Gläubiger in diesen Fällen nur noch das Interesse fordern konnte.³⁷⁶

Wie auch Huber ist Jakobs damit der Überzeugung, dass grundsätzlich die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung, trotz Unmöglichkeit der Leistung, anzuerkennen ist.³⁷⁷ Dies sollte zumindest solange gelten, wie der Erfüllungsanspruch für den Gläubiger noch einen Sinn haben konnte.³⁷⁸ Diese bereits von Ernst Rabel angestellte Überlegung findet sich damit sowohl bei Huber als auch bei Jakobs.

Hinsichtlich der Begründung dieser These finden sich weitere Gemeinsamkeiten. So verweisen beide auf die Möglichkeit eines Umkehrschlusses zu §275.³⁷⁹ Des Weiteren stellen beide Autoren Erwägungen über die Verteilung der Beweislast im Prozess an, eine Überlegung die sich in ähnlicher Weise schon bei Mommsen fand. Im Hinblick auf die Gesetzesmaterialien betonen beide ausdrücklich, dass der Gesetzgeber die jeweils vertretene Interpretation wenn schon nicht geteilt, so wenigstens doch nicht ausgeschlossen hätte.³⁸⁰ In

³⁷² Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 232 f.; a.A. RGZ 54 (1903), 28.

³⁷³ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 234.

³⁷⁴ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 242.

³⁷⁵ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 240.

³⁷⁶ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 242 ff.

³⁷⁷ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 240; Huber, Leistungsstörungen II, § 58 I 5, S. 785.

³⁷⁸ So Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 778; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 245:

Allerdings war Jakobs entgegen der herrschenden Lehre der Auffassung, dass der Schuldner sogar dann zur Erfüllung zu verurteilen war, wenn die Unmöglichkeit streitig und das entscheidende Gericht von der Unmöglichkeit der Leistung überzeugt war.

³⁷⁹ Vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 230.

³⁸⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 5, S. 785; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 232.

besonderer Weise machte Jakobs hierbei deutlich, dass die Gesetzesmaterialien in dieser Frage aber jeden Schluss zuließen.

Wie genau Huber das Werk Jakobs einer Betrachtung unterzog zeigt auch der Umstand, dass Huber Jakobs an zahlreichen Stellen zitiert und auf Meinungsunterschiede in den Auffassungen beider ausdrücklich hinweist.³⁸¹ Anders als Huber ging Jakobs beispielsweise davon aus, dass Unvermögen, entgegen dem eindeutigen Wortlaut des §275 II, den Schuldner niemals von seiner Leistungspflicht befreien konnte.³⁸²

cc) Herbert Wiedemann

Die bisher dargestellten Autoren waren allesamt der Auffassung, der historische Gesetzgeber hätte sich insgeheim für eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs ausgesprochen. Wie auch Huber unterstellte Herbert Wiedemann, der Gesetzgeber hätte implizit doch eine Regelung getroffen, nach der der Erfüllungsanspruch fortbestehen sollte. Anders als Huber war er jedoch der Überzeugung, der Gesetzgeber hätte sich mit §§275, 280 gegen eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs ausgesprochen und dies nur aus terminologischen Unsicherheiten nicht deutlicher zum Ausdruck gebracht.³⁸³ Auch sprach sich Wiedemann gegen eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs bei Unvermögen des Schuldners aus. Hubers Auseinandersetzung mit der Kritik Wiedemanns kann als beispielhaft für den Umgang mit Gegenansichten gelten.

Denn Herbert Wiedemann war ein Vertreter derjenigen Ansicht, die eine Verurteilung des Schuldners zu einer unmöglichen Leistung für unzulässig erachtete.³⁸⁴

Herbert Wiedemann wurde am 21. Oktober 1932 in Berlin-Grunewald geboren. Nach dem Studium der Musik widmete er sich dem Studium der Rechtswissenschaften in München. Nach seiner Dissertation über den verbandswidrigen Streik und seiner Habilitationsschrift mit dem Titel „Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften“ erhielt er 1965 einen Ruf an die FU Berlin.³⁸⁵ Herbert Wiedemann war zudem Richter am OLG Düsseldorf und ist im Besonderen durch seine Kommentierung des Allgemeinen Schuldrechts im Soergel-Kommentar bekannt.³⁸⁶

Darin beschäftigte sich Wiedemann ausführlich mit dem Problem einer Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs und mit den Argumenten der Gegenansicht, die für ein Bestehen des

³⁸¹ Vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 778 Fn.40: Anders als Huber wollte Jakobs auch für den Fall, dass das Gericht von der Unmöglichkeit überzeugt war, vom Gläubiger aber weiterhin bestritten wurde, eine Verurteilung auf Erfüllung zulassen.

³⁸² Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 150, 253 ff.

³⁸³ Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

³⁸⁴ Vgl. Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

³⁸⁵ Festschrift-Wiedemann, S. V.

³⁸⁶ Festschrift-Wiedemann, S. V f.

Erfüllungsanspruchs im Falle einer Unmöglichkeit des Schuldners eintrat. Er bezweifelte dabei den Sinn eines solchen Anspruchs, da er in der Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung keinen Vorteil für den Gläubiger ausmachen konnte.³⁸⁷ An einer Differenzierung zwischen streitiger und feststehender Unmöglichkeit, wie sie auch Huber vornahm, war nach Ansicht Wiedemanns nicht festzuhalten. Wiedemann verwarf überdies Begründungsansätze, die eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs mit prozessrechtlichen Überlegungen zu rechtfertigen versuchten. So wollte er dem Gläubiger das Recht absprechen, sich vom tatsächlichen Eintritte der Unmöglichkeit im Vollstreckungsverfahren selbst zu überzeugen.³⁸⁸ In gleicher Weise wies er auch das Argument zurück, die Beweisaufnahme würde zu einer Verzögerung des Prozesses führen und wäre aus diesem Grunde nicht zulässig.³⁸⁹ Eine Entscheidung, ob der Erfüllungsanspruch trotz Unmöglichkeit der Leistung fortbestehen konnte, müsste vielmehr nach Maßgabe des materiellen Rechts erfolgen. Das von Huber herangezogene Argument des §283 hielt Wiedemann für nicht stichhaltig. Einen Vorteil, den der Gläubiger aus §283 hätte ziehen können, vermochte er nicht auszumachen. Beweisschwierigkeiten könnten schon allein deshalb nicht entstehen, weil der Gläubiger seinen Antrag jederzeit gemäß §264 Nr. 3 ZPO auf Schadensersatz umstellen könnte. Nach Wiedemann sollte der Gläubiger bei Möglichkeit der Leistung auch nicht schlechter stehen als bei Unmöglichkeit der Leistung. Unbestritten stünde dem Gläubiger nach §§280 II, 283, 286 II, 326 aber entweder nur der Anspruch auf Erfüllung oder der Anspruch auf Schadensersatz zu. Der einzige Unterschied zum Fall erwiesener oder behaupteter Unmöglichkeit wäre das Fehlen der tatbestandlichen Voraussetzung einer Ablehnungserklärung des Gläubigers, die angesichts der Unmöglichkeit der Leistung aber als sinnlose Formalität erschiene.³⁹⁰ Auch wies er darauf hin, dass eine Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung mit erheblichen Nachteilen für den Schuldner verbunden wäre. Da vielmehr der Schuldner schützenswert wäre, wandte sich Wiedemann auch gegen die These Jakobs, der in §275 einen Befreiungsgrund für den Gläubiger sehen wollte.

Wiedemann setzt sich ausführlich mit den Argumenten der Gegenansicht auseinander. Insbesondere ging er auf H. H. Jakobs ein. Dennoch findet in der Darstellung Hubers seine Kritik und Argumentation kaum Berücksichtigung. Auf Wiedemanns Argumente, die gegen eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs sprachen, ging Huber nur am Rande ein. Die Auseinandersetzung mit Vertretern der Gegenansicht gerät bei Huber kurz. Die zahlreichen

³⁸⁷ Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

³⁸⁸ Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

³⁸⁹ Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30 unter Bezugnahme auf RG SeuffA (1912), 131, Nr.74.

³⁹⁰ Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

Bedenken, die gegen eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs sprachen, wischte er pauschal mit dem Argument beiseite, der historische Gesetzgeber hätte sich insgeheim der Ansicht Mommsens angeschlossen. Wie bereits gezeigt wurde, ist dies jedoch nicht zutreffend. Für Huber war dieser Umstand allerdings so selbstverständlich, dass er es nicht für notwendig erachtete gegenläufige Ansichten zu widerlegen. Auch bei Wiedemann zeigt sich, dass die Gesetzesmaterialien letztlich jeden Schluss zulassen. Aus diesem Grunde wurden sie auch zur Begründung gegensätzlicher Ansichten herangezogen. Anders als bei Huber nahmen diese bei Wiedemann jedoch nur einen geringen Stellenwert ein. Dies liegt an der Arbeitsweise Hubers, der insbesondere versuchte, mit Hilfe einer historischen Auslegung Probleme des geltenden Rechts zu lösen.

dd) Fazit

Bezüglich der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs vertrat Huber eine Mindermeinung. Erneut zeigt sich, dass Vertreter der Gegenansicht nur in einem geringen Maße berücksichtigt werden und eine Auseinandersetzung mit deren Argumenten kaum stattfindet. Die Auseinandersetzung mit Vertretern der Gegenauffassung suchte Huber nur selten. Allerdings wurde die Frage nach einer Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs in der Literatur aber auch kaum vertieft behandelt, da ein solcher im Allgemeinen als widersinnig abgelehnt wurde. Lediglich Wiedemann setzte sich ausführlicher mit dieser Problematik auseinander. Aber auch die Beschäftigung mit Wiedemann erfolgte nur in einem geringen Umfang und nur an den Stellen, an denen Huber seine Argumentation in Frage gestellt sah. Dies ist in besonderer Weise bei der Auslegung der Gesetzesmaterialien der Fall. Den Einwänden Wiedemanns begegnet Huber dann auch mit dem pauschalen Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, die in dieser Frage jedoch keinen Aufschluss geben können.

Dennoch finden sich auch in der Literatur Vertreter, die von einer Verpflichtung des Schuldners zur Leistung ausgingen. Mit Jakobs und Rabel konnte sich Huber auf zwei Vertreter stützen, die entgegen der herrschenden Lehre von einer Fortgeltung des Erfüllungsanpruchs ausgingen. Übereinstimmend gelangen sie zu dem Ergebnis, dass der Schuldner zumindest solange zur Erfüllung verpflichtet sein sollte, solange die Leistung noch von Wert für den Gläubiger sein konnte. Die Argumentationsmuster sind einander dabei weitgehend ähnlich. Deutlich zeigt sich, dass Ernst Rabel die Darstellungen Jakobs und Hubers zu dieser Frage beeinflusste.

Die Argumentation Hubers ist auch an dieser Stelle von der schon bekannten Vorgehensweise gekennzeichnet, die Gemeinsamkeiten in den Ansichten verschiedener Autoren herauszustellen und strittige Zusammenhänge als offenkundig und selbstverständlich zu

unterstellen. Um diese Vorgehensweise zu rechtfertigen, werden bei Huber ergänzend systematische Überlegungen herangezogen.

d) Systematische Erwägungen

Seine These von einer Anspruchskonkurrenz zwischen Schadensersatz und Erfüllung rechtfertigte Huber zudem mit systematischen Erwägungen.

Die Untersuchung von Hubers systematischer Begründung einer Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs kann erneut zur Verdeutlichung des Stellenwerts systematischer Argumente bei Huber dienen. Fraglich ist erneut in welchem Verhältnis systematische Argumente zur historischen Auslegung bei Huber stehen und wie überzeugend diese letztlich sind. Huber führte zahlreiche systematische Argumente an, um eine Anspruchskonkurrenz zu rechtfertigen, die allerdings nur bedingt überzeugend sind. Huber verwies beispielsweise auf die Möglichkeit eines Gegenschlusses zu §275, nach dem der Schuldner gerade nicht vom Erfüllungsanspruch befreit wurde, wenn er den Eintritt der Unmöglichkeit zu vertreten hatte. Allerdings hielt Huber diesen selbst nicht für zwingend, da auch ein ungeschriebener Rechtssatz dahingehend existieren könnte, dem zufolge der Erfüllungsanspruch bei zu vertretender Unmöglichkeit ausgeschlossen wäre.³⁹¹ Dies ist zutreffend, da der Umstand, dass die Leistung dem Schuldner schuldhaft unmöglich geworden ist, diesen nicht in die Lage versetzt, die unmögliche Leistung dennoch zu erbringen. Als Argument für ein Nebeneinander von Schadensatzanspruch und Erfüllungsanspruch zog Huber die §§286 II, 326 II sowie weitere Vorschriften des besonderen Schuldrechts (§§480 I, II, 542, 538, 536) heran. In diesen würde dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadensersatz zugestanden. Dies wäre nach Huber als Zeichen dafür zu werten, dass das Recht des Gläubigers, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, das Recht des Gläubigers am Erfüllungsanspruch festzuhalten nicht ausschließen würde. Vielmehr hätte der Erfüllungsanspruch ebenso wie in §§283 I 2, 326 I 2 ausdrücklich ausgeschlossen werden müssen.³⁹² Dieselben Vorschriften wurden jedoch auch gegen eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs angeführt.³⁹³ Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gläubiger nach §§280 II, 283, 286 II, 326 entweder Schadensersatz oder Erfüllung verlangen konnte. Dabei wurde der Übergang zum Schadensersatz in den §§280 I, 325 I aber gerade nicht von einer Erklärung des Gläubigers abhängig gemacht.³⁹⁴

³⁹¹ So für den Fall der feststehenden Unmöglichkeit vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1, S. 771.

³⁹² Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 1, S. 770.

³⁹³ Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

³⁹⁴ Zutreffen insofern Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

Am überzeugendsten erscheint daher auf den ersten Blick das Argument, dass §283 durchaus die Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung voraussetzen würde. Dieses Argument, welches sich schon bei Rabel fand, erweist sich aber bei genauerer Betrachtung als nur bedingt zutreffend. So wird nicht deutlich, worin der Vorteil für den Gläubiger bei einer Vorgehensweise nach §283 liegen könnte.³⁹⁵ Zweifel bestehen auch daran, ob das praktische Interesse des Gläubigers an der Erfüllung ein taugliches Abgrenzungskriterium für die Frage sein konnte, ob der Erfüllungsanspruch bei Unmöglichkeit der Leistung fortbestehen konnte. Ein schutzwürdiges Interesse an der Erfüllung der Verpflichtung konnte bei Unmöglichkeit der Leistung von vornherein nur in wenigen Ausnahmefällen bestehen. In aller Regel fehlte der praktische Nutzen des Erfüllungsanspruchs schon allein deshalb, weil einer Klage auf Erfüllung bei feststehender Unmöglichkeit jedenfalls das Rechtsschutzinteresse gefehlt hätte. Bereits Mommsen sah zwar ein praktisches Interesse des Gläubigers an der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs in der sich aus der Fortdauer des Erfüllungsanspruchs ergebenden Beweislastverteilung.³⁹⁶ Festzuhalten ist jedoch, dass nach den Motiven der Schuldner ohnehin die Beweislast bezüglich des Eintritts der Unmöglichkeit der Leistung wie auch des Nichtvertretenmüssens zu tragen hatte (vgl. §282).³⁹⁷

Letztlich ist festzustellen, dass Hubers systematische Argumente einen großen Stellenwert in seiner Argumentation einnehmen und er ihnen beträchtlichen Raum in seiner Darstellung einräumt. Durch seine systematische Argumentation sieht er die Ergebnisse seiner historischen Auslegung gerechtfertigt. Der Gesetzessystematik will er Hinweise entnehmen, die für seine These sprechen, der historische Gesetzgeber habe sich quasi durch die Hintertür für eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs ausgesprochen. Da der Gesetzgeber diese Frage aber bewusst offen lassen wollte, bedurfte es guter Argumente um aus der Gesetzessystematik auf einen entgegengesetzten Willen des Gesetzgebers zu schließen. Allerdings ist Hubers systematische Argumentation, ähnlich wie seine Interpretation der Gesetzesmaterialien diesbezüglich, wenig überzeugend. Die systematische Auslegung hat gegenüber der historischen Auslegung letztlich eine unterstützende Funktion. Sie dienen ihm zur Bestätigung und Rechtfertigung der Ergebnisse seiner historischen Gesetzesauslegung.

e) Rechtsprechung

Von großem Einfluss auf Huber ist auch die Rechtsprechung, mit der er auf einer Linie zu liegen vorgibt. Huber, der die Position der Rechtsprechung an mehreren Stellen ausdrücklich

³⁹⁵ So auch Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 235; Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30.

³⁹⁶ Vgl. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 230.

³⁹⁷ Motive, S. 47 f.

billigte, verwies auf eine gefestigte Rechtsprechung des RG, die der BGH trotz nur weniger Entscheidungen weitergeführt hätte.³⁹⁸ Von der Rechtsprechung übernahm Huber die Differenzierung zwischen feststehender und streitiger Unmöglichkeit einerseits, und objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen andererseits. Als Beleg für seine Thesen führte er mehrere grundlegende Entscheidungen des Reichsgerichts an.³⁹⁹ In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist aber zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen zu unterscheiden, da diese teilweise unterschiedlich behandelt wurden. Zur Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs bei objektiver Unmöglichkeit hieß es:

„Hieraus folgt, dass [...] auch bei vorliegender, jedoch noch nicht festgestellter Unmöglichkeit auf die Leistung selbst geklagt werden kann, und dass eine entsprechende Verurteilung zu erfolgen hat. Es ergibt sich dies aus der allseitig anerkannten Erwägung, dass bei dem nachträglichen Eintritt einer von dem Schuldner zu verantwortenden Unmöglichkeit der Leistung das ursprüngliche Schuldverhältnis unverändert bestehen bleibt [...]. Ferner ist keineswegs anzuerkennen, dass die Verurteilung zu einer nach Angabe des Schuldners unmöglichen Leistung widersinnig oder zwecklos sei.“

Später entschied das Reichsgericht, dass zwar eine vom Schuldner zu vertretende, feststehende Unmöglichkeit die Verbindlichkeit in eine solche auf Schadensersatz umwandeln würde. Jedoch wäre „eine vom Schuldner behauptete und vom Gläubiger bestrittene Unmöglichkeit als eine noch nicht feststehende Unmöglichkeit auch nicht zu berücksichtigen [...].“⁴⁰⁰ Diese Auffassung entsprach weitgehend der von Huber vertretenen Meinung über das Konkurrenzverhältnis von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch.⁴⁰¹ Auch bei der Behandlung des nachträglichen, vom Schuldner zu vertretenden Unvermögens berief sich Huber auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Es wäre in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass der Erfüllungsanspruch auch nicht wegen eines dauernden,

³⁹⁸ So z.B. Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 775.

³⁹⁹ Vgl. RGZ 54 (1903), 28, 31 ff.; Huber, Leistungsstörungen II, §58 I 2, S. 775.

⁴⁰⁰ RGZ 88 (1917), 76; diese Entscheidung wurde von Jakobs als Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung gewertet. Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 236; vgl auch RGZ 107 (1924), 15, die von Jakobs als die erste Entscheidung, in der wegen feststehender Unmöglichkeit eine Verurteilung zur Leistung versagt wurde, bezeichnet wurde.

⁴⁰¹ A.A. Soergel-Wiedemann, §280 Rn. 28, der die Auffassung vertrat, dass das RG keine materielle Aussage über das Verhältnis von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch getroffen habe. Vielmehr hätten die Entscheidungen prozessrechtliche Erwägungen, wie die Frage, ob bei strittiger Unmöglichkeit Beweis zu erheben wäre, zum Gegenstand gehabt.

vom Schuldner zu vertretenden Unvermögens unterginge.⁴⁰² Tatsächlich war die Rechtsprechung zum vertretenden Unvermögen jedoch uneinheitlich und wechselhaft. Teilweise wurden Klagen, die bei zu vertretendem Unvermögen auf Erfüllung gerichtet waren, abgewiesen.⁴⁰³

In anderen Entscheidungen ließ das RG den Erfüllungsanspruch des Gläubigers bei zu vertretendem Unvermögen bestehen.⁴⁰⁴ In einer Entscheidung hieß es beispielsweise:

„Nach der Rechtsprechung des RG [...] ist eine Verurteilung zu einer festgestelltermaßen objektiv unmöglichen Leistung widersinnig und darf nicht ausgesprochen werden.“

Diese scheinbar uneinheitlichen und sich widersprechenden Entscheidungen des RG waren jedoch durch terminologische Unklarheiten belastet, auf die Huber jedoch nicht eigens hinwies. Ausgangspunkt war die Überlegung, dass das nachträgliche, zu vertretende Unvermögen in §275 II der nachträglichen, zu vertretenden Unmöglichkeit gleichgestellt war. Daraus wurde der Schluss gezogen, dass

„einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit [...] aber das spätere Unvermögen des Schuldners gleich [steht] [...]. Demnach muss zutreffendenfalls dem Unvermögen dieselbe Wirkung beigemessen werden wie der Unmöglichkeit [...]: Zu einer Leistung, von der feststeht, dass gerade der Schuldner sie nicht erbringen kann, darf nicht mehr verurteilt werden.“⁴⁰⁵

Grundsätzlich sollten also Unmöglichkeit und Unvermögen im Hinblick auf ihre Rechtsfolgen gleich behandelt werden. Jedenfalls im Falle endgültig feststehenden Unvermögens durfte nach Ansicht des RG der Schuldner nicht mehr zur Erfüllung verurteilt werden. Die Urteile, die einen Erfüllungsanspruch des Gläubigers verneinten, betrafen in ihrer Gesamtheit Fälle, in denen das Unvermögen des Schuldners zur Leistung „feststand“.

Dies legt die Vermutung nahe, dass das RG die Differenzierung, die es bei der nachträglichen Unmöglichkeit angestellt hatte, auf das nachträgliche Unvermögen übertragen wollte.

⁴⁰² Vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 1, S. 808 unter Berufung auf RGZ 32 (1894), 131, 132 f.; BGHZ 56, 308; BGHZ 62, 388, 393; BGH WM 1982, 206, 208; BGH NJW 1988, 699; BGHZ 199, 300, 304; 131, 176, 182.

⁴⁰³ RGZ 107 (1924), 15, 17; RG JW 1937, 3226; Schleswig NJW 1982, 2672, 2673; BGHZ 136, 283; 285; die aber alle den Fall des feststehenden Unvermögens betrafen.

⁴⁰⁴ RGZ 107 (1924), 15, 17.

⁴⁰⁵ RG JW 1937, 3226.

Huber lehnte eine solche Übertragung der Kriterien und der damit verbundenen Differenzierung zwischen streitigen und feststehenden Leistungshindernissen beim Unvermögen jedoch ab. Der Schuldner wäre jedenfalls zur Leistung zu verurteilen gewesen, da es seine Sache wäre, das Unvermögen zu beheben.⁴⁰⁶

Es mag verwundern, dass Huber, der diese Differenzierung für die objektive Unmöglichkeit ausdrücklich gebilligt hatte, eine solche Unterscheidung für den Fall des Unvermögens vehement ablehnte. Der Grund für Hubers Ablehnung wird deutlich, wenn man sich seine Position zu §279 vergegenwärtigt, die später noch zu erörtern sein wird.

Jedoch kann Hubers Ablehnung der Gleichbehandlung des zu vertretenden Unvermögens nicht als Abkehr von der Rechtsprechung gewertet werden. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts ließ auch Huber den Erfüllungsanspruch des Gläubigers bei zu vertretendem Unvermögen ausnahmsweise entfallen, wenn das Unvermögen des Schuldners offensichtlich unbehebbar war und der objektiven Unmöglichkeit praktisch gleichstand. Huber berief sich auf die „vom Reichgericht entwickelte Regel, dass das feststehende, dauernde Unvermögen vom Schuldner dem Erfüllungsanspruch nur dann entgegengehalten werden kann, wenn es offensichtlich unstreitig oder zur Überzeugung des Gerichts bereits erwiesen ist.“⁴⁰⁷

Auch schien das RG beim Unvermögen unter dem Terminus „feststehendes Leistungshindernis“ etwas anderes zu verstehen als bei der Unmöglichkeit der Leistung. Dort war feststehende Unmöglichkeit die zwischen den Parteien nicht streitige Unmöglichkeit der Leistung. Im Fall der objektiven Unmöglichkeit stand damit aber gleichzeitig die Unbehebbarkeit des Leistungshindernisses endgültig fest. Anders im Fall des nachträglichen Unvermögens, in dem ja schon begrifflich vorausgesetzt war, dass die Leistung einem Anderen noch möglich war. Feststehendes Unvermögen musste damit in der Rechtsprechung mit vom Schuldner nicht mehr behebbarem Unvermögen gleichgesetzt werden. Zu einer Leistung, von der feststand, dass gerade der Schuldner sie nicht mehr erbringen konnte, durfte nicht mehr verurteilt werden. Die Vertretungspflicht des Schuldners sollte daran nichts ändern, sondern dem Schuldner nur die Zulassung zum Beweis seines Unvermögens verwehren, wenn dieses bestritten und nicht festgestellt war.⁴⁰⁸ Abgesehen von den terminologischen Schwierigkeiten, die diese Auffassung mit sich brachte, war es auch in der Praxis schwierig, zu entscheiden, wann „feststehendes Unvermögen“ und wann die Möglichkeit zur Leistung noch gegeben war. Das RG stellte sich lediglich auf den

⁴⁰⁶ Huber, Leistungsstörungen II §59 II 1, S. 809.

⁴⁰⁷ Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 2, S. 812.

⁴⁰⁸ Vgl. RG JW 1937, 3226.

Standpunkt, dass, sobald mit der Möglichkeit zur Leistung nicht mehr gerechnet werden konnte, der Schuldner einer Verurteilung zu einer ihm unmöglichen Leistung entging, sofern die Unmöglichkeit feststand.⁴⁰⁹ So erstaunt es nicht, dass auch der BGH die vom Reichsgericht übernommene Differenzierung nicht aufrechterhalten wollte und alsbald von der Rechtsprechung des RG abwich. Huber setzte sich mit zwei neueren Entscheidungen des BGH besonders ausführlich auseinander, zumal sie seinen Ausführungen zuwiderliefen.⁴¹⁰ Der BGH führte darin aus, dass es nur dann auf ein Vertretenmüssen des Schuldners ankommen konnte, wenn es um die Frage ging, ob sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in einem Schadensersatzanspruch fortsetzte.⁴¹¹ Der BGH stellte sich damit auf einen anderen Standpunkt als Huber. Dieser kritisierte die Entscheidung des BGH, sie stehe im Widerspruch zu einer gefestigten Rechtsprechung.⁴¹² Gleichzeitig versuchte er die Entscheidung dahin gehend zu relativieren, sie beträfe allenfalls einen Sonderfall. Zudem führte er an, der BGH wäre in einer zweiten Entscheidung selbst wieder von seiner Position abgerückt.⁴¹³ Tatsächlich scheint der BGH auf den ersten Blick wieder zur alten Differenzierung des Reichsgerichts zurückgekehrt zu sein.⁴¹⁴ Huber blieb damit bei der Auffassung, dass es nach materiellem Recht bei dem Grundsatze bleiben müsse, dass der Schuldner sich einer bestehenden Verpflichtung nicht einfach durch die Behauptung entziehen könne, er hätte die geschuldete Leistung veräußert.

Insgesamt kann daher festgestellt werden, dass Huber großen Wert darauf legte, sich mit der Rechtsprechung nicht in Widerspruch zu setzen. Erschwert wurde dies durch terminologische Schwierigkeiten sowie durch die zum Teil widersprüchlichen und uneinheitlichen Entscheidungen von Reichsgericht und BGH. Huber versuchte diesen Umstand zu relativieren, indem er unterstellte, die fraglichen Entscheidungen beträfen nur Ausnahmefälle. Auch hier ist das Bestreben Hubers ersichtlich, eine einheitliche Linie in der Rechtsprechung herauszustellen.

4. Fazit

In der Praxis spielte die Diskussion über die Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs kaum eine Rolle, da der Gläubiger regelmäßig auf Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung

⁴⁰⁹ So der I. Zivilsenat in RGZ 107 (1924), 16, 17.

⁴¹⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 6, S. 821 zu BGHZ 136, 283, 285; BGH ZIP 1999, 790 f.

⁴¹¹ BGHZ 136, 283, 286.

⁴¹² So Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 6, S. 822 Fn.134 g: Es wäre schon jeher zu befürchten gewesen, dass der in der Lehre fest verwurzelte Irrtum irgendwann einmal in der Rechtsprechung auf fruchtbaren Boden fallen würde, nachdem sie sich so lange als resistent erwiesen hätte.

⁴¹³ Vgl. BGH ZIP 1999, 990, 991.

⁴¹⁴ Anders noch BGH WM 1999, 448, 449.

geklagt haben dürfte. Für Huber war die These von der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs aber für die Konzeption des Unvermögensbegriffs und des §279 von Bedeutung. Die Beschäftigung Hubers mit den Gesetzesmaterialien sowie den Autoren des gemeinen Rechts zeigt erneut den Stellenwert der historischen Auslegung in Hubers Arbeitsweise. Durch diese gelangte er zu dem durchaus umstrittenen Ergebnis einer grundsätzlichen Anspruchskonkurrenz zwischen Schadensersatz- und Erfüllungsanspruch. Insbesondere Hubers Auslegung der Gesetzesmaterialien vermag hierbei aber nicht zu überzeugen. Es wurde deutlich, dass der historische Gesetzgeber diese Frage bewusst offen lassen wollte. Huber unterstellte ohne Not dennoch, der Gesetzgeber habe sich letztlich doch für eine Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs entschieden. Dies ist nicht belegbar, zumal der Gesetzgeber die Klärung dieser Frage bewusst Wissenschaft und Praxis überlassen wollte. Die systematische Argumentation Hubers, die seine historische Auslegung ergänzen sollte, vermag über diesen Umstand nicht hinwegzutäuschen, zeigt aber welche Funktion die Auslegung der Gesetzessystematik im System Hubers einnimmt.

Wenn Huber dennoch unterstellt, der Gesetzgeber hätte sich für die Ansicht Mommsens entschieden, so verdeutlicht dies in besonderer Weise ein schon an anderer Stelle deutlich gewordenes Argumentationsmuster Hubers, von dem er auch an dieser Stelle nicht abweicht. Huber behauptet, der Gesetzgeber hätte die Lehre Mommsens aufgegriffen und sich zu Eigen gemacht. Die Rechtsprechung hätte dies, im Gegensatz zur Literatur, überwiegend als richtig erkannt. Anderweitige Differenzierungen der Rechtsprechung wurden scharf kritisiert, was angesichts der schwankenden Terminologie auch als verständlich erscheint.⁴¹⁵ Nur wenige neuere Literaturansichten werden bei Huber angeführt. Überwiegend sind dies Ansichten, die seine Auslegung stützen. Hierbei beschränkt sich Huber überwiegend auf das Herausstellen von Gemeinsamkeiten in den Ansichten. Von besonderem Einfluss auf Huber sind erneut Ernst Rabel und Horst Heinrich Jakobs. Die Beschäftigung mit Wiedemann zeigt, dass Gegenansichten in der Literatur für Huber nur eine untergeordnete Rolle spielten. Aufgegriffen werden diese insbesondere dann, wenn seine Ansicht grundsätzlich oder auch nur die Ergebnisse seiner historischen Auslegung in Frage gestellt werden.

⁴¹⁵ Vgl. statt aller Soergel-Wiedemann, §280 Rn.30 f.

IV. Unvermögensbegriff und Auslegung des §279

Die Diskussion um die Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs konnte im alten Recht jedoch an anderer Stelle von praktischer Wichtigkeit sein. Die unterschiedlichen Auffassungen waren von Einfluss auf die dogmatische Konzeption des §279 und die Frage nach der Haftung des Schuldners wegen Unvermögens bei Geldschulden. Diesbezüglich war auch die Definition des Begriffs „Unvermögen“, den Huber anders als die herrschende Lehre konzipierte, von entscheidender Bedeutung. Die Bedeutung, die Huber der richtigen Auslegung des Unvermögensbegriffs beilegte, wird schon allein aus dem Umstand ersichtlich, dass der Konzeption des Unvermögensbegriffs ein eigenes Kapitel im Anhang von Hubers „Leistungsstörungen“ gewidmet war.⁴¹⁶ Die Ausführungen Hubers zu diesem Thema bauen inhaltlich auf seiner Darstellung der „perpetuatio obligationis“ auf.

1. Gesetzliche Regelung

Das Gesetz enthielt in seiner alten Fassung keine Definition des Unvermögensbegriffs. Außer §275 II traf nur §279 eine Aussage über das Unvermögen des Schuldners. §279 bestimmte:

„Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“

§ 279 schien damit zunächst die Meinung derjenigen zu stützen, die einen Erfüllungsanspruch des Gläubigers bei subjektiver Unmöglichkeit des Schuldners verneinten. Nach dem Inhalt der Vorschrift hatte der Schuldner sein Unvermögen bis zur Grenze des Untergangs der Gattung zu *vertreten*, also Schadensersatz zu leisten.⁴¹⁷ Der Norm ließ sich hingegen nicht entnehmen, wie weit der Begriff des Unvermögens zu fassen war und ob die Norm sinngemäß auch auf Geldschulden Anwendung finden sollte.

2. Meinungsstand zum Unvermögensbegriff und zum §279

Da der Wortlaut der Norm verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zuließ, herrschte in Literatur und Rechtsprechung Uneinigkeit, wie der Begriff des Unvermögens zu definieren und wie die Regelung §279 zu verstehen war. Der Begriff des Unvermögens konnte an sich

⁴¹⁶ Huber, Leistungsstörungen II, §60, S. 833 ff.

⁴¹⁷ Roth, JuS 1968, S. 101; anders Huber, der im Wortlaut des §279 gerade einen Beleg für den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs sehen wollte (vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §24 I 2, S. 578).

sowohl eine objektive Zustandsbeschreibung darstellen als auch auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners bezogen werden.

a) Unvermögensbegriff

Überwiegend ging man von einem stark subjektivierten Unvermögensbegriff aus. Viel diskutiert war auch das Verhältnis des §279 zu §275 II und der Norm des §276, die das Vertretenmüssen des Schuldners statuierte.

aa) Literaturansicht

Ein Unvermögen im Sinne des §275 II wurde von der herrschenden Lehre dann als gegeben angesehen, wenn der Schuldner zwar die geschuldete Leistung nicht erbringen konnte, andere Personen jedoch in der Lage waren, die Leistungspflicht zu erfüllen.⁴¹⁸ Die herrschende Lehre, die von einem Wegfall des Erfüllungsanspruchs im Falle des verschuldeten, nachträglichen Unvermögens ausging, gewährte dem Gläubiger als Rechtsfolge einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß der §§280, 281, 282, 323, 325.

Eine Mindermeinung wollte unter Unvermögen auch eine bloße Leistungserschwerung verstehen, die unter zumutbaren Anstrengungen nicht zu überwinden war.⁴¹⁹ Demzufolge wurde der Begriff des Unvermögens als die persönliche Unfähigkeit ein Ziel zu erreichen oder ein Hindernis zu überwinden definiert.⁴²⁰ Bezogen auf die Person des Schuldners bestand das Unvermögen dann darin, dass der Schuldner mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Leistung unter zumutbaren Anstrengungen nicht erbringen konnte. Die Leistung hätte aber von einem Dritten erbracht werden können.⁴²¹

bb) Ulrich Huber

Hubers Standpunkt unterscheidet sich von dem der herrschenden Lehre durch seine Konzeption des Unvermögensbegriffs. Da er der Auffassung war, dass sich einem der Sinn der gesetzlichen Vorschriften mit der konventionellen Definition des Unvermögensbegriff nicht erschließen konnte, legte er den Vorschriften der §§275 II, 279 einen anderen Unvermögensbegriff zugrunde. Dieser unterschied sich in maßgeblichen Punkten von dem Verständnis der herrschenden Lehre. Huber verstand Unvermögen als das Fehlen der zur Leistung erforderlichen Mittel zu einem bestimmten Zeitpunkt. Konnte der Schuldner aus irgendeinem Grunde die geschuldete Leistung zum vereinbarten Leistungszeitpunkt nicht erbringen, so war nach Hubers Ansicht Unvermögen im Sinne des Gesetzes gegeben. Im

⁴¹⁸ MüKo-Emmerich, §275 Rn.85; Soergel-Wiedemann, §275 Rn.49; Palandt-Heinrichs, §275 Rn.13 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I §8 I, S. 98; Brehm, JZ 1987 S. 1089.

⁴¹⁹ Esser/Schmidt, Schuldrecht I 2 §22 II, S. 6.

⁴²⁰ Differenzierung bei Huber, Leistungsstörungen II, §60 I, S. 834.

⁴²¹ Vgl. Soergel-Wiedemann, §275 Rn.8, 49.

Gegensatz zur herrschenden Lehre sollte nach dieser Definition außer Betracht bleiben, ob der Schuldner die Leistung später noch erbringen, seine eigene Leistungsfähigkeit wieder herbeiführen oder den die Leistung hindernden Umstand beseitigen konnte. Ausschlaggebend war nach Huber lediglich, ob der Schuldner den Umstand, der zur Aufhebung seiner Leistungsfähigkeit geführt hatte, zu vertreten hatte. War dies nicht der Fall, so sollte das nachträgliche, nicht zu vertretende Unvermögen den Schuldner nicht nur von seinem Erfüllungsanspruch, sondern auch von seiner Haftung auf Schadensersatz befreien. Ohne Belang wäre es, ob dem Schuldner die nach dem Vertrag geschuldete Leistung unter den veränderten Bedingungen noch zumutbar war. Die Zumutbarkeit der zur Überwindung des Leistungshindernisses notwendigen Anstrengungen könnte kein taugliches Kriterium sein, um zu bestimmen, wann der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit werden sollte. Unvermögen war damit in der Terminologie Hubers mit Leistungserschwerung nicht gleichzusetzen.⁴²² Huber selbst wies darauf hin, dass die Befreiung des Schuldners mit einer „Schwierigkeit“ der Leistung oder Unzumutbarkeit der Anstrengungen, die eigene Leistungsfähigkeit wiederherzustellen, nichts zu tun hätte, sondern lediglich durch den Verlust der eigenen Leistungsfähigkeit bedingt wäre.

Hubers Konzeption des Unvermögensbegriffs hatte aber zur Folge, dass es zu Überschneidungen mit Fällen der Leistungserschwerung kommen konnte. Fälle, die unter dem Begriff Leistungserschwerung zusammengefasst wurden, haben gewöhnlich eine Situation zum Gegenstand, in der die Leistung dem Schuldner zwar noch möglich war, ihm aber zusätzliche, teils unzumutbare Aufwendungen abverlangte.⁴²³ Die Möglichkeit, die eigene Leistungsfähigkeit mit zumutbaren oder unzumutbaren Anstrengungen wieder herbeizuführen, sollte nach Hubers Konzeption des Unvermögens aber gerade außer Betracht bleiben. Zusammengefasst bedeutet Unvermögen nach der Ansicht Hubers, dass der Schuldner zum vereinbarten Leistungszeitpunkt gerade nicht zur Leistung imstande war.⁴²⁴ Dies schloss aber nicht aus, dass der Schuldner die eigene Leistungsfähigkeit wieder herstellen konnte, was gegenüber der herrschenden Lehre eine Ausdehnung des Unvermögensbegriffs bedeutete.

⁴²² Huber, Leistungsstörungen I, §4 IV 1, S. 121; so aber Huber wohl noch in seinem Gutachten, S. 699.

⁴²³ Anders sollte der Fall bei Äquivalenzstörungen gelagert sein. Würde sich herausstellen, dass die Leistung dem Schuldner zwar an sich möglich war, dass sie sich aufgrund nachträglich eingetretener, unvorhergesehener Umstände aber schwieriger als erwartet gestaltete, sollte der Anwendungsbereich des §275 nicht eröffnet sein. Dies ist insofern missverständlich, als sich diese Aussage nur auf den Fall einer Äquivalenzstörung bezieht, in der, wie Huber selbst sagt, eigentlich kein Fall der Leistungserschwerung vorlag. Hier sieht Huber den Anwendungsbereich des Rechtsinstituts vom Wegfall der Geschäftsgrundlage eröffnet. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §4 III 4, S. 117 f.

⁴²⁴ Huber, Leistungsstörungen II, §60, S. 833.

b) Regelung des §279

§279 wurde meist dahin gehend verstanden, dass für Gattungsschulden eine vom Verschulden unabhängige Einstandspflicht zu übernehmen war und der Schuldner sich bei Gattungsschulden ausnahmsweise nicht auf sein „Nichtvertretenmüssen“ berufen konnte.⁴²⁵ Uneinigkeit herrschte aber über die genauere Funktion und Bedeutung des §279, dessen Anwendungsbereich zudem nicht vollständig geklärt war.⁴²⁶

aa) Literaturansicht

So wurde §279 teilweise als Ausnahmeregelung zu §275 II angesehen, die die ursprüngliche Erfüllungspflicht solange fortbestehen ließ, wie die Lieferung einer anderen Sache aus der Gattung noch möglich war.⁴²⁷ Andere wollten in der Regelung des §279 eine Regelung für das Vertretenmüssen bei Schadensersatzansprüchen erblicken. Nach dieser Ansicht konnte ein Gläubiger sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da der Schuldner sein Unvermögen stets zu vertreten hatte. Er sollte im Gegenzug aber seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch einbüßen.⁴²⁸ Andere wollten in §279 nur eine Auslegungshilfe erkennen, um zu bestimmen, inwieweit der Schuldner zur Wiederbeschaffung des Leistungsgegenstandes verpflichtet war. Bei Gattungsschulden wäre, wie aus §279 und dem Inhalt des Vertrages zu entnehmen wäre, der Schuldner regelmäßig zur Wiederbeschaffung des Leistungsgegenstandes verpflichtet, da bei Gattungsschulden der Schuldner eine vom Verschulden unabhängige Beschaffungspflicht für den geschuldeten Gegenstand übernommen hätte.⁴²⁹ Vertreter dieser Ansicht beriefen sich insbesondere auf die Gesetzgebungsgeschichte. Andere hingegen erblickten in §279 eine überflüssige Vorschrift. Diese wäre von der Redaktionskommission während des Gesetzgebungsverfahrens auf Grund der irrgigen Annahme, man müsste hinsichtlich der Beachtlichkeit des Unvermögens zwischen Spezies und Gattungsschuld unterscheiden, versehentlich ins BGB aufgenommen worden. Die Vorschrift wäre deshalb nicht als Ausnahme von einem angeblichen Prinzip der Beachtlichkeit des Unvermögens zu sehen, sondern als Ausdruck des selbstverständlichen Grundsatzes, dass der Schuldner im Falle seines persönlichen Unvermögens regelmäßig nicht von seiner Leistungspflicht befreit wurde.⁴³⁰ Danach sollte dem nachträglichen Unvermögen, das auch Fälle der Leistungserschwerung umfasste, nur in einem Ausnahmefall befreiende

⁴²⁵ So Staudinger-Löwisch, §279 Rn.1.

⁴²⁶ Vgl. Kley, S. 108 ff.

⁴²⁷ Palandt-Heinrichs, §279 Rn. 1 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I §21 I d; so auch noch Huber in FS Gaul S. 217, 228; Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 3b, S. 70.

⁴²⁸ Weber-Will/Kern, JZ 1981, S. 257, 259; Coester-Waltjen, AcP 183 (1983), S. 279, 287.

⁴²⁹ Medicus, Bürgerliches Recht, §13 III 1b, Rn.266.

⁴³⁰ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 150 f.

Wirkung zukommen, nämlich dann, wenn dem Schuldner die geschuldete Sache ohne ein Vertreten müssen abhanden kam.

Häufig wurde kritisiert, die Vorschrift des §279 wäre ihrem Wortlaut nach zu weit gefasst. Unzulässig wäre der Schluss, ein Gattungsschuldner hätte alles und ein Stückschuldner nichts zu tun, um sein Unvermögen zu überwinden. Vielmehr müsste auch der Schuldner einer Stückschuld sich um die Beseitigung des Leistungshindernisses bemühen, wenn er dieses zu vertreten hatte. Die gesetzlichen Vorschriften wurden als unbefriedigend empfunden, die Gesetzesmaterialien als lückenhaft bezeichnet.⁴³¹ Ungeklärt blieb zudem, ob die Vorschrift des §279 auch auf Geldschulden Anwendung finden sollte.

bb) Ulrich Huber

Ausgangspunkt der Argumentation Hubers zum §279 war der Fortbestand des Erfüllungsanspruchs. Als Konsequenz der verbreiteten Fehlvorstellung, der Erfüllungsanspruch würde mit dem zu vertretendem Unvermögen erloschen, wäre es anzusehen, dass das Verständnis der Systematik des Leistungsstörungsrechts, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und insbesondere der Weg zur korrekten Auslegung des Terminus „Unvermögen“ in §§275 II und §279 von vornherein verbaut war. Nur so war es nach Huber zu erklären, dass das Zusammenspiel des §275 II mit der Regelung des §279 im Allgemeinen verkannt wurde.⁴³²

Nach §275 II wurde der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, sofern er sein Unvermögen nicht zu vertreten hatte. Bei Gattungsschulden und Geldschulden müsste der Schuldner allerdings sein Unvermögen auch ohne Verschulden vertreten (§279). Außer Betracht musste nach Huber bleiben, ob der Schuldner mit zumutbaren Anstrengungen das Leistungshindernis beheben konnte. Denn gerade die Frage nach der Zumutbarkeit der Anstrengungen, die nötig wären um ein bestimmtes Leistungshindernis zu überwinden, könnte kein taugliches Kriterium sein, um zu bestimmen, wann Unvermögen im Sinne von §§275 II, 279 gegeben wäre. Von seiner Leistungspflicht könnte der Schuldner erst dann befreit werden, wenn die Kosten zur Beseitigung des Leistungshindernisses im Verhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers in einem nicht zu rechtfertigenden Missverhältnis stünden. Insofern könnte allenfalls von einer gewissen Unzumutbarkeit gesprochen werden, die allerdings begrifflich streng vom Terminus „Unvermögen“ zu trennen wäre.⁴³³ Dahingestellt könnte auch bleiben, ob sich diese Opfergrenze aus dem Grundsatz von Treu

⁴³¹ Vgl. Soergel-Wiedemann, §279 Rn.1.

⁴³² Vgl. Huber, FS Gaul, S. 247.

⁴³³ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §4 III 4, S. 119.

und Glauben (§242)⁴³⁴ ergäbe oder sich nach den Grundsätzen der §§251 II S.1, 633 II S3 herleiten ließe⁴³⁵ Insbesondere gerate der Schuldner, wenn er das Unvermögen bis zur Fälligkeit nicht beseitigt hatte, auch ohne Verschulden in Verzug. Diese Regel sollte auch immer dann gelten, wenn dem Schuldner bei Vertragsabschluß die zur Erfüllung erforderliche Rechtsmacht fehlte. Trotz mangelnden Verschuldens hätte der Schuldner bei Gattungsschulden jedenfalls sein Unvermögen zu vertreten gehabt.⁴³⁶ Im Gegensatz zur herrschenden Lehre fasste Huber die Regelung des §279 damit als Ausdruck einer gesetzlich angeordneten Garantiehaftung **und** als „Ausnahme“ zur Regelung des §275 II auf, nach der der Schuldner im Falle des nicht zu vertretenden Unvermögens von seiner Leistungspflicht befreit wurde.⁴³⁷ Hubers Verständnis des Unvermögensbegriffs, nämlich die Unfähigkeit zur Leistung zu einem gewissen Zeitpunkt, ermöglichte es ihm, auch vorübergehende Leistungshindernisse unter den Begriff des Unvermögens zu subsumieren. Nach Huber zielte die Regelung des §275 II ihrem Inhalt nach gerade auch auf den Fall ab, in dem die Überwindung des Leistungshindernisses mit zumutbaren Anstrengungen noch möglich, die Leistungsfähigkeit des Schuldners aber momentan aufgehoben war. Danach wäre dem Schuldner die Leistung zwar an sich, aber bei den gegebenen Umständen eben zurzeit nicht möglich. Der Schuldner, der ein Leistungshindernis nicht verschuldet hatte, wäre aufgrund seines nicht Vertretenmüssens nicht dazu verpflichtet gewesen, das Leistungshindernis zu überwinden. In Abgrenzung zum Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sollten Leistungshindernisse allerdings nur dann unter §275 II zu subsumieren sein, sofern die Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt des Leistenmüssens aufgehoben war. Ob der Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt seine Leistungsfähigkeit wieder herbeiführen konnte, war nach Huber ohne Belang.

3. Arbeitsweise Ulrich Hubers

Hubers eigenwillige Definition des Unvermögensbegriffs erinnert zunächst an den gespaltenen Unmöglichkeitsbegriff, den er den §§275,280,325 zugrunde legen wollte. Um zu begründen, dass unter Unmöglichkeit, je nach systematischen Zusammenhang, sowohl vorübergehende als auch feststehende Unmöglichkeit zu verstehen war, hatte er in erster Linie historische und systematische Argumente angeführt. Auffällig an Hubers eigenwilliger

⁴³⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §23 I, S. 543.

⁴³⁵ So BGH NJW 1988, 699, 700; BGH NJW 1994, 515, 516.

⁴³⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 5, S. 73; Huber, Leistungsstörungen II, §59 II 1, S. 807.

⁴³⁷ Dahingestellt kann vorerst bleiben, ob in §279 nicht vielmehr der Regelfall zu erblicken war, wonach Unvermögen der Unmöglichkeit gerade nicht gleichstehen soll und vielmehr §275 II einen Ausnahmefall statuierte. Huber sprach indes von einer „Klarstellung“ des Gesetzes, nach der die Regel des §275 jedenfalls nicht für den Bereich der Gattungsschulden gelten sollte. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §24 I 3, S. 581.

Definition des Unvermögensbegriffs ist, dass Huber einerseits begriffsdogmatisch Überlegungen anstellte, andererseits aber wiederum auf bereits bekannte Begründungsansätze zurückgriff. Nach Aussage Hubers ließ sich die Frage, wie der Unvermögensbegriff der §§275 II, 279 zu verstehen war, mit sprachlichen Überlegungen, im Wege der rein grammatischen Auslegung, nicht entscheiden. Vielmehr wären der historische Ursprung und der systematische Zusammenhang der Regelungen entscheidend.⁴³⁸ Da das Gesetz keine Hinweise enthielt, wie der Unvermögensbegriff der §§275 II, 279 zu interpretieren war, ist zu untersuchen inwiefern systematischer Zusammenhang und historischer Ursprung der Regelungen Hubers Auslegung stützen können. Auch ist zu klären, welche Rolle Literatur und Rechtsprechung in dieser Frage für Huber spielten.

a) Literatur vor Einführung des BGB

Es scheint zunächst so, als könnten ältere Literaturansichten und die Behandlung des Unvermögens im gemeinen Recht kaum eine Rolle für die Auslegung des Unvermögensbegriffs im BGB spielen.⁴³⁹ Der Grund hierfür könnte in der eigenständigen sprachlichen Fassung der Unmöglichkeitsvorschriften im BGB, mit der Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen, gesehen werden. Huber berief sich bei seiner Konzeption des Unvermögensbegriffs dennoch auf Savigny, Windscheid und Mommsen. Bereits diese hätten Unvermögen als die Unfähigkeit des Schuldners, die Leistung zu einem gewissen Zeitpunkt zu erbringen, begriffen.

Diese Behauptung Hubers erweckt zu Unrecht den Eindruck, als wären die Meinungen dieser Autoren homogen und in sich geschlossen. Tatsächlich wichen die Ansichten Mommsens, Windscheids und Savignys zum Unvermögen im Allgemeinen und zum Unvermögen bei generischen Leistungen im Besonderen stark voneinander ab, was im folgenden Kapitel aufgezeigt werden soll.

aa) Friedrich Carl von Savigny

Friedrich Carl von Savigny wurde am 21.02.1779 in Frankfurt am Main geboren.⁴⁴⁰ Nach seinem Studium in Marburg lehrte er dort zunächst als Privatdozent Strafrecht und die Pandekten. Im Jahre 1803 veröffentlichte er sein berühmtes Werk „Das Recht des Besitzes.“ Später wurde Savigny Professor für römisches Zivilrecht in Landshut. Im Jahre 1810 erhielt er auf Betreiben von Wilhelm von Humboldt einen Ruf auf den Lehrstuhl für römisches Recht an der neu gegründeten Friedrich-Wilhelm-Universität Berlin, wo er lange Jahre als

⁴³⁸ Huber, Leistungsstörungen II, §60, S. 837.

⁴³⁹ Huber, Leistungsstörungen II, §60, S. 837 f.

⁴⁴⁰ ADB Bd. 30, S. 425.

Rechtslehrer tätig war.⁴⁴¹ Seit 1811 war Savigny Mitglied der Preußischen Akademie der Wissenschaften.⁴⁴² Beeinflusst von seinem Lehrer Gustav Hugo gehörte Savigny zu den Mitbegründern und Hauptvertretern der so genannten historischen Rechtsschule. 1814 erschien seine Streitschrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, eine Erwiderung auf Thibauts These „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“. 1815 gründete er gemeinsam mit Karl Friedrich Eichhorn und Johann Friedrich Ludwig Göschen die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“. Von 1840 bis 1849 erschien Savignys „System des heutigen römischen Rechts“ in 8 Bänden, dem ein großer Einfluss auf Rechtsprechung und Wissenschaft zugebilligt wurde. Später wurde Savigny durch Friedrich Wilhelm IV zum Großkanzler und damit "Minister für Revision der Gesetzgebung" ernannt. Savigny verstarb am 25. Oktober 1861 in Berlin.⁴⁴³

Carl Friedrich von Savigny schuf das begriffliche Fundament der Unmöglichkeitslehre, auf das später Mommsen und Windscheid aufbauten. Ausgehend von einem naturrechtlich geprägten Unmöglichkeitsbegriff, nach dem jedes Handlungsunvermögen des Schuldners zur Unmöglichkeit der Leistung führte, unterschied er später nach den Gründen, die zur Leistungsunfähigkeit des Schuldners führten.⁴⁴⁴ Nach Savigny existierten verschiedene Arten der Unmöglichkeit. So konnte seiner Meinung nach die Unmöglichkeit auf natürlichen oder rechtlichen Gründen beruhen, das Leistungshindernis dauerhaft oder zeitweilig, anfänglich oder nachträglich sein. Darüber hinaus wollte er noch zwischen absoluter und nur relativer Unmöglichkeit unterscheiden.⁴⁴⁵ Von besonderer Bedeutung war für Savigny jedoch die Unterscheidung zwischen in der Natur der Handlung (objektive Unmöglichkeit) und der in den besonderen Verhältnissen des Schuldners liegenden Unmöglichkeit (subjektive Unmöglichkeit). Savigny wollte dabei das Unvermögen als Fall des Möglichen behandelt wissen und verstand unter Unmöglichkeit nur, was für jedermann, nicht aber was allein für den Debitor unmöglich war.⁴⁴⁶ Damit war auch zum Ausdruck gebracht, dass die bloße Leistungserschwerung, die dem Schuldner die Leistung nicht unmöglich machte, in gleicher

⁴⁴¹ Nörr, NDB Bd. 2, S. 589.

⁴⁴² ADB Bd. 30, S.429.

⁴⁴³ Nörr, NDB Bd. 2, S. 589.

⁴⁴⁴ Savigny, Obligationenrecht I, S. 381 ff.; Savigny, Obligationenrecht II, S. 284 ff.; Savigny, System III, S. 156 ff.

⁴⁴⁵ Savigny, Obligationenrecht I, S. 384.

⁴⁴⁶ Wohl in Anlehnung an das Venuleius Fragment D 45, 1, 137, §§4, 5; Jakobs ist der Auffassung, dass Savignys Begriff der subjektiven Unmöglichkeit ein Synonym für diejenigen Fälle darstellte, die Venuleius unter dem Begriff *facultas dandi* zusammenfasste. Da Savigny aber ohnehin die Fälle der subjektiven Unmöglichkeit für unbedeutlich hielt, konnte dahinstehen, ob der Schuldner zur Leistung unvermögend war oder die Leistung ihm nur erschwert war.

Weise unbeachtlich sein sollte wie die subjektive Unmöglichkeit.⁴⁴⁷ Savigny betonte aber, dass hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Fällen befreiender Unmöglichkeit und nicht befreiender Leistungsschwierigkeit es keine allgemeine Regel geben könnte, um eine Differenzierung vornehmen zu können. Vielmehr müsste jeder Einzelfall kraft richterlichen Ermessens entschieden werden.⁴⁴⁸ Schuldete der Debitor ein *genus*, also eine nach der Gattung bestimmte Sache, oder war er zur Leistung einer Geldsumme verpflichtet, dann sollte die Gefahr des zufälligen Untergangs aber in jedem Fall den Schuldner treffen.⁴⁴⁹ Ausgehend von einem subjektiven, auf die Leistungshandlung bezogenen Unmöglichkeitsbegriff, sah sich Savigny zu der Fiktion gezwungen, der Schuldner könnte trotz seines Geldmangels die geschuldete Leistung erbringen.⁴⁵⁰ Damit wurde unterstellt, die Leistung wäre trotz des Unvermögens dem Schuldner noch möglich.

Somit bestehen, wie auch zu erwarten war, zahlreiche Unterschiede in den Ansichten Savignys und Hubers. Dies gilt im besonderen Maße für die rechtliche Behandlung des Unvermögens, das nach Savigny ohne Einfluss auf die Verpflichtung sein sollte. Huber berief sich trotzdem auf Savigny, auch wenn die Ansichten nur bedingt vergleichbar waren, zumal §275 II eine Gleichbehandlung mit der nachträglichen Unmöglichkeit anordnete. Richtig allerdings ist, dass die Unterscheidung des BGB zwischen Unvermögen und Unvermögen auf die Terminologie Savignys zurückgeht. Damit ist jedoch nicht belegt, dass Savigny den Unvermögensbegriff wie Huber definierte.

bb) Friedrich Mommsen

Mommsen, mit dessen Auffassung Hubers Ansicht die größten Ähnlichkeiten aufweist, übernahm die Differenzierungen Savignys in weiten Teilen. Zugleich erweiterte er aber den Unvermögensbegriff Savignys.⁴⁵¹ Fraglich ist daher, ob sich erneut Gemeinsamkeiten zwischen Huber und Mommsen nachweisen lassen. Dafür ist zu untersuchen, wie Friedrich Mommsen den Unvermögensbegriff definierte und welche Rechtsfolgen er dem Unvermögen des Schuldners beimesse wollte.

Anders als für Savigny war das Unvermögen des Schuldners unter gewissen Voraussetzungen für Mommsen durchaus beachtlich.⁴⁵² Entgegen der herrschenden Lehre im gemeinen Recht war Mommsen der Meinung, dass die subjektive Unmöglichkeit nicht immer ohne Einfluss

⁴⁴⁷ So auch Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 130; Würthwein, S. 79.

⁴⁴⁸ Savigny, System III, §121, S. 164 f.

⁴⁴⁹ Savigny, Pandektenvorlesung, S. 221: Savigny nennt hier das Beispiel des Raubs der geschuldeten Sache.

⁴⁵⁰ Vgl. Wollschläger, S. 131.

⁴⁵¹ Savigny selbst sprach nur von subjektiver Unmöglichkeit.

⁴⁵² Auch über den Fall hinaus, dass dem Schuldner nach Begründung des Schuldverhältnisses die zu leistende Sache abhanden kam. Vgl. D 19, 1, 55.

auf die Erfüllungspflicht des Schuldners war.⁴⁵³ Mommsen stellte dabei die Regel auf, dass bei Obligationen, welche auf die Leistung individuell bestimmter Sachen gerichtet waren, jede Veränderung in den Verhältnissen des Schuldners zur Sache, wodurch diesem die zur Vornahme der Leistung erforderliche faktische Disposition über die Sache entzogen wurde, prinzipiell als Grund einer wahren Unmöglichkeit in Betracht kam.⁴⁵⁴ Dabei sollte nach Ansicht Mommsens, worauf sich auch Huber berief, die nähere Aussicht auf Wiedererlangung der faktischen Disposition außer Betracht bleiben.⁴⁵⁵ Auch ist eine Erweiterung des Unmöglichkeitsbegriffs Savignys darin zu sehen, dass Mommsen die subjektive Unmöglichkeit nicht nur als ein in den Verhältnissen des Schuldners liegendes, sondern auch in dessen Verhältnis zum Gegenstand der Obligation begründetes Leistungshindernis definierte.⁴⁵⁶

Eine wahre Unmöglichkeit, bei einer auf ein genus gerichteten Obligation, sollte nur dann vorliegen, wenn die Gattung, welcher der Gegenstand angehörte, nicht existierte oder untergegangen war. Sofern Gegenstände aus der Gattung noch vorhanden waren, der Schuldner aber nicht zur Leistung in der Lage war, sollte eine Unmöglichkeit der Leistung hingegen ausscheiden.⁴⁵⁷ Dem entspricht es, dass der Gattungsschuldner bei Mommsen auch für Zufall haften musste. Wichtig für das Verständnis der Dogmatik Mommsens ist, wie in seiner Lehre der Grenzbereich zwischen Unmöglichkeit und Verzug zu bestimmen war. Das Wesen der Mora bestand Mommsen zufolge darin, dass sie im Gegensatz zur Unmöglichkeit eine willkürliche Verzögerung, also eine auf den Willen des Schuldners zurückzuführende Leistungsverzögerung, darstellte.⁴⁵⁸ Gleiches sollte auch für den Fall der Geldschulden gelten. Da Geldmangel bei Mommsen nicht als Grund einer wahren Unmöglichkeit begriffen wurde, konnte sich der Schuldner nicht auf sein Nichtvertretenmüssen berufen. Somit musste die Verzögerung auf den Schuld begründenden Willen des zur Leistung Verpflichteten zurückgeführt werden. Während also Savigny beim Unvermögen zur Fiktion der Möglichkeit der Leistung griff, fingierte Mommsen bei Geld- und Gattungsschulden ein Vertretenmüssen des Schuldners.⁴⁵⁹ Die Parallelen zur Regelung des späteren §279, der nach Huber auch auf Geldschulden Anwendung finden sollte, sind unübersehbar. Im Anschluss an H. H. Jakobs

⁴⁵³ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 12 ff.; Oermann, AcP 140 (1935), S. 132.

⁴⁵⁴ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 32.

⁴⁵⁵ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 32.

⁴⁵⁶ So auch Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 131 ff.

⁴⁵⁷ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 37.

⁴⁵⁸ Vgl. hierzu auch B II 3 a aa) zur vorübergehenden Unmöglichkeit. A.A. Würthwein, S. 102 ff.: Diese geht davon aus, dass die Fälle wahrer Unmöglichkeit einen Befreiungsgrund von einer allgemeinen, verschuldensabhängigen Nichtleistungshaftung darstellen sollten, die Mommsen seiner Lehre angeblich zugrunde gelegt hätte. Daraus schloss Würthwein, dass im 19. Jahrhundert sich die Haftung gerade nicht auf die Fälle verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit reduziert hätte.

⁴⁵⁹ So Wollschläger, S. 131.

lässt sich damit der Kerngehalt der Lehre Mommsens so zusammenfassen, dass der Grund für die Befreiung des Schuldners nicht in dessen Unfähigkeit zur Leistung zu sehen war, sondern vielmehr in dem Umstand, dass der Schuldner nicht dazu verpflichtet war, ein Leistungshindernis zu überwinden, wenn er dieses nicht zu vertreten hatte.⁴⁶⁰

Ähnlich lässt sich auch die Ansicht Ulrich Hubers beschreiben, der in gleicher Weise danach unterschied, ob der Schuldner den Umstand, der zur Aufhebung seiner Leistungsfähigkeit geführt hatte, vertreten musste. Übereinstimmend wollten Huber und Mommsen dem Kriterium der Zumutbarkeit oder einer Aussicht auf Wiedererlangung keine Bedeutung beimessen.

Vollständig deckungsgleich sind die Ansichten Hubers und Mommsens indessen nicht. Im Gegensatz zu Huber wollte Mommsen eine subjektive Unmöglichkeit nicht schon dann annehmen, wenn der Schuldner außerstande war, die Leistung persönlich zu erbringen. Vielmehr war es nach Mommsen erforderlich, dass der Schuldner auch für eine Vertretung nicht sorgen konnte.

Die Ansichten Hubers und Mommsens entsprechen sich zudem weitgehend, wenn es um die Frage der rechtlichen Behandlung von Leistungserschwerungen geht. Auf den ersten Blick scheinen weder Mommsen noch Huber Leistungserschwerungen als Fall der Unmöglichkeit begriffen zu haben. Huber hatte an mehreren Stellen eigens darauf hingewiesen, dass Unvermögen nichts mit der Frage zu tun hatte, ob es dem Schuldner zuzumuten wäre, ein Leistungshindernis zu überwinden. Danach wären nach Hubers Lehre die Begriffe „Unvermögen“ und „Leistungserschwerung“ eigentlich streng voneinander zu scheiden. Eine genaue Abgrenzung dieser beiden Begriffe war aber allein schon deshalb nicht möglich, weil nach Huber die spätere Aussicht auf Beseitigung des Leistungshindernisses bei der Beurteilung, ob Unvermögen gegeben war, außer Betracht bleiben sollte. Damit wurden bloße Leistungserschwerungen, in denen die Leistung eigentlich noch möglich war, unter Umständen von der Definition der vorübergehenden Aufhebung der Leistungsbereitschaft erfasst.

Die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens wurde häufig als eine unzulässige Verallgemeinerung kritisiert, die die Fragen der Leistungserschwerung in unzulässiger Weise ausblendete und Grundsätze, die nur für den engen Bereich der Stipulationen galten, zu Unrecht verallgemeinerte.⁴⁶¹ Diese Kritik an der Unmöglichkeitslehre ging jedoch fehl, da bloße Leistungserschwerungen auch in der Lehre Mommsens durchaus unter den

⁴⁶⁰ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 136, wohl in Anlehnung an Krückmann AcP 101, S. 1 ff.

⁴⁶¹ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 202 f.; Hartmann, Die Obligation, S. 173.

Unvermögensbegriff fallen konnten.⁴⁶² Unvermögen war bei Mommsen nicht immer nur als das „Nicht-Leisten-Können“ zu verstehen, sondern umfasste gerade auch die Fälle der Leistungserschwerung.⁴⁶³ Mommsen betonte an mehreren Stellen, dass die subjektive Unmöglichkeit, sofern sie zu berücksichtigen wäre, häufig nur eine vorübergehende Unmöglichkeit darstellen würde und somit auch nur zu einer vorübergehenden Befreiung von der Leistungspflicht führen könnte. Begründet wurde dies mit dem Umstand, dass viele der auftretenden Leistungshindernisse nur einen vorübergehenden Charakter hätten, also behebbar wären.⁴⁶⁴ Damit wurde aber gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass auch in Fällen, in denen die Leistung nur erschwert und die Leistungsfähigkeit nur zum Leistungszeitpunkt aufgehoben war, der Schuldner unter gewissen Voraussetzungen von seiner Verpflichtung zur Leistung befreit werden konnte.

Hauptaugenmerk lag damit bei beiden Autoren auf dem Aspekt des Nichtvertretenmüssens, der Frage also, ob der Schuldner den Umstand, der zur Aufhebung seiner Leistungsfähigkeit führte, selbst verschuldet hatte. Mommsen betonte ausdrücklich, dass es sowohl des Umstandes der Unmöglichkeit der Leistung als auch des Nichtvertretenmüssens des Schuldners bedürfte, um den Schuldner von seiner Leistungspflicht zu befreien. Im Zentrum des Unmöglichkeitsbegriffs stand damit das subjektive Zurechnungselement und nicht die objektiv zu bestimmende Aufhebung der Leistungsfähigkeit.

cc) Gustav Hartmann

Bei Huber stand die Beschäftigung mit der Lehre Friedrich Mommsens im Vordergrund. Im gemeinen Recht war das Werk Mommsens hingegen stark umstritten, zumal er sich weit von den Ansichten der herrschenden Lehre entfernte. Einer der stärksten Kritiker Mommsens war Gustav Hartmann, der sich energisch gegen die Auslegungen Mommsens wandte und eine andere Ansicht vertrat. Auch Huber beschäftigte sich in den Leistungsstörungen kurz der Lehre Hartmanns.

⁴⁶² So bereits H. H. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 137 ff.; Jakobs unterstellte, Mommsen wäre insofern falsch verstanden worden. Mommsens Verdienst wäre es gewesen, dass er die Fälle der Leistungserschwerung und des Nichtleistenkönnens, der Terminologie Savignys folgend, unter einem Begriff zusammenfasste.

⁴⁶³ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 137 ff.; a.A Wollschläger, S. 132 Fn.44 a: der Jakobs vorwirft, in Unkenntnis des vernunftrechtlichen subjektiven Unmöglichkeitsbegriffs irrtümlich zu unterstellen, Mommsen und Savigny hätten den bis dahin objektiv bestimmten Begriff durch die Hereinnahme der facultas dandi erweitert. Emmerich sieht die Lehre Mommsens auf das Problem der Leistungserschwerung zulaufend und spricht von einem veritablen Abgrenzungsproblem, vgl. Emmerich, S. 12.

⁴⁶⁴ Vgl. dazu die folgende Textstelle: „Sehr zweifelhaft ist es dagegen, ob eine Unmöglichkeit anzunehmen ist, wenn das zur Vornahme der Leistung nötige Recht dem Schuldner zusteht, die factische Disposition über die Sache ihm aber entzogen ist, oder wenn, sofern die factische Disposition über die Sache fehlt. Zwischen dieser Art der subjectiven Unmöglichkeit und derjenigen, welche in dem fehlenden Rechte des Schuldners ihren Grund hat, besteht ein wesentlicher Unterschied. Die factischen Zustände, welche als Hindernisse eintreten, haben eintheils keine dauernde Natur; so dass sie jedenfalls nur eine zeitweilige Unmöglichkeit begründen können [...].“ Vgl. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 18 ff.

Gustav Hartmann war der Auffassung, die subjektive Unmöglichkeit der Leistung wäre nicht als Unmöglichkeit der Leistung, sondern nur als ein Fall der Leistungsschwierigkeit anzusehen.⁴⁶⁵ Hartmann selbst konnte keinen Unterschied zwischen dem Unvermögen und der bloßen Leistungserschwerung erkennen. Zudem kritisierte er die Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens als unzulässige Verallgemeinerung der bonaefidei-Klauseln, die die Frage der Befreiung von der Leistungspflicht bei übermäßiger Leistungsschwierigkeit ausklammerten. Hartmann wollte deshalb nach der Eigenart der verschiedenen Vertragsverhältnisse unterscheiden, denen er ein unterschiedliches Maß an aufzuwendender Kraftanstrengung entnehmen wollte, die seiner Meinung nach dem Inhalt des Vertrages geschuldet war. Insofern wollte Hartmann die Spannkraft der jeweiligen Obligation bestimmen.

Auch wenn Huber Hartmanns Kritik kurz anführt, so wäre doch eine vertieftere Auseinandersetzung mit Gustav Hartmann erforderlich gewesen. Dies gilt in besonderem Maße deshalb, weil Huber ja der Auffassung war, dass das Leistungsstörungsrecht des BGB ja eine historisch gewachsene Materie darstellte. Auch hätte darauf hingewiesen werden müssen, wie umstritten das Werk Mommsens schon damals war und wie unterschiedlich es interpretiert werden konnte. Die Kritik Hartmanns an Mommsens Werk zeigt, dass seine Ansichten zum Unvermögen keineswegs herrschende Meinung im gemeinen Recht waren. Deshalb wird an anderer Stelle zu klären sein, ob sich der historische Gesetzgeber wirklich der Lehre Mommsens angeschlossen hat. Ein Indiz hierfür könnte die Ansicht Bernhard Windscheids sein, der sich mit Hartmanns Kritik an Mommsen beschäftigte.

dd) Bernhard Windscheid

Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts hatte auch den Unvermögensbegriff und die Frage der rechtlichen Behandlung übermäßiger Leistungserschwerungen zum Gegenstand. Hierbei nahm Windscheid auch zur Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens und der Kritik Gustav Hartmanns Stellung. Windscheid stellte sich dabei auf den Standpunkt, die ältere Lehre hätte nicht erkannt, dass Mommsens Unmöglichkeitsbegriff weiter gefasst wäre und Mommsen in gewissen Fällen auch der Leistungserschwerung befreie Wirkung für den Schuldner zugestand.⁴⁶⁶ Der Kritik Hartmanns hielt er entgegen, es bestünden zwischen Mommsen und seiner eigenen Ansicht nur terminologische Unterschiede, jedoch keine in der

⁴⁶⁵ Hartmann, Die Obligation, S. 173; Ähnlich Feodor Kleineidam, der annahm, der Schuldner wäre nach dem Inhalt der Obligation nicht dazu verpflichtet, einen gewissen Leistungserfolg herbeizuführen, sondern vielmehr eine gewisse Kraftanstrengung zu erbringen. Waren zur Erbringung der Leistung Anstrengungen erforderlich, die über das geschuldete Maß an Kraftanstrengung hinausgingen, wäre der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit gewesen. Vgl. Kleineidam, Unmöglichkeit, S. 14, in: Iherings Jahrbücher 43, S. 10 ff.

⁴⁶⁶ Hier ist insbesondere die auf faktischen Hindernissen beruhende subjektive Unmöglichkeit des Schuldners gemeint.

Sache. Windscheid, der nur von subjektiven Hindernissen der Leistung sprechen wollte, lehnte die Unterscheidung Hartmanns mit dem Argument ab, er sehe von diesem „Verlassen des Sprachgebrauchs des Lebens keinen Vorteil.“⁴⁶⁷

Obgleich eine Definition des Unvermögensbegriffs bei Windscheid fehlte, berief sich Huber dennoch auch auf Windscheid und verwies auf mehrere Beispiele, die dieser für den Fall der subjektiven Unmöglichkeit gegeben hatte, um zu belegen, dass Windscheid den Unvermögensbegriff in gleicher Weise verstanden hätte wie Mommsen und Savigny.⁴⁶⁸

Diese Behauptung Hubers erfordert eine genauere Betrachtung des Unvermögensbegriffs bei Windscheid.

Auch bei Windscheid klang an, dass er dem Kriterium der Zumutbarkeit bei der Bestimmung der subjektiven Unmöglichkeit Bedeutung beimessen wollte, wenn er ausführte, dass es der Unmöglichkeit gleichzuerachten wäre, wenn die Leistung dem Schuldner so schwierig geworden wäre, dass sie ihm den Umständen nach nicht mehr zugemutet werden konnte (Unerschwinglichkeit).⁴⁶⁹ Ebenso war er der Überzeugung, dass bei generischen Verpflichtungen eine Unmöglichkeit der Leistung dann nicht gegeben war, wenn sie nicht für jede der durch den genus bezeichneten Sachen eintrat. Der Schuldner wäre nicht durch den Untergang der in seinem Eigentum stehenden Gattungssache frei geworden, sofern noch andere Sachen aus der Gattung existierten. Anderes sollte nach Windscheid für den Fall gelten, in dem der Schuldner sein ganzes Geld oder Vermögen verlor. Wäre der Vermögensverlust ohne Schuld des Debtors eingetreten, so müsste ein Fall der befreienden Unmöglichkeit angenommen werden.⁴⁷⁰

Nicht nur an dieser Stelle weicht Hubers Ansicht von derjenigen Windscheids ab. Überhaupt bestehen zahlreiche Unterschiede zwischen Mommsen, Savigny und Windscheid, was insbesondere am Beispiel der generischen Verpflichtung deutlich wird. Auch bei der rechtlichen Behandlung des Unvermögens gingen die Ansichten auseinander. Huber beruft sich insofern auf Gemeinsamkeiten, die in dieser Form nicht gegeben sind.

⁴⁶⁷ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. Auflage), §264 Fn.1, S. 93; vgl. dazu auch die Anmerkungen Paul Kübels, der bezweifelt, ob durch die Kritik Hartmanns in der Theorie wirklich etwas Neues gewonnen wäre und feststellt, dass sich die gewonnenen Resultate jedenfalls nicht unterscheiden würden. Vgl. Teilentwurf v. Kübel, Abschn. I Tit.3. III.1 §§1 bis 7, S. 3.

⁴⁶⁸ Windscheid nennt das Beispiel des Gebens einer Sache, die bereits untergegangen war oder das Geben einer Sache, die nicht im Eigentum des Schuldners steht. Eine nicht existierende Sache kann nicht gegeben werden, eine Sache, welche nicht im Eigentum des Schuldners steht, kann nicht dem Gläubiger gegeben werden.

⁴⁶⁹ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. Auflage), §264, S. 97; der Redaktor von Kübel wandte sich in seinem Entwurf gegen eine solche Auslegung Windscheids. Die von Windscheid angeführte Ausnahme, „des Falles nämlich, wenn dem Schuldner die Erfüllung nur mit unverhältnismäßigen Opfern möglich ist“, wäre nicht als allgemein anzuerkennen. Vgl. Teilentwurf v. Kübel, Abschn. I Tit. 3 III 1, S. 3.

⁴⁷⁰ Windscheid, Rez. Mommsen - Beiträge zum Obligationenrecht, S. 112.

ee) Fazit

Trotz zweifellos bestehender Unterschiede zwischen Mommsen und Windscheid, insbesondere bei den generischen Verpflichtungen, ist es aber nicht von der Hand zu weisen, dass beide für den eng begrenzten Sonderfall der Leistung einer bestimmten Sache dem Kriterium der Leistungserschwerung Bedeutung beimesse wollten. Auch finden sich in der älteren Literatur Begründungsansätze, die in ähnlicher Form auch bei Huber zu finden sind. Erkennbar ist zudem, dass der Gedanke, dass der Schuldner unter gewissen Voraussetzungen auch bei bloßer Leistungserschwerung von seiner Leistungspflicht befreit werden sollte, bereits auf Windscheid und Mommsen zurückgeht. Nicht vergessen werden sollte allerdings, dass die Diskussion zum gemeinen Recht hin geführt wurde und die Ansichten Savignys, Windscheids und Mommsens nur zu einem gewissen Grad über die heutigen Regelungen der §§275 II, 279 Aufschluss geben können. Auch wurde im Gesetzgebungsprozess die den §§275 II, 279 vorausgegangenen Regelungen mehrmals stark abgeändert. Darin mag der Grund zu sehen sein, dass sich Huber - anders als noch zuvor - kaum auf die ältere Literatur beruft. Den Gedanken der Erstreckung des Unvermögensbegriff auch auf überwindbare Leistungshindernisse griff Huber auf und machte ihn für das moderne Leistungsstörungsrecht gangbar, indem er darauf hinwies, dass die Regel des §279 sich bei anderer Auslegung nicht in die Systematik der §§275 ff. einfügen würde.

Im Hinblick auf die Arbeitsweise Hubers lässt sich feststellen, dass Huber von einem historisch gewachsenen Unmöglichkeitsbegriff ausging. Da gerade die Ansicht Mommsens im gemeinen Recht stark umstritten war ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der historische Gesetzgeber sich tatsächlich der Ansicht Mommsens angeschlossen hat, wie es Huber unterstellt.

b) Gesetzesmaterialien

Der Streit in der neueren Literatur über die Konzeption des Unvermögensbegriffs geht nicht zuletzt auf die Diskussionen in den Gesetzgebungskommissionen über die Fassung der heutigen §§275, 279 zurück. Fraglich ist daher, ob die Gesetzesmaterialien Belege für Hubers Auslegung des Unvermögensbegriffs aufweisen und welche Rolle die Gesetzesmaterialien in Hubers Darstellung einnehmen.

Während des Gesetzgebungsprozesses wurden die den §§275, 279 vorausgehenden Vorschriften mehrmals diskutiert und abgeändert.⁴⁷¹ Dennoch blieb im Dunkeln, wie das nachträgliche Unvermögen nach dem Willen des Gesetzgebers rechtlich zu behandeln war

⁴⁷¹ Vgl. dazu insbesondere die Diskussion zu §237 E1 und §235 E2.

und ob der Schuldner auch bei übermäßigen Leistungserschwerungen von seiner Leistungspflicht befreit werden konnte. Dies erscheint angesichts der eindeutigen Regelung des späteren §275 II, nach dem das nachträgliche Unvermögen der nachträglichen Unmöglichkeit gleichgestellt war, zunächst als unverständlich. Die Vorgänge in den Kommissionen, die zur Abänderung der Normen geführt hatten, wurden in der Literatur teilweise als nicht mehr nachvollziehbar bezeichnet.⁴⁷² Auch war immer wieder von einem Redaktionsirrtum des historischen Gesetzgebers die Rede.⁴⁷³ Huber beschränkte sich in Ansehung der Gesetzesmaterialien darauf hinzuweisen, dass die Formulierung des Gesetzes in den Beratungen zwar gewechselt hatte, in der Sache aber niemals Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel dahingehend bestanden, dass der Schuldner grundsätzlich auch im Falle des nachfolgenden, nicht zu vertretenden Unvermögens von seiner Verbindlichkeit befreit werden sollte.

Einigkeit herrschte in den Kommissionen zumindest über die rechtliche Behandlung der nachträglichen Unmöglichkeit. Auch nach dem ersten Entwurf sollte der Schuldner nicht zur Leistung verpflichtet sein, solange die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden war. Im Anschluss daran ordnete §237 II E1 an:

„Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, welcher einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hat, diesen in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten außer Stand gesetzt worden ist.“

Diese Formulierung in den Gesetzesmaterialien wirft die Frage auf, welche Regelung der historische Gesetzgeber für das nachträgliche, nicht zu vertretende Unvermögen vorgesehen hatte. Offensichtlich blieb die intendierte Regelung hinter dem späteren §275 II zurück. Denn nicht in jedem Fall sollte ein nachträgliches Unvermögen einer nachträglichen Unmöglichkeit gleichgestellt werden. Offenbar sollte nur in den Fällen, in denen eine „bestimmte Sache“ zu leisten war, das Unvermögen rechtlich wie die nachträgliche Unmöglichkeit behandelt werden. Offen bleibt die Frage, was mit dem Terminus „Leistung einer bestimmten Sache“ gemeint war. Eine mögliche Interpretation wäre, dass auch die Gesetzesredaktoren, im Anschluss an Savigny, ursprünglich von der generellen Unbeachtlichkeit der subjektiven Unmöglichkeit ausgegangen waren. Etwas anderes hätte dann nur für den Fall des

⁴⁷² Soergel-Wiedemann, §279 Rn.1.

⁴⁷³ Beinert, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, S. 206; Kley, S. 127; Lempennau, Gattungsschuld, S. 28, 43; Wollschläger, S. 147; Nauen, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 201; MüKo-Emmerich, §275 Rn.93; Coester-Waltjen, AcP 183 (1983), S. 279, 288.

Abhandenkommens der geschuldeten Sache gegolten, den schon Mommsen - entgegen Savigny - für beachtlich hielt.⁴⁷⁴ Es ist auch durchaus nahe liegend, dass der historische Gesetzgeber mit der Regelung des §237 II E1 ursprünglich nur den Fall erfassen wollte, in welchem dem Schuldner ein individuell bestimmter Gegenstand ohne sein Verschulden abhanden kam. Vorbild für diese Regelung wäre damit der aus den Digesten bekannte Fall gewesen, der gemeinhin als „*facultas dandi*“ bezeichnet wurde und von Mommsen, der Terminologie Savignys folgend, als subjektive Unmöglichkeit charakterisiert wurde.

Noch keine Aussage ist damit aber über die rechtliche Behandlung von bloßen Leistungserschwerungen getroffen. Es wurde aber darauf hingewiesen, dass eine *facultas dandi* anerkanntermaßen aber auch Fälle bloßer Leistungserschwerung umfasst hätte. Aus diesem Grunde hätte wohl auch §237 II E1 Fälle bloßer Leistungserschwerung umfasst.⁴⁷⁵ Diese These ist jedoch nur schwer zu belegen, da die Motive diesbezüglich keine eindeutigen Anhaltspunkte aufweisen. Auch setzt diese These voraus, dass der historische Gesetzgeber mit der Regelung des §237 II E1 wirklich den Fall der *facultas dandi* im Auge hatte. Aus den Gesetzesmaterialien geht in der Tat auch deutlich hervor, dass der Gesetzgeber anfangs von der generellen Unbeachtlichkeit des nachträglichen Unvermögens ausgegangen war. Nach den Motiven sollte unter Unmöglichkeit der Leistung zunächst nur die objektive Unmöglichkeit zu verstehen sein. Davon war das subjektive Unvermögen zu scheiden, das immer dann vorliegen sollte, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreichte, die Erfüllung zu bewirken, gleichgültig ob die geschuldete Leistung in Geld, anderen Sachen, Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestand. Fälle des subjektiven Unvermögens waren nach dem ersten Entwurf grundsätzlich weder als ein bei der Entstehung des Schuldnerverhältnisses vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes Leistungshindernis von Einfluss auf die Verbindlichkeit.⁴⁷⁶ Da es dem Schuldner prinzipiell immer möglich war, sein Unvermögen zu beheben, ging man davon aus, dass ein Unvermögen des Schuldners rechtlich nicht zu berücksichtigen wäre. Nicht eindeutig ging aus den Motiven hervor, ob auch Leistungserschwerungen den Schuldner von seiner Leistungspflicht befreien konnten. Der historische Gesetzgeber sprach sich lediglich gegen die Geltung des anerkannten Rechtssatzes der *clausula rebus sic stantibus* im BGB aus, der früher als geeignetes Instrument angesehen wurde, dem Schuldner bei übermäßigen Leistungsschwierigkeiten zu Hilfe zu kommen. Dennoch glaubten Autoren wie Jakobs belegen zu können, dass der Gesetzgeber in Anlehnung an Windscheid und Mommsen in einem eng gefassten Bereich

⁴⁷⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen von H. H Jakobs in Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 145 ff.

⁴⁷⁵ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S.145 ff.

⁴⁷⁶ Motive, S. 45.

nicht zwischen Leistungserschwerung und Leistungsunvermögen unterscheiden wollte. Zumindest jedoch stünde die Gesetzgebungsgeschichte einer solchen Auslegung nicht entgegen.

Eine Gleichbehandlung der subjektiven Unmöglichkeit mit der nachträglichen Unmöglichkeit, wie sie §275 II später anordnete, sollte damit grundsätzlich nicht erfolgen. Dieser Auffassung war wohl auch noch die 2. Kommission. Eine abweichende Behandlung sollte nach den Protokollen nur der Fall erfahren, in dem ein Schuldner einen „individuell bestimmten Gegenstand“ zu leisten hatte. Dies lässt sich anhand der Protokolle deutlich nachweisen:

„Anlangend aber den Fall des nachträglichen subjektiven Unvermögens, so sei bereits beschlossen, dass dasselbe der objektiven Unmöglichkeit gleichzustellen sei. Es fehle an zureichenden Gründen, von diesem Beschluss abzugehen. Der Beschluss mache, wie gleichfalls bereits erkannt sei, eine wichtige Ausnahme erforderlich. Der Entwurf bringe dieselbe in §11 Absatz 1 in Vorschlag. Die vorgeschlagene Bestimmung erscheine jedoch bedenklich. Werde sie auf alle Fälle bezogen, in welchen das subjektive Unvermögen durch eine Geldaufwendung zu heben sei, so werde die Regel fast völlig beseitigt. Beziehe man sie nur, was richtiger erscheine, auf Geldschulden, so greife sie nicht weit genug. Den Geldschulden müßten sichtbar diejenigen Verbindlichkeiten gleichstehen, deren Gegenstand eine fungible Sache oder Handlung sei. Werde nun erwogen, dass, wenn eine andere als fungible Handlung in Frage stehe, das subjektive Unvermögen sich als eine objektive Unmöglichkeit charakterisiere, so sei klar, dass für die Regel nur übrig blieben die Fälle, in welchen ein individuell bestimmter Gegenstand zu leisten sei. Es müsse sich empfehlen, in dem Gesetz zum Ausdruck zu bringen, dass nur in solchen Fällen das nachträgliche subjektive Unvermögen wie die objektive Unmöglichkeit wirke, indem die für die letztere geltende Vorschrift anwendbar würden. Bei einer solchen Behandlungsweise lasse sich auch der Sprachgebrauch durchführen, wonach unter Unmöglichkeit stets nur die objektive zu verstehen sei.“⁴⁷⁷

Hier klingt der althergebrachte Grundsatz des römischen Rechts „debitor speciei liberatur casuali interitu rei“ an, nach dem der Schuldner durch den zufälligen, nicht verschuldeten Untergang beziehungsweise durch das Abhandenkommens einer bestimmten Sache weder zur Leistung der ursprünglich geschuldeten Sache noch zur Leistung eines Ersatzes verpflichtet

⁴⁷⁷ Protokolle, S. 1158.

werden konnte.⁴⁷⁸ Aus den Protokollen ergibt sich, dass auch die 2. Kommission von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des nachträglichen Unvermögens ausging.

Später wurde die Regelung des §237 E1 jedoch dahingehend abgeändert, dass das Unvermögen des Schuldners nach §235 E 2 der Unmöglichkeit der Leistung generell gleichgestellt wurde. Es hieß nunmehr:

„Das Unvermögen des Schuldners zur Bewirkung der noch möglichen Leistung steht der Unmöglichkeit gleich. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung noch möglich ist, sein Unvermögen auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“

Nunmehr waren nachträgliche Unmöglichkeit und Unvermögen einander grundsätzlich gleichgestellt. Nur für Gattungsschulden war eine Ausnahme vorgesehen. Dies stellt eine grundlegende Abkehr von der noch im ersten Entwurf getroffenen Regelung dar. Es ist rätselhaft, warum der historische Gesetzgeber von der ursprünglich getroffenen und gebilligten Regelung abwich.

Diese Formulierung erinnert an den Redaktorenentwurf Paul von Kübels, der nicht zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit unterschied, und könnte als Hinwendung zum Redaktorenentwurf zu verstehen sein.⁴⁷⁹ Von Kübel spricht deutlich aus, dass er eine solche Unterscheidung für überflüssig hielt, wenn er bemerkt, dass es auf „die Art der Unmöglichkeit, ob dieselbe als objektive, also an sich für Jedermann bestehende, eingetreten ist [...] oder nur als eine subjektive, welche nur dem Schuldner die Leistung unmöglich macht“ nicht ankommt. Gleichzeitig wäre damit aber die frühere Position der 1. Kommission aufgegeben worden, nach der das Unvermögen der objektiven Unmöglichkeit prinzipiell nicht gleichstehen sollte.⁴⁸⁰ Aus den Protokollen geht jedoch nicht hervor, dass diese Formulierung in Abkehr zum 1. Entwurf und in Hinwendung zum Redaktorenentwurf gewählt wurde.

Vielmehr hatte die Neuformulierung des §237 E1 ausschließlich redaktionelle Gründe. Die Kommission befürchtete, es könnte aufgrund der Formulierung des §237 E1 zu Missverständnissen kommen. Der indirekte Ausschluss des Verschuldensprinzips hätte sich

⁴⁷⁸ Zimmermann, The Law of Obligations, S. 809; Wollschläger, S. 41 ff.

⁴⁷⁹ Vgl. Teilentwurf von Kübel, Absch. I Tit. 3. III 1 §§1 bis 7, S. 4 (S. 860). Auch wollte von Kübel die von Windscheid geforderte Ausnahme, dass der Schuldner nicht zu einer Leistung verpflichtet werden konnte, die mit unverhältnismäßigen Opfern verbunden wäre, nicht allgemein anerkennen. Die Ansicht v. Kübels war insofern wesentlich enger als die von Windscheid, da ein solcher Befreiungsgrund nicht vorgesehen war. Vgl. Teilentwurf von Kübel, Absch. I Tit. 3. III 1 §§1 bis 7, S. 4 (S. 859).

⁴⁸⁰ Darauf läuft schließlich auch die Ansicht Hubers hinaus, da letztendlich nur ein geringer Anwendungsbereich für die Gleichstellung von Unmöglichkeit und Unvermögen im Sinne des §275 II verblieb.

bei Gattungsschulden anderenfalls nur aus einem Gegenschluss zu §237 E 1 ergeben. Dieser war der Kommission aber nicht eindeutig genug. Aus Gründen der Deutlichkeit sah man sich deshalb gezwungen, von der Formulierung des §237 E 1 abzurücken, ohne dass jedoch eine Änderung in der Sache intendiert gewesen wäre. Übereinstimmung bestand in der zweiten Kommission auch dahin gehend, dass die in §§240, 242 (§§280 ff.) geregelte Schadensersatzpflicht des Schuldners so ergänzt werden musste, dass der Schuldner auch dann für sein Verschulden einzustehen hatte, wenn er aufgrund eines Leistungshindernisses zur Vornahme der geschuldeten Leistung nicht mehr im Stande war, er also das Abhandenkommen der Sache verschuldet hatte.⁴⁸¹ Es sollte deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, dass der Fall der subjektiven Unmöglichkeit nicht nur in §237 II E1 der objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt war, sondern auch in den §§240, 242 E1. Die Redaktionskommission wurde damit beauftragt, diese Grundsätze durch eine geeignete sprachliche Fassung zu verdeutlichen. Die mit dieser Klarstellung beauftragte Redaktionskommission nahm sich des Änderungsauftrags der 2. Kommission an und änderte die Regelung des §237 E1 in die oben zitierte Regelung des §235 E 2 ab, die weitgehend der späteren Regelung §§275 II, 279 entsprach. In unbewusster Abkehr zu den beiden Kommissionen stellte die Redaktionskommission das Leistungsunvermögen des Schuldners der objektiven Unmöglichkeit gleich und ordnete eine Ausnahme nur für den Bereich der Gattungsschulden an.⁴⁸² Intendiert war jedoch, das Unvermögen des Schuldners generell für unbeachtlich zu erklären und eine Ausnahme nur für den Fall zuzulassen, in dem eine bestimmte Sache dem Schuldner aus Gründen abhanden kam, die er nicht zu vertreten hatte. In der Kasuistik der römischen Quellen wurde dieser Fall durch den Grundsatz „amissio rei debitae quea salvo corpore rei contingit“ ausgedrückt. Diese Deutung der Vorgänge findet in den Protokollen eine wichtige Stütze. Die subjektive Unmöglichkeit sollte der objektiven hinsichtlich ihrer befreienden Wirkung nur in einem Falle gleichstehen, während in allen übrigen Fällen der subjektiven Unmöglichkeit die gleiche Wirkung nicht zukommen sollte.⁴⁸³ Der Redaktionsirrtum war also darin zu sehen, dass nach Ansicht der I. und II. Kommission eben nicht zwischen Gattungsschulden und Speciesschulden unterschieden werden sollte, wie es die spätere gesetzliche Regelung nahe legte. Im Gegensatz zu Jakobs⁴⁸⁴ und anderen⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Beinert, Wesentliche Vertragsverletzungen und Rücktritt, S. 205.

⁴⁸² Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 148 ff.; Beinert, Wesentliche Vertragsverletzungen und Rücktritt, S. 205; Kley, S. 128 ff.

⁴⁸³ Protokolle, S. 632.

⁴⁸⁴ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 148 ff.

⁴⁸⁵ Beinert, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, S. 206; Soergel-Wiedemann, §279 Rn.1, der insofern von einem nicht mehr nachzuvollziehenden Sprung im Gesetzgebungsverfahren spricht; Kley, S. 127; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 28, 43; Wollschläger, S. 147; Nauen, Leistungserschwerung und

wollte Huber hingegen nicht von einem Redaktionsirrtum sprechen und bezeichnete die Kritik an den Gesetzesredaktoren als überzogen. Die Entstehungsgeschichte dürfte nicht dazu missbraucht werden, um in Eigenmächtigkeit den so eröffneten breiten Spielraum auszunutzen und für eigene Deutungen zu verwenden.⁴⁸⁶ Vielmehr hätte sich in der Sache nichts geändert, da Unvermögen nichts anderes bedeuten könnte, als das, was der erste Entwurf „außerstande sein zu leisten“ genannt hatte.⁴⁸⁷ Insofern wäre die spätere Fassung des §275 nur weiter als die ursprüngliche und würde aus Gründen der Verständlichkeit gegenüber der Fassung des ersten Entwurfs sogar den Vorzug verdienen.⁴⁸⁸ Huber versuchte somit die rätselhaften Vorgänge in den Kommissionen zu relativieren, indem er es ablehnte von einem Redaktionsirrtum zu sprechen, obgleich damit eine Abkehr von der ursprünglich beabsichtigten Regelung verbunden war. Trotz der Vorgänge in den Gesetzeskommissionen rückt Huber nicht von seiner These eines historisch gewachsenen Unvermögensbegriffs ab, den der historische Gesetzgeber von Mommsen übernommen haben soll. Da der historische Gesetzgeber ursprünglich jedoch eine andere Regelung treffen wollte, erscheint Hubers These von einem historischen gewachsenen Unvermögensbegriff als anzweifelbar. In den Gesetzesmaterialien findet sich zudem kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber Unvermögen nur als eine zeitweilige Aufhebung der eigenen Leistungsbereitschaft verstanden hätte. Hubers Auslegung birgt zudem das Risiko, dass die Grenzen zwischen Leistungsunfähigkeit und Leistungserschwerung vollkommen verschwimmen, die die herrschende Lehre immer streng voneinander getrennt behandelt hatte.

c) Literatur nach Einführung des BGB

Diese Gefahr wurde auch in der Literatur gesehen und gegen eine solche Auslegung der §§275 II, 279 angeführt.⁴⁸⁹ Zu berücksichtigen ist auch, dass in der Literatur zudem keine einheitliche Meinung zum Unvermögen und zur Auslegung des §279 vorherrschte. Vielmehr existierte eine Vielzahl von Literaturansichten, die Unvermögen keineswegs immer nur als die Unfähigkeit, ein Leistungshindernis mit zumutbaren Mitteln und Anstrengungen zu

Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 201; MüKo-Emmerich, §275 Rn.67 ff.; Coester-Waltjen, AcP 183 (1983), S. 279, 288.

⁴⁸⁶ Huber, FS Gaul, S. 230 f.

⁴⁸⁷ So Huber, Leistungsstörungen I, §3 I 3, S. 71.

⁴⁸⁸ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I §3 I 4, S. 72: hinsichtlich der Gleichstellung von Unvermögen und Unmöglichkeit über den Fall des zu vertretenden Unvermögens hinaus, auf den Fall des zu vertretenden Unvermögens, was für den Schadensersatzanspruch aus §280 bzw. 325 von Bedeutung sein sollte; darüber hinaus sollte verdeutlicht werden, dass bei Gattungs- und Geldschulden die Haftung wegen Verzuges auch bei nicht zu vertretendem Unvermögen gerade nicht ausgeschlossen sein sollte.

⁴⁸⁹ Palandt-Heinrichs, §275 Rn.12.

überwinden, definierte. Huber griff in seinen Leistungsstörungen einige dieser Literaturansichten auf und nahm zu diesen Stellung. Diese Ansichten werden kurz dargestellt und ihr Einfluss auf Ulrich Huber untersucht. Besondere Berücksichtigung erfährt dabei die Art und Weise, wie Huber die Argumente der Gegenansicht zu widerlegen versuchte.

aa) Paul Krückmann

Paul Krückmann setzte sich bereits frühzeitig mit der Frage auseinander, wie der Begriff des Unvermögens zu verstehen und die für den Schuldner unerschwingliche Leistung rechtlich zu behandeln war. Wie auch Huber war er der Auffassung, dass eine rein terminologische Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs keinen Aufschluss diesbezüglich geben konnte.⁴⁹⁰ Ansonsten wichen sie in ihren Ansichten jedoch stark voneinander ab. Mit seiner Definition des Unvermögensbegriffs wandte sich Huber gerade gegen die auf Krückmann zurückgehende Gleichsetzung der Begriffe Unvermögen und übermäßige Leistungserschwerung.⁴⁹¹

Zwar konnte es auch nach Krückmann keinem Zweifel unterliegen, dass dem Schuldner in den Fällen, in denen es dem Schuldner nicht zugemutet werden konnte die Leistung zu erbringen, ein Leistungsverweigerungsrecht aus entgegenstehendem gewichtigem Interesse eingeräumt werden müsste.⁴⁹² Allerdings wäre in diesen Fällen gerade keine Unmöglichkeit der Leistung gegeben. Der bloße Umstand, dass der Schuldner die Leistung nur mit einer überobligationsmäßigen Kraftanstrengung erbringen konnte, sollte nach Krückmann ohne Einfluss auf die Leistungspflicht des Schuldners sein. Letztlich verböte es sich schon deshalb, im Falle der Unerschwinglichkeit der Leistung von einer Unmöglichkeit zu sprechen, da das mit überobligationsmäßiger Kraftanstrengung Geleistete nicht mehr als das in Wirklichkeit zur Erfüllung einer Schuld erforderliche wäre.⁴⁹³ Dem Interesse des Schuldners wäre in hinreichender Weise gedient, wenn er nur zur Erbringung einer erschwinglichen Leistung verpflichtet würde, nicht aber zu einer unerschwinglichen. Auch das Interesse des Gläubigers wäre darauf gerichtet, frühzeitig zu erkennen, ob der Schuldner die geschuldete Leistung trotz der entgegenstehenden Schwierigkeiten noch erbringen würde. Auch käme den Fällen der Leistungserschwerung nur ein vorübergehenden Charakter zu, so dass die Fälle einer überobligationsmäßigen Schwierigkeit schon allein deshalb keine Unmöglichkeit der Leistung begründen könnten, da Unmöglichkeit nach dem herrschenden Dogma grundsätzlich ein dauerhaftes Leistungshindernis voraussetzen würde. Auch zögen die Regeln über die

⁴⁹⁰ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 4.

⁴⁹¹ Huber, Leistungsstörungen II, §60 II, S. 835.

⁴⁹² Krückmann, AcP 101 (1907), S. 30.

⁴⁹³ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 13 ff.

Unmöglichkeit im BGB grundsätzlich eine dauernde Befreiung von der Leistungspflicht nach sich, was bei einem nur vorübergehenden Leistungshindernis eine unangemessene Rechtsfolge darstellen würde.⁴⁹⁴ Krückmann führte deshalb das Kriterium von Treu und Glauben als Grenze der Leistungspflicht bei überobligationsmäßigen Schwierigkeiten ein.⁴⁹⁵ Während also nach Krückmann streng zwischen der Unmöglichkeit und der überobligationsmäßigen Schwierigkeit zu trennen war, so vermochte er jedoch keinen Unterschied zwischen Unvermögen und überobligationsmäßiger Schwierigkeit zu erkennen. Die Unterschiede wären so gering, dass sich einfach keine Grenze ziehen ließe.⁴⁹⁶ Bedeutsam für das Verständnis der Lehre Krückmanns ist aber, dass seiner Meinung nach, trotz des insofern eindeutigen Wortlaut des §275 II, dem Unvermögen nicht die gleichen rechtlichen Wirkungen zugestanden werden konnten wie der nachträglichen Unmöglichkeit. Von der Unmöglichkeit würde sich das Unvermögen gerade dadurch unterscheiden, dass beim Unvermögen jederzeit die Erfüllungsmöglichkeit eintreten könnte, da beim Unvermögen die Leistung begrifflich einem Dritten möglich wäre.⁴⁹⁷ Krückmann ging soweit, dass er der Regelung des §275 II jegliche Relevanz absprechen wollte, da überhaupt keine Tatbestände denkbar wären, die eine Anwendung der Norm rechtfertigen würden.

Die Ansicht Krückmanns steht im Gegensatz zur Auslegung des Unvermögensbegriffs durch Huber. Krückmann vermochte keinen Unterschied zwischen Unvermögen und überobligationsmäßiger Schwierigkeit auszumachen, da diese Begriffe in den meisten Fällen deckungsgleich wären.⁴⁹⁸ Huber hingegen wollte den Unvermögensbegriff unabhängig vom Kriterium der Unzumutbarkeit der Leistung sehen, und sprach damit dem Kriterium jegliche Bedeutung für die Auslegung des §275 ab. Während nach Hubers Auffassung der Schuldner, der aufgrund eines Leistungshindernisses, dass er nicht zu vertreten hatte, von seiner Leistungspflicht (vorübergehend) befreit worden wäre, stand ihm nach Krückmanns Auffassung nur ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

Die Unterschiede in den Ansichten beider gehen nicht zuletzt auf die Konzeption der zeitweiligen Unmöglichkeit zurück. Huber, der auch vorübergehende Leistungshindernisse unter §275 fassen wollte und in diesen Fällen eine nur vorübergehende Befreiung von der Leistungspflicht annahm, konnte leichter erklären, warum auch die vorübergehende Leistungsunfähigkeit bzw. Leistungsschwierigkeit den Schuldner befreien konnte.

Krückmann, der der Auffassung war, es ließe sich keine Grenze zwischen Unvermögen und

⁴⁹⁴ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 7 ff., 19.

⁴⁹⁵ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 14.

⁴⁹⁶ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 64.

⁴⁹⁷ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 56 ff.

⁴⁹⁸ Krückmann AcP 101 (1907), S. 67 f.

überobligationsmäßiger Leistungserschwerung ziehen, kam zu dem unhaltbaren Ergebnis, dass das Unvermögen des Schuldners generell unbeachtlich wäre, indem er unter Unmöglichkeit nur die dauerhafte Unmöglichkeit verstehen wollte. Im Gegensatz zur Ansicht Hubers steht Krückmanns Interpretation des §275 II im Widerspruch zu dem insofern eindeutigen Wortlaut des Gesetzes. Es erscheint als widersinnig, die Befreiungswirkung des §275 II mit der Begründung abzulehnen, der Norm käme kein Anwendungsbereich zu. Während Krückmann seine Überlegung aber auf praktische Erwägungen stützte und insbesondere Abgrenzungsschwierigkeiten befürchtete, stand für Huber seine historische Auslegung im Vordergrund.

bb) Heinrich Titze

Heinrich Titze kam ebenfalls zu dem Ergebnis, das BGB hätte die übermäßig schwierige Leistung der Unmöglichkeit der Leistung gleichgestellt. Huber beschäftigte sich aus diesem Grunde relativ ausführlich mit Titze, zumal er diesen für die Fehlentwicklung in der Literatur verantwortlich machte. Interessant ist dabei, mit welchen Argumenten Huber versuchte, die Ansicht Titzes zu widerlegen.

Die Reichweite der Leistungspflicht sollte laut Titze nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses und nach Treu und Glauben bestimmt werden. Unvermögen wurde von Titze als diejenige Leistung definiert, die zwar von anderen, nicht aber vom Schuldner bewirkt werden konnte. Unvermögen war danach als das Fehlen der erforderlichen tatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand zu verstehen. Titze wollte den Schuldner jedenfalls dann befreit wissen, wenn er zu unzumutbaren Anstrengungen verpflichtet gewesen wäre.⁴⁹⁹ Nach Titze war „eine Leistung [...] im Rechtssinn dann unmöglich, wenn ihrer Bewirkung entweder unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen oder doch wenigstens Hindernisse, deren Überwindung dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann.“⁵⁰⁰ Selbst bei Gattungsschulden nahm er eine Unmöglichkeit der Leistung an, wenn die Beschaffung von Gegenständen als so schwierig anzusehen war, dass dem Schuldner die Leistung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden konnte.⁵⁰¹ Damit zielte er genau auf jenes Kriterium ab, dem Huber jede Bedeutung für die Bestimmung des Unvermögens absprach und das er für die Verschleierung des Systems der Unmöglichkeitsregeln verantwortlich machte. Vielmehr wollte Titze zur

⁴⁹⁹ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 9.

⁵⁰⁰ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 9.

⁵⁰¹ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 14 f.

Bestimmung, wann eine Leistung als unmöglich anzusehen war, auf den jeweiligen Einzelfall abstellen und dem Richter ein weitgehendes Ermessen einräumen.⁵⁰²

Die Position Titzes stellt eine Gegenposition zu Hubers Thesen dar. Zudem war sie von großer Bedeutung auf die Entwicklung des Unvermögensbegriffs in der späteren Literatur. Huber machte Titze unter anderem dafür verantwortlich, dass jede „Diskussion der Rechtsfolgen des Unvermögens [...] unter der Mehrdeutigkeit des Ausdrucks »Unvermögens« [...]“⁵⁰³ leide und der Begriff des Unvermögens in unzulässiger Weise mit dem Begriff der „Unzumutbarkeit“ vermischt wurde.⁵⁰⁴ Die Trennung dieser beiden Begriffe war für Hubers System der Leistungsstörungen aber durchaus bedeutsam. So legte Huber großen Wert auf die Feststellung, dass Unvermögen unabhängig von der Frage der Zumutbarkeit der Leistung zu betrachten war. Titze hingegen verknüpfte beide Begriffe und wollte als unmögliche Leistung auch diejenige verstanden haben, der unzumutbare Hindernisse entgegenstanden. Allerdings werden bei Titze nur wenige Aspekte angeführt, warum eine derartige Gleichbehandlung seiner Meinung nach angezeigt war. Zum einen wies er auf den Rechtsgedanken des §242, nach dem von einer Unmöglichkeit der Leistung auch bei unzumutbaren Leistungshindernissen auszugehen wäre. Zum anderen stellte er praktische Überlegungen an, die eine Subsumtion unter die Unmöglichkeitsvorschriften rechtfertigen würden.⁵⁰⁵ Huber versuchte hingegen, Titze mit dem Verweis auf die Autoren des gemeinen Rechts und die Gesetzgebungsgeschichte zu widerlegen. Dies zeigt erneut, wie überzeugt Huber von der Verbindlichkeit der Gesetzesmaterialien war, die seiner Meinung nach von Mommsen und Windscheid maßgeblich beeinflusst waren. Dies galt umso mehr, als Huber im Gegensatz zu anderen nicht von einem Fehler im Gesetzgebungsverfahren sprechen wollte. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass nach Huber in gewissen Ausnahmefällen eine Befreiung des Schuldners bei übermäßiger Leistungserschwerung durchaus möglich war.

cc) Ernst Rabel

Die Frage nach einer angemessenen Definition des Unvermögensbegriffs beschäftigte auch Ernst Rabel. Nur teilweise decken sich seine Ausführungen mit denen Hubers. Interessanterweise stimmen Huber und Rabel aber gerade in der Würdigung der Lehre Mommsens überein. Jedoch ziehen beide daraus unterschiedliche Schlussfolgerungen für das später geltende Recht des BGB.

⁵⁰² Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 7.

⁵⁰³ Huber, Leistungsstörungen II, §60 II, S. 835.

⁵⁰⁴ Huber, Leistungsstörungen II §60 II, S. 835 f.

⁵⁰⁵ Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 6 Fn.13.

Rabel verneinte die Aussagekraft der vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe der Unmöglichkeit und des Unvermögens, da der historische Gesetzgeber sich selbst wohl nicht im Klaren über die Reichweite der Begriffe gewesen wäre.⁵⁰⁶ Vielmehr schlug er vor, sich weniger an den gesetzlichen Begriffen zu orientieren als vielmehr an den daran geknüpften Rechtsfolgen.⁵⁰⁷ Auch verwies er darauf, dass dem römischen Recht gleichfalls keine genaue Abgrenzung und Definition der Termini Unmöglichkeit und Unvermögen entnommen werden könnte. Zumindest annähernd geeignet, den Rechtszustand des gemeinen Rechts wiederzugeben, wäre die Ansicht Mommsens. Dieser definierte Unvermögen als diejenige Unmöglichkeit, die in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnis zum Leistungsgegenstand begründet lag. Diese Definition hielt er auch für das BGB am meisten geeignet.⁵⁰⁸ Rabel sprach sich in der Folge dagegen aus, das weit verbreitete Kriterium der Leistungsfähigkeit eines außerhalb des Vertrages stehenden Dritten heranzuziehen, um zu bestimmen, ob die Leistung objektiv unmöglich oder der Schuldner nur unvermögend war, die Leistung erbringen. Zwar könnte der Dritte, im Gegensatz zum Schuldner, die geschuldete Leistung erbringen, jedoch stünde dieser außerhalb der durch das Schuldverhältnis begründeten gegenseitigen Pflichten und unterhalte keine Beziehung zum Gläubiger oder dem Leistungsgegenstand.⁵⁰⁹ Nach Rabel unterschied sich das Unvermögen stark von der bloßen Schwierigkeit der Leistung, die aber seiner Meinung nach zu einer vergleichbaren Interessenlage führen konnte.⁵¹⁰ Aus diesem Grunde wäre eine analoge Anwendung in den Fällen geboten, in denen die Hinderungsgründe, auf denen die Leistungsschwierigkeit beruhte, den gesetzlich anerkannten Gründen einer befreienden Unmöglichkeit verwandt wären.⁵¹¹ Ein Schuldner wäre danach analog §275 von der Leistung befreit, „wenn sie der Schuldner mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung nicht zu erbringen imstande ist.“⁵¹² Rabel sprach sich somit dagegen aus, den Anwendungsbereich der Unmöglichkeit um die Unerschwinglichkeit der Leistung zu erweitern, da ansonsten die Scheidewand zwischen Unvermögen und bloßer Schwierigkeit aufgehoben werden würde. Er befürwortete aber eine analoge Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften. Welches Maß an Kraftanstrengung der Schuldner zu erbringen hätte, war Rabel zufolge nach dem Inhalt der Obligation zu bestimmen. Fraglich war nach Rabel allerdings, inwieweit das Kriterium der Zumutbarkeit für den Schuldner in seiner persönlichen Situation Berücksichtigung finden

⁵⁰⁶ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 211 f.

⁵⁰⁷ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 235 f.

⁵⁰⁸ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 235.

⁵⁰⁹ Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 480.

⁵¹⁰ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 203 f.

⁵¹¹ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 233.

⁵¹² Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 203.

sollte.⁵¹³ Die Aufstellung einheitlicher Prinzipien wäre schon allein deshalb nicht möglich, da insofern die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls und des jeweiligen Schuldners berücksichtigt werden müssten.⁵¹⁴ Hierbei spielte laut Rabel auch die Frage eine Rolle, inwieweit der Schuldner das Leistungshindernis vorhersehen konnte.⁵¹⁵

Einem unvorhergesehenen und nicht zu vertretenden Vermögensverfall wollte Rabel befreiende Wirkung beimessen. Darüber hinaus sprach er sich auch gegen die Ausdehnung des §279 auf Geldschulden aus.⁵¹⁶

Die Ansicht Rabels ist insofern ergebnisorientiert, als er sich für eine Analogie in denjenigen Fällen ausspricht, in denen eine Gleichbehandlung aufgrund der Interessenlage der Parteien geboten ist. Diese Auslegung der gesetzlichen Vorschriften mag zwar im Einzelfall zu billigen Ergebnissen führen, ist aber für eine genaue systematische Differenzierung kaum zu gebrauchen. Im Gegensatz zu Huber stellte Rabel durchaus auf das Kriterium der Zumutbarkeit einer überobligationsmäßigen Leistung ab. Weitere Unterschiede werden bei der Auslegung des §279 deutlich. Der Ansicht Windscheids folgend sprach er sich für eine Befreiung des Schuldners im Falle eines unverschuldeten Vermögensverfalls aus. §279 sollte auf Geldschulden hingegen keine Anwendung finden. Während Rabel der Überzeugung war, aus den vom Gesetzgeber gebrauchten Begriffen der Unmöglichkeit und des Unvermögens keinen praktischen Nutzen für die Unterscheidung ziehen zu können, beruht Hubers Konzeption maßgeblich auf der terminologischen Bestimmung des Unvermögensbegriffs. Hierbei verwies er auf den historischen Ursprung des Begriffs, der Rabel zufolge nicht vorhanden war, zumal aus den Quellen des römischen Rechts nur eine ungenaue und deshalb ungenügende Begriffsbestimmung hergeleitet werden konnte. Um unbillige Härten zu vermeiden, sprach sich Rabel für eine zurückhaltende analoge Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften in den Fällen der Unerschwinglichkeit der Leistung aus. Diese wollte Huber im Hinblick auf eine eindeutige Gesetzesauslegung gerade in Kauf nehmen, sofern der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hatte. Aufschlussreich ist, dass sowohl Rabel wie auch Huber Mommsens Ausführungen zum Unvermögensbegriff als tauglich bezeichneten. Der Umstand, dass beide dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen zeigt erneut, wie auslegungsfähig und interpretationswürdig die Ausführungen Mommsens sind.

⁵¹³ Dagegen Endemann, I, S. 696 Fn.24; Planck-Siber, §275 Rn.1.

⁵¹⁴ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 233.

⁵¹⁵ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 233.

⁵¹⁶ Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 234.

dd) Horst Heinrich Jakobs

Ein ähnliches Beispiel für eine unterschiedliche Interpretation der Quellen des BGB stellen die Ausführungen Horst Heinrich Jakobs dar. Bislang ähnelten sich die Ansichten von Jakobs und Huber in vielen Punkten. Bei der Definition des Unvermögensbegriffs und der Auslegung der §§275 II, 279 scheinen sie aber zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen gekommen zu sein. Dies ist insbesondere deshalb interessant, weil sich die Argumentationen beider sich auf dieselben Quellen stützen. In gleicher Weise wie Huber unterzog auch Jakobs Mommsens Unmöglichkeitslehre und die Gesetzesmaterialien einer genaueren Untersuchung. Aus einem Vergleich beider Interpretationsergebnisse könnten sich Rückschlüsse auf Hubers Arbeitsweise ergeben. Jakobs Ansicht zu Unvermögens und Leistungserschwerung lässt sich folgendermaßen zusammenfassen. Wie auch schon Krückmann war Jakobs der Auffassung, dass sich keine Grenze zwischen „Unvermögen“ und Leistungserschwerung ziehen ließe.⁵¹⁷ Jakobs hatte bereits zu einem früheren Zeitpunkt darauf verwiesen, dass die Lehre Mommsens über die subjektive Unmöglichkeit in der Literatur falsch verstanden würde. Die Berücksichtigung von Leistungshindernissen in einem begrenzten Umfange wäre gerade eines der Hauptanliegen und Verdienste Mommsens gewesen. Jakobs vertrat die Auffassung, dass es keinen Widerspruch zum gesetzlichen System der Leistungsstörungen darstellte, sollte man die übermäßige Leistungserschwerung als Befreiungsgrund für den Schuldner anerkennen. Auch findet sich bei Jakobs eine detaillierte Schilderung der Vorgänge in den Kommissionen. Huber trat hingegen für eine strikte Trennung der Begriffe Leistungserschwerung und Unvermögen ein, wenn er Unvermögen als die vorübergehende Unfähigkeit zur Leistung definierte. Dennoch sind die Unterschiede zwischen Jakobs und Huber nicht so groß, wie es den Anschein haben mag.

Der Begriff des Unvermögens ist bei Huber enger als derjenige, den Jakobs seinen Ausführungen zugrunde legte. Nach Huber waren nur diejenigen Fälle der Leistungserschwerung relevant, die die Leistungsfähigkeit des Schuldners wenigstens zeitweise aufhoben. Damit war jedoch noch nicht ausgeschlossen, dass Fälle bloßer Leistungserschwerung von §275 II umfasst wurden und zu einer Aufhebung der Leistungsverpflichtung führen konnten, da bei Huber die Aussicht auf spätere Behebung des Leistungshindernisses außer Betracht bleiben sollte. Als Folge einer solchen Auslegung des Unvermögensbegriffs scheint es, als hätten manche Fälle der Leistungserschwerung durch die Hintertür Berücksichtigung gefunden.

⁵¹⁷ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 160.

Eine weitere Annäherung an die Position Jakobs erfolgte dadurch, dass Huber den Grundgedanken des §279 dahin gehend erweiterte, dass nicht nur Gattungsschulden, sondern auch das Fehlen der erforderlichen Geldmittel vom Anwendungsbereich der Norm umfasst sein sollten. Ähnlich wie Jakobs sah damit auch Huber den Schuldner als befreit an, wenn diesem die Leistung nachträglich, aufgrund eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hatte, erschwert wurde, sofern seine eigene Leistungsbereitschaft dadurch aufgehoben war.

Letztlich liegen die Positionen Jakobs und Hubers nicht so weit auseinander, wie es den Anschein haben mag. Nicht nur die Lehre Mommsens wurde in ähnlicher Weise gedeutet, sondern auch die Vorgänge in den Gesetzeskommissionen. Jakobs zog aus der historischen Auslegung der Gesetzesmaterialien aber andere Schlussfolgerungen für das geltende Recht. So wollte Jakobs, der den Begriff des Unvermögens für eine begriffsdogmatische Entgleisung hielt, den zur Leistung unvermögenden Schuldner nicht befreien und lehnte es generell ab, zwischen Speciesschulden und Gattungsschulden zu differenzieren.⁵¹⁸ Huber bezeichnet die Position Jakobs zwar als verständlich, teilte sie aber nicht. Er kritisierte vielmehr Jakobs Ausführungen als missverständlich und zum Teil nicht mit geltendem Recht vereinbar.⁵¹⁹ Huber betonte vielmehr den systematischen und historischen Zusammenhang der unterschiedlichen, durch die Kommission getroffenen Regelungen und wollte dem Gesetzgeber kein Versehen unterstellen, zumal sich seine Interpretation des Unvermögensbegriffs weit harmonischer in das gesetzliche System der Leistungsstörungen einfügte, als die Ansicht Jakobs. Im Gegensatz zu Jakobs ist Huber auch nicht auf die oben beschriebene Deutung der Gesetzesmaterialien angewiesen. Jakobs musste ein redaktionelles Versehen der Redaktionskommission unterstellen, um schlüssig erklären zu können, warum eine Leistungserschwerung ausnahmsweise beachtlich sein sollte, Unvermögen grundsätzlich jedoch nicht. Denn nur wenn im ersten Kommissionsentwurf mit der Umschreibung des zu „leisten außer Stand gesetzt sein“ der Fall bezeichnet werden sollte, den Mommsen als die ausnahmsweise beachtliche Leistungsunfähigkeit aufgrund faktischer Hindernisse beschrieben hatte, ließe sich von einer Rechtskontinuität sprechen, die Jakobs unterstellte. Der Auslegung Jakobs' stand der Wortlaut des §275 II entgegen, demzufolge für nachträgliches Unvermögen und Unmöglichkeit nicht nur die gleiche Rechtsfolge galt, sondern beide einander prinzipiell gleichgestellt wurden. Huber war auf diese Deutung der Gesetzesmaterialien nicht angewiesen, da er mit seiner Auslegung des Unvermögensbegriffs zwar auch Fälle der Leistungserschwerung berücksichtigen wollte, aber nicht explizit auf

⁵¹⁸ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 148 ff.

⁵¹⁹ Huber, Leistungsstörungen II, §60 II, S. 836 Fn.17.

dieses Kriterium abstellte. Vielmehr hielt er sich in den Grenzen des Gesetzeswortlauts, wenn er Unvermögen als zeitweilige Unfähigkeit die Leistung zu erbringen definierte.

Mit den Gesetzesmaterialien, die wiederum für Hubers Interpretation unerlässlich sind, setzte sich dieser nicht in Widerspruch.

ee) Fazit

Dem Begriff des Unvermögens wurde in der Literatur verschiedene Bedeutung beigemessen. Mit der Definition des Unvermögensbegriffs ging oftmals eine unterschiedliche Behandlung der Fälle der Leistungserschwerung einher. Teilweise war man der Auffassung, dass sich diese Begriffe überschnitten, so dass eine sinnvolle Abgrenzung nicht vorzunehmen wäre. Andere stellten sich hingegen auf den Standpunkt, streng zwischen diesen Begriffen trennen zu müssen. Erstaunlich ist, dass, so unterschiedlich die Meinungen im Einzelfall auch gewesen sein mögen, oftmals auf die Ansicht Friedrich Mommsens verwiesen wurde. Dies gilt auch für Huber, der sich auf der Linie Mommsens, Savignys und Windscheids glaubt. Von entscheidendem Einfluss sind auch die jeweiligen Standpunkte zur vorübergehenden Unmöglichkeit, die mitunter darüber entscheiden, ob eine vorübergehende Leistungserschwerung auch zu einer vorübergehenden Befreiung von der Leistungspflicht führen konnte. Huber verteidigte seine Auslegung des Unvermögensbegriffs energisch. Hierbei verwies er auf die Lehre Mommsens und die Gesetzesmaterialien, um Gegenansichten in der Literatur zu widerlegen. Parallelen zeigen sich erneut zum Werk H.H. Jakobs, der Hubers historische Auslegung teilt, aber andere Schlussfolgerung daraus zieht.

d) Rechtsprechung

Oftmals sah Huber seine Auslegungsergebnisse im Einklang mit der Rechtsprechung. Beim Unvermögen wollte Huber jedenfalls nicht von einem Widerspruch zur Rechtsprechung sprechen. Gerade die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Leistungserschwerung war aber einem häufigen Wandel unterzogen. Darzustellen sind die Gründe für diesen Wandel der Rechtsprechung und ob sich aus den Entscheidungen Rückschlüsse für die Interpretation der gesetzlichen Vorschriften ziehen lassen. Auch ist der Einfluss der Rechtsprechung auf Hubers Konzeption des Unvermögensbegriffs zu untersuchen.

Das Reichsgericht sah sich gezwungen, mehrmals zur Befreiung des Schuldners bei übermäßiger Leistungserschwerung Stellung zu nehmen. Offensichtlich ging das RG in seinen frühen Entscheidungen, die angesichts der zeitlichen Nähe zu den Beratungen der Kommissionen von besonderem Interesse sind, zunächst nicht davon aus, dass die Fälle einer bloßen Leistungserschwerung in jedem Fall einer subjektiven Unmöglichkeit gleichgestellt

werden sollten. Dies wird deutlich, wenn sich das RG darauf beruft, dass der Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus* gerade nicht als Grundsatz in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen und auch nicht von der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt würde.⁵²⁰

Vielmehr sollte der Schuldner nur bei besonders schweren Leistungshindernissen ausnahmsweise von seiner Leistungspflicht befreit werden. Später musste das Reichsgericht seine Rechtsprechung unter dem Druck der faktischen Verhältnisse aufgeben und sich den geänderten Verhältnissen anpassen. Die Rechtsprechung ist somit im Zusammenhang mit der gesellschaftspolitischen und sozialen Entwicklung nach dem Ersten Weltkrieg zu sehen. Zeitweise wurden sogar Fälle nur wirtschaftlicher Unmöglichkeit, in denen die Leistung zwar an sich möglich war, ihr aber solche Schwierigkeiten entgegenstanden, dass sie dem Schuldner wegen Überschreitung der „Opfergrenze“ nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden konnten, unter die §§275 I, II subsumiert.⁵²¹ Allerdings nahm das RG selbst zu diesem Zeitpunkt keine grundsätzliche Gleichstellung von Leistungsunvermögen und Leistungserschwerung vor. Nur in dem Ausnahmefall, in dem die Beschaffung infolge eines zufälligen Ereignisses nicht bloß erschwert, sondern mit außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden war, sah es eine Gleichstellung als geboten an.⁵²² Aufgrund einer Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse durch Krieg und Revolution wurde eine Befreiung von der Leistungspflicht vom RG insoweit gebilligt, als mit den wirtschaftlichen Verhältnissen auch die einzelne Vertragsleistung derart verändert wurde, dass sie nicht mehr als die beim Vertragsschluss erwartete und gewollte Leistung zu erachten war.⁵²³ So sollte die Leistungspflicht nicht mehr bestehen bleiben, wenn die Erfüllung des Vertrags unter solchen Umständen hätte stattfinden müssen, dass sie dem, was die Beteiligten vernünftigerweise beabsichtigt hatten, nicht mehr entsprochen hätte und der Erfüllungzwang mit der gebotenen Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte unvereinbar gewesen wäre.⁵²⁴ Allerdings wollte das Reichsgericht dem Schuldner keinesfalls das Recht einräumen, sich bei jeder größeren Umwälzung auf wirtschaftlichem Gebiet, möge sie auch unvorhergesehen und unvorhersehbar für die jeweilige Vertragspartei eingetreten sein, vom Vertrag zu lösen.⁵²⁵ Insbesondere waren nach der Rechtsprechung bloße Preissteigerungen nicht dazu geeignet,

⁵²⁰ RGZ 99 (1920), 258, 259.

⁵²¹ Palandt-Heinrichs, §275 Rn.12.

⁵²² RGZ 57 (1904), 116, 118.

⁵²³ RGZ 88 (1917), 71.

⁵²⁴ RGZ 99 (1920), 115, 116; 99, 258, 259; 102, 98, 100.

⁵²⁵ RGZ 99 (1920), 258 ,259; 102, 98, 100.

den Schuldner von seiner Leistungspflicht zu befreien.⁵²⁶ Später wurde zusätzlich das Erfordernis aufgestellt, dass die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse für den Schuldner geradezu ruinös sein musste.⁵²⁷ Später änderte das RG seine Rechtsprechung erneut und wollte bei einer übermäßigen Leistungserschwerung - im Anschluss an Oertmann - die Rechtsgrundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Anwendung bringen. Die Geltung dieses Rechtsinstituts hatte das RG wenige Jahre zuvor noch ausdrücklich abgelehnt.⁵²⁸ Als Begründung verwies es auf die Vorschrift des §242, wonach die Rücksicht auf Treu und Glauben die oberste Richtschnur des Vertragsschuldners bilden sollte. Dem hat sich später auch der BGH⁵²⁹ angeschlossen, jedoch betonte er, dass es einer Prüfung des Einzelfalls bedürfte, um zu klären, ob der Schuldner von unverhältnismäßigen und deshalb nicht zumutbaren Aufwendungen nicht doch ausnahmsweise gemäß §275 befreit wäre.⁵³⁰ Zu bedenken ist auch, dass die Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg häufig von Billigkeitserwägungen geprägt war. So wollte man dem Schuldner nicht einseitig das Haftungsrisiko auferlegen, das infolge Inflation und Revolution zu groben Ungerechtigkeiten geführt hätte. In der Folge leitete man aus Treu und Glauben sowie der Rücksicht auf die Verkehrssitte einen Befreiungsgrund für den Schuldner ab. Diese Motive des Reichsgerichts klingen in einigen Entscheidungen auch durchaus an. So heißt es in RGZ 100, 129, 131 beispielsweise: „Diese Verhältnisse erfordern unbedingt ein Eingreifen des Richters in bestehende Vertragsverhältnisse dann, wenn anders nicht ein Treu und Glauben und jedem Gebote von Gerechtigkeit und Billigkeit hohnsprechender, einfach nicht zu ertragender Zustand geschaffen werden soll.“⁵³¹ Ulrich Huber betonte ausdrücklich, dass er den Rückgriff auf die wirtschaftliche Unmöglichkeit nicht nur für überflüssig, sondern auch für unzulässig hielt, nachdem der Rechtsbehelf des Wegfalls der Geschäftsgrundlage mittlerweile allgemein anerkannt wäre. Ansonsten wäre zu befürchten, dass die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an eine Befreiung des Schuldners gesetzt hatte, in unzulässiger Weise umgangen würden.⁵³²

Die frühen, vor dem Ende des Ersten Weltkrieges ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts sind daher kaum geeignet, Aufschluss über die Konzeption des Unvermögensbegriffs zu geben. In der Literatur wurden Entscheidungen des Reichsgerichts sowohl als Beleg für eine restriktive Auslegung des Unvermögensbegriffs wie auch als Beleg

⁵²⁶ RGZ 92 (1918), 322, 324; 95, 41, 44; 99, 258, 259.

⁵²⁷ RGZ 95 (1919), 43; 98, 18, 21; 99, 258, 260, 100, 131; aufgegeben in RGZ 103 (1922), 177, 179.

⁵²⁸ RGZ 103 (1922), 3, 4 f.; 103, 328, 332 f.

⁵²⁹ OGHZ 4, 165, 171; BGHZ 62, 388, 394.

⁵³⁰ Soergel-Wiedemann, §275 Rn.38.

⁵³¹ RGZ 100 (1921), 129, 132.

⁵³² Huber, Leistungsstörungen I, §4 III 4, S. 118 f.

dafür gewertet, dass das RG Unmöglichkeit und Unvermögen mit den Fällen einer übermäßigen Leistungserschwerung gleichgesetzt hatte.⁵³³

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt, wie offen der Unvermögensbegriff des BGB für Interpretationen war. Hubers Auslegung des Unvermögensbegriffes findet in der Rechtsprechung des Reichsgerichts keine wirkliche Stütze. Huber beschränkte sich in der Folge darauf, zu belegen, dass das Reichsgericht von einer Gleichstellung von nachträglicher subjektiver und objektiver Unmöglichkeit ausgegangen war.⁵³⁴ Dies hat der Gesetzgeber aber letztlich schon mit der Norm des §275 II klargestellt. Auch wurden Urteile des Reichsgerichts herangezogen um zu belegen, dass der Grundsatz des §279 auch auf Fälle des finanziellen Unvermögens zu erstrecken gewesen wäre. Darüber hinaus spielten die Entscheidungen der Rechtsprechung nur eine geringe Rolle bei der Untersuchung Hubers, zumal diese oftmals nur von Billigkeitserwägungen geprägt war.

e) Systematische Erwägungen

Hubers Auseinandersetzung mit der neueren Literatur beschränkte sich im Wesentlichen auf die Kritik des Unvermögensbegriffs der herrschenden Lehre, der seiner Meinung nach zu systematisch unhaltbaren Ergebnissen führen musste. Es ist fraglich, warum Huber dem Unvermögensbegriff so große Bedeutung beimesse wollte und welche Rolle begriffsdogmatische Argumenten in Hubers Ausführungen spielten. So behauptete Huber ausdrücklich, dass der Grund für die Fehlinterpretation der gesetzlichen Regelungen der §§275 II, 279 auf eine unrichtige Auslegung des Begriffs „Unvermögen“ zurückzuführen war, der sich in der Literatur durchgesetzt hätte. Dabei versuchte er auch die Gründe für die Fehlinterpretation des Gesetzes durch die herrschende Literatur nachzuzeichnen, die nach Huber auf einer Reihe von Missverständnissen beruhten. Zwar könnte Unvermögen nach dem Sprachgebrauch sowohl als zeitweilige Unfähigkeit zur Leistung wie auch als die persönliche Unfähigkeit ein Hindernis zu überwinden gedeutet werden. Verstünde man aber nicht, wie es bereits Mommsen und Windscheid getan hätten, Unvermögen als das Fehlen der erforderlichen Mittel zur Leistung, sondern als Unfähigkeit sich solche zu verschaffen, so stünde nicht mehr das Leistungshindernis selbst, sondern die Unfähigkeit das Leistungshindernis zu beheben im Zentrum des Unvermögensbegriffs. Die herrschende Lehre hätte sich zu Unrecht dieser Deutungsweise angeschlossen.

⁵³³ Vgl. MüKo-Emmerich, §275 Rn.4 und RGRK-Alff, §275 Rn.14 jeweils unter Bezugnahme auf RGZ 57 (1904), 116, 119; 88, 172, 174.

⁵³⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §4 II 1, S. 105 unter Hinweis auf RGZ 54 (1903), 28, 32; 69, 355, 356; 107, 15, 17.

Dieses Fehlverständnis führte nach Huber aber dazu, dass der Terminus „Unvermögen“ begrifflich stark eingeschränkt wurde. Da die Überwindung eines Hindernisses dem Schuldner in aller Regel möglich wäre und vielmehr nur eine Frage des notwendigen Aufwands darstellen würde, so hätte nach dieser Ansicht praktisch nie Unvermögen vorliegen können.⁵³⁵ Um dieses Ergebnis zu vermeiden, hätte sich die herrschende Lehre eines zusätzlichen Korrektivs bedient, indem sie die Grenze der Unzumutbarkeit oder der überobligationsmäßigen Schwierigkeit einführt.⁵³⁶ Unvermögen wäre in der Literatur erst dann angenommen worden, wenn der Schuldner das vorübergehende Leistungshindernis mit **zumutbaren** Aufwendungen nicht mehr überwinden konnte. Danach war Unvermögen eine Leistungserschwerung, die mit zumutbaren Anstrengungen nicht mehr behoben werden konnte.⁵³⁷ Ausgehend von einer solchen Interpretation wären die gesetzlichen Regelungen der §§275 ff. als nicht mehr verständlich erschienen. Mit einem solch gearteten Verständnis des Unvermögensbegriffs wäre es der Literaturansicht darüber hinaus nicht gelungen, schlüssig zu erklären, warum der Schuldner - entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des §275 II - praktisch auch dann von seiner Primärleistungspflicht befreit wurde, wenn er den die Erfüllung hindernden Umstand zu vertreten hatte. Denn zu unzumutbaren Anstrengungen hätte der Schuldner auch dann nicht verpflichtet werden können, wenn er das Unvermögen zu vertreten hatte.⁵³⁸ Unverständlich wäre vor diesem Hintergrund zudem die Regel des §279 gewesen. Denn es erschien sinnlos, den Schuldner einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung zu unterziehen, wenn er sie nur mit unzumutbaren Anstrengungen zu erfüllen vermochte. Dieser scheinbare Widerspruch hätte mitunter zu der Auffassung geführt, die Regelungen über die Unmöglichkeit würden auf einem redaktionellen Irrtum des historischen Gesetzgebers beruhen. Um die misslichen Folgen einer Befreiung von der Primärleistungspflicht im Unvermögensfall zu vermeiden, wären die Voraussetzungen für das Vorliegen des Unvermögens entsprechend erhöht und deren Anwendungsbereich entsprechend eingeschränkt worden. Ausgehend von einer solchen Betrachtung, die offensichtlich nicht mehr im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes gestanden, sondern vielmehr zu einer weiteren Auflösung der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen beigetragen hätte, konnte Huber zufolge auch nicht genau geklärt werden, worin der Unterschied zu der so genannten wirtschaftlichen Unmöglichkeit liegen sollte, die nach ganz herrschender Meinung den Schuldner nicht von seiner Leistungspflicht befreien sollte.⁵³⁹

⁵³⁵ Wagner, JZ 1998, S. 488.

⁵³⁶ Krückmann, AcP 101 (1907), S. 1 ff.; Nachweise bei Huber, Leistungsstörungen II, §60 II, S. 835.

⁵³⁷ Esser-Schmidt §22 II 6; Soergel-Wiedemann, §275 Rn. 49,53.

⁵³⁸ Huber, Leistungsstörungen II, §60 II, S. 836.

⁵³⁹ Wagner JZ 1998, S. 489.

Indem Huber Unvermögen als die Unfähigkeit des Schuldners definierte, die geschuldete Leistung zu erbringen, umging er diese Schwierigkeiten. Entscheidendes Kriterium für die Befreiung des Schuldners war für Huber das Nichtvertretenmüssen des Leistungshindernisses. Begrenzt wurde das in §276 enthaltene Verschuldensprinzip durch die Regelung des §279, die klarstellte, dass der Schuldner bei Geld- und Gattungsschulden unbeschränkt haften musste. Huber wollte damit den §279 über den Wortlaut hinaus auch auf Geldschulden anwenden und begründete dies in erster Linie mit den Gesetzesmaterialien. Zudem wies er auf den Umstand hin, dass in der älteren Literatur diese Auslegung des §279 weitgehend anerkannt gewesen wäre.⁵⁴⁰ Systematische Bedenken gegen eine solche Auslegung des §279 wollte Huber nicht gelten lassen. Zwar wäre es zutreffend, dass die Geldschuld keine Sachschuld, sondern vielmehr eine Wertverschaffungsschuld darstellen würde. Aus diesem Grund wären auch die Regelungen der §§243 und 300 II nicht anwendbar, da in diesen vorausgesetzt wurde, dass eine bestimmte Sache geschuldet wird. Im Gegensatz zu diesen würde §279 aber nur einen nach der Gattung bestimmten Gegenstand voraussetzen. Der Begriff des der Gattung nach bestimmten Gegenstands könnte ohne weiteres auch auf Geldschulden erstreckt werden, was vom historischen Gesetzgeber auch intendiert gewesen wäre.⁵⁴¹

Hubers Auslegung hat den Vorzug, mit dem Wortlaut des Gesetzes im Einklang zu stehen, wonach der Schuldner, solange ihm die Leistung aus der Gattung möglich war, sein Unvermögen auch zu vertretenen hatte. Problematisch an dieser Auffassung ist, dass mit dem Verschulden auf ein subjektives Kriterium abgestellt wurde, um zu bestimmen, wann die Leistungsfähigkeit des Schuldners überschritten und er nicht mehr verpflichtet war, diese zu erbringen. In der Folge konnte es zu Unbilligkeiten kommen. Diesen Punkt hatte auch Huber vor Augen, wenn er bemerkte, dass die Vorschrift des §279 von einer gewissen Härte wäre, die man - je nach Temperament und Einstellung - als „drakonisch“ oder als „gesund“ empfinden möchte. Jedenfalls würde es der Vorschrift nicht an Deutlichkeit mangeln.⁵⁴²

Ob der historische Gesetzgeber wirklich den Schuldner dieser drakonischen Härte aussetzen wollte, bleibt allerdings offen. Insgesamt sind es nicht begriffsdogmatische Überlegungen, die bei Hubers Ausführungen im Vordergrund stehen. Vielmehr argumentierte Huber in erster Linie mit systematischen Erwägungen. Diese haben den Zweck zu belegen, dass die Regelungen der §§275 ff. nicht auf einem Irrtum des historischen Gesetzgebers beruhten. Sie dienen dem Nachweis, dass sie vielmehr eine mit Bedacht getroffene Regelung enthalten.

⁵⁴⁰ A.A. Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 93 f., der allerdings dafür plädierte, den §279 über seinen Gehalt hinaus auf Geldschulden zu erstrecken.

⁵⁴¹ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §26 I 2, S. 627 ff.

⁵⁴² Huber, Leistungsstörungen I, §24 I 2, S. 579.

Einmal mehr wird Hubers historische Auslegung der Gesetzesmaterialien durch seine systematischen Ausführungen untermauert. Die Konzeption des Unvermögensbegriffs erlaubte ihm, seine Standpunkte zur vorübergehenden Unmöglichkeit, der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs sowie der Leistungserschwerung zu einem einheitlichen Konzept zusammenzufassen und sich zu seinen vorhergehenden Ausführungen nicht in Widerspruch zu setzen.

4. Fazit

Hubers Arbeitsweise unterscheidet sich auf den ersten Blick von seiner bisherigen Vorgehensweise. Die Gesetzesmaterialien und die Literatur zum gemeinen Recht spielen scheinbar eine geringere Rolle. Vielmehr nehmen begriffsdogmatische Überlegungen einen großen Stellenwert in seinen Ausführungen ein. Allerdings erscheinen die Meinung Hubers und sein Unvermögensbegriff erst vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung verständlich. Huber selbst weist auf diesen Umstand hin, wenn er ausdrücklich auf systematische und rechtshistorische Überlegungen abstellt, die dann aber erstaunlich knapp gehalten sind. Erstaunlich sind die Parallelen, die Hubers Ansicht zur Lehre Mommsens aufweist. Dies gilt insbesondere für die Frage der rechtlichen Behandlung von Leistungserschwerungen. Hier bestehen zahlreiche Gemeinsamkeiten mit Mommsen, dessen Ansicht Huber zumindest teilweise übernommen hat. Insgesamt versucht Huber am Beispiel des §279 zu verdeutlichen, dass die Unmöglichkeitsregeln ein in sich geschlossenen System der Leistungsstörungen bilden und harmonisch ineinander greifen. So führt Hubers Konzeption des Unvermögensbegriffs zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des §275 II, da auch Fälle bloßer Leistungserschwerung unter diesen Begriff fallen konnten. Mommsen vermied dieses ungewollte Ergebnis, das die Erweiterung seines Unvermögensbegriffs auf Fälle der Leistungserschwerung mit sich brachte dadurch, dass er in den Fällen der Leistungserschwerung nur eine vorübergehende Befreiung von der Leistungspflicht gewährte. In ähnlicher Weise versuchte auch Huber den Unvermögensbegriff einzuschränken. Diese Einschränkung ist allerdings dann nicht möglich, wenn man, wie die herrschende Lehre, nur eine dauerhafte Befreiung von der Leistungspflicht gewähren will und damit auch nur dauerhafte Leistungshindernisse unter den Begriff der Unmöglichkeit fasst. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, warum Huber so vehement für den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs eintrat. Andernfalls wäre der Gläubiger einer Leistung bei Unvermögen des Schuldners gezwungen gewesen, seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch in einen Anspruch auf Schadensersatz umzustellen. In einem Fall, in dem der Schuldner das Leistungshindernis zu einem späteren Zeitpunkt beheben konnte, ihm die Leistung also nur

erschwert war, hätte auch dieses Unvermögen zu einer Umwandlung des Leistungsanspruchs des Gläubigers in einen Anspruch auf Schadensersatz geführt.⁵⁴³

Durch sein Verständnis des Unvermögensbegriffs war es Huber möglich, verschiedene Meinungen zu einem geschlossenen System zu verbinden.

Einer solchen Deutung stehen die Gesetzesmaterialien jedoch entgegen. Aus diesen geht deutlich hervor, dass der historische Gesetzgeber die Frage, ob der Erfüllungsanspruch des Gläubigers im Falle der Unmöglichkeit des Schuldners fortbestehen sollte, bewusst offen gelassen hat. Dann kann aber das Zusammenspiel der §§275 I, II, 279, 280 ff., das nur dann funktioniert, wenn man die Existenz der *perpetuatio obligationis* im BGB bejaht, so nicht vom Gesetzgeber intendiert gewesen sein.

Auch die nach dieser Auslegung durch §275 II angeordnete Rechtsfolge erscheint bei nicht zu vertretendem Unvermögen im Falle einer Behebbarkeit des Leistungshindernisses als problematisch. Rechtsfolge war regelmäßig eine Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht, wenn sie auch nur vorübergehend sein möchte. In vielen Fällen erschien eine derartige Rechtsfolge jedoch nicht als angemessen, da eine Anpassung des Vertrages nicht möglich war. Das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage stellte sich insofern als flexiblere Lösung der Problematik dar. Nach Huber verläuft die Trennlinie zwischen den Rechtsinstituten des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und des Unvermögens bei der Aufhebung der Leistungspflicht des Schuldners.

Zweifelhaft ist auch, ob die Aufhebung der eigenen Leistungsfähigkeit ein taugliches Kriterium sein konnte, um zu bestimmen, wann der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wurde. Oftmals hing es nur vom Zufall ab, ob die Leistungsbereitschaft des Schuldners zum Zeitpunkt der Leistung aufgehoben war oder ob ihm die Leistung nur erschwert war, er aber mit Anstrengung aller Mittel trotzdem leisten konnte, da es nach Huber ja außer Betracht bleiben sollte, ob der Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt das entgegenstehende Leistungshindernis beheben konnte.

Die Untersuchung hat gezeigt, wie sehr Huber darum bemüht war, die Ergebnisse seiner historischen Auslegung durch systematische Erwägungen abzustützen und sie zu einem geschlossenen System des Leistungsstörungsrechts zu verbinden. Auch wenn die Ergebnisse seiner Auslegung an manchen Stellen angreifbar sind, gelingt es Huber das Gesetz in einer Weise zu interpretieren, die es ermöglicht, das oftmals vermisste geschlossene System des Leistungsstörungsrechts zu unterstellen. Dieses beruht aber weitgehend auf der Konzeption des Unmöglichkeitsrechts, das bereits Friedrich Mommsen entwarf.

⁵⁴³ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §24 I 2, S. 578.

C. Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen

I. Lücke im Gesetz und Einordnung in das gesetzliche Haftungssystem des BGB

In Literatur und Rechtsprechung wurde die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (pVV) als notwendige Ergänzung zu den Rechtsinstituten der Unmöglichkeit und des Verzugs gesehen. Im Gegensatz zu Unmöglichkeit und Verzug wurde der Begriff im Gesetz ursprünglich jedoch nicht gebraucht.

1. Begriff

Der Begriff der positiven Vertragsverletzung geht zurück auf Herman Staub.

Hermann Staub wurde am 21. März 1856 im preußischen Nikolai (Oberschlesien) geboren. Obgleich er aus ärmlichen Verhältnissen stammte, ermöglichten ihm seine Eltern den Besuch des Gymnasiums in Beuthen und das Studium der Rechtswissenschaften.⁵⁴⁴ Staub studierte zunächst in Breslau und schließlich bis 1876 in Leipzig. Nach Abschluss seiner Studienzeit promovierte Staub 1880 über das „Pretium Certum“. Das Assessorexamen bestand er am 19. Juni 1882 mit der Auszeichnung „gut“. Aufgrund seines jüdischen Glaubens, an dem er Zeit seines Lebens festhielt, war ihm die Berufung zum Universitäts- oder Honorarprofessor verwehrt. Dennoch gehörte Staub bald zu den bekanntesten und angesehensten Anwälten Berlins.⁵⁴⁵ Zusammen mit Paul Laband und Otto Liebmann begründete er 1896 die Deutsche Juristenzeitung (DJZ), für die er auch zahlreiche Schriften verfasste. Großen Einfluss auf Rechtsprechung und Praxis nahm Staub mit seinem Kommentar zum ADHGB, der sich durch eine klar strukturierte Gliederung auszeichnete. Im Jahre 1900 wurde Staub zum Notar ernannt. Hermann Staub starb am 2. September 1904 an einem Krebsleiden. In die „Reihe juristischer Entdecker“ wurde Staub aber aufgrund seines Beitrags zur Festgabe für den XXVI. Deutschen Juristentages „Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen“ aufgenommen.⁵⁴⁶

Staub war der Überzeugung, dass das BGB eine Haftungslücke aufwies, da zahlreiche Arten einer Vertragsverletzung denkbar wären, in denen der Geschädigte schutzlos gestellt wäre. In diesen Fällen könnte dieser nach dem Gesetz weder Schadensersatz wegen Vertragsverletzung verlangen noch vom Vertrag zurückzutreten. Der Gesetzgeber hätte mit

⁵⁴⁴ Heinrichs, in Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, S.386 f.

⁵⁴⁵ Heinrichs, in Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, S.384 f.

⁵⁴⁶ Dölle, S.15.

der Nichterfüllung nur Situationen im BGB geregelt, in denen dem Schuldner der Vorwurf eines negativen Verhaltens zu machen war, da der Schuldner eine geschuldete Leistung unterlassen hatte. Keinen Eingang in das Leistungsstörungsrecht hätten hingegen Vertragsverletzungen gefunden, in denen der Schuldner seine Pflicht durch ein positives Tun verletzt hatte. Fälle also, „in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft.“⁵⁴⁷ In diesen Fällen könnte dem Schuldner nicht der Vorwurf gemacht werden, eine geschuldete Leistung nicht vorgenommen zu haben. Der von Staub geprägte Begriff der positiven Vertragsverletzung wurde in doppelter Hinsicht als ungenau kritisiert.⁵⁴⁸ Zum einen sollte die pVV nicht nur bei vertraglichen Schuldverhältnissen, sondern auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen eingreifen. Zudem bestand Einigkeit darüber, dass die pVV nicht nur durch ein positives Tun, sondern auch durch Unterlassen begangen werden konnte.⁵⁴⁹ In der Literatur setzte sich deshalb die Überzeugung durch, Staubs Begriff der positiven Vertragsverletzung wäre einerseits zu eng, andererseits zu weit gefasst.⁵⁵⁰

2. Gesetzliche Regelung

Das Leistungsstörungsrecht des BGB enthielt nur Regelungen über die Unmöglichkeit und die Verzögerung der Leistung. Die Frage, ob das BGB darüber hinaus eine gesetzlich normierte, allgemeine Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzung des Schuldners enthielt, war nicht endgültig geklärt, wurde aber überwiegend verneint.⁵⁵¹ Teilweise wurde eine solche allgemeine Haftungsnorm in §276 gesehen. §276 I ordnete an, dass der Schuldner, sofern nicht etwas anderes bestimmt war, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hatte. Dem Wortlaut des §276 nach ließ sich eine Haftung des Schuldners auf Schadensersatz bei einer schuldhaften Pflichtverletzung nur schwer ableiten. Ein solcher Schadensersatzanspruch des Gläubigers konnte sich dem Gesetze nach allenfalls aus Normen des besonderen Schuldrechts ergeben. So enthielten die Regelungen der §§463, 480 II, 524, 536, 618 III, 628 II, 635, 651 i. V. m. §§463, 635, 671 II 2 spezielle Regelungen für bestimmte Arten von Schuldverhältnissen. Da eine Regelung für schuldhafte Pflichtverletzung im allgemeinen Leistungsstörungsrecht aber fehlte, war man der Überzeugung, es bestünde eine Lücke im Haftungssystem des BGB. Dies würde sich insbesondere in den Fällen zeigen, in denen der

⁵⁴⁷ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 4.

⁵⁴⁸ Enneccerus/Lehmann, §55, S. 237; Lehmann, AcP 96 (1905), S. 73 ff.; Stoll, AcP 136 (1932), S. 257 ff.; Palandt-Heinrichs, §276 Rn.104; Soergel-Löwisch, Vor §275 Rn.22.

⁵⁴⁹ Palandt-Heinrichs, §276 Rn.104; Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.352 ff.; Staudinger-Löwisch, Vor §275 Rn.22.

⁵⁵⁰ Enneccerus/Lehmann, §55, S. 236.

⁵⁵¹ Enneccerus/Lehmann, §55, S. 234.

dem Gläubiger entstandene Schaden nicht unter das Erfüllungsinteresse zu fassen war.⁵⁵² Diese vermeintliche Lücke, die durch ein angebliches Versäumnis des Gesetzgebers entstanden war, versuchten Literatur und Rechtsprechung durch das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung in Gesamtanalogie zu den §§280, 286, 325, 326 zu schließen. Die Existenz des Rechtsinstituts der positiven Vertragsverletzung war zuletzt vom Gesetzgeber auch in §11 Nr.7 AGB-Gesetz anerkannt.

Die fehlenden gesetzlichen Regelungen für die unter dem Begriff der positiven Vertragsverletzung (pVV) zusammengefassten Vertragsverletzungen wurden später im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes als Beleg für die Reformbedürftigkeit des Leistungsstörungsrechts in wichtigen Bereichen und als gewohnheitsrechtlich anerkanntes Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung gewertet.⁵⁵³ Zwar stellte man klar, dass es nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein könnte, jede durch die Rechtsprechung vorgenommene Rechtsfortbildung zu kodifizieren, dies wäre aber angesichts der besonderen praktischen Bedeutung der pVV angezeigt. In der Folge wurde die Einführung eines allgemeinen Haftungstatbestandes vorgeschlagen (§280 I DiskE), der neben dem Rechtsinstitut der pVV auch alle anderen Pflichtverletzungen umfassen und Ausgangspunkt für alle Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Leistungsstörungen sein sollte. Im neuen Schuldrecht hat die pVV in den §§280 I, 282 ihre gesetzliche Normierung gefunden.⁵⁵⁴

3. Meinungsstand zur pVV

Staubs berühmte Abhandlung über die positiven Vertragsverletzungen stieß auf große Resonanz und führte zu einer beinahe unüberschaubaren Meinungsvielfalt in Literatur und Rechtsprechung. Staub glaubte, eine „Riesenlücke“ im gesetzlichen System der Leistungsstörungen gefunden zu haben.⁵⁵⁵ Wenn auch die Existenz einer Regelungslücke in der Anfangszeit des BGB umstritten war, so schien die Frage nach einer solchen in der neueren Literatur doch weitgehend beantwortet. Literatur und Rechtsprechung bejahten überwiegend die Existenz einer Regelungslücke.⁵⁵⁶ Teilweise wurde jedoch auch angezweifelt, ob überhaupt eine Regelungslücke im gesetzlichen System der Leistungsstörungen bestand.

⁵⁵² Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 32 ff.

⁵⁵³ Vgl. DiskE S. 177 f.

⁵⁵⁴ Palandt-Heinrichs (63. Auflage), §280 Rn. 1, 5.

⁵⁵⁵ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 4 ff.

⁵⁵⁶ Vgl. statt vieler Enneccerus-Lehmann, §55, S. 234; Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn. 350 ff.; Palandt-Heinrichs, §276 Rn. 104.

Untrennbar mit der Frage der Existenz einer Regelungslücke ist das Problem der Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts verbunden. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Fälle der pVV von jeher gesetzlich geregelt waren, so beeinflusst dies entscheidend die Auslegung der §§276 ff.

Grundsätzlich sind beim Streit um die positiven Vertragsverletzungen damit zwei Fragen auseinander zu halten, an denen sich auch der folgende Aufbau orientieren wird. Zum einen die Frage, ob überhaupt eine Regelungslücke für schuldhafte Pflichtverletzungen im gesetzlichen System der Leistungsstörungen bestand. Der Streit entscheidet sich letztlich an der Deutung der Gesetzesmaterialien zu §276 BGB. In einem weiteren Schritt wird untersucht, wie die Interpretation der historischen Materialien die Auslegung der §§276 ff. beeinflusste. Hierbei ist auf das Verhältnis des Rechtsinstituts zu den gesetzlichen Regelungen des besonderen und allgemeinen Schuldrechts einzugehen. Diesbezüglich wurden die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten.

Auch Ulrich Huber warf in seinen Leistungsstörungen erneut die Frage nach einer Regelungslücke hinsichtlich der Fälle der positiven Vertragsverletzung auf. Er kam aufgrund seiner historischen Auslegung der Gesetzesmaterialien zu einem anderen Ergebnis als die herrschende Lehre und Rechtsprechung. Zunächst soll ein allgemeiner Überblick über die Entwicklung des Rechtsinstituts der positiven Vertragsverletzung in der Literatur gegeben werden. Später ist darauf einzugehen, wie Autoren, die von besonderem Einfluss auf Huber waren, die Fälle der pVV zu lösen versuchten.

a) Regelungslücke

Aufgrund der scheinbar unvollständigen Regelungen des Leistungsstörungsrechts, die eine Haftung des Schuldners nur bei Unmöglichkeit und Verzögerung der Leistung vorsahen, wuchsen in der Literatur die Zweifel daran, ob der Gesetzgeber alle denkbaren Fälle der Leistungsstörungen bedacht hatte. Schon Hermann Staub, der gemeinhin als „Entdecker“ der positiven Vertragsverletzung bezeichnet wird, versuchte anhand von Fällen aus der Praxis nachzuweisen, dass die gesetzlichen Regelungen den Gläubiger in einigen Fällen schutzlos ließen.⁵⁵⁷

⁵⁵⁷ Vgl. hierzu einige der von Staub genannten Beispielefälle: 1.) Verpflichtung des Käufers, die ihm verkauften Lampen nicht nach Frankreich weiter zu verkaufen, was der Käufer dennoch tut (Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 2 f.); 2.) die Lieferung von fabriziertem Leuchtstoff an einen Käufer ohne Hinweis auf dessen explosive Bestandteile. Später entstehen aufgrund einer Explosion Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers (Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 2 f.); 3.) Ein Agent gibt aus Nachlässigkeit unrichtigen Bericht über die Solvenz eines von ihm gewonnenen Kunden weiter (Staub, Die positiven Vertragsverletzungen,

aa) Literatur

Die Literatur nahm die bei Staub genannten Fälle zum Anlass, Kritik an den gesetzlichen Regelungen zu üben. So wurde insbesondere bemängelt, dass sich der Fall, in dem der Schuldner die Leistung zwar ordnungsgemäß erbrachte, dabei aber einen Schaden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers herbeiführte, nach den gesetzlichen Regelungen nicht in befriedigender Weise zu lösen war.⁵⁵⁸ Die Haftung des Schuldners aus Delikt wurde als nicht ausreichend erachtet, da sich der Schutz des §823 I nur auf bestimmte Rechtsgüter erstreckte und die Regelung des §831 mit seiner Exkulpationsmöglichkeit als unpassend für die Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen empfunden wurde. Aber auch in Fällen der Gefährdung des Vertragszwecks und der Schlechterfüllung sah man den Schutz des Gläubigers nicht in ausreichendem Maße gegeben.

Die herrschende Literatur ging mit der Rechtsprechung von einer Regelungslücke im Haftungssystem des BGB aus und war der Auffassung, der Gesetzgeber hätte es versäumt, neben Unmöglichkeit und Verzug einen weiteren allgemeinen Haftungstatbestand im BGB zu verankern.⁵⁵⁹ Es bestand weitgehende Einigkeit dahin gehend, dass eine schuldhafte Vertragsverletzung des Schuldners, auch über den Wortlaut der Regelungen der §§280 ff. hinaus, zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers führen musste.⁵⁶⁰ Die so entstandene Regelungslücke müsste durch das gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung geschlossen werden. Aufgrund der gebotenen restriktiven Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs sah man den Anwendungsbereich einer generellen Haftungsnorm für eine Vielzahl von Einzelfällen eröffnet, die anderenfalls nicht unter die gesetzlich normierten Haftungstatbestände subsumiert werden konnten. Dem entsprach es, dass §276 nicht als selbstständige Anspruchsgrundlage gesehen wurde. Die Frage, ob in §276 eine anspruchsbegründende Norm zu erblicken war, galt in der Literatur als beantwortet. Larenz zufolge war diese Frage „oft genug und mit vollem Recht zurückgewiesen worden“. §276 enthalte nach seiner Stellung und Formulierung nach keinen selbständigen Rechtssatz,

S. 5 f.); 4.) Die Lieferung wurmstichiger Äpfel, die andere im Eigentum des Käufers stehende gesunde Äpfel verderben (Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 12); 5.) Die fortgesetzte Lieferung mangelhafter Ware im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrags (Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 6); Ein Gesellschafter, dem die Bücherführung obliegt hat innerhalb der ersten drei Monate des Geschäftsjahres die Verpflichtung eine Bilanz aufzustellen, die Grundlage der Geschäftsdispositionen wird. Der Gesellschafter stellt jedoch aus grober Fahrlässigkeit eine falsche Bilanz auf, was zu Dispositionen zum Nachteil der Gesellschaft führt (Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 11). In all diesen Fällen wollte Staub entweder eine Verpflichtung zum Schadensersatz oder ein Rücktrittsrecht analog §326 annehmen.

⁵⁵⁸ Vgl. Staudinger-Löwisch, Vor §275 Rn.22 f.; RGRK-Alff, §276 Rn.116 f.; Ennecerus/Lehmann, §55, S. 234 ff.

⁵⁵⁹ Brox, §22 I 1, S. 166.

⁵⁶⁰ Vgl. Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.360; Palandt-Heinrichs, §276 Rn.104.

der an einen Tatbestand eine Rechtsfolge knüpft.⁵⁶¹ Die herrschende Lehre ging vielmehr davon aus, dass §276 nur einen allgemeinen Haftungsmaßstab enthielt.⁵⁶² Unter dem Oberbegriff der pVV wurden in der Folge alle Pflichtverletzungen im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses zusammengefasst, die weder dazu geeignet waren Unmöglichkeit noch Verzug herbeizuführen und deren Folgen nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfasst waren.⁵⁶³ Die pVV entwickelte sich im Laufe der Zeit immer mehr zu einem gewohnheitsrechtlichen Auffangtatbestand für alle verschuldeten oder sonst nach §§276 ff. zu vertretenden Leistungsstörungen.⁵⁶⁴

Teilweise wurde aber auch versucht, den Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorschriften durch eine extensive Auslegung so zu erweitern, dass sich damit auch die oben beschriebenen Fälle in hinreichender Weise lösen ließen. Dem lagen Bestrebungen zugrunde, nachzuweisen, dass der Gesetzgeber es nicht versäumt hatte, den bereits aus früheren Zeiten bekannten Fall der fahrlässigen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit durch den Schuldner einen gesetzlich geregelten Anwendungsbereich zu geben. Schon frühzeitig wurde versucht, diese Fälle unter die Regelungen der §§280, 325 zu subsumieren und als (teilweise) Unmöglichkeit der Leistung zu begreifen.⁵⁶⁵ Dabei ließen sich im Wesentlichen zwei verschiedene Strömungen in der Literatur ausmachen. Eine Ansicht neigte dazu, die Fälle der pVV als zumindest zeitweilige Teilunmöglichkeit in Ansehung der Qualität der Leistung zu begreifen. Eine schuldhafte Nichterfüllung der Schuldnerpflicht würde eine zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung involvieren und folglich eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründen, denn die Leistung könnte bezüglich jedes Bestandteils der Leistungspflicht, also auch im Hinblick auf Ort und Zeit der Leistung, unmöglich werden. Leistete der Schuldner eine mangelhafte Sache, so würde ihm die mangelfreie Lieferung zumindest zeitweise unmöglich, auch wenn er später noch mangelfrei liefern könnte.⁵⁶⁶

Andere sahen den Anwendungsbereich der Unmöglichkeitsregeln aufgrund des Verstoßes gegen eine ungeschriebene, konstruierte Unterlassungspflicht eröffnet. Nach dieser Ansicht war jeder vertraglichen Verpflichtung ein ungeschriebener Grundsatz immanent, nach dem der Schuldner dazu verpflichtet war, eine vertragswidrige Leistung zu unterlassen. Die

⁵⁶¹ Vgl. Larenz, Schuldrecht II 1 §24 I, S. 366.

⁵⁶² Leonhard, S. 54; Titze, Bürgerliches Recht, S. 97; Molitor, S. 51; Larenz, Schuldrecht I §24 I, S. 365 ff.; einschränkend Medicus, Bürgerliches Recht, §14 IV, S. 183 Rn.316.

⁵⁶³ Palandt-Heinrichs, §276 Rn.107; BGH 11, 83; BGH NJW 1978, S. 260; Siber wollte angesichts dieser nur negativen Definition nur von einem „sprachwidrigen Sammelnamen“ für eine Reihe von Forderungsverletzungen sprechen für die es keine einheitlichen Grundsätze geben könnte. Vgl. Siber, Schuldrecht, S. 100.

⁵⁶⁴ Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.353 f.

⁵⁶⁵ Vgl. Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 281 ff.; so schon Himmelschein, der die die Fälle der pVV nach Maßgabe der §§280, 325 lösen wollte; Wollschläger, S. 179; Emmerich, Leistungsstörungen, S. 218.

⁵⁶⁶ Vgl. Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 262.

vertragliche Leistungspflicht würde nicht nur das Gebot ordnungsgemäß zu erfüllen enthalten, sondern auch das Gebot, alles zu unterlassen, was nicht als Bestandteil der Erfüllungspflicht anzusehen war. Verstöße der Schuldner gegen diese Unterlassungspflicht, so könnte er dies nicht mehr ungeschehen machen, da ihm die Erfüllung der Unterlassungspflicht unmöglich werde.⁵⁶⁷ Insbesondere diese Ansicht fand in der späteren Literatur kaum mehr Beachtung und wurde später nicht mehr vertreten.

bb) Ulrich Huber

Ulrich Huber hat sich im Laufe der Jahre immer wieder mit der positiven Forderungsverletzung beschäftigt. Am Anfang stand der Aufsatz „Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung“ aus dem Jahre 1977.⁵⁶⁸ Später befasste er sich in seinem Gutachten „Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrecht nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes“ erneut mit der pVV und ihren rechtlichen Grundlagen. Nur wenige, allgemein gehaltene Ausführungen zur positiven Forderungsverletzung sind in seinen „Leistungsstörungen“ enthalten. Diese Ausführungen lassen jedoch Rückschlüsse auf sein Verständnis des Rechtsinstituts zu, da er insoweit geplanten, späteren Ausführungen vorgreift. Welchen Stellenwert die pVV in Hubers System des Leistungsstörungsrechts einnahm, zeigt schon allein der Umstand, dass ihr zusammen mit der zu vertretenden Unmöglichkeit der dritte Band der „Leistungsstörungen“ gewidmet war, der jedoch bislang noch nicht erschienen ist. Hubers Auffassungen und Meinung zur positiven Forderungsverletzung und ihrer rechtlichen Grundlagen waren einem starken Wandel ausgesetzt, der sich auch in den unterschiedlichen Schriften widerspiegelt. Die folgenden Ausführungen werden deshalb alle oben genannten Schriften zum Gegenstand haben und sich mit dem darin zum Ausdruck kommenden Verständnis Hubers zur pVV auseinandersetzen. Hubers Begründungen seines offensichtlichen Meinungswandels stehen dabei im Mittelpunkt der Erörterungen.

Im Hinblick auf die Existenz einer Gesetzeslücke im Haftungssystem des BGB und bezüglich der Notwendigkeit der Schaffung eines zusätzlichen Haftungstatbestands für schuldhafte Pflichtverletzungen vertrat Huber in seinem Artikel „Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung“ zunächst eine ähnliche Ansicht wie die herrschende Lehre.⁵⁶⁹ Der Artikel beschäftigte sich zwar in der Hauptsache mit der Problematik, die Haftung des Verkäufers wegen fahrlässiger Schlechtlieferung in das allgemeine Haftungssystem des BGB einzugliedern, gewährte allerdings auch Einblicke in Ulrich Hubers Verständnis bezüglich

⁵⁶⁷ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 263 unter Hinweis auf Schöller, S. 26 ff.

⁵⁶⁸ Huber, AcP 177 (1977), S. 282 ff.

⁵⁶⁹ Huber, AcP 177 (1977), S. 281 ff.

der Notwendigkeit der Schaffung eines allgemeinen Grundhaftungstatbestands. Im Hinblick auf die Spezialtatbestände der §§463, 480 II und die darin enthaltene Beschränkung der Haftung auf die so genannten ädilitischen Rechtsbehelfe, die eine Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz nur bei Arglist und der erfolgten Zusicherung einer Eigenschaft vorsahen, sprach er von einer drohenden Lücke im Haftungssystem des BGB.⁵⁷⁰ Aus diesem Grunde ließe sich laut Huber auch kaum bestreiten, dass eine Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften um einen dritten Haftungstatbestand (Haftung wegen Fahrlässigkeit) von besonderer Notwendigkeit wäre.⁵⁷¹ Jedenfalls wäre die Haftung nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung aber mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁵⁷²

In seinem Beitrag „Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“⁵⁷³ verglich Huber die Haftungen für Vertragsverletzungen im deutschen Leistungsstörungsrecht mit den internationalen Regelungen für Nichterfüllung im Haager Kaufrecht (EKG).⁵⁷⁴ Huber kam darin zu dem Ergebnis, dass der im EKG allgemein geltende Grundsatz (vgl. Art. 74 EKG, Artt. 84-87 EKG), nach dem der Schuldner im Falle der schuldhaften Nichterfüllung auf das Ausgleichsinteresse und unter zusätzlichen Voraussetzungen auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haften musste, auch im deutschen Leistungsstörungsrecht Anwendung finden musste.⁵⁷⁵ Zwar wäre dieser allgemeine Grundsatz in §224 I 2 E1 noch zum Ausdruck gekommen, in den derzeit geltenden Regelungen des BGB jedoch in dieser Form nicht mehr enthalten.⁵⁷⁶ Nach Huber verdiente Staub insofern Zustimmung, als eine allgemeine, ungeschriebene Haftungsgrundlage für schuldhafte Vertragsverletzungen im BGB anzuerkennen wäre, da ansonsten die Gefahr einer Haftungslücke im Leistungsstörungsrecht des BGB drohen würde.⁵⁷⁷ Die durch Abänderung des §224 I E1 entstandene Haftungslücke wäre durch das, kraft richterliche Rechtsfortbildung entstandene und gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung zu schließen.⁵⁷⁸ Diese Auffassung Hubers impliziert, dass §276, anders als später von Huber vertreten, nicht mehr als Haftungstatbestand und anspruchsgrundende

⁵⁷⁰ Huber, AcP 177 (1977), S. 291: Allerdings ging Huber davon aus, dass der durch §§463, 480 bei Arglist oder beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gewährte Schadensersatzanspruch auch etwaige Folgeschäden umfassen sollte.

⁵⁷¹ Vgl. Huber, AcP 177 (1977), S. 292.

⁵⁷² Huber, AcP 177 (1977), S. 282 ff.

⁵⁷³ Huber, FS v. Caemmerer, S. 837-872.

⁵⁷⁴ Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.7.1973 (BGBl. I, 856).

⁵⁷⁵ Huber, FS v. Caemmerer, S. 840.

⁵⁷⁶ Huber, FS v. Caemmerer, S. 840.

⁵⁷⁷ Huber, FS v. Caemmerer, S. 840.

⁵⁷⁸ Huber, FS v. Caemmerer, S. 844 ff.

Norm gesehen werden konnte.⁵⁷⁹ Dass dieser Grundsatz im BGB keinen Ausdruck mehr fand, war nach Huber auf einen Fehler bei der Gesetzesredaktion zurückzuführen.⁵⁸⁰

In Zusammenhang mit diesen Ausführungen ist auch das Gutachten „Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes“ zu sehen, das der Schuldrechtsreform vorausging. Ulrich Huber nahm in diesem Gutachten erneut zur pVV und deren gesetzlichen Grundlagen Stellung. Darin kommt Huber hinsichtlich Vollständigkeit und Brauchbarkeit der gesetzlichen Vorschriften wiederum zu einem anderen Ergebnis als einige Jahre später in seinem Werk „Leistungsstörungen“. Er vertrat damals die Auffassung, es hätte im geltenden Recht überhaupt kein zusammenhängendes System des Leistungsstörungsrechts existiert, da es der Gesetzgeber jedenfalls unterlassen hätte, einen allgemeinen Haftungstatbestand im BGB zu schaffen.⁵⁸¹ Gleichgültig hingegen wäre, ob dies absichtlich oder aufgrund eines redaktionellen Versehens geschehen wäre. Demzufolge hätte eine Haftungslücke im BGB existiert, die nur durch richterliche Rechtsfortbildung zu schließen gewesen wäre.⁵⁸² Die Beschränkung des Gesetzgebers auf die Formulierung nur einzelner Haftungstatbestände im BGB hätte zufolge gehabt, dass Elemente des positiven Rechts neben solchen des Gewohnheitsrechts zur Anwendung kamen, obgleich deren Verhältnis zueinander auch in der Rechtsprechung bis zuletzt ungeklärt geblieben wäre. Die Anwendung der Grundsätze der pVV durch die Rechtsprechung wäre in vielen Fällen sogar contra legem gewesen. Insbesondere galt dies im Hinblick auf die gesetzliche Beschränkung der Schadensersatzhaftung des Verkäufers auf Arglist und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kaufvertrag.⁵⁸³ Die pVV könnte jedenfalls nicht als systematischer oder dogmatischer Grundbegriff der Leistungsstörung angesehen werden, sondern würde eine Sammelbezeichnung für Leistungsstörungen darstellen, die sich nicht unter die Regeln der Unmöglichkeit und des Verzugs subsumieren ließen. Zusammenfassend war die pVV nach Huber eine Lehre von den verschiedenartigen Mängeln des Gesetzes, die eine sachgerechte Abgrenzung zu den Vorschriften des besonderen Schuldrechts nahezu unmöglich machte.⁵⁸⁴ Das Fehlen eines allgemeinen Haftungstatbestandes im BGB könnte im Anschluss an Staub nur als Kardinalfehler der gesetzlichen Regelung gesehen werden.⁵⁸⁵

Im Zusammenhang mit diesem Gutachten steht auch Hubers Kommentierung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts. Darin brachte Huber die Auffassung zum Ausdruck,

⁵⁷⁹ Anders später Huber, Leistungsstörungen I, §3 II, S. 80 ff.

⁵⁸⁰ Huber, FS v. Caemmerer, S. 840.

⁵⁸¹ Huber, Gutachten, S. 760.

⁵⁸² Huber, Gutachten, S. 760; so auch schon in: Huber, FS v. Caemmerer, S. 858 ff.

⁵⁸³ Huber, Gutachten, S. 761.

⁵⁸⁴ Huber, Gutachten, S. 759.

⁵⁸⁵ Huber, Gutachten, S. 701.

der historische Gesetzgeber hätte von einer allgemeinen Haftung des Verkäufers wegen Verschuldens bewusst abgesehen, da diese dem gemeinen Recht unbekannt war. Nach der Auffassung des historischen Gesetzgebers sollte der Käufer auf die ädilitischen Rechtsbehelfe beschränkt sein.⁵⁸⁶

In Ulrich Hubers 1999 erschienenen „Leistungsstörungen“ kommt ein anderes Verständnis der pVV und des Haftungssystems des BGB zum Ausdruck. Der positiven Forderungsverletzung war, wie bereits angemerkt wurde, eigentlich der dritte Band von Ulrich Hubers „Leistungsstörungen“ gewidmet.⁵⁸⁷ Dennoch enthielten auch die ersten beiden Bände allgemein gehaltene Ausführungen über das gebotene Verständnis der pVV und deren gesetzlicher und gewohnheitsrechtlicher Grundlagen. Hält man sich Hubers Ausführungen in seinem Gutachten für das Bundesministerium der Justiz vor Augen, in dem er die pVV noch als „Kardinalfehler der gesetzlichen Regelung“⁵⁸⁸ bezeichnete, so erstaunt es, dass er selbst einige Jahre später die Reformbedürftigkeit des Leistungsstörungsrechts ausdrücklich verneinte und von seiner Forderung nach der Schaffung eines allgemeinen Haftungstatbestands abrückte.⁵⁸⁹

Huber ging nunmehr davon aus, dass es der Gesetzgeber keineswegs versäumt hatte, einen allgemeinen Haftungstatbestand im BGB zu verankern. Es wäre unverständlich, wie die Literatur überhaupt zu der Auffassung gelangen konnte, der Gesetzgeber hätte so alltägliche Fälle übersehen, die heutzutage gemeinhin unter das Rechtsinstitut der pVV subsumiert werden würden. Das Leistungsstörungsrecht des BGB hätte mit §276 durchaus eine allgemeine Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen enthalten. Der Gehalt des §276 als anspruchsgrundende Norm würde jedoch vielfach nicht mehr erkannt werden.⁵⁹⁰ Erneut machte Huber in der Hauptsache „Missverständnisse“ und die Unkenntnis des „äußeren Systems der Leistungsstörungen“ für den erschwertes Zugang zum Verständnis des Haftungssystems des Leistungsstörungsrechts verantwortlich. Den Grund dafür, dass das allgemeine Prinzip der Schadensersatzhaftung für jegliches Verschulden in §276 nicht plastischer und deutlicher ausgesprochen wurde, sah Huber in redaktionellen Schwierigkeiten, die sich bei den Gesetzesberatungen ergeben hätten.⁵⁹¹ Noch in §224 I 2 des ersten Entwurfs wäre die Haftung des Schuldners für schuldhafte Pflichtverletzungen ausdrücklich angeordnet worden. Später wäre die Vorschrift des §224 I 2 E1 allerdings aus redaktionellen Gründen

⁵⁸⁶ Soergel-Huber, Vor §459 Rn.39.

⁵⁸⁷ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §1 IV, S. 19 ff.

⁵⁸⁸ So Huber, Gutachten, S. 701.

⁵⁸⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 80.

⁵⁹⁰ Die Auffassung, dass §276 nur einen Haftungsmaßstab, nicht aber einen Haftungstatbestand enthielt, vertrat Huber allerdings noch in Huber, FS v. Caemmerer, S. 840 ff.

⁵⁹¹ Vgl. dazu Huber, FS v. Caemmerer, S. 840 ff.

abgeändert worden, so dass die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers nicht mehr so deutlich zu erkennen gewesen wäre. Eine sachliche Änderung wäre nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch nicht intendiert gewesen. Auch wäre der historische Gesetzgeber, so Huber, selbstverständlich davon ausgegangen, dass sich die Haftung des Schuldners für schuldhafte Pflichtverletzungen aus dem systematischen Zusammenhang des Gesetzes und den allgemeinen Vorschriften ergeben würde.⁵⁹² Überhaupt ginge aus den Gesetzesmaterialien hervor, dass bei den Beratungen in der Sache vollständiges Einvernehmen bestanden hätte und nur um die treffenden Formulierungen gerungen wurde.⁵⁹³ §276 war laut Huber damit der Grundsatz zu entnehmen, dass der Schuldner nicht nur bei vorsätzlicher, sondern auch bei fahrlässiger Nichterfüllung haften musste. Nach Huber enthielt §276 damit eine an einen Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge,⁵⁹⁴ die sich von anderen Normen nur durch ihren „fragmentarischen Gehalt“ unterschied.⁵⁹⁵ So könnte dem Wortlaut der Norm nicht entnommen werden, an welche tatbestandlichen Voraussetzungen die Haftung des Schuldners geknüpft war und worauf sich Vorsatz und Fahrlässigkeit beziehen mussten. Diesen „fragmentarischen Gehalt“ von tatbestandlichen Voraussetzungen konnte er jedoch in früheren Schriften selbst nicht erkennen.⁵⁹⁶ Ungeschriebene Voraussetzung des §276 sollte indessen die Nichterfüllung durch den Schuldner sein, auf die sich Vorsatz und Fahrlässigkeit beziehen mussten.⁵⁹⁷ Die Regelung des §276 enthielt nach Huber zudem eine doppelte Rechtsfolgenanordnung. Zum einen entnahm er - wie die herrschende Lehre auch - der Regelung des §276 eine Definition der zivilrechtlichen Schuld und damit einen Haftungsmaßstab, nach dem der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hatte. Die Norm hätte festgelegt, dass der Schuldner, soweit nicht ein Fall der Garantiehaftung gegeben war, Schadensersatz nur leisten musste, falls die Tatbestände der Unmöglichkeit oder Leistungsverzögerung erfüllt waren.⁵⁹⁸

⁵⁹² Anders Huber noch in AcP 177 (1977), S. 316 ff.: Huber spricht hier von einem zu Gewohnheitsrecht verfestigten Satz des deutschen Rechts, nach dem eine Vertragspartei, die die Gegenpartei bei Vertragsabschluss oder Vertragserfüllung durch schuldhafte Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht an den dadurch geschützten Rechtsgütern schädigt, nicht nur aus Delikt, sondern auch wegen Vertragsverletzung haftet.

⁵⁹³ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 89 f.

⁵⁹⁴ So schon Himmelschein in AcP 135 (1932), S. 271: „§276 Abs. 1 Satz 1 ist keine Begriffsbestimmung und kann es seiner äußereren Form nach auch nicht sein. Er ist ein Rechtssatz von normaler Struktur: an einen Tatbestand wird eine Rechtsfolge geknüpft. Der Tatbestand ist das vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten des Schuldners (vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung der Schuldnerpflicht), die Rechtsfolge das „zu vertreten haben“.“

⁵⁹⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 2, S. 78.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu Huber, FS v. Caemmerer, S. 840 ff.; Huber spricht dort von einer drohenden Haftungslücke, die durch das kraft richterlicher Rechtsfortbildung entstandene Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung zu schließen gewesen wäre.

⁵⁹⁷ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 2, S. 78.

⁵⁹⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 1, S. 78.

Zum anderen wollte er der Norm des §276 die allgemeine Regel entnehmen, dass der Schuldner für jede schuldhafte Verletzung einer schuldrechtlichen Pflicht, auch über die gesetzlich speziell geregelten Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs hinaus, auf Schadensersatz haften musste.⁵⁹⁹ Dieser allgemeine Rechtssatz läge dem BGB selbstverständlich zugrunde. Aufgrund dessen könnte von einer Regelungslücke für allgemeine Pflichtverletzungen im Leistungsstörungsrecht des BGB nicht die Rede sein. Eine restriktive Auslegung des §276 dahin gehend, dass in der Norm nur die Regelung eines Haftungsmaßstabs zu erblicken wäre, wäre mit der Intention des historischen Gesetzgebers nicht vereinbar. Der historische Gesetzgeber hätte sich vielmehr darauf beschränkt, in §276 S.1 das allgemeine Verschuldensprinzip anzuordnen, nach dem der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hatte.

b) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts

Auch wenn die Existenz des Rechtsinstituts der positiven Forderungsverletzung in Literatur und Rechtsprechung weitgehend umstritten war, herrschte bis zuletzt keine Einigkeit über den Anwendungsbereich des Rechtsinstituts und die Frage, wie das Verhältnis zwischen der pVV und den anderen Vorschriften des allgemeinen und besonderen Schuldrechts zu bestimmen war. Jedoch war das Verhältnis der positiven Vertragsverletzung zu den anderen Haftungstatbeständen des Leistungsstörungsrechts schon in der Definition der positiven Vertragsverletzung angelegt.

aa) Literatur

Überwiegend definierte man die pVV mittels einer negativen Begriffsbestimmung. Unter den Begriff der pVV sollten alle Pflichtverletzungen im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses fallen, die weder geeignet waren Unmöglichkeit noch Verzug herbeizuführen und deren Folgen nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfasst wurden.⁶⁰⁰ Da nach allgemeiner Ansicht nicht jede Pflichtverletzung als (teilweise) Unmöglichkeit oder Verzögerung des Schuldners aufgefasst werden konnte, war es nach herrschender Lehre erforderlich, das Haftungssystem des BGB im Falle einer schuldhaften Pflichtverletzung des Schuldners um einen dritten Haftungstatbestand zu ergänzen.⁶⁰¹ Die pVV entwickelte sich dabei zu einer Generalklausel, die hinter den spezielleren Vorschriften der Unmöglichkeit und des Verzuges zurücktreten sollte. In der Folge nahm man

⁵⁹⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 1, S. 79.

⁶⁰⁰ BGHZ 11, 83; BGH, NJW 1978, S. 260; Palandt-Heinrichs, §276 Rn.107.

⁶⁰¹ Staudinger-Löwisch, Vor §275 Rn.22.

kraft richterlicher Rechtsfortbildung die Existenz einer dritten Kategorie der Leistungsstörungen an, die mit den gesetzlich geregelten Tatbeständen der Unmöglichkeit und des Verzug konkurrieren sollte.

bb) Ulrich Huber

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre war Huber bereits in früheren Schriften der Überzeugung, dass die althergebrachte Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Verzug auf der einen Seite und der pVV auf der anderen Seite einer gesetzlichen Grundlage entbehrte. Auch wäre eine dahin gehende Differenzierung nicht sinnvoll. Nach Huber war in der positiven Vertragsverletzung von jeher kein eigenständiges Rechtsinstitut zu erblicken, das von den anderen gesetzlich geregelten Haftungstatbeständen der Unmöglichkeit und des Verzugs zu unterscheiden war. Dies wurde nach Huber schon aus dem Umstand ersichtlich, dass der Begriff der positiven Vertragsverletzung nur negativ definiert werden konnte und alle Fälle der Pflichtverletzung umfassen sollte, die weder von den Vorschriften der Unmöglichkeit noch von den Vorschriften des Verzugs umfasst waren.⁶⁰² Im Anschluss daran vertrat er die Auffassung, dass nach dem BGB überhaupt nur zwei Kategorien der Pflichtverletzung existieren konnten. So wollte Huber zwischen den Haftungstatbeständen der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit einerseits und der Verletzung von Verkehrspflichten andererseits differenzieren.

Nach Huber sollte der Schuldner grundsätzlich für jede schuldhafte Nichterfüllung einer Verbindlichkeit haften, gleichgültig, ob es sich dabei um die Nichterfüllung einer vertraglich begründeten Haupt- oder Nebenpflicht oder einer gesetzlich begründeten, aus Treu und Glauben abgeleiteten, Pflicht handelte.⁶⁰³ Rechtsfolge der Nichterfüllung war nach Huber grundsätzlich eine auf das Ausgleichsinteresse gerichtete Haftung des Schuldners, also Ersatz desjenigen Schadens, der sich auch durch die spätere Erfüllung nicht mehr beseitigen ließ. Nur unter zusätzlichen Voraussetzungen sollte es dem Gläubiger möglich sein, statt der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.⁶⁰⁴ Diese zusätzlichen Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger berechtigt sein sollte, an Stelle seines ursprünglichen Erfüllungsanspruchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wären im BGB jedoch nur unvollständig geregelt und bedürften der Ergänzung.⁶⁰⁵ Die gesetzlichen Tatbestände, die eine erfolglose Nachfristsetzung (§§283, 326 I), einen Wegfall

⁶⁰² Huber, FS v. Caemmerer, S. 868.

⁶⁰³ Huber, FS v. Caemmerer, S. 869 ff.

⁶⁰⁴ Huber, FS v. Caemmerer, S. 869 ff.

⁶⁰⁵ Huber, FS v. Caemmerer, S. 851.

des Interesses (§§286 II, 326 II) oder eine Unmöglichkeit (§§280, 325) voraussetzen, könnten nicht als abschließende Regelung gesehen werden.⁶⁰⁶ Folgerichtig hätte die Rechtsprechung diese gesetzlich geregelten Fälle kraft richterlicher Rechtsfortbildung erweitert. Alle gesetzlich nicht geregelten Fälle würden unter dem Begriff der „positiven Forderungsverletzung“ zusammengefasst, die zwar keine eigenständige Kategorie der Leistungsstörungen darstellen würde, dafür aber als Generalklausel gewohnheitsrechtlich anerkannt wäre.⁶⁰⁷

Als weitere Kategorie der Pflichtverletzung käme die Verletzung von Verkehrspflichten in Betracht, die aber teilweise von der Literatur in gleicher Weise unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung gefasst würden.⁶⁰⁸ Der pVV käme in dieser Kategorie die Funktion eines ergänzenden Haftungstatbestandes für die Verletzung von Verhaltenspflichten zu, die unabhängig von den durch Vertrag begründeten Pflichten zu sehen wären. Die Haftung aus pVV würde lediglich dem Zweck dienen, dem Gläubiger die Vorteile der vertraglichen Haftung zu sichern, da er durch das Deliktsrecht nicht in hinreichender Weise geschützt wäre.⁶⁰⁹ In systematischer Hinsicht sollten unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung damit alle Fälle der zu vertretenden Nichterfüllung fallen, die nicht den Kategorien der Unmöglichkeit und des Verzugs zugeordnet werden konnten. Gleiches sollte für die verschiedenen Fälle der Verletzung von Verkehrspflichten im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse gelten.⁶¹⁰

Diese Sichtweise Hubers floss auch in das Gutachten ein, das er für die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts erarbeitete.

Huber empfahl in besagtem Gutachten die Einführung eines allgemeinen Haftungstatbestands der „Nichterfüllung“. Dies sollte in Anlehnung an den Tatbestand der „non-performance“ im einheitlichen Kaufrecht (EKG) geschehen, der auch die Fälle der Unmöglichkeit, des Verzugs und der positiven Forderungsverletzung umfassen sollte.⁶¹¹ Zudem schlug er die Schaffung eines Sondertatbestands für die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor, die es dem Gläubiger ermöglichen sollte, ohne Setzen einer Nachfrist Schadensersatz zu fordern. Er vertrat damals die Ansicht, dass Unmöglichkeit, Verzug und Mangelhaftigkeit der geschuldeten Sache überhaupt keine Grundkategorien des Leistungsstörungsrechts mehr darstellen würden, sondern nur mehr als Spezialfälle in einem

⁶⁰⁶ Huber, FS v. Caemmerer, S. 855 ff.

⁶⁰⁷ Huber, FS v. Caemmerer, S. 858 ff.

⁶⁰⁸ Huber, FS v. Caemmerer, S. 871.

⁶⁰⁹ Huber, FS. v. Caemmerer, S. 871.

⁶¹⁰ Huber, FS. v. Caemmerer, S. 871 f.

⁶¹¹ Huber, Gutachten, S. 699 f.

allgemeinen Tatbestand der Nichterfüllung aufgehen sollten.⁶¹² Auch im Falle der Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht sollte der Gläubiger grundsätzlich gezwungen werden am Vertrag festzuhalten. Allerdings räumte ihm der Entwurf das Recht ein, sich unter gewissen Umständen vom Vertrag zu lösen oder Schadensersatz zu verlangen. So sah Hubers Entwurf ein verschuldensabhängiges Rücktrittsrecht im Falle der Nichterfüllung von Vertragspflichten vor, machte dieses aber vom erfolglosen Verstreichen einer zu setzenden Nachfrist abhängig. Entbehrlich sollte das Setzen einer Nachfrist im Falle einer ernsthaften Erfüllungsverweigerung, einer Unmöglichkeit oder wesentlichen Vertragsverletzung sein. Eine Vertragsverletzung war nach dem Entwurf dann als wesentlich anzusehen, wenn sie das Interesse des Gläubigers an der Durchführung des Vertrages entfallen ließ und dies für den Schuldner bei Vertragsschluss auch erkennbar war.⁶¹³ Darüber hinaus ging man von einer Garantiehaftung des Schuldners aus, so dass jede Nichterfüllung grundsätzlich zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers führen musste. Allerdings sollte der Schuldner nicht für unvorhersehbare Schäden oder für Umstände haften, die ihn an der Erfüllung hinderten und von ihm nach dem Sinn des Vertrages nicht vorauszusehen, zu vermeiden oder zu überwinden waren.⁶¹⁴

In den „Leistungsstörungen“ wollte Huber in §276 nunmehr eine allgemeine Haftungsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen erblicken.⁶¹⁵ Zwar sollte sich das Vertreten müssen auch in §276 auf die ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung der Nichterfüllung beziehen. Jedoch kam in den Leistungsstörungen ein anderes Verständnis der pVV und ihres Verhältnisses zu den anderen gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck. Zum einen sollte die in §276 enthaltene Verschuldenshaftung nunmehr ein Gegenstück zu der in §279 enthaltenen Garantiehaftung darstellen. Zum anderen war Huber der Auffassung, dass die allgemeine Verschuldenshaftung gegenüber den spezielleren Vorschriften der Unmöglichkeit und des Verzugs zurücktreten sollte, und ihr nur mehr eine ergänzende Funktion zukommen konnte. Neben den speziellen Vorschriften der Unmöglichkeit und des Verzugs sollte die Haftung nach §276 für schuldhafte Schlechtleistung nicht zur Anwendung kommen, da die Vorschriften der §§280 ff. als lex specialis der allgemeinen Verschuldenshaftung vorgingen.⁶¹⁶ Dies wäre schon aus der negativen Definition der

⁶¹² Huber, Gutachten, S. 753.

⁶¹³ So auch schon angedeutet in Huber, FS v. Caemmerer, S. 859.

⁶¹⁴ Huber, Gutachten, S. 664 ff.

⁶¹⁵ Gegen diese Auslegung des §276 wandte sich Rabel. Er verneinte den Charakter des §276 als anspruchsbegründende Norm. §276 enthielt vielmehr die alte Regel über die Grade der culpa. Nach §276 müsste der Schuldner dolus und culpa vertreten. Vgl. Rabel, Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, S. 487 f.

⁶¹⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 4, S. 92.

positiven Vertragsverletzung ersichtlich, nach der unter diesem Rechtsinstitut alle Pflichtverletzungen fielen, die weder dazu geeignet waren Unmöglichkeit noch Verzug herbeizuführen. Dem Gläubiger sollte aber gerade nicht das Recht zustehen, bei jeder schuldhaften Pflichtverletzung des Schuldners Schadensersatz zu fordern. Diese Auffassung wäre auch kaum mit Hubers Ansicht bezüglich der Fortgeltung des Erfüllungsanspruchs vereinbar. Oftmals bestünde die Pflichtverletzung nur in der Verletzung von Neben- und Teilpflichten, deren Bedeutung nicht ausgereicht hätte, um eine Loslösung vom Vertrag zu rechtfertigen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger das Recht hatte, wegen einer Pflichtverletzung des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten, war Huber zufolge gesetzlich nicht geregelt. Dies wäre auf Grundlage allgemeiner Rechtsprinzipien und anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Aufgrund der Spezialität der Verzugsnormen käme ein Rückgriff auf die positive Vertragsverletzung jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn sich die Pflichtverletzung des Schuldners im Nichtleisten zum vereinbarten Leistungszeitpunkt erschöpfte. Anders als in seinen früheren Schriften ging Huber somit nicht mehr davon aus, dass der Norm des §276 durch die Abänderungen der Redaktionskommission ihr anpruchsbegründender Gehalt abhanden gekommen war.⁶¹⁷

4. Arbeitsweise Ulrich Hubers

Führt man sich die konträren Ansichten Ulrich Hubers vor Augen, so stellt sich die Frage nach den Gründen für Hubers Meinungswandel. Der Schlüssel zum Verständnis von Hubers Ausführungen könnte dabei in den Materialien zu sehen sein, auf die sich Huber jeweils stützte und die die Grundlage bildeten, auf denen seine Darstellung aufbauen. Diese Materialien nahmen dabei im Laufe der Zeit einen unterschiedlichen Stellenwert in seinen Betrachtungen ein. So kann man allgemein sagen, dass die Gesetzesmaterialien und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, obgleich sie Huber wohl bekannt waren, in seinen frühen Darstellungen weniger Berücksichtigung erfuhren. Um Rückschlüsse auf Ulrich Hubers Arbeitsweise zu erhalten, soll nun der Stellenwert der einzelnen Quellen in seinen Betrachtungen ermittelt werden und untersucht werden, ob der Meinungswandel mit einer unterschiedlichen Gewichtung der Quellen einherging. Auch wird zu untersuchen sein, ob eine unterschiedliche Gewichtung der Quellen gegebenenfalls seinen Meinungswandel rechtfertigen konnte.

⁶¹⁷ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 4, S. 92.

a) Rechtszustand und Literatur vor Einführung des BGB

Die bis zur Einführung des BGB erschienene Literatur fand in Hubers älteren Schriften keine Berücksichtigung. Weder in seinem Aufsatz „Die Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung“ aus dem Jahre 1977 noch in dem Beitrag „Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“ oder in seinem Gutachten waren Rechtszustand und Literatur vor Einführung des BGB berücksichtigt. Auch enthielten sie keinen Hinweis darauf, dass Huber sich damit beschäftigt haben könnte. Erst in seinen Leistungsstörungen sind Ausführungen zum vor 1900 in Deutschland geltenden Rechtszustand enthalten. In diesem Zusammenhang ging Huber auf das gemeine Recht und einige in den deutschen Ländern geltende Partikularrechte ein. Huber hielt es für unwahrscheinlich, dass das BGB eine Regelungslücke bezüglich der allgemeinen Verschuldenshaftung aufwies, da die Fälle der heutigen pVV bereits im gemeinen Recht und den Partikularrechten wohl bekannt waren und auch Regelungen diesbezüglich vorgesehen waren. So hätte beispielsweise schon das Preußische Allgemeine Landrecht eine solche allgemeine Regelung enthalten. Auch hätte jedes gängige Lehrbuch aus dieser Zeit die Notwendigkeit einer solchen allgemeinen Anspruchsgrundlage betont.⁶¹⁸

aa) gemeinses Recht

Huber betonte in späteren Darstellungen, dass auch im gemeinsen Recht eine Haftung des Schuldners für Vertragsverletzungen aufgrund pflichtwidrigen Verhaltens allgemein anerkannt gewesen wäre. Als unverständlich bezeichnete er es, dass dieser historische Zusammenhang in Literatur und Rechtsprechung nicht mehr erkannt werden würde. Allerdings hatte auch er früher kein Vorbild für die Haftung des Verkäufers für Vermögensschäden bei schlichem Verschulden im gemeinsen Recht ausmachen können.⁶¹⁹ Später führte er aus, es könnte nur als Rückprojektion einer verfehlten Auslegung des BGB in die Rechtsgeschichte angesehen werden, wenn behauptet würde, dass es mit Unmöglichkeit und Verzug nur zwei Formen der Vertragsverletzung im gemeinsen Recht gegeben hätte. Es wäre weder eine Errungenschaft der modernen Rechtswissenschaft noch eine Fortentwicklung des BGB, wenn man heute der Ansicht wäre, dass jede Pflichtverletzung im Vertrag zum Schadensersatz verpflichten würde.⁶²⁰ Vielmehr berief sich Huber auf das Vorbild der allgemeinen Culpa-Haftung im gemeinsen Recht. In der Folge führte er eine Vielzahl von Fallbeispielen aus den Lehrbüchern von Windscheid und Dernburg an, um die Rechtskontinuität zwischen der allgemeinen Haftung für Culpa im gemeinsen Recht und der

⁶¹⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §2 IV 2, S. 39; so auch schon Himmelschein AcP 135 (1932), S. 268

⁶¹⁹ Soergel-Huber, Vor §459 Rn.39.

⁶²⁰ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 82.

Haftung für Verschulden nach §276 im BGB zu belegen. Im Gegensatz zum BGB wäre die passende Anspruchsgrundlage (actio) aber in derartigen Fällen nicht eine allgemeine Klage aus Vertragsverletzung gewesen, sondern eine Klage aus dem konkreten Schuldverhältnis, aus dem die verletzte Pflicht entstammte.⁶²¹ Anerkanntermaßen hätte, ohne Rücksicht auf den jeweiligen Schuldvertragstypen, jede Nicht- oder Schlechterfüllung im Rahmen eines Vertrages eine Klagemöglichkeit eröffnet. Die jeweilige actio aus dem konkreten Schuldverhältnis wäre auch im Falle der Unmöglichkeit oder des Verzuges die richtige „Anspruchsgrundlage“ gewesen. Allerdings stellte Huber klar, dass selbstständige Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Schuldrechts dem gemeinen Recht vollständig fremd waren.⁶²² Auffällig an diesen Ausführungen ist, dass Huber sich ausschließlich auf Fallbeispiele aus Windscheids Lehrbuch und Dernburgs Pandekten beruft. Eigene Fundstellen aus den Pandekten führt Huber jedoch nicht an. Zwar werden auch Urteile des RG und des ROG zitiert, jedoch nur insofern, als diese auch bei Windscheid und Dernburg zitiert wurden. Darin mag eine gewisse Arbeitserleichterung für Huber zu sehen sein, zumal seit jeher die Lehre von der Culpa zu den „schwierigsten und bestrittensten in der Rechtswissenschaft, in dem Civil- und Criminal-Recht“ gehörte⁶²³ Die Hauptursachen für diesen Umstand waren insbesondere darin zu sehen, dass der Begriff der Haftung für „Culpa“ oftmals in unterschiedlicher Weise gebraucht wurde und verschiedene Dinge bezeichnen konnte. Der Begriff der Culpa wurde im gemeinen Recht häufig synonym mit Begriffen wie Schuld, Verschulden oder Fahrlässigkeit gebraucht. Überdies wurde er im Zusammenhang mit den Begriffen „diligentia“, „negligentia“ oder „custodia“ genannt. Bezeichnet wurde damit im Allgemeinen eine gesetzeswidrige, einen Rechtssatz verletzende Handlung.⁶²⁴ Weitgehende Einigkeit bestand dahin gehend, dass der Begriff der „Culpa“ im weitesten Sinne mit dem Begriff der iniuria verwandt war und auch den „Dolus“ umfassen konnte. Im Laufe der Zeit bildete sich die „Culpa“ aber als Gegensatz zum Begriff des „Dolus“ heraus und bezeichnete damit die nicht vorsätzliche, aber dennoch zurechenbare, weil fahrlässige Verursachung.⁶²⁵ Der Begriff der Culpa drückte somit auch die innere subjektive Widerrechtlichkeit einer Handlung oder Unterlassung im Sinne von Zurechnungsfähigkeit aus.⁶²⁶ Somit konnte Culpa neben der objektiven Widerrechtlichkeit auch die subjektive Widerrechtlichkeit bezeichnen.

⁶²¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 84: Beispielsweise also die actio empti, wenn der Verkäufer durch die Lieferung einer mangelbehafteten Sache einen Schaden an anderen Rechtsgütern des Käufers herbeiführte.

⁶²² Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 84.

⁶²³ Zirkler in Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten III, S. 83 f.; Welcker in Rottek/Welcker, Das Staats-Lexikon III, S. 625 ff.

⁶²⁴ Welcker in Rottek/Welcker, Das Staats-Lexikon III, S. 626.

⁶²⁵ Mitteis, I, §17, S. 322.

⁶²⁶ Zirkler in Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten III, S. 83 ff.

Mit der subjektiven Widerrechtlichkeit korrespondierte dann aber die Bedeutung der Culpa als positives Merkmal der Zurechnung. Bei Begehnungs- oder Unterlassungshandlungen, welche objektiv widerrechtlich und subjektiv zurechenbar waren, hatte der Schuldner dann dasjenige Interesse zu ersetzen, das infolge seiner rechtsverletzenden Handlung entstanden war. Allerdings kann das Rechtsinstitut der Culpa-Haftung nicht als eine Anspruchsgrundlage im heutigen Sinn verstanden werden. Stark vereinfacht sollte nur dort, wo überhaupt Verantwortlichkeit stattfand, für Dolus und grobe Fahrlässigkeit (Culpa lata) generell gehaftet werden. Für geringe, unwissentliche Verschuldung hingegen sollte nur bei der sog. aquilischen Culpa gehaftet werden, sofern sie sich in einer positiven Verletzung des Grundsatzes „neminem laede“ manifestierte. Bei der außeraquilischen Culpa musste der Schuldner für den ganzen Umfang des Verschuldens eintreten, sofern die Rechtsverletzung durch Nichterfüllung einer Obligation begangen wurde, die dem Schuldner zum Vorteil gereichte. Allerdings existierte eine Vielzahl von Ausnahmen hierzu.⁶²⁷

Auffallend ist, dass in Hubers früheren Schriften der Hinweis auf das Vorbild der culpa-Haftung im gemeinen Recht fehlte. In seinen späteren Darstellungen meinte Huber nicht mehr ohne den Verweis auf das gemeine Recht auskommen zu können. Der Vergleich des Rechtszustands nach 1900 mit dem gemeinem Recht ist auch ein typisches Merkmal der Arbeitsweise Hubers. Aufgrund der oftmals unklaren Terminologie im gemeinen Recht ist die Aussagekraft dieses Vergleichs allerdings begrenzt.

bb) Partikularrechte

In gleicher Weise berief sich Huber auf eine Rechtskontinuität zwischen den vor dem Inkrafttreten des BGB im Deutschen Reich geltenden Partikularrechten und dem BGB. Auch in diesen wäre bereits anerkannt gewesen, dass die Haftung des Schuldners bei Pflichtverletzungen nicht auf die Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs beschränkt sein sollte. So hätte bereits im Preußischen Allgemeinen Landrecht ein anerkannter Rechtsgrundsatz existiert, nach dem der Schuldner dem Gläubiger zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet war, der dem Gläubiger in Folge seiner schuldhaften Pflichtverletzung entstanden war.⁶²⁸ Als Beleg führte Huber die Grundregeln der §§277 bis 284 (I,5) Preußisches Allgemeine Landrecht an:

„Wer bei Erfüllung eines Vertrages ein grobes Versehen sich zu Schulden kommen lässt, ist in allen Fällen zum Schadensersatz verbunden.“⁶²⁹

⁶²⁷ Vgl. dazu auch Kotulla, S. 358 ff.

⁶²⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 81.

⁶²⁹ §277 (I, 5) ALR.

„Haben beide Teile unmittelbar aus dem Vertrag selbst Vorteile zu erwarten, so sind beide auch aus einem mäßigen Versehen wechselseitig verpflichtet [...].“⁶³⁰

Huber sah in dieser Norm eine allgemeine Regelung der Verschuldenshaftung, die durch besondere Vorschriften über den Verzug und über die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit ergänzt wurde.⁶³¹ Darüber hinaus wies er auf die besonderen Bestimmungen der §§278 (I,5) ff. ALR hin, die Regelungen über den Verschuldensgrad bei einzelnen Vertragsverhältnissen enthielten. Einen Unterschied zum gemeinen Recht sah er in der Abhängigkeit des Schadensersatzumfangs vom Verschuldensgrad (vgl. §§286 ff. ALR). Auch wies Huber darauf hin, dass im Geltungsbereich des französischen Rechts sich aus Art. 1147 Cc eine allgemeine Verschuldenshaftung ableiten ließ.⁶³² Nach dieser müsste der Verkäufer in jedem Fall der Nichterfüllung und der verspäteten Erfüllung auf Schadensersatz haften. Ein Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit sollte auch der Fall der nicht gehörigen Erfüllung darstellen.⁶³³

Auf weitere Partikularrechte nahm Huber keinen Bezug. Dabei wiesen andere Partikularrechte wie der Dresdner Entwurf, das sächsische BGB oder das schweizerische Obligationenrecht keine Anspruchsgrundlagen für schuldhafte Vertragsverletzungen auf, sondern nur Regelungen über Unmöglichkeit und Verzug. Allerdings konnten Regelungslücken betreffend die Fälle der positiven Vertragsverletzung durch eine weite Fassung der Deliktstatbestände vermieden werden.⁶³⁴ So typisch der Blick auf die Rechtsordnungen anderer Länder bei Huber auch sein mag, so sollte die Darstellung der Partikularrechte, nicht als Ausdruck einer Vorliebe für eine rechtsvergleichende Arbeitsweise gesehen werden, die sich bei Huber durchaus finden lässt. Vielmehr ging es Huber mit der Darstellung des französischen und preußischen Rechts allein darum, zu verdeutlichen, dass den Verfassern des BGB die Fälle der pVV durchaus auch aus anderen Rechtsordnungen bekannt sein mussten. Der Vergleich mit den Regelungen des preußischen und französischen Rechts ist indessen nur bedingt aussagekräftig, da sich die Verfasser des BGB an mehreren Stellen ausdrücklich von den Grundsätzen dieser Rechtsordnungen distanzierten. Allerdings muss Huber zugegeben werden, dass es angesichts der positiven Regelung im ALR und im französischen Recht als unwahrscheinlich erscheint, dass den Mitgliedern der Gesetzgebungskommissionen, die

⁶³⁰ §278 (I, 5) ALR.

⁶³¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 84 ff.

⁶³² 1147 CC: „Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.“

⁶³³ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 85.

⁶³⁴ Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Kotulla, S. 371 ff.

häufig auch als Juristen in der Praxis tätig waren, die Fälle der positiven Vertragsverletzung unbekannt waren. Darum ist es in der Tat unwahrscheinlich, dass die Fälle der pVV im Gesetzgebungsprozess einfach übersehen wurden. Dies kann aber nicht als Beweis für die Existenz einer allgemeinen Verschuldenshaftung im BGB gewertet werden. Vielmehr enthielt der besondere Teil des Schuldrechts vielfach Sonderbestimmungen, die es durchaus als möglich erscheinen lassen, dass der historische Gesetzgeber die getroffenen Regelungen für ausreichend erachtete und aus diesem Grunde auf eine gesetzlich normierte Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen bewusst verzichtete.

cc) Friedrich Mommsen

Im Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung ging Huber auch auf Friedrich Mommsens Lehre von der Teilunmöglichkeit ein.⁶³⁵ Mommsens Werk, mit seinen ausufernden und teilweise nur schwer zu durchdringenden dogmatischen Differenzierungen, wurde in der Literatur nach 1900 unterschiedlich beurteilt und vereinnahmt. In der Literatur wurde Mommsen mit seinem weiten Unmöglichkeitsbegriff teilweise als Wegbereiter der Auffassung bezeichnet, die das Rechtsinstitut der pVV als Unterfall der schuldhaften Unmöglichkeit begreifen wollte.⁶³⁶ Dies wurde insbesondere von Zimmermann und Emmerich vertreten, die darauf hinwiesen, dass Mommsen nur zwei Fälle der Pflichtverletzung, nämlich Unmöglichkeit und Verzug, gekannt hätte. Diejenigen Fälle, die heute gewöhnlich unter das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung gefasst würden, hätte Mommsen als „theilweise Unmöglichkeit“ in Ansehung der Zeit oder Qualität der geschuldeten Leistung begriffen.⁶³⁷ Huber wandte sich entschieden gegen die Behauptung, dass in der Lehre Mommsens die Haftung für schuldhafte Pflichtverletzungen als Fall der Unmöglichkeit der Leistung konzipiert war. Über eine ganze Seite führte er aus, Mommsen selbst hätte die Fälle der positiven Forderungsverletzung selbstverständlich der Haftung wegen „Culpa“ zugeordnet, „die in objektiver Beziehung nichts weiter als die Nichterfüllung einer rechtsgültig bestehenden Obligation vorausgesetzt [hätte] und in subjektiver Hinsicht Verschulden erfordert[e].“⁶³⁸ Zwar hätte sich Mommsen nie mit der allgemeinen Culpa-Haftung auseinandersetzen wollen, da seine Abhandlungen nur die Unmöglichkeitslehre und die Lehre von der Mora zum Gegenstand gehabt hätten. Jedoch

⁶³⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 88.

⁶³⁶ Himmelschein, AcP 135 (1932), S 255, 281 ff.; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 24 f.; Kisch, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit, S. 167; Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 161 f.; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, §1 II 1, III, S. 4 ff., §2 II 1, S. 18 ff., §20 III S. 224 f.; MüKo-Emmerich, Vor §275 Rn.220 ff.; so erkennbar auch das Reichsgericht in RGZ 54 (1903), 98, 102; zuletzt auch Zimmermann, The Law of Obligations, S. 810 ff., der der Auffassung war, dass Fälle der Schlechtleistung nach Mommsen und Windscheid als Fall der teilweise Unmöglichkeit behandelt werden müssten.

⁶³⁷ Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, §2 III, S. 10 f.

⁶³⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 88.

wäre Mommsen unzweifelhaft von der Geltung der allgemeinen Verschuldenshaftung ausgegangen. Diese Behauptung stützte Huber insbesondere auf die Aussage Mommsens, im Verhältnis zur Culpa wäre die Mora als selbstständiges Institut aufzufassen, da in objektiver Hinsicht die bloße Nichterfüllung nicht ausreiche, sondern eine Mahnung hinzukommen müsste.⁶³⁹ Die von Emmerich und Zimmermann angeführten Stellen, die von der „theilweisen“ Unmöglichkeit in Ansehung der Qualität handelten, beträfen allesamt die Frage, ob die anfängliche Teilunmöglichkeit zur Nichtigkeit des Vertrages führen könnte, was mit einer Haftung wegen pVV nichts zu tun hätte.⁶⁴⁰

Dieser Einwand Hubers vermag jedoch nicht zu überzeugen. An anderer Stelle führte Mommsen aus: „[In] Ansehung derjenigen theilweisen Unmöglichkeit, welche nach der Perfection der Obligation eintritt, genügt für einige Fälle gleichfalls die bloße Hinweisung auf die Grundsätze über die sogleich vorhandene Unmöglichkeit.“⁶⁴¹ Dies macht deutlich, dass Mommsen selbst seine Ausführungen über die sogleich vorhandene Unmöglichkeit im Allgemeinen auf die nachträglich vorhandene Unmöglichkeit für übertragbar hielt. Es kann nicht mit hinreichender Gewissheit geklärt werden, wie Mommsen die Fälle, die heute gewöhnlich unter dem Begriff der positiven Vertragsverletzung subsumiert werden, rechtlich behandelt hätte.⁶⁴² Dies erklärt sich schon allein daraus, dass bei Mommsen die Tatbestände der Unmöglichkeit und des Verzugs im Mittelpunkt des Interesses standen und Fälle der Schlechterfüllung oder die Verletzung anderer Nebenpflichten nur beiläufig erwähnt wurden.⁶⁴³ Es erscheint durchaus als möglich, die beschriebenen Fälle der Schlechterfüllung und die Verletzung von Nebenpflichten unter Mommsens Unmöglichkeitsbegriff zu subsumieren.⁶⁴⁴ Für eine Anwendung der Unmöglichkeitsregeln mag die weit reichende Konzeption seines Unmöglichkeitsbegriffs sprechen, der den Tatbestand der teilweisen Unmöglichkeit auch auf die qualitative oder zeitweilige Nichterfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit erstreckte.⁶⁴⁵ Auch wollte Mommsen den Gegenstand der Obligation weit fassen, so dass die Nichterfüllung des Gläubigers nicht nur die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht betreffen konnte:

⁶³⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 88 unter Berufung auf Mommsen, Lehre von der Mora, S. 22

⁶⁴⁰ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 153 ff., 193 ff.

⁶⁴¹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 287, allerdings mit dem Hinweis versehen, dass dies keinesfalls allgemein gelte. Insbesondere könnten die Vorschriften des ädilizischen Edikts eine abweichende Beurteilung erforderlich machen.

⁶⁴² So auch Walter, S. 22.

⁶⁴³ Vgl. Harting, S. 113.

⁶⁴⁴ So insbesondere Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 255, 281 ff.

⁶⁴⁵ Soweit wohl auch noch Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 88.

„Zum ursprünglichen Gegenstande [der Obligation] sind nicht nur die Hauptleistungen, sondern eben so sehr die Nebenleistungen zu rechnen, sowie die Erweiterungen, welche die Leistung durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Nebenbestimmungen über Ort und Zeit derselben erhalten hat. So liegt denn darin, dass neben dem hauptsächlichen Gegenstande der Obligation unter Umständen noch ein Interesse wegen nicht beschaffter Nebenleistungen oder deshalb gefordert werden kann, weil die Leistung nicht an dem rechten Orte oder nicht zur rechten Zeit erfolgt ist, kein Widerspruch gegen die obige Auffassung das Interesse als eines Aequivalents für den ursprünglichen Gegenstand der Obligation.“⁶⁴⁶

Mommsen ging also nicht nur von einem weiten Unmöglichkeitsbegriff aus, sondern auch von einem damit korrespondierenden weiten Leistungsbegriff. Eine ordnungsgemäße Leistung war danach nur gegeben, wenn auch die Modalitäten der Leistung vom Schuldner eingehalten wurden. Dies würde eigentlich für die Auffassung Himmelscheins sprechen, der den Hauptfehler in der Rezeption der Lehre Mommsens darin sah, dass die Leistungspflicht des Schuldners nur mit der Pflicht zur Erfüllung der Hauptleistungspflichten gleichgesetzt wurde, obgleich Mommsen auch die Nebenleistungspflichten nach dem Inhalte der Obligation als geschuldet ansah. Allerdings kann dieser Literaturansicht, nach der die Fälle der pVV im Anschluss an die Lehre Mommsens unter den Haftungstatbestand der verschuldeten Unmöglichkeit subsumiert werden sollten, nicht zugestimmt werden. Wie aus Mommsens Ausführungen deutlich wird, ging dieser nicht soweit, jeden Fall der Nichterfüllung einer Nebenpflicht als Fall der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung zu begreifen.⁶⁴⁷ Vielmehr legen Mommsens Ausführungen einen gegenteiligen Schluss nahe. So führte Mommsen aus:

„Das Recht des Gläubigers geht allein auf Erfüllung der Obligation; jede Verletzung des Rechts des Gläubigers von Seiten des Schuldners muss sich daher als Nichterfüllung darstellen, möge nun die Nichterfüllung sich auf den Gegenstand der Obligation in seinem ganzen Umfange oder nur auf einen Theil desselben sich beziehen. Der Grund der Nichterfüllung kann aber entweder darin liegen, dass der Schuldner nicht erfüllen kann, oder darin, dass er nicht erfüllen will.“⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Mommsen, Lehre vom Interesse, S. 9.

⁶⁴⁷ Insofern zutreffend Harting, S. 124.

⁶⁴⁸ Mommsen, Lehre von der Mora, S. 13.

Mommsens Ausführungen legen die Vermutung nahe, er wäre von einem zentralen Tatbestand der Nichterfüllung ausgegangen, der sich in die Fälle untergliederte, in denen der Schuldner entweder nicht leisten konnte oder nicht leisten wollte.⁶⁴⁹ Dieser „zentrale Haftungstatbestand“, der also auch die Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs umfasst hätte, könnte dabei Ausgangspunkt einer genaueren Differenzierung für eine Einordnung der Leistungsstörung in Mommsen Haftungssystem sein. Dolus und Culpa hätten nach diesem Verständnis nur die Funktion, den objektiven Tatbestand der Nichterfüllung durch ein subjektives Zurechnungsmoment zu ergänzen. Diese Auffassung legt auch eine andere Textstelle Mommsens nahe:

„[...] [Es] ist [...] nothwendig, die Grundsätze, welche für den Dolus und die Culpa gelten, in ihren allgemeinen Zügen anzugeben. Dieselben kommen hier nur insofern in Betracht, als es sich um die durch Dolus oder Culpa veranlaßte Nichterfüllung einer Obligation handelt, da die in der Mora enthaltene Rechtsverletzung eben in einer Nichterfüllung der Obligation nach einer bestimmten Richtung hin, nämlich in Beziehung auf die Erfüllungszeit besteht.“⁶⁵⁰
 „Die zu späte Erfüllung ist eben eine theilweise Nichterfüllung [...].“⁶⁵¹

Der Terminus „durch Dolus oder Culpa veranlasste Nichterfüllung“ kann als Indiz dafür gewertet werden, dass die Culpa in der Lehre Mommsens nicht ein Haftungstatbestand, sondern nur ein Zurechenbarkeitskriterium für die Nichterfüllung sein sollte. Dennoch kann man nicht davon ausgehen, dass Mommsen einen zentralen Haftungstatbestand der Nichterfüllung schaffen wollte, der alle denkbaren Fälle der Leistungsstörungen umfassen sollte. Huber wies zu Recht darauf hin, dass Mommsen selbstverständlich der allgemeinen Culpa-Haftung ihren Anwendungsbereich belassen wollte.⁶⁵² Aus der oben zitierten Textstelle ist lediglich ersichtlich, dass für Mommsen die Erörterung der allgemeinen Culpa-Haftung, von deren Geltung er selbstverständlich ausging, nur insofern von Interesse war, als es zu Überschneidungen mit der Lehre von der Mora kommen konnte, die er auch nur als „theilweise Nichterfüllung“ in Ansehung der Zeit begriff. Mommsen machte deutlich, dass dem Begriff der Culpa im gemeinen Recht verschiedene Bedeutungen zukommen konnten.⁶⁵³

⁶⁴⁹ So insbesondere Harting, S. 113.

⁶⁵⁰ Mommsen, Lehre von der Mora, S. 13.

⁶⁵¹ Mommsen, Lehre von der Mora, S. 13 Fn.1.

⁶⁵² Vgl. dazu Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 88.

⁶⁵³ Unzutreffend daher Wollschläger, S. 152, der Culpa allein als Verschuldensmerkmal bezeichnete, das sich auf den Verletzungstatbestand der Nichterfüllung bezog. Ähnlich Harting, S. 113: Harting ging davon aus, dass Mommsen die Nichterfüllung als eigentlichen Haftungstatbestand auffasste, wobei dieser nach dem Grund der Nichterfüllung differenzierte, ob der Schuldner nicht erfüllen konnte oder nur nicht erfüllen wollte.

Gewöhnlich, so Mommsen, würde der Begriff der Culpa die Richtung des Willens bezogen auf die Rechtsverletzung bezeichnen. In der zuletzt angegebenen Bedeutung, aufgefasst als der auf die Rechtsverletzung bezogene Wille des Schuldners, wäre die Culpa allein nicht geeignet, überhaupt einen rechtlichen Zwang zu begründen. Der auf das Unrecht gerichtete Wille an sich würde noch keine Verletzung der Rechtsordnung darstellen. Die Culpa hätte als subjektives Moment nur insofern eine Bedeutung für die Rechtordnung, als sie sich in einer objektiven Rechtsverletzung manifestierte.⁶⁵⁴ Nach Mommsen kam der Culpa aber in den Quellen noch eine andere Bedeutung zu. Culpa könnte auch als die verschuldete Rechtsverletzung selbst verstanden werden, die einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers nach sich zöge.

Es ist also davon auszugehen, dass Mommsen den Begriff der Culpa in verschiedener Weise gebrauchte. Aus diesem Grunde erklärt sich auch das Missverständnis, Mommsen hätte außer verschuldeter Unmöglichkeit und Verzug keine weiteren Formen der Verletzung schuldrechtlicher Pflichten anerkannt, sondern alle Fälle der Pflichtverletzung unter seinen Unmöglichkeitsbegriff oder die Regeln des Verzugs zu subsumieren versucht.⁶⁵⁵ Vielmehr konnte nach Mommsen mit Culpa sowohl ein subjektiver Haftungsmaßstab gemeint sein wie auch eine verschuldete Rechtsverletzung, die einen Schadensersatzanspruch nach sich zog. Fraglich bleibt allerdings, welchen Stellenwert Mommsen der Haftung für Culpa neben seiner Unmöglichkeitslehre einräumen wollte. Da eine genaue Abgrenzung zwischen Mommsens Unmöglichkeitslehre und der allgemeinen Culpa-Haftung nicht vorgenommen wurde, kann dies nur für den jeweiligen Einzelfall beantwortet werden.

Dabei fällt auf, dass Mommsen typische Fälle der positiven Forderungsverletzung in seiner Monographie gerade nicht dem Anwendungsbereich der Unmöglichkeit zuordnen wollte. Im Bezug auf eine mögliche Aufklärungspflicht des Verkäufers für Sachmängel der Kaufsache, die heute als Fallgruppe der positiven Forderungsverletzung anerkannt ist, führte er aus:

„Außer der ausdrücklich übernommenen Verpflichtung, gewisse Eigenschaften zu prästieren, kommt bei dem Kaufcontract noch eine durch das Aedilicische Edikt eingeführte Verpflichtung vor, welche sich gleichfalls auf die Qualität der zu leistenden Sache bezieht. Die zuletzt gedachte Verpflichtung steht jedoch mit unserer Lehre in keiner unmittelbaren Verbindung. Dieselbe geht nämlich nicht auf die Präsentation einer bestimmten Qualität, sondern nur auf das Anzeigen gewisser Fehler, falls diese sich an der verkauften Sache finden. Eine solche Anzeige kann aber nie als unmögliche Leistung betrachtet werden. Aus dem Inhalt der von den

⁶⁵⁴ Als solche waren insbesondere Unmöglichkeit und Verzug anzusehen. Vgl. auch Kotulla, S. 367 f.

⁶⁵⁵ Zimmermann, The Law of Obligations, S. 429.

Aedilen auferlegten Verpflichtung erklären sich auch die Wirkungen der Nichterfüllung derselben, ohne dass hierbei von einer Unmöglichkeit die Rede wäre. Der Verkäufer muss dem Käufer das Interesse präsentieren, welches dieser daran hatte, dass die Anzeige nicht unterlassen wäre. Nur dann, wenn der Verkäufer *in dolo* war, tritt eine abweichende Behandlung ein, welche aber nicht im Edict, sondern schon im Zivilrecht ihren Grund hat, indem der dolose Verkäufer zur Erstattung des Interesse verpflichtet ist, welches der Verkäufer daran hatte, dass ihm die Sache ohne die fraglichen Mängel geliefert wäre.“

Interessanterweise wollte Mommsen den Fall des Verstoßes gegen eine Aufklärungspflicht gerade nicht als Fall der Unmöglichkeit ansehen. Vielmehr sah er in der unterlassenen Aufklärung einen Verstoß gegen das Edikt, der unter gewissen Umständen zum Schadensersatz verpflichten sollte. Nur im Falle eines dolosen Verstoßes gegen die Aufklärungspflicht sollte sich der Schadensersatzanspruch aus den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften ergeben. Ähnlich gelagert war bei Mommsen der Fall, in dem die Leistung dem Schuldner zwar unmöglich geworden, die Unmöglichkeit aber nicht als eine wahre anzuerkennen war. Dies konnte insbesondere bei Geld und Gattungsschulden der Fall sein. In diesem Fall müsste nach Mommsen in gleicher Weise eine Verurteilung des Schuldners zur Leistung erfolgen und, falls nicht erfüllt werde, eine Verpflichtung desselben zum Schadensersatz eintreten, ohne dass es irgendwie darauf ankomme, ob dem Schuldner eine *Culpa* zur Last falle oder nicht. Auch hier führte Mommsen die Schadensersatzhaftung auf eine dolose Rechtsverletzung zurück, die in der Weigerung des Schuldners seine Leistungspflicht zu erfüllen begründet lag.⁶⁵⁶ Ähnliches sollte für die Fälle der Erfüllungsweigerung gelten.⁶⁵⁷

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Mommsen kein einheitliches, nach außen abgegrenztes Haftungssystem der Nichterfüllung schaffen wollte, das alle Arten der Pflichtverletzung umfasst hätte. Vielmehr beschränkte er sich in seiner Monographie darauf, die Systematik der Unmöglichkeit oder des Verzugs darzustellen, die aber gegenüber anderen Kategorien der Leistungsstörung nicht abschließend sein sollten. Auch sollte man nicht übersehen, dass die Fälle der positiven Vertragsverletzung an sich keine eigenständigen Kategorien der Leistungsstörung darstellten und es deshalb als möglich erscheint, die Fälle der *Culpa*-Haftung und der Unmöglichkeit zuzuordnen. Es ist davon auszugehen, dass Mommsen sich mit der Problematik der Schlechterfüllung und der Verletzung von Nebenpflichten nur beiläufig beschäftigte und sich diese Fälle daher nicht nahtlos in seine

⁶⁵⁶ Mommsen, *Lehre von der Mora*, S. 18.

⁶⁵⁷ Vgl. dazu die Ausführungen unter C II. (S. 215 ff.).

Darstellungen der Unmöglichkeit und des Verzugs fügten. Es ist aber auffällig, dass einige typische Fälle der pVV bei Mommsen gerade nicht unter den Unmöglichkeitsbegriff gefasst, sondern dem Anwendungsbereich einer allgemeinen Verschuldenshaftung zugeordnet wurden. Als fragwürdig erscheint es jedoch, ob Mommsen die Fälle der pVV als eigenständige Kategorie der Pflichtverletzung aufgefasst hätte.

dd) Heinrich Dernburg

Um eine Einordnung der Lehre Hubers vornehmen zu können, ist auch auf Heinrich Dernburg einzugehen.

Heinrich Dernburg wurde am 3 März 1829 in Mainz als Sohn eines Rechtsanwalts geboren. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Gießen, promovierte er 1850 mit einer Arbeit über das römische Schuldrecht („Emptio bonorum“). Bereits im Jahr darauf habilitierte Dernburg bei Karl Adolf von Vangerow mit seiner Schrift „Über das Verhältnis der Hereditatis Petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen.“⁶⁵⁸ Nachdem er 3 Jahre als Privatdozent in Heidelberg gelehrt hatte, wurde Dernburg im Jahre 1854 außerordentlicher Professor an der Universität Zürich. Später erhielt er einen Ruf an die Universität Halle. Im Jahre 1873 wechselte Dernburg auf eigenen Wunsch an die Universität Berlin. Heinrich Dernburg war Mitbegründer der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft und seit 1866 auch Mitglied des Preußischen Herrenhauses.⁶⁵⁹ Als Hauptwerke seines juristischen Schaffens gelten neben dem „Lehrbuch des preußischen Privatrechts“ und seinem Werk „Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußen“ insbesondere die „Pandekten“, denen ein bestimmender Einfluss auf gerichtliche Praxis und Lehre bescheinigt wurde.⁶⁶⁰

Dem Werk Heinrich Dernburgs entnahm Huber einige Fallbeispiele, die belegen sollten, dass die Haftung für schuldhafte Pflichtverletzung auf Schadensersatz im gemeinen Recht allgemein anerkannt war. Diese, so Huber, stimmten mit den heutigen Fällen der pVV überein.⁶⁶¹ In Dernburgs Pandekten finden sich jedoch nicht nur Fallbeispiele, sondern darüber hinaus allgemeine Ausführungen über die Verschuldenshaftung, die Hubers Argumentation aber durchaus stützen. Dernburg sah die Haftung für schuldhafte Pflichtverletzung als eine Grundregel des gemeinen Rechts an.

⁶⁵⁸ Luig, Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft, S. 233 f.

⁶⁵⁹ Wesenberg, NDB Bd. 3, S. 608 f.

⁶⁶⁰ Luig, in Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, S.237.

⁶⁶¹ Vgl. dazu Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 82 f.

„Regel des entwickelten Rechtes ist, daß der Kontraktschuldner für jede, also auch für leichte Verschuldung einsteht. [...]“⁶⁶²

„Er haftet also, wenn er schuldhafterweise nicht erfüllt oder nicht gehörig erfüllt, oder wenn er sonst bei der Ausführung des Vertrages schuldhafterweise Schaden anrichtet.“⁶⁶³

Dernburg zufolge sollte also nicht nur die schuldhafte Nichterfüllung, sondern auch die schuldhafte Schadenszufügung einen Anspruch auf das Interesse begründen. Bei Dernburg ist damit von einem konkreten allgemeinen Haftungstatbestand die Rede. Dies ist noch deutlicher aus der folgenden Textstelle ersichtlich. Über die Rechtsfolge der schuldhaften Pflichtverletzung und über den beim Schuldner entstandenen Schaden führte Dernburg aus:

„Insbesondere aber ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer uns durch Handlungen und Unterlassungen beschädigt hat und zwar schuldhafterweise“[...].⁶⁶⁴

„Das entwickelte römische Recht knüpfte die Schadensatzpflicht vorzugsweise an die Verschuldung.“⁶⁶⁵

Ähnlich wie beim Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung im BGB, sollte nach Dernburg der Schuldner im gemeinen Recht für seine schuldhafte Handlungen und Unterlassungen einstehen müssen. Grundlage für den Anspruch auf Schadensersatz sollte dabei die Verschuldung, also ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners sein. Wie auch schon bei Mommsen fanden sich auch bei Dernburg durchaus Fälle der heutigen pVV. Huber führte mehrere Fallbeispiele aus dem Lehrbuch von Dernburg an und wies an ihnen nach, dass die Fälle der pVV bereits im gemeinen Recht regelmäßig einen Anspruch auf Schadensersatz begründeten. Seine Darstellung kommt ohne den Hinweis auf die rechtsdogmatischen Ausführungen Dernburgs aus, die seine Auffassung durchaus stützen würden. Oftmals ist freilich nur von einem zu gewährenden Anspruch auf Schadensersatz die Rede, ohne dass im Einzelnen hervorgeht, aufgrund welcher „Grundlage“ dieser zu gewähren war. Huber wies aber zu Recht darauf hin, dass der Schadensersatzanspruch im gemeinen Recht im jeweiligen Schuldverhältnis seinen Ursprung hatte und nicht aus einer Anspruchsgrundlage im heutigen Sinne abgeleitet werden konnte. Zuzugeben ist auch, dass viele Fälle der Schlechtleistung, die heute als Fälle der pVV eingeordnet werden, im

⁶⁶² Dernburg, Pandekten II, §37, S. 101.

⁶⁶³ Dernburg, Pandekten II §37, S. 101 Fn.1.

⁶⁶⁴ Dernburg, Pandekten II §44, S. 122.

⁶⁶⁵ Dernburg, Pandekten II §44, S. 122 Fn.4.

gemeinen Recht dem Anwendungsbereich der allgemeinen Culpa-Haftung zugeordnet wurden. Dem Ergebnis von Hubers historischer Auslegung ist zuzustimmen, auch wenn seine Ausführungen hierzu knapp gehalten sind.

ee) Bernhard Windscheid

Ein weiterer Autor, auf den sich Huber beruft, ist Bernhard Windscheid. Wie schon zuvor, fehlt auch an dieser Stelle nicht der Hinweis auf die angeblichen Gemeinsamkeiten in den Auffassungen beider. Das Werk Windscheids gibt aber nur an wenigen Stellen Aufschluss über sein Verständnis der Culpa-Haftung und deren Verhältnis zur Unmöglichkeitslehre. In der Folge wurde Bernhard Windscheids Standpunkt zur Unmöglichkeit und deren Verhältnis zur allgemeinen Culpa-Haftung in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Teilweise war man der Auffassung, Windscheid hätte neben dem Schuldnerverzug die verschuldete Unmöglichkeit zum alleinigen Haftungstatbestand erhoben. Darüber hinaus wäre in der Lehre Windscheids kein Platz für die Fälle der positiven Vertragsverletzung gewesen, die vielmehr als Fälle der teilweisen Unmöglichkeit zu begreifen gewesen wären.⁶⁶⁶ Huber wandte sich gegen diese Ansicht. Er bezeichnete es als „Rückprojektion einer verfehlten Auslegung des BGB in die Rechtsgeschichte“,⁶⁶⁷ wenn man den Gesetzesverfassern unterstellen wollte, sie hätten die in der damaligen Literatur wohlbekannten Fälle der positiven Vertragsverletzung übersehen. In den Lehrbüchern des gemeinen Rechts, insbesondere bei Windscheid, wären eine Vielzahl von Fällen beschrieben, die heute dem Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzungen zugeordnet werden würden. Der Irrtum, dass die allgemeine Verschuldenshaftung im gemeinen Recht keinen Anwendungsbereich gehabt hätte, rührte möglicherweise daher, dass „die Fälle, die wir heute als »positive Vertragsverletzung« bezeichnen, nicht bei den allgemeinen Lehren des Schuldrechts, sondern bei der Darstellung der einzelnen Schuldverhältnisse behandelt [wurden].“⁶⁶⁸

Welche dieser beiden Ansichten zutreffend ist, bedarf näherer Untersuchung. Windscheids Standpunkt zur Reichweite des Unmöglichkeitsbegriffs und zur allgemeinen Culpa-Haftung wird nur aus dem Zusammenhang heraus erkennbar. Gegen die Auffassung Hubers sprach vor allem die Einteilung und systematische Untergliederung von Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts. Ausführungen über die Culpa-Haftung im Allgemeinen sind darin nicht zu finden. Lediglich im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit ging Windscheid auf die Lehre von der Verschuldung ein, wobei er damit aber nur die Reichweite des jeweiligen

⁶⁶⁶ So Harting, S. 146; Zimmermann, The Law of Obligations, S. 812.

⁶⁶⁷ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 82.

⁶⁶⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 82.

Haftungsmaßstabs bei Forderungsrechten beschrieb.⁶⁶⁹ Die systematische Untergliederung des Lehrbuchs des Pandektenrechts legt damit den Schluss nahe, dass Windscheid mit Culpa nur einen subjektiven Haftungsmaßstab beschreiben wollte, der im Zusammenhang mit der Zurechenbarkeit des Eintritts einer Unmöglichkeit der Leistung stand. Auch wurde in der Literatur darauf hingewiesen, dass Windscheid Mommsens Ausführungen über die teilweise Unmöglichkeit ausdrücklich gebilligt hatte. Dies könnte mitunter dafür sprechen, dass Mommsens Vorstellung von einem weit gefassten Unmöglichkeitsbegriff auch ins BGB Eingang gefunden hat.⁶⁷⁰ Diese Aussagen Windscheids bezogen sich jedoch nur auf die teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit, so dass daraus nicht unmittelbar auf eine Ablehnung der allgemeinen Verschuldenshaftung geschlossen werden kann. Allerdings hieß es in einer späteren Auflage von Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts:

„Ist die Leistung nur teilweise unmöglich oder der Schuldner nur teilweise zur Leistung unvermögend [...], so kann der Gläubiger, wenn die teilweise Erfüllung für ihn erweislich kein Interesse hat, unter Ablehnung des möglichen Teils der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen.“⁶⁷¹

Als teilweise unmöglich wurde die Leistung auch dann angesehen, wenn nicht nur ein Bruchteil einer teilbaren Leistung ausblieb, sondern auch bei einer unvollständigen Bewirkung einer unteilbaren Leistung sowie bei **mangelhafter** Leistung.⁶⁷² Diese Stelle in Windscheids Lehrbuch könnte für eine weite Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs und gegen eine allgemeine Verschuldenshaftung sprechen. Jedoch gehen diese Ausführungen nicht auf Bernhard Windscheid selbst zurück, da dieser an der Bearbeitung der 9. Auflage schon nicht mehr beteiligt war. In früheren Auflagen des Lehrbuchs des Pandektenrechts fehlen hingegen entsprechende Ausführungen. Sicher war auch, dass Windscheid den Unmöglichkeitsbegriff nicht so weit wie Himmelschein dehnen wollte, so dass es als zweifelhaft erscheint, ob er die Fälle der pVV unter die §§275, 280 gefasst hätte. Jedenfalls wollte er nicht so weit gehen, eine dem Vertrag zugrunde liegende stillschweigende Zusicherung oder Aufklärungspflicht zu konstruieren.⁶⁷³ Auch kann aus Windscheids grundsätzlicher Billigung der Lehre Mommsen, gerade im Hinblick auf dessen Ausführungen über die teilweise Unmöglichkeit, nicht auf eine Billigung der extensiven Auslegung des

⁶⁶⁹ Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. Auflage), §265, S. 101 ff. Die Culpa-Haftung ist dort unter dem Gliederungspunkt „Unmöglichkeit der Leistung“ zu finden.

⁶⁷⁰ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 296.

⁶⁷¹ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. Auflage), §264, S. 99.

⁶⁷² Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8. Auflage), §253, S. 17.

⁶⁷³ Windscheid, Rez. Mommsen-Beiträge zum Obligationenrecht, S. 129.

Unmöglichkeitsbegriffs geschlossen werden, die dann auch alle Fälle der pVV umfassen würde. Vielmehr ist der Auffassung Hubers zuzustimmen, dass eine allgemeine Haftung für Verschulden bei Windscheid grundsätzlich vorausgesetzt und nur im Rahmen der einzelnen Schuldverhältnisse behandelt wurde.⁶⁷⁴ Die von Huber angeführten Beispiele stützen diese Auffassung.

So sollte beispielsweise der Mieter einer Sache dem Vermieter nicht nur bei Unmöglichkeit der Rückgabe, sondern auch bei Verschlechterung der zurückgegebenen Sache auf das Interesse haften, wenn die Unmöglichkeit oder die Verschlechterung in Folge seiner Arglist oder seiner Nachlässigkeit eingetreten war.⁶⁷⁵ Auch bei Auftrag und entgeltlicher Geschäftsbesorgung war nach Windscheid der Beauftragte verpflichtet, den abgeschlossenen Auftrag pünktlich auszuführen, und er sollte nicht bloß wegen Arglist, sondern auch für jede Nachlässigkeit haften.⁶⁷⁶ Für ein solches Verständnis Windscheids sprachen auch die Ausführungen von Theodor Kipp, der Windscheids Pandektenlehrbuch in der 9. Auflage fortsetzte. Die darin enthaltenen Ausführungen zur Behandlung der pVV stammen zwar nicht von Windscheid selbst, vermögen aber einen Einblick in sein Verständnis der Unmöglichkeitslehre zu geben, zumal sich Kipp als Schüler Windscheid auferlegte, dass er „mit treuem Fleiße und gebührender Schonung des Werkes bei der Bearbeitung verfahren würde.“⁶⁷⁷ So wurde ausgeführt, dass bei einer Verpflichtung zum Unterlassen zwar jedes Zuwiderhandeln die Erfüllung der Verpflichtung unmöglich machen würde. Bei einer Verpflichtung zum Handeln könnte ein Verschulden des Schuldners oder seiner Leute in einem der Abwicklung des Schuldverhältnisses dienenden Verhalten jedoch auch so vorkommen, dass eine Unmöglichkeit der Leistung nicht herbeigeführt werde. So würde dem Auskunftspflichtigen, der eine falsche Auskunft gab, die richtige dadurch nicht unmöglich gemacht. Jedoch könnte dem Gläubiger, wenn er die falsche Auskunft für die richtige hielt,

⁶⁷⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 82 ff.

⁶⁷⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 83 unter Bezugnahme auf Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8. Auflage), §400 2, S. 689, der die Haftung aus L. 25 § 5. I. 43 D. 19, 2 bzw. aus L. 5 § 2 D. 13, 6, I. 23 D. 50, 17, I. 28 C. 4, 65; I. 9 § 3. I. 11 § 2. I. 19 § 2. 1. 25 § 3. I. 30 § 2 D. 19, 2; I. 11 pr. I. 30 § 4 D 19, 2; I. 27 § 9. 11 D. 9, 2 ableitete; vgl. dazu Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, §548: „Für sonstige Veränderungen und Verschlechterungen der Sache haftet der Mieter nach allgemeinen Grundsätzen, also kraft Gesetzes nur dann, wenn er selbst oder ein Dritter, für dessen Verschulden er wie eigenes haftet, durch schuldhafte Verletzung der Verpflichtung zur Innehaltung der Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs oder der Obhutspflicht die Veränderung oder Verschlechterung verursacht hat (§§276,278, 549 II; vgl. E1 §520, der die Haftung des Mieters für Veränderung oder Verschlechterung eines vom Mieter nicht zu vertretenden Umstandes ausdrücklich verneinte).“

⁶⁷⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 83 unter Bezugnahme auf Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8. Auflage) §410 Rn.4.

⁶⁷⁷ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. Auflage), Vorrede VII.

dadurch ein Schaden entstehen, der von der Unmöglichkeit der Leistung jedoch verschieden wäre.⁶⁷⁸ Zusammenfassend stellte er fest:

„Man hat in der gemeinrechtlichen Lehre wohl nie bezweifelt, dass der Schuldner im Falle seines Verschuldens auch für derartige Schäden haftet; aber richtig ist, dass ihr Gegensatz zu den Fällen des Unmöglichkeitswerdens der Leistung nicht klar heraustrat. Staub [...] hat den Verdienst, diese Klärung herbeigeführt zu haben. Aber wenn er die Schadensersatzpflicht des Schuldners auf die Analogie des Verzuges gründet, so erscheint diese Analogie als nicht notwendig. M. E. muss man mit Dernburg sagen, dass §276, obwohl seiner Stellung nach nur für die Fälle der Unmöglichkeit bestimmt, doch seiner Meinung auch die hier fraglichen Fälle der sog. positiven Vertragsverletzung deckt.“⁶⁷⁹

Auch Kipp verneinte damit eine Regelungslücke im BGB und wollte in §276 eine anspruchsgrundende Norm erblicken. Insgesamt liegt der Schluss nahe, dass Windscheid ähnlich wie die anderen Autoren des gemeinen Rechts grundsätzlich davon ausging, dass der Schuldner für sein schuldhaftes Verhalten zu haften hatte. Die Haftung des Schuldners wurde dabei aus der jeweiligen Obligation selbst abgeleitet.

Ausgehend von Hubers These, dass die Gesetzesredaktoren maßgeblich von Mommsen und Windscheid beeinflusst wurden, vermag das Ergebnis von Hubers historischer Auslegung nicht zu verwundern. Erneut sieht er seine Thesen durch die Auslegung von Windscheids Schriften bestätigt, wenngleich sich auch kein ausdrücklicher Nachweis bei Windscheid finden lässt. Richtig ist zwar, dass bei Windscheid sehr wohl Fälle der pVV beschrieben wurden. Allerdings zeigt die Kommentierung von Kipp, dass die damalige Literatur ein entsprechendes Problembewusstsein vermissen ließ.

ff) Fazit

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die Fälle der heutigen pVV und die Haftung des Schuldners bei schuldhaftem Verhalten zumindest teilweise bereits in früheren Rechtsordnungen behandelt wurden. Auch in der Lehre waren sie wohl bekannt. Das Preußische Allgemeine Landrecht und der Code Civil enthielten sogar ausdrückliche gesetzliche Regelungen. Fraglich bleibt aber, welche Rückschlüsse sich aus dieser Erkenntnis auf die Konzeption des Leistungsstörungsrechts des BGB ziehen lassen. Huber wollte darin einen Beleg für seine These sehen, dass keine Regelungslücke im BGB existierte. Entgegen Huber können die Quellen aber höchstens Auskunft über den Grad der Wahrscheinlichkeit

⁶⁷⁸ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. Auflage), S. 107 ff.

⁶⁷⁹ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. Auflage), S. 107 ff.

geben, dass der historische Gesetzgeber die Fälle der pVV einfach übersehen hatte. Es ist charakteristisch für Hubers Arbeitsweise, von einem geschlossenen und widerspruchsfreien System im BGB auszugehen, welches es nur mittels einer historischen Auslegung zu ermitteln gelte. Unbeantwortet bleibt jedoch, wie die Fälle der pVV in das gesetzliche Haftungssystem des BGB zu integrieren waren. Die allgemeine Culpa-Haftung wurde, worauf Huber zu Recht hingewiesen hat, im gemeinen Recht im Rahmen der jeweiligen Obligationen diskutiert. Eine Haftungsnorm im Sinne einer allgemeinen Anspruchsgrundlage für alle Schuldverhältnisse existierte nicht. Dieser Umstand mag eher gegen die Existenz einer solchen Anspruchsgrundlage in Form des §276 sprechen, da vielfach auch im BGB Haftungsnormen im Bereich des besonderen Schuldrechts existieren. Im Hinblick auf die im besonderen Schuldrecht des BGB enthaltenen Haftungsnormen für schuldhafte Pflichtverletzungen erscheint es aber durchaus als möglich, dass die Gesetzesverfasser die dort getroffenen Regelungen für ausreichend erachteten. Allein der Umstand, dass Fälle der heutigen pVV bereits früher Gegenstand der juristischen Diskussion waren, belegt noch nicht, dass das BGB auch eine entsprechende Regelung diesbezüglich aufwies. Die Beschäftigung mit der Literatur und den Rechtsquellen vor 1900 allein vermögen Ulrich Hubers Meinungswandel damit nicht zu erklären. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Einführung einer allgemeinen Verschuldenshaftung auch Gegenstand der Beratungen in den Gesetzgebungskommissionen war.

b) Gesetzesmaterialien

Hubers These, der historische Gesetzgeber hätte in §276 eine allgemeine Verschuldenshaftung angeordnet, erscheint ohne die Gesetzesmaterialien als nicht verständlich. Denn dem §276 kann auf den ersten Blick weder aufgrund seines Wortlauts noch aufgrund seiner systematischen Stellung der Gehalt einer anspruchsbegründenden Norm entnommen werden.

Die Frage, ob der Gesetzgeber es versäumt hatte, einen allgemeinen Haftungstatbestand für schuldhafte Pflichtverletzungen zu schaffen und damit die Fälle der „positiven Vertragsverletzung“ zu regeln, war schon kurz nach Inkrafttreten des BGB Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen. Im Mittelpunkt der Diskussion stand dabei mit §224 I 2 E1 die Norm, die dem späteren §276 vorausging. Immer wieder wurde in der Literatur darauf verwiesen, dass die Norm des §224 I 2 E1 eine Haftung auf Schadensersatz bei schuldhafter

Nichterfüllung durch den Schuldner angeordnet hätte.⁶⁸⁰ Für das Verständnis des Haftungssystems nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser, das wiederum Rückschlüsse auf das spätere Leistungsstörungsrecht des BGB zulässt, ist es von entscheidender Bedeutung zu klären, ob der historische Gesetzgeber mit §224 I 2 E1 tatsächlich eine Anspruchsgrundlage für die schuldhafte Nichterfüllung des Schuldners schaffen wollte. Denn wenn bereits §224 I 2 E1, der hinsichtlich Wortlaut und systematischer Stellung viel weiter gefasst war als der spätere §276, nach dem Willen des Gesetzgebers keine Anspruchsgrundlage darstellen sollte, so kann dem späteren §276 dieser Gehalt erst recht nicht beigemessen werden. §224 I E1, der systematisch an der Spitze des Abschnitts „Inhalt der Schuldverhältnisse“ stand, lautete:

„Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken. Er haftet nicht bloß wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit.“

§224 I 2 E1 stellt mitunter das Hauptargument derer dar, die in §276 eine anspruchsgrundende Norm sehen wollten. Allerdings bedarf es der Auslegung, was der historische Gesetzgeber mit dem Terminus „haften müssen“ zum Ausdruck bringen wollte. Nach überwiegender Ansicht⁶⁸¹ war in §224 E1 eine anspruchsgrundende Norm bei schuldhafter Schlechterfüllung des Schuldners zu sehen, deren Gehalt über die Regelung eines bloßen Haftungsmaßstabs hinausging. Gemäß §224 I 1 E1 sollte der Schuldner nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses grundsätzlich zur vollständigen Leistung verpflichtet sein. Eine unvollständige Leistung des Schuldners wäre damit als teilweise Nichterfüllung anzusehen gewesen, die einen Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz nach sich gezogen hätte.

Auch Huber teilte zuletzt die Ansicht, dass der Gesetzgeber mit §224 I 2 E1 einen Haftungstatbestand für die Fälle der vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichterfüllung durch den Schuldner aufstellen wollte. Allerdings hatte er für den Bereich des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts dies an anderer Stelle gerade bestritten. Zu einem früheren Zeitpunkt stand es für Huber außer Frage, dass der historische Gesetzgeber keine allgemeine Haftungsgrundlage des Verkäufers für Verschulden schaffen wollte. Vielmehr sollte sich die Haftung des Verkäufers auf die Fälle der Zusicherung oder der Arglist beschränken.⁶⁸² Eine

⁶⁸⁰ Vgl. statt vieler die Darstellungen bei Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 20 ff.; Stoll, AcP 136 (1932), S. 282 ff.; Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 281 ff.

⁶⁸¹ Vgl. nur Himmelschein AcP 135 (1932), S. 278; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 18; MüKo-Emmerich, Vor §275 Rn.221; Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.350; a.A. Heck, AcP 137 (1933), S. 259.

⁶⁸² Soergel-Huber, Vor §459 Rn.39.

Haftung des Verkäufers für Vermögensschäden wegen schlichten Verschuldens hätte nicht in der Absicht der 2. Kommission gelegen.⁶⁸³ Vielmehr hätte der historische Gesetzgeber bewusst von einer solchen Regelung abgesehen.⁶⁸⁴

Auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht wollte Huber diese Aussage hingegen nicht erstrecken. §224 I 2 E1 wäre eindeutig der Grundsatz zu entnehmen, dass der Schuldner auch im Falle der fahrlässigen Nichterfüllung dem Gläubiger auf Schadensersatz haften musste.⁶⁸⁵ Er wies darauf hin, aus den Gesetzesmaterialien ginge deutlich hervor, dass bei den Beratungen über die Frage der Haftung des Schuldners bei zu vertretender Nichterfüllung Einvernehmen bestand. Auch würde sich die Haftung des Schuldners nicht nur aus dem Sachzusammenhang ergeben, sondern wäre sogar in den Motiven deutlich ausgesprochen worden.⁶⁸⁶

Auch war er der Ansicht, dass die Haftung wegen "Nichterfüllung" genau wie im einheitlichen Kaufrecht auch die Fälle der so genannten Schlechterfüllung erfasst hätte. Somit wären sämtliche, später von Staub als pVV bezeichneten Fälle auf eine gesetzlich normierte Grundlage gestellt worden.⁶⁸⁷ Durch §224 I 1 E1 sollte laut Huber klargestellt werden, dass die überkommene Differenzierung zwischen „Dolus“, „Culpa lata“ und „Culpa levis“ aus dem gemeinen Recht nicht mehr aufrechterhalten werden sollte, da der Schuldner für jede Art von Fahrlässigkeit (omnis Culpa) haften müsste.⁶⁸⁸ Zusammengefasst konnte es seiner Meinung nach keinem Zweifel unterliegen, „dass der Schuldner auch in den Fällen »nicht vollständiger Erfüllung« auf Schadensersatz haftet, die wir heute als Fälle der positiven Vertragsverletzung bezeichnen“.⁶⁸⁹

Obgleich die Deutung des §224 I E1 für Hubers Konzeption der §276-immanenten Verschuldenshaftung von entscheidender Bedeutung und der anspruchsgrundende Gehalt des §224 I 2 E1 in der Literatur durchaus umstritten war, hielt Huber die Argumentation zu §224 I E1 knapp.⁶⁹⁰ Eine Auseinandersetzung mit Vertretern der Gegenansicht erfolgte nicht. Abgesehen von systematischer Stellung und Wortlaut der Norm führte er nur eine Stelle in den Motiven an, die die vom Gesetzgeber intendierte Haftung des Schuldners auf

⁶⁸³ Soergel-Huber, Vor §459 Rn.39.

⁶⁸⁴ Soergel-Huber, Vor §459 Rn.39.

⁶⁸⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 90.

⁶⁸⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 89 f.

⁶⁸⁷ Im Anschluss an H. H. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 18 ff.; Huber, FS v. Caemmerer, S. 840 ff.

⁶⁸⁸ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 90.

⁶⁸⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 90.

⁶⁹⁰ Der Grund für die kurze Behandlung der Gesetzesmaterialien und Streitigkeiten zu §224 I 2 E1 lag allerdings darin, dass der pVV eigentlich der nicht mehr erschienene dritte Band von Hubers Leistungsstörungen gewidmet war, der hier nicht berücksichtigt werden konnte.

Schadensersatz belegen sollte.⁶⁹¹ Die folgende Untersuchung soll der Überprüfung von Hubers Thesen anhand der Gesetzesmaterialien dienen. Hierfür ist es erforderlich, auf die von Huber angeführte Textstelle einzugehen und zu prüfen, ob sie Hubers Argumentation zu stützen vermag.⁶⁹² Zunächst ist aber auf die Bedenken hinzuweisen, die gegen eine solch weitreichende Interpretation des §224 I 2 E1 sprechen.

Tatsächlich gestaltet sich die Einordnung des §224 I 2 E1 in das Haftungssystem des Leistungsstörungsrecht nicht so unproblematisch, wie es Huber glauben machen wollte. Gegen eine solch weitreichende Auslegung des §224 I 2 E1 lassen sich auch zahlreiche Argumente anführen, die gegen die These von einer gesetzlich geregelten Anspruchsgrundlage für Verschulden sprechen. Einige dieser Argumente finden sich bei Philipp Heck, der sich entschieden gegen eine solche Auslegung wandte.

Philipp Heck war der Auffassung, dass schon die Vorgängervorschrift des §276, §224 I 2 E1, keinen Haftungstatbestand, sondern vielmehr nur einen Haftungsmaßstab enthielt.⁶⁹³ Heck zufolge musste eine „vollständige Haftungsnorm“ einen „objektiven Störungstatbestand“ und einen „subjektiven Verantwortungsmaßstab“ enthalten.⁶⁹⁴ Bei §224 I 2 E1 vermochte er aber, gerade auch in Ansehung der Motive, nur einen subjektiven Verantwortungsmaßstab ausmachen. §224 I 2 E1 betonte nach der Auffassung Hecks den Verantwortungstatbestand einseitig. Der Störungstatbestand war seiner Meinung nach hingegen nur ungenügend ausgeprägt.⁶⁹⁵ Heck wies auch darauf hin, dass eine für das Haftungssystem des Schuldrechts so grundlegende Vorschrift, nach der der Schuldner bei jeder Nichterfüllung auf Schadensersatz haften musste, sowohl der Erörterung als auch der Begründung bedurft hätte.⁶⁹⁶ Der Einwand Hecks ist berechtigt. Weder in den Motiven noch in den Protokollen der 1. Kommission werden Einzelheiten zum angeblich enthaltenen Grundtatbestand der Verschuldenshaftung erörtert, was angesichts der Tragweite der Norm als verwunderlich erscheint. Vielmehr stand die Differenzierung zwischen den verschiedenen, aus dem gemeinen Recht bekannten Arten der Fahrlässigkeit im Mittelpunkt der Erörterungen.⁶⁹⁷ Der Einwand Hecks kann auch nicht durch die pauschale Behauptung entkräftet werden, die Gesetzesverfasser hätten die Haftung wegen Nichterfüllung eben als selbstverständlich vorausgesetzt.⁶⁹⁸ Überhaupt geht aus keiner Stelle in den Motiven eindeutig hervor, dass §224

⁶⁹¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 90 Fn.142 unter Hinweis auf Motive, S. 28.

⁶⁹² Vgl. hierzu die Ausführungen auf der folgenden Seite.

⁶⁹³ Heck, AcP 137 (1933), S. 263.

⁶⁹⁴ Heck, AcP 137 (1933), S. 259 f.

⁶⁹⁵ Heck, AcP 137 (1933), S. 263.

⁶⁹⁶ Heck, AcP 137 (1933), S. 263; vgl. dazu auch Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 18 Fn.17

⁶⁹⁷ Vgl. Motive, S. 26 ff.

⁶⁹⁸ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 18 Fn.17.

I E1 im Sinne einer Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz zu verstehen gewesen wäre. Zu §224 E1 heißt es in den Motiven lediglich:

„Im Hinblicke auf die Regel des Entwurfes, wonach in den in Betracht kommenden Fällen immer für Fahrlässigkeit schlechtweg gehaftet wird und für das ganze Interesse aufzukommen ist, wäre eine besondere Bestimmung gegenstandlos.“⁶⁹⁹

Diese Textstelle ist auch die einzige, die in Hubers Leistungsstörungen als Beleg für die angeblich intendierte Verschuldenshaftung des Schuldners angeführt wird. Aus dieser Textstelle in den Motiven meinte Huber, einen Beleg für die vom Gesetzgeber intendierte Haftung des Schuldners auf Schadensersatz erkennen zu können. Im Sprachgebrauch der Zeit wäre „für das Interesse aufkommen“ ein Synonym für „Schadensersatz leisten“ gewesen. Die Textstelle ist aber im Rahmen des Kontexts zu sehen. Damit wollte der historische Gesetzgeber sich lediglich gegen die Aufstellung einer besonderen Vorschrift für die Fälle aussprechen, in denen jemand die Leistung von Diensten oder Besorgung von Geschäften verspricht, welche eine besondere Geschicklichkeit, Fertigkeit oder Fähigkeit voraussetzen.⁷⁰⁰ Auch dabei ging es also um die Frage, welche Art von Fahrlässigkeit der Schuldner zu vertreten hatte. Zuzugeben ist allerdings, dass in dieser Textstelle ein Zusammenhang zwischen der Haftung des Schuldners für jede Art von Fahrlässigkeit und der daraus resultierenden Verpflichtung zur Leistung des Interesses hergestellt wurde. Andere Stellen in den Motiven legen hingegen einen gegenteiligen Schluss nahe. So heißt es einige Zeilen später zur Haftung des Schuldners bei ausgeschlossener Verantwortlichkeit:

„Die durch solche Handlungen herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung kann nicht als durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand herbeigeführt werden“. ⁷⁰¹

Wenn in den Motiven von einer Unmöglichkeit der Erfüllung die Rede ist, könnte darin ein Beleg für Himmelscheins Theorie vom weiten Leistungs- und Unmöglichkeitsbegriff zu sehen sein, nach der alle Fälle der Leistungsstörung eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung implizieren. Jedoch ist von den Vertretern einer weiten Fassung des §224 I 2 E1 nie bezweifelt worden, dass die Norm neben einem Haftungstatbestand auch einen

⁶⁹⁹ Motive, S. 28.

⁷⁰⁰ Motive, S. 28.

⁷⁰¹ Motive, S. 28.

Verantwortungstatbestand enthielt, der die Unmöglichkeitsvorschriften ergänzen sollte.⁷⁰² Allein der Umstand, dass die Gesetzesverfasser im Zusammenhang mit der Haftung des Schuldners für Verschulden die Unmöglichkeit der Erfüllung erwähnten, kann nicht als Beleg für eine so weitreichende Auslegung der Unmöglichkeitsvorschriften gewertet werden. Gegen die These von der Haftungsnorm in §224 I 2 E1 könnte auch der Teilentwurf von Kübels sprechen.⁷⁰³ Dem §224 I 2 E1 ging wiederum die Norm des §196 des Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich voraus. Oftmals wurde darauf hingewiesen, dass die Vorgängervorschrift des §196 eine reine Verantwortungsnorm ohne tatbestandliche Voraussetzungen gewesen wäre, die weder die Nichterfüllung noch deren Folgen erwähnte.⁷⁰⁴ Dieser Einwand vermag indessen nicht zu überzeugen. Richtig ist zwar, dass §196 des Teilentwurfs lediglich einen Haftungsmaßstab enthielt. Allerdings hieß es in der darauf folgenden Vorschrift des §197 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich:

„Die in einem Schuldverhältnis Stehenden haften sich gegenseitig nicht nur für absichtliche Verschuldung, sondern selbst für geringe Fahrlässigkeit [...]“

Dabei blieb aber zunächst ebenso unklar, was mit dem Terminus „haften müssen“ gemeint war, wie auch in der Nachfolgeschrift des §224 I 2 E1. Der Begriff des „haften müssen“ lässt verschiedene Deutungen zu. Erst aus den Motiven des Redaktors von Kübel wird deutlich, dass die §§ 196,197 nicht im Sinne einer Anspruchsgrundlage zu verstehen waren. Zwar setzte sich von Kübel in der Begründung zu §§196 bis 198 des Vorentwurfs mit den Regelungen für die Haftung für Fahrlässigkeit in verschiedenen Partikularrechten auseinander. Auch beschrieb er die Rechtsfolgen, die die einzelnen Partikularrechte an das dolose oder fahrlässige Verhalten des Schuldners knüpften. Häufig waren diese auf Schadensersatz gerichtet.⁷⁰⁵ Für das auszuarbeitende Bürgerliche Recht stellte er jedoch im Zusammenhang mit den §§196 ff. des Vorentwurfs klar, dass der Entwurf sich hier nur mit dem Umfange der Haftung des Schuldners für die Nichterfüllung einer Verpflichtung aus einem Schuldverhältnis zu befassen hätte. Wenn im Vorstehenden darauf eingegangen würde, welche Rechtsfolgen die Gesetzgebung an die schuldhafte Verletzung der Verpflichtung aus

⁷⁰² Ausschließlich vom in §224 I E1 enthaltenen Haftungsmaßstab handelt eine Stelle in den Protokollen: „Der §224 spreche nur aus, dass der Schuldner wegen Vorsatz und Fahrlässigkeit einstehen müsse.“ Vgl. Protokolle, S. 631: unzutreffend Kley, S. 52, die im Zusammenhang von einem Grundsatz berichtet, dass über das Eintretende der Schadensersatzpflicht zunächst §224 E1 entscheide.

⁷⁰³ So Heck, AcP 137 (1933), S. 262.

⁷⁰⁴ Heck, AcP 137 (1933), S. 263 Fn.10.

⁷⁰⁵ Vgl. nur Teilentwurf v. Kübel, Schuldrecht II Abschn. I Tit. 3 I, S. 3, 10 ff.

Schuldverhältnissen im Einzelnen anknüpfte, so geschähe dies, um das richtige Verständnis des betreffenden Gesetze hinsichtlich ihrer Auffassung von der civilrechtlichen Verschuldung zu ermöglichen. Er stellte fest, dass, wenn der Entwurf an der Unterscheidung verschiedener Arten bzw. Grade der Verschuldung festhielte, eine derartige Differenzierung für die an die Nichterfüllung zu knüpfenden Rechtsfolgen außer Betracht bleiben müsste. Dieser schon im Gemeinen Recht anerkannte Rechtssatz wäre an anderer Stelle noch auszusprechen und zu begründen.⁷⁰⁶ Gemeint waren die Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug, die unter dem Kapitel „Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit“ zusammengefasst wurden.⁷⁰⁷ In der Begründung hierzu hieß es:

„Die Vorbehalte in Ansehung des Schadensersatzanspruchs, bzw. der Zulässigkeit, statt auf Erfüllung auf Schadenersatz zu klagen, müssen sich aber aus den sonstigen allgemeinen Bestimmungen des Gesetzbuchs ergeben, nach welchen es klar sein muss, dass ebenso wenig, als der Schuldner dem Gläubiger statt der Naturalerfüllung etwas Anderes, etwa ein Aequivalent aufdringen kann, der Gläubiger nach seinem Belieben von dem Schuldner statt Naturalerfüllung ein Aequivalent verlangen kann. [...] Es müssen also **besondere Gründe** vorhanden sein oder eintreten, welche dem Gläubiger das Recht gewähren, statt der Naturalerfüllung oder neben derselben etwas Anderes oder Weiteres zu verlangen. Der Entwurf [...] giebt vielmehr nur Vorschriften über die Unmöglichkeit und insbesondere über den Verzug, bzw. deren Rechtsfolgen“.⁷⁰⁸

Die dem §224 I 2 E1 vorhergehenden Vorschriften der §§196, 197 des Teilentwurfs waren damit nicht als Anspruchsgrundlagen konzipiert. Vielmehr sollte der Anspruch auf Schadensersatz nur dann gewährt werden, wenn besondere Gründe den Übergang vom Anspruch auf Erfüllung zum Anspruch auf Leistung des Interesses zu rechtfertigen vermochten. In §§196 ff. des Vorentwurfs sollte nur geregelt werden, was der Schuldner grundsätzlich zu vertreten hatte, nämlich jede Art von Fahrlässigkeit. In den Materialien der 1. Kommission finden sich keine Hinweise darauf, dass mit der Einführung des §224 I E1 eine sachliche Änderung gegenüber den Regelungen des Teilentwurfs beabsichtigt war.⁷⁰⁹ Im Übrigen fällt auf, dass die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung bei Kübel systematisch im Kapitel „Folgen der Nichterfüllung“, unter der Überschrift „Im Allgemeinen“ stehen. Später werden unter der Überschrift „2. Folgen des Verzuges“ die Rechtsfolgen der

⁷⁰⁶ Teilentwurf v. Kübel, Schuldrecht II, Abschn. I Tit. 3 I, S. 15.

⁷⁰⁷ Vgl. Teilentwurf v. Kübel, Schuldrecht, II Abschn. I Tit. 3 III 1, S. 1 ff.

⁷⁰⁸ Teilentwurf v. Kübel, Schuldrecht II, Abschn. I Tit.3 III 1, S. 1; Hervorhebungen durch den Verfasser

⁷⁰⁹ Vgl. Heck, AcP 137 (1933), S. 263 Fn.10.

Verzögerung der Leistung dargestellt. Daraus ist zu ersehen, dass von Kübel dem Rechtsinstitut der Unmöglichkeit eine grundsätzliche, allgemeine Bedeutung für die Fälle der Nichterfüllung durch den Schuldner beimessen wollte.

Darüber hinaus könnte noch folgende Stelle gegen den Haftungstatbestand §224 I 2 E1 angeführt werden:

Aus der Vorschrift des Entwurfes ergibt sich, daß, wo eine rechtliche Folge daran geknüpft wird, daß ein Umstand von dem Schuldner zu vertreten oder nicht zu vertreten sei, das Vorhandensein dieser Voraussetzung nicht nur davon abhängt, ob der Schuldner aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehandelt hat, sondern auch davon, ob nicht seine Verantwortlichkeit durch die Vorschriften der §§708, 709 ausgeschlossen ist.⁷¹⁰

Die Formulierung „wo eine rechtliche Folge daran geknüpft wird“ deutet an, dass über die Haftung des Schuldners auf Schadensersatz nicht im Rahmen des §224 I E1 entschieden werden sollte, in dessen Zusammenhang die oben zitierte Textstelle steht, sondern erst im Rahmen solcher Normen, die eine Rechtsfolge enthalten. Deutlicher wurde dies noch in den Protokollen der 1. Kommission zum Ausdruck gebracht. Die dort verwendete Formulierung

„Wird der §222 Abs. 1 in der vorgeschlagenen Weise ergänzt, so ergibt sich daraus von selbst, dass, wenn in den **späteren Paragraphen** eine rechtliche Folge daran geknüpft wird, dass ein Umstand von dem Schuldner zu vertreten oder nicht zu vertreten sei[...]“⁷¹¹

könnte als deutlicher Hinweis zu verstehen sein, dass an §222 I E2 (der dem späteren §224 I E1 entsprach) eben noch keine rechtliche Folge geknüpft war. Vielmehr würde die Frage, ob der Gläubiger anstelle der eigentlich geschuldeten Erfüllung Schadensersatz zu fordern berechtigt war, erst mit den späteren Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften zur Entscheidung gelangen. Bei Huber wird diese Stelle in den Protokollen bzw. Motiven der 1. Kommission hingegen nicht berücksichtigt.

Allerdings ist diese Auslegung nicht zwingend. Man könnte man die Stelle auch so interpretieren, dass die 1. Kommission eben gerade nicht der Auffassung war, dass nur in „späteren Paragraphen“ eine Rechtsfolge an die Nichterfüllung des Schuldners geknüpft war,

⁷¹⁰ Motive, S. 29.

⁷¹¹ Prot. I 11870 (Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 250); Hervorhebungen durch den Verfasser.

sondern bereits §224 I 2 E1 dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz gewähren konnte. In der Tat finden sich in den Motiven auch einige Anhaltspunkte, die eine derartige Auslegung stützen. Neben der von Huber angeführten Stelle, die von einer im Entwurf enthaltenen Regelung sprach, nach der der Schuldner für Fahrlässigkeit immer auf das Interesse haften musste, sprechen insbesondere der Wortlaut und die systematische Stellung der Vorschrift für die Theorie einer Haftungsnorm in §224 I 2 E1.⁷¹² So ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch durchaus möglich, den Terminus „haften müssen“ im Sinne von „Schadensersatz leisten müssen“ zu verstehen. Systematisch stand die Vorschrift des §224 an der Spitze des Kapitels „Inhalt der Schuldverhältnisse“, noch vor den spezielleren Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften. §224 I 1 E1 verpflichtete den Schuldner zur vollständigen Erfüllung, §224 I 2 E1 ordnete eine Haftung des Schuldners bei Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit an. §224 I 3 E1 verwies schließlich auf die Vorschriften der §§708, 709 E1, die im Zusammenhang mit der Haftung des Schuldners für unerlaubte Handlungen standen und die die Verantwortung des Schuldners unter gewissen Voraussetzungen ausschlossen. Die Verweisung auf die §§708, 709 E1 macht jedoch nur dann Sinn, wenn der Schuldner für den Schaden, dem er einem Anderen zugefügt hat, grundsätzlich auch aufkommen musste. An einer anderen Stelle in den Motiven wird zudem auch eine §224 I 2 E1 zu entnehmende Schadensersatzhaftung des Schuldners angedeutet. Im Zusammenhang mit der Schadensersatzhaftung des Schuldners im Rahmen des §240 E1 wegen zu vertretender Unmöglichkeit werden in den Motiven die Anforderungen thematisiert, unter denen dem Gläubiger der Übergang auf den Schadensersatzanspruch möglich sein sollte.

„Aus den §§240, 243, **wie aus §224** folgt auch, dass der Schuldner nicht nach seinem Belieben etwa dem Gläubiger statt der Naturalerfüllung die Leistung des Interesses aufdrängen kann.“⁷¹³

Wenn aber §224 E1 im Zusammenhang mit den Vorschriften angeführt wird, die dem Gläubiger unter zusätzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Schadensersatz gewähren, so kann darin ein Hinweis auf den in §224 I E1 enthaltenen Grundhaftungstatbestand für Verschulden gesehen werden. Erst wenn man §224 I 2 E1 als Haftungsnorm begreift, kann

⁷¹² Motive, S. 28.

⁷¹³ Motive, S. 49 f.; Hervorhebungen durch den Verfasser; so schon Himmelschein AcP 158 (1959/1960), S. 280.

man auf den Gedanken kommen, dass der Schuldner bei jeder Pflichtverletzung in der Lage ist, dem Gläubiger die Leistung des Interesses aufzudrängen.⁷¹⁴

Aufgrund des Wortlauts und der systematischen Stellung des §224 I 2 E1 musste man also zu der Auffassung gelangen, dass die Norm neben einem Haftungsmaßstab auch eine Anspruchsgrundlage für Fälle der schuldhaften Nichterfüllung enthielt. Dieser Auffassung war nicht zuletzt die 2. Kommission selbst, die damit auch ihr Abänderungsverlangen der Vorschrift begründete.⁷¹⁵

Der Gesetzgeber beließ es nicht bei der Regelung des §224 E1. Die Norm wurde durch die Redaktionskommission sowohl in ihrem Wortlaut wie auch in ihrer systematischen Stellung abgeändert. §224 I 1 mit seiner Verpflichtung des Schuldners zur vollständigen Erbringung der Leistung wurde als selbstverständlich gestrichen.⁷¹⁶ An seine Stelle trat die Vorschrift des §206, des späteren §242 BGB, der bestimmte, dass der Schuldner dazu verpflichtet war, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erforderten. An die Stelle des §224 I 2 E1 trat die Regelung des späteren §276 BGB. Darin wurde der Terminus „haften“ durch den Terminus „zu vertreten müssen“ ersetzt. Zudem fehlte der Zusatz „wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit.“ Die systematisch herausgehobene Stellung der Norm am Beginn des Abschnitts „Inhalt der Schuldverhältnisse“ wurde beseitigt und die Norm dem §275 hintangestellt, der die Voraussetzungen für eine Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht aufstellte.

Die Gründe für diese Änderungen wurden unterschiedlich beurteilt. Teilweise wurde die Änderung der Norm als Irrtum der Redaktionskommission gewertet.⁷¹⁷ Andere wollten darin eine bewusste Abkehr vom Prinzip einer allgemeinen Haftung für schuldhaftes Verhalten sehen.⁷¹⁸ Die 2. Kommission begründete die Notwendigkeit einer Änderung wie folgt:

„Der Satz 2 des Absatzes 1 wird gebilligt. Der Prüfung durch die Redaktionskommission blieb anheimgegeben, ob sich nicht durch eine andere Fassung verdeutlichen lasse, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen es als feststehend gelte, dass die Verbindlichkeit nicht erfüllt werde und der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könne, nicht hier sondern erst in den §§237 ff. zur Entscheidung gelangt.“⁷¹⁹

⁷¹⁴ Insofern zutreffend Kley, S. 52 ff.

⁷¹⁵ Vgl. Protokolle, S. 609.

⁷¹⁶ Protokolle, S. 608.

⁷¹⁷ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 2, S. 80.

⁷¹⁸ Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 21 ff.

⁷¹⁹ Protokolle, S. 609.

Nach Huber lag das Abänderungsverlangen der 2. Kommission in der Befürchtung begründet, §224 I 2 E1 könnte dahingehend missverstanden werden, dass der Gläubiger nach §224 I 2 E1 sofort dazu berechtigt wäre, bei jeder schuldhaften Pflichtverletzung anstelle der ursprünglich geschuldeten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.⁷²⁰ Dies sollte nach Huber aber nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der Unmöglichkeit und des Verzugs beziehungsweise bei vergeblicher Nachfristsetzung möglich sein.⁷²¹ Bereits 1978 hatte Huber die Schwäche des Entwurfs darin erblickt, dass in §224 I E1, im Gegensatz zum Einheitlichen Kaufrecht, nicht deutlicher zwischen Schadensersatz neben der Leistung und Schadensersatz statt der Leistung unterschieden wurde.⁷²² Er wies zudem darauf hin, dass die zweite Kommission §224 I 2 E1 ausdrücklich gebilligt hatte und die Änderungen nur von der Redaktionskommission vorgenommen wurden. Diese hatte aber weder die Absicht noch die Befugnis gehabt, den Sinngehalt der Regelung eigenmächtig abzuändern.⁷²³ Andere sahen in der Abänderung des §224 I E1 eine bewusste Abkehr vom Prinzip, dass der Schuldner für jede schuldhafte Nichterfüllung haften musste.⁷²⁴ Die zweite Kommission hätte erkannt, dass ein Widerspruch darin lag, dass einerseits eine Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung schon bei bloß fahrlässigem Verhalten des Schuldners angeordnet, andererseits der Anspruch auf Schadensersatz in den §§237 E1 ff. von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wurde. Um zu verdeutlichen, dass der Gläubiger erst dann, anstelle der ursprünglich geschuldeten Erfüllung, Schadensersatz statt der Leistung fordern konnte, wenn die Nichterfüllung endgültig feststand, hätte man die dem §224 I E1 nachfolgende Norm in einen bloßen Haftungsmaßstab abgeändert.⁷²⁵ Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, hätte man die Vollständigkeit der gesetzlichen Regelungen lieber aufgegeben. Ob in der Neufassung des §224 I E1 eine bewusste oder unbewusste Abkehr vom Prinzip der Verschuldenshaftung oder nur eine unglücklich gewählte Formulierung ohne Änderungsabsicht zu sehen ist, geht aus den Materialien nicht hervor. Lediglich die Gründe, warum der Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung der Norm nicht zufrieden war, sind aus den Protokollen ersichtlich. Offensichtlich befürchtete der Gesetzgeber, durch die gewählte Formulierung des §224 I E1 könnte das Missverständnis entstehen, der Gläubiger könnte bei jeder schuldhaften Nichterfüllung des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Man befürchtete, der Unterschied zwischen der Haftung des

⁷²⁰ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S.91.

⁷²¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 91.

⁷²² Huber, FS v. Caemmerer, S. 840 f.

⁷²³ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 90.

⁷²⁴ So insbesondere Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 20.

⁷²⁵ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 20 f.; a.A. Kley, S. 42 ff.

Schuldners (auf Schadensersatz) aufgrund der fahrlässigen Nichterfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufgrund der §§237 E1 ff. würde nicht deutlich genug hervortreten. Ein solches Missverständnis hätte aber nur entstehen können, wenn man in §224 E1 einen Grundhaftungstatbestand erblickte.

Wenn nun auch die Frage beantwortet ist, ob §224 I 2 E1 einen allgemeinen Haftungstatbestand für schuldhafte Pflichtverletzungen enthielt, so bleibt dennoch offen, welche Konsequenzen sich aus der Abänderung der Norm für das später geltende Recht des BGB ergaben. Trotz der Abänderung erscheint es prinzipiell als möglich, auch der Nachfolgevorschrift einen anspruchsgrundlegenden Gehalt zuzumessen. Zu untersuchen ist damit, welche Schlüsse Huber aus den Vorgängen in den Gesetzgebungskommissionen zog. Gerade Huber hatte es in den Leistungsstörungen abgelehnt von Versäumnissen des historischen Gesetzgebers zu sprechen. In seinem Beitrag „Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“ aus dem Jahre 1978 kam Huber noch zu dem Ergebnis, dass der Nachfolgevorschrift des §224 E1 (§276) aufgrund der Abänderung des Wortlauts und der systematischen Stellung ein anspruchsgrundlegender Gehalt per se nicht mehr entnommen werden könnte. Die Mitglieder der Redaktionskommission hätten übersehen, dass es in §224 I E1 nicht nur um Schadensersatz statt der Leistung, sondern auch um den Schadensersatz neben der Leistung gegangen wäre. Auch in seinem Gutachten vertrat er in Kenntnis der Gesetzesmaterialien die Auffassung, §276 könnte nicht mehr als Anspruchsgrundlage gesehen werden. In seinem Werk „Leistungsstörungen“ wollte Huber, der allerdings auf seine frühere abweichende Ansicht hinwies, keinen Unterschied in der Bedeutung zwischen „haften“ und „vertreten müssen“ mehr erkennen.⁷²⁶ Die Formulierung des zu „vertreten haben“ wäre nur aus Gründen der Angleichung an §275 gewählt worden.⁷²⁷ Seiner Ansicht nach könnte §276, trotz der Abänderung durch die Redaktionskommission, durchaus als Anspruchsgrundlage des Gläubigers für schuldhafte Pflichtverletzungen des Schuldners gesehen werden.

Bemerkenswert ist allerdings, dass Huber keine Gründe angibt, warum er - entgegen seinen früheren Darstellungen - keinen sachlichen Unterschied zwischen §224 E1 und §276 erkennen wollte. Insbesondere führte Huber keine weiteren Stellen aus den Protokollen oder Motiven an, die seine Auslegung hätten stützen können. Allerdings änderte sich mit seiner Meinung zu §276 auch seine Konzeption des Haftungssystems des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, in das sich eine weite Auslegung des §276 besser einfügt. Fraglich

⁷²⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 91 unter Hinweis auf die synonyme Verwendung der Ausdrücke in §459 I 1, II und §§460-462.

⁷²⁷ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 91.

ist damit, ob Hubers Auslegung des §276 angesichts der Gesetzesmaterialien als zulässig erscheint oder die Vorgänge in den Kommissionen einer solchen Deutung entgegenstehen. Jakobs und andere warnten hingegen davor, den Gehalt des §224 I E1 in §276 hineinzulesen. Die durch die Redaktionskommission vorgenommenen Änderungen hätten es gerade zum Zweck gehabt, die Vorschrift des §224 I 2 in einen bloßen Haftungsmaßstab zu verwandeln.⁷²⁸ Dieser Auslegung ist zuzustimmen. Allerdings ist es angesichts des berechtigten Anliegens der Kommission missverständlich zu behaupten, nur redaktionelle Gründe hätten zu einer Abänderung der Vorschrift geführt. Zwar wurden die Änderungen von der Redaktionskommission vorgenommen, jedoch geschah dies mit dem konkreten Auftrag, sicherzustellen, dass der Gehalt der §§237 E1 ff. als Anpruchsgrundlagen nicht durch eine missverständliche Formulierung des §224 E1 verdeckt werden würde. Gerade weil der Gesetzgeber sich durchaus im Klaren war, dass die Vorschrift des §224 I 2 E1 als Haftungstatbestand ausgelegt werden würde, sah er aufgrund der drohenden Missverständnisse Handlungsbedarf. Im Laufe der Gesetzesberatungen hatte man sich auf den Grundsatz geeinigt, dass sich der Erfüllungsanspruch des Gläubigers nicht bei jeder schuldhafte Pflichtverletzung in einen Anspruch auf Schadensersatz verwandeln sollte. Dies sollte vielmehr nur der Fall sein, wenn feststand, dass die Leistung nicht mehr erfolgen würde.⁷²⁹ Um die Geltung dieses Grundsatzes sicherzustellen, sah man sich gezwungen, die Vorschrift des §224 I E1 abzuändern, um ein drohendes Missverständnis abzuwenden. Letztlich standen dem historischen Gesetzgeber zwei Wege offen, dieses Ziel zu erreichen. Zum einen hätte man eine ähnliche Formulierung wählen können, wie sie Huber in seinem Beitrag aus dem Jahre 1978 vorgeschlagen hatte. Um klarzustellen, dass nur die Frage des Schadensersatzes statt der Leistung in den §§237 E1 ff. zur Entscheidung gelangen sollte, nicht aber der neben der Leistung geltend zu machende Schadensersatz, hätte man letztlich nur eine andere Formulierung der Vorschriften wählen müssen.⁷³⁰ Die Alternative bestand darin, den Haftungstatbestand in §224 I E1 ganz zu beseitigen und sich auf die Regelung der Frage zu beschränken, welcher Haftungsmaßstab im BGB gelten sollte. Der Weg, den die

⁷²⁸ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 20 ff.

⁷²⁹ Motive, S. 49: „Durch den §240 in Verbindung mit §§242, 243 (vgl. §§247, 360, 361, 269) ist weiter der Grundsatz des franz. und schweiz. Rechtes abgelehnt, wonach sich die Verbindlichkeit etwas zu thun, im Falle des Verzuges sofort in die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auflöst.“ Vgl. dazu Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 20 im Anschluss an Himmelschein, AcP 158 (1959/1960), S. 280.

⁷³⁰ Huber schlug in FS v. Caemmerer, S. 843, folgende Formulierung vor: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie es durch Vertrag und Gesetz bestimmt ist und wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Er hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die vorsätzliche und die fahrlässige Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit zu vertreten. Der Gläubiger kann, wenn der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat, Erfüllung der Verbindlichkeit und Ersatz des entstandenen Schadens verlangen. Das Recht, die Annahme der Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, steht ihm nur in den durch Gesetz bestimmten Fällen zu.“

Redaktionskommission beschritten hat, wird nur aus dem Zusammenhang deutlich. Systematische Stellung und Wortlaut des §276 sprechen dafür, dass man sich auf eine Definition der „zivilrechtlichen Schuld“ beschränken wollte, die schon während der Beratungen im Vordergrund der Diskussion gestanden war, und sich bewusst gegen eine Haftung auf Schadensersatz entschied.

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Deutung der Gesetzesmaterialien entscheidend für die Auslegung des späteren §276 ist. Ohne die Schilderung der Vorgänge in den Gesetzgebungskommissionen ist die These von einer allgemeinen Verschuldenshaftung in §276 nicht haltbar. Die eigentliche Kernfrage, ob der Gesetzgeber sich mit Abänderung des §224 I E1 letztlich gegen einen Grundhaftungstatbestand im Schuldrecht entschieden hat, ist anhand der Gesetzesmaterialien nachvollziehbar. Insbesondere werden die Gründe, die den historischen Gesetzgeber dazu bewogen haben, die Vorschrift des §224 I E1 abzuändern, aus den Materialien deutlich. In den Protokollen selbst finden sich aber keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber an einem Grundhaftungstatbestand festhalten wollte. Letztlich sprechen aber gerade Systematik und Wortlaut der abgeänderten Vorschrift gegen eine derart weitreichende Auslegung des §276. Huber räumt den Gesetzesmaterialien einen, angesichts ihrer Bedeutung, verhältnismäßig geringen Stellenwert ein.⁷³¹ Allerdings ist davon auszugehen, dass der dritte Band der Leistungsstörungen genauere Darstellungen diesbezüglich enthalten hätte. Bemerkenswert ist allerdings, dass Huber, in Kenntnis der Gesetzesmaterialien, zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen für das später geltende Recht gelangte. So vertrat er selbst die Meinung, dass aufgrund der durch die Redaktionskommission vorgenommenen Änderungen §276 nicht mehr der Gehalt einer anspruchsgrundlegenden Norm entnommen werden konnte. Allerdings macht Huber wie schon zuvor explizit auf seine früher abweichende Meinung aufmerksam.

c) Literatur nach Einführung des BGB

Die Ausbildung der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen in der Literatur wurde bereits dargestellt. Nicht geklärt ist allerdings die Frage, inwieweit Literaturansichten die Arbeitsweise Hubers beeinflussten. Für die Untersuchung von Hubers Arbeitsweise ist darauf abzustellen, inwieweit Huber Literaturansichten rezipierte, weiterentwickelte oder sich mit Argumenten der Gegenansicht auseinandersetzte.

In seinen Schriften beschäftigte sich Huber mit Hermann Staub, der als Begründer der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen gilt. Die Untersuchung wird zeigen, dass sich Hubers

⁷³¹ Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3d, S. 89 ff.: insgesamt erstreckt sich die gesamte Darstellung auf zweieinhalb Seiten.

Bewertung der Verdienste Staubs im Laufe der Zeit entscheidend geändert hat. Fraglich ist, welche Rückschlüsse für Hubers Arbeitsweise sich aus diesem Umstand ziehen lassen. Aus der Auseinandersetzung mit Autoren wie Himmelschein und Zitelmann können Rückschlüsse auf die Gewichtung der Argumente der Gegenansicht gezogen werden. In einem weiteren Schritt werden die Auffassungen von Ulrich Huber und Carl Crome verglichen. Dieser wurde zwar nicht bei Huber erwähnt, jedoch finden sich zahlreiche Gemeinsamkeiten in den Ansichten beider, auf die hinzuweisen ist. Andere Autoren wie Jakobs prägten Hubers Lehre entscheidend. Sie können als Wegbereiter der Lehre Hubers bezeichnet werden. Erstaunliche Parallelen finden sich zudem zwischen der Lehre von Hans Stoll und Ulrich Huber, obgleich sie einen unterschiedlichen dogmatischen Ansatz vertraten.

Ausgangspunkt der wissenschaftlichen Diskussion war immer die Frage, ob eine Regelungslücke im BGB bestand. Von der Antwort auf diese Frage hing die Einordnung des Rechtsinstituts in das gesetzliche System der Leistungsstörungen ab.

aa) Hermann Staub

Der Berliner Rechtsanwalt Hermann Staub gilt gemeinhin als „Entdecker“ der pVV, zumal er als erster auf die „drohende Haftungslücke“ im BGB aufmerksam machte.⁷³²

α) Regelungslücke

Staub versuchte anhand von Beispielsfällen den Nachweis zu führen, dass nach dem BGB Pflichtverletzungen denkbar wären, die weder eine Haftung wegen Unmöglichkeit nach sich zogen noch Verzug begründeten.⁷³³ Da aber in diesen Fällen eine Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz nicht zweifelhaft sein könnte, würde das BGB eine „Riesenlücke“ aufweisen, die durch das von ihm entwickelte Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung zu schließen wäre. Ungeregelt blieben im Gegensatz zu den Fällen, in denen dem Schuldner der Vorwurf eines „negativen Verhaltens“, nämlich der Nichterfüllung, gemacht werden konnte, die Fälle, in denen die Vertragsverletzung auf ein positives Tun des Schuldners zurückgeführt werden konnte. Dabei war nach Staub insbesondere zwischen den Fällen der Schlechtleistung und der Zu widerhandlung gegen eine Unterlassungspflicht zu

⁷³² MüKo-Emmerich Vor §275 Rn.204; Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.360.

⁷³³ Als Beispiel sei hier nur der von Staub angeführte und in der Literatur oftmals zitierte Fall genannt: ein Gesellschafter ist nach dem Gesellschaftsvertrage dazu verpflichtet, innerhalb der ersten drei Monate eines Jahres eine Bilanz aufzustellen, die zur Grundlage von Vermögensdispositionen der Gesellschaft werden soll. Innerhalb der gesetzten Frist legt der Gesellschafter eine günstige, aber unrichtige Bilanz vor. Die Aufstellung einer richtigen Bilanz wäre dem Gesellschafter immer noch möglich, so dass eine Haftung wegen Unmöglichkeit oder Verzug ausscheiden müsste. Dennoch konnte es nach Staub keinem Zweifel unterliegen, dass der Gesellschafter für den Schaden haften müsste, der der Gesellschaft durch die aufgrund der unrichtigen Bilanz veranlassten Vermögensdispositionen entstanden war. Vgl. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 11.

unterscheiden. Den Fällen der positiven Vertragsverletzung wollte Staub große praktische Relevanz zusprechen, da sie im Rechtsleben „täglich tausendfach“ vorkämen.⁷³⁴

β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts

Staub nahm in der Folge die Existenz eines allgemeinen Rechtssatzes an, nach dem „die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht, sofern die Rechtsfolge durch Gesetz nicht beseitigt ist.“⁷³⁵ In der Folge wollte Staub die Fälle der positiven Vertragsverletzung in Analogie zu den Regeln des Verzugs lösen, da „auf Grund der nach der ganzen Sachlage naheliegenden und zwingenden Analogie des §286 BGB. anzunehmen [ist], dass ein Rechtsgrundsatz besteht, wonach derjenige, der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletzt, dem anderen Teil den hiernach entstehenden Schaden zu ersetzen hat“.⁷³⁶

Will man den Einfluss von Staub auf die Lehre Hubers untersuchen, so ist auch hier zwischen den früheren Schriften Hubers und der Darstellung der pVV in den „Leistungsstörungen“ zu unterscheiden. In seinem Beitrag „Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“ bescheinigte er Staubs berühmter Abhandlung, mit der es ihm gelungen wäre, Literatur und Rechtsprechung gleichermaßen zu überzeugen, einen überragenden Rang. Ihm gebühre das Verdienst, keinen wichtigen Fall übersehen zu haben, jedem Fall gerecht geworden zu sein und die von ihm gestellte Aufgabe, höchst zweifelhafte Fälle rechtlich einzuordnen, nach dem Gesetz in überzeugender Weise gelöst zu haben. Allerdings schränkte er bereits damals ein, das auf Staub aufbauende Haftungssystem bedürfte der Korrektur durch die seither gewonnenen Erkenntnisse.⁷³⁷ Hier verwies Huber⁷³⁸ auf die Untersuchungen Rabels,⁷³⁹ Jakobs',⁷⁴⁰ Himmelscheins,⁷⁴¹ Stolls⁷⁴² und Schlechtriems⁷⁴³, deren Erkenntnis nicht nur durch die Entstehungsgeschichte des BGB, sondern auch durch den Vergleich mit dem einheitlichen Kaufrecht gestützt werde. Richtig bliebe aber die durch Staub gewonnene Erkenntnis, dass die Haftung des Schuldners für

⁷³⁴ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 4.

⁷³⁵ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 6.

⁷³⁶ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 15.

⁷³⁷ Huber, FS v. Caemmerer, S. 872.

⁷³⁸ Huber, FS v. Caemmerer, S. 869.

⁷³⁹ Rabel, Festschrift Bekker, S. 171.

⁷⁴⁰ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 17 ff.

⁷⁴¹ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 255 ff.; ders., AcP 158 (1959/1960), S. 272.

⁷⁴² Stoll, AcP 136 (1932), 257.

⁷⁴³ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 323 ff.

Pflichtverletzungen nicht auf die im Gesetz geregelten Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs beschränkt bliebe.⁷⁴⁴

In seinen Leistungsstörungen wandte sich Huber gegen die „buchstabengläubige“ Auslegung des §276.⁷⁴⁵ Es gehörte nach Huber zu den „Rätseln der Dogmengeschichte, dass es gerade ein Autor von dem Rang und dem praktischen Verständnis Staubs war, der die enge, dem bisherigen Rechtszustand [...] und den Erfordernissen der Praxis widersprechende, dem Buchstaben verhaftete Interpretation des §276 so zäh verteidigt [...]“ hätte.⁷⁴⁶ Huber machte für diese Fehlleistung Staubs eine gewisse Wortgläubigkeit und übersteigerte Kritik gegenüber dem „großzügig formulierenden Gesetzgeber des BGB“ verantwortlich.⁷⁴⁷

Mit der geänderten Meinung hinsichtlich des anspruchsgrundenden Gehalts des §276, ging damit bei Huber auch ein Meinungswandel bezüglich der Richtigkeit und des Stellenwerts von Staubs Abhandlung einher. Staubs verdienstvolle Erkenntnis, dass der Schuldner nicht nur im Falle der Unmöglichkeit und des Verzugs zum Schadensersatz verpflichtet sein konnte, wurde für Huber zur Selbstverständlichkeit.

Dieser Meinungswandel Hubers bedarf einer Begründung und wirft die Frage auf, welche Rückschlüsse sich daraus für die Arbeitsweise Hubers ziehen lassen. Auch in Hubers früheren Schriften waren ihm die Gesetzgebungsgeschichte und die später herangezogene Quellen bekannt. Jedoch wurde deren Stellenwert für die Auslegung und Interpretation der gesetzlichen Vorschriften offenbar anders bewertet. Insgesamt kann festgehalten werden, dass diesen lediglich eine Indizwirkung für die Auslegung des Gesetzes zukam und für Huber eine eher zweckorientierte Auslegung der gesetzlichen Vorschriften ausschlaggebend war. In Hubers früheren Schriften stand zudem eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gesetzes im Mittelpunkt des Interesses. Aus dem Vergleich mit den Regelungen des internationalen Rechts sollten Rückschlüsse für die Auslegung des geltenden Rechts gewonnen werden. Huber war der Meinung, dass Staubs Lehre von den positiven Vertragsverletzungen eine Entsprechung in den Vorschriften des internationalen Kaufrechts gefunden hatte. Damit ging eine wohlwollende Bewertung der Verdienste Staubs einher.

Hubers späteren Schriften lag das Bild von einer historischen Entwicklung des Leistungsstörungsrechts zugrunde. Hubers Hauptaugenmerk richtete sich nunmehr auf eine Analyse der rechtsgeschichtlichen Quellen des BGBs und der Schriften Mommsens. Die Lehre Staubs von den positiven Vertragsverletzungen passte nicht mehr zur These Hubers von

⁷⁴⁴ Huber, FS v. Caemmerer, S. 868 f.

⁷⁴⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3 a, S. 79.

⁷⁴⁶ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3 a, S. 80 Fn.94.

⁷⁴⁷ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3 a, S. 80 Fn.94.

einem vollständigen, in sich geschlossenen System der Leistungsstörungen im BGB. Vielmehr stellte Staubs Lehre die Verdienste des historischen Gesetzgebers in Frage, dem schwerwiegende Versäumnisse unterstellt wurden. Dies warf letztlich auch einen Schatten auf Hubers Methode, mittels einer historischen Auslegung der Gesetzesmaterialien Rückschlüsse auf das geltende Leistungsstörungsrecht ziehen zu können. Auch wäre die unterstellte Kontinuität zwischen dem BGB und der Lehre Friedrich Mommsens durch eine entsprechende Auslegung der Gesetzesquellen in Frage gestellt worden. Die Beschäftigung mit den historischen Quellen des BGB scheint Huber dazu gebracht zu haben, seine Bewertung der Verdienste Staubs zu überdenken.

bb) Jury Himmelschein

Das Leben von Jury Himmelschein war ereignisreich und tragisch zugleich. Jury Himmelschein (*11.12.1891 in Wiasma/Smolensk) stammte ursprünglich aus Russland. Nach dem Besuch des Gymnasiums studierte er Jurisprudenz an der Kaiserlichen Universität in Moskau. 1914 legte er seine juristische Staatsprüfung ab.⁷⁴⁸ Deutschland und Europa lernte er auf Reisen kennen, die er mit seinen vermögenden Eltern unternahm. Stark beeinflusst wurde Himmelschein von Ludwig Mitteis, den er während eines Studiensemesters an der Universität Leipzig hörte. Nach seinem Auslandsaufenthalt kehrte er nach Russland zurück. Aufgrund der geänderten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse war Himmelschein nach der Oktoberrevolution 1917 gezwungen, Russland zu verlassen.⁷⁴⁹ 1923 nahm Himmelschein das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Berlin erneut auf, wo er am Seminar von Emil Seckel teilnahm. Im Jahre 1930 promovierte Himmelschein mit seiner Schrift über die „Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft“. Später galt Himmelscheins Interesse vor allem den aktuellen Fragen des deutschen Zivilrechts und der Methodenlehre. Intensiv befasste er sich mit der Lehre Staubs von den positiven Vertragsverletzungen und der Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens. Eine Habilitation blieb ihm aufgrund seines jüdischen Glaubens im Deutschland der dreißiger Jahre verwehrt. Gezwungen aufgrund seines Glaubens zu emigrieren, gelangte Himmelschein über verschiedenen Stationen in ganz Europa nach Nizza. Himmelschein gelang es jedoch nicht, sich in die USA zu flüchten. 1943 wurde er in das Konzentrationslager Lublin deportiert. Dort verliert sich sein Weg.⁷⁵⁰ Wenngleich die neuere Literatur bei Huber nur in einem geringen Umfang berücksichtigt wurde, so setzte sich Huber mit Jury Himmelscheins Thesen relativ ausführlich auseinander.

⁷⁴⁸ Isele, AcP 158. S.302.

⁷⁴⁹ Isele, AcP 158. S.302 ff.

⁷⁵⁰ Isele, AcP 158. S.302 ff.

Himmelschein wandte sich energisch gegen die Position Staubs und dessen Theorie von einer Regelungslücke im BGB.

a) Regelungslücke

Himmelschein verneinte die Existenz einer Regelungslücke im BGB. Er war der Auffassung, dass sich die Fälle der pVV entweder nach Maßgabe der Unmöglichkeitsvorschriften lösen ließen oder unter §276 zu subsumieren wären. Beide Wege hielt Himmelschein letztlich für gangbar. Feststehend war nach Himmelschein nur, dass es der historische Gesetzgeber keinesfalls versäumt hatte, den Fällen der pVV einen gesetzlichen Anwendungsbereich zu geben.

β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts

Nach Himmelschein konnte es keinem Zweifel unterliegen, dass die Terminologie des BGB auf die Begriffsbildung Mommsens zurückzuführen war. Dies ergab sich Himmelschein zufolge aus der Struktur des BGB und der Gesetzgebungsgeschichte. Entscheidend für die Konzeption des Leistungsstörungsrechts wäre, welchen Leistungsbegriff man dem BGB zugrunde legen würde. Nach Himmelschein wäre die Leistungspflicht dem Inhalte des Schuldverhältnisses nach zwar grundsätzlich als das Recht des Gläubigers, vom Schuldner ein entsprechendes Tun oder Unterlassen zu fordern zu verstehen.⁷⁵¹ Der Inhalt der Leistungspflicht würde sich aber nicht im Recht, ein Tun oder Unterlassen zu fordern, erschöpfen. Das Schuldverhältnis würde vielmehr ein kompliziertes Gebilde darstellen, dem mehrere positive und negative Schuldnerpflichten entsprängen. Die Leistungspflicht des Schuldners würde deshalb auch zahlreiche Nebenleistungspflichten umfassen. So wäre der Schuldner nach dem Inhalte des Schuldverhältnis nicht zur dazu verpflichtet, die Leistung sorgfältig zu erfüllen.⁷⁵² Die Leistung müsste auch sämtliche Nebenleistungspflichten umfassen und im Hinblick auf Quantität und Qualität der Leistung sowie der Modalitäten des Gegenstandes, des Ortes und der Zeit ordnungsgemäß erfüllt werden.⁷⁵³ Die Lehre von den positiven Forderungsverletzungen beruhte Himmelschein zufolge zumindest teilweise auf dem Irrtum, dass die Leistungspflicht des Schuldners nur mit der Pflicht zur Erfüllung der Hauptleistungspflichten gleichgesetzt wurde. Dabei würde aber häufig übersehen, dass sich die Leistungspflicht des Schuldners darin nicht erschöpfe, da der Schuldner ebenso zur

⁷⁵¹ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 284.

⁷⁵² Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 286.

⁷⁵³ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 289 unter Hinweis auf §359 E1: "Der Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt"; §224 E1: "Zur vollständigen gehörigen Leistung (§224 Abs.1) gehört, dass die Leistung am richtigen Ort bewirkt wird."; §224 II E1: „Zur vollständigen Bewirkung der geschuldeten Leistung gehört auch deren rechtzeitige Bewirkung“.

ordnungsgemäßen Erfüllung aller Nebenleistungspflichten verpflichtet wäre. Die von Staub bezeichneten Fälle, mit denen er die Existenz einer Gesetzeslücke nachweisen wollte, hätten zum großen Teil die Nichterfüllung von Nebenleistungspflichten zum Gegenstand gehabt. Nicht weniger als Treu und Glauben wäre aber als Sorgfaltsmäßstab für den Inhalt der Leistungspflicht bestimmend.⁷⁵⁴ Die Verpflichtung zur vollständigen Leistung würde notwendigerweise mit einem weiten Begriff der Nichterfüllung korrespondieren, die nicht nur dann gegeben wäre, wenn der Schuldner überhaupt nicht leistete, sondern auch, wenn das Geleistete in irgendeiner Weise vom Geschuldeten abwich.⁷⁵⁵ In der Folge waren nach Himmelschein die Regelungen der Unmöglichkeit und des Verzuges, den er nur als Spezialfall der Unmöglichkeit begriff, anzuwenden. Unklar blieb in seinen Ausführungen allerdings, wie er das Erfordernis einer Mahnung beim Verzug umgehen wollte.⁷⁵⁶ Himmelscheins Ansicht von einem weiten Unmöglichkeitsbegriff wurde in der Literatur auf breiter Front abgelehnt.⁷⁵⁷ Als schlagendes Argument erwies sich dabei ein von Stoll vorgebrachter Einwand. Wenn jede schuldhafte Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung darstellen würde, so wäre es nicht nachvollziehbar, warum der Schadensersatzanspruch in §280 von der zusätzlichen Voraussetzung einer Unmöglichkeit der Leistung abhängig gemacht würde.⁷⁵⁸ Huber wandte sich gegen den Versuch, die positive Vertragsverletzung als Verstoß gegen eine konstruierte Unterlassungspflicht zu begreifen, deren Erfüllung dem Schuldner im Nachhinein unmöglich würde.⁷⁵⁹ Huber bezeichnete diese Konstruktion als „den typischen Versuch einer Scheinbegründung, die voraussetzt, was begründet werden soll, und diesen logischen Fehler durch sprachliche Manipulationen verdeckt.“⁷⁶⁰ Die ganze Konstruktion, die allgemeine Verschuldenshaftung als Fall der Unmöglichkeit zu begreifen, wirke in seltsamer Weise verdreht, kleinlich und kompliziert, abstrus und wunderlich.⁷⁶¹ Er wandte sich mit dieser Kritik insbesondere gegen die Theorie Himmelscheins, Mommsen hätte die Fälle der pVV unter die Unmöglichkeitsregeln gefasst. Eine Auslegung, die Huber nicht teilte.

⁷⁵⁴ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 290.

⁷⁵⁵ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 292.

⁷⁵⁶ Himmelschein plädierte dafür, §284 nicht „engherzig“ auszulegen und nicht an einem formlosen Formalakt festzuhalten. Vgl. Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 304.

⁷⁵⁷ Vgl. nur Stoll, AcP 136 (1932), S. 257 ff.; Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 96, 99; Krückmann, AcP 101 (1907), S. 145 ff.; Palandt-Heinrichs, §276 Rn.105.

⁷⁵⁸ Stoll, AcP 136 (1932), S. 257 ff.; Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.206.

⁷⁵⁹ So Siber, JherH 50 (1906), S. 55, 180 ff.; vgl hierzu auch Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 263 unter Hinweis auf Schöller, S. 26 ff.

⁷⁶⁰ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 89.

⁷⁶¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3, S. 89.

Nicht übersehen werden darf aber, dass es durchaus auch Gemeinsamkeiten in den Auffassungen Hubers und Himmelscheins gab. Auf diese wies Huber jedoch nur am Rande hin. Himmelschein teilte nämlich Hubers Auslegung des §276, den er durchaus als anspruchs begründende Norm interpretierte. Die Vorgänge in den Gesetzgebungskommissionen wurden bei Himmelschein erstmals näher untersucht, auf die sich dann auch Huber maßgeblich stützte.⁷⁶² Himmelschein schlug letztlich zwei Lösungswege vor, den Fällen der so genannten positiven Vertragsverletzung einen gesetzlichen Anwendungsbereich zu geben. Zum einen hielt er es für möglich, die Unmöglichkeitsregeln anzuwenden, indem er die Fälle der Schlechterfüllung als teilweise Unmöglichkeit der Leistung interpretierte. Zum anderen hielt er auch den Weg einer direkten Anwendung des §276 für gangbar. Für die Theorie hätte die Subsumption unter die Unmöglichkeit zwar gewisse Vorteile, für die Praxis jedoch wäre die Ersatzforderung auf Grund des §276 die einfachste Lösung, da jede komplizierte Begriffsbildung hierdurch vermieden werde.⁷⁶³ Allerdings dürfte bei der Anwendung des §276 nicht vergessen werden, dass die Ersatzleistung in dem Umfange ausgeschlossen würde, soweit der Gläubiger durch die Primärleistung befriedigt werden könnte.

Himmelschein unterzog darüber hinaus die Begriffe „haften müssen“ in §224 I E1 und „vertreten müssen“ in §276 einer genaueren Untersuchung. In der Auslegung dieser Begriffe unterschied sich Himmelschein erneut von Huber. Auch wenn man mit der vorherrschenden Ansicht davon ausging, dass der Schuldner nach Stand des 1. Entwurfs tatsächlich für jede fahrlässige Nichterfüllung haften musste, so ist noch nicht geklärt, was unter dem Terminus des „haften müssen“ zu verstehen war. Wie Huber war auch Himmelschein der Auffassung, dass „vertreten müssen“ ein Synonym für „haften müssen“ darstellte, so dass kein wirklicher Unterschied zwischen §224 I E1 und §276 bestand. Während für Huber aber damit eine Verpflichtung zum Schadensersatz gemeint war, hielt Himmelschein diesen Schluss für unzulässig, da die Begriffe offensichtlich schon aufgrund ihres Wortlauts nicht identisch waren. §276 war nach Himmelschein als Blankett norm zu verstehen. Danach widersprach jede Auslegung, nach der der Schuldner bei einer schuldenhaften Pflichtverletzung nicht auf Erfüllung oder Schadensersatz haften musste, dem Gesetz. Der Terminus des „haften müssen“ in §224 I und der des „vertreten müssen“ in §276 E1 konnte nach Himmelschein entweder als Verpflichtung zur Erfüllung oder als Verpflichtung zum Schadensersatz interpretiert werden.⁷⁶⁴

⁷⁶² Vgl. Himmelschein, AcP 135, (1932), S. 277 ff.

⁷⁶³ Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 281.

⁷⁶⁴ Ähnlich auch Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.208.

Die Vermutung liegt nahe, dass sich Huber deshalb so ausführlich mit Himmelschein beschäftigte, weil dieser eine andere Vorstellung vom Unmöglichkeitsbegriff und der Unmöglichkeitslehre Friedrich Mommsens hatte. Huber, der Himmelschein zumindest darin zustimmte, dass die Terminologie des Gesetzes auf die Unmöglichkeitslehre Mommsens zurückging, sah in der Literatur zum gemeinen Recht und in der Lehre Mommsens im Besonderen eine der Hauptstützen seiner Argumentation. Danach hätte der historische Gesetzgeber in §276 die Culpa-Haftung aus dem gemeinen Recht aufgegriffen. Umso mehr kam es Huber aber darauf an, nachzuweisen, dass neben Windscheid auch Mommsen von der selbstverständlichen Geltung der Culpa-Haftung ausgegangen war und die Fälle der pVV nicht als Fälle der Unmöglichkeit begriffen hatte. Aus diesem Grunde war Huber dann auch bemüht, die Lehre Himmelscheins zu widerlegen, zumal diese auf einem anderen Verständnis der Unmöglichkeitslehre Mommsens aufbaute. Auf Gemeinsamkeiten zwischen ihm und Himmelschein wies Huber nicht eigens hin, zumal er davon überzeugt war, dass seine Auffassung durch die Gesetzesmaterialien und durch die Existenz der Culpa-Haftung im gemeinen Recht hinreichend belegt war. Himmelschein machte an anderer Stelle aber deutlich, dass es noch eine andere Möglichkeit gäbe, um das vom Gesetzgeber intendierte Ziel, eine Haftung des Schuldners auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu erreichen: die Annahme einer *perpetuatio obligationis* im BGB. Gegen die Geltung dieses Grundsatzes im BGB hätten sich aber die Gesetzesverfasser ausdrücklich ausgesprochen.⁷⁶⁵ Dies ist aber gerade der dogmatische Ansatzpunkt, den Ulrich Huber verfolgte, zumal dieser Grundsatz dem BGB seiner Meinung nach ohne Zweifel zugrunde lag.

cc) Ernst Zitelmann

Ernst Zitelmann wird zu den bedeutendsten Juristen des 20.Jahrhunderts gezählt. Diese Stellung verdankt er seinen viel beachteten Schriften wie "Die Juristische Willenserklärung" oder der Monographie "Irrtum und Rechtsgeschäft". Daneben beschäftigte er sich insbesondere mit Familien-, Erb-, Steuer- und Wirtschaftsrecht. Einfluss nahm Zitelmann mit seiner umfassenden Kritik am Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ernst Zitelmann, am 7.August 1852 in Stettin geboren, studierte Rechtswissenschaften in Leipzig, Heidelberg und Bonn.⁷⁶⁶ 1873 promovierte er über Begriff und Wesen der juristischen Person. 1879 wurde er als Ordinarius für römisches Recht an die Universität

⁷⁶⁵ Himmelschein behauptete, der Gesetzgeber hätte sich ausdrücklich gegen die Geltung der *perpetuatio obligationis* im BGB ausgesprochen. Wie a. a. O. aber bereits gezeigt wurde, hat der historische Gesetzgeber diesen Punkt ausdrücklich offen gelassen.

⁷⁶⁶ Planitz/Zitelmann, Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen I, S.177 f.

Rostock berufen. Später lehrte Zitelmann in Halle, Bonn und München. Ernst Zitelmann starb am 28. November 1923 in Bonn.⁷⁶⁷

Ernst Zitelmann war, neben Jakobs und Staub, einer der stärksten Kritiker der Literaturansicht, die in §276 eine Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen des Schuldners erblicken wollte. In Folge dessen sind Zitelmanns Ausführungen auch für die Untersuchung der Arbeitsweise Ulrich Hubers von Interesse, da sich am Beispiel Zitelmanns aufzeigen lässt, in welcher Weise gegenläufige Ansichten bei Huber Berücksichtigung fanden.

α) Regelungslücke

Nach Zitelmann konnte es keinem Zweifel unterliegen, dass es der Gesetzgeber versäumt hatte, einen allgemeinen Haftungstatbestand für schuldhafte Pflichtverletzungen im BGB zu schaffen. Es wäre vielmehr als eine nur schwer begreifliche Nachlässigkeit anzusehen, den angeblichen Haftungsgrundsatz „der Schuldner haftet für jede Fahrlässigkeit“ sowie einen daran geknüpften Schadensersatzanspruch aus §276 abzuleiten.⁷⁶⁸

Damit war nach Zitelmann von einer Regelungslücke im System des Leistungsstörungsrechts des BGB auszugehen, da es der Gesetzgeber versäumt hätte, den Fällen der positiven Vertragsverletzung einen gesetzlichen Anwendungsbereich zu geben.

β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts

Die systematische Stellung der Vorschrift würde gerade deutlich machen, dass §276 nur in Zusammenhang mit den Unmöglichkeitsvorschriften zu sehen wäre. §276 würde nur eine Tatbestandsvoraussetzung der nachträglichen Unmöglichkeit definieren. Die Norm enthielt gerade die Definition der tatbestandlichen Voraussetzung des Vertretenmüssens, von dessen Nichtvorliegen §275 eine Befreiung des Schuldners abhängig machte.⁷⁶⁹ Im Gegensatz zu den §§280, 325 enthielt §276 keine Rechtsfolgenanordnung. Zwar wäre in den meisten Fällen, in denen der Schuldner seine Fahrlässigkeit zu vertreten hätte, auch ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegeben. Eine Rechtsfolgenanordnung sollte §276 laut Zitelmanns jedoch gerade nicht enthalten.⁷⁷⁰ „Verschulden zu vertreten haben“ war nach Meinung Zitelmanns gleichbedeutend mit „den Umstand zu vertreten haben, in Bezug auf dessen Verwirklichung ein Verschulden vorhanden ist“. Dies würde gerade der systematische Zusammenhang von

⁷⁶⁷ Planitz/Zitelmann, Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen I, S.177 ff.

⁷⁶⁸ Zitelmann, Festgabe Krüger, S. 266 ff.

⁷⁶⁹ Zitelmann, Festgabe Krüger, S. 267.

⁷⁷⁰ Zitelmann, Festgabe Krüger, S. 267.

§275 und §276 verdeutlichen.⁷⁷¹ Da zudem §280 die Rechtsfolge des Schadensersatzes, neben dem Vorliegen einer Unmöglichkeit, gerade vom Vertretenmüssen des Schuldners abhängig machen würde, wäre es nur schwer verständlich, wie man zu der Auffassung gelangen könnte, auch §276 würde eine Verpflichtung zum Schadensersatz an die Voraussetzung des „Vertretenmüssens“ knüpfen. Nach Zitelmann könnte zwar die Regel, dass jeder Tatbestand, an den das Gesetz eine Schadensersatzpflicht knüpfte, eine Nichterfüllung zum Gegenstand hätte, allgemeine Geltung beanspruchen. Der Umkehrschluss, dass jede vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers führen müsste, wäre hingegen nicht zulässig.⁷⁷² Nicht jede Nichterfüllung impliziere eine Pflichtverletzung, an die eine Rechtsfolge geknüpft wäre. Das Gesetz würde als Verletzung der Schuldnerverpflichtung eben nur die Nichterfüllung im Falle der Unmöglichkeit und des Verzugs anerkennen. Daneben wäre nur die Vertragsverletzung durch Schlechtleistung einer Schuldnerpflicht als eigenständige Kategorie der Leistungsstörungen anzuerkennen. Die rechtliche Behandlung der Schlechterfüllung wäre in Analogie zu den Vorschriften der gesetzlich geregelten Fälle der Nichterfüllung, Unmöglichkeit und Verzug zu bestimmen.⁷⁷³ Bei Zitelmann finden sich zahlreiche Argumente, insbesondere systematischer Natur, die gegen Hubers Auslegung des §276 sprechen. Obgleich Huber zum Beleg seiner Thesen gerade auch systematische Erwägungen geltend machte, ging er mit keinem Wort auf die Gegenansicht Zitelmanns ein. Huber hielt es offensichtlich nicht für erforderlich, die Argumente Zitelmanns zu entkräften. Seiner Meinung nach ließ die Entstehungsgeschichte der Vorschrift nur eine mögliche Deutung zu. Dies zeigt erneut, welche Rolle Huber der historischen Auslegungsmethode und der Lehre Mommsens in seinem Werk zumaß. Wie aber die Beschäftigung mit den Gesetzesmaterialien und der Lehre Zitelmann zeigt, führen weder systematische noch historische Auslegung bei §276 zu eindeutigen Ergebnissen. Vielmehr blieben bei Huber viele Fragen ungeklärt, die einer näheren Erörterung bedurft hätten. Diese hätte er aber möglicherweise in seinem dritten Band der Leistungsstörungen noch nachgereicht.

dd) Carl Crome

Auch Carl Crome hat sich mit der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen beschäftigt und damit die Aufmerksamkeit Hubers auf sich gezogen.

Carl Crome wurde am 12. Juli 1859 in Düsseldorf als Sohn eines Juristen geboren. Nach absolviertem Universitätsstudium schlug Crome die praktische Richteraufbahn ein. Nebenbei

⁷⁷¹ Zitelmann, Festgabe Krüger, S. 267.

⁷⁷² Zitelmann, Festgabe Krüger, S. 268 f.; ähnlich Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 23 ff.

⁷⁷³ Zitelmann, Festgabe Krüger, S. 281.

widmete sich Crome wissenschaftlichen Studien. 1883 begann er mit der Promotion in Leipzig. Crome, der bei Windscheid selbst noch Vorlesungen gehört hatte, schlug bald selbst die wissenschaftliche Laufbahn ein und habilitierte sich in Marburg zum Privatdozenten.⁷⁷⁴ Zuvor hatte er mit den „Grundlehren des französischen Obligationenrechts“ ein Werk von hohem methodischem Wert verfasst. Hervorgetan hatte sich Crome auch mit seiner Kritik am Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. Cromes besondere Aufmerksamkeit galt der Rechtsvergleichung, der er einen hohen praktischen Wert zumaß. Insbesondere der Vergleich des deutschen mit dem französischen Recht beschäftigte Carl Crome. Im Jahre 1895 wurde er an die Universität Berlin berufen. Als bald begann er mit der Abfassung seines „System des Deutschen Bürgerlichen Rechts“. Im Jahre 1898 erhielt Crome einen Ruf als ordentlicher Professor für römisches und heutiges Zivilrechts sowie des Prozesses an die Universität Bonn.⁷⁷⁵ Im Jahre 1919 erschienen die „Grundzüge des römischen Privatrechts.“ Crome war der Ansicht, dass dem römischen Recht bei der Rechtsvergleichung eine besondere Stellung zukam, da viele Rechtsordnungen dort ihren Ausgang genommen hatten. Crome war in der Literatur wohl der erste, der die Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Pflichtverletzung auf §276 stützen wollte. Diesen Lösungsweg hat später auch Huber beschritten. Überhaupt bestehen zahlreiche Parallelen in den Ansichten beider.

α) Regelungslücke

Crome verwies darauf, dass die Schadensersatzpflicht grundsätzlich Folge der Nichterfüllung eines Anspruchs wäre und entweder an Stelle der geschuldeten Leistung oder neben diese treten konnte.⁷⁷⁶ Die Nichterfüllung bestehender Verbindlichkeiten wäre unerlaubt und müsste unter Voraussetzung einer besonderen Verschuldung zu einer Verpflichtung auf Schadensersatz führen. Nach Crome war es offensichtlich, dass §276 nach dem Willen des Gesetzgebers die Aufgabe zukommen sollte, diese Nichterfüllung durch einen Schadensersatzanspruch zu sanktionieren. Eine Regelungslücke im BGB bestand nach Ansicht Cromes demnach nicht. Hierin stimmte er mit Huber überein.

β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts

Seine Auffassung stützte Crome dabei auf die Überlegung, dass der Schuldner nach dem Inhalt des Vertrages nicht nur dazu verpflichtet war, die geschuldete Leistung zu erbringen. Nach dem Inhalte der jeweiligen Verpflichtung wäre zudem ein gewisses Maß von Sorgfalt auf die Erfüllung zu verwenden. Die Außerachtlassung dieses geschuldeten Maßes an Sorgfalt

⁷⁷⁴ Planitz/Crome, Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen II, S.77 ff.

⁷⁷⁵ Planitz/Crome, Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen II, S.79 ff

⁷⁷⁶ Crome, §150 2c, S. 65.

könnte nach §276 zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers führen.⁷⁷⁷ Im Gegensatz zum gemeinen Recht würde nicht mehr auf den Gegensatz zwischen Verschulden und Zufall abgestellt, sondern nur auf diejenigen Umstände, die der Schuldner nach dem Inhalte des Vertrages zu vertreten hätte.⁷⁷⁸ §276 kam nach dieser Ansicht im System des Leistungsstörungsrechts die Aufgabe zu, die Erfüllung dieser Sorgfaltspflichten sicherzustellen und die Regelungen der Unmöglichkeit und des Verzugs zu ergänzen. Obgleich Cromes Ansicht weitgehend deckungsgleich mit Hubers Auslegung des §276 war, fand er bei Huber keine Erwähnung. Bemerkenswert ist zudem der Umstand, dass Crome keine Begründung gab, wieso §276 seiner Meinung nach als anspruchsgrundende Norm zu verstehen war. Crome war einer der wenigen Autoren, die dies als so selbstverständlich voraussetzten, dass sie es nicht für notwendig erachteten, für diesen Umstand eine Begründung zu geben. Nach der Beschäftigung mit den Gesetzesmaterialien erscheint diese Auffassung ohne nähere Begründung jedoch nicht haltbar. Allerdings könnte die Ansicht von Crome als Beleg für Hubers These angeführt werden, dass die Haftung für Fahrlässigkeit im BGB für die Gesetzesverfasser als Selbstverständlichkeit erschien, und diese deshalb nicht deutlicher zum Ausdruck gebracht wurde.

ee) Horst Heinrich Jakobs

Horst Heinrich Jakobs' Werk, „Unmöglichkeit und Nichterfüllung“, nahm in den bislang erörterten Problemfeldern bei Huber eine Sonderstellung ein. Auch zum Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzungen, insbesondere zur Frage nach einer Regelungslücke im BGB, finden sich Ausführungen bei Jakobs, die von Einfluss auf die Darstellung Hubers waren.

a) Regelungslücke

In Hubers „Leistungsstörungen“ wird H. H. Jakobs im entscheidenden Kapitel zur pVV nur als Vertreter der Mindermeinung angeführt, die der Ansicht der herrschenden Lehre, im BGB klaffe eine Riesenlücke bezüglich der schuldhaften Pflichtverletzung, widersprachen. Daneben wird das Werk H. H. Jakobs '„Unmöglichkeit und Nichterfüllung“, nur noch an einer Stelle zitiert.⁷⁷⁹ Trotzdem darf man den Einfluss Jakobs' auf Hubers Konzeption der Haftung für schuldhafte Pflichtverletzungen erneut als groß bezeichnen. Dies wird deutlich, wenn man frühere Darstellungen Hubers zur pVV heranzieht. Huber wies ausdrücklich auf die „eingehende Untersuchung und Würdigung der Entstehungsgeschichte“⁷⁸⁰ des §276 bei H. H. Jakobs hin und bescheinigte ihm, mit seiner Untersuchung erheblich zur Erhellung des

⁷⁷⁷ Crome, §150 2c, S. 65 f.

⁷⁷⁸ Crome, §150 2c, S. 66.

⁷⁷⁹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3d, S. 89 bei Fn.137.

⁷⁸⁰ Huber, FS v. Caemmerer, S. 840 Fn.8, unter Hinweis auf Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung S. 17 ff.

gesetzlichen Haftungssystems beigetragen zu haben.⁷⁸¹ Immer wieder setzte er sich in diesem Beitrag mit Jakobs' Auffassungen auseinander und kam damals noch zu demselben Teilergebnis, dass §276 nach seinem Wortlaut nicht mehr im Sinne einer Anspruchsgrundlage verstanden werden könnte.⁷⁸² Im Gegensatz zu Jakobs änderte Huber später aber seine Meinung diesbezüglich. Auch in Hubers „Leistungsstörungen“ ist der Einfluss von H. H. Jakobs' Untersuchung nachzuweisen. So teilte Huber, wie schon in seinen früheren Beiträgen, die Auffassung Jakobs, „§224 I E1 hätte nach dem Willen des Gesetzgebers eine Anspruchsgrundlage darstellen sollen. Auch blieben Jakobs' Darstellungen zum Verständnis des §224 I E1 und der Vorgänge in den Gesetzgebungskommissionen bei Huber unwidersprochen. Allerdings wichen die Folgerungen, die er aus der Abänderung des §224 I E1 für das später geltende Recht des BGB zog, von denen Jakobs' ab.“

Jakobs' Auffassung zufolge sollte durch Umgestaltung des §224 I E1 in einen bloßen Haftungsmaßstab aber gerade verdeutlicht werden, dass der Schuldner nicht für jede schuldhafte Nichterfüllung auf Schadensersatz haften sollte, zumindest solange nicht, bis das Ausbleiben der Erfüllung als feststehend galt.⁷⁸³ Schon in seinem Artikel „Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“ aus dem Jahre 1978 widersprach Huber der Auffassung Jakobs, aus der Abänderung des §224 I E1 und Neuformulierung des §276 könnte auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, der Schuldner sollte gerade nicht für jeden Fall der schuldhaften Nichterfüllung auf Schadensersatz haften.⁷⁸⁴ Diese Ansicht behielt er auch in seinen „Leistungsstörungen“ bei. Da jedoch auch Jakobs nicht anzweifelte, dass mit Unmöglichkeit und Verzug nicht sämtliche Fälle der Leistungsstörung hinreichend erfasst wären, schlug er eine Ergänzung des Gesetzes anhand der vom Gesetzgeber vorgenommenen Wertungen vor.

β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts

Nicht jedoch die „Neugestaltung des gesetzlichen Nichterfüllungsrechts unter einem dem Gesetz fremden Gesichtspunkt der Forderungsverletzung oder Leistungsstörung [...], sondern nur eine Fortführung des gesetzlichen Systems der Nichterfüllung schuldrechtlicher Verpflichtungen“⁷⁸⁵ konnte nach Jakobs das Ziel sein. Durch die Beschränkung der gesetzlich geregelten Fälle auf Unmöglichkeit und Verzug, in denen der Gläubiger Schadensersatz

⁷⁸¹ Huber, FS v. Caemmerer, S. 969.

⁷⁸² Vgl. Huber, FS v. Cammerer, S. 842 ff.; Huber wies in seinen Leistungsstörungen aber auf seine insofern früher abweichende Meinung hin. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3d, S. 91 Fn.146, 147.

⁷⁸³ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 20.

⁷⁸⁴ So Jakobs in Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 23.

⁷⁸⁵ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 29.

fordern konnte, sollte nach Meinung Jakobs' das Konkurrenzverhältnis zwischen Erfüllungsanspruch und Ersatzanspruch geregelt werden. Eine Ergänzung der gesetzlich geregelten „besonderen Gründe“⁷⁸⁶ wäre jedenfalls dann unproblematisch, wenn sich die Frage, ob der Gläubiger bei Nichterfüllung dazu berechtigt war statt der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, gar nicht stellen konnte, weil das positive Interesse nicht betroffen war.⁷⁸⁷ Damit wollte Jakobs auf das Interesse des Gläubigers abstellen und danach unterscheiden, ob durch die Pflichtverletzung das positive oder negative Interesse verletzt war.⁷⁸⁸ So kam er im Anschluss an Stoll zu dem Schluss, dass eine Beschränkung der Haftung auf die im Gesetz genannten Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs jedenfalls immer dann ohne Sinn wäre, wenn das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der geschuldeten Pflicht nicht ein positives, sondern ein negatives wäre.⁷⁸⁹ Zumindest dann könnte der Ersatz des Schadens nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, wie sie durch die Unmöglichkeits- und Verzugsvorschriften aufgestellt würden. Der historische Gesetzgeber wollte, so Jakobs, nur Fälle regeln, in denen das Eintreten der Ersatzpflicht im Falle der Nichterfüllung nicht selbstverständlich, sondern als problematisch erschien und die aus diesem Grunde einer gesetzlichen Regelung bedurften. Da es nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein könnte, alle Fälle der Vertragsverletzung positiv zu normieren, könnte auch von einer „Riesenlücke“ im Haftungstatbestand des BGB nicht die Rede sein.⁷⁹⁰

Huber wandte sich gegen die von Jakobs vorgenommene Differenzierung. Die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Interesse wäre schon aus dem Grunde verfehlt, weil sich das negative Interesse zum positiven verhalte, wie ein Teil zum Ganzen. Nach Huber war das negative Interesse damit lediglich ein Ausschnitt des positiven Interesses. Auch wenn Huber sich diesbezüglich auf einen anderen Standpunkt stellte als Jakobs, blieben dennoch zahlreiche Gemeinsamkeiten. Wie es früher auch Huber getan hatte, sprach sich Jakobs grundsätzlich dafür aus, die Fälle der so genannten Culpa in contrahendo, der Verletzung von unselbstständigen Nebenpflichten und der Verletzung von Schutzpflichten

⁷⁸⁶ Nämlich Unmöglichkeit und Verzug.

⁷⁸⁷ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 30 f.

⁷⁸⁸ Vgl. Huber, Festschrift v. Caemmerer, S. 860.

⁷⁸⁹ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 47 ff.; im Folgenden unterschied er nach Kategorien der Pflichtverletzung: 1.) Verletzung von Unterlassungs und Schutzpflichten, bei denen immer das negative Interesse des Gläubigers betroffen sein sollte; 2.) Schlechterfüllung, die sowohl das positive als auch das negative Interesse berühren konnte; 3.) Gefährdung des Vertragszwecks, die er anhand einer aus §§283, 326 entnommenen Wertung behandeln wollte.

⁷⁹⁰ Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 41.

zugunsten Dritter, in einem einheitlichen Haftungstatbestand zusammenzufassen.⁷⁹¹ Nicht zuletzt sahen beide in der vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit die grundlegende Kategorie der Leistungsstörung, die nach dem BGB zu einer Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz führen musste.⁷⁹² H. H Jakobs übte letztlich mit seiner zusammenfassenden Darstellung der Vorgänge in den Gesetzgebungskommissionen und den daraus zu ziehenden Rückschlüssen auf das System der Leistungsstörungen Einfluss auf Hubers Sicht der Dinge aus. Jakobs Methode, mittels einer historischen Auslegung der Quellen des BGBs, Aufschluss für ungelöste Probleme des Leistungsstörungsrechts zu gewinnen, machte sich Huber zu Eigen. Die geringe Beschäftigung mit Jakobs in Hubers später erschienenem Werk liegt mitunter darin begründet, dass Huber den Folgerungen für das spätere Recht des BGB nicht folgen wollte und, wie das Reichsgericht, in §276 die passende Anspruchsgrundlage erblickte. Wie groß der Stellenwert Jakobs' bei Huber im Allgemeinen war, wird aus dem Umstand ersichtlich, dass er sich in einem eigenen Kapitel mit Jakobs' Theorie von der Differenzierung nach dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung beschäftigte.⁷⁹³

ff) Heinrich Stoll

Im Zusammenhang mit der Lehre von der positiven Vertragsverletzung ist auch auf Heinrich Stoll einzugehen.

Heinrich Stoll war, wie auch Philipp Heck, ein Vertreter der Interessenjurisprudenz. Stoll (*1891 in Weinheim an der Bergstraße) promovierte an der Universität Bonn über „Die Wirkung des vertragsmäßigen Rücktritts“. 1923 habilitierte er sich an der Universität Heidelberg mit seiner Schrift „Die Rücktrittsvereinbarungen nach römischem und bürgerlichem Recht“. Seit 1923 war Stoll außerordentlicher Professor in Freiburg im Breisgau. Später wechselte er nach Tübingen. Stoll, der Mitglied der Akademie für deutsches Recht war, setzte sich in einem 1932 erschienenen Artikel ausführlich mit der positiven Vertragsverletzung auseinander. Damit fand er auch die Beachtung Hubers.⁷⁹⁴

⁷⁹¹ Vgl. Huber in FS v. Caemmerer, S. 859, der zu bedenken gab, ob die Einführung einer Generalklausel für schuldhafte Pflichtverletzungen im Anschluss an das einheitliche Kaufrecht nicht auch für das deutsche Recht zu erwägen wäre.

⁷⁹² Huber wollte entgegen der damals herrschenden Lehre zwischen zwei Tatbeständen der Leistungsstörung im BGB unterscheiden. Sowohl die der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit als auch die Verletzung einer Verkehrspflicht wären jeweils in der Lage, einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers herbeizuführen. Unter dem Begriff der pVV würde die herrschende Lehre, Elemente beider Kategorien zusammenfassen. Vgl. Huber, FS v. Caemmerer, S. 869 f. bzw. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 27 ff.

⁷⁹³ Vgl. Huber, FS v. Caemmerer, S. 860 ff. sowie S. 844 Fn.18.

⁷⁹⁴ Zumindest in seinem Artikel „Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“ in Festschrift v. Caemmerer beschäftigte sich Huber relativ ausführlich mit den Auffassungen Stolls. Anders hingegen Huber in seinen „Leistungsstörungen“, wo nur am Rande auf die Anschauung Stolls hingewiesen wurde. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3 c, S. 88 bei Fn.130.

Zu Beginn sei darauf hingewiesen, dass die Lehren Stolls und Hubers nur bedingt miteinander vergleichbar sind. So verfolgte Stoll, als Vertreter der Interessenjurisprudenz, einen völlig anderen dogmatischen Ansatz als Huber. Ausgehend von einer teleologischen Betrachtungsweise, die der Interessenlage der Parteien einen besonderen Stellenwert einräumen wollte, versuchte Stoll unter dem Gesichtspunkt der Interessenverletzung ein System der Forderungsverletzung aufzubauen, das vom Ziel geleitet wurde, die Staubsche Lehre von der pVV obsolet werden zu lassen.⁷⁹⁵ Dabei sollte der Auslegung des Vertragsinhalts unter Berücksichtigung der Verkehrssitte sowie der Ergänzung der gesetzlichen Einzelvorschriften durch das Gebot von Treu und Glauben besondere Beachtung geschenkt werden.⁷⁹⁶ Die Interessenlage der Parteien stand bei Huber jedoch nicht im Mittelpunkt der Betrachtung. Er versuchte vielmehr mit Hilfe von Systematik und historischen Quellen auf den wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers zu schließen, zumal er überzeugt war, dass der historische Gesetzgeber eine ausgewogene Regelung in das Leistungsstörungsrecht des BGB aufgenommen hatte. Allerdings ist auch auf einige Gemeinsamkeiten in den Anschauungen Hubers und Stolls hinzuweisen.

a) Regelungslücke

Die augenscheinlichste Gemeinsamkeit zwischen Huber und Stoll ist die Ablehnung der Lehre Staubs. Beide teilten nicht dessen Auffassung, der historische Gesetzgeber hätte es versäumt, eine allgemeine Regelung für schuldhafte Pflichtverletzungen in das BGB aufzunehmen.⁷⁹⁷ Gemeinsam war beiden die Überzeugung, dass dem BGB der Grundsatz immanent war, dass der Schuldner für jede schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit auf Schadensersatz haften musste. Stoll sah diesen Grundsatz sowohl in §276 als auch in den übrigen Bestimmungen des Gesetzes zum Ausdruck gebracht.⁷⁹⁸ Wie auch Huber wollte Stoll grundsätzlich nicht von einer „Riesenlücke“ im Leistungsstörungsrecht des BGB ausgehen. Allerdings war Stoll der Auffassung, die Fälle, auf die Staub berechtigterweise hingewiesen hätte, wären im gemeinen Recht und vom historischen Gesetzgeber vernachlässigt und nicht hinreichend gewürdigt worden. Vielmehr hätte die Frage nach dem Verhältnis von Erfüllungsanspruch und Schadensersatzanspruch im Mittelpunkt des Interesses gestanden. Jedoch hätte der Gesetzgeber in §276 und den übrigen Bestimmungen des Leistungsstörungsrechts zumindest angedeutet, wie die von Staub angeführten Fälle rechtlich zu behandeln wären.⁷⁹⁹ Es könnte zwar von einer unmittelbaren Regelung der Fälle der pVV

⁷⁹⁵ Stoll, AcP136 (1932), S. 287 ff.

⁷⁹⁶ Stoll, AcP 136 (1932), S. 287 f.

⁷⁹⁷ Stoll, AcP 136 (1932), S. 282 ff.; Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3a, S. 79 ff.

⁷⁹⁸ Stoll, AcP 136,(1932), S. 279 ff.; so auch Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3a, S. 79 ff.

⁷⁹⁹ Stoll, AcP 136 (1932), S. 277 ff.

nicht die Rede sein. Darin wäre jedoch keine schwerwiegende Verfehlung des historischen Gesetzgebers zu sehen. Aufgrund des im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes, nach dem jede schuldhafte Pflichtverletzung zu einem Schadensersatzanspruch führen musste, könnte von einer „Riesenlücke“ im BGB nicht die Rede sein.⁸⁰⁰

β) Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das gesetzliche Haftungssystem des Leistungsstörungsrechts

Auch teilte Huber Stolls Würdigung der Lehre Mommsens.⁸⁰¹ Beide waren überzeugt davon, dass Mommsen von einem gegenständlichen Unmöglichkeitsbegriff ausgegangen war und diesen seiner Unmöglichkeitslehre zugrunde gelegt hatte. Wie auch Stoll trat Huber der Ansicht Himmelscheins entgegen, alle Fälle der pVV ließen sich unter einen weit gefassten Unmöglichkeitsbegriff subsumieren. Beide widersprachen damit der Aussage Himmelscheins, die Lehre Mommsens würde auf einem weiten Begriff der Leistung basieren, der hinsichtlich Modalitäten in örtlicher, qualitativer sowie zeitlicher Hinsicht bestimmt war. Stoll zufolge lag der Irrtum, dem Himmelschein unterlag, in der Annahme, jeder Fall der Nichterfüllung wäre nach dem BGB ein Fall der ganzen oder teilweisen Unmöglichkeit, da die Nichterfüllung mit einer umfassenden Leistungspflicht korrespondiere.⁸⁰²

Nicht zu beanstanden waren nach Auffassung beider hingegen die Untersuchungen Himmelscheins über die Entstehungsgeschichte des §276.⁸⁰³ Hier kamen beide zu dem Ergebnis, dass es nach dem Stand der Erkenntnisse keinem Zweifel unterliegen könnte, dass §276 eine Rechtsfolgenanordnung enthielt, nach der der Schuldner im Fall einer Pflichtverletzung zur Haftung auf das Interesse verpflichtet wurde.⁸⁰⁴

Der Einfluss von Stoll auf Huber lässt sich auch in dessen früheren Schriften nachweisen. Es bestehen einige Gemeinsamkeiten in der systematischen Untergliederung des Leistungsstörungsrechts, die vor allem in Hubers Beitrag „Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“ zum Ausdruck kamen. An Stelle der Staubschen Lehre von der pVV sollte nach Meinung Stolls ein System der

⁸⁰⁰ So auch Huber in FS v. Caemmerer, S. 842 ff.; anders Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3a, S. 79 ff.: der Gesetzgeber hätte eine klare und umsichtige Regelung in §276 getroffen. In der Sache wäre kein Unterschied zwischen §276 und §224 I E1 gegeben, da beide eine Haftung auf Schadensersatz im Fall der zu vertretenden Nichterfüllung anordnen würden.

⁸⁰¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3 c, S. 88 Fn.130: In den Leistungsstörungen wird Stolls Lehre jedoch nur im Zusammenhang mit der entschiedenen Ablehnung von Himmelscheins Auslegung der Lehre Mommsens erwähnt.

⁸⁰² Stoll, AcP 136 (1932), S. 274.

⁸⁰³ Stoll, AcP 136 (1932), S. 280 f.; die Ausführungen Himmelscheins zur Entstehungsgeschichte des §276 entsprechen weitgehend der Auffassungen Hubers, die er in seinen Leistungsstörungen zum Ausdruck brachte. Zum mindest in seinen Leistungsstörungen kam er zu dem Ergebnis, dass §276 im Sinne einer Anspruchsgrundlage zu verstehen war. Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3d, S. 89 ff.

⁸⁰⁴ Stoll, AcP 136 (1932), S. 280; Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3d, S. 89 ff.

Forderungsverletzungen treten, das nicht mehr zwischen den einzelnen Kategorien der Pflichtverletzungen, sondern vielmehr nach der Art und der Intensität des verletzten Interesses unterschied.⁸⁰⁵ Nach der Systematik Stolls sollte nunmehr nur noch zwischen der Verletzung von Leistungsinteressen und Schutzinteressen des Gläubigers unterschieden werden, die unter einen gemeinsamen Oberbegriff der Forderungsverletzung zusammengefasst werden sollten.⁸⁰⁶ Im Einzelnen wollte Stoll zwischen der Vereitelung, bloßen Beeinträchtigung oder Gefährdung des Leistungsinteresses bzw. Beeinträchtigung oder Gefährdung des Schutzinteresses differenzieren. Die Rechtsfolgen einer Forderungsverletzung sollten sich anhand der Art des verletzten Interesses ergeben. So sollte beispielsweise eine Vereitelung des geschützten Leistungsinteresses ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt begründen. Eine bloße Gefährdung des Leistungsinteresses sollte hingegen nur das Recht auf Ersatz des so genannten „Gefährdungsschadens“ und das Recht nach Fristsetzung vom Vertrage zurückzutreten nach sich ziehen. Eine Gefährdung des Schutzinteresses wiederum sollte nur unter der Voraussetzung zum Rücktritt berechtigen, dass dem Gläubiger die weitere Durchführung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden konnte.⁸⁰⁷ Unter diese Systematik ließen sich nach Stoll alle Fälle der so genannten positiven Vertragsverletzung subsumieren. So verkündete Stoll bereits 1932 den „Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung“.⁸⁰⁸

Huber wollte in seinem System der Leistungsstörungen in gleicher Weise zwei Kategorien der Pflichtverletzung unterscheiden. Zum einen die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, die bei Stoll mit der Kategorie des verletzten Leistungsinteresses korrespondierte. Zum anderen die Verletzung von Verkehrspflichten, die bei Stoll durch die Kategorie der verletzten Schutzpflicht erfasst wurde.⁸⁰⁹ Da die Lehre von der positiven Vertragsverletzung aber keine eigenständige Kategorie der Leistungsstörung darstellen würde und die von ihr erfassten Fälle keinesfalls homogen wären, erfasste sie nach Huber Elemente beider Kategorien der Pflichtverletzung. Zweck der Kategorie der Verletzung von Verkehrspflichten war es nach Huber, dem Gläubiger die Vorteile der vertraglichen Haftung zu sichern, da er durch das Deliktsrecht nicht in hinreichender Weise geschützt wäre. Insofern kann man sagen, dass auch Huber in ähnlicher Weise wie Stoll den Interessen der Parteien Rechnung tragen wollte. Auch nach Stoll war es für die Kategorie „Schutzpflichten“ gerade kennzeichnend, dass die von ihr erfassten Rechtsgüter im Allgemeinen schon durch die Vorschriften der unerlaubten

⁸⁰⁵ Stoll, AcP 136 (1932), S. 315 f.

⁸⁰⁶ Stoll, AcP 136 (1932), S. 289 ff.

⁸⁰⁷ Stoll, AcP 136 (1932), S. 301.

⁸⁰⁸ Stoll, AcP 136 (1932), S. 320.

⁸⁰⁹ Huber, FS v. Caemmerer, S. 869 ff.; Stoll, AcP 136 (1932), S. 290 ff.

Handlung geschützt wurden.⁸¹⁰ Nach Stoll erwuchsen den Vertragsparteien durch die Eingehung der vertraglichen Verpflichtung besondere Pflichten, die auch einen Ersatz bloßer Vermögensschäden rechtfertigten. Dahinter stünde der Gedanke, auch dem Gläubiger die Vorteile einer vertraglichen Haftung zukommen zu lassen, da eine bloße deliktische Haftung nicht für ausreichend erachtet wurde.⁸¹¹

Huber billigte Stoll ausdrücklich zu, dass die von Stoll entwickelte Unterscheidung zwischen Leistungs- und Schutzpflichten zumindest einen wahren Kern hätte. Allerdings lehnte er die Konstruktion einer abstrakten, aufgrund gesellschaftlichen oder sozialen Kontakts im Zusammenhang mit dem Vertragschluss entstehenden Schutzpflicht ab.⁸¹² Haftungsgrund wäre vielmehr die Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht im Rahmen eines Schuldverhältnisses zu sehen.

Insgesamt war die Darstellung Stolls auf Hubers Konzeption des Leistungsstörungsrechts nicht ohne Einfluss. Gerade in den früheren Schriften Hubers lässt sich der Einfluss von Stoll nachweisen. Während aber Stoll in Hubers früherer Darstellung noch verdienstvolle Erkenntnisse um die Konzeption des gesetzlichen Haftungssystems bescheinigt wurden,⁸¹³ so spielte Stoll in Hubers Leistungsstörungen nur noch eine untergeordnete Rolle.

Bezeichnenderweise wird Stoll nur im Zusammenhang mit der Darstellung von Mommsens Ausführungen bezüglich der Culpa-Haftung und der Ablehnung des weiten Unmöglichkeitsbegriffs Himmelscheins erwähnt.⁸¹⁴ Erneut erfolgen bei der Auseinandersetzung mit der neueren Literatur Rückgriffe auf die Lehre Mommsens. Es wird deutlich, dass der entscheidende Faktor für Huber die Würdigung der Lehre Mommsens war und nicht etwa die systematische Untergliederung des Leistungsstörungsrechts. Dies verdeutlicht einmal mehr die zentrale Stellung des Werks bei Huber.

Neben der kritischen Würdigung der Lehre Himmelscheins und der Auslegung des §276 waren Stoll und Huber, zumindest in Hubers früheren Schriften, aber auch eine ähnliche systematische Einteilung des Leistungsstörungsrechts gemeinsam. Es erscheint aber als fraglich, ob Huber in seinen späteren Schriften die von ihm selbst vorgeschlagene Unterteilung der Pflichtverletzung weiter aufrechterhalten hätte. Erneut zeigt sich bei Huber die Tendenz, Literaturmeinungen nur dann anzuführen, wenn sie seine Ausführungen stützen können.

⁸¹⁰ Stoll, AcP 136 (1932), S. 298 f.; so auch Huber für die Kategorie der Verkehrspflichten in Huber, FS v. Caemmerer, S. 862 f.

⁸¹¹ Stoll, AcP 136 (1932), S. 298; Huber, FS v. Caemmerer, S. 863.

⁸¹² Huber, FS v. Caemmerer, S. 865.

⁸¹³ Huber, FS v. Caemmerer, S. 865.

⁸¹⁴ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3c, S. 88 Fn.130.

gg) Fazit

Die Untersuchung der Literaturansichten zeigt, dass bereits vor Huber die Meinung vertreten wurde §276 enthielt eine Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen. Dies war jedoch keineswegs allgemein anerkannt, sondern stellte spätestens nach dem Erscheinen von Staubs Schrift eine Mindermeinung dar.

Wie aufgezeigt wurde, wechselte Hubers Bewertung des §276 im Laufe der Jahre. Huber ließ sich dabei auch von verschiedenen Literaturansichten leiten. Mit seiner Meinung wechselte auch die Gewichtung der verschiedenen Autoren. Interessant ist dabei, dass die Argumente die Huber später für schlagend hielt, ihm durchaus schon früher bekannt waren, als er noch eine andere Auffassung vertrat.

Huber löste sich von den Vorstellungen Staubs, dessen Ansicht er für genauso überholt hielt, wie die Ansichten, die er selbst zuvor vertreten hatte. Allerdings wollte er dabei nicht so weit gehen wie Himmelschein und auf einen Friedrich Mommsen zugeschriebenen weiten Unmöglichkeitsbegriff zurückgreifen. Vielmehr wandte sich Huber entschieden gegen die Vereinnahmung Mommsens durch Himmelschein. Dies hängt mit der eigenen Deutung der Lehre Mommsens zusammen, in der Huber eine wichtige Stütze seiner Auffassung erblickte. Weitgehend deckungsgleich ist Hubers Ansicht mit der von Stoll und Crome. Mit Jakobs teilt Huber die Auslegung des §224 I 2 E1, nicht aber die Auslegung des §276. Hier gingen Huber und Jakobs unterschiedliche Wege. Gemeinsam ist beiden jedoch die Arbeitsweise, bei der historische Auslegung und systematische Argumente im Vordergrund stehen. Gegenläufige Ansichten finden bei Huber kaum Beachtung und werden nur dann aufgegriffen, wenn sie seine eigene Meinung oder die Auslegung der Lehre Mommsens in Frage stellen.

d) Systematische Erwägungen und Wortlautargumente

Wie bereits angedeutet wurde, führte Huber als Beleg dafür, dass §276 im Sinne einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen zu verstehen war, auch eine Reihe von Systematik- und Wortlautargumenten an. Dabei verwies er auf die von ihm vorgenommene Unterscheidung zwischen zu vertretenden und nicht zu vertretenden Leistungsstörungen, die seiner Meinung nach dem gesetzlichen System der Leistungsstörungen zugrunde lag. Letztlich wäre die verbreitete Fehlvorstellung, das Leistungsstörungsrecht des BGB unterteile Pflichtverletzungen in die Kategorien des Verzugs, der Unmöglichkeit und der pVV, für das in der Literatur vorherrschende falsche Verständnis der dem Gesetze zugrunde liegenden Systematik verantwortlich. Es wäre vielfach verkannt worden, dass der historische Gesetzgeber in den §§275-279 nur allgemeine

Regelungen aufstellen wollte, die durch eine nicht abschließende Aufzählung von Spezialfällen in den §§280 ff. ergänzt werden sollten. In Abkehr zu seinem Gutachten sah Huber nicht mehr die Garantiehaftung des Schuldners als bestimmendes Element an, sondern in der Verschuldenshaftung das maßgebliche Haftungsprinzip des Leistungsstörungsrechts. Dieses sollte nach Huber allerdings durch Elemente der Garantiehaftung modifiziert werden.⁸¹⁵

Die Bestimmung des §276 bildete seiner Meinung nach gewissermaßen das Gegenstück zur Regelung des §275. Gemäß §276 I 1 hätte der Schuldner, wenn nichts anderes durch Gesetz oder Vertrag bestimmt war, Vorsatz und Fahrlässigkeit „zu vertreten.“ Ergänzt würde der Haftungstatbestand des §276 noch durch die Norm des §278, die die Haftung des Schuldners auch auf eine schuldhafte Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen erstreckte. In der Sache stünde der Wortlaut des §276 einer Auslegung, nach der der Schuldner für schuldhafte Pflichtverletzung dem Gläubiger auf Schadensersatz haften musste, zumindest nicht entgegen. „Zu Vertreten müssen“ hätte nämlich nach dem Gesetze soviel wie „Einstehen müssen“ bedeutet. Huber konnte keinen Unterschied zwischen „haften müssen“, wie es noch der erste Entwurf formuliert hatte, und „vertreten müssen“ erkennen. Darüber hinaus würde aus einer Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen deutlich, dass der historische Gesetzgeber §276 als Anspruchsgrundlage konzipiert hätte. Als Beispiel führte Huber die Regelung des §425 an, nach der bei Gesamtschuldnern andere als die in §§422-424 bezeichneten Tatsachen grundsätzlich nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken sollten, in dessen Person sie eintraten. Neben Unmöglichkeit und Verzug wäre in §425 II auch das Verschulden genannt. Aus dem Umstand, dass Unmöglichkeit und Verzug ausdrücklich angesprochen wurden, konnte nach Huber mit Verschulden nichts anderes gemeint sein als die Haftung, die gemeinhin als positive Vertragsverletzung bezeichnet wurde. Allerdings werden in §425 II im selben Zusammenhang auch noch die Kündigung sowie die Verjährung angeführt, die anerkanntermaßen nicht als Anspruchsgrundlage gesehen werden können.

Ebenso wenig kann der Verweis auf §678 überzeugen, nach dem der Geschäftsführer, der die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn übernahm, auch dann auf Schadensersatz haften musste, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden konnte. Nach Huber wäre aus dem Terminus „wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt“ zu entnehmen, dass in den §677 vorausgesetzt war, dass in den Fällen, in denen der

⁸¹⁵ Vgl. dazu Huber, Leistungsstörungen I, §22 I 3, S. 527f und Huber, Leistungsstörungen I, §2 II 2, S. 33: Das Element der Garantiehaftung wäre so z. B. in den Begriff der Fahrlässigkeit selbst verlagert worden, indem dieser objektiv zu bestimmen wäre. Ein weiteres Element der Garantiehaftung wäre in den Fällen einer Umkehr der Beweislast zu Lasten des Schuldners zu sehen.

Geschäftsführer schuldhaft handelte, er nach §276 wegen Verschuldens auf Schadensersatz haften musste. Eine solche Bedeutung kann dem §678 aber nicht beigemessen werden. Vielmehr ist dem §678 lediglich zu entnehmen, dass in den Fällen, in denen die Geschäftsführung erkennbar nicht dem Willen des Geschäftsherrn dient, die Haftung des Schuldners modifiziert werden sollte. So zeigt auch gerade die Vorschrift des §680, dass die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag den Haftungsmaßstab des §276 aus Billigkeitsgründen abändern sollten, so dass die Haftung des Schuldners entweder erschwert oder vereinfacht wurde. So ist in §678 nur eine zum Schadensersatz berechtigende Anspruchsgrundlage des Besonderen Schuldrechts zu sehen. Rückschlüsse darauf, dass in §276 gleichfalls eine Anspruchsgrundlage zu sehen wäre, lassen sich daraus nicht ziehen. Richtig ist an dieser Auffassung allerdings, dass ohne eine Heranziehung der Grundsätze der positiven Vertragsverletzung eine Regelungslücke drohen würde, da in §678 eine strengere Haftung vorausgesetzt ist. Gegen Hubers Ansicht lassen sich weitere Argumente anführen. So wurde in §280 ein Schadensersatzanspruch von Unmöglichkeit und Vertretenmüssen abhängig gemacht. Da aber unbestritten war, dass §276 auch einen Haftungsmaßstab enthalten konnte, ist es auch eher die systematische Stellung des §276 hinter der Befreiungsvorschrift des §275, die gegen eine weitergehende Auslegung spricht. In §275 wird die Befreiung des Schuldners gerade von einem Nicht-Vertretenmüssen des Schuldners abhängig gemacht. Was mit dem Terminus des „Nicht-Vertretenmüssens“ gemeint war, wurde somit in der nachfolgenden Norm definiert. Des Weiteren hätten, wenn der Terminus „Vertretenmüssen“ mit „Schadensersatz leisten“ identisch gewesen wäre, die Fälle, in denen dem Gläubiger anerkanntermaßen nur mit einem Rücktrittsrecht geholfen werden konnte, keine gesetzliche Anspruchsgrundlage im BGB gehabt. Es bestand jedoch in der Literatur weitgehende Einigkeit, dass dem Gläubiger solch ein Rücktrittsrecht zumindest im Falle einer ernsthaften, endgültigen Erfüllungsverweigerung und im Fall der fortgesetzten Schlechtlieferung im Sukzessivlieferungsvertrag zustehen musste.⁸¹⁶ Dieser Einsicht konnte sich auch das Reichsgericht nicht verschließen und brachte insofern die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung zur Anwendung, um ein solches Rücktrittsrecht zu begründen. Wenigstens insofern hatte eine Regelungslücke im BGB bestanden.

e) Rechtsprechung

Die Lehre Staubs blieb nicht ohne Auswirkungen auf die Rechtsprechung. Wie die herrschende Lehre widersprach auch das Reichsgericht nicht dem von Staub formulierten

⁸¹⁶ Vgl. dazu auch Himmelschein, AcP 158 (1959/1960), S. 276.

Grundsatz, dass der Schuldner grundsätzlich für jede schuldhafte Nichterfüllung einzustehen hatte. Anders als Staub ging das RG aber lange Zeit davon aus, dass sich dieser Haftungsgrundsatz in hinreichender Form aus §276 ergeben würde.⁸¹⁷

Allerdings vollzog sich ein Wandel in der Rechtsprechung, die zumindest teilweise die Lehre Staubs aufgriff. Die von Huber in den „Leistungsstörungen“ vertretene Meinung erinnert stark an die früher vom Reichsgericht vertretene Auffassung. Zu untersuchen ist im Folgenden, inwieweit die Rechtsprechung Huber in seiner Auslegung des Leistungsstörungsrechts beeinflusste und wie Huber den Wandel in der Rechtssprechung beurteilte.

Bereits im Jahre 1903, unmittelbar nach dem Erscheinen von Staubs Abhandlung, hatte das RG die Frage zu entscheiden, ob der Käufer aufgrund des Vertragsverhältnisses neben der Wandelung auch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verkäufer geltend machen konnte.⁸¹⁸ Im Einzelnen ging es um die Frage, ob ein Getreidehändler den ihm durch Lieferung von nassem, nicht mahlfähigem Roggen entstandenen Schaden, in Form von Frachtkosten und Mehrkosten, neben der Wandelung geltend machen konnte. Das Reichsgericht bejahte dies und führte in der Urteilsbegründung aus:

„[...] Es folgt dieses aus §276. Denn hat hiernach der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei seiner Leistungspflicht zu vertreten, so kann mangels anderweiter gesetzlicher Vorschrift diese Vertretungspflicht gegenüber dem anderen Teile nur in der Weise verwirklicht werden, dass der Schuldner den Schaden ersetzt, der durch sein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln der anderen Partei erwachsen ist. Wollte man diesen Schluß nicht zulassen, so würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende §276 erheblich an Bedeutung verlieren, was nicht als von dem Gesetz gewollte angenommen werden kann.“⁸¹⁹

Aus dieser Entscheidung des Reichsgerichts wird deutlich, dass man offensichtlich davon ausging, dass §276 eine Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen enthielt. In einer anderen unmittelbar darauf folgenden Entscheidung räumte das RG⁸²⁰ zwar ein, dass

„[...] ein allgemeiner Rechtssatz des Inhaltes, dass durch schuldhafte Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit die Verpflichtung zum Schadensersatz

⁸¹⁷ RGZ 52 (1903), 18, 19; 53 (1903), 200, 201 f.; 62 (1906), 119, 120; 66 (1907), 289, 291; 68 (1908), 104; 161 (1939), 330, 337.

⁸¹⁸ RGZ 52 (1903), 18, 19.

⁸¹⁹ RGZ 52 (1903), 18, 19.

⁸²⁰ RGZ 53 (1903), 200, 204.

begründet werde, im Bürgerlichen Gesetzbuch und insbesondere in §276 ausdrücklich nicht aufgestellt ist.“⁸²¹

Jedoch würde sich dieser zumindest indirekt aus §276 ergeben, da unter „Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten haben“ nichts anderes als eine Haftung auf Schadensersatz gemeint sein könnte.⁸²² Mit den Auffassungen Staubs setzte sich das RG alsbald in einer anderen Entscheidung auseinander, blieb aber auf dem eigenen Standpunkt bestehen.⁸²³ Das Reichsgericht verdeutlichte erneut, dass von der Geltung des oben beschriebenen allgemeinen Rechtssatzes unbedingt auszugehen wäre, selbst wenn das Gesetz dies nicht explizit zum Ausdruck brächte.⁸²⁴ Zumindest in den Fällen der Erfüllungsverweigerung und der Gefährdung des Vertragszwecks vertrat das Reichsgericht aber erkennbar einen anderen Standpunkt, indem es die Lehre Staubs von der positiven Vertragsverletzung rezipierte.⁸²⁵ Dabei ging das RG in beiden Fällen von einer Regelungslücke im System des Leistungsstörungsrechts aus, die durch das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung zu schließen gewesen wäre.⁸²⁶

Der Bundesgerichtshof setzte die Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht fort.⁸²⁷ Zwar billigte er in ständiger Rechtsprechung den anerkannten Rechtssatz, dass jede schuldhafte Leistungsstörung, die sich in einer Verletzung von Vertragspflichten im weitesten Sinne manifestierte, zu einer Verpflichtung auf Schadensersatz führen musste. Entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts wollte der BGH in §276 aber nur noch einen Haftungsmaßstab erblicken. Der BGH verwies darauf, dass auch das Reichsgericht zu der Erkenntnis gekommen wäre, dass es einer Heranziehung des §276 nicht bedurfte hätte, da dieser allgemein anerkannte Rechtsatz auch ohne gesetzliche Normierung als Gesetzesinhalt anzusehen wäre.⁸²⁸ Vielmehr sollten die Vorschriften über die Folgen der verschuldeten Unmöglichkeit und des Verzugs (§§280, 286, 325, 326) in entsprechender Anwendung herangezogen werden.

Der Bundesgerichtshof erblickte in §276 damit nur mehr eine Definition der zivilrechtlichen Schuld und wollte in der Folge die Haftung des Schuldners nicht mehr aus der Norm

⁸²¹ RGZ 53 (1903), 200, 201.

⁸²² RGZ 53 (1903), 200, 202.

⁸²³ RGZ 106 (1923), 22 ff.

⁸²⁴ RGZ 106 (1923), 22, 25 f.; vgl. dazu auch Huber, Leistungsstörungen I, § 3 II 3a, S. 80 Fn.93.

⁸²⁵ Soergel-Wiedemann, Vor §275, Rn.201.

⁸²⁶ Vgl. RGZ 54 (1903), 98, 100 ff.; ähnlich für den Fall der ernsthaften endgültigen Erfüllungsverweigerung RGZ 104 (1922), 275, 278; in RGZ 149 (1936), 401, 404 leitet das RG hingegen ein Rücktrittsrecht aufgrund positiver Vertragsverletzung im Fall der ernsthaften endgültigen Erfüllungsverweigerung aus §325 ab.

⁸²⁷ BGH 11, 80, 81 ff.; seither in ständiger Rechtsprechung anerkannt.

⁸²⁸ BGH 11, 80, 83.

herleiten. Vielmehr sollten nach dem BGH nunmehr die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung zur Anwendung gebracht werden.⁸²⁹ Eine Begründung, warum der Bundesgerichtshof die Haftung des Schuldners nicht mehr aus §276 ableiten und darin nur noch einen Haftungsmaßstab erblicken wollte, findet sich nicht. Allerdings ist festzuhalten, dass sich zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahre 1954 die Lehre von der positiven Vertragsverletzung weitgehend durchgesetzt hatte.

Es kann bereits aufgrund der bloßen Zahl, der von Huber angeführten Urteile festgestellt werden, dass für Huber die Urteile des Reichsgerichts einen größeren Stellenwert einnahmen als die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.⁸³⁰ Huber berief sich darauf, dass das Reichsgericht niemals ein Problem damit gehabt hätte, den insofern eindeutigen Willen des Gesetzgebers zu erkennen und eine Haftung auf Schadensersatz aus §276 abzuleiten.⁸³¹ Die abweichende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird bei Huber hingegen kaum thematisiert. Gründe, die den Bundesgerichtshof dazu bewogen haben könnten, die langjährige Rechtsprechung zu §276 aufzugeben, nennt Huber nicht. Insgesamt spielt die Rechtsprechung in Hubers Argumentationsstruktur eine untergeordnete Rolle. Weitgehend deckungsgleich sind allerdings die rechtliche Behandlung der Fälle der pVV durch das RG und Hubers Konzeption der Haftung des Schuldners für schuldhafte Pflichtverletzungen. Einmal mehr besteht in der Sache kein Unterschied in den rechtlichen Anschauungen. Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle bilden bei Huber eher eine Illustrationshilfe für seine rechtlichen Ausführungen, zumal immer wieder Fälle aus der Praxis dargestellt werden.⁸³² So versuchte er am Beispiel des vom RG entschiedenen Fall, bei dem Pferde des Käufers an mit Rhizinussamen durchsetztem Futter eingegangen waren, zu belegen, dass die Unmöglichkeit keine Kategorie wäre, um die Fälle schuldhafter Vertragsverletzungen zu erfassen.⁸³³

5. Fazit

In den „Leistungsstörungen“ räumte Huber der Darstellung des Rechtszustands vor Inkrafttreten des BGB sowie der Darstellung der Lehre Mommsens und Windscheids einen besonderen Stellenwert ein. Offensichtlich wollte Huber dadurch verdeutlichen, dass es eine Rechtstradition zwischen allgemeiner Culpa-Haftung im gemeinen Recht und der Konzeption des §276 im BGB gab. Insofern haben rechtshistorische Erkenntnisse bei der Auslegung des

⁸²⁹ BGHZ 11, 80, 84.

⁸³⁰ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3a, S. 79.

⁸³¹ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3a, S. 79 ff.

⁸³² Vgl. Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3a, S. 79 ff.

⁸³³ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3c, S. 87.

§276 einen ähnlich großen Stellenwert wie systematischer Zusammenhang oder Wortlautargumente. Einmal mehr bildet für Huber das gemeine Recht des 19. Jahrhunderts „die Folie, vor dem das Leistungsstörungsrecht des BGB seinen Sinn entfaltete.“⁸³⁴ Rückschlüsse konnten diese Quellen jedoch nur bezüglich der Frage nach einer Regelungslücke im BGB geben. Diese beruhen allerdings auf der wenig konkreten Überlegung, dass es unwahrscheinlich gelten müsse, dass der historische Gesetzgeber die aus anderen Rechtsordnungen wohl bekannten Fälle der pVV einfach übersehen hatte. Der Verweis auf die Rechtstradition der Culpa-Haftung im gemeinen Recht und die Lehre Friedrich Mommsens sind für die Frage, ob der Gesetzgeber einen allgemeinen Grundhaftungstatbestand im BGB geschaffen hatte, nur von bedingter Aussagekraft. So sollte das BGB zwar im gemeinen Recht verwurzelt sein, dieses aber gerade nicht identisch abbilden. Dies wird gerade am Beispiel der Einführung der Haftung für „omnis Culpa“ im BGB deutlich.

Auch die systematischen Argumente, die Huber aufführt, sind nicht zwingend. An keiner Stelle lässt sich nachweisen, dass §276 der Gehalt einer anspruchsbegründenden Norm beigemessen werden sollte. Ebenso aufgrund des Wortlauts ist eine solche Deutung nicht nur fragwürdig, sondern auch beinahe ausgeschlossen. Es konnte entgegen Huber gerade nicht davon ausgegangen werden, dass die Worte „haften“ und „zu vertreten haben“ synonym durch den Gesetzgeber für einen Anspruch auf Schadensersatz gebraucht wurden. Die Abänderung durch die Redaktionskommission, mit ihrem berechtigten Anliegen, verlöre, wollte man eine derartige Auslegung zulassen, jeden Sinn.

Mit seiner Interpretation des §276 griff Huber auch zuvor in der neueren Literatur vertretene Meinungen auf. In diesem Zusammenhang sind vor allem die Werke Himmelscheins, Stolls und Jakobs' zu nennen. Die ganz herrschende Lehre ging mit dem BGH davon aus, dass durch die Abänderung der Norm eine Regelungslücke im BGB entstanden war. Die Argumente der herrschenden Lehre gegen Hubers Auslegung des §276 wurden in seiner Darstellung kaum berücksichtigt. Dennoch ist Hubers Darstellung, trotz ihrer relativen Kürze, überzeugend und konsequent. Auch zeigte sich einmal mehr, dass Huber Urteilen des Reichsgerichts mehr Beachtung schenkt als der Rechtsprechung des BGH, der sich schon frühzeitig der Lehre Staubs angeschlossen hatte. Von entscheidender Bedeutung sind allerdings die Gesetzesmaterialien. Über die Gesetzgebungsgeschichte besteht heute weitgehende Einigkeit. In der Literatur wurde zuletzt kaum mehr bestritten, dass §224 I E1 als Anspruchsgeschichte interpretiert werden konnte. Entgegen Huber waren für das später

⁸³⁴ Jansen, Zeitschrift f. Europ. Privatrecht 2001, S. 988 ff.

geltende Recht des BGB aber andere Schlüsse zu ziehen. Aufgrund der Gesetzesmaterialien kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der anspruchsbegründende Gehalt des §224 I 2 auch noch in der Nachfolgevorschrift des §276 enthalten sein sollte. Die Gesetzesmaterialien liefern keinen Anhaltspunkt, dass der historische Gesetzgeber an einer allgemeinen Verschuldenshaftung im Gesetz festhalten wollte. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, dass der historische Gesetzgeber sein Augenmerk in der Hauptsache auf die Frage nach dem Rangverhältnis von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch legte und dabei die Fälle, die Staub als positive Vertragsverletzung bezeichnete, in ihrer Bedeutung verkannte. Selbst wenn man mit Huber annahm, dass der historische Gesetzgeber mit der Umformulierung und Umstrukturierung des §224 E1 nur redaktionelle Ziele verfolgt hatte, so bildete doch der Wortlaut des §276 die Grenze der Auslegung, so dass die Meinung einer allgemeinen Verschuldenshaftung im BGB als nicht mehr haltbar erscheint. Auf die Frage, was aus der Gesetzgebungsgeschichte für das heutige Recht zu folgern war, gab Huber selbst die Antwort:

„Die Entscheidung eines konkreten Falls hängt heute von der Interpretation des Gesetztes, und besonders des §276, nicht mehr ab: die Haftung wegen „positiver Vertragsverletzung“ ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt und wird von niemandem bezweifelt; wenn sie sich nicht schon aus dem Gesetz ergibt, ist sie doch jedenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannt.“⁸³⁵

Damit relativierte Huber seine Aussage, §276 wäre als Anspruchsgrundlage zu verstehen. Wenn Huber selbst keinen Unterschied mehr darin erkennen konnte, ob die Haftung des Schuldners wegen schuldhafter Nichterfüllung aus §276 direkt oder durch Anwendung der gewohnheitsrechtlich anerkannten pVV hergeleitet wurde, so geschah dies aus der Erkenntnis heraus, dass die Umdeutung der Vorschrift des §276 in eine Haftungsnorm, angesichts des gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstituts der pVV, in der Praxis nicht durchsetzbar gewesen wäre. Allerdings fügt sich eine derartige Auslegung besser in seine Konzeption des Leistungsstörungsrechts ein. Es wäre nur schwer nachzuvollziehen gewesen, wenn seine Methode, Probleme des geltenden Rechts mit Hilfe historischer Schriften und Materialien zu lösen, ausgerechnet bei einer solch „riesengroßen Lücke“ wie der pVV versagt hätte. Grundlage dieser Auslegungsmethodik war aber die Theorie von einem in sich geschlossenen System der Leistungsstörungen im BGB.

⁸³⁵ Huber, Leistungsstörungen I, §3 II 3e, S. 92.

II. Systematisierung der pVV am Beispiel der Erfüllungsverweigerung

Das Rechtsinstitut der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung war im alten Leistungsstörungsrecht bis zuletzt Gegenstand lebhafter Diskussionen und schon seit jeher Gegenstand von Hubers Erörterungen. Die Besonderheit liegt dabei in dem Umstand begründet, dass Huber sich nicht nur in seinen früheren Artikeln und in seinem Gutachten mit dem Rechtinstitut der Erfüllungsverweigerung beschäftigte, sondern auch in seinen „Leistungsstörungen“. Damit lässt sich am Beispiel der Erfüllungsverweigerung demonstrieren, wie sich Hubers Arbeitsweise über die Jahre veränderte und welchen Stellenwert die unterschiedlichen Quellen in seinen Erörterungen einnahmen.

Entscheidend ist dabei die Einordnung des Rechtsinstituts in die Systematik des Leistungsstörungsrechts. Überwiegend wird in der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung ein Unterfall der positiven Vertragsverletzung gesehen. Da Huber sich der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen nicht anschließen wollte, berief er sich darauf, dass die Erfüllungserweigerung mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt war. Diese These bedarf einer Rechtfertigung, gerade weil sich aus der rechtlichen Einordnung der Fälle der positiven Vertragsverletzung in das System der Leistungsstörungen Konsequenzen für das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung ergeben. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass sich aus §276 allenfalls ein Recht auf Schadensersatz, nicht aber ein Rücktrittsrecht herleiten lässt, das als angemessene Rechtsfolge einer Erfüllungsverweigerung angesehen wird. Im Folgenden werden die Fragen untersucht, welche Auswirkungen sich aus Hubers Auffassungen ergeben und ob sich Huber im Hinblick auf die Erfüllungsverweigerung wirklich auf einen Rechtssatz des Gewohnheitsrechts berufen kann. Auch lässt sich am Beispiel der Erfüllungsverweigerung Hubers Arbeitsweise in besonderer Weise aufzeigen.

1. Gesetzliche Regelungen

Im Gegensatz zum Einheitlichen Kaufrecht (Art. 74 EKG) und zum CISG fehlte im BGB eine explizite gesetzliche Regelung für die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Nach der Schuldrechtsreform sollten die Fälle der Erfüllungsverweigerung durch die §§282 II, 286 II Nr. 3, 323 II Nr. 1 n. F. erfasst werden. Danach war das Setzen einer Nachfrist im Falle einer Erfüllungsverweigerung entbehrlich.

2. Meinungsstand zur Erfüllungsverweigerung

Nach dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ sollten die Vertragsparteien grundsätzlich dazu gezwungen sein, am Vertrag festzuhalten und die darin übernommenen Pflichten zu erfüllen.

Sagte sich der Schuldner unberechtigterweise von seinen Vertrag los oder verweigerte er die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, so war darin nach allgemeiner Ansicht eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Schuldners zu sehen.

a) Literatur

Einigkeit bestand in der Literatur dahin gehend, dass die Vertragsparteien grundsätzlich dazu gehalten waren, die übernommenen vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, und ihnen nur unter besonderen Voraussetzungen das Recht zugestanden werden konnte, sich vom Vertrag zu lösen. Die ernsthafte und endgültige Weigerung des Schuldners, die geschuldete Leistung zu erbringen, stellte nach allgemeiner Ansicht eine so schwerwiegende Pflichtverletzung des Schuldners dar, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag in der Regel nicht mehr zugemutet werden konnte.

Einigkeit bestand auch über die Rechtsfolgen der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung.⁸³⁶ Der Gläubiger sollte dazu berechtigt sein, vom Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten, ohne dass es auf die Setzung einer Nachfrist oder eine Mahnung angekommen wäre. Umstritten war allerdings die rechtliche Grundlage, auf deren Basis der Gläubiger diese Rechtsbehelfe geltend machen konnte.⁸³⁷ Teilweise wurde in der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung ein Unterfall der positiven Vertragsverletzung gesehen. Andere wollten die Fälle der Erfüllungsverweigerung nach den Regeln des Schuldnerverzugs behandeln. Dabei wurden die intendierten und als billig empfundenen Rechtsfolgen sowohl auf eine direkte⁸³⁸ wie auch eine entsprechende Anwendung des §326 gestützt.⁸³⁹ Teilweise war man der Auffassung, §326 würde lediglich einen Spezialfall der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung darstellen, da nach Ablauf der in §326 vorgeschriebenen Frist im Zusammenspiel mit einer darin geknüpften Ablehnungsandrohung feststünde, dass der Schuldner die Erfüllung nunmehr ernsthaft und endgültig verweigern würde.⁸⁴⁰ Die überwiegende Ansicht wollte hingegen dahingehend unterscheiden, ob die Erfüllungsweigerung des Schuldners vor oder nach Eintritt der Fälligkeit abgeben wurde. Vor Eintritt der Fälligkeit wurden die Rechtsbehelfe des Gläubigers auf das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung, nach Eintritt der Fälligkeit auf §326 gestützt, ohne dass es aber

⁸³⁶ Soergel-Wiedemann, Vor §275 Rn.377 ff.

⁸³⁷ Peters, JR 1998, S. 186 f.

⁸³⁸ Medicus, Bürgerliches Recht, Rn.308; Larenz, Schuldrecht I, §24 Ia, S. 369.

⁸³⁹ Fikentscher, §45 II 1 d, Rn.367.

⁸⁴⁰ Peters, JR 1998, S. 186.

auf das Setzen einer Nachfrist angekommen wäre.⁸⁴¹ Grund für die Unterscheidung war die Überlegung, dass das Setzten einer Nachfrist nach Fälligkeit angesichts der Erfüllungsverweigerung als bloße Formalität erschien. Darüber hinaus wurde geltend gemacht, dass die gesetzliche Vorschrift des §326 dem Fall der ernsthaften, endgültigen Erfüllungsverweigerung in hinreichender Weise Rechnung trage.⁸⁴² Bei einer Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit hingegen wurde darauf verwiesen, dass es insofern gerechtfertigt wäre, den Schuldner an seinem Wort festzuhalten.⁸⁴³ Ein Zuwarten bis zum Eintritt der Fälligkeit wäre dem Gläubiger aber nicht mehr zuzumuten. Oftmals wurde betont, dass es sich zumindest bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit um ein eigenständiges Rechtsinstitut der Vertragsverletzung handeln würde.

b) Huber

In seinem Artikel die „Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung“ behandelte Huber die Erfüllungsverweigerung nur im Zusammenhang mit der Frage, ob die Vorschrift des §326 auf den Nacherfüllungsanspruch bei Lieferung mangelhafter Sachen anwendbar und unter welchen Umständen eine Nachfrist entbehrlich sein sollte. Aus seinen Ausführungen ist dann auch nur ersichtlich, dass Huber die Erfüllungsverweigerung, zumindest vor Fälligkeit, als Sonderform der positiven Vertragsverletzung begriff. Die Erfüllungsverweigerung sollte dem Gläubiger dabei, unabhängig vom Setzen einer Nachfrist, das Recht einräumen, vom Vertrag zurückzutreten beziehungsweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.⁸⁴⁴ Als Haftungsgrund wäre ein antizipierter Vertragsbruch des Schuldners anzusehen.

Der Gedanke, in der Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine antizipierte Nichterfüllung der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten zu sehen, stand auch in Hubers vergleichender Darstellung des deutschen Schuldrechts mit dem Haager Kaufrecht im Vordergrund.⁸⁴⁵ Gleichsam wollte er in der Erfüllungsverweigerung des Schuldners nur einen Unterfall der positiven Vertragsverletzung erkennen.⁸⁴⁶ Er wies darauf hin, dass die Erfüllungsverweigerung des Schuldners keine eigene Spezies der Pflichtverletzung darstellen

⁸⁴¹ Larenz, Schuldrecht I, §24 I a, S. 369 Rn.8; Ennecerus-Lehmann, §55 II, S. 239; Staudinger-Otto, §326 Rn.136 ff.

⁸⁴² Staudinger-Otto, §326 Rn.136; MüKo-Emmerich, Vor §275 Rn.249.

⁸⁴³ MüKo-Emmerich, Vor §275 Rn.249.

⁸⁴⁴ Huber, AcP 177 (1977), S. 339.

⁸⁴⁵ Vgl. Huber, FS v. Caemmerer, S. 837.

⁸⁴⁶ Insofern aber schon einschränkend, dass dies insbesondere deshalb zutreffend wäre, weil die Erfüllungsverweigerung gerade keinen Unterfall des Verzugs oder der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung darstellen würde.

würde.⁸⁴⁷ Vielmehr könnte in der Erfüllungsverweigerung des Schuldners, im Anschluss an das Haager Kaufrecht, nur einer der besonderen Gründe gesehen werden, in denen es dem Gläubiger möglich sein sollte, anstelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.⁸⁴⁸ Grund für die Haftung des Schuldners wäre nicht der Verstoß gegen eine zu konstruierende Pflicht, die Erfüllung nicht zu verweigern, sondern die Nichterfüllung der Verbindlichkeit selbst. Aufgrund seiner Aussage, die geschuldete Leistung endgültig nicht erbringen zu wollen, wäre zu fingieren, der Schuldner hätte nicht innerhalb einer gesetzten Nachfrist erfüllt (§326).⁸⁴⁹

Mit Betonung der praktischen Bedeutung der Erfüllungsverweigerung, beschäftigte sich Huber in seinen „Leistungsstörungen“ erneut mit dem Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung. Er gab dabei einen Überblick über die wichtigsten Fallgruppen des Rechtsinstituts, die er der Rechtsprechung entnahm.⁸⁵⁰ Huber wollte dabei sowohl im Bestreiten der eigenen Leistungspflicht aus unzutreffenden Rechtsgründen⁸⁵¹ wie auch in der Berufung des Schuldners auf eine zu vertretende, wenn auch nur zeitweilige, Unmöglichkeit der Leistung einen Anwendungsfall der Erfüllungsverweigerung ausmachen, sofern die Berufung auf das Leistungshindernis jeglicher Berechtigung entbehrte.⁸⁵² Nach Huber konnte darüber hinaus in der Stellung unberechtigter Leistungsbedingungen eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners zu sehen sein.⁸⁵³ Den Fällen des offenen Vertragsbruchs wollte Huber hingegen nur eine geringe praktische Bedeutung beimessen.⁸⁵⁴ Anschließend beschäftigte sich Huber mit der Frage, ob eine Verweigerung der Erfüllung nicht-synallagmatischer Pflichten gleichfalls die Rechtsfolgen des §326 auslösen konnte.⁸⁵⁵ Die Erfüllungsverweigerung stellte Huber zufolge nunmehr eine Vertragsverletzung eigener Art dar, bei der nicht danach zu unterscheiden war, ob sie vor oder nach Fälligkeit der Leistung erfolgte. Im Gegensatz zu früheren Darstellungen betonte Huber damit stärker die eigenständige Stellung des Rechtsinstituts der Erfüllungsverweigerung. Huber bezeichnete sie nunmehr als „feststehende[...], wenn auch ungeschriebene[...] Regel des geltenden Rechts“

⁸⁴⁷ Huber, FS v. Caemmerer, S. 858.

⁸⁴⁸ Huber, FS v. Caemmerer, S. 871.

⁸⁴⁹ Huber, FS v. Caemmerer, S. 855.

⁸⁵⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 3, S. 570 ff.

⁸⁵¹ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 3a, S. 570 f.

⁸⁵² Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 3b,c, S. 571 ff.

⁸⁵³ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 3d, S. 573.

⁸⁵⁴ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 3e, S. 574.

⁸⁵⁵ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 1, S. 581 ff.

⁸⁵⁶, die aufgrund ihrer Stellung als Gewohnheitsrecht keiner weiteren Begründung mehr bedurfte.⁸⁵⁷ Hierzu führte er aus:

„Genauer betrachtet ist aber die gewohnheitsrechtliche Regel selbst die Anspruchsgrundlage, und »positive Vertragsverletzung« ist sozusagen nur das juristische Etikett, das nicht mehr besagt, als daß es sich um einen Fall der Leistungsstörung [...] handelt.“⁸⁵⁸

In gleicher Weise wie die Geltung des Rechtsgrundsatzes wären auch die Rechtsfolgen der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt und dem §326 in analoger Anwendung zu entnehmen. Diese stellten sich aber gerade nicht als Verzugsfolge dar. Obgleich die Geltung dieser Regelung und deren Rechtsfolgen aufgrund gewohnheitsrechtlicher Verfestigung von Richterrecht unbestritten war, gab Huber weitere Gründe an, warum nach der ratio legis das Setzen einer Nachfrist entbehrlich und der Gläubiger sogleich berechtigt sein sollte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten. Erneut verwies er auf den Gedanken, dass es oftmals als bloße Förmel erschien, wenn dem Gläubiger die Pflicht auferlegt würde, dem Schuldner eine Nachfrist zu setzen.⁸⁵⁹ Der Schuldner müsste sich im Falle einer Erfüllungsverweigerung eben an seinem Wort festhalten lassen. Insofern führte er auch den Rechtsgrundsatz „venire contra factum propium“ an. Der Schuldner könnte sich nach seiner Erfüllungsverweigerung nicht mehr darauf berufen, der Gläubiger hätte es versäumt, ihm eine Nachfrist zu setzen oder die Fälligkeit der Leistung abzuwarten.⁸⁶⁰ Auch wäre dem Gläubiger im Falle einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar.⁸⁶¹

3. Arbeitsweise

Hubers Arbeitsweise, die aus der Behandlung des Rechtsinstituts der Erfüllungsverweigerung ersichtlich wird, unterscheidet sich in zentralen Punkten von seiner früher dargestellten Vorgehensweise. Wie schon zuvor ist zwischen den früher erschienenen Beiträgen und den in den „Leistungsstörungen“ vertretenen Auffassungen zu unterscheiden. Bei Hubers früheren

⁸⁵⁶ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 566.

⁸⁵⁷ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II, S. 574.

⁸⁵⁸ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II, S. 580.

⁸⁵⁹ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 1, S. 574 f. unter Hinweis auf BGHZ 94, 180, 193; BGH WM 1982, 907, 908; BGH NJW 1986, 661; BGH ZIP 1996, 1987, 1988.

⁸⁶⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 1, S. 576.

⁸⁶¹ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 1, S. 576 f.

Darstellungen lag ein besonderes Augenmerk auf den internationalen Vorschriften, die Hubers Sichtweise und Interpretation zumindest zeitweise maßgeblich bestimmten. So befürwortete er zeitweise eine Angleichung des deutschen Leistungsstörungsrechts an die internationalen Bestimmungen des Einheitlichen UN-Kaufrechts. In späteren Darstellungen gewannen rechtshistorische Quellen dann erneut an Bedeutung für Hubers Konzeption des Rechtsinstituts.

a) Rechtszustand und Literatur vor Einführung des BGB

Obgleich die Fälle der Erfüllungsverweigerung schon aus dem gemeinen Recht bekannt waren, spielten historische Materialien und Quellen in Hubers Ausführungen zunächst eine untergeordnete Rolle. Weder in seinem Gutachten noch in den anderen Ausführungen, die die positive Vertragsverletzung zum Gegenstand hatten, klingen rechtshistorische Argumente und Überlegungen an. Auch in den Leistungsstörungen ging Huber nur kurz auf die Entstehungsgeschichte des Rechtsinstituts ein.

aa) Friedrich Mommsen

Die im Übrigen für ihn typischen Verweise auf die Juristen des 19. Jahrhunderts, insbesondere Windscheid und Mommsen, fehlten in Hubers Darstellung. Lediglich in einer Fußnote wies Huber darauf hin, dass Windscheid und Mommsen die Fälle der Erfüllungsverweigerung durch großzügige Gewährung eines Schadensersatzanspruchs wegen Fortfalls des Interesses an der Erfüllung in Natur gelöst hätten, ohne jedoch einen Beleg für diese Annahme zu liefern.⁸⁶²

Allerdings finden sich zumindest bei Friedrich Mommsen Hinweise darauf, wie die Fälle der Erfüllungsverweigerung seiner Meinung nach rechtlich zu behandeln waren. Mommsen unterschied bekanntlich danach, ob die Nichterfüllung auf den Willen des Schuldners zurückzuführen war oder er nicht leisten konnte.⁸⁶³ Wollte der Schuldner trotz einer ihm obliegenden Verpflichtung nicht erfüllen, so würde die Nichterfüllung zwar auf seinem Willen beruhen, aber nicht mit Notwendigkeit daraus folgen, dass ihm auch ein Verschulden zur Last falle, da er sich auch in einem entschuldbaren Irrtum befinden könnte. Aufgrund dessen trete noch keine Mora ein. Der Schuldner wäre aber zur Erfüllung der Verpflichtung zu verurteilen. Nur dann, wenn der Schuldner nach der Verurteilung zur Leistung immer noch die Erfüllung verweigerte, könnte auf Schadensersatz erkannt werden. Die Lehre von Dolus

⁸⁶² Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 566 Fn.4.

⁸⁶³ Mommsen, Lehre von der Mora, S. 17 ff.

und Culpa hätte aber für diese Fälle keine hervortretende Bedeutung, weil immer ein Dolus vorliegen würde.⁸⁶⁴ Zur Erfüllungsweigerung führte Mommsen dann aus:

„Derjenige aber, welcher weiß, dass er zu einer Leistung verpflichtet ist, und überdies leisten kann, macht sich immer eines Dolus schuldig, wenn er dessen ungeachtet sich weigert, die Leistung vorzunehmen“.⁸⁶⁵

Aus diesem Grunde könnte es keinem Zweifel unterliegen, dass der Schuldner das Interesse zu leisten hätte. Nach Mommsen war in der unberechtigten Erfüllungsverweigerung des Schuldners deshalb lediglich ein Hinweis auf ein subjektives Zurechnungsmoment zu sehen, das neben der objektiven Voraussetzung der Nichterfüllung Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs war. Wie aber bereits Huber herausstellte, war die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs im Falle einer Verzögerung der Leistung nicht vom Setzen einer Nachfrist abhängig, so dass dem Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung im gemeinen Recht nur eine untergeordnete Bedeutung zukam.

bb) Bernhard Windscheid

Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners wurde bei Windscheid nicht thematisiert. Lediglich die Fälle, in denen der Gläubiger die Annahme der geschuldeten Leistung verweigerte, werden bei Windscheid behandelt. Diese haben ihre Entsprechung aber in der Vorschrift des späteren §295 gefunden. Auch wurde bei Windscheid die Konstellation beschrieben, in der der Gläubiger durch das Verhalten des Schuldners zu einem Prozess genötigt wurde, weil der Schuldner sich weigerte die Ansprüche des Gläubigers rechtzeitig zu befriedigen.⁸⁶⁶ So sollte beispielsweise eine Verurteilung auf das Doppelte der geschuldeten Leistung erfolgen, wenn der Schuldner bei einer Empfangsbekennnis seine Handschrift leugnete.⁸⁶⁷ Ein Bürge, der seine Bürgschaft leugnete, sollte aufgrund dessen die Vorteile der Teilung und der Vorausklage verlieren.⁸⁶⁸ Ein Gesellschafter, der seine Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag bestritt, sollte die „Rechtswohlthat des Notbedarfs“ verlieren.⁸⁶⁹ Alle diese Fälle beruhten aber auf prozessrechtlichen Erwägungen und blieben ohne Entsprechung im BGB.

Huber wies lediglich darauf hin, dass seiner Meinung nach die Fälle der Erfüllungsverweigerung durch eine großzügige Gewährung von Schadensersatz durch

⁸⁶⁴ Mommsen, Lehre von der Mora, S. 17.

⁸⁶⁵ Mommsen, Lehre von der Mora, S. 18.

⁸⁶⁶ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8.Auflage), §263 1, S. 77.

⁸⁶⁷ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8.Auflage), §263 1, S. 78.

⁸⁶⁸ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8.Auflage), §263 1, S. 78.

⁸⁶⁹ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II (8.Auflage), §263 1, S. 78.

Windscheid gelöst worden wären. Ein Beleg für diese Vermutung lässt sich bei Windscheid jedoch ebenso wenig finden, wie bei Friedrich Mommsen. Insgesamt spielen die noch zum gemeinen Recht erschienenen Werke bezüglich der Konzeption der Erfüllungsverweigerung eine untergeordnete Rolle.

cc) Artt. 354 ff. ADHGB

Huber berief sich insbesondere darauf, dass im gemeinen Recht das Rechtsinstitut der Nachfristsetzung noch unbekannt gewesen wäre. Vielmehr hätte die Erfüllungsverweigerung ihr historisches Vorbild im ADHGB von 1861 gefunden.⁸⁷⁰ In ständiger Rechtsprechung wäre dazu anerkannt, dass der Gläubiger schon dann vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte, wenn der Schuldner die Erfüllung verweigert hatte, ohne dass es auf eine Nachfrist angekommen wäre.⁸⁷¹

Der Verweis Hubers auf das rechtliche Vorbild des ADHGB ist zutreffend. Schon in der älteren Literatur wurde im Zusammenhang mit der Erfüllungsverweigerung immer wieder auf das ADHGB hingewiesen und auf die Rechtsprechungspraxis des ROHG und des RG aufmerksam gemacht.⁸⁷² Nach Art. 354 ADHGB konnte der Verkäufer bei Verzug des Vertragsgegners Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sofern er eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten eingeräumt hatte (Art. 356 ADHGB). Art. 355 ADHGB gewährte das gleiche Recht dem Käufer. Sowohl das ROHG wie auch später das Reichsgericht ließen in ständiger Rechtsprechung eine Ausnahme vom Erfordernis der Nachfristsetzung zu, falls der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hatte. Die Rechtsprechung bejahte somit die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung im Falle einer Erfüllungsverweigerung, obgleich der Wortlaut der Artt. 354 ff. eine Stütze für eine derartige Auslegung nicht bot. Nach Dernburg war die Rechtsprechung dabei „durch innere Gründe bestimmt, welche eine entgegen gesetzte Behandlung als wenig zweckmäßig erscheinen lassen.“⁸⁷³ Dieselben Gründe sprachen nach Dernburg für eine gleiche Behandlung des §326, da „sich eine feste Praxis für die Anwendung des Handelsgesetzbuches gebildet hatte, und nicht anzunehmen wäre, daß das B.G.B. sich in diesem Punkte mit der bisherigen Rechtsbildung in Widerspruch setzen wollte.“⁸⁷⁴

⁸⁷⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 566 f.

⁸⁷¹ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 567 unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu Artt. 354, 355, 356 ADHGB; ROHG 3, 208, 210; 3, 319, 322; 5, 107 f.; 6, 324, 326; 7, 376, 377; 8, 253 f.; 9, 311, 315; 9, 340, 347; 10, 163, 164; 10, 238, 240; 12, 282, 284; 16, 190, 193.

⁸⁷² Dernburg, Das bürgerliche Recht II 1 §98 IV 1, S. 237; Fritz, AcP 134 (1931), S. 198 ff.

⁸⁷³ Dernburg, Das bürgerliche Recht II 1 §98 IV 1, S. 237 unter Hinweis auf R. D. H. G. Bd.8, S. 127; Bd. 9, S. 126; Bd. 12, S. 62; RGZ 1 (1880), 241; 7, 79.

⁸⁷⁴ Dernburg, Das bürgerliche Recht II 1 §98 IV 1, S. 237; eine ähnliche Argumentation fand sich bereits bei Cosack, Bürgerliches Recht I §123 II 2 b: „Die Regel, dass der Käufer im Fall des Lieferungsverzuges des Verkäufers eine nachträgliche Lieferung sofort zurückweisen kann, falls der Verkäufer die Nachlieferung vorher

Der Verweis auf den historischen Ursprung des Rechtsinstituts der Erfüllungsverweigerung ist für Huber insofern bedeutsam, als er sich auf einen in ständiger Rechtsprechung anerkannten Rechtssatz des Gewohnheitsrechts berufen wollte, um zu belegen, dass sich die Fälle der Erfüllungsverweigerung auch ohne Rückgriff auf die Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzungen lösen ließen. Damit begegnete Huber einem möglichen Einwand, der gegen seine Auslegung des §276 als anspruchsbegründende Norm sprechen konnte.

b) Gesetzesmaterialien

Umstritten hingegen war, ob der Gesetzgeber bei Einführung der Regelung des späteren §326 das historische Vorbild der Artt. 354 ff. AHGB vor Augen hatte und auch im BGB an der bisherigen Praxis der Rechtsprechung festhalten wollte. In diesem Zusammenhang wies Huber auch auf eine Denkschrift zum HGB hin, die bei ihm wörtlich zitiert wird:

„In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß, wenn sich der Schuldner geweigert hat, zu erfüllen, der Gläubiger die in Art. 356 vorgesehene Erklärung schon vor dem Eintritt der Erfüllungszeit abgeben kann und daß dem Schuldner in einem solchen Fall auch eine Nachfrist nicht zusteht. Diese Auffassung entspricht der Natur der Sache sowie den Bedürfnissen des Handelsverkehrs; es ist anzunehmen, daß sie unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, welches in der hier fraglichen Beziehung nichts anderes vorschreibt als das Handelsgesetzbuch, gleichfalls befolgt werden wird.“⁸⁷⁵

Diese Fundstelle wurde bei Huber als Beleg für seine These gewertet, dass nach dem Willen des Gesetzgebers an der bisherigen Praxis, im Falle einer Erfüllungsverweigerung auf das Erfordernis einer Nachfristsetzung zu verzichten, festgehalten werden sollte. Allerdings findet sich in den Gesetzesmaterialien zum BGB kein vergleichbarer Hinweis, so dass diese Stelle nur bedingt aussagekräftig ist. Allerdings wurde diese Textstelle bereits vom RG im Rübölfall als Hinweis dafür angeführt, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers bei einer Erfüllungsverweigerung einer Fristsetzung nach §326 nicht bedurfte.⁸⁷⁶

Festzuhalten bleibt jedoch, dass die Gesetzesmaterialien keine Aussage über die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung enthalten. Zwar herrschte während der Gesetzesberatungen

endgültig verweigert hatte, ist übrigens keineswegs zweifellos. Für sie spricht eigentlich nur die ständige Praxis des Reichsgerichts, die so beharrlich durchgeführt wird, dass ihr wohl der Charakter eines Gewohnheitsrecht zuzusprechen ist.“

⁸⁷⁵ Denkschrift zur Reichstagsvorlage des Entwurfs eines HGB S. 221 (=Hahn, Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. VI, S. 374) zitiert bei Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 568 bei Fn.8.

⁸⁷⁶ RGZ 51 (1903), 347, 349.

Einigkeit, dass dem Gläubiger bei einem Verzug des Schuldners nur dann ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt zustehen sollte, wenn das Interesse an der Leistung in Folge des Verzugs weggefallen war.⁸⁷⁷ Im Anschluss an die Artt. 354 - 356 HGB wollte man dem Gläubiger das Wahlrecht darüber hinaus nur dann gewähren, wenn der Schuldner nicht innerhalb einer vom Gläubiger gesetzten Nachfrist erfüllte.⁸⁷⁸ Aus den Materialien wird zudem die Bemühung um eine Anpassung des späteren §326 an die Vorschriften der Artt. 354 - 356 ersichtlich. Im Hinblick auf die Frage, ob dem Gläubiger im Falle des Verzugs des Schuldners entgegen dem gemeinen Recht ein Rücktrittsrecht einzuräumen wäre, hieß es:

"Durch das letztere [HGB] dessen Anwendungsgebiet weit über den eigentlichen Handelsbereich hinausgehe, sei die Änderung des gem. Rechtes genügend vorbereitet. Es handele sich nicht um einen Bruch mit hergebrachtem Rechte, sondern um den Abschluß der bisherigen Rechtsentwicklung, womit dem Gewichtete Rechung getragen werde, welches der heutige Verkehr auf die rechtzeitige Erfüllung zu legen pflege."⁸⁷⁹

Man befürwortete also eine Angleichung der BGB Vorschriften an das Handelsrecht, dem in dieser Frage ein über das Handelsrecht hinausgehender Grundsatz entnommen werden sollte. Ein weitergehender Hinweis darauf, ob der historische Gesetzgeber auch an der bisherigen Rechtsprechung festhalten wollte, nach der das Setzen einer Nachfrist im Falle einer Erfüllungsverweigerung entbehrlich war, findet sich in den Materialien nicht. Festzuhalten bleibt damit, dass der historische Gesetzgeber durchaus um eine Anpassung des späteren §326 an die Vorschriften des Handelsrechts bemüht war.⁸⁸⁰ Die Frage, unter welchen Vorschriften eine Nachfristsetzung aber entbehrlich sein sollte, wurde während der Gesetzesberatungen nicht thematisiert, obgleich sich diese Frage schon bei den Artt. 354 ff. ADHGB gestellt hatte. Die Gesetzesmaterialien zum BGB können Hubers These von einer gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsregel nicht stützen, jedoch auch nicht widerlegen.

c) Rechtsprechung

Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs werden bei Huber an einer Vielzahl von Stellen zitiert.⁸⁸¹ Oftmals dienen sie dabei nur als Anwendungsbeispiele aus der Praxis, deren sich Huber zur Veranschaulichung seiner theoretischen Ausführungen bedient.

⁸⁷⁷ Motive, S. 209 f.

⁸⁷⁸ Protokolle, S. 644 ff.

⁸⁷⁹ Protokolle, S. 645.

⁸⁸⁰ Vgl. dazu Protokolle, S. 644.

⁸⁸¹ Vgl. insbesondere Huber, Leistungsstörungen II, §§ 51-53, S. 565 ff.

Allerdings fehlt auch an dieser Stelle nicht der Verweis auf die „ständige Rechtsprechung“ des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, die jedoch eine Kontinuität in der Rechtsprechung suggeriert, die in dieser Form nicht existierte. Nach Huber war es in der Rechtsprechung von Anfang an anerkannt, „dass nicht nur die Nachfristsetzung, sondern auch die Fälligkeit im Fall der Erfüllungsverweigerung entbehrlich ist [...].“⁸⁸² Diese Formulierung ist zwar in der Sache zutreffend, erweckt aber leicht den irrtümlichen Eindruck, in der Rechtsprechung wäre seit jeher eine einheitliche Behandlung sichergestellt und eine zutreffende dogmatische Einordnung des Rechtsinstituts vorgenommen worden.⁸⁸³ Allerdings war gerade die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Erfüllungsverweigerung alles andere als einheitlich. In einer frühen Entscheidung nahm das Reichsgericht, in Fortführung der Rechtsprechung des ROHG zu Artt. 354 ff., aus Billigkeitsgründen an, dass die Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine Nachfristsetzung entbehrlich machen würde und der Gläubiger deshalb berechtigt sein sollte, Schadensersatz zu fordern.⁸⁸⁴ Später bediente sich das Reichsgericht im Rübölfall eines fingierten rechtsgeschäftlichen Verzichts auf die Nachfristsetzung, der in der Erfüllungsverweigerung des Schuldners enthalten sein sollte, um das Erfordernis der Nachfristsetzung des §326 zu umgehen.⁸⁸⁵ Zusätzlich zu dem Gedanken, dass in der Erfüllungsverweigerung des Schuldners ein freiwilliger Verzicht auf das Erfordernis der Nachfristsetzung zu erblicken war, verwies das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung noch darauf, dass in der Erfüllungsweigerung eine dem §326 II gleich zu erachtende Ausnahme zu sehen wäre.⁸⁸⁶

In einer späteren Entscheidung zur Frage, ob dem Schuldner bei ernsthafter Gefährdung des Vertragszweckes auch ein Rücktrittsrecht entsprechend §326 zustünde, wollte das Reichsgericht §326 dann als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsatzes interpretieren. Danach sollte dem Gläubiger einer Leistung bei einer schuldenhaften Unterlassung der Vertragserfüllung durch den Schuldner aufgrund der darin liegenden Gefährdung des Vertragszwecks, das Recht zustehen vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Wenig später nahm das Reichsgericht dann erstmals zu Staubs Lehre von der positiven Vertragsverletzung Stellung. Dabei warf es die Frage auf, warum der Gesetzgeber die Aufnahme eines entsprechenden Rechtssatzes in das BGB für die Erfüllungsweigerung unterlassen hatte:

⁸⁸² Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 568.

⁸⁸³ Huber selbst wies – allerdings zu einem früheren Zeitpunkt – auf die Stationen in der Entwicklung der Rechtsprechung hin; vgl. Huber, FS v. Caemmerer, S. 857.

⁸⁸⁴ RGZ 4 (1881), 69, 71.

⁸⁸⁵ RGZ 51 (1903), 347, 350; so wohl auch noch RGZ 52 (1903), 150, 152.

⁸⁸⁶ RGZ 53 (1903), 11, 13; 53 (1903), 161, 165 f.; vgl. dazu auch Huber, FS v. Caemmerer, S. 857 Fn.58.

„[...] das Unterlassen einer allgemeineren Fassung jenes Rechtsgrundsatzes [durch den Gesetzgeber] damit zu erklären, es sei eine solche allgemeinere Fassung lediglich um deswillen nicht als notwendig erachtet worden, weil den Vorarbeiten bei Regelung dieser Materie, wiederum unter dem Einflusse der Abhandlungen von Mommsen in dessen Beiträgen zum Obligationenrecht, die Ansicht zu grunde lag, der [...] in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden kann, dass alle positiven Rechtsverletzungsakte eines Vertragsteiles in den Rahmen der Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung gebracht werden können. Hiernach ist es zuzulassen, auf dem Wege der Analogie bei gegenseitigen Verträgen auch aus positiven Vertragsverletzungen des einen Teiles dem anderen Teile die in §326 ausgesprochenen Rechte zu gewähren, wenn durch jene Vertragsverletzungen die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird.“⁸⁸⁷

Zum einen widersprach das Reichsgericht damit der Ansicht Himmelscheins, nach der jede schuldhafte Nichterfüllung als teilweise Unmöglichkeit der Leistung aufgefasst werden könnte und ein Rücktrittsrecht unmittelbar aus §325 hätte abgeleitet werden können. Zum anderen war das Reichsgericht entgegen Huber der Überzeugung, dass diese Auslegung Himmelscheins unmittelbar auf die Lehre Friedrich Mommsens zurückzuführen war. Darüber hinaus sprach das Reichsgericht zum ersten Mal von einer „dritten Art schuldhaften Verhaltens“ neben Unmöglichkeit und Verzug, für die im Gesetz keine den §§325, 326 entsprechende Bestimmung enthalten wäre. Zugleich gebrauchte es damit erstmals im Anschluss an die Lehre Staubs den Begriff der positiven Vertragsverletzung. Zumindest in Hinsicht auf die Fälle der ernsthaften Gefährdung des Vertragszwecks ging das RG damit von einer Regelungslücke im System des Leistungsstörungsrechts aus, die durch das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung zu schließen gewesen wäre.⁸⁸⁸

Es ist erneut darauf hinzuweisen, dass das Reichsgericht die Fälle der positiven Vertragsverletzung grundsätzlich dem Anwendungsbereich des §276 zuordnen wollte. Problematisch an dieser Ansicht war jedoch, wie bereits mehrfach erwähnt wurde, dass ein Rücktrittsrecht aus der Norm aufgrund des eindeutigen Wortlauts des §276 gerade nicht abgeleitet werden konnte. Für den Teilbereich der Erfüllungsverweigerung, bei der ein solches Rücktrittsrecht aber allgemein für notwendig erachtet wurde, bemühte das RG,

⁸⁸⁷ RGZ 54 (1903), 98, 102.

⁸⁸⁸ Vgl. RGZ 54 (1903), 98, 100 ff.; ähnlich für den Fall der ernsthaften endgültigen Erfüllungsverweigerung RGZ 57 (1904), 105, 113; 104 (1922), 275, 278; in RGZ 149 (1936), 401, 404 leitet das RG hingegen ein Rücktrittsrecht aufgrund positiver Vertragsverletzung im Fall der ernsthaften endgültigen Erfüllungsverweigerung aus §325 ab.

zumindest in den späteren Entscheidungen, die Lehre Staubs von der positiven Vertragsverletzung.

Wie schon zuvor bestehen deutliche Parallelen zwischen dem Standpunkt des Reichsgerichts und den Ansichten Hubers. Huber wählte einen ähnlichen Weg um zu erklären, wie sich die Fälle der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung ohne Widerspruch in das System des Leistungsstörungsrechts einfügen ließen. Er hielt an seiner Auslegung des §276 fest, indem er wie das Reichsgericht in §276 eine Anspruchsgrundlage für schuldhafte Pflichtverletzungen erblickte. Die Herausstellung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, nach dem der Gläubiger im Falle einer Erfüllungsverweigerung nicht nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sondern auch vom Vertrag zurücktreten konnte, findet sich sowohl in den Urteilsbegründungen des RG wie auch in der Argumentation Hubers. Allerdings berief sich Huber nicht auf die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung, um ein Rücktrittsrecht des Gläubigers im Falle einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners herzuleiten. Vielmehr stützte er diese Rechtsfolge auf einen anerkannten Rechtssatz des Gewohnheitsrechts. Auf die Frage, warum das Reichsgericht, das gleichermaßen wie Huber in §276 eine anspruchs begründende Norm erblickte und die Heranziehung der Grundsätze der positiven Vertragsverletzung im Allgemeinen ablehnte, es dennoch für notwendig erachtete, ein mögliches Rücktrittsrecht für die Fälle der Erfüllungsweigerung auf eben dieses Rechtsinstitut zu stützen, ging Huber nicht ein. Offensichtlich hielt das RG im Gegensatz zu Huber den Verweis auf einen „allgemeinen und gewohnheitsrechtlich anerkannten“ Rechtsgrundsatz nicht für ausreichend, um eine derart weitreichende Haftung des Schuldners zu begründen. Allerdings verhinderte es Huber, sich mit seiner Argumentation gegenüber dem Standpunkt des RG in Widerspruch zu setzen. Das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung stellte seiner Ansicht nach ohnehin nur eine Sammelbezeichnung für alle Fälle der Leistungsstörungen dar, die weder Unmöglichkeit noch Verzug begründeten. Die positiven Vertragsverletzungen stellten für Huber damit nur eine deklaratorische Begriffsbestimmung dar. Im Falle der Erfüllungsverweigerung stünde dahinter aber ein allgemeiner, gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtsgrundsatz. Kaum Beachtung schenkte Huber der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Ähnlich wie das Reichsgericht wollte der Bundesgerichtshof die Fälle der Erfüllungsverweigerung durch eine entsprechende Anwendung der §§280, 286, 325, 326 lösen und somit die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung zur Anwendung bringen.⁸⁸⁹

⁸⁸⁹ Vgl. statt vieler: BGHZ 2, 310, 312; 49, 56, 59; 50, 175, 179; 65, 372, 374; BGH NJW 1968, 1873; BGHZ 99, 182, 189; 115, 286, 297.

d) Literatur nach Einführung des BGB

Obgleich das Reichsgericht schon frühzeitig bejahte, dass der Gläubiger auch ohne Fristsetzung dazu berechtigt sein sollte, sich vom Vertrag zu lösen, wenn er zwar noch ein Interesse an der Durchführung des Vertrages hatte, der Schuldner die Erfüllung aber verweigerte, so blieb das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung jedoch in der Literatur heftig umstritten.

In der Literatur existierte anfangs eine Vielzahl von Ansichten, wie eine Erfüllungsverweigerung des Schuldners rechtlich zu behandeln war. Streitigkeiten wurden in der Frühzeit des BGB weniger um die Frage geführt, ob die Fälle der Erfüllungsverweigerung dem Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung zuzuordnen waren, was zumindest Herrmann Staub bejahte, der als Begründer der Lehre der positiven Vertragsverletzungen am Anfang der Erörterungen steht. Zahlreiche Autoren verschlossen sich vielmehr der Einsicht, dass eine Nachfristsetzung im Falle einer Erfüllungsverweigerung entbehrlich sein sollte oder lehnten es ab, die Erfüllungsverweigerung als Unterfall der positiven Vertragsverletzung zu begreifen.⁸⁹⁰ In diesem Zusammenhang ist auf Oermann und Siber einzugehen, die eine Gegenposition zu Huber einnahmen. Die Untersuchung dieser Ansichten ist insbesondere im Hinblick auf die Frage bedeutsam, ob das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung in der Frühzeit des BGB bereits soweit anerkannt war, dass von Gewohnheitsrecht die Rede sein konnte.

Das Hauptaugenmerk der Darstellung wird auch auf Vertretern liegen, die für Hubers Darstellung der positiven Vertragsverletzungen von großem Einfluss waren. Der Vergleich der Ansichten Hubers und Stoll wird zeigen, dass beide zwar vom selben Ausgangspunkt ausgingen, bei der Erfüllungsverweigerung jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen. Schließlich ist noch auf die Ansichten Rabels und Jakobs einzugehen, die Hubers Sicht der Dinge entscheidend prägten. Auch wenn sich das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung mittlerweile allgemein durchgesetzt hatte, finden sich bei diesen zahlreiche Begründungsansätze, die auch Huber in seiner Darstellung aufgriff.

aa) Herrmann Staub

Noch zum Art. 356 ADHGB führte Staub aus:

⁸⁹⁰ Vgl. Staudinger-Otto, §326 Rn.201; Oermann, §326 4 b, S. 205 f.

„Ein anderer Ausnahmsfall folgt aus der ratio legis. Die Nachfristgewährung würde zur nutzlosen Formalität herabsinken, wenn man den Nichtsäumigen auch dann zu ihr verpflichten würde, wenn der Säumige die Erfüllung bestimmt verweigert hat, erklärt hat, er könne oder wolle nicht erfüllen oder nur zum Teile erfüllen, während der andere zur Annahme einer Teilleistung nicht verbunden ist oder wenn schon aus den Umständen erhellt, dass die Erfüllung nur unter unverhältnismäßiger Verspätung erfolgen könnte [...].“⁸⁹¹

Obgleich Staub die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung im Falle der Erfüllungsverweigerung zunächst noch aus der ratio legis hergeleitet hatte,⁸⁹² begrüßte er in seinen „Positiven Vertragsverletzungen“ wenig später die Position der Rechtsprechung.⁸⁹³ In der Einordnung der Erfüllungsverweigerung als Unterfall der pVV durch die Rechtsprechung des RG erblickte er eine wichtige Stütze seiner Lehre. Diese war nach Ansicht Staubs allein dazu im Stande, den Interessen der Vertragsparteien gerecht zu werden.⁸⁹⁴ Nur mit Hilfe der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen ließe sich hinreichend erklären, warum dem Gläubiger bereits vor Fälligkeit das Recht zustehen sollte, sich vom Vertrage zu lösen. Darüber hinaus wäre es anderenfalls nicht nachvollziehbar, warum im Falle einer Erfüllungsverweigerung das Erfordernis einer Mahnung entbehrlich sein sollte.⁸⁹⁵ Huber selbst geht im Zusammenhang mit der Erfüllungsverweigerung nicht mehr auf die Lehre Staubs ein. Für ihn war an der Einordnung als Untergruppe der pVV nur soviel richtig, als die Erfüllungsverweigerung gerade keinen Fall der Unmöglichkeit oder des Verzugs darstellen würde.⁸⁹⁶ Insofern hielt er bereits die Lehre Staubs von den positiven Vertragsverletzungen nicht für überzeugend. Auffällig ist jedoch, dass sich bei Huber auch einige Überlegungen Staubs finden. Ebenso wie Staub stellte Huber auf den Zweck der Nachfristsetzung ab, die es ermöglichen sollte, dem Schuldner das Erfordernis einer baldigen Leistung vor Augen zu führen und ihm eine nochmalige Gelegenheit zur Leistung einzuräumen.⁸⁹⁷ Jedenfalls bei einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung erschien eine Nachfristsetzung beiden jedoch als bloße Formalität.

Nicht von der Hand zu weisen, ist Staubs Argument, nur mit Hilfe der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen ließe sich hinreichend erklären, warum dem Gläubiger bereits vor Fälligkeit das Recht zustehen sollte sich vom Vertrag zu lösen. Unzweifelhaft enthielt das

⁸⁹¹ Staub, Kommentar zum ADHGB, Art.356, §22 Bß, S. 336 f.

⁸⁹² Staub, Kommentar zum ADHGB, Art.356, §22 Bß, S. 336 f.

⁸⁹³ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 54 f.

⁸⁹⁴ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 50 ff.

⁸⁹⁵ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 50 ff.

⁸⁹⁶ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 2, S. 580.

⁸⁹⁷ Vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 2, S.574 ff.

BGB, auch wenn man Hubers Auslegung des §276 zugrunde legt, insofern eine Regelungslücke, da sich zumindest ein Rücktrittsrecht aus der Norm nicht herleiten ließ. Auch wenn Staub selbst die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung im Falle der Erfüllungsverweigerung aus der ratio legis hergeleitet hatte, so hielt er es im Gegensatz zu Huber nicht für möglich, die Rechtsfolge aus Gewohnheitsrecht herzuleiten.

bb) Paul Oertmann

Eine ähnliche Auffassung vertrat auch Paul Oertmann. Nach Oertmann gehörte die Frage, ob die Nachfrist bei einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners entbehrlich sein sollte, zu den umstrittensten Fragen des Privatrechts.⁸⁹⁸ Oertmann verneinte dies und hielt die herrschende Lehre insofern für unbegründet. Die Gegenansicht hätte „nicht die mindeste Stütze im Gesetz und widerspricht den Interessen des Schuldners, der durch sie für ein vielleicht unbedachtes Wort auf unverhältnismäßig scharfe Art bestraft würde.“⁸⁹⁹ Auch ließe sich oftmals nicht klären, ob die Erfüllungsverweigerung des Schuldners ernstlich gemeint wäre. Die frühere Praxis zu Artt. 354 ff. ADHGB hielt er zudem nicht auf das BGB übertragbar, da sie sich ausschließlich auf die Sonderverhältnisse des Handelsverkehrs beziehen würde.⁹⁰⁰ Die Einordnung der Erfüllungsverweigerung als Fall der pVV war nach Oertmann ebenso wenig nachzuvollziehen wie die Begründung, dass die Erfüllungsverweigerung einen Verzicht auf die Nachfristsetzung beinhalten sollte.⁹⁰¹

Entgegen Huber hielt er die Rechtsprechung zum ADHGB nicht auf das BGB übertragbar und lehnte auch die Kategorisierung der Erfüllungsverweigerung als pVV ab. Huber erwähnte die abweichende Meinung Oertmanns in einer Fußnote, hielt ihn allerdings durch die Rechtsentwicklung als widerlegt.⁹⁰²

Auch wenn sich das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung in Literatur und Rechtsprechung durchsetzte und Oertmanns Ansicht durch die weitere Entwicklung als überholt gelten darf, ist seine Ansicht doch bedeutsam für Hubers Konzeption des Rechtsinstituts der Erfüllungsverweigerung. Oertmanns Auffassung zeigt exemplarisch, dass früher gegen eine solche rechtliche Behandlung des Rechtsinstituts ernsthafte Bedenken in der Literatur bestanden. Insbesondere kann festgestellt werden, dass in der Frühzeit des BGB das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung keineswegs unumstritten war. Trotz der Rechtsprechung zu Art. 354 ADHGB herrschte in der Literatur vielmehr Unklarheit über die dogmatische Einordnung des Rechtsinstituts. Dies spricht gegen Hubers These von einem

⁸⁹⁸ Oertmann, §326 4 b, S. 205.

⁸⁹⁹ Oertmann, §326 4 b, S. 206.

⁹⁰⁰ Oertmann, §326 4 b, S. 206.

⁹⁰¹ Oertmann, §326 4 b, S. 206.

⁹⁰² Huber, Leistungsstörungen II, §51 2, S. 569 Fn.13.

gewohnheitsrechtlich anerkannten Satz des Privatrechts. Zumindest hätte diese These Hubers jedoch weiterer Begründung und Belege bedurft, warum nach der Ansicht Huber in der Erfüllungsverweigerung ein anerkannter Rechtssatz des Gewohnheitsrechts zu sehen war.

cc) Heinrich Siber

Zwar erfuhr die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen bei H. Siber keine generelle Ablehnung. Jedoch lehnte er es ab, auch ein Rücktrittsrecht oder einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung herzuleiten, sofern sich diese nicht unmittelbar aus §326 I 3 verbunden mit §325 I 2 ergeben würden.⁹⁰³ Nach Siber sollte im Falle der Erfüllungsverweigerung zwar die Mahnung, nicht aber die nach §326 erforderliche Nachfristsetzung entbehrlich sein.⁹⁰⁴ Die Mahnung hätte den Zweck, die Forderung vollfällig zu machen und dem Schuldner seine Verpflichtung aus dem Schuldverhältnis noch einmal vor Augen zu führen. Der Verzug mit der geschuldeten Leistung fiele in die Verantwortlichkeit des Schuldners. Aus diesem Grunde erschien eine Mahnung entbehrlich, sofern der Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtungen ernsthaft und endgültig verweigerte. Die Fristsetzung hingegen hätte zum Zweck, die harten Verzugsfolgen von einem zusätzlichen Korrektiv der Nachfristsetzung abhängig zu machen, um so einen gerechten Ausgleich der jeweiligen Interessenlagen zu ermöglichen.⁹⁰⁵ Durch das Setzen einer Nachfrist sollte dem Schuldner wenigstens ein indirekter Hinweis darauf gegeben werden, dass er bei fortgesetzter Säumnis nicht mehr mit der nachträglichen Erfüllung und dem bloßen Ersatz des Verzögerungsschadens davon kommen würde. Den Einwand, das Setzen einer Nachfrist gestalte sich als bloße Formalität, wollte Siber nicht gelten lassen, da die Nachfrist auch zum Vorteil des Gläubigers gereichen könnte, da es durchaus als möglich erschien, dass der Schuldner seine Meinung noch änderte.⁹⁰⁶

Für Huber spielten derartige Überlegungen keine Rolle. Die Ansicht Sibers wurde lediglich als Gegenmeinung gekennzeichnet, die allerdings Aufschluss über den Meinungsstand in der Literatur während der Frühzeit des BGB geben sollte. Auch bei Siber wird deutlich, dass die rechtliche Behandlung einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners keineswegs aufgrund Gewohnheitsrechts allgemein anerkannt war. Die Auffassung, dass im Falle einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung keine Nachfristsetzung erforderlich sein sollte und der Gläubiger entweder Schadensersatz fordern oder vom Vertrag zurücktreten konnte, setzte

⁹⁰³ Planck-Siber, §326 5c, S. 405 f.

⁹⁰⁴ Planck-Siber, §326 2d, S. 395.

⁹⁰⁵ Planck-Siber, §326 2d, S. 395 f.

⁹⁰⁶ Planck-Siber, §326 2d, S. 396.

sich erst zu einem späteren Zeitpunkt durch. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass bereits während der Gesetzesberatungen diese Rechtsfolgen bereits soweit anerkannt waren, dass sie keiner Erörterung mehr in den Gesetzesmaterialien bedurften. Vielmehr ist von einer Regelungslücke im BGB auszugehen.

dd) Heinrich Stoll

Bei der Einordnung des Rechtsinstituts der positiven Vertragsverletzung in das Haftungssystem des BGB bestanden zwischen Stoll und Huber zahlreiche Gemeinsamkeiten. Da die rechtliche Würdigung der Erfüllungsverweigerung auch maßgeblich von der Einordnung der pVV in die Gesetzesystematik abhängt, kann man sagen, dass Stoll und Huber einen ähnlichen Ausgangspunkt für ihre Erörterungen hatten. Allerdings wird schnell deutlich, dass Stoll bei der Erfüllungsverweigerung zu einem anderen Ergebnis kommt. Dies ist insofern bemerkenswert, da Huber seine Ansicht auf einen allgemein anerkannten Rechtssatz des Gewohnheitsrechts stützt. Deshalb wäre eigentlich zu erwarten gewesen, dass auch Stoll zu einer ähnlichen Auffassung wie Huber gelangte.

Nach Stoll eröffnete jedes Schuldverhältnis eine schuldrechtliche Sonderbeziehung, die den Vertragsparteien regelmäßig die Möglichkeit gab, auf die Rechtsgüter der anderen Partei einzuwirken. Nach dem prägenden Grundsatz von Treu und Glauben wären die Parteien dazu verpflichtet, sich jeder schädigenden Einwirkung auf die Rechtsgüter des Anderen zu enthalten, um so die Gegenpartei vor Schädigungen zu bewahren, die sich aufgrund der schuldrechtlichen Sonderbeziehung ergeben könnten.⁹⁰⁷ Nach Stolls Lehre von der Interessenjurisprudenz war grundsätzlich zwischen dem Leistungsinteresse einerseits und dem aus Treu und Glauben abgeleiteten Schutzinteresse andererseits zu unterscheiden.⁹⁰⁸ Bei einer Erfüllungsverweigerung durch den Schuldner wäre das Schutzinteresse des Gläubigers betroffen.⁹⁰⁹ Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung sollte dann dahingehend unterschieden werden, ob nur eine Interessengefährdung oder ein Interessenwegfall gegeben war. Bei einer bloßen Gefährdung des Schutzinteresses wären die Rechtsfolgen des Rücktritts davon abhängig, ob dem Gläubiger die weitere Durchführung des Vertrages noch zugemutet werden konnte.⁹¹⁰ Nach Stoll konnte bei einer Erfüllungsverweigerung aber nicht zwangsläufig von einem Interessenwegfall des Gläubigers ausgegangen werden. Vielmehr wäre dem §283 der Rechtsgedanke zu entnehmen, dass am Erfordernis einer Nachfristsetzung gerade in einem besonders schwerwiegenden Fall der

⁹⁰⁷ Stoll, AcP 136 (1932), S. 307.

⁹⁰⁸ Stoll, AcP 136 (1932), S. 290.

⁹⁰⁹ Stoll, AcP 136 (1932), S. 307.

⁹¹⁰ Stoll, AcP 136 (1932), S. 301.

Erfüllungsverweigerung festzuhalten war.⁹¹¹ Das Erfüllungsinteresse des Gläubigers wäre gerade vor Eintritt des Verzuges oder der Fälligkeit regelmäßig nicht weggefallen.⁹¹² Damit wollte Stoll auch bei einer endgültigen Erfüllungsverweigerung grundsätzlich am Erfordernis einer Fristsetzung festhalten, wenn der Gläubiger nicht nachweisen konnte, dass infolge der Erfüllungsverweigerung sein Interesse an der Erbringung der Leistung weggefallen war.⁹¹³ Wie auch Huber lehnte Stoll die Anwendung des §325 im Falle einer Erfüllungsweigerung ab.⁹¹⁴

Insgesamt bestehen wenige Gemeinsamkeiten in den Ansichten Stolls und Hubers die Erfüllungsverweigerung des Schuldners betreffend. Entsprechend gering ist damit auch Hubers Beschäftigung mit der Lehre Stolls. Während Stoll die Erfüllungsverweigerung der Kategorie der Schutzpflichtverletzungen zuordnete, wies sie Huber dem Anwendungsbereich der Haftung wegen Nichterfüllung zu. Auch wollte Stoll die Gewährung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Recht auf Rücktritt vom Vertrag weit restriktiver handhaben. In zahlreichen Fällen wären nach Stoll diese Rechtsfolgen erst nach fruchtlosem Verstrecken einer zu setzenden Nachfrist zugestanden worden. Dies zeigt, dass zwar beide vom selben Ausgangspunkt ausgingen, dabei aber unterschiedliche Folgerungen für das geltende Leistungsstörungsrecht zogen. Im Gegensatz zu Huber setzte sich Stoll damit in Widerspruch zur Rechtsprechung des Reichsgerichts.⁹¹⁵

Auch Stolls Ansicht spricht letztlich gegen Hubers These von einem selbstverständlich anerkannten Rechtssatz des Gewohnheitsrechts. Zumindest Stoll, der bei der pVV eine ganz ähnliche Ansicht wie Huber vertrat, hätte zu einem ähnlichen Ergebnis kommen müssen, wenn die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung bei einer Erfüllungsverweigerung von jeher allgemein anerkannt gewesen wäre. Keine Ausführungen finden sich bei Stoll, den Ursprung des Rechtsinstituts der Erfüllungsverweigerung betreffend.

ee) Ernst Rabel

Rabel untersuchte die Erfüllungsverweigerung unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten und vermochte dabei, Parallelen zur Rechtsfigur des anticipatory breach of contract im englischen Recht auszumachen.⁹¹⁶ Zudem versuchte Rabel den Rechtsgrund für die weitreichende Haftung des Schuldners bei einer Erfüllungsverweigerung zu bestimmen. In der Lehre von der pVV hätte die Erfüllungsverweigerung seiner Meinung nach noch kein

⁹¹¹ Stoll, AcP 136 (1932), S. 307.

⁹¹² Stoll, AcP 136 (1932), S. 307.

⁹¹³ Stoll, AcP 136 (1932), S. 307 f.

⁹¹⁴ Stoll, AcP 136 (1932), S. 307 Fn.101.

⁹¹⁵ Stoll, AcP 136 (1932), S. 307.

⁹¹⁶ Rabel, Warenkauf I, §50 3, S. 383 ff.

hinreichendes dogmatisches Fundament gefunden.⁹¹⁷ Als fruchtbar bezeichnete er dabei die frühen Ansätze der Rechtsprechung, nach denen die Erfüllungsverweigerung des Schuldners einen Verzicht auf das Erfordernis der Nachfristsetzung beinhalten würde.⁹¹⁸ Der Schuldner, der die Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag verweigerte, müsste sich „beim Wort nehmen lassen“. Hierbei zog Rabel den Rechtsgedanken des *venire contra factum proprium* heran.⁹¹⁹ Der Schuldner der erst die Erfüllung verweigern würde, würde sich eines widersprüchlichen Verhaltens schuldig machen, wenn er andererseits auf die Einräumung einer Frist bestünde, die ihm nochmals die Möglichkeit zur Erbringung der Leistung einräumen würde. Maßgeblicher Gesichtspunkt bei der Haftung des Schuldners im Falle einer Erfüllungsverweigerung war nach Rabel aber nicht der Verstoß gegen eine Nebenpflicht, die Durchführung des Vertrages nicht zu gefährden oder das Vertrauen in die Beständigkeit der Leistung zu stören. Vielmehr wäre die Verletzung der vertraglichen Hauptpflicht selbst als Haftungsgrund anzusehen. Rabel wollte aus diesem Grund die Fälle der Erfüllungsverweigerung in Analogie zu den §§280, 286, 325, 326 lösen.⁹²⁰

Ähnlich wie Rabel untersuchte auch Huber die Erfüllungsverweigerung unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten. Dabei wurden bei Huber allerdings die Regelungen des Haager Kaufrechts herangezogen. Den Gedanken, dass der Schuldner gegen den Rechtsgrundsatz „*venire contra factum proprium*“ verstoßen würde, wenn er bei einer Erfüllungsverweigerung auf dem Erfordernis einer Nachfristsetzung bestünde, machte sich auch Huber zu eigen. Huber verwies sogar ausdrücklich darauf, dass sich dieser Gedanke erstmals bei Rabel fand.⁹²¹ Gleichermassen wurde zur Begründung der Rechtsgrundsätze die Überlegung herangezogen, dass die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor Fälligkeit einen antizipierten Vertragsbruch enthalte.⁹²² Wie auch Rabel sah Huber nicht in der Verletzung einer vertraglichen Neben- oder Treuepflicht den Haftungsgrund bei der Erfüllungsverweigerung, sondern in der Verletzung der vertraglichen Haupflicht selbst. Insofern kann festgehalten werden, dass in der Begründung Parallelen zwischen Rabel und Huber zu finden sind, auch wenn Rabel im Gegensatz zu Huber die Fälle Erfüllungsverweigerung durch eine analoge Anwendung der §§280, 286, 325, 326 lösen wollte.

ff) Horst Heinrich Jakobs

⁹¹⁷ Rabel, Warenkauf I, §50 3, S. 386.

⁹¹⁸ Rabel, Warenkauf I, §50 3, S. 385 f.

⁹¹⁹ Rabel, Warenkauf I §50 3, S. 386.

⁹²⁰ Rabel Warenkauf I, §24 4, S. 162; Dölle-Leser, Art 76 Rn.12.

⁹²¹ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 1, S. 576.

⁹²² Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 1, S. 576 f.

Im Laufe der vorangegangenen Untersuchungen wurde immer wieder der besondere Einfluss von H. H. Jakobs auf Ulrich Huber deutlich. Oftmals war ihnen zumindest die rechtliche Ausgangsposition gemeinsam. Auch bei der Erfüllungsverweigerung lässt sich dieser Einfluss nachweisen, auch wenn Huber erneut andere rechtliche Schlüsse zieht als Jakobs. Wie auch Huber ging H. H. Jakobs davon aus, dass der Gläubiger im Falle einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung berechtigt sein sollte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten.⁹²³ Anders als Huber wollte er diese Rechtsfolgen aber nicht aus §326 in entsprechender Anwendung herleiten, sondern die §§ 280, 325 analog heranziehen.⁹²⁴ Dabei fasste er die Erfüllungsweigerung aber ebenso wenig als Unterfall einer Unmöglichkeit der Leistung auf wie als Kategorie der pVV.⁹²⁵ Im Gegensatz zur herrschenden Lehre wollte Jakobs in der Erfüllungsverweigerung des Schuldners gerade keinen Fall einer Forderungs- oder Pflichtverletzung erblicken.⁹²⁶ Die Konstruktion einer neben der Erfüllungspflicht bestehenden Nebenpflicht, die Leistung nicht zu verweigern, lehnte er in gleicher Weise ab.⁹²⁷ Grundlage des Schadensersatzanspruches war somit auch bei Jakobs die Nichterfüllung der Verbindlichkeit selbst, auf die sich auch das Verschulden des Schuldners beziehen musste. Dementsprechend war die Erfüllungsverweigerung des Schuldners nur einer der besonderen Gründe, unter denen es dem Gläubiger möglich sein sollte, anstelle seines Erfüllungsanspruchs einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend zu machen.⁹²⁸ Hierzu stellte er auf die in den §§280, 325 enthaltene Wertung ab, nach der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur gefordert werden könnte, wenn die Nichterfüllung der Verbindlichkeit als feststehend galt.⁹²⁹ Verweigerte der Schuldner die ihm mögliche Leistung endgültig, so bestünde kein Zweifel daran, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht mehr erfolgen würde. Die Heranziehung des §326 in analoger Anwendung, wie es auch Huber vorgeschlagen hatte, war nach Jakobs zwar nicht falsch, in der Sache aber verfehlt, da es in den Fällen der Erfüllungsverweigerung gerade nicht auf das Setzen einer Nachfrist ankäme. Der Rechtsgedanke, dass zum Schutze des Schuldners nur dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden konnte, wenn die Nichterbringung der Leistung als feststehend galt, kam jedoch nach Jakobs auch in §326 zum Ausdruck.⁹³⁰ Bezuglich der Rechtsfolgen wäre eine Unterscheidung zwischen

⁹²³ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 47 f.

⁹²⁴ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 51.

⁹²⁵ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 47.

⁹²⁶ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 51.

⁹²⁷ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 47 ff.

⁹²⁸ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 48 ff.

⁹²⁹ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 49.

⁹³⁰ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 51 ff.

Erfüllungsverweigerung vor bzw. nach Eintritt der Fälligkeit nicht angezeigt. Vor dem Eintritt der Fälligkeit wäre das Nichtbewirken der Leistung zwar noch nicht als die Verletzung der Pflicht, die Leistung zu bewirken, anzusehen.⁹³¹ Der Gläubiger wäre aber dennoch berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten, da ohnehin nur der Schaden ersetzbar wäre, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung im Zeitpunkt der Fälligkeit entstünde. Allerdings stellte Jakobs strengere Anforderungen an die tatbestandlichen Voraussetzungen der Erfüllungsverweigerung, als dies Rechtsprechung und herrschende Lehre taten. Nach Jakobs war eine Erfüllungsverweigerung nur dann als endgültig anzusehen, wenn feststand, dass der Schuldner nicht innerhalb einer Nachfrist und auch nicht nach rechtsgültiger Verurteilung nicht leisten würde.⁹³²

Die gemeinsamen Schnittmengen in den Ansichten Hubers und Jakobs' zur Erfüllungsverweigerungen erscheinen zunächst als gering. Legt man die von Huber in den „Leistungsstörungen“ vertretene Ansicht zur Erfüllungsverweigerung zugrunde, so beschränken sich die Gemeinsamkeiten im Grunde auf den Umstand, dass beide in der (antizipierten) Nichterfüllung der Verbindlichkeit den Haftungsgrund erblicken wollten.⁹³³ Deutliche Überschneidungen werden hingegen sichtbar, wenn man Hubers frühere Darstellungen der Erfüllungsverweigerung heranzieht. Wie auch Jakobs lehnte Huber es ab, im Zusammenhang mit der Erfüllungsverweigerung von einer Pflichtverletzung des Schuldners zu sprechen.⁹³⁴ Für beide war die Erfüllungsweigerung des Schuldners eben nur einer der besonderen Gründe, die den Gläubiger berechtigen sollten, statt Erfüllung Schadensersatz zu fordern.⁹³⁵ Beide kamen übereinstimmend zu dem Schluss, dass es der Konstruktion einer neben der Hauptleistungspflicht bestehenden Nebenpflicht im Falle der Erfüllungsverweigerung nicht bedurfte, um eine Haftung des Schuldners zu begründen.⁹³⁶ Im Gegensatz zu Huber wollte Jakobs die Rechtsfolgen den §§280, 325 analog entnehmen, was jedoch in der Praxis keinen relevanten Unterschied bedeutete, da auch Jakobs die Erfüllungsverweigerung nicht als Fall der Unmöglichkeit begriff. Im Gegensatz zu Huber argumentierte Jakobs gerade mit den Gesetzesmaterialien, denen er den Grundsatz entnahm, dass der Gläubiger nur dann zur Forderung des Interesses berechtigt sein sollte, wenn die Nichterfüllung durch den Schuldner als feststehend galt.⁹³⁷ Auch hielt Huber im Gegensatz zu

⁹³¹ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 52.

⁹³² Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 53; vgl. dazu auch Wertenbruch, AcP 193 (1993), S. 194.

⁹³³ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 52; vgl. dazu auch Huber, FS v. Caemmerer, S. 858; ähnlich bereits Leser, Festschrift Rheinstein II, S. 653; Esser, Schuldrecht I 2 §28 2c, S. 120.

⁹³⁴ Huber, FS v. Caemmerer, S. 858; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 51.

⁹³⁵ Huber, FS v. Caemmerer, S. 858; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 54.

⁹³⁶ Huber, FS v. Caemmerer, S. 858; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 54.

⁹³⁷ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 49 unter Hinweis auf Protokolle, S. 609.

Jakobs eine Ergänzung der Haftungstatbestände des BGB durch eine Generalklausel für erforderlich.⁹³⁸ Auffällig ist, dass Huber der Monographie Jakobs' einen großen Stellenwert einräumte, um einmal mehr auf die abweichende Meinung Jakobs' aufmerksam zu machen. In seinen Leistungsstörungen berief sich Huber nicht mehr in diesem Maße auf Jakobs, zumal dieser eine andere Auffassung bezüglich der positiven Vertragsverletzungen vertrat, die eine andere Behandlung des Rechtsinstituts der Erfüllungsverweigerung erforderlich machte.

gg) Fazit

Insgesamt ist Hubers Darstellung der Erfüllungsverweigerung nur in einem geringen Maße an den Literaturansichten ausgerichtet. Lediglich bei Rabel finden sich einige Gemeinsamkeiten. Insbesondere die vielfach vertretenen Gegenansichten in der Anfangszeit des BGB finden bei Huber kaum Beachtung. So wurde oftmals die Auffassung vertreten, eine Nachfrist wäre im Falle einer Erfüllungsverweigerung gerade nicht entbehrlich oder die Rechtsbehelfe des §326 I 2 sollten dem Gläubiger nicht schon bei einer bloßen Erfüllungsverweigerung zustehen. Zwar gelten alle diese Ansichten zu Recht als überholt. Sie sind aber insofern von Bedeutung, als die zahlreichen Gegenansichten in der Literatur gegen die Theorie sprechen, die Erfüllungsverweigerung wäre schon in der Frühzeit des BGB als Rechtsgrundsatz des Gewohnheitsrechts allgemein anerkannt gewesen.

Auch sieht Huber keinen Widerspruch zwischen seiner Einordnung und der Ansicht der herrschenden Lehre. Richtig daran ist, dass zumindest die rechtlichen Wirkungen der Erfüllungsverweigerung in der Literatur weitgehend umstritten waren und insofern auch kein Widerspruch zu den meisten Literaturansichten bestand. Indem Huber der Erfüllungsverweigerung das „Etikett“ der positiven Vertragsverletzungen zuweisen wollte, weil diese weder Unmöglichkeit noch Verzug darstellte, besteht auch auf den zweiten Blick weitgehende Übereinstimmung. Jedoch ist die Ausgangsposition eine andere. Während das überwiegende Schrifttum die pVV als ein gewohnheitsrechtlich verfestigtes Rechtsinstitut begriff, das eine Lücke im BGB schließen sollte, verneinte Huber diese Regelungslücke im BGB und ordnete die Fälle der pVV dem §276 zu. Unter diesen konnten die Fälle der Erfüllungsverweigerung aber gerade nicht gefasst werden.

e) Systematische Überlegungen und Wortlautargumente

Während Huber in früheren Darstellungen die Erfüllungsweigerung dem Anwendungsbereich der positiven Vertragsverletzungen zurechnete, relativierte er diese Aussage später in seinen

⁹³⁸ Huber, FS v. Caemmerer, S. 858 f.

„Leistungsstörungen“.⁹³⁹ Dabei ging Huber insbesondere auf das Verhältnis von Unmöglichkeit und Verzug zum Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung ein.⁹⁴⁰ Hierbei spielte auch Hubers Auslegung des §276 eine bedeutsame Rolle. Huber verwies zunächst darauf, dass die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung weder unter die Vorschriften des Verzugs noch unter die Unmöglichkeitsregelungen subsumiert werden konnte. Ein Fall des Verzugs läge schon allein deshalb nicht vor, weil die Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung, Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, anerkanntermaßen unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Verzugs und dem Setzen einer Nachfrist gewährt werden würden.⁹⁴¹ Zudem erschien es für die Erfüllungsverweigerung geradezu als charakteristisch, dass ein Fall des Nicht-Leisten-Wollens und nicht des Nicht-Leisten-Könnens gegeben wäre, so dass auch von einer Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rede sein könnte. Zugleich betonte Huber aber die Nähe des Rechtsinstituts zur zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung. Kennzeichnendes Merkmal wäre in beiden Fällen, dass eine Nachfristsetzung durch den Gläubiger angesichts der faktischen Gegebenheiten als sinnlos erscheine.⁹⁴² Im Gegensatz zur Unmöglichkeit der Leistung, bei der ein objektives Hindernis vorläge, wäre im Fall der Erfüllungsverweigerung gerade ein subjektives Verhalten des Gläubigers als Grund für die Nichterfüllung anzusehen.⁹⁴³ Dieser Unterschied rechtfertigte seiner Meinung nach auch eine unterschiedliche rechtliche Behandlung, so dass es nicht als möglich erschien, die Regelung des §325 im Fall der Erfüllungsweigerung zur Anwendung zu bringen.⁹⁴⁴ Die Einordnung der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung in das gesetzliche System des Leistungsstörungsrechts ist für Huber insofern bedeutsam, als er die positive Vertragsverletzung dem gesetzlich normierten Anwendungsbereich der Regelung des §276 zuweisen wollte. Wie Huber aber selbst betonte, konnte es keinem Zweifel unterliegen, dass mit dem Terminus „vertreten müssen“ in §276 die Haftung des Schuldners auf Schadensersatz gemeint war.⁹⁴⁵ Wie bereits ausgeführt, war es in ständiger Rechtsprechung und in der Literatur aber anerkannt, dass dem Gläubiger im Falle einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners gleichsam ein Rücktrittsrecht analog §326 zustehen musste. Dieses war jedoch nicht ohne weiteres aus §276 abzuleiten, da insofern der eindeutige Wortlaut der Norm

⁹³⁹ Vgl. Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 1, 2, S. 574 ff.; vgl. dazu die Darstellungen unter Gliederungspunkt C. Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen.

⁹⁴⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 2, S. 577 ff.

⁹⁴¹ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 2, S. 577 f.

⁹⁴² Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 2, S. 578; vgl. hierzu auch die ähnliche Argumentation von H.H.Jakobs, in Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S.49 ff.

⁹⁴³ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 2, S. 580.

⁹⁴⁴ Huber, Leistungsstörungen II, §51 II 2, S. 580 f.

⁹⁴⁵ Huber, Leistungsstörungen I, § 3 II 2, S. 79.

entgegenstand. Auch Huber bestreit nicht, dass dem Gläubiger im Fall einer Erfüllungsweigerung mit einem Schadensersatzanspruch alleine nicht gedient war. Aufgrund der späteren Zuordnung der Fälle der pVV zur Norm des §276 erklärt sich Hubers Meinungswandel bezüglich der systematischen Einordnung der Erfüllungsweigerung. Aus diesem Grund wollte Huber - entgegen früheren Darstellungen - die Erfüllungsweigerung nicht mehr als Unterfall der positiven Vertragsverletzung begreifen. Vielmehr betonte Huber die eigenständige Struktur des Rechtsinstituts der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung und verwies auf deren Stellung als anerkannte Regel des Gewohnheitsrechts.⁹⁴⁶ Zu seinen früheren Ausführungen setzte sich Huber dennoch nicht in Widerspruch. Er gestand durchaus zu, dass die Einordnung der Erfüllungsweigerung als Kategorie der pVV, von einem gewissen Standpunkt aus betrachtet, durchaus zutreffend sein konnte. An der Einordnung der Erfüllungsweigerung als Kategorie der positiven Vertragsverletzung wäre nur soviel richtig, als in diesem Fall gerade keine Unmöglichkeit gegeben wäre und auch kein Fall des Verzugs vorliegen würde.⁹⁴⁷ Nach Huber war unter dem Begriff der pVV dann auch nur das „juristische Etikett“ für eine selbstständige Kategorie der Leistungsstörung zu sehen. Letztlich stellte die Erfüllungsweigerung nach Huber damit einen eigenen Typ der Vertragsverletzung dar, der nach einer gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsregel zu lösen war. Die Betonung der selbstständigen Struktur der Erfüllungsverweigerung als Gewohnheitsrecht ermöglichte ihm, die Fälle der pVV unter §276 zu subsumieren, ohne dass dadurch eine Lücke im Gesetz hinsichtlich der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung entstanden wäre.

f) Internationale Bestimmungen und Rechtsvergleichung

In seinem Artikel „Vertragsverletzungen nach Einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht“ wollte Huber nur noch zwischen zwei Kategorien der Vertragsverletzung unterscheiden.⁹⁴⁸ Zum einen der Nichteinhaltung der Verbindlichkeit und zum anderen der Verletzung von Schutzpflichten. Diese Konzeption Hubers lehnte sich stark an das Vorbild des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) vom 17.07. 1973 an.⁹⁴⁹ Auch das Haager Kaufrecht ging von einem einheitlichen Grundtatbestand der Nichteinhaltung aus, nach dem der Schuldner grundsätzlich für jede schuldhafte Pflichtverletzung einstehen musste (Art. 74, 75 EKG bzw. Art. 10, 82, 83 EKG).⁹⁵⁰ Die

⁹⁴⁶ Huber, Leistungsstörungen II, §51 2, S. 577 ff.

⁹⁴⁷ Huber, Leistungsstörungen II, §51 2, S. 580.

⁹⁴⁸ Vgl. Huber, FS v. Caemmerer, S. 869.

⁹⁴⁹ BGB I. 1973 I 856.

⁹⁵⁰ Dölle-Huber, Art.10 Rn.1; Huber, FS v. Caemmerer, S. 837 ff.

schuldhafte Verletzung von Vertragspflichten hatte dabei grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung zufolge, sofern nicht Aufhebung des Vertrages verlangt werden konnte. Wurde der Vertrag in Folge der Pflichtverletzung nicht aufgehoben, so konnte der Gläubiger gemäß Art. 82 EKG Schadensersatz für den durch die Vertragsverletzung entstandenen Schaden verlangen, der auch den entgangenen Gewinn umfasste. Schadensersatz wegen Nichterfüllung an Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung wurde jedoch nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen gewährt. So konnte nach Artt. 84-87 EKG die Gegenpartei Aufhebung des Vertrages erklären und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die Frage, ob Aufhebung des Vertrages verlangt werden konnte, richtete sich dabei nach der Schwere der Vertragsverletzung, da nicht jede schuldhafte Vertragsverletzung zur Aufhebung des Vertrages berechtigen sollte.⁹⁵¹ Die Vertragsverletzung musste sich als wesentliche Vertragsverletzung darstellen (Art. 10 EKG). War beispielsweise eine wesentliche Vertragsverletzung in dem Umstand zu sehen, dass die Lieferung der Kaufsache nicht in dem festgesetzten Zeitpunkt erfolgte, so konnte der Gläubiger der Leistung auf der Erfüllung des Vertrages bestehen oder die Aufhebung des Vertrages erklären, sofern eine angemessene Frist gesetzt wurde und der Schuldner nicht innerhalb dieser Frist die Leistung bewirkte (Art. 26 EKG). Nach Art. 76 EKG war die Nachfristsetzung entbehrlich, wenn der Verkäufer schon vorher die Erfüllung endgültig verweigert hatte.⁹⁵²

Die Erfüllungsverweigerung sollte in dieser Konstellation nur einer derjenigen Gründe sein, in denen sich die Vertragsverletzung als so wesentlich darstellte, dass der Gläubiger berechtigt sein sollte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Gesetzlichen Niederschlag fand dieser Gedanke in Art. 76 EKG, nach dem die Aufhebung des Vertrages dann erklärt werden konnte, wenn zu einem vor der Erfüllung festgesetzten Zeitpunkt offensichtlich war, dass eine Vertragspartei eine wesentliche Vertragsverletzung (Art. 10 EKG) begehen würde. Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch war damit das Bevorstehen einer wesentlichen Vertragsverletzung, die auch in einer Erfüllungsverweigerung liegen konnte.⁹⁵³ Die Regelung des Art. 76 EKG gewährte damit einen präventiven Schutz für antizipierte Vertragsverletzungen.

Hinweise auf die rechtsvergleichende Arbeitsweise Hubers finden sich auch in den „Leistungsstörungen.“ Hier wies Huber auf die Bestimmungen des, dem Haager Kaufrecht nachfolgenden, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den

⁹⁵¹ Dölle-Leser, Art. 76 Rn. 17.

⁹⁵² Dölle-Huber, Art. 26 Rn. 38.

⁹⁵³ Dölle-Leser, Art. 76 Rn. 15.

internationalen Warenkauf (CISG) hin.⁹⁵⁴ Auch im CISG stellte die Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine wesentliche Vertragsverletzung dar.⁹⁵⁵ Das einheitliche Kaufrecht räumte dem Gläubiger im Falle, dass schon vor dem für die Erfüllung festgesetzten Zeitpunkt offensichtlich war, dass der Schuldner eine wesentliche Vertragsverletzung begehen würde, das Recht ein, die Vertragsaufhebung zu erklären und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (Art. 72 Abs. 1, 3 CISG).⁹⁵⁶ Unter diese antizipierte Vertragsverletzung fiel auch die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Der Grundsatz, dass dem Gläubiger im Falle einer Erfüllungsverweigerung das Recht zustehen sollte, sich vom Vertrag zu lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, sollte dabei erst recht gelten, wenn die Erfüllungsverweigerung erst nach Fälligkeit der Leistung abgegeben wurde. In diesem Falle würde sie nämlich eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG darstellen.⁹⁵⁷

Weiterhin verwies Huber auf die Unidroit Principles und die Principles of European Contract Law, die die Regelungen des Einheitlichen Kaufrechts übernommen hätten.

Hubers erklärtes Ziel war eine Anpassung des deutschen Leistungsstörungsrechts an die internationalen Bestimmungen des Einheitlichen Kaufrechts.⁹⁵⁸

Die Ausrichtung von Hubers Schuldrechtsdogmatik am System des Einheitlichen Kaufrechts ist dann auch unübersehbar. Huber ging nicht nur von einem Grundtatbestand der Nichterfüllung im BGB aus, sondern erblickte in der Erfüllungsverweigerung nur einen der besonderen Gründe, in denen der Gläubiger Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte. Als Haftungsgrund war nach Huber sowohl im BGB wie auch im einheitlichen Kaufrecht die Verletzung einer vertraglichen Hauptpflicht anzusehen. Nicht hingegen, wie es in der Literatur angenommen wurde, die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht. Weiterhin war auch Huber der Ansicht, dass die Erfüllungsverweigerung einen antizipierten Vertragsbruch des Schuldners darstellen würde.⁹⁵⁹ Dieser Rechtsgedanke spiegelte die Lehre vom anticipatory breach of contract im Common Law wieder.⁹⁶⁰

In seinem Gutachten befürwortete Huber die Angleichung des deutschen Leistungsstörungsrechts an die Bestimmungen des Haager Kaufrechts und übernahm dessen

⁹⁵⁴ BGBI. 1989 II 586 ff.

⁹⁵⁵ Freiburg, S. 80 f.; Honsell/Schnyder/Straub, Art. 49 Rn.26; Jan, S. 95.

⁹⁵⁶ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 569 f.

⁹⁵⁷ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 569 f.

⁹⁵⁸ Huber, FS v. Caemmerer, S. 859 ff.

⁹⁵⁹ Huber, FS v. Caemmerer, S. 858; so auch Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 52 ff.

⁹⁶⁰ Huber, Leistungsstörungen II, §51 I 2, S. 569 Fn.18.

Haftungskonzept in sein Gutachten.⁹⁶¹ Jahre später distanzierte er sich von seinem Gutachten. Dieses wäre seiner Aussage zufolge in weiten Teilen „vollkommen veraltet“ und, sofern der Entwurf der Schuldrechtsreform darauf beruhe, auch.⁹⁶²

4) Fazit

Das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung wurde in der neueren Literatur meist nur am Rande behandelt und im Allgemeinen dem Anwendungsbereich der positiven Vertragsverletzung zugeordnet. Die geringe Beschäftigung mit dem Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung lag maßgeblich darin begründet, dass in der Literatur zumindest über die Rechtsfolgen weitgehende Einigkeit bestand und der Grundsatz, nach dem der Gläubiger im Falle einer Erfüllungsverweigerung ohne Setzen einer Nachfrist die Rechtsfolgen des §326 geltend machen konnte, weitgehend unumstritten war. Uneinigkeit bestand hingegen über die richtige dogmatische Einordnung des Rechtsinstituts. Huber berief sich auf einen anerkannten Rechtsgrundsatz des Gewohnheitsrechts, ordnete die Erfüllungsverweigerung gleichzeitig aber dem Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung zu, das er aber im weitesten Sinne verstanden haben wollte. Allerdings stellte er immer wieder die unabhängige Stellung des Rechtsinstituts als Rechtssatz des Gewohnheitsrechts heraus, welches den Grund für seine Geltung in sich selbst tragen würde.

Hubers Berufung auf Gewohnheitsrecht ist bedenklich. Zweifel begegnet schon die Frage, ob die rechtliche Behandlung der Erfüllungsverweigerung in Literatur und Rechtsprechung ausreichen, um von Gewohnheitsrecht sprechen zu können. Zwar verwies Huber zu Recht auf den historischen Ursprung der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung.

Zutreffend ist auch seine Erklärung hinsichtlich der fehlenden Beschäftigung mit dem Rechtsinstitut im gemeinen Recht. Jedoch zeigt insbesondere der Blick auf die frühe Literatur zum BGB, dass das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung, wenigstens kurz nach Einführung des BGB, keineswegs allgemein anerkannt war. Vielmehr setzte es sich erst später, nicht zuletzt durch die Behandlung durch die Rechtsprechung, allgemein durch. Wie gezeigt wurde, existierten in der Literatur zahlreiche gegensätzliche Standpunkte, auf die Huber in einer Fußnote auch kurz hinwies.⁹⁶³ Der Umstand, dass diese Meinungsstreitigkeiten nach Huber längst überwunden waren und die gegensätzlichen Standpunkte zugunsten einer durchgehenden Anwendung des oben beschriebenen Grundsatzes aufgegeben wurden, vermag

⁹⁶¹ Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 46; allerdings für die geplante Aufhebung der Unterscheidung zwischen anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernissen.

⁹⁶² Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 46.

⁹⁶³ Huber, Leistungsstörungen II, §51 1 2, S. 569 Fn. 13.

nicht darüber hinwegzutäuschen, dass dieser Rechtssatz gerade in der Anfangszeit des BGB keineswegs unumstritten war.⁹⁶⁴ Auch die Gesetzesmaterialien sprechen eher gegen die These, dass die Gesetzesverfasser von jeher von der Geltung des Rechtssatzes kraft Gewohnheitsrecht ausgegangen waren. Es wäre nur schwerlich zu erklären, warum der historische Gesetzgeber es unterlassen hatte, sich mit der Problematik der Erfüllungsverweigerung auseinander zu setzen, wenn in §276 eine auf Schadensersatz gerichtete Anspruchsgrundlage zu sehen gewesen wäre. Da sich ein mögliches Rücktrittsrecht gerade nicht aus §276 ergeben konnte, wäre ein Hinweis auf das „gewohnheitlich anerkannte“ Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung zu erwarten gewesen, zumal es in der Literatur durchaus umstritten war und ein Vorbild im gemeinen Recht nicht existierte. In den Gesetzesmaterialien fehlt ein Hinweis auf das Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung aber gänzlich. Auch der Umstand, dass die Rechtsprechung die Fälle der Erfüllungsverweigerung nach den Grundsätzen von Staubs positiver Vertragsverletzung lösen wollte, zeigt, dass auch das Reichsgericht die Erfüllungsverweigerung dogmatisch nicht richtig einzuordnen vermochte. Allerdings ließ sich kurz nach Einführung des BGB wohl noch kein Konsens über die rechtliche Würdigung des Rechtsinstituts herbeiführen.

Festzustellen ist, dass allein der Verweis auf das historische Vorbild der Artt. 354 ff. ADHGB nicht ausreicht, um Hubers These von einem anerkannten Rechtssatz des Gewohnheitsrechts zu stützen. Vielmehr erscheint in Zusammenschau mit Hubers Auslegung des §276 die rechtliche Behandlung des Rechtsinstituts der Erfüllungsverweigerung als Schwachpunkt in Hubers Darstellung. Der Grund ist darin zu sehen, dass Huber die Fälle der positiven Vertragsverletzung dem Anwendungsbereich des §276 zuweisen wollte. Dieser konnte jedoch allenfalls einen Anspruch auf Schadensersatz gewähren, nicht aber ein Rücktrittsrecht. Dieses wurde bei der Erfüllungsverweigerung aber allgemein für notwendig erachtet. In Hubers System des Leistungsstörungsrechts wäre bei der Erfüllungsverweigerung also eine Regelungslücke entstanden. Ähnlich wie das Reichsgericht sah sich Huber gezwungen, diese zu schließen. Während das Reichsgericht dafür die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung heranziehen wollte, vermied Huber diesen Schritt. Die Berufung auf Gewohnheitsrecht ermöglichte es ihm, diese Lücke zu schließen, ohne sich mit seinen vorhergehenden Darstellungen in Widerspruch zu setzen. Auffällig daran ist, dass Huber einen Widerspruch zu dem Standpunkt der Rechtsprechung erneut vermeiden wollte, indem er zugestand, dass die Einordnung der Erfüllungsverweigerung als Unterfall der pVV von einem gewissen Standpunkt aus durchaus richtig war. Gegenüber der Ansicht des Reichsgerichts

⁹⁶⁴ Huber, Leistungsstörungen II, §51 1 2, S. 569.

erscheint Hubers dogmatische Einordnung des Rechtsinstituts als Rechtssatz des Gewohnheitsrechts auf den ersten Blick als die konsequenteren Lösung, da er ohne die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung auskommt. Dem steht jedoch entgegen, dass zumindest in der Anfangszeit des BGB von Gewohnheitsrecht noch keine Rede sein konnte.

D. Ergebnis

Ulrich Huber hat am Anfang seiner „Leistungsstörungen“ vom Leser die Bereitschaft gefordert, sich gedanklich in den Gesetzgeber hineinzuversetzen.⁹⁶⁵

Die Untersuchung der Arbeitsweise von Ulrich Huber hat gezeigt, dass dieser Satz bei ihm selbst Programm ist. Stets ist er darum bemüht, sich in den Gesetzgeber hineinzudenken und dessen Gedankengänge nachzuvollziehen. Huber hat den Versuch unternommen, die Entwicklung nachzuzeichnen, die das Leistungsstörungsrecht über die Jahre genommen hat. Hält man sich die eingangs gestellte Frage vor Augen, was kennzeichnend für die Arbeitsweise von Ulrich Hubers ist, so ist auf seine Argumentationsstruktur zu verweisen, die rechthistorische Argumente in den Vordergrund stellt. Huber ist darum bemüht, das Leistungsstörungsrecht des BGB als eine historisch gewachsene Materie darzustellen, obgleich die Schilderung rechtsgeschichtlicher Zusammenhänge nicht das Hauptanliegen des Werks ist. Dennoch erfolgt bei Huber stets ein vergleichender Blick auf den Rechtszustand vor Inkrafttreten des BGB oder die Gesetzesmaterialien, die oftmals den Ausgangspunkt seiner Darstellung bilden. Allgemein wurden die Bestrebungen Hubers ersichtlich, seine Ausführungen in einen rechtsgeschichtlichen Kontext einzubinden. Beispiele finden sich bei der Darstellung der positiven Vertragsverletzungen oder der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung. Festzustellen ist daher, dass die historische Auslegung ein charakteristisches Merkmal von Hubers Arbeitsweise darstellt.

Zu beantworten galt es darüber hinaus die Frage, was Ulrich Huber selbst unter historischer Auslegung versteht. Hierbei konnte festgestellt werden, dass sich Huber sowohl der dogmengeschichtlichen wie auch der genetischen Auslegung bedient. Beispiele für die genetische Auslegung, die nach dem Sinn der Norm nach dem Willen des Gesetzgebers fragt, finden sich an einer Vielzahl von Stellen. Gerade Hubers Ausführungen zur positiven Vertragsverletzung sind geprägt von der Überlegung, wie der historische Gesetzgeber §224 I 2 E1 fassen wollte. Gleiches gilt für die Frage, ob der historische Gesetzgeber die perpetuatio obligationis im Gesetz verankern wollte. Nicht nur an dieser Stelle nimmt Huber eine umfassende Untersuchung der Gesetzesmaterialien vor. Die Frage der Verbindlichkeit der Gesetzesmaterialien für die Auslegung der gesetzlichen Vorschriften stellt sich für Huber nicht. Er war der Auffassung, dass die Untersuchung der Gesetzesmaterialien für das

⁹⁶⁵ Huber, Leistungsstörungen I, S.VI.

Verständnis des Leistungsstörungsrechts zwingend erforderlich war. Festzuhalten ist aber auch, dass die Gesetzesmaterialien, auch wenn sie für Huber verbindlich sein mögen, eine Vielzahl von Interpretationsmöglichkeiten offenlassen. Auch dieser bedient sich Huber, wenn es darum ging, eine Stütze im Gesetz für die eigene Sicht der Dinge zu finden. So stand es beispielsweise für Huber fest, dass der historische Gesetzgeber keine sachliche Änderung mit der Umformulierung des §224 I 2 E1 bezweckte, eine Auslegung die in dieser Weise wohl nicht zutrifft.

Hubers Blick gilt auch dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des BGBs. Oftmals zieht er das gemeine Recht oder Partikularrecht heran, um seine Auslegung des BGBs dogmengeschichtlich zu belegen. Dies wird insbesondere am Beispiel der Erfüllungsverweigerung deutlich. Hier stellt Huber in der Hauptsache auf die Vorschrift des Art. 354 ADHGB ab, der nach Sinn und Zweck dem Rechtsinstitut der Erfüllungsverweigerung vorausging. Auch die Verankerung der *perpetuatio obligationis* im BGB führt Huber auf das Vorbild des gemeinen Rechts zurück.

Um zu verstehen, welche Aufgabe der historischen Auslegung in Hubers Werk zukommt, war es erforderlich auf Hubers Einschätzung der Leistung des historischen Gesetzgebers einzugehen. Widersprüche, Unklarheiten und angebliche Lücken im BGB führte Huber auf ein falsches Verständnis des Systems des Leistungsstörungsrechts zurück. Diese Missverständnisse galt es seiner Meinung aufzuklären. Wie er es bereits in der Einleitung der „Leistungsstörungen“ angekündigt hatte, war Mittel der Wahl dabei eine Untersuchung der rechtsgeschichtlichen Ursprünge des BGBs. Dies erklärt sich aus der Überzeugung heraus, dass das BGB ohne dieses Wissen nicht verstehen konnte. Diesen Ansatz hielt Ulrich Huber in seinem Werk konsequent durch und war aus diesem Grunde stets bestrebt, die historischen Ursprünge der gesetzlichen Regelungen darzustellen, da er sich davon Aufschlüsse für das geltende Recht erhoffte. Die historische Auslegung bildet mitunter die Hauptstützen seiner Argumentation.

Die Untersuchung der Arbeitsweise Hubers hat gezeigt, auf welche Quellen und Autoren sich Huber überwiegend beruft. Es sind in erster Linie die Gesetzesmaterialien die Huber heranzieht, um seine Ergebnisse zu begründen. Es ist ein fester Bestandteil von Hubers Arbeitsweise die Entstehungsgeschichte einer Norm zu untersuchen. Selbst wenn die Gesetzesmaterialien keinen Aufschluss darüber zu geben vermögen, was die Intention des Gesetzgebers gewesen sein könnte, findet sich bei Huber eine eingehende Untersuchung. Wie bereits erwähnt kommt dabei allerdings oftmals zu kurz, dass die Gesetzesmaterialien

verschiedene Schlussfolgerungen zulassen. Diese Tatsache verschweigt Huber, wenn er die eigene Ansicht als einzige richtige Auslegung darstellt.

Daneben schenkt Huber den Autoren des gemeinen Rechts besondere Beachtung.

Insbesondere die Werke Windscheids und Mommsen werden bei Huber einer genauen Betrachtung unterzogen. Huber erachtet die Argumente von Windscheid und Mommsen nicht nur für das gemeine Recht, sondern auch für das Leistungsstörungsrecht des BGB als stichhaltig. Hervorzuheben ist die besondere Stellung von Friedrich Mommsen bei Ulrich Huber. Zwischen den Positionen Hubers und Mommsens finden sich zahlreiche Gemeinsamkeiten. Teilweise versucht Huber sogar die Ansicht Mommsens deckungsgleich auf das BGB zu übertragen. Dies wird insbesondere bei der Bestimmung des Verhältnisses von Unmöglichkeit und Verzug deutlich. Offensichtliche Übereinstimmungen lassen sich auch bei der Einordnung der vorübergehenden Unmöglichkeit in das System des Leistungsstörungsrechts nachweisen.

Huber beschränkt sich jedoch nicht darauf, die Lehre Mommsens nur zusammenfassend wiederzugeben. Vielmehr nimmt Huber eine eigene Deutung der Lehre Mommsens vor, die an vielen Stellen von der bisherigen Einordnung des Werks abweicht. Als Beispiel sei nur die Frage der Culpa-Haftung im BGB genannt. Während die überwiegende Zahl der Autoren davon ausging, dass Mommsen die Fälle der positiven Vertragsverletzung unter einen weiten Unmöglichkeitsbegriff gefasst hätte, geht Huber von der selbstverständlichen Geltung der Culpa-Haftung in der Lehre Mommsens aus. Allerdings erweist es sich oftmals als schwierig, eine Bewertung der Lehre Mommsens vorzunehmen. Mit seinen schwierigen Differenzierungen und theoretischen Ausführungen bietet das Werk Mommsens viele Interpretations- und Bewertungsmöglichkeiten. In Literatur und Rechtsprechung wurde Mommsen deshalb auch oft in unterschiedlicher Weise vereinnahmt. Vertreter der unterschiedlichsten Auffassungen berufen sich in gleicher Weise auf das Werk Friedrich Mommsens. Der Grund für die ausgiebige Beschäftigung mit Mommsen ist darin zu sehen, dass auch Huber die Meinung teilte, die Lehre Mommsens wäre, rezipiert durch Windscheid, in das BGB eingeflossen. In der Folge wird bei allen behandelten Problemfeldern ein zumindest vergleichender Blick auf die Lehre Mommsens geworfen.

Hubers Ansicht setzt zwangsläufig voraus, die Gesetzesverfasser hätten sich die Ansicht zu Eigen gemacht und die Lehre Mommsens wäre damit fester Bestandteil des BGBs geworden. Diese These Hubers ist allerdings nur teilweise zutreffend. Richtig daran ist, dass an vielen Stellen der Einfluss Mommsens nachzuweisen ist. Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Lehre Mommsens vollständig rezipiert wurde. An einigen Stellen stellten

sich die Gesetzesverfasser ausdrücklich auf einen anderen Standpunkt oder wollten zumindest nicht für Mommsen Stellung beziehen. An diesen Stellen wird auch Huber angreifbar, sofern er sich darauf beruft, der historische Gesetzgeber hätte sich die Auffassung Mommsens angeschlossen. Dies gilt in besonderer Weise für Hubers Ausführungen zur Erfüllungsverweigerung und zur perpetuatio obligationis. Bei der Erfüllungsverweigerung unterstellt Huber ohne Beleg, die Fälle der Erfüllungsverweigerung wären bei Mommsen durch eine großzügige Gewährung eines Schadensersatzanspruchs wegen Fortfalls des Interesses an der Erfüllung in Natur gelöst worden. Auch bei der perpetuatio obligationis ist Hubers Ansicht, der Gesetzgeber habe die perpetuatio obligationis durch die Hintertür ins BGB eingeführt, nicht haltbar. Der Gesetzgeber wollte vielmehr nicht in den Streit zwischen Mommsen und Windscheid eingreifen. Die besondere Beschäftigung mit den „Beiträge zum Obligationenrecht“ birgt zudem die Gefahr einer einseitigen Beschäftigung mit Mommsen. Mommsens Lehre war im gemeinen Recht keineswegs unumstritten und spiegelte oftmals nicht die herrschende Lehre wieder. Dieser Punkt wird in Hubers Ausführungen nicht in hinreichender Weise deutlich gemacht. Oftmals gibt Huber auch nur eine verkürzte Darstellung der Streitstände im gemeinen Recht wieder. Zwangsläufig werden dadurch Hubers Ausführungen an manchen Stellen zu oberflächlich, als es eine hinreichende Untersuchung der zum Teil sehr komplizierten Hintergründe des gemeinen Rechts erforderlich machen würde. Eine vertiefte Beschäftigung mit der Gegenansicht erfolgt oftmals nur, wenn durch diese Hubers Position oder Deutung der Lehre Mommsens in Frage gestellt wurde. Sonst weist Huber allenfalls in einer Fußnote auf gegenläufige Auffassungen hin. Problematisch ist zudem, dass Huber den Versuch unternimmt, aus der Lehre Mommsens Argumente zu gewinnen, die auf ein geschlossenes System des Leistungsstörungsrechts im BGB schließen lassen. Mommsen hatte es aber erklärtermaßen nicht zum Ziel, ein geschlossenes System der Leistungsstörungen zu konstruieren. Vielmehr wollte er sich darauf beschränken, die bislang wenig behandelten Fälle der Unmöglichkeit und des Verzugs zu untersuchen.

Bei seiner Interpretation der historischen Quellen greift Huber durchaus auch auf bereits bestehende Erkenntnisse zurück. Insbesondere bei Horst Heinrich Jakobs und Ernst Rabel findet Huber ein Vorbild. Dort sind viele der von Huber aufgegriffenen Probleme des Leistungsstörungsrechts bereits behandelt, wenn auch in anderer Weise gelöst. Hubers Feststellungen sind daher nicht immer das Ergebnis eigener Untersuchungen, jedoch zieht er aus den gewonnenen Erkenntnissen andere Schlüsse, die er zu einem einheitlichen Gesamtbild verbindet. In der Regel weist Huber auf die Untersuchungen anderer Autoren

durchaus hin. Eine Ausnahme muss für Himmelschein gelten, der das Werk Mommsens in anderer Weise deutete als Huber.

Am schwierigsten war die Frage zu beantworten, ob die Auslegung der historischen Quellen Hubers Auslegung zu stützen vermag oder ob die historischen Quellen an manchen Stellen zu einseitig ausgelegt werden. Hier lautet das Ergebnis der Untersuchung jeweils: zum Teil. Die von Huber durchgeführte Untersuchung der Quellen hat wertvolle und stichhaltige Argumente zu Tage gefördert. Sie können Rückschlüsse auf die vom Gesetzgeber beabsichtigte Konzeption des Leistungsstörungsrechts liefern, die in der heutigen Lehre zum Teil verkannt wird. Dabei sei insbesondere auf Hubers Ausführungen zum anfänglichen Unvermögen verwiesen.

Allerdings muss auch festgestellt werden, dass Hubers historische Auslegung an manchen Stellen nur einen Selbstzweck verfolgt. Dies liegt in Hubers Konzeption des Leistungsstörungsrechts als geschlossenes System begründet. Huber hat den Versuch unternommen, verschiedene Standpunkte und Lösungsansätze zu einer zusammenhängenden Gesamtkonzeption des Leistungsstörungsrechts zu verbinden. Da Huber seine Ergebnisse in erster Linie historisch begründet, setzt er gleichzeitig voraus, dass die verschiedenen Auslegungsergebnisse einander in gleicher Weise bedingen und aufeinander aufbauen. Gelingt es auch nur eine Position Hubers zu widerlegen, ist Hubers gesamtes System des Leistungsstörungsrechts in Frage gestellt. Die Auslegung der historischen Quellen kann Hubers These von einem solchen geschlossenen System insgesamt nicht stützen. Dennoch hat Huber vereinzelt den Versuch unternommen, die historischen Quellen in dieser Weise zu interpretieren und eine bestimmte Deutung in die Materialien hineinzulesen, die diese nicht hergeben. Mitunter muss Huber auch der Vorwurf einer einseitigen Interpretation der Quellen gemacht werden. Als Beispiel kann Hubers Fassung der *perpetuatio obligationis* dienen, die für Hubers Konzeption des Leistungsstörungsrechts zwingend war.

Zu bestimmen war schließlich, welcher Stellenwert anderen Auslegungsmethoden in Hubers Arbeitsweise zukommt. Hervorzuheben ist dabei der Einfluss der Rechtsprechung, der in Hubers Werk nachzuweisen ist. Dies gilt weniger für die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die für Huber nur eine untergeordnete Bedeutung spielt. Es sind vielmehr die Urteile des Reichsgerichts, denen Huber Hinweise auf das richtige Verständnis der gesetzlichen Vorschriften entnehmen will. Als Beispiel sei hier die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu §276 genannt. Dass sich in der Rechtsprechung über die Jahre oftmals ein Wandel vollzog, ist für Huber ohne Belang, zumal es ihm nur darauf ankam, seine These zu

belegen, dass die Sicht auf die ursprüngliche Intention des Gesetzgeber durch eine Vielzahl von Irrtümern und Missverständnissen in der Lehre verstellt war. Auch dienen Huber praktische Fälle der Rechtsprechung zur Illustration seiner theoretischen Ausführungen. Die Untersuchung von Hubers Werk hat auch ergeben, dass systematische Erwägungen ein prägendes Element seiner Arbeitsweise sind. Huber versteht es, die Ergebnisse seiner historischen Auslegung mit systematischen Argumenten zu untermauern. Es sind oftmals die systematischen Argumente, durch die sich Huber von der herrschenden Lehre unterscheidet. In seinen Ausführungen kommt häufig ein anderes systematisches Verständnis zum Ausdruck, als es der herrschenden Lehre Eigen ist. Dies zeigt sich an seinem ungewöhnlichen Verständnis der Funktion der §§275 ff., der Ausdehnung des §279 auf Geldschulden oder der Doppelfunktion des §276. Historische und systematische Auslegungsmethoden stehen sich bei Huber jedoch nicht gleichrangig gegenüber. Huber versteht es vielmehr, sie miteinander zu verbinden. Es ist gerade diese Verbindung rechtshistorischer und systematischer Argumente, die das Werk und die Arbeitsweise von Ulrich Huber kennzeichnen und die seinen Ausführungen Gehalt und Überzeugungskraft verleiht. Ausgangspunkt in Hubers Darstellung ist stets die Untersuchung der rechtsgeschichtlichen Quellen des BGB. Dieser Untersuchung schließen sich systematische Erwägungen an, die diese ergänzen und vervollständigen. Vieles wird vor dem Hintergrund von Hubers systematischer Auslegung des BGB überhaupt erst verständlich. Systematische Überlegungen dienen dabei nicht nur der Überprüfung und dem Beleg von Hubers Thesen. Oftmals unternimmt Huber den Versuch, ein reibungsloses Zusammenspiel der gesetzlichen Vorschriften zu demonstrieren. Dennoch gelingt es ihm nicht immer, die Zweifel, die gegen ein solch vollendetes Ineinandergreifen der gesetzlichen Vorschriften sprechen, auszuräumen.

Andere Auslegungsmethoden werden hierdurch aber nicht bedeutungslos. Sinn und Zweck der Vorschriften werden immer auch aus der Sicht des historischen Gesetzgebers betrachtet. Daher beinhaltet Hubers rechtshistorische Argumentation immer auch eine teleologische Auslegung der gesetzlichen Vorschriften.

Mit den Ergebnissen seiner Arbeitsweise gelingt es Huber oftmals, eine andere Sicht der Dinge aufzuzeigen. Verdienst Hubers ist es daher, viele Missverständnisse aufgeklärt und wichtige Aufschlüsse über das gebotene Verständnis der gesetzlichen Vorschriften gegeben zu haben, obgleich seinen Ausführungen nicht immer gefolgt werden kann. So kann zusammenfassend gesagt werden, dass es Huber vereinzelt durchaus gelungen ist, „das Gesetz in unserem Denken von Neuem entstehen lassen.“⁹⁶⁶

⁹⁶⁶ Huber, Leistungsstörungen I, S.VI.

Lebenslauf

Name: Matthias Edmund Peter Stoeckle

Geburtsdatum: 21.03.1978

Geburtsort: Dachau

Oktober 2007	2. Juristisches Staatsexamen
2005 – 2007	Rechtsreferendariat am Landgericht Regensburg
2004 – 2005	Promotion bei Prof. Dr. Sybille Hofer, Universität Regensburg
Februar 2004	1. Juristisches Staatsexamen
1998 – 2004	Studium der Rechtswissenschaften, Universität Regensburg
1997 – 1998	Zivildienst beim Bayerischen Roten Kreuz, Memmingen
Juni 1997	Abitur, Bernhard Strigel Gymnasium, Memmingen