

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 212

# Schuldnerverzug

Bürgerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik  
und Schuldrechtsreform

Von

Friedrich Wahl



Duncker & Humblot · Berlin

*Friedrich Wahl* · Schuldnerverzug

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 212

# Schuldnerverzug

Bürgerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik  
und Schuldrechtsreform

Von

Friedrich Wahl



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Wahl, Friedrich:**

Schuldnerverzug : Bürgerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und  
Schuldrechtsreform / von Friedrich Wahl. – Berlin : Duncker und  
Humblot, 1998

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 212)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1996

ISBN 3-428-09054-3

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-09054-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im Sommersemester 1996 als Dissertation vor.

Mein aufrichtiger Dank gilt Herrn Professor Dr. Wolfgang Ernst. Er hat mir mit seinen Anregungen den Mut gegeben, Kernfragen des Leistungsstörungenrechts zum Thema meiner Arbeit zu machen. Er hat mir die zur Entwicklung eigener Lösungen erforderliche Freiheit gelassen.

Ferner danke ich Herrn Professor Dr. Zöllner für die Erstattung des Zweitberichts sowie der Reinhold-und-Maria-Teufel-Stiftung Tuttlingen für die großzügige Förderung durch den Stiftungspreis 1996.

In besonderem Maße bin ich all denen zu großem Dank verpflichtet, die durch Rücksicht und vielfältige Unterstützung zur Erstellung der Arbeit beigetragen haben.

Uhingen, im März 1998

*Friedrich Wahl*





# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| <b>Einleitung</b> .....                                   | 15 |
| A. Kurze Einführung zum Kommissionsentwurf.....           | 15 |
| B. Allgemeine Überlegungen zu einer Gesetzesänderung..... | 19 |
| C. Aufgabenstellung und Thematik der Arbeit .....         | 20 |
| D. Gang der Darstellung .....                             | 26 |

## *Erstes Kapitel*

### **Unmöglichkeit und Verzug** 29

|   |    |
|---|----|
| A. Das Verhältnis von Unmöglichkeit und Verzug nach herrschendem Verständnis....                                    | 29 |
| B. Die Neuordnung nach dem Kommissionsentwurf.....  | 31 |
| I. Überblick.....   | 31 |
| 1. Kritik des geltenden Rechts durch die Kommission.....  | 31 |
| 2. Die Grundkonzeption des Entwurfes.....   | 33 |
| II. Grenzen der Leistungspflicht nach § 275 BGB-KE .....  | 35 |
| 1. Die Wirkung der Einrede des § 275 BGB-KE auf den Eintritt des Schuldnerverzugs.....                              | 35 |
| a) Einrede und Schuldnerverzug nach geltendem Recht .....   | 38 |
| aa) Erste Grundansicht: Das Vorliegen der Voraussetzungen der Einrederechtigung schließt die Verzugsfolgen aus..... | 39 |
| bb) Zweite Grundansicht: Erst die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechtes schließt den Verzug aus.....     | 40 |
| cc) Vermittelnde Theorien .....   | 40 |
| dd) Stellungnahme .....   | 41 |

|  |     |
|--|-----|
| b) Die Einrede des § 275 BGB-KE im besonderen .....  | 45  |
| c) Ergebnis .....  | 47  |
| 2. Der Vorrang des § 306 BGB-KE.....   | 50  |
| 3. Die für die Anwendbarkeit des § 275 BGB-KE entscheidungserheblichen Fragestellungen.....  | 56  |
| 4. Die Verpflichtungskraft des Schuldverhältnisses .....   | 61  |
| a) Grundsätzliche Überlegungen .....   | 61  |
| aa) Der Zweck des Schuldverhältnisses .....  | 61  |
| bb) Die Bindungskraft des Schuldverhältnisses .....  | 64  |
| b) Englisches Recht und Einheitliches Kaufrecht .....  | 66  |
| aa) Englisches Recht .....   | 66  |
| bb) Einheitliches Kaufrecht.....   | 67  |
| cc) Übertragbarkeit auf unsere Rechtsordnung .....   | 69  |
| c) Geltendes deutsches Recht .....   | 72  |
| aa) Grund und Grenze der Schuldnerbefreiung wegen Unmöglichkeit der Leistung .....   | 73  |
| α) Literatur und Rechtsprechung.....   | 73  |
| αα) Herrschende Lehre.....   | 73  |
| ββ) Die andere Schulrichtung.....  | 80  |
| γγ) Rechtsprechung.....  | 87  |
| δδ) Stellungnahme .....  | 97  |
| β) Der Ausschluß der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch nach eigenem Verständnis .....                                    | 100 |
| αα) § 275 BGB.....   | 100 |
| ββ) § 280 BGB .....  | 114 |
| γγ) § 306 BGB .....  | 117 |
| γ) Zur fehlenden Erforderlichkeit einer materiell-rechtlichen Berücksichtigung vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit .....                       | 118 |
| αα) Leistungsanspruch und Erfüllungsunmöglichkeit.....   | 118 |
| ββ) Sinn und Unsinn der Verurteilung zu einer "unmöglichen" Leistung.....  | 121 |
| bb) Das Prinzip der Zufallsbefreiung nach § 275 BGB und der Maßstab für die zur Überwindung von Leistungshindernissen geschuldeten Anstrengungen ..... | 124 |
| d) Folgerungen für die nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses geforderten Anstrengungen .....   | 135 |
| 5. Unmöglichkeit und Unvermögen.....   | 140 |
| 6. Ergebnis.....   | 141 |

|  |     |
|--|-----|
| III. Die Schadensersatzregelung des Entwurfs.....  | 143 |
| 1. Die Grundvoraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nach § 280 Abs. 1 BGB-KE.....   | 143 |
| 2. Schadensersatz "statt der Leistung" nach §§ 280 Abs. 2 Satz 1, 283 BGB-KE .....   | 145 |
| a) Anwendungsbereich der Vorschrift.....   | 145 |
| b) Die Voraussetzungen des § 283 BGB-KE im einzelnen .....   | 156 |
| aa) Vorherige Bestimmung einer angemessenen Frist, § 283 Abs. 1 BGB-KE .....   | 156 |
| bb) Offensichtliche Erfolglosigkeit einer Fristbestimmung, § 283 Abs. 2, 1. Alt. BGB-KE .....  | 161 |
| cc) Vorliegen besonderer Umstände, "die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzes rechtfertigen", § 283 Abs. 2, 2. Alt. BGB-KE..... | 164 |
| 3. Schadensersatz "wegen Verzögerung der Leistung" nach §§ 280 Abs. 2 Satz 2, 284 BGB-KE.....  | 164 |
| C. Die Gläubigeransprüche im Vergleich .....   | 165 |
| I. Bloßes Ausbleiben der geschuldeten Leistung .....   | 165 |
| 1. Bürgerliches Gesetzbuch .....   | 165 |
| 2. Kommissionsentwurf.....   | 167 |
| II. Dauernde objektive Unmöglichkeit.....  | 168 |
| 1. Bürgerliches Gesetzbuch .....   | 168 |
| 2. Kommissionsentwurf.....   | 170 |
| III. Vorübergehende objektive Unmöglichkeit .....  | 173 |
| IV. Leistungerschwerung und Unvermögen.....  | 177 |
| D. Zusammenfassende Darstellung anhand der Funktionen von Unmöglichkeit und Verzug .....   | 179 |
| I. Die unterschiedlichen Funktionen der verschiedenen Formen der Unmöglichkeit.....  | 179 |
| 1. Geltendes Recht.....  | 179 |
| 2. Kommissionsentwurf.....   | 181 |
| II. Die Funktion des Schuldnerverzugs.....   | 184 |

*Zweites Kapitel***Die Mahnung**

188

|   |     |
|---|-----|
| A. Funktion der Mahnung.....  | 189 |
| I. Die der Mahnung zugeschriebene Warnfunktion .....  | 189 |
| 1. Der Standpunkt der heutigen Lehre.....   | 189 |
| 2. Stellungnahme .....  | 190 |
| II. Mahnung als Aufforderung zur Bewirkung der geschuldeten Leistung .....  | 193 |
| 1. Die Zeitstufen im Schuldverhältnis .....   | 193 |
| 2. Zweck der Mahnung.....   | 196 |
| III. Mahnung und Vertretenmüssen .....  | 200 |
| 1. Die Bedeutung der Kenntnis des Schuldners von seiner Leistungspflicht<br>als besonderem Verschuldenserfordernis..... | 201 |
| 2. Die Beweislast für das Vertretenmüssen .....   | 205 |
| 3. Folgerungen.....   | 211 |
| B. Entbehrlichkeit der Mahnung nach geltendem Recht.....  | 215 |
| I. § 284 Abs. 1 BGB .....   | 215 |
| II. § 284 Abs. 2 BGB .....  | 216 |
| 1. <i>Dies interpellat pro homine</i> .....   | 216 |
| 2. Vorausgehende Kündigung, § 284 Abs. 2 Satz 2 BGB .....   | 218 |
| 3. Bloße Berechenbarkeit nach dem Kalender .....  | 219 |
| III. Erfüllungsverweigerung.....  | 224 |
| IV. <i>Fur semper in mora</i> .....   | 225 |
| V. "Verzicht" auf die Mahnung .....   | 226 |
| 1. Vertragliche Abrede .....  | 227 |
| 2. Selbstmahnung .....  | 228 |
| 3. Anzeige- und Warnpflichten.....  | 231 |
| VI. Zusammenfassung .....   | 233 |

|   |     |
|---|-----|
| C. Die Mahnung und ihre Entbehrlichkeit nach dem Kommissionsentwurf.....                      | 234 |
| I. Fristbestimmung nach § 284 Abs. 1 Satz 2 BGB-KE.....                                       | 234 |
| II. Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 284 Abs. 2 BGB-KE.....                                 | 240 |
| 1. Zeitbestimmung nach dem Kalender, § 284 Abs. 2 Nr. 1 BGB-KE.....                           | 240 |
| 2. Berechenbarkeit der Leistungszeit von einem Ereignis an, § 284 Abs. 2<br>Nr. 2 BGB-KE..... | 241 |
| a) Ausgangsposition des Kommissionsentwurfs.....  | 241 |
| b) Gesetzliche Vermutung einer Leistungszeitbestimmung.....                                   | 244 |
| c) Kenntnis des Schuldners vom Eintritt des Ereignisses.....                                  | 249 |
| d) Zusammenfassung.....   | 253 |
| 3. Offensichtliche Erfolglosigkeit einer Mahnung, § 284 Abs. 2<br>Nr. 3 BGB-KE.....           | 254 |
| 4. § 284 Abs. 2 Nr. 4 BGB-KE.....   | 257 |

*Drittes Kapitel*

**Zusammenfassung und Schlußfolgerungen** 262

|  |     |
|--|-----|
| A. Die Funktion des Schuldnerverzugs und die Anordnung seiner Voraussetzungen<br>nach geltendem Recht.....         | 262 |
| B. Die Regelung des Kommissionsentwurfs.....   | 271 |
| C. Verbesserung, Vereinfachung, Rechtsvereinheitlichung - Empfehlen sich die vor-<br>geschlagenen Änderungen?..... | 280 |
| <b>Literaturverzeichnis</b> .....  | 287 |
| <b>Sachregister</b> .....  | 296 |



# Einleitung

## A. Kurze Einführung zum Kommissionsentwurf

Mit ihrem im Jahre 1992 veröffentlichten Abschlußbericht<sup>1</sup> hat die vom Bundesminister der Justiz einberufene Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts<sup>2</sup> ihre Tätigkeit beendet. Ihr Auftrag war es, einen Gesetzesvorschlag zu unterbreiten, der "es dem Gesetzgeber erlauben" soll, "das allgemeine Leistungsstörungenrecht, das Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertrages sowie das Verjährungsrecht unter Berücksichtigung insbesondere der Ergebnisse der Rechtsprechung und der Praxis übersichtlicher und zeitgemäßer zu gestalten".<sup>3</sup>

Ausgangspunkt der für das allgemeine Leistungsstörungenrecht angestellten Reformüberlegungen<sup>4</sup> war der eigenen Darstellung der Kommission zufolge die Feststellung, daß zwar der "Bau des Bürgerlichen Gesetzbuches" die "gewaltigen Veränderungen", die das ausgehende Jahrhundert mit sich brachte, "in bemerkenswerter Weise überdauert" habe, daß aber die Erhaltung seiner "Grundstrukturen" und "seine Anpassung an den Wandel der Verhältnisse" - als "Verdienst" vor allem "von Rechtsprechung und Rechtslehre" - auf weitreichende Ergänzungen der gesetzlichen Vorschriften "im Wege der Rechtsfortbildung" zurückzuführen sei.<sup>5</sup> Dies zeigt etwa die Entwicklung der Figur des "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" oder die Anerkennung einer Haftung aus

---

<sup>1</sup> Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (hrsg. vom Bundesminister der Justiz), 1992.

<sup>2</sup> Nach der Ernennung ihrer Mitglieder, unter ihnen befanden sich einige der hervorragendsten Rechtswissenschaftler unserer Zeit, durch den Bundesminister der Justiz hat sich die Kommission am 2. Februar 1984 konstituiert, Abschlußbericht, S. 14 f. Zur Vorgeschichte vgl. Abschlußbericht, S. 13 ff. und *Braun*, JZ 1993, S. 4 f.

<sup>3</sup> Abschlußbericht, S. 15.

<sup>4</sup> Die Schuldrechtskommission hat den "rechtspolitisch dringendsten Handlungsbedarf" im Verjährungsrecht erkannt. Sie sah aber "das Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht als vorgreiflich an, weil eine überzeugende Lösung der Verjährungsfragen Klarheit über Art und Inhalt derjenigen Ansprüche voraussetze, "die der Verjährung unterliegen sollen", Abschlußbericht, S. 15.

<sup>5</sup> Abschlußbericht, S. 13 f.



"culpa in contrahendo" und "positiver Forderungsverletzung".<sup>6</sup> Durch das Zusammenspiel zwischen gesetzlicher Regelung und richterrechtlicher Rechtsfortbildung seien "viele schuldrechtliche Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (...) heute von einem so starken Firmis von Richterrecht überzogen, daß das wirklich geltende Recht selbst von einem juristisch ausgebildeten Fachmann aus der bloßen Lektüre des Gesetzes nicht mehr erschlossen werden" könne.<sup>7</sup> Dieser letztgenannten Beobachtung wird man ebensowenig die Berechtigung versagen können wie der sich hieran anschließenden Frage, "in welchen Grenzen es auch zukünftig noch hingenommen werden könne, daß sich der Abstand zwischen den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und den Regeln des wirklich geltenden Rechts immer weiter" vergrößere<sup>8</sup>. Schon darin, daß sich die Kommission dieser Problematik angenommen hat, ist eine verdienstvolle Tätigkeit ihrer Mitglieder zu erkennen.

Im Rahmen ihrer "Bestandsaufnahme" zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht<sup>9</sup> hat die Schuldrechtskommission sodann darauf verwiesen, "daß nach allgemeiner Ansicht die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Leistungsstörungenrecht in wichtigen Teilen nicht als gelungen bezeichnet werden" könnten und "daß auch die Rechtsprechung mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln diese Mängel nicht auf überzeugende Weise" hätte beseitigen können<sup>10</sup>. So sei es verfehlt, daß im "Mittelpunkt des geltenden Leistungsstörungenrechts der Begriff der 'Unmöglichkeit der Leistung'" stehe mit all seinen durch das Gesetz geforderten Differenzierungen, "deren rechtspolitische Rechtfertigung (...) nicht erkennbar" sei.<sup>11</sup> "Das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung" belege "besonders deutlich, daß das kodifizierte Leistungsstörungenrecht in sehr wichtigen Bereichen der praktischen Rechtsanwendung unvollkommen" sei.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Die Kommission benennt weiterhin die "unzulässige Rechtsausübung" sowie den "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" und erinnert an die Entwicklung der Regeln über den Schutz gegen unangemessene AGB-Klauseln durch die Rechtsprechung, Abschlußbericht, S. 13 f.

<sup>7</sup> Abschlußbericht, S. 14.

<sup>8</sup> Dito.

<sup>9</sup> Abschlußbericht, S. 16 ff.

<sup>10</sup> Abschlußbericht, S. 16.

<sup>11</sup> Abschlußbericht, S. 16 f. Zur Kritik der Kommission im einzelnen unten S.31 ff.

<sup>12</sup> Über die bereits angesprochene Problematik des "Nebeneinanders" von geschriebenen und ungeschriebenen Ansprüchen hinaus sei es unbefriedigend, daß "diese Ansprüche" nicht klar "gegeneinander (...) abgegrenzt werden könnten" und daß deren unterschiedliche Rechtsfolgen keine "einleuchtende rechtspolitische Grundlage hätten", wie dies insbesondere die "Konkurrenz zwischen (...) Gewährleistungsansprüchen" und denen "aus positiver Forderungsverletzung" zeige, "die in der gerichtlichen Praxis zu mancherlei Unklarheiten und Ungereimtheiten" geführt habe, Abschlußbericht, S. 17 f.

Schließlich stehe das gesetzliche Rücktrittsrecht hinter "den praktischen Anforderungen" nicht nur in der Ausgestaltung seiner Rechtsfolgen, sondern auch deshalb zurück, weil "Rücktritt und Schadensersatz einander" ausschließen und weil das Rücktrittsrecht an das Erfordernis eines Vertretenmüssens geknüpft sei.<sup>13</sup>

Zur Vermeidung der "nicht einleuchtenden Ergebnisse (...), die sich im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches für einige Teilbereiche ergeben" hätten,<sup>14</sup> hat die Reformkommission das "Regelungsmodell" des Rechts der "internationalen Warenkaufverträge" für ihre Neuregelung "nutzbar gemacht",<sup>15</sup> wie dies bereits *Huber* als Vorgutachter eindringlich empfohlen hatte<sup>16</sup>. Im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch käme das Leistungsstörungenrecht des UN-Kaufrechts unter anderem "ohne Vorschriften aus, die an die Unmöglichkeit der Leistung anknüpfen"; sie werde "als einer der möglichen Fälle der Nichterfüllung des Vertrages von den dafür geltenden allgemeinen Vorschriften miterfaßt".<sup>17</sup> "Der Vorrang der Erfüllung" sei durch das grundsätzliche Erfordernis einer Nachfrist "sichergestellt".<sup>18</sup> Zwar führe "das Leistungsstörungenrecht des UN-Kaufrechts überwiegend zu den gleichen Ergebnissen (...), wie sie nach geltendem deutschen Recht im Zusammenwirken von gesetzlicher Regelung, Rechtsprechung und Vertragspraxis erzielt werden", doch bestehe der "entscheidende Unterschied (...) darin, daß das UN-Kaufrecht die Grundprinzipien, von denen sein Leistungsstörungenrecht geleitet ist, in klaren, verständlichen, widerspruchsfreien und rechtspolitisch einleuchtenden Regeln niedergelegt" habe.<sup>19</sup>

Aufgrund dieser Orientierung am UN-Kaufrecht, die zugleich der Rechtsvereinheitlichung dienen soll,<sup>20</sup> formuliert der Kommissionsentwurf die "Pflichtverletzung" als "zentralen Begriff" des von ihm entwickelten Leistungsstörungenrechts,<sup>21</sup> das damit zugleich auf "einer Weiterentwicklung und Verallgemei-

---

<sup>13</sup> Abschlußbericht, S. 19 f.

<sup>14</sup> Abschlußbericht, S. 20.

<sup>15</sup> Abschlußbericht, S. 16.

<sup>16</sup> *Huber*, Leistungsstörungen, S. 633 ff. Im Rahmen seiner Vorprüfungen hatte das Bundesministerium der Justiz insgesamt 24 Gutachten eingeholt, die als "Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts" 1981 (Band I und II) und 1983 (Band III) veröffentlicht wurden.

<sup>17</sup> Art. 45 ff., 61 ff. UN-Kaufrecht, vgl. Abschlußbericht, S. 19 f.

<sup>18</sup> Dies kommt immer dann zum Tragen, wenn das vertragswidrige Verhalten des Verkäufers keine "wesentliche Vertragsverletzung" darstellt, Art. 47 Abs. 1, 49 Abs. 1 UN-Kaufrecht; vgl. Abschlußbericht, S. 20.

<sup>19</sup> Abschlußbericht, S. 20.

<sup>20</sup> Dito.

<sup>21</sup> Abschlußbericht, S. 29. Das UN-Kaufrecht verwende zwar "in Art. 45 Abs. 1, 61 Abs. 1 den Begriff der 'Nichterfüllung' der vertraglichen Pflichten". "Aber darin" liege