

DIRK SELZER

Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 260



Dirk Selzer

Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht

Mohr Siebeck

Dirk Selzer, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Gießen und der University of Warwick (Großbritannien); Referendariat am Landgericht Gießen; 2009 Zweite Juristische Staatsprüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen (ZAAR) in München; 2016 Promotion; seit WS 2015/2016 Lehrbeauftragter der Hessischen Hochschule für Polizei und Verwaltung (HfPV); 2016–2017 Lehrstuhlvertretung an der KU Eichstätt-Ingolstadt; 2018 Habilitation; seit WS 2018 Professor für Rechtswissenschaften mit Schwerpunkt Arbeitsrecht an der Hochschule der Bundesagentur für Arbeit in Mannheim.

ISBN 978-3-16-157032-2 / eISBN 978-3-16-157033-9

DOI 10.1628/978-3-16-157033-9

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Katharina

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen.

Meinem Habilitationsvater Prof. Dr. Richard Giesen danke ich von ganzem Herzen für die wissenschaftliche Begleitung und Betreuung auf meinem Weg. Er war nicht nur Lehrer, Vorbild und Mentor, sondern er war und ist ein Freund.

Prof. Dr. Beate Gsell hat mir wertvolle Hinweise gegeben und die Arbeit schnell begutachtet. Dafür sage ich ein herzliches Dankeschön.

Auch Prof. Dr. Abbo Junker danke ich ganz herzlich für die mentorielle Betreuung und Unterstützung während meiner Zeit am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) in München.

Die letzten Jahre waren bunt. Es gab gute und schlechte Tage und umso mehr gab es Tage irgendwo dazwischen. Ohne meine großartigen Freunde und ohne meine lieben Kolleginnen und Kollegen hätte ich es nicht geschafft. Weder gäbe es diese Arbeit, noch wäre letztlich ich. So viele Gespräche, jedes Wort, jeder aufmunternde Zuspruch, jedes Zuhören, jedes Lächeln, manche Umarmung; die Summe all dessen ließ mich nicht entgleisen auf vielen „emotionalen Achterbahnfahrten“. Diese Menschen im Einzelnen an dieser Stelle namentlich zu erwähnen und zu würdigen, sprengte diesen Raum eines Vorwortes. Also unternehme ich auch gar nicht erst den Versuch. Stattdessen werde ich das jeweils persönlich, im Stillen, individuell, mit persönlicher Widmung nachholen. Ihre Anteile an Allem bewahre ich für immer in meinem Herzen. Danke, dass es Euch alle gibt!

Doch einem Menschen möchte ich hier wenigstens sagen: Liebe Katharina, danke, für jede Sekunde Deiner Zeit an meiner Seite, Dein Verständnis, Deine Hoffnung, Deine Liebe und vor allem, danke, für Deine Geduld mit mir!

In großer Dankbarkeit und tiefer Liebe widme ich meiner Frau Katharina diese Arbeit!

Mannheim, im Frühjahr 2022

Dirk Selzer

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Die Diskussion der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht	9
§ 1 Die Pflichtverletzung nach den Materialien der Schuldrechtsmodernisierung	9
§ 2 Die Pflichtverletzung in der Literatur	30
Zweites Kapitel: Das Haftungsprinzip als Grundlage einer Lehre von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht . .	119
§ 3 Vorüberlegungen	119
§ 4 Die Haftungsprinzipien bei § 280 I S. 1 BGB	126
§ 5 Der Diskurs über die Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht als Folge der verhaltensbezogenen Regelhaftung	170
§ 6 Verschuldensprinzip und Verhaltensprogramme	200
Drittes Kapitel: Das Verhaltenselement als Merkmal der verschuldensabhängigen Pflichtverletzung	219
§ 7 Einführung	219
§ 8 Trennungs- und Beziehungsverhältnis von Pflichtverletzung und Verschulden	221

Viertes Kapitel: Merkmale der Pflichtverletzung	337
§ 9 Einleitung	337
§ 10 Verhaltenselement als Grundelement der Pflichtverletzung	337
§ 11 Verletzungselement als erstes Komplementärelement	438
§ 12 Das Zurechnungsmerkmal als zweites Komplementärelement	491
§ 13 Das Fehlen von Rechtfertigungsgründen als Merkmal der Pflichtverletzung?	508
§ 14 Die allgemeine Formel der Pflichtverletzung	509
 Fünftes Kapitel: Pflichtverletzungsrelevante Konkretisierungen	511
§ 15 Tatbestandliche Anknüpfungen an Pflichtverletzung und Leistungsstörung	511
§ 16 Zum System der §§ 280ff. BGB	522
 Ergebnisse der Untersuchung	595
 Schrifttum	617
Sachregister	639

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
Erstes Kapitel: Die Diskussion der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht	9
§ 1 Die Pflichtverletzung nach den Materialien der Schuldrechtsmodernisierung	9
I. Pflichtverletzung als Grundtatbestand im Leistungsstörungenrecht	9
II. Pflichtverletzung bei den Schadensersatztatbeständen	10
1. Pflichtverletzung nach § 280 I S. 1 BGB	10
a) Terminologie der Pflichtverletzung	10
b) Das inhaltliche Verständnis der Pflichtverletzung als verhaltensunabhängiger Ist-Soll Vergleich	12
c) Ausnahme: Verhaltensprüfung bei § 241 II BGB	14
d) Differenzierung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	15
2. Pflichtverletzungsrechtliches Verhältnis von § 280 I S. 1 BGB zu §§ 280 IIff. BGB	15
3. Pflichtverletzung beim Schadensersatz wegen anfänglicher Unmöglichkeit gemäß § 311a II S. 1 BGB	20
4. Pflichtverletzung beim Schadensersatz im Kauf- und Werkvertragsrecht	21
III. Pflichtverletzung außerhalb von Schadensersatztatbeständen . . .	23
1. Erfüllung und Nacherfüllung	23
2. Rücktritt	25
3. Aufwendungsersatz, Minderung, Selbstvornahme	27
IV. Zusammenfassung § 1	28

§2 Die Pflichtverletzung in der Literatur	30
I. Einführung	30
II. Terminologie der Pflichtverletzung	31
III. Tatbestandliche Abstraktion durch die Pflichtverletzung	32
1. Norminterne Abstraktion	33
2. Normexterne Abstraktion	38
IV. Die Konzeptionen zur Pflichtverletzung bei § 280 I S. 1 BGB	41
1. Erfolgsorientierte Pflichtverletzungskonzeption	42
2. Verhaltensorientierte Pflichtverletzungskonzeption	45
3. Zur Einteilung in erfolgs- und verhaltensorientierte Pflichtverletzungskonzeptionen	47
4. Konzepte der Kombination von verhaltens- und erfolgsbestimmter Pflichtverletzung	48
V. Die Pflichtverletzung in der Systematik der §§ 280 ff. BGB	54
1. Allgemeines Verhältnis des § 280 I S. 1 BGB zu den §§ 280 II ff. BGB	54
a) Tatbestandliches Einheitsverständnis	54
b) Tatbestandliche Typisierung der Pflichtverletzung	56
aa) Nach den Typen von Leistungsstörungen	56
bb) Differenzierung von Leistungspflichten und Pflichten im Sinne des § 241 II BGB	59
cc) Differenzierung von Nichterfüllung und Schlechterfüllung	59
dd) Differenzierung von erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten	59
2. Besonderes Verhältnis des § 280 I S. 1 BGB zu den §§ 280 II ff. BGB	60
a) Pflichtverletzung bei nachträglicher Unmöglichkeit gemäß §§ 280 I S. 1, III, 283 BGB	60
b) Pflichtverletzung bei Verzögerung der Leistung gemäß §§ 280 I S. 1, II, 286 BGB und §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 1. Var. BGB	62
aa) Pflichtverletzung gemäß §§ 280 I S. 1, II, 286 BGB	63
(1) Nichtleistung trotz Möglichkeit, Fälligkeit und sonstiger Durchsetzbarkeit	63
(a) Maßgeblicher Bezugspunkt der Prüfung des Vertretenmüssens	64
(aa) Zeitpunkt ursprünglicher Fälligkeit und Durchsetzbarkeit	64
(bb) Zeitpunkt des Mahnungszugangs	64
(b) Mahnungsverzicht	65
(2) Nichtleistung im Zeitpunkt des Mahnungszugangs	65
(3) Nichtleistung bei ursprünglicher Fälligkeit und	

bei Mahnungszugang als zwei relevante Pflichtverletzungen?	66
bb) Pflichtverletzung bei §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 1. Var. BGB	67
(1) Nichtleistung trotz Möglichkeit, Fälligkeit und sonstiger Durchsetzbarkeit	67
(a) Vertretenmüssen: Zeitpunkt ursprünglicher Fälligkeit	67
(b) Vertretenmüssen: Ablauf der Frist zur Nachleistung	67
(c) § 287 S. 2 BGB: Zugang der Fristsetzung	69
(2) Nichtleistung trotz Nachfristablauf	70
(3) Verzug als Pflichtverletzung gemäß §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 1. Var. BGB?	70
(4) Ursprüngliche Nichtleistung und Versäumen der gesetzten Frist zur Nachleistung als zwei relevante Pflichtverletzungen?	73
cc) Modifikationen der Pflichtverletzungen bei den Leistungsverzögerungen bei Entbehrlichkeit der Mahnung oder Fristsetzung	73
dd) Zu den unterschiedlichen zeitlichen Bezugspunkten der Prüfung des Vertretenmüssens bei den Leistungsverzögerungen	74
c) Pflichtverletzung bei der „Schlechtleistung“	75
aa) Einführung	75
bb) Inhaltlicher Ausgangspunkt	77
cc) Pflichtverletzung bei §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 2. Var. BGB	79
(1) Qualitative Abweichung als Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 2. Var. BGB	79
(a) Leistungserfolgsabweichung	80
(b) Leistungsverhaltensabweichung	81
(2) Zwischenergebnis	82
(3) Qualitative Abweichung und/oder Verletzung einer weiteren Pflicht im Sinne des § 241 II BGB als Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 2. Var. BGB	83
(4) Verzögerung der Leistung oder der Nacherfüllung als Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 2. Var. BGB	84
(5) „Schlechtleistung“ und Verstreichenlassen der gesetzten Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung als zwei relevante Pflichtverletzungen?	85
(a) Ursprüngliche „Schlechtleistung“	86

(b) Unterlassung der Leistung innerhalb der zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzten Frist	87
(c) Kumulative Haftung	88
(d) Alternative Haftung	89
(e) Die „Handlungseinheit“	89
(6) Pflichtverletzung bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung	90
dd) „Schlechtleistung“ außerhalb der §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 2. Var. BGB	91
(1) „Schlechtleistung“ bei §§ 280 I S. 1, III, 283 S. 1 BGB	91
(a) Ausgangspunkt	91
(b) „Doppelte Pflichtverletzung“ im Kauf- und Werkvertragsrecht unter Einbeziehung des Nacherfüllungsanspruchs	93
(2) Die „verzögerte mangelfreie Leistung“ als Pflichtverletzungstyp?	94
(a) „Schlechtleistung“ versus Verzögerung, insbesondere beim Ersatz sogenannter Betriebsausfallschäden	94
(b) Verzögerung der Nacherfüllung	98
(3) „Schlechtleistung“ beim Ersatz von Schäden an sonstigen Rechten, Rechtsgütern und Interessen	98
ee) Abgrenzung des § 280 I S. 1 BGB von §§ 280 I S. 1, III, 281 I S. 1 2. Var. BGB nach dem Inhalt der Leistungspflicht	100
ff) Konzeptionen zur „Schlechtleistung“ im Überblick . .	101
d) Pflichtverletzung bei §§ 280 I S. 1, 241 II BGB und §§ 280 I S. 1, 282 BGB	103
VI. Pflichtverletzung bei der anfänglichen Unmöglichkeit gemäß § 311a II BGB	105
VII. Sonstige Pflichtverletzungstatbestände: Nacherfüllung, Rücktritt, Aufwendungsersatz, Herausgabe des Ersatzes gemäß § 285 I BGB, Minderung, Selbstvornahme	108
VIII. Zusammenfassung § 2	111
 Zweites Kapitel: Das Haftungsprinzip als Grundlage einer Lehre von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungsrecht . .	
§ 3 Vorüberlegungen	119
I. Leistungsstörungsrechtlicher Kontext	119
1. Das „Leistungsstörungsrecht“	119
2. Das Schuldverhältnis als Merkmal zur Abgrenzung leistungsstörungsrechtlicher und nichtleistungsstörungsrechtlicher Rechtsfolgen	122

II.	Die Pflicht als Inhaltsmerkmal einer Pflichtverletzung?	123
III.	Einordnung der Pflichtverletzung in die Regelungssystematik des Leistungsstörungenrechts	124
	1. Die Regelung der Pflichtverletzung in § 280 I S.1 BGB als Ausgangspunkt	124
	2. Das Vertretenmüssen gemäß § 280 I S.2 BGB	125
§ 4	Die Haftungsprinzipien bei § 280 I S.1 BGB	126
I.	Verschuldensprinzip	126
	1. Bestätigung im Entwurf	126
	2. Das Verschuldensprinzip als gemeinsames Haftungsprinzip leistungsstörungenrechtlicher und deliktsrechtlicher Schadensersatzhaftung	126
	3. Grundgehalt des Verschuldensprinzips	129
II.	Garantieprinzip	135
	1. Grundstruktur, gezeigt am Modell des CISG	135
	2. Die non-performance der Unidroit Principles und der PECL	139
III.	Verschuldens- versus Garantieprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht	140
	1. Über die „Qual der Wahl“ des Haftungsprinzips	140
	2. Das Verschuldensprinzip als Regelprinzip des Pflichtverletzungstatbestandes	142
	a) Verschuldensprinzip – Ein historischer Irrtum?	143
	b) Rechtsmethodische Ableitung der Regelgeltung des Verschuldensprinzips	144
	aa) Zur objektiven Vertragshaftung	146
	bb) Zur Einheit der Obligation	148
	cc) Differenzierte Beweislastverteilung	151
	dd) Auslegung	152
	ee) Ergänzende Vertragsauslegung	155
	ff) Zur Geltung des Garantieprinzips als Ausnahme	157
	gg) Gibt es ein Garantieprinzip als „Garantieprinzip bei Entlastung für fehlendes Verschulden“?	159
	hh) Verschulden und Garantie: Ein gesetzlicher Dualismus schadensersatzrechtlicher und nichtsadensersatzrechtlicher Gläubigerrechte	164
IV.	Die Übernahme der Nichterfüllung aus dem System der Garantiehaftung durch die Verfasser der Schuldrechtsmodernisierung: ein Kunstfehler	166
V.	Die „ausufernde Auslegung“ der Vertragsabrede in der Verschuldenshaftung zur Aufrechterhaltung der Erfolgsabweichung als Element des Garantieprinzips	168

§ 5 Der Diskurs über die Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht als Folge der verhaltensbezogenen Regelhaftung	170
I. Die Termini „Tatbestand“ und „Gesamtatbestand“	171
II. Das Grundmodell der Bewertung eines Verhaltens durch den dreistufigen Prüfungsaufbau des deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs	171
III. Verhalten als Gegenstand des Pflicht- und Rechtswidrigkeitsurteils	174
1. Grundverständnis der Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht am Beispiel des § 823 I BGB	174
a) Grundtechniken der Bewertung von Verhalten	174
b) Kombination der Rechtswidrigkeitslehren unter Berücksichtigung ihres Ursprungs in den Handlungslehren	176
2. Leistungsstörungsrechtlicher Diskurs der Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht	180
IV. Zuordnung der Pflichtverletzungskonzeptionen zu den Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht	183
V. Rückbesinnung auf Grundlagen der Diskussion um die Rechtswidrigkeitslehren – Folgen für die Lehre von der Pflichtverletzung	188
1. Aufteilung des Unrechts in Pflicht- und Rechtswidrigkeit . . .	188
2. Verhaltensbestimmung, Verhaltensbewertung und Imperativ – über die Zusammenhänge von Rechtsordnung, Rechtsnorm, Handlungs- und Rechtswidrigkeitslehren, Vorsatz- und Schuldtheorie	190
a) Handlungslehren	191
aa) Kausale Handlungslehre	191
bb) Finale Handlungslehre	192
cc) Sozial-normative Verhaltenslehre	193
b) Vorsatz und Schuldtheorie	193
c) Bestimmungs- versus Bewertungsnorm	197
§ 6 Verschuldensprinzip und Verhaltensprogramme	200
I. Verhaltensprogramme als Voraussetzung der Verschuldensprüfung	200
II. Rechtlich gebotenes Verhalten in der Systematik von Recht und Pflicht im bestehenden Schuldverhältnis	203
1. Verbindung von Recht und Pflicht	203
a) Leistungsebene	203
b) Nichtleistungsebene	205
c) Abstraktion Leistungs- und Nichtleistungsebene	206
d) Zur Perspektive des Rechts und der Pflicht im Gesetz	207
e) Bezug zum Verschuldensprinzip	209
2. Rechte und Verhaltensprogramme	209

a) Leistungs- und Nichtleistungsverhalten	209
b) Erfolgs- und Verhaltensbezogenheit der Rechte und Pflichten	211
c) Anspruch, Schuldverhältnis und weitere geschützte Rechte als Objekte einer Rechtsverletzung	213
d) Konkretisierungen des Verhaltensprogramms	214
aa) Ausgangspunkt: Erfüllungsverhalten und weitere Verhaltensprogramme	214
bb) Allgemeine Formel des „richtigen“ (Erfüllungs-)Verhaltens	215

Drittes Kapitel: Das Verhaltenselement als Merkmal
der verschuldensabhängigen Pflichtverletzung 219

§ 7 Einführung 219

§ 8 Trennungs- und Beziehungsverhältnis von Pflichtverletzung
und Verschulden 221

I. Zu den Termini „Trennung“ und „Beziehung“ 221

II. Verhaltensunabhängiger Erfolg als taugliche Grundlage
einer Verschuldensprüfung? 222

1. Wortlaut und systematische Stellung des § 276 II BGB,
insbesondere in Abgrenzung zu § 241 BGB 223

2. Bericht zur Verschuldenshaftung der XII. Kommission
des Reichstages 225

3. Über die angeblich verschuldbaren Umstände
der Erfolgskonzeption 226

a) Verschiebung des Bezugspunktes der Verschuldensprüfung
nach der Erfolgskonzeption auf „sonstige Umstände“
der Pflichtverletzung 228

b) Konsequenzen 231

c) Verschuldensbezug im System der durch
Verschuldenselemente abgemilderten Garantiehaftung
nach U. Huber 233

d) Art. 36 CISG 234

e) Automatischer Schluss von der Nichterfüllung auf ein
Verhaltenselement? 237

4. Erfolgskonzeption im Kontext der Auslegung
des Pflichtverletzungstatbestands 240

III. Die Pflichtverletzung als Teil verhaltensbezogenen Unrechts . . . 242

1. Normativer Bezug von Verschulden und verhaltensbezogenem
Unrecht 242

a) Schuld bedingt Unrecht 242

aa)	Kein Unrecht bei erlaubtem Verhalten?	243
bb)	Zu den Termini „Rechtswidrigkeit“ und „Unrecht“	244
	(1) Rechtswidrigkeit als Mittel zur Kennzeichnung rechtlich missbilligter Zustände und rechtlich missbilligten Verhaltens	245
	(2) Verhalten als wichtigster Inhalt einer verschuldbaren Rechtswidrigkeit	250
	(3) Zur Unrechtmäßigkeit im Leistungsstörungenrecht in den Motiven des Bürgerlichen Gesetzbuchs	250
cc)	Rechtfertigung im Leistungsstörungenrecht	253
	(1) Erlaubnisgrund für pflichtwidriges Verhalten	253
	(2) Rechtfertigung und verhaltensbezogene Rechtswidrigkeit	256
	(3) Prüfung der Rechtfertigung nach der Erfolgskonzeption	258
	(4) Rechtfertigung und Garantie	260
b)	Zwischenergebnis	262
2.	Folgen für die Pflichtverletzungsdiskussion	264
a)	Differenzierung von Nichterfüllung und sie verursachendem Verhalten	264
b)	Leistungsstörung und Nichterfüllung: Zeitlich kongruente Begriffe?	265
c)	Die Anknüpfung an die Leistungsstörung nur innerhalb der Reichweite des Garantieprinzips	266
d)	Übernahme des Störungsbegriffs nach der erfolgsorientierten Pflichtverletzungskonzeption?	269
3.	Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden – Grundsätze	270
a)	Einführung	270
b)	Äußere und innere Seite der Feststellung „schuldhaften Verhaltens“	272
c)	Trennung von physischer und psychischer Verhaltensseite	274
aa)	Physische Verhaltensseite	276
bb)	Psychische Verhaltensseite	277
cc)	Fahrlässigkeit (auch) als objektive Pflichtverletzung?	282
dd)	Schluss auf die psychische Verhaltensseite mit Feststellung der physischen Verhaltensseite	283
ee)	Ergebnis: Funktionaler Zusammenhang von Pflicht und Sorgfalt	287
4.	Pflichtverletzung im Kontext der Darlegungs- und Beweislastverteilung des § 280 I S. 2 BGB	288

a) Grundlagen im Hinblick auf die sekundäre Darlegungs- und Beweislastverteilung	290
b) Darlegungs- und Beweislast bei § 280 I BGB als Verschuldenshaftung	293
aa) Darlegungs- und Beweislastverteilung folgen aus dem materiellen Recht	293
bb) Die Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung und die frühere Lehre vom Gefahrenbereich	296
cc) Modifizierung von § 280 I S.2 BGB durch richterliche Rechtsfortbildung?	299
dd) Darlegungs- und Beweislastverteilung für die verhaltensbezogene Pflichtverletzung	305
ee) Wertungswidersprüche zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten	311
ff) Gefahrenbereichslehre versus sekundäre Darlegungs- und Beweislast	325
c) Darlegungs- und Beweislastverteilung als Umsetzung materieller Richtigkeit in prozessuale Wirklichkeit	328
d) Darlegungs-/Beweislast und Erfüllungsanspruch	330
e) Darlegungs-/Beweislast und Vertretenmüssen	332
5. Zwischenergebnis	335
Viertes Kapitel: Merkmale der Pflichtverletzung	337
§ 9 Einleitung	337
§ 10 Verhaltenselement als Grundelement der Pflichtverletzung	337
I. Abhängigkeit der Pflichtverletzung von dem Verhaltensprogramm der Pflicht	337
1. Prinzip der zeitlichen Kohärenz	338
a) Erläuterung des Grundprinzips am Beispiel der nachträglichen tatsächlichen Unmöglichkeit gemäß § 275 I BGB	338
aa) Zeitliche Kohärenz von Pflicht und Pflichtverletzung	338
bb) Verständnis der Pflichtverletzung als Rechtsfiktion?	340
b) Der Gedanke von der Fortsetzung des Schuldverhältnisses auf Sekundärebene	346
c) Zwischenergebnis	347
d) Zur zeitlichen Kohärenz bei § 241 II BGB, der Schlechtleistung sowie der Verzögerung	348
e) § 275 II, III BGB	348

2. Auswirkungen von pflichtrelevanter Verteidigung auf die Pflichtverletzung	350
a) Konsequenzen der Erfolgskonzeption für das System der Leistungsverweigerungsrechte	350
b) Kein pflichtwidriges Verhalten ab Wegfall des Verhaltensprogramms	353
c) Ergebnis	354
3. Sozial relevantes Tun und Unterlassen als Grundvoraussetzung eines verhaltensbezogenen Bewertungsmodells der Pflichtverletzung	355
a) Grundprinzip des sozialen Verhaltensbegriffs	355
b) Zusammenhang von Pflicht und Verhalten	357
c) Verhaltensprüfung als Gegenstand des Tatbestands der Pflichtverletzung?	358
d) Verhaltenszurechnung im Sinne des § 278 BGB auf Sekundärebene versus Erfüllungs- und Nichterfüllungszurechnung im Sinne des § 267 BGB auf Primärebene	361
4. Keine Pflichtverletzung bei Einhaltung der Verhaltensprogramme	364
a) Verhaltensfeststellung, Unrechtmäßigkeit und Verschulden: Ein unauflösbarer Konflikt in der praktischen Anwendung?	364
b) Lösung: Vergleich des Schuldnerverhaltens mit dem Verhaltensprogramm der Pflicht	365
II. Systematisierungen von Pflichtverletzungen anhand des Verhaltenselements	370
1. Vorgaben der Objektivität des Verhaltenselements für eine Typisierung von Pflichtverletzungen	370
a) Zum Verhältnis von verhaltensbezogener Pflichtverletzung und verhaltensunabhängiger Leistungsstörung	370
b) Die Leistungsverzögerung als besonderes Beispiel leistungsstörungenrechtlicher und pflichtverletzungsrechtlicher Typisierung	372
c) Zwischenergebnis: Verschuldete Pflichtverletzung und zu vertretende Leistungsstörung	373
d) Konsequenzen für die Typenlehre	374
e) Bemerkungen zur „subjektiven Rechtswidrigkeit“	376
f) Ergebnis	378
2. Gleichbehandlung von erfolgs- und verhaltensbezogener Pflicht	378
a) Einführung	378
b) Zum verhaltensbezogenen Inhalt der Pflichtverletzung nach	

der Erfolgskonzeption im Hinblick auf Pflichten im Sinne des § 241 II BGB	379
c) Doppeldeutigkeit des Nichterfüllungsbegriffs in Anlehnung an Erfüllung und Leistungsstörung	380
d) Gleichsetzung von erfolgs- und verhaltenskonzipierter Pflichtverletzung bei der verhaltensbezogenen Pflicht?	382
e) Entscheidend: Verhaltensprogramm in beiden Fällen	385
3. Abstraktion von Leistungsstörungen und Pflichtverletzungen nach der Erfolgskonzeption	389
a) Zuordnung der Typen der Leistungsstörungen zum Erfolgskonzept	389
aa) Leistungs- versus Nichtleistungspflicht	390
bb) Typisierung der Leistungspflichtverletzungen	390
cc) Im Besonderen: Abstraktion von Unmöglichkeit und Verzögerung	392
dd) Weitere Fälle zur Annahme einer Pflichtverletzung ohne und trotz Vornahme des Erfüllungsverhaltens	394
b) BGH, Urt. v. 19.10.2007 (V ZR 211/06) – Differenzierung von pflichtwidrigem Verhalten und Nichterfüllung	396
4. Die vier Typen von Pflichtverletzungen	399
a) Vorbemerkung	399
aa) Zur Notwendigkeit einer terminologischen Erfassung von Pflichtverletzungstypen	399
bb) Verhältnis von leistungsstörungenrechtlicher und pflichtverletzungsrechtlicher Typisierung	400
b) Pflichtverletzungstypen im Einzelnen	403
aa) Unmöglichmachen der Leistung	403
bb) Verzögern der Leistung	404
(1) Unterscheidung des mahnungsunabhängigen Verzögerns vom grundsätzlich mahnungsabhängigen Verzögern	404
(2) Einflüsse der Fristsetzung und des Fristablaufs auf das mahnungsunabhängige Verzögern; auch im Vergleich zum Mahnungskonzept	405
(3) Der Grundtyp des mahnungsunabhängigen Verzögerns	409
(4) Perspektiven des Unterlassens und der Unterlassung	410
(5) Zwischenergebnis	411
cc) Schlechtleisten	412
(1) Zur Anerkennung des Schlechtleistens als eigenständigen Typ	412
(2) Schlechtleisten und Schlechtleistung	414

dd)	Verletzen einer weiteren Verhaltenspflicht im Sinne des § 241 II BGB	415
(1)	Von Beginn an verhaltensbezogen	415
(2)	Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung als Leistungsstörung	415
5.	Tun und Unterlassen als pflichtverletzungsrelevante Verhaltensweisen	416
a)	Einführung	416
b)	Das die Leistungsstörung verursachende Verhalten	417
c)	Pflichtverletzung als Unterlassungstat?	419
d)	Keine Präjudizierung von Tun oder Unterlassen durch die Typisierung von Pflichtverletzungen	424
6.	Kumulation von Verhaltensprogrammen im Schuldverhältnis und Unterscheidung von Erfüllungs- und Vorerfüllungsverhalten	425
a)	Einführung	425
b)	Kumulation der aus den Leistungs- und Nichtleistungspflichten folgenden Verhaltensprogramme	426
c)	Identische Verhaltensprogramme von Pflichten und das Problem der Zuordnung zu § 241 I und II BGB	429
d)	Erfüllungs- und Vorerfüllungsverhalten	434
e)	Verschuldensprinzip und Verhaltenskumulation	437
f)	Überleitung: Horizontalität und Vertikalität der Pflicht	438
§ 11	Verletzungselement als erstes Komplementärelement	438
I.	Einführung: Die weitere Unrechtsdiskussion	438
II.	Die „Verletzung“	439
1.	Tatsächliche Einbuße am Recht	439
2.	Abgrenzungen	440
a)	Verletzung und Leistungsstörung	440
b)	Verletzung und Schaden, auch mit Blick auf Restitution und Surrogation	442
3.	Zur Lehre vom Schutzzweck der Norm	447
4.	Relevanz der Schutzzwecklehre für die Unrechtsbewertung	449
III.	Systematisierungen von Pflichtverletzungen anhand des Verletzungsmerkmals	450
1.	Verhalten und Verletzung vor dem Hintergrund der Unterscheidung von erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten	450
2.	Verhalten und Verletzung als Kombination von Erfolgs- und Verhaltensunrecht	451
a)	Die „Doppelgesichtigkeit“ der Verhaltensnorm	451
b)	Kombination der Rechtswidrigkeitslehren (verhaltensbezogenes Kombinationsmodell)	454

aa)	Terminologische Erfassung und Einordnung	454
bb)	Zum Defensivschutz	455
cc)	Verkehrsrichtiges versus schuldverhältnismäßiges Verhalten im Verhältnis zur Verletzung	455
dd)	Die Gläubigerperspektive als notwendige Grundlage einer vollständigen Erfassung verhaltensbezogenen Unrechts	459
ee)	Verletzung und Gefährdung	463
c)	Ordnungsfunktion des Verletzungselements und Folgen für die Systematisierung von Pflichtverletzungen	464
aa)	Mittelbare Verursachung der Unmöglichkeit als einführendes Beispiel	466
bb)	Ein weiteres Beispiel: Die sogenannte „Ikea-Klausel“ (§ 434 II S. 2 BGB)	469
cc)	Ordnungssystem der Pflichtverletzungen	470
	(1) 1. Ordnung: Leistungs- und Nichtleistungsinteresse	470
	(2) 2. Ordnung: Horizontalität der Pflicht	472
	(3) 3. Ordnung: Vertikalität der Pflicht	473
d)	Ergebnis: Verhaltens- und Erfolgsabweichung als Indikatoren verhaltensbezogenen Unrechts	476
3.	Folgerungen	477
a)	Ist die Leistungspflichtverletzung eine Sorgfaltspflichtverletzung?	477
b)	Unterlassen, Unmittelbares und mittelbares Verhalten als pflichtverletzungsrelevante Einteilung?	482
4.	Zwei besondere Phänomene	485
a)	Vorübergehende Unmöglichkeit	485
b)	Das Gesamtverhalten als soziale Verhaltenseinheit mehrerer natürlicher Verhaltensweisen	488
§ 12	Das Zurechnungsmerkmal als zweites Komplementärelement	491
I.	Einführung	491
II.	Zurechnung als rechtliche Wertung	492
	1. Prinzip der Normativität	492
	2. Keine zeitliche Zäsur zwischen Verhalten und Verletzung notwendig	493
III.	Tatbestandsstreckung und haftungsbegründende Kausalität im Leistungsstörungenrecht	494
IV.	Erfassung von erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten	498
V.	Zu den Kriterien der Zurechnung	498
	1. Äquivalente Kausalität	498
	a) Hinwegdenken des Verhaltens	498

b) Hinzudenken des dem Verhaltensprogramm entsprechenden Verhaltens	499
2. Adäquate Kausalität	501
3. Pflichtwidrigkeitszusammenhang	502
4. Schutzzweck der Pflicht	502
5. Zur Abgrenzung von Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung	503
§ 13 Das Fehlen von Rechtfertigungsgründen als Merkmal der Pflichtverletzung?	508
§ 14 Die allgemeine Formel der Pflichtverletzung	509
Fünftes Kapitel: Pflichtverletzungsrelevante Konkretisierungen	511
§ 15 Tatbestandliche Anknüpfungen an Pflichtverletzung und Leistungsstörung	511
I. Pflichtverletzungsabhängige Tatbestände	511
1. Schadensersatz gemäß §§ 280 ff. BGB	511
2. Schadensersatztatbestand der anfänglichen Unmöglichkeit gemäß § 311a II BGB	511
3. Aufwendungsersatz gemäß § 284 BGB	517
4. Schuldnerverzug und § 287 BGB	517
II. Leistungsstörungenabhängige Gläubigerrechte und sonstige Rechtsfolgen	517
1. Rücktritt, Minderung und Selbstvornahme	517
2. Kündigung	518
3. Störung der Geschäftsgrundlage	519
4. Annahmeverzug	520
III. Zu Regelungen im Besonderen Schuldrecht	520
§ 16 Zum System der §§ 280 ff. BGB	522
I. Einführung	522
II. Einheitspflichtverletzung versus Pflichttypisierung	523
1. Abstraktion und Klagesubstantiierung	523
a) Typisierung von Pflichtverletzungen als Folge ihrer „natürlichen Erscheinungsform“ aus dem Gläubigervortrag	524
b) Vortrag der Nichterfüllung ist nicht Vortrag der Leistungsstörung	525
c) Typisierungsnotwendigkeit im System der §§ 280 ff. BGB . .	528
2. Folge: § 280 I S. 1 BGB als Grundnorm jedes Pflichtverletzungstyps	531

III.	Ermittlung der pflichtverletzungsrechtlich relevanten Anspruchsgrundlage	533
	1. Differenzierungskriterium I: Schadenstyp	533
	2. Differenzierungskriterium II: Typisierung von Leistungspflichtverletzungen oder Leistungsstörungen	534
	3. Differenzierungskriterium III: Verschuldens- oder Garantiehftung	534
IV.	Prüfungssystem der Pflichtverletzung	535
	1. Verletzung als typisierungsentscheidendes Merkmal	536
	a) Verletzung von Leistungsinteresse und Integritätsinteresse, § 241 I, II BGB	536
	b) Zum Verletzungszeitpunkt und seiner prozessualen Geltendmachung	539
	2. Zur Dynamik des Pflichtverletzungstatbestands	540
	a) Einführung: Zur Fixierung der Pflichtverletzung auf bestimmte Zeitpunkte, insbesondere am Beispiel des Verzögerns	540
	b) Grenze der Pflicht, vor allem Unmöglichkeit und vorübergehende Unmöglichkeit	542
	aa) Teilunmöglichkeit und qualitative Unmöglichkeit	543
	bb) Vorübergehende Unmöglichkeit und Pflichtenkollisionen	544
	c) Weitere Konkretisierungen zu einzelnen Pflichtverletzungen	547
	aa) Nachträgliches Unmöglichmachen	547
	bb) Mahnungsunabhängiges Verzögern und Schlechtleisten	548
	cc) Herbeiführung der Unzumutbarkeit der Leistungsdurchführung?	549
	dd) Vorübergehendes Unmöglichmachen der Leistung und Verletzung des Anspruchs auf künftige Leistung	549
	ee) Grundsätzlich mahnungsabhängiges Verzögern	554
	ff) Pflichtverletzung bei Verletzung von Integritätsinteressen nach § 241 II BGB	558
	d) Kontrolle der Pflichtverletzungsdynamik über das Verletzungselement als besondere Herausforderung des Leistungsstörungsrechts	559
	e) Struktur des pflichtverletzungsrechtlichen Gesamtgeschehens	563
	3. Pflichtverletzung und Nachleistungspflicht	568
	a) Einführung	568
	b) Verhältnis ursprünglicher Pflichtverletzung zur Pflichtverletzung in Bezug auf die Verletzung des Anspruchs auf Nachleistung nach § 281 I S. 1 BGB	569
	aa) Zum Vorliegen zweier Pflichtverletzungen	569
	bb) Auslegung des § 281 I S. 1 letzter Halbsatz BGB	569

cc) Vergleich von § 281 BGB mit §§ 283, 286 BGB	573
dd) Die Nachfristversäumung nach § 281 I S. 1 BGB als im Grundsatz verschuldensunabhängige Haftungsvoraussetzung	575
ee) Zeitpunkt der Schadensermittlung und Äquivalenzbeziehung von Leistung und Gegenleistung	579
ff) Zum Verhältnis der Pflichtverletzungsdiskussion zur Schadensdiskussion	581
4. Kumulation von Pflichtverletzungen	586
a) Einführung	586
b) Unmöglichkeit nach ursprünglicher Pflichtverletzung	587
c) Sonstige Pflichtverletzungen nach ursprünglicher Pflichtverletzung	591
 Ergebnisse der Untersuchung	 595
 Schrifttum	 617
Sachregister	639

Einleitung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001¹ fand die Diskussion über Inhalt und Umfang der Neukonzeption und Umgestaltung des Schuldrechts ihr vorläufiges Ende. Der Gesetzgeber entschied sich für die sogenannte „große Lösung“. Er integrierte nicht nur die in deutsches Recht umzusetzenden Richtlinien.² Er nutzte zugleich die Gelegenheit, das Schuldrecht insgesamt zu überarbeiten. Seit 01.01.2002 sind die veränderten oder neu geschaffenen Regelungen in Kraft.

Im Zentrum steht der Tatbestand der Pflichtverletzung mit seiner Regelung in §280 I S.1 BGB. Dieser soll nach der gesetzlichen Konzeption „Dreh- und Angelpunkt“ eines modernen Schuldrechts sein, indem er die wesentliche Voraussetzung sämtlicher Rechte des Gläubigers eines Schuldverhältnisses bei Auftreten einer Leistungsstörung bildet.³ Es verwundert daher nicht, dass seit dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission⁴ sowie dem die Schuldrechtsmodernisierung vorbereitenden Gutachten von *U. Huber*⁵ über die Pflichtverletzung sowohl im Hinblick auf ihre Terminologie als auch ihr inhaltliches Verständnis kontrovers diskutiert worden ist und wird.

Aus der Kontroverse über den Inhalt der Pflichtverletzung hat sich in kurzer Zeit eine kaum noch zu überschauende Meinungsvielfalt entwickelt. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde in erster Linie noch darüber diskutiert, ob die Pflichtverletzung generell als verhaltensunabhängiges Erfolgsdefizit (Er-

¹ BGBl. I S. 3138.

² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Abl. EG Nr. L 171 S. 12), die Artikel 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Abl. EG Nr. L 178 S. 1); Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr (Abl. EG Nr. L 200 S. 35).

³ Fraktionsentwurf von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 14/6040, S. 153 ff. (Mit „Entwurf“ ist dieser Fraktionsentwurf gemeint).

⁴ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 1992 (im folgenden „Abschlussbericht“).

⁵ in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 647 ff.

folgskonzeption) zu begreifen ist oder ob sie inhaltlich – jedenfalls unter Geltung des Verschuldensprinzips – ein pflichtwidriges Verhalten (Verhaltenskonzeption) voraussetzt. Je länger das neue Schuldrecht gilt, desto mehr werden Einzelfragen der Pflichtverletzung diskutiert. Das ist zwar begrüßenswert; eine Rechtsordnung wird sich nach der Verständigung auf ein Grundprinzip mit – vor allem in der Praxis auftretenden – konkreten Fragen zu beschäftigen haben. Nur liegt es hier entscheidend anders.

Zunächst ist bis heute die Ausgangsfrage, ob eine Pflichtverletzung erfolgs- oder verhaltensabhängig zu verstehen ist, rechtswissenschaftlich nicht zufriedenstellend beantwortet worden. Seit Inkrafttreten des neuen Schuldrechts wird mehr oder weniger – vor allem von den Vertretern einer verhaltensunabhängigen Erfolgskonzeption – so getan, als sei die Antwort auf diese Frage durch die Kodifikation des neuen Schuldrechts gewissermaßen selbst gegeben worden. Da die Entwurfsverfasser – wie noch zu zeigen sein wird – eher ein verhaltensunabhängiges Pflichtverletzungsverständnis favorisiert haben, wird daraus wohl gefolgert, der Ansatz einer verhaltensorientierten Pflichtverletzung sei nicht weiter zu verfolgen.⁶ Das Gegenteil ist aber der Fall: Die Analyse der Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung und ihre hier noch vorzunehmende Einordnung in die Konzeption des Leistungsstörungenrechts wird zeigen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des Pflichtverletzungstatbestands in erster Linie andere Ziele verfolgte als die Einführung eines verhaltensunabhängigen Pflichtverletzungsverständnisses. Er hat den Tatbestand der Pflichtverletzung im Zusammenhang mit anderen Tatbestandsmerkmalen kodifiziert und dabei in einen leistungsstörungenrechtlichen Kontext eingeordnet. Dieser hat Auswirkungen auch auf das inhaltliche Verständnis der Pflichtverletzung. Insbesondere untersteht der Tatbestand der Pflichtverletzung in § 280 I S. 1 BGB auf Grund des Verweises in § 280 I S. 2 BGB auf § 276 BGB den Haftungsprinzipien von Verschulden und Garantie. Daher gilt es zu untersuchen, welchen Einfluss diese auf die Definition der Pflichtverletzung haben.

Dem Gesetzgeber ist nicht vorschnell zu unterstellen, er wäre seinem eigenen Haftungsverständnis – Verschulden als Regelprinzip – nicht treu geblieben. Gelangt man zu der Erkenntnis, dass das Verschuldensprinzip eine verhaltensorientierte Pflichtverletzung verlangt und können dabei sämtliche sonstigen inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers berücksichtigt werden, dann ist die

⁶ Exemplarisch *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § 22, Rn. 51, wenn es dort heißt, eine Pflichtverletzung verstanden als Nichterfüllung könne es bei der nachträglichen Unmöglichkeit eigentlich nicht geben, wenn die Leistungspflicht zuvor untergegangen ist. Gleichwohl habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass auch die Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit eine Pflichtverletzung begründen soll. *Benicke/Hellwig*, NJW 2014, S. 1697, S. 1698, meinen, es könne zwar kritisiert werden, dass der Gesetzgeber den Begriff der Pflichtverletzung für Nichterfüllungen von Leistungspflichten verwende, deshalb stehe es aber nicht zur Disposition des Rechtsanwenders, diesem einen anderen Inhalt zu geben.

Pflichtverletzung verhaltensorientiert auszulegen.⁷ Insoweit wird sich zeigen, dass (noch) kein Ausgleich zwischen der Idee von der Pflichtverletzung als weitgehend verhaltensunabhängigem Einheitstatbestand der Leistungsstörung und der Beibehaltung des Verschuldensprinzips gelungen ist. Gedanklich „in der Mitte“ steht dabei § 280 I S. 2 BGB als die Darlegungs- und Beweislast für das Vertretenmüssen bestimmende Regelung. Diesbezüglich wird ein Konflikt zwischen dem materiell-rechtlichen Inhalt der Pflichtverletzung und seiner Beweisbarkeit im Prozess aufzuarbeiten sein. Das bedeutet: Eine Lehre von der Pflichtverletzung muss sowohl materiell-rechtlich überzeugen, damit sich hieraus eine einheitliche Systematik des Leistungsstörungenrechts entwickeln kann, als auch gewährleisten, dass praktische Anwendungsfälle rechtssicher gelöst werden können. *Canaris* hat bereits auf die Bedeutung der Aufgabe hingewiesen, das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung vom Verschulden abzugrenzen, um die Anwendung der Beweislastverteilung des § 280 I S. 2 BGB zu ermöglichen.⁸

Die Untersuchung der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht darf sich daher nicht auf ihren materiell-rechtlichen Inhalt beschränken. Sie soll ebenso überprüfen, welche Folgen sich aus ihrem inhaltlichen Verständnis für die Darlegungs- und Beweislastverteilung ergeben. Das gilt umso mehr, da die Vertreter einer erfolgskonzipierten Pflichtverletzung eines ihrer wichtigsten Argumente gegen die verhaltensorientierte Sichtweise daraus gewinnen, dass ein Verhaltenselement als Bestandteil der Pflichtverletzung den Gläubiger in nicht hinnehmbare Beweisnöte bringen würde.⁹

Eine Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden, wie durch § 280 I S. 2 BGB angezeigt, setzt voraus, dass die Merkmale der Pflichtverletzung vor Prüfung des Verschuldens als Regelprinzip feststehen. Das hat vor allem zwei Gründe: Erstens lässt sich ein Verschulden nur auf die Pflichtverletzung *beziehen*, wenn zuvor ermittelt worden ist, welche Merkmale eine Pflichtverletzung hat. Denn Kriterien von Wissen und Wollen, Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit benötigen einen Bezugspunkt. Zweitens wird sich ein Schuldner nicht nach § 280 I S. 2 BGB entlasten können, wenn er nicht weiß, hinsichtlich welcher Merkmale der Pflichtverletzung er den Beweis darüber antreten soll, ob ihm ein Verschuldensvorwurf zu machen ist.

Überdies resultiert aus der Unsicherheit darüber, welchen Inhalt die Pflichtverletzung hat, die Schwierigkeit, dass sich anschließend ergebende Einzelfragen schlecht beantworten lassen. Das lässt sich exemplarisch am Verständnis

⁷ Zum Zusammenspiel der einzelnen Kriterien der Auslegung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 312 ff.

⁸ *Canaris*, JZ 2001, S. 499, S. 512, S. 522 f.

⁹ *Canaris*, JZ 2001, S. 499, S. 512; *Faust* in: Festschrift *Canaris* 2007, Band I, S. 219, S. 226; *Ernst* in: Münchener Kommentar, § 280 BGB, Rn. 17; aber auch *U. Huber* in: *Eckert/Delbrück*, S. 23. S. 44.

der Entwurfsbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung¹⁰ zu den Pflichten gemäß § 241 II BGB darstellen. Wie noch gezeigt werden wird¹¹ kommt der Entwurf hier – ohne nähere Begründung – zu einem verhaltensbezogenen Pflichtverletzungsverständnis. Insoweit ist fraglich, ob darin eine Ausnahme zu einer grundsätzlichen Erfolgsbezogenheit der Pflichtverletzung liegt oder eine bloß anders verstandene weitere Regel. Es nützt nichts, bei den Pflichten im Sinne des § 241 II BGB darüber zu diskutieren, ob ihre Verletzung nur durch ein Verhalten möglich ist, wenn im Grundsätzlichen nicht geklärt ist, ob eine Pflichtverletzung unter dem Verschuldensprinzip eine verhaltensbezogene ist oder nicht. Im ersten Falle wäre der Ansatz bezüglich der Pflichten im Sinne des § 241 II BGB eine Anwendung der Grundregel, im zweiten Falle müsste eine Ausnahme begründet werden können.

Die Idee von der Pflichtverletzung, verstanden als verhaltensunabhängige Nichterfüllung, hat von Beginn an zu Missverständnissen geführt, weil der Eindruck entstehen konnte, aus der Orientierung an internationalen Regelwerken, allen voran am UN-Kaufrecht, müssten sich auch für das vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewählte Haftungssystem – Verschuldens- oder Garantiehaftung – Rückschlüsse auf den Inhalt der Pflichtverletzung ergeben.¹² So verwundert es nicht, wenn sich im Entwurf dazu keine grundlegenden Ausführungen finden. Letztlich stehen in den Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung die Vorstellung von der Pflichtverletzung als verhaltensunabhängige Nichterfüllung und die Betonung des Verschuldensprinzips als Regelprinzip¹³ weitgehend beziehungslos nebeneinander. Es fehlt eine Antwort auf die sich aufdrängende Frage, wie sich eine verhaltensunabhängige Nichterfüllung mit dem Verschuldensprinzip als Regelprinzip verträgt. Hierin liegt ein wesentli-

¹⁰ Eine Zusammenstellung der Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung bringt *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002. Das wichtigste Dokument in diesem Zusammenhang stellt der Fraktionsentwurf von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 14/6040) dar (dieser ist textidentisch mit dem Entwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 14/6857 = BR-Drucks. 338/01). In diesem Entwurf sind die wesentlichen Beweggründe zur Schuldrechtsmodernisierung und Begründungen zu den neuen Regelungen im Einzelnen niedergelegt. Insbesondere finden sich dort die für das weitere Gesetzgebungsverfahren maßgeblichen inhaltlichen Ausführungen zum Verständnis der Pflichtverletzung. Eine Erforschung des nunmehr seit dem 01.01.2002 gesetzlich geltenden Schuldrechts muss diese daher berücksichtigen. Im Folgenden wird mit dem Begriff „Entwurf“ die BT-Drucks. 14/6040 bezeichnet. Bei der Darstellung wird von der aktuellen Fassung des BGB ausgegangen und dementsprechend werden die Paragraphen mit dem Hinweis auf das BGB zitiert. Diese stimmen überwiegend mit dem Wortlaut der Normen im Entwurf überein. Abweichungen und Unterschiede zwischen dem Entwurf und der aktuellen Fassung des BGB sowie zu sonstigen Materialien der Schuldrechtsmodernisierung werden – soweit für die Untersuchung relevant – herausgestellt.

¹¹ Unten § 1, II, 1, c.

¹² Auf diesbezüglich drohende Fehlschlüsse ist in der Literatur schon früh hingewiesen worden; *Schapp*, JZ 1993, S. 637, S. 638 ff.; vor der Diskussion um eine Schuldrechtsmodernisierung *Löwisch*, AcP 165 (1965), S. 421 ff.

¹³ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 134 ff.

ches Versäumnis der Schuldrechtsmodernisierung. Vereinzelt Stimmen,¹⁴ die bereits vor Kodifizierung der neuen Regelungen darauf hingewiesen hatten, dass eine Pflichtverletzung unter Geltung des Verschuldensprinzips womöglich einen anderen Inhalt hat als bei einem Garantieprinzip, sind bei Abfassung der Überlegungen zur Neufassung des Leistungsstörungenrechts in den Gesetzesmaterialien¹⁵ nicht berücksichtigt worden.

Damit blieb eine Grundfrage erneut ungeklärt, nämlich diejenige nach der Existenz und Reichweite leistungsstörungenrechtlichen Unrechts. Dies ist kein Problem, welches durch die Schuldrechtsmodernisierung neu geschaffen worden wäre. Ganz im Gegenteil: Es wird sich zeigen, dass die Motive des Bürgerlichen Gesetzbuchs nahezu selbstverständlich neben den drei Unrechtsbeschreibungen in den deliktischen Generalklauseln der §§ 823 I, II, 826 BGB eine vierte Unrechtmäßigkeit kennen, die in einer *verhaltensbezogenen* Vertragsrechtswidrigkeit liegt.¹⁶ Diese ist seit Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nie in gleicher Weise beachtet worden wie die deliktsrechtlichen Unrechtmäßigkeiten. Diskussionen hierüber haben nur in Ansätzen stattgefunden, sich nur auf Einzelfälle bezogen oder sind sogar bei umfangreichen Untersuchungen weitgehend ausgenommen worden. Dies, obwohl sie thematisch nicht auf das Deliktsrecht begrenzt gewesen sind.¹⁷ Eine allgemeine Lehre zur Bestimmung pflicht- sowie rechtswidriger und damit unrechtmäßiger Verhaltensweisen unter Berücksichtigung sämtlicher Typen von Leistungsstörungen ist nicht entwickelt worden.¹⁸ *Löwisch* wies zu einer Zeit, als die deliktsrechtliche Unrechtsdiskussion in vollem Gange war, auf den Zusammenhang von Verschuldensprinzip und Unrecht und der damit notwendigen verhaltensorientierten Sichtweise von Forderungsverletzungen hin.¹⁹ Umso erstaunlicher ist es, wenn dies trotz Geltung des Verschuldensprinzips als Regelprinzip in der aktuellen Debatte über die Pflichtverletzung zumeist ausgeblendet wird.²⁰ Hier scheint es schon eher konsequent, *de lege lata* oder *de lege ferenda* ein System der Garantiehaftung für das deutsche Leistungsstörungenrecht vorzusehen.²¹

Nach einer grundsätzlichen Bestimmung des Inhalts einer Pflichtverletzung ist zu klären, ob sämtliche Gläubigerrechte an eine einheitlich verstandene Pflichtverletzung anknüpfen können, selbst wenn diese ein Vertretenmüssen

¹⁴ *Schapp*, JZ 1993, S. 637, S. 638 ff.; *derselbe*, JZ 2001, S. 583 ff.; S. 587.

¹⁵ Eine Zusammenstellung dieser bringt *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002.

¹⁶ *Mugdan*, II. Band, S. 406.

¹⁷ Grundlegend *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung; *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Dazu unten § 5, III, 2.

¹⁸ Zu diesem Befund gelangt ebenfalls *Schapp*, JZ 2001, S. 583.

¹⁹ *Löwisch*, AcP 165 (1965), S. 421 ff.

²⁰ Unten § 2.

²¹ *Schneider*, Abkehr vom Verschuldensprinzip?; *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag. Diesen Ansätzen ist später nachzugehen; dazu § 4, III.

nicht voraussetzen. Diesbezüglich ist zu erörtern, ob sich Pflichtverletzung und Leistungsstörung inhaltlich decken.

Es wird sich weiter zeigen, dass sich aus der Grundidee der verhaltensunabhängigen Nichterfüllung als Pflichtverletzung ein Nebeneinander von abstrakter Nichterfüllung und leistungsstörungenrechtlicher Typisierung²² ergibt. Das ist durch die kodifikatorische Zusammenlegung der Typen von Leistungsstörungen „auf engem Raum“ vor allem in den §§ 280 ff. BGB verursacht worden. Insbesondere das Verhältnis von abstrakter Nichterfüllung zur Typisierung von Leistungsstörungen, derer es nach der Entwurfsbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung bedarf, um die für bestimmte Schadensarten relevanten Voraussetzungen zu ermitteln,²³ ist unklar. Beeinflusst eine Typisierung von Leistungsstörungen nicht den Inhalt der Pflichtverletzung?

Um die aufgeworfenen Fragen beantworten zu können, ist es zuerst notwendig, die Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung auf ihr inhaltliches Ver-

²² Die Verwendung der Ausdrücke „Typus“ oder „Typisierung“ entspricht der in der Methodenlehre üblichen Denkform vom Typus im Unterschied zum feststehenden (allgemeinen) Begriff; *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 237 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 135 ff., S. 218 ff., S. 275, S. 301 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 146 ff.; *Hassemer*, Tatbestand und Typus; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, S. 129 ff., 202 ff. Das BGB kennt keine abschließenden Begriffe für Leistungsstörungen oder Pflichtverletzungen. Zentrale Regelungen in §§ 280 ff., 323 ff. BGB mit Formulierungen wie „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis“, „Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt“, „Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2“, „Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten“ oder auch die Rechte des Käufers bei Mängeln in § 437 sowie des Bestellers in § 634 BGB enthalten selbst innerhalb ihres Anwendungsbereichs keine abschließenden Merkmale, die eine Subsumtion unter Begriffe von Leistungsstörungen oder Pflichtverletzungen ermöglichen würden. Im komplexen System des Leistungsstörungenrechts bedarf es einer normativen Zuordnung der Lebenssachverhalte zu einem Rechtsnormtatbestand. Das wird auch eine Analyse der Diskussion um die Pflichtverletzung unten unter § 1 und § 2, die lebensstatsächliche Erscheinungsformen von Störungen im Schuldverhältnis den Rechtsnormen ganz unterschiedlich zuordnet, zeigen. Die Erscheinungsformen von leistungsstörungenrechtlich relevanten Lebenssachverhalten sind so vielfältig, dass sie nicht in wenigen abschließenden Begriffen abgebildet werden können. Mag beispielsweise eine Unmöglichkeit idealtypisch darin liegen, dass der Schuldner eine Leistung tatsächlich nicht erbringen kann, bedarf es schon weiterer, nicht feststehender Kriterien, um die Fälle praktischer und moralischer Unmöglichkeit (siehe nur die in § 275 II und III BGB verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe) einem solchen Typus zuordnen zu können. Auch fragt sich, ob die „wirtschaftliche Unmöglichkeit“ zur Leistungsstörung Unmöglichkeit oder zum Wegfall der Geschäftsgrundlage gehört; hierzu der Diskurs zwischen *Canaris*, JZ 2001, S. 499, S. 501 und *Picker*, JZ 2003, S. 1035 ff. Offen ist auch die Einordnung beim Verstreichenlassen der Frist zur Nacherfüllung als Leistungsverzögerung oder Schlechtleistung, der vorübergehenden „Unmöglichkeit“ als Leistungsverzögerung oder Unmöglichkeit; dazu unten unter § 2, V, 2, c. Gerade Erscheinungsformen, die Mischfälle oder atypisch sind, belegen die Notwendigkeit des Typusdenkens und zeigen dessen Flexibilität (wie es *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 301 ff. am Beispiel der Einordnung der Schuldverträge als Typen zeigt).

²³ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 ff.

ständnis der Pflichtverletzung zu überprüfen. Daran anknüpfend folgt eine Systematisierung der in der Literatur vertretenen Auffassungen zur Pflichtverletzung. Auf eine in zeitlicher Hinsicht noch vor den Materialien ansetzende historische Darstellung der Pflichtverletzung wird verzichtet.²⁴ Die folgende Untersuchung verfolgt insoweit einen anderen Weg. Eine Lehre von der Pflichtverletzung muss sich in erster Linie aus der geltenden Systematik des bürgerlichen Rechts entwickeln. Sie ist auf den rechtlich-systematischen Kontext der leistungsstörungenrechtlichen Regeln des BGB angewiesen. Ausgangspunkt der Untersuchung ist damit das geltende Gesetz. Im Kontext seiner Untersuchung wird die Diskussion aus der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung zu berücksichtigen sein.

Es wird sich dementsprechend zeigen, dass eine Lehre von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht nicht umhinkommt, ihren haftungsrechtlichen Kontext zu berücksichtigen. Unter Geltung des Verschuldensprinzips ist die Pflichtverletzung inhaltlich von einem Verhaltenselement abhängig. Diese These von der verhaltensbezogenen Pflichtverletzung wird weiter dahingehend konkretisiert werden, dass, unter Berücksichtigung des Wertbezugs von Unrecht und Schuld, die Prüfung eines Verhaltensmerkmals nicht an beliebiger Stelle, sondern als Bestandteil der Pflichtverletzung und als Element eines leistungsstörungenrechtlichen Unrechts zu erfolgen hat.

Daran anknüpfend können die inhaltlichen Merkmale der Pflichtverletzung im Einzelnen entwickelt werden. Damit verbunden ist eine Typisierung von Pflichtverletzungen. Es wird sich zeigen, dass bislang vertretene Ansätze ihre Prinzipien regelmäßig nur in Bezug auf bestimmte Typen von Pflichten oder Typen von Leistungsstörungen entwickeln oder gewonnene Erkenntnisse nicht für alle Typen von Leistungsstörungen „durchdeklinieren“. Dies lässt sich vor allem dort beispielhaft zeigen, wo der erfolgsbezogene Ansatz auf die Verletzung von erfolgsbezogenen Pflichten abstellt, da sich diesbezüglich ein verhaltensunabhängiges Erfolgsdefizit vermeintlich einfacher beschreiben lässt, oder wo Vertreter eines verhaltensbezogenen Ansatzes die Fälle nachträglicher Unmöglichkeit bemühen, um die Herbeiführung der Unmöglichkeit als Pflichtverletzung zu identifizieren. Eine Lehre von der Pflichtverletzung ist aber nur dann allgemeingültig, wenn sie für sämtliche Typen von Pflichten und unter Berücksichtigung sämtlicher Typen von Leistungsstörungen gelten kann.

Insgesamt liegt in der Unterschiedlichkeit von Pflichten, von Leistungsstörungen und von Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen – beim Recht auf Schadensersatz durch die Regelung verschiedener Schadensarten noch weiter ausdifferenziert – die besondere Herausforderung der Entwicklung einer Lehre

²⁴ Eine historische Untersuchung zur Verwendung der Pflichtverletzung findet sich bei *Anders*, Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungenrechts als Modell de lege feranda, S. 84 ff.

von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht. In diesem Zusammenhang wird darzulegen sein, dass sich die Pflichtverletzung nicht in einem Verhaltenselement erschöpfen kann, sondern zur vollständigen Erfassung leistungsstörungenrechtlicher Fallkonstellationen noch weiterer Elemente bedarf.

Schließlich sind zusätzliche pflichtverletzungsrelevante Konkretisierungen vorzunehmen, die sich vor allem aus der Systematik der §§ 280 ff. BGB ergeben. Es soll versucht werden, die dogmatischen Grundstrukturen der Lehre von der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht für die Anwendung im Einzelfall nutzbar zu machen.

Eine Lehre von der Pflichtverletzung ist von einzelnen dogmatischen Prinzipien abhängig. Einerseits sind dies solche, die (mittlerweile) in der wissenschaftlichen Diskussion weitgehend anerkannt sind. Insoweit kann an Bestehendes angeknüpft werden. Andererseits sind, wo dies notwendig ist, begonnene Kategorisierungen abzuschließen oder auch neue zu bilden. Bekannte haftungsrechtliche Prinzipien können für den Kontext des Leistungsstörungenrechts und für die Entwicklung einer Lehre von der Pflichtverletzung nutzbar gemacht werden. Im Übrigen gibt es Rechtsfragen im Leistungsstörungenrecht, deren Beantwortung auch für die Bestimmung einer Pflichtverletzung bedeutsam sind, bei denen die jeweils vertretene Auffassung allerdings nichts an den abstrakten Inhaltsmerkmalen der Pflichtverletzung ändert. Beispielsweise lässt sich über die Typisierung von Pflichten und ihre Abgrenzung zueinander streiten, ohne dass diese für die Merkmale von Pflichtverletzungstatbeständen relevant wären. Besteht beispielsweise Uneinigkeit darüber, ob eine bestimmte Pflicht als Leistungspflicht oder als sonstige Pflicht im Sinne des § 241 II BGB einzuordnen ist, besagt diese Einordnung nichts darüber, welche inhaltlichen Merkmale eine Pflichtverletzung ausmachen, wenn diese sowohl für Leistungs- als auch für Nichtleistungspflichten identisch sind. Es läge nur ein anderer Pflichtverletzungstyp in Form beispielsweise einer Verletzung einer Pflicht im Sinne des § 241 II BGB vor. Diesbezüglich setzt sich die Pflichttypisierung bei der Pflichtverletzungstypisierung fort.

Eine Diskussion über leistungsstörungenrechtliches Unrecht ist keine Diskussion darüber, ob deliktsrechtliche Prinzipien in das Leistungsstörungenrecht zu übernehmen sind. Freilich weist das Deliktsrecht im Vergleich zum Leistungsstörungenrecht Besonderheiten auf, die es zu beachten gilt. Das hat aber weniger mit der These zu tun, dass eine Verschuldenshaftung ein verhaltensbezogenes Unrecht sowohl im Delikts- als auch im Leistungsstörungenrecht verlangt. Insoweit wird herauszuarbeiten sein, dass das Prinzip vom verhaltensbezogenen Unrecht unter Geltung einer Verschuldenshaftung auch für das Leistungsstörungenrecht gilt.

Insgesamt geht es der hiesigen Untersuchung nicht um eine Einzelfallaufzählung denkbarer Pflichtverletzungen, sondern um die Charakterisierung der Merkmale der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht.

Erstes Kapitel

Die Diskussion der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht

§ 1 Die Pflichtverletzung nach den Materialien¹ der Schuldrechtsmodernisierung

I. Pflichtverletzung als Grundtatbestand im Leistungsstörungenrecht

Im Zentrum des Entwurfs der Schuldrechtsmodernisierung stehen die Ausführungen zur Pflichtverletzung, einem Begriff, der neu in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt worden ist. Danach soll die Pflichtverletzung der Grundtatbestand für „die Rechte des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung“ sein.² Prägend für das Verständnis der Pflichtverletzung im Entwurf sind die Ausführungen zu den Schadensersatztatbeständen der §§ 280 I S. 1 bis 283 BGB. Bereits im zur Erläuterung der Leistungsstörungsvorschriften einleitenden Teil wird auf die besondere Bedeutung der Pflichtverletzung für die Schadensersatzansprüche des Gläubigers hingewiesen.³ Grundsätzliche Begründungen zur Einführung des Pflichtverletzungstatbestands finden sich in der Vorbemerkung zu den §§ 280 ff. BGB.⁴ In den folgenden Einzelerläuterungen der §§ 280 bis 283 BGB enthält der Entwurf mehr oder weniger ausführliche Bemerkungen zum Verständnis der Pflichtverletzung.⁵ Bei den Einzelbegründungen der neben dem Schadensersatz stehenden Rechte des Gläubigers im Falle einer Leistungsstörung finden sich inhaltliche Darlegungen zur Pflichtverletzung kaum noch. Hier greift der Entwurf weitgehend und mit einer gewissen Selbstverständlichkeit auf die Grundlegung der Pflichtverletzung im Rahmen der Schadensersatzregelungen zurück. Gleichwohl sind es vor allem der Rücktritt gemäß §§ 323 bis 326 BGB, der Aufwendungsersatz gemäß § 284 BGB sowie die besonderen

¹ Oben Einleitung, Fn. 10.

² *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 92 rechte Spalte, 2. Absatz.

³ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 92 rechte Spalte, 2. bis 5. Absatz; S. 93 linke Spalte, 2. bis 5. Absatz.

⁴ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 133 bis S. 135.

⁵ Vergleiche *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 bis S. 142.

Rechte des Gläubigers im Kauf- und Werkvertragsrecht in Form von Nacherfüllung gemäß § 439 BGB und § 635 BGB, Selbstvornahme gemäß § 637 BGB und schließlich der Minderung gemäß § 441 BGB und § 638 BGB, die als nicht-schadensersatzrechtliche Gläubigerrechte ebenfalls eine Pflichtverletzung voraussetzen sollen.⁶

Von dieser Prämisse ausgehend bedarf es zunächst eines Blicks auf die Schadensersatztatbestände der §§ 280–283 BGB sowie des § 311a II BGB. Im Anschluss daran wird auf die sonstigen nichtschadensersatzrechtlichen Rechte des Gläubigers zurückzukommen sein.

II. Pflichtverletzung bei den Schadensersatztatbeständen

1. Pflichtverletzung nach § 280 I S. 1 BGB

a) Terminologie der Pflichtverletzung

Nach dem Entwurf fasst die Pflichtverletzung in § 280 I S. 1 BGB als Oberbegriff alle Arten von Leistungsstörungen zusammen.⁷ Damit wird der systematische Ausgangspunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wie es bis zum 01.01.2002 galt, verändert. Bei den Schadensersatzansprüchen wird nicht mehr von Beginn an nach verschiedenen Typen von Leistungsstörungen differenziert, sondern ein grundsätzlich einheitlicher Tatbestand des Schadensersatzes für alle Leistungsstörungen geschaffen.⁸ Ausnahme insoweit stellt nach dem Entwurf lediglich die anfängliche Unmöglichkeit dar. Hier findet sich der Anspruch auf Schadensersatz in § 311a II S. 1 BGB.⁹ Damit schafft der Entwurf mit § 280 I S. 1 BGB eine zentrale Haftungsnorm, die das Gewicht einer Generalklausel erhält. Ein Gedanke, der – so der Entwurf – modernen Vertragsrechtsprinzipien, insbesondere dem UN-Kaufrecht, immanent sei.¹⁰

Die Gestaltung einer solchen Generalklausel im Leistungsstörungenrecht verlangte aber nach einem geeigneten Oberbegriff, der die einzelnen Typen von Leistungsstörungen in sich vereinigt. Insbesondere sollte die positive Forderungs- oder Vertragsverletzung nicht als eine neben die Unmöglichkeit und den Verzug tretende dritte Kategorie der Leistungsstörung kodifiziert werden.¹¹ Der Entwurf übernimmt den von *U. Huber*¹² vorgeschlagenen Oberbegriff der Nichterfüllung der Terminologie nach nicht. In Fällen des Verzugs und der

⁶ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 92 rechte Spalte, 2. Absatz.

⁷ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 133 rechte Spalte, 4. Absatz.

⁸ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 linke Spalte, 4. Absatz.

⁹ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 linke Spalte, 4. Absatz; S. 135 rechte Spalte, 3. Absatz.

¹⁰ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 135 rechte Spalte, 3. Absatz.

¹¹ *Entwurf*, BT-Drucks. 14/6040, S. 133 linke Spalte.

¹² in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 647, S. 699 ff.

Sachregister

- Äquivalenzbeziehung 579f.
- Alternative Haftung 89
- Annahmeverzug 520
- Anspruch 213
- Arbeitsleistung 387
- Auslegung
 - Ergänzende Vertragsauslegung 155f.
 - Pflichtverletzungstatbestand 240ff.
 - Verschuldensprinzip 152ff.
 - Vertragsabrede Verschuldenshaftung 168ff.
- Aufwendungsersatz 110, 517

- Behandlungsfehler 309
- Behauptungslast 290ff.
- Bestimmungsnorm 197ff.
- Betriebsausfallschäden 94f.
- Beweislast
 - differenzierte Beweislastverteilung 151f., 288ff., 300ff.
 - Erfüllungsanspruch 330ff.
 - Lehre vom Gefahrenbereich 296ff., 325ff.
 - sekundäre 290ff., 325ff.
 - Sphärengedanke 295
 - verhaltensbezogene Pflichtverletzung 305ff.
 - Verschuldenshaftung 293ff.
 - Vertretenmüssen 332ff.
- Bewertungsnorm 197ff.

- CISG 135ff., 161ff., 234ff., 261
- Common law 268
- Culpa in contrahendo 121

- Darlegungslast
 - Erfüllungsanspruch 330ff.
 - Lehre vom Gefahrenbereich 296ff., 325ff.
 - objektive 290
 - sekundäre 290ff., 325ff.
 - Sphärengedanke 295
 - subjektive 290
 - verhaltensbezogene Pflichtverletzung 305ff.
 - Verschuldenshaftung 293ff.
 - Vertretenmüssen 332ff.
- Defensivschutz 455
- Deliktsfähigkeit 251
- Doppelanknüpfung 99

- Einheit der Obligation 148ff.
- Entschuldigungsgründe 287f.
- Erfolgsorientierte Pflichtverletzung
 - Abstraktion Leistungsstörung und Pflichtverletzung 389ff.
 - Abstraktion Unmöglichkeit und Verzögerung 392ff.
 - Auslegung Pflichtverletzungstatbestand 240ff.
 - Bezugspunkt Verschuldensprüfung 228ff.
 - Grundkonzeption 12ff., 42ff., 109
 - Leistungsverweigerungsrechte 350ff.
 - Prüfung Rechtfertigung 258f.
 - Typisierung Leistungspflichtverletzungen 391f.
 - Verhaltensbezug § 241 II BGB 379
 - verschuld bare Umstände 226f.
- Erfolgsunrecht
 - Bewertung von Verhalten 174ff.
 - Prüfung Rechtfertigung 258f.
 - Zuordnung Pflichtverletzungskonzeptionen 183ff.

- Erfüllungsanspruch
 – Beweislast 330 ff.
 – Darlegungslast 330 ff.
 – Surrogation 331 f.
 Erfüllungsgehilfe 362 ff.
 Erfüllungsverhalten 214 ff.
 Erfüllungszurechnung 361 ff.
 Ergänzende Vertragsauslegung 155 f.
 Erlaubnisgrund 253 f.
- Fahrlässigkeit
 – Inhalt 131 ff.
 – Handlungsbezogenheit 223 f.
 Fristsetzung
 – Entbehrlichkeit 90
- Garantiehaftung 106 f., 166 ff., 227, 233 f.
 Garantieprinzip 135 ff., 157, 234 ff., 266 f.
 Gesamttatbestand 171
 Gesamtverhalten 488 ff.
- Haftung
 – deliktsrechtliche 126 ff.
 – Haftungsausfüllung 503 ff.
 – Haftungsbegründung 503 ff.
 – leistungsstörungsrechtliche 126 ff.
 – verhaltensbezogene Regelhaftung 170 ff.
 Haftungsprinzip 119 ff., 126 ff.
 Handlungseinheit 89 f.
 Handlungslehre
 – finale 176 ff., 192 f.
 – kausale 176 ff., 191 f.
 – sozial-normative Verhaltenslehre 178 f., 193 f.
 – Zusammenhang Rechtswidrigkeitslehren 190 ff.
- Ikea-Klausel 469 f.
 Indikationsmodell 189
 Integritätsinteresse 97, 536 ff., 558 f.
 Integritätsschaden 98 f.
- Kausalhaftung 225 f.
 Kausalität
 – adäquate 501
 – äquivalente 498 ff.
 – haftungsausfüllende 503 ff.
- haftungsbegründende 494 ff.
 Klagesubstantiierung 523 ff.
 Kohärenz 338 ff.
 Kombinationsmodelle Pflichtverletzung 48 ff.
 Kündigung 518 f.
 Kumulative Haftung 88 f.
- Lehre vom Gefahrenbereich 296 ff.
 Leistungsebene 203 ff.
 Leistungserfolgsabweichung 80 f.
 Leistungsinteresse 470 ff., 536 ff.
 Leistungspflicht 203 ff.
 Leistungsstörung
 – Gläubigerrechte 517 ff.
 – Grundlagen 119 ff.
 – Nichterfüllung 265 f., 525 ff.
 – Typisierung 400 ff.
 – Verletzung 440 f.
 Leistungsstörungsrecht 119 ff.
 Leistungsverhalten 209 ff.
 Leistungsverhaltensabweichung 81 f.
 Leistungsverweigerungsrecht 349 ff.
 Leistungsverzögerung 372 f.
- Mahnung
 – mahnungsunabhängiges Verzögern 409
 – und Pflichtverletzung 405 ff.
 – Verzicht 65
 Mangelfolgeschaden 98 ff.
 Materialien Schuldrechtsmodernisierung 9 ff., 289, 296 ff.
 Minderung 109, 517
- Nacherfüllung 23 ff., 84
 Nachleistungspflicht 568 ff.
 Nebenpflichten 14 f., 366 ff.
 Nichterfüllung 135 ff., 166 ff., 237 ff., 264 f., 380 ff., 525 ff.
 Nichterfüllungszurechnung 361 ff.
 Nichtleistung 63 ff.
 Nichtleistungsebene 205 ff.
 Nichtleistungsinteresse 470 ff.
 Nichtleistungspflicht 205 ff.
 Nichtleistungsverhalten 209 ff.
 Negligence 163
 Non-Performance 137, 163

- Objektive Vertragshaftung 146f.
- Pflicht
- Erfolgsbezogenheit 211f., 216f., 378ff., 450ff.
 - Horizontalität 472f.
 - nichtleistungsbezogene 103f.
 - Pflichtgrenze 542ff.
 - und Pflichtverletzung 123f., 542ff.
 - und Sorgfalt 287f.
 - Verhaltensbezogenheit 211f., 216f., 378ff., 450ff.
 - Verhaltensprogramm 337ff.
 - Vertikalität 473ff.
- Pflichtenkollisionen 544ff.
- Pflichtverletzung
- Abgrenzung Leistungsstörung 370ff.
 - Abgrenzung Verschulden 270ff.
 - Alternative Haftung 89
 - Anspruchsgrundlagen 533ff.
 - Aufwendungsersatz 27
 - Auslegung Pflichtverletzungstatbestand 240ff.
 - Beweislast 288ff.
 - Darlegungslast 288ff.
 - Dauertatbestand 66f.
 - „doppelte“ 93, 569ff.
 - Einheitspflichtverletzung 523ff.
 - erfolgsbezogene Pflicht 382ff.
 - Erfolgsorientierung 12ff., 42ff., 109
 - Gesamtverhalten 488ff.
 - Handlungseinheit 89f.
 - Kaufvertrag 21f., 92
 - Klagesubstantiierung 523ff.
 - Kombinationsmodelle 48ff.
 - Kumulation 586ff.
 - Kumulative Haftung 88f.
 - Leistungspflichtverletzung als Sorgfaltspflichtverletzung 477ff.
 - Leistungsverweigerung 350ff.
 - Leistungsverzögerung 372f.
 - Merkmale 337ff.
 - Minderung 27
 - mittelbares Verhalten 482ff.
 - Nacherfüllung 23ff., 93
 - Nachleistungspflicht 568ff.
 - nichtleistungsbezogene Pflichten 103f., 558f.
 - objektive Pflichtverletzung 281f.
 - Ordnungssystem 470ff.
 - Prüfungssystem 535ff.
 - Qualitative Abweichung 79ff.
 - Rechtfertigungsgründe 508
 - Rechtsfiktion 340ff.
 - Rücktritt 25ff.
 - Schlechtleisten 412ff.
 - Selbstvornahme 28
 - soziale Verhaltenseinheit 488ff.
 - Systematisierung 522ff.
 - Tatbestände 511ff.
 - Terminologie 10ff., 31f.
 - Tun 416ff.
 - Typisierung 56ff., 370ff., 399ff., 523ff.
 - und Pflicht 123f., 338ff.
 - und Schaden 581ff.
 - und Verschulden 221ff.
 - unmittelbares Verhalten 482ff.
 - Unmöglichmachen 403f., 547
 - Unterlassen 416ff., 482ff.
 - Unterlassungstat 419ff.
 - Verhältnis zu §§ 280 II ff. BGB 15ff., 38ff., 54ff.
 - Verhaltensbewertung 355ff., 396ff., 425ff.
 - verhaltensbezogene Pflicht 382ff.
 - Verhaltenselement 219ff., 264ff., 337ff.
 - Verhaltensorientierung 45ff., 110, 337ff.
 - Verhaltensprüfung 358ff.
 - Verhaltenszurechnung 361ff.
 - Verletzungselement 438ff.
 - Verzögern 404ff., 540ff., 548, 554ff.
 - weitere Verhaltenspflicht 415f.
 - Werkvertrag 21f., 92
 - Zurechnungsmerkmal 491ff.
- Pflichtwidrigkeitszusammenhang 502
- Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung 78, 300ff.
- Primärebene 361ff.
- Principles of European Contract Law 139, 161ff., 260f.
- Rechtfertigung
- Garantie 260ff.
 - im Leistungsstörungenrecht 253ff.
 - verhaltensbezogene Rechtswidrigkeit 256f.

- Rechtsfiktion 341 ff.
 Rechtswidrigkeit
 – Abgrenzung Pflichtwidrigkeit 188 ff.
 – Bestimmungsnorm 197 ff.
 – Bewertungsnorm 197 ff.
 – Indikatoren 476 f.
 – Kombinationsmodell 176 ff., 199, 451 ff.
 – Rechtfertigung 253 ff.
 – Rechtfertigungsgründe 508
 – Rechtswidrigkeitslehren 174 ff., 248
 – Schutzzweck 449
 – subjektive 376 ff.
 – und Handlungslehren 176 ff., 190 ff.
 – und Leistungsstörungsrecht 180 ff.
 – Verhalten 245 ff.
 – verhaltensbezogenes Kombinationsmodell 454 ff.
 – Verhaltensnorm 451 ff.
 – Verhaltensprogramme 200 ff., 425 ff.
 – verkehrsrichtiges Verhalten 455 ff.
 – Zustände 245 ff.
 Rücktritt 25 ff., 109, 517
- Schaden 442 ff.
 Schadensermittlung 579 ff.
 Schadensersatz 511 ff.
 Schlechterfüllung 77
 Schlechtleisten 412 ff.
 Schlechtleistung
 – Konzeptionen 101 ff.
 – Qualitative Abweichung 77 ff.
 – und Schlechtleisten 414 f.
 – und Unmöglichkeit 91 ff.
 – ursprüngliche 86
 – und Verzögerung 94 ff.
 Schuld
 – und Unrecht 242 ff.
 Schuldtheorie 190 ff.
 Schuldunfähigkeit 251 ff., 287
 Schuldverhältnis 122, 208, 214, 346
 Schutzzweck der Norm 369, 447 f.
 Schutzzweck der Pflicht 502
 Sekundärebene 346 f., 361 ff.
 Selbstvornahme 517
 Sorgfalt
 – äußere 271 f., 275 ff., 283 ff.
 – im Verkehr erforderliche 223, 271 f.
- innere 273 f., 275, 277 ff., 283 ff.
 Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten 377
 Soziale Verhaltenseinheit 488 ff.
 Specific performance 150
 Stellvertretendes commodum 109
 Störung der Geschäftsgrundlage 519 f.
 Subjektive Rechtswidrigkeit 376 ff.
 Substantiierungslast 291 ff.
- Tatbestand
 – Begriff 171
 – Objektiver Tatbestand 171
 – Subjektiver Tatbestand 172
 Tatbestandliche Abstraktion
 – normexterne 38 ff., 389 ff.
 – norminterne 33 ff., 389 ff.
 Tatbestandliche Typisierung
 – erfolgs- und verhaltensbezogene Pflicht 59
 – Leistungspflicht und Verhaltenspflicht 59, 390
 – Leistungsstörungstypen 56 ff., 390 ff.
 – Nichterfüllung und Schlechterfüllung 59
 Tatbestandliches Einheitsverständnis 54 ff., 389 ff.
 Tatbestandsstreckung 494 ff.
 Terminologie Pflichtverletzung 10 ff., 31 f., 399 ff.
 Tun 416 ff.
- Unidroit Principles 139
 Unmöglichkeit
 – anfängliche 21 f., 105 ff., 511 ff.
 – mittelbare Verursachung 466 ff.
 – moralische 348 ff.
 – nachträgliche 60 ff.
 – nachträgliche tatsächliche 338 ff.
 – praktische 348 ff.
 – vorübergehende 485 ff., 542 ff., 549 ff.
 Unmöglichmachen 403 f., 547
 Unterlassen
 – der Leistung 87, 417 ff.
 – der Nacherfüllung 87
 – und Unterlassung 410 f.
 Unterlassungstat 419 ff.
 Unrecht
 – Schutzzwecklehre 449

- Terminus 244
- verhaltensbezogenes 242 ff., 451 ff., 459 ff.
- verhaltensbezogenes Kombinationsmodell 454 ff., 476 f.
- Unzumutbarkeit 549
- Verhalten
 - Erfüllungsverhalten 214 ff., 425 ff.
 - erlaubtes 243
 - Gesamtverhalten 488 ff.
 - Leistungsverhalten 209 ff.
 - mittelbares 482 ff.
 - Nichterfüllung 237 ff., 264 f., 396 ff.
 - Nichtleistungsverhalten 209 ff.
 - Pflichtwidrigkeit 174 ff.
 - physische Verhaltensseite 274 ff., 276 f.
 - psychische Verhaltensseite 274 ff., 277 ff.
 - rechtlich gebotenes 203 ff.
 - Rechtswidrigkeit 174 ff., 250
 - sozial relevantes 355 ff.
 - soziale Verhaltenseinheit 488 ff.
 - Tun 355 ff.
 - Typisierung Pflichtverletzung 370 ff.
 - und Verletzung 451 ff.
 - unmittelbares 482 ff.
 - Unterlassen 355 ff., 482 ff.
 - Verhaltensbewertung Grundmodell 171 ff.
 - Verhaltensbewertung und Imperativ 190 ff.
 - Verhaltensnorm 451 ff.
 - Verhaltensprogramme 200 ff., 272 ff., 364 ff., 425 ff.
 - Vorerfüllungsverhalten 425 ff.
- Verhaltensbegriff 355 f.
- Verhaltenselement 219 ff., 337 ff.
- Verhaltensorientierte Pflichtverletzung
 - Auslegung Pflichtverletzungstatbestand 240 ff.
 - Grundkonzeption 45 ff., 110
 - Verhaltenselement 219 ff., 370 ff.
- Verhaltenspflicht
 - Rücksichtnahme 366 ff.
 - Verletzen 415 f.
 - weitere 210 f., 295, 366 ff.
 - Zuordnung zu § 241 BGB 429 ff.
- Verhaltensunrecht
 - Bewertung von Verhalten 174 ff., 272 ff., 355 ff.
 - Zuordnung Pflichtverletzungskonzeptionen 183 ff.
- Verkehrspflicht 272 ff., 284
- Verkehrsrichtiges Verhalten 368 ff., 455 ff.
- Verletzungselement
 - Abgrenzung Leistungsstörung 440 f.
 - Abgrenzung Schaden 442 f.
 - Gefährdung 463 f.
 - Ordnungsfunktion 464 ff.
 - Pflichtverletzungstypisierung 536 ff., 559 ff.
 - und Verhalten 450 ff.
 - Verletzung 439 ff.
 - Verletzungszeitpunkt 539
- Verschulden
 - Abgrenzung Pflichtverletzung 270 ff.
 - Fahrlässigkeit 223 ff., 271 ff., 282 ff.
 - Sorgfaltspflicht 272 ff.
- Verschuldenshaftung 106 f.
- Verschuldensprinzip
 - als Regelprinzip 142 ff.
 - Auslegung 152 ff.
 - CISG 234 ff.
 - Grundgehalt 129 ff.
 - Grundlagen 126 ff.
 - Kausalhaftung 225 f.
 - und Nichterfüllung 166 ff.
 - Verhältnis zum Garantieprinzip 159 ff.
 - Verhaltenskumulation 437 f.
 - Verhaltensprogramme 200 ff., 425 ff.
- Verschuldensprüfung
 - Erfolgskonzeption 228 ff.
 - Fahrlässigkeit 271 ff.
 - Verhalten 272 ff., 276 ff.
 - verhaltensunabhängiger Erfolg 222 ff.
 - Vorsatz 278 f., 283
- Vertretenmüssen
 - Beweislast 332 ff.
 - Bezugspunkt 64 ff.
 - Darlegungslast 332 ff.
 - Regelungssystematik 125
 - Zufallshaftung 69 f.
 - Zusammenhang Pflichtverletzung 125 ff.

- Verursachung
 - mittelbare 176 ff.
 - unmittelbare 176 ff.
- Verzögern 404 ff., 540 ff., 548, 554 ff.
- Verzögerte mangelfreie Leistung 94 f.
- Verzögerte Nacherfüllung 98
- Verzögerung der Leistung 62, 84
- Verzug 70 ff., 517
- Vorsatz 278, 283 f.
- Vorsatztheorie 190 ff.
- Zurechnung 131, 491 ff.
- Zurechnungsmerkmal
 - adäquate Kausalität 501
 - äquivalente Kausalität 498 ff.
 - haftungsausfüllende Kausalität 503 ff.
 - haftungsbegründende Kausalität 494 ff.
 - Pflichtwidrigkeitszusammenhang 502
 - Normativität 492 f.
- Zurechnungsprinzip 130 f., 227