

Aufsatz ZR

PD Dr. Jan Peter Schmidt*

Neuer Blick auf ein altes Thema – Anspruchsmechanik und Wertung bei zufälligen Leistungsstörungen (Teil 1)

<https://doi.org/10.1515/jura-2023-2165>

Die Wirklichkeit kommt der Vertragsdurchführung häufig in die Quere, indem sie Leistungen erschwert, unmöglich macht oder anderweitig stört. Die Zuweisung der hiermit verbundenen Nachteile ist Aufgabe des Leistungsstörungsrechts. Dieses trifft Regelungsentscheidungen nicht nur dadurch, dass es vertragliche Ansprüche erlöschen lässt oder modifiziert, sondern ebenso dadurch, dass es bestehende Ansprüche unverändert lässt und das faktische Geschehen damit implizit für rechtlich irrelevant erklärt.

Der zweiteilige Beitrag erläutert das Thema bewusst nicht im Rahmen der etablierten Gefahrtragungsdogmatik, sondern legt den Fokus auf das instruktive Wechselspiel zwischen Anspruchsmechanik und Risikozuweisung. Hierdurch soll der den Weg zu einer einfacheren und klareren Sichtweise auf die Thematik geebnet werden, die ohne die Begriffe „Leistungsgefahr“ und „Gegenleistungsgefahr“ auskommt.

Stichwörter: Leistungsstörungen, Gefahrtragung, Risikoverteilung, Schadensverlagerung, Unmöglichkeit, Zufall

I. Einführung

Mit dem Abschluss eines Vertrages bleibt die Welt nicht stehen. Seine Durchführung kann deshalb durch nachfolgende Ereignisse aller Art erschwert, verhindert oder in anderer Weise beeinträchtigt werden. Zum Beispiel: Der verkaufte Gebrauchtwagen wird vor Vertragserfüllung zerstört, beschädigt oder gestohlen, sei es noch beim Verkäufer oder beim Transport zum Käufer. Der Einkaufspreis für den zu liefernden Weizen steigt plötzlich an, das Lager mit dem eigenen Vorrat brennt ab. Das auf die Sandbank aufgelaufene

Schiff wird von der Flut freigespült, noch bevor der beauftragte Schlepper eintrifft. Das vollendete, aber noch nicht abgenommene Bauwerk stürzt infolge eines Erdbebens ein. Das zum Besuch einer Messe gebuchte Hotelzimmer wird nach deren kurzfristiger Absage nicht mehr benötigt; in dem gemieteten Festsaal kann aufgrund behördlicher Einschränkungen zum Gesundheitsschutz die geplante Hochzeitsfeier nicht mehr stattfinden. Die Liste ließe sich endlos fortsetzen. Schließlich kann die Vertragserfüllung auch durch Gründe behindert werden, die nicht das Vertragsobjekt, sondern die Person des Schuldners betreffen: Er kann krank werden, den plötzlichen Tod eines nahen Angehörigen zu verkraften haben, sein Arbeitseinkommen verlieren usw.

Das Recht kann derlei faktische Einwirkungen auf das Vertragsverhältnis naturgemäß nicht verhindern oder ungeschehen machen. Dafür hat es volle Herrschaft über die Rechtsfolgen. Der für das Verhältnis zwischen »Schuldvertrag und Wirklichkeit«¹ zuständige Regelungsbereich wird meist als »Leistungsstörungsrecht« bezeichnet,² das ein hoch ausdifferenziertes Instrumentarium bereithält. Zu nennen sind insbesondere die Regeln über die Unmöglichkeit (§§ 275, 326 BGB), den Schadensersatz (§§ 280 ff. BGB), den Rücktritt (§§ 323 ff., 346 ff. BGB), die besondere Gewährleistung im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts (§§ 434 ff., §§ 535 ff., §§ 633 ff. BGB) und die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).³

1 Siehe *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, 497 f.

2 Siehe z. B. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, 5. Teil; *Petersen*, Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 11. Aufl. 2023, Teil III; anders die Systematik bei *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2000, die zwischen der »Risikoverteilung bei nicht zu vertretenden Durchführungshindernissen« (Kapitel 4) und der »Vertragshaftung« (Kapitel 5) unterscheiden.

3 Dieses erfasst streng genommen auch solche Störungen, die bereits bei Vertragsschluss vorlagen, wie z. B. die anfängliche Unmöglichkeit (vgl. § 311a BGB). Sowohl der praktische als auch der wissenschaftliche Schwerpunkt liegt aber klar bei den nach Vertragsschluss auftretenden Problemen, die deshalb hier im Fokus stehen.

***Kontaktperson:** Jan Peter Schmidt, ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und leitet dort das Kompetenzzentrum für die Anwendung ausländischen Rechts.

Einen wichtigen Ausschnitt aus dem Leistungsstörungenrecht bilden diejenigen Fälle, in denen die Störung von keiner der beiden Vertragsparteien zu vertreten ist und damit in der Ausdrucksweise des Gesetzes (siehe z.B. § 446 S. 1 BGB) auf Zufall beruht.⁴ Dieser Themenbereich wird meist unter dem Begriff der »Gefahrtragung« behandelt, wobei grundlegend zwischen der »Leistungsgefahr« und der »Gegenleistungsgefahr« (in spezifischem Kontext auch »Preisgefahr«⁵ oder »Vergütungsgefahr«⁶ genannt) unterschieden wird.⁷

Dem vorliegenden Beitrag geht es nicht darum, den vorhandenen systematischen Darstellungen dieser klassischen und sehr prüfungsrelevanten Materie eine weitere hinzuzufügen.⁸ Stattdessen legt er den Fokus auf die Verschränkung von Regelungsmechanik und rechtspolitischer Wertung, die zwar das Recht generell kennzeichnet, beim Umgang mit zufälligen Störungen der Vertragsdurchführung aber besonders augenfällig wird. Hierdurch möchte der Aufsatz den Weg zu einer einfacheren und klareren Sichtweise auf die Thematik ebnen, die in der juristischen Ausbildung nicht nur von Studierenden, sondern auch von Lehrenden seit jeher als schwierig empfunden wird.⁹ Diese Schwierigkeiten erweisen sich bei näherer Betrachtung zu einem großen Teil als hausgemacht, da sie in einer teils inkohärenten Regelungstechnik und hierauf errichteten dogmatischen Fehlkonstruktionen wurzeln. Diese Einsicht ist keineswegs neu,¹⁰ konnte aber die traditionelle Behandlung des Themas bislang nicht nachhaltig erschüttern.

Zum genannten Zweck erläutert der Aufsatz zunächst die beiden Ebenen, auf denen sich das Thema zufälliger Vertragsstörungen untersuchen lässt, und stellt die instruktive Wechselwirkung zwischen beiden heraus (II.). Anschließend wird anhand verschiedener Beispiele gezeigt,

dass das Gesetz keinesfalls nur explizite Regelungsentscheidungen zum Umgang mit Leistungsstörungen trifft, sondern in bedeutendem Maße auch implizite Aussagen enthält (III.). Im weiteren Fortgang legt der Aufsatz dar, dass der Gesetzgeber bei Regelung zufälliger Vertragsstörungen teils unterschiedliche Techniken verwendet hat (IV.). Im Anschluss daran wird die Nützlichkeit der Begriffe »Leistungsgefahr« und »Gegenleistungsgefahr« in Frage gestellt (V.). Der Aufsatz schließt mit einer Zusammenfassung (VI.).

II. Anspruchsebene und Wertungsebene

1. Unterscheidung

Die rechtliche Bedeutung der eingangs genannten Störungen oder Durchführungshindernisse lässt sich auf zwei Ebenen untersuchen, einer juristisch-technischen und einer rechtspolitisch-wertenden. Auf der ersten Ebene geht es um die Frage, ob die durch Vertragsschluss begründeten Ansprüche unverändert bestehen bleiben, erlöschen oder modifiziert werden. Daher ist im Folgenden von der Anspruchsebene die Rede.

Die zweite Ebene betrifft, laienhaft formuliert, die Frage, wessen »Problem« oder »Pech« die nachteiligen Veränderungen der Dinge sind. Dies läuft in aller Regel auf die Frage hinaus, wer die wirtschaftlichen Kosten der Störung des Vertragsverhältnisses trägt. Im Folgenden ist diesbezüglich von der Wertungsebene die Rede.

2. Steuerung der Wertungs- durch die Anspruchsebene

Anspruchs- und Wertungsebene sind untrennbar miteinander verknüpft. Bei der Rechtsanwendung zeigt sich dies in aller Regel darin, dass die gesetzliche Entscheidung über das Schicksal von Ansprüchen die Wertungsebene unmittelbar determiniert.¹¹ Führt etwa der zufällige Brand des verkauften Gebrauchtwagens dazu, dass nicht nur die Leistungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nach § 275 Abs. 1 BGB erlischt, sondern (vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung¹²) nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB auch der Anspruch auf die

4 Pallasch, JA 1994, 504 (505). Zufällig im Sinne des Gesetzes ist – entgegen dem Alltagssprachlichen Verständnis – damit z.B. auch die vorsätzliche Zerstörung der Kaufsache durch einen Dritten.

5 So für den Kauf etwa BeckOK/Faust, 1.8.2023, BGB, § 446 Rn. 12.

6 So für den Werkvertrag etwa Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 33 Rn. 28.

7 Mitunter wird diesen Begriffen auch noch die »Sachgefahr« an die Seite gestellt, siehe z.B. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl. 2022, Rn. 815; Coester-Waltjen, JURA 2006, 829, (830), die des Weiteren auch noch die »Verzögerungsgefahr« behandelt (829f.), obwohl es dabei – im Widerspruch zum Gegenstand des Aufsatzes (vgl. 829) – nicht um Fälle der Unmöglichkeit geht.

8 Siehe etwa H.P. Westermann, JA 1978, 481, 551; Schlosser, JURA 1985, 479; Pallasch, JA 1994, 504; Coester-Waltjen, JURA 2006, 829; dies. JURA 2007, 110; für den Werkvertrag jüngst Bergmann, ZfPW 2022, 385.

9 Siehe Leenen, JuS 2008, 577 (581); M. Müller, JZ 2016, 1099 (1099 I. Sp.); Bergmann, ZfPW 2002, 385 (386). Die persönlichen Erfahrungen des Verfassers decken sich mit den hier geschilderten.

10 Siehe insbesondere Leenen, JuS 2008, 577 (581–583); Stamm, AcP 217 (2017), 165 (168–176); M. Müller, RW 2020, 292.

11 Leenen, JuS 2008, 577 (582) spricht von den technischen Mitteln zur Verteilung der Gefahr eines zufälligen Untergangs der Sache.

12 Zum grundsätzlich dispositiven Charakter des § 326 MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, § 326 Rn. 115–121; für das Leistungsstörungenrecht generell J.P. Schmidt, AcP 222 (2022), 546 (559).

Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB, so stehen die Parteien zwar rechtlich wieder bei Null, nicht hingegen bei wirtschaftlicher Betrachtung. Denn nur der Käufer ist, bezogen auf Leistung und Gegenleistung, in derselben Situation wie vor dem Vertragsschluss (kein Auto, aber Kaufpreis noch in der Tasche),¹³ während der Verkäufer um das Auto ärmer geworden ist.¹⁴ Er trägt damit, wie es im Schrifttum oft heißt, die »Sachgefahr«.¹⁵ (Diese liegt auch außerhalb des Vertragsrechts grundsätzlich beim Eigentümer und realisiert sich z.B. auch dann, wenn sich in der heimischen Garage ein Marder an den Kabeln des [gar nicht für den Verkauf vorgesehenen] Autos zu schaffen macht.) Mittels Abschluss einer Versicherung kann der Eigentümer die Sachgefahr auf einen Versicherer überwälzen,¹⁶ allerdings erhält der Käufer in diesem Fall das Recht, die Versicherungssumme nach § 285 BGB herauszuverlangen (er bleibt zur Wahrung des vertraglichen Gleichgewichts dann aber nach § 326 Abs. 3 S. 1 BGB auch zur Gegenleistung verpflichtet). Hat ein Dritter den Brand schuldhaft herbeigeführt, gibt § 823 Abs. 1 BGB dem Verkäufer die Möglichkeit zur Schadensüberwälzung.

Geschah der zufällige Brand hingegen zu einer Zeit, als der Käufer sich im Annahmeverzug befand, bleibt der Kaufpreisanspruch nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB (bzw. § 446 S. 3 BGB)¹⁷ bestehen. Dies führt bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Schadensverlagerung: Der Verkäufer steht genau wie bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages, während das Vermögen des Käufers um das erwartete Auto gemindert ist (den Kaufpreis hätte er ohnehin gezahlt).¹⁸ Auch ohne dass er bereits das Eigentum an dem Auto erlangt hatte, trägt er nun also im Ergebnis die Sachgefahr.¹⁹

¹³ Dazu, dass der Käufer durch den Untergang der Kaufsache trotzdem wirtschaftlich geschädigt werden kann, indem ihm z.B. der erwartete Gewinn aus einem Weiterverkauf verloren geht oder er ein teureres Deckungsgeschäft eingehen muss, siehe *J.P. Schmidt*, AcP 222 (2022), 546 (557) m.w.N. Da das deutsche Recht einen Nichterfüllungsschaden nur unter der Voraussetzung des Vertretenmüssens ersetzt (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB), bleibt seine Betrachtung hier außen vor. Im Fall des Schuldnerverzugs ordnet zwar § 287 S. 2 BGB eine Zufallshaftung an, doch erfordert der Eintritt des Verzugs immer noch ein Vertretenmüssen (§ 286 Abs. 4 BGB).

¹⁴ *Leenen*, JuS 2008, 577 (582).

¹⁵ Siehe z.B. *Möller* in: FS Bötticher, 1969, 261 (262); *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 52 Rn. 20; siehe auch schon oben Fn. 7.

¹⁶ Dazu *Möller*, in: FS Bötticher, 1969, 261 (262, 270).

¹⁷ Die umstrittene Frage des Verhältnisses der beiden Vorschriften zueinander bleibt hier dahingestellt, da sie für das vorliegende Thema ohne Bedeutung ist. Näher dazu *BeckOGK/Tröger*, 1.5.2023, BGB § 446 Rn. 3; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2023, § 35 Rn. 19.

¹⁸ *Leenen*, JuS 2008, 577 (582).

¹⁹ *Möller* in: FS Bötticher, 1969, 261 (266f.), der auch von einer Frustrierung des Kaufpreises spricht. Dafür, dass der Käufer erst recht den *nach Vertragserfüllung* eingetretenen Sachverlust zu tragen hat, braucht man übrigens keine spezielle Vorschrift. Denn das Ergebnis ergibt sich

erneut ist die Überwälzung des Schadens einerseits durch eine (vom Verkäufer oder Käufer abgeschlossene) Versicherung möglich,²⁰ andererseits durch die Inanspruchnahme des Schadensverursachers. Im zweitgenannten Fall bedarf es nach herkömmlicher Auffassung der sog. »Drittschadensliquidation«, weil bei rechtlicher Betrachtung das Eigentum des Verkäufers geschädigt wurde und der zugehörige Ersatzanspruch dem Käufer erst aufgrund von § 285 BGB abgetreten werden muss.²¹

Betonung verdient, dass die Wertungsebene in den bisher genannten Fällen nicht bereits durch das Schicksal des Leistungsanspruchs gesteuert wird, sondern immer erst durch das Schicksal des Gegenleistungsanspruchs.²² So mag es zwar beispielsweise der Schuldner einer Weizenlieferung, dessen gesamtes Lager abgebrannt ist, als Erleichterung empfinden, wenn die Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) ergibt, dass er nur zur Leistung aus seinem eigenen Vorrat verpflichtet war und somit gemäß § 275 Abs. 1 BGB von weiteren Leistungsbemühungen befreit wird.²³ Doch ändert dies nichts daran, dass der wirtschaftliche Schaden beim Verkäufer liegen bleibt,²⁴ wenn er zugleich den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung verliert.²⁵

Ausnahmsweise, nämlich dann, wenn sich die Dinge sich bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung nicht zum Schlechten, sondern zum Guten gewendet haben, gibt es anstelle eines Verlusts einen Gewinn zuzuweisen. So wird im eingangs genannten Sandbank-Beispiel die Bergung des Schiffs gewissermaßen gratis von der Natur gewährt. Nimmt man mit der h.M. an, dass die Zweckerreichung zur physischen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB führt²⁶ – und damit auch zum Erlöschen des Werklohnanspruchs nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB –, dann ist es der Schiffseigner, der die unverhoffte Gabe behalten darf (in Gestalt des ein-

zwanglos daraus, dass der Schuldner einer bereits erloschenen Forderung (§ 362 Abs. 1 BGB) nicht mehr nach § 275 BGB frei werden kann und somit auch kein Raum für die Rückforderung des Kaufpreises nach §§ 326 Abs. 1 S. 1, 326 Abs. 4 i. V.m. 346 BGB besteht.

²⁰ *Möller* in: FS Bötticher, 1969, 261 (267).

²¹ *Looschelders*, AT (Fn. 17), § 46 Rn. 8–12; eingehend gegen die Notwendigkeit der Figur der Drittschadensliquidation *Stamm*, AcP 217 (2017), 165.

²² Dies heben auch *Coester-Waltjen JURA* 2006, 829 (833), und *Leenen*, JuS 2008, 577 (582) hervor. Zu beachten ist gleichwohl, dass in manchen Fällen die Wertungsebene allein über den Leistungsanspruch gesteuert wird, siehe unten Fn. 43.

²³ Zur Vorratsschuld als beschränkter Gattungsschuld siehe *Looschelders*, AT (Fn. 17), § 13 Rn. 11.

²⁴ Dies gilt erneut vorbehaltlich der Überwälzung auf einen Dritten, insbesondere einer Versicherung.

²⁵ So zutreffend am Beispiel des § 275 Abs. 2 BGB auch *Canaris*, JZ 2004, 214 (215 r. Sp.), gegen *Picker*, JZ 2003, 1035 (1036).

²⁶ *Looschelders*, AT (Fn. 17), § 21 Rn. 4; *Medicus/Lorenz* (Fn. 2) § 34 Rn. 3.

gesparten Werklohns). Dem beauftragten Schlepper entsteht zwar bei Vergleich mit der Situation vor Vertragsschluss kein Verlust, doch geht ihm der erhoffte Geschäftsgewinn durch die Lappen. War er bereits mit seinem Schiff ausgelaufen und hatte er somit Aufwendungen im Hinblick auf die Vertragsdurchführung getätigt, wird die Lage allerdings komplizierter, und in der Tat findet sich im Schrifttum die Auffassung, dass die Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB in diesem Fall einer Einschränkung bedürfe.²⁷ Wirtschaftlich liefe diese darauf hinaus, das »Geschenk« zwischen den Vertragspartnern zu teilen.

3. Steuerung der Anspruchs- durch die Wertungsebene

Das letztgenannte Beispiel zeigt, dass bei der Rechtsanwendung die Wertungsebene ausnahmsweise auf die Anspruchsebene zurückstrahlt, indem sie diese modifiziert oder eine solche Modifikation jedenfalls sachgerecht erscheinen lässt. Ein weiteres Beispiel in diesem Sinne findet sich mit dem Gefahrübergang beim Versandkauf nach § 447 BGB. An sich bewirkt diese Vorschrift dort, wo ihr Anwendungsbereich eröffnet ist,²⁸ dass bei Untergang der Ware auf dem Weg zum Käufer der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch behält, obwohl er von seiner eigenen Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB frei geworden ist. Anders gesagt, führt § 447 BGB zur Ausschaltung des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.²⁹ Einige Stimmen halten es nun allerdings für geboten, § 447 BGB teleologisch zu reduzieren und auf typische Transportgefahren zu beschränken.³⁰ Wird die Ware unterwegs beschlagnahmt und der Verkäufer infolge dessen nach § 275 Abs. 1 BGB von der Leistung frei (rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung), würde dementsprechend der Kaufpreisanspruch nicht nach § 447 BGB aufrechterhalten bleiben, sondern nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB erlöschen – womit der Schaden dem Verkäufer zugewiesen würde.³¹ Methodisch ist eine solche teleologische Reduktion jedenfalls zulässig, sodass unabhängig davon, wie man zum genannten Problem steht, klar wird, dass die Anspruchsebene keinen absoluten Vorrang vor der Wertungsebene genießt, sondern einer Feinjustierung zugänglich ist. Eine solche kann natürlich auch schon im Rahmen der Auslegung geschehen.

27 Siehe *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969, 119 ff., 212 ff.; *Esser/E. Schmidt* (Fn. 2) 30–32 (jeweils noch zu § 323 BGB a. F.).

28 Vgl. § 475 Abs. 2 BGB.

29 Zur hierbei verwendeten Regelungstechnik noch unten IV.

30 *Jauernig/C. Berger*, 18. Aufl. 2021, § 447 BGB Rn. 13 m. w. N.

31 Hierzu auch *Canaris*, JZ 2007, 793 (797); *M. Müller*, RW 2020, 292 (330).

Bei der staatlichen Rechtssetzung jedenfalls läuft die Wirkungsrichtung stets von der Wertungs- zur Anspruchsebene (oder sollte sie zumindest). Gemeint ist damit, dass Regelungen wie die § 326 Abs. 1 S. 1 und § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB genau aus dem Grund geschaffen wurden, dass der Gesetzgeber es für sachgerecht hielt, den Zufallsschaden vor Annahmeverzug dem Schuldner der gestörten Leistung zuzuweisen, danach hingegen dem Gläubiger. Wie insbesondere der Blick in die Rechtsgeschichte und ausländische Rechtsordnungen zeigt, sind derlei Wertungen keineswegs vorgegeben und unveränderlich, sondern, wie der Wissenschaftler sagt, *kontingent*.³² So war beispielsweise im römischen Recht die Aufrechterhaltung der Kaufpreisforderung bei Zerstörung oder Verschlechterung der Kaufsache nicht die Ausnahme, sondern die Regel, d. h. sie hing nur von der Perfektion des Kaufvertrages ab.³³ Das schweizerische Recht folgt dieser Lösung bis heute.³⁴

Unabhängig davon, was man für die angemessene Schadensverteilung hält, verdient Beachtung, dass das BGB hierbei einer »binären« Logik folgt, also dem Alles-oder-Nichts-Prinzip.³⁵ Damit ist gemeint, dass es den Schaden entweder voll der einen oder der anderen Partei aufbürdet.³⁶ Im Fall der zufällig untergegangenen Stücksache äußert sich dies darin, dass der Käufer entweder den vollen Kaufpreis entrichten muss (z. B. weil er im Annahmeverzug war) – und damit auch den Schaden allein trägt – oder umfassend davon befreit ist (nach § 326 Abs. 1 S. 1) – womit der Verkäufer den schwarzen Peter hat. Nicht im Gesetz vorgesehen ist hingegen eine Teilung des Schadens, die beispielsweise in einer Halbierung des Kaufpreises bestehen könnte. Aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen heraus wäre eine solche Lösung keineswegs unplausibel, und zumindest im Falle von gesamtgesellschaftlichen Störungen wie der Covid-19-Krise³⁷ wird sie vielfach sogar für geboten gehalten.³⁸ Hier-

32 Eingehend zur historischen Entwicklung mit Schwerpunkt auf dem Dienstvertragsrecht *Rückert*, ZNR 6 (1984), 40; siehe ferner *Rückert*, in: *Haferkamp/Repgen* (Hg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik*, 2017, 205 und die kurzen Betrachtungen bei *Jansen/Zimmermann/Rüfner*, *Commentaries on European Contract Law*, Art. 18:301 Rn. 5.

33 Ausführlich *Ernst*, ZRG (RA) 99 (1982), 216; *Kaser/Knüttel/Lohsse* (Fn. 15) § 52 Rn. 20–22.

34 *Jentsch*, *The Law of Contracts in the Age of the Coronavirus Pandemic: Is the Statutory Risk Allocation pursuant to the Swiss Code of Obligations still adequate?* EUI Working Paper LAW 2020/09, 4.

35 *Esser/E. Schmidt*, *Schuldrecht*, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl. 1995, 37.

36 Näher *J. P. Schmidt*, AcP 222 (2020), 546 (555–558).

37 Dazu auch noch unten III. Beispiel (4).

38 Nachdrücklich etwa *Finkenauer/Stahl*, JZ 2022, 309 (310); *Finkenauer*, AcP 223 (2023), 350 (386); *Köndgen*, JZ 2022, 990 (999 f.) (»evident richtig«). Kritisch zu diesem Verständnis der Halbteilung *J. P. Schmidt*, AcP 222 (2020), 546 (558–562).

bei wird freilich nicht immer hinreichend berücksichtigt, dass es bei Einnahme eines weiteren Blickwinkels, der insbesondere auch die durch die vertragliche Störung entgangenen Gewinne mit einbezieht, durchaus zu einer Art Halbteilung kommt, indem nämlich jede Seite auf den in ihrer Sphäre auftretenden Einbußen »sitzenbleibt«. ³⁹ So betrachtet, ist die Risikoteilung keineswegs eine »neue Gefahrragungsregel«, ⁴⁰ sondern im gesetzlichen Leistungsstörungsrecht bereits angelegt.

4. Anspruchs- und Wertungsebene in der Fallbearbeitung

Juristische Laien interessieren sich typischerweise in erster Linie für die Wertungsebene und fragen sich dementsprechend: »Ist es mein Problem oder das meines Vertragspartners?«. Bei der Fallbearbeitung im Rechtsstudium und Referendariat hingegen steht natürlich ganz die Anspruchsebene im Mittelpunkt. Hier muss akribisch und durch enge Arbeit am Gesetz geprüft werden, welche Ansprüche entstanden und ggf. wieder erloschen oder jedenfalls nicht durchsetzbar sind. ⁴¹ Ein grober Fehler wäre es, den Fall auf der Wertungsebene zu lösen, indem es beispielsweise als »fair« oder »gerecht« bezeichnet wird, den Käufer für den zerstörten Wagen zahlen zu lassen, weil er ihn schließlich nicht abgeholt und dadurch das Problem erst verursacht habe.

Dies bedeutet natürlich keineswegs, dass Studierende die Wertungsebene ignorieren können oder gar sollten. Ganz im Gegenteil: Schon beim Erlernen der hier erörterten Materie ist – genau wie bei anderen Themen – stets zu versuchen, die in der Regelungsmechanik verborgenen rechtspolitischen Entscheidungen zu erkennen und nachzuvollziehen. Dies erleichtert nicht nur das Verständnis und das Behalten des Stoffs, sondern schärft auch den Blick für systematische Zusammenhänge. Sich der rechtspolitischen Wertungen bewusst zu sein, hilft mit anderen Worten, einen Pfad durch das (scheinbar) undurchdringliche Gestrüpp von Rechtsnormen und Streitigkeiten zu schlagen.

In der Fallbearbeitung ermöglicht der Blick auf die Wertungsebene zudem eine Kontrolle des auf der Anspruchsebene erzielten Ergebnisses. Was bedeutet dieses in

wirtschaftlicher Hinsicht? Wer bleibt auf dem Schaden sitzen? Ist das richtig so, oder bereitet das Ergebnis Bauchschmerzen? Im letztgenannten Fall ist zur Anspruchsprüfung zurückzukehren und nach möglichen Fehlern zu suchen. Sind solche nicht zu finden, kann es ausnahmsweise geboten oder zumindest vertretbar sein, die gesetzliche Anspruchsmechanik im Wege der Auslegung zu oder Rechtsfortbildung zu modifizieren, um so der für sachgerecht gehaltenen Wertung zur Durchsetzung zu verhelfen. Dieser Weg erfordert eine besondere sorgfältige Begründung und sollte in der Klausur möglichst nur auf der Grundlage bekannter Vorbilder (wie anerkannten Literaturmeinungen) beschränkt werden. In jedem Fall darf auch hier nicht der Fehler gemacht werden, direkt zu dem für richtig gehaltenen Ergebnis zu springen. Stattdessen ist die betreffende Wertung in die Anspruchsebene »zu übersetzen«, etwa indem ein Tatbestand wie § 447 BGB teleologisch auf typische Transportgefahren reduziert wird ⁴² und es damit doch zu einem Erlöschen der Kaufpreisforderung nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB kommt.

III. Explizite und implizite Regelungsentscheidungen

Die bisherige Darstellung könnte den Eindruck erwecken, dass das Gesetz auf äußere Einwirkungen stets reagiert, es also zum Schicksal der Ansprüche immer etwas sagt. Bei näherem Hinsehen wird indes deutlich, dass der gesetzliche Regelungsgehalt in erheblichem Maße negativer Art ist: Soweit nämlich äußere Vorgänge *nicht* den Tatbestand irgendeiner anspruchsvernichtenden, -erhaltenden oder -modifizierenden Norm erfüllen, ist damit implizit die Entscheidung über ihre rechtliche Irrelevanz und damit auch eine stillschweigende Schadenszuweisung getroffen. Dies wird im Folgenden anhand verschiedener Fallkonstellationen illustriert.

(1) Die erste davon betrifft Leistungerschwernisse bei der Stückschuld. Wird beispielsweise der verkaufte Gebrauchtwagen versehentlich einem anderen Käufer übereignet, der aber gegen eine geringfügige Aufwandsentschädigung bereit ist, das Geschäft rückabzuwickeln, so wird der Schuldner weder nach § 275 Abs. 1 noch nach § 275 Abs. 2 BGB von seiner Leistungspflicht befreit. Da der Verkäufer das Eigentum an dem Wagen wiedererlangen kann, ist ihm die Erfüllung des Vertrages mit dem ersten Käufer nicht subjektiv unmöglich, und sie bedeutet auch keinen Auf-

³⁹ Ausführlich J. P. Schmidt, AcP 222 (2020), 546 (553 ff.).

⁴⁰ So aber nachdrücklich Köndgen, JZ 2022, 990 (990, 999 f.).

⁴¹ Die fehlende Durchsetzbarkeit kann insbesondere in Fällen des § 313 Abs. 1 BGB zum Tragen kommen, wenn nämlich der Anspruch auf Vertragsanpassung dem Gläubiger als *dolo-agit*-Einrede nach § 242 BGB entgegengehalten werden kann (siehe nur etwa MüKoBGB/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, Rn. 126; Kumkar/Voß, ZIP 2020, 893 (901)).

⁴² Vgl. oben Fn. 30.

wand, der in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers steht (so soll es hier jedenfalls unterstellt werden). Dass die Schwelle zur Leistungsbefreiung nicht überschritten wird, bedeutet nun aber eben nicht, dass das Recht sich einer Aussage enthält. Vielmehr sagt es zum Verkäufer implizit: »Es ist dein Problem« und weist ihm den wirtschaftlichen Schaden in Form des Mehraufwands zu.⁴³ Etwas allgemeiner lässt sich formulieren, dass das BGB dem Schuldner das Risiko für alle Leistungser schwerungen zuweist, die unterhalb der Schwelle des § 275 BGB liegen. Das Schrifttum spricht in diesem Zusammenhang auch von der »Opfergrenze«.⁴⁴

(2) Das zweite Beispiel betrifft Leistungser schwerungen bei der Gattungsschuld. Hat Obsthändler O dem Getränkehersteller G zwei Zentner Rhabarber »aus deutscher Ernte« verkauft (Fall des § 243 Abs. 1 BGB) und erleidet der Landwirt L, bei dem O sich eindecken wollte, eine Missernte, so wird O dadurch nicht nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Denn nach der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) hat O gegenüber G die Pflicht übernommen, in Deutschland geernteten Rhabarber irgendwo auf dem Markt zu besorgen, und dies ist so lange möglich, wie es nicht zu einem landesweiten Ernteausfall kommt.

Was aber, wenn dem O durch die Suche nach neuen Produzenten zusätzliche Aufwendungen entstehen oder das verknappte Angebot die Preise in die Höhe treibt? Diese Änderungen erachtet das BGB, genau wie in Konstellation (1), erst dann als relevant, wenn sie eine bestimmte Schwelle überschreiten. Im Fall der zusätzlichen Aufwendungen wäre die des § 275 Abs. 2 BGB maßgeblich (grobes Missverhältnis zwischen Aufwand des O und Leistungsinteresse des G), im Fall der Preiserhöhung – und einer daraus resultierenden Äquivalenzstörung im Vertrag mit G – die des § 313 BGB (Unzumutbarkeit unter Berücksichtigung von Treu und Glauben).⁴⁵ Unterhalb dieser Schwellen bleibt die Leistungser schwerung alleiniges Problem des O: Er trägt, abstrakt gesagt, das *Beschaffungsrisiko*.⁴⁶ O wird zwar einen Ersatz-

anspruch gegen L aus §§ 280, 281 BGB haben, dieser nützt ihm aber nichts, wenn L insolvent ist.

(3) Das dritte Beispiel betrifft Leistungser schwerungen in der Person des Schuldners. Verliert K, kurz nachdem er beim Autohändler V einen neuen Wagen bestellt hat, überraschend seinen Job und übersteigt der Autokauf daher nun seine finanziellen Möglichkeiten, sieht das BGB keinen Tatbestand vor, der den K aufgrund der geänderten Situation aus seiner vertraglichen Zahlungspflicht (§ 433 Abs. 2 BGB) entlässt. Hierin kommt die Wertung zum Ausdruck, dass es Sache des Geldschuldners, sich die erforderlichen Mittel von irgendwo zu beschaffen (»Geld hat man zu haben«).⁴⁷ Sie lässt sich auch durch den Gegenschluss aus § 275 Abs. 3 BGB ziehen, der regelt, in welchen Fällen der Schuldner ausnahmsweise doch Leistungshindernisse geltend machen kann, die in seiner Person liegen.⁴⁸

Eine bemerkenswerte zeitweilige Einschränkung erfuhr der genannte Grundsatz durch das »Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht« v. 27. 3. 2020. Der hierdurch geschaffene (inzwischen wieder aufgehobene) Art. 240 § 1 EGBGB gab Verbrauchern und Kleinstunternehmern das Recht, die Erfüllung von Zahlungspflichten aus Dauer-schuldverhältnissen zu verweigern, wenn anderenfalls infolge der Covid-19-Pandemie ihre private oder unternehmerische Existenz gefährdet wäre. Das Recht nahm also ausnahmsweise doch Rücksicht auf die persönliche finanzielle Situation des Schuldners und befreite ihn vorübergehend vom Risiko der Geldbeschaffung.⁴⁹

(4) Das vierte Beispiel betrifft Störungen der geplanten Verwendung, wie im eingangs genannten Beispiel des für eine Messeteilnahme gebuchten Hotelzimmers oder des für die Hochzeitsfeier gemieteten Festsaals. Dass das Risiko, die Sache nicht wie geplant benutzen zu können, grundsätzlich vom Gläubiger der Sachleistung getragen wird, folgt regelungstechnisch schlicht daraus, dass Zweckstörungen grds. keinen Tatbestand des Leistungsstörungenrechts erfüllen.⁵⁰ Weder führen sie zur Unmöglichkeit der Leistung i. S. d. § 275 Abs. 1 BGB noch begründen sie einen Mietmangel i. S. d. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Sachschuldner kann also un-

⁴³ Es zeigt sich damit, dass es zu weitgehend wäre, die Risikozuweisung allein als »Domäne« des Gegenleistungsanspruchs anzusehen, vgl. oben Fn. 22.

⁴⁴ Siehe z. B. *Esser/Schmidt* (Fn. 2) 3–5; *Kötz*, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 810.

⁴⁵ Zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 275 Abs. 2 einerseits und § 313 BGB andererseits siehe nur *BeckOGK/Riehm*, 1.7.2022, BGB § 275 Rn. 290–294; *Hellgardt*, AcP 223 (2023), 234, 336–338.

⁴⁶ *Looschelders*, AT (Fn. 17), § 13 Rn. 9, § 23 Rn. 29–32; *Medicus/Lorenz* (Fn. 2) § 32 Rn. 8; *Kötz* (Fn. 44) Rn. 792. Das BGB verwendet den Begriff des Beschaffungsrisikos selbst in § 276 Abs. 1 S. 1 BGB, allerdings ist zu beachten, dass es hierbei um das Vertretenmüssen geht und nicht um die im Text diskutierte, vorgelagerte Frage des Umfangs der Leistungspflicht. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB würde daher erst dann zum Zuge kommen,

wenn G den O auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB in Anspruch nehmen will.

⁴⁷ *Looschelders* AT (Fn. 17) § 23 Rn. 33.

⁴⁸ Entgegen *M. Müller*, RW 2022, 292 (304) bedeutet das Fehlen einer klaren begrifflichen Erfassung von Gefahren, die in der Person des Schuldners liegen, nicht die Unmöglichkeit eines sinnvollen Diskurses über diese Fallgestaltungen.

⁴⁹ Pointiert *Könzgen* JZ 2022, 990 (991): »Geld hat man nicht mehr in jedem Fall zu haben.«

⁵⁰ Dieser Grundwertung folgen auch andere Rechtsordnungen, siehe *Meier*, AcP 223 (2023), 412 (449).

gerührt die Gegenleistung verlangen und es dem Sachgläubiger überlassen, sich einen anderen Verwendungszweck zu überlegen (das Hotelzimmer z. B. kann statt zur Messe teilnahme für touristische Zwecke genutzt werden).⁵¹ Erst dann, wenn die Vertragsauslegung ergibt, dass der Sachschuldner sich den Verwendungszweck zu eigen gemacht hat, beispielsweise indem er sich ein besonders hohes Entgelt versprechen ließ, eröffnet sich dem Sachgläubiger die Möglichkeit, eine Vertragsanpassung oder -beendigung zu verlangen, wobei die gesetzliche Grundlage hierfür seit jeher umstritten ist.⁵² In den vieldiskutierten Fällen coronabedingter Leistungsstörungen zog der BGH⁵³ in Nachfolge der wohl h. M. im Schrifttum § 313 BGB heran, andere halten hingegen das Unmöglichkeitensrecht⁵⁴ oder das Mietgewährleistungsrecht für einschlägig.⁵⁵ Unabhängig davon, was man für die richtige dogmatische Einordnung hält, wird dem Gläubiger der Sachleistung (also z. B. dem [Gewerbe-] Mieter) das *Verwendungsrisiko* also ganz oder teilweise abgenommen. Dass der oben genannte Art. 240 § 1 EGBGB in diesem Punkt keine Sperrwirkung entfaltet, wie dies vereinzelt vertreten wurde,⁵⁶ lässt sich am überzeugendsten dadurch erklären, dass dieser, wie gezeigt, nicht das Verwendungsrisiko bezüglich einer Sache regelte, sondern das Beschaffungsrisiko hinsichtlich geschuldeten Geldes.⁵⁷

Die unter (1)-(4) genannten Beispiele zeigen, dass das Gesetz sich zu jedem Ereignis, das die Vertragsdurchführung betrifft, in irgendeiner Weise verhält, und notgedrungen auch verhalten muss. Dieses Verhalten kann ausdrücklicher

Art sein, indem Ansprüche für erloschen (Beispiel § 275 Abs. 1 BGB) oder fortbestehend erklärt werden (Beispiel § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB), oder implizierter Art, indem das Ereignis keinen der vorgesehenen Tatbestände erfüllt und damit als rechtlich irrelevant eingestuft wird. Auf der Anspruchsebene bleibt dann alles unverändert, auf der Wertungsebene bleibt der Schaden dort liegen, wo er eintritt. Ein Gesetzgeber, der glaubte, sich zu bestimmten Geschehnissen neutral und damit »unpolitisch« verhalten zu können, wäre also in Abwandlung eines oftmals Rosa Luxemburg zugeschriebenen Ausspruchs »politisch, ohne es zu merken«.⁵⁸

Verdeutlichen lässt sich der Gedanke, dass zum Leistungsstörungenrecht auch sein »unsichtbarer« Teil gehört, also die Entscheidung, bestimmte Ereignisse als rechtlich folgenlos zu qualifizieren, durch einen Vergleich mit dem Deliktsrecht. Auch dieses hat eine »positive« und eine »negative« Seite, indem es Ansprüche auf Ersatz eingetretener Unfallschäden stets an bestimmte Voraussetzungen knüpft (siehe z. B. § 823 BGB, § 7 Abs. 1 StVG) und damit über ihre Gewährung genauso entscheidet wie über ihre Versagung.⁵⁹ Ist mit anderen Worten kein deliktischer Tatbestand erfüllt, lässt jedenfalls das Zivilrecht das Unfall-opfer allein.⁶⁰ Manch ausländischer Gesetzgeber hielt es für sinnvoll, den Grundsatz »casum sentit dominus« (den Zufall spürt der Eigentümer⁶¹) ausdrücklich auszusprechen – die Verfasser des BGB hingegen sahen von dieser Feststellung angesichts ihres rein deklaratorischen Charakters bewusst ab.⁶²

Danksagung: Für wertvolle Hinweise danke ich Felix Basier und Annika Langhorst.

51 Siehe nur etwa *Kötz* (Fn. 44) Rn. 304, 805, 1019; *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 177. Die Verwendungsstörung lässt sich insofern als Gegenstück zur Leistungser schwerung des Sachschuldners begreifen, als bei dieser der Schuldner infolge des planwidrigen Mehraufwands das Interesse an der Leistungserbringung verliert: *Schollmeyer*, Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage: Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß § 313 BGB, 2014, 221.

52 Für das klassische Beispiel des aus der englischen Rechtsprechung entlehnten »Krönungszugsfalls«, der letztlich eine Abstraktion verschiedener Entscheidungen und Vertragskonstellationen ist, siehe die Nachweise bei *J. P. Schmidt*, *AcP* 222 (2022), 546 (548–550).

53 BGH *NZM* 2022, 99, 103 ff. (Rn. 41 ff.) (Gewerberaummiete); nachfolgend BGH *NJW* 2022, 1378 (Gewerberaummiete); BGH *NZ Fam* 2022, 449 (Hochzeitsfeier). Für einen ausführlichen Überblick siehe *M. Stürmer*, *JURA* 2023, 1022.

54 Nachdrücklich *Schall*, *JZ* 2020, 388; *Köndgen*, *JZ* 2022, 990 (992 f., 999 f.).

55 Näher mit zahlreichen Nachweisen *J. P. Schmidt* *AcP* 222 (2022), 546 (548–550).

56 Siehe z. B. *Jung*, *JZ* 2020, 715 (723).

57 Im Ergebnis auch BGH *NZM* 2022, 99, 100 (Rn. 18–25).

58 Das ganze Zitat, für das der Verfasser allerdings keine Quelle finden konnte, lautet: »Unpolitisch sein heißt politisch sein, ohne es zu merken.«

59 Siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, 598: »Die Funktion des Deliktsrechts besteht darin, aus der unübersehbaren Masse der Schadensereignisse diejenigen Fälle herauszuheben, in denen der Benachteiligte berechtigt ist, den ihm entstandenen Schaden auf einen anderen abzuwälzen.« Siehe auch *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, 25.

60 Das Sozialrecht hingegen wird ihm jedenfalls bei Körperschäden zu Hilfe kommen.

61 Sinnleich ist der Satz »res perit domino« (die Sache geht dem Eigentümer unter), siehe *Kaser/Knüttel/Lohsse*, (Fn. 15) § 52 Rn. 20.

62 Dazu *Wacke*, *Journal of South African Law* 3 (1987), 318 (318 f.).