



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Vertrauen und Vertrag Risikoweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit“**

Dissertation vorgelegt von Josef Wittmann

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Josef Wittmann

## Vertrauen und Vertrag

### Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit

#### I.

##### Gegenstand der Arbeit

Die Haftungsbegründung des § 311a Abs. 2 BGB bildet seit Schaffung der Norm durch die Schuldrechtsreform den Gegenstand intensiv geführter wissenschaftlicher Kontroversen. Dabei fehlt es bis heute an einem Theorievorschlag, der die Kombination aus vorvertraglicher Informationspflichtverletzung auf Tatbestandsseite und Haftung auf das Erfüllungsinteresse auf Rechtsfolgenseite unter einem einheitlichen Haftungskonzept zusammenführt. Während sich auf Grundlage des Verschuldensprinzips allein eine Haftung auf das negative Interesse ergeben kann, lässt sich die Garantietheorie nur unter Inkaufnahme offenkundiger Fiktionen aufrechterhalten. Die Arbeit beseitigt dieses Begründungsdefizit, indem sie die Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB anhand einer auf der Leistungstreuepflicht fußenden Vertrauenshaftung begründet, welche im Zuge der Schuldrechtsreform als zweite Spur der Sekundärhaftung neben die Haftung für Verschulden getreten ist.

Anhand dieser Einsichten folgt im zweiten Teil der Arbeit eine Untersuchung der Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit. Im Wege theoriegeleiteter Rechtsfindung gelingt die Konturierung des in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB niedergelegten Verschuldenselements sowie eine Begründung der Gläubigerhaftung nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB als Spiegelbild der Schuldnerhaftung. Fälle beiderseits zu vertretender anfänglicher Unmöglichkeit werden auf Basis der Geschäftsgrundlagenlehre gelöst, welche neben der Vertragsanpassung auf Primärebene eine Lastenzuweisung auf Sekundärebene ermöglicht.

#### II.

##### Zusammenfassung in Thesen

###### *A. Zur Dogmatik des § 311a Abs. 2 BGB*

(1) Haftungsgrund des § 311a Abs. 2 BGB ist die Enttäuschung der durch den Vertrag ausgelösten Erfüllungserwartung auf Gläubigerseite.

(2) Die Erfüllungserwartung findet ihre Rechtfertigung in der Leistungstreuepflicht aus § 242 BGB, welche das Schuldnerverhalten sowohl vor als auch nach Vertragsschluss bestimmt.

- a. Nach Vertragsschluss ist der Schuldner demnach verpflichtet, den Vertragszweck zu realisieren und alles zu unterlassen, was die Erfüllung gefährden oder vereiteln könnte.
- b. Vorvertraglich trifft den Schuldner die Pflicht zur Aufdeckung und Offenlegung bereits bestehender Leistungshindernisse.

(3) Einheitliche dogmatische Grundlage besagter Leistungstreuepflicht bildet das durch den Grundsatz von Treu und Glauben ausgestaltete gesetzliche Schuldverhältnis, gerichtet auf den Schutz der ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung.

(4) Ausgehend von der Leistungstreuepflicht als Rechtfertigungsgrund des Gläubigervertrauens gewährt der Vertrag folglich nicht das Gläubigervertrauen auf eine „Erfüllung um jeden Preis“. Es geht um diejenige Erfüllungserwartung, welche unter Zugrundelegung eines treuemäßigen Schuldnerverhaltens berechtigt ist:

- a. Für die Zeit nach Vertragsschluss leitet sich die Erfüllungserwartung aus dem zu erwartenden erfüllungsförderlichen Verhalten des vertragsgebundenen Schuldners ab.
- b. Gleichzeitig kann der Gläubiger aufgrund des Vertragsschlusses auf die Abwesenheit solcher anfänglichen Leistungshindernisse schließen, die der vorvertraglichen Informationsverantwortung des Schuldners unterfallen. Denn ein sich treuemäßig verhaltender Schuldner – und eben dieser bildet die Wertungsgrundlage für die sich aus dem Vertrag ergebende Erfüllungserwartung! – hätte solche Leistungshindernisse erkannt, dem Gläubiger offengelegt und vom Vertragsschluss Abstand genommen.

(5) Entsprechend statuiert § 311a Abs. 2 BGB im Falle anfänglicher Unmöglichkeit einen Haftungsanspruch des Gläubigers in Höhe des Erfüllungsinteresses. Beschränkt wird der dadurch gewährte Schutz der Erfüllungserwartung auf Fälle, in denen der Schuldner das Leistungshindernis kannte oder kennen musste (Satz 2); ihn mithin unter dem Gesichtspunkt der Leistungstreuepflicht eine Informationsverantwortung traf.

(6) Die Haftungsanordnung des § 311a Abs. 2 BGB fügt sich in das System des deutschen Leistungsstörungenrecht, welches in § 284 BGB die Vertrauenshaftung als zweite Spur der Sekundärhaftung neben der Haftung für Verschulden nunmehr ausdrücklich anerkennt. Wurzel dieser Gesetzeskonzeption bilden die historischen Vorarbeiten zum Ersatz vergeblicher Aufwendungen sowie zur Unmöglichkeitshaftung unter Geltung des alten Schuldrechts. Die vertragsrechtliche Sekundärhaftung stützt sich demnach nicht allein auf das Verschuldensprinzip. Zugleich wird der Vertrag zum Vertrauenstatbestand erhoben, der den Gläubiger in schutzwürdiger Weise auf den Erhalt der Leistung vertrauen lässt. Der Schutz dieser Erwartungshaltung erfolgt entweder im Sinne eines „negativen Vertrauensschutzes“ durch Ersatz vergeblicher Aufwendungen oder aber im Sinne eines „positiven Vertrauensschutzes“ durch Gewährung des Erfüllungsinteresses.

## *B. Zur Risikozuweisung bei anfänglicher Unmöglichkeit*

### *B. I. Die Haftungsverantwortung des Schuldners*

(7) Gegenstand der Kenntnis im Sinne von § 311a Abs. 2 S. 2 BGB ist nicht das anfängliche Leistungshindernis als solches, als vielmehr dessen Unüberwindbarkeit.

(8) Die Bestimmung der zu vertretenden Unkenntnis aus § 311a Abs. 2 S. 2 BGB erfolgt zunächst anhand des Sphärengedankens sowie des schuldnerischen Planungsbereichs, wodurch den rechtsökonomischen Motiven der abstrakten Beherrschbarkeit sowie der „Verhinderung unökonomischer Doppelarbeit“ Rechnung getragen wird.

- a. Der Begriff der Sphäre meint den räumlich-gegenständlichen Lebens- und Herrschaftsbereich, der sich der Einsicht des Gläubigers entzieht.

- b. Unter dem Begriff des Planungsbereichs sind solche Leistungshindernisse zusammengefasst, welche die Leistungserbringung durch den Schuldner betreffen.

(9) Innerhalb der dadurch gemarkten Grenzen seiner Informationsverantwortung ist die Informationslast des Schuldners wiederum auf erkennbare Nichterfüllungsrisiken zu beschränken.

- a. Das Kriterium der Erkennbarkeit im absoluten Sinne schließt solche Leistungshindernisse aus, die außerhalb aller Wahrscheinlichkeiten liegen oder sich trotz aller Kontrollmaßnahmen in der Vertragsanbahnung nicht ausschließen lassen; für den Schuldner mithin evident unbeherrschbar sind.
- b. Zudem sind dem Schuldner unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit nur dann Informationspflichten aufzuerlegen, wenn der damit verbundene Aufwand im Verhältnis zur erzielbaren Gefahrsicherung steht, wobei etwaiges Sonderwissen oder Sonderkönnen zu berücksichtigen ist.

## *B. II. Die Gläubigerverantwortlichkeit*

(10) Die Verantwortlichkeit des Gläubigers für die Vertragsdurchführung entspricht jener des Schuldners. Verantwortungsbegründend wirkt auf beiden Seiten die allgemeine Leistungstreuepflicht. Als Ausschnitt hieraus darf die Informationspflicht betreffend anfänglicher Leistungshindernisse den Schuldner nicht einseitig treffen. Unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerverantwortlichkeit in § 326 Abs. 2 S. 1 BGB ist mithin auch der Gläubiger zur Aufdeckung und Offenlegung anfänglicher Leistungshindernisse verpflichtet. Dieser Befund harmoniert mit der zu Recht herrschenden Lehre, wonach die Gläubigerhaftung nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB gleichsam Spiegelbild der Schuldnerhaftung nach §§ 280 ff., 311a Abs. 2 BGB ist.

(11) Die Reichweite der Informationsverantwortung auf Gläubigerseite ist, gleich jener auf Schuldnerseite, anhand des Sphärengedankens und des Planungsbereichs zu bestimmen.

- a. Die Sphärenverantwortlichkeit des Gläubigers erfährt eine Einschränkung durch die Verantwortlichkeit des Schuldners für seinen Planungsbereich. Diese veranlasst ihn, sich immer dann der erfüllungsrelevanten Umstände in der Gläubigersphäre zu versichern, wenn aufgrund dessen Sachnähe eine effizientere Informationsgewinnung zu erwarten ist. Verweigert der Gläubiger aber dem Schuldner die Öffnung seiner Sphäre zum Zwecke der Informationsbeschaffung oder klärt der Schuldner den Gläubiger in einer Weise auf, die es diesem erlaubt, die erforderliche Informationsanstrengung selbst zu bewältigen, kehrt sich die Informationsverantwortung zu Lasten des Gläubigers um.
- b. Die Informationsverantwortung des Gläubigers für seinen Planungsbereich umfasst sämtliche, die Leistungsannahme betreffende Hindernisse. Hat sich der Gläubiger vertraglich zu einer weitergehenden Mitwirkung verpflichtet, sind auch damit verbundene Leistungshindernisse seiner Informationsverantwortung zuzuordnen.

(12) Beschränkt wird die Informationsverantwortung des Gläubigers schließlich durch das Kriterium der Erkennbarkeit (s.o.).

### *B. III. Beiderseits zu vertretende anfängliche Unmöglichkeit*

(13) Die vertrauensschutzbasierte Haftungskonzeption bei anfänglicher Unmöglichkeit führt grundsätzlich zur Alternativität eigener und fremder Informationsverantwortlichkeit. Aus der Annahme einer Aufklärungspflicht folgt stets eine *ignorance légitime* seitens des Aufzuklärenden, weshalb eine beiderseitige Informationsverantwortung prinzipiell ausgeschlossen ist.

(14) Eine beiderseits zu vertretende anfängliche Unmöglichkeit liegt auch dann nicht vor, wenn eine Partei zwar der Vorwurf des Kennenmüssens trifft, der Vertragspartner aber das Leistungshindernis positiv kennt. Der Kenntnisvorwurf überlagert den Vorwurf des Kennenmüssens und begründet die alleinige Informationsverantwortlichkeit des Wissensträgers.

(15) Das Phänomen der beiderseits zu vertretenden anfänglichen Unmöglichkeit lässt sich auf folgende Sonderfälle beschränken:

- vorhersehbare Wetterphänomene und Naturkatastrophen;
- vorhersehbare Sozialkatastrophen sowie
- hoheitliche Maßnahmen, welche sich gegen das Geschäft als Ganzes richten.

Kennzeichnend für diese Fallgruppen sind zum einen die Einwirkung der Störung von außen, die sich der Sphäre beider Parteien entzieht, und zum anderen deren universalen Folgen, welche der Vertragsdurchführung vollumfassend die Grundlage entziehen und damit die Planungsbereiche von Schuldner und Gläubiger gleichermaßen betreffen.

(16) Jene Fallgruppen lassen sich nicht anhand der Mitverschuldensvorschrift des § 254 Abs. 1 BGB sach- und wertungsgerecht beurteilen. § 254 Abs. 1 BGB ist Ausfluss des Verschuldensprinzips und auf die Vertrauenshaftungsvorschrift des § 311a Abs. 2 BGB weder direkt noch analog anwendbar.

(17) Das Phänomen der beiderseits zu vertretenden anfänglichen Unmöglichkeit konstituiert einen Fall des Fehlens der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 Abs. 2 BGB. Beide Parteien unterliegen einem wesentlichen Irrtum über die Durchführbarkeit des vereinbarten Leistungsprogramms.

(18) Die Anwendung der Geschäftsgrundlagenlehre erlaubt eine Ersetzung der unmöglichen Primärleistung durch eine gleichartige und gleichwertige Leistung, soweit hierdurch einerseits die Verwendungsmöglichkeiten des Gläubigers nicht oder nur geringfügig beeinträchtigt werden, und andererseits, die Leistungserbringung dem Schuldner keinen erheblichen Mehraufwand aufbürdet.

(19) Ist eine Anpassung der vertraglichen Primärpflichten nicht möglich, folgt aus der beachtlichen Grundlagenstörung eine Schadensteilung auf Sekundärebene. Methodisch erreicht wird dieses Ergebnis im Wege einer erweiterten Auslegung des § 313 Abs. 1 BGB, wonach sich die Vertragsanpassung nicht allein auf die Primärpflichten beschränkt, sondern auch eine Anpassung der sekundärrechtlichen Haftungsfolgen ermöglicht.

### *B. IV. Keinerseits zu vertretende anfängliche Unmöglichkeit*

(20) Eine Haftung des Schuldners bei keinerseits zu vertretender anfänglicher Unmöglichkeit analog § 122 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht. Trifft keine der Parteien ein

Informationsverschulden, bleibt es beim allgemeinen Grundsatz des Leistungsstörungenrechts, wonach jede Partei den ihr entstandenen Schaden selbst zu tragen hat.

#### *B. V. Vertragliche Risikozeuweisung*

(21) Für die Abdingbarkeit des § 311a Abs. 2 BGB gilt, wie auch für die übrige Sekundärhaftung nach den §§ 280 ff. BGB, die Grenze des § 276 Abs. 3 BGB. Der darin zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke, wonach sich niemand der Willkür des anderen ausliefern soll, greift nicht nur bei vorsätzlicher Herbeiführung der Leistungsstörung, als vielmehr auch bei Kenntnisverschulden i. S. d. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB.

(22) Da die Regelung über die Gläubigerverantwortlichkeit in § 326 Abs. 2 S. 1 BGB gleichsam Spiegelbild der Schuldnerhaftung aus §§ 280 ff., 311a Abs. 2 BGB ist, kann für deren Abdingbarkeit nichts Anderes gelten. Ungeachtet anderslautender Vereinbarung, bleibt der Gläubiger demnach bei Kenntnis der Unmöglichkeit zur Gegenleistung verpflichtet. Für den Fall eines etwaigen Kennenmüssens auf Gläubigerseite ist dagegen eine von § 326 Abs. 2 S. 1 BGB abweichende Vereinbarung zulässig.

(23) Der Erweiterung der Schadensersatzhaftung aus § 311a Abs. 2 BGB zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung entspricht auf Gläubigerseite der Verzicht auf die Vorschrift über den Wegfall der Gegenleistungspflicht aus § 326 Abs. 1 S. 1 BGB und damit die Verpflichtung zur Gegenleistung ungeachtet etwaiger Leistungshindernisse.

(24) Gründen die Geschäftsinteressen des Gläubigers in der bloßen Hoffnung auf eine vertraglich nicht abgesicherte, positive Wertentwicklung des Leistungsgegenstands nach Vertragsschluss (wie etwa bei Bauerwartungsland), folgt aus dem Ausbleiben dieser Positiventwicklung keine Leistungsunmöglichkeit; mithin auch keine Befreiung von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Wer die noch im Ungewissen liegende Chance eines vorteilhaften Geschäfts ausnutzen will – m.a.W. spekuliert – nimmt naturgemäß auch das entsprechende Risiko der Nichtverwirklichung jener Chance auf sich.

(25) Bei Bestimmung der Risikozeuweisung in Unmöglichkeitfällen, die das Bemühen nicht beweisbarer, übernatürlicher Kräfte zum Gegenstand haben, sind drei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- a. Kennen beide Parteien die naturgesetzliche Unmöglichkeit, verlassen sie indes mit Abschluss des Vertrages bewusst den Boden gesicherter wissenschaftlicher Erfahrung, gebietet die Achtung der vertraglichen Vereinbarung, den Umstand der Unmöglichkeit außer Betracht zu lassen. Die Erbringbarkeit der Leistung wird fingiert. Jede einfachgesetzliche Unmöglichkeitsfolge wie die Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB oder die Gefahrtragung nach den § 326 Abs. 1, 2 BGB gilt als abbedungen.
- b. Hat nur eine Vertragspartei – typischerweise der Schuldner – Kenntnis von der naturgesetzlichen Unmöglichkeit, ist von einer Sittenwidrigkeit der vertraglichen Vereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB auszugehen.
- c. Kennt keine der beiden Parteien die naturgesetzliche Unmöglichkeit der Leistung und wird aus blindem Mystizismus heraus ein Vertrag geschlossen, betrifft das Leistungshindernis die gemeinsame Motivationslage der Vertragsparteien und ist unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsgrundlagenstörung zu behandeln. Da aufgrund der Zwecklosigkeit absurder Verträge eine Vertragsanpassung aber ausscheidet, gelangt man zu einem einseitigen Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB.