

Sung-Mao Huang

Die Schadensersatzhaftung wegen anfänglicher
Leistungshindernisse und anfänglicher
unbehebbarer Mängel der Kaufsache



Nomos

Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. iur. Markus Fehrenbach

Prof. Dr. iur. Jacob Jousen

Prof. Dr. iur. Arndt Kiehle

Prof. Dr. iur. Fabian Klinck

Prof. Dr. iur. Andrea Lohse

Prof. Dr. iur. Karlheinz Muscheler

Prof. Dr. iur. Karl Riesenhuber

Jun.-Prof. Dr. iur. Frank Rosenkranz

Prof. Dr. iur. Renate Schaub

Prof. Dr. iur. Klaus Schreiber

Prof. Dr. iur. Claudia Schubert

Prof. Dr. iur. Katharina Uffmann

Prof. Dr. iur. utr. Peter A. Windel

Prof. Dr. iur. Martin Zimmermann

Band 5

Dr. Sung-Mao Huang, Ph.D.

Die Schadensersatzhaftung wegen
anfänglicher Leistungshindernisse
und anfänglicher unbehebbarer
Mängel der Kaufsache



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung des Vereins zur Förderung der
Rechtswissenschaft e. V. (VFR), Bochum.

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2017

u.d.T.: „Die Schadensersatzhaftung wegen anfänglicher Leistungshindernisse
und der anfänglichen unbeheblichen Mängel der Kaufsache“

ISBN 978-3-8487-5031-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9203-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Printed in Germany. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum (RUB) als Dissertation angenommen. Der Abschluss des Promotionsprogramms vollzog sich im Rahmen des *Joint Doctoral Programme* zwischen der Juristischen Fakultät der RUB und der Juristischen Fakultät der National Taiwan University (NTU).

Das Thema geht auf eine Anregung aus der deutschen Schuldrechtsreform 2002 zurück. Statt einer rechtsvergleichenden Darstellung konzentriert sich diese Arbeit auf das deutsche Recht. Da die Vorbereitung einer Revision des taiwanesischen Schuldrechts bereits begonnen hat, scheint es wohl eher sinnvoll, aus den deutschen Erfahrungen zu lernen.

Mein ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Peter A. Windel. Seine großzügige Unterstützung war mir von unschätzbarem Wert und für die Fertigstellung dieser Arbeit unverzichtbar. Mein herzlicher Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Sheng-Lin Jan für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Hinweise.

Zu danken habe ich weiterhin Herrn Prof. Dr. Cheng-Hsien Hsu von der National Chengchi University (Taiwan), Frau Prof. Dr. Ming-Eng Hsiang von der National Taipei University (Taiwan), Herrn Prof. Dr. Chung-Jau Wu von der NTU sowie Frau Prof. Dr. Kuan-Ling Shen von der NTU für ihre Kommentare und Anregungen bei der mündlichen Prüfung. Besonderer Dank gilt auch der Juristischen Fakultät der NTU für die finanzielle Unterstützung bei der Veranstaltung der mündlichen Prüfung.

In der Endphase meiner Promotion arbeitete ich als *Fellowship for Doctoral Candidate* beim *Institutum Iurisprudentiae* der *Academia Sinica* in Taiwan. Sehr herzlich bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Tzung-Mou Wu für seine freundliche Betreuung.

Für den Druckkostenzuschuss danke ich ganz herzlich dem *Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft e. V.* in Bochum.

Schließlich danke ich meinen Eltern. Ohne ihre stete Unterstützung und Ermutigung wäre diese Arbeit nicht fertiggestellt. Ein letzter und besonderer Dank gilt meiner Frau, Maya, für ihre liebevolle Begleitung und Ermutigung während meiner Promotionszeit. Ich widme diese Arbeit meinen Eltern und meiner lieben Frau.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	17
1. Kapitel Die Wirksamkeit des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrags	21
A. Der Celsus-Satz „impossibilium nulla obligatio est“ im römischen Recht	21
I. Allgemeines	21
II. Stipulation	23
1. Celsus-Satz und Stipulation	23
2. Gründe für die Unwirksamkeit der Stipulation	25
III. Kauf	28
1. <i>Homo liber</i>	29
2. <i>Locus sacer vel religiosus</i> und <i>res extra commercium</i>	31
3. Die Existenz der Sache	35
4. <i>Emptio rei speratae</i> und <i>emptio spei</i>	38
5. Erbschafts Kauf	42
IV. Zwischenergebnis	45
B. Mommsens Nichtigkeitsregel	46
I. Grundzüge	46
II. Bearbeitung der römischen Stellen	48
III. Der Einfluss des Obligationsbegriffs von Savigny	50
IV. Zusammenhang mit der vernunftrechtlichen Handlungslehre	51
V. Gegenmeinungen anderer Rechtswissenschaftler	53
1. Savigny	53
a) Unterschiedliche Regeln bei Stipulation und Kauf	53
b) <i>Savignys</i> Irrtumslehre	53
2. Hartmann und Brinz	56
VI. Kritik und Würdigung	57
1. Bedenkliche Generalisierung des Celsus-Satzes	57
2. Unzulänglicher Vertrauensschutz des Käufers bei <i>Mommsen</i>	59
C. Die Nichtigkeitsregelung des § 306 BGB a.F.	60
I. Die Entstehung des § 306 BGB a.F.	60

II.	Anwendungsfälle in der Praxis	61
III.	Auseinandersetzung mit der Nichtigkeitsanordnung des § 306 BGB a.F.	62
1.	Überwiegende Auffassung in der Lehre	62
2.	Methoden zur Einschränkung des § 306 BGB a.F.	63
a)	Die ausnahmsweise anerkannte Garantieübernahme	63
b)	Gesetzliche Einschränkung	64
c)	Die Schätzungsmöglichkeit der Leistung als Begrenzungsmethode	65
d)	Die Begrenzung durch eine besondere Behandlung des Antrages	66
D.	Internationale Vorbilder	66
E.	Das neue Schuldrecht	70
I.	Die Aufhebung des § 306 BGB a.F. und die Neuregelung des § 311a BGB n.F.	70
II.	Würdigung	72
1.	Allgemeines	72
2.	Das Problem des „unsinnigen“ Vertrags	74
3.	Die Bedeutung des § 311a Abs. 1 für die Ersatzherausgabe	78
2. Kapitel	Die Haftung des Schuldners für anfängliche Leistungshindernisse	79
A.	Einleitung	79
B.	Die wissenschaftliche Diskussion um die Konstruktion der Haftung für anfängliche Leistungshindernisse im gemeinen Recht und im BGB a.F.	82
I.	Das gemeine Recht	82
1.	Mommsens Lehre	82
a)	Der Begriff der Unmöglichkeit	83
b)	Praktische Behandlung der Unmöglichkeit	85
2.	Abweichende Auslegung der relevanten römischen Stellen durch <i>Savigny</i> und sonstige Pandektisten	87
3.	Der Begriff des „negativen Interesses“ und sein Ursprung	89
a)	Das negative Interesse in <i>Savignys</i> Irrtumslehre	90
b)	<i>Jherings</i> Lehre von der <i>culpa in contrahendo</i>	91
II.	Das BGB a.F.	101
1.	Die anfängliche objektive Unmöglichkeit	101
2.	Das anfängliche Unvermögen	105
C.	Die Neuregelung des § 311a Abs. 2 BGB	109

I.	Die Vorgeschichte der Vorschrift des § 311a Abs. 2	109
1.	<i>U. Hubers</i> Gutachten	109
2.	Kommissionsentwurf (Abschlussbericht) und Diskussionsentwurf (DiskE)	111
3.	Entwicklung der Diskussion bis zum Regierungsentwurf	114
a)	Ulrich Huber	114
b)	Canaris	118
II.	Überlegungen zur Schuldrechtsreform	121
1.	Verfehltter Ausgangspunkt der Schuldrechtsreform: Die Unmöglichkeitstheorie	121
a)	Das Fehlverständnis des Celsus-Satzes	121
b)	Aufspaltung des Schuldverhältnisses in Primär- und Sekundärleistungspflicht	122
c)	Unangemessene Auffassung der verhaltensbezogenen Leistungspflichten	123
2.	Das Problem des Begriffs der Pflichtverletzung und deren Verhältnis zur Unmöglichkeit der Leistung	124
a)	Pflichtverletzung als Blankettbegriff	124
aa)	Nachträgliche Unmöglichkeit	125
bb)	Anfängliche Unmöglichkeit	126
b)	Pflichtverletzung ≠ Nichterfüllung	128
c)	Pflichtverletzung und das Haftungskonzept des Deliktsrechts	130
III.	Kontroverse über die dogmatische Einordnung des § 311a Abs. 2 BGB	133
1.	Überblick	133
2.	Der „Haftungsgrund“ für die Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB	134
a)	Die herrschende Meinung: Nichterfüllung der Leistungspflicht	134
b)	Die Mindermeinungen	136
aa)	<i>Harke</i> : Haftung aufgrund der Nichtaufklärung der Unmöglichkeit	136
bb)	Canaris	138
3.	Haftungsprinzip: Garantie- oder Verschuldenshaftung?	140
a)	Canaris	141
b)	Ehmann	142
c)	Schapp	143
d)	Windel	144
e)	Würdigung	146

IV. Rekonstruktion der Haftung für die anfänglichen Leistungshindernisse	147
1. Der Ansatz zum richtigen Verständnis des alten Rechts: Das Prinzip der „Einheit der Obligation“	147
a) Das Wesen der Einheit der Obligation	147
b) Einheit der Obligation und die Verbindung von Schuld und „Haftung“	148
c) Das Zusammenspiel der Einheit der Obligation mit der Unmöglichkeitdogmatik	149
2. Nebeneinander von Erfüllungs- und Geldersatzanspruch und Kritik an der Wandlungslehre	152
a) Dogmatische Grundlage	152
b) Rechtshistorische Grundlage	160
c) Das Unvermögen im Besonderen	171
aa) Das Unvermögen unter der Einheit der Obligation	171
bb) Falsche Auffassungen	174
d) Die Gattungsschuld	175
3. Die Einheit der Obligation im neuen Schuldrecht	178
a) Die Neuregelung des § 281 BGB	178
b) Die nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 280 Abs. 3, 283)	180
aa) Das Problem des Verhältnisses des § 275 zu dem Pflichtverletzungsbegriff in § 280 Abs. 1	180
bb) Meinungsstreit	181
cc) Würdigung	183
dd) Eigene Annahme: Fortbestand der Leistungspflicht und des Leistungsanspruchs und die Unmöglichkeit der Leistung als Haftungsbefreiungsgrund	185
c) Rechtliche Charakterisierung des § 275 BGB n.F. im Vergleich mit der anglo-amerikanischen Tradition	188
aa) Grundposition: Der Leistungsanspruch als subjektives Recht des Gläubigers im deutschen Recht	188
bb) Vergleich mit der <i>specific performance</i> im anglo-amerikanischen Recht	195
cc) Internationale Vertragsrechtsregelwerke	209
dd) Würdigung	215
d) Die anfängliche Unmöglichkeit	220

aa)	Die Funktion des § 311a Abs. 1: Bestätigung des Fortbestandes des Leistungsanspruchs bzw. der Leistungspflicht	220
bb)	Kein verbleibender Raum für den Ersatz des negativen Interesses	223
cc)	Der Haftungsgrund: Der Leistungsanspruch bzw. das Forderungsrecht des Gläubigers	224
dd)	Der § 311a Abs. 2 S. 2 als Haftungsbefreiungsgrund	230
ee)	Bestehen unterschiedlicher Exkulpationsmöglichkeiten	235
ff)	Gleichartige Konstruktion der nachträglichen und der anfänglichen Unmöglichkeit	236
V.	Ergebnis	239
3. Kapitel	Die Haftung des Verkäufers für anfängliche Sachmängel	241
A.	Das neue Gewährleistungsrecht im Kaufvertrag	241
I.	Hintergründe der Neuregelung des Kaufrechts	241
II.	Wesentliche Änderungen in Bezug auf den Schadensersatzanspruch des Käufers wegen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache	243
III.	Fragestellung zur Konstruktion der Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen anfänglich unbehebbarer Sachmängel	244
B.	Grundgedanke des Anspruchs des Käufers auf sachmangelfreie Lieferung	246
I.	Das Recht des Käufers auf das Erfüllungsinteresse in Bezug auf die sachmangelfreie Lieferung	246
II.	Die dogmatische Einordnung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439	246
1.	Meinungsstand zur dogmatischen Einordnung des Nacherfüllungsanspruchs	247
2.	Eigene Annahme	249
3.	Konsequenz des Fortbestandes des Erfüllungsanspruchs auf die Lieferung einer mangelfreien Sache im Fall unbehebbarer Mängel	251
C.	Schadensersatz wegen anfänglich unbehebbarer Sachmängel	252
I.	Der Erfüllungsanspruch auf Mangelfreiheit der Sache als Haftungsgrund	252
II.	Der maßgebliche Zeitpunkt für das Eingreifen des § 437 und der Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 311a Abs. 2	253
III.	§§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 S. 2 als Haftungsbefreiungsgrund	254

Inhaltsverzeichnis

1.	Die nicht zu vertretende Unkenntnis über Sachmängel als Haftungsbefreiungsgrund	254
2.	Sonderfall des nachträglich unbeheb- baren Sachmangels	256
3.	Zusicherung einer Eigenschaft	259
IV.	Beispiel: Kauf eines Hundes mit genetischem Defekt (BGH NJW 2005, 2852, „Dackel mit O-Bein“)	260
1.	Der Sachverhalt und die Auffassung des BGH	260
2.	Bemerkung	262
D.	Ergebnis	265
Zusammenfassung		267
Literaturverzeichnis		271
Stichwortverzeichnis		289

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
A.A.	Aulus Agerius
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794
Alt.	Alternative
AnwBl	Anwaltsblatt
AnwKomm	Anwaltkommentar BGB
Art.	Artikel
AT	allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB a.F.	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896, RGBl. S. 195, BGBI. III 400-2
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BIDR	Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano
BT	besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus ; Kaiserkonstitutionen vom 2. Jh. n. Chr. (Hadrian) bis 534 (Teil des Corpus iuris civilis)
CC	(französischer) Code Civil
CISG	United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods / Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. 4. 1980 (A /Conf.97 18 annex I), O.R., S. 178 ff., YB XI (1980), S. 151 ff.
D.	Digesten

Abkürzungsverzeichnis

d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DCFR	Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition (2008)
ders.	derselbe
DiskE	Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4. August 2000
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung, 1888 (sog. 1. Entwurf)
e.g.	exempli gratia (zum Beispiel)
ed.	editor
EKG	Das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.7.1973 (BGBl. I 856)
endg.	endgültig
eod.	eodem titulo (in demselben Digesten-, Institutionen- oder Codextitel)
f., ff.	folgende/r
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
Fr.	Fragment
FS	Festschrift
GA	gesammelte Aufsätze
Gai.	Gaius
Gai. Inst.	Gai Institutiones
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (VO-Entwurf KOM(2011) 635 endgültig)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.4.1949 (BGBl. I, 1)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchots Beiträge)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
i.e.	id est
i.V.m.	in Verbindung mit
IHR	International Handelsrecht
Inst.	Institutiones Iustiniani

JbJgZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
Jherg. Jb	Jherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Justitische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
lit.	littera (Buchstabe)
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
N.	Note
n.F.	neue Fassung
N.N.	Numerius Negidius
NJW	Neu Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandsgericht
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht
para.	paragraph
PECL	Ole Lando, Hugh Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II (2000); Ole Lando, Eric Clive, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts III (2003)
PICC	International Institute for the Unification of Private Law (UNID-ROIT) (Hrsg.), Principles of International Commercial Contracts
pr.	principium (Anfangsstück vor § 1 eines Institutionentitels, einer Konstitution oder eines Digestenfragments)
PS	Pauli sententiae, Ende 3. Jh. n. Chr.; nachklassische Auszüge aus den Schriften klassischer Juristen, insbesondere des Paulus
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite, bei Gesetzesziten Satz
S.G.A.	Sale of Goods Act (1979)
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris (Zschr.)
sec.	section
SeuffA	Seuffert's Archiv
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	so genannt
Sp.	Spalt(e)

Abkürzungsverzeichnis

SZ Rom	Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
u.	und
u.a.	und andere
UCC	Uniform Commercial Code
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VKRL	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie : 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. 1999 L 171/12
vs.	versus
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (früher: Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis)
ZNR	Zeitschrift für neue Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Der Untergang einer Kaufsache bewirkt, dass die Durchführung des Kaufvertrags scheitert. In diesem Fall stellen deutsche Juristen die Frage nach dem Zeitpunkt des Untergangs der Kaufsache. Im alten Schuldrecht war die Antwort auf diese Frage von ausschlaggebender Bedeutung für die Rechtsfolge. War der Untergang der Kaufsache bereits vor Vertragsschluss – und seien es auch nur einige Minuten – eingetreten, so war der Kaufvertrag gemäß § 306 BGB a.F. nichtig. Der Käufer konnte allenfalls vom Verkäufer den Ersatz des Vertrauensschadens verlangen. War die Kaufsache dagegen erst nach Vertragsschluss untergegangen, so war die Frage zu stellen, ob der Verkäufer den Untergang verschuldet hatte. Wenn dies zutraf, hatte er gemäß § 280 Abs. 1 BGB a.F. auf das Erfüllungsinteresse des Käufers zu haften. Mit dieser kategorischen Differenzierung konnten sich weder die Lehre noch die Vertragspraxis zufrieden geben; denn den Vertragsparteien war unter Umständen erst eine gewisse Zeitspanne nach Vertragsschluss die Feststellung möglich, dass die vereinbarte Leistung bereits von Anfang an unmöglich war. Die Anordnung der Vertragsnichtigkeit, die bekanntlich auf den Celsus-Satz des römischen Rechts „*impossibilium nulla obligatio est*“ zurückgeht, stellte sich als eine unangemessene Risikoverteilung zwischen den Parteien dar. Als Reaktion darauf setzte der Reformgesetzgeber eine klarstellende Vorschrift in § 311a Abs. 1, dass der Wirksamkeit des Vertrags die Tatsache nicht entgegensteht, dass die vom Schuldner geschuldete Leistung bereits vor Vertragsschluss unmöglich war. Dies zählt zu den wohl wesentlichsten im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung vollzogenen Reformen.

Obwohl die Neuregelung des § 311a Abs. 1 überwiegend auf Zustimmung stieß, kann von einem glücklichen Ende für das deutsche Leistungsstörungenrecht nicht die Rede sein. In Bezug auf die *forms of action* im englischen Recht äußerte Maitland bildlich: „*The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves.*“ Ähnliches zeigt sich im Verlauf der deutschen Schuldrechtsreform: Die Regelung des § 306 BGB a.F. wurde zwar abgeschafft, der in dieser Regelung enthaltene Rechtsgedanke beherrscht jedoch weiterhin die Reformkonzeption. Bemerkenswert lässt sich dies in vielerlei Hinsicht. Zunächst kommt in § 275 Abs. 1 zum Ausdruck, dass der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen ist, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. In dieser Vor-

schrift ist keine Abschaffung, sondern vielmehr eine Erweiterung des Celsus-Satzes zu erkennen. Nun gilt sie nicht nur für anfängliche, sondern auch für nachträgliche Unmöglichkeit. In beiden Fällen entfallen sowohl die Leistungspflicht des Schuldners als auch der Leistungsanspruch des Gläubigers. Des Weiteren erfährt die Anwendung des Celsus-Satzes im Gegensatz zum alten Recht insofern eine Erweiterung, als sie nun auch für die subjektive Unmöglichkeit gilt. Die Begründung des Regierungsentwurfs beruft sich sogar auf die Formel: „Was der Schuldner nicht leisten kann, das schuldet er auch nicht.“¹

Sofern das neue Schuldrecht die Anwendung des Celsus-Satzes so weit gefasst hat, ist es mit gravierenden theoretischen Schwierigkeiten bei der Konstruktion der Schadensersatzhaftung wegen der Unmöglichkeit der Leistung konfrontiert. Denn nach dem heutigen Schuldrecht baut jeder Schadensersatz wegen Leistungsstörung auf dem Begriff der Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 auf. Liegt keine Pflicht vor, die vom Schuldner verletzt werden kann, lässt sich kein Schadensersatzanspruch begründen. Im Fall der Unmöglichkeit der Leistung scheidet die Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 ohnehin aus. Die Annahme von der Fiktion eines Bestehens der Leistungspflicht stimmt mit § 275 Abs. 1 nicht wörtlich überein. Im Fall der nachträglichen Unmöglichkeit ist jedoch wohl davon auszugehen, dass der Schuldner eine mit dem Vertragsschluss entstehende Nebenpflicht zum sorgfältigen Umgang mit dem Leistungsgegenstand verletzt hat. Mit dieser Vorgehensweise stößt man gleichwohl im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit auf Schwierigkeiten. Denn vor Vertragsschluss ist der Schuldner weder zur Leistung noch zum sorgfältigen Umgang mit dem Leistungsgegenstand verpflichtet. Um dieses – nicht nur dogmatische, sondern schon denklogische – Problem zu lösen, geht die Begründung des Regierungsentwurfs davon aus, dass der Anspruch auf das positive Interesse aus der Nichterfüllung des „Leistungsversprechens“ folge.² Was eigentlich unter dem Leistungsversprechen zu verstehen ist, wird in der Begründung nicht weiter ausgeführt. Ersichtlich ist jedenfalls, dass der Schuldner ungeachtet des § 275 Abs. 1 an seinem Erfüllungsversprechen festgehalten wird. Der Begründung des Regierungsentwurfs lässt sich weiterhin lediglich entnehmen, dass der Reformgesetzgeber die anfängliche Unmöglichkeit mit der nachträglichen Unmöglichkeit gleichsetzen will; der Gläubiger kann nämlich auch im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit gemäß § 311a Abs. 2 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Im Hin-

1 BT-Drucks. 14/6040, S. 127.

2 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

blick auf den Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 ist bislang unklar, worin eigentlich der Haftungsgrund für die Schadensersatzhaftung wegen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit besteht. Für die Neuregelung des § 275 Abs. 1 ist eine angemessene Interpretation der Norm geboten.

Der Versuch des Reformgesetzgebers, beide Unmöglichkeitsfälle gleich zu behandeln, scheitert indessen teilweise schon daran, dass die anfängliche Unmöglichkeit nicht bei § 283, sondern allein bei § 311a geregelt wird. Die systematische Position des § 311a erweckt den Eindruck, dass es bei anfänglichen Leistungshindernissen – wie bei § 306 BGB a.F. – um die Frage der Begründung des Vertrags geht. Bei der praktischen Rechtsanwendung ist die Unterscheidung zwischen beiden Unmöglichkeitsfällen immer noch maßgeblich. Während bei der nachträglichen Unmöglichkeit die §§ 280 Abs. 3, 283 Anwendung finden, kommt bei der anfänglichen Unmöglichkeit nur § 311a Abs. 2 in Betracht. Nach wie vor stellen deutsche Juristen die Frage nach dem Zeitpunkt des Untergangs der Kaufsache. Die Kategorie der anfänglichen Unmöglichkeit verschwindet nicht etwa wegen der Abschaffung des § 306 BGB a.F.; vielmehr wird ihre Bedeutung sogar erhöht, wenn das Gewährleistungsrecht an das allgemeine Leistungsstörungsrecht anknüpft und damit ein anfänglich unbehebbarer Mangel als eine qualitative anfängliche Unmöglichkeit anzusehen ist.

Die unterschiedliche Behandlung der beiden Unmöglichkeitsfälle durch das Gesetz tritt noch deutlicher zu Tage, wenn die Frage des Vertretenmüssens ins Auge gefasst wird. Es liegt eine gewisse Ironie darin, dass dies auf einen anderen Vereinheitlichungsgedanken des Reformgesetzgebers zurückzuführen ist. Im Gegensatz zum in Bezug auf das anfängliche Unvermögen geltende alte Recht ist der Reformgesetzgeber davon überzeugt, dass die Haftung des Schuldners wegen anfänglicher Leistungshindernisse auch vom Verschulden des Schuldners abhängig sein solle. Da aber ein Verschuldensurteil ein konkretes Verhalten voraussetzt, ist es unumgänglich, dass für die vor- und für die nachvertragliche Phase jeweils unterschiedliche Verhaltensanforderungen an den Schuldner gestellt werden. Nach § 311a Abs. 2 S. 2 wird nicht gefragt, ob der Schuldner die Unmöglichkeit verschuldet hat, sondern, ob er die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste. Dem Schuldner fällt nämlich das Verschulden zur Last, wenn er eine vorvertragliche Informationspflicht verletzt hat. Gleichwohl fehlt es offensichtlich an einer Kausalität zwischen dem schuldhaften Verhalten des Schuldners und dem zu ersetzenden Schaden. Gerade aus diesem Grund hält der Reformgesetzgeber es für notwendig, in § 311a Abs. 2 eine eigenständige Anspruchsnorm vorzusehen. Aus diesem Grund wurde die Vorschrift

des § 311a Abs. 2 zu einer der am heftigsten kritisierten Neuregelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Eigenständigkeit des § 311a Abs. 2 auf zwei Punkten beruht, nämlich zum einen auf der von vornherein ausgeschlossenen Leistungspflicht und zum anderen auf dem in Bezug auf die Unmöglichkeit der Leistung anders gestalteten Verschuldensvorwurf gegen den Schuldner. Die Gemeinsamkeit der beiden Punkte besteht in der Frage, welche Bedeutung der Unmöglichkeit der Leistung im allgemeinen Leistungsstörungsrecht zukommt. Zugleich stellt sich die Frage, ob dogmatisch gesehen die Möglichkeit vorliegt, eine Konstruktion zu gestalten, die die Haftung wegen sowohl anfänglicher als auch nachträglicher Leistungshindernisse erfassen kann. Diese Fragen bilden den Kern der vorliegenden Arbeit. An den Anfang gestellt wird der Satz „*impossibulum nulla obligatio est*“ (Kap. 1), da dieser Satz sich als die Wurzel der um § 311a geführten dogmatischen Kontroverse darstellt. In Kap. 1 wird zunächst der mögliche Anwendungsbereich des Satzes vor dem Hintergrund des klassisch-römischen Rechts ermittelt. Dem schließen sich Ausführungen darüber an, wie der Satz in der Unmöglichkeitslehre Mommsens verallgemeinert wurde. Auf diese Weise wird hervorgehoben, worin die Bedeutung der Abschaffung des § 306 BGB a.F. für die Rechtsfolge der anfänglichen Unmöglichkeit liegt. Kap. 2 behandelt das Hauptthema der vorliegenden Arbeit, nämlich die Frage, wie der Schadensersatz wegen anfänglicher Leistungshindernisse zu konstruieren ist. Nachdem diese Frage zunächst nach Maßgabe des gemeinen Rechts und des alten BGB beantwortet wird, folgt eine Erörterung der Neuregelung des § 311a Abs. 2 sowie verschiedener in Bezug auf diese Vorschrift angestellter Erklärungsversuche. Im Anschluss wird in der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen, die Haftung für anfängliche Leistungshindernisse zu rekonstruieren. Abschließend liegt in Kap. 3 der Fokus auf der Haftung des Verkäufers für anfängliche Sachmängel; denn die anfänglich unbehebbareren Sachmängel bilden die in der Praxis wohl am häufigsten auftretenden Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit. In diesem Zusammenhang wird geprüft, ob die im Rahmen dieser Arbeit vorgestellte dogmatische Konstruktion sich in der Praxis in adäquater Weise zu behaupten vermag.

1. Kapitel Die Wirksamkeit des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrags

A. Der Celsus-Satz „*impossibilium nulla obligatio est*“ im römischen Recht

I. Allgemeines

Die Auffassung, dass der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig ist und der Gläubiger der Sachleistung somit allenfalls den Ersatz des negativen Interesses verlangen kann, dürfte auf *Mommsens* Unmöglichkeitstheorie und *Jherings* Lehre von der *culpa in contrahendo* zurückzuführen sein. Beide Autoren stellten ihre Lehren auf die römischen Quellen ab, die von der Nichtigkeit des Vertrags über eine physisch oder juristisch unmögliche Leistung sprechen. Während die Kritiker des § 311a BGB n.F. sich weiterhin auf die vermeintlich „Jahrtausende alte Tradition“³ berufen, wäre es der Erkenntniserweiterung und der Beilegung von Streitigkeiten gleichermaßen dienlich, sich eingehender mit dem von *Mommsen* in seiner Lehre zugrunde gelegten Satz unter Berücksichtigung der römischen Quellen zu beschäftigen.

Der Satz „*impossibilium nulla obligatio est*“ stammt aus Cel. D. 50. 17. 185 und findet sich unter dem Titel „*De diversis regulis iuris antiqui*“ (Von verschiedenen Regeln des alten Rechts). Diese Aussage des Hochklassikers *Celsus* ist ebenso sentenziös wie zusammenhanglos, und die darin enthaltene Verallgemeinerung steht nicht in Einklang mit dem kasuistischen und diskursiven Stil der klassischen römisch-rechtlichen Quellen. Wie D. 50. 17. 1 zeigt, ist „*regula iuris*“ nicht in dem Sinn zu verstehen, dass sich aus der Regel das Recht ableitet, sondern dass aus den vorhandenen Rechten eine Regel gebildet werden soll.

Im modernen Recht wird der Celsus-Satz herkömmlicherweise bei der Behandlung der Unwirksamkeit des Vertrags herangezogen, vor kurzem jedoch auch im internationalen Regelwerk als Begründung für den Aus-

3 *Altmeppen*, DB 2001, 1399.

schluss der ursprünglichen Leistungspflicht.⁴ Die letztgenannte Anwendung sollte den klassischen Juristen fremd gewesen sein; denn beim Formelprozess wurde jede Leistung durch das Urteil nach dem Prinzip *condemnatio pecuniaria* zur Geldleistung umgewandelt.⁵ Allein beim außerordentlichen Prozess, also dem Kognitionsprozess, konnte das Urteil auf eine andere Leistung als Geld lauten.⁶

Der in Gai. Inst. 4. 48 stehende Satz, „*sicut olim fieri solebat*“,⁷ erbringt ebenfalls keinen Beleg dafür, dass in einer vorherigen Entwicklungsstufe die Sachkondemnation gegolten hätte. Vielmehr war in früherer Zeit der Gedanke der Personalhaftung des Schuldners vorherrschend. Dem Schuldner stand jedoch die Möglichkeit zu, sich von der Personalvollstreckung durch die Zahlung einer Lösungssumme zu befreien. Die Frage, ob der Schuldner die Sache an sich leisten kann, ist in einer solchen Haftungsstruktur ohne Belang.⁸ Die Haftung bleibt durch die Unmöglichkeit der Leistung unberührt. Der Schuldner verliert lediglich die Möglichkeit, mit einer freiwilligen Leistung seine Haftung abzulösen.

D. 50. 17. 185 scheint sich nicht auf bestimmte Vertragstypen zu beziehen. Wird die Betrachtung des Quellenmaterials jedoch auf jene Fälle beschränkt, die aus moderner Sicht als anfängliche Unmöglichkeit bewertet

4 Vgl. *Vogenaue/Kleinheisterkamp* (ed.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Art. 7.2.2, S. 788; *Lorenz/Riehm*, Rn. 319 beziehen sich auf § 275 Abs. 1 BGB n.F.: Dies „entspricht dem römischen Rechtsgrundsatz ‘impossibilium nulla est obligatio’ und folgt aus der Natur der Sache, denn eine auf eine menschenunmögliche Leistung gerichtete Pflicht wäre sinnlos.“ So auch *Medicus*, Leistungsstörungenrecht, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, S. 89, Rn. 33; *Canaris*, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“, S. 43, 49. Vor der Schuldrechtsreform bereits *Heck*, Grundriss des Schuldrechts, S. 139. Zur Kritik an der Annahme des Erlöschens der Schuldnerpflicht unter Berufung auf den Celsus-Satz dagegen schon *Schlechtriem*, International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, S. 71, 76.

5 Gai. Inst. 4, 48; *Kaser*, RPR I, § 117, S. 499; *Kaser*, RZ § 54, S. 372; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, § 92, S. 224.

6 *Kaser*, RPR I, § 117, S. 499.

7 „*iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, aestima re pecuniam eum condemnat.*“ (Hervorhebung durch den Verfasser) (übersetzt: Deshalb verurteilt der Richter auch dann, wenn man eine körperliche Sache einklagt, [...] den Beklagten nicht auf die Sache selbst, **wie es in alter Zeit üblich war**, sondern er verurteilt ihn, nachdem er die Sache bewertet hat, zu Geld.)

8 *Medicus*, SZ Rom 86 (1969), S. 67, 68.

werden sollen, dann betrifft dies lediglich die Stipulation und den Kaufvertrag; für alle anderen Verträge fehlt es an Quellen.⁹

II. Stipulation

1. Celsus-Satz und Stipulation

Die moderne Forschung geht davon aus, dass der Celsus-Satz vor allem bei Stipulation seine volle Anwendung findet,¹⁰ während ihm im Bereich der *bonae fidei obligationes* eine nur untergeordnete Bedeutung zukommt.¹¹ Wollschläger ist der Ansicht, dass sich die Verwendung des Wortes „*obligatio*“ nach dem Sprachgebrauch des Celsus wie der klassischen Juristen allein auf die nach *ius civile* zustande kommenden strengrechtlichen Verbindlichkeiten beziehe, unter denen die Stipulation der häufigste Fall sei.¹² Ihrer strengrechtlichen Eigenschaft entsprechend, ist die Stipulation insbesondere mit der *perpetuatio obligationis* (Verewigung der Obligation) verbunden: All jene Stellen, die ausdrücklich von *perpetuatio obligationis* sprechen, sind auf die Stipulation gerichtet.¹³

Nach Gai. Inst. 3. 97 ist eine Stipulation unwirksam, wenn die stipulierte Sache nicht übereignet werden kann; dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein freier Mann für einen Sklaven, ein toter Mensch für lebendig oder ein heiliges oder religiöses Grundstück (*res sacra vel religiosa*) für verkehrsfähig gehalten wurde. Ebenso unwirksam ist nach Gai. Inst. 3. 97a die Stipulation über eine nicht existierende Sache, z.B. über einen *hippocentaurus*. Zudem

9 Mommsen, Unmöglichkeit, S. 138.

10 Rabel, FS Bekker, 173, 193 ff.; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 6; Wollschläger, Unmöglichkeitstheorie, S. 8; Zimmermann, Obligations, p. 689; Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, S. 562. Siehe auch Brinz, Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 5, 1857, S. 278, 290.

11 Würthwein, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen, S. 137.

12 Wollschläger, Unmöglichkeitstheorie, S. 14; siehe auch Schulz, Classical Roman Law, S. 455. Nach Schulz wird erst im postklassischen Recht versucht, *ius civile* und *ius honorarium* zu verbinden und unter dem Begriff der *obligatio* zusammenzufassen. Schulz, a.a.O., S. 457. Dagegen schließt Kaser nicht aus, dass sich der Begriff der *obligatio* bei den klassischen Juristen gelegentlich auch auf honorarrechtliche Verbindlichkeiten bezieht, siehe Kaser, RPR I, S. 480. Davon ausgehend kann Celsus als Hochklassiker bei der Verwendung des Begriffs der *obligatio* auch andere Verbindlichkeiten als strengrechtliche gemeint haben.

13 Vgl. Kaser, SDHI 46 (1980) 87 ff. Zum Verhältnis der Regel der *perpetuatio obligationis* zur Wirksamkeit der Stipulation siehe unten I. Kap. A. II. 2.

ist die Stipulation nach Inst. 3. 19. 1-2 nichtig, wenn die versprochene Sache auf Dauer einem öffentlichen Zweck dient (*res publica*), z.B. der Marktplatz oder das Theater, oder wenn die Stipulation sich auf die Sache der Gläubiger bezieht.

In Gai. 44, 7, 1 § 9 wird zudem der Fall behandelt, dass ein versprochenes Gebäude bereits abgebrannt ist. Paul. D. 45. 1. 83 § 5 stellte *res sacra vel religiosa, res publica* und *homo liber* gleich und hob hervor, dass die Stipulation auch dann unwirksam ist, wenn der Zustand, der ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Sache verhindert, in der Zukunft überwunden werden könnte. Mod. D. 45. 1. 103 lautet, dass ein freier Mann nicht zum Gegenstand einer Stipulation gemacht werden kann, denn die Stipulation kann sich in diesem Fall weder auf die Verbindlichkeit richten, ihn zu geben, noch kann der Wert desselben gewährt werden.

Auffällig ist, dass in mehreren Fragmenten dem Umstand Bedeutung zugemessen wird, ob die Parteien über die Unmöglichkeit der Leistung in Kenntnis sind. Hier stellt sich die Frage, ob die Wirksamkeit der Stipulation von der Kenntnis der Parteien abhängt. Zutreffend hält *Flume*¹⁴ dies hinsichtlich der Beurteilung der Wirksamkeit der Stipulation für irrelevant. Denn das Subjekt der Unkenntnis ist in relevanten Fragmenten ungleich: Bei Gai. Inst. 3, 97¹⁵ und Inst. 3, 19, 1-2¹⁶ ist es der Stipulator (Gläubiger), in D. 44, 7, 1, § 9 dagegen sind es beide Parteien.¹⁷ Zu betonen ist jedoch, dass sich in den Quellen keine Bestimmung über die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz findet.

In der Praxis unterliegt die Nichtigkeitsregel bei der Stipulation, abgesehen von der *perpetuatio obligationis*, einer anderen Korrektur. Lange Zeit bediente sich der römische Käufer der Stipulation als Zusicherung, indem

14 *Flume*, Rechtsakt, S. 102, Fn. 18.

15 „[...] *velut si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, aut mortuum, quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat humani iuris esse* [...]“ (übersetzt: zum Beispiel, wenn sich jemand durch Stipulation einen freien Menschen, den er für einen Sklaven hielt, oder einen toten, den er für lebendig hielt, oder einen heiligen oder religiösen Ort, den er für eine Sache menschlichen Rechts hielt, versprechen lässt)

16 Fr. 1 „[...] *veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat*“ (übersetzt: zum Beispiel den toten Stichus, den er am Leben glaubte); Fr. 2 „[...] *si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat*[...] *vel liberum hominem, quem servum esse credebat*.“ (übersetzt: wenn jemand sich eine sakrale oder religiöse Sache, von der er glaubte, sie unterliege menschlichem Recht [...] oder einen freien Menschen, den er für einen Sklaven hielt, versprechen lässt)

17 „[...] *inter eos, qui ignoraverint* [...]“ (übersetzt: zwischen denen, welche nicht wussten)

er den Verkäufer mittels Stipulation die Abwesenheit bestimmter Fehler oder das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Kaufsache versprechen ließ. In Ulp. D. 21. 2. 31 wird die mutmaßliche Einwendung dargelegt, dass eine solche Stipulation entweder überflüssig sei, wenn die Sache objektiv eine entsprechende Beschaffenheit aufweist, oder unwirksam, wenn die Sache fehlerhaft ist. Ulpian lehnt diese Zweifel mit der Begründung ab, dass infolge der Stipulation der Verkäufer für das Interesse haftet, das der Käufer an der Richtigkeit der Zusage hat.¹⁸

2. Gründe für die Unwirksamkeit der Stipulation

Über die Gründe für die Unwirksamkeit der Stipulation lässt sich nur spekulieren. *Rabel* sieht den Grund im Fehlen der erforderlichen physischen Existenz der versprochenen Sache (*in rerum natura*) sowie in ontologischen und metaphysischen Vorstellungen.¹⁹ Der herkömmlichen Meinung nach hat der Verfall der Stipulation, die auf *dare* einer individuell bestimmten Sache gerichtet ist, ihren Grund in der Klageformel, die der streng wörtlichen Auslegung unterliegt. Wenn z.B. der Sklave *Stichus* stipuliert und dies durch die Klage verlangt wird, er aber bereits bei Vertragsschluss gestorben war, verliert die *intentio - Stichum dare oportere* - schon allein aus der „Logik der Formel“²⁰ ihren Bestand.

Zweifel an dieser formal-logischen Erklärung dürften sich daraus ergeben, dass das Rechtsinstitut *perpetuatio obligationis* (Verewigung der Obligation) nur dann Anwendung fand, wenn der Leistungsgegenstand *nach* Vertragsschluss zerstört oder geschädigt wurde. Eine strengrechtliche Obligation auf die Leistung einer individuell bestimmten Sache wurde demnach vor dem Erlöschen abgewehrt, indem die Sache durch eine Fiktion als fortbestehend angenommen wurde. Hier stellt sich die Frage, welcher Gedanke hinter dieser Entscheidung steht. Wäre es die Billigkeitserwägung,

18 *Kaser RPR I*, § 131, S. 558; *Haymann*, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, S. 21. *Medicus*, SZ Rom 86 (1969), S. 67, 95. Zur Berechnung des Interesses siehe *Medicus*, Id quod interest, S. 110 ff.

19 *Rabel*, FS Bekker, S. 171, 194 ff.

20 Bereits *Brinz*, Rezension zu Mommsen, S. 290, anhand Mod. D. 45, 1, 103, „alles wird darauf gestellt, dass weder *intentio* noch *condemnatio* möglich sei.“; *Siber*, Römisches Recht II: Römisches Privatrecht, S. 175; 250; *Wieacker*, FS Nipperdey zum 70., S. 783, 801; *Zimmermann*, Obligations, S. 689; *Wollschläger*, Unmöglichkeitstheorie, S. 11.

würde es nicht einleuchten, dass die *perpetuatio obligationis* allein beim nachträglichen *dolus* Anwendung findet.²¹

Medicus sieht den Grund in der Unmöglichkeit, den Marktpreis des Leistungsgegenstandes zu ermitteln.²² Während beim *hippocentaurus* oder dem toten Sklaven die Schätzungsschwierigkeit darin bestehe, dass der Schätzungsgegenstand nie existiert hat bzw. seine Existenz schon längere Zeit zurückliegt, sei sie beim *homo liber* oder bei der *res sacra* auf ethische Gründe zurückzuführen. Als Beweis werden folgende Stellen angeführt: Mod. D. 45. 1. 103: *Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest* (Ein freier Mann kann nicht zum Gegenstand einer Stipulation gemacht werden, weil sie weder auf die Verbindlichkeit, ihn zu geben, gerichtet, noch der Wert desselben gewährt werden kann), Ulp. D. 1, 8, 9 § 5 (*Res sacra non recipit aestimationem*), Paul. D. 50. 17. 106 (*Libertas inaestimabilis res est*) und PS 5. 1. 1 (*homo enim liber nullo pretio aestimatur*). Die Anwendung der *perpetuatio obligationis* wurde deshalb auf die nachträgliche Unmöglichkeit beschränkt, weil der Leistungsgegenstand vor relativ kurzer Zeit noch existiert hat und der Marktpreis noch gut zu schätzen war.²³

Medicus' These findet zwar Beachtung,²⁴ vermag vor dem Hintergrund der herrschenden Meinung jedoch nicht zu überzeugen. *Kaser* betont die streng wörtliche Auslegung der *formula certa*²⁵: Da die Kondemnationsklausel „*quanti ea res est*“ in der präsentiven Form ausgedrückt wird, muss

21 Dies gilt insbesondere, wenn der Zusammenhang mit der *clausula doli* berücksichtigt wird. Vgl. *Medicus*, SZ Rom 86 (1969), S. 67, S. 71 f. Der Untersuchung *Coings* zufolge geht die *perpetuatio obligationis* auf die *clausula doli* zurück, die sich ursprünglich auf das Verhalten beim Vertragsabschluss bezog, z.B. auf Angaben über das Rechtsverhältnis oder Eigenschaften der Sache. Ihre spätere Erstreckung auf die Durchführung des Vertrags wird zwar durch Assimilierung des Begriffs *bona fides* verdunkelt, doch ist die Relevanz der *clausula doli* und der *perpetuatio obligationis* in PS 5, 7, 4 noch nachweisbar. Vgl. *Coing*, FS Schulz I, S. 121 ff.

22 *Medicus*, SZ Rom 86 (1969), S. 67, 75 ff.

23 *Medicus*, SZ Rom 86 (1969), S. 67, 76. Als eine parallele Rechtsfigur, die zu demselben Ziel dient, führt *Medicus* die Rückrechnung von *lex Aquilia* an.

24 So z.B. *Peters*, FS *Kaser* zum 70., S. 297, Fn. 54. Nur teilweise *Honsell*, *Quod interest*, S. 109, 111.

25 Die Klageformel lautet: „*Si paret N.N. A.A [...] Stichum servum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N.N. A.A. condemnatio, si non paret absolvito*“. (übersetzt: Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger den Sklaven Stichum zu leisten verpflichtet ist, verurteile, Richter, den Beklagten zugunsten des Klägers zu dem Geldbetrag, den dieser Gegenstand wert ist; wenn es sich nicht erweist, sprich frei.) Vgl. *Kaser/Knütel*, RP § 83 Rn. 13.

der Leistungsgegenstand im Augenblick der *litis contestatio* vorhanden sein, andernfalls würde die *litis aestimatio* (Geldschätzung) gegenstandslos. Eben hier ist die *perpetuatio obligationis* unentbehrlich.²⁶ Die Frage, warum die Anwendung der *perpetuatio obligationis* auf die nachträgliche Unmöglichkeit beschränkt wird, bleibt jedoch unbeantwortet.²⁷ Harke sieht den Grund für die Unwirksamkeit der Stipulation darin, dass durch den Wortlaut der Stipulation und der daran anknüpfenden Klageformel die Schuldnerpflicht auf die Übereignung der bestimmten Sache beschränkt werde und damit das Surrogat oder die Umwandlung des Leistungsinhalts wegen der streng vorgenommenen Interpretation ausgeschlossen sei.²⁸ Jedoch bietet die von Harke gezogene Synthese ebenso wenig eine Erklärung dafür, dass nur bei der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung eine Umwandlung durch die *perpetuatio obligationis* ermöglicht wurde.

Nach Flume²⁹ setzt die Stipulation als Rechtsakt die Existenz des Leistungsgegenstandes voraus; das Zustandekommen einer Stipulation über Fabeltiere oder einen toten Sklaven ist wegen Fehlens des Gegenstandes ausgeschlossen. Dementsprechend kommt die *perpetuatio obligationis*, die nach Flume als „prozessualer Verewigungssatz“ dient, nur dann in Betracht, wenn die Stipulation zunächst gültig zustande gekommen und die Sache dann untergegangen ist. Das heißt, wenn die Sache von Anfang an nicht existiert, ergibt sich keine Obligation, und folglich kann von der Anwendung der *perpetuatio obligationis* keinesfalls die Rede sein.³⁰ Diese These ist nur in begrenztem Umfang schlüssig. Zum einen ist die Gleichstellung der Fälle von *homo liber* und *locus sacer vel religiosus* mit der physischen Unmöglichkeit fraglich. Nach Flume sind die Sachen zwar physisch vorhanden, jedoch stellen sie „keine möglichen Gegenstände der Stipulation

26 Kaser, SDHI 46(1980), 87, 127.

27 Kaser, SDHI 46(1980), S. 128, Fn. 171. Kaser verweist einerseits darauf, dass die Römer dem Celsus-Satz größeres Gewicht beigelegt haben; andererseits äußert er: „Die bloße Möglichkeit, sich der *perpetuatio obligationis* nicht nur dort zu bedienen, wo sie es für unentbehrlich hielten, zwang sie nicht dazu, ihren Gebrauch zu verallgemeinern.“

28 Harke, JbJgZivRWiss, 2001, S. 38 f. Als Beleg zieht Harke die Stelle von Mod. 45. 1. 103 heran. Dem Zwecke dienlicher wäre wohl Pomp. D. 45. 1. 22, wonach der Stipulator nur das Erz, das er für Gold gehalten hat, verlangen kann, weil beide Teile ursprünglich einen Vertrag geschlossen haben, in dem das Erz den Vertragsgegenstand darstellte. Allein der Zusatz der Dolusklausel eröffnet dem Stipulator die Möglichkeit, gegenüber dem bösgläubigen Versprecher Schadensersatz zu verlangen. Vgl. Brinz, Rezension zu Mommsen, S. 292.

29 Flume, Rechtsakt, S. 101 ff.

30 Flume, Rechtsakt, S. 106.

als Rechtsakt“ dar. Die Wortwahl „keine möglichen Gegenstände der Stipulation“ enthält bereits eine rechtliche Beurteilung. Zum anderen bleibt der Grund für die jeweils unterschiedliche Behandlung der anfänglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit offen. Wenn nach *Flume* nicht die Obligation, sondern die Stipulation verewigt wird,³¹ bleibt immer noch die Frage offen, aus welchem Grund die *perpetuatio obligationis* allein das nachträgliche, nicht aber das anfängliche Fehlen des Gegenstandes zu heilen vermag.

In Übereinstimmung mit *Flume* setzt der Erklärungsversuch *Arps* nicht bei der Erfüllung, sondern bei den Rechtsgeschäften an.³² Anders als *Flume* geht er jedoch davon aus, dass die Stipulation wegen ihrer Gegenstandslosigkeit, Sinnlosigkeit und Absurdität nichtig sei, wenn sie sich aus der Fehleinschätzung der Parteien über die Wirklichkeit ergibt,³³ z.B. in dem Fall, wenn ein verstorbener Sklave für lebendig gehalten und stipuliert wurde. Dieser Lehre liegt ein besonderes Verständnis von „*impossibilis*“ zugrunde: „*impossibilis*“ wird nicht als die Kehrseite von „*possibilis*“ verstanden, sondern vielmehr als Synonym für „absurd“, „widersinnig“ oder „unsinnig“. ³⁴ *Arps* Erklärung vermischt die Forderung nach Sachexistenz mit dem Irrtum und der Bewertung des Rechtsakts und führt zu einem widersprüchlichen Ergebnis: Die Stipulation ist bei beiderseitiger Unkenntnis von der Wirklichkeit unwirksam,³⁵ andererseits aber wirksam, falls der Schuldner trotz der Kenntnis von der Unmöglichkeit der Leistung verspricht.³⁶ Die letztere Stipulation ist für sich genommen ebenfalls „absurd“.

III. Kauf

In den römischen Quellen wurde der Kauf eines freien Menschen oder einer sakralen Stätte als ungültig erachtet. Entgegen *Mommsens* Ansicht, sollen diese Fälle nicht mittels eines einheitlichen Begriffs vom Schuldverhältnis ohne Weiteres dem Celsus-Satz unterstellt werden.³⁷ Denn zum ei-

31 *Flume*, Rechtsakt, S. 103.

32 *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, S. 67.

33 *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, 87.

34 *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, 78 ff.

35 *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, 89.

36 *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, 90.

37 *Rabel*, FS Bekker, S. 193; *Wollschläger*, Unmöglichkeitstheorie, S. 11 ff. Ausgehend vom Unterschied zwischen *iudicia stricti iuris* und *bonae fidei iudicia*, *Harting*, Die „positiven Vertragsverletzungen“, S. 14, Fn. 11.

nen ist für die Gültigkeit des Kaufs nicht allein die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes entscheidend, sondern ebenso die Kenntnis des Käufers. Zum anderen wurde in einzelnen Fällen trotz der Unwirksamkeit des Kaufs dem Käufer die *actio empti* gewährt. Dies erschwert es, die jeweiligen Fragmente auf einer einheitlichen Grundlage zu erklären, genügt jedoch für die Feststellung, dass eine starre Regel wie § 306 BGB a.F. beim Kauf nicht bestand. Die klassischen Juristen beließen es nicht bei der dogmatischen Einordnung der Vertragsgültigkeit, sondern verfolgten sachgerechte Antworten auf die ihnen vorgestellte Einzelfrage, die z.B. darin bestehen konnte, ob der Verkäufer vom Käufer den Kaufpreis verlangen bzw. umgekehrt der Käufer vom Verkäufer den Kaufpreis zurückfordern kann, oder ob es dem Käufer darüber hinaus zusteht, Schadensersatz zu verlangen. Folgt man der Annahme *Wollschlägers*, dass sich der Celsus-Satz ausschließlich auf die Zurückweisung der *actio* beziehungsweise der Haftung wegen der unausführbaren Stipulation bezieht,³⁸ so wird verständlich, dass für die Beurteilung der Wirksamkeit des Kaufs weitere Aspekte als die bloße Leistungsmöglichkeit entscheidend sein müssen.

1. *Homo liber*

Aus Paul. D. 18. 1. 15 ist ersichtlich, dass es bei den Römern nicht selten vorkam, dass ein freier Mann mit einem Sklaven verwechselt wurde. Aufgrund der in Bezug auf Sklaven geltenden maßgeblichen Verkehrsrücksichten³⁹ wurde die Gültigkeit des Kaufs in solchen Fällen nicht an die Übergabe gebunden, die anders als im Fall einer nicht existierenden Sache durchaus möglich gewesen wäre, sondern an die Redlichkeit der Parteien.⁴⁰

Einige Fragmente sprechen sich dafür aus, dass der Kauf eines Scheinsklaven insofern wirksam war, als der Käufer sich bei Vertragschluss des Umstands, dass es sich um einen freien Mann handelte, nicht bewusst war;⁴¹ in diesem Fall steht dem Käufer ohne Zweifel die *actio empti* zu. Die Frage nach der Kenntnis des Verkäufers ist dagegen ohne

38 *Wollschläger*, *Sympotica* Wieacker, S. 154, 159.

39 *Medicus*, *SZ Rom* 86 (1969), S. 67, 97.

40 *Harke*, *JbJgZivRWiss* 2001, 30, 34 nimmt an, dass um den Schutz des gutgläubigen Käufers willen hier eine „Ausnahme von der Unwirksamkeitsregel“ gemacht worden sei, weil der Grund der Nichtigkeitsfolge gerade nicht in der Unmöglichkeit der Verkäuferleistung, sondern in der Sittenwidrigkeit gelegen habe.

41 *Lic. Ruf. D. 18. 1. 70*; *Paul. D. 18. 1. 34 § 2*.

Belang.⁴² Stellte sich nach der Übergabe des Sklaven heraus, dass das Kaufobjekt ein freier Mensch ist, bestand die Eviktionshaftung des Verkäufers.⁴³ Mit der Entwicklung des römischen Rechts kommt dem Käufer die Möglichkeit zu, sich neben der *actio auctoritatis* und *stipulatio duplae* auf die *actio empti* zu berufen.⁴⁴ Dies gilt als positiver Beweis für den Bestand des Kaufs.

Die klassische Behandlung scheint von Justinian dadurch verdunkelt zu werden, dass in Inst. 3. 23. 5 der Satz „*quod sua interest deceptum non esse*“ auch auf den Kauf eines *homo liber* verweist. Das Wort „*deceptum*“ führt leicht zu der Annahme, die Gewährung der *actio empti* hinge von der Bösgläubigkeit des Verkäufers ab.⁴⁵ *Stein* geht von einer rechtlichen Entwicklung aus:⁴⁶ Ursprünglich sei der Kauf über einen freien Menschen nichtig gewesen; dem Käufer habe die *actio de dolo* allein in dem Fall zugestanden, wenn der Verkäufer bösgläubig war. Später sei der Kauf als gültig angesehen⁴⁷ und dem Käufer die *actio empti* zuerkannt worden, falls beide Teile gutgläubig waren. *Celsus* habe dies auf den Fall des *venditor sciens* erweitert. Erst in justinianischer Zeit sei die Wirksamkeit des Kaufs und die Erteilung der *actio empti* auf den Fall des *venditor sciens* beschränkt worden.

In dem Fall, wenn beide Parteien bösgläubig waren, oder wenn der Käufer bösgläubig und der Verkäufer dagegen gutgläubig war, ist der Kauf nach D. 18. 1. 70 „*nulla emptio contrahitur*“. Zwar scheitern die Klagen der beiden Teile bereits an dem jeweiligen *dolus*,⁴⁸ der gegen die der *actio empti* oder *venditi* innewohnenden *bona fides* verstößt; dies setzt jedoch voraus, dass der Kauf oder zumindest der die Grundlage des Kaufs bildende *consensus*⁴⁹ besteht.

42 Lic. Ruf. D. 18. 1. 70; Iul. D. 21. 2. 39 § 3. Vgl. auch *Peters*, FS Kaser zum 70., S. 293.

43 Iul. D. 21. 2. 39 § 3. Zu einer noch genaueren Unterscheidung nach dem Zeitpunkt, wann der Käufer seinen guten Glauben verliert, siehe *Peters*, FS Kaser zum 70., S. 293 ff.

44 *Medicus*, Id quod interest, S. 51 ff., 163.

45 *Zimmermann*, Obligations, S. 243, Fn. 65.

46 *Stein*, Fault, S. 65 ff.

47 Vgl. D. 18. 1. 4 „*emptio intellegitur*“ (übersetzt: Der Kauf wird als gültig angesehen).

48 Vgl. Paul. D. 18. 1. 57 § 3.

49 *Peters*, FS Kaser zum 70., S. 291. Die Frage, ob der Verkäufer den vollen Kaufpreis beanspruchen kann, bejaht *Peters* unter Heranziehung von D. 18. 1. 57 § 2. Dieses Ergebnis könnte sich dadurch erklären lassen, dass die positive Kenntnis des Käufers die gleiche Wirkung hat wie die *periculum emptoris*. *Peters*, a.a.O., S. 292.