

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 281

Die Nutzungsstörung

Zur Problematik der Störung
des Verwendungszwecks und des Wegfalls
der Geschäftsgrundlage

Von

Guido Quass



Duncker & Humblot · Berlin

Guido Quass · Die Nutzungsstörung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 281

Die Nutzungsstörung

Zur Problematik der Störung
des Verwendungszwecks und des Wegfalls
der Geschäftsgrundlage

Von

Guido Quass



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-11098-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Die ungelöste Problematik der Störung des Verwendungszwecks	11
A. Das Problem	11
I. Zwei Fälle aus neuerer Zeit	11
II. Die zugrunde liegende Problematik der Störung des Verwendungszwecks	14
III. Die korrespondierende Problematik der Zweckvereitelung und der Zweckerreichung	17
B. Die Handhabung der Problematik in der gerichtlichen Praxis	20
I. Die entsprechende Anwendung der Sachmängelhaftung durch die Lehre vom Umweltfehler	20
II. Der vertragliche Risikobereich und das Institut der Geschäftsgrundlage	25
III. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als tatbestandslose Generalklausel	29
C. Die Kodifizierung der Lehre von der Geschäftsgrundlage durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts	33

2. Kapitel

Die bisherigen Versuche zur Lösung der Problematik	38
A. Die Lehren von der <i>clausula rebus sic stantibus</i> als Vorläufer der Lehren von der Geschäftsgrundlage	38
I. Die Entwicklung der Clausel-Lehre seit Pillius	38
1. Die ersten Ansätze des Clausel-Gedankens im 12. bis 14. Jahrhundert	38
2. Die großzügige Anwendung der Clausel-Lehre im 15. und 16. Jahrhundert	40
3. Die <i>clausula</i> bei Hugo Grotius und Heinrich von Cocceji	40

4. Die clausula im usus modernus und in der Naturrechtslehre	42
5. Die Clausel in den Kodifikationen des 18. Jahrhunderts	43
6. Die Ausklammerung der Clausel-Lehre im gemeinen Recht	45
II. Die Inhomogenität der Clausel-Lehren und die Kontinuität der Lehren von der Geschäftsgrundlage	46
B. Die Berücksichtigung der Zweckstörung aufgrund einer Selbstbeschränkung des Willens (sog. subjektive Lehren)	48
I. Der einseitige Vorbehalt des Willens	48
1. Die Lehre Windscheids von der Voraussetzung	48
2. Die Lehre von der Voraussetzung als einseitige Berücksichtigung der Beweggründe des Erklärenden	51
II. Der akzeptierte Vorbehalt des Willens	58
1. Die Lehre Oertmanns von der Geschäftsgrundlage	58
2. Die Oertmann'sche Formel als Fiktion eines Konsenses	60
C. Die hypothetische Parteivereinbarung bei hypothetischer Kenntnis bzw. Berück- sichtigung des Risikos der Störung des Verwendungszwecks	65
I. Die Geschäftsgrundlage als die den Vertragsparteien gemeinsame Wertungs- grundlage	65
1. Die Lehre Schmidt-Rimplers von der Richtigkeitsfunktion des Vertrags	65
2. Das Erfordernis eines objektiven Wertungsmoments	67
II. Die Methode der ergänzenden Vertragsauslegung	77
1. Die Lehre Brox' von der Interessenjurisprudenz und ihre Vorläufer	77
2. Die Lehre Medicus' von der vertraglichen Risikozuweisung	80
3. Die ergänzende Vertragsauslegung als Einfallstor für subjektive Gerechtig- keitsvorstellungen	81
D. Die Berücksichtigung der Zweckstörung aufgrund normativer Wertungen (sog. ob- jektive Lehren)	86
I. Die Störung des Verwendungszwecks als eine Frage der Billigkeit	86
1. Die Lehren von der Unzumutbarkeit der Gegenleistungspflicht	86
a) Die Lehre Erich Kaufmanns vom „Wesenszweck“ des Geschäfts	86
b) Die Lehre Krückmanns vom virtuellen Vorbehalt	87

c) Die Lehre Fikentschers von der Vertrauensgrundlage	88
d) Die Lehren vom Äquivalenzprinzip	89
2. Die Unbestimmtheit des Begriffs von der Unzumutbarkeit	93
a) Das grundsätzliche Dilemma der Lehren von der Unzumutbarkeit	93
b) Die Wertungsoffenheit der Lehren vom Äquivalenzprinzip	96
3. Die Vorhersehbarkeit von Risiken als Kriterium der Unzumutbarkeit	99
a) Die Vorhersehbarkeit als Wertungsgesichtspunkt und als Indiz für den Vertragsinhalt	99
b) Die Fragwürdigkeit des Kriteriums von der Vorhersehbarkeit	101
II. Der Verwendungszweck als vereinbarter Parteizweck	105
1. Die Lehre Lochers vom Geschäftszweck	105
2. Der „Geschäftszweck“ als eine neben der Leistungsabrede stehende Vereinbarung	108
a) Der Geschäftszweck als einseitiger vereinbarter Parteizweck	108
b) Die Virtualität des Geschäftszwecks	109
c) Die Zweiteilung des Vertrags in der Lehre vom Geschäftszweck	110
III. Der Verwendungszweck als objektiver Vertragszweck	114
1. Die Lehre Larenz' vom objektiven Vertragszweck	114
2. Der „Vertragszweck“ als Grundlage der Leistungsvereinbarung	116
a) Die Unklarheit des Verhältnisses von Geschäftsgrundlage und Vertrag .	116
b) Die Ausblendung des Synallagmas in der Larenz'schen Geschäfts- grundlagenlehre	118
IV. Der Verwendungszweck als Inhalt der rechtsgeschäftlichen Leistungsverein- barung	119
1. Die Lehre Flumes von der Bezugnahme des Rechtsgeschäfts auf die Wirk- lichkeit	119
2. Die Lehre Beuthiens von der vereinbarten Zweckeignung der Leistung	122
3. Das Leistungsversprechen als Versprechen zur Nutzungsmöglichkeit	124
a) Die Zweckvereinbarung als Rechtfertigung der Gefahrtragung des Schuldners	124
b) Der Bruch der Lehren mit dem herkömmlichen Verständnis von der Leistung	126
c) Die Zweifelhaftigkeit der Entscheidungskriterien	128

3. Kapitel

Die Störung des Verwendungszwecks als Leistungsstörung	132
A. Das Nutzungsrisiko bei der Landpacht als exemplarisches Modell für die Gefahrtragung bei Störungen des Verwendungszwecks	132
I. Die heutige Regelung des § 593 BGB und ihre unmittelbaren Vorläufer	132
II. Die Entwicklungsgeschichte seit Servius	137
1. Die Störung des Verwendungszwecks im römischen Recht der Landpacht .	137
a) Die Gefahrtragung des Verpächters als Nichterfüllung der auf die Nutzung bezogenen Leistungspflicht	137
b) Andere Deutungsversuche der servianischen Konzeption	142
c) Die vitia ex ipsa re als Aufgaben- und Gefahrenbereich des Pächters ..	146
2. Die weitere historische Entwicklung	151
a) Der Wandel von der vertraglichen Gewährleistung zum Billigkeitsgedanken in der nachklassischen Entwicklung bis zum justinianischen Recht	151
b) Die Entwicklung von der Glosse bis zum preußischen ALR	154
c) Die widerstreitenden Auffassungen im gemeinen Recht	158
d) Die remissio mercedis in den Beratungen zum BGB	161
III. Die Ergebnisse der historischen Analyse	163
B. Die Nutzungsstörung als Leistungsstörung	165
I. Der vereinbarte Verwendungszweck als Element der Leistungspflicht	165
1. Die These	165
2. Die vereinbarte Nutzung als Äquivalent der Gegenleistung	168
3. Das Kriterium der wertbildenden Nutzung	173
a) Die Bestimmung der geschuldeten Nutzung als Problem der Auslegung des Geschäfts	173
b) Die wertbildende Nutzungsform als Indikator der vertraglichen Abrede über den geschuldeten Verwendungszweck	175
c) Die typisierte Nutzungsvereinbarung als Mittel der Auslegung des Geschäfts	177
4. Die verfehltete Unterscheidung zwischen primären und sekundären Leistungszwecken als Fortwirkung der Irrtumslehre Zitelmanns	181
a) Die Lehre Zitelmanns und ihre Folgewirkungen	181

b) Die Verfehltheit der Lehre Zitelmanns und des herkömmlichen Leistungsbegriffs	186
c) Die Bestimmung sonstiger Leistungsinhalte nach dem vereinbarten Verwendungszweck	190
d) Der vereinbarte Verwendungszweck als geschuldeter Erfolg	194
II. Die Störung des Verwendungszwecks aufgrund von im Bereich des Gläubigers liegenden Umständen	196
1. Das Problem	196
2. Das Substratsrisiko im Werkvertragsrecht	198
a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	198
b) Die Zustimmung der herrschenden Lehre	202
c) Die Verfehltheit der entsprechenden Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB	203
(1) Die Zweifelhaftigkeit der von der herrschenden Meinung zugrunde gelegten Prämisse	203
(2) Die Zufallsbetroffenheit des Leistungssubstrats als tragender Wertungsgesichtspunkt	207
3. Das Betriebs- und Substratsrisiko im Arbeits- und Dienstvertragsrecht	209
a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	209
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	212
c) Die Lehre vom Substratsrisiko	216
4. Die Sphärentheorie	219
a) Die Lehre von der Risikoverantwortung	219
b) Die Verfehltheit der Zurechnung von Zufallsschäden	222
5. Das Prinzip casum sentit dominus als Grenze der Gefahrtragung des Schuldners bei Nutzungsstörungen	227
III. Die Konsequenzen einer Erfassung der Nutzungsstörung als Leistungsstörung	232
1. Die entsprechende Anwendung der Regeln über die Sachmängelhaftung	232
2. Der Abschied von den Lehren vom Umweltfehler und von der Lehre von der Geschäftsgrundlage für die Fälle der Nutzungsstörung	233
C. Die Nutzungsstörung in der konkreten Fallanwendung	234
I. Die Nutzungsstörung bei der Miete und der Pacht	234
1. Die Krönungszugfälle	234
2. Die Tanzlokalfälle	235

3. Der Benzintankanlagenfall	238
4. Die Wettbewerbsverbotsfälle	239
5. Die Einkaufszentrumfälle	241
6. Der Marika-Röck-Fall	244
7. Der Hotelpachtfall	246
II. Die Nutzungsstörung beim Kauf	248
1. Der Kauf von Bauerwartungsland	248
2. Der Drehtürfall	252
3. Der Bierlieferungsfall	254
4. Der Fertighausfall	255
5. Der Gaststätteninventarfall	257
6. Der Fußballspielerfall	260
7. Der Apothekenkonzessionsfall	262
8. Der Spielautomatenfall	263
III. Die Nutzungsstörung beim Werkvertrag und bei der Werklieferung	265
1. Der Bohrhämmerfall	265
2. Der Chartervertragsfall	267
3. Der Tanzkapellenfall	268
IV. Die Nutzungsstörung beim Darlehen	270
1. Die Zweckneutralität des Darlehensvertrags	270
2. Das Verwendungsrisiko des Darlehensnehmers	272
3. Die Unanwendbarkeit der Geschäftsgrundlagenlehre	273
4. Die Rechtsfolgen der Risikoverteilung beim Darlehensvertrag	275
Literaturverzeichnis	279
Personen- und Sachregister	302

1. Kapitel

Die ungelöste Problematik der Störung des Verwendungszwecks

A. Das Problem

I. Zwei Fälle aus neuerer Zeit

1. Im Sommer 1997 erregten zwei am selben Tag ergangene Entscheidungen des Bundesgerichtshofs¹ Aufsehen², die nicht nur in der Literatur³ und der seitherigen Rechtsprechung⁴, sondern auch in der Wirtschaftsfachpresse Widerhall fanden⁵. Der XI. Senat des höchsten deutschen Zivilgerichts schlichtete darin die Konflikte zwischen Kreditinstituten und Darlehensnehmern, in denen letztere die geschuldete Darlehenssumme früher als vereinbart zurückzahlen wollten.

Im ersteren der beiden entschiedenen Fälle beruhte dieser Wunsch auf dem Vorhaben, wegen einer bevorstehenden Scheidung das Hausgrundstück zu verkaufen, dessen Erwerb von den Eheleuten mit der Darlehenssumme finanziert worden war. Sowohl das Darlehen als auch die zur Besicherung eingetragene Grundschuld sollten daher vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Laufzeit abgelöst werden. Im zweiten Fall ging es der Darlehensnehmerin um eine neue umfangreichere Finanzierung ihres aus Wohn- und Geschäftsräumen bestehenden Anwesens durch eine

¹ BGH NJW 1997, S. 2875 ff. = BGHZ 136, S. 161 ff. und BGH NJW 1997, S. 2878 ff.

² Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 3. Juli 1997, S. 15: „Kreditkündigung bei Entschädigung möglich – BGH: Freie Verfügbarkeit des Grundstücks geht Bankinteressen vor“; Süddeutsche Zeitung v. 2. Juli 1997, S. 2: „Vorzeitige Rückzahlung von Baudarlehen möglich“; Capital 1997, Nr. 9, S. 196: „Vorzeitige Tilgung von Bankkrediten: Strategie gegen Strafgebühren“; Wirtschaftswoche 1997, Nr. 28, S. 126: „Hypothekenkredit: Recht auf Kündigung“; Wirtschaftswoche 1997, Nr. 29, S. 105: „Kreditablösung: Rückrechnung möglich“; Finanztest 1997, Nr. 10, S. 67 ff.: „Teurer Notausgang“.

³ Köndgen, ZIP 1997, S. 1645 f.; Medicus, EWiR 1997, S. 921 f.; Metz, EWiR 1997, S. 923 f.; Heymann/Rösler, WuB I E 3.-1.98; Grönwoldt/Bleuel, DB 1997, S. 2062 ff.; Früh, NJW 1999, S. 2623 ff.

⁴ OLG Köln, ZIP 2000, S. 308 ff.

⁵ Kreditwesen 1997 (o. Verf.), S. 1041: „Vorfälligkeitsentschädigung – BGH: Kompensationspflichtiger Anspruch auf Vertragsaufhebung“; Wenzel, Die Bank 1997, S. 662 ff.; s. auch bereits Wenzel, Die Bank 1997, S. 43 ff.; Dieckhöner/Schebesta, Bankinformation 1996, Nr. 11, S. 62 ff.; Braun/Voss, Capital 1996, Nr. 11, S. 196 ff.

andere Bank im Zuge dessen das mit einer Gesamtgrundschuld belastete Objekt zur Absicherung der neuen Darlehen dienen sollte. Die den Richtern unterbreiteten Sachverhalte erhielten ihre besondere Problematik durch den Umstand, dass die Vertragsparteien jeweils, wie dies im Rahmen einer Festzinsvereinbarung üblich ist, das Recht zur ordentlichen Kündigung abbedungen hatten. Unweigerlich ergab sich so der klassische Konflikt zwischen dem Gedanken der Vertragstreue und der Berücksichtigung veränderter Umstände: Während die Kreditinstitute auf den altergebrachten Satz „*pacta sunt servanda*“ pochten, führten deren abtrünnige Kunden ins Feld, dass sie zwar die ausbezahlte Darlehensvaluta nun nicht mehr benötigten, dafür aber umso mehr die einst hierfür bestellte Kreditsicherheit, so dass ein Festhalten an der ursprünglich vereinbarten Laufzeit des Darlehens für sie nicht zumutbar sei.

2. Indessen bestand das Hindernis nicht etwa darin, dass sich die Kreditgläubiger dem Ansinnen einer vorzeitigen Darlehenstilgung und einer Freigabe der Grundschulden von vornherein verschlossen hätten. Das Einverständnis der Geldinstitute war vielmehr vordergründig und in erster Linie eine Frage des Preises, denn die Hypothekenbank und die Sparkasse forderten jeweils als Gegenleistung für die Vertragsaufhebung eine „bankübliche“ sog. Vorfälligkeitsentschädigung, mittels der ihnen die durch eine vorzeitige Tilgung entgehenden Zinseinnahmen ausgeglichen werden sollten. Hinter dieser „Preisfrage“ stand jedoch die grundsätzliche, entscheidende und sehr umstrittene Frage, ob der Darlehensnehmer bei einem Festzinskredit einen Anspruch auf Auflösung des Darlehensvertrags und auf vorzeitige Kreditabwicklung gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung hat⁶ oder ob die vorzeitige Rückzahlung allein durch einen Aufhebungsvertrag geregelt werden kann, in dem die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung einvernehmlich festgelegt wird⁷.

⁶ Dafür etwa LG Hannover, WM 1995, S. 192, 193; LG Karlsruhe, WM 1996, S. 574, 575; LG Lübeck, WM 1996, S. 577; Reifner, NJW 1995, S. 86, 89; Nobbe, Rechtsprechung, Rn. 839; für einen Anspruch in „extrem gelagerten Ausnahmefällen“: Wenzel, WM 1995, 1433, 1436; ders., in: Metz/Wenzel, Vorfälligkeitsentschädigung, Rn. 228; ders., WuB I E 3-2.96; Metz, ZBB 1994, S. 205, 210; Bruchner in: Schimansky/-Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 78 Rn. 101: „... Veräußerung einer Immobilie wegen Scheidung oder infolge Versetzung des Kreditnehmers durch den Arbeitgeber oder wenn die wirtschaftliche Verwertung wegen Arbeitslosigkeit zwingend notwendig ist.“

⁷ OLG Karlsruhe, WM 1997, S. 520; OLG Karlsruhe, WM 1997, S. 1049; OLG München, WM 1996, S. 1132, 1133; OLG München WM 1997, S. 1051; OLG München, WM 1997, S. 1700; OLG Köln, WM 1997, S. 1328, 1329; OLG Schleswig, WM 1997, S. 522, 524; OLG Hamm, WM 1995, S. 836; OLG Hamm, WM 1996, S. 569; LG Dortmund, WM 1996, S. 444; AG Dortmund, WM 1996, S. 1136; OLG Stuttgart, ZIP 1996, S. 1605; Bellinger/Kerl, HypothekenbankG, Vorb. §§ 14–21a Rn. 26; v. Rottenburg, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, § 4 Rn. 95 ff.; Staudinger/Hopt/Mülbert, BGB, § 609 Rn. 54; MünchKomm/Westermann, BGB, § 608 Rn. 6 f.; Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 78 Rn. 101; Köndgen, Gewährung, S. 147 f.; Canaris, WM 1996, S. 1605, 1606; Rösler, BB 1997, S. 1369, 1371 f.; Weber, NJW 1995, S. 2951, 2952 f.; Melzer, BB 1995, S. 321, 322; Früh, NJW 1999, S. 2623, 2626; Escher-Weingart,

Dieser bislang in Rechtsprechung und Schrifttum schwelende Streit hatte also Bedeutung dafür, wonach sich die der Bank zu zahlende Entschädigung bemisst. Nach den Anhängern eines Rechts des Darlehensnehmers auf vorzeitige Kreditabwicklung soll die Vorfälligkeitsentschädigung „nur“ nach Schadensersatzgesichtspunkten zu bemessen sein, so dass der Darlehensgeber durch die Ablösung im Ergebnis wirtschaftlich weder benachteiligt noch begünstigt wird. Liegt es hingegen nach den Verfechtern des Vertragstreuegedankens im Belieben der Bank oder Sparkasse, ob sie das Kreditverhältnis einvernehmlich aufhebt, so könnten auch die Bedingungen hierfür unabhängig vom eigentlichen „Schaden“ frei vereinbart werden. Der privatautonomen Vereinbarung wären allenfalls durch das Verbot der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB Grenzen gesetzt.

3. Der XI. Senat entschied sich gegen die bis dahin wohl herrschende Meinung und damit für einen „Anspruch des Darlehensnehmers auf vorzeitige Ablösung des Darlehens jedenfalls für den Fall einer anderweitigen Verwertung des beliebigen Objekts“. Entgegen den Vorinstanzen wurde judiziert, die Darlehensnehmer hätten zwar keinen Anspruch auf eine Vertragsaufhebung oder Vertragsauflösung, jedoch ein Recht auf eine „Modifizierung des Vertragsinhalts ohne Reduzierung des Leistungsumfangs“⁸. Denn der Wunsch „nach einer vorzeitigen Kreditabwicklung gegen Zahlung einer angemessenen Vorfälligkeitsentschädigung“ habe „nicht eine Beendigung der vertraglichen Bindung, sondern letztlich nur eine vorzeitige Erbringung der geschuldeten Leistung zum Ziel“⁹. „Dürfte der Darlehensgeber den Kreditnehmer auch bei einem beabsichtigten Verkauf des beliebigen Objekts an der unveränderten Durchführung des Darlehensvertrags festhalten,“ wäre dem Kreditnehmer „dadurch die anderweitige Verwertung des belasteten Gegenstands faktisch unmöglich gemacht“. Hierin liege aber ein „Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Kreditnehmers“. Im übrigen sei dem Kreditgeber „in derartigen Fällen eine vorzeitige Kreditabwicklung auch zumutbar, wenn er dadurch keinen finanziellen Nachteil erleidet“¹⁰. „Die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung“ sei daher „so zu bemessen, daß der Darlehensgeber durch die Kreditablösung im Ergebnis finanziell weder benachteiligt noch begünstigt wird“¹¹.

Das Echo des Publikums auf die sichtlich um salomonischen Ausgleich bemühten Entscheidungen fiel – zumindest in Bezug auf ihre Ergebnisse – überwiegend positiv aus, wurde doch Rechtsfrieden durch ein herbeigesehntes klärendes Wort geschaffen, mit dem sowohl die Kreditwirtschaft als auch die Kreditkunden „le-

WuB I E 3.-2.95; Eckert, WuB I E 1.-4.95; Hammen/Dischinger, WuB I E 3.-3.96; Hammen, WuB I E 3.-7.97; Rehbein, WuB I E 3.-13.96; Zoller/v. Aulock, WuB I E 3.-9.96.

⁸ So BGH, NJW 1997, S. 2875, 2876; in BGH NJW 1997, S. 2878, 2879, wird das Recht aber bereits wieder als „ein Anspruch auf Einwilligung in die vorzeitige Vertragsauflösung“ bezeichnet.

⁹ BGH, NJW 1997, S. 2875, 2876.

¹⁰ BGH, NJW 1997, S. 2875, 2877.

¹¹ So der 2. Leitsatz der Entscheidung BGH NJW 1997, S. 2875.