

de Gruyter Lehrbuch

Schuldrecht

von

Wolfgang Fikentscher

8., neubearbeitete Auflage



1992

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Dr. jur. Wolfgang Fikentscher, LL. M. (Michigan)
o. Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München,
Vorstand des Instituts für Internationales Recht,
des Instituts für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht und des Instituts
für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (stellv. Geschäftsführer),
Auswärtiges Mitglied des Max-Planck-Instituts für ausländisches und
internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München.

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek — CIP-Einheitsaufnahme

Fikentscher, Wolfgang:
Schuldrecht / von Wolfgang Fikentscher. – 8., neubearb. Aufl.
– Berlin ; New York : de Gruyter, 1991
(De-Gruyter-Lehrbuch)
ISBN 3-11-013191-9 Sn.
ISBN 3-11-013190-0 Gewebe

© Copyright 1991 by Walter de Gruyter & Co., D-1000 Berlin 30.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Saladruck, D-1000 Berlin
Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, D-1000 Berlin 61

Vorwort zur 8. Auflage

Nach dem Erscheinen der 7. Auflage (1985) sind mehr als sechs Jahre vergangen. U. a. durch eine Reihe gesetzlicher Neuerungen auf dem Gebiet des Schuldrechts wurde wiederum eine Neubearbeitung erforderlich. Eingefügt wurden z. B. das Recht des Verbraucherkreditgesetzes, des Haustürwiderrufgesetzes, des Umwelthaftungsgesetzes und des Produkthaftungsgesetzes. Verträge über Computersoftware fanden Beachtung, ebenso das Kündigungsrecht aufgrund irreführender Werbung. Die Schuldrechtsprobleme der deutschen Vereinigung wurden verhältnismäßig ausführlich dargestellt. Im wesentlichen neu bearbeitet wurden etwa die culpa in contrahendo, das Leasingrecht und das Reisevertragsrecht. Gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Probleme fanden in diesem Schuldrechtslehrbuch schon immer verhältnismäßig ausführliche Berücksichtigung. Die vorliegende 8. Auflage hat die dem Schuldrecht zugewandten Fragen des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts noch vertieft und erweitert. Die Zusammenschau von Bereicherungs- und Deliktsrecht (§ 97), ein Thema, das zunehmend literarische Aufmerksamkeit findet, wurde seit der 1. Auflage (1965) zum ersten Mal umgestaltet.

Hinweise auf die ökonomische Analyse des Rechts sind bis auf wenige Andeutungen unterblieben. Mein Lehrbuch des Wirtschaftsrechts enthält dazu einige Anmerkungen. Die Ausführungen zum Gutachtenaufbau (§ 6) wurden auf Wunsch der Kritik erweitert. Mehrere Rezensenten übersahen allerdings, daß die bis zur 4. Auflage in § 6 gebotenen Ratschläge zur Bearbeitung schuldrechtlicher Fälle seit 1972 als getrenntes „Schuldrechtspraktikum“ in erweiterter Form erschienen sind. Von einigen Kritikern wurden an die 7. Auflage die Maßstäbe angelegt, die einem großen Lehrbuch des Schuldrechts angemessen sind. Demgegenüber ist unter Verweis auf den nachfolgend abgedruckten Text des Vorwortes zur 1. und zur 7. Auflage erneut zu betonen, daß der Sinn dieses Schuldrechtslehrbuches nicht sein kann, den gesamten Stoff dogmatisch zu durchdringen. Angestrebt ist, ein Hilfsmittel zur Erlernung des Schuldrechts zu bieten. Der didaktische Zweck steht im Vordergrund, nicht die Vollständigkeit der Problembearbeitung. Lücken und ihnen zugrundeliegende Gewichtungen bei der Stoffauswahl lassen sich also nicht vermeiden.

Ohne die tatkräftige Hilfe meiner Mitarbeiter hätte die Neubearbeitung nicht mit der gebotenen Schnelligkeit durchgeführt werden können. Ich danke vor allem Frau Christine Gößmann, Frau Dr. Kathrin Stolz, Herrn Dr. Josef Drexler, Herrn Markus Gruber, Herrn Ulrich Himmelmann, Herrn Dr. Thomas M. J. Möllers und Herrn Jan-Hendrik Röver für die meist selbständige Überarbeitung verschiedener Teile des Lehrbuchs. So erarbeiteten Frau Gößmann u. a. Ausführungen zum Haustürwider-

Vorwort

rufsgesetz und zu § 13 a UWG, Frau Dr. Stolz zur Zweckerreichung, Herrn Dr. Drexl zum Recht der Computersoftwareverträge, Herr Gruber zu den Verkehrspflichtdelikten, zum Produktionshaftungs- und zum Umwelthaftungsgesetz, Herr Himmelmann zum Leasing und zum Verbraucherkreditgesetz, Herr Dr. Möllers zum Arbeitsrecht und zum Recht des Reisevertrags und Herr Röver zur culpa in contrahendo und zum Gesellschaftsrecht. Irrtümer und Lücken gehen zu meinen Lasten. Herr Dr. Möllers trug auch die Hauptlast der Koordination. Das Bereicherungsrecht wurde von Herrn Dr. Josef Drexl neu gestaltet. Es erscheint daher im Rahmen des Lehrbuchs unter seinem Namen. Um die Register machte sich vor allem Herr Steffen Nolte verdient. Frau Ursula Gutschmidt und Frau Sontje Pfaff haben an der äußeren Gestaltung des Manuskripts mitgewirkt. Allgemeiner Übung folgend wurden Randnummern eingesetzt.

Dem Verlag danke ich für die nun schon mehr als 25jährige Betreuung des Lehrbuchs. In all diesen Jahren gingen mir kritische Bemerkungen und hilfreiche Anregungen zu. Hierfür möchte ich an dieser Stelle danken und auch in Zukunft um Hinweise bitten.

München, im Juli 1991

Wolfgang Fikentscher

Aus dem Vorwort zur 7. Auflage

Unangetastet blieb die didaktische Zielrichtung des Werkes, über die das nachstehend teilweise abgedruckte Vorwort zur 1. Auflage (1964) nähere Auskunft gibt. Es erweist sich, daß das systematische Lehrbuch, entgegen manchen Vorhersagen, wieder zunehmend Gebrauch und Anerkennung findet. Das ist bemerkenswert, weil sich der Stil der Vorlesung an den meisten juristischen Fakultäten in den letzten Jahren — erfreulicherweise und entgegen den skeptischen Bemerkungen im Vorwort zur 1. Auflage — erheblich geändert hat. Die einzelnen Stoffbereiche werden den Studienanfängern nicht mehr unverbunden nebeneinander vorgetragen, sondern Dozent und Hörer erarbeiten gemeinsam ein zusammenhängendes Gebiet, etwa in einem „Grundkurs Zivilrecht“, zu dem dann mit zentraler Bedeutung das Schuldrecht gehört. Die früher getrennt neben den Vorlesungen laufenden praktischen Übungen werden in die „Kurse“ integriert, so daß vielfach der „Grundkurschein“ den „Anfängerschein“ ersetzt.

In diesem „Rechtsunterricht“ kommt dem Lehrbuch eine das Lehrgespräch unterstützende und zusammenfassende Aufgabe zu. Es dient dabei nicht nur der Wiederholung und Vertiefung, sondern wird mit Gewinn auch schon für die Vorbereitung auf den vom Dozenten in „Arbeitsplänen“ oder ähnlichen Ankündigungen zu behandelnden Stoff benutzt. Den mündlichen Vortrag im Hörsaal begleiten dann häufig Fall- oder Entscheidungssammlungen. Die beiden Sammlungen schuldrechtlicher Entscheidungen (ESJ Schuldrecht I Allgemeiner Teil und ESJ Schuldrecht II Besonderer Teil, 2. Aufl. München 1976, Verlag C. H. Beck), auf die in diesem Lehrbuch (seit der 7. Auflage) Bezug genommen wird, sollen diesem Bedarf entgegenkommen (vgl. dazu meinen Beitrag „Rechtsunterricht mit Entscheidungssammlungen“ in der Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, 139). Die Technik der Falllösung für den Übungsteil des „Grundkurses“ vermittelt, ebenfalls in Ergänzung zu diesem Lehrbuch, das „Schuldrechtspraktikum“ in der Sammlung Göschen (Verlag W. de Gruyter). Lehrbuch, Entscheidungssammlung und Praktikum wollen also ein sowohl in seinen Teilen getrennt als auch in zusammenhängender Benutzung verwendbares, modernen Anforderungen des Lehrens und Lernens gerecht werdendes Unterrichtswerk sein.

Offensichtlich ist wegen dieser heute weithin üblich gewordenen komplexen Darstellungsweise in „Kursen“ und ähnlichen Veranstaltungen das systematische Lehrbuch noch wichtiger als früher geworden. Denn während der Aufbau der monologischen Vorlesung alten Stils dem eines Lehrbuchs weitgehend entsprach, so daß der Studierende eigentlich nur *ein System* kennenlernte, das ihm auf doppelte Weise — mündlich und gedruckt — vermittelt wurde, muß er sich heute aus dem

Vorwort

Material des „Kurses“ sein eigenes System aufbauen. Das systematische Lehrbuch soll dabei als Anregung und Vorlage dienen, und es gewinnt dadurch eine selbständige, aktivierende Bedeutung verglichen mit den Zeiten, in denen es im Verhältnis zur Vorlesung nur Wiederholung und Vertiefung sein konnte. Das Lehrbuch hat also die Reform nicht nur „überlebt“. Es trägt auf die genannte Weise zu ihrem Gelingen bei.

München, im November 1984

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Die wesentliche Schwierigkeit der Vorlesungen über das Schuldrecht liegt im Umfang des Stoffes. Dabei ist es nicht nur und nicht einmal in erster Linie die große Zahl der Einzelheiten, die Lehrer und Lernenden zu schaffen machen, sondern der Überblick über das Ganze. Auf welche Fälle z. B. der Treu-und-Glauben-Satz des § 242 oder die Generalklausel des Bereicherungsrechts in § 812 I 1 anzuwenden ist, auf welche nicht, läßt sich nicht aus einer noch so gründlichen Kenntnis der Einzelheiten, sondern nur aus einem Verständnis des Zusammenhangs erfassen.

Die vorliegende Darstellung des Schuldrechts will vor allem ein Leitfaden zum Lernen sein. Zu den beiden Vorlesungen über den Allgemeinen und Besonderen Teil des Schuldrechts soll das Buch dem Studierenden die für seine Ausbildung und sein rechtliches Verstehen nötigen Grundkenntnisse der Schuldrechtsprobleme vermitteln.

Die Methode der Darlegung weicht vom Üblichen ab. Sie ist ausgerichtet am nicht-streitigen Gutachten, an der juristischen Technik also, die vom Kandidaten im ersten Examen erwartet wird. Auf die Gliederung wirkt sich das vor allem beim Leistungsinhalt und bei den Leistungsstörungen aus. Man wird dieses Vorgehen damit rechtfertigen müssen, daß die Universität in praktisch-methodischer Hinsicht dem Studierenden bislang manches schuldig bleibt.

Im Bereich des Besonderen Teils wurde eine Beschränkung des Stoffes dadurch versucht, daß auf eine systematische Durcharbeitung jedes einzelnen Schuldverhältnisses außer bei Kauf, ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung verzichtet wurde. Statt dessen findet sich bei jedem Schuldverhältnis eine ausführliche Darstellung seines Wesens, die ergänzt wird durch eine Aneinanderreihung der wichtigsten Einzelprobleme, die bei dem betreffenden Schuldverhältnis erfahrungsgemäß schon für den Studenten auftauchen. Zu diesem abgekürzten Vorgehen bestand um so mehr Grund, als das Dienst-, Werkvertrags- und Gesellschaftsrecht in drei weiteren Vorlesungen wieder aufgegriffen werden: Im Arbeitsrecht, im Recht der Handelsgeschäfte und im Gesellschaftsrecht. Hinzu kommt als vierte Ergänzungsvorlesung des Schuldrechts das Wertpapierrecht, welches das Recht des Schuldversprechens, des Schuldanerkennnisses, der Anweisung und der Inhaberschuldverschreibung vertieft.

Das Schuldrecht wurde in dieser Lehrbuch- und Grundrißreihe bisher von Justus Wilhelm Hedemann betreut. Gerade im Vergleich mit dem zügig geschriebenen Schuldrecht von Hedemann zeigt sich, daß mit der zunehmenden Verfeinerung eines Rechtsgebietes seine Lehrbarkeit und Erlernbarkeit abnehmen. Insofern geht es dem heutigen Zivilrecht nicht anders als dem Pandektenrecht des vorigen

Vorwort

Jahrhunderts, von dem das BGB und die zu ihm geschriebenen Erläuterungsbücher uns vorübergehend zu befreien schienen.

Wenn daher heute in einem vorgegebenen räumlichen Umfang das Schuldrecht beschrieben werden soll, bedarf es der Hervorhebung der Grundlinien, eines Überblicks über das Ganze und der beispielsweise Vertiefung der Problematik an einigen bedeutsamen schuldrechtlichen Einrichtungen. Auf Vollständigkeit darf es demgegenüber nicht ankommen. Lehren sollte nicht bedeuten, alles vorzutragen, sondern das lebendige Zusammenwirken von Ganzem und Teil begreiflich zu machen. Erst durch das ständige In-Beziehung-setzen von Ganzem und Teil, von System und Einzelproblem wächst das Lernen aus einer Stoffsammlung zu einem selbständigen Anwenden. Diesem Ziel versucht die vorliegende Darstellung des Schuldrechts zu dienen.

Münster/Westfalen, im November 1964

Inhalt

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	
§ 1 Rechtstechnische Aufgabe, Begriff, Stellung, rechtspolitische und rechts- dogmatische Grundgedanken des Schuldrechts	1
§ 2 Rechtsquellen	8
§ 3 Schrifttum	13
§ 4 Plan der Darstellung	16
 Der Allgemeine Teil des Schuldrechts (Die allgemeinen Lehren)	
 1. Abschnitt	
Begriff, Arten und Eigenschaften des Schuldverhältnisses	
1. Unterabschnitt: Das Schuldverhältnis	
§ 5 Das Schuldverhältnis in der Rechtsordnung	18
§ 6 Das Gutachten (der Fallaufbau)	22
§ 7 Begriff des Schuldverhältnisses. Gefälligkeitsverhältnisse. Schulden und Haften ..	30
§ 8 Die Leistung	34
§ 9 Die wirtschaftliche Bedeutung des Schuldverhältnisses	41
2. Unterabschnitt: Arten der Schuldverhältnisse	
§ 10 Arten der Schuldverhältnisse: Beteiligung am Schuldverhältnis. Gegenseitiger Vertrag (Überblick)	42
§ 11 Fortsetzung: Typische und atypische Schuldverhältnisse	46
§ 12 Fortsetzung: Konsensual- und Realverträge	48
§ 13 Fortsetzung: Kausale und abstrakte Schuldverhältnisse	49
3. Unterabschnitt: Abgrenzungen	
§ 14 Verpflichtung und Verfügung	51
§ 15 Relative Wirkung der Forderung	52
§ 16 Unvollkommene Verbindlichkeit und verbindlichkeitsähnliche Tatbestände	55

Inhalt

2. Abschnitt

Begründung des Schuldverhältnisses

§ 17	Vorbemerkung	57
§ 18	Überblick über die Entstehungsarten	57
§ 19	Entstehung durch Vertrag	64
§ 20	Vor- und nachvertragliche Sorgfaltspflichten („culpa in contrahendo“; „nachwirkende Treuepflichten“)	66
§ 21	Verfassungsrecht und Schuldrecht. Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen	75
§ 22	Form des Vertrags	86
§ 23	Vorvertrag und andere vorläufige Verträge	91
§ 24	Rahmenvertrag	93
§ 25	Draufgabe und Vertragsstrafe	95

3. Abschnitt

Inhalt des Schuldverhältnisses

§ 26	Bestimmung des Leistungsinhalts im allgemeinen. Allgemeine Geschäftsbedingungen (das AGBG)	99
§ 27	Treu und Glauben. Die Bedeutungen des § 242	126
§ 28	Gattungsschuld, Wahlschuld und Ersetzungsbefugnis (Relative Unbestimmtheit der Leistung)	150
§ 29	Geldschulden und Zinsen	156
§ 30	Teilleistungen	160
§ 31	Aufwendungsersatz und Wegnahmerecht	161
§ 32	Rechnungslegung, Herausgabe von Gegenstandsinbegriffen. Auskunft und Versicherung an Eides Statt	162
§ 33	Einfluß der Rechtshängigkeit auf den Herausgabeanspruch und Vorlegung von Sachen	163
§ 34	Zeit der Leistung. Kündigung	164
§ 35	Ort der Leistung	166
§ 36	Leistung durch Dritte	171
§ 37	Vertrag zugunsten Dritter. Verträge mit Schutzwirkung für Dritte. Versprechen zugunsten Dritter auf den Todesfall	174

4. Abschnitt

Erlöschen von Schuldverhältnissen

§ 38	Erfüllung	185
§ 39	Erfüllungsersetzungen	192
§ 40	Inhaltsänderung, Schuldersetzung, Vergleich (Gleichzeitige Beendigung und Begründung von Schuldverhältnissen)	202

5. Abschnitt

Leistungsstörungen

§ 41	Vorbemerkung	207
§ 42	Überblick über die Leistungsstörungen	208

Inhalt

1. Unterabschnitt:

Tatbestände und Rechtsfolgen der Leistungsstörungen

§ 43	Anfängliche objektive Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen	216
§ 44	Nachträgliche objektive Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen („Unmöglichwerden der Leistung“) bei einfachen Leistungspflichten und in gegenseitigen Verträgen	221
§ 45	Schuldnerverzug bei einfachen Leistungspflichten und in gegenseitigen Verträgen. Fixgeschäft	240
§ 46	Gläubigerverzug	252
§ 47	Schlechterfüllung („positive Forderungsverletzung“)	258
§ 48	Sonstige Störungen im Ablauf von Schuldverhältnissen, insbesondere Zurückbehaltungsrecht und vertraglicher Rücktritt	270

2. Unterabschnitt:

Die zusätzlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs

§ 49	Theorie der Schadenszurechnung in Grundzügen	278
§ 50	Schaden	291
§ 51	Verursachung	299
§ 52	Rechtswidrigkeit	306
§ 53	Vertretenmüssen, insbesondere Verschulden	310
§ 54	Haftung für fremdes Verschulden (der Erfüllungsgehilfe). Eigenhaftung des Gehilfen	316
§ 55	Umfang und Art des Schadensersatzes (Lehre vom Interesse)	321

6. Abschnitt

Übertragung der Forderung und Schuldübernahme

§ 56	Vorbemerkung	343
§ 57	Forderungsübertragung	346
§ 58	Sonderformen der Abtretung	357
§ 59	Schuldübernahme und Verwandtes	365

7. Abschnitt

Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten

§ 60	Übersicht, Begriffe	373
§ 61	Teilschuldverhältnisse (reale Teilung von Berechtigung und Verpflichtung)	375
§ 62	Gesamtschuldverhältnisse (Gesamtberechtigung, Gesamtverpflichtung)	376
§ 63	Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaften	384

Inhalt

Der Besondere Teil des Schuldrechts

(Die einzelnen Schuldverhältnisse)

8. Abschnitt

Einleitung

§ 64	Überblick über das besondere Schuldrecht	391
§ 65	Vertragsverbindungen und gemischte Verträge	394

9. Abschnitt

Veräußerungsverträge

§ 66	Kauf. Begriff, Abschluß, Pflichten im allgemeinen	398
§ 67	Gefahrtragung. Verwendung, Nutzungen, Lasten, Zinsen, Kosten	404
§ 68	Leistungsstörungen beim Kauf im allgemeinen. Rechtsmängelgewährleistung	412
§ 69	Sachmängelgewährleistung	420
§ 70	Besondere Arten des Kaufs	445
§ 71	Verkauf unter Eigentumsvorbehalt	454
§ 72	Abzahlungskauf, finanziert Abzahlungskauf und Haustürgeschäft	462
§ 73	Tausch. Schenkung. Schenkungsversprechen	472

10. Abschnitt

Gebrauchsüberlassungsverträge

§ 74	Miete	477
§ 75	Pacht	503
§ 76	Leasing, insb. der Finanzierungsleasingvertrag	506
§ 77	Leihe. Darlehen. Darlehensversprechen	514

11. Abschnitt

Schuldverhältnisse über Tätigkeiten

§ 78	Übersicht	529
§ 79	Dienstvertrag	532
§ 80	Werkvertrag. Werklieferungsvertrag	548
§ 81	Reisevertrag	563
§ 82	Auftrag. Geschäftsbesorgung. Raterteilung	568
§ 83	Geschäftsführung ohne Auftrag	574
§ 84	Maklervertrag	590
§ 85	Auslobung	592
§ 86	Verwahrung	594
§ 87	Einbringung von Sachen bei Gastwirten	597

12. Abschnitt

Schuldrechtliche Personenvereinigungen

§ 88	Gesellschaft	600
§ 89	Gemeinschaft	616

Inhalt

13. Abschnitt

Besondere Versprechen

§ 90	Leibrente	618
§ 91	Spiel, Wette, Differenzgeschäft	619
§ 92	Sichernde Versprechen (Bürgschaft, Garantie, Versicherungsvertrag, Sicherungsabrede, Sicherungstreuhand)	620
§ 93	Vergleich	635
§ 94	Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis	636
§ 95	Anweisung	638
§ 96	Schuldverschreibung auf den Inhaber	640

14. Abschnitt

Ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung im Überblick

§ 97	Gemeinsame Grundlagen und Unterscheidung von ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung	645
------	---	-----

15. Abschnitt

Ungerechtfertigte Bereicherung

§ 98	Grundgedanken und gesetzlicher Aufbau des Bereicherungsrechts	661
§ 99	Arten und Voraussetzungen der Bereicherungsansprüche im einzelnen	667
§ 100	Rechtsfolgen des Bereicherungsanspruchs: Der Gegenstand der Bereicherung	702
§ 101	Fortsetzung: Der Verpflichtete. Die Bereicherungseinrede. Konkurrenzen	712

16. Abschnitt

Unerlaubte Handlung

§ 102	Übersicht. Der Handlungsbegriff. Verhältnis zu den vertraglichen Ansprüchen, zur ungerechtfertigten Bereicherung und zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ...	715
-------	---	-----

1. Unterabschnitt:

Die Tatbestände der unerlaubten Handlung

I. Die Verletzungshandlung

A. Die Verschuldenshaftung

1. Die allgemeinen Deliktstatbestände

§ 103	Eingriffsdelikte, 823 I	725
§ 104	Schutzgesetzelikte, 823 II	761
§ 105	Sittenwidrige Vermögensschädigungen, 826	766

2. Die besonderen Deliktstatbestände

§ 106	Kreditgefährdung, Verletzung der Geschlechtshere, Gebäudehaftung, Amtspflichtverletzung	769
-------	---	-----

Inhalt

3. Haftung für unerlaubte Handlungen anderer	
§ 107	Verrichtungsgehilfe, Haftung in Großbetrieben, Haftung für Aufsichtsbedürftige . 778
§ 108	Mehrere Schädiger 786
B. Die Gefährdungshaftung	
§ 109	Tierhaftung, Verkehrshaftpflichtgesetze, Energiehaftung, Haftung für Gewässerschäden, Arzneimittelhaftung, Ersatzpflicht aus Zwangsvollstreckung 789
C. Die Billigkeitshaftung	
§ 110	 798
II. Die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen	
§ 111	Schaden, Verursachung, Rechtswidrigkeit, Verschulden 799
2. Unterabschnitt	
§ 112	Erlaubte, aber zu Schadensersatz oder Entschädigung verpflichtende Eingriffe in fremde Rechte 802
3. Unterabschnitt	
§ 113	Die Rechtsfolgen unerlaubter und erlaubter, aber zu Schadensersatz oder Entschädigung verpflichtender Handlungen 804
4. Unterabschnitt	
§ 114	Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch 808
17. Abschnitt	
Räumliche und zeitliche Bezüge des Schuldrechts	
§ 115	Der räumliche Bezug des Schuldrechts: Hauptprobleme des deutschen internationalen Schuldrechts 811
§ 116	Der zeitliche Bezug des Schuldrechts: Zur Geschichte des deutschen Schuldrechts. Reformvorhaben 819
Register	
Verzeichnis der Gesetzesstellen 833	
Sach- und Entscheidungsregister 851	

Abkürzungsverzeichnis

(Die abgekürzt zitierte Schuldrechtsliteratur findet sich in § 3)

a. A.	anderer Ansicht; oder: am Anfang
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines (österreichisches) Bürgerliches Gesetzbuch
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 1894
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a. E.	am Ende
a. F.	alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (Vorgänger des HGB)
AJCL	American Journal of Comparative Law
AIZ	Allgemeine Immobilienzeitung
allg. M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
Ang.	Angaben
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt, Nachrichten für die Mitglieder des deutschen Anwaltsvereins
AO	Anordnung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
ArbuR	Arbeit und Recht
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
arg.	Argument aus
ARS	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
AT	allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen

Abkürzungsverzeichnis

AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
Baur	Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Aufl. 1989
BauR	Baurecht
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
Beih.	Beiheft
best.	bestätigt
betr.	betreffend
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BörsG	Börsengesetz
BVG	Betriebsverfassungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
D	Digesten
DArbR	Deutsches Arbeitsrecht
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DEMV	Deutscher Einheitsmietvertrag
ders.	derselbe
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRWiss.	Deutsche Rechtswissenschaft
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
DtZ	Deutsch-deutsche Rechtszeitschrift
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt

Abkürzungsverzeichnis

DVO	Durchführungsverordnung
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EhrenbergsHb.	Ehrenbergs Handbuch
EinlPrALR	Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794
Enn./Nipp.	Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bde I/1 (15. Bearbeitung 1959); I/2 (15. Bearbeitung 1960)
EnWiG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EuR	Europarecht
EuSchGVÜ	Römisches EG-Übereinkommen über das auf schuldrechtliche Geschäfte anzuwendende Recht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessengemeinschaft
f, ff	folgende Seite(n)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Zeitschr.)
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
FG	Festgabe
Fikentscher, Methoden	Fikentscher, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bde I–V (1975–77)
Fikentscher, Wirtschaftsrecht	Fikentscher, Wolfgang, Wirtschaftsrecht, Bde I, II (1983)
FLF	Finanzierung, Leasing, Factoring
Flume AT	Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bde I/1 (1977); I/2 (1983); II (1965, 3. Aufl. 1979)
FS	Festschrift
GenTG	Gentechnikgesetz
GenTSV	Gentechniksicherheitsverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOA	Gebührenordnung der Architekten
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Grunde	Das Grundeigentum (Zeitschrift)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GZS	Großer Senat in Zivilsachen
HaftpflG	Haftungsgesetz
HandwO	Handwerksordnung

Abkürzungsverzeichnis

HausTWG	Haustürwiderrufsgesetz
HdWbdR,	
HdwbRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HGB	Handelsgesetzbuch
Hirths Ann.	Hirths Annalen
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung
Hübner AT	Hübner, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (1985)
IHJb., IherJb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
Immenga/ Mestmäcker	Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar (1981)
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i. S. v.	im Sinne von
i. ü.	im übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbAKDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurAnal.	Juristische Analysen
JurBl.	Juristische Blätter
JurFak.	Juristische Fakultät
JuS	Juristische Schulung
Justizbl.	Justizblatt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Kapitalanlagegesellschaften-Gesetz
KO	Konkursordnung
Köhler AT	Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch (18. Aufl. 1983)
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KUG	Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
KVO	Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen
Larenz AT	Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts (7. Aufl. 1989)
Lehmann/ Hübner	Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (16. Aufl. 1966)
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
LQR	Law Quarterly Review
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

XX

Abkürzungsverzeichnis

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
Medicus AT	Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB (4. Aufl. 1990)
MHG	Art. 3 des WoRKSchG
Mitt.	Mitteilungen
MPI	Max-Planck-Institut
MSchG	Mieterschutzgesetz
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m. w. A.	mit weiteren Angaben
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Versicherungsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
o. A.	ohne Angabe des Verfassers
ÖZBl.	Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Besatzungszone
OGHZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Besatzungszone, Entscheidungen in Zivilsachen
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PersBefG	Personenbeförderungsgesetz
PfVG	Pflichtversicherungsgesetz
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
PHG	Produkthaftungsgesetz
pVV	positive Vertragsverletzung
R	Richtlinie
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RAbgO	Reichsabgabenordnung
RAG	Reichsarbeitsgericht
RaU	Recht am Unternehmen
RdA	Recht der Arbeit
RDirComm	Rivista di Diritto Commerciale
RdJ	Recht der Jugend
Rdn.	Randnummer
RdW	Recht der Wirtschaft
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Reichsgericht, Rechtsprechung in Strafsachen
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
RHpfLG	Reichshaftpflichtgesetz
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
RLG	Reichsleistungsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
Rth	Rechtstheorie (Zeitschrift)
RvglHWB	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SavZ rom. Abt.	Savigny-Zeitschrift, romanistische Abteilung
SchwerbehG	Schwerbehindertengesetz
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s. o.	siehe oben
SozArbR	Zeitschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (öst.)
SozPr.	Soziale Praxis
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnliches
üb. Kaus.	überholende Kausalität
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
URG	Urheberrechtsgesetz
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von
VerbrkrG	Verbraucherkreditgesetz
VerglO	Vergleichsordnung
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht
VersPrax	Versicherungspraxis
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VerwR	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VEV	verlängerter Eigentumsvorbehalt
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

Abkürzungsverzeichnis

WarnRspr., RG Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
Westermann	Westermann, Harry, Lehrbuch des Sachenrechts (5. Aufl. 1966, Nachtrag 1973)
WiGBL	Gesetzblatt der Verwaltung des vereinigten Wirtschaftsgebietes
WM (oder WPM)	Wertpapier-Mitteilungen
WobauG	Wohnungsbaugesetz
WoBindG	Wohnungsbindungsgesetz
Wolff/Bachof	Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Kurzlehrbuch, Bde I (9. Aufl. 1975); II (4. Aufl. 1976); III (4. Aufl. 1978)
WoRKSchG	2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz
WPR	Wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZADR, ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Berner Juristenvereins
ZblHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfVerkR	Zeitschrift für das Verkehrsrecht
ZfVersW	Zeitschrift für Versicherungswissenschaft
ZfRVgl	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
Zöllner, Arbeitsrecht	Zöllner, Wolfgang, Arbeitsrecht, Kurzlehrbuch (3. Aufl. 1983)
ZÖsterrR	Zeitschrift für Österreichisches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

§ 1

Rechtstechnische Aufgabe, Begriff, Stellung, rechtspolitische und rechtsdogmatische Grundgedanken des Schuldrechts

I. Rechtstechnische Aufgabe des Schuldrechts

A verlangt etwas von B. Der Jurist soll herausfinden, ob A im Recht ist. ¹ Rechtstechnisch drückt man das so aus: Es ist zu prüfen, ob A gegen B einen Anspruch hat, und wenn ja, worauf (z. B. auf eine Geldsumme) und woraus. *Wer* gegen *wen*, *worauf* und *woraus*, das sind die vier Gesichtspunkte, die bei jedem geltend gemachten Anspruch zu prüfen sind. In der Prüfung von Ansprüchen besteht die Hauptarbeit des Juristen.

Schuldrecht kommt ins Spiel bei der Prüfung des „woraus“. „Woraus“ bedeutet: Aus welcher Vorschrift des Rechts? Grundsätzlich bedürfen alle geltend gemachten Ansprüche einer rechtlichen Grundlage. Ohne sie dürfen Ansprüche nicht zugesprochen werden. Derartige von der Rechtsordnung bereitgestellte Vorschriften zur Gewährung von Ansprüchen nennt man „Anspruchsgrundlagen“, „Anspruchsnormen“ oder einfach „Ansprüche“. Anspruchsnormen finden sich über das ganze Recht verstreut. Um sie aufzusuchen, geht der Jurist bei der Lösung jeden Falles zunächst von der Rechtsfolge der Ansprüche aus. Dabei prüft er in Gedanken alle Rechtsgebiete durch: Das Privatrecht, das Strafrecht, das öffentliche Recht; innerhalb des Privatrechts das Zivilrecht und die übrigen Gebiete des Privatrechts (z. B. Handelsrecht); innerhalb des Zivilrechts die im BGB geregelten und die nicht im BGB geregelten Materien; und schließlich im BGB dessen fünf Bücher, von denen das zweite, das „Schuldrecht“, besonders viele und bedeutsame *Anspruchsnormen* (z. B. § 286 — Schadensersatz aus Verzug) und deren in sog. *Zusatznormen* geregelten Voraussetzungen (z. B. § 284 — Voraussetzungen des Verzugs) enthält.¹ Somit ist das Schuldrecht eine besonders wichtige Quelle für die Beurteilung geltend gemachter Ansprüche.

II. Begriff des Schuldrechts

1. Das *Schuldrecht* ist ein Teil der *Privatrechtsordnung*. Es ist das Recht der ² *Beziehungen* zwischen Personen, kraft deren der eine (*Gläubiger*, Berechtigter)

¹ Außer Anspruchs- und Zusatznormen gibt es im Recht noch Definitionsnormen (z. B. § 90) und rein rechtstechnische Normen (wie z. B. Verweisungen). — Zur praktischen Anwendung des Schuldrechts siehe näher *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum, Sammlung Götschen, Berlin 1972, und die übrige unten vor § 6 zitierte Literatur.

von dem anderen (*Schuldner*, Verpflichteter) eine *Leistung* verlangen kann, die im allgemeinen dem rechtsgeschäftlich-wirtschaftlichen Lebensbereich zugehört.

2. Etwas *schuldig sein* heißt: Einem andern etwas geben müssen, was ihm nach den Regeln des Rechts zusteht. In diesem Sinne ist das gesamte Recht *Schuld-Recht*; denn das Recht hat dafür zu sorgen, daß jedem das Seine zukommt. Das Schuldrecht im eigentlichen Sinne ist aber nur ein kleiner, wenn auch besonders wichtiger Teil der Gesamtrechtsordnung. Nur mit dem Schuldrecht im eigentlichen Sinne beschäftigt sich dieses Buch.

3. Das Schuldrecht regelt die *Beziehungen* von *Person* zu *Person*, z. B. zwischen Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter, Gesellschafter und Mitgesellschafter, Dienstverpflichtetem und Dienstherrn. Im Unterschied dazu ordnet das Sachenrecht die Rechtsbeziehungen zwischen einer Person und einer Sache. Rechtsbeziehungen zu einer anderen Person entstehen dort in der Regel nicht unmittelbar, sondern mittelbar auf dem Umweg über eine Sache, z. B. in §§ 985 ff.² Sachenrechte sind *absoluter* Natur, d. h., sie entfalten ihre Wirkungen gegen *jedermann*. So kann der Eigentümer von *jedem* Besitzer die Rückgabe der Sache und von jedem Störer die Beseitigung der Störung seines Eigentums verlangen, 985, 1004. Schuldrechtliche Beziehungen sind dagegen *relativ*, d. h., sie wirken nur zwischen *Gläubiger* und *Schuldner*, 241. Sachenrechte sind also stärker und umfassender wirksam als Schuldrechte.

Ein Unternehmer, der seinem Konkurrenten Arbeitnehmer abwirbt, indem er ihnen höheren Lohn bietet, verletzt nicht die Dienstverträge dieser Arbeitnehmer mit dem Konkurrenten, 611 ff.³ — Nimmt dagegen der Unternehmer seinem Konkurrenten unerlaubt Maschinen weg, so verletzt er das Eigentumsrecht des Konkurrenten, 985, 992, 823 ff.

4. Der wichtigste Begriff des Schuldrechts ist das *Schuldverhältnis* (im engeren Sinne). Es besteht in einer *Forderung* des *Gläubigers* gegen den *Schuldner* auf eine Leistung, 241 S. 1.⁴

Die geschuldete Leistung ist meist *wirtschaftlicher* Art, wobei häufig (aber nicht immer) ein *Rechtsgeschäft* zur Erbringung der Leistung nötig ist: z. B. Darlehensrückzahlung, 607; der Käufer schuldet die Zahlung des Kaufpreises, 433 II; der Verkäufer die Übereignung einer Sache, 433 I; der Schädiger die Zahlung von Schadenersatz, 823 ff; der Gesellschafter die Leistung von Beiträgen, 705.

Es handelt sich also um Vorgänge des *Wirtschafts-* und *Geschäftslebens*, die das Schuldrecht regelt. Auch in anderen Rechtsgebieten finden sich Ansprüche wirtschaftlicher Art:

Schadenersatzanspruch des Anfechtungsgegners, 122; Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung des Hypothekenrechts, 1147; Anspruch der Ehefrau auf Haushaltsgeld, 1360 a II 2; Herausgabeanspruch des wahren gegen den falschen Erben, 2018.

² §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB. Die §§-Zeichen finden sich nur im fortlaufenden Text, nicht dagegen am Satzende, wo sie als Beleg für das Gesagte dienen.

³ Näher zur Relativität einer Forderung, zum Vertragsbruch und der Verleitung dazu unten in § 15.

⁴ Näher zur Terminologie des Schuldverhältnisses unten § 7.

Doch liegt das Schwergewicht der Ansprüche des täglichen Wirtschaftslebens eindeutig im Schuldrecht.

Ansprüche auf Zahlungen, z. B. §§ 433 II, 607; auf Warenlieferungen, vgl. §§ 433 I 1, 480.

Manchmal wird auch nur eine tatsächliche Handlung geschuldet.

Beseitigung eines Sachmangels beim Werkvertrag, 633 II 1; Leistung von Diensten beim Dienstvertrag, 611; auch die im Schuldrecht so häufig geschuldeten Besitzzeiräumungen und Besitzübergaben sind als solche keine Rechtsgeschäfte: Einräumung z. B. bei Miete, 535; Rückgabe der entliehenen oder verwahrten Sache, 604, 695.

III. Stellung des Schuldrechts im Rahmen der Rechtsordnung

1. Von den fünf Büchern des BGB umspannt das *Schuldrecht* sachlich die meisten Lebensbereiche. Das Schuldrecht stellt die Rechtsregeln bereit, die zum Austausch von Vermögensgegenständen und zum Ausgleich von Benachteiligungen und Schäden benötigt werden. Das Schuldrecht dient also, neben allgemeinen Ordnungsinteressen, zur Befriedigung persönlicher Interessen in der Welt der Güter und des Geldes. Das Sachenrecht regelt die Rechte der Person an den sie umgebenden Sachen, das Familienrecht die Beziehungen zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern, das Erbrecht die Folgen des Todes einer Person. Der allgemeine Teil des BGB enthält „vor die Klammer gezogene“ Regeln für das Schuld-, Sachen-, Familien- und Erbrecht, ferner das Personenrecht. Dabei liegt das Gemeinsame und Kennzeichnende des Schuldrechts vor allem in der *Rechtsfolge*: Dem *schuldrechtlichen Anspruch*. Woraus sich ein solcher Anspruch ergibt, wird im Schuldrecht einzeln bestimmt, dazu u. § 18. Neben der *Entstehung* gehören *Inhalt, Veränderung, Untergang* und *Störung* dieser Ansprüche in den Bereich des Schuldrechts. 3

2. Die Beziehungen des Schuldrechts zu den anderen Rechtsgebieten lassen sich wie folgt kennzeichnen:

a) Das Verhältnis zum *Allgemeinen Teil des BGB* besteht darin, daß die Tatbestandsvoraussetzungen schuldrechtlicher Ansprüche fast immer von Regeln des Allgemeinen Teils beeinflusst werden. Für die *vier möglichen Arten* der Anspruchsbeeinflussung je ein Beispiel: Vertragsabschluß, 145 ff (Anspruchsbegründung); Einfluß der Minderjährigkeit auf einen Vertrag, 107 ff (Anspruchshinderung); Verjährung eines Kaufpreisanspruchs, 433 II, 194, 196 I 1, II (Anspruchshemmung, vgl. § 222); Vernichtung eines Kaufvertrags durch Irrtumsanfechtung, 433, 119, 142 (Anspruchsvernichtung).⁵

b) Damit *Sachenrechte* (z. B. Eigentum, Hypothek) begründet oder von einer Person auf eine andere *bleibend* übertragen werden können, bedarf es in der Regel zuvor schuldrechtlicher Verpflichtungen (vgl. § 433 und § 929). Zwar sind sachenrechtliche Verfügungen vermöge ihrer *abstrakten Natur* auch ohne vorangegangene schuldrechtliche Verpflichtung wirksam. Doch ist derjenige, an den ohne schuldrechtliche Verpflichtung verfügt wird, in der Regel um das erworbene

⁵ Dieses Zusammenspiel von Ansprüchen des Schuldrechts mit Anspruchsbeeinflussungen des Allgemeinen Teils des BGB ist für den Aufbau des Gutachtens zur Lösung eines Falles von entscheidender Bedeutung (siehe dazu näher *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum 87 ff).

Sachenrecht *ungerechtfertigt bereichert* und zur Rückübertragung verpflichtet, 812 I 1.⁶

Während also das Sachenrecht die *endgültige* Zuordnung einer Sache in den Vermögensbereich einer Person regelt, bereitet das Schuldrecht diese Zuordnung durch Verpflichtungsgeschäfte vor und rechtfertigt sie für Gegenwart und Zukunft. Eine Forderung kann ein Recht „auf“ eine Sache geben (z. B. § 433 I 1). Ein dingliches Recht ist ein Recht „an“ einer Sache. Das Verpflichtungsgeschäft ist zugleich der Rechtsgrund (causa) im Sinne der §§ 812 ff für die sachenrechtliche Güterverschiebung.

Sachenrechtliche und schuldrechtliche Ansprüche können in der Regel nebeneinander geltend gemacht werden (h. M., s. aber u. Rdn. 1195 ff): Der Verleiher verlangt nach Ablauf der Leihe vom Entleiher die verliehene Sache nach § 604 I und § 985 zurück.

Man hat versucht, die scharfe begriffliche Trennung zu überbrücken, die nach geltendem Recht zwischen den absoluten, d. h. gegen alle wirkenden Sachenrechten, und den relativen, d. h. in ihrer Wirkung auf Gläubiger und Schuldner beschränkten Forderungsrechten besteht, vgl. *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; *Heck*, § 112; *Löning*, Die Grundstücksrente als dingliches Recht, 1930; *Canaris*, FS *Flume*, Bd. I, 1978, 371; *Weitnauer*, (II.) FS *Larenz*, 1983, 705. Ähnliche Bemühungen zielen darauf ab, die Grenzen zwischen Forderungs- und dinglichen Rechten anders zu ziehen: *Wieacker*, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, DRW 1941, 49; *ders.*, Zum System des deutschen Vermögensrechts, 1941; *ders.*, AcP 148 (1943) 57. Aber das Gesetz hat Gründe, diesen Unterschied zu machen. Zahlreiche Rechtseinrichtungen, z. B. der Eigentumsvorbehalt, die Hypothek, das Pfandrecht und viele andere Sicherungsrechte lassen sich gerade wegen der Trennung dinglicher und obligatorischer Rechte leichter deuten und handhaben. Der rechtspolitisch erforderliche Schutz des Mieters gegenüber dem Eigentümer läßt sich schuldvertraglich verwirklichen und bedarf keiner „Verdinglichung“, vgl. dazu *MünchKomm/Voelskow*, Einl. zu §§ 535–597, Rdn. 20; *Canaris*, aaO, 393 ff; *Weitnauer*, aaO, 711 f; *Otte*, FS *Wieacker*, 1978, 463 ff. Eigenartige Schnittpunkte des Schuld- und Sachenrechts sind: Die „Verdinglichung“ obligatorischer Ansprüche in §§ 556 III, 604 IV, 571; bis 1975 auch § 1 IV MSchG; die dingliche Sicherung obligatorischer Ansprüche durch die Vormerkung in §§ 883 und 1098 II, ferner durch einstweilige Verfügung, 935 ZPO i. V. m. 136 BGB; die Einwirkung Dritter auf eine Forderung gem. §§ 407, 408, 793 I 2, 807, 808 BGB (Verkehrsschutz); der Schutz des mittelbaren Besitzers gem. § 771 ZPO bei beweglichen Sachen; die übrigen Fälle dinglichen Schutzes obligatorischer Rechte durch Besitzvorschriften, 1007, 823 I. Es handelt sich um *fünf verschiedenartige Gruppen* von Sondervorschriften, die einer Verallgemeinerung de lege lata nicht ohne weiteres zugänglich sind. So wäre es insb. verfehlt, aus diesen Bestimmungen herauszulesen, die schuldrechtliche Forderung gewähre ein *Herrschaftsrecht* an der Person des Schuldners, an den Handlungen des Schuldners oder am Leistungsgegenstand, oder ein Abwehrrecht gegen Dritte (*ius ad rem* des Pr. ALR). Doch folgt aus diesen Bestimmungen immerhin, daß die Innehabung einer Forderung (Gläubigerschaft) in einem gewissen Umfang deliktischen Schutz genießen muß, bestr.; vgl. z. B. *MünchKomm/Kramer*, Einl. vor § 241, Rdn. 26 und zum Streitstand *Enneccerus/Lehmann* § 1 II 1; *Larenz* I § 2 II; ferner *Diederichsen*, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, sowie unten Rdn. 1215 und Literatur-Angaben zu § 15.

⁶ Näheres zu den rechtsgrundlosen Verfügungen unten Rdn. 1121.

c) Auch das *Familienrecht* kennt Forderungsrechte, insb. Unterhaltsansprüche, 1360 ff, 1601 ff, 1754; Auseinandersetzungsansprüche, 1476, 1497; Zugewinnausgleich, 1378. Sie entspringen besonderen Familienbindungen, nicht allgemeinen Schuldbindungen.

d) Ähnlich liegt es im *Erbrecht*. Dort finden sich Forderungsrechte, die ebenso gut im Schuldrecht geregelt sein könnten, z. B. das Vermächtnis, 2147, 2174; Anspruch des wahren gegen den falschen Erben, 2018 ff. Aber sachlich gehören diese Ansprüche zu den Regeln über das Schicksal des Vermögens im Todesfalle.

Zu b)–d): Gewisse allgemeine Grundsätze des Schuldrechts beanspruchen aber auch in anderen Teilen der Rechtsordnung Beachtung. Die Geltung dieser allgemeinen Schuldrechtsgrundsätze im Sachen-, Familien- und Erbrecht ist aber teilweise unsicher. Der Satz von Treu und Glauben (242) gilt stets, er verdient allgemeine Achtung. Ebenso gilt Verzugsrecht in § 990 II, Zessionsrecht in § 931 und § 986. Im Sachenrecht unanwendbar ist § 281 auf den Eigentumsherausgabeanspruch, BGH NJW 68, 788 Anm. *Reinicke*; unten § 44 II, III. Im Familienrecht und Erbrecht sind Schuldrechtsgrundsätze überall anzuwenden, wo Vermögensinteressen auf dem Spiel stehen: Beispiele oben c) und d); nicht aber im persönlichen Bereich, z. B. 1353 I, 1632, 1634.

e) Das *Handelsrecht* ist das *Sonderrecht des Kaufmanns* und als solches im wesentlichen ein speziell geregelter Teil des Schuldrechts. Die Trennung hat historische Gründe und ist rechtspolitisch de lege ferenda nicht mehr vertretbar. Wo in einer Handelsrechtsfrage das HGB keine Sonderregelung enthält, gilt bürgerliches Recht (daher der Ausdruck „Sonderrecht“). Im Gutachten sind also *beide* Rechtsmassen zu berücksichtigen und entsprechend dem Sonderrechtscharakter darzustellen! Die handelsrechtlichen Besonderheiten, insb. im Recht der Handelsgeschäfte, werden daher im folgenden jeweils angedeutet. Allgemein lassen sich die Besonderheiten des Handelsrechts gegenüber dem Schuldrecht auf *drei* Kategorien zurückführen: Der Handelsverkehr verlangt im Verhältnis zum bürgerlichen Recht (1) *Spezialisierungen*, die (a) entweder Vereinfachungen (Standardisierungen) oder (b) nähere Ausgestaltungen (Komplizierungen) bedeuten. Auch bedarf der Verkehr unter Kaufleuten weithin (2) *anderer Risikoverteilungen*, als das BGB sie vorsieht. Da durch (1) und (2) ein neuer Rechtskörper neben dem bürgerlichen Recht entsteht, braucht das Handelsrecht eine dritte Art von Normen, die sich mit der (3) *Abgrenzung* der Geltungsbereiche von bürgerlichem und Handelsrecht beschäftigen; zum Handelsrecht und zu seinem Verhältnis zum Zivilrecht vgl. insb. *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965; *Schmidt*, K., Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts, 1982; *Bucher*, FS *Meier-Hayoz*, 1972, 1; *Wahl*, FS *Hefermehl*, 1976, 1; *Müller-Freienfels*, FS v. *Caemmerer*, 1978, 583; *Schwark*, in *Kindevmann* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1982, 11; *Lehmann*, M., Bürgerliches Recht und Handelsrecht, 1983; *Schmidt*, *Karsten*, Handelsrecht, 3. Aufl. 1987, 6 ff.

f) Das *Arbeitsrecht* ist das Sonderrecht der in sozial abhängiger Stellung zu Dienstleistungen verpflichteten Personen und ihrer Dienstherren. Es ist darum ein Sonderbereich zum Recht des Dienstvertrags, 611 ff. Die Trennung vom allgemeinen bürgerlichen Recht ist wegen der vielfach *kollektivrechtlichen Besonderheiten* des Arbeitsrechts (Tarifvertrag, Betriebsverfassung) berechtigt.

g) Das *Wirtschaftsrecht* ist das Sonderrecht der „Wirtschaftspersonen“, ein Ausdruck, mit dem man die Träger von Rechten und Pflichten wirtschaftsrechtlicher Rechtsverhältnisse

bezeichnen kann. Auch das Wirtschaftsrecht baut maßgeblich auf dem Schuldrecht auf (insb. Kauf- und Gesellschaftsrecht); näher *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht § 1.

h) Das *Wertpapierrecht* ist die Weiterentwicklung der in §§ 780, 781, 783 ff, 793 ff geregelten schuldrechtlichen Papiere (vgl. auch das Legitimationspapier Quittung, 368 ff). Im Wertpapierrecht gelten viele sachenrechtliche Grundsätze (z. B. verbreitet der Gutgläuberschutz). Es ist eine schwierige, auf der Grenze von Schuld- und Sachenrecht stehende Materie.

i) Auch im öffentlichen Recht können schuldrechtliche Normen eine Rolle spielen. Die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Grundsätze ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, vgl. § 62 VwVfG. Grundsätzlich können diese herangezogen werden, wenn die öffentlich-rechtlichen Normen, insbesondere das VwVfG, die AO und das SGB, Lücken enthalten. Es ist jedoch immer die Eigenart des öffentlichen Rechts zu berücksichtigen. Beispielsweise kann der Vorrang öffentlicher Interessen und das Gebot der Rechtssicherheit dazu führen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben, der im öffentlichen Recht entsprechend angewandt werden kann, zurücktreten muß, vgl. *Forsthoff*, VerwR, § 9, 173; *Wolff/Bachof*, VerwR § 41 I c 2; BVerwG NJW 1974, 1260; 1974, 2250. Die Aufrechnungsvorschriften des BGB sind – soweit sie sich nicht auf bürgerlich-rechtliche Besonderheiten beziehen (§§ 393–395) – auch im Bereich des öffentlichen Rechtes anwendbar, BVerwGE 66, 218; dazu *Schmidt*, W., JuS 84, 28. *Verträge* sind dann dem öffentlichen Recht zuzurechnen, wenn sie einen der öffentlich-rechtlichen Regelung unterworfenen Sachverhalt betreffen und eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Verteilung öffentlich-rechtlicher Lasten und Pflichten vorsehen, 54 VwVfG; s. u. Rdn. 68; BGHZ 35, 69 im Anschluß an BGHZ 32, 214 und 34, 88. Nach BGHZ 4, 192, 195 ist § 282 auf das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis entsprechend anzuwenden.

IV. Rechtspolitische und rechtsdogmatische Grundgedanken des Schuldrechts

- 4** 1. Für die Personen im Rechtssinne stellt das Schuldrecht die Regeln bereit, mit deren Hilfe sie in eigener Verantwortung ihre wirtschaftlichen Bedürfnisse decken und dabei über die Gradskala ihrer Bedürfnisse frei entscheiden können. Durch diese Betonung der Selbstverantwortlichkeit birgt das Schuldrecht einen sittlichen Gehalt, der nicht unterschätzt werden sollte. Ohne das Schuldrecht wäre eine Güterverteilung und -verschiebung unter Staatsbürgern und zwischen Staat und Bürgern nur durch den Einsatz einer alles vorausdenkenden Planungs- und Verteilungsbehörde denkbar. Für den demokratischen *Staat* ist ein funktionierendes Schuldrecht eine Voraussetzung des geordneten Zusammenlebens. Es entlastet ihn von Verteilungsaufgaben, weil die Bedarfsbefriedigung grundsätzlich im freien Spiel der Kräfte erfolgt. Je arbeitsfähiger, je sozialer und wirtschaftsgemäßer ein Schuldrecht, desto gleichmäßiger der Wohlstand. Hieraus folgt für den Staat die Pflicht, für eine *stabile Währung* als allgemeinen Wertmesser der Bedürfnisse sowie für die notfalls zwangsweise *Durchsetzung berechtigter Ansprüche* zu sorgen (Zivilprozeß, Zwangsvollstreckung). Auch die Begrenzung wirtschaftlicher Macht „nach oben“ (AGB-Gesetz, soziales Mietrecht, Kartellrecht) und wirtschaftlicher Ohnmacht „nach unten“ (Sozialhilfe, Lastenausgleich, Rentenversicherung) ist staatliche Pflicht, ohne deren Erfüllung die Grundvoraussetzung eines

funktionierenden Schuldrechts entfällt: Die grundsätzlich gleiche Startbedingung der Wirtschaftenden (par conditio concurrentium). Die Grenzen der Privatautonomie liegen einerseits in den guten Sitten und den von moralischen Grundsätzen getragenen gesetzlichen Verboten, andererseits im Mangel an eigener Wirtschaftskraft. Im ersten Fall muß der Staat *verbietend* (z. B. Sittengebot der §§ 138, 826, Währungsrecht, Kontrolle wirtschaftlicher Macht), im zweiten *helfend* eingreifen (Sozialhilfe, Lastenausgleich, Sozialversicherung, steuerrechtliche Vermögensumverteilung, Vermögensbildung, Kartell-(Antimonopol-)recht, Arbeitsrecht, Verbraucherschutz und andere, insb. die Sozialbindung des Eigentums verwirklichende Vorschriften).

Daneben sorgt das Schuldrecht für Ausgleich ungerechtfertigter Bereicherung und für den Ersatz rechtswidriger Schädigungen. Hier geht es nicht um Befriedigung laufenden Bedarfs, sondern um die Wiedergutmachung ungerechter Vermögenseinbußen.

2. Unter den *rechtsdogmatischen Grundgedanken* des deutschen Schuldrechts **5** sind hervorzuheben:

a) Gläubiger und Schuldner sollen grundsätzlich rechtlich und wirtschaftlich in *gleichem Maß* geschützt werden. Das Gesetz ergreift für keinen der beiden Partei, vgl. 254, 264, 274, 320, 322, 348, 387, 426, 705, 706, 723, 742 (anders J. W. Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, 8f, der im BGB eine allgemein schuldnerfreundliche Haltung zu erkennen glaubt). Der *Grundsatz von Treu und Glauben* des § 242 gilt auch zu Lasten des Gläubigers (allgemeine Meinung): Der Schuldner muß nach Treu und Glauben leisten, der Gläubiger darf nur nach Treu und Glauben fordern. Dagegen ist vom Schuldrecht zu fordern, daß es den *typischerweise* Schwächeren (Schuldner oder Gläubiger) zu schützen hat.⁷

b) Der Schuldner muß also die Leistung so erbringen, und der Gläubiger darf sie nur so fordern, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es verlangen, 242. Darauf baut sich der *Grundsatz der Angemessenheit* (Philipp Heck) auf, der besagt, daß das Schuldrecht bestrebt ist, allen Beteiligten unter Berücksichtigung der häufig widersprechenden Interessen das ihnen Gebührende in angemessener Weise zukommen zu lassen.

c) Forderungsrechte wirken *relativ*. Sie *berechtigen nur den Gläubiger*. Sie *binden nur den Schuldner*. Für Dritte sind sie unbeachtlich (Ausnahmen 556 III, 571 ff, 604 IV, 826), näheres dazu unten § 15. Die Forderung ist auf eine Leistung gerichtet. Sie muß sachlich begrenzt und bestimmbar sein, unten Rdn. 33.

d) Schulden sind grundsätzlich *Holschulden*, d. h., der Gläubiger muß sich die Leistung abholen, 269. Ausnahmen müssen vereinbart werden oder aus den Umständen hervorgehen. Außerdem kennt das Gesetz Ausnahmen: 261, 270, 447, 697, 700, 811; 36 VVG; Art. 4, 38, 75, 77 WechselG; 28, 29 ScheckG.

e) Es gibt Verträge *zugunsten*, nicht aber zu Lasten Dritter, 328 ff (sonst könnte man sich schnell seiner Schulden entledigen!). Freilich entzieht jeder Vertrag die durch ihn Gebundenen dem Markt: *Lukes*, Der Kartellvertrag, das Kartell als Vertrag mit Außenwirkung,

⁷ Weinauer, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975; v. Hippel, Der Schutz des Schwächeren, 1982; Lieb, AcP 178 (1978) 196; Höhn, Die Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, FS Hefermehl, 1971, 41; v. Stebut, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, 1982.

1959; *Martens*, AcP 177 (1977) 113, 164 ff („Lastwirkungen gegenüber Dritten“). Doch sind dies faktische Drittbelastungen.

f) Man kann sich seinem Gläubiger nicht ohne dessen Zustimmung entziehen, wohl aber seinem Schuldner. Das bedeutet: Forderungen sind ohne Zustimmung des Schuldners *abtretbar*, 398 ff. Aber Schulden können nur unter Mitwirkung des Gläubigers *übernommen* werden, 414 ff.

g) Grundsätzlich sind die Staatsbürger *frei*, ob und wozu sie sich verpflichten wollen, 305 BGB, Art. 2 I GG (Grundsatz der *Vertragsfreiheit*). Es herrscht unter den Vertragsformen kein Typenzwang. Im Sachenrecht gilt dagegen ein *numerus clausus* der dinglichen Rechte.

h) Nur in seltenen Ausnahmefällen greift der Staat korrigierend in ein schon bestehendes vertragliches Schuldverhältnis ein, 343; Vertragshilfegesetz v. 26. 3. 1952, BGBl. I 198.

i) Schuldverträge sind grundsätzlich *formfrei* (Ausnahmen z. B. 310, 313, 518, 564 a).

j) Wenn nichts Besonderes vereinbart ist, sind Schuldverträge *entgeltlich*, 433, 516, 518, 535, 598, 612, 632, 653, 662, 689.

k) Ein bloß rechtswidriger Eingriff führt nur zur Beseitigungs- oder Unterlassungsklage, 12, 862 I, 1004. Dagegen verlangt ein Schadensersatzanspruch grundsätzlich *Verschulden* des Schädigers, 823 ff (*Verschuldensgrundsatz*, Ausnahme z. B. § 833 S. 1). Doch haben Haftungen ohne Verschulden außerhalb des BGB, besonders bei Unfällen, erhebliche praktische Bedeutung erlangt, dazu unten §§ 107, 109.

l) *Nicht jede Schädigung* gibt ein Recht auf Unterlassung oder Schadensersatz (es gilt nicht nur Grundsatz des *neminem laedere*). Nur unter zusätzlichen Voraussetzungen sind diese Ansprüche gegeben (Rechtsgutverletzung 823 I, Schutzgutverletzung 823 II, sittenwidrige Schädigung 826, 1 UWG, Amtspflichtverletzung 839 u. a.). Dagegen gilt für ungerechtfertigte Bereicherungen eine Generalklausel, 812 I 1.

m) Auch der Gedanke des *Verkehrsschutzes* ist im Schuldrecht stellenweise verwirklicht, wenngleich schwächer als im Sachenrecht (gutgläubiger Erwerb) und im Allgemeinen Teil (Scheinvollmacht). Grundsätzlich wirken Forderungen eben nur zwischen Gläubiger und Schuldner. Das Problem, wie der Rechtsverkehr auf Kosten eines Berechtigten geschützt werden soll, stellt sich daher nicht mit gleichem Gewicht. Forderungen können grundsätzlich nicht gutgläubig erworben werden. Hier gilt der Satz: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Dem Gedanken des Verkehrsschutzes entspringen aber die §§ 370, 405, 793, 794, 796. *Verkehrsfeindlich* sind dagegen die meisten Bestimmungen des sog. Schuldnerschutzes bei der Übertragung von Forderungen: 407, 408, 409–411, nicht dagegen 808 I 1.

n) Es gibt allgemeine Schuldrechtsregeln, 241–432, und besondere „*einzelne*“ Schuldverhältnisse, 433–853. Doch liegt das Schwergewicht des vertraglichen Schuldrechts auf dem *Kauf*, 433–514. Er ist der Prototyp aller Verträge. Neben den einzelnen *vertraglichen* Schuldverhältnissen stehen *Geschäftsführung ohne Auftrag*, *ungerechtfertigte Bereicherung* und *unerlaubte Handlung*, 677 ff, 812 ff, 823 ff.

§ 2 Rechtsquellen

I. Vorbemerkung

- 6 Das heutige Schuldrechtssystem geht in seinen Anfängen auf das Schema *personae - res actiones* des nachklassischen römischen Rechts zurück (Gaius, *Institutiones*). Aus den „*actiones*“ entwickelten sich mit Erkenntnis des Unterschiedes von materiellem und Verfah-

rensrecht die „obligationes“: Die Naturrechtler unterschieden innerhalb der obligationes: contractus (Verträge), quasi contractus (ungerechtfertigte Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag), delicta (vorsätzliche unerlaubte Handlungen) und quasi delicta (Fahrlässigkeitsdelikte und Tatbestände der Gefährdungshaftung). Diese Einteilung findet sich daher später z. B. bei *Pothier*, *Savigny* und auch noch bei *Windscheid*, der ihr aber keine große Bedeutung mehr beimißt. Der Unterschied zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Teil des Schuldrechts ist begrifflich so alt wie die Unterscheidung von obligatio und contractus. Die Ausbildung des Allgemeinen Teils des Schuldrechts in heute geläufiger Form erfolgte in spät-naturrechtlicher Zeit, dann vor allem bei den Anhängern der historischen Rechtsschule (*Hofacker*; *Hugo*; *Heise*, der als erster die Fünfgliederung Allgemeiner Teil, Sachen-, Schuld-, Familien- und Erbrecht verwendet; *Puchta*; *Savigny*). Erstmals im BGB wurde das Schuldrecht vor das Sachenrecht gestellt. Im ganzen nahm die Bedeutung des Schuldrechts in Rechtslehre und Praxis mit zunehmender Industrialisierung und der Ausbreitung der Verkehrswirtschaft seit der Mitte des 18. Jahrhunderts ständig zu, während das ursprünglich breiter behandelte Sachenrecht relativ an Gewicht verlor.¹

II. Das heutige Schuldrecht

1. Es ist stofflich zum größten Teil im 2. Buch des BGB enthalten. Die ersten 7 sechs Abschnitte des 2. Buches (241–432) behandeln *allgemeine Fragen des Schuldverhältnisses*. Der umfangreiche 7. Abschnitt regelt die 25 „einzelnen Schuldverhältnisse“: Kauf, Darlehen, unerlaubte Handlungen usw. Man nennt ihn den *Besonderen Teil des Schuldrechts* (433–853), er betrifft die konkreten Lebensvorgänge, seine innere Struktur ist unten in § 64 besprochen. 35 Änderungsgesetze haben das Schuldrecht des BGB seit 1900 geändert.² Aus letzter Zeit zu nennen ist das Reisevertragsgesetz v. 4. 5. 1979, BGBl. I 509, das die §§ 651 a–k einführt.

2. *Schuldrechtliche Nebenvorschriften* (Schuldrecht außerhalb des BGB) finden sich zum *Allgemeinen Teil* des Schuldrechts in *geringerer*, zum *Besonderen Teil* in *großer Zahl*. Nachstehend werden nur die wichtigsten, zum Teil auch nur in Gruppen, genannt

a) Zum Allgemeinen Teil des Schuldrechts

- Aus dem EGBGB: Art. 11, 12 (internationales Privatrecht), Art. 88 (Fremdenrecht). Ferner Art. 77–81, 93, 96–107 (Vorbehaltsklauseln bei einzelnen Schuldverhältnissen).
- Die Währungs- und Umstellungsgesetze, beginnend 1948 (Währungsreform).
- Hinterlegungsordnung vom 10. 3. 1937, RGBl. I 285 (Verfahrensrechtliche Ergänzung zu §§ 372 ff).
- Schiffsgesetz vom 15. 11. 1940, RGBl. I 1499, mit DVO.

¹ *Andreas B. Schwarz*, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, SavZ., röm. Abt. 42 (1921) 578; *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Schuldrecht I, 1978, 19.

² Nähere Angaben bei *Staudinger/J. Schmidt*, Einl. vor § 241, Rdn. 21 ff für den Zeitraum bis Juni 1981. Mit dem G. v. 20. 12. 1982 (dazu unten Rdn. 800 ff) wurden außerdem manche mietrechtliche Vorschriften geändert bzw. neue Bestimmungen eingeführt.

- Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969, BGBl. I 1513.
- Gesetz ... zur Verwandlung des Offenbarungseids in eine eidesstattliche Versicherung vom 27. 6. 1970, BGBl. I 911.
- Gesetz zur Änderung des BGB und anderer Gesetze vom 30. 5. 1973, BGBl. I 501 (änderte u. a. § 313 S. 1).

b) Zum Besonderen Teil des Schuldrechts

— Das Preisrecht. Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Eingriffe in die grundsätzlich freie Vereinbarkeit des Kaufpreises. Im Laufe der Jahre sind zuerst Verschärfungen, dann wesentliche Lockerungen eingetreten. Vgl. die Beispiele unten Rdn. 658 und Rdn. 664. — Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894, RGBl. 450 (betr. Ratenkauf); näher unten Rdn. 759 ff.

— Verordnung, betr. die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. 3. 1899, RGBl. 219 (vgl. § 482 II), unten Rdn. 728.

— Regelungen im Mietwesen sind sehr zahlreich; Beispiele: Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 18. 12. 1974, BGBl. I 3603; Städtebauförderungsgesetz vom 27. 7. 1971, BGBl. I 1125. Näher unten Rdn. 800 ff.

— Haager Einheitliches Kaufrecht vom 17. 7. 1973, BGBl. 1974 I 358. Dazu unten Rdn. 749.

— Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908, RGBl. 263; unten Rdn. 1013 ff.

— Atomgesetz vom 23. 12. 1959, BGBl. I 814; Wasserhaushaltsgesetz vom 27. 7. 1957, BGBl. I 1110 (zu den beiden letztgenannten siehe unten Rdn. 1326 ff).

Die Gruppe der Haftpflichtgesetze ergänzt die §§ 823 ff insb. durch Regelung von Tatbeständen der Gefährdungshaftung. Dazu unten Rdn. 1319 ff.

Zum Einfluß der Reichsversicherungsordnung (RVO) i. d. F. vom 15. 12. 1924 RGBl. I 779, BGBl. III Nr. 820—1 (mit späteren Änderungen) auf einzelne Schuldverhältnisse siehe unten §§ 55, 79.

Über das Verhältnis des Schuldrechts zum Handels-, Arbeits-, Wirtschafts- und Wertpapierrecht siehe oben Rdn. 3.

c) Keine Rechtsquellen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen. Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) vom 9. 12. 1976, BGBl. I 3317 ist eines der wichtigsten schuldrechtlichen Nebengesetze (s. u. Rdn. 130 ff). Es betrifft den Allgemeinen und den Besonderen Teil des Schuldrechts.

d) Zum Einigungsvertrag und seinen schuldrechtlichen Bestimmungen s. u. Rdn. 1406.

e) Zur Schuldrechtsreform s. u. Rdn. 1407 ff.

III. Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts

- 8** Wie fast überall im nationalen Recht muß heute auch im Schuldrecht das Recht der Europäischen Gemeinschaften berücksichtigt werden. Für die Rechtsquellenlehre, aber auch für die Rechtsanwendung ist zwischen den verschiedenen Normgruppen des EG-Rechts zu unterscheiden.

1. Das *primäre Gemeinschaftsrecht* als Recht der EG-Gründungsverträge (EWG-, EGKS- und Euratom-Vertrag) scheint für das Schuldrecht auf den ersten Blick von geringer Bedeutung zu sein. Einige Vorschriften der Gründungsverträge sind zwar über das Zustimmungsgesetz nach Art. 24 I, 59 II GG auch gegenüber und zugunsten des Bürgers unmittelbar geltendes Recht geworden (vgl. insbesondere das Diskriminierungsverbot des Art. 7 EWG-Vertrag oder Art. 30

EWG-Vertrag zum freien Warenverkehr). Diese beziehen sich jedoch in der Regel auf die Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Staat (öffentliches Wirtschaftsrecht).

Dort, wo die Gründungsverträge aber auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgern untereinander regeln, haben *unmittelbar anwendbare* (arg. Art. 189 II EWG-Vertrag) Vertragsnormen wesentliche Bedeutung erlangt. Dies gilt vor allem für Art. 119 EWG-Vertrag, der den Grundsatz der Lohnleichheit zugunsten von Männern und Frauen für das gesamte *Arbeitsrecht* aufstellt.³ Zu beachten ist darüber hinaus die *kartellrechtliche* Vorschrift des Art. 85 II EWG-Vertrag, der wettbewerbsbehindernde Abreden zwischen Privaten mit der zivilrechtlichen Folge der Nichtigkeit belegt.⁴

2. Unmittelbare Rechtswirkung im innerstaatlichen Bereich entfalten auch *Verordnungen* i. S. d. Art. 189 II EWG-Vertrag als Regulationsform des *sekundären Gemeinschaftsrechts*. Im engeren Bereich des Schuldrechts finden sich allerdings keine Ermächtigungen zum Verordnungserlaß. Aus den angrenzenden Rechtsgebieten können vor allem die kartellrechtlichen Verordnungen und dabei insbesondere die Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 85 III EWG-Vertrag auf das Schuldrecht einwirken.⁵ Schließlich sind auch EG-Verordnungen im Bereich des Gesellschaftsrechts zu beachten. Die VO 2137/85 regelt die Rechtsform der „Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung“ (EWIV) als Gesellschaftsform für Freiberufler.⁶

3. Die größte Bedeutung unter den verschiedenen Normtypen des EG-Rechts für das innerstaatliche Schuldrecht haben die *Richtlinien* i. S. d. Art. 189 III EWG-Vertrag als weitere Regulationsform des sekundären Gemeinschaftsrechts erlangt. Die Richtlinie ist das wesentliche Instrument zur Harmonisierung von schuldrechtlichen Vorschriften des nationalen Rechts, deren Angleichung man für die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts (Art. 8 a, 100 a EWG-Vertrag) für erforderlich hält.⁷ Richtlinien sind nur hinsichtlich ihres Zieles verbindlich, wäh-

³ Zur Überprüfung eines Tarifvertrags am Maßstab des Art. 119 EWG-Vertrag vgl. EuGH NZA 90, 771; zur Rspr. des EuGH im Bereich des Arbeitsrechts *Dausen*, NZA 86 Beil. 3, 2; zur Rolle des Art. 119 EWG-Vertrag in der Rspr. der deutschen Gerichte BAG NZA 87, 445; BAG NJW 90, 68.

⁴ Zu den zivilrechtlichen Folgeansprüchen bei EG-Kartellrechtsverstößen (Schadenersatz/ Unterlassung) *Baur*, EuR 88, 257; zur Vereinbarkeit von Bierlieferungsverträgen mit EG-Kartellrecht *Sedemund*, NJW 88, 3069.

⁵ Zur VO 556/89 für Know-how-Vereinbarungen *Sucher*, CR 90, 369; für die VO 4057/89 zu den Franchisevereinbarungen *Jakob-Siebert*, CR 90, 241; für die KfZ-Gruppenfreistellungsverordnung VO 123/85 *Bunte*, WuW 88, 373.

⁶ Zu den Vorteilen dieser Gesellschaftsform im rein innerstaatlichen Betätigungsfeld *Autenrieth*, BB 89, 305; vgl. auch *Müller-Gugenberger*, NJW 89, 1449. Am 22.4.1988 wurde hierzu ein deutsches Ausführungsgesetz erlassen (BGBl. I, S. 514).

⁷ Allgemein zur Rechtsangleichung auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) zur Schaffung eines Binnenmarkts *Müller-Graff*, EuR 89, 107; *Hauschka*, NJW 89, 3048.

rend sie Form und Mittel der Zielverwirklichung den Mitgliedsstaaten überlassen, Art. 189 III EWG-Vertrag. Sie bedürfen daher der Umsetzung durch nationales Recht.

Von Bedeutung ist hier insbesondere die noch vor Inkrafttreten der EEA nach Art. 100 EWG-Vertrag verabschiedete Richtlinie zur Produzentenhaftung vom 25. 7. 1985 (R 85/374) sowie die Richtlinie R 85/577 zu den Haustürgeschäften, die in Form des Produkthaftungsgesetzes (in Kraft seit 1. 1. 1990) sowie des Haustürwiderrufsgesetzes vom 16. 1. 1986 in nationales Recht umgesetzt wurden.⁸ Im Bereich des Arbeitsrechts sind die Richtlinien R 75/117 und R 76/207 zu erwähnen, auf denen § 611 a beruht (dazu unten Rdn. 866).

Eine unmittelbare Anwendung solcher Richtlinien ist in der Regel nicht möglich. Anzuwenden ist im Grundsatz nur die die Richtlinie umsetzende nationale Norm. Zwar ist eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nach der Rspr. des EuGH möglich, wenn diese vom nationalen Gesetzgeber nicht ordnungs- oder vor allem nicht fristgemäß umgesetzt wurden und Normen der Richtlinie für eine unmittelbare Anwendung inhaltlich hinreichend klar und bestimmt sind. Jedoch ist danach nur eine Berufung des Bürgers auf ihm günstige Vorschriften *gegenüber dem Staat*, nicht aber gegenüber einem anderen Bürger möglich.⁹ Eine unmittelbare Wirkung ist deshalb im Bereich des Schuldrechts nur ausnahmsweise denkbar.¹⁰

Unabhängig von den Grundsätzen der unmittelbaren Geltung von Richtlinien sind die umsetzenden innerstaatlichen Vorschriften stets im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das gemäß Art. 189 III EWG-Vertrag bestimmte Ziel zu erreichen.¹¹ Prozessual ist daher bei der Anwendung der nationalen Vorschrift, z. B. des Produkthaftungsgesetzes, immer auch die Notwendigkeit der Vorlage von Auslegungsfragen zum EuGH gemäß Art. 177 EWG-Vertrag zu berücksichtigen.

4. Die für das Schuldrecht am wenigsten bedeutsame Regulationsform ist das *begleitende Gemeinschaftsrecht*. Dabei handelt es sich um zusätzlich neben den Gründungsverträgen zwischen den EG-Mitgliedsstaaten geschlossene Staatsverträge, die eine Anknüpfung im engeren Gemeinschaftsrecht in Art. 220 EWG-Vertrag finden.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang das *Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen* (EuGVÜ), das vor allem die innerstaatliche Zuständigkeit der

⁸ Dazu unten Rdn. 856 und 1261. Zur Produkthaftungsrichtlinie und deren Umsetzung Lorenz, ZHR 151 (1987) 1; Sack, DAR 88, 109 = VersR 88, 439; Schmidt-Räntsch, ZRP 87, 437. Allgemein zum EG-Verbraucherschutz Krämer, EWG-Verbraucherrecht, 1985.

⁹ Aus diesem Grunde kann sich ein deutscher Verbraucher nicht direkt auf die Richtlinie zum Haustürwiderrufsgeschäft berufen, wenn er das Geschäft in Spanien abschließt, wo die Richtlinie bislang noch nicht umgesetzt ist; insoweit unrichtig OLG Celle EuZW 1990, 550.

¹⁰ Ein solcher Ausnahmefall ist gegeben bei Art. 6 der Richtlinie R 76/207, der dem Bürger bei unterschiedlicher Behandlung der Geschlechter in der Arbeitswelt effektiven Rechtsschutz zusichert, EuGH DVBl. 87, 227.

¹¹ Vgl. Richter, EuR 88, 391 (394) zur Entscheidung des EuGH vom 8. 10. 87, Rs 80/86.

Gerichte und die Vollstreckung von Urteilen im EG-Raum für Zivil- und Handelssachen regelt. Das *Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht* vom 19. 6. 1980, das zu einer Anpassung des internationalen Schuldrechts in den EG-Staaten führen sollte, ist bisher nicht in Kraft getreten. Dessen Vorschriften gelten aber für die Bundesrepublik bereits inhaltlich über die Art. 27 ff EGBGB, die das Abkommen in deutsches Recht übernommen haben.

§ 3 Schrifttum

1. Materialien und Texte zur Gesetzgebung

9

a) Zum BGB

Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 1978 ff; *Motive* zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtl. Ausgabe, 5 Bde., 1888; *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 5 Bde., 1899 (Neudruck 1978); *Protokolle* der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 6 Bde., 1897/99; *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1980 ff.

b) Zur Schuldrechtsreform

Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 3 Bde., 1981/83.

2. Lehrbücher und Grundrisse (zugleich Zitierweise)

10

a) Ältere Werke

Cosack/Mitteis, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 8. Aufl. 1927; *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1 und 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1902; *Dernburg*, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. herausgeg. von *Raape*, Bd. I, Allgemeine Lehren, 1909; Bd. II, Einzelne Obligationen, 1915; *Goldmann/Lilienthal*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl. 1903; *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929; *Hedemann*, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1949; *Henle*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Schuldrecht, 1934; *Jung*, Bürgerliches Recht, in: *Stammler*, Das gesamte deutsche Recht, Bd. I, 1931; *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, Schuldrecht, 1906; *Kreß*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, Neudruck 1974; Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934; *Krückmann*, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Aufl. 1929; *Larenz*, Vertrag und Unrecht, Bd. I, 1936; Bd. II, 1937; *Lehmann, R.*, Das Recht der Schuldverhältnisse I, Allgemeiner Teil, 1947; *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929; Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931; *Loewenwarter*, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl., unter Mitwirkung von *Bohnenberg*, 1952; *Siber*, Schuldrecht, 1931; *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897; *Stoll/Felgentrager*, Vertrag und Unrecht, 4. Aufl. 1944.

b) Neuere Werke

Below, Bürgerliches Recht, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1965; *Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969; *Brox*, Allgemeines Schuldrecht, 18. Aufl. 1990; Besonderes Schuldrecht, 16. Aufl. 1990 (zit.: *Brox I* bzw. *II*); *Brüggemeier*, Deliktsrecht, 1986; *Deutsch*, Haftungsrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren, 1976 (zit.: *Deutsch*, Haftungsrecht I); *ders.*, Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz, 1987; *Dilcher*, Schuldrecht, Besonderer Teil in programmierter Form, 2. Aufl. 1982; *Emmerich*, BGB Schuldrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl. 1989; *ders.*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl. 1986; *ders.*, u. a., Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 1974; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958 (zit.: *Enn./L.*); *Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 (zit.: *Esser*²); *ders.*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1970; Bd. II, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1971 (zit.: *Esser I* bzw. *Esser II*); *Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984 (zit.: *Esser/Schmidt*); *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 7. Aufl. 1991 (zit.: *Esser/Weyers*); *Gernhuber*, Bürgerliches Recht, 2. Aufl. 1983 (zit.: *Gernhuber*, BürgR); *ders.*, Die Erfüllung und ihre Surrogate (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 3), 1983 (zit.: *Gernhuber*, Erfüllung); *ders.*, Das Schuldverhältnis (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8), 1989; *Gitter*, u. a., Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht), 1974; *ders.*, Gebrauchsüberlassungsverträge (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 7), 1988; *Gursky*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1990; *Hartwig*, Allgemeines Schuldrecht mit Hinweisen auf den Zivilprozeß, 1986; *Hassenpflug*, Allgemeines Schuldrecht, 9. Aufl. 1989; Besonderes Schuldrecht, 8. Aufl. 1990; *Hattenhauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 1982; *Hirsch*, Allgemeines Schuldrecht, 1990; *Hirsch/Pleyer*, Einführung in das Bürgerliche Vermögensrecht, 6. Aufl. 1975; *Hübner*, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1985; *Köbler*, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 1975; *Köndgen*, BGB Schuldrecht I, Vertragsschuldverhältnisse, 4. Aufl. 1991; *Kötz*, Deliktsrecht, 4. Aufl. 1988; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988; *Ksoll*, Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1966; *Lange*, Schadensersatz (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 1), 2. Aufl. 1990; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987; Bd. II, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl. 1986; *Larenz/Canaris*, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl. 1990 (zit.: *Larenz I* bzw. *Larenz II*); *Lehmann/Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 16. Aufl. 1966; *Lohmann*, Vertragsrecht, 2. Buch, Verpflichtungsgeschäfte, 1978; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I: Leasing und Factoring, 1991; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 15. Aufl. 1991 (zit.: *Medicus*, BürgR, Rdn.); *ders.*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988; *ders.*, Schuldrecht II, 4. Aufl. 1990 (zit.: *Medicus I* bzw. *Medicus II*); *ders.*, Probleme um das Schuldverhältnis, 1987; *Methfessel*, Vertragsrecht, 1. Buch, Allgemeine Grundlagen, 1977; 3. Buch, Verfügungsgeschäfte, 1979; *Molitor*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1965; Bd. II, Besonderer Teil, 7. Aufl. 1965; *Müller*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1990; *Musielak*, Grundkurs BGB, 2. Aufl. 1989; *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 2), 1983; *Rehbinder*, Vertragsgestaltung, 1982; *Reinicke/Tiedke*, Kaufrecht, 4. Aufl. 1989; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 4), 1983; *Schlechtriem*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1991; *Schmelzeisen*, Bürgerliches Recht, 5. Aufl. 1980; *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 5), 1984; *Walter*, Kaufrecht (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 6), 1987; *Weber*, Sicherungsgeschäfte, 3. Aufl. 1986; *Westermann*, *Harm Peter*, BGB Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1991; *Westermann*, *Harry*, Grundbegriffe des BGB, überarbeitet von *Harm Peter Westermann*, 12. Aufl. 1988; *Wolf*, *Ernst*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil; Bd. II, Besonderer Teil, beide 1978; *Zimmermann*, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990.

3. Kommentare

11

Achilles/Greifff, Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl. 1958 (mit Nachtrag 1963); Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Allgemeines Schuldrecht, 1980; Bd. III, Besonderes Schuldrecht, 1979 (zit.: *AK/Bearbeiter*); *Beuthien*, u. a., Studienkommentar zum BGB, 1.–3. Buch, 2. Aufl. 1979 (zit.: *StK/Bearbeiter*); *Böhle/Stamschräder*, Handkommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Lieferung 1949; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, Handkommentar, 5. Aufl. 1989; *Erman*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., 7. Aufl. 1981 (zit.: *Erman/Bearbeiter*); *Friedrich*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. 1987; *Jauernig*, u. a., Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. 1990 (zit.: *Jauernig/Bearbeiter*); *Kötz*, u. a., Bürgerliches Gesetzbuch mit Leitsätzen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl. 1985; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs (früher: Reichsgerichtsräte-Kommentar), Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl. 1976 ff (zit.: *RGRK/Bearbeiter*); *Loewenwarter*, Lehrkommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1932; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1985; Bd. III, Schuldrecht Besonderer Teil (2 Halbbände), 1986/88 (zit.: *MünchKomm/Bearbeiter*); *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, 5. Aufl. 1928; Bd. II, 1929; *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 50. Aufl. 1991 (zit.: *Palandt/Bearbeiter*); *Planck*, Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1. Hälfte, Allgemeiner Teil, 1914 (zit.: *Planck/Siber*); 2. Hälfte, Besonderer Teil, 1928; *Rosenthal*, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. (bearbeitet von *Bohnenberg*) 1965 (mit Nachtrag 1970); *Rother*, Grundsatzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Allgemeines Schuldrecht, 1974; *Rother/Quitnat*, Grundsatzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Besonderes Schuldrecht, 1982; *Schollmeyer*, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, 1900; *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, Schuldrecht I (§§ 241–610), 10. Aufl. 1967; Bd. II, Schuldrecht I (§§ 241–432), 12. Aufl. 1990; Bd. III, Schuldrecht II (§§ 611–853), 10. Aufl. 1969; Bd. III, Schuldrecht II (§§ 516–704), 11. Aufl. 1980 (zit.: *Soergel/Bearbeiter*); *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, Allgemeiner Teil (§§ 241–327), 10./11. bzw. 11. Aufl. 1961/67; 2. Teil, Besonderer Teil (§§ 433–853), 10./11. bzw. 11. Aufl. 1955/70; 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl. 1978 ff; bisher erschienen: §§ 241–242, 243–254, 255–327, 328–335, 336–386, 387–397, 433–580 a (535–580 a, 2. Bearb. 1981), 581–606, Vorbem. 607 ff, 607–610, 611–615, 620–630, 651 a–651 k, 652–656, 657–740, 741–778, 812–822, 823–832, 833–853, AGBG, 2. WKSchG, LandpachtG (zit.: *Staud/Bearbeiter*); *Taschner/Frietsch*, Produkthaftungsgesetz und EG-Richtlinie vom 25. 7. 1985, 2. Aufl. 1990; *Warneyer*, das BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., bearbeitet von *Bohnenberg*, 1950; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1989.

4. Fallsammlungen. Übungsliteratur

12

Berg, Übungen im Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 1976; *Beuthien/Weber*, Juristischer Studienkurs, Schuldrecht II, Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz, 2. Aufl. 1987; *Braunbehrens v./Angerbauer*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1990; *Buchner/Roth*, Juristischer Studienkurs, Schuldrecht III, Unerlaubte Handlungen, 2. Aufl. 1984; *Diederichsen*, Die BGB-Klausur, 7. Aufl. 1988; *ders.*, Die Zwischenprüfung im Bürgerlichen Recht, 2. Aufl. 1990; *Esser/Schmidt/Köndgen*, Fälle zum Schuldrecht, 3. Aufl. 1971; *Fabrizius*, Der Rechtsfall im Privatrecht, 4. Aufl. 1984; *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum, 1972; *Hanau/Belke/Schilken*, Die Ansprüche im bürgerlichen Recht und im Prozeß, 1990; *Hattenhauer/Eckert*, 75 Klausuren aus dem BGB, 6. Aufl. 1987; *Helm*, Grundkurs im

Bürgerlichen Recht, 4. Aufl. 1987; *Honsell/Wieling*, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, 2. Aufl. 1990; *Ihering/Kipp*, Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen, 12. Aufl. 1913; *Köbler*, Die Anfängerübung im bürgerlichen Recht, Strafrecht und öffentlichen Recht, 5. Aufl. 1986; *ders.*, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 1991; *Köhler*, Prüfe Dein Wissen, Recht der Schuldverhältnisse, Schuldrecht I, 13. Aufl. 1989; Schuldrecht II, 11. Aufl. 1987; *Kornblum*, Fälle zum Allgemeinen Schuldrecht, 1978; *Kornblum/Schöne-mann*, Privatrecht in der Zwischenprüfung (Multiple Choice Aufgaben), 3. Aufl. 1987; *Kupisch/Krüger*, Deliktsrecht, 1983; *Löwisch*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1982; *ders.*, Vertragliche Schuldverhältnisse (Fälle und Erläuterungen zum Besonderen Schuldrecht des BGB), Bd. I, 2. Aufl. 1988; *Loewenheim*, Bereicherungsrecht, 1989; *Lüde-rütz/Frhr. v. Marschall*, Fälle und Texte zum Schuldrecht, 5. Aufl. 1986; *Marburger*, 20 Klausurprobleme aus dem BGB, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1986; *ders.*, 20 Klausurprobleme aus dem BGB, Schuldrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 1985; *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1986; *Mehrtens*, 20 Klausurprobleme aus dem BGB, Bereicherungsrecht, 2. Aufl. 1982; *Pleyer/Hofmann*, Sammlung privatrechtlicher Fälle, 12. Aufl. 1990; *Reeb*, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975; *Rimmelspa-cher*, Juristischer Studienkurs, Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl. 1987; *Schack/Ackmann*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht. 100 Entscheidungen für Stu-dium und Examen, 1989; *Schmidt*, BGB – Schuldrecht 2 – Außervertragliches Schuld-recht, 4. Aufl. 1991; *Schneider*, Zivilrechtliche Klausuren, 4. Aufl. 1984; *Schramm*, Klau-surentchnik, 7. Aufl. 1986; *Teichmann*, Juristischer Studienkurs, Schuldrecht I, Leistungs-störungen und Gewährleistung, 3. Aufl. 1988; *Thiele/Fezer*, Wiederholungs- und Vertief-ungskurs, Bd. 1, BGB Allgemeiner Teil, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1990; Bd. 2, Schuldrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1990; *Thoma*, Bürgerliches Recht, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. 1985; Besonderes Schuldrecht, 1979; *Werner*, Fälle und Lösungen für Anfänger im Bürgerlichen Recht, 6. Aufl. 1988; *Wieser*, Übung im Bürgerlichen Recht für Anfänger, 3. Aufl. 1986; *ders.*, Zivilrechtliche Übung für Fortgeschrittene und Examens-klausuren, 1990.

13 5. Entscheidungssammlungen

Bell, u. a., Entscheidungs-Repetitorium zum Bürgerlichen Recht, 1987; *Fikentscher*, ESJ Schuldrecht, Ausgewählte Entscheidungen mit erl. Anmerkungen, Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1977; Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1977; *Herrmann, Karl*, Höchststrichterliche Rechtsprechung, Studienausgaben, Bürgerliches Recht I, 1976; Bürgerliches Recht II, 1968; *Pfaff*, Schuldrecht durch Rechtsprechung, 1986; *RENGAW* Sammlung BGB Schuldrecht AT, 1972; *RENGAW* Sammlung BGB Schuldrecht BT I (§§ 433–811), 1970; *RENGAW* Sammlung BGB Schuldrecht BT II (§§ 812–822), 1972; *RENGAW* Sammlung BGB Schuldrecht BT III (§§ 823–853), 1972; *Schack/Ackmann*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht, 1989.

§ 4

Plan der Darstellung

- 14 Die Gliederung versucht, wo dies möglich ist, den Gedankengang des unstreitigen Gutachtens bei der Lösung eines Schuldrechtsfalles widerzuspiegeln. Die Darstellung folgt der traditionellen Einteilung in ein Allgemeines und ein Beson-

deres Schuldrecht. Im Allgemeinen Teil behandelt ein erster Abschnitt Begriff, Arten und Eigenschaften des Schuldverhältnisses. Dabei geht es um die Bereitstellung des begrifflichen Instrumentariums, aber auch der wirtschaftlichen Grundvorstellungen, auf die es im folgenden ankommt (§§ 5–16).

Dann folgt, so wie das bei der Lösung eines Schuldrechtsfalles stets zu geschehen hat, eine Untersuchung der Gründe, aus denen ein Schuldverhältnis *entstehen kann* (§§ 17–25). Nachdem feststeht, daß ein Schuldverhältnis entstanden ist, muß sein *Inhalt* geprüft werden (§§ 26–37). Es geht hierbei um den Leistungsinhalt, die Bedeutung des Satzes von Treu und Glauben, sowie um die einzelnen Leistungsmodalitäten. Nach Entstehung und Inhalt ist die Abwicklung, und dabei zunächst das ordnungsgemäße *Erlöschen* eines Schuldverhältnisses zu untersuchen (§§ 38–40). Steht fest, daß nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, ist im Gutachten zu fragen, ob eine *Leistungsstörung* vorliegt, also ein Tatbestand außergewöhnlicher Abwicklung eines Schuldverhältnisses (§§ 41–55). Vorab müssen in diesem Bereich die verschiedenen *Tatbestände* und *Rechtsfolgen* der *Leistungsstörungen* behandelt werden (§§ 43–48). Danach wird die besonders wichtige Rechtsfolge des *Schadensersatzes* noch einmal aufgegriffen; die dabei zum Tatbestand einer Leistungsstörung hinzutretenden Voraussetzungen und die Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs sind im einzelnen darzustellen (§§ 49–55). In diesen Zusammenhang gehört auch die Lehre von der Haftung für Erfüllungsgehilfen und vom Inhalt des Ersatzanspruchs (§§ 54, 55).

Nachdem in dieser Weise ein Schuldverhältnis zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner von seiner Entstehung über seinen Inhalt bis zur normalen oder außergewöhnlichen Abwicklung behandelt ist, bedarf es der Erweiterung durch Einführung neuer Gläubiger und Schuldner *anstelle* der alten. Es handelt sich um die Forderungsabtretung und die Schuldübernahme (§§ 56–59).

Noch weiter greift die Lehre von der *gleichzeitigen* Beteiligung *mehrerer Gläubiger* oder *Schuldner* an einem Schuldverhältnis (§§ 60–63): Ein entstandenes, inhaltlich festgelegtes, normal oder gestört abgewickelter Schuldverhältnis, möglicherweise abgetreten oder übernommen, kann auf der Aktiv- und/oder auf der Passivseite *mehreren* zustehen. — Damit ist der Bereich des allgemeinen Schuldrechts abgesteckt.

Der daran anschließende Besondere Teil des Schuldrechts mit der Darstellung der einzelnen konkreten Schuldverhältnisse (Kauf, Darlehen, Dienstvertrag, unerlaubte Handlung usw.) bedarf einer eigenen systematischen Erläuterung (§ 64). Die einzelnen Typen werden nicht nach dem Schwergewicht ihrer praktischen Häufigkeit, sondern nach ihrer Bedeutung für die Ausbildung besprochen, wobei Kauf, ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung in erster Reihe stehen (§§ 65–114). Den Abschluß bildet je ein Überblick über das internationale Schuldrecht (§ 115) und über die Dogmengeschichte und die Reformvorhaben des Schuldrechts (§ 116).

Der allgemeine Teil des Schuldrechts

(Die allgemeinen Lehren)

1. Abschnitt

Begriff, Arten und Eigenschaften des Schuldverhältnisses

1. Unterabschnitt: Das Schuldverhältnis

§ 5

Das Schuldverhältnis in der Rechtsordnung

Achterberg, N., Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982; *AK/Dubischar*, vor §§ 241 ff, Rdn. 1 ff; *Becker, W. G.*, Gegenopfer und Opferverwehrung, 1958; *Blomeyer*, *Arwed*, AcP 154, 527; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Dubischar*, JuS 78, 300; *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. 1974; *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 207 ff; *ders.*, Wirtschaftsrecht 1983, § 22 VII 1 b; *ders.*, FS *Lukes* 1989, 375 ff, 388–392; *Gierke, Julius v.*, ZHR 111, 3 ff; *Gierke, Otto v.*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2. Aufl. 1948; *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 1977; *Hattenhauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 1982; *Hippel, Fritz v.*, Zum Aufbau und Sinnwandel unsres Privatrechts, 1957; *Horstmann*, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, 1938; *Ihering*, Das Schuldmoment im röm. Recht, Gießen 1867, S. 4 ff; *Kübler*, Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, 1975; *Larenz*, JZ 62, 105; *Lorenz*, JZ 61, 433; *Mayer-Maly*, Vertrag und Einigung, FS *Nipperdey* 1965, Bd. I S. 509; *ders.*, FS *Wilburg* 1965, 129; *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz, 1978; *Raiser, Ludwig*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977; *Reinhardt*, FS *Schmidt-Rimpler* 1957, 115; *Steindorff*, FS *L. Raiser* 1974, 621 ff; *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974; *ders.*, Zum System des deutschen Vermögensrechts, 1941; *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934; *Willoweit*, Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, 1969.

I. Die inhaltliche Aufgabe des Schuldverhältnisses in der Rechtsordnung

1. Grund und Folge des Schuldens

15

a) Die herrschende Lehre sieht als gemeinsames Merkmal aller Schuldverhältnisse, und damit als Grund für die Berechtigung, von einem „Schuldrecht“ zu sprechen, nur die einheitliche *Rechtsfolge* an: den schuldrechtlichen Anspruch im Sinne von § 241 („Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“). Ein gemeinsamer Grundgedanke des Schuldrechts auf der Seite des Tatbestandes wird geleugnet: Weder wirtschaftliche noch sonstige Lebensvorgänge, die das Schuldrecht regeln, seien einheitlich. Richtig ist zunächst sicherlich, daß der schuldrechtliche Anspruch die allen Schuldverhältnissen gemeinsame Rechtsfolge darstellt. Aber die Einheit der Rechtsfolge kann nicht zufällig sein. Vielmehr heißt „schulden“ im Sinne eines Schuldverhältnisses, etwas zu Unrecht Vorenthaltenes geben, zurückgeben oder ersetzen zu müssen. Die Vertragsschuld als Unterfall eines Schuldverhältnisses betrifft die Gutmachung eines Versprechens, dessen Bruch zur Vorenthaltung eines Wertes führen würde, der schon dem Versprechensempfänger zugerechnet wird. Das Schuldrecht wird demnach durch die Klammer des *Gutmachungsgedankens* zusammengehalten. So erklärt sich die Einheit der Rechtsfolge.

b) *Das Ob und Wie des Schuldens* muß dabei stets zugleich betrachtet werden. Die Leistung ist nicht irgendwie, sondern immer in bestimmter Art und Weise geschuldet. Es genügt nicht, daß man dem Gläubiger den geschuldeten Gegenstand vor die Füße wirft. Man muß ihn ihm aushändigen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten, 242, d. h. in anständiger und üblicher Weise. Bestandteil jeder Leistungspflicht ist also immer auch eine Wohlverhaltenspflicht. Ihre Verletzung hat grundsätzlich die gleichen Folgen wie die Verletzung einer rein gegenständlich aufgefaßten Leistungspflicht. Zu dem „etwas“, das der Schuldner schuldet, gehört daher immer ein „Ob“ und ein „Wie“ der Leistung. Man kann von einer *jeder* schuldrechtlichen Pflicht zugehörigen *Verhaltensnorm im weiteren Sinne* sprechen. Das gilt für alle Schuldverhältnisse, für vertragliche und gesetzliche. Diese Wohlverhaltenspflicht zählt zum Inhalt der geschuldeten Leistung (u. § 8; anders Larenz, I § 21; Canaris, Vertrauenshaftung).

2. Bestandsschutz und Freiheitsschutz als Teile des bürgerlichen Rechtsschutzes

16

Heißt somit „schulden“ im Sinne eines Schuldverhältnisses etwas, dessen Vorenthaltung Unrecht wäre, in anständiger und üblicher Weise gewähren, zurückgewähren oder ersetzen müssen, so stellt sich als nächstes die Frage nach dem Inhalt dieser Schuldpflichten.¹

a) Das Recht weist den Personen Güter zu grundsätzlich alleiniger Nutzung und Verwertung zu. Hierin liegt die eine Hauptaufgabe des bürgerlichen Rechtes: „Bestandsschutz“; Beispiele: Eigentum, gewerblicher Rechtsschutz, Vertragsrechte.

¹ Zum Folgenden ausführlich *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, § 1.

b) Die andere, gleichwertige, in gewissem Sinne aber entgegengesetzte Aufgabe des bürgerlichen Rechts ist, ein System von Regeln zur Verfügung zu stellen, das den Erwerb der Güter durch Personen und damit auch den Wechsel der Güter von Person zu Person ermöglicht: „Freiheitsschutz“, „Erwerbsschutz“; Beispiele: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Recht des unlauteren Wettbewerbs.

c) Zu den rechtlich geschützten Gütern gehört nicht nur, was man bereits von Rechts wegen *hat*, sondern — jedenfalls in unserer Rechtskultur — auch schon das, was einem rechtlich bindend *versprochen* worden ist. Im Vordergrund der vertraglichen Haftung steht daher im deutschen Recht der Erfüllungsanspruch (*pacta sunt servanda*). Nur wenn die Erfüllung nicht mehr möglich ist, muß Ersatz geleistet werden, weil die Lage die gleiche ist, wie wenn ein zu Unrecht vorenthaltenes Gut oder eine zu Unrecht vorenthaltene Freiheitsgewährung nicht mehr als solches gewährt werden kann (dazu sogleich 3.), sondern ersatzweise abgegolten werden muß (dazu sogleich 4.).

17 3. Die Restitutionspflicht als primäre Leistungspflicht

a) Im Bereich des Schutzes zugeordneter Güter bewirkt die „primäre“ Schuldpflicht, daß ein Gut, das sich in einer Herrschaftsgewalt befindet, in die es nicht gehört, demjenigen störungsfrei überlassen werden muß, dem es von Rechts wegen zusteht.

Hierher gehören vor allem die bereicherungsrechtlichen Herausgabeansprüche, 812 ff, die dafür sorgen, daß Güter, die ohne Rechtsgrund in einen fremden Rechtskreis gelangt sind (z. B. Übereignung ohne wirksamen Vertrag), in den richtigen Rechtskreis zurückzugewährt sind. Zu erwähnen sind auch die negatorischen Klagen, die bloße Güterstörungen verhindern helfen (dazu unten § 114). Auch der Vertragserfüllungsanspruch zählt nach den Ausführungen oben 1 und 2 hierher, weil das Versprochene vom Recht schon dem Versprechensempfänger als Wert zugerechnet wird. Ferner ist der Anspruch aus § 677 auf ordentliche Durchführung einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu nennen, wo das Gesetz in Ermangelung vertraglichen Willens Leistung und Leistungsentschädigung vertragsähnlich festsetzen muß, besonders in § 683. Prototypen dieser einfachen Schuldpflicht zur Gütergewährung (da Vorenthaltung Unrecht wäre) sind aber Bereicherung und Vertragserfüllung. Beim Bereicherungsanspruch besteht die Besonderheit, daß an die Stelle des zu gewährenden Gegenstandes sein Wert oder (nach der unten § 18 III 4 e und § 100 V entwickelten Auffassung) sogar das Entgelt treten kann, 818 II.

b) Im Bereich der Freiheit, Güter zu erwerben, ist der bürgerlich-rechtliche Schutz dogmatisch weniger entwickelt und im einzelnen streitig. Wer die Wettbewerbsfreiheit eines anderen in bestimmter Weise beeinträchtigt, muß dies nach den Regeln des GWB i. V. m. § 35 GWB; §§ 823, 1004 BGB unterlassen. Das AGB-Gesetz schützt Inhalts- und Abschlußfreiheit in anderer Weise. Hierdurch nicht erfaßte Freiheitsbeschränkungen sind der allgemeinen Beurteilung gem. §§ 823, 1004 BGB zugänglich (Wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht).² Aber nicht nur die wirtschaftliche Betätigungs- und Bedarfsdeckungsfreiheit als solche ist nach diesen Vorschriften gegen ungebührliche Beschränkungen gesichert, auch das „Wie“ der Ausübung eigener Freiheit zu Lasten anderer unterliegt im wettbewerblichen Bereich den Schranken des UWG, im außerwettbewerblichen denen der §§ 823 ff BGB. Ihrem Wesen nach sind diese Klagen negatorisch.³

² Näher *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, § 22 I 2.

³ Zu den sich daraus ergebenden Sanktionen s. u. § 97.

4. Die Schadensersatzpflicht als sekundäre Leistungspflicht**18**

Kann, will oder soll der Schuldner aus irgendeinem Grund die Leistung nicht direkt (restitutorisch) erbringen, ordnet das Recht häufig eine Ersatzleistung an, den *Schadensersatz*. Die Betrachtungsweise ist dann die, daß der Schuldner in die Güter oder Freiheiten des Gläubigers handelnd und mit an sich irreparabilem Erfolg eingegriffen hat. Dafür muß er den Gläubiger wirtschaftlich entschädigen. Hierfür stellt das Recht zusätzliche Verhaltensnormen auf, die z. B. regelmäßig Verschulden fordern.⁴ Das Anspruchsziel ist nicht — primär — die Überlassung eines Rechtsguts an den Inhaber des Rechtskreises, dem es zusteht, sondern — sekundär — *Ersatz*. Bereicherungsansprüche, negatorische Klagen und Vertragserfüllungsansprüche (einschl. GoA) können, wiewohl im Einzelfall kumulierbar, nicht als Rechtsfolgen verletzter Verhaltensnormen i. e. S. in Frage kommen. Darum schließen sich z. B. auch Rücktritt und Schadensersatz in §§ 325, 326 aus, soweit das gleiche Leistungsinteresse betroffen ist, da die Rücktrittsvorschriften der §§ 346 ff. spezielles Bereicherungsrecht enthalten.⁵

II. Die methodische Stellung des Schuldverhältnisses in der Rechtsordnung

Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, 2. Aufl. 1981; *Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, 5 Bde., 1975—77; insb. § 29; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983; *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, 1981.

Das Schuldverhältnis ist der Kernbegriff des Schuldrechts. Mit den anderen Grundbegriffen unseres Rechts ist das Schuldverhältnis in bestimmter Weise verbunden. Es läßt sich aus dem *objektiven Recht* in folgender Weise ableiten: **19**

1. Das *objektive Recht* ist gleichbedeutend mit der *Rechtsordnung*, in der die Angehörigen eines Staates leben. Das objektive Recht besteht aus *Rechtssätzen*. Gewährt ein (vollständiger oder unvollständiger) Rechtssatz des Privatrechts einer Person eine geschützte Stellung im Verhältnis zu einer anderen Person oder einem Gegenstand, so spricht man von einem *subjektiven privaten Recht*, sofern der Schutz der Stellung vom Willen der geschützten Person abhängt (über die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit, die den subjektiven Rechten gleichgestellt werden, unten § 103 I). Beruht das subjektive Privatrecht auf einem vollständigen Rechtssatz (der das Gebot enthält), so spricht man von einem *Anspruch* oder von einer *Anspruchsnorm* (Beispiele: 433 II, 604 I 812 I, 823 I;

⁴ Ähnlich wie hier zwischen „primären“ *Restitutionspflichten* (als Pflichten, zu Unrecht Vorenthaltenes dem richtigen Rechtskreis zukommen zu lassen) und „sekundären“ *Ersatzpflichten* (als den wirtschaftlichen Entschädigungen, wenn Restitutionspflichten verletzt werden) unterschieden wird, trennt *Larenz* I § 1 I *primäre* und *sekundäre* Leistungspflichten. Aber *Larenz'* Leistungsbegriff ist ein anderer (s. u. § 8, 3).

⁵ Die Kritik an der Terminologie „primär — sekundär“ wird aufgegeben (vgl. Voraufgaben), der weite Leistungsbegriff (s. u. § 8) jedoch beibehalten.

Gegenbeispiel: 903 — Eigentum —, ein auf gebotslosem Rechtssatz beruhendes subjektives Privatrecht). Die Anspruchsnorm ist der zentrale Begriff für die Fall-Lösung (Gutachten, siehe unten § 6).

2. Für das Schuldrecht haben vor allem die *Ansprüche* Bedeutung. Ansprüche auf Leistung heißen *Leistungsrechte*. Sie richten sich gegen einen bestimmten Schuldner auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen (194, 241). Es gibt *schuldrechtliche* (241) sowie dingliche (z. B. 985, 1004, 1007, 1134, 1179), familienrechtliche (z. B. 1353 I), erbrechtliche (z. B. 2018), öffentlichrechtliche u. a. *Leistungsrechte*. Die *schuldrechtlichen* Leistungsrechte nennt das Gesetz *Forderungen* oder *Forderungsrechte* (z. B. 387, 388). Die *Forderung* ist der Grundbegriff des Schuldrechts. So spricht § 398 für die Regelfälle von der Übertragung der *Forderung*, erst § 413 erklärt die vorstehenden Vorschriften auf die Übertragung anderer Rechte für anwendbar. Gleichbedeutend mit *Anspruch auf schuldrechtliche Leistung* = *Forderungsrecht* = *Forderung* ist endlich auch der Ausdruck „Schuldverhältnis“ (*im engeren Sinn*). § 241 verwendet das Wort „*Schuldverhältnis*“ gleichbedeutend mit *Forderung*.

3. Darüber hinaus wird aber der Ausdruck „Schuldverhältnis“ *in einem weiteren Sinn* verwendet, z. B. in der Überschrift vor § 241 „Recht der Schuldverhältnisse“. Hier bedeutet Schuldverhältnis das gesamte Rechtsverhältnis zwischen einem Schuldner und einem Gläubiger, aus dem einzelne Forderungen = Schuldverhältnisse im engeren Sinn fließen. Der Kaufvertrag (§§ 433–514), das Dienstverhältnis (§§ 611–630), der Auftrag (§§ 662–676) sind solche Schuldverhältnisse im weiteren Sinne. Schuldverhältnisse im engeren Sinne (Forderungen), die aus diesen Schuldverhältnissen im weiteren Sinne fließen, sind z. B. der Kaufpreisanspruch (433 II), der Dienstlohnanspruch (611) und der Anspruch auf Auskunft (666).

§ 6

Das Gutachten (der Fallaufbau)

Siehe die oben § 3, 4 und 5 angeführten Fall- und Entscheidungssammlungen. Weiter (Auswahl) *Berg*, Gutachten und Urteil, 1969; *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum, Methodik, Schwerpunkte, Übersichten, Fälle mit Lösungshinweisen auf Gebieten des Zivilrechts mit schuldrechtlichem Einschlag, 1972 (das Büchlein ersetzt und erweitert die bis zur 4. Auflage des „Schuldrechts“ in diesem § 6 behandelten Ratschläge zur Fallbearbeitung); *Koch/Rußmann*, Juristische Begründungslehre, 1982; *v. Lübtow*, Richtlinien für die Anfertigung von Übungs- und Prüfungsarbeiten im Bürgerlichen Recht, Handels- und Arbeitsrecht sowie drei Lösungen praktischer Fälle, 2. Aufl. 1986; *Sattelmacher/Sirp*, Bericht, Gutachten und Urteil, 29. Aufl. 1982; *Schmalz*, Die juristische Falllösung, 1976; *Wörlen*, Anleitung zur Lösung von Zivilrechtsfällen, 1990; bahnbrechend: *Stölzel*, Schulung für die civilistische Praxis, 1. Aufl. 1894.

- 20 1. Aus der im vorstehenden Paragraphen skizzierten Struktur des geschriebenen Rechts folgt die Technik seiner Anwendung auf den Fall. Hierin liegt die

Bedeutung der in § 5 dargelegten Begriffe. Es kann nicht die Aufgabe sein, hier eine vollständige Methodik der Fallbearbeitung vorzutragen. Dazu findet sich ausreichendes Spezialschrifttum (siehe vor 1).

2. Die vornehmlichste und für den Studenten einzig wichtige Art der Rechtsauskunft heißt *Gutachten*. Man unterscheidet das unstreitige und das streitige Gutachten, je nachdem, ob die im „Fall“ mitgeteilten Tatsachen feststehen oder zwischen den Parteien streitig sind. Nur das unstreitige Gutachten hat der Student im ersten Examen zu beherrschen, da die dort verwendeten Prüfungsfälle unstreitige (gegebenenfalls aber auszulegende!) Sachverhalte bieten. Das streitige Gutachten bildet dagegen den Kern der Referendarausbildung, da in der Praxis die Sachverhalte fast immer streitig sind. Wer das unstreitige Gutachten nicht beherrscht, kann den Aufbau des streitigen nicht verstehen. Auf dem streitigen Gutachten beruhen dann unmittelbar alle juristischen Äußerungen der Praxis: Sachbericht, Urteil, Beschluß, anwaltlicher Schriftsatz.

3. Das Durchprüfen eines *Anspruchs* geschieht anhand der Tatbestandsvoraussetzungen, an deren Vorliegen das Gesetz die Rechtsfolge knüpft. Jede Anspruchsnorm, jede Norm überhaupt, besteht aus einem Tatbestand (meist mit mehreren sich addierenden oder alternativ sich ausschließenden Voraussetzungen) und einer Rechtsfolge. Bei der Anspruchsnorm ist die Rechtsfolge, daß einer vom andern ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen kann, vgl. 194 I; bei der Forderung im Besonderen ist die Rechtsfolge Leistung, 241 S. 1 (s. o. § 5 II).

4. Hat man also einen schriftlich oder mündlich vorgelegten Fall zu bearbeiten, so ist Ausgangspunkt jeder Lösung der *Fall-Text*. Er besteht aus den in der Aufgabenstellung, in der Frage oder im zu beurteilenden Fallmaterial mitgeteilten Tatsachen. An die Tatsachenerzählung schließt sich in der Regel noch die *Fragestellung* an, die aber in der Fallschilderung versteckt sein kann („A behauptet, er sei zum Schadensersatz berechtigt, und begründet dies mit ...“).

Die im Falltext mitgeteilten Tatsachen heißen „der Sachverhalt“. Auf ihn soll das Recht angewandt werden. Unjuristisch ist, den Sachverhalt „Tatbestand“ zu nennen. Der *Sachverhalt* besteht aus Tatsachen, historischen Gegebenheiten, einem Stück Wirklichkeit. Der *Tatbestand* ist dagegen die zusammengefaßte Bezeichnung für den Komplex von Bedingungen, die vollständig erfüllt sein müssen, damit die *Rechtsfolge* eintritt. Die Rechtsnorm erfaßt daher (auf ihrer „linken Seite“) *typisierte* Lebenssachverhalte. Die einzelnen Bestandteile des Tatbestands nennt man Tatbestandsmerkmale. Füllt der Sachverhalt sämtliche Tatbestandsmerkmale aus, so ordnet das Gesetz (die Norm) die Rechtsfolge an:

Tatbestand → Rechtsfolge

Es empfiehlt sich, den Sachverhalt möglichst genau durchzulesen und sich in allen seinen Einzelheiten genau einzuprägen. Jedes Wort in einem Klausursachverhalt kann, aber muß nicht, juristische Bedeutung für die Falllösung haben. Manchmal lohnt es sich, Zeichnungen anzufertigen. Werden Daten mitgeteilt, so ordnet man zweckmäßigerweise die Zeitangaben auf einer kleinen Skizze. Wird ein Anspruch von dem, der ihn erhebt, mehrfach begründet, oder wendet der

Anspruchsgegner mehrere Einwendungen oder Einreden ein, kann man diese numerieren und auf einem besonderen Blatt kurz skizzieren oder ordnen. Dadurch vermeidet man, daß man eine Begründung, Einwendung oder Einrede übersieht.

5. Hat man diese Vorarbeiten für das Gutachten in tatsächlicher Hinsicht geklärt, ordnet man die in Betracht kommenden Anspruchsnormen (gleichbedeutend: Ansprüche) nach dem Schema

„wer“ „gegen wen“ „worauf“ „und woraus“? Z. B.: „A verlangt von B DM 3000,—. Der Anspruch *könnte* sich ergeben aus culpa in contrahendo.“

Leider finden sich die Anspruchsnormen im Gesetz nicht an einer Stelle zusammengetragen, sondern quer über das ganze Gesetz verstreut. Man erkennt sie daran, daß ihre *Rechtsfolge* ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt. Die in Betracht kommenden Anspruchsnormen finden zu können ist Ziel des Studiums. Das Gesetz kennt viele Ansprüche. In den ersten drei Büchern des BGB finden sich vor allem folgende Ansprüche:

- (1) Ansprüche aus Vertrag
- (2) Ansprüche aus vertragsähnlichen Beziehungen
 - (a) Culpa in contrahendo
 - (b) Ansprüche aus §§ 122, 179, 307 oder 309
- (3) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag
- (4) Dingliche Ansprüche, insbes. §§ 985 ff
- (5) Ansprüche aus unerlaubter Handlung (einschließlich Gefährdungshaftung)
- (6) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie
- (7) sonstige Ansprüche, z. B. die des Erbschaftsbesitzers, §§ 2018 ff.

In der Fragestellung des Klausurtextes wird manchmal nach bestimmten Ansprüchen gefragt, die dem A gegen den B zustehen usw. Dann sind nur diese Ansprüche zu prüfen. Sich zusätzlichen Ansprüchen zuzuwenden ist ein Fehler. Ist — wie häufig — nach der „Rechtslage“ gefragt, sind *sämtliche Ansprüche sämtlicher Beteiligten gegeneinander zu prüfen*.

21 6. Nachstehend folgt eine unvollständige Übersicht über häufige Anspruchsrundlagen.¹

(1) Ansprüche auf Vertragserfüllung

a) Diese lassen sich nicht generalisieren, da die verschiedenen Vertragstypen die verschiedensten Leistungsinhalte haben: Beim Kauf und Tausch: Übereignung und Besitzübergabe; bei der Miete, Pacht, Leihe: Besitz- und Gebrauchsüberlassung; beim Werkvertrag: Erbringung eines Werkes usw. Für jeden dieser speziellen Vertragsansprüche hat das Gesetz spezielle Anspruchsnormen vorgesehen, die die Voraussetzungen für die Ansprüche regeln.

b) Die speziellen Vertragstypen stellen jedoch keinen „*numerus clausus*“ für mögliche vertragliche Leistungsinhalte dar. Im Schuldrecht gilt der Grundsatz der Vertragsautonomie (vgl. § 305). Soweit sich die Ansprüche auf Vertragserfüllung nicht aus speziellen gesetzlichen Vertragstypen ergeben, kann die Leistung nach §§ 241, 305 BGB i. V. mit dem speziell ausgehandelten Vertrag verlangt werden.

¹ Nach *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum, 30 ff.

(2) Ansprüche auf Herausgabe, Überlassung und Rückgabe von Sachen

a) Vertragliche Herausgabeansprüche

- (1) Ansprüche auf Besitzverschaffung aus § 433 Abs. 1 (Kauf)
- (2) Ansprüche auf Gebrauchsüberlassung aus § 535 (Miete), § 581 (Pacht), § 598 (Leihe)
- (3) Ansprüche auf Rückgabe von Sachen bei Beendigung eines vertraglichen Besitzverhältnisses, § 346; § 346 in Verbindung mit §§ 467, 459 ff; § 556 Abs. 1 (Miete von Grundstücken); § 580 i. V. mit § 556 (Miete von Räumen); § 581 Abs. 2 i. V. mit § 556 Abs. 1 (Pacht); § 604 Abs. 1 (Leihe); § 695 (Verwahrung); § 732 S. 1 (Gesellschaft).
- (4) Ansprüche bei Rückgängigmachung eines Vertragsverhältnisses: § 346; § 346 i. V. m. §§ 325, 326; § 346 i. V. m. §§ 467, 459 ff;
- (5) Ansprüche auf Herausgabe von durch Geschäftsführung erlangten Sachen, § 667.

b) (1) Ansprüche auf Herausgabe von durch Geschäftsführung ohne Auftrag erlangten Sachen, § 681 S. 2 i. V. m. § 667, des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer. Bei unberechtigter GoA: § 687 II 1 i. V. m. § 681, 2 i. V. m. § 667.

- (2) Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn auf Herausgabe des aus unberechtigter Geschäftsführung Erlangten, 687 II – 684, 1.

c) Dingliche Herausgabeansprüche

- (1) Auf Herausgabe des Erbschaftsbesitzes
- (2) Auf Herausgabe des Besitzes an sonstigen Sachen
 - (a) aus Eigentum, § 985 (rei vindicatio)
 - (b) aus Besitz, § 861 (possessorium)
 - (c) aus früherem Besitz
 - aa) § 1007 I
 - bb) § 1007 II
- (3) Hierher gehören systematisch auch
 - (a) der Grundberichtigungsanspruch, § 894
 - (b) der Anspruch des Pfandgläubigers bzw. des Nießbrauchers aus § 1227 bzw. § 1065 i. V. m. § 985

d) Herausgabeansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

- (1) § 812
 - (a) Leistungskondiktion, wenn die Sache „durch Leistung“ eines anderen erlangt wurde
 - (b) Eingriffskondiktion (Begriff „Eingriff“ zu eng), wenn Sache „in sonstiger Weise“ erlangt wurde
- (2) § 816: Herausgabe von Sachen, die ein Nichtberechtigter durch Verfügung erlangt hat.

e) Herausgabeansprüche aus unerlaubter Handlung, §§ 823 Abs. 1 bzw. 823 Abs. 2 i. V. m. §§ 242 oder 246 StGB i. V. m. § 249 BGB, wobei Naturalrestitution im Wege der Rückgabe gestohlener bzw. unterschlagener Sachen erfolgt.

(3) Ansprüche auf Zahlung

Für sie gelten grundsätzlich dieselben Anspruchsgrundlagen wie für die Ansprüche auf Herausgabe von Sachen. Ausnahmen gelten jedoch insofern, als Geldstücke oder Banknoten mit den dinglichen Herausgabeansprüchen nur herausverlangt werden können, wenn sie gesondert aufgehoben worden sind oder wenn sich die speziell herauszugebenden Stücke in sonstiger Weise unterscheiden lassen (z. B. A hat nur den einen 1000-Mark-Schein). Die sog. „Wertvindikation“ konnte sich bisher nicht durchsetzen (vgl. Westermann, SachenR, 5. Aufl., § 30 V).

(4) *Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen*

a) Ansprüche aus Vertrag oder vertragsähnlichen Beziehungen auf Herausgabe von Nutzungen sieht das Gesetz nicht vor — sie können nach den §§ 305, 241 BGB selbstverständlich vereinbart werden —, da das Vertragsverhältnis regelmäßig der Rechtsgrund dafür sein wird, gezogene Nutzungen behalten zu dürfen.

b) Dingliche Herausgabeansprüche

- (1) Des wahren Erben gegen den Erbschaftsbesitzer, § 2020
- (2) Des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten, § 2184
- (3) Vgl. auch den Anspruch des Nacherben gegen den Vorerben, § 2133
- (4) Des Eigentümers gegen den unrechtmäßigen Besitzer, §§ 987 f
- (5) Des rechtmäßigen Besitzers gegen den unrechtmäßigen Besitzer, § 1007 Abs. 3 S. 2 i. V. m. §§ 987 f

c) Herausgabeansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung: § 818 Abs. 1.

(5) *Anspruch auf Herausgabe des durch Surrogation Erlangten*

a) *Vertraglicher* Surrogationsanspruch aus § 281 BGB: Der Schuldner hat das „stellvertretende Commodum“ herauszugeben, das er anstelle der geschuldeten, aber unmöglich gewordenen Leistung erlangt hat.

b) *Dingliche* Surrogationen stellen das Gros der Surrogationsansprüche. Es ist das herauszugeben, was aufgrund eines Rechts oder anstelle eines Rechts (Ersatz) erworben wurde.

(1) Sachenrechtliche Surrogationen

- § 966 Abs. 2 S. 2, 3: Der Erlös tritt an die Stelle der wegen Verderblichkeit versteigerten Forderung
- § 1075: Der geleistete Gegenstand tritt an die Stelle der Forderung, an der ein Nießbrauch bestanden hat
- §§ 1212, 1219, 1247 S. 2: Fortsetzung des Pfandrechts an den vom Pfandgegenstand getrennten Erzeugnissen und am Erlös aus der Verwertung der Pfandsache
- § 1287: Der geleistete Gegenstand tritt an die Stelle der Forderung, an der ein Pfandrecht bestand

(2) Familienrechtliche Surrogationen

- § 1370: Ersetzung von Hausratsgegenständen durch neue
- Ersatz beim Gesamtgut bei Gütergemeinschaft (§ 1473)
- Ersatz beim Vorbehaltsgut (§ 1418 Abs. 2 Nr. 3)
- Ersatz des Kindesvermögens (§§ 1638 Abs. 2, 1646)

(3) Erbrechtliche Surrogationen: § 2019 Abs. 1; § 2041; § 2111

(6) *Ausgleichsansprüche (Regreßansprüche)*

- a) Aus Forderungsübergang: § 426 Abs. 1 und Abs. 2
- b) § 670: Aufwendungsersatz bei Geschäftsführung
§ 683: Aufwendungsersatz bei Geschäftsführung ohne Auftrag
§§ 684 S. 1, 678 Abs. 2: Aufwendungsersatz bei unberechtigter GoA
- c) § 812 Abs. 1 S. 1: Aufwendungskondition

(7) *Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen und Verwendungen*

a) Aus Vertrag

- (1) § 304: Bei Annahmeverzug des Schuldners
- (2) § 450: Verwendungen auf die verkaufte Sache
- (3) § 547: Verwendungen auf eine gemietete Sache
- (4) § 670: Des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn
- (5) § 693: Der Verwahrer gegen den Hinterleger

- b) Aus GoA: Der Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn nach §§ 683, 670
 - c) Von den Ansprüchen aus sachenrechtlichen Verhältnissen verdienen besondere Erwähnung die §§ 994 ff bei Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Ansonsten sieht das Gesetz Ansprüche aus sachenrechtlichen Verhältnissen vor in den §§ 1049, 1216.
 - d) Einen familienrechtlichen Verwendungsersatzanspruch findet sich in § 1648.
 - e) Erbrechtliche Verwendungsersatzansprüche enthalten die §§ 2022, 2125 und 2185.
- (8) *Ansprüche auf Schadensersatz*
- a) Aus Vertrag
 - (1) Aus Garantie bzw. Zusicherung (§§ 459 Abs. 2, 463 S. 2)
 - aa) durch Nichterfüllung §§ 280, 325
 - bb) durch Verzug §§ 286, 326
 - cc) durch Schlechterfüllung (positive Forderungsverletzung, positive Vertragsverletzung) §§ 280, 286 bzw. 325, 326 analog.
 - (3) § 437
 - (4) § 670
 - b) Aus vertragsähnlichen Verhältnissen
 - (1) § 122: Schadensersatzpflicht des Anfechtenden
 - (2) § 179: Haftung des falsus procurator
 - (3) §§ 307, 309: Haftung bei Unmöglichkeit und Verbotswidrigkeit eines Vertrages
 - (4) § 678: Haftung bei Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn
 - (5) Schadensersatz aus c.i.c. (meist begründet aus Gewohnheitsrecht oder Rechtsanalogie zu den §§ 122, 179, 307, 309, 678)
 - c) Aus dinglichen Rechtsverhältnissen
 - (1) §§ 989 ff: Haftung des unrechtmäßigen Besitzers gegenüber dem Eigentümer (Vindikationslage!)
 - (2) § 1007 Abs. 3 S. 2 i. V. m. §§ 989 ff: Haftung des unrechtmäßigen Besitzers gegenüber dem früheren Besitzer
 - d) Aus ungerechtfertigter Bereicherung
 - (1) Nach §§ 819, 818 Abs. 4, 292, 989, nach Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs oder wenn der Bereicherte bei Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstieß oder den Mangel des rechtlichen Grundes kannte.
 - (2) § 820
 - e) Aus unerlaubter Handlung: § 823 Abs. 1; § 823 Abs. 2 i. V. m. einem Schutzgesetz; § 826;
 - f) Aus Gefährdungshaftung: z. B. aus § 833; §§ 7 und 18 StVG;
 - g) Aus bürgerlich-rechtlicher Aufopferung: § 228 S. 2; § 904 S. 2;
- (9) *Ansprüche auf Entschädigung*
- a) aus Enteignung, Art. 14 GG
 - b) aus enteignungsgleichen Eingriff, Art. 14 GG analog.
- (10) *Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung*
- a) *Vertragliche* Unterlassungsansprüche enthält das BGB im Recht der speziellen Vertragstypen nur selten, vgl. etwas § 550 (auch i. V. m. § 580 oder § 581 Abs. 2: Anspruch auf Unterlassung bei vertragswidrigem Gebrauch). Sie können jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit jederzeit als sog. atypische Verträge vereinbart werden (§§ 305, 241 S. 2).

- b) Ansprüche aus unerlaubter Handlung o. ä.
- (1) Bei Verletzung dinglicher Rechte. § 862 Abs. 1 S. 2: Störung des Besizes; § 1004 Abs. 1 S. 2: Störung des Eigentums; weitere sachenrechtliche Unterlassungsansprüche aus §§ 1027, 1029, 1065, 1090 Abs. 2, 1227.
 - (2) Bei Verletzung von speziellen Persönlichkeitsrechten (z. B. Verletzung des Namenrechts nach § 12 BGB), Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sonstiger immaterieller Rechtsgüter.
 - (3) Bei Verletzung sonstiger subjektiver Rechte (zu denen auch der Gewerbebetrieb, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht usw. gehören) und geschützter Rechtsgüter wird in Rechtsanalogie zu den §§ 12, 862, 1004 der sog. quasinegatorische Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegeben.
 - (4) Eng damit verwandt sind die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus dem gewerblichen Rechtsschutz: § 1 UWG (Anspruch auf Unterlassung unlauteren Wettbewerbs); § 16 UWG (Schutz geschäftlicher Bezeichnungen); §§ 24, 25 WZG (Schutz von Namen, Firma, Warenzeichen und Ausstattung); § 37 HGB (Schutz der Firma); § 47 PatG (Schutz von Patenten); § 15 Abs. 1 GebrMG (Schutz von Gebrauchsmustern).

22 7. Die Lehre von den Einwendungen und Einreden kann hier ebenfalls nicht vollständig entwickelt werden. Man versteht sie am ehesten, wenn man vom streitigen Gutachten ausgeht, das der Kandidat im 1. Juristischen Staatsexamen an sich noch nicht zu beherrschen braucht. Die Lehre von den Einwendungen und Einreden wird plausibler, wenn man sich die vor Gericht streitenden Parteien, Kläger und Beklagten, vorstellt. Für das unstreitige Gutachten schrumpfen die Einwendungen und Einreden zu anspruchshindernden, anspruchsvernichtenden oder anspruchshemmenden Tatsachen zusammen, die im unstreitigen Sachverhalt mitgeteilt werden.

Während im *streitigen* Rechtsfall der Kläger vor Gericht im Regelfall danach streben wird, alle Tatsachen vorzubringen und, wenn sie streitig bleiben, zu beweisen, die für die Begründung seines Anspruchs erforderlich sind (sog. „anspruchsbegründende Voraussetzungen“), wird sich der Beklagte bemühen zu behaupten, und streitigenfalls nachzuweisen, daß der Anspruch entweder gar nicht entstanden ist, untergegangen ist, oder daß er wegen einer Einrede nicht geltend gemacht werden kann. Diese „Gegenrechte“, die der Beklagte gegen Ansprüche des Klägers haben kann, nennt man Einwendungen im weiteren Sinne oder Einreden im prozessualen Sinne (§ 274 ZPO). Man unterteilt sie im materiellen Recht in „Einwendungen im engeren Sinne“, auch „rechtsverneinende Einwendungen“ genannt, und in „Einreden im materiellen Sinne“. Der Unterschied besteht in folgendem:

Einwendungen im engeren Sinne sind von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von irgendeiner Seite, z. B. auch vom Kläger selbst, in den Prozeß eingeführt worden sind. Sie wirken entweder *rechts-hindernd* („nicht entstanden“) oder *rechtsvernichtend* („untergegangen“). Beide wirken also *rechtsverneinend*.

Einreden im materiellen Sinne verneinen den Anspruch nicht, wollen aber dartun, daß der Anspruch aus irgendeinem Grund nicht geltend gemacht werden

kann. Sie werden nur berücksichtigt, wenn sich die Partei, der sie dienlich sind, darauf beruft. (Beispiele: Einrede der Verjährung, der Stundung, der Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 usw.).

So also liegt es — grob gesprochen — im streitigen Gutachten. Das *unstreitige* Gutachten, das der Studierende im 1. Staatsexamen zu erstellen hat, geht im Unterschied zum streitigen von einem *feststehenden* Sachverhalt aus. Im unstreitigen Gutachten gibt es keinen Kläger und Beklagte, sondern nur Personen mit Ansprüchen gegeneinander. Alle Ausführungen, die von den Parteien im Prozeß von der einen oder von der anderen Seite mit oft recht zweifelhafter Glaubwürdigkeit vorgetragen werden, erscheinen im Falltext, der dem Studierenden an der Universität vorliegt, als *nicht zu bezweifelnde* Geschehnisse, die sich hintereinander abgespielt haben und die sämtlich auf den zu prüfenden Anspruch (die zu prüfenden Ansprüche) Einfluß haben können, oder auch nicht.

Das bedeutet, daß die Einwendungslehre des streitigen Gutachtens (die im streitigen Gutachten zur „Ordnung des Parteivorbringens“ benutzt wird) in die Darstellungsweise des unstreitigen Gutachtens übersetzt werden muß. Das ist einfacher als gedacht: Alle Einwendungen und Einreden des streitigen Gutachtens sind im unstreitigen Gutachten Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs und damit grundsätzlich von gleicher Qualität wie die „anspruchsbe gründenden Voraussetzungen“. Nun ergibt sich aus der — dem streitigen Gutachten abgeschauten — Einteilung die richtige Prüfungsreihenfolge: Anspruchs begründende Voraussetzungen (des Klägers) — rechtsverneinende (nämlich rechtshindernde oder rechtsvernichtende) Einwendungen (des Beklagten) — Einreden im materiellen Sinne (des Beklagten) — Gegeneinwendungen und Gegeneinreden (des Klägers) gegen Einwendungen und Einreden (des Beklagten). Hat man es richtig gemacht, so ergibt sich daraus ein „zwingender Aufbau“. Der Leser des Gutachtens weiß an jeder Stelle, was und warum gerade hier geprüft wird.

Am Ende steht das Ergebnis: „Also kann A von B DM 3000,— aus culpa in contrahendo verlangen“.

Das unstreitige Gutachten beginnt daher mit einer „Könnte“-Frage („A könnte von B . . .“; s. o. 5.), und endet mit einem: „Also . . .“. Das gleiche gilt für die einzelnen Schritte, d. h. für die Prüfung der Tatbestandsmerkmale: Am Anfang das „Könnte“, am Schluß das „Also“. Immer wenn der Bearbeiter des Gutachtens die Worte „also“, „demnach“, „infolgedessen“, „mithin“ oder die Wendung „daraus ergibt sich“ verwendet, ist er gedanklich auf dem richtigen Weg. Fehlerhaft werden seine Darlegungen, wenn sich Ausdrücke wie „denn“, „weil“, „dies ergibt sich aus“ und dgl. einschleichen. Dann verfällt der Verfasser in den „Urteilsstil“, der im unstreitigen Gutachten keinen Platz hat. Urteilsstil wird er genannt, weil in einer gerichtlichen Entscheidung des Falles der Aufbau grundsätzlich umgekehrt erfolgt wie im unstreitigen Gutachten: Das Ergebnis steht am Anfang, die Begründung folgt nach. Der Urteilsstil nimmt darauf Rücksicht, daß die Parteien vor Gericht ungeduldig auf die Entscheidung warten. Aber auch das Urteil beruht darauf, daß der Richter vorher ein — in der Regel streitiges —

Gutachten für sich angefertigt hat. Sonst hätte er ja gar nicht zu dem Ergebnis gelangen können, das er den Parteien vorträgt.

7. Mehr kann im Rahmen dieses dem Stoff gewidmeten Lehrbuchs zur Falltechnik nicht gesagt werden. Alles übrige muß die ständige Übung und das Studium der methodischen Anfängerliteratur ergänzen. Der Aufbau dieses Lehrbuchs (namentlich im Allgemeinen Schuldrecht) ist bemüht, die Reihenfolge einzuhalten, in der die Tatbestandsvoraussetzungen schuldrechtlicher Erfüllungs-, Schadensersatz- und sonstiger Abwicklungsansprüche zu prüfen sind. Darauf wird im folgenden nur gelegentlich hingewiesen.

§ 7

Begriff des Schuldverhältnisses. Gefälligkeitsverhältnisse. Schulden und Haften

Bartholomeyczik, Das Gegengewichtsprinzip und die Funktionsfähigkeit des Austauschvertrags in der modernen Rechtsentwicklung, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. 3, 1966, 9; *Bekker*, IherJb 49, 1; *Binder*, J., IherJb 77, 75; *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928; *Bruns*, FS *Zepos*, Bd. I, 1973, 69 ff; *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934; *Eichler*, AcP 162, 401; *Fedder*, Schuld und Haftung, 1942; *Gierke*, *Otto v.*, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910; *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, 1900; *Herholz*, AcP 130, 257; *Lent*, AcP 152, 401; *ders.*, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. I, 1912; *Medicus*, JuS 77, 225 ff; *MünchKomm/Kramer*, Bd. 2: Schuldrecht-AT, Einl.; *Neussel*, Anspruch und Rechtsverhältnis, 1952; *Okuda*, AcP 164; 536; *Reichel*, IherJb 59, 409; *Ruhig*, Die Nebenpflichten im Schuldrecht, Diss. Hamburg, 1968; *Schmidt*, *Reiner*, Die Obliegenheiten, 1953; *Schreiber*, Schuld und Haftung, 1914; *Schwerin*, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1911; *Siber*, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903; *Strohal*, Schuldpflicht und Haftung, FS *Binding*, 1914, 3; *Weinauer*, FS *Hefermehl*, 1976, 467 ff; *Wolf*, *Ernst*, FS *Herrfahrdt*, 1961, 197 ff; *Zachmann*, Die Kollision der Forderungsrechte, 1976; *Zepos*, AcP 155, 486.

23 1. Definition des Schuldverhältnisses

Das Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, in dem sich zwei oder mehr Personen in der Weise gegenüberstehen, daß sie einander zu einer Leistung verpflichtet sind.

Hingewiesen wurde bereits (§ 5 a. E.) auf den Doppelsinn des Wortes Schuldverhältnis. Das Schuldverhältnis im engeren Sinn ist gleichbedeutend mit dem Recht auf eine Leistung (Forderung, 241), das Schuldverhältnis im weiteren Sinne bezeichnet das gesamte Rechts- und Pflichtenverhältnis zwischen zwei oder mehr Personen nach Art eines der sog. „einzelnen Schuldverhältnisse“ der §§ 433—853, z. B. Kauf, Miete, Darlehen. Ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne kann Entstehungsursache für viele Schuldverhältnisse im engeren Sinn sein.

Beispiele: Aus Kauf (433 ff) hat der Verkäufer gegen den Käufer die Forderung auf Zahlung des Preises; der Käufer hat umgekehrt Anspruch auf Lieferung der Kaufsache, 433 I. Der Beauftragte ist zur Ausführung des Auftrages verpflichtet, 662, und hat das Recht auf Ersatz der Auslagen, 670. In der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter jedem Mitgesell-

schafter gegenüber berechtigt und verpflichtet, daran mitzuwirken, daß der Gesellschaftszweck erfüllt wird (Beispiel eines mehrseitigen Schuldverhältnisses), 705. — Wenn also das Gesetz den Ausdruck Schuldverhältnis verwendet, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, was gemeint ist (BGHZ 10, 395: § 362 verwendet den engeren Begriff des Schuldverhältnisses).

2. Unterschiede zu anderen Rechtsverhältnissen

24

Von anderen Rechtsverhältnissen unterscheiden sich Schuldverhältnisse in mehrfacher Hinsicht:

a) Von allen Rechtsverhältnissen, die *nicht subjektive Rechte enthalten*, unterscheiden sich Schuldverhältnisse durch die in ihnen enthaltene *Rechtsmacht*, deren Verwirklichung in das Belieben des Gläubigers gestellt ist. Diese Rechtsmacht besteht weder in einem Herrschaftsrecht über die Person des Schuldners noch über eine Leistungshandlung des Schuldners (Savigny, Obligationenrecht I, 4), noch über den Leistungsgegenstand (falls eine gegenständliche Leistung geschuldet ist), näher Larenz I § 2 II. Die dem Schuldverhältnis innewohnende Rechtsmacht bedeutet vielmehr, daß die Leistung des Schuldners dem Vermögen des Gläubigers durch eine zweiseitige Bindung zugewiesen wird. Der Gläubiger vermehrt dadurch den Kreis seiner Güter. Drei Machtbestandteile enthält diese Zuweisung: Das Forderndürfen, das Behaltendürfen und das notfalls zwangsweise Beitreibendürfen der Leistung.¹

b) Von *Herrschaftsrechten* unterscheiden sich Schuldverhältnisse durch ihre Zweiseitigkeit, ihren sog. relativen Charakter (u. § 15). Herrschaftsrechte (Eigentum, Pfandrecht, Patentrecht) wirken zugunsten des Inhabers gegen jedermann, Schuldrechte nur für den Gläubiger und nur gegen den Schuldner.

c) Von *Gestaltungsrechten* unterscheiden sich Schuldverhältnisse sehr wesentlich. Schuldverhältnisse begründen Rechte und Pflichten; Gestaltungsrechte (Kündigung, Anfechtung, Rücktritt u. a.) gestalten die Rechtslage durch einseitige Erklärung um. Die Kündigung beendet z. B. ein Dienstverhältnis, 620; eine Anfechtung beseitigt einen Kaufvertrag rückwirkend, 123, 433, 142. Zum Rücktritt siehe unten § 48.

3. Unterschied zu Gefälligkeitsverhältnissen

25

Haberkorn, Haftungsausschlüsse bei Gefälligkeitsfahrten, DAutR 66, 150; Hippel, E. v., FS F. v. Hippel, 1967, 233 ff; Hoffmann, AcP 167, 394; Kornblum, JuS 76, 571; Kost, Die Gefälligkeit im Privatrecht, 1973; Pallmann, Rechtsfolgen aus Gefälligkeitsverhältnissen, Diss. Regensburg 1971; Plander, AcP 176, 424; Schmidt, G., NJW 65, 2189; Schwerdtner, NJW 71, 1673.

a) Schuldverhältnisse gehören der Rechtssphäre an, Gefälligkeiten dem rechtsfreien Bereich des täglichen Lebens. Schuldverhältnisse binden und verpflichten, Gefälligkeiten nicht. Wer seinem Freund aus Gefälligkeit den Rasen mäht oder ihn ein Stück auf dem Spaziergang begleitet, steht in keinem Schuldverhältnis. Er kann jederzeit damit aufhören, ohne vertragsbrüchig zu werden, er kann keine geschuldete Leistung „stören“ (Leistungsstörung), er kann insoweit weder vorsätzlich noch fahrlässig handeln. Es fehlt der vertragliche Bindungswille. (Für Ratschläge und Empfehlungen siehe § 676 und u. § 82 mit den dortigen Angaben.) Besonders schwierig ist die Abgrenzung zwischen Gefälligkeit und Auftrag, der Rechtsbindungswillen voraussetzt.

¹ Näher Staudinger/J. Schmidt, Einl. § 241 Rdn. 83 ff; Larenz I § 2 II; Medicus I § 3.

Viele Besorgungen im täglichen Leben sind Gefälligkeitsverhältnisse ohne rechtliche Bindung und Wirkung. Zum Auftragsvertrag (§ 662) gehört dagegen der rechtlich bindend gemeinte Wille des Beauftragten, den Auftrag durchzuführen, aber auch der rechtliche erhebliche Wille des Auftraggebers, die Bindung des Beauftragten anzunehmen und seinerseits die Pflichten eines Auftraggebers zu übernehmen. Entscheidend sind die Verkehrsauffassung und die Umstände des Einzelfalles.

- Jemand verspricht, Mitreisende zu wecken. Er vergißt es, der Mitreisende fährt übers Ziel hinaus. Ein Geschäftstermin wird versäumt.
- Nachbarin verspricht, abends nach den Kindern zu schauen. Sie versäumt es, worauf eines der Kinder erkrankt, weil es nicht richtig zugedeckt war.
- Ein Freund verspricht, einen Brief einzuwerfen, vergißt es aber. Ein Geschäftsabschluß unterbleibt dadurch.

In diesen drei Fällen dürfte es am Verpflichtungswillen fehlen. Ein Auftragsvertrag (§ 662) liegt daher nicht vor. Es bleibt bei der deliktischen Haftung, 823 ff. Reine Vermögensschäden werden daher regelmäßig nicht ersetzt (826, vgl. den ersten und dritten Fall; im zweiten dagegen 823 I, II?). Wirtschaftlich betrachtet findet sich der Auftrag darum häufig bei Dienstleistungen für andere, die aus irgendeinem Grunde unentgeltlich sein sollen, sei es wegen der Vertrauensstellung der Parteien zueinander, sei es wegen der geringfügigen oder persönlichen Art des Geschäfts:

Nachbarin soll während der Sommerferien 4 Wochen lang Zimmerblumen gießen, unterläßt es aber. Ein Geschäftskollege soll Auskünfte von einer Behörde einholen.

b) Es ist aber stets getrennt zu untersuchen, ob nur für die *Hauptleistung* oder auch für die dabei zu erfüllenden *Schutz- und Obhutspflichten* ein Verpflichtungswille fehlt. Auch bei Gefälligkeitsverhältnissen, deren Hauptleistung nach dem Willen der Beteiligten *ohne* Rechtsanspruch erbracht wird, können *vertragliche* Schutz- und Sorgfaltspflichten bestehen.²

Beispiele: Der Jagdgast steht mit dem Jagdherrn bezüglich des Jagens grundsätzlich in einem Gefälligkeitsverhältnis. Veranaltet aber der Jagdherr die Treibjagd fahrlässig so, daß der Gast angeschossen wird, besteht vertragliche Haftung wegen Verletzung einer übernommenen Schutzpflicht, was z. B. wegen § 278 wichtig ist, wenn ein Gehilfe des Jagdherrn statt seiner fahrlässig handelt. Dagegen hat der Gast keinen vertraglichen Anspruch, zu Schuß zu kommen oder gar, etwas zu treffen. Auch ist nicht etwa der Jagdgast „beauftragt“ zu jagen, auch der Jagdherr nicht, an der Jagd mitzuwirken, vgl. RGZ 128, 42 = ESJ 1. — Der Cocktailgast gibt seinen Mantel dem Diener des Gastgebers, der ihn in der Garderobe so fahrlässig verwahrt, daß er gestohlen wird. Mangels eines Verpflichtungswillens fehlt es in diesen Fällen am Erfüllungsanspruch auf die Hauptleistung (den Cocktail), nicht aber an vertraglichen Schutzpflichten („Nebenpflichten“, dazu unten § 8). Eine Verletzung dieser Pflichten ist für den geschädigten Gefälligkeitsadressaten häufig von viel größerer wirtschaftlicher Bedeutung.

c) Welche dieser drei Kategorien — Rechtsgeschäft, Gefälligkeit oder Gefälligkeit mit rechtsgeschäftlicher Nebenpflicht — vorliegt, ergibt die Auslegung anhand der üblichen Auslegungskriterien (§§ 133, 157), bei der zu fragen ist, ob die Beteiligten ihr Verhalten dem Recht unterstellen wollten.

² Anders *Schwerdtner*, NJW 71, 1673, der § 242 heranzieht; ähnlich BGH NJW 74, 1705.

Das ist beim Versprechen, dem Freund den Rasen zu mähen, ebenso wenig der Fall wie bei einer Spaziergangbegleitung. In solchen Fällen fehlt es an einem Vertrag. Aber aus der Unentgeltlichkeit der Leistung allein kann noch nicht der Schluß gezogen werden, daß eine Gefälligkeitshandlung und nicht eine rechtsgeschäftliche Leistung vorliegt, da das Gesetz auch unentgeltliche Verträge kennt, z. B. Leihe, 598; Schenkung, 516; Auftrag, 662; unentgeltliche Verwahrung, 688, 690. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Indizien für das Bestehen von rechtlichen Schutzpflichten bei unentgeltlichen Leistungen sind: Wert einer anvertrauten Sache, wirtschaftliche Bedeutung einer Angelegenheit, Interesse des Begünstigten, Interesse des Leistenden.³

d) Das Bestehen eines reinen Gefälligkeitsverhältnisses schließt außervertragliche Haftung nicht aus; s. o. die Beispiele zu b).

Wird in Ausführung einer Gefälligkeit eine unerlaubte Handlung begangen, so haftet der Täter nach §§ 823 ff. Eine Milderung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit tritt in Analogie zu §§ 521, 599, 680 nur in Fällen echter Hilfeleistung ein (ähnlich *Larenz*, I § 31 III). Der BGH läßt den Haftungsmaßstab vergleichbarer Rechtsverhältnisse entscheiden, BGHZ 21, 110. — Darüber hinaus ist vertraglicher Haftungsverzicht im Rahmen des § 276 II möglich, aber nicht zu unterstellen. Wer einen „Anhalter“ im Auto oder sonst jemand zu einer „Gefälligkeitsfahrt“ mitnimmt, haftet also grundsätzlich auch für leichte Fahrlässigkeit. § 8a StVG schließt die Gefährdungshaftung gegenüber Insassen des Fahrzeugs aus. Also gilt allgemeines Deliktsrecht. Zu berücksichtigen sind aber noch die Grundsätze zum „Handeln auf eigene Gefahr“.⁴

4. Schulden und Haften

26

Schulden heißt: Leisten müssen; *Haften* bedeutet: Zugriffsobjekt in der Zwangsvollstreckung sein. Weder der tägliche Sprachgebrauch noch das Gesetz halten sich immer an diese Grundbedeutungen. In §§ 840 I, 1108 ist z. B. von „haften“ die Rede und „schulden“ gemeint. Normalerweise *haftet* der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen (Ausnahme z. B. 419 II). Auch der Bürge *schuldet*, 765 I. Er *haftet* dem Gläubiger mit seinem Vermögen. Häufig ist die zusätzliche, sichernde Haftung einer Sache für eine Schuld z. B. 1147, 1235 I. Insoweit ist Haftung für fremde Schuld möglich. Bei der Hypothek *schuldet* der persönliche Schuldner die Rückzahlung des Darlehens an den Hypothekengläubiger, und das Grundstück des Eigentümers *haftet* dem Hypothekengläubiger zur Sicherung des Darlehens, 1147 (Eigentümer und persönlicher Schuldner können, brauchen aber nicht dieselbe Person zu sein).

5. Kollision von Forderungen

27

Gegen einen Schuldner können beliebig viele Forderungen bestehen. Die Forderungen stehen gleichberechtigt nebeneinander. Nur in einzelnen Fällen ordnet das Gesetz eine Reihenfolge der Befriedigung an: z. B. 265, 366, 519, 774, 1143, 1609. Für alle Schulden haftet der Schuldner bis zur vollen Höhe jeder Forderung mit seinem Vermögen. Reicht dieses nicht aus, so wird derjenige Gläubiger, der eher vollstreckt, voll befriedigt. Die zu spät Kommenden erhalten

³ Zum ganzen BGHZ 21, 102; in der Begründung abweichend *Flume* AT § 7, 5–7; *Esser/Weyers*, § 35 I 1 c.

⁴ Zum „Handeln auf eigene Gefahr“ siehe unten § 52 III 7: Es kann unter mehreren Gesichtspunkten zum Haftungsausschluß führen.

weniger oder nichts (*Grundsatz der Priorität*). Im Falle der Zahlungseinstellung (bei juristischen Personen im Falle der Überschuldung) muß aber der Schuldner Konkurs anmelden, § 102 KO. Im Konkurs gilt abweichend von der oben geschilderten Einzelzwangsvollstreckung der Grundsatz der anteilmäßigen Befriedigung aller Gläubiger (*par conditio concurrentium*).⁵

28 6. Terminologie der Schuldverhältnisse

a) Der aus dem Schuldverhältnis Berechtigte heißt *Gläubiger*, der Verpflichtete *Schuldner*. Gläubiger und Schuldner müssen bei Entstehung der Verbindlichkeit ihrer Person nach bestimmten oder zumindest durch deutliche Kennzeichen bestimmbar sein, sonst kommt die Verbindlichkeit nicht zustande (*Hedemann*, 17). Beispiele nur bestimmbarer Gläubiger: 657, 661, 331 bei Lebensversicherung; Art. 11 II WechselG. Beispiele nur bestimmbarer Schuldner: Art. 15 I, 31 f WechselG. Beim Schenkungsversprechen z. B. gibt es nur einen Gläubiger und einen Schuldner. Bei Kauf und Auftrag ist jede Partei Gläubiger und Schuldner des anderen, aber jeweils bezüglich verschiedener Leistungen. Bei der Gesellschaft ist jeder Gläubiger und Schuldner des anderen, und die Leistungen sind häufig gleicher Art.

b) Der Gläubiger nennt sein Recht die *Forderung* (Anspruch auf Leistung, Forderungsrecht, Schuldverhältnis im engeren Sinn); der Schuldner seine Pflicht die *Schuld* (Verbindlichkeit, Obligation). Beides ist dasselbe, einmal vom Standpunkt des Gläubigers, ein andermal von dem des Schuldners aus betrachtet.

c) Das, was gefordert und geschuldet wird, ist die *Leistung*. Alles, was geschuldet wird, gehört zur Leistung. Es gibt neben der Leistung keinen anderen Inhalt eines Schuldverhältnisses. Dies ist jedenfalls der Standpunkt des Gesetzes (241). Er ist deutlich und für das Recht der Leistungsstörungen die brauchbarste Ausgangsstellung. Da diese Meinung nicht unbestritten ist (vgl. o. § 5 I 4), bedarf sie der Begründung:

§ 8

Die Leistung

S. auch oben § 7; weiter v. *Bar*, *Chr.*, ZGR 83, 476; *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948; *Blomeyer*, *Arwed*, FS *Rabel*, Bd. I, 1954, 307; *Bornemann*, Der Leistungsbegriff im Zivilrecht, Heidelberger Repetitorium, Zivilrecht im Querschnitt, Bd. I, 1970; *Bydlinski*, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem langdauernder Vertragsbindung, 1991; *Christodoulou*, Vom Zeitelement im Schuldrecht, Vorstudien aus der Sicht des Dauerschuldverhältnisses, Diss. Hamburg 1968; *Eltzbacher*, Die Unterlassungsklage, 1906; *Fuchs-Wissemann*, Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag, Diss. Marburg 1979; *Gierke*, *Otto* v., IherJb. 64, 355; *Hassold*, G., Die Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981; *Henckel*, AcP 174, 97 ff; *Hueck*, A., Der Sukzessivlieferungsvertrag, 1918; *Huber*, *Ulrich*, FS v. *Caemmerer*, 1978, 837 ff; *Husserl*, FS *Pappenheim*, 1931, 87; *Jakobsohn*, Die Unterlassungsklage, 1912; *Lange*, *Edlef*, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, 1970; *Lehmann*, *Heinrich*, Die Unterlas-

⁵ Probleme der Forderungskollision sind zu unterscheiden von der Möglichkeit einer *Anspruchskonkurrenz*: Ein Begehren kann sich auf mehrere Anspruchsgrundlagen stützen, z. B. auf Vertrag und Delikt.

sungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906; *Lesser*, Der Inhalt der Leistungspflicht, 1909; *Michalski*, JA 79, 401 ff; *Musielak*, JuS 79, 96 ff; *Pinger*, AcP 179, 301; *Rödig*, Rechtstheorie 1972, 1 ff; *Schmidt*, *Reimer*, Die Obliegenheiten, 1953 (dazu *Esser*, AcP 154, 49 ff); *Schöninger*, Die Leistungsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts, 1906; *Stephan*, Die Unterlassungsklage, 1908; *Stoll*, *Heinrich*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936; *Stürner*, JZ 76, 384 ff; *Weitnauer*, FS v. *Caemmerer*, 1978, 255 ff; *Wendt*, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, AcP 92, 1; *Wieacker*, FS *Nipperdey*, Bd. I, 1965, 783; *Wieling*, AcP 176, 334 ff; *Wiese*, FS *Nipperdey*, aaO, 837.

1. Begriff. Verhalten oder Erfolg

29

Die Leistung ist, was der Gläubiger vom Schuldner verlangt und der Schuldner dem Gläubiger zu gewähren hat. Sie ist der gegenständliche Ausdruck für den Inhalt des Schuldverhältnisses. Die Bestimmung der Leistung, d. h. dessen, was konkret in einem Schuldverhältnis geschuldet ist, ist darum eine der praktisch bedeutsamsten Fragen des Schuldrechts. Zu dieser Frage unten §§ 25 bis 37, im besonderen § 26. Hier dagegen geht es um die Eigenschaften der geschuldeten Leistung im allgemeinen.

Ob mit der *Leistung* ein *Leistungsverhalten* des Schuldners oder ein *Leistungserfolg* geschuldet ist, ist seit langem streitig. Auf einen verhaltensbezogenen Leistungsbegriff deuten §§ 241, 320 ff, 293 ff, auf einen erfolgsbezogenen insbesondere § 362 („an den Gläubiger bewirkt“) hin.¹ Die Frage läßt sich nicht einheitlich entscheiden. Je nach Sinn und Zweck der Verbindlichkeit ist ein Mehr oder Weniger an Verhalten und Erfolg geschuldet, BGHZ 12, 267 ff; 40, 326 ff. So schuldet der Arzt nach § 611 nur den Dienst an der Gesundheit, nicht die Gesundheit selbst, der Schneider aber nach § 631 den fertigen Anzug (näher unten § 79). Drei Dinge sind zu unterscheiden: (1) Wozu ist der Schuldner verpflichtet? (2) Wofür muß er außerdem noch einstehen (z. B. nach 287, 2; 848; 437; 440 I; 279)? (3) Was befreit den Schuldner (z. B. im Sinne des § 362, des § 275, der Lehre von der Zweckerreichung, dazu unten § 39 VI). Zum Leistungsbegriff gehören (1) und (2), nicht (3). Zwischen Verpflichtetsein und Einstehenmüssen muß im Hinblick auf den Haftungs- (insb. Verschuldens-)maßstab unterschieden werden. Dazu unten § 53. Für den Begriff der *geschuldeten Leistung* hier zu trennen, wäre spitzfindig und würde das Erfolgsэлеment im Leistungsbegriff verkennen.

2. Tun oder Unterlassen

30

Der Verkäufer schuldet ein Tun, nämlich die Übergabe der Sache und die Eigentumsverschaffung an ihr, 433 I 1. Gleichzeitig schuldet er ein Unterlassen, nämlich die Unterlassung aller Handlungen, die den Erfolg des Kaufvertrags wider Treu und Glauben vereiteln können. Diese Unterlassungspflicht steht zwar nicht in § 433, doch ergibt sie sich aus § 242, der für alle Schuldverhältnisse gilt (näher § 27 unten). Das Tun ist in diesem Falle Hauptpflicht, das Unterlassen Nebenpflicht. Es kann auch umgekehrt liegen: Ein Handelsvertreter verpflichtet sich ausdrücklich, der ihn beschäftigenden Firma keine Konkurrenz zu machen und im Zuwiderhandlungsfalle die Geschäftspapiere vorzulegen. In jedem Falle zählen Tun und Unterlassen zur Leistung. Der Schuld begriff des § 241 S. 2 setzt also ein pflichtgemäßes Verhalten des Schuldners (Leistungsverhalten) voraus. Im Leistungsverhalten erschöpft sich die Schuld jedoch nicht. Das Leistungsverhalten muß also zum Leistungserfolg, der Befriedi-

¹ Zum Streitstand *Wieacker*, FS *Nipperdey*, Bd. I, 1965, 801 ff; *Blomeyer*, § 9; *Esser/Schmidt*, § 6 I.

gung des Gläubigerinteresses durch den Schuldner führen. Der Leistungserfolg kann aber oft nur durch Mitwirkung des Gläubigers eintreten, z. B. des Käufers, der die verkaufte Sache in Besitz nimmt und die Annahme zur Eigentumsübertragung erklärt. Wirkt der Gläubiger nicht mit, gerät er in Gläubigerverzug, 293 ff; dazu unten § 46. Zur Leistung durch Dritte s. u. § 36.

31 3. Schutz- und Verhaltenspflichten.

Sog. Haupt- und Nebenpflichten

Man hat versucht, sogenannte *Schutzpflichten* (Stoll) oder (weiter) *Verhaltenspflichten* (Larenz) der *eigentlichen Leistung gegenüberzustellen* und in einem Schuldverhältnis zwischen Leistung und diesen Pflichten zu trennen. Ohne Zweifel sind der auf Erfüllung des Versprochenen gerichtete Hauptanspruch und die allgemeinen, vertraglichen Verhaltenspflichten etwas grundsätzlich Verschiedenes, oben § 5 („Wohlverhaltenspflichten“). Die begriffliche Trennung hat auch den Vorteil, daß man diese Nebenpflichten als solche deutlicher erkennen und bezüglich des *Erfüllungsanspruchs* voneinander isoliert betrachten kann und daß man entweder nur die Hauptpflichten oder nur diese Nebenpflichten in das *Gegenseitigkeitsverhältnis* bei gegenseitigen Verträgen einzubeziehen braucht. Nur auf die in das Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) einbezogenen Pflichten finden nämlich die §§ 320–327 Anwendung, dazu näher unten § 44 I. Ein dritter Vorteil ist, daß man bei *Verträgen zugunsten Dritter* entweder nur die Hauptpflichten oder nur diese Nebenpflichten zum Gegenstand der Berechtigung des Dritten machen kann. Bei den Gefälligkeitsverhältnissen (oben § 7, 3) wurde betont, daß die Schutz- und Sorgfaltspflichten – im Unterschied zur „Gefälligkeit“ selbst, z. B. der Teilnahme an der Treibjagd – der Rechtssphäre angehören können; vgl. auch u. § 37 IV.

Beispiele: Der Verkäufer muß mit der noch nicht gelieferten Kaufsache bis zur Übergabe pfleglich umgehen (Schutzpflicht). Diese Nebenpflicht ist nicht selbständig einklagbar, es besteht kein Erfüllungsanspruch, es sei denn, daß die Parteien dies über die Erfüllungspflichten des § 433 hinaus so vereinbart haben. Geht der Verkäufer nachlässig mit der Sache um, so darf der Käufer auch nicht *deswegen* mit dem Preis zurückhalten (320), sondern nur, weil ihm die Sache noch nicht geliefert ist. Nur bezüglich Lieferung und Zahlung besteht mangels näherer Vereinbarung das Gegenseitigkeitsverhältnis, 320–327. Ist der Käufer vorleistungspflichtig, so muß er zahlen, es sei denn, daß die Wandlungsvoraussetzungen schon jetzt gegeben sind, 459 ff.

Schließen die Mieter eines Hauses einen Ausbesserungsvertrag mit einem Handwerker, so hat der Hauseigentümer zwar keinen Erfüllungsanspruch, wohl aber schuldet auch ihm der Handwerker die nötige Sorgfaltspflicht, wenn die Mieter einen in bezug auf die Sorgfaltspflicht berechtigenden Vertrag zu seinen, des Dritten, Gunsten mit dem Handwerker schließen (BGH NJW 54, 874 = LM 6 zu § 328 = ESJ 2). Wird die Sorgfaltspflicht verletzt, so haftet der Handwerker auch dem Hauseigentümer.

Ein vierter (scheinbarer) Vorteil der Trennung von Leistungs- und allgemeinen Verhaltens-(Schutz-)pflichten besteht also in der Möglichkeit, an die Verletzung der einen oder der anderen Pflicht allein die *Schadensersatzfolge* zu knüpfen.

Gerade dieser Gesichtspunkt zwingt aber dazu, auch die *Neben-, Schutz- und Verhaltenspflichten dem Leistungsinhalt zuzurechnen*, wobei als Geltungsgründe

entweder das Rechtsgeschäft oder das Gesetz (z. B. Vertrauensprinzip) in Betracht kommen (dazu weiter unten § 27, sowie *MünchKomm/Kramer*, § 241 Rdn. 22); denn nur dann läßt sich auch bei einer Verletzung dieser „Nebenpflichten“ von einer „Leistungsstörung“ sprechen.

In diesem Buch wird also ein *weiter Leistungsbegriff* vertreten (und für das Recht der Leistungsstörungen nutzbar gemacht, s. u. §§ 49 ff). Der hier vertretene weite Leistungsbegriff vermeidet den verbreiteten, übrigens zu Unrecht aus der Gegenmeinung abgeleiteten Irrtum, die positive Vertragsverletzung sei (nur) eine Verletzung „sekundärer Nebenpflichten“ und deshalb keine eigentliche Leistungsstörung. Die positive Vertragsverletzung (Schlechterfüllung) ist im Gegenteil die Leistungsstörung *par excellence* (s. u. § 42).

Es entspricht dem Bild unseres Schuldrechts mehr, von einem einheitlichen Leistungsbegriff auszugehen (§ 241 S. 1), um damit den Boden für eine einheitliche Behandlung der Leistungsstörungen zu gewinnen. Das hindert nicht eine mögliche unterschiedliche rechtliche Behandlung einzelner Leistungsbestandteile (in dieser Erkenntnis liegt das Verdienst der Lehre von den „Nebenpflichten“). Ferner ermöglicht der hier begangene Weg die Zuordnung der wichtigsten aller Schutzpflichten, der arbeitsrechtlichen Fürsorge und Treuepflichten, zum Leistungsinhalt, wo sie schwerpunktmäßig, neben den Lohnzahlungs- und Dienstleistungspflichten, hingehören. Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht ist nichts „Sekundäres“. Ähnliche Erwägungen gelten für Gesellschafts-, Miet-, Handelsvertreterverträge u. a.²

Unklar bleibt in der Literatur vielfach, welche rechtlichen Wirkungen „Nebenpflichten“ haben oder nicht haben sollen. Im folgenden wird die Unterscheidung „Haupt- und Nebenpflichten“ nur auf die Eignung der Pflicht angewandt, als Forderung selbständig geltend gemacht werden zu können oder nicht. Zu trennen davon sind die Fragen, ob eine Pflicht ins Synallagma der gegenseitigen Verträge einbezogen ist (dazu unten § 10 II 4 d), ob sie im Vertrag zugunsten Dritter als den Dritten berechtigend vereinbart werden kann (dazu unten § 37 IV) oder ob sie selbständig „gestört“ werden kann (dazu unten § 42 III), um nur die wichtigsten Möglichkeiten zu nennen. Beispiel: Die Abnahmepflicht in § 433 II ist eine selbständige, klagbare (Haupt-)Pflicht, i. d. R. aber keine synallagmatische Pflicht. Entscheidend ist jedoch immer die Vertragsauslegung.

4. Obliegenheiten

32

Die Leistung besteht also möglicherweise aus einem *Bündel von Pflichten*, Tuns- und Unterlassungspflichten, Lieferungs-, Obhuts-, Schutz- und allgemeinen Verhaltenspflichten. Die getrennte Betrachtung der einzelnen Leistungsbestandteile ist vor allem für den *Erfüllungsanspruch*, die Frage der *Gegenseitigkeit*, der *Berechtigung* beim *Vertrag zugunsten Dritter* und für die *Leistungsstörungen* von Bedeutung. Insgesamt bildet das Pflichtenbündel „die Leistung“. Auch Schutz, Fürsorge, Obhut und ein nicht den Vertragszweck gefährdendes Verhalten können „geleistet“ werden.

Nicht zu den Schuldpflichten und damit nicht zur Leistung zählen die *Obliegenheiten*. Eine Obliegenheit ist eine Verhaltensaufforderung, die das Recht einem Rechtssubjekt (also im Schuldrecht dem Schuldner oder auch häufig dem Gläubiger) in dessen Interesse und im

² Wie hier: *Ernst Wolf*, AcP 153, 113; ähnlich *Hans Stoll*, FS *Fritz v. Hippel*, 1967, 523 und – mindestens in der Tendenz – *MünchKomm/Kramer*, § 241, Rdn. 16 ff; vorsichtiger *Evans-von Krbek*, AcP 179, 85 ff. Den hier vertretenen *weiten Leistungsbegriff* teilt auch, in einer auf die Motive zum BGB zurückgreifenden, ausführlich begründeten Entscheidung das OLG Düsseldorf, OLGZ 78, 202.

Interesse eines anderen auferlegt, ohne daß der andere von dem mit der Obliegenheit Belasteten ein entsprechendes Verhalten fordern kann. Kommt allerdings der Obliegenheitsbelastete der Erwartung nicht nach, treffen ihn Rechtsnachteile (z. B. Beteiligung an der Schadenstragung, 254 I; die Folgen des Gläubigerverzugs, 293–304).³

Eine Obliegenheit kann aber durch Parteiwillen oder nach § 242 zur Pflicht und damit zum Leistungsbestandteil werden. Dann führt ihre Verletzung zu den üblichen Rechten, so im Erg. richtig BGHZ 11, 83 für § 642.⁴

33 5. Bestimmbarkeit des Leistungsinhalts

Die Leistung muß *bestimmt* oder zumindest *bestimmbar* sein (denn sie soll regelmäßig einklagbar und vollstreckbar sein). Da die Leistung das ist, was der Schuldner dem Gläubiger zu gewähren hat, müssen drei Dinge zumindest *bestimmbar* sein: Der Gläubiger, der Schuldner und der Leistungsinhalt.

Der mißratene, volljährige Sohn verpflichtet sich schriftlich gegenüber dem Vater, in Zukunft anständig zu leben. Der Liebhaber verspricht urkundlich seiner Geliebten, sie nicht länger mit Eifersuchtsszenen zu belästigen. Solche Versprechen sind löblich, aber rechtlich unbeachtlich (selbst wenn sie rechtlich bindend gemeint sind), weil ihnen die Bestimmbarkeit fehlt. Es handelt sich um einen Nichtigkeitsgrund, den das Gesetz nicht ausdrücklich enthält und der unabhängig neben §§ 138, 306 steht. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist verwandt, aber nicht identisch mit der sachlichen Begrenztheit aller schuldrechtlichen Leistungen (im Unterschied z. B. zu familienrechtlichen Gemeinschaftspflichten, etwa der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, 1353). Ein Beispiel relativer Unbestimmtheit der Leistung unten § 28 V.

34 6. Nichtvermögenswerte Leistungen

Die *Leistung* muß nach herrschender Meinung einen *Vorteil* für den Gläubiger bedeuten, d. h., ihm Nachteiliges kann nicht Inhalt einer Leistung sein. Wertet man dabei Vor- und Nachteil objektiv, so kann man dem nicht zustimmen. Ein Vertrag bindet die Parteien auch dann, wenn er dem Gläubiger objektiv Nachteile bringt. Aber auch subjektiv aufgefaßt bleibt der Satz der herrschenden Meinung zweifelhaft. Ein Gläubiger kann sich nicht auf Nichtigkeit eines Vertrags mit der Begründung berufen, er habe sich von vornherein keinen Vorteil von dem Geschäft versprochen. Zu prüfen bleibt aber stets, ob in diesem Fall überhaupt ein ernstlich gemeintes Versprechen vorliegt, § 118.

Richtig ist, daß die Leistung jedenfalls *nicht Geldwert* zu haben braucht. Auch ein Vertrag über eine Ehrenerklärung ist wirksam. Unser Recht kennt (im Unterschied zu manchen anderen historischen und geltenden fremden Rechten) neben der Vollstreckung wegen einer Geldforderung (§§ 803–882 a ZPO) auch die Vollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und zur Herausgabe von Sachen (§§ 883 bis 893 ZPO). Hieraus folgt, daß man sich grundsätzlich zu jeder auch nicht vermögenswerten Leistung verpflichten kann. Grenzen werden hier allerdings häufiger durch § 138 gezogen.

³ Näher Reimer Schmidt, passim; Staudinger/J. Schmidt, Einl. zu §§ 241 ff Rdn. 221 ff.

⁴ Zur Abgrenzung der Obliegenheit von der Last unten § 16 II 2 und 3.

7. Einmalige, mehrteilige, dauernde und wiederholte Leistungen.**35****„Sukzessivlieferungsverträge“**

Die Leistung kann *einmalig*, *in mehreren Teilen (Raten)*, *dauernd* oder *wiederholt* zu erbringen sein.

a) Beim Kauf ist grundsätzlich *einmalige* Übergabe und Eigentumsverschaffung geschuldet, 433 I.

b) Eine Ware ist in 10 gleichen Partien zu je 1000 kg im Monat verkauft worden. Die Leistung beginnt am 1. 1. und endet am 1. 10. Man spricht von einem *Raten- oder Teillieferungsvertrag*. Sein Hauptproblem ist, daß das Kaufrecht oder Werklieferungsrecht sowohl auf jede einzelne Rate als auch auf den Vertrag als Ganzes Anwendung findet. Das kann z. B. bei der Mängelhaftung zu Schwierigkeiten führen, die sich aber durch *sorgfältige Trennung* von Einzellieferung und ganzem Vertrag auf der Grundlage der §§ 459 ff lösen lassen: Für die einzelne mangelhafte Rate gelten die §§ 459 ff direkt. Folgen den ersten ordnungsgemäßen Raten einige mangelhafte, die befürchten lassen, daß auch die noch ausstehenden restlichen Raten mangelhaft sind, so hat der Käufer bezüglich der noch ausstehenden ein Rücktrittsrecht *für die Zukunft*, 242, 462, 467 analog, 346 ff. Das folgt aus der zeitlichen Teilung der Leistung. Der Ratenlieferungsvertrag ist gesetzlich nicht geregelt. Beim Ratenzahlungskauf liegt ratenweise Leistung auf der Preisseite vor, dazu das Abzahlungsgesetz vom 16. 5. 1894, RGBI. 450 (unten § 71 V 5). Ein Ratenvertrag ist nichts anderes als eine Wegbedingung des (nachgiebigen) § 266, der Teilleistungen grundsätzlich verbietet. Im übrigen ist auch der Raten- oder Teillieferungsvertrag ein *einheitlicher* Vertrag, bei dem lediglich die Leistung in mehreren Teilen zu erbringen ist. Der manchmal gehörte Satz, daß dadurch „keine Besonderheiten“ entstehen, trifft aber, wie das obige Beispiel mangelhaft werdender Teillieferungen zeigt, nicht zu. Man löst den Konflikt zwischen Einheitlichkeit des Vertrags und Teilung der Leistung am besten in der oben vorgeschlagenen Weise: Anwendung des Rechts der Leistungsstörungen auf die betroffenen Raten. Für Teillieferungsverträge vermeidet man zweckmäßig den Ausdruck „Sukzessivlieferungsvertrag“, der ein Dauerschuldverhältnis bezeichnet (die Terminologie ist unsicher!), dazu unten c).

c) *Dauernde Leistung* ist bei *Dauerschuldverhältnissen* geschuldet: Die Gebrauchsgewährung bei *Miete*, *Pacht*, *Darlehen* und *Leihe*, die Verwahrungspflicht bei der *Verwahrung*, die Pflichten im Dienstvertrag, die des Beauftragten, des Geschäftsbesorgers (675), die der *Gesellschafter*, die einzelnen Warenposten beim *Sukzessivlieferungsvertrag*. Der Sukzessivlieferungsvertrag unterscheidet sich vom Teillieferungsvertrag dadurch, daß er *dauernd* läuft, während der Teillieferungsvertrag eine bestimmte, begrenzte Zahl von *Teilleistungen* vorsieht. Beim Sukzessivlieferungsvertrag fehlt die Vorstellung der *Teilung* einer von vornherein mengenmäßig genau festgelegten Leistung. Vielmehr sollen *fortlaufend* Leistungen erbracht werden. Sukzessivlieferungsverträge laufen daher häufig auf unbestimmte Zeit. Doch steht ein ins Auge gefaßter endgültiger Schlußtermin nicht entgegen. Die einzelnen abschnittsweise erbrachten Leistungen sind keine Teilleistungen i. S. d. § 266, sondern Erfüllung dessen, was der Schuldner *zur Zeit* schuldet, A. Hueck, 16; BGH MDR 64, 112; BGHZ 10, 189. Man unterscheidet Sukzessivlieferungsverträge mit gleichbleibend großen Leistungen („echte“) und solche mit sich wandelnden Leistungen nach Maßgabe eines vom Käufer gemeldeten Bedarfs („Bedarfsdeckungs“- , „Bezugsverträge“). Solche laufenden Bezugsverträge auf der Grundlage des Kaufrechts sind daher Dauerschuldverhältnisse (z. B. Bierbezugsverträge der Gastwirte, vgl. RGZ 63, 297). Dauerschuldverhältnisse auf kaufrechtlicher Grundlage sind freilich von den oben geschilderten Teillieferungsverträgen nur schwer zu unterscheiden. Abruf nach Bedarf und längere Laufzeit sind Anzeichen eines Dauerschuldverhältnisses, das dann zweckmäßig als „Sukzessivlieferungsvertrag“ bezeichnet wird.

36

Bei Dauerschuldverhältnissen ist stets zwischen den *einzelnen* Lieferungen und Leistungen einerseits und dem *ganzen Vertrag* zu unterscheiden. Nur für die *einzelnen* Lieferungen und Leistungen gelten die §§ 320 ff unbeschränkt. Für den ganzen, oft schon teilweise abgewickelten Vertrag passen die oft zurückwirkenden Rechtsfolgen der §§ 320 ff nicht. Die konstruktive Schwierigkeit ist dabei eine doppelte: Die §§ 320 ff dürften auf die *einzelnen* Leistungen eigentlich nicht angewandt werden, weil Vertragsleistung die *ganze* (Dauer-) Leistung ist. Auf die ganze Leistung passen aber die §§ 320 ff wegen ihres Inhalts nicht. — Die h. M. wendet aber auf die *einzelnen* Leistungen §§ 320 ff direkt an, im Ergebnis zu Recht. Strenggenommen handelt es sich jedoch um eine analoge Anwendung, weil die geschuldete Leistung die ganze (Dauer-) Leistung ist. Hinsichtlich des *ganzen Vertrags* herrscht Streit, ob man zur Vermeidung zeitlicher Rückwirkung §§ 320 ff mit der Maßgabe anwendet, daß bereits abgewickelte Leistungsteile nicht mehr berührt werden („Rücktritt für die Zukunft“, wie bei Ratenlieferungsverträgen), oder ob man wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen ein Kündigungsrecht (das bekanntlich nur für die Zukunft wirkt) gewährt.⁵ Die zweite Auffassung verdient den Vorzug.

Allgemeines Kennzeichen der Dauerschuldverhältnisse ist ihre *Kündbarkeit*. Meist regelt das Gesetz die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen. Wo weder das Gesetz eine Kündigung vorsieht noch der Vertrag (wie häufig bei dem Kaufrecht unterliegenden Sukzessivlieferungsverträgen), ist Kündigung aus wichtigem Grund, d. h. wegen unzumutbaren Festhaltens am Vertrag nach § 242 möglich. Anwendbar ist auch eine *Rechtsanalogie* zu §§ 626, 696, 723 I 2. (Mißverständlich ist das Wort Kündigung in § 649: Der Werkvertrag ist im allgemeinen kein Dauerschuldverhältnis. Kündigung meint hier: Vertragsaufsage im allgemeinen, nicht: Beendigung für die Zukunft.) Beispiel: BGHZ 15, 215 (Verlagsvertrag). Die Kündigung ist in der Regel fristlos, doch kann sich nach § 242 etwas anderes ergeben. Entscheidend ist, ob die Leistungsstörung (die unverschuldet sein kann) dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag unzumutbar macht. Die aus dem Wesen des Dauerschuldverhältnisses folgende Kündigungsmöglichkeit verdrängt als speziellere Regel den Rücktritt nach §§ 325, 326. Die Schadensersatzregeln werden nicht verdrängt und bleiben anwendbar. Anfechtung ist möglich, hat aber i. d. R. keine Rückwirkung, dazu unten § 88 IX.

- 37 d)** Es ist denkbar, daß sich Schuldverhältnisse — meist innerhalb eines Rahmenvertrags (dazu unten § 24) oder auch ohne einen solchen — von Zeit zu Zeit (z. B. an jedem Monatsersten) selbsttätig erneuern. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat solche *Wiederkehrschuldverhältnisse* bei laufendem Bezug von Gas, Strom und Wasser durch den Verbraucher oder Abnehmer angenommen.⁶ Sie hat dadurch die Anwendung des § 17 KO auf solche Verträge vermieden. Das bedeutet, daß Energiebetriebe nicht dadurch im Konkurs des Gemeinschuldners begünstigt werden, daß der Konkursverwalter auf Weiterlieferung mit Gas, Strom und Wasser besteht. Würde man in diesen Verträgen Sukzessivlieferungen, also einheitliche Kaufverträge erblicken, könnten die Energiebetriebe nach §§ 17, 59 Ziff. 1 KO die Rückstände als Masseschuld betreiben und dadurch ihre volle Forderung erhalten. Die Gründe, die *Larenz* I § 2 VI, *Esser*² § 20, 3 und *Medicus* I, § 2 II 1 d gegen das Wiederkehrschuldverhältnis vorbringen, überzeugen in den Fällen nicht, wo der Konkursverwalter, z. B. weil er sich wegen der Grenzen des grundsätzlich gegen Monopolunternehmen bestehenden Kontrahierungszwangs des Anspruchs auf Weiterbelieferung nicht sicher

⁵ So *Medicus*, BürgR, Rdn. 153; *Larenz* I § 2 VI; *Enn./Lehmann*, § 4 II 4; RG 150, 199; BGH LM Nr. 1 zu § 242 (Bc); BGH WM 72, 628; 76, 508; ebenso die Reformvorschläge: *Horn*, Gutachten, I, 551; dazu aber *Diederichsen*, AcP 182, 100 (106).

⁶ RGZ 148, 326 (330); OLG Köln NJW 1981, 1105, st. Rspr.

ist, den Rahmenvertrag nicht kündigen *will*. Da diese Fälle nicht selten sind und die Überlegungen des Konkursverwalters auf das Ergebnis zu § 17 KO keinen Einfluß haben sollten, ist die Auffassung von *Larenz, Esser* und *Medicus* abzulehnen. Der jeweilige § 32 der AVBELtV, AVBGasV, AVBFernwärmeV und AVBWasserV, wo vom Fortbestand des Belieferungsverhältnisses die Rede ist, bezieht sich auf den *Rahmenvertrag* und bildet kein Argument gegen die *auf ihm beruhenden* Wiederkehrschuldverhältnisse. — Andere Wiederkehrschuldverhältnisse sind z.B. Verlagsverträge über Unterhaltungsheftchen, die ein fruchtbarer Autor aufgrund eines Rahmenvertrags an jedem Monatsersten im Manuskript beim Verlag abliefern, und die praktisch wichtigen Erzeuger-Anlieferungen in der Landwirtschaft, vgl. BGH v. 2. 4. 64, Zeitschr. f. d. ges. Genoss/wesen 66, 178 (Anm. *Fikentscher/Hoffmann*).

e) Das AGBG von 1976 (in Kraft seit 1. 4. 1977) hat den Ausdruck „Dauerschuldverhältnis“ erstmalig in die Gesetzessprache übernommen, leider aber in uneinheitlicher Bedeutung. In §§ 10 Nr. 3 und 11 Nr. 1 schließt der Begriff „Dauerschuldverhältnis“ die Raten- und Wiederkehrschuldverhältnisse ein, in § 11 Nr. 12, auf den § 23 II 6 verweist, hingegen nicht, so die h. M. unter Berufung auf den jeweiligen Normzweck. Erfreulich ist das nicht. Eine Klarstellung ist wünschenswert.

f) Von den beschriebenen Ratenlieferungs-, Dauer- und Wiederkehrschuldverhältnissen ist schließlich noch der Fall zu unterscheiden, daß eine *Mehrzahl gleichartiger Verträge über eine sachlich zusammenhängende Leistung* geschlossen wird. Dann gilt für jeden Vertrag eine eigene Beurteilung, wobei §§ 139, 158 ff oder auch § 242 einen Zusammenhang herstellen können.

§ 9

Die wirtschaftliche Bedeutung der Schuldverhältnisse

1. Dem Schuldrecht kommt von allen fünf Büchern des BGB die relativ größte wirtschaftliche Bedeutung zu. Freilich ist es das Zusammenwirken aller bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen und darüber hinaus anderer Bereiche, im besonderen des Handels- und Wirtschaftsrechts, das letzten Endes einen geregelten Ablauf des Wirtschaftslebens sicherstellt. Aber das Schuldrecht mit seinen allgemeinen Regeln und besonderen Rechtsverhältnissen bildet den Schwerpunkt der wirtschaftlich erheblichen Rechtsbestimmungen. Auf die nachstehend genannten wirtschaftlichen Bereiche erstreckt sich das Recht der Schuldverhältnisse im besonderen: **38**

a) Vorbereitung und Begründung sachenrechtlicher Verfügungen

Wer ein Pfund Äpfel auf dem Markt *kauft*, wird dadurch Eigentümer der Äpfel, daß ihm soviel Äpfel (einzeln) übereignet werden, wie das Pfund Äpfel enthält, 929. Der Verkäufer wird umgekehrt nach § 929 Eigentümer der Geldscheine und Münzen, die zur Bezahlung aufgewendet werden. Jedesmal handelt es sich um sachenrechtliche Vorgänge, nämlich um Verfügungen über das Eigentum an beweglichen Sachen. Der Kaufvertrag bereitet die Verfügungen schuldrechtlich vor, indem er die *Pflichten* dazu begründet. Dadurch *rechtfertigt* er die Verfügungen (812 I 1).

b) Gebrauchsüberlassungsverträge

Wirtschaftlich wichtig sind die Gebrauchsüberlassungen für das Zur-Miete-Wohnen, für die Auto- und Büchervermietung, für kurzfristige Überlassung von Sachen aller Art (*Leihe*),

für das Kreditwesen (Darlehen, Sicherungsübereignung) und für die Landwirtschaft und Gewerbetreibende (Pacht).

c) Dienstleistungen

Da die Mehrzahl der Rechtsgenossen Lohn- oder Gehaltsempfänger ist, und auch die anderen ihren Lebensunterhalt meist durch Arbeit für andere verdienen, liegt die Bedeutung dieser Schuldverhältnisse auf der Hand. Als Sonderrecht hierzu hat sich das *Arbeitsrecht* entwickelt.

d) Rechtsgemeinschaften

Als vierter Bereich sind Gesellschaft und Gemeinschaft zu nennen, von denen vor allem die Gesellschaft für das Wirtschaftsleben unentbehrlich ist. Der weitaus überwiegende Teil des Wirtschaftsvermögens ist Eigentum von Gesellschaften, nicht von Einzelpersonen. Auch hier besteht ergänzend ein besonderes Rechtsgebiet, das *Gesellschaftsrecht*.

e) Bank-, Effekten-, Börsen- und Versicherungswesen

Hierher zählen Schuldversprechen, Schuldanerkennnis, das Differenzgeschäft (Spiel), Bürgschaft, Anweisung und Inhaberschuldverschreibung. Als Sondergebiet ist hier das *Wertpapierrecht* zu erwähnen.

f) Ungerechtfertigte Bereicherung. GoA. Unerlaubte Handlungen (= Delikte)

Daneben zu nennen sind noch drei wichtige Lebensbereiche, wo Schuldverhältnisse nicht rechtsgeschäftlich, sondern nur kraft Gesetzes und ohne einen darauf gerichteten Willen der Beteiligten entstehen. Der eine Fall ist die ungerechtfertigte Bereicherung, eine Gruppe von Ansprüchen, die bei unbegründeten Güterverschiebungen eingreifen. Auch die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) dient dem Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensverschiebung. Sie ist ihrem Wesen nach ein subjektiviertes Bereicherungsrecht. Der dritte Bereich gesetzlicher Schuldverhältnisse sind die unerlaubten Handlungen. Es handelt sich um Ansprüche, die schuldhaftes oder aus einer Gefährdung herrührendes Unrecht wiedergutmachen sollen.

2. Unterabschnitt: Arten der Schuldverhältnisse

§ 10

Arten der Schuldverhältnisse:

Beteiligung am Schuldverhältnis. Gegenseitiger Vertrag (Überblick)

Adler, Leistungsverweigerung nach § 320, FS *Zitelmann*, 1913, 1; *Blomeyer*, *Arwed*, Studien zur Bedingungslehre, Bd. I, 1938, 104; *Brox*, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages beim Kauf, 1948; *Bruns*, AcP 178, 34; *Bydlinski*, FS A. *Steinwenter*, 1958, 140; *van den Daele*, Probleme des gegenseitigen Vertrages, 1968; *Dubischar*, FS L. *Raiser*, 1974, 99; *Gernhuber*, FS *Larenz*, 1973, 455; *ders.*, FS L. *Raiser*, 1974, 57; *Hager*, in: Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, 1983, 26; *Jung*, IherJb. 69, 61; *Kast*, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, Diss. Heidelberg 1973; *Klink*, Eine Sphärentheorie für Ausgleichsmodi im Synallagma, Diss. Tübingen 1982; *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma, 1983; *Luig*, FS *Coing*, 1982, 171; *Müllereisert*, Vertragslehre, 1947; *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte, 1912; *Oesterle*, Die Leistung Zug um Zug, 1980; *Pfister*, JZ 71, 284; *Rittner*, FS *Heinr. Lange*, 1970, 213; *Schmidt-Rimpler*, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, 1968; *Stephan*, Haupt- und Nebenleistung, Diss. Göttingen 1975; *Teubner*, Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975.

I. Verschiedene Einteilungsgesichtspunkte

Man teilt die Schuldverhältnisse nach verschiedenen Gesichtspunkten ein: Nach der Art der *Beteiligung* daran (u. II), nach Maßgabe der *Typenlehre* (u. § 11), nach Art der zu ihrer Entstehung führenden *Erklärungen* (u. § 12) und nach dem Grad ihrer *Abstraktion* von einem wirtschaftlichen Grund ihres Bestehens (u. § 13). Zur Einteilung der Schuldverhältnisse nach Art der geschuldeten Leistung siehe oben § 8. 39

II. Die Beteiligung am Schuldverhältnis. Gegenseitiger Vertrag

Die nachfolgenden Einteilungen betrachten die Art der Beteiligung von Schuldner und Gläubiger an Begründung und Pflichtenverteilung der Schuldverhältnisse. Es handelt sich um die am häufigsten verwendeten Einteilungsweisen. Wird im Gutachten nach Ansprüchen gefragt, kann man nach Maßgabe dieser Einteilungen vorgehen, um nichts zu übersehen. Die Einteilungen 1. und 2. betreffen die Art der Entstehung, die Einteilungen 3. und 4. das Pflichtenverhältnis, die Einteilung 5. bezieht sich auf den Vertragszweck von Schuldverhältnissen. 40

1. Man unterscheidet Schuldverhältnisse aus Gesetz und aus Rechtsgeschäft. Aus Gesetz, d. h. direkt aus dem Gesetz ohne rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten, entstehen Schuldverhältnisse aus Geschäftsführung ohne Auftrag (677 ff), ungerechtfertigter Bereicherung (812 ff) und unerlaubter Handlung (823 ff). Alle übrigen Schuldverhältnisse setzen Rechtsgeschäfte voraus. Siehe dazu im einzelnen unten § 17 (Begründung von Schuldverhältnissen).

Praktisch bedeutsam ist daneben das gesetzliche Leistungsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer (985 ff), zwischen wahrem Erben und Erbschaftsbesitzer (2018 ff) und aufgrund von familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen (1601 ff). Die soeben genannten sechs Gruppen sind die wichtigsten „Ansprüche aus Gesetz“.

2. Bei den Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäft unterscheidet man einseitig und zwei- oder mehrseitig *begründete*. Sinn dieser Unterscheidung ist es, festzustellen, ob nur ein Beteiligter (nämlich der Schuldner) eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt oder ob auch der Gläubiger mitwirkt. *Einseitig begründet* ist nur das Schuldverhältnis der Auslobung (657 ff). Alle übrigen Schuldverhältnisse sind zwei- oder mehrseitig begründet. Das gilt nach der herrschenden (durch Rechtscheingrundsätze modifizierten) Vertragstheorie auch für die Inhaberschuldverschreibung (793) und die anderen skripturrechtlichen Wertpapiere. Die sogenannte Kreationstheorie vertritt hier den Standpunkt der einseitigen Begründung.

Andere nicht im Schuldrecht geregelte, einseitig begründete rechtsgeschäftliche Verhältnisse im BGB sind z. B. das Stiftungsgeschäft (83 I) und das Vermächtnis (2174).

3. *Der Vertrag ist ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft*. Zwei- oder mehrseitig *begründete* Schuldverhältnisse heißen *schuldrechtliche Verträge*. Es gibt auch sachen-, familien-, erbrechtliche Verträge, ferner öffentlich-rechtliche Verträge.

Die schuldrechtlichen Verträge teilt man ein in einseitig und zwei- oder mehrseitig *verpflichtende* Verträge (contractus unilaterales; bi-, multilaterales). Die einseitig verpflichtenden Verträge haben nur einen Anspruch, d. h. also *einen* Schuldner und *einen* Gläubiger. Bei den zwei- oder mehrseitigen Verträgen ist

jeder des anderen Schuldner *und* Gläubiger. Von den typischen Verträgen (dazu unten §§ 11 und 65) ist einseitig verpflichtend nur das Schenkungsversprechen (§ 518). Alle übrigen schuldrechtlichen Vertragstypen sind zwei- oder mehrseitig verpflichtend (z. B. Auftrag, Leihe, Kauf, Miete).

Es ist also darauf zu achten, ob sich die Ein- oder Mehrseitigkeit auf die *Begründung* bezieht (oben 2.) oder auf die *Verpflichtung* (oben 3.).

- 41 4. Bei den zwei- oder mehrseitig verpflichtenden Verträgen ist die Einteilung in die *gewöhnlichen* zwei- oder mehrseitig verpflichtenden und in die *gegenseitigen* Verträge besonders wichtig. Man nennt die gewöhnlichen zwei- oder mehrseitigen verpflichtenden Verträge auch die „unvollkommen zwei- oder mehrseitigen“ (*contractus bilaterales iniquales*), z. B. Auftrag, Leihe. Die gegenseitigen Verträge heißen auch *synallagmatische* Verträge (*contractus bilaterales aequales*), z. B. Kauf, Miete.

Gewöhnlichen zwei- oder mehrseitig verpflichtenden und *gegenseitigen* Verträgen ist *gemeinsam*, daß die Beteiligten einander im Schuldverhältnis gleichzeitig oder in zeitlicher Abfolge als Schuldner *und* Gläubiger gegenüberreten. Der *Unterschied* zwischen beiden Vertragsarten liegt in dem (zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts erhobenen) *Motivationsverhältnis*, in dem die wechselseitige Verpflichtung und Berechtigung steht.

Bei *gewöhnlichen* zwei- oder mehrseitig verpflichtenden Verträgen ergibt sich die wechselseitige Schuldner- und Gläubigerstellung als *Folgeerscheinung* im Ablauf des Schuldverhältnisses. So schuldet beim *Auftrag* zunächst der Beauftragte nach § 662 die unentgeltliche, ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags, dann aber ist ihm der Auftraggeber nach § 670 zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet, die der Beauftragte für erforderlich halten durfte. Bei der *Leihe* folgt auf die Gebrauchsgestattung durch den Verleiher die Rückgabepflicht des Entleihers, 598, 604.

In *gegenseitigen* Verträgen ist das Verhältnis der wechselseitigen Verpflichtung und Berechtigung nach dem Willen der Parteien von vornherein wesentlich *enger*. Hier wird die Verpflichtung zur *Leistung* nur deshalb eingegangen, *weil* sich der Gegner zur einer Gegenleistung verpflichtet. Die eine Pflicht besteht *um der Gegenpflicht willen* (sog. Synallagma). Beim Kauf wird die Lieferung der Ware *nur deshalb* zugesagt, weil ein Preis *als Gegenleistung* versprochen wird. Die Wohnung wird beim Mietvertrag nur darum vermietet, *weil* sich der Mieter zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet. Das verzinsliche Darlehen wird um der Zinsen willen gewährt, und der Darlehensnehmer ist bereit, die Zinsen zu zahlen, weil ihm die Darlehenssumme (Valuta) zur Verfügung gestellt wird. Die Geschäftsbesorgung (§ 675) erfolgt „für Geld“. — *Nur für Pflichten, die in diesem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, gelten die §§ 320 ff über gegenseitige Verträge* (dazu unten § 44).¹ Diese Vorschriften ziehen die *rechtlichen Folgerungen* aus dem „do ut des“ der gegenseitigen Verträge.

¹ Die §§ 320 ff gelten also nicht für Pflichten, die zwar bei der Durchführung gegenseitiger Verträge vorkommen, dem Gegenseitigkeitsverhältnis aber nicht unterliegen: So die Rückgabepflicht aus Miete (§ 556); die Rückzahlungspflicht beim verzinslichen Darlehen (§ 607) u. dergl.

Gegenseitige Verträge weisen hinsichtlich ihrer *Entstehung* keine Besonderheit gegenüber anderen Verträgen auf: Auch sie setzen die Annahme eines noch wirksamen Angebots voraus, 145 ff (*genetische* Abhängigkeit der Verpflichtungserklärungen, *genetisches Synallagma*). Gegenseitige Verträge zeigen aber in ihrem *Bestande* sehr wesentliche Besonderheiten gegenüber anderen Verträgen. Das ist leicht einzusehen, wenn man sich als ihr Wesen vergegenwärtigt, daß bei ihnen eine Verpflichtung um einer Gegenverpflichtung willen eingegangen worden ist. Die Nicht- oder Schlechterfüllung der einen Pflicht muß sich notwendig auf die Gegenpflicht rechtlich auswirken, wenn man Rücksicht auf die Parteivorstellungen bei Vertragsschluß nimmt (*funktionelle* Abhängigkeit der Verpflichtungserklärungen im gegenseitigen Vertrag, *funktionelles Synallagma*).²

a) Einrede des nichterfüllten Vertrags, 320 I

42

Man kann seine Leistung so lange zurückhalten, bis der Vertragspartner sie bewirkt. Man braucht also nur Zug um Zug zu leisten und braucht dem Partner keinen Kredit zu geben. Das Gesetz erwartet von keiner Vertragspartei eine Vorleistung. Kreditgebung wird niemandem zugemutet. Wer vorleistet, tut dies auf eigenes Risiko. Eine Einschränkung bei teilweiser Anleistung eines wesentlichen Teils enthält § 320 II.

b) Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug, 322 I

Wenn nun keiner als erster mit der Leistung herausrücken will, muß geklagt werden. In Fortsetzung des Zug-um-Zug-Gedankens des § 320 sagt § 322 I, daß im gegenseitigen Vertrag auch die Verurteilung zur Leistung nur Zug um Zug gegen Gewährung der Gegenleistung erfolgt. Schickt der Käufer dem Verkäufer den Gerichtsvollzieher ins Haus, so muß er diesem den Kaufpreis mitgeben. Sonst wird der Gerichtsvollzieher nicht tätig, 726 II, 756 ZPO. Statt dem Gerichtsvollzieher die Gegenleistung mitzugeben, kann man, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen, auch im Leistungsurteil den Annahmeverzug des Schuldners der Leistung und Gläubigers der Gegenleistung feststellen lassen, 298. § 274 II gilt entsprechend (arg. § 320 I 3; vgl. auch § 322 III). Dieser Weg erleichtert dem Gläubiger die Rechtsverfolgung. Das Urteil ist eine öffentliche Urkunde, 756, 415 ZPO. Ist eine Ausfertigung des Urteils zugestellt, kann der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung beginnen.

§ 322 II gehört zur Lehre des Gläubigerverzugs, unten § 46. — Zug-um-Zug-Urteile müssen genau gefaßt sein, sonst sind sie fehlerhaft, BGHZ 45, 287. Zum Verhältnis zwischen § 320 und §§ 273, 274 unten § 48 I 4.

² Dazu v. d. Daele, 24; MünchKomm/Emmerich, vor § 320 Rdn. 13 ff. Diese Besonderheiten der gegenseitigen Verträge sind geregelt in §§ 320–327. Da es sich um Tatbestände der Nicht- oder Schlechterfüllung einer Vertragspflicht handelt, gehört die Behandlung dieses Stoffes überwiegend zu den Leistungsstörungen, unten §§ 43–48. Hier soll nur eine Übersicht gegeben werden.

c) Einrede der Vermögensverschlechterung, 321

Als seltener Einzelfall der sonst im Gesetz nicht allgemein enthaltenen *clausula rebus sic stantibus* (Einrede der veränderten Umstände) schreibt § 321 vor, daß sich der eine Teil, wenn er aufgrund besonderer Abrede *vorleistungspflichtig* ist, durch die Einrede der Vermögensverschlechterung, die beim anderen Teil eingetreten ist, nachträglich von seiner Vorleistungspflicht befreien kann. (Andere Fälle der *clausula rebus sic stantibus*: § 610, 779).³

d) §§ 320–326 für synallagmatische Haupt- und Nebenpflichten

Hervorzuheben ist, daß die Besonderheiten der §§ 320–326 für Haupt- und Nebenpflichten aus gegenseitigen Verträgen gelten, wenn nichts anderes vereinbart ist. Nebenpflichten stehen also nicht denknotwendig außerhalb des Synallagmas. Oft werden allerdings Nebenpflichten nach dem Willen der Parteien nicht in das Synallagma einbezogen sein. Ist die Nebenpflicht synallagmatisch, kann ihrerwegen die Einrede nach § 320 erhoben werden; wird nur die Nebenpflicht nicht erfüllt, gilt § 320 II. Ist die Erfüllung der Nebenpflicht durch Verschulden des Schuldners unmöglich geworden, gilt, falls sie synallagmatisch ist, § 325, sonst § 280. Das gleiche gilt für den Verzug des Schuldners: 326, sonst 284 ff (anders 1. Aufl.; wie hier *Larenz* I § 23 II, mit abw. Terminologie, dazu oben § 8, 3). Ein Beispiel für eine synallagmatische Nebenpflicht ist die Pflicht zur Bereitstellung einer Gebrauchsanweisung beim Kauf einer Spezialmaschine (vgl. auch unten § 66 VII 4).

5. Man kann die gegenseitigen Verträge weiter einteilen in *Austausch-* und *Gesellschaftsverträge*. Durch Austauschverträge (Kauf, Miete, Versprechen eines verzinslichen Darlehens u. a.) verfolgen die Parteien wirtschaftlich entgegengesetzte Zwecke (z. B. Bedarfsdeckung, Versilberung). In Gesellschaftsverträgen verbindet die Beteiligten ein gemeinsamer wirtschaftlicher Zweck, der Gesellschaftszweck (*affectio societatis*), 705 ff; 105 ff HGB; dazu im einzelnen unten § 88 I. Die Anwendbarkeit der §§ 320 ff auf Gesellschaftsverträge ist sehr streitig, unten § 88 IX.

§ 11

Fortsetzung: Typische und atypische Schuldverhältnisse

Charmatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, Brunn 1937; *Hoeniger*, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen 1910; *Jung*, IherJb. 69, 61; *Kramer*, E. A., Hrsg., Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 1985 (mit reicher Lit.); *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971; *Schluep*, W., Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht VII/2, 1979, 764 ff; *Schreiber*, IherJb. 60, 106; *Wolff*, *Ernst*, FS *Hans Lewald*, 1953, 633; s. a. § 65 unten.

- 43** 1. Typisch werden Schuldverhältnisse genannt, die im Gesetz besonders geregelt sind, z. B. Kauf, Miete, Dienstvertrag, Verwahrung, Auslobung, unerlaubte

³ Abweichend sieht *Larenz* I § 15 I Anm. 16 den Rechtsgrund der §§ 321, 610 in einem erhöhten Vertrauensschutz.

Handlungen. Man spricht, wenn es sich dabei um Verträge handelt, von „Vertragstypen“. Die meisten sind im 7. Abschnitt des 2. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten; einige gehören dem Allgemeinen Schuldrecht an (z. B. Schuldübernahme, 414 f; Vertragsstrafe, 339). Außerhalb des BGB finden sich Vertragstypen vor allem bei den arbeitsrechtlichen Vorschriften des HGB und der GewO. Ein wichtiger, außerhalb des BGB, nämlich im VVG geregelter typischer Vertrag ist der Versicherungsvertrag (näher u. § 92 III). Die Auswahl der typischen Schuldverhältnisse obliegt dem Gesetzgeber. Die Tradition spielt dabei die Hauptrolle, vor allem die des römischen und gemeinen deutschen Rechts, z. B. bei Kauf, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag, ungerechtfertigter Bereicherung. Andere Schuldverhältnisse, wie z. B. die Inhaberschuldverschreibung, haben keine römisch-rechtliche Wurzel. — „Atypisch“ ist ein Vertrag also wegen fehlender gesetzlicher Ausformung.

2. Bei den *gesetzlichen* Schuldverhältnissen gibt es *nur die typischen*: Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung, unerlaubte Handlungen. Eine Ausdehnung ihrer Zahl kraft Parteivereinbarung ist begrifflich ausgeschlossen. Es besteht ein *numerus clausus* der gesetzlichen Schuldverhältnisse wie bei den Sachenrechten.

Entsprechendes gilt für einseitig begründete Schuldverhältnisse (Auslobung), vgl. 305.

3. Verträge können *atypisch* sein: Den Parteien steht es frei, neue Vertragsarten- und -inhalte zu erfinden. Das folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, 305; Art. 2 I GG. Häufiger vorkommende atypische Verträge sind: 44

a) Der *Garantievertrag*. Durch ihn verspricht eine Partei der anderen, für einen bestimmten Erfolg unbedingt eintreten zu wollen. Näher unten § 92 II; ESJ 3.

b) Die *Sicherungsabrede* (Sicherungsvertrag). Sie ist die schuldrechtliche Grundlage für die Überlassung von Sicherheiten (wie Wechsel, sicherungshalber zedirierte Forderungen, Sicherungseigentum, Grundpfandrechte, insb. Grundschulden). Dazu unten § 92 IV, und, zur Sicherungszession, § 57 IV.

c) Die *Sicherungstreuhand*. Sie ist mit der Sicherungsabrede verwandt und dadurch gekennzeichnet, daß ein Treuhandverhältnis hinzutritt, dazu unten § 92 V. Die *Verwaltungstreuhand* zählt zu § 675, unten § 82, 2.

d) Die *kumulative Schuldübernahme* (Schuldmitübernahme, Schuldbeitritt). Das Gesetz regelt in §§ 414 ff die privative Schuldübernahme, durch die an die Stelle eines Schuldners ein anderer tritt, ohne daß der alte Schuldner weiterhaftet. Bei der kumulativen Schuldübernahme tritt dagegen ein neuer Schuldner *neben* den alten Schuldner, der weiter zur Leistung verpflichtet bleibt. Dazu unten § 59 I 2 a; ESJ 62.

e) Der *Trödelvertrag*. Jemand verspricht die Bemühung (ohne Eintreten für Erfolg), eine Sache im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers zu einem Mindestpreis zu verkaufen mit der Maßgabe, daß, wenn der Verkauf gelingt, ein etwaiger Mehrerlös nicht an Auftraggeber abgeführt zu werden braucht. Mißlingt die Bemühung, darf die Sache an den Auftraggeber zurückgegeben werden. Zum verwandten Kommissionsgeschäft s. §§ 383 ff HGB.

f) Der *Leasing-Vertrag*. Zu dieser Sonderentwicklung bei den Gebrauchsüberlassungen s. u. Rdn. 829—840.

g) Der *Factoring-Vertrag*. Er dient u. a. der Erleichterung des Forderungseinzugs, s. u. § 57 V.

h) Der *Franchising-Vertrag* im Warenvertrieb; hierzu z. B. *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht I (1983) 276, 625; II (1983) 308.

4. *Atypisch* sind alle *Vertragsverbindungen* und *gemischten Verträge*, wie z. B. Beherbergungs-, Schiffsreise- und Internatsvertrag, Vorführungsverträge (Kino, Theater, Kabarett). Bei ihnen werden aufgrund von Parteivereinbarungen mehrere Vertragstypen in lockerer oder fester Form zu neuen atypischen Verträgen zusammengefügt. Der Vertrag mit einer Schiffsagentur über eine Mittelmeer-Ferienreise mit voller Verpflegung enthält z. B. Elemente des Beförderungs- (Werk-), Dienst-, Miet- und Kaufrechts. Näher dazu unten § 65. Der Reiseveranstaltungsvertrag ist 1979 durch Einfügung der §§ 651 a–k „typisiert“ worden, s. u. § 80 IV.

5. *Reformvorschläge*. Die gesetzliche Normierung einer Reihe von atypischen Schuldverträgen, für die sich in der Praxis besondere Regeln durchgesetzt haben, ist Gegenstand zahlreicher Überlegungen im Hinblick auf die geplante Überarbeitung des Schuldrechts.¹ Zur Diskussion stehen vor allem folgende Vertragstypen: Heimvertrag², medizinischer Behandlungsvertrag³, entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag⁴, Giroverhältnis⁵, Bankvertrag⁶ und Energieversorgungsvertrag.⁷ Dennoch ist in diesem Punkt Vorsicht geboten, da die Gefahr einer Überlastung des Gesetzestextes besteht. Das BGB würde dadurch an Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit (beides grundsätzliche Vorteile eines Kodex) verlieren. Das Beispiel der mißlungenen Regelung des Reisevertragsrechts (dazu u. § 80 IV) sollte als Warnung gelten.⁸

§ 12

Fortsetzung: Konsensual- und Realverträge

45 *Boehmer*, AschBürgR 38, 314; *Haase*, JR 75, 317; *Kaiser*, Das Römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, §§ 124–127; *Schmidt*, K., JuS 76, 709.

1. Verträge kommen nach heutiger Auffassung allein durch die Willenseinigung der Vertragsparteien zustande: Angebot und Annahme begründen den Vertrag, 145 ff (Konsensualprinzip). Wo keine besondere Form vorgeschrieben ist (anders z. B. § 313) genügt formloser, d. h. mündlicher Vertragsschluß. Alle Verträge sind daher Konsensualverträge.

¹ Vgl. hierzu *Schmude*, Gutachten, I, Vf.; *Schwark*, JZ 81, 741, 746 ff; *Wolf*, A., AcP 182, 80, 94 ff und ausführlicher unten § 116.

² Vgl. *Igl*, Gutachten, I, 951 ff.

³ Vgl. *Deutsch/Geiger*, Gutachten, II, 1049 ff; *Schwark*, JZ 81, 747.

⁴ Vgl. *Musielak*, Gutachten, II, 1209 ff.

⁵ Vgl. *Häuser*, Gutachten, II, 1317 ff.

⁶ Vgl. *Schwark*, JZ 81, 747.

⁷ Vgl. *Schwark*, ebenda.

⁸ Zur Kodifikation in der heutigen Zeit vgl. *Kindermann*, Rth. 79, 357, 365 ff.

2. In nur scheinbarem Widerspruch dazu steht die Formulierung von § 516 (Realschenkung), § 607 (Darlehen) und § 688 (Verwahrung). Dort wird scheinbar zur Wirksamkeit des Vertrags selbst die bereichernde Zuwendung, die Auszahlung der Darlehensvaluta bzw. die Übergabe der zu verwahrenden Sache, also jeweils eine reale Handlung verlangt. Bei Realschenkung, Darlehen und Verwahrung steht das BGB historisch sicherlich auf dem Standpunkt des Realvertrags, ohne daß das jedoch die moderne Auslegung bindet, *Münch-Komm/Söllner*, § 305 Rdn. 14; *Palandt/Heinrichs*, Einf. vor § 305 Anm. 4 e; *Schmidt, K.*, anders noch BGH NJW 75, 443. Im folgenden wird daher unter *Realvertrag* ein *Konsensualvertrag* verstanden, bei dem die für den Vertragsschluß erforderliche Willenserklärung mindestens einer Partei *typischerweise* (aber nicht notwendig) durch eine Handlung *schlüssig* erklärt wird. Unberührt bleibt das Formproblem bei der Schenkung, wo die tatsächliche Zuwendung die Beurkundung ersetzt (und umgekehrt).

§ 13

Fortsetzung: Kausale und abstrakte Schuldverhältnisse

Cohn, AcP 135, 67; *Jahr*, SZRA 80, 141; *Kiefner, Ranieri, Luig und Müller-Freienfels in Coing/Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. II, 1977; *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma, 1982; *Kübler*, Feststellung und Garantie, 1967; *Mayer-Maly*, FS *Wilburg*, 1975, 243; *Rother*, AcP 169, 1; *Söllner*, SZRA 77, 182; v. *Tuhr*, FS *Schulze*, 1903, 25; *Westermann, H. P.*, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 1967.

1. „Abstrakt“ besagt im Recht — in allgemeiner Bedeutung —, daß ein **46** Rechtsgeschäft von der Wirksamkeit eines andern nicht abhängt, so daß Einwendungen aus dem einen keine Konsequenzen für das andere haben. Der Gegensatz „kausal-abstrakt“ wird im Zivilrecht in verschiedenen Zusammenhängen verwendet, die miteinander wenig zu tun haben. Zweckmäßig fragt man stets: Abstrakt wovon?

2. So ist die Vollmacht gemäß § 164 abstrakt vom Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten, das in einem Auftrag, einem Dienstvertrag, einer Geschäftsbesorgung u. a. bestehen kann. (Eine Durchbrechung dieser Abstraktion findet sich aber in § 168 S. 1, eine weitere in § 714.)

Die Übereignung (925, 929) ist abstrakt vom zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft, z. B. von einem Kauf oder einer Schenkung.

In diesen Fällen bedeutet die Abstraktion vor allem, daß Mängel des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts das abstrakte Geschäft grundsätzlich nicht beeinflussen. Der Abstraktionsgrundsatz ist in diesen Fällen vorwiegend rechtstechnischer Art.

3. Eine andere Zielrichtung hat der Abstraktionsgrundsatz bei sog. abstrakten Schuldverträgen. Das Gesetz kennt nur wenige: Schuldversprechen, 780; Schuldanerkennnis, 781; Anweisung im Leistungs-, nicht aber im Deckungs- und Valutaverhältnis, 783 f, 787, 788—790; Inhaberschuldverschreibung, 793 f; abstrakt sind auch Wechsel und Scheck, ferner alle schuldrechtlichen Verfügungen, wie z. B. Erlaß, Forderungsabtretung, Aufrechnung, Schuldumschaffung (Novation). Alle übrigen Schuldverträge sind kausal.

Im Vordergrund steht hier das Interesse der Parteien (vor allem des Gläubigers), die Begründung oder Beendigung einer Forderung unabhängig zu machen von schuldnerischen Einwendungen aus vorangegangenen Geschäften. Der Darlehensgläubiger, der sich zur Sicherung seines Anspruchs aus § 607 zusätzlich noch ein abstraktes Schuldanerkennnis, eine Anweisung oder einen Wechsel geben läßt, will verhindern, daß der Schuldner Mängel des Darlehensvertrags (z. B. einen Dissens) einem Dritten entgegenhält, an den der Gläubiger etwa den Wechsel weiter überträgt: Eine abstrakte Forderung ist leichter übertragbar, weil der neue Gläubiger nicht mit Einwendungen aus dem Grundverhältnis zu rechnen braucht („Umlaufsfähigkeit“). Hinzu kommt, auch für den Erstgläubiger, eine günstige Umkehr der Beweislast.

Abstrakte Forderungen sind einwendungsrärmer als kausale, sie sind daher für den Gläubiger sicherer und für Abtretungen, d. h. für den allgemeinen Rechtsverkehr geeigneter. Hieran kann auch der kreditsuchende Schuldner ein Interesse haben (Wechsel!). Abstraktion im Sinne abstrakter Schuldverträge bedeutet also auch Befreiung von Einwendungen aus Mängeln zugrunde liegender Geschäfte, aber nicht in erster Linie aus rechtstechnischen Gründen, sondern aus Gründen der Verwertbarkeit von Forderungen.

4. Abstrakt und kausal sind relative Begriffe. So kann eine Darlehensforderung aus § 607 den Rechtsgrund für ein abstraktes Schuldanerkennnis bilden. Wird bezahlt, dann ist das Schuldanerkennnis der Rechtsgrund für die abstrakte Übereignung des Geldes. Hier wirkt ein abstraktes Geschäft als causa für ein weiteres abstraktes Geschäft. — „Abstrakt“ Erhaltenes kann Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs sein, 812 ff. War also das Darlehen unwirksam, ist das abstrakte Schuldanerkennnis „kondizierbar“, 812 II. Ist es kondiziert, kann das Geld als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden, 812 I 2 (1), 818 II.

- 47 5. Eine Leistung kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt („kondiziert“) werden, wenn sie ohne Rechtsgrund (causa) erfolgte, 812 ff (unten § 97 ff). Rechtsgrund können vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse sein, z. B. ein Kaufvertrag (433) für die Übereignung der Ware und auch des Geldes (929), eine Schadensersatzschuld aus § 823 für die Überweisung des als Ersatz geschuldeten Betrags (364 I). Rechtsgrund kann aber auch die vertraglose Verabredung einer causa (*Kausalabrede*) sein, z. B. die Einigung über eine Erbeinsetzung, BGHZ 44, 321. Bindungen kommen durch solche Kausalabreden nicht zustande, trotzdem liefern sie Rechtsgründe. Auch die Handschenkung (516) gehört im Grunde hierher, ebenso das abgestimmte Verhalten i. S. v. § 25 I GWB und Art. 85 I EWGV. Dagegen ist nicht schon jede Einigung causa (*Mayer-Maly*, FS *Nipperdey* Bd. I, 1965, 509). Sich-Vertragen bedeutet, entgegen dem Wortsinn, noch keinen (bindenden) Vertrag und noch keine Kausalabrede. Es muß die Einigung auf einen Leistungsgrund vorliegen, damit ein Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts gegeben ist.

3. Unterabschnitt: Abgrenzungen

§ 14

Verpflichtung und Verfügung

Battes, AcP 178, 337; *Doris*, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, 1974; *Dreyfus*, Die Verfügung im BGB, 1911; *Kegel*, FS *Mann*, 1977, 57 ff; v. *Tuhr*, AcP 117, 193; *Wilhelm* in: *Coing/Wilhelm*, aaO (§ 13), 213.

1. Bei den wirtschaftlichen Aufgaben, die das Schuldrecht zu erfüllen hat, war oben § 9 an erster Stelle von der *Vorbereitung von Vermögensverschiebungen*, und zwar *endgültiger* Vermögensverschiebungen, die Rede. Schuldrechtliche Verpflichtungen dienen also dazu, *Verfügungen* über Sachen und Rechte vorzubereiten und zu rechtfertigen. 48

2. Man muß sich einen solchen typischen Erwerbsvorgang in vier Phasen vorstellen:

Ein Käufer kommt in den Laden, um ein Buch zu kaufen. Dann ist in der ersten Phase der Verkäufer V Eigentümer des Buches und der Käufer K Eigentümer seines Geldes (Scheine und Münzen), 903.

Die zweite Phase besteht darin, daß V und K einen Kaufvertrag schließen, 433, 145 ff. Die dadurch hervorgerufenen Pflichten ändern aber die Eigentumslage in keiner Weise. Zu ihren Eigentumsrechten haben V und K nur schuldrechtliche Ansprüche aus § 433 I 1 bzw. II hinzuerworben. K kann jetzt von V das Buch und V von K den Kaufpreis verlangen. V ist noch Eigentümer des Buches, K des Geldes.

In der dritten Phase geschieht sowohl auf seiten des Käufers als auch auf seiten des Verkäufers ein Doppeltes: Der Käufer einigt sich mit dem Verkäufer über den Eigentumsübergang am Buch, und der Verkäufer übergibt es ihm, 929. Hierdurch verfügt der Verkäufer über sein (dingliches) Eigentumsrecht am Buch. Die Veräußerung eines Rechts ist also eine *Verfügung* über dieses Recht. Der Erwerb eines Rechts ist keine Verfügung. — Umgekehrt *verfügt* der Käufer über sein (dingliches) Eigentumsrecht an seinen Geldscheinen und -münzen, indem er sich mit dem Verkäufer über den Eigentumsübergang bezüglich jeder Münze und jedes Scheines einigt und ihm die Scheine und Münzen übergibt, 929.

Verkäufer und Käufer treffen aber mit diesen ihren Verfügungen je eine weitere Verfügung. Durch die Leistung des Buches geht nämlich der Anspruch des Käufers aus § 433 I 1, durch die Leistung des Geldes der Anspruch des Verkäufers aus § 433 II unter, 362 (Erfüllung), und zwar auf rechtsgeschäftliche Weise. Jede Seite begibt sich also ihres Anspruchs dadurch, daß sie die rechtsgeschäftliche Leistung der anderen Seite als Erfüllung annimmt. Auch hierin liegt eine Verfügung über jeden dieser obligatorischen Ansprüche. Denn die Ansprüche werden durch Erfüllung zum Erlöschen gebracht (ähnlich wie gleichzeitig durch die Übereignungen das Eigentum des Verkäufers am Buch und das des Käufers an den Scheinen und Münzen zum Erlöschen gebracht wird. Ein Recht zum Erlöschen bringen heißt aber: Darüber verfügen). Verkäufer und Käufer tätigen also in der dritten Phase je zwei Verfügungen.

In der vierten Phase ist der Käufer Eigentümer des Buches und der Verkäufer Eigentümer des Geldes. Ihr Eigentum ist unangreifbar mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, 812, weil für die Übereignungen Ansprüche aus § 433 I und II als Rechtsgründe vorlagen. So wirken die zum Erlöschen gebrachten obligatorischen Ansprüche als

Rechtsgründe (causa) im Sinne der §§ 812 ff in alle Ewigkeit weiter. Wäre der Kauf z. B. wegen Dissenses nichtig, so hätten Käufer und Verkäufer gegeneinander Ansprüche aus § 812 I 1, die auf Rückübereignung (nicht bloß Rückgabe) gerichtet sind, 929. Denn das Erlangte ist zurückzugewähren.

3. Die geschilderten 4 Phasen können sich zeitlich nacheinander abwickeln. Bei größeren Geschäften wird das häufig sein. Bei Handgeschäften dagegen fallen die Vorgänge in der 2. und 3. Phase zeitlich zusammen. Trotzdem bleiben die einzelnen Phasen *rechtlich geschieden* (*Trennungsprinzip*, abstrakte Übereignung). Was im Beispiel an der Veräußerung einer beweglichen Sache gezeigt wurde, gilt entsprechend für Grundstücksübertragungen, Forderungsübertragungen, Sacheinlagen in Gesellschaften usw. (*Abstraktionsprinzip*).

49 4. Folgende Grundsätze lassen sich demnach aufstellen:

a) Eine *Verpflichtung* ist ein (auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhendes) rechtliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner, kraft dessen der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung verlangen kann.

b) Eine *Verfügung* ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, aufgehoben oder inhaltlich geändert wird (wichtig!).

c) Ein Verpflichtungsgeschäft läßt Rechte *entstehen*, ein Verfügungsgeschäft *wirkt* auf bestehende Rechte *ein*.

d) Eine Verpflichtung bewirkt beim Schuldner eine Vermehrung der Passiva, beim Gläubiger eine Vermehrung der Aktiva, niemals aber eine Verminderung der Aktiva. Eine Verfügung bewirkt beim Verfügenden eine Verminderung oder inhaltliche Veränderung der Aktiva, beim Verfügungsempfänger (falls ein solcher vorhanden ist) eine Vermehrung der Aktiva, niemals aber eine Vermehrung oder Verminderung der Passiva. (Zu beachten ist immer, daß sich im Synallagma zwei Verpflichtungen und zwei Verfügungen gegenüberstehen).

e) Zur Vermeidung von Bereicherungsansprüchen (812 ff) bedarf jede Verfügung des Rechtsgrundes einer bestehenden oder erfüllten Verpflichtung. Die *Verfügungen* tragen demnach die causa nicht in sich; sie sind *abstrakt* (oben § 13). Dagegen beinhalten die meisten *Verpflichtungen* selbst den Rechtsgrund und sind deswegen *kausal*. Es gibt aber auch *abstrakte Verpflichtungsgeschäfte*, wie z. B. das Schuldversprechen und das Schuldanerkennnis (§§ 780 ff), die Annahme der Anweisung (§ 784) und die Begebung von Inhaberpapieren (§§ 793 ff).

f) Im Schuldrecht überwiegen die Verpflichtungen, im Sachenrecht die Verfügungen. Schuldrechtliche Verfügungen enthalten die §§ 398, 414, 387, 397, 779 (letzteres str.).

g) Erfüllungen (362) sind nur Verfügungen über den zu erfüllenden Anspruch, wenn es zur Erfüllung eines Rechtsgeschäfts bedarf (z. B. beim Kauf auf beiden Seiten, nicht dagegen z. B. beim Dienstvertrag auf seiten des Dienstverpflichteten); dazu unten § 38 II.

§ 15

Relative Wirkung der Forderung

S. oben § 1 III 2 b a. E.; weiter Aicher, Das Eigentum als subjektives Recht, 1975; Denck, JuS 81, 9; ders., Rechtstheorie 81, 331; Dimopoulos-Vosikis, AcP 167, 515; Dubischar, Über

die Grundlage der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sog. absolute und relative, Diss. Tübingen, 1961; *Henke, H.-E.*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989; *Kozioł*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967; *Krasser*, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971; *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte, 1970; *Martens*, AcP 177, 113 ff; *Medicus*, JuS 74, 613; *Peters*, AcP 180, 329; *Rehbein*, Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte, Diss. Freiburg, 1968; *Spielbüchler*, Der Dritte im Schuldverhältnis, 1973.

1. Forderungen wirken relativ, dingliche Rechte wirken absolut.

50

Was ist die Bedeutung dieses Unterschiedes?

Dingliche Rechte sind Herrschaftsrechte. Das Eigentum z. B. gibt dem Eigentümer die grundsätzlich unbeschränkte Herrschaft über eine Sache. Diese Herrschaft behauptet sich gegenüber jedermann, 903, ja sie besteht grundsätzlich ohne Rücksicht auf das Vorhandensein anderer Personen. Daraus folgt: Wer dem Eigentümer die Sache wegnimmt, beschädigt, sein Eigentum an der Sache bestreitet oder sonstwie stört, ist den Ansprüchen aus §§ 985 ff, 823 I, 1004 ausgesetzt und danach zur Rückgabe, zum Schadensersatz, zur Unterlassung der Störung verpflichtet. Diese Ansprüche wirken gegen *jeden*, der sich mit fremdem Eigentum zu schaffen macht.

Ganz anders die Forderungen. Sie bestehen grundsätzlich nur für den Gläubiger und nur gegen den Schuldner. Dritte Personen sind am Schuldverhältnis nicht beteiligt, sie brauchen es nicht zu beachten und können keine Vorteile daraus für sich herleiten.¹

2. Fünf Beispiele sollen das verdeutlichen:

51

a) Beschränkung des Gläubigers beim Leistungsanspruch auf seinen Schuldner

V verkauft sein Auto zuerst an K₁, ohne es ihm zu übereignen, danach verkauft und übereignet er es an K₂. Beide Kaufverträge sind wirksam, denn man kann, weil Verpflichtungen die dingliche Rechtslage nicht berühren (oben § 14), eine Sache beliebig oft verkaufen, vermieten, verpachten usw. K₁ hat wegen der relativen Wirkung seiner Forderung Ansprüche nur gegen V, nicht gegen K₂, der nun das Auto besitzt. Da V das Auto durch sein Verschulden nicht mehr liefern kann, verwandelt sich der Leistungsanspruch des K₁ in einen Schadensersatzanspruch aus §§ 440 I, 325 (verschuldetes nachträgliches Unvermögen im gegenseitigen Vertrag). An K₂ kann sich K₁ nicht halten; das gekaufte Auto erhält K₁ also nicht.

b) Beschränkung des Gläubigers bei der Leistungsstörung auf seinen Schuldner

Frau F kauft beim Einzelhändler E ein Bügeleisen, das, wie sich herausstellt, an einem wesentlichen Konstruktionsfehler leidet. Mit ihren Gewährleistungsansprüchen wegen Sachmängeln (459 ff) kann sich Frau F nur an E, nicht an den Hersteller H halten, dessen Konstrukteure den Fehler verschuldeten. Denn ihre Rechte aus dem Kauf richten sich nur gegen den E (die Sachmängelhaftung setzt ausnahmsweise kein Verschulden voraus!). E muß, wenn Frau F ihn in Anspruch nimmt, seinen Rückgriff gegen H richten. Ist noch ein Großhändler G eingeschaltet, der H's Produkte an die Einzelhändler verteilt, haftet G dem E und H dem G. Ein direkter Weg vom Verbraucher zum Hersteller besteht im Rahmen der Vertragshaftung nicht (Relativität der Forderungen), anders nur bei der Haftung aus unerlaubter Handlung: Zur sog. Produzentenhaftung unten Rdn. 467 und Rdn. 1240 ff.

¹ Das common law spricht von "privity of contracts".

c) Beschränkung des Schuldners auf seinen Gläubiger

S schuldet 1000,— dem G, zahlt aber auf Bitten von Frau G an diese, damit G das Geld nicht vertrinkt. Frau G hatte keine Vollmacht für G. S befreit sich nicht, denn er kann nur an den Gläubiger G erfüllen, 362. G kann von S noch einmal 1000,— fordern, wenn seine Frau ihm das Geld vorenthält. Gegen Frau G hat S einen Bereicherungsanspruch, 812 I 2 (2). § 814 schließt nur den Bereicherungsanspruch wegen Zahlung einer Nichtschuld (812 I 1) aus, den § 812 I 2 (2) verdrängt.

d) Unbeachtlichkeit des Schuldverhältnisses für Dritte: Zession

G₁ hat eine Forderung gegen S, die er an G₂ abtritt, 398, ohne S zu benachrichtigen. Danach kassiert er die Forderung bei S, dem er die Abtretung verschweigt. Nach dem oben zu c) Gesagten müßte S noch einmal an G₂ zahlen. Um den Schuldner in solchen Fällen zu schützen, sieht § 407 I ausnahmsweise befreiende Zahlung vor, wenn der Schuldner an den ihm allein bekannten (Alt-)Gläubiger zahlt. Hiernach würde G₂ leer ausgehen. G₂ kann sich aber nach § 816 II und aus verletztem Vertrag an G₁ halten (culpa post pactum perfectum). Der Anerkennung der Gläubigerschaft als sonstigem absolutem Recht im Sinne des § 823 I bedarf es nicht (anders *Larenz* I § 2 II. Dazu unten Rdn. 591; 103 I 6a in der Voraufl.).

e) Unbeachtlichkeit des Schuldverhältnisses für Dritte: Abwertung

Gastwirt W bezieht aufgrund eines 20 Jahre laufenden Vertrages Bier von der Brauerei B. Nach Ablauf von 10 Jahren geht W zur Konkurrenzbrauerei K über. Wegen Vertragsbruchs kann sich B an W halten, nicht aber an K, da die Konkurrenzbrauerei den bestehenden Liefervertrag nicht zu beachten braucht. Nur bei sittenwidriger *Verleitung* zum Vertragsbruch oder sonstigem unlauterem Wettbewerb haftet K der B aus §§ 826; 1 UWG, nicht aber schon bei bloßer *Ausnutzung* fremden Vertragsbruchs (sehr str.).

- 52** 3. Nur scheinbar gibt es *Ausnahmen*, in denen ein Schuldverhältnis für oder gegen Dritte wirkt: Berechtigender Vertrag zugunsten Dritter 328 I; direkte Ansprüche gegen Dritte bei Miete und Leihe, 556 III, 604 IV (analog nach h. M. auch für Verwahrung); Drittschadensersatz (vgl. auch oben § 1 II 2b). Aber auch in § 328 I entscheidet das schuldrechtliche Band zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger, §§ 556 III und 604 IV sind gesetzliche Pflichten, und Drittschadensersatz ist nur eine besondere Berechnungsart für einen bestehenden Ersatzanspruch.

4. Zwischen der Relativität von Schuldverhältnissen, dem Abstraktionsgrundsatz bei der Übereignung und den Regeln des gutgläubigen Erwerbs bestehen Zusammenhänge, die kennzeichnend für jede Rechtsordnung sind. Wenn A an B eine Sache verkauft, ohne sie zu übereignen, und danach dieselbe Sache an C verkauft und übereignet, wird C Eigentümer. B kann sich wegen der Relativität seines Kaufanspruchs nur an A, nicht an C halten. Nach französischem Recht, das das Eigentum durch Kauf übergehen läßt, würde erst B Eigentümer, aber C würde, wenn er A für den Eigentümer hält, das Eigentum gutgläubig erwerben, Artt. 711, 1138, 1141, 1583, 2279 c. c.; B würde das Eigentum wieder verlieren. Das Ergebnis ist also das gleiche wie im deutschen Recht: Wer den Besitz bekommt und vertraut, gewinnt. Wer nur vertraut, muß die Enttäuschung seines Vertrauens büßen. B muß sich wegen seiner Schadensersatzforderung nach beiden Rechten an A halten. Die Relativität der Schuldverhältnisse ist also Ausdruck der Zweiseitigkeit von Vertrauensbeziehungen. Im Konflikt mit dem Schutz des redlichen Rechtsverkehrs ist die Relativität der Schuldverhältnisse mittelbar ein Teil des allgemeinen Prinzips: *Beatus possidens*, vgl. §§ 932 ff, 817 S. 2.

5. Obwohl Schuldverhältnisse nur die Parteien binden, haben sie „Außenwirkungen“, s. o. § 1 IV 3 e. Sie schränken die Relativität ein. Eine umfassende Lehre der schuldrechtlichen Außenwirkungen fehlt noch.¹

§ 16

Unvollkommene Verbindlichkeiten und verbindlichkeitsähnliche Tatbestände

Canaris, AcP 165, 1; *Götz*, JuS 61, 56; *Klingmüller*, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 1905; *Larenz*, I § 12 II d; *Mahler*, Die natürlichen Verbindlichkeiten des BGB, 1909; *Neumann*, Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs, Diss. München 1967; *Reichel*, Unklagbare Ansprüche, 1911; *ders.*, IherJb. 59, 457; *Reuß*, AcP 154, 485; *Rotondi*, RDirComm 75, 213; *Schmidt*, *Reimer*, Die Obliegenheiten, 1953 (dazu *Esser*, AcP 159, 49); *Siber*, IherJb. 70, 276.

Zum Wesen der Forderung gehört regelmäßig ihre Durchsetzbarkeit: Der Staat stellt seine Gerichte und Vollstreckungsbehörden dem Gläubiger zur Verfügung, wenn der Schuldner nicht leisten will oder kann. Streitig ist allerdings, ob die Durchsetzbarkeit vertraglich ausgeschlossen werden kann. Mit der h. M. muß dies zugelassen werden, wenn die Parteien über die Forderung verfügen und insbesondere sie erlassen können (so beim sog. *pactum de non petendo*). Nicht jede Forderung richtet sich auf Erfüllung, so z. B. nicht die Nebenpflichten auf Auskunft und auf Unterlassung der Vertragszweckgefährdung (dazu oben § 8, 3), vgl. auch 374 II, 545. Im Falle der Verletzung solcher Forderungen entstehen aber Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung. Deshalb handelt es sich auch hierbei um vollkommene, vollgültige Forderungen, die den Schuldner binden.

Wegen dieses den Schuldner bindenden Charakters der Forderung spricht man auch von *Verbindlichkeit*. Dabei ändert man den Blickwinkel und betrachtet die Forderung vom Standpunkt des Schuldners aus, gegen den sich die Forderung richtet.

Es gibt aber Verbindlichkeiten, die nicht eingefordert werden können (unvollkommene Verbindlichkeiten, unten I.). Ferner finden sich rechtserhebliche Tatbestände, die keine Verbindlichkeiten darstellen, ihnen aber ähneln (unten II.).

I. Unvollkommene Verbindlichkeiten („Naturalobligationen“)

1. Nicht durchsetzbare Forderungen

Bei ihnen kann die geschuldete Leistung gefordert, aber nicht erzwungen werden. Eine Verbindlichkeit besteht und kann erfüllt, gegebenenfalls auch gesichert, aufgerechnet usw. werden.

a) *Verjährte Forderungen* sind vollständige, erfüllbare Forderungen, doch sind sie nicht durchsetzbar, wenn der Schuldner die Einrede der Verjährung erhebt, 222, 223. Der Gläubiger soll die Rechtsverfolgung nicht über Gefährdungen verzögern, und der Schuldner soll nach Ablauf einer gewissen Zeit vor nicht mehr erwarteten Forderungen geschützt sein.

b) Aus dem *Verlöbniß* kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden, 1297 I. Der sittliche Gehalt der Ehe widerspricht der Durchsetzbarkeit des Verlöbnisanspruchs.

¹ Einige Ansätze aus verschiedener Richtung: v. *Ihering*, IherJB. 10, 245; *A. Hueck*, IherJb. 73, 33; *Lukes*, Der Kartellvertrag, das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, 1959, insb. 22; *ders.*, FS *A. Hueck*, 1959, 459; *Martens*, AcP 177, 113, 164 ff.

c) *Ausfallforderungen nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich* sind zum Schutze des Vergleichsschuldners nicht durchsetzbar, 82 VerglO, 193 KO.

55 2. Erfüllbare Nichtforderungen

Die geschuldete Leistung kann nicht gefordert, aber erfüllt und dann nicht deswegen zurückgefordert werden, weil kein Forderungsrecht bestand. Das Gesetz spricht in diesen Fällen vom Fehlen einer „Verbindlichkeit“. In Wahrheit liegt wegen der Erfüllungsmöglichkeit eine Verbindlichkeit vor, doch fehlt ihr das Forderungsrecht, d. h. die Fähigkeit, eingeklagt, gesichert, aufgerechnet usw. zu werden. Lediglich die Erfüllungsmöglichkeit besteht (*Blomeyer*, „haftungslose Schuld“; s. aber oben § 7, 4).

a) Verbindlichkeiten aus Spiel, Wette, nicht staatlich genehmigter Lotterie und Differenzgeschäft können nicht eingefordert, sondern nur freiwillig erfüllt werden, 762–764; ESJ 4. Die Rechtsordnung billigt solche Verbindlichkeiten nicht, doch wäre eine Rückforderung von bereits Geleistetem auch in diesen Fällen nicht anständig (*in pari turpitudine melior est conditio possidentis*, s. auch § 817 S. 2). Sondervorschriften gelten aufgrund der §§ 58–70 des Börsengesetzes v. 27. 5. 08, RGBI. 215 für Börsentermingeschäfte.

b) Entsprechend kann ein Ehemäklerlohn nicht eingefordert, nur erfüllt werden, 656. Die Kunden dieses Gewerbes sollen nach Ansicht des Gesetzgebers auf Vorleistung verwiesen werden.

II. Verbindlichkeitsähnliche Tatbestände

56 Bei den nachstehenden Tatbeständen liegen keine Verbindlichkeiten vor, auch keine unvollkommenen. Es handelt sich um Rechtslagen, die mit Verbindlichkeiten eine jeweils sehr verschiedene Verwandtschaft aufweisen.

1. Nicht rückforderbare Anstandszuwendungen

Was aus sittlicher Pflicht oder wegen einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht oder als Ausstattung geleistet wird, ohne daß eine Rechtspflicht zur Leistung besteht, kann aus Gründen des Anstands nicht zurückgefordert werden, 814, 1624. Auf Ausstattungen findet teilweise Schenkungsrecht Anwendung.

2. Lasten

Lasten sind Tätigkeiten, die man zwar nicht von Rechts wegen vornehmen *muß*, deren Nichtbefolgung aber Rechtsnachteile mit sich bringt (Beispiele: 478, 479, 485; 377, 378 HGB; 33 ff VVG).

3. Obliegenheiten

Zu Obliegenheiten ist man von Rechts wegen *verpflichtet*, z. B. zu Anzeigen, Mitteilungen und Auskünften gem. § 6 VVG, ohne deren Beachtung man den Versicherungsanspruch verliert, BGHZ 1, 168; 24, 382; BGH VersR 59, 233. Wie bei der Last tritt durch Nichtbefolgung ein Rechtsnachteil ein. Gleichwohl kann Erfüllung nicht erzwungen und Schadensersatz nicht verlangt werden. Deshalb zählt eine Obliegenheit auch nicht zum Leistungsinhalt, s. o. § 8, 4. Dennoch setzt die Haftungsinderung durch mitwirkendes Verschulden nach § 254 logisch eine „Sorgfaltspflicht gegen sich selbst“ voraus, die zwar keine Leistungspflicht im Schuldrechtssinne, wohl aber eine *Obliegenheit* im eigenen und im Schuldnerinteresse ist.

2. Abschnitt

Begründung des Schuldverhältnisses

§ 17

Vorbemerkung

1. Die Fragen der Begründung eines Schuldverhältnisses sind nicht nur theoretischer Natur, sondern von unmittelbarer Bedeutung für die Lösung eines Rechtsfalles. Fast jeder Rechtsfall wirft nach Schilderung eines historischen *Sachverhalts* die Frage nach den *Ansprüchen* auf, die den Beteiligten untereinander zustehen (näher oben § 6). 57

2. Die meisten zivilrechtlichen Ansprüche beruhen auf Schuldverhältnissen (schuldrechtliche Ansprüche). Daneben gibt es die sog. dinglichen Ansprüche, die ein dingliches Recht verwirklichen (*Medicus*, BürgR, Rdn. 436). Ansprüche können sich entweder aus *Rechtsgeschäft oder Gesetz* ergeben.

Statt vom „Rechtsgeschäft“ wird teilweise vom „Vertrag“ gesprochen. Dies ist jedoch nicht genau, denn es gibt einige Fälle rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse, die nicht auf Verträgen gründen (z. B. Auslobung, vgl. dazu auch oben § 10 I). Statt bloß vom „Gesetz“ zu sprechen, müßte es heißen „lediglich auf Gesetz“, denn daß Rechtsgeschäfte die Quelle von Schuldverhältnissen sind, steht auch im Gesetz, § 305. (§ 305 kann bei der Fallbearbeitung als Rechtsgrundlage für atypische Verträge [o. § 11] zitiert werden; genau genommen ist § 305 allerdings keine Anspruchsnorm, sondern nur eine Ermächtigungsnorm für die Parteien, einen [atypischen] Vertrag abzuschließen [*Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl. 1990, S. 57, 48–51] und dadurch Ansprüche zu begründen; bei typischen Verträgen erfolgt nur die Nennung der jeweiligen Anspruchsnorm, z. B. § 433 II; stets verfehlt ist es, § 241 als Anspruchsnorm oder Teil davon zu zitieren.)

Mit diesen Präzisierungen ist die Formel „Ansprüche beruhen auf Rechtsgeschäft oder Gesetz“ brauchbar und prägnant. Im Fall des „Rechtsgeschäfts“ ist es menschlicher Wille, verbunden mit seiner rechtlichen Anerkennung, der zu rechtlicher Bindung führt, in dem des „Gesetzes“ tritt die Bindung ohne einen darauf gerichteten Willen, lediglich kraft gesetzlicher Vorschrift ein.

§ 18

Überblick über die Entstehungsarten

Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948; *Eltzbacher*, Das rechtswirksame Verhalten, 1903; *Hildebrand*, Erklärungshaftung, 1931; *Manhart*, Über die Entstehung der Forderung, Diss. München 1973; *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, 1939; *MünchKomm/Kramer*, Einl. vor § 241; *Willoweit*, Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, 1969. Außerdem die u. vor III zur „Ver-

trauenshaftung“ und vor IV zu den „faktischen Verträgen“ und weiter die vor §§ 19, 20 und § 21 zitierte Literatur.

I. Schuldverhältnis aus Rechtsgeschäft

58 1. *Einseitige Rechtsgeschäfte*, die Schuldverhältnisse begründen, sind selten: Im Schuldrecht findet sich nur die Auslobung, § 657, im BGB ferner das Stiftungsgeschäft (§§ 80, 82) und das Vermächtnis (§ 2174). Im übrigen kann man sich nicht einseitig zu etwas verpflichten (über die umstrittenen Fälle siehe oben § 10 II). Wer einem anderen 100,— verspricht, schuldet sie ihm erst, wenn der andere das Versprechen formgerecht (§ 518) angenommen hat. Dann liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor (Vertrag).

2. *Vertragliche Schuldverhältnisse* stehen im Vordergrund. Ihre Begründung ist gesondert zu besprechen (unten §§ 19 ff). Wird im Fall nach Ansprüchen gefragt, so ist zu prüfen, aus welchem Vertrag die Ansprüche entstanden sein können.

3. In Notzeiten oder Notfällen bedient sich der Gesetzgeber gelegentlich zwangsweise den Parteien auferlegter „vertraglicher“ Schuldverhältnisse. Das ist vor allem dann erforderlich, wenn sich ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Partnern eingestellt hat, das auf andere Weise vorerst nicht beseitigt werden kann (diktierter Verträge). Das Bewirtschaftungsrecht der Kriegs- und Nachkriegszeit kannte diktierter Verträge in großer Zahl. In diesen Fällen wird den Parteien durch behördlichen Ausspruch ein privater Vertrag mit einem von Gesetz und Behörde festgestellten Inhalt auferlegt. Zu diesem sog. „Kontrahierungszwang“ s. u. Rdn. 86.

II. Schuldverhältnisse aus Gesetz

59 Man kann im Schuldrecht drei wichtige Gruppen unterscheiden, die ergänzt werden durch die Ansprüche aus dem sachenrechtlichen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und eine Kategorie der „sonstigen“ wichtigen Ansprüche aus Gesetz. Ist nach Ansprüchen gefragt, sind in aller Regel nach den Schuldverhältnissen „aus Rechtsgeschäft“ zumindest diese fünf wichtigen Anspruchsgruppen „aus Gesetz“ durchzuprüfen.

1. Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung (Culpa in contrahendo)

Das Rechtsverhältnis der Vertragsanbahnung („culpa in contrahendo“) kann als ein „gesetzliches“ bezeichnet werden, steht aber mit dem Vertrag in enger Beziehung. Näher u. § 20.

2. Schuldverhältnisse aus Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677–687

3. Dingliche Ansprüche, insbesondere Leistungsverhältnisse aus den Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer einer Sache, §§ 985–1007

Man kann darüber streiten, ob es sich bei diesen Ansprüchen um schuldrechtliche Ansprüche handelt, die im Sachenrecht geregelt sind, oder um sachenrechtliche Leistungsansprüche. Das letztere ist richtig, vgl. oben Rdn. 3. Der Streit

hat z. B. für § 281 Bedeutung: § 281 ist auf sachenrechtliche Ansprüche nicht anwendbar, Rdn. 337. Wichtig ist, daß diese Ansprüche neben denen aus Rechtsgeschäft, und zum Teil auch neben denen aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung geltend gemacht werden können, 992, 993. Sie müssen daher bei Erstellung eines Gutachtens stets mit in Erwägung gezogen werden. Die Erörterung der Ansprüche gehört ins Sachenrecht. Zu den Konkurrenzen unten Rdn. 1196 ff.

4. Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung („zurechenbare Schädigung“), §§ 823–853, mit den Sondergesetzen, insb. aus Gefährdungshaftung und Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung, §§ 812–822

5. Sonstige Schuldverhältnisse aus Gesetz (Beispiele)

a) Gastwirthshaftung, §§ 701 ff; **b)** Bruchteilsgemeinschaft, §§ 741 ff; **c)** Pflicht zur Vorlegung von Sachen, §§ 809 ff; **d)** nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis, § 242 (dazu *Deneke*, Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, 1987); **e)** gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Finder und Verlierer, §§ 965 ff; **f)** Aufgrund Pfandrechts, §§ 1215 ff; **g)** Aufgrund Nießbrauchs, §§ 1030 ff; **h)** Familienrechtliche Unterhaltspflichten, §§ 1600 ff; **i)** Zwischen Vormund und Mündel, §§ 1793 ff; **j)** bei Vermögensverwaltungen, § 1985; **k)** Zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer, §§ 2018 ff; **l)** Erbengemeinschaft, §§ 2032 ff.

III. Vertrauenshaftung

Ballerstedt, AcP 151 (1950/51), 507; *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß, 1989, 47–51; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *ders.*, 2. FS *Larenz*, 1983, 27; *Eichler*, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950; *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, 1987; *Schwark*, Jura 85, 343.

Als allgemeiner Haftungsgrund des Privatrechts wird in Rechtsprechung und Literatur oft auf den Gesichtspunkt des Vertrauens eines Geschäftspartners verwiesen. Dieser Gedanke wurde besonders von *Ballerstedt*¹ herausgearbeitet und im Anschluß daran von *Canaris*² in grundlegender Weise entfaltet. Der Vertrauensschutz erfüllt eine Ergänzungsfunktion, indem er rechtsgeschäftliche Bindungen dort ergänzt, „wo die Rechtsgeschäftslehre Schutzlücken offenläßt“.³ Auf die Vertrauenshaftung als allgemeinen Haftungsgrund wird bei den einzelnen Anspruchsgrundlagen, insbesondere bei der Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung, zurückzukommen sein. Erwähnenswert ist als Teil der Vertrauenshaftung die sog. Rechtsscheinhaftung⁴, die z. B. § 15 HGB regelt. Das Vertrauen auf einen rechtlich anerkannten Rechtsschein wird geschützt. Fraglich ist allerdings, ob die Vertrauenshaftung über ihre Funktion als allgemeiner Haftungsgrund hinaus ein allgemeines gesetzliches Schuldverhältnis begründet. Dies wird hier abgelehnt, s. u. § 27 I 3.

¹ *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), 501, 506.

² *Canaris*, Vertrauenshaftung.

³ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 440.

⁴ *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB § 5 Anm. 2; BGH NJW 90, 2678; BGH WM 90, 638 m. Anm. Röver, JA 90, 350.

IV. Die sogenannten fehlerhaften Vertragsverhältnisse

Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948; *Betti*, FS *Lehmann*, Bd. I, 1965, 253; *Börner*, FS *Nipperdey*, Bd. I, 1965, 185; *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960; *Dölle*, ZStW 103, 67; *Erman*, NJW 65, 421; *Esser*, AcP 157 (1959), 86; *Flume*, FS DJT, Bd. I, 1960, 183; *ders.*, AcP 161 (1962), 52; *Gudian*, JZ 67, 303; *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941; *Janke-Weddige*, BB 85, 758; *Kaduk*, JR 68, 1; *Kellmann*, NJW 71, 265; *Köhler*, JZ 81, 464; *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981; *Larenz*, NJW 56, 1897; *ders.*, DRiZ 58, 245; *Lehmann, H.*, IherJb. 90, 131; *ders.*, NJW 58, 1; *Litenerer*, Vertragsfolgen ohne Vertrag, 1979; *Mayer-Maly*, FS *Wilburg*, 1965, 129; *ders.*, FS *Nipperdey* (aaO), 509; *Nikisch*, FS *Dölle*, Bd. I, 1963, 79; *Nipperdey*, MDR 57, 129; *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966; *Raiser, L.*, JZ 58, 1; *ders.*, FS DJT, Bd. I, 1960, 101; *Sack*, RdA 1975, 171; *Schmidt, Karsten*, AcP 186 (1986), 421; *ders.*, JuS 90, 517; *Siebert*, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958; *Simitis, S.*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957; *Ulmer, P.*, FS *Flume*, Bd. I, 1978, S. 301; *Walker*, Der Vollzug der Arbeitgeberernachfolge mit einem vermeintlichen Erben, 1985; *ders.*, JA 85, 138; *Wieacker*, JZ 57, 61; *ders.*, OLG Celle, 1961, 263; *Wiesner*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, 1980.

- 60 1. Zwei Fallgruppen stehen zwischen der Zweiteilung von Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäft und Gesetz. Es handelt sich um Fälle, die als faktische Vertragsverhältnisse (so zuerst *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse) oder besser als Vertragsverhältnisse auf fehlerhafter Vertragsgrundlage bezeichnet werden. Nach der von *Gerhard Haupt* begründeten Lehre sind faktische Vertragsverhältnisse Verträge, die ohne Vorliegen von Willenserklärungen nur auf der Grundlage von tatsächlichem Verhalten zustande kommen. Die moderne Lehre spricht demgegenüber von Vertragsverhältnissen auf fehlerhafter Vertragsgrundlage, weil sie daran festhält, daß fehlerhafte Vertragsverhältnisse nicht als bestehende Vertragsverhältnisse verstanden werden können. Trotz nicht wirksamer Rechtsgeschäfte können in einem der anerkannten Fälle fehlerhafter Vertragsverhältnisse aber vertragliche Rechtsfolgen eintreten.

In systematischer Hinsicht hat man versucht, neben Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäft und aus Gesetz eine dritte Art festzustellen, die man „Schuldverhältnisse aus rechtlich relevantem Verhalten“ oder „rechtlich wirksamem Verhalten“ nannte. Dieser Weg ist wenig erfolgversprechend, da auch die §§ 812 ff, 823 ff rechtlich wirksames Verhalten regeln und eine überzeugende Abgrenzung daher nicht möglich erscheint.

Auch eine neue Theorie, die als einheitliches Prinzip der Fälle der fehlerhaften Vertragsverhältnisse und anderer Fälle rechtsgeschäftsbezogenen Verhaltens (z. B. der Haftung des Sachwalters, dazu u. Rdn. 78) eine *Selbstbindung ohne Vertrag* annimmt und damit eine dritte Entstehungsform für Schuldverhältnisse, die des Quasikontrakts, annimmt (*Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag), ist abzulehnen. Die Fälle können als Formen gesetzlicher Schuldverhältnisse ausreichend erklärt werden.

- 61 Es bleibt somit nur diese Alternative: Entweder muß man zur Erfassung der sog. faktischen Vertragsverhältnisse als *Verträge* den klassischen willensgetragenen Vertragsbegriff zu einem objektiven, willensunabhängigen Vertragsbegriff

erweitern (*Betti*, anders wiederum *Bärmann*), oder es liegen im Bereich der sog. faktischen Vertragsverhältnisse Gesetzeslücken innerhalb der *gesetzlichen* Schuldverhältnisse vor. Da man den willensgetragenen Vertragsbegriff als eine der entscheidenden Errungenschaften des modernen Privatrechts nicht ohne Not fallen lassen sollte (*L. Raiser*), ist der zweite Weg der Suche und der Schließung von Gesetzeslücken im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse vorzuziehen. Da eine gesetzliche Regelung der fehlerhaften Vertragsverhältnisse nicht besteht, sind durch Rechtsfortbildung eigene Regeln zu entwickeln. In diese Richtung scheint die herrschende Meinung zu gehen.

Danach ist zu prüfen, wie weit sich die vier diskutierten Fallgruppen nach bewährten Regeln des Zivilrechts lösen lassen, ohne auf die Theorie der Lückenerfüllung zurückgreifen zu müssen. Hiernach wird im folgenden verfahren.

2. Fallgruppen und Behandlung fehlerhafter Vertragsverhältnisse

a) Fehlerhafte Dauerschuldverhältnisse⁵

Bei fehlerhaften Arbeits-⁶ und Gesellschaftsverhältnissen ist eine Rückabwicklung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812 ff, schwierig, wenn das Verhältnis einige Zeit bestanden hat. Die einzelnen Leistungen und Vermögensverschiebungen lassen sich oft nicht mehr genau feststellen. Außerdem haben Vertragspartner und Gläubiger auf den Bestand des Vertragsverhältnisses vertraut. Aufgrund dieser Erwägungen ist in Rechtsprechung und Lehre der Grundsatz anerkannt, daß bei fehlerhaften Arbeits- und Gesellschaftsverträgen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe nur für die Zukunft geltend gemacht werden können. Die Einwendungen wirken gem. § 242 nur ex nunc. Dies setzt zweierlei vor: einmal muß überhaupt eine – wenn auch unwirksame – vertragliche Grundlage bestehen, da den Vertragsparteien nicht vollkommen ungewollte Rechtsfolgen aufgedrängt werden dürfen. Andererseits muß der fehlerhafte Vertrag in Vollzug gesetzt worden sein.

Der Grundsatz der ex nunc-Wirkung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen wird durchbrochen, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger an dem Verhältnis beteiligt⁷ ist oder ein sonst überwiegendes Interesse der Allgemeinheit oder einzelner vorliegt. Dann sind Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe uneingeschränkt anwendbar.

Teilweise wird erwogen, diese Regeln auch auf fehlerhafte Miet- und Pachtverhältnisse anzuwenden. Diese Frage ist allerdings noch ungeklärt. Jedenfalls gehö-

⁵ *Jauernig/Jauernig*, vor § 145 Anm. 5 a; *Medicus AT*, Rdn. 244 ff; *ders.*, *BürgR*, Rdn. 189 ff; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, 1980, § 3 I 2 b.

⁶ Auf Dienstverhältnisse werden die Regeln des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses angewendet, soweit dies der Schutzzweck gebietet (*Palandt/Heinrichs*, vor § 145 Rdn. 29), insb. wenn eine Anstellung vorliegt (*Palandt/Putzo*, § 611 Rdn. 21).

⁷ Zum Minderjährigenschutz *Schmidt, Karsten*, *AcP* 186 (1986), 421; *ders.*, *JuS* 90, 517.

ren diese Verhältnisse nicht zu den anerkannten Fällen der fehlerhaften Vertragsverhältnisse mit besonderen Fehlerfolgen.⁸

b) Daseinsvorsorgeverträge

- 63** Schwierigkeiten macht die Behandlung von Massenverträgen der Daseinsvorsorge, soweit eine privatrechtliche Ausgestaltung vorliegt. Da in den Bereichen des Transports, der Nachrichtenübermittlung, der Gas-, Wasser- und Stromversorgung und des Verkehrs keine ausdrücklichen Willenserklärungen abgegeben werden, wurde früher zur Begründung von Erfüllungsansprüchen sog. sozialtypisches Verhalten angenommen.⁹ Drei Beispielfälle können die Anwendung der Figur des sozialtypischen Verhaltens veranschaulichen:

- Anschluß an das Gas-, Wasser- und Stromnetz, ohne daß zwischen dem Benutzer und der Versorgungsanstalt ausdrückliche Erklärungen ausgetauscht werden.¹⁰
- Parken auf gebührenpflichtigem Parkplatz, wobei der Parkende dem Wächter sagt, er lehne die Bewachung ab und zahle daher nicht.¹¹
- Benutzung von Straßenbahn, Eisenbahn, Omnibus, ohne daß mit dem Schaffner Worte gewechselt werden.¹²

In diesen Fällen wurde von einer Literaturmeinung und der Rechtsprechung ein Vertragschluß durch die bloße Inanspruchnahme der Leistung, durch sozialtypisches Verhalten befürwortet. Es wurde damit stets das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts angenommen.

Dagegen sprechen jedoch eine Reihe von Bedenken. Vor allem wird durch die Annahme sozialtypischen Verhaltens das Prinzip verletzt, daß beschränkt Geschäftsfähige auch dort geschützt sind, wo der Rechtsverkehr darunter leidet.¹³ Außerdem lassen sich die Fragen des Zustandekommens und des Bereicherungsausgleichs von Verträgen im Massenverkehr nach den bekannten Grundsätzen des Zivilrechts lösen.

Die Ausgangsfrage muß bleiben, ob nicht durch zugegangene, ausdrückliche oder stillschweigende *Willenserklärungen* ein Vertrag zustande gekommen ist. Wer mit der Straßenbahn oder Eisenbahn fährt, sagt fast immer etwas, z. B.: „Geradeaus, zum Bahnhof, zur X-Straße, nach Y, umsteigen.“ Eine stillschweigende Willenserklärung liegt vor, wenn wortlos Fahrscheine geknipst oder Autos

⁸ Für Anwendung der Regeln der fehlerhaften Dauerschuldverhältnisse die Voraufgabe, S. 54; dagegen *Palandt/Heinrichs*, vor § 145 Rdn. 29.

⁹ Begründet hat diese Lehre *Larenz*, vgl. *ders.*, AT, 6. Aufl. 1983, § 28 II; sie wurde jetzt von *Larenz* aufgegeben, AT, 7. Aufl. 1989, § 28 II; umfassend *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 117–122.

¹⁰ RGZ 111, 310; BGHZ 23, 175; BGH NJW-RR 87, 938; LG Berlin, JZ 73, 217 m. Anm. *Beuthien*; OLG Frankfurt NJW-RR 89, 889.

¹¹ BGHZ 21, 319 (333) = ESJ 5.

¹² LG Bremen, NJW 66, 2360 m. abl. Anm. *Medicus* NJW 67, 354.

¹³ So aber LG Bremen, NJW 66, 2360.

zum Parken aufgestellt werden. Man kann dies durchaus damit begründen, daß es sich um sozialtypische Verhaltensformen handelt. Dabei ist nur zu beachten, daß Sozialtypik — entgegen der ursprünglichen Zielrichtung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten — *keine Rechtsquelle, sondern ein Auslegungskriterium* ist. Als Auslegungskriterium besagt die Sozialtypik, daß massenhaft abgegebene Erklärungen verkehrsfreundlich zu beurteilen sind. — Ausdrückliche und stillschweigende *Annahmeerklärungen* brauchen nicht *zuzugehen*, wenn das nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende darauf verzichtet, § 151. Schließt sich jemand stillschweigend an ein Versorgungsnetz an, ist grundsätzlich Verzicht der Versorgungsanstalt auf eine den Anschluß begleitende Erklärung anzunehmen für den Fall, daß der übliche Formularweg nicht eingehalten wird.

Problematisch sind die Fälle der Inanspruchnahme einer Leistung unter ausdrücklicher Betonung, man wolle keinen Vertrag schließen („Protestationsfälle“). So lag es im geschilderten Parkplatzfall, bei dem der Parkende dem Wächter sagte, er lehne die Bewachung ab und zahle daher nicht.¹⁴ Nach der Lehre vom sozialtypischen Verhalten wird hier vom erklärten Willen abgesehen und allein durch das Verhalten ein Vertrag begründet. Richtig ist demgegenüber, mit der anerkannten Regel der „*protestatio facto contraria non valet*“ zu arbeiten, diese Regel allerdings auf die Fälle des Massenverkehrs zu beschränken.¹⁵ In Anlehnung an den Rechtsgedanken der §§ 612, 632, 653, 689, wonach eine einseitige Erklärung in bestimmten Fällen eine Vergütungspflicht nicht ausschließen kann, wird im Massenverkehr die Vergütungspflicht nicht durch Widerspruch ausgeschlossen. Der Handelnde muß sich am objektiven Erklärungswert seiner Inanspruchnahme, die verkehrsfreundlich als stillschweigende Willenserklärung ausgelegt werden kann (s. o.), festhalten lassen. Zwischen den Parteien kommt demnach ein wirksames Rechtsgeschäft zustande. Die Geltendmachung von Willensmängeln ist bei Geschäften des Massenverkehrs bei dieser rechtsgeschäftlichen Lösung zwar grundsätzlich zulässig, allerdings ist die Irrtumsanfechtung gem. § 119 ausgeschlossen, weil die „verständige Würdigung“ verkehrsfreundlich vorzunehmen ist und i. d. R. § 242 entgegensteht.¹⁶

Kein Vertrag kommt dagegen zustande, wenn ein Benutzer eine für ihn nicht bereitgestellte Leitung anzapft. Auch beim „Schwarzfahren“ kann keine Willenserklärung des Schwarzfahrers angenommen werden. Das bürgerliche Recht macht aus Unrechtshandlungen kein Recht. Nach der Lehre vom vertragstypischen Verhalten handeln dagegen der Schwarzfahrer und Leitungsanzapfer sozialtypisch

¹⁴ BGHZ 21, 319 (333).

¹⁵ Die in der Voraufgabe, S. 57 f., vertretene Unterscheidung zwischen *protestatio declarationi contraria* und echter *protestatio facto contraria* wird aufgegeben; Köhler, JZ 81, 464 lehnt das Zustandekommen eines Vertrages in jedem Fall ab, um eine Aushöhlung der Privatautonomie zu vermeiden, und löst die Fälle stets nach Bereicherungs- und Deliktsrecht.

¹⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 145 Rdn. 26 zu Willensmängeln.

mit der Folge, daß es Schwarzfahren und Leitungsanzapfen nicht mehr gibt! Man stelle sich die Überraschung eines routinierten Schwarzfahrers oder Leitungsanzapfers vor, wenn ihm gesagt wird, er stehe in einem rechtlich anerkannten Vertragsverhältnis! — Weiterhin kann das Zustandekommen eines Vertrages an der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Benutzers scheitern, da die Schutzvorschriften zugunsten beschränkt Geschäftsfähiger nach der hier vertretenen rechtsgeschäftlichen Lösung zu beachten sind.

Wenn ein Vertrag nicht zustande kommt, kann das Erlangte grundsätzlich über einen Anspruch aus allgemeiner Eingriffskondiktion (§ 812 I 1 Fall 2) herausverlangt werden. Soweit der die Leistung Beanspruchende die Leistung nicht wieder in natura herausgeben kann, besteht gem. § 818 II ein Wertersatzanspruch. Dabei ist zu beachten, daß die Werthaftung des § 818 II in ihrem üblichen Sinne (Verkehrswert) nicht paßt. Das, was bei Zustandekommen eines Vertrages geschuldet wäre, wäre der Gegenwert, das Entgelt. Man kann diesen Gegenwert als Unterfall des Wertes im Sinne des § 818 II auffassen. Dann kommt es zum Wertersatz schon bei direkter Anwendung von § 818 II durch bloße Auslegung. Genauer ist, eine Normlücke in § 818 II anzuerkennen, soweit es um die Entgelthaftung bei der allgemeinen Eingriffskondiktion geht. Dann ist § 818 II analog anzuwenden und danach der Wert des Erlangten zu ersetzen.¹⁷

Da der die Leistung Beanspruchende den Mangel des rechtlichen Grundes kennt, haftet er nach §§ 819 I, 818 IV nach den allgemeinen Vorschriften. Ein Wegfall der Bereicherung gem. § 818 III scheidet dann aus. — Schadensersatzansprüche nach Deliktsrecht (§§ 823 I, 823 II 1 i. V. m. § 123 StGB usw.) können im Einzelfall bestehen. Dagegen scheidet ein Herausgabeanspruch nach §§ 687 II, 681 S. 2, 667 aus, da bei Eingriff in fremde Rechtskreise schon nicht die Behandlung eines fremden Geschäfts als eigenes vorliegt.

- 64 c)** Neben den beiden erörterten Fallgruppen faktischer Vertragsverhältnisse gibt es weitere Fälle, in denen Vertragsansprüche ohne das Vorliegen eines Vertrages erwogen worden sind. Auch die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß, die unten § 20 besprochen wird, zählt zu diesen Fällen.¹⁸

§ 19

Entstehung durch Vertrag

Bailas, Das Problem der Vertragsschließung und der vertragsbegründende Akt, 1962; *Drobnig*, FS *Riesenfeld*, 1983, 31; *Graue*, Vertragsschluß durch Konsens? in: *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, 105; *Hart*, Die AG 84, 66; *Hönn*, JuS 90, 953; *Köhler*, AcP 182 (1982),

¹⁷ Zu den verschiedenen Lösungsmöglichkeiten *Medicus*, BürgR, Rdn. 719.

¹⁸ Zu den Spezialfällen der faktischen Hofübergabe- und Erbverträge vgl. Voraufgabe S. 55; auch *Medicus*, BürgR, Rdn. 181, 186, 192.

126; *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972; *Manigk*, IherJb. 75, 127; *MPI für ausländisches und internationales Privatrecht*, Gutachten I, aaO (oben § 3, 1b), 1 (rechtsvergleichend); *Mayer-Maly*, FS *Wilburg*, 1965, 129; *ders.*, FS *Nipperdey*, Bd. I, 1965, 509; *ders.*, FS *Seidl*, 1975, 118; *ders.*, Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschäftlicher Sicht, in: *Rechtsgeltung und Konsens* (aaO), 91; *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, 1988; *ders.*, JuS 88, 592; *Schmid, W.*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983; *Tosch*, Entwicklung und Auflösung der Lehre vom Vertrag, 1980; *Tütze*, Die Lehre vom Mißverständnis, 1910; *Wilburg*, AcP 163 (1963), 346.

1. Von den im vorgehenden § 18 besprochenen Begründungsarten eines **65**
Schuldverhältnisses bedarf die durch *Vertrag* noch näherer Betrachtung. Das Gesetz selbst räumt der vertraglichen gegenüber der einseitigen Begründung von Schuldverhältnissen den Vorrang ein, § 305. Danach ist zur *Begründung* eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur *Änderung des Inhalts* eines Schuldverhältnisses ein *Vertrag* zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt (so — die Begründung betreffend — bei der Auslobung, § 657, und — die Inhaltsänderung betreffend — bei Leistungsstörungen, s. u. §§ 41 ff.).

2. Das gleiche gilt, ohne daß das Gesetz es sagt, für die *Aufhebung* eines **66**
Schuldverhältnisses. Die Parteien eines vertraglichen Schuldverhältnisses können es jederzeit vertraglich ändern oder aufheben, so, als ob es nie oder so, daß es nur eine Weile bestanden hat (liberatorischer Vertrag, *actus contrarius*). Aufhebungsverträge sind bei Gesellschafts- und Dienstverträgen nicht selten. Von Kündigung spricht man technisch nur, wenn Gesellschafts- oder Dienstvertrag durch *einseitige* Erklärung gelöst werden. Kündigungsmöglichkeiten müssen vertraglich oder gesetzlich vorgesehen sein, Aufhebungsverträge nicht.¹ Ermächtigungsnorm² für einen Aufhebungsvertrag ist § 305 analog.

3. Ein *Vertrag* kommt zustande durch zwei oder mehrere *sich inhaltlich dek-* **67**
kende, aufeinander Bezug nehmende Willenserklärungen, die von einem Handlungswillen, Erklärungsbewußtsein und Rechtsbindungswillen (zur Dreiteilung des subjektiven Tatbestands der Willenserklärung *Palandt/Heinrichs*, vor § 116 Anm. 1 a) getragen sind, §§ 145 ff. Für Einzelheiten ist auf den Allgemeinen Teil zu verweisen; vgl. auch *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum, 87 ff.

4. Daß Verträge *binden*, beruht auf der unserer Rechtskultur eigenen Überzeugung, daß schon das ernst gemeinte Versprechen, zunächst vorbereitend und später rechtfertigend, die Leistung dem Rechtskreis des Versprechensempfängers zuordnet. Andere Rechtskulturen honorieren das bloße Versprechen nicht in gleicher Weise (z. B. manche buddhistische) oder

¹ Zur allgemeinen Kündigungsmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen s. Rdn. 36 und 188.

² *Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl. 1990, S. 57, 48—51; es empfiehlt sich aber, § 305 als „Anspruchsnorm“ zu zitieren und auf diese Auslegung von § 305 hinzuweisen.