

de Gruyter Lehrbuch

Schuldrecht

von

Wolfgang Fikentscher

7., neubearbeitete Auflage



1985

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.

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Fikentscher, Wolfgang:
Schuldrecht / von Wolfgang Fikentscher. – 7.,
neubearb. Aufl. – Berlin; New York: de Gruyter,
1985.
ISBN 3-11-007158-4

©

Copyright 1985 by

Walter de Gruyter & Co., Berlin 30. Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck Ernst Kieser GmbH, Graphischer Betrieb, 8902 Neusäß
Bindarbeiten: Lüderitz & Bauer Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

Vorwort zur 7. Auflage

Die 6. Auflage von 1976 ist seit längerem vergriffen. Die Fertigstellung der „Methoden des Rechts“ (1977) und des „Wirtschaftsrechts“ (1983), ließen kein schnelleres Erscheinen der 7. Auflage des „Schuldrechts“ zu. Schon bald erwies sich nämlich, daß eine durchgreifende und daher zeitbeanspruchende Neubearbeitung des Schuldrechtslehrbuchs erforderlich war, die z. B. das AGB-Gesetz (1977) berücksichtigt. Diese Bearbeitung kann nun vorgelegt werden.

Neu eingefügt oder neu gefaßt wurden die Abschnitte über das Rechtsverhältnis der Vertragsanbahnung (*culpa in contrahendo*), die Eigenhaftung des Gehilfen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die vertraglichen Anpassungsklauseln, die Erfüllung, die Leasing-Verträge, den Reiseveranstaltungsvertrag, die Produzentenhaftung, das internationale Schuldrecht und die Schuldrechtsreform. Die Lehre von Treu und Glauben findet sich in Beantwortung der von J. Schmidt im Staudingerschen Kommentar erhobenen Einwände neu begründet. Umgearbeitet und wesentlich ergänzt wurden u. a. die Darstellungen der Geschäftsgrundlage, der Geschäfte auf den Todesfall, des Geldrechts, der Mängelfolge- und Begleitschäden, des Factoring-Vertrags, der gemeinschaftlichen Begehung von unerlaubten Handlungen und der Haftpflichtgesetze. Die Bezüge des Schuldrechts zum Handels- und Wirtschaftsrecht wurden stärker als bisher betont. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zum 31. Juli 1984, in Einzelfällen auch darüber hinaus berücksichtigt. Das Kapitel über die „Amtshaftung“ ist unverändert geblieben, da die weitere Entwicklung nach der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Staatshaftungsgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht noch abzuwarten ist; vorläufig gilt der alte Rechtszustand weiter.

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 Schuld-

recht gehört. Die früher getrennt neben den Vorlesungen laufenden praktischen Übungen werden in die „Kurse“ integriert, so daß vielfach der „Grundkursschein“ 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 Götschen (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 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.

In erster Linie danken möchte ich Herrn Dr. Aristide Chiotellis, der sich um die der 7. Auflage zugrundeliegende Neubearbeitung besonders verdient gemacht hat. Die jetzige Fassung der §§ 1–25 ist sein Werk. Er trug außerdem selbständige Entwürfe bei und übernahm einen großen Teil der Last, die mit der Durchsicht des übrigen Textes und den organisatorischen Arbeiten verbunden war.

Frau Katja Waibl und den Herren Dr. Michael Bohrer, Dr. Otto Gaßner und Karl Wach danke ich für die Sichtung und Aussortierung von Material. Zusätzlich haben Frau Andrea Graf, Frau Irene Lamb und die Herren Mar-

Vorwort

kus Gruber, Rainer Koch und Hans-Frieder Krauß an den Korrekturen und Registern mitgewirkt. Ihnen allen möchte ich auch an dieser Stelle meinen Dank aussprechen.

Dem Verlag gilt mein besonderer Dank für die nun schon zwanzig Jahre währende verständnisvolle Betreuung dieses Buches.

München, im November 1984

Wolfgang Fikentscher

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 ge-

Vorwort

schriebenen 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 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-Beziehungsetzen 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	XIX

Einleitung

§ 1	Rechtstechnische Aufgabe, Begriff, Stellung, rechtspolitische und rechtsdogmatische Grundgedanken des Schuldrechts	1
§ 2	Rechtsquellen	9
§ 3	Schrifttum	11
§ 4	Plan der Darstellung	14

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	16
§ 6	Das Gutachten (der Fallaufbau)	21
§ 7	Begriff des Schuldverhältnisses. Gefälligkeitsverhältnisse. Schulden und Haften	22
§ 8	Die Leistung	26
§ 9	Die wirtschaftliche Bedeutung des Schuldverhältnisses	33

2. Unterabschnitt: Arten der Schuldverhältnisse

§ 10	Arten der Schuldverhältnisse: Beteiligung am Schuldverhältnis. Gegenseitiger Vertrag (Überblick)	34
§ 11	Fortsetzung: Typische und atypische Schuldverhältnisse	38
§ 12	Fortsetzung: Konsensual- und Realverträge	41
§ 13	Fortsetzung: Kausale und abstrakte Schuldverhältnisse	41

3. Unterabschnitt: Abgrenzungen

§ 14	Verpflichtung und Verfügung	43
§ 15	Relative Wirkung der Forderung	45
§ 16	Unvollkommene Verbindlichkeiten und verbindlichkeitsähnliche Tatbestände	47

Inhalt

2. Abschnitt

Begründung des Schuldverhältnisses

§ 17	Vorbemerkung	49
§ 18	Überblick über die Entstehungsarten	50
§ 19	Entstehung durch Vertrag	60
§ 20	Vor- und nachvertragliche Sorgfaltspflichten („culpa in contrahendo“; „nachwirkende Treuepflichten“)	62
§ 21	Verfassungsrecht und Schuldrecht. Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen ..	72
§ 22	Form des Vertrags	82
§ 23	Vorvertrag und andere vorläufige Verträge	89
§ 24	Rahmenvertrag	93
§ 25	Draufgabe und Vertragsstrafe	94

3. Abschnitt

Inhalt des Schuldverhältnisses

§ 26	Bestimmung des Leistungsinhalts im allgemeinen. Allgemeine Geschäftsbedingungen (das AGBG)	98
§ 27	Treu und Glauben. Die Bedeutungen des § 242	126
§ 28	Gattungsschuld, Wahlschuld und Ersatzbefugnis (Relative Unbestimmtheit der Leistung)	152
§ 29	Geldschulden und Zinsen	159
§ 30	Teilleistungen	164
§ 31	Aufwendungsersatz und Wegnahmerecht	165
§ 32	Rechnungslegung, Herausgabe von Gegenstandsinbegriffen. Auskunft und Versicherung an Eides Statt.	166
§ 33	Einfluß der Rechtshängigkeit auf den Herausgabeanspruch und Vorlegung von Sachen	167
§ 34	Zeit der Leistung. Kündigung	168
§ 35	Ort der Leistung	170
§ 36	Leistung durch Dritte	176
§ 37	Vertrag zugunsten Dritter. Verträge mit Schutzwirkung für Dritte. Versprechen zugunsten Dritter auf den Todesfall	179

4. Abschnitt

Erlöschen von Schuldverhältnissen

§ 38	Erfüllung	190
§ 39	Erfüllungsetzungen	197
§ 40	Inhaltsänderung, Schuldersetzung, Vergleich (Gleichzeitige Beendigung und Begründung von Schuldverhältnissen)	212

5. Abschnitt

Leistungsstörungen

§ 41	Vorbemerkung	217
§ 42	Überblick über die Leistungsstörungen	218

Inhalt

1. Unterabschnitt:

Tatbestände und Rechtsfolgen der Leistungsstörungen

§ 43	Anfängliche objektive Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen	227
§ 44	Nachträgliche objektive Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen („Unmöglichwerden der Leistung“) bei einfachen Leistungspflichten und in gegenseitigen Verträgen	232
§ 45	Schuldnerverzug bei einfachen Leistungspflichten und in gegenseitigen Verträgen. Fixgeschäft	249
§ 46	Gläubigerverzug	261
§ 47	Schlechterfüllung („positive Forderungsverletzung“)	267
§ 48	Sonstige Störungen im Ablauf von Schuldverhältnissen, insbesondere Zurückbehaltungsrecht und vertraglicher Rücktritt	278

2. Unterabschnitt:

Die zusätzlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs

§ 49	Theorie der Schadenszurechnung in Grundzügen	285
§ 50	Schaden	300
§ 51	Verursachung	308
§ 52	Rechtswidrigkeit	314
§ 53	Vertretenmüssen, insbesondere Verschulden	320
§ 54	Haftung für fremdes Verschulden (der Erfüllungsgehilfe). Eigenhaftung des Gehilfen	327
§ 55	Umfang und Art des Schadensersatzes (Lehre vom Interesse)	332

6. Abschnitt

Übertragung der Forderung und Schuldübernahme

§ 56	Vorbemerkung	353
§ 57	Forderungsübertragung	356
§ 58	Gesetzliche Übertragung der Forderung und Übertragung anderer Rechte	373
§ 59	Schuldübernahme und Verwandtes	373

7. Abschnitt

Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten

§ 60	Übersicht. Begriffe	380
§ 61	Teilschuldverhältnisse (reale Teilung von Berechtigung und Verpflichtung).	383
§ 62	Gesamtschuldverhältnisse (Gesamtberechtigung, Gesamtverpflichtung)	384
§ 63	Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaften	391

Inhalt

Der Besondere Teil des Schuldrechts

(Die einzelnen Schuldverhältnisse)

8. Abschnitt

Einleitung

§ 64	Überblick über das besondere Schuldrecht	397
§ 65	Vertragsverbindungen und gemischte Verträge	400

9. Abschnitt

Veräußerungsverträge

§ 66	Kauf. Begriff, Abschluß, Pflichten im allgemeinen	404
§ 67	Gefahrtragung. Verwendung, Nutzungen, Lasten, Zinsen, Kosten	411
§ 68	Leistungsstörungen beim Kauf im allgemeinen	419
§ 69	Rechtsmängelgewährleistung	421
§ 70	Sachmängelgewährleistung	428
§ 71	Besondere Arten des Kaufs	458
§ 72	Tausch	490
§ 73	Schenkung, Schenkungsversprechen	491

10. Abschnitt

Gebrauchsüberlassungsverträge

§ 74	Miete	496
§ 75	Pacht	517
§ 76	Leihe	519
§ 77	Darlehen, Darlehensversprechen	521

11. Abschnitt

Schuldverhältnisse über Tätigkeiten

§ 78	Übersicht	526
§ 79	Dienstvertrag	529
§ 80	Werkvertrag. Werklieferungsvertrag	549
§ 81	Auftrag	565
§ 82	Geschäftsbesorgung, Raterteilung	570
§ 83	Geschäftsführung ohne Auftrag	572
§ 84	Mäklervertrag	592
§ 85	Auslobung	595
§ 86	Verwahrung	596
§ 87	Einbringung von Sachen bei Gastwirten	599

Inhalt

12. Abschnitt

Schuldrechtliche Personenvereinigungen

§ 88	Gesellschaft	602
§ 89	Gemeinschaft	617

13. Abschnitt

Besondere Versprechen

§ 90	Leibrente	619
§ 91	Spiel, Wette, Differenzgeschäft	620
§ 92	Sichernde Versprechen (Bürgschaft, Garantie, Versicherungsvertrag, Sicherungsabrede, Sicherungstreuhand)	621
§ 93	Vergleich	636
§ 94	Schuldversprechen, Schuldanerkennntnis	636
§ 95	Anweisung	639
§ 96	Schuldverschreibung auf den Inhaber	641

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	660
§ 99	Arten und Voraussetzungen der Bereicherungsansprüche im einzelnen	664
§ 100	Rechtsfolgen des Bereicherungsanspruchs: Der Gegenstand der Bereicherung	696
§ 101	Fortsetzung: Der Verpflichtete. Die Bereicherungseinrede. Konkurrenzen ..	707

16. Abschnitt

Unerlaubte Handlung

§ 102	Übersicht. Der Handlungsbegriff. Verhältnis zu den vertraglichen Ansprüchen, zur ungerechtfertigten Bereicherung und zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	710
-------	---	-----

Inhalt

1. Unterabschnitt:	
Die Tatbestände der unerlaubten Handlung	
I. Die Verletzungshandlung	
A. Die Verschuldenshaftung	
1. Die allgemeinen Deliktstatbestände	
§ 103	Eingriffsdelikte, 823 I 720
§ 104	Schutzgesetzdelikte, 823 II 754
§ 105	Sittenwidrige Vermögensschäden, 826 757
2. Die besonderen Deliktstatbestände	
§ 106	Kreditgefährdung, Verletzung der Geschlechtshhre, Gebäudehaftung, Amtspflichtverletzung 760
3. Haftung für unerlaubte Handlungen anderer	
§ 107	Verrichtungsgehilfe, Haftung in Großbetrieben, Haftung für Aufsichtsbedürftige 770
§ 108	Mehrere Schädiger 778
B. Die Gefährdungshaftung	
§ 109	Tierhaftung, Verkehrshaftpflichtgesetze, Energiehaftung, Haftung für Gewässerschäden, Arzneimittelhaftung, Ersatzpflicht aus Zwangsvollstreckung 782
C. Die Billigkeitshaftung	
§ 110	 789
II. Die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen	
§ 111	Schaden, Verursachung, Rechtswidrigkeit, Verschulden 790
2. Unterabschnitt	
§ 112	Erlaubte, aber zu Schadensersatz oder Entschädigung verpflichtende Eingriffe in fremde Rechte 793
3. Unterabschnitt	
§ 113	Die Rechtsfolgen unerlaubter und erlaubter, aber zu Schadensersatz oder Entschädigung verpflichtender Handlungen 796
4. Unterabschnitt	
§ 114	Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch 801

Inhalt

17. Abschnitt

Räumliche und zeitliche Bezüge des Schuldrechts

§ 115 Der räumliche Bezug des Schuldrechts: Hauptprobleme des deutschen internationalen Schuldrechts	806
§ 116 Der zeitliche Bezug des Schuldrechts: Zur Geschichte des deutschen Schuldrechts. Reformvorhaben	817

Register

Verzeichnis der Gesetzesstellen	829
Sach- und Entscheidungsregister	839

Abkürzungsverzeichnis

(Die abgekürzt zitierte Schuldrechtsliteratur findet sich in § 3).

a. A.	= anderer Ansicht; oder: am Anfang
a. a. O.	= 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
ABGB	= 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
AO	= Anordnung
AÖR	= Archiv für öffentliches Recht
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
APR	= Allgemeines Persönlichkeitsrecht
ArbuR	= Arbeit und Recht
ArchBürgR	= Archiv für bürgerliches Recht
arg.	= Argumentum aus
ARS	= Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
Art.	= Artikel
ArztR	= Arztrecht
AT	= allgemeiner Teil
AtomG	= Atomgesetz

Abkürzungsverzeichnis

Aufl.	= Auflage
AuR	= Arbeit und Recht
AWD	= Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAnz.	= Bundesanzeiger
Baur	= Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl. 1983
BB	= Der Betriebsberater
BBauG	= Bundesbaugesetz
Bd.	= Bund
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
BVG	= Betriebsverfassungsgesetz
bzw.	= beziehungsweise
D	= Digesten
DAR, DArbR	= Deutsches Arbeitsrecht
DAutR	= 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

XX

Abkürzungsverzeichnis

dt.	= deutsch
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	= Durchführungsverordnung
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
f., ff.	= folgende Seite(n)
FamRZ	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Zeitschr.)
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)
Flume AT	= Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bde I/1 (1977); I/2 (1983); II (1965, 3. Aufl. 1979)
FS	= Festschrift
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	= Haftpflichtgesetz
HandwO	= Handwerksordnung

Abkürzungsverzeichnis

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.	= im Sinne
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
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

Abkürzungsverzeichnis

Larenz AT	= Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts (6. Aufl. 1983)
Lehmann/ Hübner	= Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (16. Aufl. 1966)
LG	= Landgericht
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
LQR	= Law Quaterly Review
LuftVG	= Luftverkehrsgesetz
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	= Medizinrecht
Medicus AT	= Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB (1982)
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
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
pVV	= positive Vertragsverletzung
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RAbgO	= Reichsabgabenordnung
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RaU	= Recht am Unternehmen
RdA	= Recht der Arbeit

Abkürzungsverzeichnis

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
ROHG	= Reichsoberhandelsgericht
Rspr.	= Rechtsprechung
Rth	= Rechtstheorie (Zeitschrift)
RvgIHWB	= Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
RVO	= Reichsversicherungsordnung
s.	= siehe
SavZ rom. Abt.	SAE = Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwerbehG	= Savigny-Zeitschrift, romanistische Abteilung
SeuffA	= Schwerbehindertengesetz
SeuffBl.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten
SJZ	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
s. o.	= Süddeutsche Juristenzeitung
SozArbR	= siehe oben
SozPr.	= Zeitschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (öst.)
StGB	= Soziale Praxis
st. Rspr.	= Strafgesetzbuch
StVG	= ständige Rechtsprechung
StVZO	= Straßenverkehrsgesetz
TVG	= 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
URG	= Urheberrechtsgesetz
usw.	= und so weiter
u. U.	= unter Umständen

Abkürzungsverzeichnis

UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	= vom, von
VerglO	= Vergleichsordnung
VerlG	= Gesetz über das Verlagsrecht
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
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	= Wohnraumkündigungsschutzgesetz
WPR	= Wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht
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
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

Abkürzungsverzeichnis

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. 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? Ohne rechtliche Grundlage können Ansprüche nicht zugesprochen werden. Derartige von der Rechtsordnung bereitgestellte Vorschriften zur Gewährung von Ansprüchen nennt man „Anspruchsgrundlagen“ oder „Anspruchsnormen“. Anspruchsnormen finden sich über das ganze Recht verstreut. Der Jurist muß sie kennen. Um sie aufzusuchen, geht der Jurist bei der Lösung jedes Falles 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 *Beziehungen* zwischen Personen, kraft deren der eine (*Gläubiger*, Berechtig-

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 Göschen, Berlin 1972, und die übrige unten vor § 6 zitierte Literatur.

ter) 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:

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.

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

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 Besitzeinräumungen 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 Kammer 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 ein solcher Anspruch entsteht, wird im Schuldrecht einzeln bestimmt, dazu u. § 18. Neben der Entstehung gehören *Inhalt*, *Veränderung*, *Untergang* und *Störung* dieser Ansprüche in den Bereich des Schuldrechts.

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⁾

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.).

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 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. § 102 V): Der Verleiher verlangt nach Ablauf der Leihe vom Entleiher die verliehene Sache nach § 604 I und § 985 zurück.

Sachenrechte genießen den Schutz des § 823 I, nicht dagegen Forderungen. Forderungen sind grundsätzlich keine „sonstigen Rechte“ im Sinne des § 823 I (fast allgem. Meinung). Doch besteht deliktischer Schutz von Forderungen nach § 826 (sittenwidrige Schädigung). Im einzelnen siehe unten § 103 I 6 a.

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, 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, Rn. 21; *Canaris*, a. a. O., 393 ff.; *Weitnauer*, a. a. O., 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,

⁶⁾ Näheres zu den rechtsgrundlosen Verfügungen unten § 99 IV 2 bb.

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. Die Innehabung ist zwar kein absolutes Recht, das als solches nach § 823 I geschützt ist. Die Absolutheit eines Rechts ergibt sich nämlich nicht aus der bloßen Zuordnung an einen Gläubiger, sondern aus der Verletzbarkeit des Rechts durch Eingriffe *beliebiger* Dritter. Sie fehlt bei Forderungen. Es sind immer nur ganz bestimmte, am Rechtsgeschäft beteiligte Dritte (z. B. der Zedent), die eine Forderung auf Grund einer Spezialbestimmung (z. B. 407) verletzen können. Dennoch muß, eben soweit dritte Personen nach gesetzlicher Bestimmung auf Forderungen schädigend einwirken können, der Deliktsschutz offenstehen. Auch das ist aber eine Besonderheit, die der Verallgemeinerung de lege lata nicht zugänglich ist; vgl. z. B. *MünchKomm/Kramer*, Einl. vor § 241, Rn. 21, 26 und zum Streitstand *Ennecerus/Lehmann* § 1 II 1; *Larenz* I § 2 II; ferner *Diederichsen*, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, sowie unten § 103 I 6a und Literatur-Angaben zu § 15.

c) Auch das *Familienrecht* kennt Forderungsrechte, insb. Unterhaltsansprüche, 1360ff., 1601ff., 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, 2018ff. 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, siehe dazu *Westermann*, SachR, § 31 IV 4; 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 handelsrechtli-

chen 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 *Kindermann* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1982, 11; *Lehmann, M.*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, 1983.

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 Gutgläubensschutz). Es ist eine schwierige, auf der Grenze von Schuld- und Sachenrecht stehende Materie.

i) Im *öffentlichen Recht* gibt es zahlreiche Forderungsrechte, auch Verträge. Die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Grundsätze ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, vgl. § 62 VwVfG. Weitgehend ist sie für die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln anerkannt. Ob überhaupt und in welchem Umfang § 242 im öffentlichen Recht anzuwenden sei, ist bestritten, vgl. *Forsthoff*, VerwR, § 9; *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. § 19, 5; BGHZ 35, 69 im Anschluß an BGHZ 32, 214 und 34, 88. Nach BGHZ 4, 192, 195 ist § 282 auf das öffentlich-rechtliche Verwaltungsverhältnis entsprechend anzuwenden.

IV. Rechtspolitische und rechtsdogmatische Grundgedanken des Schuldrechts

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. Die Grenzen der Privatautonomie liegen einerseits in den guten Sitten und den von moralischen Grundsätzen getragenen gesetzlichen Verböten, andererseits im Mangel an eigener Wirtschaftskraft. Im ersten Fall muß der Staat *verbiehend* (z. B. Sittengebot der §§ 138, 826, Währungsrecht, Kontrolle wirtschaftlicher Macht), im zweiten *helpend* eingreifen (Sozialhilfe, Lastenausgleich, Sozialversicherung, steuerrechtliche Vermögensumverteilung, Vermögensbildung, Kartell-(Antimonopol-)recht, 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. 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 politische Bedingtheit der bürgerlichen Rechtsordnung, und damit des Schuldrechts, wurde bis zum Ende des zweiten Weltkriegs kaum erkannt und wird auch heute noch weithin geleugnet. Zu Unrecht, wie ein Blick auf zentrale Schuldrechtsgedanken beweist: Vertragsfreiheit (§ 305), Mark = Mark (§ 244), Einbeziehung der Forderungszuständigkeit in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, usw. Die liberalistische Grundhaltung des BGB, besonders des Schuldrechts, ist eben nicht fraglos, sie bedarf aber politischer Bejahung, wenn die bürgerlichen Rechtsnormen ihren Sinn behalten sollen. Diese politische Bejahung ermöglicht dann die erforderlichen Begrenzungen, insb. durch Verbraucherschutz, Kartellrecht, Planung und staatliche Intervention.⁷⁾

⁷⁾ Näher Esser/Schmidt I 1, § 1 I, II; Medicus I § 6 I, II; Fikentscher, Wirtschaftsrecht § 22 VII 1. Zum Verbraucherschutz insb. vgl. Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch

3. Unter den *rechtsdogmatischen Grundgedanken* des deutschen Schuldrechts 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* 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.⁸⁾

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 § 8, 5.

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, 1959; *Martens*, AcP 177, 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.

Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, 1983; *Heinbuch*, Theorien und Strategien des Verbraucherschutzes, 1983; v. *Hippel*, BB 83, 2024; *Joerges*, Die AG 83, 57; *Reich/Micklitz*, Verbraucherschutzrecht in der BRD, 1980.

⁸⁾ *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975; v. *Hippel*, Der Schutz des Schwächeren, 1982; *Lieb*, AcP 178, 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.

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

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

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*). 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 der 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

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 Verfahrensrecht 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 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 geändert²⁾. 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.

– 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).

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 *Staud./J. Schmidt*, Einl. vor § 241, Rz. 21 ff. für den Zeitraum bis Juni 1981. Mit dem G. v. 20. 12. 1982 (dazu unten § 74 IV 1) wurden außerdem manche mietrechtliche Vorschriften geändert bzw. neue Bestimmungen eingeführt.

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 § 66 IV 5 und V 3 a dd. – Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894, RGBl. 450 (betr. Ratenkauf); näher unten § 71 V 5.

– Verordnung, betr. die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. 3. 1899, RGBl. 219 (vgl. § 482 II), unten § 70 VIII.

– 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 § 74 IV.

– Haager Einheitliches Kaufrecht vom 17. 7. 1973, BGBl. 1974 I 358. Dazu unten § 66 IV 7, § 115 I 4.

– Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908, RGBl. 263; unten § 92 III.

– Atomgesetz vom 23. 12. 1959, BGBl. I 814; Wasserhaushaltsgesetz vom 27. 7. 1957, BGBl. I 1110 (zu den beiden letztgenannten siehe unten § 109 III, IV).

Die Gruppe der Haftpflichtgesetze ergänzt die §§ 823 ff. insb. durch Regelung von Tatbeständen der Gefährdungshaftung. Dazu unten § 109.

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

Über das Verhältnis des Schuldrechts zum Handels-, Arbeits-, Wirtschafts- und Wertpapierrecht siehe oben § 1 II 2 e–h.

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. § 26 V 5). Es betrifft den Allgemeinen und den Besonderen Teil des Schuldrechts.

d) Zur *Schuldrechtsreform* s. u. § 116.

§ 3**Schrifttum****1. Materialien und Texte zur Gesetzgebung****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 Gesetzbuchs 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)**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/Felgentraeger*, 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, 12. Aufl. 1984; Besonderes Schuldrecht, 11. Aufl. 1984 (zit.: *Brox I* bzw. *II*); *Deutsch*, Haftungsrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren, 1976 (zit.: *Deutsch*, Haftungsrecht I); *Dilcher*, Schuldrecht, Besonderer Teil in programmierter Form, 2. Aufl. 1982; *Emmerich*, BGB Schuldrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 1982; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 1978; *Emmerich*, u. a., Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 1972; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958 (zit.: *Enn./L.*); *Essser*, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 (zit.: *Esser*²); *Esser*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1970; Bd. II, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1971 (zit.: *Esser I*⁴ bzw. *II*⁴); *Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984 (zit.: *Esser/Schmidt*); *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 6. Aufl. 1984 (zit.: *Esser/Weyers*); *Gernhuber*, Bürgerliches Recht, 2. Aufl. 1983 (zit.: *Gernhuber*, BüRG); *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 2), 1983 (zit.: *Gernhuber*, Erfüllung); *Gitter*, u. a., Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht), 1974; *Hattenhauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 1982; *Hirsch/Pleyer*, Einführung in das Bürgerliche Vermögensrecht, 6. Aufl. 1975; *Köbler*, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 1975; *Kötz*, Deliktsrecht, 3. Aufl. 1983; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1975; *Ksoll*, Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1966; *Lange*, *Hermann*, Schadensersatz (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 1), 1979; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 1982; Bd. II, Besonderer Teil, 12. Aufl. 1981 (zit.: *Larenz I* bzw. *II*); *Lohmann*, Vertragsrecht, 2. Buch, Verpflichtungsgeschäfte, 1978; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 11. Aufl. 1983 (zit.: *Medicus*, BüRG, Rn.); *Medicus*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984; Schuldrecht II, Besonderer Teil, 1983 (zit.: *Medicus I* bzw. *II*); *Methfessel*, Vertrags-

recht, 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; *Nikisch*, Bürgerliches Recht, Das Recht der Schuldverhältnisse I, Allgemeine Lehren, 1947; *Nörr, K. W./Scheyhing*, Sukzessionen (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 2), 1983; *Rehbinder, Eckard*, Vertragsgestaltung, 1982; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 4), 1983; *Schmelzeisen*, Bürgerliches Recht, 5. Aufl. 1980; *Titze*, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1948; *Weber*, Sicherungsgeschäfte, 2. Aufl. 1977; *Westermann, Harm Peter*, BGB Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1981; *Westermann, Harry*, Grundbegriffe des BGB, 11. Aufl. 1983; *Wolf, Ernst*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil; Bd. II, Besonderer Teil, beide 1978.

3. Kommentare

Achilles/Greif, Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Aufl. 1958 (mit Nachtrag 1963); Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Allgemeines Schuldrecht, 1980; Bd. III, Besonderes Schuldrecht (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; *Erman*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., 7. Aufl. 1981 (zit.: *Erman/Bearbeiter*); *Jauernig*, u. a., Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. 1984 (zit.: *Jauernig/Bearbeiter*); Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs (früher: Reichsgerichtsräte-Kommentar), Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 1959/60; 12. Aufl. 1974ff. (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, 1979; Bd. III, Schuldrecht Besonderer Teil (2 Halbbände), 1980 (zit.: *MünchKomm/Bearbeiter*); *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, 5. Aufl., 1928; Bd. II, 1929; *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl. 1984 (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/Quittnat*, 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. 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. 1978ff.; bisher erschienen: §§ 241–242, 243–254, 255–327, 328–335, 433–580a (535–580a, 2. Bearb. 1981), 581–606, 620–630, 651a–651k, 657–740, 741–778, 812–822, AGBG, 2. WKSchG, LandpachtG (zit. *Staud./Bearbeiter*); *Warneyer*, das BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., bearbeitet von *Bohnenberg*, 1950.

4. Fallsammlungen

Berg, Übungen im Bürgerlichen Recht, 12. Aufl. 1976; *Beuthien/Weber*, Juristischer Studienkurs, Schuldrecht II, Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz,

2. Aufl. 1984; *Buchner/Roth*, Juristischer Studienkurs, Schuldrecht III, Unerlaubte Handlungen, 2. Aufl. 1984; *Diederichsen*, Die BGB-Klausur, 6. Aufl. 1984; *Esser/Schmidt/Köndgen*, Fälle zum Schuldrecht, 3. Aufl. 1971; *Fabricius*, Der Rechtsfall im Privatrecht, 4. Aufl. 1984; *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum, 1972 (3. Teil); *Hattenhauer/Roll*, 70 Klausuren aus dem BGB, 4. Aufl. 1982; *Honsell/Wieling*, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, 1979; *Ihering/Kipp*, Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen, 12. Aufl. 1913; *Köbler*, Die Anfängerübung im bürgerlichen Recht, Strafrecht und öffentlichen Recht, 4. Aufl. 1983; *Köhler*, Prüfe dein Wissen, Recht der Schuldverhältnisse, Schuldrecht I, 11. Aufl. 1983, Schuldrecht II, 10. Aufl. 1982; *Kornblum*, Fälle zum Allgemeinen Schuldrecht, 1978; *Küpsch/Krüger*, Deliktsrecht 1983; *Löwisch*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1982; *Löwisch/Denck*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 1978; *Lüderitz/Frhr. v. Marschall*, Fälle und Texte zum Schuldrecht, 4. Aufl. 1979; *Marburger*, 20 Klausurprobleme aus dem BGB, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1980; *Marburger*, 20 Klausurprobleme aus dem BGB, Schuldrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl. 1978; *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1977; *Mehrrens*, 20 Klausurprobleme aus dem BGB, Bereicherungsrecht, 2. Aufl. 1982; *Pleyer*, Sammlung privatrechtlicher Fälle, 10. Aufl. 1980; *Reeb*, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975; *Rimmelspacher*, Juristischer Studienkurs, Kreditsicherungsrecht, 1980; *Schneider*, *Egon*, Zivilrechtliche Klausuren, 4. Aufl. 1984; *Schramm*, Klausurenteknik, 6. Aufl. 1983; *Teichmann*, Juristischer Studienkurs, Schuldrecht I, Leistungsstörungen und Gewährleistung, 2. Aufl. 1981; *Thiele*, Wiederholungs- und Vertiefungskurs, Bd. 1, BGB Allgemeiner Teil, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 1980; Bd. 2, Schuldrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 1982; *Werner, Olaf*, Fälle und Lösungen für Anfänger im Bürgerlichen Recht, 4. Aufl. 1984.

5. Entscheidungssammlungen

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, 1967; Bürgerliches Recht II, 1968; 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.

§ 4

Plan der Darstellung

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 besonderes 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 *In-*

halt 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

AK/Dubischar, vor §§ 241 ff., Rdn. 1 ff.; *Becker, W. G.*, Gegenopfer und Opferverweh-
rung, 1958; *Blomeyer, Arwed*, AcP 154, 527; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im
deutschen Privatrecht, 1971; *Dubischar*, JuS 78, 300; *Dulckeit*, Die Verdinglichung
obligatorischer Rechte, 1951; *Esser*, Grundatz und Norm in der richterlichen Fortbil-
dung des Privatrechts, 3. Aufl. 1974; *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher
Rechtsschutz, 1958, S. 207 ff.; *ders.*, Wirtschaftsrecht 1983, § 22 VII 1 b; *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 unseres Pri-
vatrechts, 1957; *Horstmann*, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtli-
cher Normen auf dingliche Ansprüche, 1938; *Ihering*, Das Schuldmoment im röm.
Recht, Gießen 1867, S. 4 ff.; *Kübler*, Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privat-
rechtstheorie, 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 Be-
reicherung 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

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, wobei die Vertragsschuld die Gutmachung eines Versprechens betrifft, 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; grundsätzlich anders *Larenz*, I § 2 I; *Canaris*, Vertrauenshaftung).

2. Bestandsschutz und Freiheitsschutz als Teile des bürgerlichen Rechtsschutzes

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

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

Rechtes: „Bestandsschutz“; Beispiele: Eigentum, gewerblicher Rechtsschutz, Vertragsrechte.

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).

3. Die Restitutionspflicht

a) Im Bereich des Schutzes zugeordneter Güter bewirkt die 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, 812ff., die dafür sorgen, daß Güter, die ohne Rechtsgrund in einen fremden Rechtskreis gelangt sind (z. B. Übereignung ohne wirksamen Vertrag), in den richtigen Rechtskreis zurückzugewähren 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 4e 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 unter-

lassen. 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⁾

4. Die Schadensersatzpflicht

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 Herausgabe, sondern *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, Rechtslehre für Studenten, 2. Aufl. 1981; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, 5 Bde., 1975–77; insb. § 29; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 1981.

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

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

⁴⁾ Ähnlich wie hier zwischen *Restitutionspflichten* (als Pflichten, zu Unrecht Vorenthaltenes dem richtigen Rechtskreis zukommen zu lassen) und *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 Unterscheidung „primärer“ und „sekundärer Leistungspflichten“ leistet diese Erklärung der *Struktur* schuldrechtlicher Ansprüche ebensowenig wie sie eine Deutung der Leistungsstörungen zu bieten vermag, s. u. § 8.

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:

1. Das *objektive Recht* ist gleichbedeutend mit der *Rechtsordnung*, in der die Angehörigen eines Staates leben. Das objektive Recht besteht aus *Rechtsätzen*. 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; 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 *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/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982; v. *Lübnow*, Richtlinien für die Anfertigung von Übungs- und Prüfungsarbeiten im Bürgerlichen Recht, Handels- und Arbeitsrecht sowie drei Lösungen praktischer Fälle, Frankfurt/M 1962; *Sattelmacher/Sirp*, Bericht, Gutachten und Urteil, 29. Aufl. 1982; *Schmalz*, Die juristische Falllösung, 1976; *Schneider, Egon*, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 6. Aufl. 1974 (vormals *Brauer-Schneider*); *ders.*, Logik für Juristen, 2. Aufl. 1972; *ders.*, Zivilrechtliche Klausuren und Hausarbeiten in den Übungen und im Referendarexamen, 3. Aufl. 1968; bahnbrechend: *Stölzel*, Schulung für die civilistische Praxis, 1. Aufl. 1894.

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 auch nur angedeutete Methodik der Fallbearbeitung zu geben. 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. 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 All-

gemeinen 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.; *Neussel*, Anspruch und Rechtsverhältnis, 1952; *Okuda*, AcP 164; 536; *Reichel*, IherJb 59, 409; *Ruhig*, Die Nebenpflichten im Schuldrecht, Diss. Hamburg, 1968; *Schmidt*, *Reimer*, 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; *Weitnauer*, FS *Hefermehl*, 1976, 467 ff.; *Wolf*, *Ernst*, FS *Herrfahrdt*, 1961, 197 ff.; *Zachmann*, Die Kollision der Forderungsrechte, 1976; *Zepos*, AcP 155, 486.

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 berechtigt und/oder 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 Mitgesellschafter 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

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) gestalten eine Rechtslage durch einseitige Erklärung um. Eine 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

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.)

b) Es ist aber stets getrennt zu untersuchen, ob nur für die *Hauptleistung* oder auch für die dabei zu erfüllenden *Schutz- und Obhutspflichten* ein Ver-

¹⁾ Näher *Staud./J. Schmidt*, Einl. § 241 Rz. 83 ff.; *Larenz* I § 2 II; *Medicus* I § 3.

pflichtungswille fehlt. Auch bei Gefälligkeiten, 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. Veranstaltet 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.

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.

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 Delikts-

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

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

recht. Zu berücksichtigen sind aber noch die Grundsätze zum „Handeln auf eigene Gefahr“.⁴⁾

4. Schulden und Haften

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

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 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⁾

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.

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

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.

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 ander Mal 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; *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 Unterlassungspflicht 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*, a. a. O., 837.

1. 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 Gesundung 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 Erfolgelement im Leistungsbegriff verkennen.

2. Die Leistung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen, 241 S. 2.

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 Schuldbe-
griff 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 Befriedigung 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.

3. 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 *Verträ-*

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

gen 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 schlossen (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 Rn. 22); denn nur dann läßt sich auch bei einer Verletzung dieser „Nebenpflichten“ von einer „Leistungsstörung“ sprechen.

Dieses rein terminologische Argument ist erlaubt, da die Ausgliederung der Nebenpflichten aus dem Begriff der Leistung auch nur eine Frage der Ausdrucksweise ist, sofern man nur eine rechtlich getrennte Behandlung zugesteht. Vor allem aber verhindert die hier vorgeschlagene Terminologie 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 4d), 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. 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 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⁾

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, Rn. 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.

³⁾ Näher *Reimer Schmidt*, passim; *Staud./J. Schmidt*, Einl. zu §§ 241 ff. Rz. 221 ff.

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

5. 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.

6. 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 – 882a ZPO) auch die Vollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und zur Herausgabe von Sachen (§§ 883 bis 898 ZPO). Hieraus folgt, daß man sich grundsätzlich zu jeder auch nicht vermögenswerten Leistung verpflichten kann. Grenzen werden hier allerdings häufiger durch § 138 gezogen.

7. 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, 346ff. 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, RGBl. 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 Gebrauchsge-
währung 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.

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 §§ 320ff. unbeschränkt. Für den ganzen, oft schon teilweise abgewickelten Vertrag passen die oft zurückwirkenden Rechtsfolgen der §§ 320ff. nicht. Die konstruktive Schwierigkeit ist dabei eine doppelte: Die §§ 320ff. dürften auf die *einzelnen* Leistungen eigentlich nicht angewandt werden, weil Vertragsleistung die *ganze* (Dauer-)Leistung ist. Auf die ganze Leistung passen aber die §§ 320ff. wegen ihres Inhalts nicht. — Die h. M. wendet aber auf die *einzelnen* Leistungen §§ 320ff. 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 §§ 320ff. 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.

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 des Anspruchs auf Weiterbelieferung nicht sicher 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, AVB FernwärmeV 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*).

⁵⁾ So *Esser*², § 83 4 IIb; *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.

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, also eine Klarstellung 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:

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 überwie-

gende 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; *Bydlinksi*, 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.

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.

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 Rechtsscheingrundsätze 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.).

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 gegenüber treten. 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 zu 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 verzinssliche 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 §§ 320ff. über gegenseitige Verträge (dazu unten § 44).*¹⁾ Diese Vorschriften

¹⁾ Die §§ 320ff. 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 verzinsslichen Darlehen (§ 607) u. dergl.

ziehen die *rechtlichen Folgerungen* aus dem „do ut des“ der gegenseitigen Verträge.

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

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.

4

²⁾ Dazu v. d. Daele, 24; MünchKomm/Emmerich, vor § 320 Rn. 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.

§ 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.

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 denknötwendig außerhalb des Synallagmas. Oft werden allerdings Nebenpflichten nach dem Willen der Parteien nicht in das Synallagma einbezogen sein. Ist die Nebenpflicht synallagmatisch, kann ihretwegen 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 I. 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; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971; *Schreiber*, IherJb. 60, 106; *Wolff, Ernst*, FS *Hans Lewald*, 1953, 633; s. a. § 65 unten.

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

1. Typisch werden Schuldverhältnisse genannt, die im Gesetz besonders geregelt sind, z. B. Kauf, Miete, Dienstvertrag, Verwahrung, Auslobung, unerlaubte 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, 414f.; 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:

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 zederte 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 §§ 414ff. die private 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 Einstehen 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 Bemü-

hung, 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. § 71 V 7.

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. *Weber*, JA 83, 347.

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 Energieversorgungsvertrag⁷⁾. 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 gelten⁸⁾.

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

²⁾ Vgl. *Igl*, Gutachten, I, 951 ff.

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

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

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

⁶⁾ Vgl. *Schwark*, JZ 81, 747.

⁷⁾ Vgl. *Schwark*, ebenda.

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

§ 12

Fortsetzung: Konsensual- und Realverträge

Boehmer, *AschBürgR* 38, 314; *Haase*, *JR* 75, 317; *Kaser*, *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, 145ff. (Konsensualprinzip). Wo keine besondere Form vorgeschrieben ist (anders z. B. § 313) genügt formloser, d. h. mündlicher Vertragsschluß. Alle Verträge sind daher Konsensualverträge.

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, *MünchKomm/Söllner*, § 305 Rn. 14; *Palandt/Heinrichs*, Einf. vor § 305 Anm. 4e; *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 Schultze*, 1903, 25; *Westermann, H. P.*, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, 1967.

1. „Abstrakt“ besagt im Recht – in allgemeiner Bedeutung –, daß ein 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 einwendungsärmer 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 zugrundeliegender 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.

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*, a. a. O. (§ 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.

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*).

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.

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 gegenüber stehen).

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 Schuldanerkennntnis (§§ 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 2b 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; *Koziol*, 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; *Spielbühler*, Der Dritte im Schuldverhältnis, 1973.

1. Forderungen wirken relativ, dingliche Rechte wirken absolut. Was ist die Bedeutung dieses wichtigen 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.

2. Fünf Beispiele sollen das verdeutlichen:

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 § 50 II 3 e und § 103 IV.

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 § 56 V; 103 I 6a).

e) Unbeachtlichkeit des Schuldverhältnisses für Dritte: Abwerbung

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 sittenwidri-

ger *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.).

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). 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

¹⁾ 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.

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 Gebühr verzögern, und der Schuldner soll nach Ablauf einer gewissen Zeit vor nicht mehr erwarteten Forderungen geschützt sein.

b) Aus dem *Verlöhnis* kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden, 1297 I. Der sittliche Gehalt der Ehe widerspricht der Durchsetzbarkeit des Verlöbnisan-spruchs.

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

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, RGBl. 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

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 I, 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 Haftungsminde- rung 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 histori-

schen *Sachverhalts* die Frage nach den *Ansprüchen* auf, die den Beteiligten untereinander zustehen (näher oben § 6).

2. Die im Zivilrecht häufigsten Ansprüche beruhen auf Schuldverhältnissen (*schuldrechtliche Ansprüche*). Schuldrechtliche Ansprüche, so lautet die allgemeine Wendung, beruhen *entweder auf Vertrag oder Gesetz*.

Beides ist nicht ganz genau. Statt „Vertrag“ müßte es heißen „Rechtsgeschäft“, denn es gibt – einige wenige – Fälle rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse, die nicht auf Verträgen gründen (Auslobung, vgl. dazu auch oben § 10 I). Statt „Gesetz“ müßte es heißen, „lediglich auf Gesetz“, denn daß Rechtsgeschäfte die Quelle von Schuldverhältnissen sind, steht auch im Gesetz, 305. (Dennoch ist § 305 nur bei atypischen Verträgen (o. § 11) eine Anspruchsnorm, mit der folglich eine Fallbearbeitung begonnen werden kann; 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 Einschränkungen ist die Formel „Schuldverhältnisse beruhen auf Vertrag oder Gesetz“ brauchbar und prägnant. Im Fall des „Vertrags“ ist es menschlicher Wille, 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; *Eichler*, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950; *Eltzbacher*, Das rechtswirksame Verhalten, 1903; *Hildebrand*, Erklärungshaftung, 1931; *Manhart*, Über die Entstehung der Forderung, Diss. München 1973; *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, 1939; *Willoweit*, Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, 1969. *Dazu* die u. vor III zu den „faktischen Verträgen“ und weiter die vor §§ 19, 20 und § 21 zitierte Literatur.

I. Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäft

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 §§ 19ff.). 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 festgestelltem Inhalt auferlegt. Zu diesem sog. „Kontrahierungszwang“ s. u. § 21 V.

II. Schuldverhältnisse aus Gesetz

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

1. Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung („zurechenbare Schädigung“), 823 – 853, dazu die Sondergesetze der **Gefährdungshaftung**.

2. Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung, 812 – 822

3. Schuldverhältnisse aus Geschäftsführung ohne Auftrag, 677 – 687

4. 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 § 1 I 3 und II 2b. Der Streit hat z. B. für § 281 Bedeutung: § 281 ist auf sachenrechtliche Ansprüche nicht anwendbar, § 44 II 1 c. Wichtig ist, daß diese Ansprüche neben denen aus Vertrag, 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 § 102 V.

5. Sonstige Schuldverhältnisse aus Gesetz (Beispiele)

a) Zwischen Finder und Verlierer, 965 ff.; **b)** Aufgrund Pfandrechts, 1215 ff.; **c)** Aufgrund Nießbrauchs, 1030 ff.; **d)** Innerhalb von Gemeinschaften, 741 ff., 2032 ff.; **e)** Zwischen Vormund und Mündel, 1793 ff.; **f)** Bei Vermögensverwaltungen, 1985; **g)** Zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer, 2018 ff.; **h)** Familienrechtliche Unterhaltspflichten, 1600 ff.

6. 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.

III. Die sogenannten faktischen 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, 86; *Flume*, FS DJT, Bd. I, 1960, 183; *ders.*, AcP 161, 52; *Gudian*, JZ 67, 303; *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941; *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; *Litterer*, Vertragsfolgen ohne Vertrag, 1979; *Mayer-Maly*, FS *Wilburg*, 1965, 129; *ders.*, FS *Nipperdey* (a. a. O.), 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; *Siebert*, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958; *Simitis*, S., Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957; *Wieacker*, JZ 57, 61; *ders.*, FS OLG Celle, 1961, 263.

1. Bei vier Fallgruppen ist zweifelhaft, ob sie sich in die Zweiteilung „Schuldverhältnisse aus Vertrag und aus Gesetz“ einordnen lassen. Man kann die vier Fallgruppen im Anschluß an *Haupt* zusammenfassend die *faktischen Vertragsverhältnisse* nennen. Ihnen ist gemeinsam, daß Verträgen äußerlich ähnelnde Schuldverhältnisse entstehen, obwohl die Beteiligten keinen oder keinen fehlerfreien *rechtsgeschäftlichen Willen* geäußert haben. Man müßte diese Schuldverhältnisse also als *gesetzliche* bezeichnen. Doch scheint das Gesetz keine passenden Vorschriften zu enthalten. Ein großer Teil der Lehre und Rechtsprechung nimmt daher an, daß bei den sogenannten faktischen Vertragsverhältnissen vertragliche Schuldverhältnisse aus rein tatsächlichem Verhalten entstehen (u. a. *Larenz*, *Esser*, BGH).

In systematischer Hinsicht hat man versucht, neben Schuldverhältnissen aus Vertrag 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. So ist die Eingliederung der faktischen Vertragsverhältnisse in das Schuldrechtssystem heute eine offene Frage.

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 Pri-

vatrechts 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. In diese Richtung scheint die herrschende Meinung zu gehen.

Auch die neueste Theorie, die aus den faktischen Vertragsverhältnissen und aus anderen Fällen geschäftsbezogenen Verhaltens (z. B. Haftung des Sachwalters, dazu u. § 20 VI 2) eine allgemeine Lehre der *Selbstbindung ohne Vertrag* und *dadurch* eine dritte Entstehungsform für Schuldverhältnisse, die des *Quasikontrakts*, zu begründen versucht (*Köndgen*), überzeugt nicht. Das Gesetz geht in den §§ 145 ff. von dem Konsensprinzip aus und betrachtet die Selbstbindung ohne Vertrag als Ausnahme (z. B. § 657, s. auch oben I 1). Man wird also auch in diesen Fällen ein Schuldverhältnis aus Rechtsgeschäft annehmen müssen, es sei denn, daß kein rechtsgeschäftlicher Wille zum Ausdruck gebracht worden ist. Dann handelt es sich aber, wie im Text weiter zu erläutern ist, um Schuldverhältnisse aus dem Gesetz.

Unabhängig davon und zuvor aber ist zu prüfen, wie weit sich die vier Fallgruppen nach bewährten Regeln des Zivilrechts lösen lassen, ohne auf die Theorie der Lückenfüllung zurückgreifen zu müssen. Hiernach wird im folgenden verfahren.

2. Es handelt sich um folgende vier Fallgruppen, wobei von der Einteilung Haupts ausgegangen wird:

a) „Schuldverhältnisse aus sozialem Kontakt“

Gemeint sind vor allem die Fälle des Verschuldens bei Vertragsschluß, deren Lösung aber prinzipiell keine Schwierigkeiten mehr macht (vgl. unten § 20). Sie als „faktische Vertragsverhältnisse“ aufzufassen, wird überwiegend und mit Recht abgelehnt. Außerdem erscheint der Ausdruck „sozialer Kontakt“, jedenfalls in diesem Zusammenhang, zu weit gespannt, um sachlich etwas auszusagen (*H. Lehmann*).

b) „Schuldverhältnisse aus Gemeinschaftsverhältnissen“, „Eingliederungsverhältnisse“

Wird aufgrund eines *vertraglich nicht wirksam* zustande gekommenen Dienst- (insb. *Arbeits-)*verhältnisses Arbeit geleistet, so erscheint die Berufung des aus § 812 auf Zahlung eines „Lohnes“ in Anspruch genommenen Dienstherrn auf § 818 III (Wegfall der Bereicherung) unbillig. Doch untersteht auch der Schuldner der Bereicherungsanspruchs dem Gebot von Treu und Glauben, 242, das ihm in solchen Fällen die Entreicherungsseinrede in der Regel versagt (näher unten § 79 I 7). Die Annahme eines faktischen Dienstvertrags erfolgte hier bei einigen Rechtslehrern (*Siebert, Haupt*) und der Rechtsprechung (etwa BAG Betr. 74, 1531) zur Behebung rechtsgeschäftlicher Mängel. Da sich aber diese Mängel, wie noch auszuführen sein wird, nach Bereicherungsrecht und nach dem Treu-und-Glauben-Satz ausgleichen lassen, erscheint insoweit die Bejahung eines faktischen Vertrags wohl unnötig.

Wird ein vertraglich nicht wirksam zustande gekommener *Gesellschaftsvertrag* von den Parteien praktisch doch ausgeführt, so lassen sich meist die Verhältnisse nach einer Weile – wenn die Nichtigkeit zutage tritt – nicht mehr auf den status quo ante zurückführen, was an sich rechtens wäre, 812 ff., 142. Die Gesellschafter haben auf den Bestand der Gesellschaft vertraut, ebenso die Gläubiger. Es bedarf einer Beschränkung

der Nichtigkeitsfolgen. Hier ist mit den Regeln des Rechtsscheins zu helfen, die nach außen oder innen getrennt anzuwenden sind und so unbillige Ergebnisse vermeiden helfen (242), s. im einzelnen unten § 88 I 5. Eine Gesellschaft kommt durch die Rechts-scheinregeln aber nicht zustande. *Nur soweit nach Vertrauensgrundsätzen nötig*, wird die Lage so angesehen, „als ob“ eine Gesellschaft trotz Nichtigkeit bestanden habe. Die Annahme einer wirklich bestehenden faktischen Gesellschaft wäre *mehr* als die Umstände und die Interessen der Beteiligten verlangen. Sie ist unnötig und abzulehnen. Die im Grundsatz berechnete Analogie zu den Vorschriften des Aktien- und GmbH-Rechts, die eine ex-tunc-Nichtigkeit vermeiden, muß die Besonderheiten der Personalgesellschaften berücksichtigen. Die Meinungen im Schrifttum schwanken. Die Rechtsprechung neigt wohl der hier vertretenen Meinung zu und spricht nicht mehr von einer „faktischen“ sondern von einer „fehlerhaften“ Gesellschaft: BGH LM Nr. 19 zu § 105 HGB (Anm. R. Fischer); BGHZ 55, 5; 62, 20 usw.; vgl. auch Ulmer, P., FS Flume, Bd. I, 1978, 301 ff.; Wiesner, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, 1980, passim.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 1980, § 3 I 2 b. Die Auffassung einer faktischen Gesellschaft als einer wirklich bestehenden ist aber noch immer verbreitet.

Entsprechendes gilt für *Miet- und Pachtverhältnisse*, die man vereinzelt ebenfalls zu den „Eingliederungsverhältnissen“ gerechnet hat (Esser). Wo die Berufung auf die Nichtigkeit zu untragbaren Folgen führt, ist ihr gemäß §§ 242, 246 keine Folge zu geben. Für Vertrag: BGHZ 25, 285.

Bei allen sog. „Schuldverhältnissen aus tatsächlichen Gemeinschaftsverhältnissen“ sollte also, wenn trotz Nichtigkeit Rechtsfolgen erwünscht sind, keine Gleichstellung mit wirksamen Verträgen vorgenommen werden, sondern eine differenzierte Lösung unter Heranziehung der Gesichtspunkte des Rechtsscheins, des Vertrauensschutzes und von Treu und Glauben erfolgen.¹⁾

c) „Sozialtypisches Verhalten im Bereich von üblicherweise massenhaft geschlossenen Verträgen“ („Daseinsvorsorgeverträge“)

Dies ist die theoretisch und praktisch wichtigste Gruppe, deren Behandlung in der Tat Schwierigkeiten bereitet (eine Lösung wird unten 4./5. vorgeschlagen). Hier sind es vor allem drei Fälle, in denen ein großer Teil der Lehre und Rechtsprechung annimmt, daß Verträge ohne rechtsgeschäftlichen Willen, allein durch „sozialtypisches Verhalten“ entstehen.

– Anschluß an das Gas-, Wasser- oder Stromnetz, ohne daß zwischen dem Benutzer und der Versorgungsanstalt ausdrückliche Erklärungen ausgetauscht werden (vgl. RGZ 111, 310; BGHZ 23, 175; LG Berlin, JZ 73, 217 m. Anm. Beuthien).

– Parken auf gebührenpflichtigem Parkplatz, wobei der Parkende dem Wächter sagt, er lehne die Bewachung ab und zahle daher nicht (BGHZ 21, 319 [333] = ESJ 5).

– Benutzung von Straßenbahn, Eisenbahn, Omnibus, ohne daß mit dem Schaffner Worte gewechselt werden, LG Bremen, NJW 66, 2360; Anm. Medicus NJW 67, 354.

Die Lösung der Fälle des sozialtypischen Verhaltens im Bereich von üblicherweise massenhaft abgeschlossenen Verträgen ist lebhaft umstritten.

¹⁾ Vgl. jetzt den Gesetzesvorschlag (neuer § 139 II) von Horn, Gutachten, I, 551 ff., der die Rückwirkung der Nichtigkeit bei Dauerschuldverhältnissen beschränken will, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen der Vertragsparteien oder zum Schutz Dritter erforderlich ist (s. auch oben § 8 Anm. 5).

Das Für und Wider ist unter 3. und 4. darzustellen. Zuvor ist noch die vierte – neueste – Fallgruppe der sog. faktischen Verträge zu erwähnen.

d) „Faktische Hofübergabe- und Erbverträge“

Wenn der älteste Sohn schon jahrzehntelang mit der eigenen Familie auf dem Hof des Vaters gearbeitet hat und von jedermann als Erbe betrachtet wurde, erscheint es unbillig, wenn der Vater in seiner letzten Stunde den Hof testamentarisch einem Fremden vermacht. Kann man einen aus dem tatsächlichen Verhalten begründbaren Hofübergabevertrag unter Lebenden annehmen, der den Hof aus dem testamentarisch verfügbaren Vermögen des Vaters herausnimmt, noch dazu unter Außerachtlassung der Formvorschrift des § 313? BGHZ 12, 286 nimmt einen vom rechtsgeschäftlichen Willen unabhängigen faktischen Hofübergabevertrag zu Lebzeiten des Vaters an, vgl. auch BGHZ 23, 249. Das Ergebnis befriedigt, die Begründung aus § 242 überzeugt nicht voll. In diesen Fällen steht der Entgeltgedanke ganz im Vordergrund. Daraus läßt sich auch die neue Regelung des § 7 HöfeO i. d. F. vom 26. 7. 1976 (BGBl. I 1933) erklären, die nunmehr die Rechtsverbindlichkeit der formlosen Hoferbenbestimmung ausdrücklich anerkennt (vgl. auch § 6 HöfeO). „Sozialtypisches“ tragen die Fälle nicht an sich, im Unterschied zu den Daseinsvorsorge-Verträgen.

3. Die Lehre von den sog. faktischen Vertragsverhältnissen hat die moderne Zivilrechtsdogmatik um wichtige Gesichtspunkte bereichert. Die Meinungen sind noch im Fluß. Feste Standpunkte haben sich noch nicht herausgebildet. Die neue Lehre nimmt für sich in Anspruch, moderne Sachverhalte lebensnah zu lösen. Dieser Vorteil wiegt aber wohl im ganzen gesehen die systematische Unsicherheit nicht auf, die durch diesen Zwischenbereich zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen hervorgerufen worden ist.

Zugunsten der neuen Lehre wird angeführt, sie ermögliche sachgerechte Entscheidungen vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge (*Simitis*), wo es auf Geschäftsfähigkeit nicht ankommen könne. Auch das 6jährige Kind stehe in einem faktischen Vertragsverhältnis, wenn es die Straßenbahn besteige. Nur müsse das tatsächliche Verhalten zurechenbar sein (*Larenz*). Insofern widerspricht aber die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, was sie nicht bestreitet, Grundprinzipien des deutschen bürgerlichen Rechts, das Minderjährige, Kinder und Geisteskranke auch dort schützt, wo der Rechtsverkehr darunter leidet; anders LG Bremen NJW 66, 2230 mit abl. Anm. von *Medicus* NJW 67, 354.

Die Fälle des sozialtypischen Verhaltens im Bereich von üblicherweise massenhaft abgeschlossenen Verträgen und die sog. faktischen Hofübergabeverträge lassen sich auf der Grundlage des geltenden bürgerlichen Rechts lösen, wenn man zugesteht, daß das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung in einem bestimmten Punkte, nämlich im Hinblick auf die Entgelthaftung aus beanspruchter Leistung, der Lückenfüllung bedarf. Dieser Weg soll im folgenden besprochen werden.

4. Der Gedankengang, in dem gemeinsame Gesichtspunkte der genannten Fälle geprüft werden sollten, ist folgender:

a) Zunächst ist zu fragen, ob nicht doch ausdrücklich oder stillschweigend ein Vertrag geschlossen wurde, dessen Erklärungen zugegangen sind. Wer mit der Straßenbahn oder Eisenbahn fährt, sagt fast immer etwas, z. B.: „Geradeaus, zum Bahnhof, zur X-Straße, nach Y, umsteigen.“ Möglicherweise erklärt er etwas, indem er einen Fahrausweisautomaten betätigt (stillschweigende, aber vorhandene Erklärung!). Nach der Lehre vom sozialtypischen Verhalten gäbe es übrigens keine Schwarzfahrer mehr. Auch sie ständen, gegen ihren Willen, in einem Beförderungsvertrag. Das ist ebenso wenig lebensnah wie schwarzfahren sozialtypisch ist.

b) Fehlt ein ausdrücklicher Vertrag, ist nach einem stillschweigenden Abschluß eines Vertrags zu fragen. Er liegt vor, wenn wortlos Fahrscheine geknipst, Fahrausweisautomaten betätigt oder Autos zum Parken aufgestellt werden. In diesen Fällen gehen die Erklärungen auch zu.

c) Ausdrückliche und stillschweigende *Annahmeerklärungen* brauchen nicht zuzugehen, wenn das nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende darauf verzichtet hat, 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 durchaus übliche Formularweg nicht eingehalten wird. Das Angebot liegt in der Bereitstellung der Leistung mit der Möglichkeit des Anschlusses. Zapft der Benutzer eine für ihn nicht bereitgestellte Leitung an, liegt Diebstahl oder Betrug vor. Ein Vertrag scheidet dann aus (zur Bereicherungshaftung siehe unten e): Es liegt wie beim Schwarzfahrer: Einrichtungen des bürgerlichen Rechts sollten aus – u. U. sogar absichtlichen – Unrechthandlungen kein Recht machen. Man stelle sich die Überraschung eines routinierten Schwarzfahrers oder Leitungsanzapfers vor, wenn ihm gesagt wird, er stehe in einem rechtlich anerkannten Vertragsverhältnis! Oder handeln der Schwarzfahrer und der Anzapfer nach der Lehre vom faktischen Vertrag etwa nicht sozialtypisch? Wenn nicht, wegen ihrer inneren Einstellung? Dann aber gelangt man wieder zur Willenserklärung.

Beispiel eines in „sozialtypischer Weise“ stillschweigend geschlossenen Mietvertrags zu bestimmten Bedingungen BGHZ 25, 285. Den gleichen Gedanken enthalten §§ 612, 632, 653, 689.

d) Die bisherigen Fälle wären also nicht Grund genug, die neue Lehre zu rechtfertigen. Sie lassen sich auf der Grundlage des klassischen Vertragsrechts lösen. Ihre sog. Sozialtypik ist auch anderen Verträgen eigen, z. B. dem Abzahlungsgeschäft (*Nipperdey*).

Problematisch ist einzig die Inanspruchnahme einer Leistung unter ausdrücklicher Betonung, man wolle keinen Vertrag schließen (Parkplatzfall, BGHZ 21, 319, 333), *protestatio facto contraria*. Hier glaubt die Lehre von der Sozialtypik, vom erklärten Willen absehen und das Verhalten allein den Ver-

trag begründen lassen zu sollen. Doch ist zu unterscheiden: Richtet sich der Protest, *keinen* Vertrag schließen zu wollen, gegen eine eigene *Erklärung*, einen Vertrag schließen zu wollen, so liegt eine widersprüchliche Willenserklärung vor, „*protestatio declarationi contraria*“. Dabei kann sowohl die Erklärung, abschließen zu wollen, als auch der Protest dagegen, ausdrücklich oder stillschweigend sein. Widersprüchliche Willenserklärungen bedürfen der Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen. Je massenhafter der in Frage stehende Vertrag üblicherweise abgeschlossen wird, desto *verkehrsfreundlicher* muß die Auslegung der widersprüchlichen Erklärung sein, 157. Im übrigen ist der wahre Wille des Erklärenden zu erforschen, 133. Wer stillschweigend die Hofübergabe erklärt, sie aber ausdrücklich abstreitet, will nicht übergeben. Wer aber bei einer Stromtarifänderung gegen die Änderung protestiert und dann dennoch weiterbezieht, erklärt konkludent, zu den alten Bedingungen beziehen zu wollen. Gleichzeitig liegt darin aber auch – objektiv – die stillschweigende Anerkennung der neuen Bedingungen. Liegt dem stillschweigenden Anschluß ein *rechsgeschäftlicher Wille* zugrunde (Tatfrage), so ist bei derartigen massenhaft vorkommenden Erklärungen die Erforschung des wahren Willens des Sich-Anschließenden durch den Versorgungsträger nicht zumutbar. Bei der für jede Auslegung von Vertragserklärungen nötigen objektiven Betrachtung entscheidet hier die Auslegung zugunsten der verkehrsfreundlicheren, stillschweigenden Erklärung, also für den neuen Tarif. *Die Sozialtypik ist also keine Rechtsquelle, sondern ein Auslegungskriterium.* Das Verdienst der neuen Lehre liegt in der Erkenntnis, daß massenhaft abgegebene Erklärungen verkehrsfreundlich zu beurteilen sind. Der Irrtum ist dabei, daß man diese Auslegungsfrage für ein Rechtsquellenproblem hält. Die Sozialtypik einer Erklärung ist ein Beurteilungsmaßstab für sie; nicht aber ersetzt die Sozialtypik die Erklärung selbst. Hier, nämlich in der Entscheidung für den verkehrsfreundlicheren Teil einer gegen sich selbst protestierenden, also widersprüchlichen Willenserklärung, wenn der Protest verkehrsfremd ist, liegt auch der richtige Kern des im übrigen viel zu weit gespannten und daher meist zu Unrecht zitierten Satzes: *Protestatio facto contraria non valet*. Es gibt Proteste, die beachtlich sind, und in der Regel sind sie es. Nur verkehrsunübliche Proteste gegen anderslautende, verkehrsfreundliche Erklärungen gelten – im Auslegungswege – nicht. Voraussetzung ist hier aber stets eine widersprüchliche Willenserklärung, also auch ein auf den Abschluß gerichteter Willensteil (der stillschweigend abgegeben sein kann). Ein Schritt in die hier vorgeschlagene Richtung: BGH NJW 65, 387, vgl. dazu auch BGHZ 20, 270.²⁾

²⁾ Im Ergebnis ebenso: Börner; Gudian; Medicus, BüRG Rn. 191; Köhler, JZ 81, 464 ff., will dagegen das Zustandekommen eines Vertrags bei jedem Fall einer *protestatio facto contraria* zugunsten der Aufrechterhaltung der Privatautonomie ablehnen und dafür das Bereicherungsrecht (für Vertragsstrafen bei „vertragswidriger“ Inanspruchnahme von Leistungen das Deliktsrecht in Anlehnung an die GEMA-Rechtsprechung des BGH, BGHZ 17, 376; 59, 286) gelten lassen. In dieser allgemeinen For-

Die hier vorgeschlagene Lösung wendet also für die meisten Fälle, in denen die Lehre von den faktischen Verträgen ein Rechtsgeschäft leugnet, die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Lehren an (zur einzigen Ausnahme sogleich unten e). Allerdings wird bei der Auslegung der Erklärungen Bedacht auf den möglichen Massencharakter von Erklärungen genommen. Dadurch tritt bei Massenerklärungen, angesichts des ausgewogenen Kompromisses zwischen Erklärungs- und Willentheorie in den §§ 104 ff., die Erklärungstheorie in den Vordergrund. Gilt aber die Rechtsgeschäftslehre, so gelten auch die Anfechtungsregeln. Das führt zu keinem widersinnigen Ergebnis. Denn die Anfechtungsmöglichkeit ist zwar eine vom Gesetzgeber mit Bedacht gewährte Einschränkung des Erklärungswerts zugunsten des Willens, aber auch §§ 119, 120 lassen den Willen unbeachtet, wenn der Erklärende „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles“ die Erklärung trotz seines Irrtums abgegeben hätte. Bevorzugt man also bei der Auslegung einer widersprüchlichen Willenserklärung den verkehrsfreundlicheren Teil mit Rücksicht auf seinen „Massencharakter“, ist *insoweit* die Anfechtung nach §§ 119, 120 ausgeschlossen, weil die „verständige Würdigung“ ebenfalls zur Geltung des verkehrsfreundlichen Teils der widersprüchlichen Erklärung führt.

e) Richtet sich dagegen der Protest, keinen Vertrag schließen zu wollen, nicht gegen eine Erklärung, sondern gegen die mögliche Mißdeutung eines *Verhaltens* als Erklärung, so ist ein rechtsgeschäftlicher Wille in Richtung auf einen Vertrag nicht vorhanden, *echte* „*protestatio facto contraria*“. Auch eine Auslegung ist daher nicht möglich. Wird trotz des Protestes *eine zu bestimmten Bedingungen angebotene* Leistung beansprucht, so entsteht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, 812 I 1. Da der die Leistung Beanspruchende den Mangel des rechtlichen Grundes kennt, haftet er nach §§ 819 I, 818 IV nach den allgemeinen Vorschriften. Soweit er, wie meist, die in Anspruch genommene Leistung in natura nicht wieder herausgeben kann, besteht vom Augenblick der Inanspruchnahme an der Wertersatzanspruch gemäß § 818 II. Da der Wert in Geld, also einer Gattung, ausgedrückt ist, findet als allgemeine Vorschrift im Sinne des § 818 IV die Vorschrift des § 279 Anwendung. Der Inanspruchnehmende haftet demnach von der Inanspruchnahme an auf den Wert der Leistung ohne Entreicherungseinrede. – (Deliktansprüche bestehen möglicherweise auch, §§ 823 I; II i. V. m. 123 StGB usw.)

Gleichzeitig mit der Inanspruchnahme entsteht also: (1) Der Anspruch aus § 812 I 1; (2) die Kenntnis gemäß §§ 819 I, 818 IV; (3) in den meisten Fällen dazu die Unmöglichkeit der Rückgewähr gemäß § 818 II und in diesem Umfang die Gattungsschuld nach § 279.

mulierung würde aber seine Lösung zu großen Schwierigkeiten hinsichtlich der Anwendung von § 818 II führen (dazu weiter im Text, unter e). Abgesehen davon dient die hier vorgetragene Theorie ebenfalls zur Aufrechterhaltung der Privatautonomie. Zu den Vertragsstrafen in den angesprochenen Fällen s. unten § 55 III 2 d cc).

Dabei ist aber zu beachten, daß die Werthftung des § 818 II in ihrem üblichen Sinne (Zeitwert, gemeiner Wert) nicht paßt. Das, was geschuldet ist, ist der *Gegenwert*, das Entgelt. Man kann nun den Gegenwert, das Entgelt, als Unterfall des Wertes im Sinne des § 818 II auffassen. Dann läge in der hier vorgeschlagenen Konstruktion lediglich eine *Auslegung* des § 818 II.³⁾

Richtig ist, eine *Normlücke* des Bereicherungsrechts anzuerkennen, welche die Entgelthftung für unter bestimmten Bedingungen angebotene und in Anspruch genommene Leistungen betrifft. Nirgends steht, daß das Entgelt begrifflich auf den rechtsgeschäftlichen Bereich beschränkt und dem Bereicherungsrecht fremd ist. So gesehen sind die Fälle der Protestation gegen eine tatsächliche Inanspruchnahme mit einer *Analogie* zu § 818 II zu lösen. Hierher gehört auch der Parkplatzfall (BGHZ 21, 333).⁴⁾

Zu denken ist noch an § 687 II (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag). Würde man, wie es die Rechtsprechung im gewerblichen Rechtsschutz seit langem tut, diese Vorschrift auf fahrlässige Eingriffe in fremde Rechtskreise ausdehnen, käme man zu dem glatten Ergebnis, daß bei *schuldhafter* Inanspruchnahme fremden Gutes oder fremder Leistung der erlangte Wert nach §§ 687 II, 681, 2; 667 herauszugeben ist. Geschäftsbeschränkte wären nach § 682 geschützt. Schuldloser (oder entschuldigter) Eingriff hätte dagegen keine Folge, wenn man die Entgelthftung nach § 818 II ablehnt. Gegen diese Lösung spricht jedoch:

(1) Nicht jeder Eingriff in fremde Rechtskreise ist die „Behandlung eines fremden Geschäfts als eigenes“.

(2) Die Ausdehnung des § 687 II auf Fahrlässigkeit ist noch sehr streitig, unten § 83 III 2 a bb

(3) Die *Entgelthftung* ist auch bei schuldlosem Eingriff billig.

(4) *Soweit* § 687 II durch ein Handeln unter protestio facto contraria erfüllt ist, ist die *Gewinnherausgabe* nach §§ 681, 2; 667 billig

5. Die Vorteile der bereicherungsrechtlichen Lösung sind:

a) Minderjährige, Kinder und Geistesranke bleiben, soweit sie rechtsgeschäftlich tätig werden, so geschützt wie das Gesetz es im allgemeinen will. Bereichern sie sich, so ist über §§ 819 I, 827, 828 eine abgestufte Lösung der Entreicherungfrage auf gewohntem zivilrechtlichem Boden möglich. Die schwierige Frage der „Zurechenbarkeit“ des faktischen Verhaltens entfällt.⁵⁾

b) Da es darauf ankommt, daß die angebotene und in Anspruch genommene Leistung zu bestimmten Bedingungen angeboten war, läßt sich der Inhalt der Bereicherung genau umreißen. Beim Parkplatzfall ist der Parkende auch um die Versicherung und alle sonstigen Vorteile der vertragsmäßig Parkenden bereichert, so daß das Ver-

³⁾ So verfährt die Praxis schon seit langem bei der *Haftung* für Eingriffe in geistiges Eigentum *auf die übliche Lizenz*, vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 14. Aufl. 1983, Einl. v. § 1 UWG, Rn. 355.

⁴⁾ Zu den Rechtsfolgen im einzelnen unten § 100 VII 2.

⁵⁾ S. dazu *Larenz AT*, § 28 II (seit der 5. Auflage von 1980 zurückhaltender).

tragsentgelt für die Entgelthaftung gemäß § 818 II (analog) maßgebend ist. Entgelt ist z. B. auch die Zustimmung zur Gerichtsstandvereinbarung in den Parkplatz-Versicherungsbedingungen. Wer eine Leitung anzapft, in der Strom, Gas oder Wasser zu bestimmten Bedingungen angeboten werden, haftet nach Bereicherungsrecht auf das tarifliche Entgelt nach tariflichen Bedingungen, ist aber auch um alle tarifmäßigen Vorteile bereichert.

c) Soweit Verträge zustande kommen, gilt § 119 für Irrtümer, allerdings fehlt oft die Kausalität des Irrtums für die Erklärung. Soweit der Inanspruchnehmende nach § 818 II analog haftet, kann er nicht anfechten.

d) Da § 819 I positive Kenntnis fordert, genügt für die Haftung nach § 818 II analog das Kennenmüssen der die Haftung begründenden Umstände nicht. Das eigenartige Ergebnis der Lehre vom sozialtypischen Verhalten, daß der Beförderungsvertrag aufgrund einer Monatskarte nur mit Willen, aufgrund einer einfachen (in der Straßenbahn gelösten) Fahrkarte, auch fahrlässig zustande kommen kann, wird vermieden. Diese Einbeziehung des Kennenmüssens ist im Hinblick auf § 819 I ohnehin nicht zu rechtfertigen, denn wenn schon die Bereicherungshaftung Kenntnis verlangt, darf für die grundsätzlich schärfere vertragliche Haftung fahrlässige Unkenntnis nicht genügen.

6. Zusammengefaßt zeigt sich die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen als zumindest hinsichtlich des „sozialen Kontakts“ und der „faktischen Gemeinschaftsverhältnisse“ zu weit gefaßt. Diese Erscheinungen gehören an andere Stellen des Zivilrechtssystems. Bezüglich des „sozialtypischen Verhaltens“ im Bereich üblicherweise massenhaft abgeschlossener Verträge läßt sich die Mehrzahl der Fälle nach der herkömmlichen Vertragstheorie lösen. Die problematischen Fälle sind die der Protestationen. Von ihnen erledigen sich die widersprüchlichen Willenserklärungen nach den anerkannten Auslegungsregeln, wenn man der Tatsache der Massenhaftigkeit der Erklärungen das richtige Gewicht beimißt. Als nicht nach hergebrachtem Recht befriedigend lösbar verbleiben die Protestationen gegen tatsächliches Verhalten. Hier und nur in diesem Bereich hat man zu entscheiden, ob man eine neue Kategorie von Schuldverhältnissen zwischen Rechtsgeschäft und Gesetz bilden, oder ob man das Bereicherungsrecht (unter historischen und fremdrechtlichen Vergleichen) im Hinblick auf eine Entgelthaftung fortentwickeln will. Der zweite Weg erscheint als der systemgemäßere und weniger aufwendige. Jedenfalls bringt er weniger konstruktive Schwierigkeiten mit sich als die Lehre vom sozialtypischen Verhalten, vor allem im Feld der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen. BGH NJW 71, 609 (Schwarzflug des Minderjährigen) bringt zwar noch kein Abrücken, wohl aber eine Eingrenzung der Lehre vom faktischen Vertrag: Wenn der Fahrgast namentlich identifizierbar ist, gilt im Flugverkehr Bereicherungsrecht. Ist etwa der Flugverkehr kein Massenverkehr? Gilt auf dem Flughafen-Parkplatz der „faktische Vertrag“ und nach dem Betreten des Flugsteigs Bereicherungsrecht, wenn der Schwarzflieger mit dem Auto kommt und dieses auch noch schwarz parkt?

§ 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; *Kramer*, Grundfragen

der vertraglichen Einigung, 1972; *Manigk*, IherJb. 75, 127; *MPI für ausländisches und internationales Privatrecht*, Gutachten I, a. a. O. (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* (a. a. O.), 91; *Schmid, W.*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983; *Tosch*, Entwicklung und Auflösung der Lehre vom Vertrag, 1980; *Titze*, Die Lehre vom Mißverständnis, 1910; *Wilburg*, AcP 163, 346.

1. Von den im vorgehenden § 18 besprochenen Begründungsarten eines Schuldverhältnisses bedarf die durch *Vertrag* noch näherer Betrachtung. Das Gesetz selbst räumt der vertraglichen 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.; nicht aber bei der Annahme der Anweisung, 784, und Schuldverschreibung auf den Inhaber, 793, bestr. von der „Kreationstheorie“, dazu unten § 96, 2a).

2. Das gleiche gilt, ohne daß das Gesetz es sagt, für die *Aufhebung* eines 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, *contrarius actus*). 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⁾

3. Ein *Vertrag* kommt zustande durch *zwei* oder mehrere *sich inhaltlich deckende, aufeinander Bezug nehmende Willenserklärungen*, die von einem Verpflichtungswillen 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 verstehen aufgrund einer abweichenden Zeitvorstellung unter „Versprechen“ etwas anderes. Der Grad der Bindung an ein Versprechen hängt vom jeweiligen Treuverständnis einer Rechtskultur ab, nicht vom Grad ihrer Vergeistigung. Die Vergeistigung einer Rechtskultur entscheidet aber darüber, ob der Inhalt des Versprechens mehr am Willen oder mehr an der Erklärung des Versprechenden gemessen wird.²⁾

¹⁾ Zur allgemeinen Kündigungsmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen s. §§ 8, 7c; 27 III 5 dbb.

²⁾ Zum Standpunkt des BGB (modifizierte Erklärungstheorie) s. *Flume*, § 4; *Lehmann/Hübner*, § 24 IV; *Larenz*, AT § 19 I; zum Vergleich der Rechtskulturen *Fikentscher*,

5. Den Arten der Verträge liegen unterschiedliche Einteilungskriterien zugrunde, s. dazu §§ 10 – 14, 16, 21 – 25, 37, 66 – 96 dieses Buches.

Zu erwähnen ist noch die Einteilung in *privat-rechtliche* und *öffentlich-rechtliche* Verträge. Als öffentlich-rechtlich wird ein Vertrag bezeichnet, wenn das durch ihn begründete Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht angehört, s. dazu § 54 VwVfG.³⁾ Er kann auch zwischen Privaten geschlossen werden, z. B. im Wegerecht. Obwohl hinsichtlich ihres *Inhalts* vor allem dem öffentlichen Recht unterstehend, gelten auch für sie bürgerlich-rechtliche, vor allem schuldrechtliche Grundsätze, vgl. §§ 57 u. 62 S. 2 i. V. m. 12 VwVfG.⁴⁾

§ 20

Vor- und nachvertragliche Sorgfaltspflichten („culpa in contrahendo“; „nachwirkende Treuepflichten“)

Ballerstedt, AcP 151, 501; *Blaurock*, in: Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, 1983, 51; *Bohrer*, Die Haftung des Dispositionsgaranten, 1980; *Canaris*, NJW 64, 1987; *ders.*, JZ 65, 475; *ders.*, (II.) FS *Larenz*, 1983, 27; v. *Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, 56; v. *Craushaar*, JuS 71, 127; *Crezelius*, JuS 77, 796; *Dömpke*, Die Grundlagen und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragshandlungen, 1933; *Erman*, AcP 139, 273; *Evans-v. Krbek*, AcP 179, 85; *Freudling*, JuS 84, 193; *Frost*, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, 1981; *Frotz*, FS *Gschnitzer*, 1969, 163; *Gottwald*, JuS 82, 877; *Grote*, Die Eigenhaftung Dritter als Anwendungsfall der culpa in contrahendo, 1984; *Hartweg*, JuS 73, 733; *Herrmann*, JZ 83, 422; *Hohloch*, JuS 77, 302; *ders.*, NJW 79, 47; *Hopt*, AcP 183, 608; *Huang, Mao-zong*, Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo, Diss. Tübingen, 1974; *Ihering*, IherJb. 4, 1 (dazu *Schanze*, Ius commune 7 (1978), 326); *Keller*, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, 1948; *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981; *Kreuzer*, JZ 76, 778; *Küppersbusch*, Die Haftung des Minderjährigen für culpa in contrahendo, Diss. München 1973; *Larenz*, MDR 54, 515; *ders.*, FS *Ballerstedt*, 1975, 397; *Lehmann, M.*, Vertragsanbahnung durch Werbung, 1981; *ders.*, NJW 81, 1233; *Leonhard*, Verschulden bei Vertragsschluß, 1910; *Liebs*, AcP 174, 26; *Lutter*, Der Letter of Intent, 1982 (dazu *Blaurock*, ZHR 147, 334); *Medicus*, JuS 65, 209; *Motzer*, JZ 83, 884; *Nirk*, RabelsZ 18, 310; *ders.*, FS *Möhring*, 1965, 385; *ders.*, FS *Möhring*, 1975, 71; *ders.*, FS *Hauss*, 1978, 267; *Oertmann*, LZ 1914, 513; *Peters*, VersR 79, 103; *Picker*, AcP 183, 369; *Pouliadis*, Culpa in contrahendo und Schutz Dritter, 1982; *Püschel*, Die Auswirkungen schuldnerischen Verhaltens und der Einfluß von Verhandlungen auf die Verjährung, Diss. Hamburg 1982; *Raiser, Rolf*, AcP 127, 1; *Rangier*, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse, 1977; *Sack*, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge, 1974; *Schaumburg*, Sachmängelgewährlei-

Methoden; *ders.*, Synepeik und eine synepeische Definition des Rechts, in *Fikentscher/Franke/Köhler*, Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, 1980, 53.

³⁾ Wann dies der Fall ist, ist im einzelnen streitig; eine Übersicht bei *MünchKomm/Kramer*, vor § 145 Rn. 29.

⁴⁾ *Meyer*, NJW 77, 1705.