

1. Kapitel: Grundlagen

§ 1 Quellen des Schuldrechts

1. Das BGB und die Tradition des römischen Rechts

Die Behauptung, das in Deutschland geltende Schuldrecht ergebe sich aus dem zweiten Buch des BGB, ist nicht nur in dem ganz oberflächlichen Sinn falsch, dass zivil- und insbesondere schuldrechtliche Sachverhalte auch in anderen Gesetzen geregelt und durch europäische Vorgaben geprägt sind, so dass die Bestimmungen des BGB von vornherein nicht abschließend sein können. Unrichtig ist der auf den Text des BGB fokussierte Blick auch deshalb, weil Gesetze nicht ohne die Kenntnis ihres Entstehungszusammenhangs begriffen werden können. Und dieser erschöpft sich nicht in der Absicht des Gesetzgebers, die man zur Grundlage einer subjektiv-teleologischen Interpretation des Gesetzes machen kann, sondern geht weit darüber hinaus: Das BGB ist Teil einer über zweitausendjährigen Rechtsentwicklung, die im frühen Rom ihren Anfang nahm und bis heute andauert. Weder in seiner Fassung von 1900 noch in der Gestalt, die es durch die Schuldrechtsreform von 2002 angenommen hat, ist das BGB von der Tradition des römischen Rechts isoliert und ohne dieses wirklich zu verstehen. Das römische Recht, das als Gemeines Recht noch bis 1900 in Deutschland galt, wirkt nicht nur dort weiter, wo einzelne seiner Regeln naturgetreu als Vorschriften des heutigen Gesetzesrechts übernommen worden sind. Es bildet auch den Boden für neue Konzepte, die sich vor oder erst in der Kodifikation als Gegenmodelle zum überlieferten Rechtszustand herausgebildet haben und deren Sinn sich gerade aus dem Kontrast zum römischen Vorbild ergibt. Die meisten Lösungen des geltenden Gesetzesrechts stehen in einer Tendenz, die älter ist als sie, und Aufschluss über ihre Struktur, ihre Aufgabe und Wirkungsweise, gibt.¹ In die Gesetzesanwendung gehen diese Einsichten im Rahmen einer **objektiv-teleologischen Auslegung** und einer sie ergänzenden Analogiebildung oder Reduktion ein, bei der es statt um die Vorstellung des Gesetzgebers um den Zweck des Gesetzes selbst, seinen unter der Prämisse gesetzgeberischer Vernunft zu ermittelnden objektiven Regelungsgehalt, geht.² Dieser Art der Gesetzesanwendung kommt der Vorrang vor der

¹ Die Verbindung des geltenden Rechts zur Rechtsgeschichte muss also nicht erst künstlich geschaffen werden, sondern ist vorgegeben und lässt sich allenfalls ignorieren, nicht aber in Abrede stellen; vgl. vor allem *Picker*, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, AcP 201 (2001) 763, 842 ff.

² Richtig *Honsell*, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik*, in: *Eckert* (Hg.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, Heidelberg 2003, S. 245, 247 ff.

subjektiv-teleologischen Auslegung zu, die mit dem Willen des Gesetzgebers einen oft nur fragmentarischen, zumeist nicht hinreichend durchkonstruierten Plan zum Gegenstand hat. Unrecht tut man damit dem Gesetzgeber nicht, und zwar weder dem von 1900, der überhaupt nicht demokratisch legitimiert war, noch dem bundesdeutschen Gesetzgeber, der das BGB nach 1949 in Geltung belassen und vielfach ergänzt oder geändert hat. Sowohl der generelle Wille zur Beibehaltung des BGB als auch spezielle Absichten zu seiner Modifikationen stehen eben auch in einer Tradition, deren Aufdeckung aus unvollständigen gesetzgeberischen Motiven zumeist erst ein stimmiges Konzept macht.

2 Geht man von der Gesamtheit der in Deutschland geltenden Normen aus, wird der Blick auf ihren Entstehungszusammenhang in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht zum römischen Recht führen, sondern viel früher enden, weil entweder das Rechtsproblem in Rom noch nicht denkbar war oder eine Lösung fand, die mit der Änderung der zugrunde liegenden Wertvorstellungen für die heutige Gesetzesanwendung wertlos geworden ist. Ausgangspunkt der teleologischen Betrachtung ist in diesen Fällen zumeist die Verfassung, die nicht nur Vorrang vor dem einfachen Gesetz hat, sondern auch den objektiven Entstehungszusammenhang der anzuwendenden Vorschrift prägt. Im privatrechtlichen Bereich gilt dies vor allem, aber nicht nur für das Familienrecht. Ist die Verfassung unergiebig, weil die maßgebliche Norm ganz oder doch so wertneutral ist, dass das Verfassungsrecht einen weiten Spielraum eröffnet, ist der Weg in die Vergangenheit gleichwohl nur in dem Maße eröffnet, in dem sich früher schon das heute zu bewältigende Rechtsproblem stellte. Bis nach Rom kommt man daher in aller Regel weder im Arbeits- noch im Kapitalgesellschaftsrecht, wohl aber im allgemeinen Schuldrecht und vielen Bereichen des besonderen Schuldrechts. Denn hierfür haben die römischen Juristen weitgehend unbeeindruckt von den Wirtschaftsbedingungen und dem kulturellen Kontext ihrer Zeit Regeln formuliert, die zur **Voraussetzung** allein eine **Marktwirtschaft** haben. Sie war weder in Rom noch später grenzenlos und ist es auch heute nicht, sondern unterlag und unterliegt wandelnden Einschränkungen. Um einen gemeinsamen Nenner als Grundlage für den Transport des Rechtsguts zu schaffen, reicht es aber völlig aus, wenn sich die Bedarfsdeckung zumindest teilweise durch freiwillig abgeschlossene Verträge zwischen den Rechtsunterworfenen vollzieht und diese sich gegenseitig für schadensstiftendes Fehlverhalten haftbar sind. Solche Bedingungen lassen sich nicht nur in durchgängig kapitalistisch strukturierten Gesellschaften, sondern auch dort feststellen, wo der vertragliche Verkehr und die Einstandspflicht auf bestimmte Gruppen beschränkt sind. Schuldrechtliche Regeln, wie sie in Rom entwickelt worden sind, konnten daher in antiken Sklavenhaltergesellschaften ebenso funktionieren wie in den sozialistischen Staaten des 20. Jahrhunderts, obwohl die Teilnahme am Markt, in der Antike in persönlicher, im Sozialismus in sachlicher Hinsicht, mehr oder weniger stark beschränkt war.

3 Sind viele der schuldrechtlichen Probleme in vielfältigem gesellschaftlichen Kontext aufgetreten und ihre einheitliche Lösung trotz völlig unterschiedlichen sozialen Rahmens denkbar, bedeutet dies noch nicht, dass das römische Recht, das solche Lösungen erstmals in befriedigender Qualität und Anzahl bereithielt, seit seiner Ausbildung auch die Rechtspraxis bestimmt hätte. Vermutlich gilt sogar das Gegen-

teil, nämlich dass das **römische Recht** zumeist nur Gegenstand der Wissenschaft war und praktische Anwendung im großen Stil erst in dem Moment erfuhr, als es in den europäischen Nationalstaaten durch die Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts Gesetzesform erlangte. Gerade das Übergewicht akademischer Tradition ist jedoch für das Niveau des römischen Rechts und die Akzeptanz der hieraus entstandenen Gesetzbücher wesentlich gewesen. In Rom ergab sich die Zuweisung des Rechts an die Wissenschaft aus dem Fehlen einer umfassenden Gesetzgebung und eines professionellen Richterstands. Während der Mangel an Gesetzgebung den nötigen Freiraum für die Wissenschaft eröffnete, gewährleistete das Fehlen des Richterstandes eine Theoriebildung über den Einzelfall hinaus. Ihre Ausbildung setzte spätestens im 2. Jahrhundert v. Chr. ein, erlebte ihren Höhepunkt aber erst im römischen Kaiserreich, mit dessen Gründung die bis in die erste Hälfte des 3. Jahrhunderts währende klassische Phase der römischen Jurisprudenz einsetzte. Deren Früchte sammelte der byzantinische Kaiser Justinian im 6. Jahrhundert in den Digesten, dem Hauptteil seines später *Corpus Iuris Civilis* genannten Gesetzgebungswerks, das ab dem Mittelalter wissenschaftlich bearbeitet und zur Grundlage der Lehre vom Gemeinen Recht (*ius commune*) wurde. Nachdem es ab dem 17. Jahrhundert die Kritik der profanen Naturrechtslehre erfahren hatte, fand es unter den hiervon angestoßenen Änderungen Eingang in die sogenannten Naturrechtsgesetzbücher: das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794, das französische *Code civil* von 1804 und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) von 1811. Während die beiden letzteren noch heute gelten, ist das in mancherlei Hinsicht unpraktische preußische Gesetz 1900 außer Geltung geraten, als das BGB in Kraft trat. Ebenso wie das schweizerische Obligationenrecht (OR), das in seiner ursprünglichen Fassung schon seit 1883 galt und 1912 zum Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) wurde, entstammt das BGB der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts, die die von der Naturrechtslehre gelieferten Entwürfe zur Theoriebildung auf der Grundlage der römischen Quellen nutzte. Das Resultat ist eine Zivil-, insbesondere eine Schuldrechtsordnung, die immer noch zahlreiche Gemeinsamkeiten mit dem klassischen römischen Recht aufweist, hiervon aber auch dort geprägt ist, wo sie gerade von ihm abweicht.

2. Deutsches Gesetz und europäische Rechtsvereinheitlichung

Der Blick über die deutsche Kodifikation hinaus darf sich natürlich nicht nur in die Vergangenheit richten. Er muss auch der weiteren Entwicklung des Privatrechts in Europa gelten. Dass dieses auf das nationale Recht und seine Anwendung wirkt, versteht sich von selbst, wenn es gerade auf Vorgaben des Gemeinschaftsrechts beruht. Diese bilden keine geschlossene Regelungsmasse, vielmehr nur Anweisungen zur **Homogenisierung einzelner Bereiche** des Schuldrechts in Form von Richtlinien. Ihr Gegenstand sind Verbraucherverträge, ihr Ziel außer der Beseitigung von Diskriminierung die Gewährleistung eines einheitlichen Schutzniveaus für Verbraucher, das deren grenzüberschreitenden Konsum fördern soll. Der Grad der Detaillierung variiert; dem nationalen Gesetzgeber ist regelmäßig noch ein Spielraum eröffnet, der die Frage aufwirft, ob die von ihm geschaffene Regelung den Vorgaben des Gemein-

schaftsrechts genügt. Um dies sicherzustellen, ist das nationale Recht, soweit es in den Anwendungsbereich der einschlägigen Richtlinie fällt, europarechtskonform, also in der Weise auszulegen, dass es dem vom europäischen Gesetzgeber angepeilten Ziel und dem vernünftigen Zweck der Richtlinie gerecht wird. Dies bedeutet, dass der Auslegungsmethode der Vorrang zukommt, die ein richtliniengetreues Resultat schafft. Scheitert die richtlinienkonforme Auslegung am eindeutigen Sinn der nationalen Regelung,³ sind ihre teleologische Reduktion oder ein Analogieschluss zu erwägen. Zwar mag es sein, dass der nationale Gesetzgeber sein europarechtswidriges Konzept bewusst verfolgte. Diese Absicht steht jedoch gleichberechtigt neben dem im Zweifel ebenfalls zu unterstellenden Wunsch, die europäischen Vorgaben einzuhalten.⁴ Ist der Wille des Gesetzgebers damit widersprüchlich, enthält er eine Lücke und eröffnet Raum für eine europarechtskonforme Rechtsanwendung, die schon deshalb geboten ist, weil der objektive Zweck der aufgrund einer Richtlinie erlassenen nationalen Regelung zweifelsfrei in der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts besteht.⁵

- 5 Die bislang einflussreichste unter den europäischen Richtlinien ist die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG), die dem deutschen Gesetzgeber den Anstoß dazu gab, das Schuldrecht des BGB in wesentlichen Teilen neu zu gestalten. Dieser seit 2002 wirksamen Schuldrechtsreform liegen vielfach Entwürfe zugrunde, die noch in den siebziger und achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts ausgearbeitet wurden. Vorbild war dabei nicht selten das UN-Kaufrecht (CISG), das auch gemeinschaftsrechtliche Bestrebungen zur **Rechtsvereinheitlichung des gesamten Schuldrechts** beeinflusst hat: Ist derzeit auch noch nicht absehbar, ob und wann es zu einer gemeinschaftsweit einheitlichen Kodifikation des Schuldrechts oder auch nur des Vertragsrechts kommt, wird es doch aller Voraussicht nach eine Musterrechtsordnung geben, die dem europäischen und dem nationalen Gesetzgeber als Vorbild für Regelungen auf dem Gebiet des Schuldrechts dienen soll. Diese Musterrechtsordnung wird in den Fragen, in denen sich dem vorhandenen Richtlinienrecht keine oder zumindest keine überzeugende Regel abgewinnen lässt, wohl stark von den Grundregeln des europäischen Vertragsrechts (PECL) beeinflusst sein,⁶ die bis 2003 von der Kommission für europäisches Vertragsrecht entworfen worden sind. Sie folgen wiederum in vielen Punkten dem UN-Kaufrecht, das seinerseits aus dem Einheitlichen Kaufgesetz von 1964 hervorgegangen ist. Im Wesentlichen von *Ernst Rabel* geschaffen, transportiert dieses Rechtsgut und Einsichten, die gerade aus der Beschäftigung mit dem römischen Recht und den aus ihm entstandenen nationalen Rechtsordnungen gewonnen sind. Ebenso wie diese bei der Anwendung des deutschen Rechts Beachtung erheischen, muss auch und gerade ihre Weiterentwicklung auf supranationaler Ebene den Umgang mit dem BGB steuern. Dessen

³ Dies nimmt unter bloßer Berufung auf den Gesetzgeberwillen und ohne hinreichende Rücksicht auf den objektiven Gesetzeszweck noch BGH, NJW 2006, 3200, 3201 an.

⁴ Vgl. etwa *W.-H. Roth*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: *Riesenhuber* (Hg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, Rn. 53, 59.

⁵ BGH 2009, 427, 428 f.

⁶ Dies gilt jetzt schon für den akademischen Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR), der den Grundregeln des europäischen Vertragsrechts in den von diesen abgedeckten Bereichen weitgehend folgt.

objektivem Sinn entspricht es nämlich, im Kontext der Entwicklung verstanden zu werden, deren Teil es ist.⁷

3. Privatrecht und Verhaltenssteuerung

Eine aktuelle, aber keineswegs neue Frage ist, inwieweit das Privatrecht der Verhaltenssteuerung dient und diese für seine Anwendung relevant ist. Während der präventive Zweck öffentlich-rechtlicher Ge- und Verbote an die Rechtsunterworfenen nicht zweifelhaft sein kann, sperrt sich das Privatrecht gegen seine Instrumentalisierung zur Verhaltenssteuerung vor allem wegen der bis in das 19. Jahrhundert anhaltenden Tendenz zu seiner Entpönalisierung. Sie prägt das Schuldrecht des BGB noch derart, dass man die Frage, welche Anreize von einem bestimmten Normverständnis ausgehen, bei der Gesetzesanwendung zwar als Hilfskriterium einsetzen, ihr aber keineswegs den Vorrang einräumen darf. Zwar geben privatrechtliche Normen, indem sie den Rechtssubjekten Ansprüche und Verteidigungsmittel zur Verfügung stellen, ebenfalls vor, wie man sich richtig zu verhalten hat, nämlich so, dass der jeweils andere von dem ihm zustehenden Rechtsbehelf keinen Gebrauch machen muss. Hierin liegt jedoch bloß ein Reflex und nicht etwa das eigentliche Ziel der Normen,⁸ die im Bereich des Schuldrechts gleich **im doppelten Sinn relativ** sind: Außer durch die Beschränkung der Rechtsverhältnisse auf die an ihrer Begründung Beteiligten, die das Schuldrecht von Sachen-, Familien- und Erbrecht trennt, kennzeichnet die schuldrechtlichen Regelungen ebenso wie andere privatrechtliche Normen, dass sie im Unterschied zum öffentlichen Recht keinen über die Interessen der Beteiligten hinausgehenden Zweck haben⁹ und stets auf die Herstellung eines gerechten Ausgleichs unter den vom Rechtsverhältnis betroffenen Parteien gerichtet sind.¹⁰ Dieser gerechte Ausgleich würde gerade verfehlt, wenn sich die Rechtsanwendung nicht am Interesse der ausgleichsberechtigten Partei, sondern an der Wirkung orientierte, die von der Entscheidung der maßgeblichen Rechtsfrage auf die Gemeinschaft ausgeht.¹¹ Denn eine zur Verhaltenssteuerung verhängte Sanktion wirkt stets sowohl

6

⁷ Regelrecht von dieser abgeschnitten werden kann es ebenso wenig wie die weiteren Schritte zur Rechtsvereinheitlichung, die stets und auch dort, wo sie sich gegen bestehendes Recht wenden, in der Tradition des römischen Rechts stehen. Die vor allem von *Zimmermann*, Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002) 243, 312, 315 erhobene Forderung nach einer „organischen“ Weiterbildung des Rechts erfüllt sich damit zwangsläufig.

⁸ Auf dasselbe läuft es hinaus, wenn man bei ihnen mit *C. Schäfer*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002) 397, 399 f. das Präventionsziel durch den Ausgleichszweck überlagert sieht.

⁹ *Klumpp*, Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke, Berlin 2002, S. 93 ff. spricht insoweit durchaus zu Recht von einer „qualitativen Relativität“.

¹⁰ Dies ist die Grundlage des im Schadensersatzrecht geltenden Bereicherungsverbots (s. u. Rn. 310 ff.), dessen Einsatz als Argument für das Ausgleichsprinzip freilich in dem von *Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006, S. 264 ff. beklagten Zirkelchluss endet.

¹¹ Der Fall wäre dies etwa, wenn man in die Bemessung einer Ausgleichsleistung die Wahrscheinlichkeit der Rechtsdurchsetzung in vergleichbaren Sachverhalten einbezöge; hierfür etwa *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 (2006) 352, 464 ff.

präventiv als auch repressiv und trifft denjenigen, dem sie einen über den Interessenausgleich hinausgehenden Nachteil bringt, als Strafe.¹² Da diese zweifellos jenseits der Funktion des Privatrechts liegt,¹³ scheidet außer einer auf moralische Besserung gerichteten Rechtsanwendung grundsätzlich auch eine Orientierung am Ziel gesamtwirtschaftlicher Effizienz aus, wie sie von den Vertretern der ökonomischen Analyse des Privatrechts gefordert wird.

- 7 Eine Ausnahme von der Regel ist freilich dort zu machen, wo die einschlägige Norm selbst erkennbar präventiven Charakter hat.¹⁴ Der Fall ist dies vor allem beim Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB), das dem Opfer einer Körper- oder Persönlichkeitsverletzung Genugtuung verschaffen soll¹⁵. Sein Präventionszweck lässt sich nur scheinbar dadurch in Abrede stellen, dass man die dem Schädiger auferlegte Geldleistung als Ausgleich für einen immateriellen Schaden seines Opfers ansieht. Ein regelrechter Ausgleich setzt nämlich voraus, dass der Nachteil, den jemand als Sanktion für ein bestimmtes Verhalten erleidet, identisch ist mit dem Nachteil, der hierdurch sanktioniert wird, sei es, dass dieser in Natur wettgemacht wird, sei es, dass er in Geld ausgedrückt und durch eine entsprechende Zahlung kompensiert wird. Wird ein Nachteil, der sich nicht in Geld ausdrücken lässt, durch die Verpflichtung zur Geldleistung kompensiert, sind die Grenzen des Ausgleichs gesprengt und das Feld der **Privatstrafe** eröffnet. Zwar war es das Anliegen des Gesetzgebers von 1900, sie zugunsten der öffentlichen Strafe zu beseitigen. Mit dem Schmerzensgeld hat er jedoch ein Institut übernommen, dem ein Strafzweck inhärent ist und das zu einem Analogieschluss drängt: Ursprünglich nur als deliktsrechtliche Sanktion der Herbeiführung körperlicher Schmerzen gedacht, ist es vom Gesetzgeber zu einer Einrichtung des allgemeinen Schadensersatzrechts und von der Rechtsprechung zur Rechtsfolge einer Beeinträchtigung der Persönlichkeit gemacht worden¹⁶. Außerdem steht es im Hintergrund der Entschädigung für Nutzungsausfall, mit dem ebenfalls ein nicht in Geld messbarer Nachteil durch eine Geldleistung kompensiert wird. Weder die gesetzliche Ausweitung des Schmerzensgelds noch die von der Rechtsprechung unternommenen Schritte sind, für sich genommen, zu beanstanden, liegt ihnen doch jeweils das Gebot der Gleichbehandlung zugrunde: Der Schädiger soll nicht davon profitieren, dass er seinem Opfer statt eines geldwerten Schadens einen immateriellen Nachteil zugefügt hat. Erkennt das Gesetz dies bei der Körperverletzung ausdrücklich an, gibt es keinen Grund, im Fall der Persönlichkeitsverletzung oder beim Nutzungsausfall anders zu verfahren. Als Mittel zur Genugtuung und Abschreckung durchbricht die verhängte Sanktion aber jeweils das Konzept des einfachen Interes-

¹² Dies leugnen zu Unrecht *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, Tübingen 2002, S. 607 und *Wagner*, AcP 206 (2006) 352, 366 ff., *Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen*, Karlsruhe Forum 2006, S. 11, 19, 25 f.

¹³ Insoweit richtig BGH, NJW 1992, 3096, 3103.

¹⁴ So für das Gebot der Allokationseffizienz auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 1995, S. 452 ff.; vgl. auch *dens.*, *Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse*, AcP 197 (1997) 80, 116 f.

¹⁵ S. u. Rn. 328 ff.

¹⁶ S. u. Rn. 331 ff.

senausgleichs und ist Privatstrafe.¹⁷ Statt diesen Charakter zu verbrämen,¹⁸ ist es besser, ihn offen einzugestehen und entsprechend dieser Einsicht vorsichtig mit Rechtsinstituten umzugehen, bei denen die Sanktion nicht mit dem zu sanktionierenden Nachteil korrespondiert. Prominentes Beispiel hierfür ist der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, dem ebenfalls ein Strafzweck eignet.¹⁹ Ist dieser ausnahmsweise durch den Gesetzgeber anerkannt, bedeutet eine Analogiebildung mangels hoheitlichen Charakters der Privatstrafe keinen Verstoß gegen Art. 103 GG²⁰ und eröffnet Raum für präventive Erwägungen.²¹ Dasselbe gilt, wenn der ansonsten maßgebliche Zweck des Ausgleichs materieller Interessen kein eindeutiges Ergebnis vorgibt. Der Fall ist dies etwa bei der Frage der Abschöpfung eines zu Unrecht erzielten Gewinns, der dem Inhaber der ausgebeuteten Rechtsposition nicht zwingend, aber doch eher gebührt als dem Störer.²²

¹⁷ Richtig *Großfeld*, Die Privatstrafe, Frankfurt a. M. u. a. 1961, S. 105, 121 ff.

¹⁸ So etwa BGH, NJW 1992, 3096, 3103.

¹⁹ S. u. Rn. 338 ff.

²⁰ Richtig *C. Schäfer*, AcP 202 (2002) 397, 425 f. und insoweit auch *Möller* (Fn. 10), S. 286 ff.

²¹ Hierin liegt nicht unbedingt der von *E. Lorenz*, Immaterialschaden und „billige Entschädigung in Geld“, Berlin 1981, S. 102 ff. bekämpfte Rückschritt gegenüber der im 19. Jahrhundert scheinbar verwirklichten Trennung von Zivil- und Strafrecht. Auch die Differenzierung nach den Funktionen verschiedener Ansprüche bedeutet einen Fortschritt; vgl. *Großfeld* (Fn. 17), S. 89.

²² S. u. Rn. 346 ff.

§ 2 Das Schuldverhältnis

1. Funktionen

a) Güterzuordnung

8 Das Schuldverhältnis ist das Grundmuster rechtlicher Beziehung unter Privaten und als solches von denkbar einfacher Struktur: Ein Gläubiger kann von seinem Schuldner eine Leistung verlangen; und dieser haftet für ihre Erbringung, indem er entweder zur Leistung selbst oder aber zur Zahlung ihres Äquivalents in Geld gezwungen wird. Ist das eine oder andere erbracht, liefert das Schuldverhältnis die Rechtfertigung dafür, dass der Gläubiger das Empfangene behalten darf. Diese aus heutiger Sicht nachrangige Funktion des Schuldverhältnisses war die ältere und bestimmend für eine Zeit, in der noch keine Distanzgeschäfte abgeschlossen und Leistungen sofort ausgetauscht wurden. Das Schuldverhältnis diente hier dazu, die Zuordnung eines Gutes zum Vermögen des Gläubigers sowohl im Verhältnis zum Schuldner als auch im Verhältnis zu anderen festzulegen, denen gegenüber der Schuldner besser berechtigt war und der Gläubiger besser berechtigt sein sollte. Heute wird diese Aufgabe der Güterzuordnung **vorrangig durch das Sachenrecht** und die an seine Regeln angelehnten Bestimmungen des Immaterialgüterrechts erfüllt. Ihr Gegenstand: das gegen jedermann wirkende, insbesondere dingliche Recht, ist eine Abstraktion aus Schuldbeziehungen:¹ Setzt sich jemand im Streit über einen Gegenstand gegen seinen Kontrahenten durch und ist dieser seinerseits besser berechtigt als andere, lässt sich das so entstandene Geflecht aus Rechtsverhältnissen zu der Vorstellung steigern, der überlegene Prätendent sei gegenüber allen und ausschließlich berechtigt. Mit der Zuerkennung einer solchen Rechtsposition ist die Güterzuordnung weitgehend erledigt; und dem Schuldrecht sind nur noch die Fälle überlassen, in denen das dingliche Recht ohne zureichende Grundlage erlangt ist, es also an einem Schuldverhältnis fehlt, das den Verbleib des dinglichen Rechts bei seinem Erwerber trägt.²

9 Die Wirkungsweise eines solchen Rechtsmangels kann auf zweierlei Weise gestaltet sein: Entbehrt der Erwerb einer dinglichen Rechtsposition seiner schuldrechtlichen Basis, kann er entweder völlig scheitern oder aber einem wiederum nur schuldrechtlichen Anspruch auf Rückabwicklung unterliegen. Während sich die meisten Rechtsordnungen für den ersten Weg entschieden haben, gilt in Deutschland das **Abstraktionsprinzip**, demzufolge der Erwerb des dinglichen Rechts aufgrund eines besonderen, in seiner Wirkung unabhängigen, Verfügungsgeschäfts (§§ 873, 929 BGB) geschieht und der Mangel des Rechtsgrundes nur zu einem obligatorischen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung führt (§ 812 BGB). Diese Trennung der dinglichen Rechtslage von ihrer schuldrechtlichen Grundlage ist in der Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht schon angelegt. Denn das Schuld-

¹ Ähnlich *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 11, der den Anspruch für das grundlegende subjektive Recht, das absolute Recht für eine abhängige Konstruktion erklärt.

² Entgegen *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 4, 62 entscheidet also gerade das Schuld- und nicht etwa das Sachenrecht über die endgültige Zuordnung einer Sache zum Vermögen einer Person.

verhältnis, das den Rechtsgrund für den Erwerb des dinglichen Rechts schafft, kann allenfalls zwischen seinem Erwerber und seinem früheren Inhaber bestehen und geht Dritte, denen gegenüber das dingliche Recht wirken soll, nichts an. Vollends irrelevant muss es sein, wenn der Erwerb des dinglichen Rechts nicht vom bisherigen Rechtsinhaber initiiert ist, sondern zum Schutz eines gutgläubigen Erwerbers kraft Gesetzes eintritt (§§ 892 f., 932 ff. BGB). Das Schuldverhältnis, das diesen Rechtsübergang begleitet, besteht, wenn überhaupt, dann nur zu dem nichtberechtigten Veräußerer, der jedoch, für sich genommen, keine Rechtsmacht zur Übertragung des dinglichen Rechts hat und diese nur durch gesetzliche Anordnung im Interesse des gutgläubigen Erwerbers erlangt. So wenig die Zuweisung der dinglichen Rechtsposition in diesem Fall von dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis abhängen kann, so wenig darf diese rein relative Beziehung im Übrigen über die Zuständigkeit einer absoluten Rechtsposition entscheiden.

Die demnach auf die Entscheidung über einen Bereicherungsanspruch zusammengeschrumpfte Güterzuordnungsfunktion kann ausnahmsweise den gesamten Zweck des Schuldverhältnisses ausmachen, wenn dieses keinen Anspruch auf Leistung hervorbringt. Der Fall ist dies bei Geschäften, denen die Rechtsordnung im öffentlichen Interesse oder zum Schutz der Beteiligten zwar die volle Anerkennung versagt, die aber, wenn sie einmal durchgeführt sind, auch nicht rückabgewickelt werden sollen. Bringen sie auch keinen Anspruch auf Leistung hervor, schaffen sie für diese doch den Rechtsgrund, so dass ein Bereicherungsanspruch ausscheidet.³ Beispiele für diese sogenannten **Naturalobligationen** sind Spiel und Wette, die der deutsche Gesetzgeber wegen der von ihnen ausgehenden Gefahr der Vermögensverschwendung eindämmen will und daher im Grundsatz nicht als Auslöser einer Verpflichtung, wohl aber als Grund für den Verbleib einer hierauf erfolgten Leistung gelten lässt (§ 762 Abs. 1 BGB).⁴ Beim Vertrag über eine Heiratsvermittlung (§ 656 Abs. 1 BGB) ordnet das Gesetz dieselbe Rechtsfolge an, um Prozesse über die Intimsphäre der Ehegatten zu vermeiden.⁵ Diesen Geschäften verwandt sind die Verträge, die einem Formgebot unterliegen, das zwar die Entstehung einer Verpflichtung verhindert, dessen Zweck aber auch die Rückabwicklung einer Leistung auf einen formungültig abgeschlossenen Vertrag verbietet. Beispiel hierfür sind die Verträge, die zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken oder eines Geschäftsanteils an einer GmbH verpflichten sollen (§§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB, 15 Abs. 4 GmbHG).⁶ Sind sie ohne Einhaltung der erforderlichen notariellen Form eingegangen, führen sie nicht zu einer Verpflichtung der Parteien. Da die Rückabwicklung des Vertrags aber jeweils dem Ziel des Formgebots widerspräche, den Verkehr mit Grundstücken oder Geschäftsanteilen zu erschweren, wird der Vertrag mit der Übertragung des Eigentums oder Geschäftsanteils wirksam und bietet so den Rechtsgrund dafür, dass

10

³ Dass dies nichts an der Qualität des Schuldverhältnisses ändert, zeigt *Schulze*, Die Naturalobligation, Tübingen 2008, S. 239 ff., der dem Gläubiger einer unerzwingbaren Schuld auch ein Forderungsrecht zugesteht.

⁴ Für die Einordnung als Naturalobligation zu Recht *Schulze* (Fn. 3), S. 522 f. im Gegensatz zu *Flume*, AT, Bd. 2, S. 95 und *MünchKomm-Habersack* § 762 Rn. 3.

⁵ BVerfG, NJW 1966, 1211.

⁶ S. u. Rn. 79 ff.

der dingliche Rechtswechsel Bestand hat. Ähnlich ist der Effekt einer Leistung auf eine verjährte Forderung. Diese ist mit Eintritt der Verjährung zwar nicht mehr durchsetzbar, sondern kann vom Schuldner durch die Einrede der Verjährung zu Fall gebracht werden (§ 214 Abs. 1 BGB). Dieser Mangel der Verpflichtung⁷ geht jedoch nicht so weit, dass auch eine Leistung auf die verjährte Forderung rückabgewickelt werden müsste; statt dessen darf der Gläubiger sie behalten (§§ 214 Abs. 2, 813 Abs. 1 S. 2 BGB), damit nicht das Ziel der Verjährung, einen Rechtsstreit über vergangene Sachverhalte zu vermeiden, frustriert würde. Einen anderen Zweck hat die heilende Wirkung der Leistung auf ein nicht der notariellen Form genügende Schenkungsversprechen (§ 518 Abs. 2 BGB) oder eine ohne Einhaltung der Schriftform abgeschlossene Bürgschaft (§ 766 S. 3 BGB)⁸. Hier hat sich die Aufgabe des Formgebots, den Schenker oder Bürgen vor einer voreilig eingegangenen Verpflichtung zu bewahren, mit der Bewirkung der Leistung erledigt, so dass der Vertrag wirksam und zur Grundlage für den Verbleib der Leistung beim Gläubiger wird.

- 11** Den Naturalobligationen in der Wirkungsweise gleich, in der Struktur jedoch völlig unähnlich sind die **Handgeschäfte**. Es sind Schuldverträge, die keinen wie auch immer gearteten Mangel aufweisen und, wenn sie als Distanzgeschäfte abgeschlossen würden, ohne Weiteres eine Verpflichtung hervorbrächten. Dass sie nicht entsteht, ist bei ihnen bloß die Folge daraus, dass die Leistung sofort erbracht wird und daher nicht zum Gegenstand einer Verpflichtung taugt. Ein solches Handgeschäft, bei dem der Vertrag aus einer bloßen Rechtsgrundabrede besteht, erwähnt das deutsche Gesetz nur im Recht der Schenkung, die, wenn sie sofort vollzogen wird, keiner Form bedarf (§ 516 Abs. 1 BGB). Auch andere Verträge, insbesondere Kaufverträge, können jedoch als Handgeschäfte abgeschlossen werden. Im Gegensatz zur Schenkung, die sich im Regelfall in der vom Schenker erbrachten Leistung erschöpft, können sie jedoch trotz des sofortigen Vollzugs weitere Verpflichtungen hervorbringen, die sich durch die beim Vertragsschluss erbrachte Leistung noch nicht erledigt haben. So kann der Verkäufer, der die Kaufsache mit Abschluss des Vertrags übergeben und übereignet hat und damit seiner entsprechenden Verpflichtung nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zuvorgekommen ist, dennoch zur Sach- und Rechtsmängelgewähr gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet sein. Dass der Vertrag teils verpflichtende, teils nur die Wirkung einer Rechtsgrundabrede hat, ist kein Grund, ihm in wirklichkeitsfremder Konstruktion generell Verpflichtungswirkung zuzuschreiben,⁹ die im Fall der sofort erbrachten Leistung jedoch nur für eine juristische Sekunde anhielte. Statt dessen ist das Schuldverhältnis insoweit auf die Funktion der Güterzuordnung beschränkt und sorgt lediglich dafür, dass eine Rückabwicklung der erfolgten Leistung ausscheidet.¹⁰

⁷ Er soll nach *Schulze* (Fn. 3), S. 516 f. schon mit der Entstehung des Einrederechts einsetzen; dies ist, wenn man es nicht als Gestaltungs-, sondern als Gegenrecht deutet (s. u. Rn. 191), durchaus vertretbar.

⁸ S. u. Rn. 475 f.

⁹ Richtig *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 20 f. und *Siber*, Schuldrecht, S. 2, 173.

¹⁰ Daher besteht auch kein Grund, mit *Heck*, Schuldrecht, S. 247 ff. von der Kategorie des Realvertrags Abstand zu nehmen, für deren Beibehaltung *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 83 ff. eintritt.

b) Die Forderung als Recht gegen den Schuldner

Die nach dem Bedeutungsverlust der Güterzuordnungsfunktion wichtigere Aufgabe des Schuldverhältnisses besteht darin, dem Gläubiger ein Recht auf Erbringung der geschuldeten Leistung durch den Schuldner zu geben. Dieses Recht kann entweder nur Anknüpfungspunkt einer Verurteilung des Schuldners in Geld oder selbst zwangsweise durchsetzbar sein. Das deutsche Recht hat sich im Interesse des Gläubigers für einen Anspruch auf **Naturalerfüllung** entschieden. Er gewährleistet, dass der Gläubiger voll befriedigt wird und nicht nur ein Geldäquivalent erhält, das dem individuellen Bedürfnis nach der Leistung zuweilen nicht vollständig entspricht und in Zeiten der Geldentwertung schlechthin versagt. Die Entscheidung für die Naturalerfüllung ist nicht nur von Einfluss auf das Prozessrecht, sondern prägt auch das materielle Schuldrecht in vielfacher Hinsicht: Die Frage, ob die geschuldete Leistung in Natur erbracht werden kann, ist in einem System der Geldverurteilung lediglich ein Aspekt der Beurteilung, ob dem Schuldner das Ausbleiben der Leistung zur Last fällt, er also an ihrer Stelle eine Geldzahlung erbringen muss. Geht man dagegen von einem Erfüllungsanspruch aus, ist die Behinderung der Leistung schon für die Entscheidung darüber relevant, ob die Verpflichtung des Schuldners überhaupt fortbesteht (§ 275 BGB); und bei der Beurteilung, ob der Schuldner an ihrer Stelle eine Geldleistung zu erbringen hat, muss man konsequenterweise von zwei verschiedenen Konstellationen auszugehen, der bloßen Verzögerung¹¹ und der das Forderungsrecht ausschließenden Behinderung der Leistung durch den Schuldner¹².

Anders als die Verfügung über das Eigentum erfolgt die Begründung einer Verpflichtung durch Vertrag grundsätzlich **kausal**. Dies bedeutet, dass die Obligation nicht für sich, sondern nur mit dem Vertrag besteht, dem sie entspringt. Die Entkoppelung einer Rechtsposition von ihrer Grundlage, wie sie kraft des Abstraktionsprinzips im Sachenrecht stattfindet, ist in der schuldrechtlichen Zweierbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner in aller Regel unangebracht,¹³ weil der Bedarf für Abstraktion erst durch die Beteiligung eines Dritten entsteht, der in seinem Vertrauen auf den Bestand eines Geschäfts geschützt und nicht gezwungen werden soll, sich von der Gültigkeit des Rechtsgrunds in einem für ihn fremden Rechtsverhältnis zu überzeugen. Freilich gibt es auch im Schuldrecht mannigfache Phänomene der Abstraktion in Konstellationen, in denen sich drei Personen gegenüberstehen und zwei durch ein Innenverhältnis verbunden sind, dessen Überprüfung dem Dritten erspart werden soll. Dies gilt bei der Übertragung einer Verpflichtung oder Forderung¹⁴ durch Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB)¹⁵ oder Abtretung (§ 398)¹⁶ sowie bei der Verbindung einer Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern durch Gesamtschuld (§ 421 BGB)¹⁷, Gesamt- oder Mitgläubigerschaft (§§ 428, 432

¹¹ S. u. § 8.

¹² S. u. § 9.

¹³ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 49 f., *Weitnauer*, Die Leistung, in: Ficker u. a. (Hg.), Festschrift für v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 255, 275 f.

¹⁴ Dies bestreitet *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 491 zu Unrecht.

¹⁵ S. u. § 15 1.

¹⁶ S. u. § 15 2.

¹⁷ S. u. § 17 1.

12

13

BGB)¹⁸ und Vertrag zugunsten Dritter¹⁹. In Zweipersonenverhältnis von Gläubiger und Schuldner kommt es dagegen im Grundsatz weder bei der Begründung noch bei der Auflösung einer Schuld zur Abstraktion. Bei der Schuldbegründung ist sie allein die Folge einer besonderen Entscheidung der Parteien, die sie etwa durch Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses (§§ 780 f. BGB) treffen. Für den Schuldner bedeuten diese insofern eine Verschlechterung seiner Situation, als im Streitfall nicht der Gläubiger den Bestand des zugrunde liegenden Vertrags, sondern der Schuldner den aus seinem Fehlen resultierenden Mangel des Rechtsgrunds für die Verpflichtung dartun muss. Die Mechanismen der Schuldauflösung wirken dagegen zwangsläufig kausal mit Ausnahme des Erlasses (§ 397 BGB),²⁰ der einen jenseits des Schuldverhältnisses liegenden Rechtsgrund, vor allem in Gestalt eines Schenkungs- oder Vergleichsvertrags hat, und von diesem deshalb entkoppelt ist²¹.

c) Die Forderung als Gegenstand des Gläubigervermögens

- 14 Das Forderungsrecht gegen den Schuldner ist zwar auf diesen gerichtet und besteht im Gegensatz zum dinglichen Recht nicht gegenüber allen anderen. Es hat jedoch ebenfalls eine Dritten gegenüber gelegene Außenseite, indem es selbst ein Gegenstand im Vermögen des Gläubigers ist. Die Einsicht in diese Funktion der Forderung ist so alt wie die praktische Schlussfolgerung, dass sie mit dem Tod des Gläubigers auf dessen Erben übergeht. Dass sie auch **unter Lebenden übertragen** werden können, ist jedoch eine Konsequenz, die zunächst nur mit Hilfskonstruktionen bewirkt wurde. Erst der Vergleich mit dem Eigentum ebnete den Weg für Einschätzung der Forderung als fungible Rechtsposition und ihre regelrechte Abtretung.²² Als Verfügungsgeschäft unterliegt sie in Deutschland ebenso wie die Übereignung dem Abstraktionsprinzip, ist also unabhängig von dem Schuldverhältnis, das dem Forderungsübergang zugrunde liegt (§ 398 BGB). Demselben Muster wie die Abtretung folgen ihr weniger praktisches Pendant auf der Schuldnerseite, die Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB).²³
- 15 Die Anlehnung des Forderungsrechts an das Eigentum, das bei der Konstruktion des Forderungsübergangs durch Abtretung Pate stand, hat auch eine neue Form der Mitberechtigung an einer Forderung denkbar gemacht. Zunächst führte eine Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern entweder zur Teilung des Rechts oder zur Gesamtabligation, bei der ein Gläubiger die volle Leistung von jedem Schuldner fordern und ein Schuldner die volle Leistung mit befreiender Wirkung an jeden Gläubiger erbringen konnte. Im Fall der Schuldnermehrheit ist dieses Modell in seiner Ausprägung als Gesamtschuld (§ 421 BGB) nach wie vor konkurrenzlos, weil eine gemeinsame Zuständigkeit der Schuldner die Durchsetzung des Forderungs-

¹⁸ S. u. § 17 2, 3.

¹⁹ S. u. § 16 1.

²⁰ S. u. § 14 2.

²¹ Auch dies stellt *Krefß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 466 wiederum zu Unrecht in Abrede.

²² S. u. Rn. 403 f.

²³ S. u. Rn. 398.

rechts übermäßig erschwerte.²⁴ Bei einer Gläubigermehrheit ist die korrespondierende Figur der Gesamtgläubigerschaft (§ 428) dagegen kaum praktikabel, weil sie den einzelnen Gläubiger dem Risiko aussetzt, seine Forderung durch Leistung an einen Mitgläubiger zu verlieren, ohne dass er in seinem Regressrecht gegen diesen besonders geschützt würde.²⁵ Eine Alternative zur Gesamtgläubigerschaft eröffnet jedoch erst das Konzept des Miteigentums, das in einer gemeinsamen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der ideell jeweils am gesamten Gegenstand berechtigten Mitinhaber besteht. Übertragen auf das Forderungsrecht, führt es zur Annahme einer Gläubigergemeinschaft mit gemeinsamer Erfüllungszuständigkeit, die gewährleistet, dass der Schuldner mit befreiender Wirkung nur an alle Gläubiger gemeinsam leisten kann (§ 432 BGB).²⁶

2. Einteilung

a) *Schuldverhältnisse im „engeren“ und im „weiteren Sinne“?*

Auch über die Schuldrechtsreform hinaus hat sich in der Rechtslehre die Unterscheidung zwischen dem Schuldverhältnis im „engeren“ und einem solchen im „weiteren Sinne“²⁷ gehalten. Während jenes den einzelnen Leistungsanspruch des Gläubigers (§ 241 Abs. 1 BGB) bezeichnen soll, wird das Schuldverhältnis im weiteren Sinn als komplexes Gebilde und Quelle mannigfacher Rechte verstanden, die dem **Gebot der Rücksichtnahme** auf die andere Partei (§ 241 Abs. 2 BGB) entspringen.²⁸ Diese Zweiteilung des Begriffs des Schuldverhältnisses ist das Produkt einer spätestens mit der Schuldrechtsreform überholten Konstruktion der Haftung unter wirklichen oder zumindest potentiellen Vertragsparteien, insbesondere wegen Fehlverhaltens im Vor- und Umfeld eines Vertragsschlusses. Sie fiel regelmäßig aus dem vom römischen Recht ererbten Konzept der Haftung für unerlaubte Handlung heraus, die entweder an die Verletzung von Eigentum oder eines eigentumsähnlichen Rechts (§ 823 Abs. 1 BGB) oder an den Vorsatz des Täters anknüpft (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB) und so eine Lücke für fahrlässig herbeigeführte reine Vermögensschäden lässt. Fühlbar wird diese Lücke in erster Linie bei Fehlverhalten unter Vertragsparteien, wenn für die eine Seite Gewinnaussichten entstehen, deren Vorspiegelung oder Vereitelung durch die andere Seite weder vorsätzlich erfolgt noch mit der Verletzung von Eigentum oder eines vergleichbaren Rechts einhergeht. Um den entgangenen Gewinn oder die zu seiner Erzielung nutzlos getätigten Aufwendungen zum Gegenstand der Haftung zu machen, hat man aus der Verpflichtung zur Leistung die Pflicht zur Aufbringung der hierfür erforderlichen Sorgfalt herausgefiltert und nach ihrem Muster eine umfassende Verhaltenspflicht zur Rücksicht auf den wirklichen oder potentiellen Vertragspartner geschaffen, die neben dem Leistungsanspruch und sogar ohne ihn,

16

²⁴ S. u. Rn. 448.

²⁵ S. u. Rn. 466

²⁶ S. u. Rn. 468.

²⁷ Vgl. etwa *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 18 ff. und *Siber*, Schuldrecht, S. 1, *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 26 ff., *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, Rn. 8, *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rn. 3, *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 7 ff.

²⁸ S. u. § 10 2.

nämlich allein schon durch geschäftlichen Kontakt (§ 311 Abs. 2 BGB), begründet wird. Diese Pflicht ist nach dem Vorbild der Leistungspflicht haftungsbewehrt (§ 280 Abs. 1 BGB); sie sorgt für einen Ersatz reiner Vermögensschäden im Umfeld eines Vertragsschlusses und lässt den Geschädigten darüber hinaus in den Genuss von Vorzügen kommen, die ihm die Vertragshaftung, vor allem im Hinblick auf den Nachweis von Verschulden und die Einstandspflicht für Gehilfen, gegenüber der außervertraglichen Schadensersatzpflicht bietet.²⁹

- 17 Da es bis zur Schuldrechtsreform an einer gesetzlichen Regelung dieser Haftung fehlte, berief man sich früher darauf, der Leistungsanspruch begründe ein Schuldverhältnis im „weiteren Sinne“, aus dem sie sich ergebe. Genau besehen, stehen der Leistungsanspruch und die Pflicht zur Rücksichtnahme unter den Parteien jedoch in keinem inneren Zusammenhang. Verbunden sind sie nur dadurch, dass die mit der Leistungspflicht des Schuldners einhergehende Pflicht, Leistungshindernisse zu vermeiden,³⁰ das Vorbild für die Pflicht zur Rücksichtnahme geliefert hat. Im Übrigen ist der Konnex beider Rechtsinstitute äußerlich, nämlich durch ihr Zusammentreffen in der Situation des Vertragsschlusses oder durch die Beziehung unter wirklichen oder vermeintlichen Vertragspartnern begründet. Während der Vertragsschluss für den Leistungsanspruch jedoch als Rechtsphänomen Bedeutung erlangt, ist er für die Pflicht zur Rücksichtnahme ein rein tatsächlicher Anknüpfungspunkt. Die Anbahnung und Vorbereitung des Vertragsschlusses markiert den Zeitpunkt, ab dem die Teilnehmer des Rechtsverkehrs einander erhöhten Respekt schulden und für die Vernachlässigung dieser Rücksicht einstandspflichtig werden sollen. Diese Haftung unterscheidet sich bloß in der Konstruktion, nicht aber in ihrer Natur und Funktion von der Haftung für unerlaubte Handlung. Denn im Gegensatz zur Leistungsverpflichtung ist die Pflicht zur Rücksichtnahme nicht freiwillig übernommen, sondern aufkotroyierter Mechanismus zum Schutz des Vermögens eines anderen. Sie fehlt daher auch in Rechtsordnungen, die eine außervertragliche Haftung für jeden schuldhaft herbeigeführten Schaden statuieren und mit dieser auch die reinen Vermögensnachteile abdecken, die im Umfeld eines Vertragsschlusses entstehen. Als eine der Haftung für unerlaubte Handlung äquivalente Verpflichtung begründet die Haftung wegen mangelnder Rücksicht auf einen Kontrahenten daher ein **eigenständiges Schuldverhältnis** im „engeren“ und damit einzigen Sinn, das der Leistungspflicht ebenbürtig und keineswegs aus deren „weitem“ Verständnis abgeleitet ist.³¹

b) Vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse?

- 18 Die Haftung für mangelnde Rücksicht gegenüber einem wirklichen oder potentiellen Vertragspartner entlarvt auch die herkömmliche Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen³² als wenig ergiebig. In der modernen Dogmatik ist diese an die Stelle der alten römischen Unterscheidung zwischen ver-

²⁹ S. u. § 10 2, 3.

³⁰ S. u. § 9.

³¹ Dass der Begriff des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne nur deskriptive Bedeutung hat, meint auch HKK/Dorn § 241 Rn. 72.

³² Sie findet sich etwa bei Larenz, Schuldrecht AT, S. 1 ff., Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, Rn. 55 ff., Looschelders, Schulrecht AT, Rn. 5 f.

traglichen und deliktischen Obligationen getreten, deren trennendes Element die **Straffunktion** war.³³ Während vertragliche Verpflichtungen rein kompensatorisch wirkten, diente die Deliktshaftung gleichermaßen dem Ausgleich des eingetretenen Schadens und der Genugtuung des Opfers, ging also über den bloßen Schadensersatz hinaus. Nachdem die römischen Strafelemente in der Entwicklung des Gemeinen Rechts weitgehend verschwunden waren, bot sich die neue Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen an. Denn sie erlaubte auch eine eindeutige Zuordnung der Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) und ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB), für die im römischen System nur in der Zwischenkategorie der sogenannten Quasiverträge Platz war.³⁴ Die frühere Anknüpfung an den Strafcharakter verbietet sich spätestens, seitdem das Schmerzensgeld, in dem sich die pönale Struktur des alten Deliktsrechts erhalten hat,³⁵ im Zuge der Schuldrechtsreform von einer deliktsrechtlichen zu einer für alle Schadensersatzpflichten gleichermaßen geltenden Sanktion gemacht worden ist (§ 253 Abs. 2 BGB).

So plausibel die Überwindung der Unterscheidung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht auch ist, so **gering** ist der **dogmatische Nutzen**, den die Trennung von vertraglichen und gesetzlichen Pflichten bringt: Die Haftung für mangelnde Rücksicht gegenüber einem Kontrahenten (§§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) gleicht in ihrer Funktion der Haftung für unerlaubte Handlung und entsteht ebenso wie diese kraft Gesetzes und nicht durch Vereinbarung; der Form nach ist sie aber eine Verpflichtung, wie sie aus einem Vertrag folgt, und unterliegt daher den hierfür geltenden Regeln. Dasselbe gilt für die Schuldverhältnisse, die sich aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben. Dieses Institut ist von den Römern zur Vermeidung unberechtigter Vermögensverschiebungen eingeführt worden und setzt daher ebenfalls keinen Vertragsschluss voraus, ist aber dem Vertragsverhältnis aus Auftrag (§§ 662 ff. BGB) nachgebildet und unterfällt daher wiederum dem Regime vertraglicher Verpflichtungen. Das Schuldverhältnis aus ungerechtfertigter Bereicherung ist dagegen heute zwar sowohl in der Begründung als auch in der Ausgestaltung von vertraglichen Obligationen verschieden. Es geht jedoch auf ein Klagerecht zurück, mit dem in Rom auch Vertragspflichten durchgesetzt wurden,³⁶ und weist so gut wie keine Gemeinsamkeiten mit der Deliktshaftung auf. Bildet man aus Geschäftsführung, Bereicherung und Delikt die Gruppe der gesetzlichen Schuldverhältnisse, täuscht man also nicht nur eine in Wahrheit unerreichte Zusammenfassung aller kraft Gesetzes entstehenden Pflichten vor. Auch das Resultat ist viel zu inhomogen, als dass die Gegenüberstellung zum Vertragsrecht einen Ertrag bringen könnte.

19

³³ Gai 4.7 ff.; hierzu *Harke*, Römisches Recht, Rn. 4.10.

³⁴ IJ 3.27.1, 6.

³⁵ S. o. Rn. 7, u. § 12 1.

³⁶ S. u. Rn. 131.

c) **Leistungs- und Schadensersatzpflichten**

20 Ein grundlegender Unterschied, der die Gesamtheit der Obligationen seit jeher und auch im geltenden Recht noch voneinander trennt, ist der zwischen Leistungs- und Schadensersatzpflichten.³⁷ Wer aus Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) oder nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) dazu verpflichtet ist, dem Gläubiger eine Leistung zu erbringen, schuldet ihm einen konkreten Gegenstand, sei es, dass er einen regelrechten Leistungserfolg herzustellen hat, sei es, dass er ein bestimmtes Verhalten zeigen soll. Der Inhalt einer **Schadensersatzpflicht** ist dagegen **flexibel**: Der Schuldner muss einen Zustand herstellen, der eingetreten wäre, wenn er sich selbst nicht in haftungsbegründender Weise verhalten hätte (§ 249 Abs. 1 BGB). Was der Schuldner tun muss, hängt vom tatsächlichen Zustand und seiner weiteren Entwicklung ab: Wird der Abstand zum geschuldeten Zustand größer, erweitert sich auch der Umfang der Schadensersatzpflicht; verringert er sich, verkleinert sich auch die geschuldete Ersatzleistung; tritt der erwartete Zustand schließlich von selbst ein, hat sich die Schadensersatzpflicht erledigt, ohne dass der Schuldner seine weitere Inanspruchnahme befürchten müsste.

21 Nur oberflächlich ist Leistungs- und Schadensersatzpflichten die Kategorie der **Pflichtverletzung** gemein: Bei Leistungspflichten setzt mit ihrem Bruch die Haftung des Schuldners ein, wenn ihm entweder ein Verschulden vorgeworfen werden kann oder Gesetz oder Vertrag eine Garantie auferlegen. Bei reinen Schadensersatzpflichten lässt sich die Haftung des Schuldners ebenfalls darauf zurückführen, dass er eine Pflicht verletzt hat, die ihn zum Schutz des Geschädigten traf. Diese Pflicht ist von einer Leistungspflicht jedoch strukturell verschieden, weil sie im Gegensatz zu ihr wiederum nicht inhaltlich festgelegt, sondern variabel und in ihrem Gegenstand von der an sie geknüpften Haftung geprägt ist: Statt dem Schuldner von vornherein einen bestimmten Erfolg oder ein bestimmtes Verhalten abzuverlangen, orientiert sich die der reinen Haftung vorgelagerte Pflicht am drohenden Schaden des Gläubigers: Der Schuldner hat sich jeweils so zu verhalten, dass er einen Schaden des Gläubigers vermeidet. Konkretisieren lässt sich diese Pflicht in aller Regel erst im Nachhinein, wenn der Schaden schon eingetreten ist und es darum geht, das Verhalten des Schuldners zu bewerten und auf dieser Grundlage darüber zu entscheiden, ob ihm der Vorwurf des Verschuldens gemacht werden kann.³⁸ Tritt der Schaden nicht sofort ein, sondern droht erst noch, kann die Schutzpflicht des Schuldners jedoch zuweilen auch schon vorher bestimmt und durchgesetzt werden: Der Gläubiger muss den Eintritt des Schadens nicht abwarten, sondern kann sich seines Abwehrrechts bedienen,³⁹ das als *minus* gegenüber dem Schadensersatzrecht in diesem enthalten ist und daher nicht erst auf dem Umweg einer Analo-

³⁷ Ähnlich, aber weniger abstrakt und daher von geringerer Allgemeingültigkeit ist die *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 1 ff. vorgenommene Unterscheidung zwischen Erwerbs- und Schutzansprüchen.

³⁸ Daher spricht *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 5 ff. von „unentwickelten Schutzansprüchen“.

³⁹ *Stürner*, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976, 384, *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 12, *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 40.

gie zum dinglichen Abwehranspruch des Eigentümers (§ 1004 BGB) hergeleitet werden muss.⁴⁰ Ist ein solches Abwehrrecht einschlägig, besteht allerdings eine wiederum äußerliche Ähnlichkeit zwischen der Leistungspflicht und der an sie geknüpften Haftung auf der einen und der Schadensersatzpflicht und der ihr vorangehenden Schutzpflicht auf der anderen Seite. Auch diese Parallele darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Fall der Leistungspflicht der Primat bei dieser, im Fall der Schutzpflicht dagegen bei der Haftung liegt: Während bei ihr alles von der Wirkung auf das Vermögen des Gläubigers aus konstruiert wird, spielt diese für den Inhalt der Leistungspflicht zunächst keine Rolle und macht erst den Gegenstand des bei ihrer Verletzung geschuldeten Schadensersatzes aus.

Der Unterschied zwischen Leistungs- und Schadensersatzpflichten ist auch nicht etwa dadurch eingeebnet, dass der Schadensersatz im deutschen Recht dem aus der kirchlichen Rechtstradition stammenden Prinzip der **Naturalrestitution** (§ 249 Abs. 1 BGB)⁴¹ unterliegt. Zwar entsteht hierdurch wiederum insoweit eine Ähnlichkeit zwischen Leistungs- und Schadensersatzpflichten, als in beiden Fällen zunächst Erfüllung in Natur und erst, wenn diese am Schuldner oder den Umständen scheitert, Ausgleich in Geld verlangt werden kann. Dieser Ausgleich in Geld ist bei den Leistungspflichten jedoch eigentlich erst die dritte Stufe, die sich an den Erfüllungs- und den Anspruch auf Schadensersatz in Natur anschließt. Geht es wegen beider Identität in aller Regel auch um sofortigen Geldersatz für das Leistungsinteresse, ist die Parallele zu den reinen Schadensersatzpflichten doch abermals nur äußerlicher Natur. Denn Naturalrestitution und Geldersatz sind nur zwei Varianten eines Anspruchs mit identischem Inhalt, der durch den Schaden bestimmt ist, der dem Gläubiger entstanden ist. Beim Übergang von der Leistungs- zur Schadensersatzpflicht tritt dagegen eine fundamentale Änderung ein, weil der im Rahmen der Leistungspflicht geschuldete Erfolg oder das Verhalten durch das variable Ziel ersetzt wird, einen Schaden im Gläubigervermögen wettzumachen.

22

3. Zwecke?

Die Frage, welchen Zweck ein Schuldverhältnis hat, lässt sich bei den Schadensersatzpflichten leicht beantworten: Es geht um den Ausgleich des Schadens, den der Gläubiger erlitten hat. Schwieriger gestaltet sich die Suche nach dem Zweck von Leistungspflichten. Zumindest dann, wenn sie aus Vertrag entstehen, bietet sich eine Unterteilung der Leistungspflichten danach an, ob sie zum Zwecke des Güteraus-tauschs, zum unentgeltlichen Vorteil des Gläubigers oder zu seiner Sicherung be-

23

⁴⁰ Zu eng daher *Schur*, Leistung und Sorgfalt, Tübingen 2001, S. 116 ff., der die Durchsetzung von Sorgfaltsanforderungen mithilfe eines Anspruchs des durch sie geschützten Rechtsgutes gewährleisten will. Ähnlich ist die Ansicht von *Braun*, Leistung und Sorgfalt, AcP 205 (2005), 127, 135 ff., der die Abwehrklage als Mechanismus zum Schutz absoluter, die Leistungsklage als Mittel zur Durchsetzung relativer Rechte ansieht. Statt um das betroffene Rechtsgut geht es jedoch um die Vermeidung von Schaden oder, was gleichbedeutend ist, das Vermögen des Gläubigers, dessen drohende Beeinträchtigung stets und nicht nur im Fall der Gefährdung eines absoluten Rechts ein Abwehrrecht auslösen muss.

⁴¹ S. u. § 11 1.

gründet worden sind.⁴² Erscheint eine solche Typologie zunächst auch ohne Weiteres einleuchtend, erweist sie sich bei näherem Hinsehen doch als unergiebig, wenn nicht gar hinderlich. Denn einerseits gibt es einen einheitlichen Vertragsbegriff, der gerade die Vertragsfreiheit gewährleistet⁴³ und deshalb nicht unnötig durch die Herausbildung von Zwecktypen reduziert werden sollte. Andererseits trifft die Unterscheidung zwischen Austausch-, Schenkungs- und Sicherungszweck nicht die Struktur des überkommenen Obligationensystems. Sie vernachlässigt nicht nur die Schuldverhältnisse, die keinem Vertrag entspringen, sondern scheitert auch an der Erfassung des Gesellschaftsvertrags (§ 705 BGB): Dass sich zwei oder mehrere Personen verpflichten, zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks beizutragen, lässt sich befriedigend weder als Austausch- noch als freigiebiger Vertrag begreifen: Zweifellos ist der Ansporn zur Eingehung eines Gesellschaftsvertrags in aller Regel egoistisch; dies genügt aber noch nicht, um ihn zu einem Austauschvertrag machen,⁴⁴ weil die Leistungen, die die Gesellschafter erbringen sollen, eben gerade nicht im Austauschverhältnis stehen, sondern auf den vereinbarten Gesellschaftszweck gerichtet sind. Erfolgen sie damit, streng genommen, unentgeltlich, wäre der Gesellschaftsvertrag, würde man ihn einen freigiebigen Vertrag nennen, doch auch wieder nicht treffend charakterisiert. Richtigerweise ist er eine Vereinbarung über gemeinnützige Geschäftsführung, die sowohl dem Austauschstreben als auch der Freigiebigkeit entspringen kann, hierdurch aber nicht in ihrem Inhalt bestimmt wird. Ähnliches gilt für die beiden anderen Geschäftsführungsverhältnisse: den Auftrag (§ 662 BGB) und die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB). Nur vordergründig lassen sie sich als freigiebige Rechtsverhältnisse einordnen, weil der Geschäftsbesorger hier wie dort keine Gegenleistung für seinen Dienst im Interesse des Geschäftsherrn erhält. Die fremdnützige Geschäftsführung ist jedoch jeweils nur das Ausgangsmodell, um völlig verschiedene Ziele zu erreichen: Beim Auftragsrecht, das auch und gerade beim entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) Anwendung finden soll, geht es in erster Linie darum, abstrakte Regeln für eine komplexe Leistung zu schaffen, die sich nicht in der Lieferung eines Gegenstands erschöpft. Das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag ist hingegen dazu gedacht, ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen zu verhindern, die einträten, wenn jemand ohne vertragliche Basis mit Wirkung für das Vermögen eines anderen tätig wird. Die Verpflichtung aus Geschäftsführung ohne Auftrag entspricht in ihrer Funktion damit der Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB), die ebenfalls in Anlehnung an eine vertragliche Obligation, nämlich nach dem Vorbild der Verpflichtung aus Realvertrag, entstanden ist⁴⁵. Schon dieser enge

⁴² *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 35 f. Ebenso heute noch *Schnauder*, Leistung ohne Bereicherung?, AcP 187 (1987) 142, 147 ff., *ders.*, Der kausale Schuldvertrag im System der Güterbewegung, JZ 2002, 1080, 1082 und *Ehmann*, JZ 2003, 702, 707 sowie neuerdings *Bremkamp*, *Causa*. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts, Berlin 2008, S. 240 ff. Zustimmung findet *Kreß*' Typologie offenbar auch bei *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rn. 22.

⁴³ S. u. Rn. 49.

⁴⁴ So aber *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 38

⁴⁵ S. u. Rn. 131.

Konnex zwischen zwei der drei gesetzlichen Verpflichtungsgründe und dem Vertragsrecht macht den Versuch einer Systematisierung zweifelhaft, die sich von vornherein nur auf vertragliche Verpflichtungen erstrecken kann. Wenn als Vorzug der Zwecktypologie schließlich die Einsicht in die Möglichkeit einer Staffelung verschiedener Zwecke genannt wird,⁴⁶ so ist hierdurch wiederum nichts gewonnen, weil Zwecke, die jenseits des Inhalts von Vertrag und Verpflichtung liegen, gewöhnlich eben keine Beachtung finden und dann, wenn sie es wie bei der Zweckverfehlungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB) ausnahmsweise doch tun, vom Gesetz ausdrücklich als Verpflichtungsgrund anerkannt sind.

⁴⁶ Hierzu *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 38. Mit dieser Lehre setzt sich neuerdings ausführlich *Mazza*, Kausale Schuldverträge: Rechtsgrund und Kondizierbarkeit, Tübingen 2002, auseinander.



<http://www.springer.com/978-3-642-04324-6>

Allgemeines Schuldrecht

Harke, J.D.

2010, XIII, 496 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-04324-6