

Die dogmatische Struktur der Mängelhaftung im neuen Kaufrecht

Inaugural-Dissertation

**zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen**

**vorgelegt von
Hee-Ho Pak
aus Gochang (Süd-Korea)**

2005

Dekan : Prof. Dr. Joachim Vogel
1. Berichterstatter : Prof. Dr. Eduard Picker
2. Berichterstatter : Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder

Tag der mündlichen Prüfung : 20. Oktober 2005

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I Einleitung	14
I. Problemstellung	
Die „anderen Strukturen“ des Gewährleistungsrechts gegenüber dem Leistungsstörungenrecht	14
II. Ausgangsfälle	17
1. Teppichladen-Fall	17
2. Waschsalon-Fall	17
3. Gebrauchtwagen-Fall	18
III. Die dogmatische Einordnung der vertraglichen Haftung	18
IV. Die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden	23
V. Der Untersuchungsumfang	24
Kapitel 2 Die Gewährleistungstheorie und die Erfüllungstheorie	26
I. Die Gewährleistungstheorie	26
(1) Die Lehre von Schollmeyer	26
a. Unterscheidung zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht	26
b. Gattungskauf	28
c. Das Verhältnis zwischen Gewährleistungsrecht und Leistungsstörungenrecht	29
d. Kritik	30
(2) Die Lehre von Max Wolff	30
a. Haftungsrechtlicher Charakter des Gewährleistungsrechts	31
b. Die Ausschließlichkeit der Gewährleistung gegenüber der Leistungspflicht	33
c. Rechtsgrund der Gewährleistung	34
d. Gattungskauf	35
e. Kritik	35
(3) Die Lehre von Süß	36
a. Die Natur der Rechtsmängelhaftung	36
b. Die Natur der Sachmängelhaftung	37

c. Rechtsgrund der Gewährleistung	39
d. Kritik	40
(4) Die Lehre von Larenz	40
a. Das Verhältnis der Gewährleistung zur positiven Vertragsverletzung	40
b. Das Verhältnis zum Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 II BGB	42
c. Kritik	42
II. Die Erfüllungstheorie im neuen Schuldrecht	43
1. Die Probleme des früheren Schuldrechts	45
(1) Die zwei voneinander unabhängigen Haftungssysteme	45
a. Das mangelnde Nacherfüllungsrecht	46
b. Die Unterscheidung zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln	47
c. Die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden	48
(2) Die Probleme des Gewährleistungsrechts in Bezug auf den subjektiven Fehlerbegriff	49
a. Die schwierige Unterscheidung zwischen Beschaffenheitsvereinbarung und Eigenschaftszusicherung	49
b. Falsch- und Zuweniglieferung	50
c. Der Umfang des Fehlerbegriffs	51
2. Die neuen Regelungen des Mängelhaftungsrechts beim Kauf	52
(1) Die Einführung des Grundtatbestandes der Pflichtverletzung	53
a. Unmöglichkeit und Verzug	54
b. Die positive Vertragsverletzung	55
c. Culpa in contrahendo	57
d. Dritthaftung für Schutzpflichtverletzung	57
(2) Integration des Gewährleistungsrecht in das Leistungsstörungenrecht	58
a. Die ausdrückliche Regelung der Leistungspflicht zur Lieferung der mangelfreien Sache	58
b. Die Anwendung des Verschuldensprinzips auf das neue Mängelhaftungsrecht	59
c. Die Angleichung der Rechtsfolgen zwischen Mängelhaftungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungenrecht	60
d. Die Einführung des Nacherfüllungsanspruchs	62
e. Die Sonderverjährung der Mängelansprüche	64
(3) Die ausdrückliche Regelung des subjektiven Fehlerbegriffs	66

3. Kritik an der Erfüllungstheorie des neuen Schuldrechts	68
III. Ergebnis	71
Kapitel 3: Das Gewährleistungsregime im System des bürgerlichen Vermögensrechts	75
I. Der subjektive Fehlerbegriff	75
II. Die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit als Regelungsgegenstand des Gewährleistungsrechts	76
1. Die vertraglich eingeräumte Rechtsposition	76
2. Wandelung und Minderung	78
aa. Der Anspruch auf Wandelung	80
bb. Anspruch auf Minderung	81
3. Der Schadensersatz gemäß § 463 aF	83
4. Nachlieferung beim Gattungskauf und Schadensersatz bei Rechtsmängeln	84
III. Der maßgebende Zeitpunkt für die Gewährleistung	86
1. Schadensersatzansprüche	86
(1) Speziales Kauf	86
(2) Rechtsmängelhaftung	87
2. Wandelung und Minderung	90
IV. Eigenschaftsirrtum und Gewährleistungsrecht	91
1. Der gesetzgeberische Wille	91
2. Eigenschaftsirrtum und Fehler	92
3. Eigenschaftsirrtum als Divergenz zwischen Wille und Wirklichkeit	93
(1) Meinungsstand über den Eigenschaftsirrtum	94
(2) Der Eigenschaftsirrtum als Leistungsstörungstatbestand	95
4. Das Verhältnis der Gewährleistung zum Eigenschaftsirrtum	96
Kapitel 4 Vertragsrecht und Haftungsrecht	98
I. Die Entstehung der Dichotomie in der Naturrechtslehre	99
1. Vor der Zeit der rationalen Naturrechtslehre	100
(1) Die Entstehung der obligatio	100

(2) Die Entwicklung der rechtsgeschäftlichen obligatio	101
(3) Die Entwicklung der deliktischen obligatio	104
2. Das Privatrechtssystem im Naturrecht	106
(1) Die Versprechens- und Vertragslehre	106
(2) Die Haftungslehre	108
3. Das gemeine Recht im 18. und 19. Jahrhundert	111
II. Die neue Dichotomie	113
1. Die Haftungslehre von Savigny	113
(1) Die Grundvorstellung von der obligatio	113
a. Der Begriff der obligatio	113
b. Zwei Charaktere der obligatio als Organismus	115
(2) Die Veränderungsmöglichkeit der obligatio	117
a. Das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis	118
b. Das deliktische Rechtsverhältnis	119
(3) Die Rechtfertigungsversuche der Savigny'schen Dichotomie	122
2. Weitere Entwicklungen nach Savigny bis zur Kodifikation des BGB	125
(1) Die Beschränkung der deliktischen Haftung	125
(2) Die Ausdehnung des vertraglichen Haftungsrechts	126
3. Die Gesetzgebung des BGB	129
(1) Die deliktische Haftung	129
(2) Die allgemeine vertragliche Haftung	130
a. Der Entwurf v. Kübels	130
b. § 224 E I	131
c. § 276 BGB aF	132
III. Der Wandel der Savigny'schen Dichotomie im 20. Jahrhundert	135
1. Die Entwicklung der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung	135
(1) Die Entstehung der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung	135
(2) Die Einordnung der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung	137
a. Die herkömmliche Lehre	137
b. Bedenken gegen die herkömmliche Lehre	138
c. Die Lehre von der Vertrauenshaftung	140
2. Die „Wiederentdeckung“ der Naturrechtslehre durch Picker	142

(1) Die Einordnung der vertraglichen Haftung	142
(2) Das Gebot des „neminem laedere“	144
3. Würdigungen	145
(1) Die Savigny'sche Dichotomie	145
(2) Die Vertrauenshaftung	149
(3) Die Picker'sche Lehre	150
IV. Zwischenergebnis	151
Kapitel 5 Das neue Mängelhaftungsrecht	155
I. Vermengung des Vertragsrechts und Haftungsrechts	155
1. Nacherfüllung	155
2. Rücktritt und Minderung	158
(1) Rücktrittsrecht des Käufers	158
(2) Minderung	159
3. Schadensersatzrecht	160
II. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden	161
1. Die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden	161
(1) Die positivrechtliche Lage des früheren Gewährleistungsrechts beim Kauf	161
a. Die Einführung der positiven Vertragsverletzung in das Gewährleistungsrecht	163
b. Die Abgrenzung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden	165
(2) Die Ankoppelung an die Schutzpflichtenlehre	167
2. Der Haftungsgrund für den Ersatz von Mangelfolgeschäden	168
(1) Die Maßgeblichkeit der Leistungspflichtverletzung	168
a. Der Grund der Haftung des Verkäufers	168
b. Der Haftungsumfang des Verkäufers	170
c. Die analoge Anwendung des Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung auf § 477 aF	170
(2) Der Anwendungsbereich der Schutzpflichten	171
3. Schutzpflichten im neuen Schuldrecht	172
(1) Die Unabhängigkeit der Schutzpflichten von den Leistungspflichten	173
(2) Die Einführung des Generaltatbestandes „Pflichtverletzung“	174
(3) Pflichtverletzung im neuen Kaufrecht	175

4. Schlussfolgerungen am Beispiel	176
a. Waschsalon-Fall	177
b. Gebrauchtwagen-Fall	179
Kapitel 6 Thesenartige Zusammenfassung der Ergebnisse	181
Gesetzesmaterialien	183
Literaturverzeichnis	185

Kapitel I Einleitung

I. Problemstellung

Die „anderen Strukturen“ des Gewährleistungsrechts gegenüber dem Leistungsstörungenrecht

Seit 1. 1. 2002 ist das neue BGB in Kraft. Der unmittelbare Anlass zur Reform war bekanntlich Artikel 11 Abs. 1 der EG-Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter¹; die Mitgliedstaaten sollten danach die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens ab dem 1. Januar 2002 nachzukommen. Die Richtlinie betraf allerdings nicht die gesamte kaufrechtliche Gewährleistung, sondern bezog sich nur auf die Gewährleistung des Verkäufers gegenüber dem Verbraucher wegen der Vertragswidrigkeit gelieferter Verbrauchsgüter². Der Umsetzungsbedarf war für die Mitgliedstaaten daher nicht groß, so dass die Reformer die Richtlinie einfach durch eine „kleine“ Änderung des Gewährleistungsrechts bei Kauf- und Werkvertrag hätten umsetzen können. So hätte zur Umsetzung der EG-Richtlinie ins deutsche Recht etwa ein Sonderrecht für Verbrauchsgüter geschaffen werden können (sog. „kleine Lösung“)³.

¹ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

² Die Richtlinie verlangt in Art. 3 Abs. 2, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bei Vertragswidrigkeit dem Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6 geben. Außerdem soll die Verjährungsfrist für die Ansprüche des Käufers gemäß Art. 5 Abs. 1 EG-Richtlinie mindestens 2 Jahre betragen.

³ Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410ff.; ders. ZIP 2000, 1812ff.; Westermann in: Grünemann/Medicus/Rolland 251ff.; Zimmermann in: Ernst/Zimmermann S. 191ff.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich jedoch bekanntlich für eine tiefgreifende und umfassende Reform des Schuldrechts entschieden (sog. „große Lösung“)⁴. Hintergrund dieser Lösung war, dass die Reformer einige der seit Inkrafttreten des BGB ständig diskutierten, allerdings bisher nicht überzeugend gelösten Fragen bei dieser Umsetzungsgelegenheit beantworten wollten. Die Reformer des BGB zählten zu solchen Fragen insbesondere zahlreiche Abgrenzungsprobleme, wie jene zwischen Sach- und Rechtsmängeln, zwischen Stück- und Gattungskauf, zwischen Kauf- und Werkvertrag sowie zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden.

Die Reformer hielten unter den genannten Problemen die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden für besonders unglücklich. Gleich an mehreren Stellen ihrer Begründung zum neuen Schuldrecht bezeichneten sie das Verhältnis zwischen der Gewährleistungshaftung und der Haftung aus positiver Vertragsverletzung einerseits sowie zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden andererseits als schwerwiegendes Problem⁵. Als eines der wesentlichen Ziele der Schuldrechtsmodernisierung erklärten sie deshalb ausdrücklich die Beseitigung der Unterscheidung zwischen beiden Schadensarten⁶. Mittel zu diesem Zweck war die Schaffung eines einzigen Leistungsstörungenrechts, indem man die im früheren Recht enthaltene eigenständige Regelung des Gewährleistungsrechts beseitigen und die Ansprüche des Käufers an das allgemeine Leistungsstörungenrecht anknüpfen wollte.

Dieser Plan scheiterte jedoch schon am Verjährungsrecht, das die Abgrenzungsproblematik erst heraufbeschworen hatte: Der Abschlußbericht der Schuldrechtskommission hatte im Jahre 1992 vorgeschlagen, dass vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche grundsätzlich in drei Jahren ab Fälligkeit verjähren sollten (§§ 195 I, 196 KE). Die dreijährige Frist sollte anders als im früheren BGB nicht nur für die Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, sondern auch für die Ansprüche aus dem Mängelhaftungsrecht gelten. Dieses einheitliche Regelungsmodell, das auch der Diskussi-

⁴ BT-Dr 14/6040 S. 79.

⁵ Vor allem Abschlußbericht S. 221; BT-Dr 14/6040 S. 85, 90, 94, 133, 209f., 224f.

⁶ Vgl. BT-Dr 14/6040 S.133.

onsentwurf vom 4. August 2000 aufgenommen hatte, stieß aber auf so heftige Kritik⁷, dass das Bundesministerium der Justiz eine einheitliche Regel für die Verjährungsfristen wieder aufgab und statt dessen das jetzt gültige Verjährungsrecht vorlegte. Die regelmäßige Verjährungsfrist im allgemeinen Schuldrecht beträgt danach drei Jahre (§ 195) und beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, und in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt bzw. ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1). Demgegenüber beträgt die Verjährungsfrist bei Mängelansprüchen grundsätzlich zwei Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 3), und deren Beginn knüpft an ein objektives Merkmal an, namentlich beim Kauf eines Grundstücks an die Übergabe und beim Kauf von Mobilien an deren Ablieferung (§ 438 Abs. 2). Da die Reformer ein einheitliches Leistungsstörungenrecht schaffen wollten, wäre es folgerichtig gewesen, wie der Abschlußbericht und der Diskussionsentwurf zutreffend hervorhoben⁸, auch die Verjährungsfristen zu vereinheitlichen. Trotz dieses Ziels gab der Gesetzgeber eine solche Vereinheitlichung des Verjährungsrechts auf. Zur Begründung erklärte er mit Recht: „Die Verjährungsfristen für die dem Rücktritt und der Minderung zugrunde liegenden Mängelansprüche soll aber ihren Platz im Kaufrecht finden, weil sie ‚anderen Strukturen‘ als die allgemeine Verjährungs-

⁷ Mansel, in: Ernst/Zimmermann, 333ff.; Honsell, JZ 2001, 18 (20); Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, JZ 2001, 684 (688f.).

⁸ „Stellt dort (im Leistungsstörungenrecht) die „Pflichtverletzung“ des Schuldners den einheitlichen Grundtatbestand dar, auf dem die Rechte des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung aufbauen (§§ 280, 282, 323 DE), so muss auch im Verjährungsrecht auf den Begriff „Pflichtverletzung“ abgestellt werden. . . . Damit entfällt insbesondere auch die bisherige – oftmals problematische – Abgrenzung zwischen Rechten aus Gewährleistung und Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung, die ihre Sprengkraft vor allem aus den unterschiedlichen Verjährungsfristen des geltenden Rechts erhielt. Hieran wird ein für die Reform des Verjährungsrechts im Vordergrund stehender Teilaspekt deutlich, der dadurch gekennzeichnet werden kann, dass sich die Neugestaltung des Leistungsstörungen widerspiegeln muss.“ (Abschlußbericht, S. 47; Diskussionsentwurf S. 229)

frist für die übrigen Ansprüche.“⁹ Die Reformer verschwiegen allerdings, worin konkret diese „anderen Strukturen“ des neuen Sachmängelhaftungsrechts liegen. Die Frage nach diesen „anderen Strukturen“ ist der unmittelbare Anlass zur vorliegenden Arbeit.

II. Ausgangsfälle

1. Teppichladen-Fall¹⁰

B begibt sich in die Teppichabteilung des Kaufhauses K, um einen Teppich zu kaufen. Als der – sorgfältig ausgewählte und sonst stets umsichtige – Angestellte A bei der Beratung des B eine Teppichrolle hervorholen will, stößt er ungeschickterweise eine weitere Rolle um. Diese trifft B, der dadurch schwere Rückenverletzungen erleidet. Kann B, der notgedrungen auf einen Teppichkauf verzichtet, von K seine Behandlungskosten ersetzt verlangen?

2. Waschsalon-Fall¹¹

Waschsalonbetreiber K kauft bei V eine Waschmaschine. Infolge eines fahrlässigen Montagefehlers des V ist die Tür der Maschine undicht, so dass Wasser ausläuft, welches den Teppichboden seines Salons zerstört. K fordert V auf, ihm eine neue Waschmaschine zu liefern. Dieser meint, es müsse nur die Dichtung ausgewechselt werden. K könne doch nicht deshalb gleich eine neue Maschine verlangen. K setzt V eine Frist zur Abdichtung der Tür, die V tatenlos verstreichen lässt. Nun will K die Maschine nicht mehr und verlangt Rückzahlung des Kaufpreises, entgangenen Gewinn und Ersatz für den beschädigten Teppich. Zu Recht?

⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 226.

¹⁰ Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, Fall 102 (S. 200).

¹¹ Christian Rauda/Jochen Zenthöfer, Das neue Schuldrecht, S. 62.

3. Gebrauchtwagen-Fall¹²

V verkauft und übereignet an K einen von ihm bisher privat genutzten Pkw als „unfallfrei“. Zweieinhalb Jahre nach Verkauf des Fahrzeuges kommt es infolge eines Versagens der Bremsen zu einem Unfall, bei dem das Fahrzeug zerstört und K schwer verletzt wird. Bei einer Untersuchung des Wagens wird festgestellt, dass es sich um ein Unfallfahrzeug gehandelt hatte. Der Bremsdefekt beruhte auf einer unsachgemäßen Reparatur der früheren Unfallschäden. Sowohl K als auch V war all dies nicht bekannt gewesen. Ein Fachmann wie V hätte dies allerdings leicht erkennen können. K erklärt daraufhin, dass er vom Vertrag zurücktrete, und verlangt den Kaufpreis zurück. Zudem verlangt er Ersatz der Heilbehandlungskosten. V beruft sich auf Verjährung. Wer hat Recht?

III. Die dogmatische Einordnung der vertraglichen Haftung

Die Mängelhaftung des Verkäufers hat in der Tat „andere Strukturen“ als das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Die Anerkennung dieser „anderen Strukturen“ bedeutet allerdings keine vorbehaltlose Zustimmung zum neuen Gewährleistungsrecht. Vielmehr sind die Reformer bei ihrer Reformarbeit zu weit gegangen: Denn anders als im früheren Gewährleistungsrecht haben die Reformer als Mängelhaftung gemäß § 437 Nr. 3 iVm §§ 280 ff. eine verschuldensabhängige Schadensersatzpflicht des Verkäufers eingeführt. Damit gelten die kurzen und an objektive Umstände anknüpfenden Verjährungsfristen gemäß § 438 ohne weiteres auch für diesen Schadensersatzanspruch. Die amtliche Begründung erklärt dazu: „Es wäre nicht sinnvoll, die aus der Mangelhaftigkeit einer Sache herrührenden Ansprüche einem unterschiedlichen Verjährungsregime zu unterwerfen.“¹³ Diese Begründung scheint auf den ersten Blick mit dem Willen der Verfasser des ursprünglichen BGB übereinzustimmen. Die erste Kommission

¹² Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, Fall 152 (S. 304), jedoch einigen Punkten geändert.

¹³ BT-Dr. 14-6040, S. 229.

begründete nämlich die kurze Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs gemäß § 463 aF auch damit, dass der praktische Zweck der kurzen Verjährung nur unvollkommen erreicht würde, wenn dieselbe nicht zugleich auf den Schadensersatzanspruch ausgedehnt würde¹⁴. Die erste Kommission wollte damit allerdings nicht sagen, dass verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche und die verschuldensunabhängige Mängelhaftung der Natur nach identisch seien. Die gesetzgeberische Begründung bezog sich vielmehr nur auf die verschuldensunabhängigen Schadensersatzansprüche, die auf dem Fehlen der zugesicherten Sacheigenschaft basierten. Die Schuldrechtsmodernisierer haben damit den ursprünglichen gesetzgeberischen Willen nicht richtig verstanden und deshalb zu Unrecht die Mängelhaftung und den verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch vermischt. *Flume*, der kurz nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts von 1992 einheitlichen Verjährungsfristen für Mängel- und Schadensersatzansprüche entgegengetreten ist¹⁵, hat den strukturellen Unterschied zwischen beiden anhand der positiven Vertragsverletzung klar gezeigt: „Anders als die Sachmängelhaftung nach §§ 459 ff. BGB [aF], die darauf beruht, daß der Verkäufer hinsichtlich des Sachmangels das Risiko der Wirklichkeit trägt, geht es bei der positiven Vertragsverletzung und *culpa in contrahendo* betreffs des Sachmangels um eine auf Fahrlässigkeit beruhende Schadenshaftung. Deshalb ist die Problematik [bei der positiven Vertragsverletzung] hinsichtlich der Verjährung grundsätzlich anders als bei der Sachmängelhaftung nach §§ 459 ff. BGB [aF]“¹⁶. Auch *Eidenmüller*¹⁷ hat die ökonomische Ineffektivität der einheitlichen Verjährungsfristen der leistungsstörungenrechtlichen Haftung und der Mängelhaftung bei der Auseinandersetzung mit der Reformarbeit nachgewiesen. Jedoch haben die Reformer dieser Kritik keine Beachtung geschenkt. Die neue Regelung führt damit zu einer nicht zu rechtfertigenden Privilegierung des Verkäufers gegenüber anderen Schuldner. Diese Problematik zeigt

¹⁴ Motive II, S. 240.

¹⁵ Flume, AcP 193 (1993), 89ff, insbesondere 114ff. Auch in gleicher Weise Zimmermann/Leenen/ Mansel/Ernst, JZ 2001, 684 (689f.)

¹⁶ Flume, AcP (1993), 89 (115).

¹⁷ Eidenmüller, JZ 2001, 285f.

sich klar an Fällen, in denen der Verkäufer durch eine mangelhafte Leistung das Leben, den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit des Käufers verletzt. Im Gebrauchtwagenfall muss der Käufer nach Ansicht der Reformer die Heilbehandlungskosten gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB innerhalb von zwei Jahren nach der Ablieferung des Autos verlangen. Demgegenüber verjähren Schadensersatzansprüche, die nicht auf einem Sachmangel beruhen, die also etwa im Rahmen eines Dienstvertrages entstehen, gemäß § 199 Abs. 2 BGB in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an, obwohl es sich dabei um die Verletzung der gleichen Rechtsgüter und der gleichen Sorgfaltspflicht handelt.

Diese ungerechtfertigte Privilegierung des Verkäufers zeigt deutlich, wie fragwürdig es ist, Gewährleistungsrecht und verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung zu vermengen. Jedoch scheint diese Vermengungsproblematik weder für die Reformer noch für die herrschende Lehre von großer Bedeutung gewesen zu sein. Sie behaupten vielmehr, dass sich die Position des Käufers im neuen Recht sehr verbessert hätte. In quantitativer Hinsicht mag dieser Behauptung beizupflichten sein. In Bezug auf verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche ist ihr indessen entschieden zu widersprechen.

Die Vermengung des Gewährleistungsrechts mit dem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch verursacht darüber hinaus ein weiteres Problem: Die Reformer gehen in Bezug auf das Verhältnis der Mängelhaftung zum Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 BGB mit Recht davon aus, dass die Anfechtung von vornherein ausgeschlossen ist¹⁸. Diese dogmatisch richtige Annahme über das Verhältnis der Mängelhaftung zum Eigenschaftsirrtum knüpft allerdings an ein unbilliges Ergebnis an: Nach früherem Recht konnte der Käufer gemäß § 477 aF nach der Übergabe der Sache nur innerhalb von 6 Monaten Rechte aufgrund eines Sachmangels geltend machen. Diese Frist wurde im neuen Recht durch § 438 BGB auf 2 Jahre verlängert. Der Käufer kann damit von der Übergabe der fraglichen Sache an zwei Jahre lang das Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2 BGB geltend machen. Daran, dass das Ergebnis dieser Regelung für den Verkäufer zu hart ist, kann kein Zweifel bestehen. Die zweijährige Frist ist an-

¹⁸ BT-Dr. 14/6040, S. 210.

gesichts der heutigen Marktwirtschaft zu lang. Die neue Regelung über den Ausschluss des Rücktritts und der Minderung (§ 218 Abs. 1 BGB) missachtet ferner die berechtigten Überlegungen der Gesetzesverfasser über die kurze Verjährung, dass „die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist.“¹⁹

Die Problematik der Vermengung von Mängel- und verschuldensabhängiger Schadensersatzhaftung ist gleichbedeutend mit der oben gestellten Frage nach den „anderen Strukturen“ der Mängelhaftung gegenüber der Leistungsstörung. Das Leistungsstörungenrecht gibt dem Gläubiger wegen schuldhafter Pflichtverletzungen des Schuldners gemäß §§ 280 ff. Schadensersatzansprüche, die den Kern des Leistungsstörungenrechts ausmachen. Fraglich ist, ob die dogmatisch von der Leistungsstörung getrennt zu denkende Mängelhaftung auch verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche einschließt, oder ob diese nur dem Bereich der Leistungsstörung zuzuordnen sind. Wenn man anerkennt, dass die Mängelhaftung auch verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche umfasst, folgt daraus, dass die Sachmängelhaftung mit der Leistungsstörung vermischt werden kann, weil die Schadensersatzansprüche das Wesen des Leistungsstörungenrechts bilden. Leistungsstörung und Sachmängelhaftung müssten dann zwar aufgrund ihrer „anderen Strukturen“ theoretisch getrennt gedacht werden, jedoch könnten sie regelungstechnisch und praktisch vermischt werden.

Dass letzteres nicht möglich ist, zeigt sich allerdings bereits an der ungerechtfertigten Privilegierung des Verkäufers. Der gegenteilige Versuch der Reformen beruht unmittelbar auf der Annahme, dass das Leistungsstörungen- und das Mängelhaftungsrecht unter dem gemeinsamen Dach des Vertragsrechts zusammen geregelt werden könnten. Denn sie seien ihrer Natur nach identisch, so dass sie in Bezug auf die konkrete Anwendung einander ergänzen könnten. Diese Annahme der Reformen entspricht der seit *Savigny* anerkannten Grundvorstellung, dass das Vertragsrecht das Leistungsstörungenrecht als Mittel zur

¹⁹ Motive II S. 238. Auch BGHZ 77, 215 (219).

Verwirklichung der Privatautonomie einschließt²⁰. *Flume* hält in diesem Sinne die Schadensersatzansprüche für vertragliche Ansprüche, die nicht vereinbart sind: „Die auf Grund eines Vertrags entstehenden Ansprüche nennt man ‚vertragliche‘ Ansprüche, auch wenn sie selbst nicht vertraglich vereinbart sind. So ist der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Schadensersatz wegen schuldhafter Zerstörung der Kaufsache (§ 325 [aF]) oder wegen Verzugs (§ 326 [aF]) ein vertraglicher Anspruch, obwohl die Parteien in der Regel nicht vereinbaren, dass ein solcher Anspruch entstehen soll. Der Anspruch ist in diesen Fällen ein vertraglicher nicht nur in dem formalen Sinne, dass er den Abschluss eines Kaufvertrages nach der gesetzlichen Regelung voraussetzt. Vielmehr ist er inhaltlich vertraglicher Natur, weil er vom Gesetz in Hinblick darauf gewährt wird, dass die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der Kaufsache durch den Kaufvertrag vereinbart ist. Der ‚vertragliche‘ Anspruch auf Schadensersatz tritt an die Stelle der vereinbarten Rechtsfolge, weil diese nicht eintritt.“²¹

Diese herkömmliche Annahme über den Legitimationsgrund der „vertraglichen“ Schadensersatzansprüche ist allerdings eine reine Fiktion, so dass man mit ihr die Systematik des Privatrechts dogmatisch nicht reibungslos begründen kann. Sie führt vielmehr zu zahlreichen weiteren Probleme, insbesondere in Bezug auf die ehemals richterrechtlichen Rechtsinstitute der positiven Vertragsverletzung und der culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 bzw. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB).

Gegen diese herkömmliche Lehre über den Legitimationsgrund dieser „vertraglichen“ verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüche wendet sich insbesondere *Picker*²². Er trennt die „vertragliche“ Schadenshaftung vom reinen Vertragsrecht und integriert sie dem allgemeinen Haftungsrecht, unter dem herkömmlich nur das Deliktsrecht verstanden worden war²³: „Die eigentliche Vertragspflicht des Schuldners besteht in seiner Verpflichtung, den Rechtsgüterstand des Gläubigers um das versprochene Gut aufzustocken. Sie geht damit

²⁰ Dazu Näheres unten Kapitel 4 II.

²¹ *Flume*, Rechtsgeschäft, § 1 3 c).

²² *Picker*, AcP 183 (1983), 369 ff.; ders., JZ 1987, 1041ff.

²³ Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl.

auf ein ‚positives‘ Leistungsinteresse. Der rechtliche Grund ihrer Geltung, das, was diese Werteverchiebung legitimiert, ist demgemäß die privatautonom gesetzte rechtsgeschäftliche Bindung. Demgegenüber betrifft die ‚vertragliche‘ Schadenshaftung – ganz wie die aus Delikt – die Befriedigung eines ‚negativen‘ Integritätsinteresses des Gläubigers. Sie zielt darauf ab, eine bei der Leistungserbringung herbeigeführte Verletzung seiner schon vorhandenen Güter und also eine Einbuße wiedergutzumachen. Sie ist damit ihrer Natur nach Sanktion.“²⁴ Die Kritik *Pickers* an der herkömmlichen Dichotomie zwischen Vertrags- und Haftungsrecht zwingt zum Nachdenken über die dogmatische Einordnung der vertraglichen Haftung.

IV. Die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden

Obwohl der Entwurf zum neuen Schuldrecht von der Lehre meist kritisch beurteilt wurde, steht sie nach dessen Inkrafttreten überwiegend auf dem Standpunkt, dass die jetzt getroffene gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren sei.²⁵ Dieser Haltung ist allerdings nur dann zuzustimmen, wenn das BGB die von der ranghöheren Verfassung geschützten Rechtsinstitute und - auch ohne den ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Schutz - die das Privatrecht leitenden Grundprinzipien wie insbesondere die Privatautonomie nicht verletzt. Das neue Gewährleistungsrecht droht allerdings durch die Vermengung des Vertragsrechts und des Haftungsrechts diese Prinzipien zu verletzen. Sollte sich dies in dieser Untersuchung bewahrheiten, wäre es erforderlich, die Rechtsfolgen der neuen Regelungen über die Mängelhaftung teleologisch zu reduzieren, indem man die Möglichkeit untersucht, das unbillige Ergebnis durch Auslegung zu beseitigen oder zu minimieren. Als Mittel könnte die frühere Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden herangezogen werden, die die Reformer durch die Schaffung des neuen Schuldrechts endgültig abschaffen wollten. Die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden wäre dann nicht mehr „Abschaffungsgegens-

²⁴ Picker, JZ 1987, 1041 (1044).

²⁵ Vertretend Mansel, NJW 2002, 89 (95).

tand“²⁶. Vielmehr erfüllte sie auch im geltenden Recht eine Rettungsfunktion für die fehlgeschlagene Reformarbeit.

V. Der Untersuchungsumfang

In Kapitel 3 wird – wie eingangs angekündigt – untersucht, inwiefern das Mangelhaftungsrecht „andere Strukturen“ aufweist als das Leistungsstörungenrecht. Die Untersuchung dieser „anderen Strukturen“ setzt allerdings die Kenntnis vom Wesen und der Natur des alten Gewährleistungsrechts voraus. Darum werden in Kapitel 2 die zwei Theorien, die die Natur und das Wesen der Gewährleistung zu erklären versucht haben, also die Gewährleistungs- und die Erfüllungstheorie dargestellt. Die Gewährleistungstheorie muss hier genauer Überprüfung unterzogen werden, weil sie als damals hL die dogmatische Unabhängigkeit der Gewährleistung von der Leistungsstörung zu erklären suchte, dabei jedoch zahlreiche Probleme verursacht hat(I). Danach wird die bereits vor der Reform vertretene Erfüllungstheorie erörtert, die die Reformer in das BGB aufnehmen wollten(II). Die Reformer haben allerdings ihre dogmatische Sichtweise nicht deutlich zum Ausdruck gebracht. Vielmehr haben sie sich mit der Annahme, dass die eigene Stellungnahme selbstverständlich sei, nur darum bemüht, die angeblichen Mängel und Probleme des früheren Rechts aufzuzeigen und durch die Reform zu überwinden. Um die dogmatische Stellungnahme genauer zu erkennen, ist es darum notwendig, die Kritik der Reformer am früheren Gewährleistungsrecht und das darauf geschaffene neue Mangelhaftungsrecht zu überprüfen.

In Kapitel 3 Ziffer I wird die der Gewährleistungstheorie zugrunde liegende und von *Zitelmann* formulierte Grundthese kritisiert und zugleich das Wesen der Gewährleistung positiv dargestellt. Dadurch wird der dogmatisch richtige Platz der Gewährleistung gegenüber der Leistungsstörung gezeigt. Dabei ist der gesetzgeberische Wille über das Wesen der Gewährleistung in Erinnerung zu rufen. Zugleich ist das Wesen des Eigenschaftsirrturns zu untersuchen.

In Kapitel 4 zeigt sich dann, dass Gewährleistungsrecht und vertragliches Haftungsrecht nicht einheitlich geregelt und behandelt werden

²⁶ Vgl. BT-Dr. 14/6040, S. 94.

können, weil sie voneinander unabhängige privatrechtliche Grundlagen haben (IV). Davor wird die Entstehungsgeschichte der haftungsrechtlichen Dichotomie dargestellt. Dabei wird sich zeigen, dass die einheitliche Behandlung von deliktischer und vertraglicher Haftung bereits von den Naturrechtlern vertreten wurde (I), dass *Savigny* dieses Haftungssystem zerstört und dadurch eine haftungsrechtliche Lücke verursacht hat (II) und dass die einheitliche Haftung durch *Picker* wieder entdeckt wurde (III).

Nach der Feststellung der „anderen Strukturen“ des früheren Mängelhaftungsrechts und der Problematik dieser Vermengung mit dem Leistungsstörungenrecht können wir nun auf die neue Gewährleistung eingehen (Kapitel 5). Dafür ist es allerdings unentbehrlich, den subjektiven Willen der Reformer, insbesondere die Stellungnahme der Reformer zur Einordnung des Mängelhaftungsrechts als kritischen Ansatzpunkt genauer zu untersuchen. Im Vordergrund dieser Kritik steht die Vermengung der neuen Gewährleistung mit der Leistungsstörung, die die Privatautonomie zu verletzen droht. Dann wird eine Lösung der Privilegierungsproblematik vorgeschlagen. Schließlich werden die Ausgangsfälle nach dem Lösungsvorschlag beispielhaft analysiert und gelöst.

Kapitel 2 Die Gewährleistungstheorie und die Erfüllungstheorie

I. Die Gewährleistungstheorie

Unter dem früheren Gewährleistungsrecht war die Frage sehr umstritten, aus welchem Grund der Verkäufer für Sachmängel einzustehen hatte. Die Erfüllungstheorie ging davon aus, dass der Verkäufer verpflichtet war, dem Käufer die verkaufte Sache frei von Fehlern zu übereignen und zu übergeben. Der Kaufvertragsgegenstand war nach den Anhängern²⁷ dieser Theorie gerade die Lieferung der fehlerfreien Sache. Dagegen lehnt die Gewährleistungstheorie die Verpflichtung des Verkäufers zur Übereignung einer mangelfreien Sache ab. Die Verpflichtung des Verkäufers ist nur darauf beschränkt, dem Käufer die Sache, so wie sie ist, zu liefern. Das Gewährleistungsrecht reagiert aber auf die durch die Lieferung einer mangelhaften Sache herbeigeführte Störung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, präziser: Es reagiert auf die Zahlungsverpflichtung des Käufers für eine Kaufsache, die er in deren gegenwärtigen Beschaffenheit nicht zu dem vertraglich vereinbarten Preis erworben hätte. Die Gewährleistung stellt demnach keine Haftung für eine Pflichtverletzung des Verkäufers dar; sie beruht vielmehr auf der vertraglich geschützten Erwartung des Käufers, eine mangelfreie Sache zu erhalten.

Die Gewährleistungstheorie wird je nach Autor mit jeweils anderem Inhalt vertreten. Hier sind einige Meinungen darzustellen und zu kritisieren.

(1) Die Lehre von Schollmeyer

a. Unterscheidung zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht

²⁷ Erman, JZ 1960, 41; Brox, BT des Schuldrechts, § 5 I Rn. 58; Herberger, Sachmängelhaftung S. 72.; Huber, AcP 177 (1977), 281ff.

Die Gewährleistungstheorie findet sich nach dem Inkrafttreten des BGB zum ersten Mal 1905 in der Abhandlung *Schollmeyers*. *Schollmeyer* nimmt hier an, dass die Gewährleistungspflicht auf dem Vertrag beruht und auch in Bezug auf den Zeitpunkt mit dem Vertragsschluss entsteht²⁸. Die Gewährleistung sei ihrer rechtlichen Natur nach streng von der Erfüllungspflicht zu unterscheiden²⁹. Die Erfüllungspflicht sei die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken. Dem Gläubiger sei mithin eine Rechtsposition dahin eingeräumt, dass der Schuldner die Leistung so erfüllt, wie sie vertraglich geschuldet ist. Wenn der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet erfüllen würde, müsse der Gläubiger diese nicht annehmen. Er kann weiter auf Grund dieser Verpflichtung auf die Erfüllung der Schuld klagen. *Schollmeyer* versteht allerdings unter Gewährleistungspflicht die Verpflichtung des Schuldners, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen. Dabei handelt es sich um Wandelung, Minderung und Schadensersatz. Der Käufer kann aber auf Grund des Gewährleistungsverhältnisses nicht auf Leistung, also auf Beseitigung der vorhandenen Fehler und Verschaffung der zugesicherten Eigenschaften, klagen, weil aus dem Vorhandensein der Gewährleistungspflicht nicht auf das Vorhandensein der gleichen Erfüllungspflicht geschlossen werden kann³⁰. Diese dogmatische Unabhängigkeit begründet er mit dem folgenden: „Beim Spezieskauf genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Kaufsache in dem Zustand übergibt, in welchem dieselbe zur Zeit des Vertragsschlusses sich befand. Er leistet die Sache also mit den zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Fehlern behaftet und erfüllt damit seine Schuld.“³¹ Der Vertrag sei keineswegs nichtig, wenn die Fehler nicht zu beseitigen wären. Der Verkäufer komme auch nicht in Leistungsverzug, wenn er die mit solchen Fehlern behaftete Kaufsache anbiete. Vielmehr komme der Käufer in Annahmeverzug, wenn er die fehlerhafte Sache nicht an-

²⁸ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (95f.).

²⁹ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (96f.).

³⁰ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (94).

³¹ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (97).

nehme³². Dasselbe gilt nach ihm für die Fälle der Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache und des arglistigen Verschweigens; „Fehlt die (zugesicherte) Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses, so liegt in der Zusicherung nicht das Versprechen, die Eigenschaft verschaffen zu wollen, sondern lediglich die Übernahme einer Garantie für ihr Vorhandensein zur Zeit des Gefahrüberganges.“³³ Damit genüge der Verkäufer auch seiner Erfüllungspflicht, wenn er die gekaufte Speziessache ohne die zugesicherte Eigenschaft leistet. Der arglistig verschwiegene Fehler soll behandelt werden, wie wenn seine Abwesenheit zugesichert wäre. Denn auch bei arglistig verschwiegenen Fehlern sei der Schadensersatz wegen Nichterfüllung keineswegs ein solcher, der wegen Nichterfüllung der Erfüllungspflicht zu leisten ist. Das Gesetz bürdet nach ihm vielmehr im Interesse von Treu und Glauben dem Verkäufer die Verpflichtung auf, die vorhandenen Fehler dem Käufer insoweit zu nennen, als sie auf seinen Entschluss, die Sache zu kaufen, von Einfluss sein könnten, und legt ihm die Schadensersatzpflicht für den Fall der böswilligen Versäumung dieser Verpflichtung auf³⁴.

b. Gattungskauf

Das dem Käufer in § 480 aF gewährte Recht, an Stelle der gelieferten mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen, sei ebenfalls dem Gewährleistungsrecht zuzuordnen. Eine Erfüllungspflicht würde § 480 aF nicht statuieren. Denn schon der Umstand müsse stutzig machen, dass das Gesetz dem Käufer gleichzeitig Wandelung und Minderung zur Wahl stellt. Wandelung und Minderung haben bei Gattungsschulden nach *Schollmeyer* begrifflich zur Voraussetzung, dass der Schuldner das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan hat³⁵. Er kritisiert die gesetzgeberische Ansicht und die des RG, dass der Nachlieferungsanspruch des Käufers gemäß § 480 aF Anspruch auf Erfüllung des Vertrages sei, mit dem folgenden Argument: „Der Erfüllungsanspruch geht nur auf Lieferung einer Sache mittlerer Art und

³² Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (97).

³³ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (98).

³⁴ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (98, Fn. 2).

³⁵ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (99ff.).

Güte. Es ist doch auch nicht angängig, dem Gesetz in dieser Frage einen zwiespältigen Standpunkt unterzuschieben, einmal den der eingetretenen, wenn auch mangelhaften Erfüllung, der sich in der Zulassung von Wandelung und Minderung sowie – bei arglistig verschwiegenen Fehlern und fehlenden zugesicherten Eigenschaften – in dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung äußern würde, und ferner den der gänzlichen Nichterfüllung, der in dem Recht auf Lieferung einer fehlerfreien Sache zu Tage träte. Vielmehr nimmt das Gesetz einen durchaus einheitlichen Standpunkt ein, da der Anspruch auf Leistung einer fehlerfreien Sache lediglich Gewährleistungsanspruch ist.“³⁶

In Bezug auf den Gattungskauf behandelt er dann das Verhältnis zwischen § 243, wonach der Gattungsschuldner seine Leistungspflicht durch Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte erfüllt, und § 459 aF, der die Haftung für die fehlerhafte Leistung regelt, nämlich, ob nur fehlerfreie Sachen von mittlerer Art und Güte sind. Er verneint diese Frage³⁷. Als Beispiel führt er den Kavalleriepferd-Fall an: Wenn eine Käuferin, die in einer mit Kavallerie belegten Stadt wohnt, „ein Wagenpferd zum Selbstfahren“ gekauft hat und wenn dasselbe, obwohl ganz firm eingefahren, beim Klang des Kavalleriesignals in schärfer Gangart davongeht, weil es früher Kavalleriepferd war, so kann dasselbe immer noch mittlerer Art und Güte und doch zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, in der betreffenden, mit Kavalleriegarnison versehenen Stadt von einer Dame gefahren zu werden, nicht geeignet sein.“³⁸

c. Das Verhältnis zwischen Gewährleistungsrecht und Leistungsstörungenrecht

³⁶ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (102).

³⁷ Auf diesem Standpunkt kritisiert er die Windscheid'sche Lehre der Voraussetzung (Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (99f.)). Die Argumentation ist allerdings an sich nicht überzeugend. Er hätte nämlich erklären müssen, warum Wandelung und Minderung bei Gattungsschulden begrifflich voraussetzen, dass der Schuldner das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan hat.

³⁸ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (100f.).

Schließlich beschäftigt *Schollmeyer* sich mit der Frage nach dem Verhältnis zwischen Gewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht³⁹.

Schollmeyer bejaht grundsätzlich die Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrecht neben dem Gewährleistungsrecht. Er begründet dies zunächst damit, dass es an jedem Anhalt dafür fehlt, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die Gewährsvorschriften als ausschließliche aufzustellen. Im Gegenteil müsste man daraus, dass die Gewährsvorschriften für unverschuldete Fehler aufgestellt waren, weshalb sie natürlich dann auch für verschuldete Fehler gelten müssen, schließen, dass bei verschuldeten Fehlern daneben die weitergehenden Vorschriften des allgemeinen Teiles zur Anwendung gebracht werden sollen. Es gibt nach ihm ferner Fehler, bezüglich deren eine Gewährspflicht nicht besteht, sei es, dass sie den Erfordernissen des § 459 aF nicht entsprechen, sei es, dass sie nach dem Gefahrübergang entstehen⁴⁰. Daher erkennt er eine umfangreiche Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf die fehlerhafte Leistung des Verkäufers an⁴¹.

d. Kritik

Schollmeyer sucht den Legitimationsgrund der Gewährleistung entsprechend dem Grundsatz der Privatautonomie zu Recht im Vertrag. Die Lehre von *Schollmeyer* ist indes problematisch darin, dass sie nicht erklärt, weshalb die Erfüllungspflicht und die Gewährleistungspflicht streng unterschieden werden sollen, obwohl die beiden dem Rechtsgrund nach gleich auf dem Vertrag beruhen.

(2) Die Lehre von Max Wolff

Der Begriff der Gewährleistung hat nach *Wolff* zwei charakteristische Merkmale: „das negative, dass er eine Verpflichtung zur Gewährung dessen, wofür Gewähr geleistet wird, ausschließt, - das positive, dass

³⁹ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (104ff.).

⁴⁰ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (105)

⁴¹ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (105ff.).

er eine Verpflichtung zum „Vertreten“, „Einstehen“, „Haften“ für Nichtgewährung in sich schließt.“⁴² Das positive Merkmal der Gewährleistung erklärt das Rechtswesen der Gewährleistung, das negative den Rechtsgrund der Gewährleistung und deren Verhältnis der Gewährleistung zur Leistungsstörung.

a. Haftungsrechtlicher Charakter des Gewährleistungsrechts

Gegenüber *Schollmeyer* bringt *Wolff* den teilweise haftungsrechtlichen Charakter des Gewährleistungsrechts deutlicher zum Ausdruck. Er unterscheidet etymologisch die Gewährleistung von der Leistung, und ordnet jene in das Haftungsrecht ein: Gewährleistung sei sprachlich dasselbe wie Garantie; etymologisch sei das Wort „Garantie“ nichts anderes als die aus dem Stamm des deutschen Wortes „Gewähr“ entstandene romanische Form. Gewährleistung für Sachmängel bedeute hiernach eine Garantie der Freiheit von solchen Mängeln und demgemäß ein Einstehen, ein Haften des Verkäufers eben für den Fall, dass die Sache nicht mangelfrei geliefert werde. Wer Mangelfreiheit garantiere, Gewähr leiste, übernehme nur Verpflichtungen für den Fall, dass nicht mangelfrei geleistet ist, nicht aber die Verpflichtung, Mangelfreiheit zu gewähren⁴³.

Wolff zerspaltet die gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe in zwei „wesens-verschiedene“ Gruppen: Wandelung und Minderung einerseits, Schadensersatz andererseits. Nur die Schadensersatzansprüche des Käufers wären dem Haftungsrecht zuzuweisen, nicht aber Wandelung und Minderung. Der auf die Wandelung oder auf die Minderung beschränkte Käufer habe nur die Wahl, entweder den Vertrag (teilweise) rückgängig zu machen und damit auf seine Vertragsrechte überhaupt zu verzichten, oder die Sache trotz der Mängel zu behalten, in welchem Falle ihm aber sein Interesse an Mangelfreiheit vom Verkäufer nicht ersetzt wird⁴⁴.

⁴² Wolff, Jh. Jb, 56 (1910), 1 (3).

⁴³ Wolff, Jh. Jb, 56 (1910), 1 (2).

⁴⁴ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (3).

Wolff kritisiert die Ansicht *Schloßmanns*, das Gewährleistungsrecht dem Irrtum über wesentliche Eigenschaften zuzuordnen⁴⁵. Dafür beruft er sich zunächst auf die unterschiedlichen Zeitpunkte, die im Rahmen des § 119 II und § 459 aF. maßgeblich sind. § 119 verlange einen Irrtum „bei Abgabe der Willenserklärung“, also eine Vorstellung, die im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung bereits unrichtig ist, demnach eine Vorstellung, die sich prinzipiell auf die gegenwärtige Beschaffenheit der Sache, auf die Beschaffenheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses richtet. Dagegen richte sich die Vorstellung des Käufers hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache prinzipiell auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Vertrages, also auf einen zukünftigen Zeitpunkt, und an diesem Prinzip ändere es nichts, wenn auch gelegentlich Vertragsschluss und Erfüllung zusammenfallen⁴⁶. Er erwähnt aber weiter als entscheidenden Punkt den begrifflichen Unterschied der beiden Institute: Unter Irrtum versteht er eine Divergenz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit und bezeichnet als Irrtum diejenige Vorstellung, deren Inhalt, das Vorgestellte, mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt⁴⁷. Dabei behandelt er die Wirklichkeit als das Gegebene und Feststehende, und in ihr findet er den Maßstab für die Richtigkeit der Vorstellung. Stimmt das Vorgestellte mit der Wirklichkeit überein, so sei die Vorstellung „richtig“; weicht das Vorgestellte von der Wirklichkeit ab, so sei die Vorstellung „falsch“. Das Gesetz nennt eine solche „falsche“ Vorstellung Irrtum. Beim Speziaikauf sei es aber umgekehrt: „Der Käufer kann Gewährleistung für diejenige Beschaffenheit verlangen, die er voraussetzen berechtigt war. Indem nun der Käufer sich eine Beschaffenheit der Sache vorstellt, die er voraussetzen berechtigt ist, ist diese seine Vorstellung das Gegebene, das ‚Richtige‘; diese seine Vorstellung soll ja gerade durch die Vertragserfüllung verwirklicht werden. Wird sie nicht verwirklicht, entspricht die Sache nicht der berechtigten Vor-

⁴⁵ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (35ff.).

⁴⁶ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (38). Als Beispiel führt er einen Fall an; „Wenn jemand ein Pferd kauft, welches er für gesund hält und welches in Wirklichkeit auch gesund ist, und wenn dieses Pferd bei der späteren Uebergabe krank ist, so liegt zwar der Tatbestand der Gewährleistung vor, aber nicht der Tatbestand des Irrtums.“

⁴⁷ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (39).

stellung des Käufers, so ist nicht die Vorstellung ‚falsch‘, sondern die Sache! Deshalb kann hier von einem ‚Irrtum‘ des Käufers überhaupt nicht gesprochen werden.“⁴⁸

b. Die Ausschließlichkeit der Gewährleistung gegenüber der Leistungspflicht

Die Annahme *Wolffs*, dass die Gewährleistung teilweise Haftungsrecht sei, zieht zwangsläufig eine Konkurrenzproblematik zwischen Gewährleistung und Leistungsstörung nach sich. Das negative Merkmal der Gewährleistung löst diese Problematik. *Wolff* übernimmt angesichts des negativen Merkmals ausdrücklich die Unterscheidung *Schollmeyers* zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistung. Der Verkäufer sei damit nur verpflichtet, die Kaufsache zu leisten, so wie sie ist. Er sei nicht verpflichtet, sie mangelfrei zu leisten, wenn sie nun einmal mangelhaft ist. *Wolff* begründet dies zunächst mit der logischen Unmöglichkeit, sich neben der auf die Sache selbst gerichteten Erfüllungspflicht noch eine selbständige Obligation auf die Eigenschaften der Sache vorzustellen. Wenn das Haus wirklich schwammfrei ist, so wäre es undenkbar, dass der Verkäufer die Obligation „das Haus“ erfüllt, ohne dass gleichzeitig die Obligation „Schwammfreiheit“ erfüllt würde. Für eine Obligation auf Schwammfreiheit neben der Obligation auf das Haus bleibe also, wenn das Haus wirklich schwammfrei ist, schlechterdings kein Raum⁴⁹. Er weist zur Unterscheidung der Gewährleistungspflicht von der Leistungspflicht weiter darauf hin, dass bei Annahme einer auf die Eigenschaften der Sache gerichteten Obligation alle diejenigen Geschäfte, bei denen die betreffenden Eigenschaften schon zur Zeit des Vertragsschlusses nicht vorhanden waren, als auf eine unmögliche Leistung gerichtete Verträge dem Schicksal der Nichtigkeit anheim fallen würden⁵⁰.

Was das konkrete Verhältnis der Gewährleistung zur Leistungsstörung angeht, führt die Lehre *Wolffs* zu einem anderen Ergebnis als bei *Schollmeyer*. Für *Wolff* tritt die Gewährleistung an Stelle der Leis-

⁴⁸ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (39f.).

⁴⁹ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (4f. und 67).

⁵⁰ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (5f. und 67).

tung, für welche Gewähr geleistet wird, so dass die Leistungspflicht des Verkäufers in Bezug auf die zu gewährleistende Mangelfreiheit von vornherein ausgeschlossen ist. Nach ihm können das allgemeine, auf die Nichterfüllungsfälle angewendete Leistungsstörungenrecht und das auf die Fehler gerichtete Gewährleistungsrecht darum nicht nebeneinander stehen, während *Schollmeyer* die parallele Anwendbarkeit von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht anerkennt. Nach *Wolffs* Ansicht ist der Verkäufer also nur verpflichtet, die Kaufsache zu leisten, so wie sie nun eben ist⁵¹, während *Schollmeyer* annimmt, der Verkäufer sei verpflichtet, die Kaufsache in dem Zustand zu übergeben, in dem dieselbe zur Zeit des Vertragschlusses sich befand.⁵² Wenn der Verkäufer also die beim Vertragschluss mangelfreie Kaufsache vorsätzlich oder fahrlässig verschlechtere, ehe er sie dem Käufer übergebe, erfülle er seine Leistungspflicht vollkommen. *Schollmeyer* argumentiere insoweit inkonsequent, als er die von ihm selbst verneinte Erfüllungspflicht in Bezug auf die Eigenschaften der Sache doch wieder statuieren würde.

c. Rechtsgrund der Gewährleistung

Im Konkreten findet *Wolff* den Grund der Gewährleistung in der „nach dem Vertrage vorausgesetzten Beschaffenheit.“⁵³ *Wolff* versteht allerdings unter dieser „nach dem Vertrage vorausgesetzten Beschaffenheit“ nicht die von den Vertragsparteien vereinbarte Beschaffenheit, sondern eine normativ-objektive Beschaffenheit. Deshalb erklärt er den Grund der Gewährleistung in der Beschaffenheit, die er objektiv vorauszusetzen „berechtigt“ sei.⁵⁴ Und „es ist diejenige Beschaffenheit, die in gleicher Lage und unter den gleichen Um-

⁵¹ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (7, 10).

⁵² Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (97).

⁵³ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (22).

⁵⁴ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (22f.). Dabei zitiert er eine ähnliche Formulierung von Lenel, AcP 79, 105: „Nicht auf das kommt es an, was man vorausgesetzt hat, sondern nur auf das, was man vorauszusetzen nach Treu und Glauben dem Gegner gegenüber berechtigt war.“

ständen auch jeder andere mit gleicher Sachkenntnis ausgerüstete Käufer voraussetzen würde und voraussetzen dürfte.“⁵⁵

d. Gattungskauf

Im Gegensatz zum Spezieskauf erkennt *Wolff* bei Genuskauf die Verpflichtung des Verkäufers an, eine Sache von vertragsmäßiger Beschaffenheit zu liefern. Die dabei entstehende Problematik, dass Spezieskauf und Gattungskauf nicht einheitlich zu erklären sind, beruht nach ihm auf der Wesensverschiedenheit des Gattungskaufs von dem Spezieskauf. Der Gattungskauf als Lieferungsgeschäft sei in Wirklichkeit gar kein Kauf, sondern ein Innominatkontrakt (Vertrag über Handlungen), der nur wegen seiner Kaufähnlichkeit als Kauf behandelt werde⁵⁶.

Aus diesem Grund zeige sich eine Verschiedenheit, die nicht nur praktisch zu einer abweichenden Regelung nötige (§ 480 aF.), sondern auch bei der Frage nach Leistungs- und Gewährleistungspflicht zum Vorschein komme. Wenn der Verkäufer dem Käufer eine von der vereinbarten Beschaffenheit abweichende Sache liefere, dann erfolge keine Konkretisierung gemäß § 243 Abs. 1, und die Leistungspflicht werde nicht erfüllt. Das Gewährleistungsrecht komme nicht zur Anwendung, weil der Leistungsanspruch noch in vollem Umfange gegeben sei.

Die Konkretisierung könne allein durch Willenseinigung der Parteien erfolgen.⁵⁷ Dann fände das für den Spezieskauf geltende Gewährleistungsrecht Anwendung.

e. Kritik

Die Lehre *Wolffs* ist vor allem insofern problematisch, als sie die Gewährleistung nicht einheitlich erklären kann, obwohl sie das Gesetz in einer Kategorie des Gewährleistungsrechts behandelt. Gegen

⁵⁵ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (24).

⁵⁶ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (69).

⁵⁷ Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (71).

diese Kritik wendet er ein, dass der Genuskauf ursprünglich einen anderen Vertragstyp als den Kauf darstellte, nämlich ein Lieferungs-geschäft. Diese Einwendung ist jedoch nicht überzeugend. Wenn diese Annahme richtig und von den Verfassern des BGB bei dessen Kodifikation geteilt geworden wäre, hätten sie den Genuskauf eher im Werkvertragsrecht geregelt. Die Erklärung von zwei wesensver-schiedenen Gruppen der Gewährleistung verstößt daher gegen deren einheitliche Charakterisierung von Stück- und Genuskauf.

(3) Die Lehre von *Süß*

a. Die Natur der Rechtsmängelhaftung

Von den durch *Wolff* eingeführten zwei Charakteren des Gewährleis-tungsrechts macht *Süß* bereits bei der Begriffsbildung der Erfüllungspflicht und der Gewährleistung Gebrauch: “Die Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung einen im Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen. (...) Die Gewährleistung dagegen geht (...) darauf, für einen Zustand einzustehen, zu dessen Herbeiführung man eben gerade nicht verpflichtet ist, also Rechtsnachteile zu übernehmen, obwohl man erfüllt hat, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu schaffen.”⁵⁸ *Süß* teilt die Ansicht *Wolffs* auch bezüglich des § 480 aF, dass der Nachlieferungsanspruch beim Gattungs-kauf ein echter Erfüllungsanspruch sei⁵⁹. *Süß* erweitert allerdings den Untersuchungsumfang auf die Rechtsmängelhaftung gemäß § 440 aF, die im Hinblick auf das Wesen der Mängelhaftung bei *Schollmeyer* und *Wolff* noch nicht erörtert wurde: Er grenzt unter dem früheren Kaufrecht die Rechtsmängelhaftung streng von der Sachmängelhaf-tung ab. Dogmatisch sollen Rechts- und Sachmängel auf völlig ver-schiedener Rechtsgrundlage beruhen⁶⁰. So bringe § 433 aF zum Aus-druck, dass der Verkäufer nicht nur die Sache zu übergeben, sondern auch das Eigentum an ihr zu verschaffen habe. Wenn der Verkäufer das Eigentum nicht übertrage, dann liege kein Rechtsmangel im bis-

⁵⁸ *Süß*, Gewährleistung, S. 19. Näheres unten b.

⁵⁹ *Süß*, Gewährleistung, S. 90ff..

⁶⁰ *Süß*, Gewährleistung, S. 27f.

her gewohnten technischen Sinne vor, sondern einfach eine nicht erfüllte Leistungspflicht, die mit anderen nicht erfüllten Leistungspflichten, wie nicht gezahltem Kaufpreis, rechtlich auf einer Stufe stehe⁶¹. Die Regelung über die Verpflichtung des Verkäufers gemäß § 434 aF, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, ist dementsprechend nach ihm ohne Zweifel eine Leistungspflicht⁶². Der Käufer könne demnach auf Grund dieser Regelung in erster Linie auf Verschaffung der Lastenfreiheit klagen. Wo die Erfüllung dieser primären Pflichten unmöglich sei, trete an ihre Stelle nach allgemeinen Regeln die Ersatzpflicht, die aber gerade als Ersatzleistungspflicht nur eine dem Inhalt, dem Leistungsgegenstande nach geänderte Erfüllungspflicht sei und deshalb gleichfalls begrifflich nicht als Gewährleistung in engerem Sinne aufgefasst werden könne⁶³. Es gebe in unserem Recht keine eigentliche Gewährleistung im technischen Sinne wegen Rechtsmangels. § 437 aF sei vielmehr nur eine Modifizierung von § 306 aF, indem sie eine eventuelle Ersatzleistungspflicht aufstelle, die die Gewährleistungspflicht ausschließe⁶⁴. Wie § 440 I aF verdeutliche, sollten hier die allgemeinen leistungsstörungsrechtlichen Regeln eintreten.⁶⁵

b. Die Natur der Sachmängelhaftung

„Bei Sachmängeln dagegen,“ so führt Süß weiter aus, „haben wir keine primäre Erfüllungspflicht und eben deshalb eine echte Gewährleistungspflicht, zwar als wirtschaftlichen Ersatz für sachliche Mängel, aber niemals rechtlich als Ersatzpflicht einer nicht vorhandenen ursprünglichen Leistungspflicht.“⁶⁶ Hier entspricht die Lehre von Süß genau der von *Schollmeyer*. Jedoch folgt Süß angesichts des Verhältnisses zwischen Gewährleistungsrecht und Unmöglichkeitensrecht der Auffassung von *Wolff*: „Von anfänglicher Unmöglichkeit oder Unvermögen kann bei Fehlern überhaupt keine Rede sein; denn anfäng-

⁶¹ Süß, Gewährleistung, S 30.

⁶² Süß, Gewährleistung, S. 19

⁶³ Süß, Gewährleistung, S. 34ff und 40.

⁶⁴ Süß, Gewährleistung, S. 35f und 40.

⁶⁵ Süß, Gewährleistung, S. 30.

⁶⁶ Süß, Gewährleistung, S. 41.

liche objektive Unmöglichkeit der Leistung würde den Kaufvertrag nichtig machen (§ 306 [aF]). (...) Auch teilweise Unmöglichkeit liegt hier nicht vor, weil die Fehlerfreiheit eben nicht Gegenstand der Leistung ist, also auch von einer partiellen Unmöglichkeit der Leistung nicht gesprochen werden kann. (...) Im gleichen Sinne kann auch nicht von nachträglicher Unmöglichkeit gesprochen werden, weil es sich nicht um eine Leistungspflicht handelt, so dass auch nicht von Unmöglichkeit der Leistung die Rede sein kann.“⁶⁷ Damit trete die Konkurrenzproblematik zwischen Sachmängelhaftung und Leistungsstörung gar nicht ein. Denn die Anwendung des Leistungsstörungsrechts auf die Fälle der Sachmängel sei von Anfang an ausgeschlossen.

Jedoch hat Süß das Ergebnis der Lehre von *Wolff* nicht übersehen, wonach der Käufer leer ausgehen soll, wenn der Verkäufer nach Kaufabschluss die Kaufsache absichtlich beschädigt. Deshalb ergänzt er die Lehre von *Wolff* um das Institut der positiven Vertragsverletzung. Er nimmt nämlich in diesem Fall die Verletzung einer Obhuts- und Sorgfaltspflicht an⁶⁸. Wenn der Verkäufer diese Pflicht verletzt, so *Süß*, liegt eben eine Vertragsverletzung vor, die den Gegner bei Verschulden zum Schadensersatz berechtigt. Wenn es sich um Zufall handelt, kommt nach *Süß* ein Haften für nach Vertragsschluss entstandene Mängel hingegen nur aus Gewährleistung in Frage⁶⁹.

Süß verneint mit *Wolff* den Charakter des Gewährleistungsrechts als *lex specialis* zu § 119 Abs. 2. Er betont zunächst die begriffliche Verschiedenheit zwischen Unwissenheit und Irrtum: „Gewiß verlangt das Gewährschaftsrecht, dass der Käufer unwissend über den Fehler der Kaufsache ist; dass er also – populär ausgedrückt – über den Fehler ‚irrt‘. Dabei darf aber nicht verkannt werden, dass Unkenntnis und Irrtum keineswegs identisch sind! Bei der Unkenntnis weiß ich einen Umstand nicht, ohne mir deshalb notwendig etwas falsches vorzustellen, beim Irrtum dagegen stelle ich mir etwas falsches vor.“⁷⁰ Die Unwissenheit ist nach *Süß* nicht der Rechtsgrund der Sachmängelhaf-

⁶⁷ Süß, Gewährleistung, S. 69f.

⁶⁸ Süß, Gewährleistung, S. 70 und 228.

⁶⁹ Süß, Gewährleistung, S. 228.

⁷⁰ Süß, Gewährleistung, S. 203f.

tion. Sie stehe an zweiter Stelle, spiele nur eine nebensächliche Rolle. An erster Stelle stehe das durch den Fehler gestörte Gleichgewicht des gegenseitigen Vertrages. Im Vordergrund stehe damit beim Gewährleistungsrecht der Fehler⁷¹. Schließlich nennt er die verschiedenen Ausgangspunkt der beiden Rechtsinstitute: „§ 119 II geht aus von der Willenserklärung des Käufers, § 459 [aF] von der Leistung des Verkäufers, zwei ganz verschiedene Ausgangspunkte! Das zeigt sich auch schon daran, dass es bei § 119 II auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, d.h. speziell der Willenserklärung des Käufers, ankommt, während § 459 [aF] den Übergang der Gefahr als entscheidend ansieht, d.h. im allgemeinen den Zeitpunkt der Leistung des Verkäufers!“⁷²

c. Rechtsgrund der Gewährleistung

Nach *Süß* ist das Gewährleistungsrecht Sachmängelhaftungsrecht. Das Gewährleistungsrecht beruhe allerdings nicht auf Vertrag. Daher müsse eine andere Legitimationsgrundlage gefunden werden. *Süß* sucht nach einer anderen Rechtfertigung: „Eine solche Haftung ist zunächst rechtspolitisch geboten; denn anderenfalls würde das Kaufgeschäft sich praktisch anders abspielen. Es würde nämlich überlastet sein mit Zusicherungen, Garantien für Fehlerfreiheit und anderen rechtsgeschäftlichen Nebenabreden.“⁷³ Als materiellen Rechtsgrund nennt er allerdings den virtuellen Vorbehalt, der auf dem Willen des Käufers beruhen, jedoch nicht zum Inhalt des Vertrags würde: „Gewiß ist nicht zu verkennen, dass Unkenntnis, Fehler der Sache und Gleichgewichtsstörung eine große Rolle bei dieser Frage [des Rechtsgrundes] spielen, sie sind aber nicht das letzte, das entscheidende. Es ist davon auszugehen, dass der Käufer nicht gekauft hätte, oder nicht zu diesem Preise gekauft hätte, wenn er gewusst hätte. (...) Man kann nur davon ausgehen, dass dem synallagmatischen Vertrag der virtuelle Vorbehalt immanent ist, dass der Käufer den Vertrag

⁷¹ Süß, Gewährleistung, S. 204.

⁷² Süß, Gewährleistung, S. 206.

⁷³ Süß, Gewährleistung, S. 52.

nur will, wenn er auch eine entsprechende Gegenleistung für seine Leistung erhält.“⁷⁴

d. Kritik

Die Lehre von *Süß* ist den sonstigen Gewährleistungslehren vorzuziehen, gerade in Bezug darauf, dass sie den Willen der Geschäftspartner als inneren Rechtsgrund anerkennt. Seine Lehre ist jedoch nur fiktiv. Sie erklärt nicht, warum der Käufer erst nach der Vertragserfüllung Wandelung oder Minderung beanspruchen kann. Das Gewährleistungsrecht nimmt in diesem Sinne auf den aktuellen Willen Rücksicht⁷⁵.

(4) Die Lehre von Larenz

a. Das Verhältnis der Gewährleistung zur positiven Vertragsverletzung

Larenz steht mit *Süß* auf dem Standpunkt, dass beim Speziaeskauf die Verschaffung der Sache in der gesollten Beschaffenheit nicht Inhalt der – im Wege der Klage erzwingbaren – primären Leistungspflicht sei. Zu leisten habe der Verkäufer die Sache nur so, wie sie nun einmal tatsächlich ist⁷⁶. Die Lieferung einer mangelhaften Sache sei

⁷⁴ Süß, Gewährleistung, S. 211.

⁷⁵ Flume, Rechtsgeschäft, § 26 3. S. 500 sagt in diesem Sinne, es gehe dabei darum, wie *hic et nunc* und nicht unter dem Gesichtspunkt eines virtuellen normativen *tunc* in die Regelung des von den Parteien geschlossenen Vertrages entgegen der unrichtigen Bezugnahme des Vertrages auf die Wirklichkeit diese durch rechtliche Wertung einzuordnen ist.

⁷⁶ Larenz, Schuldrecht II, § 41 II e) (S. 67). „D.h., wie sie im Zeitpunkt der Lieferung ist (so richtig Süß, Gewährleistung S. 225), nicht: wie sie im Zeitpunkt des Kaufabschlusses ist, wie dies Schollmeyer 97, 104, Leonhard B 85 u.a. annehmen. Denn andernfalls müsste der Käufer mit dem Erfüllungsanspruch wenigstens die Beseitigung der nach Kaufabschluss, aber vor dem Übergang der Gefahr entstandenen Mängel verdrängen können“

auch nicht Verletzung einer Nebenleistungspflicht, denn auch diese könnte wiederum nur entweder auf etwas Unmögliches oder auf das Tun gerichtet sein, zu dem der Verkäufer nach dem Gesetz gerade nicht verpflichtet sei. Die Gewährleistung finde vielmehr ihren rechtlichen Grund „in der Enttäuschung der bei dem Abschluss des Kaufes den Umständen nach begründeten Erwartung des Käufers hinsichtlich der Beschaffenheit der Kaufsache.“⁷⁷ Daraus folgert er im Anschluß an *Süß*: „Nichterfüllung der in §§ 433 Abs. 1 [aF] und 434 [aF] vollständig umschriebenen Leistungspflicht und Enttäuschung der berechtigten Erwartung des Käufers im Falle der Mangelhaftigkeit der Sache sind zwei durchaus zu sondernde Tatbestände, die, so gesehen, überhaupt nicht miteinander konkurrieren können.“⁷⁸

Wenn Larenz die Ansicht von *Süß* auch beim Gattungskauf teilt, dass der Nachlieferungsanspruch gemäß § 480 aF dem Wesen nach eine Erfüllungspflicht sei, hat er allerdings dabei die von *Süß* übersehene Problematik des Verhältnisses des Gewährleistungsrechts zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht, insbesondere zur positiven Vertragsverletzung behandelt. Die Antwort darauf lautet: „Die Lieferung einer fehlerhaften Sache oder fehlerhafter Stücke bei einem Gattungskauf kann eine solche darstellen, wenn der Käufer dadurch einen Schaden an seiner Gesundheit oder an anderen Gütern erleidet, einen Schaden, der jedenfalls über denjenigen hinausgeht, der in dem Minderwert der Sache besteht. In solchen Fällen ist der Verkäufer, wenn ihn an der Herbeiführung des Schadens ein Verschulden trifft, weil er es an der nötigen Voraussicht und Sorgfalt hat fehlen lassen, dem Käufer zum Ersatz des Mangelfolgeschadens wegen ‚positiver Vertragsverletzung‘ verpflichtet. Ein derartiger Anspruch wird durch die Regelung der Mängelgewähr nicht ausgeschlossen; da die Gewährleistung unabhängig von einem Verschulden ist, wird der Verstoß gegen eine Vertragspflicht durch schuldhaftes Verhalten von ihr nicht erfasst (...) hinsichtlich des eigentlichen Mangelschadens (des Interesses an einer mangelfreien Sache als solcher) bleibt es bei § 463 [aF] als der maßgeblichen Sondervorschrift. Liegen dessen Voraussetzungen nicht vor, ist der Käufer insoweit auf die Rechte aus § 462 [aF], also auf

⁷⁷ Larenz, BT I des Schuldrechts § 41 II e) (S. 68).

⁷⁸ Larenz, BT I des Schuldrechts § 41 II e) (S. 69).

die Wandlung oder die Minderung, beschränkt.⁷⁹“ Diese Unterscheidung der Mangelschäden von Mangelfolgeschäden wurde vom BGH übernommen⁸⁰.

b. Das Verhältnis zum Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 II BGB

Angesichts des Verhältnisses zwischen Gewährleistung und Eigenschaftsirrtum weicht *Larenz* dogmatisch von der Ansicht von *Süß* ab. Er sieht nämlich das Gewährleistungsrecht als *lex specialis* des Eigenschaftsirrtums an, so dass jenes diesen ausschließe. Dazu argumentiert er, dass sonst die wohl abgewogene Regelung des Gesetzes über die Rechtsfolgen eines Sachmangels teilweise illusorisch werden würde: „Durch eine Anfechtung würde er [Käufer] aber (...) annähernd dasselbe erreichen wie durch die Wandlung. Er könnte dies auch dann erreichen, wenn sein Wandlungsrecht ausgeschlossen wäre, weil sein Irrtum auf grober Fahrlässigkeit beruhte (§ 460 S. 2 [aF]), und, falls er den Mangel und damit seinen Irrtum erst später entdeckt, auch noch dann, wenn die Gewährleistungsansprüche bereits verjährt wären.“⁸¹

c. Kritik

Larenz hat sich in seiner Lehre vor allem um den Gewinn des sachgerechten Ergebnisses bemüht. Sie hat indes in praktischer Hinsicht zahlreiche Schwierigkeiten bereitet, die unmittelbarer Anlass zur Schuldrechtsreform waren, wie vor allem die Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden. Im Folgenden werden solche von den Reformern konkret erwähnten Probleme der Gewährleistungstheorie und ihre Reaktion darauf dargestellt.

⁷⁹ Larenz, BT I des Schuldrechts § 41 II e) (S. 70).

⁸⁰ Näheres Kapitel 5.

⁸¹ Larenz, BT I des Schuldrechts § 41 II e) (S. 73f.). Auch Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 323.

II. Die Erfüllungstheorie im neuen Schuldrecht

Im Hinblick auf das Wesen der Gewährleistung scheinen die Reformer in fast allen Punkten *Larenz'* Ansicht gefolgt zu sein. Bei der Reformarbeit wollten sie nämlich das dogmatisch vom Leistungsstörungenrecht unabhängige Wesen der Gewährleistung eliminieren und sie in eine Haftung für die Verletzung der Leistungspflicht verwandeln. Dazu regelten sie in § 433 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich die Verpflichtung zur sachmängel-freien Leistung. Dieser Gedanke beruht auf der Erfüllungstheorie, die bekanntlich bereits vor der Reform in der Literatur vertreten wurde. Die Erfüllungstheorie geht davon aus, dass der Verkäufer rechtlich verpflichtet ist, dem Käufer die verkaufte Sache frei von Fehlern zu übereignen und zu übergeben⁸². So meinte etwa Brox, dass das BGB dem Käufer bei Sachmängeln besondere Rechte gebe, bei denen es sich in Wirklichkeit um Ersatzerfüllungsansprüche handle. Das lasse § 480 I aF erkennen, der dem Käufer einer Gattungssache bei Mangelhaftigkeit statt Wandlung oder Minderung auch einen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gewähre⁸³. Die Gewährung eines Nachlieferungsanspruchs setze voraus, dass der Käufer den Kaufpreis nicht für die Sache, so wie sie sei, sondern nur dann zahlen wolle, wenn sie keinen Fehler habe. Das Gesetz habe den Verkäufer aber weniger streng haften lassen, um ihn zu schützen. Ähnlich konstatierte Herberger: „Es kann damit festgestellt werden, dass alle drei Fälle⁸⁴ der Sachmängelhaftung sich auf eine vertragliche Vereinbarung gründen. Die Haftung tritt ein, weil die Sache nicht die Eigenschaften hat, die sie nach dem Vertrag haben soll. Damit ist die Frage nach dem Rechtsgrund der

⁸² Korintenberg, Justizbl. f. d. OLG-Bezirk Köln, S. 69ff.; Erman, JZ 1960, 41; Brox, BT des Schuldrechts, Rn. 58; RGRK-Mezger, § 459 Rn. 3.

⁸³ Brox, BT des Schuldrechts, Rn. 58.

⁸⁴ Haftung für Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch, Haftung für den Fehler, die zu dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern und Haftung für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft. (Herberger, Sachmängelhaftung S. 61ff.)

Gewährleistung befriedigend beantwortet. Die Gewährleistung ist eine Sanktion für nicht gehörige Vertragserfüllung.“⁸⁵

Brox stützte seine These damit auf den Gattungskauf. In historischer Hinsicht ist diese Meinung vor allem deshalb unzutreffend, weil sie den Gattungskauf in die Mitte des Gewährleistungsrechts stellte. Das frühere Gewährleistungsrecht basierte aber auf der römischen *actio empti*, die grundsätzlich am Spezieskauf ausgerichtet war. Das frühere Kaufrecht sah weiter keine ausdrückliche Verpflichtung zur sachmängelfreien Leistung vor. Hätte das Gesetz den Verkäufer zur Lieferung der mangelfreien Sache verpflichten wollen, so hätte es das sicher im § 433 BGB aF zum Ausdruck gebracht. Deshalb widerspricht die Annahme, der Verkäufer sei zur mangelfreien Leistung verpflichtet gewesen, den früheren Grundsätzen über den Spezieskauf. Wenn die Anhänger der Erfüllungstheorie dadurch hingegen dem Verkäufer eine Nachbesserungspflicht aufbürden wollen, so beeinträchtigen sie damit den spezifischen Charakter des Kaufs in erheblicher Weise. Kaufvertrag und Werkvertrag wären dann nur noch schwer zu unterscheiden. Die Erfüllungstheorie ist schließlich auch nicht in dem Sinne aufrechtzuerhalten, als sie in der Gewährleistung eine Haftung sieht. Denn wenn die Gewährleistung so zu verstehen gewesen wäre, hätte sie als *lex specialis* die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts gänzlich ausgeschlossen⁸⁶. Diese Annahme widersprach dem gesetzgeberischen Willen. Nach ihm sollte auf den Sachverhalt, auf den das Gewährleistungsrecht angewendet wurde, auch das allgemeine Leistungsstörungsrecht anwendbar sein: „Nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze kann er daneben [neben der Nachlieferung] auch sein Interesse, insbesondere wegen Verzuges des Veräußerers (Schuldners), verlangen.“⁸⁷

Unter Berücksichtigung dieser Kritik haben die Reformen das neue Schuldrecht geschaffen. Im Folgenden werden die neuen Regelungen über das Schuldverhältnis erörtert. Allerdings müssen zuvor die praktischen Probleme dargestellt werden, die auf der Gewährleistungstheorie beruhen und die die Reformen zur sog. „großen Lösung“ geführt haben.

⁸⁵ Herberger, Sachmängelhaftung S. 72.

⁸⁶ Brox, BT des Schuldrechts, Rn. 91.

⁸⁷ Motive II, S. 242.

1. Die Probleme des früheren Schuldrechts

(1) Die zwei voneinander unabhängigen Haftungssysteme

Einer der wichtigsten Anlässe zur Schuldrechtsreform waren die Mängel des früheren Gewährleistungsrechts. Die Mängel des früheren Gewährleistungsrechts beruhten nach Ansicht der Reformer vor allem auf den „nicht aufeinander abgestimmte[n] Haftungssystemen“ der Sachmängelgewährleistung einerseits und des allgemeinen Leistungsstörungenrechts andererseits. Das Mängelhaftungsrecht habe trotz seines leistungsstörungenrechtlichen Charakters inhaltlich dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht widersprochen und sei diesem gegenüber eigenständig gewesen. Die Reformer führten diese Eigenständigkeit des Gewährleistungsrechts darauf zurück, dass im früheren Kaufrecht keine ausdrückliche Regelung existiert habe, die den Verkäufer zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtete⁸⁸. Deshalb habe sich die Pflicht des Verkäufers beim Stückkauf in der Übergabe und Übereignung der gekauften Sache erschöpft, weshalb „tatsächliche und rechtliche Mängel keine Rechtsfolgen nach sich ziehen [konnten], die eine Pflichtverletzung bzw. eine nicht vertragsgemäße Leistung zur Voraussetzung“ hatten. Hatte der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer übereignet, so hatte er nämlich seine vertragliche Verpflichtung vollkommen erfüllt, und zwar unabhängig davon, ob die Kaufsache mangelhaft war. „Die Pflichtverletzung, die schon“ vor der Reform „im allgemeinen Leistungsstörungenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine wichtige Rolle“ gespielt hatte, war damit für die frühere Sachmängelgewährleistung „nicht von Belang“.⁸⁹ Die Unabhängigkeit des Gewährleistungsrechts vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht, die durch die fehlende Regelung der Verpflichtung zur Lieferung der mangelfreien Sache indiziert war, schloss die Anwendung der §§ 275 ff. aF aus. Der Käufer musste sich deshalb grundsätzlich mit den gewährleistungsrechtlichen Ansprü-

⁸⁸ Abschlußbericht, S. 194; BT-Drs. 14/6040, S. 208

⁸⁹ Abschlußbericht, S. 194; BT-Drs. 14/6040, S. 208.

chen begnügen, was nach Ansicht der Reformer einige weitere Einzelprobleme nach sich zog.

a. Das mangelnde Nacherfüllungsrecht

Zunächst nannten die Reformer das mangelnde Nacherfüllungsrecht beim Stückkauf: „Beim Stückkauf bedeutet die Übergabe und Über-eignung einer fehlerhaften Sache nach h. M. Erfüllung des Kaufver-trags; Nacherfüllungsansprüche gibt es nicht. Wird dagegen beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine fehlerhafte Sache geliefert, so steht dem Käufer derzeit nach § 480 Abs. 1 Satz 1 [aF] ein Anspruch auf Ersatzlieferung zu; dieser Anspruch ist ein (Nach-)Erfüllungsanspruch.“⁹⁰ „Dies stimmt nicht mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein überein und widerspricht den Bedürfnissen des heutigen Handels mit industriellen Massengütern. Der Käufer, der eine mangelhafte Sache erhalten hat, hat nicht primär ein Interesse an der Rückgängigmachung des Kaufs oder an der Herabsetzung des Kaufpreises. Ihm geht es vor allem darum, eine mangelfreie Sache zu erhalten. Dieses Interesse kann in den meisten Fällen – auch beim Stückkauf – durch Nachbesserung oder Lieferung einer anderen gleichartigen Sache befriedigt werden.“⁹¹ Nach Ansicht der Reformer widersprach es auch dem „Rechtsempfinden der Kaufvertragspartei-en“, dass der Verkäufer die Gewährleistungsansprüche des Käufers nicht durch Nacherfüllung abwenden konnte, da das Recht zur Wan-delung dem Käufer sofort zustand, er dem Verkäufer also keine Gele-genheit zur Nacherfüllung als zweiter Andienung einräumen muss-te⁹². Dass „das geltende Kaufvertragsrecht weder einen Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung noch ein Recht des Verkäufers, die Ge-währleistungsansprüche des Käufers durch Nacherfüllung abzuwen-den“, kenne, sei „auch volkswirtschaftlich nicht sinnvoll“.⁹³ Die Rechtsprechung habe diese Lücke nur in seltenen Fällen schließen können, „so etwa dann, wenn sie den Käufer unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verpflichtet hat, eine vom Verkäufer angebo-

⁹⁰ Abschlußbericht, S. 209; BT-Drs. 14/6040, S. 220.

⁹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 89 (Zitat) und 220.

⁹² BT-Drs. 14/6040, S. 220.

⁹³ BT-Drs. 14/6040, S. 89.

tene Nachbesserung anzunehmen (BGH WM 1971, 1382) oder wenn sie dem Käufer eines vom Verkäufer zu errichtenden Hauses im Falle von Baumängeln einen Anspruch auf Nachbesserung nach den Vorschriften des Werkvertragsrechts (§ 633 Abs. 2 BGB [aF]) gewährt hat.“⁹⁴

b. Die Unterscheidung zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln

Die Reformer erwähnten als Problem der alten Rechtslage ferner die Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmängeln. Für den Bereich der Rechtsmängel bestimmte § 434 aF, dass der Verkäufer verpflichtet war, den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Die Rechtsmängelhaftung wies damit kaum Unterschiede gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht auf. „Liegt ein Rechtsmangel vor, so kann der Käufer die Beseitigung des Mangels verlangen und gemäß § 440 Abs. 1 BGB [aF] dreißig Jahre lang die allgemeinen Ansprüche wegen Leistungsstörung geltend machen. Bei Sachmängeln gelten dagegen die Vorschriften der § 459 ff. BGB [aF] und insbesondere die Verjährungsregelung des § 477 BGB[aF]. Dass Rechtsmängel und Sachmängel zu so unterschiedlichen Rechtsfolgen führen, mag nicht einleuchten, könnte aber vielleicht hingenommen werden, wenn die Abgrenzung zwischen den beiden Mangeltypen wenigstens klar wäre. So verhält es sich indessen nicht.“⁹⁵ „Die Rechtsprechung neigt dazu, die Abgrenzung mit Rücksicht auf die im Einzelfall angemessen erscheinende Rechtsfolge vorzunehmen. (...). Darunter leidet die Vorhersehbarkeit von Entscheidungsergebnissen.“⁹⁶ Als Beispiele zitieren die Reformer einige Urteile des BGH: „Ist etwa das verkaufte Grundstück vertragswidrig mit einer Grunddienstbarkeit belastet, so liegt sicherlich ein Rechtsmangel vor. Um einen Sachmangel soll es sich aber handeln, wenn es mit einer öffentlich-rechtlichen Baubeschränkung belastet ist (BGH, NJW 1979, 2200). Kann der Staat vom jeweiligen Grundstückseigentümer auf Grund öffentlichen Rechts die Übereignung an sich verlangen, so soll

⁹⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 89.

⁹⁵ Abschlußbericht, S. 21; BT-Dr. 14/6040, S. 87.

⁹⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 217.

ein Rechtsmangel (BGH, NJW 1983, 275), hingegen aber ein Sachmangel vorliegen, wenn das Grundstück auf Grund öffentlichen Rechts nicht an jedermann vermietet werden kann (BGH, WM 1970, 162).⁹⁷

c. Die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden

Das die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ausschließende Sachmängelhaftungsrecht sah bei Sachmängeln Schadensersatzansprüche des Käufers nur vor, wenn der Verkäufer eine falsche Eigenschaftszusicherung abgegeben oder sich arglistig verhalten hatte. Das Bürgerliche Gesetzbuch statuierte explizit keinen allgemeinen Schadensersatzanspruch des Käufers, wenn er durch die Lieferung einer fehlerhaften Sache einen Schaden erlitt, selbst wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hatte. Diese Unzulänglichkeiten des Käuferschutzes ließen die Rechtsprechung „nach Umwegen“ suchen: „In der Erkenntnis, dass die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung den Käufer nicht hinreichend vor solchen Schäden schützen, die über den den Mangel begründenden Nachteil der verkauften Sache hinausgehen, hat die Rechtsprechung vor der Reform neben den bisherigen §§ 463, 480 Abs. 2 [aF] ein Anspruchssystem entwickelt, das über Umwege das Regel/Ausnahmeverhältnis nahezu umgekehrt hat.“⁹⁸ Weiter führt die Gesetzesbegründung aus: „Schadensersatzansprüche auf Grund positiver Forderungsverletzung billigt die Rechtsprechung zwar auch insoweit zu, als Eigenschaften der Kaufsache die Schadensursache bilden, jedoch nur für den Mangelfolgeschaden, nicht für den eigentlichen Mangelschaden (BGH, NJW 1965, 532; BGHZ 77, 215, 217).“⁹⁹ Die Herausnahme der eigentlichen Mangelschäden aus der Haftung halten die Reformer für nicht nachvollziehbar. Denn sie führe zu „Unsicherheit über Bestehen und Umfang solcher Schadensersatzansprüche“, die „die Rechtssicherheit in unerträglichem Maße“ belaste¹⁰⁰. Auch habe „die Rechtsprechung den Tatbestand des bisherigen § 463 [aF] durch Annahme von still-

⁹⁷ Abschlußbericht, S. 21; BT-Drs. 14/6040, S. 87.

⁹⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 224.

⁹⁹ Abschlußbericht, S. 194; BT-Drs. 14/6040, S. 209.

¹⁰⁰ Abschlußbericht, S. 221, 194; BT-Drs. 14/6040, S. 224, 209.

schweigenden und schlüssigen Eigenschaftszusicherungen aufge-
weicht“. Darin liege „eine versteckte Korrektur (...), die ‚nicht über-
zeugend und methodisch nicht ehrlich‘“ sei¹⁰¹.

(2) Die Probleme des Gewährleistungsrechts in Be- zug auf den subjektiven Fehlerbegriff

§ 459 Absatz 1 Satz 1 aF knüpfte die Gewährleistung an Fehler, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.“ Das Gesetz schwieg allerdings darüber, ob der Begriff „Fehler“ einen objektiven oder einen subjektiven Maßstab erforderte. Die Reformer verstanden den Wortlaut des § 459 Abs. 1 S. 1 aF so, „dass unter ‚Fehler‘ ein Merkmal der Kaufsache verstanden werden soll, das an objektiven, von den Vereinbarungen der Parteien unabhängigen Kriterien gemessen werden kann. Eine solche Auslegung würde allerdings objektiv feststellbare, gegeneinander abgegrenzte Gattungen von Sachen voraussetzen. Da eine solche Abgrenzung in der Realität nicht möglich ist“, so die Reformer weiter, „wendet die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der heute ganz h. L. einen subjektiven Fehlerbegriff an. Danach kommt es in erster Linie auf die Vereinbarungen der Parteien über die Beschaffenheit der Kaufsache an.“ Dieser subjektive Fehlerbegriff bereitete zwar nach Ansicht der Reformer „für sich genommen keine Probleme. Umso größere Schwierigkeiten“ ergaben sich aber in seinem Umfeld¹⁰².

a. Die schwierige Unterscheidung zwischen Beschaf- fenheitsvereinbarung und Eigenschaftszusiche- rung

Derartige Schwierigkeiten ergaben sich nach Ansicht der Reformer zunächst „bei der Abgrenzung zwischen der (einfachen) Beschaffen-

¹⁰¹ Abschlußbericht, S. 221; BT-Dr. 14/6040, S. 224 im Anschluss an MüKo/Westermann, § 463 Rn. 33.

¹⁰² Abschlußbericht, S. 199; BT-Dr. 14/6040, S. 211. Auch Jakobs, Ge-
setzgebung, S. 86.

heitsvereinbarung im Sinne des § 459 Abs. 1 Satz 1 aF und der Zusicherung von Eigenschaften gemäß Absatz 2 dieser Vorschrift. Die Unterschiede in den jeweiligen Rechtsfolgen sind gravierend, während die Sachverhalte, die zu derart unterschiedlichen Rechtsfolgen führen, nicht in nachvollziehbarer Weise unterscheidbar sind.“¹⁰³

„Während ein Fehler nur das Recht auf Wandelung und Minderung gibt (§ 462 alt), führt das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft auch zum Schadensersatz (§ 463 Satz 1 alt). Außerdem ist ein in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltener Gewährleistungsausschluss für zugesicherte Eigenschaften unwirksam (bisheriger § 11 Nr. 11 AGBG).“¹⁰⁴ „Die Anwendung des (...) § 459 Abs. 2 [aF] wird dadurch weithin zum Wertungsvorgang im Hinblick auf die Rechtsfolge. Darunter leidet die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungsergebnisse in nur schwer erträglichem Maße.“¹⁰⁵ Diese Problematik stellte sich besonders für „Umsatz- und Ertragsangaben beim Unternehmenskauf“: „Während die Rechtsprechung Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsanbahnung wegen fahrlässiger falscher Angaben zur Beschaffenheit der Kaufsache als durch die Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen ansieht (BGHZ 60, 319, 320; BGH NJW 1992, 2564), lässt sie solche Ansprüche bei falschen Angaben über Umsatzzahlen und Bilanzbestandteile beim Unternehmenskauf zu, indem sie derartige Tatsachen nicht als Eigenschaften des Unternehmens behandelt (BGH NJW 1970, 653; 1977, 1536 und 1538; ferner in NJW 1990, 1659; NJW-RR 1989, 307).“¹⁰⁶

b. Falsch- und Zuweniglieferung

Im Zusammenhang mit dem Fehlerbegriff sahen die Reformer ferner die Falsch- (aliud) und die Zuweniglieferung als problematisch an: „Beide Formen der nicht vertragsmäßigen Lieferung fasst die höchstrichterliche Rechtsprechung gegenwärtig nicht unter den Begriff des Fehlers. Das hat zur Konsequenz, dass sie nicht der Sachmängelgewährleistung unterfallen (BGH, NJW 1968, 640), sondern nach den

¹⁰³ BT-Dr. 14/6040, S. 211.

¹⁰⁴ Abschlußbericht, S. 200; BT-Drs. 14/6040, S. 211.

¹⁰⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 211.

¹⁰⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 209, 212.

Bestimmungen der bisherigen §§ 323 ff. [aF] zu lösen sind, so dass insbesondere die kurze Verjährung des bisherigen § 477 [aF] nicht eingreift. (...) Auch die Zuweniglieferung wird in der Regel nicht als Sachmangel eingeordnet, sondern als teilweise Nichterfüllung.“¹⁰⁷ Die Unterscheidung zwischen mangelhafter Lieferung und Falschlieferung bereitete „in der Praxis die größten Schwierigkeiten: Es fehlt an einem überzeugenden Maßstab, und die Entscheidung wird häufig im Hinblick auf die Angemessenheit der Rechtsfolgen für den konkreten Fall getroffen, wobei es oft geradezu beliebig erscheint, ob eine Abweichung von der Sollbeschaffenheit als Qualitätsabweichung oder als Gattungsunterschied definiert wird.“¹⁰⁸ Es ist fraglich, „ob für die Herstellung von Tornistern geliefertes Ziegenfell als ‚fehlerhaftes‘ Kalbfell (RG, JW 1917, 710), ob Winterweizen als ‚fehlerhafter‘ Sommerweizen (BGH, NJW 1968, 640), ob Inlandsschrott als ‚fehlerhafter‘ Importschrott (BGH, NJW 1969, 787) oder ob – so noch in jüngster Zeit BGH NJW 1989, 218 - mit Glykol versetzter und nur dadurch zur ‚Auslese‘ umgepanschter Wein als ‚fehlerhafter‘ Wein angesehen werden kann oder ob in allen diesen Fällen die gelieferte Ware im Vergleich zu der vertraglich kontrahierten ein ‚aliud‘ darstellt.“¹⁰⁹ Die Schuldrechtsmodernisierer kritisierten, dass die Rechtsprechung die Falsch- und die Zuweniglieferung nur deshalb nicht in die Sachmängelhaftung einbezogen habe, um „die als zu kurz empfundene Verjährungsfrist des ... § 477 [aF]“ zu vermeiden¹¹⁰.

c. Der Umfang des Fehlerbegriffs

Schließlich erhob sich „die Frage, ob Fehler nur solche Eigenschaften sein können, die der Kaufsache unmittelbar anhaften oder ob auch außerhalb der Sache liegende Umstände in Betracht kommen“. Die Reformier stellten fest, dass der BGH „auch Beziehungen der Sache zur Umwelt in den Fehlerbegriff einbezogen“ habe, „die in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen, ihr für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch außer-

¹⁰⁷ Abschlußbericht, S. 200; BT-Drs. 14/6040, S. 211.

¹⁰⁸ Abschlußbericht, S. 200; BT-Drs. 14/6040, S. 211.

¹⁰⁹ Abschlußbericht, S. 21; BT-Drs. 14/6040, S. 87.

¹¹⁰ Abschlußbericht, S. 200; BT-Drs. 14/6040, S. 211.

halb der Sache liegende Umstände in Erscheinung treten; Voraussetzung soll jeweils sein, dass die Umstände nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Bedeutung sind (z. B. BGH, NJW, 1985, 2472 f.).¹¹¹ Die Abgrenzung im Einzelnen sei „schwierig und unsicher“. Zu kritisieren sei insbesondere, dass „nicht selten ... die Kürze der Verjährungsfristen Einfluss auf die Entscheidung im Einzelfall“ hatte. Problematisch erscheine es auch, „wenn der BGH außerhalb der Sache liegende Umstände, die er nicht zum Fehlerbegriff rechnet, als zusicherungsfähige Eigenschaften ansieht.“¹¹²

2. Die neuen Regelungen des Mängelhaftungsrechts beim Kauf

Die Schuldrechtsmodernisierer bemühten sich, die gerade genannten zwei Grundprobleme zu lösen: Unabhängigkeit der Gewährleistung von der Leistungsstörung und Bestimmung des richtigen Maßstabs für die Mangelfreiheit der Sache. Im Vordergrund stand die Problematik, dass das frühere Gewährleistungsrecht und das allgemeine Leistungsstörungenrecht voneinander unabhängige und aufeinander nicht abgestimmte Haftungssysteme darstellten. Zu deren Lösung dienen nunmehr unter anderem die ausdrückliche Regelung, dass der Verkäufer zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet ist, und die Anpassung der Rechtsfolgen, die auf Grund der Verletzung dieser Leistungspflicht entstehen, an diejenigen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, §§ 280 ff. BGB, 323 ff. BGB. Außerdem haben die Reformer auch das Verjährungsrecht entsprechend der neuen dogmatischen Ordnung des Schuldrechts verändert.

Schließlich gilt es, die ausdrückliche Regelung des subjektiven Fehlerbegriffs zu erörtern, da die Einführung des subjektiven Fehlerbegriffs in § 434 Abs. 1 sehr eng mit der Vereinheitlichung des Leistungsstörungenrechts verbunden ist. Denn die Eigenschaft einer Sache ist erst mit der Einführung des subjektiven Fehlerbegriffs zum ver-

¹¹¹ Abschlußbericht, S. 200f; BT-Drs. 14/6040, S. 211 f.

¹¹² Abschlußbericht, S. 200f.; BT-Drs. 14/6040, S. 212.

traglichen Inhalt geworden, so dass die fehlerhafte Lieferung zu einer Pflichtverletzung im Sinne des § 280 wird.

(1) Die Einführung des Grundtatbestandes der Pflichtverletzung

Das neue Leistungsstörungsrecht hat als sein zentrales Element den Tatbestand der Pflichtverletzung eingeführt (§ 280 BGB), der alle Fälle erfasst, in denen der Schuldner „mit seinem Leistungsergebnis hinter den Anforderungen zurückbleibt, die das Schuldverhältnis stellt“.¹¹³ Der Begriff der Pflichtverletzung bezeichnet allerdings nur „den objektiven Verstoß gegen eine Pflicht“ aus dem Schuldverhältnis, nicht dagegen die Frage, ob er dem Schuldner vorgeworfen werden kann. „Ebenso wenig ist es von Bedeutung, auf welchen Gründen die Pflichtverletzung beruht oder welche Folgen sie hat.“¹¹⁴

Die Einführung der Pflichtverletzung beruht „auf einer Weiterentwicklung und Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung wegen positiver Forderungsverletzung: Wenn die Rechtsprechung als positive Forderungsverletzung alle Pflichtverletzungen ansieht, die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeizuführen, so beruht dies auf der Erkenntnis, dass auch die Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit und der Verzug Pflichtverletzungen darstellen.“¹¹⁵ Die Pflichtverletzung beinhaltet damit im neuen Schuldrecht sowohl das ursprüngliche Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung als auch die herkömmliche Nichtleistung (Unmöglichkeit und Verzug). Zudem wendet das neue Schuldrecht den Grundtatbestand der Pflichtverletzung auch auf das vorvertraglichen Stadium (*culpa in contrahendo*) und auf Personen an, die nicht selbst Vertragspartei sind, jedoch unter den vertraglichen Schutz gestellt werden sollen. Damit deckt der Begriff der Pflichtverletzung alle Fälle ab, die unter der früheren Rechtslage in Bezug auf die dogmatische Einordnung sehr umstritten waren.

¹¹³ BT-Drs. 14/6040 S. 134.

¹¹⁴ BT-Drs. 14/6040 S. 92.

¹¹⁵ BT-Drs. 14/6040 S.92. Dazu Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, S.75.

a. Unmöglichkeit und Verzug

Der Tatbestand der Pflichtverletzung erfasst zunächst die Nichtleistung des alten Leistungsstörungenrechts in Form der „Unmöglichkeit (§§ 280, 306, 325 aF)“ und des „Verzugs (§§ 284, 326 aF)“. Die Unmöglichkeit hat damit die zentrale Position im Leistungsstörungenrecht verloren. Sie ist stattdessen in den Tatbestand der Pflichtverletzung einbezogen.

Das neue Schuldrecht behandelt allerdings die für den Schuldner bestehende Unmöglichkeit (subjektive Unmöglichkeit¹¹⁶) und die für jedermann bestehende Unmöglichkeit (objektive Unmöglichkeit) gleich. § 275 I spricht in diesem Sinne davon, dass die Leistung „für den Schuldner oder für jedermann unmöglich“ sei. Somit ist der Anspruch auf Leistung auch dann ausgeschlossen, „wenn die geschuldete Sache einem Dritten gehört, der zu ihrer Veräußerung nicht bereit ist, oder wenn sie gestohlen und die Suche nach dem Dieb aussichtslos ist.“¹¹⁷

Ebenso ist die frühere Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit im neuen Recht ohne Bedeutung. Die §§ 306 aF bis 308 aF sind aufgehoben. Stattdessen erklärt das neue Recht gemäß § 311a Abs. 1 die Gültigkeit des Vertrags. Liegt das Leistungshindernis auch schon bei Vertragsschluss vor, gibt § 311a Abs. 2 nF dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (positives Interesse)¹¹⁸. Das neue Leistungsstörungenrecht macht dazu die Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht nicht mehr von dem Unmöglichwerden (§ 275 I aF), sondern von dem Unmöglichsein der Leistung abhängig (§ 275 I). Damit gilt die Befreiungswirkung der Unmöglichkeit auch für die anfängliche Unmöglichkeit¹¹⁹.

Eine Pflichtverletzung liegt auch vor, wenn der Schuldner in zeitlicher Hinsicht hinter den Pflichten aus dem Schuldverhältnis zurückbleibt. Allerdings bedarf es dabei einer Präzisierung, weil nicht jede Verzögerung der Leistung eine Pflichtverletzung darstellt. Eine

¹¹⁶ Zu dem Vergleich zum Unvermögen, Zimmer, NJW 2002, 1 (2f.).

¹¹⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 128.

¹¹⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 165.

¹¹⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 128.

Pflichtverletzung liegt gemäß § 286 grundsätzlich erst nach einer Mahnung vor.

b. Die positive Vertragsverletzung

Unter den Begriff der positiven Vertragsverletzung wurden im früheren Recht alle Pflichtverletzungen im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses gefasst, die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeiführen und deren Folgen nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfasst werden.¹²⁰ Damit ist die positive Vertragsverletzung als Auffangtatbestand eine Zusammenfassung dogmatisch verschiedener Fallgruppen. Sie lassen sich in zwei Hauptfälle, nämlich Schlechterfüllung und Verletzung von anderen Pflichten unterscheiden.

i) Die Pflichtverletzung fasst die Schlechtleistungsfälle auf, bei denen der Schuldner rechtzeitig, aber schlecht leistet. Das neue Leistungsstörungenrecht spricht in § 281 Ab. 1 S. 1 davon, dass der Schuldner seine Leistung „nicht wie geschuldet erbringt“. Das Auto, das als TÜV-überprüft verkauft wurde, wird unüberprüft und verkehrsuntüchtig geliefert. Die Schlechtleistung als Teil der positiven Vertragsverletzung wurde aber im alten Recht dahingehend verstanden, dass sie auch die Fälle umfasst, in denen der Schuldner infolge der mangelhaften Leistung den Rechtsgütern des Gläubigers einen Schaden zugefügt hat. Die Fälle, in denen diese Begleitschäden entstanden sind, hat die hL der sog. Schutzpflichtverletzung untergestellt. Gläubiger und Schuldner hatten sich also bei Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Person, Eigentum und sonstige Rechtsgüter des anderen Teils nicht verletzt werden.¹²¹ Wenn der Vertragspartner die Schutzpflicht verletzte, sollte er den daraus entstandenen Schaden ersetzen. Das neue Recht erkennt ausdrücklich diese Schutzpflichten in Schuldverhältnissen an; § 241 II bestimmt, das Schuldverhältnis könne nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Wenn ein Vertragspartner diese Schutzpflicht verletzt, liegt damit eine Pflichtverletzung gemäß § 280 vor. Schadensersatz

¹²⁰ Palandt/Heinrichs, § 276 Rn. 107.

¹²¹ Palandt/Heinrichs, § 242 Rn. 35.

statt der Leistung kann der Gläubiger jedoch nur dann verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist (§ 282).

ii) Als Fallgruppe der positiven Vertragsverletzung wurde auch die Leistungstreuepflicht behandelt. Die Leistungstreuepflicht hat sich einerseits auf das positive Tun gerichtet, nämlich die Pflicht, alles zu tun, um den Leistungserfolg vorzubereiten, herbeizuführen und zu sichern. Dabei hat es sich je nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses um Aufklärungs-, Beratungs-, Auskunfts-, Verpackungs-, ordnungsgemäßen Anlieferungs- oder Auslieferungspflicht gehandelt¹²². Andererseits hat sich die Leistungstreuepflicht auch auf das negative Unterlassen gerichtet, nämlich die Pflicht, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck oder den Leistungserfolg beeinträchtigen oder gefährden könnte. Die Verletzung dieser Leistungstreuepflicht liegt etwa bei Erfüllungsverweigerung¹²³, unberechtigter Kündigung¹²⁴, unberechtigter Versagung des Versicherungsschutzes¹²⁵ usw. vor. Verletzt ein Vertragspartner diese Leistungstreuepflicht, dann liegt eine Pflichtverletzung gemäß § 280 vor. Die Leistungstreuepflicht findet ihre gesetzliche Grundlage nach wie vor in § 242¹²⁶.

iii) Die Leistungstreuepflicht ergänzt die Primärleistungspflicht zu einer einheitlichen Leistungspflicht. Die Schutzpflicht ist demgegenüber vom Vorhandensein der Leistungspflicht oder der Wirksamkeit des Vertrags unabhängig. Aus diesem Grund gliedert die Literatur in der Regel Pflichten, die aus einer Sonderverbindung entstehen können, in zwei Kategorien, nämlich in Leistungs- und Schutzpflichten. Das neue Leistungsstörungenrecht nimmt diese Unterscheidung in den beiden Absätzen des § 241 auf.¹²⁷ Die Schutzpflichten kann man wiederum in drei Fallgruppen unterteilen: in schon vor dem Vertragschluss bestehende Schutzpflichten, in solche, die mit dem Vertragschluss entstehen, und schließlich in Schutzpflichten gegenüber Dritten, die außerhalb des Vertragsverhältnis stehen.

¹²² Palandt/Heinrichs, § 242 Rn. 23.

¹²³ BGHZ 49, 59; 65, 374.

¹²⁴ BGHZ 89, 296; BGH NJW 88, 1269.

¹²⁵ BGH Versicherungsrecht 72, 970.

¹²⁶ Krebs, in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, S.123f.

¹²⁷ Zur Bedeutung des § 241 unten Kapitel 4

c. Culpa in contrahendo

Seit dem Linoleumrollenfall¹²⁸ ließ die Rechtsprechung zum alten Recht eine Haftung vor Vertragsschluss zu. Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen besondere Schutzpflichten entstanden seien (culpa in contrahendo). Das neue BGB bringt das Institut der culpa in contrahendo in § 311 II iVm 241 II zum Ausdruck; ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder ähnliche geschäftliche Kontakte.

Im eingangs geschilderten Teppichladenfall wurde der Kunde verletzt, während ihn der Angestellte beriet. Die Beratung erfüllt die Voraussetzung des § 311 II Nr. 1. Damit besteht nach § 241 II zwischen Kunde und Kaufhaus ein Schuldverhältnis, das jeden Verhandlungsteilnehmer verpflichtet, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu berücksichtigen. Der Angestellte hat diese Schutzpflicht verletzt, so dass das Kaufhaus gemäß § 280 I iVm § 278 dem Kunden die Behandlungskosten zu ersetzen hat.

d. Dritthaftung für Schutzpflichtverletzung

Die Pflichtverletzung erfasst auch die Schutzpflichtverletzung zwischen Personen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ausdrücklich genannt wird diese Dritthaftung im § 311 III: Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen bestehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

¹²⁸ RGZ 78, 239.

(2) Integration des Gewährleistungsrecht in das Leistungsstörungenrecht

a. Die ausdrückliche Regelung der Leistungspflicht zur Lieferung der mangelfreien Sache

Im neu eingefügten Satz 2 des § 433 Abs. 1 ist ausdrücklich die Verpflichtung des Verkäufers geregelt, „dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen“. Wenn der Verkäufer dieser gesetzlichen Anordnung nicht nachkommt, verletzt er damit seine vertragliche Verpflichtung. Diese Pflichtverletzung ist gemäß § 280 objektive Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht. Indem die Reformer das Mängelhaftungsrecht durch den Tatbestand der Pflichtverletzung an das allgemeine Leistungsstörungenrecht anknüpften, glauben sie, ohne weiteres die Vereinheitlichung des Leistungsstörungenrechts erreicht zu haben. Das Mängelhaftungsrecht verliert nach Ansicht der Reformer damit also seine bisherige Eigenständigkeit gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

Insbesondere der in das neue allgemeine Leistungsstörungenrecht eingeführte Grundtatbestand der Pflichtverletzung soll das gesamte Mängelhaftungsrecht erfassen. Eine unterschiedliche Anwendung des Instituts der positiven Vertragsverletzung, je nachdem, ob ein Mangel- oder Mangelfolgeschaden ersetzt werden soll, kommt damit - so die Schuldrechtsmodernisierer - nicht mehr in Betracht.

Weiter wird durch die Einfügung der Pflicht zur Lieferung der mangelfreien Sache auch die Problematik der Nacherfüllung gelöst, weil sich damit ohne dogmatische Hindernisse ein Recht des Verkäufers auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung und ein Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung herleiten lassen¹²⁹. Dementsprechend bestimmt § 439 Abs. 1, der Käufer könne bei Vorliegen eines Sachmangels „als Nacherfüllung“ nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Verkäufer soll so eine letzte Chance bekommen, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden, und der Käufer kann erhalten, was er vertraglich zu bean-

¹²⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 209.

sprochen hat¹³⁰. Aus § 439 Abs. 1 folgt ferner bei behebbaren Mängeln die Einrede des nichterfüllten Vertrags¹³¹. Denn solange der Verkäufer einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Nacherfüllung hat, ist er nach § 320 berechtigt, die Kaufpreiszahlung in voller Höhe zu verweigern.

Wie bisher unterscheidet das neue Recht zwar zwischen Rechts- und Sachmängeln. Beide werden jetzt aber nach einheitlichen Regeln behandelt, indem ihr Vorliegen jeweils eine Pflichtverletzung gemäß § 280 darstellt. Der Verkäufer haftet also gemäß § 280 ff. für den Schaden, der durch eine Verletzung der Leistungspflicht entsteht, gleichgültig, ob sie auf Rechts- oder Sachmängel zurückgeht. Damit ist der tatbestandlichen Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmängeln keine große Bedeutung mehr beizumessen. Denn die §§ 280 ff. regeln in Verbindung mit § 437 unter dem einheitlichen Begriff „Pflichtverletzung“ die gleichen Rechtsfolgen.

b. Die Anwendung des Verschuldensprinzips auf das neue Mängelhaftungsrecht

Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen, führt nach Ansicht der Reformer nicht zu einer unangemessenen Verschärfung der Haftung des Verkäufers. Denn der Schadensersatzanspruch gemäß §§ 437 Nr. 3, 440 in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften entsteht nur dann, wenn der Verkäufer den Sachmangel im Sinne der §§ 276, 278 zu vertreten hat¹³². Grundsätzlich setzt eine Schadensersatzhaftung daher voraus, dass der Verkäufer gemäß § 276 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 280). Freilich können die Vertragspartner konkludent oder ausdrücklich im Vertrag bestimmen, dass der Verkäufer für eine bestimmte Beschaffenheit ohne weiteres einzustehen hat. § 276 Abs. 1 S. 1, § 442 Abs. 1 S. 2 und § 444 umschreiben diese Fälle damit, dass der Schuldner eine Garantie für die Beschaffenheit übernimmt. Insoweit wird das Verschuldensprinzip ausgeschlossen.

¹³⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 221.

¹³¹ Lorenz/Riehm, Neues Schuldrecht, Rn. 500.

¹³² BT-Drs. 14/6040, S. 209 f.

c. Die Angleichung der Rechtsfolgen zwischen Mängelhaftungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungsrecht

Die Vereinheitlichung des Leistungsstörungsrechts erfolgt nicht nur auf der tatbestandlichen Ebene, sondern auch in Hinsicht auf die Rechtsfolgen. Dies regelt § 437 Nr. 2, 3 in Bezug auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatzansprüche.

Lieferte der Verkäufer eine mangelhafte Sache, konnte der Käufer unter früherem Recht nach § 462 aF Rückgängigmachung des Kaufs oder Herabsetzung des Kaufpreises verlangen. Das Recht auf Wandelung und Minderung war dabei nicht als Gestaltungsrecht, sondern als Anspruch ausgeformt. Die Reformer wollten zum einen die sich daraus für den Vollzug ergebenden Probleme beseitigen. Denn der Vollzug dieser Rechte konnte nur dadurch erfolgen, dass der Verkäufer sich gemäß § 465 aF auf Verlangen des Käufers mit ihnen einverstanden erklärte¹³³. Um die Einheit von allgemeinem Leistungsstörungsrecht und Gewährleistungsrecht herzustellen, wollten die Reformer ferner das in einer „unnötig umfangreichen und komplizierten Weise“ eigenständig geregelte Institute der Wandelung beseitigen¹³⁴. § 437 Nr. 2 bestimmt daher jetzt, dass der Käufer den Vertrag durch rechtsgestaltende Willenserklärung einseitig rückgängig machen kann (§ 323 iVm § 437 Nr. 2), ohne dazu auf das Einverständnis des Verkäufers angewiesen zu sein.

Auch die Minderung ist nicht mehr als Anspruch, sondern als Gestaltungsrecht ausgelegt. Anders als die Rückgängigmachung des Vertrages findet sie ihren Platz immer noch im Kaufrecht, weil sie „für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss.“¹³⁵

Indem § 437 Nr. 3 auf die §§ 280 ff. verweist, bestimmt er, dass das allgemeine Leistungsstörungsrecht auch bei mangelhafter Lieferung anzuwenden ist, wobei die Eigenart der Mängelhaftung berücksichtigt ist. Durch die Verweisung auf § 280 wird der Verkäufer zunächst zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Käufer dadurch entsteht, dass der Verkäufer seine Vertragspflichten verletzt. Nach § 280

¹³³ BT-Drs. 14/6040, S. 220 f.

¹³⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 220.

¹³⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 223.

Abs. 1 sind allerdings nur die über das Erfüllungsinteresse des Käufers hinausgehenden Vermögensnachteile des Käufers auszugleichen. Es geht um den Ersatz solcher Schäden, die nach geltendem Recht unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung ersatzfähig waren, die also durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache an anderen Rechtsgütern als der Kaufsache selbst eingetreten sind (Körperschäden, Vermögensschäden). Dieses Ergebnis folgt daraus, dass § 280 Abs. 3 für den an die Stelle der Leistung tretenden Schadensersatz das Vorliegen besonderer Voraussetzungen verlangt¹³⁶. Ersatz des eigentlichen Mangelschadens kann der Käufer nach § 281 grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung verlangen.

Nach dem Willen der Reformer entfaltet § 280 Abs. 2 insoweit keine Wirkung, als die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 darin liegt, dass der Verkäufer entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 S. 2 eine mangelhafte Sache geliefert hat¹³⁷. Deshalb kann der Käufer auch den allgemeinrechtlichen Verzögerungsschaden nur auf Grund der im neuen Mängelhaftungsrecht geregelten Schlechterfüllung verlangen. Allerdings stellt sich hier die Frage, ob er den Verkäufer gemäß § 286 erst durch Mahnung in Verzug setzen muss, um einen Schadensersatzanspruch erheben zu können. Denn § 280 Abs. 2 macht den Ersatz von Verzögerungsschaden von den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 abhängig. § 437 Nr. 3 verweist hinsichtlich der Schadensersatzansprüche des Käufers allerdings nicht auf § 286, sondern nur auf die §§ 280, 281, 283 und 311a. In der Literatur¹³⁸ wird gleichwohl die Ansicht vertreten, dass der Käufer den Verzögerungsschaden nur nach erfolgter Mahnung verlangen kann. Dem gesetzgeberischen Willen liegt es jedoch näher, dass die mangelbedingten Folgeschäden, die infolge der Verzögerung der Lieferung einer mangelfreien Sache entstanden sind, unabhängig von den Voraussetzungen des § 286 bereits nach § 280 Abs. 1 ersetzt werden sollen. Dafür spricht, dass § 437 Nr. 3 nicht auf § 286, sehr

¹³⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 225.

¹³⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 225; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 803.

¹³⁸ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 98; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 13, Rn. 146.

wohl aber auf die §§ 281, 283 verweist, die ebenso wie § 286 mit § 280 verbunden sind¹³⁹.

§ 437 Nr. 3 verweist außerdem auf die §§ 283, 311a, die im allgemeinen Leistungsstörungenrecht die Schadensersatzpflicht des Schuldners bei Unmöglichkeit der Leistung regeln. Damit sind die Fälle angesprochen, in denen die Nacherfüllung als modifizierte Form der ursprünglichen Vertragserfüllung nach §§ 275 Abs. 1 bis Abs. 3, 439 unmöglich ist. Der Käufer kann dann ohne Fristsetzung, die in diesem Fall sinnlos ist, gemäß § 283 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Schadensersatz statt der ganzen Leistung kann bei Sachmängeln gemäß § 283 S. 2 iVm § 281 Abs. 1 S.3 nur bei Interessefortfall verlangt werden. § 311a Abs. 2 betrifft die anfängliche Unmöglichkeit.

Schließlich verweist § 437 Nr. 3 auf § 284, so dass der Käufer an Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen kann. Im Vergleich zum alten Recht liegt damit eine sachliche Änderung vor. Vergebliche Aufwendungen sind etwa die Vertragskosten, die der Käufer bisher nach § 467 S. 2 aF als Folge der Wandelung verschuldensunabhängig ersetzt verlangen konnte. Künftig folgt aus § 284 iVm §§ 281, 280 Abs. 1 S. 2, dass dieser Anspruch von einem Verschulden des Verkäufers abhängt. Diese Änderung begründen die Reformer folgendermaßen: „Der bisherige § 467 Satz 2 stellte einen Fremdkörper im Recht der Wandelung dar. Er geht über die bloße Rückgewähr der gegenseitig empfangenen Leistungen hinaus und gibt dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz von Nachteilen, die er im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss gehabt hat, befriedigt also ein Interesse des Käufers, das ansonsten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs verfolgt werden müsste. Es ist deshalb gerechtfertigt, diese Sonderregel abzuschaffen und einen Anspruch der Vertragskosten nur im Rahmen der durch § 284 RE ergänzten allgemeinen Regeln über den Schadensersatzanspruch bei Pflichtverletzung vorzusehen.“¹⁴⁰

d. Die Einführung des Nacherfüllungsanspruchs

¹³⁹ Lorenz/Riehm, Neues Schuldrecht, Rn. 546f.

¹⁴⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 225.

Der Käufer kann nach § 439 Abs. 1 Nacherfüllung verlangen, wenn die Sache mangelhaft ist. Die Einführung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439 BGB in Anknüpfung an § 433 Abs. 1 S. 2 zeigt die gesetzgeberische Entscheidung für die Erfüllungstheorie.

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat oder nicht. Nacherfüllung kann entweder in der Form der Beseitigung des Mangels oder in der Form der ersatzweisen Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt werden. Die Wahl zwischen beiden Formen der Nacherfüllung steht dem Käufer zu¹⁴¹. Solange der Verkäufer nicht nacherfüllt, kann der Käufer gemäß § 320 die Kaufpreiszahlung in voller Höhe verweigern.

Die Regelung des § 439 BGB ist insofern problematisch, als der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß der gesetzlichen Regelung dem Käufer unbeschränkt zusteht. So kann der Käufer nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB auch im Falle des Spezieskauf die Lieferung einer (anderen) mangelfreien Sache verlangen. Damit gewährt der Nacherfüllungsanspruch eine Rechtsposition, die dem Käufer nach der vertraglichen Abrede nicht zusteht. Die Gesetzesbegründung scheint davon auszugehen, dass im Falle eines Spezieskaufs nur ein Anspruch auf Mangelbeseitigung gegeben sein kann, weil die Lieferung einer mangelfreien Sache (Nachlieferung) wegen der anfänglichen Konkretisierung auf eine bestimmte Sache unmöglich ist¹⁴². Dann müsste die Unterscheidung zwischen Spezies- und Gattungskauf in Bezug auf den Nacherfüllungsanspruch aufrechterhalten werden. Diese Unterscheidung entspricht vor allem dem Willen der Vertragsparteien: Die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf ergibt sich aus dem Vertragsinhalt und nicht aus dem Gesetz.

¹⁴¹ Für diese Regelung berufen sich die Reformer darauf, dass Artikel 3 Abs. 3 Satz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie das Wahlrecht zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung ausdrücklich dem Verbraucher gibt. Jedoch ist die Verallgemeinerung dieser für den Schutz des „Verbrauchers“ bestimmten Richtlinie im Privatrecht sehr problematisch. Das Interesse des Verkäufers kann dadurch erheblich verletzt werden. Der Rechtfertigungsversuch der Reformer für diese Regelung (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 231) ist nicht überzeugend.

¹⁴² Allerdings zögernd (BT-Dr. 14/6040, S. 232). Dagegen Lorenz/Riehm, Neues Schuldrecht, Rn. 505.

Anders als der Gattungsverkäufer verspricht der Stückverkäufer nur, eine bestimmte und keine andere Sache zu liefern, selbst wenn es eine andere Sache mit der vereinbarten Beschaffenheit gibt. Deshalb wäre es ein „massiver Eingriff“¹⁴³, wenn sich der Käufer eine andere Sache aufdränge lassen müsste. Denn die Lieferung einer anderen Sache als der konkret vereinbarten widerspricht ohne weiteres dem auf eine bestimmte Sache gerichteten Vertragsinhalt¹⁴⁴.

e. Die Sonderverjährung der Mängelansprüche

Die regelmäßige Verjährungsfrist wurde in § 195 von dreißig auf drei Jahre verkürzt. Sie beginnt gemäß § 199 I mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die Relativierung des Verjährungsbeginns kann allerdings dazu führen, dass der Verjährungslauf erst beträchtliche Zeit nach der Anspruchsentstehung beginnt. Deshalb sind in § 199 Abs. 2 bis Abs. 4 absolute Verjährungsfristen eingeführt worden. Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren gemäß § 199 Abs. 2 ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren gemäß § 199 Abs. 3 BGB 1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und 2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

Die Verjährungsfristen der Schadensersatzansprüche wegen Mängeln der Kaufsache sind in § 438 abweichend geregelt. Diese Vorschrift

¹⁴³ Ackermann JZ 2002, 378 (379).

¹⁴⁴ Ackermann JZ 2002, 378 ff. ; ders., 2003, 1154 ff., dagegen Canaris, JZ 2003, 831 ff.; 1156 ff.

sieht für die in § 437 Nr. 1 und Nr. 3 bezeichneten Ansprüche auf Nachbesserung, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen grundsätzlich eine Verjährungsfrist von zwei Jahren vor § 438 Abs. 1 Nr. 3), die unmittelbar mit der Ablieferung der Sache beginnt (§ 438 Abs. 2 Hs. 2). Wenn der Mangel in einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, besteht, verjähren die Mängelansprüche hingegen gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 1 in dreißig Jahren. In fünf Jahren verjähren die Mängelansprüche bei einem Bauwerk und bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat (§ 438 Abs. 1 Nr. 2). Da § 437 Nr. 3 nach dem Willen des Reformers und der hL nicht nur den Ersatz der Mangelschäden nach § 281 iVm § 280 III, sondern auch den Ersatz der Mangelfolgeschäden gemäß § 280 Abs. 1 erfasst, unterstehen beide Ansprüche der zweijährigen Verjährungsfrist.

Rücktritt und Minderung können als Gestaltungsrechte nicht im Sinne des § 194 verjähren. Der Verkäufer kann sich jedoch gemäß § 438 Abs. 4 S. 1 i.V.m. § 218 Abs. 1 auf die Unwirksamkeit des Rücktritts berufen, wenn der Nacherfüllungsanspruch nach § 438 Abs. 1 verjährt ist. Es kann demnach der Fall eintreten, dass der Verkäufer auf Grund der dreijährigen Regelverjährungsfrist gemäß § 195 den Kaufpreisanspruch behält, obwohl er selbst wegen der zweijährigen Verjährungsfrist des Nacherfüllungsanspruchs seine Leistung verweigern kann. § 438 Abs. 4 S. 2 gewährt in diesem Fall dem Käufer eine Mängeleinrede¹⁴⁵: Er kann dann trotz Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde¹⁴⁶. Diese Bestimmung gilt durch die Verweisung in § 441 Abs. 5 auch für die Minderung.

¹⁴⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 230.

¹⁴⁶ Dazu näheres Lorenz/Riehm, Neues Schuldrecht, Rn. 556 ff.

(3) Die ausdrückliche Regelung des subjektiven Fehlerbegriffs

Um den zweiten Problemkreis zu lösen¹⁴⁷, bringt das neue Kaufrecht in § 434 Abs. 1 S. 1 den Vorrang der Parteivereinbarung (sog. subjektiver Fehlerbegriff) zum Ausdruck: Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Wenn die Beschaffenheit nicht ausdrücklich vereinbart ist, ist auch hier die durch Auslegung zu ermittelnde Vereinbarung gegenüber dem objektiven Kriterium vorrangig. In diesem Sinne nennt das Gesetz in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 „die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“. Nur wenn das Bestreben, den subjektiven Willen der Vertragspartner zu ermitteln, scheitert, entscheiden gemäß § 434 Abs. 1 Nr. 2 die objektive Kriterien der Eignung für die gewöhnliche Verwendung der Sache oder der bei Sachen der gleichen Art üblichen oder nach der Art der Sache vom Käufer zu erwartenden Beschaffenheit.

Außerdem haben die Reformer die Bestimmungen über die „zugesicherten Eigenschaften“ im Sinne des § 459 II aF aufgehoben. Dadurch scheint die Unterscheidung zwischen zugesicherten Eigenschaften und Sachmängeln nicht mehr erforderlich zu sein. Jedoch erwähnt das Gesetz in Bezug auf den gesetzlichen und den vertraglichen Haftungsausschluss (§§ 442, 444) die Übernahme einer „Garantie für die Beschaffenheit der Sache“. Da eine Garantie ohne weiteres eine Zusicherung bedeutet, erfährt das neue Mängelhaftungsrecht sachlich keine Änderung. Vielmehr wird der frühere Gedanke, dass die Zusicherung den Verkäufer unabhängig von seinem Verschulden haften lässt, durch die Integration in § 276 Abs. 1 verallgemeinert.

Nach § 434 III steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert. Durch diese Gleichstellung ist die Abgrenzung zwischen aliud-Lieferung oder Mankolieferung und Sachmangel entbehrlich. Das begründen die Reformer vor allem damit, dass die Interessenlage von Käufer und Verkäufer bei Falsch- und Zuweniglieferung nicht grundsätzlich anders sei als beim Sachmangel im engeren Sinne. „Die Handhabung durch die Rechtsprechung hat ihren Grund in der vielfach als zu kurz

¹⁴⁷ Oben III 1 (2).

angesehenen Verjährungsfrist des bisherigen § 477. Wenn dagegen, wie im Entwurf vorgesehen, die Verjährungsregelung die Interessen beider Seiten in angemessener Weise zum Ausgleich bringt, besteht auch bei deutlicheren Abweichungen kein Grund, sie anders als Sachmängel im engeren Sinne zu behandeln, die ja ebenfalls von der Sollbeschaffenheit ganz erheblich abweichen können“¹⁴⁸ Das neue Mängelhaftungsrecht übernimmt aus diesem Grund auch nicht die Unterscheidung zwischen genehmigungsfähigen und nicht genehmigungsfähigen Abweichungen aus § 378 HGB.¹⁴⁹

Zwar verkennen die Reformer nicht die Unterschiede von Gattungs- und Stückkauf, insbesondere in Bezug auf den Nachlieferungsanspruch: „Wird beim Stückkauf ein Identitäts-aliud geliefert, so kommt neben dem Erfüllungsanspruch auf Lieferung der gekauften Sache ein davon verschiedener Nachlieferungsanspruch nicht in Betracht. Beim Qualifikations-aliud ist Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen Sache, die die vereinbarte Qualifikation hat, durchaus denkbar und sinnvoll.“¹⁵⁰ Jedoch erkennen die Reformer die Möglichkeit des Nachbesserungsanspruchs als einer Form des Nacherfüllungsanspruchs an, weil dieser auch beim aliud nicht gänzlich undenkbar sei, etwa wenn eine Maschine durch Einbau eines zusätzlichen Aggregates zu einer Sache umgerüstet werden könne, die einer anderen Gattung angehöre.¹⁵¹

Die Zuweniglieferung, die gemäß § 434 Abs. 3 einem Sachmangel gleichsteht, liegt nur vor, wenn der Verkäufer mit der Lieferung der Mindermenge seine „ganze“ Verbindlichkeit erfüllen will (sog. „verdeckte Mankolieferung“).¹⁵² Andernfalls handelt es sich um eine Teilleistung, die der Gläubiger gemäß § 266 zurückweisen kann, um dann wegen Nichterfüllung im engeren Sinne vom Vertrag zurückzutreten (§ 323) und/oder Schadensersatz (§§ 280 ff.) zu verlangen. Wenn der Käufer die Teilleistung jedoch annimmt, hat er bezüglich der noch ausstehenden Teilleistung den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, der nach § 195 erst in 3 Jahren verjährt.

¹⁴⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹⁵⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹⁵¹ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹⁵² Lorenz-Riehm, Rn. 496.

3. Kritik an der Erfüllungstheorie des neuen Schuldrechts

Das „modernisierte“ Schuldrecht ist das Ergebnis von Bestrebungen, die bis in die siebziger Jahre zurückreichen. Als ersten Schritt zur Schuldrechtsreform erteilte das Bundesjustizministerium im Jahre 1978 aufgrund des – auch von den Reformern geteilten – Unbehagens¹⁵³ am früheren Rechtszustand eine Reihe von Gutachtaufträgen an Wissenschaftler. Der Umfang dieser Aufträge war sehr weit gefasst. Er betraf nicht nur das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis, sondern beispielsweise auch gesetzliche Schuldverhältnisse aus Bereicherung und Delikt. Im Laufe der Zeit beschränkte sich die Reformarbeit allerdings auf vier Bereiche: das Verjährungsrecht, das allgemeine Leistungsstörungsrecht, das Sachmängelrecht beim Kauf und das Werkmängelrecht beim Werkvertrag. Nach Abschluss der Gutachten berief Bundesjustizminister Engelhard im Jahr 1984 die Schuldrechtsreformkommission, die 1991 ihren Abschlußbericht und einen Entwurf zur Neuregelung der vier genannten Materien vorgelegte. Dieser Abschlußbericht wurde im August 2000 im Wesentlichen unverändert durch den Diskussionsentwurf übernommen. Die bereits oben erwähnte entschiedene Kritik am Diskussionsentwurf bewirkte, dass sich der darauf aufbauende Regierungsentwurf von 2001 wieder mehr dem alten BGB zuwandte, wie an den oben dargestellten neuen Bestimmungen zu erkennen ist: Der Plan, die Eigenschaftszusicherung im Mängelhaftungsrecht abzuschaffen, scheiterte an der Wiederaufnahme der Garantieübernahme gemäß §§ 276 Abs. 1, 442, 444. Unterschiedliche Verjährungsfristen für Ansprüche aus allgemeiner Leistungsstörung und aus mangelhafter Lieferung bestehen trotz deren quantitativen Änderungen fort. Stückkauf und Gattungskauf unterscheiden sich in Bezug auf die Rechtsfolgen, insbesondere die Nacherfüllung. Trotz der Einführung des einheitlichen Grundtatbestands der Pflichtverletzung muss weiter zwischen Unmöglichkeit, Verzug und Schlechtleistung einerseits und Leistungs- und Schutzpflichtverletzung andererseits unterschieden werden. Im

¹⁵³ Siehe Kapitel 1.

neuen Recht bestehen nach wie vor die Probleme, die die Reformer mit der Entscheidung für die sog. große Lösung gerade überwinden wollten, insbesondere die Unterscheidung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden: Die Reformer räumen selbst ein, dass sie bei der Reform des neuen Leistungsstörungenrechts, das das Kaufrecht einschließen sollte, die Ansprüche wegen einer Nebenpflichtverletzung nicht richtig berücksichtigt haben.¹⁵⁴ Damit bleibt der konkrete Anwendungsbereich des § 438 unklar. Die hM geht davon aus, dass § 438 greift, wenn sich die verletzte Pflicht auf die Beschaffenheit der Sache bezieht, demgegenüber die Regelverjährung des § 195, wenn es sich um allgemeine Schutz- und Obhutspflichten des Verkäufers im Sinne der §§ 241 Abs. 2, 311 handelt¹⁵⁵. Die Gegenmeinung will § 438 nur auf Ersatzansprüche anwenden, die auf das Äquivalenzinteresse des Käufers gerichtet sind, während die Ansprüche wegen Verletzung des Integritätsinteresses der Regelverjährung unterliegen¹⁵⁶. Die dritte Meinung folgt treu dem gesetzgeberischen Willen, Mangelschaden und Mangelfolgeschaden gleich zu behandeln¹⁵⁷. Danach würde die Mangelhaftigkeit der Kaufsache ohne Ausnahme zur Anwendung des § 438 führen. Da die erste und die letzte Ansicht zur ungerechtfertigten Privilegierung des Verkäufers führen, halte ich die zweite Ansicht für zutreffend¹⁵⁸.

Die Schuldrechtsreform ist damit als ‚wilder Anfang mit zahmem Ende‘ zu bewerten. Dieser Rückwendung zum alten Schuldrecht entspricht es, dass die in der Begründung zum Regierungsentwurf enthaltene Kritik der Reformer am früheren Rechtszustand im Vergleich zum Abschlussbericht sehr zurückhaltend ausfällt. Wie in der Einleitung gezeigt wurde, verursacht das neue Schuldrecht darüber hinaus neue Probleme, die im alten Recht noch nicht bestanden.

Die im Reformprozess gezeigte „Antiklimax“ und die durch die Veränderung des Schuldrechts neu gestellte Problematik lassen uns aller-

¹⁵⁴ Vgl. MünchKomm/Westermann, 4. Aufl. § 439 Rn. 9.

¹⁵⁵ Jauernig/Berger, § 438 Rn 3; Erman/Grunewald § 438 Rn. 2; Palandt/ Putzo § 438 Rn. 3; Bamberger/Roth/Faust § 438 Rn. 8.

¹⁵⁶ Wagner, JZ 2002, 475 (478); Leenen, JZ 2001, 556; Ernst JZ 2001, 684 (689); Brüggemeier WM 2002, 1376 (1382).

¹⁵⁷ MünchKomm/Westermann, § 438 Rn. 10.

¹⁵⁸ Unten Kapitel 5 II.

dings ohne weiteres vermuten, dass die Reformer von falschen Prämissen ausgegangen sind. So ist die Annahme, dass die Verfasser des BGB das Gewährleistungsrecht als gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht unabhängiges Haftungssystem gesehen haben, sehr fraglich. Erinnerung sei nur daran, dass der Kaufvertrag geschichtlich betrachtet bei der Ausbildung des abstrakten allgemeinen Leistungsstörungenrechts die wichtigste Rolle gespielt hat. Es wäre daher schlechterdings nicht verständlich, wenn die Verfasser des BGB auf einen solch wichtigen Vertragstyp nur eine Ausnahmeregelung hätten anwenden wollen. Die Prämisse wird umso fragwürdiger, wenn man bedenkt, dass die Gesetzgeber bereits bei der Schaffung des BGB eine umfassende Verschuldenshaftung, die auch die Haftung des Verkäufers umschloss, regeln wollten¹⁵⁹.

Die Reformer wollten auch den allgemeinen Grundsatz gemäß § 280 übernehmen, dass der Schuldner, der die Pflichtverletzung zu vertreten hat, dem Gläubiger Schadensersatzpflichtig ist. Dazu erklärten sie: „Für eine Privilegierung des Verkäufers durch eine kaufrechtliche Sonderregelung besteht kein Anlass.“¹⁶⁰ Hatten denn die Verfasser des BGB die einfache Vorstellung nicht gehegt, dass das allgemeine Verschuldensprinzip selbstverständlich gerade auch auf den Kaufvertrag anzuwenden ist, der doch als Vorbild der sonstigen Verträge diente? Die Reformer sind der Meinung, dass die Sachmängelhaftung eine andere Struktur hat als die Leistungsstörungshaftung¹⁶¹. Wenn der Gesetzgeber im BGB von einer umfassenden Verschuldenshaftung ausgegangen ist, liegt es in der Tat nahe, dass er das frühere Gewährleistungsrecht „strukturell anders“ als das allgemeine Leistungsstörungenrecht formiert hatte und dementsprechend dem früheren Gewährleistungsrecht eine andere Aufgabe als das vertragliche Haftungsrecht geben wollte. Diese Annahme würde bestätigt werden, wenn man sich daran erinnert, dass Römer, deren Rechtssystem die heutige kaufrechtliche Sachmängelhaftung verdanken soll, die stren-

¹⁵⁹ Näheres s. unten Kapitel 4 II 3.

¹⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 224.

¹⁶¹ Die Relativierung der ursprünglichen Auffassung Hubers zur Rechtsnatur der Sachmängelhaftung zeigt sich bereits bei seiner Aussage über die Diskussionsentwurf (Huber ZIP 2000, 2273 (2276)). Auch BT-Dr. 14/6040, S. 226, 210.

gere Haftung im Kaufvertrag als in anderen Vertragstypen vorgesehen haben¹⁶². Rechtsgeschichtlich ist also der Anhaltspunkt der Reformer schon richtig, dass für eine Privilegierung des Verkäufers durch eine kaufrechtliche Sonderregelung kein Anlass bestehe. Dann können wir der Logik nach die zwei Annahmen zusammensetzen, dass die Gesetzesverfasser bei der Schaffung des BGB eine umfassende Haftung, die auch den Verkäufer nicht privilegieren würde

III. Ergebnis

Wie die Darstellung des Meinungsstands über das Wesen der früheren Gewährleistung zeigt, konnte weder die Gewährleistungstheorie noch die Erfüllungstheorie, der die Reformer bei der Reformarbeit gefolgt sind, das Wesen der Gewährleistung ohne Widersprüche erklären. Die Gewährleistungstheorie bildet vor allem im Detail keine einheitliche These. Vielmehr unterscheiden sich die Ansichten ihrer Anhänger in vielen Punkten. Während *Wolff* nur die Schadensersatzhaftung gemäß § 463 aF zur Gewährleistung zählte, rechnete *Süß*¹⁶³ nur Wandelung und Minderung gemäß § 459 aF dazu. *Schollmeyer* hingegen qualifizierte die Nachlieferungspflicht des Verkäufers gemäß § 480 aF als Gewährleistung, die von anderen Autoren wiederum als Erfüllungspflicht eingeordnet wurde, usw. Wer wie *Schollmeyer* oder *Larenz* bei der Untersuchung der Gewährleistung ein sachgerechteres Ergebnis erreichen wollte, der musste auf die dogmatische Einheitlichkeit der Gewährleistung verzichten. Wer demgegenüber eine dogmatische Einheitlichkeit erreichen wollte, wie *Süß* oder *Wolff* es getan haben, der musste das sich aus der Gewährleistungstheorie zwangsläufig ergebende ungerechte Ergebnis in Kauf nehmen; so konnte etwa die Gewährleistungstheorie die Haftung des Verkäufers für die nach Vertragsschluss fahrlässig entstandenen Fehler an der Sache nicht begründen.

Auch die von den Reformern ins BGB aufgenommene Erfüllungstheorie kann die „anderen Strukturen“ der Gewährleistung gegenüber der

¹⁶² Dazu unten Kapitel 5 II.

¹⁶³ Süß, Gewährleistung, S. 88 sieht § 463 als ein Anspruch für culpa in contrahendo.

Leistungsstörung nicht erklären. Im Gegenteil geht sie von deren dogmatischer Gleichheit aus. Auch kann sie zahlreiche Probleme nicht lösen, die die Reformer auf die Herrschaft der Gewährleistungstheorie zurückgeführt haben. Ferner hat sie einige neue Probleme verursacht.

Die Kritik an der Gewährleistungstheorie zeigt allerdings einige Ausgangspunkte, die bei der Untersuchung der Gewährleistung zu beachten sind. Wir können zunächst nicht missachten, was das Gesetz seinem System oder seiner Logik nach ohne Zweifel anordnet. Beim Stückkauf ging der Gesetzgeber bekanntlich davon aus, dass der Kaufvertrag nicht erfolgsbezogen ausgestaltet ist. Deshalb statuierte der Gesetzgeber keine Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache. Insofern ist der Gewährleistungstheorie zuzustimmen. Dabei haben die Verfasser des BGB nicht übersehen, dass der Käufer beim Stückkauf auch dann vor mangelbedingten Schäden zu schützen ist, wenn keine diesbezügliche Leistungspflicht besteht. In diesem Zusammenhang war die Einführung der Gewährleistungspflicht in das Kaufrecht für die Verfasser des BGB zwingend. Deshalb haben sich die Verfasser für die Gewährleistung entschieden. Freilich wird dabei nicht das „Recht“ des Verkäufers verneint, die Kaufsache vor der Übergabe zu reparieren. In diesem Sinne ist die Auffassung¹⁶⁴ unbillig, dass der Verkäufer die Sache in dem Zustand, wie sie sich beim Vertragsschluss befindet, übergeben soll. Denn der Verkäufer kann sich durch Reparatur der mangelhaften Sache von der Gewährleistung befreien. Das Gesetz spricht jedenfalls nicht dagegen. Auch der Käufer darf das nicht verbieten, da sein schutzwürdiges rechtliches Interesse nur in der Vertragserfüllung liegt.

Beim Gattungskauf ist die Gewährleistung strukturell anders als beim Stückkauf. Gemäß § 480 aF hatte der Käufer nämlich einen Nachlieferungsanspruch. Und der Nachlieferungsanspruch ist ohne Zweifel eine Art von Erfüllungspflicht des Verkäufers¹⁶⁵. Die Verfasser des BGB brachten dies klar zum Ausdruck: „Mit Geltendmachung des Rechtes auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache fordert der Gläubiger die Erfüllung des Vertrages.“¹⁶⁶ Hier müssen wir der von

¹⁶⁴ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (97).

¹⁶⁵ RGZ 52, 357; RGZ 53, 89 und 204; RGZ 90, 332.

¹⁶⁶ Motive II, S. 242.

Schollmeyer unternommenen Auslegung des § 480 aF widersprechen. Er hat nämlich unzutreffend den Charakter der Erfüllungspflicht beim Gattungskauf verneint. Dasselbe gilt auch für die Rechtsmängelhaftung gemäß § 434. Auch sie ist eine Erfüllungspflicht.

Daraus folgt: Die frühere Mängelgewährleistung umfasste nicht nur die Erfüllungspflicht (Gattungskauf, Rechtsmängelhaftung), sondern auch die von der Erfüllungspflicht unabhängige Gewährleistung im Sinne der Gewährleistungstheorie (Spezieskauf). Insoweit stimmt die vorliegende Arbeit mit der Gewährleistungstheorie, zumindest wenn man *Schollmeyer* ausnimmt, überein¹⁶⁷.

Dagegen geht die vorliegende Arbeit anders als die Gewährleistungstheorie davon aus, dass die gesamte Gewährleistung einen gemeinsamen Nenner hat, der sie dogmatisch vereinheitlichen kann. Nicht nur die Gewährleistung beim Spezieskauf, sondern auch die Gewährleistung beim Gattungskauf, beim Werkvertrag und bei der Rechtsmängelhaftung muss durch ein einheitliches Prinzip erklärt werden können. Dies ist vor allem deshalb notwendig, weil das Gesetz für die genannten Fälle einen einheitlichen Begriff der Gewährleistung verwendet. Dieser Ausgangspunkt entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen. Die erste Kommission zum BGB wollte das Gewährleistungsrecht einheitlich regeln. Es war im 1. Entwurf zum BGB in den §§ 370 ff. vorgesehen, so dass es für alle auf Sachveräußerung gerichteten Verträge gelten sollte¹⁶⁸. Diese Regelungsweise des ersten

¹⁶⁷ Die Reformer waren auch der Meinung: „Beim Stückkauf bedeutet die Übergabe und Übereignung einer fehlerhaften Sache nach h.M. Erfüllung des Kaufvertrags; Nacherfüllungsansprüche gibt es nicht. Wird dagegen beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine fehlerhafte Sache geliefert, so steht dem Käufer derzeit nach § 480 Abs. 1 Satz 1 ein Anspruch auf Ersatzlieferung zu; dieser Anspruch ist ein (Nach-) Erfüllungsanspruch. (Abschlußbericht, S. 209; BT- Dr. S. 220)

¹⁶⁸ Motive II, S. 211 „Gemeinsam ist den Instituten (Rechtsmängelhaftung und Sachmängelhaftung) zwar der Rechtsgedanke, daß die Haftung in beiden Richtungen unmittelbar aus dem fraglichen Rechtsgeschäft, an welches sie sich knüpft, entspringt, also nicht auf der Annahme einer besonderen nebenlaufenden Garantiepflcht beruht.“ Und dann S. 212 lautet es, „Die Sachmängelhaftung habe wie die Rechtsmängelhaftung für alle sog. lästigen Veräußerungsverträge Bedeutung

Entwurfs zum BGB beruht ohne Zweifel auf der Abstraktionstechnik,¹⁶⁹ die den gemeinsamen Nenner vor die Klammer zieht. Die zweite Kommission zum BGB stimmte dieser Regelungsweise zwar grundsätzlich mit dem Argument zu, dass die Frage der Mängelhaftung nicht nur beim Kaufe, sondern auch bei anderen Rechtsverhältnissen vorkomme. Dennoch verlagerte sie diese Rechtsinstitute bekanntlich in das Kaufrecht, und zwar um der Anschaulichkeit, der Verständlichkeit und der praktischen Handhabung des Gesetzes willen. Zu klären bleibt, welcher gemeinsame Nenner für die Gewährleistungsvorschriften den Verfassern des BGB vorgeschwebt ist.

und deshalb werde sie in den allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts geordnet“

¹⁶⁹ Staudinger-Honsell, Vorbem. §§ 459 ff. Rn. 6.

Kapitel 3: Das Gewährleistungsregime im System des bürgerlichen Vermögensrechts

Die vorliegende Arbeit setzt sich das Ziel, die Ordnungsfunktion des Gewährleistungsrechts zu ergründen und dadurch deren zutreffende dogmatische Einordnung zu erreichen.

Der Regelungsgegenstand des Gewährleistungsrechts ist herauszuarbeiten und der maßgebliche Zeitpunkt für das Wirksamwerden der gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe zu bestimmen. Zentral für die systematische Lozierung ist weiter die Frage, ob die Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts auf dem Willen der Vertragsparteien als Legitimationsgrundlage oder auf der gesetzlichen, dem Schutz der vertraglichen Rechtsposition dienenden Haftung beruhen. In diesem Zusammenhang bedarf der Klärung, inwieweit das Gewährleistungsregime verschuldensabhängig ausgestaltet ist.

Ferner ist zu dem Verhältnis zwischen Sachmängelgewährleistungsrecht und dem Eigenschaftsirrtum Stellung zu nehmen.

Die Arbeit widmet sich zunächst dem Gewährleistungsregime, das vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01.01.2002 galt. Ziel dieses methodischen Vorgangs soll es sein, die gewonnenen Ergebnisse mit dem nunmehr geltenden Gewährleistungsrecht des Kaufs zu vergleichen (dazu Kapitel 5).

I. Der subjektive Fehlerbegriff

Flumes Grundgedanke, dass sich die Eigenschaften in keiner Weise von dem Gegenstand an sich unterscheiden lassen und dass sich die Vereinbarung der Lieferung eines bestimmten Gegenstandes damit auf die Beschaffenheit desselben beziehen kann, hat sich in der Rechtswissenschaft¹⁷⁰ durchgesetzt. Beispielhaft sagt *Larenz* in seinem Lehrbuch in Bezug auf den Willen der Vertragspartner: „Nach dem von RG anfänglich vertretenen, im Schrifttum vor allem von Haymann begründeten sog. objektiven Fehlerbegriff ist unter einem

¹⁷⁰ RGZ 135, 342; 161, 334; BGHZ 16, 55. *Larenz*, Schuldrecht II § 41 I a); *Fikentscher*, Schuldrecht § 69 II 2 Rn. 701ff.

‚Fehler‘ nur eine dem Käufer ungünstige Abweichung von der Beschaffenheit zu verstehen, die eine Sache solcher Art gewöhnlich hat. Indessen erwartet der Käufer häufig nicht nur, dass die von ihm gekaufte Sache von der üblichen, sondern auch von solcher Beschaffenheit ist, die ihr nach den vorausgegangenen Erklärungen des Verkäufers, etwa ihrer Beschreibung in einem Katalog oder dem Verkaufsgespräch, zukommen sollte. Diese Überlegung führt zur Anerkennung des heute von der Rechtsprechung vertretenen und von der Literatur fast einhellig gebilligten sog. ‚subjektiven‘ oder ‚konkreten‘ Fehlerbegriffs. Danach liegt ein Fehler vor, wenn die Sache nicht von der beim Kaufabschluß von den Parteien vorausgesetzten Beschaffenheit ist. Dabei kommt es wesentlich darauf an, ‚als was‘, aber auch, zu welchem besonderen Zweck die Sache verkauft worden ist. (...) Ist der Ring nicht aus Gold, sondern nur vergoldet, (...) so ist die Sache mangelhaft, weil sie nicht von der der Kaufvereinbarung zugrunde gelegten Beschaffenheit und dadurch ihre Tauglichkeit oder ihr Wert (gegenüber einer Sache von der vorausgesetzten Beschaffenheit) erheblich gemindert ist.“¹⁷¹

Larenz sucht den Rechtsgrund der Gewährleistung in der Störung des Äquivalenzverhältnisses: „Ihre Rechtfertigung findet diese, im Gesetz näher ausgestaltete Einstandspflicht des Verkäufers letztthin darin, dass der Käufer in einer Annahme oder Erwartung getäuscht wird, die er nach dem Verträge zu hegen berechtigt war. Die Rechtsfolgen ergeben sich wenigstens zum Teil aus dem dem Kaufverträge immanenten Prinzip der subjektiven Äquivalenz.“¹⁷²

II. Die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit als Regelungsgegenstand des Gewährleistungsrechts

1. Die vertraglich eingeräumte Rechtsposition

Den Parteien des Kaufvertrags steht es frei, die Beschaffenheit der Kaufsache besonders zu regeln. Der Käufer erhält mithin qua vertraglicher Abrede eine Rechtsposition, die inhaltlich in der Zuordnung

¹⁷¹ Larenz, Schuldrecht II § 41 I a).

¹⁷² Larenz, Schuldrecht II § 41 II e).

eines spezifizierten Leistungsobjekts zu seinem Vermögen besteht. Dem Käufer steht nicht nur die nackte Kaufsache zu, sondern die Kaufsache mit bestimmten Eigenschaften.

Ist beim Spezieskauf die Kaufsache mangelhaft, entspricht sie also nicht der vertraglich bestimmten Beschaffenheit, konnte der Käufer gemäß § 462 aF BGB Wandlung verlangen oder den Kaufpreis mindern. Weiterhin war dem Käufer das Recht eingeräumt, unter den besonderen Voraussetzungen des § 463 aF BGB Schadensersatz zu verlangen.

Der Verkäufer war allerdings nicht wie im nunmehr geltenden Recht dazu verpflichtet, den Mangel zu beseitigen oder eine andere mangelfreie Sache zu besorgen. Wenn der Verkäufer dem Käufer die fragliche Sache geliefert hatte, erfüllte jener damit mindestens bis zur Wandelung völlig seine Leistungspflicht (§ 433 aF). Insoweit tat sich eine Trennung zwischen vertraglich eingeräumter Rechtsposition, dem Anspruch auf das vertraglich spezifizierte Leistungsobjekt auf der einen Seite, und Erfüllung der Leistungspflicht auf der anderen Seite auf. Vermittelt wurde diese Trennung durch die Ausgestaltung der Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts als Sonderregime gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht, die einen Anspruch auf Nacherfüllung nicht vorsahen.

Flume unterschied dementsprechend zwischen Erfüllung des Vertrags und Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung, die nicht auf der gleichen Ebene behandelt werden könnten. Denn „hinsichtlich des Kaufs mit der Erfüllungsvereinbarung der fehlerfreien Leistung geht es um den rechtsgeschäftlichen Tatbestand, an den das Gesetz die Rechtsfolge der Haftung des Verkäufers auf Wandlung und Minderung knüpft. Die Erfüllungspflicht ist aber kein Tatbestand, sondern eine Rechtsfolge, und so ist es ohne Sinne, für die Wandlung und Minderung als Grundlage eine Erfüllungspflicht zu unterstellen, die es als Rechtsfolge des Kaufs nach geltendem Recht nicht gibt. Rechtsgrund für Wandlung und Minderung als Rechte des Käufers ist dagegen, dass die Leistung der fehlerhaften Sache nicht der Kaufvereinbarung entspricht und so Nichterfüllung des Kaufvertrages ist.“¹⁷³

¹⁷³ Flume, AcP 193 (1993), 89 (99).

Es muss dabei hervorgehoben werden, dass die Regelungsweise der Gewährleistung, insbesondere angesichts der Abwesenheit des Nacherfüllungsanspruchs, dem Prinzip der Privatautonomie entsprach, auf dem das Vertragsrecht aufbaut. Da der Käufer beim Stückkauf eine andere als die vereinbarte Sache haben oder die Sache ohne darauf bezogenes Versprechen des Verkäufers reparieren lassen wollte, verweigerte ihm das alte Recht zutreffend einen diesbezüglichen Erfüllungsanspruch.

Dass das Gewährleistungsrecht Vorrang vor dem Leistungsstörungenrecht hatte, galt im Grundsatz auch beim Gattungskauf. Der Käufer konnte nämlich wegen der fehlerhaften Sache den Vertrag gemäß § 480 aF rückgängig machen. In diesem Zusammenhang war umstritten, ob der Tatbestand des § 459 aF mit dem Anwendungsbereich des § 243 übereinstimmte. Diese Frage ist zu verneinen. Der Begriff des Fehlers bezieht sich nur auf die Gewährleistung, das Tatbestandsmerkmal „von mittlerer Art und Güte“ ist dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zugeordnet. Wie *Schollmeyer* gezeigt hat¹⁷⁴, sind sie auch inhaltlich von einander verschieden. § 480 BGB aF war damit als reine Gewährleistungsregelung zu sehen, die auf § 459 aF, nicht auf § 243 aF zugeschnitten war.

Im Folgenden wird gezeigt, wie das frühere Gewährleistungsrecht konkret mit seinen einzelnen Rechtsbehelfen die Rechtsposition des Käufers auf den Erwerb einer mangelfreien Kaufsache schützte.

2. Wandelung und Minderung

(a) Wenn die Kaufsache mit einem Fehler behaftet war, konnte der Käufer gemäß § 462 aF in Verbindung mit § 459 aF die Rückgängigmachung oder die Herabsetzung des Kaufpreises verlangen. Es bestand Einigkeit, dass es sich dabei nicht um Gestaltungsrechte, sondern um Ansprüche handelte¹⁷⁵. Die Verfasser des BGB hatten die Konstruktion des Rechtes der Wandelung oder Minderung als eines

¹⁷⁴ Schollmeyer, Jh. Jb. 49 (1905), 93 (99f.)

¹⁷⁵ Larenz, Schuldrecht II, § 41 II a); Jauernig-Vollkommer, § 462 Rn. 3; BGHZ 96, 283 (286)

Anspruches gewählt, „um für die Verjährung die Grundlage zu gewinnen.“¹⁷⁶

Bei dieser Gewährleistung ging es also um die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit. Angesichts der Eigenschaft an der Kaufsache stimmten der Vertrag und die Wirklichkeit nicht überein. Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung war ein Rechtsbehelf, der zugunsten des Käufers diese Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit beseitigen sollte. Präziser schützten die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung die vertragliche Rechtsposition des Käufers auf den Erhalt einer der vertraglichen Vereinbarung entsprechenden Kaufsache. Der gewährte Schutz war insofern ein besonderer, als er nicht auf die Verwirklichung des Käuferrechts auf die mangelfreie Kaufsache gerichtet war, sondern vielmehr reagierend auf die Beeinträchtigung der Käuferposition durch Lieferung der mangelhaften Sache ein „Kündigungsrecht“ in Form des Anspruchs auf Wandelung, sowie ein „Anpassungsrecht“ in Form der Minderung konstituierte.

(b) Die Stornierung (Wandelung) oder die Veränderung (Minderung) eines wirksam entstandenen Vertrags musste allerdings unter dem System des BGB erfolgen, das auf der Privatautonomie beruht. Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung beinhaltete in diesem Zusammenhang das Verlangen nach der Erklärung des Verkäufers, dass dieser mit der vom Käufer beehrten Stornierung oder Minderung des Vertrags einverstanden sei. Dementsprechend bestimmte § 465 aF, dass der Käufer die Wandelung oder die Minderung dadurch zu vollziehen hatte, dass sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärte (Vertragstheorie)¹⁷⁷. Daraus ergibt sich, dass die Wandelung und die Minderung als Gewährleistung durch die Vereinbarung der Vertragspartner die zurückwirkende Veränderung des Vertrags bezweckte. Nach der gesetzlichen Regelungstechnik handelte es sich mithin bei der Gewährleistung nicht um eine Haf-

¹⁷⁶ Motive II, S. 238.

¹⁷⁷ Larenz, Schuldrecht II, § 41 II a). Jedoch ist Larenz, der angesichts des Wesens der Gewährleistung der Gewährleistungslehre folgte, nicht folgerichtig, weil er nach der Gewährleistung nicht erklären konnte, warum das BGB die Veränderung des Vertrags trotz dessen vollkommenen Erfüllung vorsah.

tung, bei der der Verkäufer die sich aus dem wirksamen Vertrag ergebende „Verpflichtung“ verletzt, ohne ihn zu verändern, sondern um die inhaltlich zurückwirkende Veränderung des vorhandenen Vertrags.

Warum das Gesetz aber den Vertragspartnern die Veränderung des wirksam entstandenen Vertrags erlaubte, ist leicht zu beantworten. Die Vertragspartner wollten einerseits die beim Vertragsabschluss ursprünglich gewollten Rechtsfolgen nach der Erkenntnis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht mehr („einverstanden“ im Sinne des § 465 aF). Wenn beide Vertragspartner übereinstimmend andere Rechtsfolgen wollten, ist diese Rechtsfolge auf Grund des Grundsatzes der Privatautonomie ohne weiteres anzuerkennen, es sei denn, dass es wider die gute Sitte ist oder das Interesse eines Dritten angeht. Problematisch ist jedoch, wenn nur ein Teil der Vertragspartner nach der Übergabe des Vertrags die Veränderung des Vertrags wollte. Das BGB geht grundsätzlich von der Verbindlichkeit des Vertrags aus (pacta sunt servanda, vgl. § 145). Nur ausnahmsweise erlaubt das BGB einem der Vertragspartner die Befreiung von einer solchen Verbindlichkeit, etwa in den Fällen der §§ 119 ff. BGB.

Es gilt daher zu erkennen, dass die innere Legitimation für die Wandelung und Minderung nicht aus der rechtstechnischen Ausgestaltung der beiden Rechtsbehelfe zu entnehmen ist. Vielmehr bedarf es einer davon unabhängigen, materialen Rechtfertigung. Es stellt sich damit umso nachdrücklicher die Frage, ob das Recht auf Wandelung sowie das Recht auf Minderung auf den Willen der Parteien zurückzuführen sind.

aa. Der Anspruch auf Wandelung

Löst man sich von der rechtstechnischen Ausgestaltung der Wandelungsposition des Käufers als eines Anspruchs auf Schließung eines Aufhebungsvertrags, der zu einer Rückabwicklung des Schuldverhältnisses führt, ist die zu klärende Frage folgendermaßen zu stellen: Kann der kaufvertraglichen Abrede durch Auslegung der Inhalt beigemessen werden, dem Käufer eine Wandelungsposition für den Fall zuzuweisen, dass der Verkäufer eine Sache liefert, die nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht?

Der Käufer hat den Kaufvertrag zum Zwecke des Erwerbs einer Kaufsache bestimmter Beschaffenheit geschlossen. Die Beschaffenheit der Kaufsache war wesentlicher Inhalt der vertraglichen Abrede. An ihr orientierte sich gerade auch die Bestimmung des Kaufpreises. Daher kann es nicht zweifelhaft sein, dass dem Käufer auch vertraglich ein Recht zugewiesen ist, sich von dem Kaufvertrag zu lösen, sollte die Kaufsache die vereinbarte Beschaffenheit nicht aufweisen. Die Wandelung ist mithin nichts anderes als ein Kündigungsrecht des Käufers von einem Vertrag, dessen Leistungsinhalt insgesamt nicht realisierbar war. Denn nicht nur war dem Käufer die Position auf den Erwerb einer Kaufsache entsprechend der vertraglichen Abrede zugewiesen; er hatte den Kaufpreis auch nur für den Fall der mangelfreien Leistung versprochen.

Die Rückführung einer Wandelungsposition des Käufers auf die vertragliche Abrede mag insoweit überraschen, als das heutige Rechtsdenken durch eine starke Akzentuierung einer erfolgsbezogen gedachten Erfüllungspflicht des Schuldners geprägt ist. Insoweit liegt es nahe, der Kaufvereinbarung gerade den Inhalt zu entnehmen, dass der Käufer auch die Herbeiführung der Mangelfreiheit der Kaufsache verlangen könne, sei es im Wege der Mangelbeseitigung, sei es im Wege der Lieferung einer neuen Sache. Und in der Tat wurde in einer Vielzahl von Verträgen im Handelsverkehr eine derart erfolgsbezogene Position des Käufers vereinbart. Dieser Umstand darf jedoch nicht darüber täuschen, dass eine auf die Mangelfreiheit der Kaufsache gerichtete Erfolgspflicht die Stellung des Käufers nicht einseitig verbesserte. Es waren vielmehr die Verkäufer, die ein Interesse an der Mangelbeseitigung hatten. Denn sie wollten sich den Kaufpreis verdienen.

Die Wandelungsposition des Käufers diene mithin seinem Interesse, sich von der Kaufvereinbarung lösen zu können, ohne dem Verkäufer die Gelegenheit einräumen zu müssen, die Mängel der Kaufsache zu beseitigen. Hatte der Käufer oder auch Verkäufer kein Interesse, an einer schnellen Aufkündbarkeit des Vertrags durch Wandelung, wurde ein Nacherfüllungsrecht ohnehin vereinbart. Die Wandelungsposition ist damit ohne weiteres auf den Willen der Vertragsparteien rückführbar.

bb. Anspruch auf Minderung

Entspringt die Wandelungsposition des Käufers der vertraglichen Abrede, so ist jedenfalls eine willensorientierte Legitimation der Minderung zweifelhaft. Zwar mag man auf den ersten Blick anführen, dass die Minderungsposition des Käufers das Äquivalenzgefüge zwischen Leistung und Gegenleistung nur nachzeichnet: Der Käufer hat den Kaufpreis für den Erhalt einer Kaufsache entsprechend der vertraglichen Vereinbarung versprochen. Die Fixierung des Kaufpreises orientiert sich mithin an der vertraglich festgelegten Qualität der Kaufsache. Entspricht die tatsächliche Beschaffenheit nicht der vertraglich determinierten, so muss dem Käufer auch das Recht zugewiesen sein, den Kaufpreis herabzusetzen, sollte er gleichwohl ein fortbestehendes Interesse an der Kaufsache haben.

Eine derartige Auslegung des Kaufvertrags beruht allerdings auf einer einseitigen Fokussierung auf die Interessen des Käufers. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob sie die Verkäuferposition ausreichend berücksichtigt. Nunmehr erhellt nämlich, dass das Minderungsrecht des Käufers für den Verkäufer gar die Form einer Sanktion annimmt. Der Käufer kann einseitig den Inhalt des Vertrags ändern und den Kaufpreisanspruch entsprechend dem gestörten Äquivalenzgefüge herabsetzen. Dem Verkäufer wird somit das Recht genommen, sich seinen Kaufpreis zu verdienen. Das Minderungsrecht des Käufers wiegt umso schwerer, wenn der Wert der Kaufsache in ihrem tatsächlichen Zustand von dem vertraglich bestimmten Erwartungswert drastisch abweicht. Hier kann sich der Fall ergeben, dass der Kaufpreis quasi auf Null reduziert wird, der Käufer aber dennoch eine Verwertungsposition bezüglich der stark im Wert beeinträchtigten Kaufsache erhält. Gerade auch aus diesem Grund war im Handelsverkehr ein besonderes Interesse der Verkäufer unübersehbar, durch die Vereinbarung eines Rechts auf Nachbesserung dem scharfen Schwert der Minderung zu entgehen.

Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, einer vertraglichen Legitimation der Minderung das Wort zu reden. Denn dem Verkäufer ist nach der vertraglichen Abrede nicht das Recht zugewiesen, den vollen Kaufpreis bei Lieferung einer mangelhaften Sache zu erhalten. Wurde überdies keine Mangelbeseitigungsposition des Verkäufers vereinbart, so ist dem Verkäufer nicht das Recht gewährt, selbst die Abstandnahme vom Kaufvertrag zu erklären: Eine mangelhafte Leistung

kann nicht dazu führen, ein Recht auf Aufkündigung des Vertrags zu erhalten. Das Kündigungsrecht ist vielmehr dem Käufer zugeordnet. Kann dieser aber über den Fortbestand des Vertrags entscheiden, so muss ihm, sollte er nicht zur Ausübung der Wandlungsposition gezwungen werden, die Rechtsmacht gewährt werden, den Kaufpreis entsprechend dem vertraglich festgesetzten Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung herabzusetzen. Nunmehr erhellt die wahre Legitimation der Minderung. Sie ist der notwendige Annex zur Wandlungsposition des Käufers. Denn eine tatsächliche Entscheidungsfreiheit über den Fortbestand des Kaufvertrags, die Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des Wandlungsrechts also, ist nur dann gegeben, wenn der Käufer, will er den Kaufvertrag weiter gelten lassen, auch nicht mehr den vollen Kaufpreis zahlen muss. Das Wandlungsrecht, verstanden als Schutz des Geltungsinteresses des Käufers in Bezug auf den Kaufvertrag, ist ohne ein Minderungsrecht nicht denkbar.

3. Der Schadensersatz gemäß § 463 aF

Die Schadensersatzansprüche dienen eben so wie die Wandelung und Minderung dazu, die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit aufzuheben. Anders als bei der Wandelung und Minderung sahen die Schadensersatzansprüche in § 463 aF jedoch keinen Anspruch auf die Veränderung des Vertrags vor.

Gemäß § 463 S. 1 aF konnte der Käufer vom Verkäufer Schadensersatz verlangen, wenn der Kaufsache eine zugesicherte Eigenschaft fehlte. Die Zusicherung war allerdings nichts anderes als die Übernahme der Garantie, die beinhaltet, „für alle Folgen eintreten zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte“.¹⁷⁸ Hervorzuheben ist, dass von der tatbestandlichen Ausformung der Haftung in § 463 S. 1 aF her, der Schadensersatzanspruch nicht an die schuldhaftige Lieferung einer mangelhaften Sache, eine Leistungspflichtverletzung also, anknüpfte. Die Schadensersatzhaftung wurde legitimiert durch die Übernahme der Garantie bezüglich der Mangelfreiheit der Kaufsache, deren Reichweite durch Auslegung zu gewinnen war.

¹⁷⁸ Motive II S. 228.

Nach § 463 S. 2 aF konnte der Käufer dann vom Verkäufer seinen Schaden ersetzt verlangen, wenn dieser bei Vertragsabschluss die Fehlerhaftigkeit an der Sache arglistig verschwiegen hatte. Der Käufer konnte dabei nicht neben der Wandelung oder Minderung, sondern nur an deren Stelle Schadensersatz verlangen (§ 463 aF). Die Arglisthaftung des Verkäufers knüpfte ebenfalls nicht an die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache als einer schuldhaften Leistungspflichtverletzung an. Im Gewährleistungsrecht erschien § 463 S. 2 aF als ein Fremdkörper. Denn mit dem Schutz der vertraglichen Position auf eine der vertraglichen Abrede entsprechende Kaufsache stand § 463 S. 2 aF nicht im Zusammenhang. Legitimiert wurde die Haftung vielmehr durch ein Vorsatzverschulden des Verkäufers bei Vertragsschluss, ein Fall der culpa in contrahendo.

4. Nachlieferung beim Gattungskauf und Schadensersatz bei Rechtsmängeln

Die Nachlieferung beim Gattungskauf gemäß § 480 aF diene als Erfüllungspflicht wie die sonstigen Erfüllungspflichten gemäß § 433 aF ohne weiteres dazu, die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit zu beseitigen. Die Besonderheit bestand nun aber darin, dass der Nacherfüllungsanspruch auf die Verwirklichung des Rechts des Käufers auf die mangelfreie Kaufsache gerichtet war. Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers beseitigt damit die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit nicht durch die Vertragsänderung, sondern durch die Wirklichkeitsänderung mit der Lieferung der mangelfreien Sache. Dass der Nacherfüllungsanspruch des Käufers dem Willen der Vertragspartner entspricht, ist leicht zu erklären. Der Käufer hat eigentlich zum Erwerb der Kaufsache mit bestimmten Eigenschaften den Kaufvertrag mit dem Verkäufer geschlossen. Wenn er bei dem Vertragsschluss hätte erkennen können, dass die Kaufsache mit einem Mangel behaftet ist, so hätte er ohne Zweifel über eine andere Sache gleicher Gattung den Kaufvertrag schliessen wollen, solange die Gattungssachen im Markt existieren. Der Nachlieferungsanspruch bedeutete damit für den Käufer das Recht, das sein Interesse am besten reflektiert.

Dies gilt auch für den Verkäufer. Den Nachlieferungsanspruch würde der Verkäufer der Gattungssache dem Käufer gerne geben, weil die Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften dem Verkäufer eine bessere Stellung gibt. Er kann durch die Nachlieferung mindestens seinen Verlust mindern, der ihm durch die Lieferung mangelhafter Sache eventuell entstehen würde. Mit der Ausübung des Nacherfüllungsanspruchs konnte der Käufer nicht mehr den Vertrag rückgängig machen.

Der Schadensersatz bei Rechtsmängeln entsprach nach dem Gesetz der Zusicherung im Sinne der Sachmängelhaftung. Fraglich ist nur der materielle Grund. Die hL hatte dabei einen stillschweigenden Garantievertrag zwischen Verkäufer und Käufer angenommen. Diese Annahme war nur eine Fiktion. Jedoch war diese Fiktion notwendig. Wie *Flume* richtig gezeigt hat¹⁷⁹, ergab sich die Haftung des Verkäufers nach § 437 aF aus der Konstruktion des früheren BGB. Das frühere BGB ging nämlich davon aus, dass ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig sein müsse. Man konnte diese Nichtigkeitswirkung nur durch die Annahme des Garantievertrags vermeiden.

(5) Zwischenergebnis

Zusammenfassend gestaltete das Gewährleistungsrecht den Schutz der vertraglichen Position des Käufers auf den Erwerb einer mangelfreien Kaufsache aus. Die einzelnen Rechtsbehelfe entsprachen allerdings mit Ausnahme der Arglisthaftung dem Willen der Vertragspartner, nämlich dem Vertrag. Sie waren ihrer Natur nach Erfüllungsansprüche, die dem Grundsatz der Privatautonomie dienen, nicht der Haftung, die dem Schutz der Handlungsfreiheit dient. Allgemein lässt sich sagen, dass das Gewährleistungsrecht Rechtsbehelfe zur Überwindung der Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit konstituierte und gerade dadurch einen gemeinsamen Nenner für die einzelnen Rechtsbehelfe schuf. Allerdings waren die Mittel der einzelnen Rechtsbehelfe verschieden. Wandlung und Minderung sollten die Divergenz durch Vertragsänderung beseitigen. Schadensersatz wegen

¹⁷⁹ Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, 1948, 46f.

Zusicherung und Nachlieferung bedeuteten dagegen die Veränderung der Umstände, die der Vertrag zum Gegenstand hatte.

III. Der maßgebende Zeitpunkt für die Gewährleistung

Der maßgebende Zeitpunkt für die Gewährleistung gemäß § 459 aF schien für die Reformer ein wichtiger Grund zu sein, weswegen sie das Gewährleistungsrecht als das vertragliche Haftungsrecht angesehen hatten¹⁸⁰. Der Verkäufer einer Sache haftete dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet war. Da die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer gemäß § 446 aF mit der Übergabe der verkauften Sache übergeht, entsprach der maßgebende Zeitpunkt für die Gewährleistung in der Regel einem solchen für die vertragliche Haftung für die Nichterfüllung. Diese Annahme der Gewährleistungstheorie widersprach allerdings bereits den Regelungen des früheren Gewährleistungsrechts über die Schadensersatzansprüche gemäß § 459 aF.

1. Schadensersatzansprüche

(1) Speziales Kauf

Das Gesetz setzte beim Speziales Kauf für den Schadensersatzanspruch des Käufers neben der Zusicherungserklärung gemäß § 463 S. 1 aF noch ein Weiteres voraus: die zugesicherte Eigenschaft musste bereits „bei Kaufabschluss“ fehlen. Diese Voraussetzung galt auch für das arglistige Verschweigen eines Fehlers gemäß § 463 S. 2 aF. Damit konnte der Käufer in beiden Fällen vom Verkäufer nur dann Schadensersatz verlangen, wenn der Fehler der Sache schon vor oder bei

¹⁸⁰ Vgl. Wolff, Jh. Jb. 56 (1910), 1 (37f.); Stüb, Gewährleistung, S. 206f.

Kaufabschluss anhaftete¹⁸¹. Diese Auslegung entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen. Die erste Kommission hat in der Begründung des Entwurfs diesen Punkt klar zum Ausdruck gebracht: „Die Haftung [für das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften] beschränkt sich auf die Zeit der Schließung des Vertrages. Die Garantie [Zusicherung] ist nicht in dem ausgedehnten Sinne zu verstehen, dass die Eigenschaft auch noch zu der Zeit, wo die Gefahr auf den Erwerber übergeht, vorhanden sein müsse. War zur Zeit des Vertragschlusses die zugesicherte Eigenschaft vorhanden und fiel sie nachher weg, oder war zu jener Zeit der Mangel nicht vorhanden, trat aber nachher ein, so kann der Veräußerer nicht aus § 395 E I auf das Interesse in Anspruch genommen werden.“¹⁸² Der maßgebende Zeitpunkt für die Gewährleistung war damit der Vertragsschluss, nicht die Übergabe der Sache. § 459 aF sollte auf § 463 aF nicht angewandt werden.

(2) Rechtsmängelhaftung

Der Verkäufer war gem. § 435 aF verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden konnten. Erfüllte der Verkäufer diese Verpflichtung nicht, so bestimmten sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (§ 440 aF).

Nach dem gesetzgeberischen Willen sollte die Rechtsmängelhaftung gemäß § 440 aF nur bei anfänglicher Fehlerhaftigkeit angewendet werden. Bei nachträglicher Unmöglichkeit galt unabhängig von § 440 Abs. 1 aF das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Dies belegt ein Blick in die Motive: „Die Rechtsverschaffung ist ein Theil der Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung. (...) Hierfür haftet er, wie in allen Fällen des obligatorischen Veräußerungsvertrages, nach den Grundsätzen, welche bezüglich des Entstehens des obligatorisch Verpflichteten für das (anfängliche) subjektive Unvermögen maßgebend sind, zufolge der im Verträge begrifflich und unmittelbar

¹⁸¹ Larenz, BT des Schuldrecht § 41 I c).

¹⁸² Motive II, S. 229.

liegenden Garantie für die Verschaffung des Rechtes.“¹⁸³ Diese gesetzgeberische Absicht zeigt sich auch in den Protokollen: In der zweiten Kommission war der Antrag gestellt worden, zu § 271¹⁸⁴ E I die folgende Vorschrift hinzuzufügen: „Der Verkäufer haftet für einen Mangel in seinem Rechte auch dann, wenn der Mangel erst nach dem Abschlusse des Verkaufs entstanden ist.“¹⁸⁵ Der Antragsteller wollte also sicherstellen, dass der Verkäufer nicht nur für zur Zeit des Vertragsschlusses bereits bestehende, sondern auch für bis zur Übergabe entstehende Rechtsmängel haftet. Allerdings wurde der Antrag zurückgezogen, so dass die zweite Kommission nicht über ihn entschieden hat. Die Zurücknahme beruhte auf der folgenden Gegenmeinung, der auch die zweite Kommission zustimmte: „Der Antrag enthalte eine durch Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit nicht gerechtfertigte Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Entw. Die Anwendung dieser führe zu durchaus befriedigenden Ergebnissen. Nach § 459¹⁸⁶ E I habe die Leistungspflicht des Verkäufers einen doppelten Inhalt, die Übergabe der Sache und die Verschaffung des Eigentums. Das zur Zeit des Vertragsschlusses bestehende subjektive Unvermögen des Verkäufers zur Leistung sei auf die Entstehung der Verpflichtung ohne Einfluß; der Verkäufer werde zur Übergabe der Sache verpflichtet, auch wenn er sie zur Zeit des Kaufes nicht habe, und ebenso zur Verschaffung des Rechtes, auch wenn ihm dasselbe zu dieser Zeit nicht zustehe. Nicht minder

¹⁸³ Motive II S. 216.

¹⁸⁴ „Der Veräußerer einer Sache haftet dafür, dass nicht Rechte an der Sache und dass auch nicht sonstige auf die Sache sich beziehende Rechte bestehen, welche ein Dritter gegen den Erwerber geltend machen kann.

Die Vorschrift des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung, wenn der Vertrag die Veräußerung eines Rechtes betrifft.“

¹⁸⁵ Protokolle I S. 665f.

¹⁸⁶ „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufes ist, die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigentum an derselben zu verschaffen, wenn ein Recht Gegenstand des Kaufes ist, dieses Recht zu verschaffen und bei dem Verkaufe eines auf eine Sache sich beziehenden Rechtes, zu dessen Ausübung die Inhabung der Sache erforderlich ist, die letztere zu übergeben.“

bestimme sich der Einfluß der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung für die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung nach den gleichen Vorschriften wie für die Verpflichtung zur Sachübergabe, nämlich nach den §§ 237ff., 368, 369. Danach komme es darauf an, ob die Unmöglichkeit auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Umstande beruhe oder nicht. Der Verkäufer sei verpflichtet, den Rechtsmangel, soweit eine Beseitigung desselben möglich sei, zu beseitigen; die schuldhafte Nichterfüllung dieser Verpflichtung mache ihn haftbar. (...) Nach dem Antrage solle der Verkäufer für einen zwischen Kauf und Uebergabe eingetretenen Rechtsmangel schlechthin ohne Rücksicht auf Verschulden haften. Für diese Verschärfung der Haftung sei ein Grund nicht ersichtlich.“¹⁸⁷

(3) Gattungskauf

§ 398 Abs. 2 des ersten Entwurfs des BGB hat ebenso wie § 480 des früheren Gewährleistungsrechts bestimmt, dass der Verkäufer beim Gattungskauf zum Schadensersatz verpflichtet war, wenn in dem Zeitpunkte, in welchem die Gefahr auf den Erwerber übergang, die zugesicherte Eigenschaft fehlte oder der sonstige Mangel wissentlich verschwiegen worden war. Der Grund für das Abstellen auf die Übergabe war ein praktischer: Die zu liefernde Sache wurde erst durch die Übergabe bestimmt. “Diese Abweichung von dem Falle des Vertrages über eine Spezies (§ 385 E I) ergibt sich mit Notwendigkeit daraus, dass bei dem Vertrage über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit der Schließung des Vertrages, sondern mit dem Uebergange der Gefahr zusammenfällt. (§ 214¹⁸⁸ E I)“¹⁸⁹ Damit entspricht das Abstellen auf die Übergabe dem Willen der Vertragsparteien, weil der Verkäufer nicht für die ganze

¹⁸⁷ Protokolle I, S. 666f.

¹⁸⁸ „Die Auswahl gilt erst dann als vollzogen, wenn die Leistung durch Uebergabe der ausgewählten Sache bewirkt oder, sondern schon in einem früheren Zeitpunkte die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, wenn dieser Zeitpunkt eingetreten ist. Die vollzogene Auswahl ist unwiderprüflich. Das Schuldverhältnis beschränkt sich nach Vollziehung der Auswahl auf die ausgewählte Sache.“

¹⁸⁹ Motive II, S. 243.

Gattung die Mangelfreiheit versprochen hat und der Käufer die Mangelfreiheit für eine bestimmte Sache erwartet.

2. Wandelung und Minderung

Der Käufer konnte nach §§ 459, 462 aF den Kaufvertrag rückgängig machen oder den Kaufpreis herabsetzen, wenn die Sache zu dem Zeitpunkt, zu dem die Gefahr auf den Käufer übergeht, mangelhaft war. Der maßgebende Zeitpunkt für Wandelung und Minderung war dann gemäß § 446 aF die Übergabe der gekauften Sache.

Das gemeine Recht stand noch auf dem Standpunkt, dass „bei den auf Veräußerung gerichteten Verträgen, von gewissen besonderen Fällen abgesehen, die Gefahr mit der Schließung des Vertrages auf den Berechtigten (z.B. den Käufer) übergehe.“¹⁹⁰ Dagegen haben sich die Verfasser des BGB für die deutschrechtliche Konzeption entschieden.

Das gemeinrechtliche Prinzip bereitete damals „eine große Zahl von Streitfragen und Schwierigkeiten, zu deren Lösung in der einen oder anderen Richtung positive Spezialbestimmungen kaum sich umgehen ließen (zB. sächs. GB. §§ 867, 1091, 1085, 1101, Code 1584, 1182, 1585, bad. LR, 1586a), während sie an der Hand des deutschrechtlichen Prinzipes in Verbindung mit anderen allgemeinen Grundsätzen sich leicht lösen, wodurch die Einfachheit und Klarheit des Entw. wesentlich gewinnt und die Rechtssicherheit in hohem Maße gefördert wird.“¹⁹¹ Wie schon *Crome*¹⁹² hervorhob, entsteht die Verpflichtung zur Gewährleistung beim Spezieskauf für den Fall mit dem Kaufabschluss, dass wert- und tauglichkeitmindernde Fehler zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein sollten. Die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung waren somit auch dann einschlägig, wenn die Kaufsache zwar bei Abschluss des Kaufvertrags der vertraglichen Vereinbarung entsprach, sich nachträglich jedoch verschlechterte.

Aus den gesetzgeberischen Begründungen darf man nicht das Gewährleistungsrecht angesichts des maßgebenden Zeitpunktes dem Haftungsrecht angleichen. Die Verfasser des BGB haben sich ange-

¹⁹⁰ Motive II, S. 206; Mugdan II, S. 113.

¹⁹¹ Motive II, S. 206f.; Mugdan II, S. 114.

¹⁹² Crome, System II § 222 Anm. 2.

sichts des maßgebenden Zeitpunkts nur deshalb für das Abstellen auf den Gefahrübergang entschieden, weil sie das Gewährleistungsrecht nicht zum Haftungsrecht umgestalten, sondern nur für Einfachheit und Klarheit sorgen wollten.

IV. Eigenschaftsirrtum und Gewährleistungsrecht

1. Der gesetzgeberische Wille

Die historische Untersuchung zeigt, dass zwischen Eigenschaftsirrtum und Gewährleistungsrecht stets eine Verbindung gesehen wurde. Das ist für das Verständnis des Rechtsbehelfs der Wandelung von besonderem Interesse.

Dies erhellt zunächst aus den Protokollen. In der 2. Kommission ist beantragt worden, den Schlusssatz des § 381 E 1 zu streichen, der so lautete: „Eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.“ Die 2. Kommission lehnte den Antrag mit folgenden Erwägungen ab, bei denen das Wesen des Irrtumsrechts als Gewährleistungsrecht zum Ausdruck gebracht wurde: „Gegen die Billigkeit verstoße die Versagung der Gewährleistungsansprüche bei geringfügigen Mängeln nicht. An sich liege bei dem Kaufe einer Sache, die mit einem vom Käufer nicht gekannten Mangel behaftet sei, ein Irrtum im Beweggrunde vor. Diesem werde, in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz der Unbeachtlichkeit eines solchen Irrtums, durch positive Vorschrift die Wirkung beigelegt, dass der Käufer wegen des Mangels Wandelung oder Minderung verlangen könne. Dabei sei es ebenso wie bezüglich eines die Anfechtung begründenden Irrtums durchaus gerechtfertigt, wenn das Gesetz den Irrtum, soweit er einen geringfügigen Punkt betreffe, nicht berücksichtige.“¹⁹³

In den Motiven kam aber auch diese Vorstellung der Verfasser des BGB klar zum Ausdruck: Der erste Entwurf hatte keine Regelungen

¹⁹³ Protokolle I, 671.

über den Irrtum über die Eigenschaft vorgesehen, weil dies ein Irrtum im Motiv sei; gleichwohl ihn für erheblich zu erachten, fehle es an genügenden Gründen. Allerdings sagten sie weiter: „Dazu kommt, dass, soweit ein Bedürfnis, den hinsichtlich der Eigenschaften einer Sache Irrenden zu schützen, wirklich vorliegt, durch die demselben zur Seite stehenden sonstigen Rechtsbehelfe genügend vorgesorgt ist. Von Bedeutung sind in dieser Hinsicht namentlich *die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel einer veräußerten Sache*.“¹⁹⁴ Die Verfasser des ersten Entwurfs standen also auf dem Standpunkt, dass der Eigenschaftsirrtum als schutzwürdiger Motivirrtum durch die Gewährleistung wegen Sachmängeln ausreichend berücksichtigt würde.

2. Eigenschaftsirrtum und Fehler

In der Literatur war die Ansicht vertreten worden, dass das Gewährleistungsrecht mit dem Eigenschaftsirrtum nichts zu tun habe. Die Literatur berief sich neben dem Verweis auf den Zeitpunkt für das Gewährleistungsregime noch weiter auf den unterschiedlichen Begriff zwischen Irrtum und Fehler. *Wolff* etwa nimmt an, dass es sich beim Eigenschaftsirrtum um eine „richtige Wirklichkeit“ und eine „falsche Vorstellung“ handelt, während bei der Gewährleistung gerade das Umgekehrte der Fall sei¹⁹⁵. Ihm kann jedoch entgegengehalten werden, dass der entscheidende Punkt die Frage ist, ob Vorstellung und Wirklichkeit übereinstimmen¹⁹⁶. In diesem Punkt waren die Tatbestände des § 119 Abs. 2 und des § 459 aF identisch.

Ähnlich wie *Wolff* argumentiert *Süß*. Er betont nämlich die begriffliche Verschiedenheit zwischen Unwissenheit bei Gewährleistung und Irrtum¹⁹⁷. Aber auch die Argumentation von *Süß* ist unrichtig, weil der Begriff „Irrtum“ die Unwissenheit über eine Eigenschaft oder die einschlägigen Umstände mit enthält, was schon seit langem anerkannt

¹⁹⁴ Motive I, 199.

¹⁹⁵ *Wolff*, JhJb. 56 (1910), 1 (39f.). Näheres oben Kapitel 2 II (2) a.

¹⁹⁶ *Wolzendorff*, JhJb. 64 (1914), 311 (331).

¹⁹⁷ *Süß*, Gewährleistung, S. 203f.

ist¹⁹⁸. So hat etwa *Savigny* im 19. Jahrhundert die Identität des Irrtums und der Unwissenheit klar zum Ausdruck gebracht: „Der Mangel richtiger Vorstellung von einem Gegenstand läßt sich auf zweyerley Weise denken: entweder als bloße Bewusstlosigkeit in Beziehung auf denselben, oder als falsche Vorstellung, welche die Stelle der wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir Unwissenheit, den zweyten Irrthum. Die juristische Beurtheilung ist für beide Zustände völlig dieselbe, und darum ist es gleichgültig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht. Bey unseren Juristen ist der zweyte gebräuchlicher, weil der Irrthum häufiger als die bloße Unwissenheit bey Rechtsverhältnissen in Betracht kommt.“¹⁹⁹ Ferner argumentiert er psychologisch: „Eigentlich besteht also das allgemeinste Wesen des hier vorhandenen mangelhaften Seelenzustandes in der Unwissenheit, oder dem Mangel richtiger Erkenntniß, und davon ist der Irrthum nur eine besondere Modification, deren Eigenthumlichkeit aber juristisch gleichgültig ist.“²⁰⁰ Entsprechend dieser dogmatischen Gleichsetzung von Eigenschaftsirrtum und Unwissenheit der Fehlerhaftigkeit hat er bei der Erklärung über den Eigenschaftsirrtum nicht nur die Regelungen über den Abschluß des Kaufvertrags (D. 18, 1) herangezogen, sondern auch jene über die Klagen aus dem Vertrag (D. 19, 1 de actio empti), die die Fehler der Kaufsache betreffen²⁰¹.

3. Eigenschaftsirrtum als Divergenz zwischen Wille und Wirklichkeit

Bis jetzt haben wir uns nur mit der Frage beschäftigt, wozu man die frühere Gewährleistung brauchte, was sie beinhaltete. Die Antwort lautet: Sie diente der Überwindung der Divergenz zwischen Vertrag

¹⁹⁸ Savigny, System III, Beylage VIII I S. 326; Dernburg, Pandekten I § 87 S. 198.

¹⁹⁹ Savigny, System III, Beylage VIII I S. 326.

²⁰⁰ Savigny, System III, Beylage VIII I S. 326 Fn. (a). Honsell vermutet mit D. 42, 8, 24, dass eine solche Unterscheidung auch in der römischen Zeit nicht vorlag. (Römisches Recht S. 42).

²⁰¹ Savigny, System III, § 137 S. 276ff.

und Wirklichkeit, präziser dem Schutz der vertraglich eingeräumten Rechtsposition des Käufers mittels Wandelung, Minderung oder Schadensersatz.

Dabei wurde angedeutet, dass das Gewährleistungsrecht und der Eigenschaftsirrtum Parallelen aufweisen. Um die beiden Figuren dogmatisch richtig aufeinander abzustimmen, ist die positive Bedeutung des Eigenschaftsirrtums zu ergründen, m.a.W. ist zu beweisen, dass auch der Eigenschaftsirrtum die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit regelt.

(1) Meinungsstand über den Eigenschaftsirrtum

§ 119 regelt drei Irrtumsarten: Inhalts- und Erklärungsirrtum in Abs. 1, Eigenschaftsirrtum in Abs. 2. Beim Inhaltsirrtum erklärt der Erklärende, was er erklären will, aber er irrt sich über die Bedeutung seiner Erklärung, so z. B. beim Irrtum über den Vertragstyp²⁰² oder beim sog. Identitätsirrtum²⁰³. Beim Erklärungsirrtum will der Erklärende nicht das objektiv Erklärte erklären. Ein solcher Irrtum über das Erklärungszeichen ist im Falle des Versprechens, Verschreibens oder Vergreifens gegeben. Auf Grund dieser zwei Irrtumsarten definiert die hL den Irrtum als unbewusstes Auseinanderfallen von Wille und Erklärung.²⁰⁴

Was den Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 betrifft, ist man sich darüber einig, dass er nicht dem Irrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 entspricht. Die hL geht vielmehr davon aus, dass der Eigenschaftsirrtum ein Motivirrtum ist. Dies beruht zweifellos auf der These Zitelmanns, dass sich der Wille nicht auf die Eigenschaft einer Sache beziehen könne²⁰⁵. Die Eigenschaft der Sache sei demnach nichts anderes als das Motiv, dessen rechtliche Aufgabe sich in der invitatio der

²⁰² Erklärt ist Leihe, gewollt ist jedoch Miete. Dazu allgemein BAG NJW 1995, 191. Auch BGH MDR 73, 653.

²⁰³ Der kreditierende Verkäufer hält den ihm unbekanntem Käufer A für den ihm vom Hörensagen bekannten Millionär gleichen Namens. Zum Unterschied zum Eigenschaftsirrtum Jauernig-Jauernig, § 119 Rn. 9.

²⁰⁴ Nur dazu Jauernig-Jauernig, § 119 Rn. 1; Larenz/Wolf § 36 Rn. 57; Brox, AT des BGB, Rn. 370.

²⁰⁵ Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 24 2 b) (S. 476).

Vertragspartner zum Vertragsschluss erschöpfe. § 119 Abs. 2 sei in diesem Sinne nur eine Ausnahmeregelung über den grundsätzlich unbeachtlichen Motivirrtum²⁰⁶.

Mit der hL unterscheidet *Flume* den Eigenschaftsirrtum vom Erklärungs- und Inhaltsirrtum im Sinne des §119 Abs. 1. Anders als diese sucht er deren Unterschied aber „in der Tatsache, dass der Gegenstand oder die Person hinsichtlich einer Eigenschaft nicht dem Rechtsgeschäft entspricht.“²⁰⁷ Aus diesem Grund müsse die Wesentlichkeit nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts entschieden werden²⁰⁸. Dieser Gedanke entspricht dem Grundsatz der Privatautonomie, der dem BGB zugrunde liegt.

(2) Der Eigenschaftsirrtum als Leistungsstörungstatbestand

Wie *Flume* richtig gezeigt hat, ist der Grund für die Beachtlichkeit des Eigenschaftsirrtums „die Tatsache, dass der Gegenstand oder die Person hinsichtlich einer Eigenschaft nicht dem Rechtsgeschäft entspricht.“²⁰⁹ § 119 Abs. 2 reagiert mithin auf die Beeinträchtigung der vertraglich eingeräumten Rechtsposition. § 119 Abs. 2 fokussiert nicht primär den Willensmangel, sondern schützt die vertraglich legitimierte Erwartung auf den Erhalt einer Sache oder Dienstleistung bestimmter Qualität wie auch umgekehrt die Vergütungsposition, deren Höhe sich gerade an der vertraglichen Fixierung des Leistungsobjekts bemisst. Damit ist § 119 Abs. 2 ein Tatbestand der Leistungsstörung. Noch präziser lässt sich sagen: Ist die Erfüllung der vertraglichen Rechtsposition aus tatsächlichen Gründen nicht erreichbar, so regelt § 119 Abs. 2 einen Fall der anfänglichen Unmöglichkeit. Die

²⁰⁶ Palandt-Heinrichs § 119 Rn. 23; Larenz/Wolf

²⁰⁷ Flume, Rechtsgeschäft § 24 2 b) (S. 478).

²⁰⁸ Flume, Rechtsgeschäft § 24 2 b) (S. 477). Zustimmend Medicus, AT des BGB, Rn. 770. Als verkehrswesentlich werden vom BGHZ 88, 240 (246) nur solche Eigenschaften berücksichtigt, die von dem Erklärenden in irgendeiner Weise erkennbar dem Vertrag zugrunde gelegt worden sind, ohne dass er sie geradezu zum Inhalt seiner Erklärung gemacht haben muss.

²⁰⁹ Flume, Rechtsgeschäft, § 24 2 b) (S. 478).

Schadensersatzverpflichtung aus § 122 Abs. 1 geht insoweit konform mit der Norm des § 306 aF.

Ist umgekehrt der Fall gegeben, dass das Leistungsobjekt tatsächlich einen weitaus höheren Wert aufweist als nach seiner vertraglichen Vereinbarung bestimmt, so geht es systematisch um einen Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage; denn Inhalt des Vertrags war die Veräußerung von Sachen oder Diensten von bestimmter Qualität für eine entsprechende Vergütung. Ist die vertragliche Qualität aber weit übertroffen, so fehlt es an der vertraglichen Legitimation für einen Leistungsaustausch. Insoweit gewährt § 119 Abs. 2 technisch ein Lösungsrecht von einem Vertrag, der für einen ganz anderen Fall geschlossen war.

Bezogen auf das Recht des Käufers, die Kaufsache mit der vertraglich bestimmten Beschaffenheit zu erhalten, tritt nunmehr die Verbindung zwischen § 119 Abs. 2 und dem Gewährleistungsrecht offen zu Tage. Denn das Gewährleistungsrecht regelt gerade den Fall, dass die Kaufsache nicht der vereinbarten Sollbeschaffenheit entspricht.

Ein Indiz für die Parallelität von Gewährleistung und Eigenschaftsirrtum ist schließlich auch, dass die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung verschuldensunabhängig ausgestaltet sind. Die Gewährleistung „tritt ein ohne Rücksicht auf ein Verschulden desjenigen, welcher sich zur Veräußerung verpflichtete.“²¹⁰

4. Das Verhältnis der Gewährleistung zum Eigenschaftsirrtum

Versteht man den § 119 Abs. 2 als einen leistungsstörungsrechtlichen Tatbestand, der auf das Fehlen der vertraglich festgelegten Eigenschaft einer Sache oder einer Person reagiert, stellt sich die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zu dem Gewährleistungsrecht beim Kauf. Denn wie zuvor herausgearbeitet wurde, reagiert das Gewährleistungsrecht auf die Beeinträchtigung der dem Käufer vertraglich eingeräumten Rechtsposition, eine mangelfreie Kaufsache zu erhalten. Gerade hierin besteht die Parallelität von § 119 Abs. 2 und §§ 459 ff. aF

²¹⁰ Motive II, S. 224.

Nach richtiger Auffassung schließen die Vorschriften über die Sachmängelhaftung die Anwendung des § 119 Abs. 2 aus²¹¹. Das Gewährleistungsrecht reagiert auf die durch die Lieferung einer mangelhaften Sache verursachte Beeinträchtigung der Rechtsposition des Käufers, gemeinhin als Störung des Äquivalenzverhältnisses bezeichnet, mit dem ihm eigenen Rechtsbehelfssystem – es reagiert mithin differenzierter.

Die Spezialität des Gewährleistungsregimes gegenüber § 119 Abs. 2 gründet sich weiter auf die besondere Regelung des Verjährungsrechts. Die Verfasser des BGB hatten sich nämlich für kürzere Verjährungsfristen entschieden, „weil die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist.“²¹² Die Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 2 in Bezug auf den Eigenschaftsirrtum konnte hier keine Anwendung finden.

²¹¹ Flume, Rechtsgeschäft, § 24 3 (S. 484ff.)

²¹² Motive II, S. 238.

Kapitel 4 Vertragsrecht und Haftungsrecht

Die herkömmliche Lehre, auf der auch das BGB basiert, unterscheidet zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen. Als Kriterium dient dabei der unterschiedliche Entstehungsgrund der Schuldverhältnisse: Das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis findet seinen Entstehungsgrund im Rechtsgeschäft, also im Willen der Vertragspartner und damit in deren Selbstbestimmung, während das gesetzliche Schuldverhältnis auf den gesetzlichen Regelungen und damit auf Fremdbestimmung beruht. Das Schuldverhältnis, das von den einzelnen Forderungen zu unterscheiden ist, kann als Rechtsquelle unstreitig zahlreiche Rechte und Verpflichtungen erzeugen. Die Unterscheidung von Schuldverhältnis und einzelnen Verpflichtungen wirft zwangsläufig die Frage auf, wie die einzelnen Rechte und dementsprechenden Verpflichtungen einzuordnen sind, welchem Schuldverhältnis und Rechtsbereich sie also zugesprochen werden müssen. Im letzten Jahrhundert stand die Frage im Vordergrund, wie die Rechtsinstitute der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung einzuordnen sind: Die damals im Vordringen befindliche Lehre erklärte beide Institute nicht aus dem Vertrag, sondern aus dem gesetzlichen Deliktsrecht²¹³. Daran anschließend begründete *Eduard Picker*²¹⁴, dass nicht nur die Haftung auf Grund der Verletzung sog. Schutzpflichten, sondern auch die sonstige vertragliche Haftung nicht aus dem selbstbestimmten Willen, sondern aus dem fremdbestimmenden Gesetz legitimiert ist. Damit wich *Picker* wieder von der von *Savigny* begründeten Dichotomie ab, die die gesamte vertragliche Haftung einschließlich der Schutzpflichtverletzungen den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen einverleibt hatte.

Diese Einordnungsproblematik war eine der wichtigsten Themen in der Reformdiskussion²¹⁵. Die Reformer haben auf die Einordnung der

²¹³ Vor allem Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts von 1981 standen auf diesem Standpunkt.

²¹⁴ *Picker*, AcP 183 (1983), 371ff.

²¹⁵ Vgl. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I. Dazu *Picker*, AcP 183 (1983), 371ff.

sog. Schutzpflichten verzichtet und sie der Rechtswissenschaft überlassen²¹⁶. Diese Zurückhaltung der Reformer ist problematisch, da es ihnen darum ging, das BGB zu vereinfachen. Die Vereinfachung des BGB ist aber ohne dogmatische Systematisierung, die das Verständnis des Rechts erleichtert, unerreichbar. Die voreilige Reformarbeit und die damit verbundene unzulängliche Untersuchung der vertraglichen Haftung führten dazu, dass die Reformer deren Unabhängigkeit von der Mängelhaftung im Kaufrecht übersahen. Dadurch verursachten sie die in der Einleitung aufgezeigten unverständlichen Ergebnisse im Rahmen des Mängelhaftungsrechts. Die Probleme des neuen Mängelhaftungsrechts gründen folglich unmittelbar auf der Vermengung von Vertrags- und Haftungsrecht²¹⁷. Diese Vermengung, die letztendlich auf die Schuldrechtslehre von *Savigny* zurückzuführen ist, soll in diesem Kapitel behandelt werden.

Im Vordergrund dieser Problematik steht die Frage, wie das vertragliche Haftungsrecht einzuordnen ist. Vor der Erörterung der *Savigny*'schen Haftungslehre muss auf die naturrechtliche Lehre eingegangen werden, die das vertragliche Haftungsrecht – zusammen mit dem Deliktsrecht – noch zum allgemeinen Haftungsrecht gerechnet hatte. Daran anschließend wird das Gewährleistungsrecht vom Leistungsstörungenrecht unterschieden. Dabei wird nachgewiesen, dass das Leistungsstörungenrecht Haftungsrecht im Sinne des Deliktsrechts ist. Schließlich wird gezeigt, dass die Vermengung von Vertrags- und Haftungsrecht den wichtigsten Grundsatz des Privatrechts: die Privatautonomie gefährdet.

I. Die Entstehung der Dichotomie in der Naturrechtslehre

²¹⁶ Dr-BT 14/6040 S. 126 zum § 241 II: „Der neue Absatz 2 verzichtet bewusst auf eine Regelung der Frage, ob das die Schutzpflichten erzeugende Schuldverhältnis in jedem Fall auf Gesetz beruht oder auch auf einem wirksamen Rechtsgeschäft beruhen kann. Das ist eine Frage der von der Rechtswissenschaft zu leistenden systematischen Einordnung.“

²¹⁷ Dazu Kapitel 5 I.

Im heutigen Vertragsrecht stellt der Begriff „Rechtsgeschäft“ einen einheitlichen Tatbestand für die Entstehung des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses dar. Das Rechtsgeschäft erfordert als notwendigen Bestandteil wiederum mindestens eine Willenserklärung. In diesem Zusammenhang lässt sich die wichtigste Funktion des Vertragsrechts erkennen, für das der Begriff „Rechtsgeschäft“ zentrale Bedeutung hat: Das Vertragsrecht dient im modernen Privatrecht vor allem der Verwirklichung des Parteiwillens. Das Vertragsrecht ordnet die Verbindlichkeit rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten nur an, weil die Parteien es wollen. Der Wille ist damit der materiale Grund, der die Pflicht, fremdes Vermögen aufzustocken, legitimiert. Die Erkenntnis, dass einige Schuldverhältnisse auf den Willen der Parteien zurückzuführen sind, führte zur Zweiteilung des Privatrechtssystems: zur Trennung von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen. Im Folgenden wird zunächst dargestellt, wie diese Dichotomie des Privatrechtssystems entstanden ist.

1. Vor der Zeit der rationalen Naturrechtslehre

(1) Die Entstehung der obligatio

Das Schuldverhältnis, vermöge dessen ein Schuldner seinem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet ist (vgl. § 241), war bekanntlich eine Schöpfung der Römer. Die obligatio in diesem Sinne war den altgriechischen und den germanischen Rechten fremd²¹⁸. Der älteste Grund zur Entstehung des Schuldverhältnisses waren nicht rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten, sondern das delictum, das jemand einer anderen Person gegenüber begangen hat; das durch das delictum entstandene Schuldverhältnis gab zunächst dem Verletzten ein rechtlich beschränktes Zugriffsrecht oder ein Herrschaftsrecht auf den Körper des Täters (manus iniectio). Dann konnte sich der Täter von diesem Zugriffsrecht des Verletzten durch Zahlung von Bußgeldern ablösen, die häufig ein Mehrfaches (quadruplum, duplum) der Sach-

²¹⁸ Liebs, Römisches Recht, S. 188.

werte betrug²¹⁹. Bei der Entwicklung dieses deliktischen Schuldverhältnisses vom körperlichen Zugriffsrecht hin zur Zahlung eines Bußgeldes gab es gewiss ein Versöhnungsstadium zwischen Verletztem und Täter. Der Täter wollte nämlich die harte Tatfolge – etwa die Tötung – vermeiden, indem er dem Verletzten als Sühnegabe andere Rechtsgüter anbot. Wenn der Verletzte die Sühnegabe annahm, verzichtete er damit auf seine Rachebefugnis. Es ist zu vermuten, dass die Römer die Haftungsgeschäfte in Nachahmung dieses Versöhnungsstadiums entwickelt haben²²⁰: Wenn jemand eine vereinbarte Leistung nicht bewirkte, unterwarf er sich dem Zugriff dessen, der die Leistung bekommen sollte (nexum, sponsio-stipulatio). Diese frühgeschichtlichen Haftungsgeschäfte wurden zum Vorbild des heutigen Rechtsgeschäfts, damit konnte die obligatio nicht nur durch das Vergehen, sondern auch durch Vereinbarung entstehen.

(2) Die Entwicklung der rechtsgeschäftlichen obligatio

Den antiken Römern war allerdings weder der abstrakte Begriff „Rechtsgeschäft“ in dem gerade erwähnten, modernen Sinne noch der Wille als Legitimationsgrund bekannt. Nur einzelne förmliche Geschäfte waren vorhanden. Und deren Verbindlichkeit scheint nicht aus dem Parteiwillen, sondern aus den förmlichen Handlungen begründet worden zu sein.²²¹ Denn die förmlichen Rituale waren sehr eng mit den Streitformularen verbunden, die die Arten der Geschäfte ausführlich angeben sollten. Die Streitformulare waren nämlich in den Edikten der Prätores und Ädilen niedergeschrieben und dabei hinsichtlich der beschränkten einzelnen Rechtsgeschäfte abschlie-

²¹⁹ Näheres Kaser, Römisches Privatrecht S 149ff; Liebs, Römisches Recht, S. 189.

²²⁰ Liebs, Römisches Recht, S. 189; Kaser, Römisches Privatrecht, S. 151.

²²¹ Etwa bei der mancipatio ergreift der Erwerber eines Sklaven in Gegenwart des Veräußerers und der fünf Zeugen den betreffenden Sklaven mit der Hand und spricht die Formel „hunc ego hominem esto hoc aere aeneaque libar.“ (Vgl. Kaser, Römisches Privatrecht S. 42).

ënd. Hatten die Parteien dennoch andere Obligationen vereinbart, so konnte der Gläubiger deshalb nicht auf Leistung oder Schadensersatz klagen.

Diese Beschränktheit der obligatio wurde allerdings dadurch gelockert, dass den Prätores und Ädilen ein richterliches Ermessen eingeräumt wurde, so dass sie in Einzelfällen auch nicht ediktale Klagen zulassen konnten (actiones in factum). Je nach dem Ermessensspielraum unterschied Justinian die bonae fidei iudicia, die nach Billigkeit beurteilt wurden, und die iudicia stricti iuris, deren Obligationen streng mit dem buchstäblichen Inhalt verbunden waren²²². Bei den bonae fidei iudicia handelte es sich um Verträge im Sinne des heutigen besonderen Schuldrechts, nämlich emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, ferner um Vorläufer der Innominatkontrakte²²³. Im Lauf der jüngeren Republik wirkte die „gute Treue“ in Bezug auf die Verbindlichkeit dann wie ein Gesetz, das ius civile.

Die gelockerte Förmlichkeit des negotium und die ihm verliehene Verbindlichkeit entsprachen jedoch nicht dem heutigen Grundsatz der Privatautonomie: Die bonae fidei iudicia betrafen im Grundsatz nur die zweiseitig verpflichtenden Schuldverträge. Damit war das einseitige Versprechen (promissio) – sieht man von den förmlichen Haftungsgeschäften, etwa der mancipatio oder stipulatio ab – rechtlich grundsätzlich unverbindlich. Zudem waren die bonae fidei iudicia auf die Verträge beschränkt, die vom Prätor oder Ädil mit actiones honorariae als klagbar zugelassen wurden. Die in hochklassischer Zeit erfolgte Systematisierung des Gaius zeigt klar diese Beschränkung der bonae fidei iudicia: Gaius ging in seiner Systematisierung des Rechts von dem Oberbegriff „Vertrag“ aus. Dieser Oberbegriff diente jedoch bloß dazu, die verschiedenen Nominatkontrakte zusammenzufassen, nämlich in solche durch Sachhingabe, „re“ (Realvertrag), durch Worte, „verbis“ (Verbalvertrag), durch Schrift, „litteris“ (Litteralvertrag)“ und durch Konsens, „consensu“ (Konsensualvertrag).²²⁴ Und klagbar waren nur die in diese Kategorien aufgenommenen Verträge. Vereinbarungen außerhalb dieser Typen waren rechtlich unverbindlich. Hatte eine Partei auf Grund einer solchen Vereinbarung

²²² Sohm, Institutionen, § 76; Kaser, Römisches Privatrecht S. 51f.

²²³ Vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, S. 38ff.

²²⁴ Dazu Liebs, Römisches Recht, S. 67; Coing, Privatrecht, B. I, S. 398.

geleistet, konnte sie das Geleistete mit einer *condictio* zurückfordern²²⁵.

Das justinianische Recht und das daran anschließende *usus modernus pandectarum* des späteren Mittelalters machten einige wichtige Fortschritte: Neben dem *consensus* waren zwar immer noch weitere Elemente, wie *res* oder *verba*, erforderlich, damit ein klagbarer Vertragsanspruch entstand. Der *consensus* wurde jedoch zur zentralen Grundlage aller Verträge erhoben²²⁶. Ferner wurde der Schutz der *Innominatkontrakte*, den Gaius nicht aufgenommen hatte, stark verbessert: Hatte ein Vertragspartner vorgeleistet, war er jetzt durch *Leistungsklage* geschützt. Denn die *Vorleistung* machte als „*causa*“ auch den *Innominatvertrag* klagbar²²⁷, der eigentlich keine Verbindlichkeit bewirken konnte. Auch die *stipulatio* erfuhr eine Änderung, indem die strikte Förmlichkeit von Frage und Antwort aufgehoben wurde (C 8, 37, 10). An ihre Stelle trat die Feststellung des *consensus* „*quibuscumque verbis*“²²⁸. Das einseitige Versprechen (*promissio*) fand allerdings im *Corpus Iuris* und auch im *usus modernus* im Grundsatz keine Berücksichtigung. Nur für einseitige Zusagen an Städte und an die Gottheit galten gewisse Sonderregeln²²⁹. Die *promissio* erlangte somit erst dadurch rechtliche Wirkung, dass die Partei, an die sie gerichtet war, sie annahm²³⁰.

Rechtsgeschichtlich bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund, dass die Schenkung als unentgeltliche Zuwendung bereits seit klassischer Zeit ihren Rechtsgrund (*causa donandi*) im Willen des Schenkers (*animus donandi*) fand²³¹. Mit ihr befassten sich vor allem die spani-

²²⁵ Coing, *Privatrecht*, B. I, S. 398.

²²⁶ Coing, *Privatrecht*, B. I, S. 399f.

²²⁷ D 2, 14, 7 pr – 4. Auch zum *verstitimentum* und *pactum nudum* im Mittelalter, Coing, *Privatrecht*, B. I, S. 398.

²²⁸ Coing, *Privatrecht*, B. I, S. 398.

²²⁹ Dazu D 50, 12 ; vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, p. 604, § 140. – Nach Kaser war das *Votum* an die Götter nur sakralrechtlich durchsetzbar.

²³⁰ Coing, *Privatrecht*, B. I, S. 182.

²³¹ Etwa Inst. 2, 7, 2: „*perficiuntur autm, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra contitututio*(C 8, 85, 35, 5) *eas etiam in se habere necessitatem*

schen Moralthologen, namentlich Molina und Lessius, die den inneren Willen des Schenkers und die Vereinbarung hervorhoben²³². Wie Diesselhorst nachgewiesen hat, hatten diese beiden Autoren unmittelbaren Einfluss auf Grotius' Lehre vom Versprechen.

(3) Die Entwicklung der deliktischen obligatio

Die typisierte Klagemöglichkeit galt ebenso für die deliktischen Obligationen. Anfangs ordneten die römischen Rechtsnormen für jedes einzelne Vergehen eine Rechtsfolge an. So knüpfte etwa das aus dem 5. Jahrhundert vor Christus stammende Zwölftafelgesetz eine Bußpflicht des Täters an bestimmte, äußerlich sichtbare Schädigungshandlungen. Brach jemand einem anderen mit der Hand oder einem Knüppel einen Knochen, so hatte er dem anderen, sofern er Sklave war, eine Buße von 150 As, sofern er Freier war, eine Buße von 300 As zu leisten. Beging jemand einen Diebstahl, so betrug die Buße in der Regel ein Vielfaches des Wertes der gestohlenen Sache²³³. Die einzelnen kasuistischen Regelungen des Zwölftafelgesetzes wurden, insbesondere in Bezug auf Sachbeschädigungen, durch die aus dem Jahre 286 vor Christus stammende Lex Aquilia verallgemeinert: Die lex Aquilia bestimmte im ersten Kapitel, dass derjenige, welcher einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin oder ein vierfüßiges, zu dem Herdenvieh gehöriges Tier in schuldhafter Weise tötet, dem Eigentümer den höchsten Wert des Sklaven oder Tieres innerhalb des letzten Jahres zu ersetzen habe. Im dritten Kapitel wurde bestimmt, wer einen anderen als den in Kapitel 1 geregelten Schaden durch Brennen (*urere*), Brechen (*frangere*) oder Zerreißen (*rumpere*) verursacht, habe dem Eigentümer so viel ersetzen, wie die beschädigte Sache innerhalb der letzten 30 Tage vor der Tat wert war (*quanti ea res erit in diebus triginta proximis*)²³⁴. Hierbei sind drei Elemente der

traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori.”

²³² Dazu näheres Diesselhorst, Grotius, insbesondere S. 20ff.

²³³ Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, S. 20; Kötz, Deliktsrecht, Rn. 18.

²³⁴ D. 9, 2, 1 pr.; G. 3, 210.

actio legis Aquiliae besonders bemerkenswert: Erstens stand die aquilische Klage nur dem Eigentümer von Sklaven, Tieren oder anderen Sachgütern zu (*domino dare damnas esto*). Zweitens mussten die Schäden durch bestimmte positive Handlungen entstehen (*damnum corpori datum*). Drittens beschränkten sich die Verletzungsgegenstände auf Sklaven, Tiere und sonstige Sachgüter²³⁵. Die Römer verlangten für die actio Aquilia schließlich, dass sowohl die Tötung von Sklaven und Tieren als auch die sonstigen Sachbeschädigungen nach dem dritten Kapitel mit *iniuria* (zu Unrecht) begangen wurden²³⁶.

Im Laufe der klassischen Zeit wurde die lex Aquilia auch bei Handlungen angewandt, bei denen von einer *corruptio* keine Rede sein konnte (*actio in factum*²³⁷ oder *actio utilis*²³⁸). Und selbst Unterlassungen konnten eine Haftung begründen²³⁹. Die ersatzfähigen Schäden wurden erweitert auf die Verletzung freier Menschen. Schließlich wurden die *actio in factum* und die *actio utilis* auch dem gutgläubigen Besitzer und jedem dinglich berechtigten, namentlich dem Usufruktuar, dem Usuar und dem Pfandgläubiger eingeräumt²⁴⁰.

Die Tendenz, den Anwendungsbereich der lex Aquilia auszudehnen, setzte sich in der Zeit des *usus modernus pandectarum* fort, indem die actio legis Aquilia auf reine Vermögensbeschädigungen angewendet wurde²⁴¹. Die Grundlage dieser Entwicklung findet *Coing* in der damaligen *interpretatio* von Inst. 4, 3, 16, das unmittelbar auf die *actio in factum* gerichtet ist; „*si non corpore damnum datum fuerit, neque corpus laesum fuerit, set alio modo damnum contigerit.*“ Diese Stelle

²³⁵ Vangerow, Pandekten III, § 681, S. 561; Kaser, Römisches Privatrecht, S. 234

²³⁶ Vgl. Ulp. D. 5, 2, 5, 1-2.

²³⁷ Wenn jemand, ohne den *animus lucri faciendi* zu haben, mich meiner Sache beraubt; z. B. er schlägt mich an die Hand, so dass das Geld, was ich darin habe, herabfällt und verloren geht (Vangerow, Pandekten III, § 681, S. 565)

²³⁸ Wenn jemand meine zum Aufbrauch bestimmten Sachen aufgebraucht hat (Vangerow, Pandekten III, § 681, S. 566)

²³⁹ Kaser, Römisches Privatrecht, S. 234; Vangerow, Pandekten III, § 681, S. 564f.; Coing, Privatrecht § 102 S. 509.

²⁴⁰ Vangerow, Pandekten III, § 681, S. 562; Kaser, Römisches Privatrecht, S. 235.

²⁴¹ Coing, Privatrecht § 102, S. 509ff.

wurde dahin interpretiert, dass Justinian hier die *actio legis Aquiliae* von der Verletzung einer bestimmten Person oder Sache habe lösen wollen. So stellt *Coing* fest, „damit wird sie auch in Fällen einer allgemeinen Vermögensschädigung zuständig, z. B. für den der schlechten Führung eines Prozesses mangels ausreichender Rechtskenntnis des Advokaten.“²⁴² Die Unterscheidung zwischen *actio directa, utilis* und *in factum* verschwand, und die deliktische Haftung, die sich auch auf die reine Vermögensverletzung bezog, wurde nunmehr einheitlich unter der *actio legis Aquiliae* behandelt.

2. Das Privatrechtssystem im Naturrecht

Die Naturrechtslehre knüpfte unmittelbar an die soeben dargestellte Entwicklung der Lehre vom Schenkungsversprechen und der *actio legis Aquiliae* an. An der Spitze stand die Lehre des *Grotius*, der die vom Spätmittelalter tradierten Grundbegriffe verallgemeinerte. Aus der *promissio* wurde das Rechtsgeschäft, aus der *iniuria* das Vergehen. Auf diese Begriffe gründete *Grotius*, dessen Lehre später von *Pufendorf* verfeinert wurde, die Dichotomie des Privatrechtssystems.

(1) Die Versprechens- und Vertragslehre

Grotius ging von dem Menschenbild aus, dass jeder frei in der Entscheidung seines Willens sei: „Der Mensch hat (...) die Urteilskraft, um das Angenehme und das Schädliche zu bemessen, und zwar nicht bloß das Gegenwärtige, sondern auch das Zukünftige, und die Mittel dazu. Es entspricht deshalb der menschlichen Natur, auch hierin nach dem Maße menschlicher Einsicht dem zu folgen, was für richtig erkannt wird. (...) Was diesen Geboten widerstreitet, das ist auch gegen das Recht der Natur, nämlich der menschlichen.“²⁴³ Darauf aufbauend entwickelte *Grotius* seine Vertragslehre, dass jeder Mensch in der Lage sei, sich frei und eigenverantwortlich durch seinen Willen selbst

²⁴² *Coing*, Privatrecht § 102, S. 511.

²⁴³ *Grotius*, *De jure*, Vorrede, Ziff. 8 (S. 33). Auch *Diesselhorst*, *Grotius*, S. 51.

zu binden, und dass das Gesetz als eine Art von gemeinem Vertrag diesen Verträgen die verbindliche Kraft gewähren müsse²⁴⁴. Die bindende Wirkung eines Versprechens bestand für ihn damit nicht in der äußerlichen Form, sondern in dem Willen der Beteiligten.

Diesselhorst zufolge stützte sich *Grotius* dabei auf die Gelübdelehre des *Thomas von Aquin* und auf die spätscholastische Lehre vom Schenkungsversprechen²⁴⁵. Schon dort war die Verbindlichkeit, wenn auch auf anderer Grundlage, unabhängig von der Förmlichkeit oder einer anderen *causa* anerkannt worden. *Grotius'* Verdienst ist es, diese Verbindlichkeit auf das ganze Versprechen, das auf die Übertragung des Rechts gerichtet ist, verallgemeinert zu haben: „Die dritte Art ist, wo zu der Willensäußerung noch ein Zeichen hinzutritt, dass man dem anderen ein Recht gewähren wolle. Dies ist das vollkommene Versprechen und hat die gleiche Wirkung wie die Veräußerung des Eigentums. Denn es ist entweder der Weg zur Veräußerung des Eigentums oder die Veräußerung eines Teils unserer Freiheit. Dorthin gehören die Versprechen, etwas zu geben, hierher die, etwas zu leisten.“²⁴⁶ Daraus folgt, dass alle Verträge ohne Unterschied bindend und klagbar sind (*pacta sunt servanda*), und der parteiliche Wille wird

²⁴⁴ *Grotius*, *De jure*, II. Buch 11. Kap. I (S. 235). „Sodann lässt sich nicht absehen, wie die Gesetze den Verträgen die verbindliche Kraft gewähren können, da jene selbst nur eine Art von gemeinsamen Vertrag des Volkes sind und so von *Aristoteles* und *Demosthenes* bezeichnet werden. Man sieht nicht ein, weshalb der Wille eines einzelnen, der es ernstlich will, dies nicht auch vermögen sollte, insbesondere, wo das Staatsgesetz dem nicht entgegentritt.“ (*Tum vero ratio nulla reperiri potest, cur leges, quae quasi pactum commune sunt populi atque hoc nomine vocantur ab Aristotele et Demosthene, obligationem pactis possint addere, voluntas autem hoc omni modo agentis, ut se obliget, idem non possit, praecipue ubi lex civilis impedimentum non affert*)

²⁴⁵ *Diesselhorst*, *Grotius*, 44ff.

²⁴⁶ *Grotius*, *De jure*, II. Buch 11. Kap. IV S. 237. „*Tertius gradus est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis. Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa faciendi*“

seitdem als Rechtsgrund für die Verbindlichkeit des Versprechens angesehen.

(2) Die Haftungslehre

Die Wirkung eines Vertrags beschränkt sich nach *Grotius* allerdings nicht auf die Erzeugung der Leistungspflicht. Der Vertrag bewirke zugleich eine Art Rechtsübergang²⁴⁷. Das Eigentum gehe bereits mit dem Versprechen auf den Gläubiger über, also ohne dass es auf die Übergabe des Besitzes ankäme. Diese Wirkung des Vertragsschlusses scheint *Grotius* aus dem Gedanken zu folgern, dass vertragliche und deliktische Haftung gleich zu behandeln seien. So wie der Sachbeschädiger fremdes Eigentum verletze, begehe auch der Schuldner eine Eigentumsverletzung, wenn er seiner Leistungspflicht nicht nachkomme²⁴⁸.

Zu den unrechten oder unerlaubten Handlungen meint *Grotius*: „Unrecht wird hier jede Schuld genannt, bestehe sie im Handeln oder Unterlassen, die dem widerspricht, was die Menschen überhaupt oder nach ihrer besonderen Eigenschaft zu tun haben. Aus einer solchen Schuld entspringt naturrechtlich die Verbindlichkeit, den verursachten Schaden zu ersetzen.“²⁴⁹ Dann führt er weiter zum *damnum* aus; „Das lateinische Wort *damnum*, Schaden, kommt vielleicht von *demere* – nehmen, und ist das zu Wenige, d.h. was jemand weniger hat, als ihm entweder nach der reinen Natur oder infolge einer vorgehenden menschlichen Einrichtung wie des Eigentums oder Vertrages oder nach dem Gesetz gebührt.“ Aus diesen Worten ergibt sich, dass sowohl die deliktische Handlung als auch die Vertragsverletzung eine unerlaubte Handlung darstellen, so dass vertragliche und deliktische

²⁴⁷ S. das obige Zitat bei Fn. 269.

²⁴⁸ In der Tat vergleiche er immer wieder das Eigentum mit dem Vertrag (*Grotius*, *De iure*, II. Buch, Kapitel 11)

²⁴⁹ *Grotius*, *De jure*, II. Buch 17. Kap. I S. 303. „*Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Et tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur*“

Haftung auf Schadensersatz einheitlich behandelt werden müssen. Er setzte dementsprechend die Fälle der culpa in contrahendo, die Jhering später dem Vertragsrecht zuordnete, den unerlaubten Handlungen gleich: „Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in senso suo exprimendo, et damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato“²⁵⁰.

Pufendorf, der gemeinhin als Begründer des wissenschaftlichen Naturrechts in Deutschland gilt,²⁵¹ verfeinerte später *Grotius'* Haftungslehre: Hinsichtlich des Menschenbildes unterschied er sich indessen von *Grotius*. Einerseits sei der Mensch schwächer beschaffen als viele Lebewesen. Menschen seien so hilflos, dass es ein Wunder wäre, wenn ein Mensch zum reifen Alter gelange, ohne dass andere für ihn sorgten²⁵². Er verstand damit das Zusammenleben in einer Gemeinschaft als notwendiges Mittel zur Selbsterhaltung. Dennoch leide dieses für seinesgleichen so nützliche Geschöpfe unter vielen Gebrechen. Der Mensch zeige vor allem eine viel stärkere Neigung zu schaden als irgendein wildes Tier. Denn der Mensch sei nie frei von Begierden und werde weit öfter von ihnen getrieben als zur Erhaltung der Art notwendig sei²⁵³. Auch wenn die Geschädigten von Natur aus noch so friedfertig seien, könnten sie nicht umhin, bei ihrer Verteidigung ihrerseits anderen Schaden zuzufügen, wenn sie sich erhalten und ihre Freiheit behaupten wollten. Schließlich seien Menschen auch durch die Not gezwungen, einander zu schaden, weil die vorhandenen Güter nicht ausreichten, um alle Wünsche und Bedürfnisse zu befriedigen. Unter diesen Umständen sei eine Grundordnung des Gemeinschaftslebens erforderlich, welche den Menschen lehre, wie er sich als richtiges Glied menschlicher Verbände verhalten müsse. Diese

²⁵⁰ „Wenn der Versprechende in Untersuchung der Sache oder in der Erklärung seines Willens nachlässig gewesen ist und der andere dadurch Schaden erlitten hat, so muß der Versprechende diesen ersetzen, aber nicht aus dem Versprechen, sondern aus der schuldhaften Schadenszufügung“ *Grotius*, *De jure*, II. Buch, 11. Kap. VI (S. 239).

²⁵¹ Vgl. Wolf, Nachwort in; *Pufendorf*, *Gemeinschaftspflichten*, S. 39.

²⁵² *Pufendorf*, *De officio*, Kap. 3 § 3 (S. 45); *Gemeinschaftspflichten*, S. 14.

²⁵³ *Pufendorf*, *De officio* Kap. 3 § 5 (S. 46); *Gemeinschaftspflichten*, S. 15.

Grundordnung nannte *Pufendorf* Naturrecht. Ausgehend von dieser Grundvorstellung von Mensch und Gemeinschaft, ausgehend also von „der ungeselligen Geselligkeit“²⁵⁴ entwickelte er die allgemeine Pflicht, andere nicht zu schädigen, kurz: das allgemeine Schädigungsverbot. Für *Pufendorf* gründete nämlich die Verantwortung des Menschen für sein Verhalten nicht in dem begrifflich unklaren Unrecht (*maleficium*), sondern in der Pflichtverletzung.

Pufendorf stellte dafür zunächst die Hauptregel des Naturrechts auf: „Jedermann muß Gemeinschaft halten und dem Ganzen dienen, so gut er kann!“²⁵⁵ Dann teilte er diese Regel in drei Sätze ein: Niemandem schaden! Jeden anderen als gleichberechtigt ansehen! Soviel wie möglich den anderen nützen! Das Schädigungsverbot, dem unter diesen drei Sätzen der erste Rang gebühre²⁵⁶, untergliederte er wiederum in unbedingte, absolute Pflichten, die jeder anderen Menschen gegenüber zu erfüllen habe, und in bedingte, relative Pflichten, die nur einen bestimmten Kreis von Personen gegenüber bestünden, die einem gewissen Stand angehörten oder eine besondere Rechtstellung anderer Art einnahmen²⁵⁷: „Diese ist die umfassendste aller Gemeinschaftspflichten, denn sie geht alle Menschen (als solche) an. (...) Sie ist aber nicht nur die einfachste, sondern auch die wichtigste Gemeinschaftspflicht, weil ohne ihre Beachtung kein Zusammenleben der Menschen sein könnte.“²⁵⁸ Dann spricht er von den relativen Pflichten des Schädigungsverbots: „Die Erfüllung der Pflicht, niemand zu schädigen, stützt und schützt nicht nur alles, was einem jeden von Natur zukommt, wie Leib, Leben, Unversehrtheit der Glieder und Freiheit, sondern auch alles, was er durch Übereinkunft mit anderen ... erworben hat.“²⁵⁹ Mit den letzten Worten meinte er ohne Zweifel die Leistungspflicht des Vertragsschuldners. Im Endeffekt begründete er mit der Gemeinschaftspflicht des Schädigungsverbots nicht nur die deliktische Haftung, sondern auch die vertragliche Haftung wegen Nichterfüllung. Noch deutlicher zeigt sich seine einheitliche Vorstel-

²⁵⁴ Kaufmann, Naturrecht, S. 33 (39).

²⁵⁵ Pufendorf, Gemeinschaftspflichten, S. 17.

²⁵⁶ Pufendorf, Gemeinschaftspflichten, S. 20.

²⁵⁷ Pufendorf, *De officio*, Kap. 6 § 1 (S. 72).

²⁵⁸ Pufendorf, Gemeinschaftspflichten, S. 20f.

²⁵⁹ Pufendorf, Gemeinschaftspflichten, S. 21.

lung von deliktischer und vertraglicher Haftung an seinem Verständnis vom Schaden²⁶⁰: „Obgleich der Ausdruck ‚Schaden‘ im strengen Sinn nur auf Sachschäden passt, verstehen wir das Wort hier in einer weiteren Bedeutung, wonach es alle Verletzungen, Zerstörungen, Minderungen oder Entziehungen des uns von Natur Zugehörenden umfasst. Außerdem verstehen wir darunter die Vorenthaltung dessen, was uns von Rechts wegen zusteht, sei es auf Grund von Gesetz oder Vertrag, sowie die Unterlassung einer fälligen und klagbaren Leistung.“²⁶¹

3. Das gemeine Recht im 18. und 19. Jahrhundert

Trotz der starken Einwirkung der Naturrechtslehre auf das gemeine Recht stand dieses immer noch unter der römischen Tradition. Nach Glück war die Gültigkeit der *lex Aquilia* damals in der Praxis regelmäßig anerkannt²⁶². Machte der Geschädigte eine außercontractliche Schädigung geltend, so stand ihm vor allem die *actio legis Aquiliae* zur Verfügung. Wie schon berichtet²⁶³ konnte der Geschädigte die *actio legis Aquiliae* allerdings auch gegen seinen Vertragspartner wegen einer durch positive Handlung begangenen Vermögensverletzung erheben²⁶⁴. Daneben war auch die Vertragsklage erforderlich, um die Pflichtverletzung durch Unterlassung, etwa die Nichterfüllung, zum Schutz des Kontrahenten zu sanktionieren. Denn die *lex*

²⁶⁰ Bei ihm wurde der Grundsatz *neminem laedere* nicht nur als Programmsatz ohne praktische Bedeutung verstanden, sondern er kann als konkrete privatrechtliche Institut gegen dessen Verletzung Schadensersatz ergeben, in dem Sinne, dass der Verletzte dem Täter unmittelbar daraus den Schadensersatz verlangen könnte.

²⁶¹ Pufendorf, *Gemeinschaftspflichten*, S. 22.

²⁶² Glück, *Pandekten X*, § 705 S. 382ff. Näheres unten II 2. (1)

²⁶³ Siehe oben I 1 und 2.

²⁶⁴ Auch Würthwein, *Vertragsverletzungen*, S. 58. Glück, *Pandekten X* § 705 S. 284ff. stellt diese Rechtslage wie folgend fest: „Dahingegen kann die *actio Legis Aquiliae* gegen einen Contrahenten auch noch heute zu Tage auf Ersatz eines jeden Schadens angestellt werden, den er durch unvorsichtige positive Thätigkeit verursacht hat, ohne auf den Grad des Versehens Rücksicht zu nehmen“

Aquilia beschränkte sich in der Regel auf Verletzungen durch aktives Tun. Das gemeine Recht differenzierte damit weiterhin zwischen der Delikts- und der Vertragsklage²⁶⁵.

Obwohl beide Klagearten unterschiedlich geltend zu machen waren, führte man sie – wie im Naturrecht – auf einen einheitlichen Haftungstatbestand und damit auf den Gedanken zurück, dass Delikts- und Vertragsklage auf derselben Wurzel beruhten: der widerrechtlichen Pflichtverletzung. So führte etwa *Gustav Hugo* aus: „Die Römische Form der Verträge und Contracte ist nicht anwendbar, denn jeder Vertrag ist, nach dem heutigen gemeinen Rechte, so wirksam, als wäre er auf die allergütigste Art (durch eine Stipulation) eingegangen worden, in so fern nur die nicht hierher gehörige heutige Form des deutschen Rechts keine Aenderung macht.“²⁶⁶ Von der einheitlichen Behandlung der vertraglichen und deliktischen Haftung ausgehend erklärte er auch in haftungsrechtlicher Hinsicht: „Auch bei dieser zweyten Quelle der Obligationen kann hier weder von der Römischen, aber jetzt nicht mehr anwendbaren, noch von der heutigen, aber nicht Römischen, Form die Rede seyn, und so bleibt nur der Grundsatz übrig: Wer den Andern widerrechtlich beschädigt, der ist ihm Ersatz schuldig.“²⁶⁷ Und auch *Dabelow* brachte die dogmatische Einheitlichkeit der vertraglichen und deliktischen Haftung zum Ausdruck: „Darauf kommt übrigens nichts an, ob der Schaden bey Gelegenheit eines Vertrages (Contracts) oder Verbrechens oder sonst zugefügt wurde.“²⁶⁸ Zum Teil erschien diese einheitliche Behandlung in der Literatur in Gestalt der Ablehnung der *lex Aquilia*. *Höpfner* erklärt etwa im Anschluss an *Thomasius*: „Aus diesem allem folgt, dass ... heutigestags, die wegen eines *damni iniuria dati* Statt findende Klage nicht auf das Aquiliche Gesetz, sondern auf das Deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet ist. In soweit also

²⁶⁵ Dabei standen die beiden Klagen im Konkurrenzverhältnis. (Vangerow, Pandekten III, S. 573; Glück, Pandekten X § 705 S. 284).

²⁶⁶ Hugo, Lehrbuch, § 224 S. 176.

²⁶⁷ Hugo, Lehrbuch, § 251 S. 197.

²⁶⁸ Dabelow, System, § 929.

die Verordnungen dieses Gesetzes bloß Vorschriften des Naturrechts sind, gelten sie auch bey uns.²⁶⁹

Auch die von der Naturrechtslehre durchdrungenen Kodifikationen²⁷⁰ gingen von einem einheitlichen Haftungstatbestand aus, so insbesondere § 1295 Abs. 1 des ABGB: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht werden sein.“ Dieses einheitliche Haftungsverständnis erfuhr erst durch *Savigny* eine grundlegende Änderung.

II. Die neue Dichotomie

1. Die Haftungslehre von Savigny

Im Vordergrund der Schuldrechtslehre stand für *Savigny* der Begriff der obligatio. Die einzelnen Grundsätze oder Institutionen waren für ihn aus diesem Begriff zu deduzieren oder zu konkretisieren. Zum Verständnis seiner Haftungslehre ist es daher notwendig, zu untersuchen, wie *Savigny* den Begriff der obligatio verstanden hat. Erst danach kann erörtert werden, in welcher Weise er das vertragliche Haftungsrecht im Privatrechtssystem neu eingeordnet hat.

(1) Die Grundvorstellung von der obligatio

a. Der Begriff der obligatio

Savigny verstand das subjektive Recht bekanntlich als Willensherrschaft: “Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint

²⁶⁹ Höpfner, Commentar § 1060, S. 764. Dabei soll der Schadensersatz nicht nur das materielle Interesse, sondern auch Schmerzensgeld.

²⁷⁰ I 6 §§ 10ff ALR; § 1295 ABGB; Art. 1382 und 1382 code civil.

uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einwilligung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn.²⁷¹ Das subjektive Recht erscheine vorzugsweise dann in sichtbarer Gestalt, wenn jemand es bezweifele oder bestreite, worauf ein Richter sein Dasein und seinen Umfang anerkenne. Jedoch sei die Form des Urtheils nur durch das zufällige Bedürfniß hervorgerufen, so dass sie das Wesen der Sache nicht erschöpfe, sondern selbst einer tieferen Grundlage bedürfe. Diese findet *Savigny* in dem Rechtsverhältniss, „von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so dass selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesamttanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht.“²⁷²

Das Rechtsverhältnis als Beziehung zwischen Personen scheint ihm innerhalb des Vermögensrechts in zwei Formen vorzukommen: der Herrschaft über die unfreie Natur und die Herrschaft über fremde Personen. Mit der Herrschaft über die unfreie Natur meint er die direkte Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache: „Die unfreye Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Beschränkung; ein so begränktes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigenthum heißt.“²⁷³ Die Herrschaft über fremde Personen erfolge in ähnlicher Weise wie bei einer Sache, nämlich dadurch, dass sie in das Gebiet unserer Willkür herein gezogen, also unserer Herrschaft unterworfen werde²⁷⁴. Jedoch sei diese Herrschaft nicht absolut wie jene über die Sache, sondern nur auf eine einzelne Handlung bezogen, die als aus der Freiheit des Handelnden ausgeschieden, und unserem Willen unterworfen gedacht werde. Eine

²⁷¹ Savigny, System I, § 4 S. 7.

²⁷² Savigny, System I, § 4 S. 7.

²⁷³ Savigny, System I, § 52, S. 338.

²⁷⁴ Savigny, System I, § 52, S. 338.

solche Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennt *Savigny* Obligation²⁷⁵.

b. Zwei Charaktere der obligatio als Organismus

Entsprechend der umfassenden einheitlichen Haftungslehre beschränkte die Rechtswissenschaft im 18. Jahrhundert das Schuldverhältnis auf die Forderung des Gläubigers und die entsprechende Pflicht des Schuldners²⁷⁶. *Savigny* erweiterte den Begriff dieses Schuldverhältnisses erheblich. Über die Forderung des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners hinaus schließt das Schuldverhältnis für ihn auch die damit zusammenhängenden Umstände ein²⁷⁷. Diese *Savigny*'sche Grundvorstellung der obligatio beruhte zweifelsohne auf seiner eigentümlichen Rechtsanschauung, die sowohl die menschliche Gesellschaft als auch das daraus ergebende ganze Rechtssystem als einen Organismus verstand: Ein Organismus zeigt nach *Savigny* zwei wichtige Charaktere: „Theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens.“²⁷⁸ Der erste Charakter verknüpfte die ganzen Bestandteile miteinander, die für die Rechtsordnung erforderlich seien, einzelne Rechte, Rechtsverhältnisse usw. Dabei knüpfte er zunächst einzelne Rechte an das Rechtsverhältnis²⁷⁹, und einzelne Rechtsregeln an das Rechtsinstitut an²⁸⁰. Weiter stellte *Savigny* einzelne subjektive Rechte einzelnen objektiven Rechtsregeln und das Rechtsverhältnis dem Rechtsinstitut gegenüber. Schließlich integrierte er die einzelnen Rechtsinstitute in ein einheitliches Rechtssystem, das die gerade erwähnten gesamten Bestandteile umfassen sollte. Im Endeffekt ist das Rechtssystem für *Savigny* eine aus einzelnen Bestandteilen zusammengebaute Perfektion. Dieser erste Charakter des Organismus führte *Savigny* bekanntlich

²⁷⁵ *Savigny*, System I, § 52, S. 339.

²⁷⁶ Dazu Würthwein, Vertragsverletzungen, S. 184ff.

²⁷⁷ *Savigny*, System I, § 4 S. 7f.

²⁷⁸ *Savigny*, System I, § 4 S. 7f.

²⁷⁹ *Savigny*, System I, § 4 S. 6ff.

²⁸⁰ *Savigny*, System I, § 5 S. 9ff.

zwangsläufig zur Begriffsjurisprudenz, die in seinem Dreieck-Gleichnis deutlich wird: „In jedem Dreieck nämlich giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrige mit Nothwendigkeit folgen: durch diese, z. B. durch zwey Seiten und den zwischenliegenden Winkel, ist das Dreieck gegeben. Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unsres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter giebt.“²⁸¹ Das Rechtssystem soll also wie das Dreieck in vollständiger Weise gebildet sein.

In Bezug auf die Einordnung der vertraglichen Haftung interessiert uns jedoch vor allem der zweite Charakter. *Savigny* hielt das Schuldverhältnis als eine Unterart des Rechtsverhältnisses für einen Organismus, der durch seine fortschreitende Entwicklungsmöglichkeit gekennzeichnet wird: „Soll uns eine vollständige Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse entstehen, wie sie in das wirkliche Leben eingreifen, so ist es nicht genug, ihren Inhalt zu erkennen, also die Wirksamkeit, die ihnen in der gegenwärtigen Zeit zuzuschreiben ist, sondern es muß uns zugleich ihr eigener Lebensprozeß klar werden, also neben der stabilen Seite ihrer Natur auch die bewegliche Seite derselben. Dazu gehört ihre Entstehung und Auflösung, ihre Entwicklung und ihr möglicher Übergang in neue Gestalten (Metamorphose) vorzüglich auch ihre Verfolgung wenn sie verletzt werden.“²⁸²

Von den genannten vier Merkmalen des Schuldverhältnisses als Organismus haben zwei Merkmale das Haftungsrechtssystem verändert: die Entstehung des Schuldverhältnisses und dessen Veränderbarkeit. Das erste Merkmal führte dazu, die vertragliche Haftung auf die nach dem Vertragsschluss entstandenen Sachverhalte zu beschränken, so dass sich die Problematik der culpa in contrahendo stellte²⁸³. Das zweite Merkmal ermöglichte, die vertragliche Haftung

²⁸¹ *Savigny*, Gesetzgebung, S. 22.

²⁸² *Savigny*, System I, § 59 S. 393.

²⁸³ Dazu unten 2 (2). Wie die Problematik der Entstehung des Schuldverhältnisses wird allerdings auch die Problematik der culpa post

dem Vertragsrecht zuzuordnen. Es ermöglichte ferner, der allgemeinen „culpa“, die mit dem naturrechtlichen Gebot des „neminem laedere“ identifiziert werden konnte, die eigenständige Stellung als causa obligationis zu nehmen, so dass der naturrechtliche, umfassende Haftungstatbestand zurücktrat und der beschränkte Haftungstatbestand der römischen Lex Aquilia wieder lebendig wurde, und zwar in kasuistischer Form²⁸⁴. Im Folgenden sind diese zwei Merkmale näher zu erörtern.

(2) Die Veränderungsmöglichkeit der obligatio

Die Möglichkeit jeder Obligation, sich zu verändern, ebnete Savigny unmittelbar den Weg, die bisher zur allgemeinen Haftungslehre gezählte Leistungsstörung als Metamorphose zur bereits bestehenden Obligation zu rechnen. Die umfassende einheitliche Haftungslehre wurde dadurch zerstört, die deliktische Haftung bildete fortan eine eigenständige Haftung. In seinem Obligationenrecht unterschied er folglich zwischen zwei Formen der Obligation: obligatio ex contractu und obligatio ex delicto²⁸⁵.

contractum finitum. Dazu kritisch Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 308.

²⁸⁴ Dazu unten 2 (1).

²⁸⁵ Savigny, Obligationenrecht II, § 51 S. 1ff.; § 52 S. 7ff.; § 82 S. 293ff.

a. Das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis

Der Vertrag stellt nach *Savigny* die wichtigste und umfassendste Form des Rechtsgeschäfts dar²⁸⁶. Er erklärte es meistens in Anlehnung an die *obligatio ex contractu*. Allerdings übernahm er dabei nicht die Kasuistik des römischen Rechts. Bei ihm musste das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis vielmehr unter die abstrakten Begriffe und Rechtsregeln subsumierbar sein, die den einzelnen Obligationen gemeinsam sind²⁸⁷.

Das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis entsteht durch den Vertrag, also durch die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung²⁸⁸. Es hat eine einzelne Handlung zum Gegenstand, die für *Savigny* der persönlichen Freiheit im Ganzen gegenübersteht. Er bezeichnet sie als Leistung oder Erfüllung²⁸⁹. Die rechtsgeschäftliche Obligation beschränke sich jedoch nicht stets auf diese eine Handlung. Sie könne als Organismus vielmehr alle fortgesetzten, zusammenhängenden Tätigkeiten erfassen²⁹⁰. Damit wurde auch die „vertragliche Haftung“ zu einer rechtsgeschäftlichen Obligation, wie sich an seiner Lehre von der Metamorphose zeigt: *Savigny* bezeichnete die Ereignisse, die den Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirken, als juristische Tatsachen²⁹¹. Dann führte er in Bezug auf die Umwandlung des Rechtsverhältnisses aus: „Wir gingen davon aus, als Wirkung der juristischen Thatsachen entweder die Entstehung oder den Untergang der Rechtsverhältnisse zu bezeichnen. Es giebt jedoch viele und wichtige unter diesen Thatsachen, deren Wirkung weder dem einen noch dem andern jeder Momente rein zugerechnet werden kann, indem sie vielmehr als gemischt aus beiden erscheint. Eine solche gemischte Wirkung juristischer Thatsachen ist die Umwandlung oder Metamorphose der Rechtsverhältnisse.“²⁹² Und diese

²⁸⁶ *Savigny*, System III, § 140 S. 307.

²⁸⁷ *Savigny*, Obligationenrecht II, § 52 7f.

²⁸⁸ *Savigny*, System III, § 140 S. 309; ders., Obligationenrecht II § 52 S. 7f.

²⁸⁹ *Savigny*, Obligationenrecht I § 2 S. 9.

²⁹⁰ *Savigny*, Obligationenrecht I § 2 S. 6.

²⁹¹ *Savigny*, System III, § 104, S. 3.

²⁹² *Savigny*, System III, § 104, S. 4. Auch ders., System I, § 59, S. 393.

Umwandlungsform des eigentlichen Schuldverhältnisses nannte er Nebenverbindlichkeit. Mit der Nebenverbindlichkeit meinte *Savigny* ohne Zweifel das vertragliche Haftungsverhältnis²⁹³.

Die Einordnung der Nebenverbindlichkeit führte allerdings dazu, dass die culpa ihre eigenständige Stellung verlor. Die culpa, die aus naturrechtlicher Sicht eine eigenständige obligatio begründete, diente für *Savigny* nur dazu, eine bereits bestehenden obligatio umzugestalten. Sie modifiziere eine leistungsverpflichtende obligatio zu einer Schadensersatzverpflichtenden²⁹⁴, und zwar unter Beibehaltung ihrer Identität.

Da *Savigny* die Nebenverbindlichkeit in das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis einordnete, musste er auch seine Pandektenvorlesung neu gliedern. In den frühen Vorlesungen hatte er die Nichterfüllung im heutigen Sinne - Heises unter naturrechtlichem Einfluss entstandener Gliederung entsprechend²⁹⁵ - unter dem Abschnitt „Entstehung von Rechtsverhältnissen“ bei den unerlaubten Handlungen abgehandelt.²⁹⁶ Die vertragliche Haftung sah er damals noch als ein eigenständiges Rechtsverhältnis, das vom Leistungsverhältnis unabhängig war. Später trug er die Problematik dann in den allgemeinen Lehren bei den unerlaubten Handlungen vor. Schlussendlich behandelte er die Lehre von *dolus*, *culpa*, schuldlosen Handlungen und *mora* unter der Rubrik „Vertrag“.²⁹⁷

b. Das deliktische Rechtsverhältnis

Savigny sah die Grundlage eines jeden Delikts in der Rechtsverletzung. Jedoch sollte nicht jede Rechtsverletzung eine deliktische Handlung darstellen. Um ein Delikt zu begründen, musste die Rechtsverletzung vielmehr eine eigene, selbständige Obligation ent-

²⁹³ Näheres bei Würthwein, Vertragsverletzungen, S. 187f.

²⁹⁴ Hier stellt Würthwein entgegen der Annahme Wollschlägers fest, dass *Savigny* mit dem Begriff der culpa eine schuldhafte Rechtsverletzung gemeint hat, nicht nur eine subjektive Zurechnungsnorm. (ders., Vertragsverletzungen, S. 187f.)

²⁹⁵ Heise, Grundriss, III 2 2.

²⁹⁶ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 254ff.

²⁹⁷ *Savigny*, Obligationenrecht II. Dazu vgl. Würthwein, S. 186f.

stehen lassen. Davon grenzte er diejenigen Rechtsverletzungen ab, die „auf den einfachen Rechtsschutz [gerichtet waren], das heißt auf die Abwehr oder Herstellung, welche bewirkt werden soll, wenn die wahre Rechtsgränze zwischen zwei Personen verrückt worden ist“²⁹⁸. Denn „dieser Rechtsschutz ... besteht in der Zurückführung des tatsächlichen Zustandes auf das wahre Rechtgebiet, also in der Beseitigung einer Herrschaft, die von Demjenigen ausgeübt wird, dem sie nicht gebührt, und welche wir auch ausdrücken können als ein rechtswidriges, ungebührliches Haben.“²⁹⁹ Als Beispiele für solche auf den „einfachen Rechtsschutz“ gerichtete Rechtsverletzungen nannte *Savigny* die Klagen aus den dinglichen Rechten – also insbesondere aus dem Eigentum, den Servituten und dem Pfandrecht – und die Klagen aus vertraglichen Rechten – also etwa aus Darlehen, Kauf oder anderen Verträgen. „Diese letzten Klagen gehören dahin, ohne Unterschied, ob sie auf die verweigerte Erfüllung des Vertrags unmittelbar gerichtet werden, oder auf die durch Dolus, Culpa, Mora herbeigeführte Modification in dem ursprünglichen Inhalt des Vertrags.“³⁰⁰ Demgegenüber ist das deliktische Rechtsverhältnis stets auf die Privatstrafe gerichtet, wodurch das Vermögen vom Verletzer auf den Verletzten verschoben werden soll³⁰¹. Und ferner: „Sie [die Obligationen aus Delicten] unterscheiden sich von anderen Obligationen dadurch, dass sie stets mit einer rechtswidrigen Gesinnung in Verbindung stehen, mag nun diese in einer auf Rechtsverletzung gerichteten Absicht bestehen (Dolus), oder in dem Mangel der zu aller Rechtsordnung erforderlichen Besonnenheit (Culpa). Daher sind sie nur möglich unter Voraussetzung der Fähigkeit zur Zurechnung in der Person des Schuldners.“³⁰²

Welche Fälle konkret zu diesen Deliktsobligationen gezählt werden sollten, beantwortete *Savigny* allerdings nicht, wohl weil er keinen allgemeinen Haftungstatbestand gefunden hatte, der in der Lage war, das deliktische Schuldverhältnis zu vereinheitlichen. Hätte er der culpa in der obligatio ex delicto den gleichen Sinn wie in der obliga-

²⁹⁸ *Savigny*, Obligationenrecht II § 82 S. 293.

²⁹⁹ *Savigny*, Obligationenrecht II § 82 S. 293f.

³⁰⁰ *Savigny*, Obligationenrecht II, § 82 S. 293f.

³⁰¹ *Savigny*, Obligationenrecht II §§ 82, 83 S. 294ff.

³⁰² *Savigny*, Obligationenrecht II § 82 S. 295.

tio ex contractu gegeben, hätte er der culpa also auch dort ihre eigenständige Stellung genommen, so hätte er ein anderes Merkmal benötigt, um die Eigenständigkeit der deliktischen Haftung zu begründen. Einen solchen Rechtfertigungsgrund konnte er jedoch nicht finden. Er fand lediglich einzelne kasuistische Merkmale, die bereits in der Lex Aquilia enthalten waren³⁰³. Folglich musste er die Aufgabe offen lassen, die privatrechtlichen Dichotomie durch die Findung des inneren Rechtfertigungsgrundes zu vollenden: „Und so könnte man zweifeln, ob es sich rechtfertigen lasse, in dem besonderen Theil des Obligationenrechts die Delictsobligationen, als einen zweiten Haupttheil, neben die einzelnen Obligationen aus Verträgen zu stellen. Dennoch dürfen wir diese Anordnung der Obligationen nicht aufgeben. Selbst wenn wir davon absehen wollten, dass aus inneren Gründen der Gegensatz der Verträge und Delicte, als der Hauptentstehungsgründe der Obligationen, festgehalten werden muß, ist auch eine befriedigende Einsicht in den Zusammenhang des Römischen Obligationenrechts nur auf diesem Wege zu gewinnen. Hier konnte es nur darauf ankommen, die Grundsätze aufzustellen; dem besondern Theil des Obligationenrechts aber muß es vorbehalten bleiben, bei den einzelnen Obligationen ihre Bedeutung im System des Römischen Rechts darzustellen.“³⁰⁴

³⁰³ Savigny, Obligationenrecht II § 84 S. 312ff.

³⁰⁴ Savigny, Obligationenrecht II § 84 S. 329f.

(3) Die Rechtfertigungsversuche der Savigny'schen Dichotomie

Die Lehre von *Savigny* über die Dichotomie des Schuldverhältnisses setzte sich in der damaligen Rechtswissenschaft schnell durch³⁰⁵. Beispielsweise lehrte *Wächter* im Anschluss an *Savigny*, dass eine unerlaubte Handlung entweder an sich widerrechtlich sein könne oder nur in Beziehung auf ein besonderes Verpflichtungsverhältnis des Verletzers, welches dann durch die verletzende Handlung nur eine Modifizierung erfahre³⁰⁶. Auch *Windscheid* differenzierte unter der Überschrift „Unerlaubtes Verhalten“ zwei Arten: Rechtsverletzung, d. h. Verletzung eines subjektiven Rechts und Verbotenes Verhalten (Vergehen, Delict)³⁰⁷. In dem ersten Fall setze sich das ursprüngliche Forderungsrecht in veränderter Weise fort, ohne seine Existenz zu verlieren: „Daher dauern, soweit die Umgestaltung nicht reicht, alle anderen rechtlichen Bestimmtheiten des Forderungsrechtes fort, so namentlich Einreden, Privilegien, Pfandrechte, Bürgerschaften, andere Accessionen.“³⁰⁸ Für problematisch hielt man nur, wie man die ursprüngliche rechtsgeschäftliche obligatio und die – etwa durch die culpa – modifizierte obligatio einheitlich erklären könne oder welcher konkrete Unterschied zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung bestehe. Fraglich war damit der Rechtsgrund der vertraglichen Haftung.

Dernburg suchte den Grund der vertraglichen Haftung in der Vereinbarung selbst. Er vermutete, die Römer hätten die als unvollkommen und unzulänglich empfundene Verschuldenshaftung der Kontraktschuldner dadurch überwunden, „dass indirekt und unausgesprochen in der Eingehung von Verbindlichkeiten auch die Übernahme einer weitgehenden Haftung für Verschuldung liege.“³⁰⁹ Demgegenüber

³⁰⁵ Vgl. Würthwein, Vertragsverletzungen, S. 194ff.

³⁰⁶ Wächter, Pandekten I § 89 I

³⁰⁷ Windscheid, Pandekten I § 101 S. 322ff.

³⁰⁸ Windscheid, Pandekten II § 327 S. 263f. Fn. 1.

³⁰⁹ Dernburg, Pandekten II § 36 S. 97f. Seine Begründung für die vertragliche Haftung wurde allerdings später verzichtet (Vgl. Würthwein, Vertragsverletzungen, S. 197)

habe der Grund der deliktischen Obligation in der schuldhaften Handlung bestanden, die mit keinem Vertrag zusammenhänge³¹⁰. Bemerkenswert ist aber, dass Dernburg die römische Haupteinteilung in Kontraks- und in Deliktobligationen für nicht mehr verwertbar hielt. „Denn die Deliktsklage verfolgen derzeit wenigstens zum bei weitem größten Theile nicht mehr Strafzwecke, sondern nur Vermögensentschädigung und stehen daher weder prinzipiell noch in den einzelnen Rechtssätzen in einem schroffen Gegensatze gegen die übrigen vermögensrechtlichen Obligationen.“³¹¹

Keller, ein Schüler von *Savigny*, unterschied die beiden Haftungen danach, welche Pflichten verletzt wurden. Er lehnte zunächst den naturrechtlichen Ausgangspunkt des „*neminem laedere*“ ab: „Der Begriff des Schadens ist an und für sich ein juristisch ganz indifferenter, und es gibt nichts Unrichtigeres, als den absoluten Satz, dass Niemand dem Anderen Schaden verursachen, oder dass Niemand sich mit dem Schaden des Anderen bereichern dürfe und was dergleichen mehr ist.“³¹² Der Begriff des Schadens wird ihm zufolge erst dadurch juristisch interessant, dass sich damit eine Rechtsverletzung als Schadensursache verbinde. Er unterschied dann zwei Formen der Rechtspflicht: die negative Bürgerpflicht und die positive obligatorische Pflicht und wies jeder Pflichtverletzung einen eigenen dogmatischen Platz zu: „Bei jedem Delict wird in bestimmter Art und Umfang und in bestimmter Richtung gegen ein oder mehrere einzelne Rechtssubjecte eine negative Pflicht verletzt, welche dem Urheber wie jedem Anderen gegen den Betroffenen wie gegen jeden Anderen oblag.“³¹³ Der einzelne könne allerdings „zu einem bestimmten Anderen durch Vertrag oder sonst in mancherlei andere Pflichtverhältnisse treten, welche ihn diesem gegenüber für absichtlich zugefügten oder durch culpa veranlassten oder gar für zufällig eingetretenen Schaden in

³¹⁰ Dernburg, Pandekten II § 6 S. 15ff. Bereits Thibaut, Pandekten II, § 473 S. 28 verneinte anlässlich der Erörterung der Konkurrenzproblematik ausdrücklich den Zusammenhang beider Formen.

³¹¹ Dernburg, Pandekten II § 6 S. 16.

³¹² Keller, Pandekten § 249 S. 488f.

³¹³ Keller, Pandekten § 249 S. 488.

gewisser Art verantwortlich oder ersatzpflichtig machen, und solche Pflichtverhältnisse sind namentlich die meisten Obligationen.“³¹⁴

³¹⁴ Keller, Pandekten § 249 S. 489. Allerdings leitet er aus Obligation zwei Art der Pflichten ab, namentlich Hauptverpflichtungen und Nebenverpflichtungen: „Wer in solchen (Obligationen) steht, wird oft gerade durch die allgemeine oder besondere Natur derselben neben den Hauptleistungen, worauf sie gerichtet ist, zu einer gewissen Handlungsweise verbindlich, die ihm ohne diese Obligation Niemand zumuthen könnte, von welcher aber gerade er nicht abweichen darf, ohne sich für den Schaden, der durch diese Abweichung veranlasst wird, verantwortlich und ersatzpflichtig zu machen.“

2. Weitere Entwicklungen nach Savigny bis zur Kodifikation des BGB

(1) Die Beschränkung der deliktischen Haftung

Indem *Savigny* vertragliche und deliktische Haftung streng voneinander trennte, zerstörte er die allgemeine Haftungslehre; die culpa verlor ihre im Naturrecht gewonnene haftungsbegründende Stellung. Deshalb brauchte man zur Begründung der eigenständigen Haftung neben der culpa noch weitere objektive Elemente. Diesen Legitimationsgrund des Haftungsverhältnisses fand die historische Schule – ihrem Namen entsprechend – im römischen Recht, nämlich in der mit den einzelnen Klagen verbundenen *lex Aquilia*. Sie konnte allerdings nicht von der damals schon erweiterten *lex Aquilia* Gebrauch machen, weil sie so wieder eine mit der culpa verbundene allgemeine Haftung hätte anerkennen müssen. Im Endeffekt beschränkte sie die *Lex Aquilia* deshalb wieder auf ihren ursprünglichen Umfang³¹⁵. *Keller* zeigte diese „Zurücksetzung“ der *lex Aquilia*: „Die weitere und unbeschränkte Ausdehnung der *actio legis Aquiliae* über das hinaus, was wir als die äusserste Gränze der Römischen *actio utilis* oder in *factum* bezeichnet haben, wie die moderne Praxis und auch vor kurzem noch die Theorie, gestützt auf d. §. F. I., diese Ausdehnung versucht hat, namentlich auf alle möglichen ökonomischen Schäden, selbst ohne verletzte oder auch nur abhanden gekommene körperliche Sachen, sobald nur irgend ein Billigkeitsgrund für Ersatz vorhanden zu sein scheine, ist durchaus zu verwerfen.“³¹⁶ Auch *Windscheid*, der bekanntlich großen Einfluss auf die Kodifikation des BGB hatte, lehnte es ab, die *lex Aquilia* über das Moment der Scha-

³¹⁵ Dernburg, *Pandekten* II, § 135 S. 354 sah den Grund dieser Einschränkung darin an, dass sich das gemeine Recht seinerzeit ausschließlich auf den Boden der römischen Quellen stellte, und dass es eine so allgemeine außerkontraktliche Schadensklage als zu vag und als für den Verkehr bedenklich ansah.

³¹⁶ Keller, *Pandekten*, § 356 S. 683.

denzufügung an einer körperlichen Sache hinaus anzuwenden³¹⁷. Als Folge haftete der Schädiger auf Grund der *lex Aquilia* nicht mehr für die reine Vermögensverletzung, es sei denn, dass sie auf *dolus* beruhte. Außerdem galt die Gleichstellung der *lata culpa* mit dem *dolus* nur noch im Rahmen des kontraktlichen Verhältnisses, wohingegen sie im deliktischen Bereich abgelehnt wurde³¹⁸.

Dieser gemeinrechtlichen Lehre folgte die Jurisprudenz. Das Reichsoberhandelsgericht sagte: „Die Haftung *ex lege Aquilia* selbst in ihrer weitesten Ausdehnung ist stets beschränkt geblieben und noch heute im gemeinen Recht beschränkt auf den Fall eines durch eine *culposa* Handlung in Beziehung auf eine körperliche Sache herbeigeführten Schadens. Das gemeine Recht kennt keinen Rechtssatz, dass Jeder den durch seine Schuld (...) entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei (...); eine Haftung für bloße *culpa*, insbesondere auch für *culpa lata* außerhalb bestehender Rechtsverhältnisse kennt das gemeine Recht nur auf dem Gebiet der Sachbeschädigung.“³¹⁹ Das Reichsgericht übernahm diese Entscheidung ausdrücklich: „In außerkontraktlichen Verhältnissen besteht nach gemeinem Rechte eine allgemeine Verpflichtung zum Ersatze verursachten Schadens nur im Falle des *Dolus*, nicht auch im Falle bloßer *Culpa*.“³²⁰

(2) Die Ausdehnung des vertraglichen Haftungsrechts

Die *Savigny*'sche Haftungslehre führte zur Ausdehnung des vertraglichen Haftungsrechts. Neben der Verletzung von Pflichten, die aus der Vereinbarung abzuleiten sind, bedurfte es weiterer Pflichten, um das vertragliche Schuldverhältnis genügend zu schützen. Wer in Pflichtverhältnissen stehe, werde – so *Keller* – nicht nur zur Hauptleistung verpflichtet, sondern ihrer allgemeinen oder besonderen Natur wegen auch zu anderen Handlungen, die ihm ohne diese Obligation niemand zumuten könne, von welcher aber gerade er nicht abweichen dürfe,

³¹⁷ Windscheid, *Pandekten* II, § 455 S. 570 Fn. 6)

³¹⁸ Jhering, *Jh. Jb.* 4. 1 (12); Hesse *AcP* 61, 203ff.

³¹⁹ Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 10, 402 (404).

³²⁰ *RGZ* 9, 158 (163)

ohne sich für den Schaden, der durch diese Abweichung veranlasst werde, verantwortlich und ersatzpflichtig zu machen. Er führte in Bezug auf den Charakter dieser Verpflichtungen weiter aus: „Hier nimmt die Pflicht allerdings einen mehr positiven Charakter an, als dort, namentlich den einer gewissen Sorge und gewissenhaften Rücksicht für das Interesse des Anderen in der durch die Obligation gegebenen Beziehung, während dort die rein negative Pflicht zum Grunde lag, die Rechte der Anderen in der durch das fragliche Delict gegebenen Form nicht zu verletzen, das heisst diejenige Art von Handlungen nicht zu begehen, worin das Delict besteht. Nur darf man dies nicht so concret verstehen, als ob dort immer durch ein Thun, hier immer durch ein Unterlassen unmittelbar gefehlt würde, mit anderen Worten, als ob es sich bei den Delicten immer um dolus oder culpa in faciendo, bei den Obligationen um solche in non faciendo handeln würde“³²¹. Keller erkannte damit die weiteren Verhaltenspflichten an. Jedoch seien sie nur auf „das Interesse des Anderen in der durch die Obligation gegebenen Beziehung“ gerichtet, da sie zu ihrer Entstehung den wirksamen Vertrag voraussetzten. Folglich entsprachen sie nicht völlig den heutigen Schutzpflichten, die bekanntlich unabhängig von der Wirksamkeit des Vertrags bestehen.

Schutzpflichten finden sich auch in der Lehre *Jherings*. Sein Ausgangspunkt war *Savignys* Festlegung, eine vertragliche Haftung vor der Entstehung des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses zu verneinen. *Jhering* stellte zunächst fest, dass das auf dem römischen Recht beruhende und von *Savigny* begründete Pandektenrecht die Frage, „ob nicht der irrende Theil dem Gegner auf Ersatz des durch seine Schuld ihm verursachten Schaden hafte“,³²² verneinen musste. „Denn da der Contract nicht zu Stande gekommen ist, so kann von einer Anwendbarkeit der Grundsätze über contractliche culpa nicht die Rede sein, unter die der außercontractlichen, der act. legis Aquiliae, lässt sich der Fall ebenso wenig bringen.“³²³ Dann wies er die

³²¹ Keller, Pandekten § 249 (S. 489).

³²² Jhering, Jh. Jb. 4 1 (2).

³²³ Jhering, Jh. Jb. 4 1 (2). Bereits Savigny, System III, § 138 S. 294 und 295 Fn. d) hat dies zum Ausdruck gebracht: „War z.B. im Vertrag ausgesprochen, dass das Gefäß von Gold sey, und der Preis war für ein goldnes Gefäß nur mäßig, so würde der Käufer wünschen, den

Unbilligkeit dieses Ergebnisses beispielhaft an einigen gerichtlichen Urteilen, wie etwa dem berühmten Telegrammfall, nach: „Das Haus X in Köln beauftragt das Banquierhaus Z in Frankfurt durch telegraphische Depesche, auf seine Rechnung einen namhaften Betrag gewisser Staatspapiere zu verkaufen, durch irgend ein bei der Beförderung der Depesche vorgekommenes Versehen bleibt aber das ‚ver‘ in ‚verkaufen‘ aus, und die Depesche wird in dieser Fassung dem Mandaten zugestellt und von ihm ausgeführt. Da die bezeichneten Papiere gleich darauf eine beträchtliche Coursverminderung erfuhren, so war die Differenz eine sehr beträchtliche, sie betrug, wie ich meine, in die 30,000 Fl. Konnte Z dieselbe von X ersetzt verlangen? Letzterer bestritt dies, weil das Mandat, wie jeder Vertrag, Consens voraussetze, es daran aber im vorliegenden Fall gefehlt habe. Gleichwohl ward er von der erkennenden Behörde verurtheilt.“³²⁴ Letztlich brauchte man dafür ein anderes theoretisches Mittel, nämlich die culpa in contrahendo.³²⁵

Allerdings suchte *Jhering* die Grundlage dieser Haftung nicht in der actio legis Aquiliae. Seine culpa in contrahendo weist vielmehr einen vertraglichen Charakter auf, wenn er sagt: Bei dem genannten Fall „wird die culpa begangen bei Gelegenheit eines intendirten Contractsverhältnisses, der eine Theil ist dadurch in Schaden gerathen, dass er einen ihm von andern proponirten und dem äußern Hergang nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte. Damit hatte ich ein feste Angränzung des Gebiets unserer culpa gewonnen, näm-

Vertrag als gültig zu behandeln und die Differenz des Werths zu verlangen; dieses kann er nun nicht, weil gar kein Vertrag geschlossen ist, selbst wenn der Verkäufer in dolo war. Allein dieser Betrug wird freylich selbstständige Folgen haben können, unabhängig von dem Vertrag; der unredliche Verkäufer also muß den Käufer entschädigen, wenn dieser durch das nunmehr als nichtig erkannte, Geschäft irgend einen Verlust erlitten hat.“ „Ganz unrichtig nehmen Manche an, der irrende Verkäufer sey wegen Culpa verantwortlich. Culpa ist gar nicht allgemein eine causa obligationis, wie es der Betrug allerdings ist. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden ist (der hier fehlt), da ist dieser eine causa obligationis, und die daraus entspringende Obligation kann durch Culpa, wie durch Betrug, modificirt und erhöht werden.“

³²⁴ Jhering, Jh. Jb. 4 1 (6).

³²⁵ Jhering, Jh. Jb. 4 1 (7).

lich die der culpa bei Abschluß von Contracten: culpa in contrahendo.“³²⁶

3. Die Gesetzgebung des BGB

(1) Die deliktische Haftung

Der erste Entwurf des BGB sah bekanntlich eine Generalklausel vor, wie sie auch in den damaligen Kodifikationen enthalten war (code civil, ALR ABGB usw)³²⁷. § 704 E S. 1 lautete: „Hat jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung – Thun oder Unterlassen – einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen musste, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.“ Dabei ging es um den schutzwürdigen Rechtskreis des Einzelnen, der nicht nur die dinglichen Rechte wie die Persönlichkeitsrechte, sondern auch die eigentlichen Vermögensrechte wie die obligatorischen Rechte umfassen sollte. Die zweite Kommission lehnte diese Generalklausel indessen ab. In § 704 E S. 2³²⁸ wollte sie nur die Verletzung dinglicher Rechte und bestimmter Persönlichkeitsgüter als Haftungstatbestand beibehalten. Den Standpunkt des ersten Entwurfs hielt sie für innerlich unbegründet, da er zu unangemessenen Ergebnissen führe. Es gehe zu weit, jedem Beschädigten ein Recht auf Entschädigung zu gewähren,

³²⁶ Jhering, Jh. Jb. 4 1 (7).

³²⁷ Vgl. Motive II S. 724ff.

³²⁸ „Hat jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen.“

ohne dass es darauf ankomme, ob das verletzte Gesetz zum Schutze der geschädigten Interessen bestimmt sei³²⁹.

(2) Die allgemeine vertragliche Haftung

a. Der Entwurf *v. Kübels*

v. Kübel übernahm in seinen Vorentwurf zum BGB Savignys haftungsrechtlichen Grundgedanken. Mit ihm unterschied er die vertragliche und die deliktische Haftung. Die culpa sollte zu einer Modifikation der Obligation führen: „Nicht jede rechtsverletzende, unerlaubte Handlung führt aber zur Entstehung eines besonderen selbständigen Schuldverhältnisses; vielmehr sind vor allem diejenigen Handlungen auszuschließen, wodurch ein schon bestehendes Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Handelnden und einem Anderen verletzt wird und die Verletzung dieses Verpflichtungsverhältnisses es ist, welche die Handlung zu einer unerlaubten macht, wie dies insbesondere dann zutrifft, wenn Jemand zu einem Anderen in einem Obligationsverhältnisse steht und sich einer Verletzung der ihm durch dasselbe auferlegten Pflichten schuldig macht. In diesen Fällen entsteht aus der Rechtsverletzung nicht eine besondere Obligation, sondern es ist das verletzte Verpflichtungsverhältnis, in welchem der Anspruch des Verletzten seinen Grund hat und nach welchem der Anspruch in Art und Umfang sich richtet.“³³⁰ Das die Schadensersatzpflicht betreffende Schuldverhältnis war für ihn im vertraglichen Bereich also kein eigenes Schuldverhältnis, so dass er eine ausdrückliche Regelung für entbehrlich hielt. Denn das die Schadensersatzpflicht begründende Schuldverhältnis sollte gerade das eigentliche Verpflichtungsverhältnis sein.

v. Kübel ging außerdem in Bezug auf die Regelung des Schuldverhältnisses davon aus, „ein Versuch, den Inhalt und Umfang der Verpflichtung für jeden denkbaren Fall, für alle möglichen Gestaltungen der Verhältnisse zu regeln, müsste an der Vielseitigkeit und Unübersehbarkeit der Verkehrsbeziehungen und der Vorkommnisse im Le-

³²⁹ Protokolle II, S. 571.

³³⁰ Kübel I, 2, III, §§ 1-3, S. 1.

ben scheitern.“³³¹ Aus diesem Grund verzichtete er letztlich darauf, die objektiven Haftungsvoraussetzungen ausdrücklich zu regeln. Er begnügte sich vielmehr mit einer Regelung des subjektiven Tatbestands.

In diesem Sinne bestimmten die §§ 196 ff. seines Vorentwurfs - § 196: „Die in einem Schuldverhältnisse Stehenden sind sich gegenseitig verpflichtet, die daraus für sie entspringenden Verbindlichkeiten redlich und unter Aufwendung desjenigen Grades der Sorgfalt zu erfüllen, welchen sie versprochen haben oder zu welchem sie gesetzlich verpflichtet sind.“ Im Anschluss daran regelten die §§ 197 und 198 den Grad des Verschuldens - § 197: „Die in einem Schuldverhältnisse Stehenden haften sich gegenseitig nicht nur für absichtliche Verschuldung, sondern selbst für geringe Fahrlässigkeit. Letztere verschuldet, wer nicht diejenige Sorgfalt anwendet, welche ein sorgsamer Hausvater anzuwenden pflegt“ § 198: „Bezweckt ein auf Vertrag beruhendes Schuldverhältniß nach seiner Natur oder seinem Inhalt lediglich den Vortheil des einen Beteiligten, so haftet Diesem der andere Beteiligte nur für absichtliches Verschulden und grobe Fahrlässigkeit. Letzterer macht sich schuldig, wer nicht diejenige Sorgfalt anwendet, welche jeder gewöhnliche Mensch anzuwenden pflegt“. Aus all diesem ergibt sich, dass *v. Kübel* in den §§ 196 ff. nicht nur die Verpflichtungen der Parteien im Schuldverhältnis, sondern auch die allgemeine vertragliche Haftung, insbesondere die Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzung, regeln wollte.

b. § 224 E I

§ 224 E I, der an der Spitze des Titels „Inhalt der Schuldverhältnisse“ stand, hat die §§ 196, 197, 198 des Vorentwurfs als „Verpflichtung zur Leistung“ zusammengefasst: „Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken. Er haftet nicht bloß wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit.“ Im Vergleich zum Vorentwurf *v. Kübels* fällt die Einführung des vertraglichen objektiven Haftungstatbestands, nämlich der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit, ins Auge. Die erste Kommission wollte näm-

³³¹ Kübel I, 3, I zu §§ 196-198. S. 2.

lich ohne Zweifel die Vertragspartner für die schuldhaftige Nichterfüllung haften lassen. Dies ist den Motiven zu § 224 E I eindeutig zu entnehmen: „Die Vorschrift (Abs. 1 Satz 1), dass der Schuldner verpflichtet sei, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken, könnte als selbstverständlich erscheinen. Es ist jedoch eine ausdrückliche Hinweisung darauf, dass die Verpflichtung ihrem ganzen Umfange nach, insbesondere auch in Ansehung aller Nebenpunkte, zu erfüllen sei, nicht unnöthig. Es ist weder dem Gesetze, noch für die Regel dem Geschäftsverkehre möglich, den Umfang und Inhalt einer Schuldverbindlichkeit nach allen Richtungen und Nebenpunkten genau zu beschreiben“³³²

c. § 276 BGB aF

§ 224 E Abs. 1 S. 1 und S. 2 wurde im Gesetzgebungsverfahren allerdings in zwei Vorschriften aufgeteilt, jener ist zu § 242, dieser zu § 276 aF geworden³³³. Wie bereits *Himmelschein*³³⁴ nachgewiesen hat, beruhte diese Trennung auf einem Fehler bei der Gesetzesredaktion. Die Gesetzesverfasser gingen beim Schadensersatz von einer Leistungspflicht in forma specifica aus. Der Schuldner hatte dort grundsätzlich genauso zu leisten, wie er es versprochen hatte. Er konnte sich damit durch die Leistung des Schadensersatzes nicht von der Naturalerfüllung freimachen, soweit die Leistung noch möglich war. Die spezifische Erfüllungspflicht schied nur dann aus, wenn sie unmöglich wurde. Diese Grundvorstellung zeigte sich bereits in den Motiven³³⁵: „Durch die Vorschrift des § 240 in Verbindung mit derjenigen der §§ 242, 243 ist des Weiteren der Grundsatz des franz. und schweiz. Rechtes abgelehnt, wonach sich die Verbindlichkeit, etwas zu thun, im Falle des Verzuges sofort in die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auflöst. Nur wenn die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung feststeht bzw. auf dem Wege des § 243

³³² Motive II, S. 26.

³³³ Dazu Jakobs-Schubert, S. 252f; Mugdan II, S. 521. (Würthwein, Vertragsverletzungen, S. 262)

³³⁴ *Himmelschein*, AcP 135 (1932), 255ff.; ders., AcP 158 (1959/1960), 273ff.

³³⁵ Motiv II, S. 49f.

kann der Gläubiger das Interesse wegen Nichterfüllung fordern. (...) Aus den Vorschriften der §§ 240, 243, wie aus dem § 224 folgt auch, dass der Schuldner nicht nach seinem Belieben etwa dem Gläubiger statt der Naturalerfüllung die Leistung des Interesse aufdrängen kann.“

Für die zweite Kommission erschien allerdings der Grundsatz der Naturalrestitution in § 224 E Abs. 1 nicht deutlich genug ausgesagt. Sie forderte daher die Redaktionskommission auf, zu überprüfen, „ob sich nicht durch eine andere Fassung verdeutlichen lasse, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen als feststehend gelte, dass die Verbindlichkeit nicht erfüllt werde, und der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könne, nicht hier, sondern erst in den §§ 237 ff zur Entscheidung gelange.“³³⁶ Die Redaktionskommission trennte daraufhin § 224 E Abs. 1 in § 242 und § 276 aF und setzte letztere Norm mitten in die Unmöglichkeitstheorie, also zwischen §§ 275, 280 aF.

Die Mitglieder der Redaktionskommission schätzten allerdings die Folgen dieser redaktionellen Umstellung nicht richtig ein. Die Redaktion führte nämlich zu unerwünschten Ergebnissen, die von Staub als eine riesige „Lücke“ bezeichnet wurden. Diese Umstellung kehrte zunächst das Verhältnis zwischen Grundsatz und besonderen einzelnen Fällen um, so dass § 276 nur die Haftungsvoraussetzungen für die nachträgliche Unmöglichkeit zu regeln schien, als habe bei Vorsatz und Fahrlässigkeit der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten³³⁷. Die Redaktionskommission strich außerdem die Formulierung über den objektiven Tatbestand „wegen Nichterfüllung der Leistung“ und ersetzte den Begriff „haften“ durch „vertreten“. Das erweckte den Eindruck, dass der objektive Tatbestand in einer anderen Vorschrift zu finden wäre. Im Endeffekt verlor § 276 aF seinen haftungsrechtlichen Charakter³³⁸.

³³⁶ Protokolle I, S. 303

³³⁷ Himmelschein, AcP 135 (1932), 278; Huber, Vertragsverletzungen, S. 842; Larenz AS, § 24 I a)

³³⁸ Dazu nur Larenz, AS, § 24 I a) S. 338; „§276 BGB ist, seiner Stellung und Formulierung nach, kein selbständiger Rechtssatz, der an einen Tatbestand eine Rechtsfolge knüpft, sondern besagt lediglich, in welchem Sinne das Gesetz den im Tatbestand verschiedener Normen

Das BGB wies – so verstanden – jene riesengroße Lücke auf³³⁹. Im Gesetz war der Schadensersatz nur für zwei Fälle der schuldhaften Nichterfüllung vorgesehen: für die schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung und für den Verzug. Dagegen enthielt das BGB keine derartige Vorschrift für die zahlreichen Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder eine Leistung fehlerhaft bewirkt. Insoweit hatte *Staub* recht³⁴⁰. Eine Schadensersatzforderung wegen sonstiger Verletzungen der Vertragspflicht konnte nämlich dem Gesetz nicht unmittelbar entnommen werden. Deshalb hat *Staub* auf der Anerkennung der sog. positiven Vertragsverletzung bestanden, die auf Grund sonstiger Verletzungen der Vertragspflicht den Schadensersatz begründen kann. Als gesetzliche Grundlage berief er sich auf den Grundgedanken des § 286 aF: „Man ist hiernach berechtigt, auf Grund der nach der ganzen Sachlage nahe liegenden und zwingenden Analogie des § 286 [aF] anzunehmen, dass ein Rechtsgrundsatz besteht, wonach derjenige, der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletzt, dem anderen Teil den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen hat.“³⁴¹

Legt man das Gesetz systematisch aus, sieht man in § 276 aF keine allgemeine vertragliche Haftungsregelung. Anderes gilt jedoch im Rahmen der historischen Auslegung. Zwischen beiden muss man eine Wahl treffen. Wenn die Lücke einzig auf dem Fehler der Redaktionskommission beruhte, hätte es nicht der Einführung eines neuen Rechtsinstituts bedurft. Es wäre dann besser gewesen, durch die historische Auslegung die Kontinuität zu wahren. Die vorliegende Arbeit stimmt daher der Ansicht *Himmelscheins* zu³⁴².

(§§ 275, 280, 285, 323ff) gebrauchten Ausdruck „ein vom Schuldner zu vertretender Umstand“ verstanden willen will“

³³⁹ 1904 hat er die Monographie „Die positive Vertragsverletzungen“ (zit. Staub, pVV) veröffentlicht. Diese Monographie enthält in den ersten Abschnitten die bereits 1902 veröffentlichte Abhandlung. Außerdem geht er hier auf die nachträglich erfolgte Kritik und Zustimmung ein. Im folgenden wird stets diese Monographie zitiert.

³⁴⁰ Staub, pVV, S. 5.

³⁴¹ Staub, pVV, S. 15. Siehe auch S. 35.

³⁴² Würthwein, Vertragsverletzungen, S. 185f. widerspricht der Annahme Wollschlägers von der vertraglichen Haftungslehre Savignys, er

III. Der Wandel der Savigny'schen Dichotomie im 20. Jahrhundert

1. Die Entwicklung der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung

Wie oben dargestellt wurde, übernahm das BGB das von *Savigny* begründete, vom gemeinem Recht im 19. Jahrhundert weiter entwickelte Privatrechtssystem. Dessen schwächster Punkt lag darin, dass es die culpa in contrahendo mangels Vertrages nicht als rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis erklären konnte. Diese Problematik ließ die Rechtswissenschaftler *Savignys* haftungsrechtliche Dichotomie noch einmal gründlich mit dem Ziel überprüfen, sie in gewissem Maß zu verändern oder gänzlich zu überwinden. Dabei spielte die Vertrauenslehre eine große Rolle. Im Folgenden wird die weitere Entwicklung insbesondere bezogen auf die Vertrauenslehre gezeigt, in der die *Savigny'schen* Dichotomie einen Wandel erfahren hat. Dann wird die *Picker'sche* Ordnung des Haftungsrechts dargestellt. Denn *Picker* hat in Wiederanlehnung an die Naturrechtslehre das Wesen der Haftung zu erfassen versucht, um die genannten Probleme zu lösen.

(1) Die Entstehung der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung

Die savignysche Dichotomie, die das BGB übernommen hat, war trotz ihrer Weiterentwicklung immer noch ergänzungsbedürftig, da sie – wie gezeigt – eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluss nicht begründen konnte. *Savigny* war nämlich der Auffassung, dass dann, wenn der Kontrakt nicht zu Stande kommt, die Grundsätze über die vertragliche culpa nicht anwendbar seien³⁴³.

nimmt an, dass auch Savigny eine allgemeine vertragliche Haftung anerkannt hat.

³⁴³ Savigny, System III, S. 294f.

Dementsprechend konnten die Verfasser des BGB die culpa in contrahendo nicht allgemein berücksichtigen³⁴⁴. Schon v. Kübel, der Verfasser der Vorlagen für das allgemeine Schuldrecht und das Kaufrecht, berücksichtigte die allgemeine culpa in contrahendo nicht. In Bezug auf das Schuldverhältnis folgte er vielmehr der Lehre Savignys, so dass er in seinem Vorentwurf des BGB die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen erst mit dem Vertragsschluss entstehen ließ. Dies zeigte sich etwa in seiner Stellungnahme zur Gewährleistung des Verkäufers. Er gab nämlich dem Käufer auf Grund der Mangelhaftigkeit nur insoweit einen Schadensersatzanspruch, als der Verkäufer die Mängel absichtlich verschwiegen oder dem Käufer eine fehlende Eigenschaft zugesichert hatte³⁴⁵. Eine Haftung wegen Fahrlässigkeit beim Abschluss des Vertrags war hingegen kein Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer vorgesehen. Auf diese Stellungnahme stützen sich auch die späteren Verfasser des BGB³⁴⁶, die über §§ 241, 242 aF dann sogar klar zum Ausdruck brachten, dass der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses nur berechtigt sei, die vom Schuldner versprochene und nach Treu und Glauben zu bewirkende Leistung zu fordern. Das BGB enthielt vor der Reform also keine allgemeine Regelung über die culpa in contrahendo. Nur in bestimmten Fallgruppen, die dem durch von Jhering untersuchten Material entsprachen, ordnete es eine Schadensersatzpflicht an (§§ 122, 179, 309 usw.)³⁴⁷. Die Praxis forderte im 20. Jahrhundert dieses Institut jedoch mit Nachdruck. Die Rechtsprechung hat deshalb das Institut der culpa in contrahendo seit dem Linoleumrollen-Fall³⁴⁸ durchgängig anerkannt.

Neben der culpa in contrahendo wurde auch die allgemeine vertragliche Haftung von der Rechtsprechung anerkannt. Die Rechtsgrundlage dieser Haftung fand das Reichsgericht ursprünglich in § 276 aF, später – im Anschluss an Staub – in der positiven Vertragsverletzung.

³⁴⁴ Vgl. Canaris, JZ 1965, 475.

³⁴⁵ § 26 Abschnitt I, Tit. 2 I. 3. (Vgl. Freudling, Das Gewährleistungsrecht, S. 140)

³⁴⁶ Vgl. Flume, AcP 193 (1993), 89 (116f.).

³⁴⁷ Medicus, AS 14. Aufl., Rn. 103.

³⁴⁸ RGZ 78, 239.

Die positive Vertragsverletzung diene als Auffangtatbestand, um die Haftungslücke im BGB zu schließen³⁴⁹.

(2) Die Einordnung der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung

Mit der Anerkennung der sog. Schutzpflichten, die sowohl der culpa in contrahendo als auch der positiven Vertragsverletzung zugrunde liegen³⁵⁰, hat sich die Frage nach deren materieller Grundlage und damit nach ihrer dogmatischen Einordnung gestellt³⁵¹. Sie war insbesondere während der Reformarbeit ein heikles Thema³⁵², zumal die rechtliche Privilegierung des Gläubigers³⁵³ gegenüber demjenigen Verletzten, der zu dem Schädiger in keiner Sonderverbindung stand, nicht gerechtfertigt erscheint. Im Folgenden werden einige Einordnungsversuche gezeigt und gewürdigt.

a. Die herkömmliche Lehre

Nach der Kodifikation des BGB zählte die Rechtswissenschaft die culpa in contrahendo wie *Jhering* noch zum Vertragsrecht. *Siber* betonte etwa, es bestehe „natürlich ... kein Hindernis, solche vorvertraglichen Beziehungen durch einen eigenen vorbereitenden Vertrag zu regeln, der mangels Formvorschrift auch stillschweigend geschlossen werden kann.“³⁵⁴ Auch die Rechtsprechung hielt die culpa in contrahendo vor der Reform für ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis. So bejahte das Reichsgericht im Linoleum-Fall die Haftung, weil anerkannt sei, „dass sich aus einem Vertrag- oder Schuldverhält-

³⁴⁹ Dazu Näheres, siehe unten Kapitel 5 II.

³⁵⁰ Vgl. Canaris, JZ 19765, 475 (476f.).

³⁵¹ Dazu nur Picker, AcP 183 (1983), 371 (385ff.).

³⁵² Dazu Picker, AcP 183 (1983), 369ff; Flume, AcP 193 (1993), 89ff.

³⁵³ Dazu Picker, JZ 1987, 1041.

³⁵⁴ *Siber*, Jh. Jb. 70, 258f. Die Einordnung der Schutzpflichten in das Vertragsverhältnis findet sich auch bei Himmelschein, AcP 135 (1932), 255 (287f.).

nis Sorgfaltspflichten für Leben und Eigentum des Gegners ergeben können (...).“³⁵⁵

Die positive Vertragsverletzung, die von Lehre und Rechtsprechung in der Regel getrennt von der culpa in contrahendo behandelt wurde³⁵⁶, wurde – wie der Name schon sagt – ebenfalls als Fall einer Vertragsverletzung qualifiziert. Bevor die Rechtsprechung die Lehre von der positiven Vertragsverletzung übernahm, stützte sie den Ersatz von Vermögensschäden – wie schon oben erwähnt – auf § 276, der die Folgen schuldhafter Verletzung bestehender „Vertragspflichten“ regelt. *Staub* sprach im gleichen Sinne von dem Grundsatz, „dass die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht.“³⁵⁷

Positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo wurden häufig zur Lehre von den Schutzpflichten zusammengefasst³⁵⁸, die ihrerseits auf den Vertrag zurückgeführt wurden. *Larenz* meinte zu den Schutzpflichten etwa: „Über die im Verträge festgelegte Leistung hinaus schuldet jeder Vertragspartner dem anderen, allgemein gesprochen, ein ‚vertragsgerechtes Verhalten‘. Jedes Verhalten, das dieser Forderung widerspricht, ist ‚vertragswidrig‘, stellt eine ‚Vertragsverletzung‘ dar.“³⁵⁹

b. Bedenken gegen die herkömmliche Lehre

Die Einordnung der beiden Institute in das Vertragsrecht wurde in der modernen Rechtswissenschaft sehr heftig kritisiert³⁶⁰. Die Kritik fand

³⁵⁵ RGZ 78, 239 (240).

³⁵⁶ Canaris, JZ 1965, S. 475 (476).

³⁵⁷ Staub, Positive Vertragsverletzungen, S. 6.

³⁵⁸ Dazu übersichtlich Schur, Leistung und Sorgfalt, S. 6ff.

³⁵⁹ Larenz, AS § 24 I a) S. 336. Außerdem nennt er als weitere Verhaltenspflicht den Mißbrauch der Vertragsstellung dazu, zugunsten eigener, nicht vertragsgemäßer Belange eine vertragsgemäße Nutzung der Miet- oder Pachtsache durch den Mieter oder Pächter zu verhindern, die Störung der Vertragsgrundlage eines dauernden Vertragsverhältnisses usw. In der vorliegenden Arbeit umfasst der Begriff der Schutzpflicht diese übrigen Fälle.

³⁶⁰ Stoll, AcP 136, 257 (287ff.); Canaris, JZ 1965, 475.

ihren Ansatzpunkt vor allem im ungenügenden Schutz des Vertragspartners in der Zeit vor dem Vertragsschluss. Als Beispiel führte *Canaris* den Antiquitätenfall an: „Der Antiquitätenhändler A hat eine alte Holzplastik erworben, für die sich, wie er weiß, der Sammler S interessiert. Er bietet diesem telefonisch die Plastik zum Kauf an. S willigt sofort ein. Als er den Laden des A betritt, um die Skulptur abzuholen, kommt er durch Verschulden eines Angestellten zu Fall und verletzt sich. Nunmehr stellt sich heraus, dass die Plastik bereits vor dem Telefonat ohne Wissen des A durch einen Brand in dessen Lager vernichtet worden war. – Der Vertrag war nach § 306 [aF] nichtig. Dem S deswegen jedoch einen Ersatzanspruch über § 278 [aF] gegen A zu versagen, wäre kaum zu vertreten: Hätte er den Vertrag erst im Laden abschließen wollen und wäre er also vor dem Vertragsschluss zu Schaden gekommen, wäre bei im übrigen gleicher Sachlage ein Anspruch aus „culpa in contrahendo“ i. V. m. § 278 gegeben.“³⁶¹

Ferner wurde gegen die herkömmliche Lehre der unterschiedliche Charakter der Schutzpflichten und der Leistungspflichten ins Feld geführt: Die Leistungspflichten ergäben sich unmittelbar aus dem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis. Sie fänden ihre Grundlage damit ohne weiteres im Privatwillen der Vertragsparteien. Zwar erfordere die Privatautonomie die Rechtsordnung als Korrelat. Jedoch ändere dies nichts daran, weil sich die Rechtsordnung darauf beschränke, die privatautonome Gestaltung der Schuldverhältnisse anzuerkennen, was seit der Naturrechtslehre unstreitig sei. Deshalb könne man von Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung sprechen³⁶². Die Rechtsfolge etwa des Kaufvertrages trete ein, weil die Vertragspartner gewollt und vereinbart haben, dass der Verkäufer dem Käufer die verkaufte Ware zu liefern und der Käufer den vereinbarten Preis zu zahlen habe. Aus der Wurzel des Privatwillens ergebe sich die Positivität der Leistungspflicht. Denn die Vertragspartner wollten mit der Vereinbarung etwas positives, nicht negatives, erreichen.

Demgegenüber hätten die Schutzpflichten mit dem Vertrag, also dem Privatwillen, nichts zu tun. Dies könne man leicht daran erkennen,

³⁶¹ *Canaris*, JZ 1965, 475f.

³⁶² *Flume*, Rechtsgeschäft, § 13 (a).

dass die Schutzpflicht keinen wirksamen Vertrag und nicht einmal eine einseitige Willenserklärung voraussetze. Im einführenden Teppichladenfall habe damit der Geschäftsherr unabhängig davon, ob ein Kaufvertrag zustande gekommen ist, Schadensersatz zu leisten. Die Schutzpflichten bestünden gerade darin, den gegenwärtigen Zustand des Partners nicht zu verletzen, also keinen Schaden anzurichten. Da man unter Schaden jede Einbuße des Beschädigten verstehe, widerspreche der Schaden auf jedem Fall dem Willen des Beschädigten. Und der daraus entstehenden Schadensersatz sei ohne Zweifel gegen den Willen des Schädigers. In diesem Sinne stelle die herkömmliche Lehre, die die Schutzpflicht aus dem Vertrag ableitet, eine reine Fiktion dar. Vielmehr beruhe die Schutzpflicht auf dem Gesetz³⁶³.

Auf Grund dieser unterschiedlichen Eigenschaften könne man Schutzpflicht und Leistungspflicht nicht einheitlich in einer Kategorie, nämlich innerhalb des Vertragsrechts, behandeln. Gerade aus diesem Grund bemühten sich die Rechtswissenschaftler im 20. Jahrhundert überwiegend darum, der Schutzpflicht eine neue, dogmatisch richtige Stelle zuzuweisen.

c. Die Lehre von der Vertrauenshaftung

Als eine der bemerkenswertesten Ansicht zur Einordnung der Schutzpflichten muss die von *Ballerstedt* begründete und im Anschluss an *Stoll* von *Canaris* weiter entwickelte Theorie der Vertrauenshaftung erwähnt werden: Canaris übernahm zunächst die Unterscheidung *Stolls*³⁶⁴ zwischen Leistungs- und Schutzpflichten. Dabei hielt er drei wesentliche Einsichten fest: „erstens: Schutzpflichten können unabhängig von der Existenz von Leistungspflichten bestehen; zweitens: Schutzpflichten finden – jedenfalls im vorvertraglichen Stadium – ihre Rechtsgrundlage nicht im Willen der Parteien – auch nicht in seiner Auslegung oder Ergänzung gemäß § 157 BGB –, sondern im Vertrauensgedanken; drittens: Schutzpflichten sind unabhängig vom Zustandekommen des Vertrages und werden daher –

³⁶³ Kreuzer, JZ 1976, 780; Picker, AcP 183 (1983), 369 (393f.); ders., JZ 1987, 1041 (1044); Medicus, Schuldverhältnis, S. 16; RGZ 74, 124 (125f.)

³⁶⁴ StollS, AcP 136, 257(287ff, 298ff).

jedenfalls im vorvertraglichen Stadium – auch durch dessen Nichtigkeit grundsätzliche nicht berührt.“³⁶⁵ Er wies dann nach, dass sich solche Schutzpflichten nicht nur im Institut der culpa in contrahendo, sondern auch der positiven Vertragsverletzung finden. Es sei kein Grund ersichtlich, den Vertragspartner nach dem Vertragsschluss rechtlich schlechter zu behandeln als davor, indem man ihm dann nur einen deliktischen Ersatzanspruch gewähre. Vielmehr seien es nicht die Vertragsverhandlungen, sondern regelmäßig erst der Eintritt in das (faktische) Erfüllungsstadium, das dem Schädiger den Eingriff in die fremde Gütersphäre ermögliche. Schließlich bestünden Schutzpflichten, so *Canaris* weiter, auch beim „Vertrag mit Schutzwirkung für Dritten“. Im Anschluss an *Gernhuber*³⁶⁶ führte er sie nämlich auf ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht zurück. Ihre Rechtfertigung bestehe in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen und ihre positiv-rechtliche Grundlage fänden sie in § 242³⁶⁷.

Wie bereits angedeutet, haben die drei beschriebenen Institute nach *Canaris* die gleiche Grundlage. Sie seien nämlich auf ein einheitliches Schutzverhältnis zurückzuführen, „das mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes beginnt und sich über mehrere Stufen – Beginn der Vertragsverhandlungen, Vertragsschluß, Eintritt in das Erfüllungsstadium – verdichtet; es entsteht unabhängig vom Willen der Parteien, ist also ‚gesetzlicher‘ Natur, und findet seine Rechtfertigung im Vertrauensgedanken und seine positiv-rechtliche Grundlage in § 242.“³⁶⁸ Dann zeigte er, dass die Leistungspflichten und die Schutzpflichten ihrer Struktur nach verschiedenartig sind und daher nicht ohne weiteres denselben Regeln unterworfen werden dürften. Der Unterschied liege vor allem darin, dass die Leistungspflichten – einschließlich aller Nebenleistungspflichten – ihren Inhalt durch den Parteiwillen und den Vertragszweck erhielten, während die Schutzpflichten davon völlig unabhängig und inhaltlich nur durch die tatsächlichen Beziehungen der Parteien zueinander bestimmt seien: sie sollten sich im vorvertraglichen, vertraglichen und nachvertraglichen

³⁶⁵ *Canaris*, JZ 1965, 475 (476).

³⁶⁶ *Gernhuber* in: FS Nikisch 1958 S. 249 (265ff.); ders., JZ 62, 553

³⁶⁷ *Canaris*, JZ 1965, 475 (478).

³⁶⁸ *Canaris*, JZ 1965, 475 (479).

Stadium gleichermaßen nur danach richten, welche tatsächlichen gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten zwischen den Parteien gegeben seien.

Im Endeffekt führte *Canaris* die Haftung wegen Schutzpflichtverletzungen auf ein einheitliches, vom Willen der Parteien unabhängiges gesetzliches Vertrauensverhältnis als eine „dritte“ Spur zwischen Vertragshaftung und Deliktshaftung zurück.

2. Die „Wiederentdeckung“ der Naturrechtslehre durch *Picker*

(1) Die Einordnung der vertraglichen Haftung

Picker hat indes Mitte der achtziger Jahren ein neues Konzept des Haftungsrechts vorgeschlagen. Er stimmte zunächst der modernen Kritik zu, die Schutzpflichten aus dem Vertrag zu erklären. Aber diese moderne Lehre schien ihm nur Symptome zu erfassen³⁶⁹. Zugrunde liege dem das Gefühl, dass man mit dem Rückgriff auf den Vertrag dessen Rechtsgedanken weit über die Grenzen seiner Tragfähigkeit hinaus strapaziere, was auf eine nicht hinreichend weit getriebene Klärung der Fundamentalstrukturen des geltenden Rechts zurückzuführen sei. Die Klarheit dieser Fundamentalstrukturen sei durch die Klärung des materialen Rechtsgrunds der jeweils zu beurteilenden Wertbewegungen zu beantworten: „Zu fragen ist dann nicht mehr nach dem Schutz- oder Normzweck der Sonderverbindung oder nach dem, was alles zu ihrer ordnungsgemäßen Durchführung gezählt werden sollte. Maßgeblich sind also nicht mehr „normative“ und vor allem auch vom Parteiwillen unabhängig bestimmte ‚objektive‘ Kriterien, die notwendigerweise die Ergebnisse liefern, die man zuvor als ‚richtiges‘ Schuldnerverhalten festgelegt hat. Vielmehr ist dann allein noch zu fragen, für welche Leistung im weitesten Sinne, insbesondere also für welche Vermögensbewegung der individuelle rechtsgeschäftliche Akt eine causa gesetzt hat, was also kraft des konkreten Rechts-

³⁶⁹ *Picker*, AcP 183 (1983), 369 (393f.).

geschäfts dem anderen Teil ‚gebührt‘.³⁷⁰ Dann befreite er vom Parteiwillen ausgehend die versprochene Leistung von anderen Merkmalen: „Geltungsgrund des Vertrags ist die in Selbstbestimmung getroffene Bindung. Als causa einer Leistung reicht der Vertrag demgemäß nur so weit, wie die Partei selbst dies bestimmt hat.“³⁷¹ Als materialer Rechtsgrund deckte der Vertrag hier allein die vom Schuldner versprochene Leistung. Er verneinte damit die Richtigkeit sowohl der oben geschilderten herkömmlichen Lehre als auch der Vertrauenslehre: „Denn die Verpflichtung zum Schadensersatz entsteht nicht aus einem schöpferischen privatautonomen Akt des Verpflichteten. Sie tritt also nicht ein kraft seines Leistungsversprechens. Sie trifft ihn im Gegenteil als Sanktion eines Fehlverhaltens und also gegen oder doch ohne Rücksicht auf seinen Willen allein kraft rechtlicher Wertung. Sie stellt als Wiedergutmachungspflicht folglich eine Einstandspflicht dar, die niemals in einer Selbst-, sondern immer in einer Fremdbindung ihren Grund hat. Ihre materiale Legitimierung, die causa der von ihr geforderten Vermögensbewegung, ist demnach immer eine im Prinzip andere als die der durch ein Rechtsgeschäft begründeten Leistungsverpflichtung. Genauer noch: die Geltungsgründe beider Verpflichtungen sind direkt antinomisch.“³⁷²

Picker wiederholte an anderer Stelle seine Ansicht, und zwar anschaulicher und vertiefend³⁷³. Unterschiede bestünden vor allem beim Schutzzweck und beim Geltungsgrund: „Die eigentliche Vertragspflicht des Schuldners besteht in seiner Verpflichtung Gut aufzustocken. Sie geht damit auf ein ‚positives‘ Leistungsinteresse. Der rechtliche Grund ihrer Geltung, das, was diese Werteverchiebung legitimiert, ist demgemäß die privatautonome gesetzte rechtsgeschäftliche Bindung. Demgegenüber betrifft die ‚vertragliche‘ Schadenshaftung – ganz wie die aus Delikt – die Befriedigung eines ‚negativen‘ Integritätsinteresses des Gläubigers. Sie zielt darauf ab, eine bei der Leistungserbringung herbeigeführte Verletzung seiner schon vorhandenen Güter und also eine Einbuße wiedergutzumachen. Sie ist damit ihrer

³⁷⁰ *Picker*, AcP 183 (1983), 369 (394).

³⁷¹ *Picker*, AcP 183 (1983), 369 (394).

³⁷² *Picker*, AcP 183 (1983), 369 (395).

³⁷³ Vor allem ders. JZ 1987, 1041 ff; ders., Gutachterhaftung in: FS Medicus, 1999, 397 ff.

Natur nach Sanktion. Ihr Geltungsgrund besteht folglich nicht in einem Leistungsversprechen als Akt autonomer Selbstbindung der Parteien.³⁷⁴

(2) Das Gebot des „neminem laedere“

Picker sieht den Geltungsgrund der vertraglichen wie der sog. vertragsähnlichen Haftung in einem willensunabhängigen Befehl des Gesetzes: Wie bei der deliktischen Haftung hält er die klassische Kurzformel des „neminem laedere“ für maßgebend. Damit will er die *Savigny'sche* Dichotomie des traditionellen Haftungsrechts aufbrechen und den naturrechtlichen Grundgedanken wieder ins Haftungsrecht einführen. Dazu zitiert er die berühmten Aussagen der naturrechtlichen Vorläufer, wie *Grotius*, *Pufendorf* und *Höpfner*.³⁷⁵ Das Gebot des „neminem laedere“ ist nach *Picker* aber nicht absolut zu realisieren und uneingeschränkt in verbindliches Recht umzusetzen. Vielmehr bedürfe es der näheren Konkretisierung, indem man es mit anderen gegenläufigen Prinzipien, unter anderem mit der Betätigungsfreiheit, in Einklang zu bringen sucht³⁷⁶. Diese Harmonisierung zwischen beiden Grundelementen erfolgt nach *Picker* im BGB in zweierlei Hinsicht: nämlich durch die unmittelbare Einschränkung der potenziellen Gläubigerzahl und durch die dazu führende Einschränkung des geschützten Interesses.

In Jedermann-Beziehungen beschränke das BGB zur näheren Präzisierung des vernünftigen Gebotes „neminem laedere“ den Haftungstatbestand auf die Verletzung von absoluten Rechtspositionen gemäß § 823. Die positive Regelung, dass primäre Vermögensschäden grundsätzlich keine Haftung begründeten, sei allerdings nicht etwa Ausdruck einer legislatorischen Minderbewertung oder gar Geringschätzung solcher Schäden. Der Grund der restriktiven Deliktsrechtsgestaltung sei, so sagt er, das ganz andere Ziel, die Zahl der potentiellen Gläubiger zu beschränken³⁷⁷.

³⁷⁴ *Picker*, JZ 1987, 1041 (1044).

³⁷⁵ *Picker*, AcP 183 (1983), 369 (462f.).

³⁷⁶ *Picker*, JZ 1987, 1041 (1048f. 1052)

³⁷⁷ *Picker*, JZ 1987, 1041 (1953)

In der Sonderverbindung brauche man dagegen nicht die Haftung der daran Beteiligten einzuschränken, weil der Vertrag wie jede andere Sonderverbindung bereits eine im Haftungsrecht unentbehrliche Vorabfixierung der potentiellen Parteien leiste³⁷⁸. Der Schutz des reinen Vermögens sei in der Sonderverbindung daher nach dem elementaren Gerechtigkeitsurteil wie nach der ersten Reaktion der Vernunft notwendig.

3. Würdigungen

(1) Die *Savigny'sche* Dichotomie

Savigny sieht den Zweck der Rechtsordnung ganz anders als die Naturrechtler. Den wichtigsten Zweck der Rechtsordnung sieht er nicht in der Aufbürdung von Pflichten, sondern vielmehr in der Sicherstellung der Entfaltung der Freiheit. So sagt er: „Sollen nun in einer Gemeinschaft freie Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren, freien Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Grenze und durch sie dieser freie Raum bestimmt wird, ist das Recht.“³⁷⁹ Die wichtigste Aufgabe des Rechts ist für *Savigny* also, anders als für die Naturrechtslehre, in erster Linie nicht die Vorbeugung oder die Lösung von Streitigkeiten, die durch die Ausübung eines Freiheitsrechts angesichts der Freiheit der anderen entstehen würden. Insbesondere im Zusammenhang mit der Vermögensfreiheit findet *Savigny* den Zweck des Rechts darin, „dass dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat.“³⁸⁰

Diese Aussage *Savignys* ist für die Privatrechtsgeschichte von größter Bedeutung. Mit ihr wurde nämlich das Recht, das in der Naturrechts-

³⁷⁸ Picker, JZ 1987, 1041 (1044).

³⁷⁹ Savigny, System I, § 52, S. 331f.

³⁸⁰ Savigny, System I, § 52, S. 333.

lehre insbesondere für die Wahrung der gemeinschaftlichen Ordnung Bedeutung hatte, zum Mittel zur Selbstverwirklichung des Einzelnen. Das Recht wurde also im wahrsten Sinne des Wortes „subjektiviert“ und im Rahmen der Rechtsordnung mit der Freiheit gerechtfertigt. *Savigny* befreite damit das Privatrecht von dem naturrechtlichen Denken, das das Recht nur auf der gemeinschaftlichen Ebene beobachtet hatte³⁸¹. Diese Betonung der freiheitlich-individuellen Komponente ist das wahre Verdienst von *Savigny*.

Diesem *Savigny*'schen Umdenken ist entschieden zuzustimmen. Ohne den Einzelnen kann keine Gemeinschaft bestehen. Fühlt sich jemand, der sich objektiv in der glücklichsten Gemeinschaft unter der Sonne befindet, unglücklich, ist die Gemeinschaft unglücklich³⁸². Nachdem jemand gestorben ist, hat für diesen der Fortbestand der Gemeinschaft und dessen Rechtsordnung keinen Sinn. Die Rechtsnorm muss den lebenden Einzelnen dienen. Damit muss die Rechtsordnung nicht die Ordnung der Gemeinschaft, sondern die Bedürfnisse des Einzelnen ins vorderste Glied stellen.

Die von der Naturrechtslehre abweichende Betrachtungsweise veränderte zwangsläufig die dogmatische Systematik der privatrechtlichen Ordnung. Während sich die Naturrechtslehre unter anderen darum bemühte, die Pflichten des Einzelnen gegenüber den anderen oder gegenüber der Gemeinschaft zu begründen, ging es *Savigny* darum, wie der Einzelne seine Freiheit am weitesten verwirklichen kann. Die Pflichtenlehre, die in der Naturrechtslehre im Vordergrund stand, trat nun hinter der Lehre vom subjektiven Recht zurück. Es ist deshalb kein Wunder, dass sich *Savigny* in seinem System des heutigen Römischen Rechts und in seinem Obligationenrecht meistens damit beschäftigt hat, die Obligation als Mittel zur Freiheitserweiterung zu erklären, während er zur Erklärung des Deliktsrechts, das eng mit der

³⁸¹ Das subjektive Recht war freilich bereits in der naturrechtlichen Zeit bekannt (dazu Achenwall/Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts, § 182). Jedoch wurde es damals im Rahmen der Verbindlichkeit verstanden, nicht als Erweiterung der Freiheit. Diese Verbindlichkeit des subjektiven Rechts im Naturrecht zeigt sich deutlich am damaligen Verständnis der obligatio. Dazu Hattenhauer, Gundbegriff des Bürgerlichen Rechts, 2000, S. 89 ff.

³⁸² Vgl. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, Stuttgart 2000 (Reclam).

naturrechtlichen Pflichtenlehre zusammenhängt, nur wenige Seiten gewidmet hat.

Das Bild der Rechtsnorm als Organismus, das bei ihm immer wieder auftauchte, führte ihn dazu, auch das Schuldverhältnis als einen perfekten Organismus zu strukturieren. Die obligatio musste also „ein in sich abgeschlossenes Ganzes“ sein³⁸³. Damit hatte *Savigny* die verschiedenen Schuldverhältnisse als ein Ganzes voneinander abzugrenzen. Während er einerseits mit der Entdeckung des subjektiven Rechts die Dichotomie des Privatrechts im heutigen Sinne begründete, betonte er andererseits das subjektive Merkmal des Rechts, also die Willensherrschaft, zu sehr, so dass er die nicht zu unterschätzende objektive Seite der Rechtsnorm übersah. Mit der Lehre von der Metamorphose glaubte er, das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis auf alle fortgesetzten, zusammenhängenden Tätigkeiten beziehen zu können,³⁸⁴ so dass das Gleichgewicht zwischen Freiheitserweiterung und Integritätsschutz zerstört wurde. Die problematische Folge zeigt sich bereits an der weiteren Entwicklung nach *Savigny*: Die Überschätzung der Obligationenlehre verursachte im Ergebnis die Hypertrophie des Vertragsrechts,³⁸⁵ und die Unterschätzung der Pflichtenlehre führte zur eingeschränkten Haftung für unerlaubte Handlungen.

Savigny übersah weiter die Unterschiede zwischen ursprünglicher Leistungspflicht und Schadensersatzpflicht, indem er die vertragliche Haftung in das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis einordnete. Wie *Picker* klar zum Ausdruck gebracht hat,³⁸⁶ besteht die eigentliche Leistungspflicht des Schuldners in seiner Verpflichtung, den Rechtsgüterstand des Gläubigers um das versprochene Gut aufzustocken. Sie geht damit auf ein „positives“ Leistungsinteresse. Demgegenüber betrifft die vertragliche Schadenshaftung, ganz wie die aus Delikt, die Befriedigung eines „negativen“ Integritätsinteresses des Gläubigers. Sie zielt darauf ab, eine bei der Leistungserbringung herbeigeführte Verletzung der schon vorhandenen Güter und also eine Einbuße wiedergutzumachen, nämlich einen Schaden zu ersetzen.

³⁸³ Oben Kapitel 3 II 1 (1) a).

³⁸⁴ *Savigny*, Obligationenrecht I § 2 S. 6.

³⁸⁵ Hans Stoll, AcP 176, 151 Fn. 21; Schlechtriem, Gutachten, S. 1600.

³⁸⁶ *Picker*, JZ 1987, 1041 (1044).

Dabei räumte *Savigny* die Unterschiede beider Pflichten selbst ein: „In diesem Fall [scil.: ihrer Umwandlung oder Metamorphose] wird durch die juristische Thatsache zwar die frühere Gestalt des Rechtsverhältnisses zerstört, zugleich aber eine neue Gestalt desselben erzeugt.“³⁸⁷ Er erkannte klar, dass das frühere Rechtsverhältnis mit dem „vertraglichen“ Haftungsverhältnis unmittelbar nichts zu tun hat. Er erkannte sogar die Gemeinsamkeiten der vertraglichen und deliktischen Obligationen, die darin besteht, „dass sie nur unter Voraussetzungen eines gestörten Rechtszustandes vorkommen können, und dieser Störung entgegen zu wirken bestimmt sind.“³⁸⁸ Es scheint auf den ersten Blick fraglich, warum *Savigny* trotz seiner richtigen dogmatischen Erkenntnisse die Leistungspflicht und die wegen Nichterfüllung entstehende Schadensersatzpflicht derselben dogmatischen Kategorie zuordnete und vom Deliktsrecht unterschied. Diese Frage ist allerdings sehr leicht zu beantworten, wenn man erkennt, dass *Savigny* die sich aus einer deliktischen Handlung ergebende Schadensersatzpflicht in ganz anderer Hinsicht betrachtete als die aus Nichterfüllung folgende Schadensersatzpflicht. *Savigny* qualifizierte nämlich jene Pflicht als Strafklagen: „Die aus den Delicten entspringenden Klagen heißen Strafklagen, poenales actiones, weil bei ihnen stets die Natur einer Strafe in irgend einer Beziehung wahrgenommen wird.“³⁸⁹ Demgegenüber dienten die Klagen aus dem Darlehen, dem Kauf und anderen Verträgen zur Zurückführung des tatsächlichen Zustandes auf das wahre Rechtsgebiet, also zur Beseitigung einer Herrschaft, die von Demjenigen ausgeübt werde, dem sie nicht gebühre, und zwar ohne Unterschied, ob sie auf die verweigerte Erfüllung des Vertrags unmittelbar gerichtet werden, oder auf die durch Dolus, Culpa, Mora herbeigeführte Modifikation in dem ursprünglichen Inhalt des Vertrags³⁹⁰. Dabei komme eine Strafe nicht in Betracht. Aus diesem Grund waren für *Savigny* vertragliche und deliktische Haftung im Endeffekt dogmatisch ganz andere Institute. Dass

³⁸⁷ *Savigny*, System III, § 104 S. 4.

³⁸⁸ *Savigny*, Obligationenrecht II, § 82 S. 295.

³⁸⁹ *Savigny*, Obligationenrecht II, § 82 S. 295; ders., System V, § 210 S. 37ff.

³⁹⁰ *Savigny*, Obligationenrecht II, § 82 S. 294; ders., System V, § 205 S. 4ff.

die Unterscheidung nach dem Strafcharakter unzutreffend ist, bedarf keiner Erörterung, weil der deliktischen Haftung die pönale Eigenschaft längst aberkannt worden ist. Die Savigny'sche Dichotomie ist daher zu verwerfen.

(2) Die Vertrauenshaftung

Die Vertrauenslehre von *Canaris* war der erste Versuch, den Schutzpflichten einen materialen Rechtgrund zuzuschreiben. Ihr ist es gelungen, die Eigenständigkeit des Schutzverhältnisses gegenüber dem Leistungsverhältnis zu erklären. Jenes entsteht unabhängig vom Willen der Parteien, ist also in der Tat „gesetzlicher“ Natur. Diese Erklärung von *Canaris* scheint unmittelbar Anlass zu geben, die naturrechtliche Pflichtenlehre wieder zu entdecken. Fragwürdig ist allerdings, ob das Vertrauen oder die Einwirkungsmöglichkeit – quasi als dritter Bereich zwischen Vertrag und Delikt – eine Haftung legitimieren kann. Denn an dieser Lehre ist zu kritisieren, „dass sie auf ein schlechthin ubiquitäres Moment fixiert ist, dem eben deshalb schon wesensmäßig keinerlei Spezifität und Abgrenzungskraft zukommt.“³⁹¹ Dass *Canaris* die Begründung für das Schutzverhältnis im Vertrauen oder in der verstärkten Einwirkungsmöglichkeit sucht, zeigt vielmehr, dass er seinen Ansatz, der in der Verallgemeinerung der culpa in contrahendo zur Schutzpflicht besteht, nicht zu Ende gedacht hat.³⁹² Denn anderenfalls hätte er dem Schutzverhältnis, das sich für ihn aus culpa in contrahendo, positiver Vertragsverletzung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ergibt, die vertragliche Haftung im Sinne des Leistungsstörungsrechts gleichgestellt, da auch sie unabhängig vom Willen der Parteien entsteht, also gesetzlicher Natur ist. Und weiter hätte er erkannt, dass nicht nur die deliktische Schutzpflichtverletzung im Sinne des § 823 BGB, sondern auch die Schutz- und Leistungspflichtverletzung im Rahmen eines Vertrages als Integritätsverletzung zu qualifizieren ist. Alle Integritätsverletzungen müssen aber zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen gleich behandelt werden.

³⁹¹ Picker, JZ 1986, 1041 (1046)

³⁹² *Canaris*, 1965, 475 (476, 478).

(3) Die *Picker'sche* Lehre

Das naturrechtliche Haftungssystem ist diesbezüglich den beiden anderen Lehren vorzuziehen. Nur dieses System hat den hinter den genannten einzelnen Instituten stehenden gemeinsamen Charakter erkannt und dementsprechend das Haftungsrecht systematisiert. Die allgemeine Pflicht des „neminem laedere“ hat dabei den Haftungsgrund passend zum Ausdruck gebracht hat. Der in § 241 neu eingefügte Absatz 2 ist in diesem Sinne nur der positive Ausdruck der Pflicht des „neminem laedere“: Er verbietet dementsprechend nur, dass jeder Teil im Schuldverhältnis die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils rechtswidrig verletzt. Wie *Picker* selbst einräumt, bedarf das Gebot des „neminem laedere“ aber der näheren Präzisierung. Es ist „nicht absolut zu realisieren und also uneingeschränkt in verbindliches Recht umzusetzen.“³⁹³ *Picker* selbst hat nicht versucht, diese Formel innerhalb des vertraglichen Haftungsrechts zu präzisieren. Ihm ging es nur darum, die Haftungsbeschränkung des Deliktsrechts zu rechtfertigen. Es liegt daher nahe, dass er das allgemeine Schädigungsverbot im Rahmen des vertraglichen Haftungsrechts uneingeschränkt gelten lassen wollte. Das bedeutet, dass im Bereich der Sonderverbindung grundsätzlich die schadenstiftende Verletzung jedes vermögensmäßigen Interesses genügt, um die Wiedergutmachungspflicht zu begründen.³⁹⁴

Damit ist das Wesen der Haftung richtig erkannt. Das Leistungsstörungenrecht ist nämlich nichts anderes als die Verwirklichung der allgemeinen Pflicht des „neminem laedere“, auf dem auch das deutsche Deliktsrecht beruht. Das Leistungsstörungenrecht steht damit der Natur nach dem Deliktsrecht gleich.

³⁹³ *Picker*, JZ 1986, 1041 (1049).

³⁹⁴ *Picker*, JZ 1986, 1041 (1041f).

IV. Zwischenergebnis

Das Rechtsgeschäft beruht unmittelbar auf dem Willen der Vertragsparteien. Zwar erfordert die Privatautonomie die Rechtsordnung als Korrelat. Jedoch ändert sich nichts daran, dass der Wille die rechtliche Grundlage des Rechtsgeschäfts ausmacht, weil sich die Rechtsordnung darauf beschränkt, die privatautonome Gestaltung des Willensverhältnisses anzuerkennen³⁹⁵. Aus dieser Wurzel des Privatwillens ergibt sich schon die Positivität des Rechtsgeschäfts. Denn die Vertragspartner wollen mit der Vereinbarung eine Vermögensaufstockung, also etwas Positives, nicht etwas Negatives erreichen. Zugleich ergibt die Verbindung des Rechtsgeschäfts mit dem parteilichen Willen dessen Bezug auf die Zukunft. Das Rechtsgeschäft besteht damit in der Regel in der gegenwärtigen oder zukünftigen Veränderung der Güterlage.

Demgegenüber findet das Haftungsverhältnis seinen Entstehungsgrund in der Schadenszufügung und im Schadenseintritt etwa gemäß §§ 280ff und §§ 823ff. Da man unter Schaden jede Einbuße des Beschädigten versteht, widerspricht die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens in aller Regel dem Willen des Beschädigten. Die Haftung zwingt den Schädiger also, den Zustand, der ohne die Schadenszufügung bestehen würde, unabhängig von seinem Willen kraft Gesetzesbefehls wieder herzustellen.

Das Gebot des „neminem laedere“ hat mit der Vereinbarung der Vertragspartner nichts zu tun. Die Behauptung, dass die vertragliche Haftung auf der Vereinbarung beruhe³⁹⁶, ist reine Fiktion³⁹⁷. Die Vertragspartner stellen sich beim Vertragsschluss in der Regel nicht vor, was geschehen soll, wenn die vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt werden.

Trotz der Unabhängigkeit der vertraglichen Haftung vom Willen besteht freilich über den Kausalzusammenhang zwischen Nichterfüll-

³⁹⁵ Flume, Rechtsgeschäft, § 1 3 a).

³⁹⁶ Dernburg, Pandekten II § 36 S. 97f.; Flume, Rechtsgeschäft, § 1 3 C) (S. 4).

³⁹⁷ Picker, JZ 1987, 1041 (1043f.).

lung und Schaden eine Beziehung zwischen Haftung und Vertrag. Die kausale Kette liegt darin, dass die durch Willensvereinbarung entstehenden Verpflichtungen nicht oder nicht richtig erfüllt werden und „dadurch“ ein Schaden entsteht. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch Nichterfüllung (§§ 280 I aF, 325 I 1 aF, 326 I 2 aF) oder wegen der Pflichtverletzung (§ 280) entstehenden Schaden zu ersetzen. Es bedarf unter diesen Umständen einer näheren Betrachtung der Begriffe „Erfüllung oder Nichterfüllung“ und „Leistungspflicht oder Pflichtverletzung“, um gleichwohl die Unabhängigkeit der haftungsrechtlichen Tatbestände von dem Vertrag zu zeigen:

Der Begriff der Nichterfüllung bezieht sich unmittelbar auf den Vertrag und damit auf den parteilichen Willen. Denn als Gegenstück zu Erfüllung bedeutet die Nichterfüllung, dass der wirksam entstandene Vertrag nicht erfüllt wurde³⁹⁸. Wenn das BGB die vertragliche Haftung direkt an diese Nichterfüllung geknüpft hätte, wäre in der Tat die Kontinuität von Haftung und Vertrag überzeugender. Allerdings knüpft das BGB die vertragliche Haftung gerade nicht an die reine Nichterfüllung. Vielmehr muss zum Schadensersatz die nachträgliche Unmöglichkeit oder der mit der Mahnung verbundene Verzug eintreten³⁹⁹.

Die nachträgliche Unmöglichkeit und der Verzug sind ihrer Funktion nach klar von der Nichterfüllung zu unterscheiden. Der Begriff der Nichterfüllung stellt als solcher nur eine tatsächliche Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit dar. Angesichts der Rechtsfolgen ist sie allein kaum von Bedeutung. Erst mit der Feststellung der Unmöglichkeit oder des Verzugs erlangt die Nichterfüllung eine rechtliche Bedeutung. Die Unmöglichkeit und der Verzug sind also ein „Schlusszeichen der Willensherrschaft“. Beide Formen sind nichts anderes als der Verzicht auf den eigentlichen Zweck, den die Vertragspartner durch das Rechtsgeschäft eigentlich erreichen wollten. Diese Auslegung entspricht genau dem gesetzgeberischen Willen, dass die vertragliche Haftung grundsätzlich erst dann entsteht, wenn die Leistung unmöglich wird. Das Vertragsrecht geht erst durch die

³⁹⁸ Dabei wird freilich die Vertragsnichterfüllung im Gegensatz zum Vertragspflichtverletzung ausgenommen. Hier geht es nur um die Vertragspflichtverletzung.

³⁹⁹ Bereits Schur, Leistung und Sorgfalt, S. 48f.

Unmöglichkeit der Leistung oder durch den als Teilunmöglichkeit zu begreifenden Verzug in das Haftungsrecht über⁴⁰⁰.

Im Gegensatz zum früheren Leistungsstörungsrecht verwendet das neue Leistungsstörungsrecht als zentralen Tatbestand den Begriff der „Pflichtverletzung“ (§ 280). Die Pflichtverletzung scheint aus den genannten Gründen geeigneter zu sein für das Leistungsstörungsrecht als der Begriff der Nichterfüllung. Das neue Schuldrecht sieht in § 241 zwei Pflichten als Gegenstand möglicher Verletzungen vor, die Leistungspflicht und die Schutzpflicht. Jene beruht ohne weiteres auf dem Vertrag, während diese dagegen nicht auf den Vertrag bezogen ist, vielmehr unmittelbar auf dem Gebot des „neminem laedere“ beruht. Die vom § 241 II festgelegte Schutzpflicht ist eine positiv erfasste Formulierung des Gebots des „neminem laedere“.

Die vor allem in § 280 geregelte Pflichtverletzung ist die Verletzung einer dieser beiden Pflichten. Man könnte nun mit der Regelung des § 241 einwenden, dass das neue Schuldrecht Leistungspflicht und Schutzpflicht streng unterscheidet, so dass das Gebot des „neminem laedere“ nicht als gemeinsame Grundlage sowohl für die deliktische Haftung einschließlich der sog. Schutzpflichtverletzung als auch für die vertragliche Haftung wegen einer Leistungspflichtverletzung fungieren könne. Ohne Zweifel beruht die Leistungspflicht unmittelbar auf dem Vertrag. Die Funktion des Vertrags beschränkt sich dabei allerdings darauf, eine neue Vermögensordnung zwischen Gläubiger und Schuldner zu begründen⁴⁰¹. Durch den Vertragsschluss wird nämlich das Interesse des Gläubigers um die Leistung des Schuldners erweitert. Die Leistungspflichtverletzung bedeutet in diesem Sinne

⁴⁰⁰ Motive II, 49 heißt es: „Durch den § 240 (§ 280 aF) . . . ist weiter der Grundsatz des französischen und schweizerischen Rechtes abgelehnt, wonach die Verbindlichkeit, etwas zu tun, sich im Falle des Verzugs sofort in die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auflöst. Nur wenn die gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung feststeht bzw. auf dem Wege des § 243 (§ 283 aF) . . . kann der Gläubiger das Interesse wegen Nichterfüllung fordern . . . Aus den §§ 240, 243 wie aus § 224 (§§ 276-278 aF) folgt auch, dass der Schuldner nicht etwa nach seinem Belieben dem Gläubiger statt der Naturalerfüllung die Leistung des Interesses aufdrängen kann“ Dazu Himmelschein, AcP 135 (1932) 255 (268ff); ders., AcP 158 (1959/1960), 271 (278ff.).

⁴⁰¹ Picker, JZ 1987, 1041 (1044).

die Verletzung des um die Leistung des Schuldners erweiterten Interesses, während die Verletzung der in § 241 II vorgesehenen Schutzpflicht die Haftung auf die Verletzung des ohne diese Erweiterung, also schon vor dem Vertragsschluss vorhandenen Interesses stützt. Leistungs- und Schutzpflichtverletzung verstoßen damit unterschiedslos gegen das Gebot des „neminem laedere“.

Im Gegensatz zum Rechtsgeschäft entsteht das Haftungsrecht kraft Gesetzes, also ohne Berücksichtigung des Willens der am Rechtsverkehr Beteiligten. Die Schadensersatzpflicht des Schuldners gemäß §§ 280 ff. entspricht diesem Entstehungsgrund. Sie ist daher zum Kreis des Haftungsrechts zu zählen. Einzuschließen sind dabei auch die herkömmliche culpa in contrahendo (vgl. § 311) und die positive Vertragsverletzung.

Kapitel 5 Das neue Mängelhaftungsrecht

Das neue Gewährleistungsrecht gibt dem Käufer in § 437 wegen mangelhafter Leistung drei Möglichkeiten: Der Käufer kann 1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen, 2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und 3. nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

Durch die Aufnahme der schadensersatzrechtlichen Rechtsbehelfe wird das Vertragsrecht mit dem Haftungsrecht vermengt. Diese Vermengung rührt daher, dass die herkömmliche Lehre nicht zwischen der durch den Vertrag eingeräumten, auf eine Vermögensaufstockung zielenden Rechtsposition und dem Schutz dieser Rechtsposition durch die gesetzlichen Haftungssysteme unterscheidet.

I. Vermengung des Vertragsrechts und Haftungsrechts

1. Nacherfüllung

Der Käufer kann zunächst wegen eines Mangels des Kaufgegenstandes nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen, § 439 Abs. 1. Dieser Nacherfüllungsanspruch ist dogmatisch nicht als Haftung des Verkäufers für die mangelhafte Leistung ausgestaltet. Der Nacherfüllungsanspruch setzt keine Rechtswidrigkeit voraus. Dass der Nacherfüllungsanspruch keine Haftung darstellt, zeigt sich auch daran, dass der Anspruch von dem Verschulden des Verkäufers unabhängig ist. Hinreichend ist die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit, also die Mangelhaftigkeit der Kaufsache.

Der Nacherfüllungsanspruch beruht auf dem Kaufvertrag als Legitimationsgrundlage und ist daher allein dem Vertragsrecht zuzuweisen. Der Nacherfüllungsanspruch erklärt sich aus der Verpflichtung des Verkäufers, die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaf-

fen, § 433 Abs. 1 S. 2. Der Nacherfüllungsanspruch leitet sich somit aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch ab. Er wird durch die Regelungen des Gewährleistungsrecht aber modifiziert: So gilt für ihn eine spezielle Verjährungsfrist, § 438, der Verkäufer kann die Nacherfüllung über § 275 Abs. 2 und Abs. 3 hinaus auch nach § 439 Abs. 3 verweigern. Endlich gewährt § 439 Abs. 1 dem Käufer ein Wahlrecht: Der Käufer kann entweder die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

Zweifelhaft ist, ob der Käufer auch im Falle des Spezieskaufs als Nacherfüllung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Eine streng am Willen der Parteien orientierte Auslegung muss dies verneinen. Der Spezieskauf zeichnet sich gerade dadurch aus, dass das Leistungsobjekt von den Vertragsparteien mit Abschluss des Kaufvertrags determiniert ist. Gewährte man dem Käufer das Recht, im Falle des Spezieskaufs die Lieferung einer (anderen) mangelfreien Sache zu verlangen, so wären die Grenzen der rechtsgeschäftlichen Leistungsverpflichtung überschritten. § 439 Abs. 1 Alt. 2 statuierte dann eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des § 433 Abs. 1 S. 1 und S. 2 würde eine „Überkompensation“ erfahren. Daher kann § 439 Abs. 1 Alt. 2 im Falle des Spezieskaufs keine Anwendung finden. Die Norm ist nur im Falle des Gattungskaufs von Bedeutung.

Es mag der Mode der Zeit entsprechen, eine unbedingte Einstandspflicht des Verkäufers für die Erfüllung dieser Obligation auf Übergabe und Übereignung einer sach- und rechtmangelfreien Kaufsache zu konstruieren. So wird vertreten, § 439 Abs. 1 sei Ausfluss einer im deutschen Recht angelegten Erfolgshaftung. Mit dem Abschluss des Kaufvertrags verpflichte sich der Verkäufer zu einer „specific performance“.⁴⁰²

Denkt man diese Ansicht zu Ende, ist eine Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlicher Verpflichtung und gesetzlicher Haftung nicht mehr durchführbar. Soweit vertreten wird, schon aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 439 Abs. 1 ergebe sich die Verpflichtung des Verkäufers, den Erfolg der Übergabe und Übereignung einer sach- und rechtmangelfreien Kaufsache bei jedem auch nur erdenklichen Leistungshindernis bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit herbeizuführen, ist eine

⁴⁰² Canaris, JZ 2004, 214, 223.

Entfremdung von dem Vertrag als Legitimationsgrundlage nicht zu übersehen. Denn wie gütig müsste der Verkäufer sein, würde er die Überwindung jedweder Leistungshindernisse versprechen, ohne eine Erhöhung des Kaufpreises zu verlangen. Nur dann, wenn sich aus der Höhe des Kaufpreises bzw. aus der Auslegung des Kaufvertrags ergibt, dass der Verkäufer bestimmte Risiken etwa des Transport übernommen hat, kann von ihm auch verlangt werden, ein konnexes Leistungshindernis zu überwinden.

Ein Denken in „erfolgsbezogenen“ Erfüllungspflichten ist eine denkbar einfache Antwort auf die Kernfrage des Leistungsstörungenrechts, der adäquaten Zuweisung der Risiken der Vertragsdurchführung. In seiner Lösung von der vertraglichen Legitimationsgrundlage schafft es eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung und durchbricht damit die Dichotomie zwischen rechtsgeschäftlicher Verpflichtung und verschuldensabhängiger Schadensersatzhaftung.

Die ökonomischen Konsequenzen eines solchen Denkens liegen auf der Hand: Einem Verkäufer, der bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit die Herbeiführung der Übergabe und Übereignung einer sach- und rechtmängelfreien Kaufsache schuldet, bleibt nichts anderes übrig, als den Kaufpreis zur Abgeltung der „Erfolgsrisiken“ zu erhöhen. Der Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Verkäufers, insbesondere aber auch des Käufers ist unübersehbar. Denn Letzterem wird die Möglichkeit günstiger Geschäftsabschlüsse genommen.

Nunmehr wird auch deutlich, was hinter dem Denken in Kategorien der erfolgsbezogenen Leistungspflicht wirklich steht: Aus der einseitigen Zuweisung des Erfolgsrisikos soll eine „Berechenbarkeit der Vertragsdurchführung erreicht werden“. Vertragskosten sollen „transparent“ gemacht werden. Es obliegt dem Verkäufer sich zu versichern!⁴⁰³

Damit wird jedoch nichts anderes als ein „gesetzlich gewollter Vertrag“ geschaffen. Es ist eine Frage des Prinzips, ob die auf einer autonomen Entscheidung beruhende Risikoverteilung zweier Rechtssubjekte oder die staatliche Zuweisung von Vertragskosten Grundlage eines Privatrechtssystems und mithin einer „freien“ Marktwirtschaft, die ihren Namen verdient, sein soll.

⁴⁰³ vgl. etwa Ausführungen von Canaris, JZ 2004, S. 223.

2. Rücktritt und Minderung

Anders als im früheren Recht kann der Käufer bei Vorhandensein eines Mangels den Vertrag nicht mehr sofort rückgängig machen oder den Kaufpreis reduzieren. Der Käufer muss vielmehr dem Verkäufer die Chance geben, die Divergenz zwischen Vertrag und Wirklichkeit zu beseitigen (Vorrang der Nacherfüllung).

Das neue Gewährleistungsrecht hat den bisherigen Rechtsbehelf der Wandelung (§ 467 S. 1 aF) aufgegeben und stattdessen das Rücktrittsrecht verankert, §§ 437 Nr. 2, 323. Das Recht auf „Rückgängigmachung“ des Vertrags ist nunmehr als Gestaltungsrecht und nicht mehr als Anspruch ausgestaltet. Gleiches gilt für die Minderung.

Es stellt sich die Frage, ob mit der Konstituierung des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers das Rücktritts- sowie das Minderungsrecht noch einer vertraglichen Legitimation zugänglich sind.

(1) Rücktrittsrecht des Käufers

War unter dem vor der Schuldrechtsmodernisierung herrschenden Gewährleistungsregime das Wandlungsrecht auf den Willen der Parteien zurückzuführen - der Käufer konnte sich von dem Kaufvertrag lösen, um nicht den Kaufpreis für eine Kaufsache zahlen zu müssen, die die vereinbarte Qualität nicht aufweist - stellt sich die Frage nach der Legitimation des Rücktrittsrechts nunmehr in einem anderen Lichte. Mit dem in § 323 Abs. 1 statuierten Erfordernis der Fristsetzung, wird der Vorrang der Nacherfüllung gesetzlich abgesichert. Kommt der Verkäufer seiner Pflicht zur Nacherfüllung nicht innerhalb der angemessenen Frist nach, wird dem Käufer die Rechtsmacht verliehen, sich von dem Kaufvertrag zu lösen. Durch die Anbindung des Rücktrittsrechts an die Nichterfüllung des Schuldners, einer Pflichtverletzung mithin, liegt die Einordnung als rein gesetzlich legitimierter Rechtsbehelf des Leistungsstörungenrecht nahe. Aus dieser Warte wäre das Rücktrittsrecht die gesetzliche Sanktion der Nichterfüllung des Schuldners. Das Rücktrittsrecht wäre damit dem Haftungsrecht zuzuweisen. Dies stößt jedoch insoweit auf Bedenken, als das Rücktrittsrecht nunmehr verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Der das Haftungsrecht prägende Verschuldensgrundsatz, der im

alten Schuldrecht gemäß § 325 aF noch gewahrt war, wäre durchbrochen. Redet man der Auffassung das Wort, die die Erfolgsbezogenheit des neuen Schuldrechts in den Mittelpunkt der Dogmatik stellt, so mag man sich an einem verschuldensunabhängigen Lösungsrecht nicht stören. Ein solches wäre vielmehr die Konsequenz der Nichterfüllung und damit leistungsstörungenrechtliche Sanktion.

Nach der hier vertretenen Auffassung, die die Dichotomie zwischen rechtsgeschäftlicher Position und gesetzlicher Haftung streng beachtet, erscheint eine vertragliche Legitimation des Rücktrittsrechts des Käufers dennoch möglich. Zu erkennen ist nämlich, dass die Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen Obligation nach der vertraglichen Abrede innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erfolgen hat: Die Parteien fixieren den Inhalt des Schuldverhältnisses gerade auch in einer zeitlichen Dimension. In diesem Zusammenhang geht es nicht allein um die absoluten oder relativen Fixgeschäfte. Vielmehr ist von Bedeutung, dass einem jeden Rechtsgeschäft ein Erfüllungszeitraum zu entnehmen ist, nach dessen Ablauf sich der Inhalt des Vertrags ändert.⁴⁰⁴ Die Setzung der Nachfrist stellt mithin nichts anderes als die Konkretisierung des vertraglich fixierten Erfüllungszeitraums dar. Der Erfüllungszeitraum selbst ist mit den Mitteln der Auslegung der kaufvertraglichen Abrede zu entnehmen. Mithin ist § 323 Abs. 1 nicht als verschuldensunabhängige Sanktion einer Pflichtverletzung zu sehen. Es knüpft an die Konkretisierung des vertraglich bestimmten Erfüllungszeitraums durch Nachfristsetzung des Käufers an.

(2) Minderung

Nach §§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 kann der Käufer statt zurückzutreten den Kaufpreis mindern. Diente das Minderungsrecht unter dem früheren Gewährleistungsrecht der Sicherung des Geltungsinteresses des Käufers an der Durchführung des Kaufvertrags und war damit nicht ohne das Wandlungsrecht des Käufers erklärbar, so ist die materiale Rechtfertigung der Minderung nach der Schuldrechtsmodernisierung neu zu überprüfen.

⁴⁰⁴ Lobinger, Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 317 ff.

Wiederum kann man anführen, dass nach Ablauf der gesetzten Nachfrist dem Käufer Entscheidungsfreiheit über den Bestand des Kaufvertrags eingeräumt werden soll. Und wiederum ist nicht von der Hand zu weisen, dass dem Käufer eine wirkliche Entscheidungsfreiheit über die Geltung des Vertrags nur dann eingeräumt ist, wenn der Vollzug des Kaufvertrags für ihn noch einen wirtschaftlichen Sinn machen soll: Denn das Recht zum Rücktritt wird zu einem Zwang, wenn der Käufer, sein Interesse am Erhalt der Kaufsache vorausgesetzt, trotz der Mangelhaftigkeit der Kaufsache den vollen Kaufpreis zahlen muss.

Versteht man allerdings die das Rücktritts- bzw. Minderungsrecht vorbereitende Nachfristsetzung als Konkretisierung des Erfüllungszeitraums, ist nach dessen Ablauf ein Leistungsaustausch vertraglich nicht mehr legitimiert. Das Rücktrittsrecht ist insoweit nicht anderes als die Anerkennung, dass die kaufvertragliche causa aufgrund des Zeitablaufs den Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien nicht mehr legitimiert. Dann ist aber die Minderung rechtsgeschäftlich nicht mehr legitimierbar. Denn sie setzt den Ablauf des Erfüllungszeitraums gerade voraus.

Unter dem neuen Schuldrecht stellt sich daher die Minderung als eine gesetzliche offerierte Sanktionsmöglichkeit für den Käufer dar. Es geht nicht primär um den Schutz seines Geltungsinteresses am Vollzug des Kaufvertrags, sondern vielmehr um eine gesetzliche Reaktion auf die Verletzung der Rechtsposition des Käufers auf den Erwerb einer sach- und rechtmängelfreien Sache. Die verschuldensunabhängige Ausgestaltung des Minderungsrechts verkennt damit die das Bürgerliche Recht prägende Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher Position und gesetzlicher Haftung.

3. Schadensersatzrecht

Anders als im bisherigen Recht (§ 463 aF) kann der Käufer im neuen Recht unter den Voraussetzungen der §§ 440, 280, 281, 283, 311a Schadensersatz bzw. nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Die Schadensersatzansprüche sind ohne Zweifel dem Haftungsrecht zuzuordnen. Sie sind beim Vertragsschluss durch die Vertragsparteien nicht vereinbart worden. Sie sind damit heteronome

Verbindlichkeiten, die zivilrechtlich prägend für das Haftungsrecht sind. Die in § 437 Nr. 3 aufgelisteten schadensersatzrechtlichen Anspruchsnormen schützen jedoch unterschiedliche Rechtspositionen. Insoweit besteht die Gefahr, dass das spezifisch gewährleistungsrechtliche Schutzsystem, das auf die mangelbedingte Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses reagiert, durch integritätschutzgeprägtes Denken überlagert wird. Beispielhaft hierfür wird im Folgenden die unter den Begriffen Mangel-, Mangelfolgeschaden firmierende Problematik untersucht.

II. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden

1. Die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden

(1) Die positivrechtliche Lage des früheren Gewährleistungsrechts beim Kauf

Das frühere BGB gewährte dem Käufer bei einem Sachmangel sowie beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft einen Anspruch auf Wandlung oder auf Minderung (§§ 459, 462 aF). Ein Schadensersatzanspruch stand ihm nach dem gesetzlichen System der Gewährleistung nur in den Fällen der Zusicherung und der Arglist gemäß §§ 463, 480 Abs. 2 aF zu.

Die Regelungsstruktur dieses Gewährleistungsrechts stammte bekanntlich aus dem römischen Recht, und zwar aus dem Edikt der aediles curules. Nach den Edikten war der Verkäufer beim Sklavenkauf, später auch beim Kauf von Zugtieren⁴⁰⁵, verpflichtet, bestimmte unsichtbare Mängel kundzugeben⁴⁰⁶. Wenn sich später herausstellte,

⁴⁰⁵ Ulp. D. 21. 1. 38 pr.

⁴⁰⁶ Ulp. D. 21. 1. 1.

dass der verkaufte Sklave nicht angegebene Mängel besaß, gaben die Edikte dem Käufer das Recht auf die *actio redhibitoria*. Sie galt unabhängig davon, ob der Verkäufer die Mängel beim Vertragschluss kannte. Wenn der Käufer den Sklaven trotz der Mangelhaftigkeit behalten wollte, konnte er statt der *actio redhibitoria* die *actio quanti minoris* erheben. Beide Rechtsbehelfe wurden jedoch als nicht hinreichend zum Schutz des Käufers empfunden, so dass bezüglich der Sachmängel direkt aus der *emptio venditio* ein Schadensersatzanspruch entwickelt wurde. Mit dieser *actio* konnte der Käufer vom dolosen Verkäufer *quod interest* verlangen⁴⁰⁷. Der Käufer konnte außerdem aufgrund *dictum* oder *promissum* des Verkäufers auch die *actio empti* geltend machen. Das war der Fall in Pomp. D 19. 1. 6. 4⁴⁰⁸. Wenn der Verkäufer eine bestimmte Qualität, wie *certam mensuram* oder *certum pondus*, zugesichert hatte, haftete er dafür auf *quod interest*.

Diese beiden schadensersatzrechtlichen Rechtsbehelfe hatte das frühere BGB ohne Vorbehalt in § 463 aF übernommen. Denn der Gesetzgeber hatte wenig Anlass gesehen, den bestehenden Rechtszustand in Frage zu stellen. Dabei ging die hL davon aus, dass das Sachmängelgewährleistungsregime des früheren BGB abschließend war⁴⁰⁹, dass m. a. W. eine außerkaufrechtliche Rechtsgrundlage für Schadensersatz nicht bestand.

Die Reformer glaubten, die Ausschließlichkeit objektiv auch der Regelungsweise des § 463 aF entnehmen zu können. Der Verkäufer konnte gemäß § 463 aF nur dann Schadensersatz verlangen, wenn der verkauften Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlte oder der Verkäufer den Käufer über die Beschaffenheit der Sache arglistig getäuscht hatte. Demgegenüber entstand der Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung schon dann, wenn der Fehler der verkauften Sache auf bloßer Fahrlässigkeit des Verkäufers beruhte. Um das Unterlaufen der Voraussetzungen des § 463 aF zu verhin-

⁴⁰⁷ Paul. D. 19. 1. 4 pr.

⁴⁰⁸ Si vas aliquod mihi verdideris et dixeris certam mensuram vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes.

⁴⁰⁹ Vgl. Kapitel 4 II 3 (2) c. Der Verkäufer sei "auf die ädilizischen Rechtsbehelfe beschränkt bei bloßer Fehlerhaftigkeit ohne Mitunterlaufen eines dolus des Verkäufers"(Motive II, S. 228f.).

dern, blieb nichts anderes übrig, als die Norm als abschließend anzusehen und mangelbedingte Schadensersatzansprüche auf der Grundlage der positiven Vertragsverletzung nicht zuzulassen.⁴¹⁰

a. Die Einführung der positiven Vertragsverletzung in das Gewährleistungsrecht

Jedoch erwies sich das Sachmängelrecht als nicht genügend zum Schutz des Käufers. Der ungenügende Schutz des Käufers beruhte zunächst auf der zu kurzen Gewährleistungsfrist gemäß § 477 aF Die sechsmonatige bzw. einjährige Verjährungsfrist des § 477 aF war so kurz, dass der Käufer sie häufig und gerade ohne Kenntnis der Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache überschritt. Wenn jemand im Frühsommer preisgünstig Skier gekauft hat, konnte er einen Mangel der Sicherheitsbindung erst dann feststellen, wenn er sie im Frühling erstmalig benutzte. Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer waren dann infolge der Verjährung nicht mehr durchsetzbar.

Der ungenügende Schutz des Käufers lag auch darin, dass das Sachmängelrecht dem Käufer einen Schadensersatz nur in den Fällen der Zusicherung und der Arglist des Verkäufers gemäß §§ 463, 480 Abs. 1 aF erlaubte. Zugesichert war eine Eigenschaft nach hL dann, wenn der Verkäufer die Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft übernahm und damit seine Bereitschaft zu erkennen gab, für alle Folgen einzustehen, falls diese Eigenschaft fehlte⁴¹¹. Danach musste die Zusicherungserklärung für den Schadensersatz der Vertragsinhalt (unselbständige Garantieverklärung) sein. An das Bestehen eines Garantiewillens des Verkäufers im Hinblick auf das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache waren hohe Anforderungen zu stellen. Damit brauchte der Verkäufer keine Angst davor zu haben, dass er möglicherweise fahrlässig einen Fehler der verkauften Sache übersehen würde.

⁴¹⁰ BT-Dr. 14/6040, S. 85.

⁴¹¹ RGZ 161, 330 (337); BGHZ 59, 158 (160); BGH WM 1982, 696 (697); BGH NJW 1981, 1501; BGH BB 1958; Eimer, NJW 1973, 590; Jauernig/Vollkommer, § 459 Rn. 457; Palandt/Putzo, 57. Aufl. 1998, § 459, Rn. 15.

Auch im Rahmen der Arglist verhielt es sich ähnlich. Arglist erforderte zwar nicht, dass der Verkäufer eine betrügerische Absicht hatte. Es genügte vielmehr, dass der Verkäufer den Fehler kannte, mit seinem Vorhandensein rechnete oder ihn für möglich hielt⁴¹². Jedoch haftete der Verkäufer nicht, wenn er fahrlässig dem Käufer einen Schaden zufügte, so dass das Haftungsrecht eine Lücke aufwies.

Vor diesem Hintergrund nahm das Reichsgericht schon kurz nach Inkrafttreten des BGB im Roggenfall⁴¹³ den dem Willen des Gesetzgebers entgegengesetzten Standpunkt ein, indem es ausführte: „Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass auf Grund des Vertragsverhältnisses ein Schadensersatzanspruch neben der Wandelung bestehen und geltend gemacht werden kann, wenn nämlich die eine Vertragspartei schuldhafterweise ihre Vertragspflicht verletzt und hierdurch dem anderen Kontrahenten Schaden verursacht hat, der in der Wirkung der Wandelung nicht seine Deckung findet, und dessen Geltendmachung nicht eine besondere Gesetzesvorschrift entgegensteht. Es folgt dieses aus § 276 aF.“ Das RG hat seit diesem Urteil in weiteren Fällen⁴¹⁴ an dem Standpunkt festgehalten, dass der durch die mangelhafte Sache entstandene Schaden gemäß § 276 aF ersetzt werden muss, weil eine schuldhafte Verletzung bestehender Vertragspflichten allgemein einen Schadensersatzanspruch auslöse⁴¹⁵.

Solche Korrekturen des gesetzgeberischen Willens fanden sich auch in der Literatur. Hermann Staub entwickelte in seiner ebenfalls 1902 erschienenen Schrift eine ähnliche Lehre⁴¹⁶. Sie stimmte mit der oben dargelegten Rechtsprechung des RG im Grundgedanken überein; die Rechtsfolge einer schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit sollte in der Verpflichtung zum Schadensersatz liegen, sofern dies nicht durch Gesetz ausgeschlossen sei⁴¹⁷. Staub ging nur

⁴¹² BGHZ 63, 388.

⁴¹³ RGZ 52, 18.

⁴¹⁴ RGZ 52, 18 (19); 53, 200; 66, 289(291); 106, 16 (25); 117, 315.

⁴¹⁵ Die Ansicht des Reichsgericht war gestützt von Crome System des Bürgerlichen Rechts, Band II – Recht der Schuldverhältnisse, Leipzig 1902 S. 65 und Dernburg, DJZ 1903, S. 5.

⁴¹⁶ Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen in: Festschrift für den XXVI. DJT, 1902 S. 26ff.; ders Die positive Vertragsverletzung, 1904 (2.Aufl. 1913, Nachdruck 1969).

⁴¹⁷ Staub, Die positive Vertragsverletzung, S. 6f.

hinsichtlich ihrer dogmatischer Herleitung von der analogen Anwendung der Verzugsvorschriften nach §§ 286, 326 aF aus, während sich das RG bei der Pflicht zum Schadensersatz direkt auf § 276 aF berief. Staub führte aus, § 286 aF sei überflüssig, wenn Vertretenmüssen und Schadensersatzpflicht dasselbe bedeuteten. Der II Zivilsenat des Reichsgerichts⁴¹⁸ gab daraufhin seine eigene Begründung auf und schloss sich Staubs Analogie zu § 280, 286, 325, 326 aF an.

b. Die Abgrenzung zwischen Mangelschäden und Mangelgeschäden

Die Rechtsprechung des BGH zum früheren Recht stand allerdings hinsichtlich des Verhältnisses von positiver Vertragsverletzung und Gewährleistungsrecht auf einem anderen Standpunkt als das RG⁴¹⁹ und Staub⁴²⁰; letztere ließen den Verkäufer einer mangelhaften Leistung außer der gesetzlichen Gewährleistungshaftung auch aus positiver Vertragsverletzung für alle Schäden haften, die sich aus der Sachmängelhaftigkeit der Kaufsache ergaben. Demnach haftete der Verkäufer unabhängig von Zusicherung oder Arglist eigenständig aus positiver Vertragsverletzung. Damit standen die drei Haftungen im Konkurrenzverhältnis.

Seit dem Bongossiholzfall⁴²¹ begann die Rechtsprechung jedoch, dieses Konkurrenzverhältnis des Gewährleistungsrechts zur positiven Vertragsverletzung für problematisch zu halten. Deshalb beschränkt sie den Umfang des zu ersetzenden Schadens aus positiver Vertragsverletzung: Der Käufer konnte aus positiver Vertragsverletzung solche Schäden nicht ersetzt verlangen, „die auch schon bei Nichterfüllung entstehen würden (z.B. wegen Unverwendbarkeit der mangelhaften Ware) oder die auch bei ordnungsmäßiger Erfüllung entstehen würden (z.B. Zahlung des Kaufpreises, Aufwendung der Transportkosten); diese Schäden auszugleichen seien ausschließlich die Gewährleistungsansprüche bestimmt.“⁴²² Ein Schadensersatzanspruch

⁴¹⁸ RGZ 54, 98.

⁴¹⁹ Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 38ff.

⁴²⁰ Ders., Die positiven Vertragsverletzungen, S. 16f.

⁴²¹ RG, DR 1941, 637.

⁴²² RG, DR 1941, 637 (638).

lasse sich nur insoweit auf die positive Vertragsverletzung stützen, als mittelbare Folgen der mangelhaften Erfüllung in Frage stehen würden.

Seitdem waren im Haftungsrecht mittelbarer und unmittelbarer Schaden voneinander abzugrenzen. Anstelle der Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden⁴²³ setzte sich später im Anschluss an *Larenz*⁴²⁴ die Unterscheidung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden durch. Problematisch war, wie man den Mangelfolgeschaden vom Mangelschaden abgrenzen konnte, ohne die Rechtssicherheit aufs Spiel zu setzen. Die Rechtsprechung setzte dazu regelmäßig das Kriterium der Unmittelbarkeit ein. Sie zählte zum Mangelfolgeschaden denjenigen Schaden, der dem Käufer „mittelbar“ aus dem Mangel der Sache an seinen übrigen Rechtsgütern außerhalb der Kaufsache – etwa an Gesundheit, Leben, Eigentum, aber auch am sonstigem Vermögen – entstanden war. Ein Mangelschaden liege dagegen bei demjenigen Schaden vor, der „unmittelbar“ durch die mangelhafte Lieferung verursacht wurde. Lieferte beispielsweise der Verkäufer dem Käufer, einem Zwischenhändler, mit Rizinussamen durchsetztes Pferdefutter, das dieser an seine Abnehmer weiterverkaufte, und gingen die Pferde der Abnehmer daraufhin ein, musste der fahrlässige Verkäufer dem Käufer den Mangelfolgeschaden ersetzen, der darin bestehen sollte, dass der Käufer seinerseits seinem Abnehmer den Wert der eingegangenen Pferde ersetzen musste⁴²⁵. Als es allerdings um die Kosten der wegen mangelhaften Baugrunds erforderlichen Reparatur eines bereits vor dem Vertragsschluss errichteten Verkaufspavillons ging, verweigerte der BGH dem Käufer deren Ersatz, da es sich um einen eigentlichen Mangelschaden handle⁴²⁶.

⁴²³ BGH, NJW 1965, 532; JZ 1967, 321 = MDR 1967 759; NJW 1978, 2241.

⁴²⁴ Larenz Schuldrecht II/1, § 41 II c,e.

⁴²⁵ RGZ 66, 289

⁴²⁶ BGH, NJW 1965, 532

(2) Die Ankoppelung an die Schutzpflichtenlehre

Die Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden gründete sich bereits unter dem alten Schuldrecht nicht nur auf den unzulänglichen Schutz des Käufers, sondern auch auf eine neue dogmatische Strukturkenntnis. Sie war an die neu entwickelte Schutzpflichtenlehre angeknüpft. Diese Ankoppelung an die Schutzpflichtenlehre brachte der BGH bereits im Jahre 1980 in einem Grundsatzurteil zum Ausdruck: „An dieser Rechtsprechung hält der Senat nach nochmaliger Überprüfung fest. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass durch die an besondere Voraussetzungen (Eigenschaftszusicherung, Arglist) geknüpften gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche zwar die Interessen des Käufers an dem Erlangen einer vertragsgemäßen Leistung („Äquivalenzinteresse“), nicht aber sein Interesse an dem Schutz seiner sonstigen Güter vor Schädigungen durch eine mangelhafte Lieferung der Kaufsache („Integritätsinteresse“) hinreichend gewahrt werden.“⁴²⁷

Wenn das Interesse des Käufers, eine vertragsgemäße Leistung zu erhalten, dem Schutzbereich der Leistungspflichten entspricht, und wenn dessen Interesse, dass seine sonstigen Güter nicht durch eine mangelhafte Leistung geschädigt werden, dem Schutzbereich der Schutzpflichten entspricht⁴²⁸, dann wird die Abgrenzung von Mangel- und Mangelfolgeschäden entgegen der Ansicht der Reformen zu einer weiteren Aufgabe des neuen Schuldrechts, das gemäß § 241 aF von der Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Schutzpflichten ausgeht. Deshalb ist das Ziel der Reformen, die Unterscheidung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden zu beseitigen, von Anfang an verfehlt.

⁴²⁷ BGHZ 77, 215 (218)

⁴²⁸ Soergel/Huber Vor § 459 Rn. 59. Freilich stimmt diese Ankoppelung der Mangelfolgeschäden an die Integritätsinteresse nicht gänzlich überein, weil sich die frühere Rechtsprechung zum Schutz des Käufers die Mangelfolgeschäden häufig auf die über die Integritätsinteressen hinausgehende Äquivalenzinteressen erstreckte, wie Vermögensaufwendungen. Dazu ausführlich Wagner, JZ 2002, 475 (479)

2. Der Haftungsgrund für den Ersatz von Mangel- folgeschäden

War die Reform des Gewährleistungsrechts durch die Motivation getragen, die Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden gerade durch die Vereinheitlichung des Verjährungsrechts überflüssig zu machen, so wird doch das eigentliche dogmatische Problem übersehen: Die Bestimmung des haftungsauslösenden Tatbestands.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine rein verjährungsrechtliche Neuerung nicht über den Umstand hinweghilft, dass die mit den Begriffen Mangel- und Mangelfolgeschaden gekennzeichneten Rechtsverletzungen einen unterschiedlichen Charakter aufweisen. Geht es bei dem Ersatz des Mangelschadens um die Behebung der durch die mangelbedingte Störung des Äquivalenzinteresse eingetretene Rechtsverletzung, so bezieht sich der Mangelfolgeschaden auf die Verletzung des Interesses des Käufers an der Integrität seiner Rechtsgüter mitsamt seines Vermögens. Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Schutzsysteme ist der haftungsauslösende Tatbestand, mithin die Pflichtverletzung, zu bestimmen. Wie zu zeigen sein wird, hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stets in der Leistungspflichtverletzung, also in der Lieferung der mangelhaften Kaufsache die den Schadensersatzanspruch auslösende Pflichtverletzung gesehen. Aus diesem Grunde bildeten sich die Begriffe Mangel- und Mangelfolgeschaden heraus, eben Schäden, die durch die Lieferung der mangelhaften Kaufsache verursacht wurden. Aus der Gesetzesbegründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes erhellt, dass auch die Reformer die Mangelhaftigkeit der Leistung als Haftungsgrund für den Ersatz von Mangelfolgeschäden ansahen.⁴²⁹

(1) Die Maßgeblichkeit der Leistungspflichtverletzung

a. Der Grund der Haftung des Verkäufers

⁴²⁹ BT-Dr. 14/6040, S. 125; Palandt-Heinrichs (ErgänzungsB.) § 241 Rn.

Die bisherige Rechtsprechung suchte den Haftungsgrund des Verkäufers nicht in der selbständigen Schutzpflichtverletzung, sondern in der Schlechtleistung als Leistungspflichtverletzung, wenn das Integritätsinteresse des Käufers vom Verkäufer schuldhaft verletzt wurde; „Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung kommen unter dem Gesichtspunkt schuldhafter Schlechtlieferung einer Kaufsache insoweit in Betracht, wenn der Käufer durch die Lieferung der mangelhaften Sache Schaden an anderen Rechtsgütern erlitten hat“⁴³⁰. Der Grund der Haftung für Mangelfolgeschäden soll mithin darin liegen, dass der Verkäufer eine Sache liefert, die mangelhaft ist, und dass ihn hieran ein Verschulden trifft, also in der „schuldhaften Schlechtlieferung“. Darauf, dass der Verkäufer eine „Verhaltenspflicht“ verletzt, die über die Pflicht zur vertragsmäßigen Lieferung hinausgeht, komme es nicht an⁴³¹. Die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer eine mangelfreie Sache zu verschaffen, schütze aber zweifellos nicht nur die sog. „Integritätsinteressen“ des Käufers, sondern auch sein „Äquivalenzinteresse“, also sein Interesse daran, für den Kaufpreis eine vollwertige Gegenleistung zu erhalten⁴³².

Es ist klar, dass das Integritätsinteresse des Käufers im Ergebnis durch eine schlechte Leistung des Verkäufers verletzt werden kann. Jedoch kann eine dogmatische Betrachtung von dem tatsächlichen Zusammenhang unabhängig sein. Es ist im Bereich des Schutzpflichtverhältnisses ohne Bedeutung, wie der Schaden entstanden ist. Nur die Frage ist entscheidend, ob ein Vertragspartner die Verhaltenspflicht verletzt hat, die beinhaltet, dass dem anderen kein Personen- und Sachschaden zugefügt wird. Wenn die Rechtsprechung und die Literatur in diesem Sinne von Leistungspflichten unabhängige, selbständige Schutzpflichten anerkannt hätten, hätten sie den Haftungsgrund des Verkäufers in der Schlechtleistung als einer „Schutzpflichtverletzung“ gefunden. Der Umstand, dass Rechtsprechung und Literatur den Haftungsgrund nicht in der Verletzung von Schutz- bzw. Verhaltenspflichten, sondern im *Schadensergebnis* suchen, ist jedoch widersprüchlich.

⁴³⁰ BGHZ 101, 337 (339); BB 1989, 517.

⁴³¹ Soergel/Huber, Vor § 459, Rn. 41; Müller, ZIP 1997, 661(665ff.).

⁴³² Soergel/Huber, Vor § 459, Rn. 55.

b. Der Haftungsumfang des Verkäufers

Die Maßgeblichkeit der Leistungspflichtverletzung, die Lieferung der mangelhaften Sache mithin, zeigt sich auch an der Ermittlung des Umfangs des zu ersetzenden Schadens durch die hL und Rechtsprechung. Der Mangelfolgeschaden stellte nämlich einen unselbständigen Schadensposten insoweit dar, als er auf den einheitlichen Tatbestand der Leistungspflichtverletzung zurückgeführt wurde. Die Bestimmung ergab sich primär dadurch, dass von dem Gesamtschaden der Mangelschaden abgezogen wurde. Somit wurde ein schutzpflichtgeprägtes Verständnis des Integritätsschutzes in den Hintergrund gedrängt.

Dies kann man daran erkennen, dass die Erweiterung des Schutzzumfangs durch Zusicherung und Arglist eine Verengung des Rechtsgüterschutzes durch die Konstituierung von Schutzpflichten bedeutet. Die Rechtsprechung hat sich insoweit anders als früher besonnen, dass der nach § 463 aF zu ersetzende Schaden von der durch Auslegung zu ermittelnden Reichweite der Zusicherung abhängen sollte. Sein Umfang sollte sich damit auf den Mangelfolgeschaden erweitern. Dies sollte bewirken, dass die positive Vertragsverletzung bezüglich des zu ersetzenden Schadensumfangs zurückgedrängt wurde⁴³³. Noch weiter wurde in der Literatur behauptet, dass der Arglistfall gemäß § 463 Abs. 2 aF dem Zusicherungsfall gleichgestellt werden sollte. Dann würde der Schutzzumfang der positiven Vertragsverletzung mit Blick auf die Annahme des Tatbestands der Schutzpflichtverletzung noch enger.

c. Die analoge Anwendung des Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung auf § 477 aF

Die Abhängigkeiten positiver Vertragsverletzung von den Leistungspflichtverletzungen zeigen sich schließlich in der analogen Anwendung von § 477 aF auf den Anspruch aus positiver Vertragsverletzung. Die Rechtsprechung nahm angesichts der Verjährungsfrist an, dass die Vorschrift des § 477 aF auch auf Ansprüche aus positiver

⁴³³ BGHZ 50, 200 im Anschluss an Diederichsen, AcP 165 (1965), 161; Larenz SchuldRecht II § 41 II c.

Vertragsverletzung analog anzuwenden sei.⁴³⁴ Sie berief sich auf die ratio legis des § 477 aF im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit Streitigkeiten aufgrund der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nur für einen kurzen Zeitraum zuzulassen. Die besondere Verjährungsfrist des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts galt und gilt jedoch nur für die Leistungspflicht des Verkäufers. Die nicht leistungsbezogenen Pflichten, die Schutzpflichten nämlich, berühren die vertraglich geschützten Rechtspositionen nicht. Das Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts soll also nur auf die sich direkt aus dem Vertrag ergebenden Gewährleistungsansprüche wirken, nicht auf die davon zu trennenden Schutzpflichten. Dies ist im Folgenden zu erörtern.

(2) Der Anwendungsbereich der Schutzpflichten

Die vorliegende Arbeit geht davon aus, dass die (vertragliche) Haftung aufgrund von Schutzpflichtverletzungen und die deliktische Haftung der Natur nach gleich sind. Wenn man jedoch mit *Savigny* und den Reformern die Leistungspflichten und deren Verletzung in der gleichen Kategorie behandeln will, dann dürfen Leistungs- und die Schutzpflichtverletzung nicht vermengt behandelt werden. Denn auch dann hätten zumindest diese eine voneinander unabhängige eigene Entstehungsgrundlage bzw. einen spezifischen Schutzzweck: Was die Entstehungsgrundlage anbelangt, werden Leistungspflichten durch den Willen der Vertragspartner legitimiert. Leistungspflichten resultieren mithin aus der Verwirklichung der Handlungsfreiheit der Vertragspartner. Dagegen beruhen Schutzpflichten nicht auf der Selbstbestimmung, sondern dem heteronomen Befehl des Gesetzes. Schutzpflichten beschränken die Handlungsfreiheit eines Vertragspartners zum Schutz des anderen. Leistungspflichten sind darauf gerichtet, den Rechtsgüterstand des Gläubigers zum versprochenen Zeitpunkt um das versprochene Gut aufzustocken. Kommt der Schuldner seiner vertraglichen Leistungspflicht nicht nach, kann der Gläubiger im Wege des Schadensersatzes verlangen, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Schuldner seiner

⁴³⁴ BGHZ 60, 9.

vermögensaufstockenden Leistungspflicht nachgekommen wäre. In diesem Sinne sind Leistungspflichten auf die Veränderung des Vermögensbestands der Parteien gerichtet. Demgegenüber besteht der Sinn und Zweck der Schutzpflichten darin, das Interesse der Vertragsparteien am Bestand ihres aktuellen Vermögens zu schützen (Integritätsinteresse). Schutzpflichten richten sich nämlich darauf, die Verletzung des gegenwärtigen Güterzustandes der Vertragspartner zu verhindern. Wenn der eine Vertragspartner diese Pflichten verletzt, hat er die Einbuße des anderen im Wege des Schadensersatzes wiedergutzumachen. Aus der herausgearbeiteten Funktion der Schutzpflichten erhellt, dass die Schutzpflichten eine Verwirklichung des Deliktsrechts in einer Sonderverbindung sind⁴³⁵.

3. Schutzpflichten im neuen Schuldrecht

Wenngleich der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass der Mangelfolgeschaden durch die Verletzung der Leistungspflicht ausgelöst werde, so ist nunmehr zu untersuchen, ob diese fehlerhafte Prämisse in die gesetzliche Regelung Eingang gefunden hat. § 241 BGB regelt in Absatz 1 die Leistungspflichten, in Absatz 2 getrennt davon die Schutzpflichten. Damit kann man ebenso wie nach der früheren Rechtslage zwischen der Verletzung des Äquivalenzinteresses (Mangelschäden) und des Integritätsinteresses (Mangelfolgeschäden) unterscheiden. Dies eröffnet die Möglichkeit, das Verjährungsregime des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts differenziert anzuwenden. § 438 BGB unterwirft nämlich nur solche Ansprüche der verkürzten Verjährung, die aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache und mithin aus der Störung des Äquivalenzverhältnisses resultieren. Für den Integritätsschutz verbleibt es bei der allgemeinen Verjährungsregelung der §§ 195 ff. BGB. Diese Auslegung ist im Folgenden näher zu entwickeln.

⁴³⁵ Dazu Picker, JZ 1987, 1041 (1043ff.).

(1) Die Unabhängigkeit der Schutzpflichten von den Leistungspflichten

Die Reformer haben es als Mangel empfunden, dass die Schutzpflichtenlehre, die durch Rechtsprechung und hL zum alten Recht im Rahmen der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung entwickelt wurde, im Gesetz nicht aufzufinden war⁴³⁶. Sie wollten diesen Mangel des alten Rechts in der Reform des Jahres 2002 beheben, um die Anspruchsgrundlagen im Schuldrecht ausdrücklich niederzulegen. Bevor sie die Anspruchsgrundlagen wegen Schutzpflichtverletzungen in die Kodifikation – also etwa in § 280 BGB – aufnahmen, mussten sie allerdings zuvor die Schutzpflichten der Vertragspartner als Gegenstand der Verletzung bestimmen. Zu diesem Zweck wurde der neue § 241 Abs. 2 ins BGB eingestellt. Diese Kodifizierung des § 241 Abs. 2 führt dazu, dass man die Schutz- und Leistungspflichten unabhängig voneinander zu behandeln hat. Denn die herrschende Lehre erkennt zwei Arten des Schuldverhältnisses an, nämlich das Schuldverhältnis im engeren Sinne und das Schuldverhältnis im weiteren Sinne. Das Schuldverhältnis im weiteren Sinne erzeugt nach der hL nicht nur den Leistungsanspruch des Gläubigers, sondern auch weitere Verhaltenspflichten. Die herrschende Lehre sieht die Leistungspflichten des Gläubigers als Kernstück des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne an, die Schutzpflichten als gleichsam ‚damit zusammenhängende‘ Nebenpflichten. Dieses Vorverständnis der hL passt jedoch nicht zur Vorschrift des § 241 BGB: Wenn das Gesetz der Annahme der hL entspräche, wäre das Schuldverhältnis im § 241 Abs. 2 gerade dasjenige im weiteren Sinne. Erzeugt das Schuldverhältnis im weiteren Sinne allerdings nicht nur Schutz-, sondern auch Leistungspflichten, so ist es inkonsequent, dass das Gesetz nur im Zusammenhang mit den Schutzpflichten das Schuldverhältnis im weiteren Sinne erwähnt. So hat Schapp richtig gezeigt: „Wenn man an dieser Stelle mit dem Begriff des Schuldverhältnisses i.w.S. hätte arbeiten wollen, hätte in § 241 BGB zum Ausdruck gebracht werden müssen, dass sich aus dem Schuldverhältnis i.w.S. schuldrechtliche Ansprüche und Sorgfaltspflichten ergeben können.“⁴³⁷ Das

⁴³⁶ BT-Dr. 14/6040, S. 125f.

können.“⁴³⁷ Das Schuldverhältnis im Sinne des § 241 Abs. 2 hat damit keinen Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis im engeren Sinne. § 241 BGB bestimmt vielmehr die zwei voneinander unabhängigen, verschiedenen Schuldverhältnisse: in Absatz 1 das Leistungsverhältnis und in Absatz 2 das nicht leistungsbezogene Schutzverhältnis.

Aus Sicht der hL kann man ferner die Kann-Regelung in § 241 Abs. 2 nicht erklären. Denn die herrschende Lehre nimmt an, dass die Schutzpflichten in allen Sonderverbindungen bestehen. Die hL muss damit diesen Wortlaut („kann“) als Gesetzesfehler ansehen.

Wenn man in Bezug auf das Wesen der Schutzpflichten jedoch davon ausgeht, dass sie eine von dem Vertrag unabhängige deliktsrechtliche Haftung darstellt, ist der Wortlaut selbstverständlich. Die deliktsrechtliche Haftung betrifft den Schädiger „nur“ bei Verletzung einer Verhaltenspflicht, das heißt das Schutzverhältnis im Sinne des § 241 Abs. 2 erlangt Bedeutung erst dann, wenn die Schutzpflicht verletzt wird. Es erscheint damit überzeugender, dass das Schuldverhältnis des § 241 Abs. 2 allein die Funktion hat, in Bezug auf das reine Vermögen die potenzielle Gläubigerzahl zu beschränken, um den Bestandschutz und die Handlungsfreiheit zu harmonisieren⁴³⁸.

(2) Die Einführung des Generaltatbestandes „Pflichtverletzung“

Das neue Leistungsstörungenrecht hat als sein zentrales Element den Tatbestand der Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 ins BGB eingeführt. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs ist nun, dass der Schuldner eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt hat⁴³⁹. Aus diesem Generaltatbestand darf nicht die Konsequenz gezogen werden, dass man jetzt nicht mehr Leistungspflichtverletzungen von Schutzpflichtverletzungen zu unterscheiden brauche. Das neue Schuldrecht hat die beiden Pflichten ohne inhaltliche oder systemati-

⁴³⁷ Schapp, JZ 2001, S. 583 (584)

⁴³⁸ Dazu Picker, JZ 1987, S. 1041ff.

⁴³⁹ Schuldner i.S.v. § 280 I ist jeweils die Partei, die Pflichten aus dem Schuldverhältnis treffen.

sche Änderungen nur aus technischen Gründen unter dem Tatbestand der Pflichtverletzung zusammengefasst⁴⁴⁰. Gleichwohl ist die Verletzung von Leistungs- und Schutzpflichten theoretisch unterschiedlich zu behandeln. Die unterschiedliche Behandlung der Leistungspflichtverletzung und der Schutzpflichtverletzung hat ihren Sinn in Bezug auf den Haftungsumfang. § 249 S. 1 bestimmt den Inhalt des Schadensersatzes wie folgt: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ Der Wortlaut „der zum Ersatze verpflichtende Umstand“ bezeichnet die Pflichtverletzung. Das neue Schuldrecht bestimmt indes, wie gerade oben erklärt wurde, in § 241 die Unabhängigkeit der Schutzpflichten von den Leistungspflichten. Im Endeffekt muss man zur Feststellung des Schadensersatzes und seines Inhalts die verletzte Pflicht identifizieren. Dieser Identifizierungszwang des Schadensersatzrechts beugt dem unzutreffenden Versuch der Rechtsprechung und der hL zum alten Recht vor, dass man trotz „eines“ Tatbestands der Schlechtleistung nur die Rechtsfolgen zwischen „Mangelschaden“ und „Mangelfolgeschaden“ unterscheiden wollte⁴⁴¹. Vielmehr knüpft das neue Schuldrecht dem Schutzzweck nach die Leistungspflichtverletzung an Mangelschäden und die Schutzpflichtverletzung an Mangelfolgeschäden an.

(3) Pflichtverletzung im neuen Kaufrecht

Man muss bei der Prüfung der Mangelhaftung des Verkäufers zunächst die verletzte Pflicht identifizieren, um dann aus dem Schutzbereich der verletzen Pflicht den Schadensumfang zu bestimmen. Das Recht des Käufers auf Übergabe und Übereignung einer sach- und rechtsmangelfreien Sache nach § 433 Abs. 1, die vertraglich eingeräumte Rechtsposition mithin, wird gegen rechtswidrige und schuldhaft Beeinträchtigungen in Form der Nichterfüllung oder Unmöglichkeit gesetzlich durch §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281, 283 geschützt. Diese gesetzlichen Haftungsnormen betreffen nach der Terminologie

⁴⁴⁰ Schapp, JZ 2001, S. 583ff.

⁴⁴¹ Oben 2 (1).

des § 241 Abs. 1 Leistungspflichtverletzungen. Ansonsten schützt § 280 Abs. 1 vor rechtswidrigen und schuldhaften Schädigungen des Käufervermögens durch den Verkäufer. Wird die vertragliche Position des Käufers auf Erwerb einer mangelfreien Kaufsache nicht durch ein dem Verkäufer vorwerfbares Verhalten verletzt, geht es vielmehr um den Schutz des sonstigen Vermögens des Käufers, steht eine Leistungspflichtverletzung nicht in Rede. Es handelt sich dann vielmehr um die Verletzung einer deliktischen Verhaltenspflicht. Umso deutlicher wird nunmehr, dass es nicht um eine kaum durchführbare Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden geht, sondern um die den haftungsbegründenden Tatbestand auslösende Pflichtverletzung. Eine solche ist immer von ihrem Schutzgegenstand her zu denken: die vertragliche, auf eine Vermögensaufstockung zielende Position oder das daneben bestehende, sonstige Vermögen des Käufers.

Dieses Trennungsprinzip gilt auch für die Verjährungsfrist. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen Mängeln der Kaufsache ist in § 438 geregelt. Die Vorschrift sieht für die in § 437 Nr. 3 bezeichneten Ansprüche auf Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen grundsätzlich eine Verjährungsfrist von zwei Jahren vor, die anders als in § 199 I unmittelbar mit Lieferung der Sache beginnt (§ 438 II Hs. 2). Da die in § 437 Nr. 3 bezeichneten Ansprüche allerdings nur auf der Leistungspflichtverletzung beruhen, gilt die zweijährige objektive Verjährungsfrist nur für die Zufügung der Mangelschäden durch die Verletzung des Äquivalenzinteresses. Für den Schadensersatzanspruch wegen Schutzpflichtverletzung, nämlich für den Ersatzanspruch auf Mangelfolge- bzw. Integritätsschäden, gilt damit die dreijährige regelmäßige Verjährungsfrist gemäß § 195⁴⁴².

4. Schlussfolgerungen am Beispiel

Das neue Schuldrecht hat durch die Einfügung des § 241 Abs. 2 ins BGB klar zum Ausdruck gebracht, dass die Schutzpflichten mit den Leistungspflichten nichts zu tun haben. Demnach muss man die bei-

⁴⁴² So auch bereits Flume AcP 193(1993); Wagner JZ 2002, 475(478); Brüggemeier WM 2002, 1376(1382).

den Pflichten unabhängig voneinander behandeln. Dieser Trennungsgedanke gilt nicht nur auf der Tatbestands-, sondern auch auf der Rechtsfolgenebene. Das hat zur Folge, dass man im neuen Schuldrecht weiter zwischen „Mangelschäden“ und „Mangelfolgeschäden“ differenzieren kann. Zugrunde liegt die Erkenntnis, dass es sich um unterschiedliche Schutzsysteme handelt. Während der Mangelschaden das Äquivalenzinteresse des Käufers, also seine Rechtsposition bezüglich dem Erhalt einer sach- und rechtmängelfreien Kaufsache betrifft, bezieht sich der Mangelfolgeschaden auf die Verletzung des Integritätsinteresses, also auf die unabhängig vom Vertragsschluss dem Käufer zugeordneten Güter.

§ 433, der den Inhalt und den Schutzzweck der Pflichten der Vertragspartner beim Kauf bestimmt, beschränkt das Kaufrecht nur auf die Leistungspflichten des Verkäufers und die damit verbundenen Rechtsfolgen. § 437 ist damit dahingehend zu verstehen, dass die Vorschrift nur die Ansprüche wegen Leistungspflichtverletzungen betrifft. Die im § 438 I Nr. 1 geregelten „übrigen Ansprüche“ sind nur diejenigen aus Leistungspflichtverletzung, so dass die in §§ 195 ff. geregelten Verjährungsfristen auf sämtliche Ansprüche aus Schutzpflichtverletzung in vertraglichen Beziehungen Anwendung findet.

Anhand der eingangs dargestellten Fälle soll das hier entwickelte Ergebnis exemplifiziert werden:

a. Waschsalon-Fall⁴⁴³

i) Pflichtverletzung im Leistungsverhältnis

V und K haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen. Damit ist das Leistungsverhältnis gemäß §§ 433, 241 Abs. 1 entstanden. Dieses Verhältnis verpflichtet V gemäß § 433 Abs. 1 S. 2, dem K die Maschine frei von Sachmängeln zu verschaffen. Aber V hat diese Pflicht schuldhaft verletzt, weil die vereinbarte Montage unsachgemäß durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2).

⁴⁴³ Christian Rauda/Jochen Zenthöfer, Das neue Schuldrecht, S. 62.

K hat zunächst die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt. Dieses Begehren auf die Rückzahlung des Kaufpreises wird in der Regel als Rücktritt vom Vertrag ausgelegt⁴⁴⁴. Der Rücktritt setzt allerdings bei einem behebbaren Sachmangel wie im vorliegenden Fall in der Regel nach § 323 Abs. 1 eine angemessene Frist zur Nacherfüllung voraus. K hat V eine Frist zur Abdichtung der Tür gesetzt, die V verstreichen ließ. Damit ist die Rücktrittserklärung des K wirksam, so dass V gemäß 346 Abs. 1, 348 S. 1 Zug um Zug gegen die Herausgabe der einschlägigen Maschine den Kaufpreis zurückzahlen muss.

Der Schadensersatzanspruch wird gemäß § 325 durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Dementsprechend hat K nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Freilich hätte K als Verzögerungsschäden gemäß §§ 280 Abs. 2, 286 Ersatz des entgangenen Gewinns verlangen können. Dieser wurde allerdings in den Schadensersatz statt der Leistung einbezogen, weil der Verzug gemäß § 281 Abs. 4 mit dem Untergang des Leistungsanspruchs beendet wurde⁴⁴⁵. Problematisch ist hier nur, ob dieser Schadensersatzanspruch nicht nur den entgangenen Gewinn, sondern auch den beschädigten Teppich deckt. Wie oben erörtert wurde, gehört der entgangene Gewinn zum Schutzbereich der Leistungspflichten, die sich unmittelbar aus dem Vertrag ergeben. Dagegen gehört nicht hierher der beschädigte Teppich, der eine Verletzung des Integritätsinteresses des Käufers darstellt. Damit darf der Käufer in Bezug auf das Leistungsschuldverhältnis nur den Ersatz des entgangenen Gewinns verlangen. V muss K diesen Mangelschaden gemäß §§ 280 Abs. 3, 281 Abs. 1, in Verbindung mit § 433 Abs. 1 S.2 ersetzen. Der Anspruch verjährt gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 in zwei Jahren ab Übergabe.

ii) Schutzpflichtverletzung im Schutzverhältnis

Zwischen K und V wurde ein Kaufvertrag abgeschlossen. Damit besteht das Schutzverhältnis zwischen beiden gemäß § 241 Abs. 2, das jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interes-

⁴⁴⁴ Man kann auch wie Rauda/Zenthöfer Rückzahlung des Kaufpreises und den entgangenen Gewinn als Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß § 281 I S.3 ansehen.

⁴⁴⁵ Siehe oben V 3

sen des anderen Teils verpflichtet. V hat jedoch diese Pflicht durch die Lieferung einer mangelhaften Maschine verletzt. Die Fristsetzung zur Nacherfüllung kommt in diesem Fall nicht in Betracht, weil der durch das Auslaufen des Wassers entstandene Schaden nicht durch die Nacherfüllung beseitigt werden kann. Es handelt sich insoweit um eine reine Verletzung des Integritätsinteresses. K kann den Ersatz des geschädigten Teppichs als Verletzung des Integritätsinteresses verlangen, weil V gemäß 280 I die Schutzpflicht schuldhaft verletzt hat und K der Mangelfolgeschaden entstanden ist, der zum Schutzbereich des Schuldverhältnisses im Sinne des § 241 II gehört. Der Anspruch verjährt gemäß §§ 195, 199 BGB in drei Jahren⁴⁴⁶.

b. Gebrauchtwagen-Fall⁴⁴⁷

i) Pflichtverletzung im Leistungsverhältnis

Das durch den Kaufvertrag entstandene Leistungsverhältnis verpflichtet V, das Auto mit der vereinbarten Beschaffenheit „Unfallfreiheit“ zu verschaffen. V hat diese Pflicht verletzt. Der Sachmangel ist nicht behebbar und erheblich gemäß §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5. Damit kann K ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung vom Kaufvertrag zurücktreten⁴⁴⁸.

Wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist, ist der Rücktritt gemäß § 218 unwirksam. Bei unbehebbarem Sachmangel besteht kein Nacherfüllungsanspruch, der verjährt sein könnte. Jedoch lässt § 218 auch in diesem Fall die Unwirksamkeit des Rücktritts gelten. Da sich V auf die Verjährung gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 berufen hat, ist dieser Rücktritt damit unwirksam. V braucht den Kaufpreis nicht zurückzahlen.

ii) Pflichtverletzung im Schutzverhältnis

⁴⁴⁶ Wagner, JZ 2002, 475 (478); Leenen, JZ 2001, 556; Ernst, JZ 2001, 684 (689).

⁴⁴⁷ Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, Fall 152 (S. 304), jedoch in einigen Punkten geändert.

⁴⁴⁸ Lorenz/Riehm, Rn. 505f.

Das Schutzverhältnis entsteht nach § 311 Abs. 2 bereits durch die Anbahnung des Kaufvertrags. Damit ist das Schutzverhältnis zwischen V und K ohne Zweifel entstanden. In diesem Schutzverhältnis müssen die Beteiligten die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils berücksichtigen. V hat diese Pflicht gemäß § 280 Abs. 1 fahrlässig verletzt. Der Schadensersatzanspruch steht somit dem Käufer zu.

Der Verkäufer beruft sich allerdings auf die zweijährige Verjährung gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3. Die zweijährige Verjährungsfrist gilt jedoch nur für das Leistungsverhältnis. Körperschäden stellen dagegen eine Verletzung des Integritätsinteresses dar, das zum Schutzbereich des Schutzverhältnisses gehört. Der Anspruch auf die Heilungskosten verjährt damit erst in 30 Jahren von der Verletzung an gemäß § 199 II. V muss dem K die Heilungskosten gemäß §§ 249, 280 Abs. 1 ersetzen.

Kapitel 6 Thesenartige Zusammenfassung der Ergebnisse

Unter der Geltung des alten Schuldrechts konnten das Wandelungs- und Minderungsrecht des Käufers auf den Vertrag als Legitimationsgrundlage zurückgeführt werden. Das Minderungsrecht diente dem Interesse des Käufers an der Aufrechterhaltung der kaufvertraglichen causa: Ohne die Minderungsposition wäre der Käufer faktisch zur Wandelung und mithin zur Aufkündigung des Vertrags gezwungen worden. Wandelung und Minderung konnten daher nicht unabhängig voneinander gedacht werden.

Im nunmehr geltenden Schuldrecht erscheint das verschuldensunabhängige Rücktrittsrecht zunächst als eine gesetzliche Sanktion der Nichterfüllung der Leistungspflicht des Schuldners. Eine vertragliche Legitimation scheint nur insoweit möglich, als die Nachfristsetzung den Erfüllungszeitraum konkretisiert. Mit Ablauf des Erfüllungszeitraums wird der Kaufvertrag als causa des Leistungsaustauschs hinfällig. Das Rücktrittsrecht vollzieht den Zeitablauf insoweit nach und ermöglicht dem Käufer die „endgültige“ Abstandnahme vom Vertrag. Ob auch die Minderung unter dem neuen Schuldrecht durch den Kaufvertrag gerechtfertigt wird, ist zweifelhaft. Denn mit dem Ablauf des Erfüllungszeitraums entfällt der Kaufvertrag als causa für den Leistungsaustausch. Die Minderungsposition des Käufers, die ihm erlaubt, einseitig den (hinfälligen) Vertrag inhaltlich zu ändern, ist insoweit eher gesetzliche Sanktion für die Nichterfüllung der Leistungspflicht durch den Verkäufer.

Soweit § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB auch auf den Speziaukauf angewendet wird, ist dies Ausfluss einer Überbetonung des „erfolgsbezogenen“ Denkens im neuen Schuldrecht. Konsequenz eines solchen Denkens ist die Statuierung einer verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung, die sich von der kaufvertraglichen causa entfremdet, insbesondere eine den Verkäufer benachteiligende einseitige Risikozuweisung vornimmt.

Im Hinblick auf die Minderung und die Anwendung des Nachlieferungsanspruchs im Falle des Stückkaufs werden Vertrags- und Haftungsrecht miteinander vermengt.

Beeinträchtigt der Verkäufer nicht die rechtsgeschäftliche Position des Käufers auf den Erwerb einer sach- und rechtsmängelfreien Sache, sondern dessen übriges Vermögen in rechtswidriger und schuldhafter Weise, steht die Verletzung einer deliktischen Pflicht in Rede, § 241 Abs. 2 BGB; der entsprechende Schadensersatzanspruch verjährt nach den allgemeinen Regeln, nicht aber nach dem besonderen Verjährungsregime des Kaufs.

Gesetzesmaterialien

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung (Amtliche Ausgabe), Berlin und Leipzig 1888, (Zit. E I)

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, Leipzig 1895, (Zit. E II)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I – Allgemeiner Theil, Band II – Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888 (Zit. Motive I, Motive II)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn), Band I – Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, Berlin 1897, (Zit. Protokolle I)

B. Mugdan (Hrsg.)

Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band – Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899. (Zit. Mugdan)

Reatz - Im Auftrag des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins
Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich – unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, Berlin 1898

Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (hrsg. vom Bundesminister der Justiz), 1992 (Zit. Abschlußbericht)

Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (Hrsg. vom Bundesministerium der Justiz), 2000

Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts. Band I (hrsg. vom Bundesminister der Justiz), Köln 1981

Jakobs, Horst Heinrich / Schubert, Werner (Hrsg.)

Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Allgemeiner Teil 1. Teilband (S. 580 - 645), Berlin 1985 (Zit. Beratung)

Schubert, Werner

Bayern und das Bürgerliche Gesetzbuch – Die Protokolle der bayerischen BGB-Kommission (1881-1884) (S. 52-61), Ebbelsbach 1980 (Rechtsgeschichte)

ders. (hrsg.)

Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 und 2, Berlin, New York 1980

Literaturverzeichnis

Achenwall, Gottfried/ Pütter, Johann Stephan (Hrsg. von Jan Schröder)

Anfangsgründe des Naturrechts(*Elementa Iuris Naturae*),
Frankfurt am Main Leipzig 1995

Ackermann, Thomas

Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, *JZ* 2002,
378-385

ders. Eine Erwiderung auf Canaris *JZ* 2003, 831, *JZ* 2003, 1154-
1156

Altmeppen, Holger

Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für
die Überhastung der Schuldrechtsreform, *DB* 2001, 1131-
1133

ders. Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungs-
interesse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, *DB* 2001,
1399-1405

ders. Nochmals: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfäng-
liche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des
Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes-Replik auf Canaris,
DB 2001 S. 1815, *DB* 2001, 1821-1824

Apathy, Peter

Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Ent-
wicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im
klassischen römischen Recht, *Zeitschrift der Savigny-
Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung)*
1994, 95-153

Avenarius, Martin

Struktur und Zwang im Schuldvertragsrecht – Zur funktionellen Bedeutung des § 241 S. 1 BGB, JR 1996, 492-496

Ballerstedt, Kurt

Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501- 531

ders. Zur Lehre vom Gattungskauf, in: FS für Nipperdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955, 261-282

Bamberger/Roth

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2003

v. Bar, Christian

Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag ?, JuS 1982, 637- 645

Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann (hrsg.)

Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung Band I (Institutionen), Band II (Digesten I-10), Band III (Digesten 11-20) Heidelberg, 1990 (Zit. CIC B. S.)

v. Blume, Wilhelm

Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, Jh.Jb. 55 (1909), 209-242

Bötzow, Richard

Sind nach gemeinem Recht die ädilischen Rechtsmittel auch bei einem Genuskaufe zulässig? (Diss.), Greifswald 1891 (Zit. Genuskauf) (pVV & cic II)

Braun, Johann

Gutgläubiger Erwerb vom Minderjährigen gem. §§ 107, 932 BGB?, Jura 1993, 459-460

ders. Die Unmöglichkeit der Leistung 1. Teil, JA 1983, 488-493; 2. Teil, JA 1983, 571 – 577

Brehm, Wolfgang
Der Begriff des Unvermögens – Bemerkungen zum Wert der Dogmatik in der Jurisprudenz, JZ 1987, 1089 – 1091

v. Brinz, Alois
Obligation und Haftung, AcP 70 (1886), 371-408

Brox, Hans
Allgemeiner Teil des BGB, 25. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2001

Brügemeier, Gert
Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982), 385 – 452

ders. Zur Reform des deutschen Kaufrechts – Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 2000, 529 – 538

ders. Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches – Eine kritische Bestandaufnahme, WM 2002, 1376-1387

Bydlinski, Franz
Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien New York 1967 (Zit. Privatautonomie)

ders. Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1-46

Canaris, Claus-Wilhelm
Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (Zit. Vertrauenshaftung)

- ders.* Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 – 482
- ders.* Schutzgesetz - Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag 1983, 27 – 110 (Zit. Schutzgesetz)
- ders.* Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993-104
- ders.* Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161-172
- ders.* Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329-336
- ders.* Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1815-1821.
- ders.* Anmerkung zum BGH, NJW 1984, 2279-2281, NJW 1984, 2281- 2282
- ders.* Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831-838

Cohnfeldt, Richard

Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht, Leipzig 1865 (Zit. Interesse)

Coing, Helmut

Europäisches Privatrecht Band I – Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985

- ders.* Europäisches Privatrecht Band II – 19. Jahrhundert (Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern), München, 1989
- Crome, Friedrich Theodor Carl
System des deutschen bürgerlichen Rechts, zweiter Band, 1902.
- Dabelow, Christoph Christian
System des gesammten heutigen Civil=Rechts, Theil 1 und 2, 2. Aufl. Halle 1796
- Däubler-Gmelin, Herta
Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, NJW 2001, 2281- 2289
- Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hrsg.)
Das Neue Schuldrecht, Heidelberg 2002
- Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hrsg.)
Das Neue Schuldrecht- in der anwaltlichen Praxis, Deutscher Anwalt Verlag 2002
- Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz
Fälle zum Neuen Schuldrecht, Heidelberg 2002
- Dernburg, Heinrich
Pandekten 1. Band, 2. Aufl. Berlin 1888; 2., 3. Band, 2. Aufl. Berlin 1889
- Diederichsen, Uwe
Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches für Studienanfänger, 3. Aufl., Heidelberg Karlsruhe 1978
- ders.* Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 101-125

ders. „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ und Ersatz von Mangelfolgeschäden, AcP 165 (1965), 150 – 168

ders. Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluss und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, 401 – 403

Diesselhorst, Malte

Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs – Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Band 97, Göttingen 1976 (Zit. Pufendorf)

ders. Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen – Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, Band 6, Köln Graz 1959, (Zit. Grotius)

Dulckeit/Schwarz/Waldstein

Römische Rechtsgeschichte, 9. Aufl., München 1995

Eckardt, Diederich

Probleme der Haftung für Unvermögen und der Anspruchskonkurrenz im Sachmängelrecht, JR 1996, 397- 401

Eichenhofer, Eberhard

Haftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen, JuS 1989, 777 – 783

Eidenmüller, Horst

Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, JZ 2001, 283-287

Egermann, Frank

Verjährung deliktischer Haftungsansprüche, ZRP 2001, 343 – 347

Ehmann, Horst/Sutschet, Holger (Hrsg.)

Modernisiertes Schuldrecht, München 2002

- Engisch, Karl
Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., Stuttgart Berlin Köln 1997 (Zit. Juristisches Denken)
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich
Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 14. Aufl. Tübingen 1952; Zweiter Halbband, 14. Aufl. Tübingen 1955
- Erman, Walter
Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934), 273-336
- ders.* Zu den Rechten des Stückkäufers aus Mängeln der Sache, JZ 1960, 41- 47
- Ernst, Wolfgang
Rechtsmängelhaftung, Tübingen 1995
- Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.)
Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001
- Ernst, Wolfgang/Gsell, Beate
Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410 – 1427
- dies.* Nochmals für die „kleine Lösung“ – Erwiderung auf Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, 1639, ZIP 2000, 1812 – 1816
- Esser, Josef/Schmidt, Eike
Schuldrecht Band I (Allgemeiner Teil), 6. Aufl. Heidelberg 1984
- Evans-von Krbek, Franziska-Sophie

Gleichstellung des anfänglichen Schuldnerunvermögens mit dem nachträglichen?, AcP 177 (1977), 35 – 51

dies. Das ungeklärte Verhältnis von anfänglicher Unmöglichkeit und Sachmängelhaftung, MDR 1980, 819 – 820

Fikentscher, Wolfgang

Schuldrecht, 8., neubearbeitete Auflage, Berlin 1992

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979

dies. Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948 (Zit. Eigenschaftsirrtum)

dies. Gesetzesreform der Sachmängelhaftung beim Kauf?, AcP 193 (1993), 89-120

dies. Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bei Kauf und Werkvertrag, AcP 197 (1997), 441- 455

dies. Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 (1962), 52-76

dies. Rechtsgeschäft und Privatautonomie in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, FS Deutscher Juristentag 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, 135 - 238

Foerste, Ulrich

Unklarheit im künftigen Schuldrecht: Verjährung von Kaufmängel-Ansprüchen in zwei, drei oder 30 Jahren?, ZRP 2001, 342 – 343

Förster, Franz / Eccius, M. E.

Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts 1. Band, 5 Aufl., Berlin 1887

Freudling, Gabriele

Die Schadensersatzansprüche des Käufers im Gewährleistungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, 1985 (Zit. Das Gewährleistungsrecht)

dies. Die Schadensersatzansprüche des Käufers bei Schlechterfüllung in der Gerichtspraxis während der Entstehungszeit und der Zeit nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP 198 (1998), 599 – 611

dies. Schadensersatz bei anfänglicher Unmöglichkeit und bei culpa in contrahendo, JuS 1984, 193 – 197

Geppert

Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragsabschluß – Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Jh.Jb. 64 (1914), S. 437 - 484

Glück, Christian Friedrich

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, 10. Band, Erlangen 1808

Grotius, Hugo

De jure belli ac pacis (übersetzt von Walter Schätzel, Tübingen 1950) (Zit. De jure)

Grunsky, Wolfgang

Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 451 – 468

Gsell, Beate

Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 65-75

dies. Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung, NJW 2003, 1969-1975

Gudian, Gunter

Die Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 1971, 1239
– 1242

Habersack, Mathias

Fehlendes Erklärungsbewusstsein mit Wirkung zu Lasten des
Erklärungsempfängers? – BGH, NJW 1995, 953, JuS 1996,
585 – 588

Häublein, Martin

Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das
Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kauf-
recht, NJW 2003, 388 – 393

Hasse, Johann Christian

Die Culpa des Römischen Rechts, Kiel 1815 (Zit. Culpa)

Hattenhauer, Hans

Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2000

ders.(Hrsg.)

Thibaut und Savigny – Ihre programmatischen Schriften,
München 1973

Hattenhauer, Hans/Buschmann, Arno

Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Über-
setzungen, München 1967

Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter

Römisches Privatrecht, 8. Aufl. Wien Köln Weimar 1997

Haymann, Franz

Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kauf-
sache, Erster Band, Berlin 1912 (Zit. Haftung des Verkäu-
fers)

ders.

Besprechung zu Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewähr-
leistung für Sachmängel, ein dogmatischer Beitrag zur Lehre
von der Gewährleistung, AcP 135 (1932), 228 – 234

ders. Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf – Vortrag, gehalten am 24. Februar 1913 in der Juristischen Gesellschaft in Frankfurt a. M., Berlin 1913

Heck, Philipp

Zur Entstehungsgeschichte des § 276 Satz 1 BGB, AcP 137 (1933), 259 – 269

Heineccius, Johann Gottlieb

Grundlagen des Natur- und Volkerrechts (hrsg. von Christoph Bergfeld, übersetzt von Peter Mortzfeld)– Bibliothek des deutschen Staatsdenkens (hrsg. von Hans Maier und Michael Stolleis), Frankfurt am Main und Leipzig 1994 (Zit. Naturrecht)

Heinrichs, Helmut

Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Neuregelung des Verjährungsrechts, BB 2001, 1417-1423

Helms, Tobias / Neumann, Daniela / Caspers, Georg / Sailer, Rita / Schmidt-Kessel, Martin

Das Neue Schuldrecht – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001

Herberger, Klaus

Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1974 (Zit. Sachmängelhaftung)

Herzberg, Rolf

Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, 2525-2530

Heß, Burkhard

Das neue Schuldrecht – In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen, NJW 2002, 253 – 260

Himmelschein, Jury

Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 (1959/1960), 271 – 297

ders. Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135(1932), 255 - 327

Hofer, Sibylle

Der Schadensersatzanspruch des Käufers bei Sachmängeln – Grundsätze, Wertungen und Konstruktionen, AcP 2001, 275 – 292

Hoffmann, Jan

Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 347 – 350

Honsell, Heinrich

Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1997

ders. Quod interest im bonae-fidei-iudicium, 1969 (Zit. Quod interest)

ders. Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, JR 1976, 361-367

ders. Die positive Vertragsverletzung und ihr Verhältnis zur Sachmängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, Jura 1979, 184-199

ders. Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 18-21

ders. Die EU/Richtlinie über den Verbrauchgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278 – 283

Höpfner, Ludwig Julius Friedrich

Theoretisch praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen, 8. Aufl. - durchaus berichtigt, auch mit Anmer-

kungen und Zusätzen vermehrt von Adolf Dietrich Weber -
Frankfurt am Main 1833 (Zit. Commentar)

Huber, Hans

Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit,
Berlin 1966 (Zit. Vertragsfreiheit)

Huber, Peter

Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW
2002, 1004-1008

Huber, Ulrich

Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach Einheitlichem
Kaufrecht und Deutschem Schuldrecht in: Festschrift für
Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978 (zit.
Vertragsverletzungen)

ders. Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverlet-
zung, AcP 177 (1977), 281-348

Hugo, Gustav

Lehrbuch eines civilischen Cursus 4. Band, welcher das heu-
tige Römische Recht (Institutionen oder Pandecten enthält),
5. Aufl., Berlin 1816 (Zit. Lehrbuch)

v. Ihering, Rudolf

Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder
zur Perfektion gelangten Verträgen, Jh.Jb. 4 (1861) (Zit.
Culpa in contrahendo)

Jakobs, Horst Heinrich

Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht – Zur Ordnung des
Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch
und nach Einheitlichem Kaufrecht, Paderborn 1985 (Zit. Ge-
setzgebung)

ders. Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969 (Zit. Unmög-
lichkeit)

- Jauernig, Othmar (Hrsg.)
Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 8. Aufl. München
1997 (Zit. Jauernig-Bearbeiter); 10. Aufl. München 2003
(Zit. Jauernig-Bearbeiter, 10. Aufl.)
- Jorden, Simon/Lehmann, Michael
Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, JZ
2001, 952-965
- Kahlert, Henner
Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: Teilweise Abschaffung
des Verzugszinses?, ZRP 2001, 340- 341
- Kaser, Max
Römisches Privatrecht, 16 Aufl., München 1992
- Kaufmann, Arthur
Grundprobleme der Rechtsphilosophie – Eine Einführung in
das rechtsphilosophische Denken, München 1994 (Zit.
Grundprobleme)
- ders.* Kann die Natur Norm menschlichen Verhaltens sein?, in:
Was ist das: die Natur? – Über einen schwierigen Begriff,
hrsg. von Wolfgang Böhme, S. 33 – 51 (Zit. Naturrecht)
- Kaufmann, Horst
Rezeption und usus modernus der actio legis aquiliae, Köln
Graz 1958 (Zit. Rezeption)
- Keller, Friedrich Ludwig
Pandekten – Vorlesungen, hrg. Von Emil Friedberg, Leipzig
1861
- Kellmann, Christof
Grundprobleme der Willenserklärung, JuS 1971, 609 – 617
- Kirsch, Andreas

Schuldrechtsreform und Unternehmen – Umstellungen bei
Langzeitverträgen, NJW 2002, 2520-2523

Köhler, Helmut

Das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu anderen
Rechtsbehelfen des Käufers, JA 1982, 157 – 164

Köhler, Helmut/Fritzsche, Jörg

Fälle zum neuen Schuldrecht, München 2002

Köndgen, Johannes

Selbstbindung ohne Vertrag – Zur Haftung aus geschäftsbe-
zogenen Handeln, Tübingen 1981 (Zit. Selbstbindung)

Knöpfle, Robert

Zum Verhältnis zwischen Gewährleistungsansprüchen und
Ansprüchen aus culpa in contrahendo oder positiver Ver-
tragsverletzung, NJW 1990, 2497-2505

Knütel, Rolf

Zur Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2519 – 2521

Kunkel, Wolfgang

D. 19, 1, 13 pr. – 2, SZ Rom 46, 285-287

Kupisch, Berthold

Id Quod Interest bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäu-
fers, Rechtsgeschiedenis (The Legal History Review), 1975,
S. 1 – 22

Larenz, Karl

Lehrbuch des Schuldrechts Band I - Allgemeiner Teil, 14.
Aufl., München 1987 (Zit. Schuldrecht I)

ders. Lehrbuch des Schuldrechts Band II Halbband 1 - Besonderer
Teil, 13. Aufl., München 1986 (Zit. Schuldrecht II/1)

Larenz, Karl/Wolf, Manfred

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997 (Zit. AT des BGB)

Laufke, Franz

Vertragsfreiheit und Grundgesetz in: FS Lehmann zum 80. Geburtstag, Band 1, Berlin Tübingen Frankfurt am Main 1956, S. 145 – 188

Lehmann, Heinrich

Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 96(1905), 60 - 113

Lenel, Otto

Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches), AcP 74 (1889), 213-239

ders. Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, AcP 79 (1892), 49 – 107

ders. Parteiabsicht und Rechtserfolg, Jh. Jb. 19(1881), 154-253

ders. Der Irrthum über wesentliche Eigenschaften, Jh. Jb. 44 (1902), 1-42

Leser, Hans G.

Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungshaftungsrecht, AcP 183(1983), 568-607

Lessmann, Herbert

Schlechte Dienstleistung und Vergütung in: Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, 395 – 420

Liebs, Detlef

Römisches Recht, 2. Aufl. Göttingen 1982.

Lobinger, Thomas

Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung –
Zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflichten im Bürgerlichen Recht, Tübingen 1999 (Zit. Rechtsgeschäftliche Verpflichtung)

ders. Der Anspruch auf das Fehlersurrogat nach § 281 BGB –
BGHZ 114, 34, JuS 1993, 453 – 460

ders. Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten –
Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275,
311a, 313 BGB n.F., Tübingen 2004

Lorenz, Stephan

Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997
(Zit. Unerwünschter Vertrag)

ders. Anmerkung zu JZ 2001, 876-878, JZ 2001, 878-880

ders. Unmöglichkeit – Arbeitshilfe zum neuen Schuldrecht, An-
walt 1-2 2002, 20-22

ders. Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmän-
geln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertre-
ten?, NJW 2002, 2497-2505

ders. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für
die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ
2001, 742-745

ders. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW
2003, 1417-1419

Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas

Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002 (Zit. Neues Schuldrecht)

Mansel, Heinz-Peter

Die Neuregelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89 – 99

Medicus, Dieter

Bürgerliches Recht, 17. neubearbeitete Aufl., Köln Berlin
Bonn München 1996.

ders. Probleme um das Schuldverhältnis, 1987 (Zit. Schuldverhältnis)

ders. Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl., Heidelberg 1990

ders. Id quod interest – Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln 1962

ders. Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 2003
(Zit. AT des Schuldrechts)

ders. Bemerkungen zur Neuregelung des Schuldnerverzugs,
DNotZ 2000, 256 – 273

ders. Rechtsgeschichte der Sachmängelhaftung, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (Hrsg. von Reinhard Zimmermann), Heidelberg 1999, 307-314

ders. Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: FS für Eduard Kern, Tübingen 1968

ders. Besprechung zu Heinrich Honsell, Quod interese im bonae-fidei-iudicium

ders. Restituere - quanti ea res est – Id quod interest, ZSRom 115
(1998), 66 – 79

Micklitz, Hans - W. / Pfeiffer, Thomas / Tonner, Klaus / Willingmann, Armin (Hrsg.)

Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Baden-Baden
2001

Möschel, Wernhard

Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs,
AcP 186 (1986), 187 – 236

Motzer, Stefan
Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit, JZ
1983, 884 – 889

Müller, Gerd
Die Rügeobliegenheit des Kaufmanns, ZIP 1997, 661 – 670

Müller, Klaus J.
Unternehmenskauf, Garantie und Schuldrechtsreform – ein
Sturm im Wasserglas?, NJW 2002, 1026-1027

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Aufl. (2004)

Münzberg, Wolfgang
Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit
und Haftung, Frankfurt a.M. 1966

ders. Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage,
JZ 1967, 689-694

Musielak, Hans-Joachim
Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuld-
recht, NJW 2003, 89-92

Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix
Vertragliche Schuldverhältnisse, 2002

v. Olshausen, Eberhard
Einrede- und Aufrechnungsbefugnisse bei verjährten Sach-
mängelansprüchen, JZ 2002, 385-389

Palandt
Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts – Ergänzungs-
band zu Palandt,
Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., München 2002

Peters, Frank

Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers bei Sachmängeln, in: Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik (Hrsg. Reinhard Zimmermann 1999), 315-324

ders. Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf, in: FS Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, 285 – 307

Picker, Eduard

Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369 – 520 und Diskussionsbericht dazu von Eberhard Schilken, AcP 183 (1983), 521 – 524

ders. Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041 – 1058

ders. Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201 (2001), 765-859

ders. Schuldrechtsreform und Privatautonomie – Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB, JZ 2003, 1035 -1048

Pufendorf, Samuel

Die Gemeinschaftspflichten des Naturrechts – Ausgewählte Stücke aus „De Officio Hominis et Civis“ von 1673, (Deutsches Rechtsdenken – Lesestück für Rechtswahrer bei der Wehrmacht, Heft 5, hrsg. von Erik Wolf), Frankfurt a.M. 1943 (Zit. Gemeinschaftspflichten) (Naturrecht II)

ders. Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur (hrsg. und übersetzt von Klaus Luig) – Bibliothek des deutschen Staatsdenkens (hrsg. von Hans Maier und Michael Stolleis) Band I, Frankfurt am Main und Leipzig 1994, (Zit. De officio)

- Raape, Leo
Sachmängel und Irrtum beim Kauf, AcP 150 (1949), 481-506
- Raiser, Ludwig
Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in: Hundert Jahre
Deutsches Rechtsleben, FS Deutscher Juristentag 1860-1960,
Band I, Karlsruhe 1960, 101 - 134
- Recker, Wilfried
Schadensersatz statt der Leistung – oder: Mangelschaden und
Mangelfolgeschaden, NJW 2002, 1247-1248
- Rehbinder, Manfred
Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin New
York 1988 (Zit. Rechtswissenschaft)
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus
Kaufrecht, 5. Aufl. Neuwied, Kriftel, Berlin 1992
- Richelmann, Heinrich
Der Einfluß des Irrthums auf Verträge, Hannover 1837
- Roth, Günter H.
Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS 1968,
101-108
- Rümelin, Gustav
Obligation und Haftung, AcP 68 (1885), 151-216
- Rüßmann, Helmut
Besprechung zu Fikentscher „Schuldrecht, 7. Aufl.“, AcP
186 (1986), 291-301
- Rüthers, Bernd
Rechtstheorie, München 1999
- Rust, Ulrich

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht – Eine kritische Untersuchung der Reformvorschläge der Schuldrechtskommission, Berlin 1997

ders. Leistungs- und Schutzpflichten in der Gewährleistungshaftung, MDR 1998, 947-950

ders. Zum Umfang des deliktischen Schadensersatzanspruchs eines getäuschten Käufers – Besprechung von BGH, NJW 1998, 983

v. Savigny, Friedrich Carl

System des heutigen Römischen Rechts; 1. Band; 2. Band; 3. Band, Berlin 1840 (Zit. System I, II, III); 5. Band, Berlin 1841 (Zit. System V); 6. Band, Berlin 1847 (Zit. System VI); 7. Band, Berlin 1848 (Zit. System VII); 8. Band, Berlin 1859 (Zit. System VIII); (Sachen- und Quellenregister zu von Savigny's System des heutigen römischen Rechts (herausgegeben von D. L. Heuser), Berlin 1851

ders. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1851 (Zit. Obligationenrecht I); Zweiter Band, Berlin 1853 (Zit. Obligationenrecht II)

ders. Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg 1840 (zit. Gesetzgebung)

Schapp, Jan

Empfiehl sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?, JZ 2001, 583-589

ders. Das Zivilrecht als Anspruchssystem, JuS 1992, 537-544

Schiemann, Gottfried

Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“, JuS 1989, 345-350

Schmidt-Räntsch, Jürgen

Das neue Schuldrecht- Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln Berlin Bonn München 2002

ders. Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 1639 – 1645

Schmidt-Rimpler, Walter
Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130-197

ders. Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, in: FS Lehmann zum 80. Geburtstag, Band 1, Berlin Tübingen Frankfurt am Main 1956, S. 213 – 233

Schneider Peter
In dubio pro libertate in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, FS Deutscher Juristentag 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, 263 - 290

Schoeman, Franz
Lehre vom Schadensersatz, 1., 2. Theil, Giesen und Wetzlar 1806 (Zit. Culpa)

Schollmeyer, Friedrich
Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Jh.Jb. 49 (1905), 93-120

Schulze, Götz
Falschlieferung beim Speziaukauf – Unzulänglichkeiten des Gesetzes?, NJW 2003, 1022-1023

Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.)
Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001

Schur, Wolfgang

Leistung und Sorgfalt – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2001 (Zit. Leistung und Sorgfalt)

ders. Schadensersatz nach rechtskräftiger Verurteilung zur Leistung, NJW 2002, 2518-2520

Schwab, Martin/Witt, Carl-Heinz
Einführung in das neue Schuldrecht, München 2002

Schwerdtner, Peter
Positive Forderungsverletzung, Jura 1980, 213 – 222

Siber, Heinrich
Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jh.Jb. 70 (1921), 223-299

Singer, Reinhard
Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995 (Zit. Selbstbestimmung)

ders. Geltungsgrund und Rechtsfolgen der fehlerhaften Willenserklärung, JZ 1989, 1030 – 1035

ders. Besprechung zu „Thomas Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, Tübingen 1999“, AcP 201 (2001), 93-101

Sohm, Rudolf
Institutionen – Geschichte und System des römischen Privatrechts, 14. Aufl., Leipzig 1911

Spiro, Karl
Zur Reform der Verjährungsbestimmungen, in: FS Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, 617 – 630

Staub, Hermann
Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904 (Zit. pVV)

Stoll, Hans

Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe
1973

ders. Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen,
JZ 2001, 589-597

ders. Vertrauenshaftung bei einseitigen Leistungsversprechen, in:
FS für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 1978, S. 741-773

ders. Rechtskollisionen bei Schuldnermehrheit, in: FS Wolfram
Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, 631 – 660

Stoll, Heinrich

Die Lehre von den Leistungsstörungen – Denkschrift des
Ausschusses für Personen-, Vereins-, Schuldrecht, Tübingen
1936

ders. Vertrag und Unrecht 1. Halbband (1-120), 2. Halbband (121-
240), Tübingen 1936

ders. Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverlet-
zung – Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Leh-
re, AcP 136 (1932), 257-320

Süß, Theodor

Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel
– Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleis-
tung, Leipzig 1931 (Zit. Wesen der Gewährleistung)

Teichmann, Arndt

Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen
nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisie-
rungsgesetzes, BB, 2001, 1485-1492

Teichmann, Arndt/Beck, Markus

Anmerkung zum BGH, JZ 1996, 102-103 (= BGH, NJW 1995, 1737), JZ 1996, 103-105

Thibaut, Anton Friedrich Justus

System des Pandekten-Rechts, I. und II. Band, 8. Aufl., Stuttgart 1834 (Zit. Pandekten I, II)

Thiele, Wolfgang

Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 – 657

Tiedtke Klaus

Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Kaufrechts Teil 1, JZ 1997, 869- 880; Teil 2, JZ 1997, 931 – 940

ders. Leistungsstörung und Gewährleistung, NJW 1995, 3081-3085

Titze, Heinrich

Besprechung zu Oskar Pisko, Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware, 2. Aufl., JW 1927, 2964 - 2965

v. Vangerow, Karl Adolf

Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, 3. Bd, Marburg Leipzig 1847 (zit. Pandekten)

Vollkommer, Max

Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungsrechts mit den Leistungsstörungsinstituten der besonderen Schuldvertragstypen, AcP 1983 (183), 525-561

Wagner, Gerhard

Ansprüche auf Unmögliches ?, JZ 1998, 482-494

ders. Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, 475-481

- Waldstein, Wolfgang
Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (D 1, 1, 10 pr.), in:
FS für Werner Flume zum 70. Geburtstag 1978, 213-232
(Zit. Gerechtigkeit)
- Walter, Thomas
Das Verhältnis der gewährleistungsrechtlichen Schadenser-
satzansprüche im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht zu
dem Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverlet-
zung, 1990
- Weitnauer, Hermann
Bemerkungen zum Alles- oder Nichts-Prinzip im Schadens-
ersatzrecht, Karlsruher Forum 1961 – Grundprobleme der
Haftung in § 823 Abs. 1 BGB, 32-36
- v. Wening-Ingenheim, Johann Nepomuk
Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes, nach Heise's Grundriß
eines Systems des gemeinen Civilrechtes zum Behuf von
Pandecten-Vorlesungen, 3. Aufl. Band I, München 1827
- ders.* Die Lehre vom Schadensersatz nach Römischem Rechte –
Eine civilistische Abhandlung, Heidelberg 1841 (Zit. Scha-
densersatz)
- Westermann, Harm Peter
Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241-253
- Wieacker, Franz
Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen
Schuldrecht, in: FS für Hans Carl Nipperdey zum 70. Ge-
burtstag, 1965, 783 – 812
- ders.* Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnun-
gen, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, FS Deutscher
Juristentag 1860-1960, Band II, Karlsruhe 1960, 1 - 18

Wiethölter, Rudolf

Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens –
Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe 1960

Wilhelm, Jan

Irrtum über rechtliche Eigenschaften und Kauf, in; Festgabe
für Werner Flume zum 90. Geburtstag, Berlin Heidelberg
New York Tokyo usw. 1998, 301 – 342 (Zit. Irrtum)

ders. Mängelhaftung und Kenntnis des Gläubigers vom Mangel,
JZ 1982, 488 - 495

Wilhelm, Jan/Deeg, Peter

Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen,
JZ 2001, 223-233

Windscheid, Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 6. Aufl. Frankfurt
a. M. 1887 (Zit. Pandekten I); Zweiter Band (Zit. Pandekten
II); Dritter Band (Zit. Pandekten III)

ders. Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung,
Düsseldorf 1850 (Zit. Voraussetzung)

ders. Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161- 202

Wolf, Manfred

Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher
Interessenausgleich – Tübinger Rechtswissenschaftliche Ab-
handlungen, Band 32, Tübingen 1970 (Zit. Entscheidungsfreiheit)

Wolff, Lutz-Christian

Sollen impliziert Können?: Der Erfüllungsanspruch bei an-
fänglichem Unvermögen, JZ 1995, 280 – 284

Wolff, Max

Sachmängel beim Kauf, Jh.Jb. 56 (1910), 1-85

Wolzendorff, Kurt

Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschaftsirrtum und Mängelgewähr, Jh.Jb. 64 (1914), 311- 354

Würthwein, Susanne

Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts – Grundsätze des Leistungsstörungsrechts im Gemeinen Recht in ihrer Bedeutung für das BGB, Berlin 1990 (Zit. Vertragsverletzungen)

v. Zeiller, Franz

Grundsätze der Gesetzgebung – Ausgewählte Abhandlungen von seinen Aufsätzen von 1806 – 1809 (Deutsches Rechtsdenken – Lesestück für Rechtswahrer bei der Wehrmacht, Heft 14, hrsg von Erik Wolf), Frankfurt a.M. 1944 (Zit. Gesetzgebung)

Zitelmann, Ernst

Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879

Zimmer, Daniel

Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1-12

Zimmermann, Reinhard

The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, Wetton, Johannesburg 1990

ders. Schuldrechtsmodernisierung ?, JZ 2001, 171-181

Zimmermann, Reinhard/Leenen, Detlef/Mansel, Heinz-Peter/Ernst, Wolfgang

Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684 – 699

Zöllner, Wolfgang

Privatautonomie und Arbeitsverhältnis – Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag, AcP 176 (1976), 221-246

ders. Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), 1-36