

Das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung
nach der Schuldrechtsreform 2001

Von der Juristischen Fakultät
der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaften
genehmigte Dissertation

Rechtsanwalt Karim René Jouran, MLE
geb. am 09. Oktober 1974 in Berlin

2006

Erstgutachter: Prof. Dr. Stephan Meder
Zweitgutachter: Prof. Dr. Roland Schwarze
Tag der Promotion: 10. August 2006



E pluribus unum

Kurzfassung - Abstract

Mit der zum 01. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform hat der deutsche Gesetzgeber tief in das allgemeine Leistungsstörungenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eingegriffen. Ziel der Reform war vor allem ein möglichst hohes Maß an begrifflicher Systematisierung, die das allgemeine Leistungsstörungenrecht von einem Allgemeinbegriff, der »Pflichtverletzung«, aus entwickelt. Die vorliegende Arbeit behandelt damit verbundene Problemstellungen aus den Bereichen der Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, wie etwa das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, sowie Fragen der klassischen Zivilrechtsdogmatik. Berücksichtigt werden dabei auch die Angleichungsbemühungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes an internationale Regelungswerke des Privatrechts, wie etwa das UN-Kaufrecht.

Schlagworte: Schuldrechtsreform, Pflichtverletzung, Rechtsdogmatik

On the 1st of January 2002 the legislative reform of the German law of contract came into force. Major modifications of the German civil code were made in regard to regulations concerning the breach of contract and the default in performance. The reform aimed at providing a methodical legal concept, deriving from the central term »breach of duty«. This thesis examines the new approach and its problems, raising questions settled in the fields of legal history and theory of law - especially the relation of jurisprudence and legislation - as well as questions regarding the dogmatics of applicable civil law. The idea of harmonizing national law with international legal conventions on the law of contract are taken into consideration as well.

Subject: civil law reform, breach of duty, legal dogmatics

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit ist eine geringfügig veränderte Fassung meiner Dissertation, die im Sommersemester 2006 der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover vorlag.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Meder, der die Arbeit mit ständiger Bereitschaft zur Diskussion begleitet und das Erstgutachten erstellt hat. Für die bereitwillige Anfertigung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Schwarze.

Der Friedrich-Naumann-Stiftung bin ich nicht nur für die Förderung während der Dissertation zu Dank verpflichtet, sondern auch für die zahlreichen Gelegenheiten für fachliche und fachübergreifende Diskussionen.

Meiner Mutter danke ich für die dauerhafte Hilfe, Begleitung und den Zuspruch, vor und während der Dissertation.

Für Ihre stetige Aufmunterung und ihren Rückhalt gilt mein Dank schließlich meiner Frau, Marnie, die in den letzten Jahren Freude und Leid mit mir geteilt hat.

Hannover, im August 2006

Karim René Jouran

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Bisherige Untersuchungen	6
III. Die Pflichtverletzung als » <i>Rechtsinstitut</i> «	7
B. Die Legitimität gesetzgeberischen Handelns im Bereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts	10
I. Das Aufgabenverständnis des Gesetzgebers	12
1. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756	14
2. Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794	15
3. Die Entwicklung des Aufgabenverständnisses des Gesetzgebers bis zur Verfassung des BGB	17
a) Die historische Rechtsschule und ihre Entwicklung im späten 19. Jahrhundert	18
aa) Die Rechtsquellen- und Methodenlehre SAVIGNYS	18
bb) Die historische Rechtsschule und die Kodifikationsfrage	23
α) Der Konflikt zwischen der germanistischen und römischen Ausrichtung innerhalb der historischen Rechtsschule	26
β) Der Einfluss der historischen Rechtsschule in den Vorarbeiten zum BGB	29
b) Die Grenze zwischen Gesetzgebung und Dogmatik bei der Begriffsbildung	35
<i>Exkurs: Zum Begriff der Dogmatik in der Rechtswissenschaft</i>	39
aa) Definitionselemente und Funktionsbeschreibungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur	39
bb) »Arbeitshypothesen« zum Begriff der Rechtsdogmatik	47
II. Die rechtsdogmatischen Grundlagen für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung	50
1. Die Pflichtverletzung im Rahmen der pVV bei STAUB	52
2. Begründung einer Schadensersatzpflicht allein aus der Pflichtverletzung	55
3. Der vereinheitlichende Tatbestand der Schutzpflichtverletzungen	58
4. Die Verkehrspflichtverletzungen im Deliktsrecht	61
5. Entwicklung einer Dogmatik zum Rechtsinstitut der Pflichtverletzung aus »Typisierungen« im allgemeinen Leistungsstörungenrecht	63

a) Die Erkenntnismöglichkeiten mittels Typus	63
b) Besonderheiten der rechtswissenschaftlichen Typologie	67
c) Die Verwendung des Typus in der methodischen Arbeit	70
d) Kritik am Typus in der Rechtswissenschaft	72
e) Die Funktion des Typus im Rechtsinstitut der Pflichtverletzung	75
aa) Die Fälle der Nichtleistung	77
bb) Die Fälle der Schlechtleistung im besonderen Schuldrecht	78
cc) Die Fälle der pVV und c.i.c.	78
dd) Die (Un-)Möglichkeit der Bildung einer Typenreihe	81
6. Dogmatische Vervollständigung des allgemeinen Leistungsstö- rungsrechts ohne Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung	83
III. Zwischenergebnis: Zur Frage der Legitimität gesetzgeberischen Han- delns im allgemeinen Leistungsstö- rungsrecht	88
C. Das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung und internationale Regelungswerke	91
I. Inhalt und Bedeutung der » <i>non-performance</i> « oder » <i>Nichterfüllung</i> « im UN-Kaufrecht	93
<i>Exkurs: Logische Probleme der »Pflichtverletzung«</i>	94
II. Die <i>Pflichtverletzung</i> und die europäischen Vertragsrechtsprinzipien	100
D. Systematische Veränderungen durch das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung	103
I. Der Konflikt zwischen Privatautonomie und richterlicher Vertragsan- passung	103
II. Die Regelung der Befugnis zur Vertragsaufhebung mittels unbe- stimmter Rechtsbegriffe	105
III. Der systematische Bruch bei der Ableitung der <i>Pflichtverletzung</i> aus der pVV	107
IV. Die Absenkung der Voraussetzungen für den Übergang vom Leistungs- zum Schadensersatzanspruch	108
V. Die Neigung zur vollständigen Integration einer privatrechtlichen Pflichtenordnung in das öffentliche Recht	111
1. Die Abgrenzung von <i>öffentlichem Recht</i> und <i>Privatrecht</i> nach KEL- SEN	111
a) Die Unzulänglichkeit der klassischen Einteilung in <i>ius publicum</i> und <i>ius privatum</i>	111
b) Die Einteilung KELSENS	113
2. Das Verhältnis von » <i>Pflicht</i> « und » <i>Recht</i> « bei KELSEN	115
E. Zusammenschau und Ausblick	118
 <i>Literaturverzeichnis</i>	123
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	133

Das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung nach der Schuldrechtsreform 2001

A. Einleitung

I. Problemstellung

Durch die Schuldrechtsreform 2001 sollte unter anderem der Kernbereich des BGB - das zweite Buch, Recht der Obligationen - grundlegend überarbeitet werden. Auslöser dafür waren drei EG-Richtlinien, insbesondere die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf¹.

Die Umsetzung der Richtlinie verlangte eigentlich nur die Einführung eines Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruchs im Kaufrecht und eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre, soweit sich Unternehmer und Verbraucher gegenüber stehen. Änderungen am Werkvertrags- oder gar am allgemeinen Leistungsstörungenrecht waren indes ursprünglich nicht erforderlich.

Der unmittelbar folgende Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes² (SMG) beschränkte sich aber nicht auf die durch die Richtlinie erforderlichen Änderungen, sondern sollte offensichtlich tiefer in die Systematik des BGB eingreifen: Dieses Anliegen des Gesetzgebers basierte auf seiner Erkenntnis, dass in der einhundertjährigen Geschichte des BGB »zahlreiche und zum Teil gravierende Mängel zutage getreten [seien]«, die durch eine isolierte Umsetzung der Richtlinien nur verschärft würden und denen nur durch eine grundlegende Modernisierung des Schuldrechts begegnet werden könne³.

Daraus resultierte zum einen der Versuch, das bislang in Spezialgesetzen verstreute europäische Verbrauchervertragsrecht in das BGB zu integrieren⁴, zum anderen wurden aber auch die »klassischen« Bereiche des BGB, insbesondere das Kauf- und Werkvertragsrecht, das Verjährungsrecht und das Leistungsstörungenrecht Veränderungen unterworfen. Dem Gesetzentwurf begegnete bereits bei seinem Erscheinen erhebliche und vielseitige Kritik in der Fachliteratur⁵.

Besondere Beachtung verdient dabei die Tatsache, dass der Gesetzentwurf inhaltlich nahezu vollständig vor Erlass der EG-Richtlinien entstand und aus einem früheren Vorhaben zur Schuldrechtsreform übernommen wurde. Bereits

¹Richtlinie 1999/44/EG, ABIEG Nr. L 171 v. 7. Juli 1999, S. 12; außerdem die Richtlinie 2000/35 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Abl. 2000 L 200/35) und die E-Commerce Richtlinie 2000/31 (Abl. 2000 L 178/1).

²BT-Ds. 14/6040 v. 14.05.2001.

³BT-Ds. 14/6040, S. 1 f.

⁴Teilweise wurde in diesem Zusammenhang sogar von dem Versuch einer »Revitalisierung der Kodifikationstheorie« gesprochen, so etwa BRÜGGEMEIER/REICH, 213.

⁵Vgl. etwa DAUNER-LIEB, S. 1 (8 ff.); ZIMMERMANN, Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, S. 171 ff.; ERNST, ZRP 2001, S. 1 ff.; HUBER, ZIP 2000, S. 2137 ff. – jeweils m.w.N.

Anfang 1978 wurde dem Bundestag ein Plan zur Überarbeitung des Schuldrechts vorgelegt⁶. Auch nach dem Regierungswechsel 1982 wurde die Reform durch die Regierung unter HELMUT KOHL fortgeführt, wenn auch von ihrem Umfang her eingeschränkt. Insbesondere an den Änderungen am allgemeinen Schuldrecht wurde festgehalten⁷. Die Schuldrechtskommission erarbeitete von 1984 bis 1991 Reformvorschläge für das allgemeine Leistungsstörungenrecht, die Ende 1991 in einem Abschlussbericht vorgelegt wurden. Schon damals war es deklariertes Ziel,

»Vorschläge zu erarbeiten, die es dem Gesetzgeber erlauben, das allgemeine Leistungsstörungenrecht, das Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertrages sowie das Verjährungsrecht unter Berücksichtigung insbesondere der Ergebnisse der Rechtsprechung und der Vertragspraxis übersichtlicher und zeitgemäßer zu gestalten [...]«⁸

Diese Vorschläge aus dem Bericht von 1991 wurden anlässlich der Richtlinienumsetzung mit nur geringen Änderungen des Wortlauts und auch mit der entsprechenden Begründung in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) übernommen. Um den »zahlreichen und zum Teil gravierenden Mängeln« zu begegnen, aufgrund derer sich der Gesetzgeber zur teilweisen Reform des BGB veranlasst sah, wurden im *allgemeinen Leistungsstörungenrecht* nicht etwa einzelne Normen verändert oder ergänzt, vielmehr entschloss sich der Gesetzgeber zu einer völlig neuen Systematik in diesem allgemeinen Teil, dessen zentraler Tatbestand nun auf der *Pflichtverletzung* aufbaut.

Die »Pflichtverletzung« als zentralen Begriff des Leistungsstörungenrechts einzuführen, hat seinen Ursprung bereits in den Entwürfen der Kommission von 1991, bereits damals mit dem Ziel, einen einheitlichen Grundtatbestand zu schaffen und dadurch größere Transparenz und einfachere Gesetzesanwendung zu ermöglichen⁹. Im SMG wählte die Kommission mit der »Pflichtverletzung« nun einen anderen zentralen Begriff als die noch von HUBER in den *Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts* in den Mittelpunkt des allgemeinen Leistungsstörungenrechts gestellte »Nichterfüllung«¹⁰, unter dem ausdrücklichen Hinweis, zwischen der »Nichterfüllung« und der »Pflichtverletzung« gebe es keinen inhaltlichen, sondern nur einen begrifflichen Unterschied¹¹.

Bereits durch die Kritik in Teilen der Literatur an dem Kommissionsentwurf von 1992 wurde deutlich, dass mit der Verwendung eines neuen Zentralbegriffs, wie ursprünglich die »Nichterfüllung« und nun (im SMG) die »Pflichtverletzung«, bei der Modifizierung und teilweisen Neufassung der Normen des allgemeinen Schuldrechts möglicherweise dogmatische, logische und begriffliche Schwierigkeiten erheblicher Tragweite entstehen, bei denen zu bezweifeln ist, dass der Gesetzgeber sie in seinen Überlegungen und Begründungen - damals

⁶vgl. Plenarprotokoll des Bundestages 8/68 S. 5390.

⁷BRAUN, S. 1 (4); zu den Änderungen und Einschränkungen im einzelnen: HEINRICH, S. 4 ff.

⁸BMJ, Abschlußbericht, S. 15.

⁹ibid., S. 29 f.

¹⁰BMJ, Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 699 ff., sowie § 275 Abs. 1 des Arbeitsentwurfs, S. 671 f.

¹¹BT-Ds. 14/6040, S. 133.

und heute - vollständig erkannt und bei der Fassung des Entwurfs ausreichend berücksichtigt hat.

Die »Pflichtverletzung« war im allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB bis zur Schuldrechtsreform nicht normiert. Lediglich die Rechtsinstitute der »positiven Vertragsverletzung« (pVV) und der »culpa in contrahendo« (c.i.c.) haben diesen Begriff im Zivilrecht an Bedeutung gewinnen lassen. Im Deliktsrecht kennt die Lehre vom Verhaltensunrecht zwar den zentralen Begriff der *Verkehrspflichtverletzung*, jedoch *folgt* - anders als im Leistungsstörungenrecht - die Verkehrspflicht im Deliktsrecht nicht aus einem Schuldverhältnis, sondern ist dort vielmehr nur *eine* der Voraussetzungen für die Begründung eines deliktischen Schuldverhältnisses. Im Rahmen der pVV und c.i.c. existiert(e) die Pflichtverletzung hingegen zunächst innerhalb bestimmter Fallgruppen (als Schlechterfüllung einer Leistungspflicht und Verletzung einer Sorgfaltspflicht)¹².

Daraus resultiert auch die Frage, ob der Gesetzgeber unter dem Rechtsinstitut der Pflichtverletzung ausschließlich eine - sofern vorhanden - endliche Typisierung aus Rechtsprechung und Literatur zusammenfassen wollte oder ob er den Anspruch erhebt, mit der Reform eine allgemeine Lehre zu der Pflichtverletzung im Gesetz zu manifestieren - sofern sie aus den Typisierungen in Rechtsprechung und Literatur abgeleitet werden kann - oder ob der Entwurf selbst in der Lage ist, ein allgemeines, schlüssiges Konzept nachzuliefern.

Ausgangspunkt für diese Überlegungen bildet dabei eine umfassendere Fragestellung, nämlich die Legitimität gesetzgeberischen Handelns im Bereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts überhaupt. Auch wenn der Gesetzgeber in der Begründung zum SMG hierauf nicht mehr ausdrücklich eingeht, so enthielt doch der Abschlussbericht der Kommission 1991 eine Stellungnahme zum vorausgegangenen Einwand von JAKOBS, der Gesetzgeber sei nur zu Regelungen im bürgerlichen Recht befugt, wenn es ausschließlich um sog. »politische Fragen« gehe, nicht hingegen für »technische Fragen«, die der Jurisprudenz vorbehalten seien¹³. Die Kommission wies in ihrem Abschlussbericht eine derartige Differenzierung und damit Einschränkung des Gesetzgebers - mit nur sehr kurzer Begründung - zurück¹⁴.

Die Unterscheidung zwischen »technischem« und »politischem« Element beruht jedoch nicht auf einer Einteilung durch JAKOBS selbst, sondern geht zurück auf die 1814 von SAVIGNY verfasste Schrift über den »Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft« und steht in engem Zusammenhang mit der bis heute geführten Diskussion um das Verhältnis von Gesetzgebung und Dogmatik¹⁵. Es ist somit lohnend und notwendig der Frage nachzugehen, inwieweit dem Gesetzgeber bei der Einführung der Pflichtverletzung in das all-

¹²Zum Vorstehenden PALANDT/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 104 ff.; SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (S. 641 und Fn. 20 ebenda).

¹³JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 45 ff., 145 f.

¹⁴BMJ, Abschlußbericht, S. 41.

¹⁵Vgl. dazu neuerdings allein ZIMMERMANN / KNÜTEL / MEINCKE (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999; PICKER, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201 (2001), S. 763 ff.

gemeine Leistungsstörungenrecht überhaupt Beschränkungen auferlegt sind, ob sein gesetzgeberisches Handeln eine bestehende Dogmatik der »Pflichtverletzung« voraussetzt und ob diese ggf. besteht, aus Rechtsprechung und Literatur abgeleitet werden oder dem Gesetz selbst entnommen werden kann¹⁶.

Getrennt von der Frage nach den rechtsdogmatischen Grundlagen sind ggf. auch logische Probleme zu berücksichtigen, welche durch die Einführung des Zentraltatbestandes der Pflichtverletzung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht möglicherweise entstanden sind: Ziel der Reform des allgemeinen Leistungsstörungenrechts war und ist es in erster Linie nicht, konkrete Fälle anders zu entscheiden, sondern die Mängel der als »nicht gelungen« bezeichneten Regelungen¹⁷ zu beseitigen, indem ein neues System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts eingerichtet werden soll¹⁸. Für besonders missglückt hielt der Gesetzgeber des SMG den zuvor im BGB (a.F.) im Mittelpunkt stehenden Begriff der »Unmöglichkeit der Leistung«, da er die weitere Differenzierung nach anfänglicher / nachträglicher, subjektiver / objektiver, vollständiger / teilweiser und vom Schuldner / vom Gläubiger zu vertretender Unmöglichkeit erfordere und dennoch wichtige Anwendungsbereiche des allgemeinen Leistungsstörungenrechts durch die Kodifikation selbst nicht erfasse, sondern erst im Wege der Ergänzung durch Richterrecht - wie etwa im Falle des Rechtsinstituts der positiven Vertragsverletzung¹⁹. HUBER kommt in den Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts sogar zu dem Schluss, dass es im BGB gar kein System des Leistungsstörungenrechts gebe, sondern nur eine Art »Doppelsystem«, das sich aus den Rechtsquellen des BGB und dem Richterrecht zusammensetze²⁰.

Der Gesetzgeber erhebt mit dem SMG den Anspruch, eine der jetzigen Situation in Transparenz und Anwendbarkeit überlegene Systematik zu schaffen²¹. Um dies zu erreichen, müsste - nicht zuletzt durch das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung - ein präzise anzuwendendes und inhaltlich und begrifflich widerspruchsfreies allgemeines Leistungsstörungenrecht entwickelt und in das BGB eingeführt worden sein. Dabei stellt sich die Frage, ob die - möglicherweise bereits zum Zeitpunkt der Gesetzgebung bestehende oder die vom Gesetz nachgelieferte - Dogmatik der »Pflichtverletzung« diesen Anforderungen genügt.

¹⁶Bezogen auf das SMG und speziell auf die neuen Tatbestände im Zusammenhang mit der »Pflichtverletzung« findet sich eine (sehr kurze) Notiz zum Problem der Abklärung des Verhältnisses von Rechtslehre und Gesetzgebung bei SCHAPP, JZ 2001, S. 583 (585), allerdings ohne weiteres Eingehen auf das (ursprüngliche) Aufgabenverständnis der BGB-Verfasser, wohl aber mit der Feststellung, »die Verfasser des Entwurfs [des SMG] scheinen sich in allen Sphären zu bewegen und den hier obwaltenden Grenzen keine Bedeutung zu schenken«. Unkommentiert lässt SCHAPP im Folgenden jedoch, wo er selbst jene Grenzen anzusetzen geneigt ist.

¹⁷BMJ, Abschlußbericht, S. 16.

¹⁸ibid.

¹⁹ibid.; BT-Ds 14/6040, S. 84 f.

²⁰HUBER in BMJ, Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 760.

²¹BT-Ds 14/6040, S. 79.

Schließlich ergeben sich aus dem SMG zwei weitere, vom bisher dargestellten Problemkreis weitgehend unabhängige Fragestellungen: Zunächst drängt sich eine Betrachtung des Zentralbegriffs der Pflichtverletzung im SMG einerseits und in internationalen Regelwerken andererseits auf. Bereits der Abschlussbericht der Kommission von 1992 betont die - zumindest inhaltliche - Anknüpfung mit diesem Begriff an UN-Kaufrecht²² unter Bezugnahme auf Artikel 45 Abs. 1, 61 Abs. 1 des UN-Kaufrechts²³. Der deutsche Gesetzgeber verfolgte daher offensichtlich mit der Neugestaltung nicht nur die Intention, eine Entwicklung in der deutschen Jurisprudenz in legislativen Maßnahmen widerzuspiegeln, sondern ist zugleich um eine begriffliche und inhaltliche Anpassung an internationale Regelwerke bemüht und sieht darin eine Vereinfachung der Rechtsanwendung auch im internationalen Rechtsverkehr²⁴.

Anstoß zur Rechtsvereinheitlichung gaben über das UN-Kaufrecht hinaus grundsätzlich auch andere internationale - »private« - Regelwerke ohne Gesetzeskraft, etwa die *Principles of European Contract Law 1998* (PECL) und die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 1994* (UP)²⁵, in denen sich an Begriffe wie »inexécution de l'obligation« und »non-performance of a duty« Rechtsfolgen wie Schadensersatz und Rücktritt vom Vertrag knüpfen. In der Verwendung des Begriffs »Nichterfüllung« liege - so bereits die Kommission 1992 - nur ein verbaler und kein sachlicher Unterschied zur »Pflichtverletzung«²⁶.

Trotz dieser - auf den ersten Blick zumindest - vorhandenen Übereinstimmung ist das Streben des Gesetzgebers, auf diesem Wege eine Angleichung an internationale Regelwerke zu erreichen, in Frage zu stellen. Dabei ist es lohnend der Frage nachzugehen, ob nicht nur die Begrifflichkeiten im SMG einerseits und im internationalen Recht andererseits Ähnlichkeiten aufweisen, sondern ob auch das gesamte Bezugssystem vergleichbar ist. Sollte sich die angestrebte Rechtsangleichung allein darin erschöpfen, einzelne Begriffe ohne ihren Zusammenhang zu übernehmen, wäre dies möglicherweise kein Grund für die Einführung der Pflichtverletzung als Zentralbegriff und die damit verbundenen Änderungen im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

Daran knüpft sich auch die Frage, ob eine nationale Reform überhaupt noch der richtige Weg ist für das Streben nach internationaler Angleichung. Die »Unidroit Principles« und die »European Principles« bemühen sich bereits um eine international anerkannte, wenn auch noch nicht verbindliche Kodifikation des Vertragsrechts - zumindest für den Handelsverkehr -, worunter auch Regelungen zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht fallen. Innerhalb Europas bietet sich ohnehin eine Vereinheitlichung des Privatrechts mittels EG-Richtlinien an. Sollte das SMG im allgemeinen Leistungsstörungenrecht außer begrifflicher An-

²²BMJ, Abschlußbericht, S. 30.

²³Übereinkommen der Nationen über den internationalen Warenkauf (CISG) v. 11.4.1980, BGBl. II, 588.

²⁴Vgl. dazu auch Begründung, BT-Ds. 14/6040, S. 134 f.

²⁵Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Rom 1994; Principles of European Contract Law, Parts I and II, edited by Ole Lando and Hugh Beale, 2000. Vgl. dazu noch ausführlich unten C. II.

²⁶BMJ, Abschlußbericht, S. 30; ebenso nun BT-Ds. 14/6040, S. 92 und 134.

näherung keine weiteren, systematischen Gemeinsamkeiten mit internationalen Regelungswerken aufweisen, besteht die Gefahr, dass eine Rechtslage geschaffen wird, die im weiteren Verlauf internationaler Angleichungsbemühungen nur kurzen Bestand hat.

Darüber hinaus verdient die Veränderung des systematischen Verständnisses des Privatrechts nähere Betrachtung. Das zivilrechtliche Denken knüpft in vielen Bereichen tatbestandlich an subjektive *Rechte* und - soweit es um Schadensersatzansprüche geht - an *Rechtsverletzungen* an. Sofern nun die *Pflichtverletzung* in den Mittelpunkt gestellt werden soll, werden Bedenken geäußert, ob nicht dadurch der schuldrechtliche *Anspruch* im Zivilrecht durch die schuldrechtliche *Pflicht* verdrängt wird²⁷. Möglicherweise entwickelt sich das allgemeine Leistungsstörungenrecht von einem System von *Rechten* zu einem System von *Pflichten*. Vereinzelt wird daher der Gedanke geäußert, dass ein als »*Pflichtenordnung*« verstandenes Privatrecht geneigt ist, vollständig in das öffentliche Recht integriert zu werden²⁸. Es stellt sich die Frage, ob sich durch den Reformvorschlag nicht auch aus Sicht des Gesetzgebers eigentlich unerwünschte Eingriffe in die zivilistische Dogmatik vollziehen, die von ihm weder vorhergesehen, noch intendiert waren.

Die Schuldrechtsreform muss im Hinblick auf ihr Ziel - Transparenz und Vereinfachung der Rechtsanwendung - bezüglich dieser neuen Systematik, die Pflichtverletzung als zentrales Tatbestandsmerkmal des vertraglichen Schadensersatzanspruchs einzuführen, auf Schlüssigkeit und Effektivität hinterfragt werden. Der Gesetzgeber hat durch diese Reform in einen Bereich des BGB eingegriffen, der seit 1896 Teil eines immer weiter mit Rechtsprechung und Rechtsfortbildung verflochtenen Rechtsgebietes war. Die gewachsenen und gefestigten Fallgruppen, die einen Großteil der zu lösenden Fälle erfassen, durch ein neues System zu ersetzen, welches auf einem völlig neuen Rechtsinstitut aufbaut, könnte erhebliche Risiken in sich bergen - nicht zuletzt für die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Ob der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform nicht nur einen zulässigen und möglichen, sondern auch ratsamen und konstruktiven Weg beschritten hat, bedarf mit Blick auf die hier genannten Schwerpunkte der Erörterung.

II. Bisherige Untersuchungen

Die bisherigen Veröffentlichungen und Untersuchungen, welche das Inkrafttreten des SMG begleiteten und ihm nachfolgten, beschäftigten sich im Wesentlichen mit einer *gesamten* Darstellung des neuen Leistungsstörungenrechts und seiner »Funktionsweise«, d.h. vorrangig mit anwendungsorientierten Problemen, etwa

²⁷SCHAPP, JZ 1993, 637 (S. 642).

²⁸So etwa SCHAPP, a.a.O. unter Bezugnahme auf die Lehre KELSENS, vgl. dazu im Einzelnen unten D.V.

dem tatbestandlichen Umfang einzelner (neuer) Normen und deren Interpretation²⁹.

Aber selbst jene Arbeiten, die ausdrücklich die »Pflichtverletzung« in den Mittelpunkt stellen³⁰ beziehen sich zum Teil auf einen - wenn auch nur in geringem Maße - vom SMG abweichenden Entwurfstext und bleiben zudem eine Behandlung der oben skizzierten Problemstellungen schuldig. So beschränken sich die Erörterungen zur Schuldrechtsmodernisierung bei KLEY ganz überwiegend auf die Erfassung und Regelung der Unmöglichkeit durch die Pflichtverletzung im Kommissionsentwurf³¹. In den ausführlichen Untersuchung von ANDERS wird hingegen umfassend zum möglichen Inhalt und den Erscheinungsformen der »Pflicht« Stellung genommen³², sowie die Funktionsweise der neuen Gesetzessystematik erörtert³³, jedoch fehlt es auch dort an einer tiefergehenden Hinterfragung der *Pflichtverletzung* in den hier dargestellten Zusammenhängen. So geht etwa ANDERS von Prämissen aus - etwa dem »stetigen Bemühen des BGB um Vollständigkeit« oder der später (aus seiner Sicht wohl zu Recht) festgestellten »Lückenhaftigkeit« des allgemeinen Leistungsstörungenrechts³⁴ -, deren Überprüfung durchaus als lohnend zu erachten ist und der Diskussion anwendungsorientierter Probleme vorausgehen muss.

Deswegen werden im Folgenden Schwerpunkte auf die Erörterung jener Fragen gesetzt, welche in der bisherigen fachlichen Diskussion - und erst recht in den die Schuldrechtsreform begleitenden tagespolitischen Debatten - nahezu gänzlich unbehandelt blieben, obwohl von nicht geringerer Relevanz.

III. Die Pflichtverletzung als »*Rechtsinstitut*«

Die in der Arbeit gewählte Bezeichnung der Pflichtverletzung als »Rechtsinstitut« erfolgte vor dem Hintergrund der Stellung und der Bedeutung, die der Pflichtverletzung durch die Schuldrechtsreform beigemessen werden. Ganz allgemein kann ein »Rechtsinstitut« verstanden werden als »Rechtseinrichtung« sowie im weiteren Sinne auch als der rechtliche Tatbestand einschließlich der auf das Rechtsinstitut bezüglichen Vorschriften³⁵. Eine plastischere Bedeutung haben »Rechtsinstitute« jedoch bspw. in der Methodenlehre SAVIGNYS. War für SAVIGNY nicht das Gesetz, sondern der »Volksgeist« ursprüngliche Quel-

²⁹Vgl. aus der Vielzahl der Veröffentlichungen in diesem Sinne nur WILMOWSKY, S. 1 ff.; BRÜGGEMEIER/REICH, S. 213 ff.; CANARIS, ZRP 2001, S. 329 ff.; DAUNER-LIEB, S. 1 ff.; ERNST, ZRP 2001, S. 1 ff.; HONSELL, JZ 2001, S. 18 ff.

³⁰So etwa ANDERS, ZIP 2001, S. 184 ff.; ders., Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungenrechts als Modell de lege ferenda, Berlin 2001; KLEY, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, Berlin, 2001.

³¹KLEY, S. 163 ff.

³²ANDERS, Pflichtverletzung, S. 146 ff.

³³ibid., S. 237 ff.

³⁴ibid., S. 191 f.

³⁵CREIFELDS, s.v. Rechtsinstitut; vgl. auch AHRENS, S. 48 ff..

le allen Rechts³⁶, so bedeutete dies, dass die »typischen Verhaltensweisen« die von den Rechtsgenossen im Bewusstsein einer inneren Notwendigkeit im allgemeinen beobachtet wurden, also die in ihrer rechtlichen Bedeutung erkannten typischen Lebensverhältnisse selbst - wie etwa die Ehe, das Eigentum an einem Grundstück, der Kauf -, als eine rechtlich verbindliche Ordnung gedacht und ausgestaltet, jene *Rechtsinstitute* ausmachten, die für SAVIGNY zum Ausgangspunkt und zur Grundlage der Rechtsentwicklung wurden³⁷. Für SAVIGNY ist das Rechtsinstitut ein fortschreitender Entwicklung unterfallendes sinnvolles Ganzes als typisch verstandener menschlicher Beziehungen, welches nicht durch eine begrenzte Anzahl rechtlicher Regelungen erschöpfend dargestellt wird, sondern - umgekehrt - aus der Abstraktion und Totalanschauung eben solche Regelungen ermöglicht und hervorbringt, ihnen jedoch zugleich stets tiefere Grundlage bleibt³⁸. Verdeutlicht werden kann dies anhand der folgenden Aufteilung:

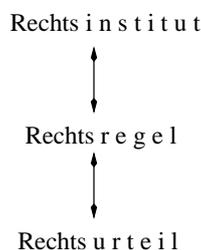


Abbildung 1: Stellung und Bedeutung des Rechtsinstituts.

Das Urteil über ein einzelnes Recht (resultierend aus einem einzelnen Rechtsstreit) wird erst möglich durch die Beziehung der besonderen Tatsachen auf eine allgemeine Regel, das »Recht schlechthin« oder das »allgemeine Recht«, das »objektive Recht«, welches in sichtbarer Gestalt besonders im Gesetz erscheint³⁹. Ebenso verhält es sich mit der *Rechtsregel* und ihrer Ausprägung im Gesetz: Sie wiederum hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des *Rechtsinstituts*, d.h., bleibt man nicht bei der unmittelbaren Erscheinung der Rechtsregel - also ihrer konkreten Ausformulierung im Gesetz - stehen, sondern geht auf das »Wesen der Sache« ein, so lässt sich das jeweils das Rechtsverhältnis beherrschende Rechtsinstitut erkennen⁴⁰. Während das konkrete Rechtsverhältnis durch die Lebensereignisse in seiner konkreten Zusammensetzung und Verwicklung vorgegeben ist, lassen sich die Rechtsinstitute gesondert konstruieren und im nächsten Schritt willkürlich kombinieren, wobei zu beachten ist, dass alle Rechtsinstitute in einem System verbunden und nur dadurch vollständig

³⁶Vgl. hierzu noch ausführlich unten Abschnitt *B.I.3.a)aa*).

³⁷SAVIGNY, System I, S. 9; vgl. auch insoweit die Darstellung der Methodenlehre SAVIGNYS bei LARENZ, Methodenlehre, S. 13 f., sowie JAKOBS, Geschichtliche Rechtswissenschaft, S. 314 u. 376; weitere Beispiele für das »Rechtsinstitut« bei AHRENS, S. 49.

³⁸SAVIGNY, System I, S. 9 f.

³⁹ibid., S. 9.

⁴⁰ibid.

zu begreifen sind⁴¹.

Sowohl aus der Perspektive der sehr allgemein gehaltenen Erläuterungen zum »Rechtsinstitut«, als auch aus Sicht des betont methodischen Ansatzes SAVIGNYS, ist die Verwendung dieser Bezeichnung für die »Pflichtverletzung« gerechtfertigt aber auch geboten: Der Gesetzgeber des SMG erhebt den Anspruch, mithilfe der »Pflichtverletzung« ein Ordnungsgefüge erschaffen zu haben, durch das nun alle »typischen Erscheinungsformen« einer Verletzung eines Schuldverhältnisses erfasst werden könnten - also die »Hauptfallgruppen« Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung sowie alle »sonstigen« - vom Schuldner zu vertretenden - Leistungsstörungen, die allesamt fließende Übergänge, aber auch große Gemeinsamkeiten hätten, so etwa vor allem das Zurückbleiben des Leistungsergebnisses (im schuldrechtlichen Sinne) hinter den Anforderungen⁴². Diese Gemeinsamkeit beschreibt aber auch gleichermaßen einen bestimmten Lebenssachverhalt in der Rechtswirklichkeit, der nun durch die im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform erschaffenen Tatbestände der auf die Pflichtverletzung bezogenen Vorschriften nicht nur »lückenlos«, sondern auch noch »vereinfacht« gehandhabt werden soll⁴³.

⁴¹ibid., S. 10. SAVIGNYS Lehre vom Rechtsinstitut wird in der Fachliteratur immer wieder aufgegriffen, ist dabei jedoch nicht immer unumstritten geblieben, vgl. etwa die Nachweise bei NÖRR, S. 274 ff. - bei Note 75.

⁴²BT-Ds. 14/6040, S. 134.

⁴³ibid.

B. Die Legitimität gesetzgeberischen Handelns im Bereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

Die Frage nach der Legitimität des gesetzgeberischen Handelns wurde im Rahmen des SMG von der Schuldrechtsreformkommission (SRK) in ihrem Abschlussbericht 1991 unter Bezugnahme auf die von JAKOBS geltend gemachten Einwände behandelt. In Anlehnung an SAVIGNY differenziert JAKOBS zwischen »technischem« und »politischem« Element, wobei der Gesetzgeber nur zu Regelungen im bürgerlichen Recht befugt sei, wenn es ausschließlich um die schnelle Reaktion auf den »nur durch politische Entscheidungen zu beseitigenden Missstand im geltenden Recht geht«⁴⁴. Die sog. »technischen Fragen« hingegen, also solche, die »nur im Zusammenhang mit der Entscheidung aller anderen Fragen gestellt und beantwortet werden« können, seien indes der Jurisprudenz vorbehalten⁴⁵.

Der Einwand JAKOBS, sämtliche Probleme mit denen sich die SRK befasste - mithin auch die Veränderungen im allgemeinen Leistungsstörungenrecht - seien »technische Fragen«, die sich folglich der Regelungskompetenz des Gesetzgebers entzögen⁴⁶, wurde von der SRK mit der Begründung zurückgewiesen, dieser von JAKOBS gewählte historische Anknüpfungspunkt sei überholt, da die von SAVIGNY geforderte »Vertiefung der Rechtswissenschaft« mittlerweile stattgefunden habe: Die von JAKOBS für notwendig erachtete Trennung zwischen der Zuständigkeit des Gesetzgebers einerseits und der Jurisprudenz andererseits sei im geltenden Recht ohne Grundlage und könne von keinem Gesetzgeber hingenommen werden. Wohl aber müsse sich der Gesetzgeber an gewisse »Klugheitsregeln« gebunden fühlen, so etwa müsse er »Zurückhaltung üben, wo es um Fragen der richtigen juristischen Konstruktion eines Rechtsinstitutes« gehe.

Auch entspräche es

»vernünftiger Tradition, solche Fragen der Rechtsprechung und Lehre zu überlassen, die noch nicht genügend durchdacht erscheinen oder für deren legislatorische Lösung der von der Rechtsprechung zur Verfügung gestellte Schatz praktischer Erfahrungen noch nicht ausreicht«⁴⁷.

Die SRK vertrat insoweit die Auffassung, Gesetzgebung und Wissenschaft seien nicht voneinander abzugrenzen, sondern müssten »als ein Verhältnis der vernünftigen Partnerschaft« gedacht werden⁴⁸.

Diese - sehr kurz gehaltenen - Ausführungen der Kommission von 1991 mit dem maßgeblichen Argument, »die [von SAVIGNY] geforderte Vertiefung der Rechtswissenschaft habe stattgefunden« lässt jede Argumentationstiefe und ernsthafte Auseinandersetzung mit der von JAKOBS im Zusammenhang mit der

⁴⁴ JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 45 ff., 145 f.

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ *ibid.*, S. 45.

⁴⁷ Zum Vorstehenden vgl. BMJ, Abschlußbericht, S. 41.

⁴⁸ *ibid.*

Schuldrechtsreform dargestellten Differenzierung nach technischen und politischen Elementen des Rechts vermissen⁴⁹. Der Einwand der Kommission, eine derartige »Zuständigkeitsaufteilung« könne von keinem Gesetzgeber hingenommen werden⁵⁰, greift zu kurz und reduziert die Diskussion um die Legitimität gesetzgeberischen Handelns zu stark auf die rein verfassungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, nach welcher der (Bundes-)Gesetzgeber selbstverständlich Regelungen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts treffen darf.

Auch sind die Ausführungen der Kommission dort widersprüchlich, wo zum einen die Beschränkung des Gesetzgebers auf das politische Element zurückgewiesen wird, zum anderen wohl aber eine Bindung des Gesetzgebers an »Klugheitsregeln« und »vernünftige Tradition« bejaht wird, so etwa bei der Zurückhaltung der Legislative in Fragen der juristischen Konstruktion eines Rechtsinstituts oder bei Fragen, für deren Beantwortung durch die Legislative noch weitere Erfahrungen in Rechtsprechung und Lehre erforderlich seien⁵¹. Durch die Fassung des SMG hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass nach seiner Auffassung für sämtliche Regelungsbereiche des SMG - und mithin auch für den Zentralbegriff der Pflichtverletzung - keiner dieser Fälle vorliegt, also die Erfahrungen in Rechtsprechung und Lehre für sämtliche im SMG enthaltenen Rechtskonstruktionen ausreichen, um gesetzgeberisch tätig werden zu können. Erschwert wird eine Überprüfung dieser Auffassung bereits allein dadurch, dass Abgrenzungskriterien wie »Klugheitsregeln« und »vernünftige Tradition« begrifflich nur einen sehr geringen Grad an Bestimmbarkeit aufweisen.

Die Differenzierung zwischen dem technischen und dem politischen Element des Rechts bedarf insoweit eines rechtshistorischen Ansatzpunktes, um zu verstehen, aus welcher Geisteshaltung heraus SAVIGNY zu dieser Einteilung gelangte, welcher Zeit- und Rechtsgeist zum Zeitpunkt der Entstehung des BGB dominierte und welches Konzept den Verfassern des BGB für das allgemeine Leistungsstörungenrecht vor Augen stand. Nur so kann überprüft werden, ob die vom heutigen Gesetzgeber im allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB aufgezeigten »Mängel« tatsächlich vorlagen und ob sie ggf. durch das SMG einer zulässigen und angemessenen Lösung zugeführt werden.

⁴⁹So stellt BRAUN, S. 1 (5) zu Recht fest, dass die »große Frage SAVIGNYS« in der Gegenwart überhaupt nicht mehr ernsthaft gestellt werde, sondern bereits dadurch obsolet werde, dass der Gesetzgeber unbeeinflusst von jeglichen Erfahrungen regelmäßig (erfolgreich) »Handlungsbedarf« verkünde.

⁵⁰ibid.

⁵¹ibid.

I. Das Aufgabenverständnis des Gesetzgebers

Alle privatrechtlichen Gesetzgebungswerke, vom Freiburger Stadtrecht des ULRICH ZASIUS (1520) bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1896, haben gemein, dass sich in ihnen die dogmatischen Vorstellungen ihrer Verfasser und der Jurisprudenz ihrer Zeit widerspiegeln, sie somit auch zu Zeitzeugen des Aufgabenverständnisses des Gesetzgebers werden. Allerdings ist auch gesetzgeberisches Schaffen *ohne* jeglichen (oder nur mit geringem) Einfluss der Dogmatik in verschiedenen Konstellationen denkbar, die SCHRÖDER⁵² in vier Gruppen einteilt. Danach handelt der Gesetzgeber weitgehend abseits der Rechtsdogmatik:

1. im Falle der Konkurrenz mehrerer Dogmatiken, welche der Gesetzgeber zwangsläufig nicht alle befolgen kann und sich daher von diesen abwendet,
2. bei der Fortbildung und Verbildung der Dogmatik durch den Gesetzgeber selbst, indem er die (bestehende) Dogmatik verlässt und etwa weiterentwickelt oder verallgemeinert,
3. im Falle der bewussten Abwendung von der Dogmatik aus rechtspolitischen Gründen, etwa für die Einbeziehung (aus politischer Sicht) notwendigen Sozialschutzes, sowie
4. bei der völligen Aussparung bestimmter dogmatischer Aussagen, die der Gesetzgeber mangels eines generellen *Willens* zum Dogmatisieren entschieden der Dogmatik überlässt⁵³.

Für den weiteren Gang der Untersuchung muss unterschieden werden zwischen dem konkreten Aufgabenverständnis des Gesetzgebers bei der Reform des allgemeinen Schuldrechts einerseits und seinem Grundverhältnis zur Dogmatik andererseits: Während der Gesetzgeber allein durch die Positionierung im Sinne der vierten Fallgruppe sein grundsätzliches Verhältnis zur Dogmatik zu erkennen gibt, betreffen die Fälle der Gruppen 1.-3. zumeist *konkrete* Fragen einer Rechtskonstruktion. So käme auch hinsichtlich der hier im Mittelpunkt stehenden Pflichtverletzung ein Tätigwerden des Gesetzgebers abseits der Rechtsdogmatik aus einem oder mehreren dieser drei Gründe in Betracht. Ob dies der Fall ist, lässt sich jedoch erst nach einer Standortbestimmung des Gesetzgebers in seinem Verhältnis zur Rechtsdogmatik beantworten⁵⁴. Der Einfluss der Dogmatik auf den Inhalt einer *konkreten* gesetzgeberischen Handlung kann nicht erfolgreich erfasst werden, wenn nicht zuvor der generelle Umfang des Einflusses der Dogmatik nach dem Selbstverständnis des Gesetzgebers bestimmt wurde. Da dieses Selbstverständnis vom gesellschaftlichen, politischen

⁵²SCHRÖDER in BEHREND/S/HENCKEL, S. 37 (38 ff.).

⁵³ibid.

⁵⁴SCHRÖDER spricht in diesem Zusammenhang zu Recht von den »Prolegomena« zur Frage des inhaltlichen Einflusses der Rechtsdogmatik, in BEHREND/S/HENCKEL, S. 40.

und (rechts-)wissenschaftlichen Stand der Zeit abhängig ist, lässt sich notwendigerweise keine allgemein gültige Abgrenzung fassen, vielmehr verdient jedes große Gesetzgebungswerk des Privatrechts eine spezielle Betrachtung, als Spiegel seiner Zeit.

1. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756

Beim *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMBC) handelt es sich um das älteste deutsche umfassende und in sich selbst verständliche Gesetzbuch des Privatrechts. Anlass zu dieser Sammlung, Ordnung, Zusammenfassung und Ergänzung des geltenden Rechts gaben die Bemühungen Preußens um eine Rechtskodifikation; der Schöpfer und zugleich auch erste Kommentator des Gesetzeswerkes ist WIGULÄUS XAVERIUS ALOYSIUS FREIHERR VON KREITTMAYR (1705-1790)⁵⁵. Dieses Gesetzeswerk verstand sich vornehmlich als »System« - im Sinne eines Lehrbuchs - und offenbart diesen Charakter bereits auf seinem Titelblatt, auf welchem es als ein Gesetz bezeichnet wird,

»[...] welches Alle zur bürgerlichen Rechts-Gelehrsamkeit gehörige Materien [...] in sich begreift, sohin [...] ein kurz- deutlich- ordentlich- und vollständiges Systema juris privati universi, wie solches in hiesigen Chur-Landen dermahlen üblich und eingeführt ist in IV Theilen, 49. Capituln, Doch allerweegen in ganz natürlich- und ungezwungenem Zusammenhang darstellt«⁵⁶.

Schon hieraus wird ein ausgeprägter Hang des CMBC zur Lehrhaftigkeit deutlich, so etwa durch die Verwendung der Bezeichnung »System«, was zur Zeit des CMBC nicht nur die Bedeutung einer »Ordnung« hatte, sondern zugleich auch ein »Lehrbuch« oder »wissenschaftliches Lehrgebäude« bezeichnete⁵⁷. Darüber hinaus erhob der CMBC einen gewissen Anspruch auf Vollständigkeit: So wurde diese Kodifikation auch als »Lehrbuch mit Gesetzeskraft« bezeichnet⁵⁸.

Ausschlaggebend für diesen legislatorischen Ansatz war die bis in das 18. Jahrhundert hineinreichende Unterscheidung von »Recht« und »Polizei«. Dabei erstreckte sich die landesherrliche Gebotsgewalt nur auf die Polizei (nach heutigem Sprachgebrauch: die Verwaltung), während das »Recht« allein auf »Herkommen« beruhte und dem Gesetzgeber nur sehr geringe Gestaltungsmöglichkeiten blieben⁵⁹.

Der CMBC beschränkte sich mithin auf eine Darstellung des Rechts, wie es bereits zum Zeitpunkt seines Erscheinens dem Herkommen entsprach. Vor dem Hintergrund der Entwicklung aus dem römischen Recht wird es daher zu Recht auch als »in Paragraphen gegossenes Pandektenlehrbuch« bezeichnet⁶⁰.

Mit dieser geistigen Ausrichtung war der CMBC kein Einzelfall: 1779 wurde in einem deutschen Kleinstaat ernsthaft in Betracht gezogen, das Zivilrechtslehrbuch von LAUTERBACH oder STRUVE zum Gesetzbuch zu erheben⁶¹.

⁵⁵MEDER, Rechtsgeschichte, S. 254; EBEL/THIELMANN, RdNr. 353 f., WIEACKER, S. 326.

⁵⁶Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, 1756, Nachdruck Frankfurt a.M. 1985.

⁵⁷SCHRÖDER in BEHREND/SCHENCKEL, S. 42; DUDEN, Fremdwörterbuch, 7. Aufl.

⁵⁸EBEL, S. 126, 156 f.; COING/WILHELM, S. 7 f.

⁵⁹WILLOWEIT, S. 9 ff. (18 f.); LINK in BEHREND/SCHENCKEL, S. 150 ff. (157).

⁶⁰MEDER, Rechtsgeschichte, S. 255.

⁶¹DIESTELKAMP, S. 405 ff.

2. Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794

Ein weiteres - ebenfalls von Lehrhaftigkeit durchdrungenes - Gesetzbuch ist das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR). War jedoch die Lehrhaftigkeit des CMBC Folge einer gewissen Zurückhaltung des Gesetzgebers, die den Rechtswissenschaftlern und Lehrbuchautoren damit gleichzeitig in der Ausarbeitung und Entwicklung des Rechts Vorrang ließ, so war das ALR Resultat einer neuen Entwicklungsstufe im Verhältnis von Gesetzgebung und Dogmatik. Der preußische Gesetzgeber wollte die Lehre aus der Gesetzgebung möglichst ganz ausschließen und verbot sogar in letzter Konsequenz nicht nur jede geringste Abweichung vom Wortlaut, sondern auch jede Kommentierung des Gesetzestextes⁶². Die 19.194 Paragraphen des ALR erhoben dabei den Anspruch, *sämtliche* Rechtsfragen zu klären, so dass dem Richter jeder Spielraum, aber auch jede Möglichkeit zur Willkür genommen wurde⁶³. Das ALR musste folglich neben den abstrakten Regelungen nicht nur eine Vielzahl an Definitionen und allgemeinen Grundsätzen enthalten, sondern auch eine Fülle an Kasuistik zur Vermeidung eigenständiger Subsumtion und Schlussfolgerung⁶⁴.

Auf die Rechtsansichten und Meinungen der Rechtslehrer sollte bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes keine Rücksicht genommen werden⁶⁵. In Zweifelsfällen waren ausschließlich die Gesetzeskommission und der Justizminister nach der richtigen (Fall-)Lösung zu befragen⁶⁶.

Diese Lehrhaftigkeit des ALR von 1794 war jedoch anderen Ursprungs als die des CMBC von 1756: Der Geist des ALR stand ganz im Zeichen des aufgeklärten Absolutismus⁶⁷, nur das Rechtsgebot des Monarchen sollte dort (exklusive) Geltung erlangen. Darüber hinaus verstanden die Verfasser des ALR es jedoch auch als wohlfahrtsstaatliche Aufgabe, dem Bürger das Recht unmittelbar aus dem - nun aus sich selbst heraus und ohne Ergänzung aus der (Rechts-)Wissenschaft geltenden - Gesetzbuch verständlich zu machen, *ohne* dass es dazu der Vermittlung durch einen Rechtsgelehrten bedurfte. Der Staat ersparte dadurch dem Bürger die Kosten für teure Rechtsberatung nicht »sozialstaatlich« durch Übernahme der Kosten, sondern - ganz im Sinne des aufgeklärten Absolutismus - durch Unterrichtung, wobei das Gesetzbuch selbst als Unterrichtsmittel diente und dementsprechend lehrbuchartig gestaltet sein musste⁶⁸. Rechtsprechung und Wissenschaft wurden damit zum bloßen »Gesetzesbüttel«⁶⁹, worauf

⁶²Vgl. im ALR selbst dazu Einl. §§ 47-50; BECKER, Kommentier- und Auslegungsverbot, in ERLER/KAUFMANN, Sp. 963 ff. (969); ebenso bereits KOCH, Bd. 1, S. 50 Anm. 58.

⁶³MEDER, Rechtsgeschichte, S. 258.

⁶⁴ibid., S. 224.

⁶⁵Vgl. auch Einl. zum ALR § 6.

⁶⁶Vgl. nur § 47 der Einleitung des ALR, sowie EBEL/THIELMANN, RdNr. 355 und 369; SCHRÖDER in BEHREND/S/HENCKEL, S. 44.

⁶⁷CONRAD, S. 10 ff. u. 16 ff.; BECKER in ERLER/KAUFMANN, Sp. 968 f.; OGOREK, S. 71 ff.; SCHRÖDER in BEHREND/S/HENCKEL, S. 45.

⁶⁸WOLFF, S. 430 ff.; C.G. SVAREZ, Inwieweit können und müssen Gesetze kurz sein?, (1788), in CONRAD/KLEINHEYER, S. 627 ff. (629 f.).

⁶⁹MEDER, Rechtsgeschichte, S. 259.

diese wiederum mit Arroganz und Nichtbeachtung reagierten⁷⁰.

Die Überforderung des - aus eigener Entscheidung auf sich selbst gestellten - Gesetzgebers manifestierte sich jedoch etwa in seiner Zuhilfenahme der römisch-rechtlichen Dogmatik bei der Auslegung des Gesetzes, welcher eigentlich der Zugang in das auf Vollständigkeit und Selbständigkeit bedachte ALR verwehrt bleiben sollte⁷¹.

⁷⁰ibid.

⁷¹Dies wird auch dadurch verdeutlicht, dass bei den im Jahre 1873 begonnenen Arbeiten am Bürgerlichen Gesetzbuch das ALR als ungeeignetes Vorbild für die Kodifikation angesehen und stattdessen dem Pandektenrecht wesentlich größerer Einfluss gewährt wurde, LUIG, S. 529; STAUDINGER/COING/HONSELL, Einleitung zum BGB, Einl., Rdnr. 59; vgl. auch MEDER, Rechtsgeschichte, S. 259.

3. Die Entwicklung des Aufgabenverständnisses des Gesetzgebers bis zur Verfassung des BGB

Im 19. Jahrhundert setzt sich zunehmend eine Auffassung durch, die eine Abgrenzung der Gesetzgebung von der Rechtslehre verlangte, so wie diese erstmals in den Ausführungen HOMMELS im 18. Jahrhundert anklang⁷². Bei dieser Entwicklung stand nicht mehr die Verständlichkeit des Gesetzbuchs für den Laien im Vordergrund, sondern eine deutliche Aufgabenteilung zwischen der Rechtswissenschaft, der das »Dogmatisieren« obliegen sollte, und der Gesetzgebung. Konsequenz daraus war aber zugleich, dass sich das »Ganze des Rechts« nur aus der Gesamtbetrachtung von Gesetzgebung *und* Dogmatik ergab⁷³.

Die Gründe für diese veränderte Haltung zur Frage der Aufgabenteilung werden überwiegend im Übergang von den absolutistischen und wohlfahrtsstaatlichen Vorstellungen - aus denen noch das ALR hervorgegangen war - zum liberalen, konstitutionellen Staat in der Mitte des 19. Jahrhunderts gesehen⁷⁴. Das Gesetz sollte nun ausschließlich unmittelbar anwendbare Vorschriften aufstellen und nicht Sprachrohr wissenschaftlicher Meinungen sein⁷⁵. Wird aber die Gesetzgebung um die Elemente des Dogmatisierens und Lehrens reduziert, beschränkt sich die gesetzgeberische Tätigkeit maßgeblich auf die reine *Anordnung*, den »Staatswillensakt« als Ausdruck der Staatsgewalt.⁷⁶ Alles außerhalb des Willens und grundsätzlich der dogmatischen Erkenntnis zugängliche ist danach auch ausschließlich der Dogmatik vorbehalten. Ein wichtiger Bereich, der dem Gesetzgeber auf diese Weise entzogen wird, ist die Begriffsbildung, d.h. der Gesetzgeber »darf« nach dieser Ansicht dann nicht definieren, wenn ein Begriff unter Zuhilfenahme außerrechtlicher Wissenschaften hergeleitet werden kann - etwa durch die Naturwissenschaften -, da dann in diesen Fällen die Definition kein Willens-, sondern ein Erkenntnisakt darstellt⁷⁷.

Auch nach dieser Einschränkung des Tätigkeitsbereichs des Gesetzgebers verblieb ihm jedoch nicht nur die Aufgabe und Befugnis zur Definition derjenigen Rechtsbegriffe, die im Naturrecht gar nicht vorkommen - wie etwa im Bereich der Formen und Fristen -, sondern ihm wurde auch eine weitreichende Disposition über das Naturrecht eingeräumt⁷⁸. Aus dieser Dispositionsbefug-

⁷²So befürwortet HOMMEL bereits deutlich eine »Entschlackung« des reinen Gesetzestextes durch den Verzicht auf lehrhafte Erklärungen und (Auf-)Gliederungen des Rechtsstoffes: vgl. HOMMEL, S. 128.

⁷³SCHRÖDER, in BEHREND/S/HENCKEL, S. 47.

⁷⁴ibid., S. 48.

⁷⁵MOHL, S. 431; KOHLER, S. 345 (358); WACH, Legislative Technik, S. 8 f.

⁷⁶So etwa LABAND, S. 4, 61, der in diesem Zusammenhang besonders das mögliche Auseinanderfallen von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl gewahrt wissen will und das Wesen des Gesetzes regelmäßig gerade nicht in der »Schaffung eines Rechtssatzes« erblickt.

⁷⁷Vgl. etwa GLÜCK, S. 48 in seiner Feststellung, dass der Wille des Gesetzgebers bloß für die »äußerlichen freien Handlungen« der Menschen eine Richtschnur sein könne, während Verstand und Überzeugung hingegen nicht seiner Disposition unterworfen seien. Vgl. auch FEUERBACH, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft (1804), in BLUMENBERG U.A., S. 81 ff.; EISELE, S. 275 (314 ff.).

⁷⁸HUFELAND, S. 252 ff., insb. § 539; FEUERBACH, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft (1804), in BLUMENBERG U.A., S. 61 ff. (84 ff.).

nis mussten zwangsläufig aber wiederum - aus Sicht der Rechtswissenschaft - gewillkürte Begriffsbestimmungen seitens des Gesetzgebers resultieren.

Die aus diesem Grund noch immer recht begrenzte Definitionsgewalt der Rechtswissenschaft erweiterte sich erst im späteren Verlauf des 19. Jahrhunderts.

a) Die historische Rechtsschule und ihre Entwicklung im späten 19. Jahrhundert

Das preußische Allgemeine Landrecht stand somit als eine der großen Naturrechtskodifikationen am Ende der naturrechtlichen Epoche und schränkte - aus den oben dargelegten Gründen - sowohl die richterliche als auch die Rechtsfortbildung durch die Lehre erheblich ein. Das römische Recht als gemeines Recht war sowohl in der Praxis bei den Gerichten als auch in der Wissenschaft zurückgedrängt.

Die historische Rechtsschule - ausgehend von SAVIGNY - nahm die Tendenz des frühen 19. Jahrhunderts zur Überwindung des Naturrechts, zur Verstärkung der Rechtswissenschaft und einer damit in Zusammenhang stehenden Nachrezeption des römischen Rechts mit Nachdruck auf⁷⁹.

aa) Die Rechtsquellen- und Methodenlehre SAVIGNYS

Mit der durch SAVIGNY begründeten historischen Rechtsschule eröffnete sich ein neues Verständnis vom positiven Recht, das über die reine Ablehnung der Lehrhaftigkeit einer Kodifikation hinausgeht. Nach Ansicht SAVIGNYS wurde das Recht nicht mehr durch die Willkür des Gesetzgebers geschaffen, sondern es sei »mit innerer Notwendigkeit gegeben«, »aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen«⁸⁰. Gleichzeitig solle sich das Gesetz auf Regeln und Gebote beschränken. Die Entwicklung und (lehrhafte) Darstellung sei indes nicht Sache des Gesetzes⁸¹. Der Gesetzgeber müsse darüber hinaus stets beachten, dass das Recht ein »organisches Ganzes« sei und eine »organisch bildende Kraft« in ihm stecke⁸². Der - von SAVIGNY häufig verwendete - Begriff des »Organischen« ist im heutigen Sprachgebrauch wohl am Treffensten mit der Bedeutung »funktionell« gleichzusetzen, d.h. der Gesetzgeber muss danach bei der Formulierung von Regeln und Geboten stets die

⁷⁹Vgl. hierzu die - erst aus dem Nachlass veröffentlichte - Aussage SAVIGNYS über die Bedeutung und das Anliegen der historischen Methode, SAVIGNY, *Methodologie*, S. 213.

⁸⁰SAVIGNY, Über den Zweck dieser Zeitschrift, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1, S. 1 (6).

⁸¹SAVIGNY, *System I*, S. 43.

⁸²*ibid.*, S. 290.

»funktionelle Einheit« des Rechts vor Augen haben, also auch die von der Wissenschaft entwickelten Rechtsinstitute, damit die abstrakten Regeln im Gesetz bei der praktischen Anwendung auch »funktionieren«⁸³.

In seiner Schrift »Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft« (1814) wandte sich SAVIGNY gegen THIBAUTS Forderung nach einem einheitlichen Gesetzbuch für das bürgerliche Recht⁸⁴. Der Standpunkt THIBAUTS resultierte dabei nicht aus einer vernunftrechtlichen Überzeugung, nach welcher der Staat den Bürgern das Recht aus einem in der Vernunft begründeten Plan bringen könne und müsse, sondern ihm ging es vorrangig um die Überwindung der bestehenden Vielfalt der Rechtsquellen zum Zwecke der politischen Einigung der Nation⁸⁵. So waren SAVIGNYS Einwände zuallererst nicht gegen *diese* bei THIBAUT zum Ausdruck kommenden Beweggründe gerichtet, sondern gegen die Annahme, der Gesetzgeber könne mittels Vernunft allein Recht hervorbringen⁸⁶. Die »Entstehung von Recht« vollzieht sich - beginnend mit dem römischen Recht - nach der Auffassung SAVIGNYS - vereinfacht schematisiert - in den Entwicklungsstufen:

Sitte —→ Volksglaube —→ Jurisprudenz —→ Recht

Abbildung 2: Die Entstehung von Recht nach SAVIGNY.

Die Willkür eines Gesetzgebers findet nach dieser Ansicht bei der Entstehung des Rechts mithin keinen Platz⁸⁷. Jedoch drohte der aufkommende Gedanke von der »Allmacht des Staates« die Überzeugung zu verdrängen, dass das »Recht« niemals von einem einzelnen Menschen (im Sinne eines Gesetzgebers) für alle anderen erkannt werden kann⁸⁸. Für SAVIGNY waren Gewohnheit, Gesetzgebung und Wissenschaft drei Formen in denen das Recht erscheint, wobei dabei der Gewohnheit die Funktion der unmittelbaren Erscheinung der Volksüberzeugung zukam, während in Gesetzgebung und Wissenschaft die Volksüberzeugung nach außen vertreten wurde.⁸⁹

Das Gesetz - welches mittels des »politischen Elements« Recht postuliert - und die Wissenschaft, die durch die Arbeit am »technischen Element« dem Recht sprachliche Schärfe verleiht, sind in der historischen Rechtsschule zwei gleichberechtigte Organe der Volksüberzeugung. Dabei entspricht die Bedeutung des »politischen Elements« in keiner Hinsicht dem heutigen Sinn des Wortes »politisch«, sondern der Begriff umfasst vielmehr in einer verallgemeinerten Bedeutung der Begriffe »polites«, »civis«, »Bürger« das Recht als ein »na-

⁸³Zum Begriff des »Organischen« bei SAVIGNY vgl. BEHRENDTS in BEHRENDTS/HENCKEL, S. 19.

⁸⁴THIBAUT, S. 37 ff. (41).

⁸⁵So bereits FEUERBACH, in BORST, S. XXIII ff.; JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 20 f.

⁸⁶JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 25 f.

⁸⁷Zum Vorstehenden: SAVIGNY, Beruf, S.13 f. = HATTENHAUER, S. 68.

⁸⁸JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 28.

⁸⁹SAVIGNY, System I, S. 18 ff., 38 ff., 45 ff.

türliches Recht« - in Abgrenzung zum »Naturrecht« - , den »Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben«⁹⁰ -, also all das, was vom juristischen Laien in einem technisch (durch die Wissenschaft) betreuten Recht als Inhalt der Rechtsverhältnisse erlebt wird⁹¹. Allerdings ist dieser Begriff auch nicht misszuverstehen als romantisch-nationalistisches Kollektivgefühl, sondern er beschreibt im genannten Sinn die »Volksüberzeugung«, den »Volksgeist« als »kulturanthropologisch begründete Überzeugung der in der staatlichen Gemeinschaft organisierten Menschen vom Vorhandensein einer verlässlich realisierten Rechtsordnung«⁹².

Durch diese Differenzierung der Zuständigkeit wird also die Kompetenz des Gesetzgebers zur Hervorbringung des Rechts nicht vollständig verneint, wohl aber durch das selbständige Organ der Wissenschaft begrenzt⁹³. So formulierte SAVIGNY ausdrücklich die Fälle, in denen der Gesetzgeber zur Rechtsbildung berufen sei, nämlich

»erstlich als ergänzende Nachhülfe für das positive Recht, zweytens als Unterstützung seines allmäligen Fortschreitens«⁹⁴.

Allerdings ist diese Möglichkeit der Rechtsbildung durch den Gesetzgeber nach SAVIGNY nur einschränkend zu interpretieren, nämlich nur in Hinblick auf Bestimmungen, »in deren Natur . . . eine relative Gleichgültigkeit liegt«⁹⁵, wie etwa die Länge einer Frist oder formelle Gestaltungen eines Rechtsgeschäfts⁹⁶.

Auch ist diese nachhelfende und unterstützende Funktion des Gesetzgebers ausschließlich auf das Gewohnheitsrecht beschränkt, wohingegen hinsichtlich des »wissenschaftlichen Rechts« der Gesetzgebung jede Kompetenz zur Einwirkung fehlt, sie demnach niemals wissenschaftliche Streitfragen entscheiden oder in die im wissenschaftlichen Diskurs entstandenen Widersprüche auflösen darf⁹⁷. Die Rechtswissenschaft muss nach dieser Konzeption frei von gesetzlichen Eingriffen und »ihrem eigenen Telos« überlassen bleiben, d.h. der Gesetzgeber darf der Rechtswissenschaft keine als unveränderlich hinzunehmenden Vorgaben machen, welche der wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts Fesseln anlegen⁹⁸.

Ist nach der Auffassung SAVIGNYS der eigentliche Sitz des Rechts die Volksüberzeugung, so ist die Konsequenz, dass auch eine Änderung des Rechts *zuerst* in der Volksüberzeugung und erst *dann* im Gesetz zu Tage treten kann und darf, so dass jedes Gesetz in diesem Sinne bemüht sein muss, die Volksüberzeugung zu treffen und zu artikulieren, um unabhängig von seiner in soweit unbestrittenen Verbindlichkeit auch »Recht« zu verkörpern. JAKOBS spricht in

⁹⁰So ausdrücklich in SAVIGNY, Beruf, S. 12 f. = HATTENHAUER, S. 67.

⁹¹Vgl. BEHREND in BEHREND/HENCKEL, S. 27.

⁹²ibid., S. 20.

⁹³JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 35.

⁹⁴SAVIGNY, System I, S. 40 f.

⁹⁵ibid., S. 36, S. 40 f.; ebenso hinsichtlich einzelner Rechtssätze, die »ihrer Natur nach noch schwankende, unbestimmte Grenzen haben, wie z.B. alle Verjährung«, vgl. SAVIGNY, Beruf, S. 17 = HATTENHAUER, S. 69.

⁹⁶JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 36.

⁹⁷ibid.

⁹⁸BRAUN, S. 1 (5).

diesem Zusammenhang denn auch von einem »experimentellen Charakter« des Gesetzes⁹⁹. Der Gesetzgeber hat folglich nach dieser Auffassung eine klare Zielvorgabe; allein in der Wahl des Mittels zur Erreichung dieses Ziels stehen dem Gesetzgeber dann im Einzelfall mehrere Alternativen offen, aus denen er willkürlich wählen kann. Diese Willkür ist für JAKOBS Teil der »politischen Natur« der Gesetzgebung¹⁰⁰.

Die Rechtsquellenlehre, das Verständnis von der Entstehung des Rechts nach SAVIGNY lässt sich damit - in Anlehnung an *Abbildung 2* - wie folgt weiter schematisieren:

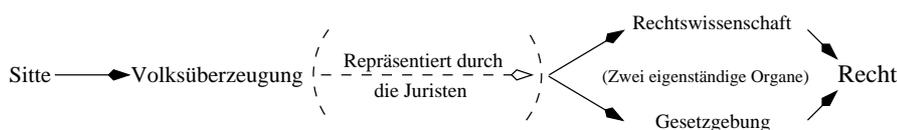


Abbildung 3: *Rechtsquellenlehre nach SAVIGNY.*

An dieser Auffassung über die Entstehung von Recht ist nun insbesondere klärungsbedürftig, wie SAVIGNY die Annahme rechtfertigte, neben dem Gesetzgeber bestünde mit der Rechtswissenschaft und ihren Juristen ein zweites gleichberechtigtes Organ für die Volksüberzeugung, welches sogar einen Bereich in der Hervorbringung des Rechts besetze, das der Gesetzgebung gänzlich vorenthalten sei, zumal sich eine derartige Differenzierung nicht verfassungsrechtlich erklären lässt.

Die Tatsache, dass auch all jene Rechtssätze zum »Recht« gehören, von denen das Volk möglicherweise nur eine vage Ahnung, jedoch keine konkrete Vorstellung und erst recht keine Überzeugung hat, erklärt SAVIGNY wie folgt:

»Bey steigender Cultur nämlich sondern sich alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen jetzt auch die Juristen. Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtseyn der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Funktion repräsentiert wird.«¹⁰¹

Jedoch steht damit nach Auffassung SAVIGNYS das Recht nicht ausschließlich den Rechtsgelehrten zu, sondern das Recht - so SAVIGNY - führe eine Art »doppeltes Leben«, nämlich - wie dargelegt - zum einen den Zusammenhang mit dem allgemeinen Volksleben (politisches Element), zum anderen ein abgesonderteres wissenschaftliches Leben (technisches Element)¹⁰².

⁹⁹ JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 38.

¹⁰⁰ *ibid.*, S. 38 f.

¹⁰¹ SAVIGNY, Beruf, S. 12 = HATTENHAUER, S. 67. Zu dieser Repräsentationsfunktion vgl. auch MEDER, Urteilen, S. 182, Fn. 70 und S. 243 f.

¹⁰² SAVIGNY, a.a.O.

Hieraus erschließt sich das Verhältnis von Gesetz zur Rechtswissenschaft in der historischen Rechtsschule: Die Repräsentanz des Volkes durch die Juristen ist bei SAVIGNY nicht zu verstehen als die Repräsentanz eines Wählenden durch den Gewählten, sondern es geht ausschließlich um die Ausbildung des technischen Elements durch den Spezialisten, in der Ausbildung der Volksüberzeugung in Sprache, in der Verleihung eines scharfen Ausdrucks, der Formung der Regeln aus der Volksüberzeugung¹⁰³. Die Wissenschaft hatte somit nach Ansicht SAVIGNYS die Strukturen und handlungsleitenden Werte des Privatrechts stellvertretend für die Privatrechtsbeteiligten zu verwalten und so den auftretenden Lebensbedürfnissen die notwendigen technischen Rechtsformen und Rechtsprinzipien bereitzustellen¹⁰⁴.

So überschreitet die Rechtswissenschaft ihre Grenzen dann, wenn sie im Wege der immer weitergehenden Abstraktion den Zusammenhang mit der Volksüberzeugung verliert und sich zur »bodenlosen Konstruktionsjurisprudenz« entwickelt oder sich in Widerspruch zur Volksüberzeugung setzt, um so auf die *Bildung* der Überzeugung Einfluss zu nehmen, was als politisches Element des Rechts nur dem Gesetzgeber zusteht¹⁰⁵.

Ist zwar mit dieser Beschreibung von Gesetzgebung und Rechtswissenschaft die unter Umständen schwierige Abgrenzung im Einzelfall¹⁰⁶ nicht gelöst, so ist damit aber festgestellt, welches Organ der Volksüberzeugung mit welcher Zielrichtung tätig werden darf und soll, wenn erst einmal die (technische oder politische) Natur einer Rechtsfrage geklärt ist.

Gesetzgebung im Sinne SAVIGNYS hat also i.E. die Aufgabe und Befugnis der Aufzeichnung des bestehenden Rechts mit den aus politischen Gründen notwendigen Änderungen und Verbesserungen, also die Wahl (ggf. neuer) Mittel zur Erreichung des Ziels¹⁰⁷. Der Beruf zur Aufzeichnung des bestehenden Rechts wurde jedoch von SAVIGNY für seine Zeit bestritten¹⁰⁸. Die Gefahr der Ablenkung des Gesetzgebers von seiner eigentlichen Aufgabe - der schnellen Reaktion auf den nur durch politische Entscheidungen zu beseitigende Missstand oder - anders gesprochen - die Abänderung des Rechts aus höheren politischen Zwecken¹⁰⁹ - wurde aber von den Befürwortern einer Kodifikation durch das Argument der angestrebten Rechtssicherheit und den (angeblichen) »Fortschritt der Privatrechtswissenschaft« schnell verdrängt¹¹⁰.

¹⁰³ JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 42 f.

¹⁰⁴ Vgl. SAVIGNY, System I, S. 76 ff., 83 ff., 93.

¹⁰⁵ JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 43.

¹⁰⁶ Hinsichtlich der insoweit fehlenden Möglichkeit für eine »scharfe Gränzbestimmung« SAVIGNY, Beruf, S. 13 = HATTENHAUER, S. 67; vgl. auch MEDER, Mißverstehen und Verstehen, S. 134, Fn. 12.

¹⁰⁷ Vgl. SAVIGNY, Beruf, S. 18 = HATTENHAUER, S. 69.

¹⁰⁸ *ibid.*, S. 71 f.

¹⁰⁹ SAVIGNY, Beruf, S. 16 = HATTENHAUER, S. 68; JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 45 ff., 145 f.

¹¹⁰ JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 48 f. und Fn. 90 ebenda; bemerkenswerterweise lag dieser Grundgedanke auch der SRK in ihrem Abschlussbericht 1992 zugrunde, in dem das Anliegen JAKOBS hinsichtlich der Differenzierung nach technischem und politischem Element im Rahmen der Schuldrechtsreform mit der einfachen Begründung zurückgewiesen wurde, die (heutige) Situation sei eine andere als die zur Zeit SAVIGNYS, da »die von ihm

Aufgrund der nie vollständig durch Gesetze zu erfassenden Komplexität der zu ordnenden Lebenssachverhalte erachtet SAVIGNY letztlich *keine* Zeit für befähigt und berufen einen Gesetzgeber hervorzubringen, der in diesem Sinne Rechtssicherheit erzeugen könnte¹¹¹. Diese Annahme setzt natürlich voraus, dass das »Recht« nicht allein in den Gesetzen gesehen wird - anstelle in der Überzeugung des Volkes - und so die Unvollkommenheit der Aufzeichnung durch einen Zirkelschluss ausgeblendet wird. Die mögliche Gefahr, dass eine derartige Ansicht vom Recht dominiert, sah SAVIGNY bereits ausgelöst durch die »Neuheit des Gesetzbuchs«, seine »Verwandtschaft mit herrschenden Begriffen«, »sein äußeres Gewicht«, was alle Aufmerksamkeit auf sich ziehen und eine gewisse Unfehlbarkeit suggerieren könne, allein durch die Überwältigung der Rechtswissenschaft »von dem bloßen Buchstaben«¹¹².

Solange das technische Element des Rechts der Rechtswissenschaft vorbehalten bleibt, ist die wissenschaftliche Erkenntnis eines Rechtssatzes der ständigen - zumindest möglichen - Überprüfung und Rechtfertigung unterworfen. Ist die technische Gestaltung eines Rechtssatzes dem Gesetzgeber überlassen, ist dieser der strengen, (theoretisch) allzeitigen und umfassenden Überprüfung entzogen. Zugleich muss die Wissenschaft zur Erhaltung der »Rechtssicherheit durch das Gesetz« dann aber zu den Instrumenten teleologischer Auslegung und Analogie greifen¹¹³ oder das Risiko einer Rechtsunsicherheit auf sich nehmen.

bb) Die historische Rechtsschule und die Kodifikationsfrage

Die Auffassung, keine Zeit sei zur Gesetzgebung im bürgerlichen Recht berufen, folgte für SAVIGNY aber auch aus einem Spannungsverhältnis von sprachlicher und logischer Kunst einerseits und der bestimmten Anschauung von Recht andererseits. Eine Zeit, die über *beide* verfüge und somit als einzige zur Kodifikation befugt sei, habe - so SAVIGNY - jedoch kein *Bedürfnis* für die Verfassung eines Gesetzbuchs, könne dies also gleichsam nur vorsorgend für folgende Generationen erstellen, was jedoch kaum eine Zeit unternehmen werde¹¹⁴.

Da es 1896 schließlich zur Entstehung des BGB kam, stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Geist der historischen Rechtsschule - und mit ihm die Differenzierung nach technischem und politischem Element - im BGB fortwirken konnte und welche Veränderungen innerhalb der historischen Rechtsschule stattgefunden haben.

geforderte Vertiefung der Rechtswissenschaft stattgefunden habe«, BMJ, Abschlußbericht, S. 41.

¹¹¹ Vgl. SAVIGNY, Beruf, S. 23 ff. und 133 f. = HATTENHAUER, S. 71 f. und 115 f.

¹¹² *ibid.*, S. 71 f.

¹¹³ JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 54.

¹¹⁴ Vgl. SAVIGNY, Beruf, S. 25 f. = HATTENHAUER, S. 72.

Für SAVIGNY entsprach das im Bewusstsein des Volkes lebende Recht - nach seiner Aussage »mit dem herrschenden nicht ganz passenden Sprachgebrauch« - dem »Gewohnheitsrecht«¹¹⁵. Erst GEORG FRIEDRICH PUCHTA - Schüler SAVIGNYS und Vertreter der historischen Rechtsschule - stellte (begrifflich) das »Gewohnheitsrecht« in den Mittelpunkt, wenn auch PUCHTA ebenso wie SAVIGNY das Gewohnheitsrecht nach wie vor nur als *Ausdruck* der Volksüberzeugung verstand, das sich damit über das von Gesetzgebung und Wissenschaft erzeugte Recht stellte¹¹⁶. Wenn aber das Recht durch die Gewohnheit nur seinen Ausdruck finden sollte, so bedeutete dies zugleich, dass der Gewohnheit im Sinne SAVIGNYS und PUCHTAS keine konstitutive Kraft zukam. Anders als SAVIGNY wandte sich PUCHTA aber der Frage zu, wie die Überzeugung vom Recht in das Bewusstsein des Volkes kommen kann¹¹⁷ und erschloss dadurch einen Fragenkomplex, der keineswegs mehr allein juristische, sondern - möglicherweise primär - religiöse und philosophische Antworten erforderte. Aber bereits dadurch, dass sich Puchta nicht mehr auf die Feststellung beschränkte, dass im Bewusstsein des Volkes eine Überzeugung vom Recht vorhanden ist und zugleich nur negativ-abgrenzend feststellte (aber nicht bewies), die Volksüberzeugung könne nicht durch Gewohnheit *entstehen*, öffnete er die Rechtsquellenlehre gegenüber Spekulationen über die Entstehung der Volksüberzeugung¹¹⁸.

Diese latente Unsicherheit in der historischen Rechtsschule, verbunden mit dem Spannungsverhältnis zur Gegenansicht, nach der eine Entstehung von Recht aus Gewohnheit durchaus möglich war¹¹⁹, führte dazu, dass sich eine Auffassung durchzusetzen begann, nach der Gewohnheit und Rechtsüberzeugung (gleichberechtigte) Entstehungsvoraussetzungen für das Recht waren. So begründete STAHL aus diesem Ansatz heraus die Ansicht vom »zweifachen Entstehungsgrund des Gewohnheitsrechts«¹²⁰. Für ihn gehörten das rechtliche Bewusstsein des Volkes und der verwirklichte Wille der Gemeinschaft (nach außen betätigt durch Gesetz oder Gewohnheit) zusammen und erzeugten so erst die bindende Kraft einer Norm, ohne die sich kein Individuum dieser Norm unterwerfen müsse¹²¹. Darüber hinaus stand für Stahl aber auch fest, dass dem äußeren Bestand des Rechts (in seinem Sinne verstanden als Gesetz *und* Gewohnheit) zu folgen sei, »auch wenn das rechtliche Bewusstsein bei Volk und Obrigkeit längst ein

¹¹⁵Vgl. *ibid.*, S. 68.

¹¹⁶Dabei beschränkte sich nach Ansicht PUCHTAS der Einfluss des Gesetzgebers häufig auf einen rein »formellen« Aspekt. Allerdings könne sich eine *Volksansicht* durch die Fassung in Gesetzesform zu einer *Volksüberzeugung* verfestigen, wodurch die Gesetzgebung schließlich doch potentielle Rechtsquelle sein könne, vgl. dazu PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, Bd. 1, S. 146 und 166, Bd. 2, S.19. Im Gegensatz zur Ansicht SAVIGNYS und PUCHTAS bestand aber eine durchaus beachtliche Gegenmeinung, der zufolge Gewohnheit Recht *entstehen* lassen konnte, vgl. die Darstellung und Nachweise darüber bei PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, Bd. 1, S. 172 ff., sowie UNGER, Bd. 1, S. 33 ff.

¹¹⁷Während SAVIGNY diese Frage noch als »nicht beantwortbar« einstufte (Beruf, S. 65 f.), hielt PUCHTA sie zwar für weitgehend, wohl aber beantwortbar, PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, Bd. 1, S. 154.

¹¹⁸JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 66.

¹¹⁹Vgl. Fn. 116.

¹²⁰STAHL, 2. Aufl. (1845), S. 178 ff.; 6. Aufl., S. 233 ff. (235).

¹²¹*ibid.*, 2. Aufl. (1845), S. 179, 191.

anderes geworden ist, wenn Alle es als unvernünftig und ungerecht erkennen [...] »¹²².

Damit aber bewegte er sich in Richtung eines Gesetzespositivismus, der die Erkenntnis des Rechts nur noch aus dem Gesetz und nicht mehr aus dem Rechtsbewusstsein des Volkes gewinnt. War bei SAVIGNY das Gesetz unabhängig von seiner (auch von SAVIGNY unbestrittenen) Verbindlichkeit nur *Recht*, wenn es in Übereinstimmung mit dem Rechtsbewusstsein des Volkes lag und stand neben dem Gesetz - als Rechtsquelle gleichberechtigt - die Wissenschaft, beide dem Gewohnheitsrecht als unmittelbarem Ausdruck der Volksüberzeugung nachrangig, so trat nun das Gewohnheitsrecht nach und nach hinter die Gesetzgebung zurück¹²³.

Diese Tendenz spiegelt sich auch in WINDSCHEIDS Lehrbuch des Pandektenrechts wieder, obwohl sich WINDSCHEID selbst zum Gedankengut der historischen Rechtsschule bekannte¹²⁴. Hatte WINDSCHEID in den ersten drei Auflagen seines »Lehrbuchs des Pandektenrechts« bereits die Überzeugung des Volkes in ihrer Bedeutung als Rechtsquelle im Verhältnis zu Gesetz und Gewohnheit stark relativiert¹²⁵, so stellte er ab der 4. Auflage (1875) ausdrücklich fest, dass die Gesetzgebung nicht nur praktisch, sondern auch dem Range nach an erster Stelle stehe¹²⁶. Der ursprüngliche - theoretische - Vorrang des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle oder gar der Volksüberzeugung als solchen, die in der Gewohnheit nur ihren Ausdruck findet, war seit dieser Auflage gänzlich von ihm aufgegeben¹²⁷.

Die hier aufgezeigte Entwicklung von der Rechtsquellen- und Methodenlehre SAVIGNYS über die Öffnung der historischen Rechtsschule durch PUCHTA für - im weitesten Sinne - Verunsicherungen und Spekulationen über ihre Axiome, die Zusammenführung von Gesetz und Gewohnheitsrecht zum »Recht« durch STAHL und schließlich die Einräumung eines theoretischen Vorrangs des Gesetzes durch WINDSCHEID hatte eine deutliche Tendenz zum Gesetzespositivismus eingeschlagen, wenn auch der Weg dorthin - wie JAKOBS in diesem Zusammenhang betont - weder bewusst gewählt, noch zu Ende gegangen wurde¹²⁸.

¹²²Zum Vorstehenden vgl. *ibid.*, 2. Aufl. (1845), S. 179, Fn. ebenda; 6. Aufl. (1963), S. 235.

¹²³So hatte nach STAHL die Gesetzgebung im Vergleich zum Gewohnheitsrecht das »höhere Ansehen«, da es in ihrem Begriff liege, »den vorgefundenen Rechtszustand nun frei zu beherrschen«, *ibid.*, 2. Aufl. (1845), S. 190; vgl. auch JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 72.

¹²⁴WINDSCHEID, Bd.1, 9. Aufl., § 15, S. 77 ff.

¹²⁵*ibid.*, 3. Auflage, § 15, S. 40 f., wo WINDSCHEID bereits ausdrücklich bemerkt, dass das Gewohnheitsrecht in dem gleichem Maße in den Hintergrund trete, wie sich die Gesetzgebung entwickle, so dass »für die heutige Zeit die Gesetzgebung die praktisch bei weitem bedeutendste Rechtsquelle« sei, aber nicht »dem Range nach die erste«.

¹²⁶*ibid.*, 4. Aufl., § 15, S. 43 und Fn. 4 ebenda.

¹²⁷Vgl. insoweit WINDSCHEID, 9. Aufl., § 15 a.E. S. 81.

¹²⁸JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 76.

α) Der Konflikt zwischen der germanistischen und römischen Ausrichtung innerhalb der historischen Rechtsschule

Mitte des 19. Jahrhunderts nahm die »germanische Richtung« der historischen Rechtsschule verstärkt die Argumentation gegen die »römische Richtung« auf, so insbesondere durch REYSCHER¹²⁹ und BESELER¹³⁰. Diese germanische Richtung betonte neuerdings nicht mehr die römischen Rechtsquellen, sondern das deutsche Recht, welches in einer Zeit vor der Rezeption des römischen Rechts - im germanischen Mittelalter - gefunden werden könne¹³¹. BESELER folgte SAVIGNY in der Ansicht über die Entstehung des Rechts - das organische Heranwachsen im Bewusstsein des Volkes -, er formulierte jedoch (nach seinem Ansatz konsequent) die Frage, wie es möglich sein konnte, dass das römische Recht - dem Bewusstsein des Volkes zunächst fremd - das (ursprüngliche) deutsche Recht hatte verdrängen können, wenn doch eigentlich das deutsche Recht sich auf dieselbe Weise hätte entwickeln und im Bewusstsein des Volkes verfestigen können¹³².

Während SAVIGNY die Rezeption des römischen Rechts mit den seit dem Mittelalter veränderten Lebensverhältnissen erklärte¹³³, stellte BESELER die These auf, nur die andauernde Einwirkung der Macht der Juristen habe dazu führen können, das römische Recht - quasi gegen den Widerstand, zumindest aber ohne das Bedürfnis und die Einwilligung des Volkes - in Deutschland zu rezipieren¹³⁴. Diese These implizierte aber auch eine weitere - grundlegende - Aussage über die Entstehung des Rechts: Sollte die Rezeption des römischen Rechts allein durch die dauerhafte Einwirkung der gelehrten Juristen erfolgt sein, so beinhaltete dies zugleich, dass die so geübte Gewohnheit in der Lage war, Recht - in der Überzeugung des Volkes *entstehen* zu lassen und nicht mehr dessen bloße Ausdrucksform war¹³⁵. Vor diesem Hintergrund stellte BESELER den »inneren Wert« des auf diese Weise rezipierten römischen Rechts in Frage, welches die Entwicklung des ursprünglichen Rechts in Deutschland »gehemmt und gestört« habe¹³⁶. Er bezeichnete die Rezeption des römischen Rechts sogar als »Nationalunglück«¹³⁷. In einem »großen konstituierenden Act der Gesetzgebung« in dem »der ganze in Deutschland vorhandene Rechtsstoff einer Revision unterzogen« werde, war für BESELER ein wesentlicher Schritt hin zu einem Befreiungsschlag von der

¹²⁹vgl. REYSCHER, S. 33 ff.

¹³⁰vgl. BESELER, S. 34 f.

¹³¹ibid., S. 93, vgl. aber auch schon bei CHRIST, S. 72.

¹³²BESELER, S. 71.

¹³³SAVIGNY, System I, S. 78 f.

¹³⁴BESELER, S. 77 ff., 84.

¹³⁵ibid., S. 84.

¹³⁶Insoweit wich BESELER streng genommen von der Rechtsquellen- und Methodenlehre der historischen Rechtsschule nicht ab, hielt er doch die organische Entwicklung des Rechts - allerdings des ursprünglichen deutschen Rechts - für die eigentliche Rechtsquelle, die Rezeption des römischen Rechts hingegen für eine Art Irrweg, da dieses rezipierte Recht »nur äußeren, zufälligen Umständen seine Existenz verdankt«, vgl. BESELER, S. 81.

¹³⁷ibid., S. 42.

Vorherrschaft des römischen Rechts¹³⁸ oder - wie CHRIST es formulierte -, die Beseitigung des fremden römischen Rechts, verbunden mit der Neugestaltung des Rechts auf nationaler Grundlage durch das »Schwert der Gesetzgebung«¹³⁹.

Zur Verwirklichung einer Kodifikation in diesem Sinne - so BESELER - bedürfte es aber noch »großer Veränderungen in der *politischen* Gestaltung Deutschlands«¹⁴⁰. Anlehnend an die auf SAVIGNY zurückgehende Differenzierung zwischen technischem und politischem Element, bekundete BESELER mit dieser Aussage aber zugleich, dass nach seiner Auffassung die wissenschaftlichen und technischen Voraussetzungen für eine Kodifikation vorlagen. Außerdem war die Kodifikation damit ein primär politisches Vorhaben geworden, die wissenschaftliche Diskussion jedoch, wenn auch nicht beendet¹⁴¹, so doch aber erheblich verkürzt.

Zwar gab es auch vermittelnde Stimmen, die im damals bestehenden Zustand des Rechts eine Verbindung deutscher und römischer Elemente sahen¹⁴². Die Frage nach der notwendigen Dominanz deutscher oder römischer Elemente im Recht und ebenso die Frage nach der Notwendigkeit einer Kodifikation war keine eindeutig differenzierbare Auseinandersetzung zwischen Germanisten auf der einen und Romanisten auf der anderen Seite, vielmehr überschritten sich die Lager in dieser Streitfrage¹⁴³. Beispiel hierfür ist PAUL v. ROTH der - als Germanist - das römische Element im geltenden Recht nicht als fremd ansah und den von BESELER postulierten Gegensatz von deutschem und römischem Recht relativierte¹⁴⁴. Dennoch vertrat ROTH als Wissenschaftler die Germanisten bei der Ausarbeitung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Ersten Kommission, die am 22.06.1874 vom Bundesrat mit dieser Aufgabe betraut wurde¹⁴⁵ und mit ihm war - so JAKOBS - die historische Rechtsschule in »Savigny'scher Reinheit vertreten«¹⁴⁶.

Als Vertreter der Romanisten wurde WINDSCHEID - als zweiter Professor neben ROTH - in die Kommission berufen. Obwohl seine gedankliche Ausrichtung ihren Ursprung in der historischen Rechtsschule hatte, gelangte er vor dem Hintergrund des neuerdings erstarkten nationalen Bewusstseins und seiner pragma-

¹³⁸ *ibid.*, S. 235.

¹³⁹ CHRIST in Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck am 27., 28. und 30. September 1847, Lübeck 1848, S. 208 (211). CHRIST war insoweit der Überzeugung, dass es weder der Wissenschaft, noch der Praxis, noch einem Gewohnheitsrecht jemals in Deutschland gelingen sollte, »die Kluft auszufüllen, welche zwischen dem römischen und deutschen Recht mit Notwendigkeit besteht«, *ibid.*, S. 208 (209).

¹⁴⁰ BESELER, S. 237, Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁴¹ So etwa JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 93.

¹⁴² So etwa GRIMM, Verhandlungen der Germanisten zu Frankfurt a. M. am 24., 25., und 26. September 1846, Frankfurt a. M. 1847, S. 11 (16), der die Ausscheidung des römischen Rechts aufgrund der engen Verwobenheit mit der deutschen Rechtsanschauung als »unerträglichen Purismus« erachtete. Ähnlich HEFFTER, *ibid.*, S. 81 (82), der vermittelnd feststellt, das »auch die neue Gesetzgebung ... sich nicht nicht der Wurzeln des römischen Rechts entschlagen können (wird)«.

¹⁴³ Vgl. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 95 f.

¹⁴⁴ ROTH, S. 305.

¹⁴⁵ MEDER, *Rechtsgeschichte*, S. 320.

¹⁴⁶ JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 97 f. und 101.

tischen Zielvorstellungen für die Rechtswissenschaft¹⁴⁷ zu der Erkenntnis, dass

»[...] für unsere Verhältnisse die Gesetzgebung fast die einzige Rechtsquelle ist«¹⁴⁸.

und folglich zu der Überzeugung von der Notwendigkeit eines Gesetzbuchs. Dabei hatte sich WINDSCHEID selbst dem nationalen Bewusstsein geöffnet, schloss sich letztlich der Rechtslehre BESELERs an und äußerte sogar Verwunderung darüber, dass die historische Rechtsschule mit ihrem Grundsatz des organisch gewachsenen Rechts nicht schon zuvor Einwände gegen die Herrschaft des fremden (römischen) Rechts erhoben habe¹⁴⁹. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland erklärte er damit, dass diese ausschließlich durch die deutschen Juristen erfolgt sei, welche das deutsche Volk zwar repräsentierten¹⁵⁰, doch seien die Juristen dabei vom nationalen Geist abgefallen, als sie nicht das deutsche sondern das römische Recht zur Geltung brachten und hätten sich somit nicht als die wahren Vertreter des deutschen Volkes erwiesen¹⁵¹.

Nach Auffassung WINDSCHEIDS war es nun Aufgabe und Ziel, die geistigen Errungenschaften der Antike nicht »äußerlich«, sondern »innerlich« zu übernehmen und durch die »fremde [Kultur] sich zu befähigen, eine reichere eigene zu gewinnen«¹⁵². Dabei ging es ihm darum, aus dem rezipierten römischen Recht dasjenige zu erhalten, was präziser Ausdruck »der in ihren Grundzügen überall gleichen Anschauung immer wiederkehrender menschlicher Verhältnisse [ist], ein Ausdruck aber, so meisterhaft, wie die Antike meisterhaft ist«¹⁵³. Allerdings müsse dieser wertvolle Bestandteil des römischen Rechts »von den ihm etwa anklebenden fremden formalen Elementen gereinigt werden«¹⁵⁴. Dieses Ziel sollte jedoch nicht der »langsam wirkenden Kraft wissenschaftlicher Überzeugung« überlassen werden¹⁵⁵, stattdessen sei zu diesem reinigenden Akt niemand anderes berufen, als der gebildete Jurist im Wege der Gesetzgebung¹⁵⁶.

Trotz dieser Ansicht über die Notwendigkeit und den Sinn einer Kodifikation betonte WINDSCHEID hierbei - ganz im Sinne der historischen Rechtsschule -, die Kodifikation wolle »das bestehende Recht nicht ändern, sondern nur revidieren und es in neuer Form wiedergeben«¹⁵⁷. Die Schwierigkeit des Nebeneinanders von Kodifikation und Rechtswissenschaft erkennend, stellte er mit aller Deutlichkeit klar, dass die Verfassung der Kodifikation nur werde aufbauen können auf der »Rechtsarbeit der Jahrhunderte«, nicht zuletzt weil die am Zustandekommen des Gesetzbuchs beteiligten Juristen selbst ihre rechtswissenschaftliche Bildung aus eben einer Lehre erhalten hätten, welche diese Rechtsarbeit bestrebt

¹⁴⁷ WINDSCHEID, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, in OERTMANN, S. 106 f.

¹⁴⁸ WINDSCHEID, Recht und Rechtswissenschaft, in OERTMANN, S. 11.

¹⁴⁹ *ibid.*, S. 17.

¹⁵⁰ *ibid.*, S. 17 f.; WINDSCHEID, Das römische Recht, in OERTMANN, S. 44.

¹⁵¹ WINDSCHEID, Das römische Recht, in OERTMANN, S. 44.

¹⁵² WINDSCHEID, Recht und Rechtswissenschaft, in OERTMANN, S. 18.

¹⁵³ WINDSCHEID, Das römische Recht, in OERTMANN, S. 45 f.

¹⁵⁴ *ibid.*

¹⁵⁵ WINDSCHEID, Recht und Rechtswissenschaft, in OERTMANN, S. 19.

¹⁵⁶ WINDSCHEID, Das römische Recht, in OERTMANN, S. 46.

¹⁵⁷ WINDSCHEID, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, in OERTMANN, S. 113.

war zusammenzufassen¹⁵⁸. WINDSCHEID ging in seinem Bekenntnis zur historischen Rechtsschule sogar noch weiter, indem er nicht nur diejenigen Rechtssätze als Frucht dieser Lehre ansah, in denen der Gesetzgeber das vorhandene Recht in neuem Ausdruck reproduzierte, sondern auch solche, die er in bewusstem Gegensatz zum vorhandenen Recht aufstellte. Jede Verbesserung des Gesetzbuchs müsste zurückgehen auf jene Lehre und ihre Vergleichung mit den Resultaten der inzwischen fortgeschrittenen Rechtswissenschaft¹⁵⁹. Das Erfordernis einer permanenten Verbesserung ergab sich für WINDSCHEID aus der begriffsnotwendigen Unvollkommenheit des gesetzgeberischen - aber eben immer noch *menschlichen* - Denkens, welches der stetigen Hilfe durch die wissenschaftliche Behandlung des Rechts in Gestalt der Auslegung bedurfte¹⁶⁰.

In diesem Ansatz aber, in dieser Relation von Gesetzgebung und Wissenschaft wich WINDSCHEID von der reinen Lehre der historischen Rechtsschule ab, indem er die Wissenschaft in die Dienste des Gesetzgebers stellte, die dann nicht mehr die eigene Erkenntnis von Recht aus dem Bewusstsein des Volkes zu Tage brachte, sondern dem Gesetzgeber in der Überwindung seiner zwar unvollkommenen, jedoch abschließend formulierten Gedanken zu Hilfe kam¹⁶¹.

Da die (reine) Lehre der historischen Rechtsschule durch ROTH und WINDSCHEID nur mit den genannten Einschränkungen durch ihre Mitarbeit in der 1. Kommission Eingang in das BGB gefunden hat, ist - diesen Bereich abschließend - die Frage zu beantworten, wo und in welchem Umfang die Grundsätze der historischen Rechtsschule in der (Vor-)Arbeit am BGB wiederzufinden sind.

β) Der Einfluss der historischen Rechtsschule in den Vorarbeiten zum BGB

Mit der Reichsgründung 1871 und der Ausdehnung der Gesetzgebungskompetenz des Reichs auf das gesamte bürgerliche Recht 1873 waren für die Kodifikation die staatsrechtlichen Voraussetzungen gegeben und die Kodifikation eine realpolitische Möglichkeit. Aufgrund der Rechtsvielfalt in Deutschland aber konnte sich die Kodifikation nicht auf die Aufzeichnung des bestehenden Rechts beschränken, sondern es war die politische Aufgabe gestellt, das Recht - teilweise verbunden mit der Schaffung neuer Regelungen - zu vereinheitlichen¹⁶².

Dennoch war es erklärtes Ziel für die Arbeit der Kommission, bekanntes und bewährtes Recht wesentlichen und umfangreichen Eingang in das Gesetzbuch finden zu lassen und »schonende Rücksicht auf das überlieferte Recht« zu nehmen¹⁶³. Allerdings beschränkte sich die Arbeit der Kommission nicht auf eine

¹⁵⁸ WINDSCHEID, Die geschichtliche Schule, in OERTMANN, S. 75 f.

¹⁵⁹ Zum Vorstehenden vgl. *ibid.*

¹⁶⁰ *ibid.*, S. 76.

¹⁶¹ Zu dieser Beschränkung der Aufgabe der Wissenschaft *ibid.*, S. 77.

¹⁶² Vgl. JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 125.

¹⁶³ JAKOBS/SCHUBERT, S. 170.

reine Zusammenstellung, im Sinne einer kompilatorischen Tätigkeit, sondern ein komplexer Rechtszustand, sich zusammensetzend aus Gesetzen, Gewohnheitsrecht, Wissenschaft und Praxis war in Gesetzesform zu bringen¹⁶⁴.

So wurde eine Aussage über die *Quellen* des Rechts nicht in das BGB aufgenommen. Dem Gewohnheitsrecht, das - wie dargelegt - seit SAVIGNY vom aufkommenden Positivismus immer stärker in den Hintergrund gedrängt wurde und an Bedeutung verlor, wurde auch im Rahmen der Vorarbeiten zum BGB eine herausragende Einflussnahme verwehrt, aus - wie es in den Motiven heißt - ausschließlich »praktischen Gründen«¹⁶⁵, denn die unbeschränkte Zulassung des Gewohnheitsrechts habe den eigentlichen Zweck der Kodifikation, die Schaffung eines einheitlichen deutschen Rechts und die Herstellung von Rechtssicherheit, gefährden können¹⁶⁶. Hinzu kam, dass die Arbeiten an den Entwürfen des BGB - kurz nach der Reichsgründung - vor dem Hintergrund etatistischer Tendenzen erfolgten, welche grundsätzlich nur formelle oder materielle Staatswillensakte als rechtserzeugend anerkannten und die Aufgabe der Rechtswissenschaft maßgeblich auf die zweckmäßige Formulierung der vom Gesetz gewollten Interessenregelung reduzierten. Aus Furcht vor einer »Auflösung der gesetzlichen Ordnung« durch einen zu starken Einfluss der Jurisprudenz war aus der Perspektive des Etatismus das Bündnis von Gesetz und Dogmatik also zu Gunsten des Gesetzes weitgehend aufzulösen¹⁶⁷.

Um der aus dieser Sicht bestehenden immanenten Gefahr des Gewohnheitsrechts - der (erneuten) Entwicklung partikularer Rechtsgewohnheiten - entgegenzuwirken, wurde in den Motiven zum BGB zwischen drei Arten von Gewohnheitsrecht unterschieden (vgl. Abbildung auf der nächsten Seite).

Damit war (und blieb) zwar das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt, jedoch allenfalls als dem Gesetz nachrangig und nicht mehr - wie ursprünglich nach der historischen Rechtsschule - ihm übergeordnet. Der Wissenschaft sollte - nach den Darlegungen in den Motiven - die Funktion zukommen, »die Fülle des Rechts« zu erschließen, die den im Gesetz ausgesprochenen Rechtssätzen innewohnte, wobei »der Einfluß, welchen die in theoretischer und praktischer Arbeit sich betätigende Wissenschaft auf die Fortbildung des Rechts zu üben« vermochte, »rückhaltlos als ein vollberechtigter anerkannt werden« müsste. Auch wäre die »freie wissenschaftliche Behandlung des Rechtsstoffes« unabdingbar für die »wohlthätigen Wirkungen der Kodifikation«¹⁶⁸. Diese Aussagen der Motive aber deuten an, dass außerhalb des Gesetzbuchs eine weitere Quelle des Rechts existierte, welche die berichtigende und hinterfragende Wirkung der Wissenschaft autorisierte und legitimierte¹⁶⁹.

Damit stellt sich die Frage, ob - und wenn ja, in welchem Umfang - die Verfasser des BGB technische Fragen *bewusst* unvollendet ließen, um deren Be-

¹⁶⁴Vgl. *ibid.*, S. 194.

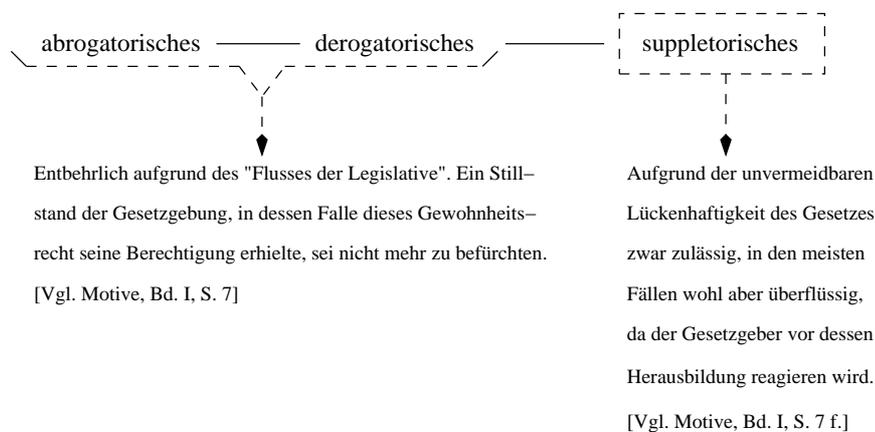
¹⁶⁵Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I (1896), Allgemeiner Teil, S. 6 (Motive, Bd. I).

¹⁶⁶*ibid.*, S. 8.

¹⁶⁷BEHREND in BEHREND/HENCKEL, S. 30 f. und 34.

¹⁶⁸Zum Vorstehenden vgl. Motive, Bd. I, S. 7.

¹⁶⁹Vgl. dazu auch JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 134.

Abbildung 4: *Das Gewohnheitsrecht in den Motiven zum BGB.*

handlung und Beantwortung der Wissenschaft zu überlassen. Für jede ins Gesetzbuch aufzunehmende Bestimmung prüfte die 1. und 2. Kommission jeweils, ob die dieser Bestimmung zugrunde liegende Frage einer Regelung im Gesetz bedürftig und fähig war, wodurch schon eine immense Anzahl an zunächst vorgesehenen gesetzlichen Regelungen wegfiel¹⁷⁰.

In Abgrenzung zur Lehrhaftigkeit des ALR legten die Verfasser des BGB Wert darauf, sich der Belehrungen im BGB zu enthalten¹⁷¹. Auf ausdrückliche gesetzliche Regelungen wurde überall dort verzichtet, wo bereits der Mangel einer entgegenstehenden Vorschrift genügte¹⁷². Die Verfasser des BGB vertrauten auf die Befähigung des gelehrten Juristen - und (nur) an diesen war das Gesetzbuch adressiert - eine gegebene Regel in ihrer Konsequenz weiterzudenken, ohne dass diese im Gesetz ausgesprochen werden musste, es sei denn, es bestanden Zweifel, ob es der Wissenschaft möglich war, diese Konsequenz zu erkennen¹⁷³.

Von einer solchen (Selbst-)Beschränkung des Gesetzgebers ist etwa auch im Falle der sog. »positiven Vertragsverletzung« (pVV) auszugehen. So hatte die 1. Kommission bereits eine ursprünglich vorgesehene Bestimmung gestrichen, die eine Schadensersatzpflicht im Falle des Zuwiderhandelns gegen eine Unterlassungspflicht vorsah, da sie diese für »selbstverständlich« erachtete¹⁷⁴. Daher ist es auch nicht fern liegend anzunehmen, dass eine ausdrückliche Regelung der pVV aus Gründen der Selbstbeschränkung auch deswegen entfallen sein könnte, weil sich die Haftung des Schuldners in diesen Fällen (neben denen der Unmög-

¹⁷⁰ *ibid.*, S. 136.

¹⁷¹ BETHMANN-HOLLWEG, S. 16.

¹⁷² Vgl. JAKOBS/SCHUBERT, S. 40 ff.; eine anschauliche Übersicht an Beispielen für ein derartiges Vorgehen auch bei JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 137 ff.

¹⁷³ JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung*, S. 142 f.; ders., *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht*, S. 17; JAKOBS/SCHUBERT, S. 82 f. (am Beispiel der Notwendigkeit einer Bestimmung über den Ersatz des »entgangenen Gewinns«).

¹⁷⁴ JAKOBS/SCHUBERT, S. 280.

lichkeit und des Verzugs) »von selbst verstanden« hat¹⁷⁵. Diese Erkenntnis ist hier im weiteren Verlauf - in Hinblick auf die Pflichtverletzung - besonders beachtenswert, da es gerade (auch) die bisherigen Fälle der pVV sind, welche der Gesetzgeber durch das SMG erfassen wollte und hinsichtlich derer er dem BGB in seiner ursprünglichen Fassung »Unvollkommenheit« vorwirft¹⁷⁶.

Nach Auffassung JAKOBS war es der im 19. Jahrhundert aufkommende Gesetzespositivismus, welcher die Offenheit der Kodifikation gegenüber einer sich ergänzenden Rechtswissenschaft hat missinterpretieren können in eine später (nicht zuletzt bezüglich der pVV) viel beklagten »Unvollständigkeit des Gesetzes«. Die Verfasser des BGB seien sich indes bewusst gewesen, dass es in Gestalt der Rechtswissenschaft ein Organ gebe, welches sowohl die beabsichtigte, wie auch die unvermeidliche Unvollständigkeit des Gesetzes beseitigen werde¹⁷⁷. Dies betraf insbesondere die Fälle, in denen der Gesetzgeber mangels Kenntnis der konkreten Umstände im Einzelfall sich nicht in der Lage sah, allgemeingültige abstrakte Regeln zu formulieren und daher der konkreten Beurteilung durch »Wissenschaft und Praxis« nicht vorgreifen wollte¹⁷⁸.

Die Verfasser des BGB gingen somit ganz bewusst von der Voraussetzung aus, dass das BGB als rechtswissenschaftliche Kodifikation die Jurisprudenz nicht beenden sollte, sondern sie als »notwendiges Geltungsmedium« voraussetzte¹⁷⁹.

Eine von den Verfassern des BGB vollständig der Wissenschaft und Praxis überlassene Frage ist die der *Begriffsbestimmung* i.w.S. So geben etliche Regelungen des BGB zwar ein Recht auf Leistung, die Bestimmung des Leistungsbegriffs aber wird der Wissenschaft überlassen, ebenso wie der begriffliche Inhalt der besonderen Schuldverhältnisse¹⁸⁰. Die Begriffsfindung durch Wissenschaft und Praxis hatte aber eine gewichtige Bedeutung, die über ein bloßes »Korrektiv« des Gesetzgebers hinausging: Die Fortbildung des Rechts - so etwa die Ansicht des Kommissionsmitglieds WINDSCHEID - sollte im Wege der

¹⁷⁵So i.E. wohl JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 143.

¹⁷⁶BT-Dr. 14/6040, S. 84 und 133; zur Problematik der Notwendigkeit der pVV vgl. auch unten B.II.6.

¹⁷⁷Zum Vorstehenden vgl. JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 144; eine offenbar ganz andere Ansicht vertrat in jüngerer Zeit ZIMMERMANN in ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, S. 33, indem er feststellte, »Die Kodifikation beruhte auf dem fortgeschrittensten und ausgereiftesten Stadium der Pandektistik und bedurfte infolge dessen, anders als alle vorangegangenen Kodifikationen, keiner außer ihrer selbst liegenden Rechtstheorie, die ein höheres Reflexionsniveau verkörperte und auf die es geistig hätte bezogen werden müssen«. In späteren Äußerungen relativiert ZIMMERMANN aber ganz offensichtlich diesen Standpunkt - auch und gerade für den Zeitpunkt der Entstehung des BGB - und erkennt die Relevanz der Rechtsdogmatik im Verhältnis zur Gesetzgebung durchaus an, vgl. SCHMOEKEL/RÜCKERT/ZIMMERMANN/ZIMMERMANN, vor § 1, Rdnr. 21.

¹⁷⁸Für eine Übersicht über entsprechende Regelungsbereiche vgl. JAKOBS/SCHUBERT, S. 53 f. (zur Abgrenzung von Gattungsschuld und Wahlschuld in bestimmten Fällen), S. 130 (zur Frist der Rechenschaftserteilung des Beauftragten), S. 176 (zur Parteivereinbarung über die Leistung des Schuldners an einen Dritten ohne die Übertragung der Ausübung der Gläubigerrechte), S. 263 (zum Schadensersatz bei Nichterfüllung statt Naturalerfüllung) u.v.m.

¹⁷⁹BEHRENDTS in BEHRENDTS/HENCKEL, S. 33.

¹⁸⁰Vgl. dazu JAKOBS/SCHUBERT, S. 40.

»Konstruktion« erfolgen, d.h. durch die Entwicklung der Begriffe und durch die Schlussfolgerung aus diesen¹⁸¹. Die Begriffe wiederum bestimmten aber auch den Geltungsbereich einer Regelung, welchen der Gesetzgeber somit *gleichzeitig* der Wissenschaft und Praxis zur (Mit-)Bestimmung überließ.

Dass die Verfasser des BGB tatsächlich sämtliche Rechtsmechanismen und streitigen Fragen, die zu regeln sie sich außer Stande sahen, der Wissenschaft überließen, ist in den Entstehungsmaterialien zum BGB an zahlreichen Fällen festgehalten. Auch dort findet sich immer wieder - bei verschiedensten rechtlichen Fragestellungen - die deutliche Klarstellung, dass die Lösung einer Frage »der Rechtswissenschaft zu überlassen sei«¹⁸². Bei allem offensichtlichen und Kraft Natur des Vorhabens nachvollziehbaren Streben nach Vollständigkeit gestanden die Verfasser des BGB damit jedoch zugleich ein, dass zur Erreichung der Vollkommenheit in der Ausbildung des technischen Elements nicht sie, sondern die Wissenschaft¹⁸³ berufen und fähig war. Mit dieser Erkenntnis entsprachen sie auch einem ursprünglichen Auftrag im Rahmen des Entwurfs des BGB, nämlich »die Grenze zwischen Gesetz und Wissenschaft [...] klar festzuhalten und zu scheiden, was Gesetzgeber und was der Wissenschaft zukommt«¹⁸⁴. Ganz in diesem Sinne formulierte auch VON LIEBE im Abschlussbericht des Ausschusses für Justizwesen zu dem Gutachten der Vorkommission, dass das Recht nicht aus einzelnen Rechtssätzen bestehe, sondern sich in Verbindung mit den praktisch vorhandenen Verhältnissen zu *Rechtsinstituten* zusammenordne¹⁸⁵, wobei die Hauptaufgabe des *technischen* Teils der Arbeit gerade darin liege, diese Rechtsinstitute »scharf aufzufassen und die leitenden Prinzipien zu geben«¹⁸⁶.

Dass dennoch - trotz der von den Verfassern des BGB uneingeschränkt anerkannten großen Bedeutung der Wissenschaft - das BGB entstand, hat seinen Grund vor allem in den dargelegten politischen Umständen der damaligen Zeit. Der Einfluss der historischen Rechtsschule aber, vermittelt durch ihre Vertreter in den Kommissionen bei der Verfassung des BGB, tritt in den Materialien, Protokollen und der einschlägigen Literatur - wie gesehen - deutlich hervor.

Allein die Tatsache, dass es »trotz« der Rechtsquellen- und Methodenlehre SAVIGNYS zu einer Kodifikation gekommen ist, kann ihren Einfluss auf diese also

¹⁸¹ WINDSCHEID, Bd. 1, 9. Aufl., § 24, S. 110 ff.

¹⁸² Vgl. etwa nur Protokolle I, S. 2815 (im Zusammenhang mit dem Ersatzanspruch des Unterhaltsberechtigten im Falle der Tötung des Unterhaltsverpflichteten; Protokolle I, S. 2806 (zum entsprechenden Ersatzanspruch bei der Einwilligung des Getöteten in die Tötung); Protokolle I, S. 2714 (im Zusammenhang mit der Regelung von Spezialfällen des Verwahrungsvertrages; Protokolle I, S. 186 (zur Frage der Rechtsgrundlage der Haftung aus culpa in contrahendo (c.i.c.); JAKOBS/SCHUBERT, S. 43 (zur Abschwächung eines Schuldverhältnisses durch Haftungsbeschränkung).

¹⁸³ Verstanden i.S.v Wissenschaft *und* Praxis als Einheit, nämlich als »theoretische und praktische Arbeit der Wissenschaft«, vgl. JAKOBS, Wissenschaft und Gesetzgebung, S. 159.

¹⁸⁴ So der Bericht des (Bundesrats-)Ausschusses für Justizwesen vom 09. Juni 1874, betreffend das Gutachten der Vorkommission, in JAKOBS/SCHUBERT, S. 186 ff. (193, 195).

¹⁸⁵ Dieses Verständnis des »Rechtsinstituts« entspricht genau jenem SAVIGNYS und dem hier zugrundegelegten Verständnis vom »*Rechtsinstitut* der Pflichtverletzung«, vgl. oben A.III.

¹⁸⁶ VON LIEBE in JAKOBS/SCHUBERT, S. 195.

nicht widerlegen¹⁸⁷. Vielmehr ist die Kodifikation des Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch am Ende des 19. Jahrhunderts, ihre Entstehung, ihre Konzeption und ihr Ausdruck maßgeblich von den politischen Verhältnissen ihrer Zeit veranlasst und geprägt. Aus der Geschichte seiner Entstehung ist deutlich zu erkennen, dass die Verfasser des BGB - protokolliert in den Materialien der Kommissionen - aus ihrer juristischen Bildung und ihrem Verhältnis zu der von SAVIGNY begründeten Rechtsquellen- und Methodenlehre nicht den Anspruch erhoben, das Gesetzbuch selbst zur einzigen, dominierenden Quelle des Rechts zu erheben. Ihr vornehmliches Bestreben, das Recht ihrer Zeit aufzuzeichnen, ist geprägt von der Vorstellung einer Wissenschaft, welche als Organ der Überzeugung des Volkes den eigentlichen Ursprung des Rechts stellt.

Ein Gesetzgeber, der im Gegensatz dazu Rechtssicherheit allein durch autonome, von der Wissenschaft losgelöste Modifikationen im Gesetz erstrebt, erliegt einem Gesetzespositivismus, welcher den Verfassern des BGB - in dieser Weise - fremd war.

Der Abschlussbericht der SRK von 1992 folgt mit seiner Entgegnung zu dem von JAKOBS in Anlehnung an SAVIGNY gewählten rechtshistorischen Anknüpfungspunkt offenbar diesem Gesetzespositivismus. Unter Berücksichtigung des eigentlichen Ursprungs der Differenzierung zwischen politischem und technischem Element und der daran anknüpfenden »Zuständigkeitsaufteilung« zwischen Gesetzgeber und Wissenschaft stellt sich schon gar nicht die *Frage*, ob der Gesetzgeber die Trennung zwischen der Zuständigkeit von Gesetzgebung und Jurisprudenz »hinnimmt«¹⁸⁸, denn nach der Rechtsquellen- und Methodenlehre SAVIGNYS und deren dargelegtem Einfluss auf die Entstehung des BGB *kann* die Gesetzgebung zur Hervorbringung des Rechts gar nicht auf die Wissenschaft als Organ der Volksüberzeugung und mithin wahre Quelle des Rechts verzichten und sich über diese Aufteilung hinwegsetzen. So stößt die Gesetzgebung nicht zuletzt an Grenzen der Vollkommenheit und Regelbarkeit, die sie allein zu überwinden niemals imstande und noch weniger berufen war.

Die in diesem Sinne entscheidende Aufgabe der Wissenschaft lässt sich auch nicht kompensieren durch Beachtung von »Klugheitsregeln« oder »vernünftiger Tradition« bei der Zurückhaltung in Fragen der juristischen Konstruktion, die von Rechtsprechung und Lehre »noch nicht genügend durchdacht erscheinen«¹⁸⁹, da diese Auffassung über die Bedeutung der Wissenschaft bei der Erkenntnis und Herstellung von Recht zu kurz greift und zudem die Wissenschaft in eine rein dienende, der Gesetzgebung zutragende Funktion setzt, welche dem Ziel der Rechtssicherheit nicht nur abträglich ist, sondern von den Verfassern des BGB niemals intendiert war.

Auch das Argument, »eine Vertiefung der Rechtswissenschaft« habe seit SA-

¹⁸⁷In diesem Punkt a.A. SCHRÖDER in BEHREND/S/HENCKEL, S. 55: SCHRÖDERS Aussage, die Differenzierung zwischen technischem und politischem Element habe im Umkreis des BGB keine Rolle mehr gespielt, verkennt zum einen, dass die Verfasser des BGB ihre Aufgabe - zu Recht - als eine *wissenschaftliche* erachteten und übersieht zum anderen die umfangreichen Zuweisungen technischer Fragen an die Wissenschaft, protokolliert in den Materialien zur Entstehung des BGB, vgl. dazu bereits Fn. 178 auf Seite 32.

¹⁸⁸So aber - im Ergebnis diese Frage verneinend - BMJ, Abschlußbericht, S. 41.
¹⁸⁹ibid.

VIGNY stattgefunden¹⁹⁰, ist zu unscharf und verkennt die eigentliche Aussage über die Aufgabe der Wissenschaft. So bleibt bei dieser Formulierung schon unklar, *worin* denn die Vertiefung der Rechtswissenschaft stattgefunden haben soll. Eine pauschale Vertiefung auf allen Gebieten kann offensichtlich nicht gemeint sein, ebenso wenig eine (vom Wortlaut der Formulierung her mögliche) tatsächliche Vertiefung der *Rechtswissenschaft* im Sinne eines methodischen Voranschreitens. Letztlich bliebe dann nur eine Vertiefung bestimmter Rechtsfragen, deren Beantwortung sich der Gesetzgeber bisher (aufgrund einer Selbstbeschränkung der Verfasser des BGB) enthalten hat und die dann vom Gesetzgeber lediglich aufzuzeichnen wäre. Eine derartige Auslegung dieser Aussage der SRK wäre aber inhaltlich - bezogen auf das neue Rechtsinstitut der Pflichtverletzung - zumindest zweifelhaft und ihre Richtigkeit setzte voraus, dass für die Pflichtverletzung eben eine »Vertiefung der Rechtswissenschaft« in der Form der Bereitstellung einer Dogmatik stattgefunden hat, welche der im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung seitens des Gesetzgebers ergangenen Regeln und Gebote einen funktionellen Zusammenhang hinzufügt, so dass die Regeln und Gebote eindeutig und Rechtssicherheit gewährleistend angewandt werden können.

b) Die Grenze zwischen Gesetzgebung und Dogmatik bei der Begriffsbildung

Der Einfluss der historischen Rechtsschule auf die Vorarbeiten zum BGB spiegelt sich auch wesentlich in der Aufteilung der Zuständigkeit und Zulässigkeit bei Definition und Begriffsbildung im Verhältnis von Gesetzgebung und Dogmatik (letztere hier zunächst verstanden als Arbeitsbereich der *Rechtswissenschaft*¹⁹¹) wider. Für die Frage nach der Legitimität gesetzgeberischen Handelns im allgemeinen Leistungsstörungenrecht, hier - spezieller - in Hinblick auf das durch die Schuldrechtsreform 2001 eingeführte Rechtsinstitut der Pflichtverletzung, ist gerade diese Aufgabenteilung von besonderer Bedeutung. Anknüpfend an die hierzu bereits erfolgten Ausführungen¹⁹² sei die Aufgabenteilung in diesem Bereich an den folgenden Abbildungen (auf der nächsten Seite und auf Seite 37) nochmals verdeutlicht.

Die Definition war noch im frühen 19. Jahrhundert kein Willens- sondern ein reiner *Erkenntnis*akt, welcher entweder den außerrechtlichen Wissenschaften oblag oder der Philosophie des Rechts - i.S.d. Naturrechts. Willensakte des Gesetzgebers konnten mithin nur dort zulässig und erforderlich sein, wo außerrechtliche Wissenschaften zur Definition keinen (ausreichenden) Beitrag leisten

¹⁹⁰ *ibid.*

¹⁹¹ Zur Dogmatik siehe unten *B.I.3.b.bb*).

¹⁹² Vgl. dazu bereits unter *B.I.3.* und *B.I.3.a.bb.β*).

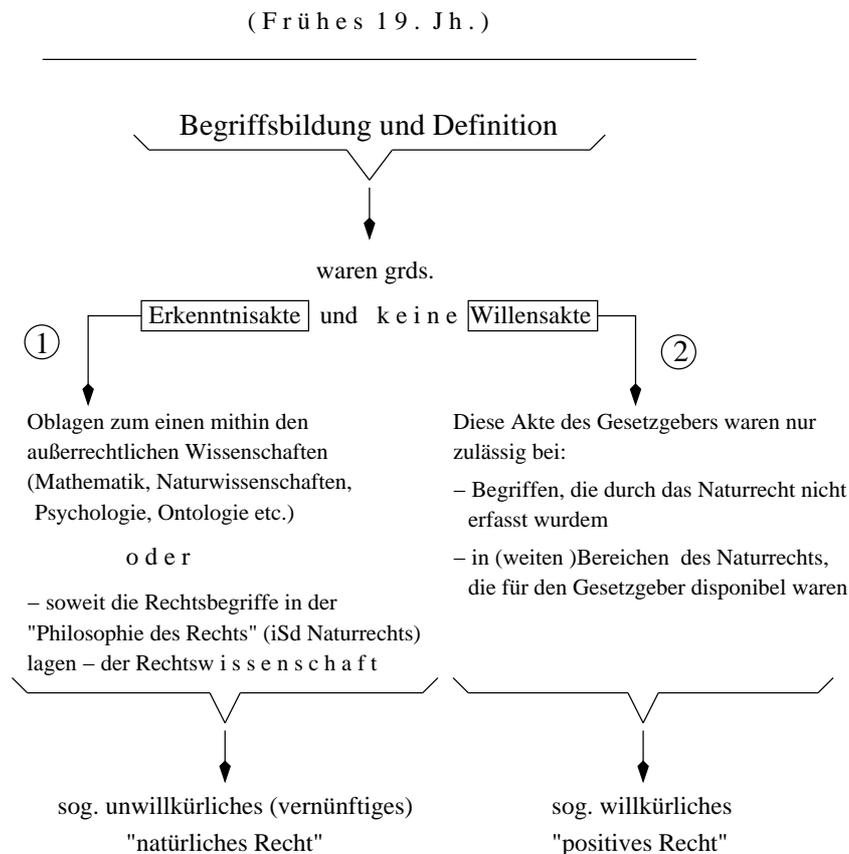


Abbildung 5: Begriffsbildung und Definition - Frühes 19. Jahrhundert.

konnten, wo Begriffe im Naturrecht *gar nicht* vorkamen oder sofern das Naturrecht für den Gesetzgeber disponibel war¹⁹³.

Im späteren 19. Jahrhundert stellte sich die Begriffsbildung und Definition - beeinflusst durch die historische Rechtsschule - hingegen vollkommen anders dar.

Da nach Ansicht SAVIGNYS *Recht* nicht durch Willkür entstehen konnte, entfiel zugleich die Definitionsgewalt des Gesetzgebers, ursprünglich resultierend aus seiner Dispositionsbefugnis über das Naturrecht. Da es zudem nur noch *gleichzeitig* positives *und* vernünftiges Recht gab, standen der Dogmatik nach dieser Auffassung auch solche Begriffe zur Definition offen, deren Definition zuvor der Gesetzgebung zufielen. Die methodische Operation zur Definition war dabei die »Konstruktion«. Nach WINDSCHEID ist die »Konstruktion« die

¹⁹³Vgl. dazu bereits oben B.I.3 und Fn. 78 auf Seite 17.

(Historische Schule / Spätes 19. Jh.)

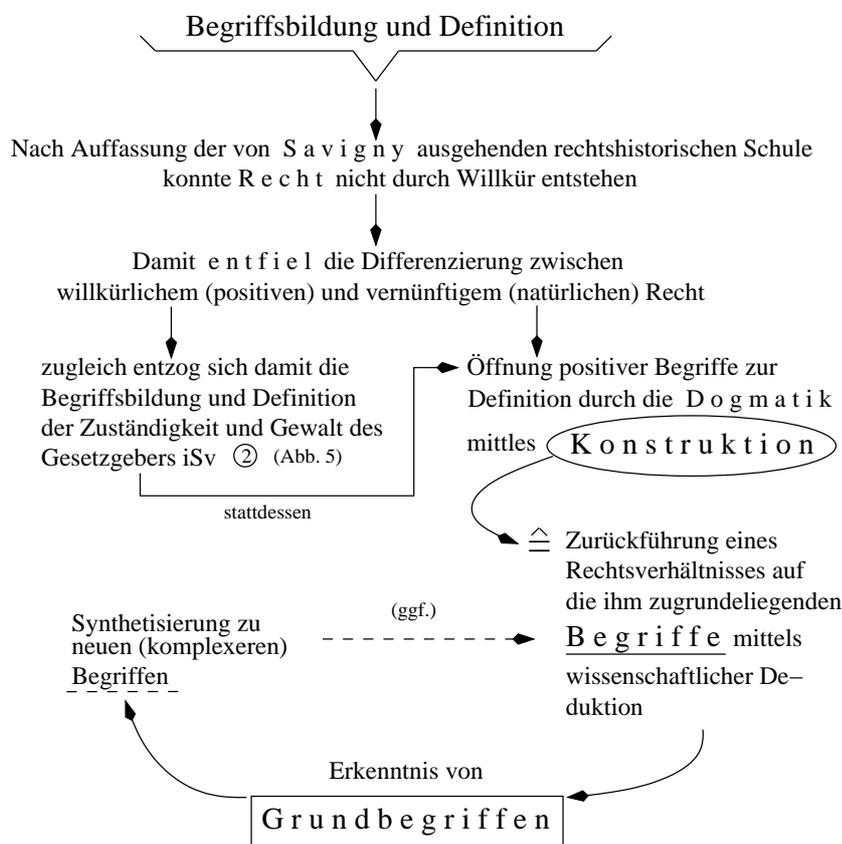


Abbildung 6: Begriffsbildung und Definition - Spätes 19. Jahrhundert.

Zurückführung eines Rechtsverhältnisses auf die ihm zugrunde liegenden Begriffe¹⁹⁴. Die Operation mit den auf diese Weise herausgearbeiteten »Grundbegriffen« durch die »Zersetzung und Auflösung des Stoffes in seine einfachen Elemente«, die Analyse des bestehenden Rechts und die Synthetisierung der einzelnen Elemente zu neuen (ggf. komplexeren) Begriffen¹⁹⁵ dient nach dieser Auffassung schließlich der Aufgabe der Wissenschaft, nämlich der Erkenntnis der Rechtssätze in ihrem systematischen und organischen Zusammenhang, sowie die ihnen zugrunde liegenden Prinzipien¹⁹⁶. Die Rechtssätze, welche bei

¹⁹⁴ WINDSCHEID, Bd. 1, 9. Aufl., § 24, S. 112.

¹⁹⁵ JHERING, S. 334 ff. und 357 ff.

¹⁹⁶ PUCHTA, Cursus, S. 36.

dieser Tätigkeit der Wissenschaft herausgearbeitet und in das Bewusstsein der Rechtsanwendenden gebracht werden und vom Gesetzgeber (noch) nicht ausgesprochen wurden, sind für PUCHTA das Ergebnis wissenschaftlicher Deduktion und qualifizieren die Wissenschaft als Rechts*quelle*¹⁹⁷. Gleichwohl bleibt die methodische Operation der Konstruktion jedoch der Wissenschaft und Dogmatik vorbehalten und verschließt sich zugleich dem Gesetzgeber, da die Hervorbringung und Systematisierung des Rechts eben eine *wissenschaftliche* Tätigkeit darstellt¹⁹⁸.

Nach den Vorstellungen der Verfasser des BGB war die Begriffsbestimmung i.w.S. folglich der Rechtswissenschaft überlassen. Da aber auch die Fortbildung des Rechts auf der Grundlage der Begriffsbildung durch »Konstruktion« erfolgen sollte, wäre auch die Neuausrichtung - und somit Fortbildung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts mittels des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung nach diesem zur Zeit der Entstehung des BGB herrschenden Verständnis zunächst eine *technische* Frage der Rechtsdogmatik - als Aufgabenbereich der Rechtswissenschaft.

Mit der »Pflichtverletzung« verwendet der Gesetzgeber des SMG schon *begrifflich* eine dem Gesetzestext des BGB bis dahin fremde Terminologie. Er würde sich nur dann im Rahmen der ihm eigentlich zugedachten Aufgabe der Aufzeichnung des bestehenden Rechts bewegen, wenn sich in der zivilrechtlichen Rechtsdogmatik nicht nur die zugehörige Begriffsbildung und Definition vollzogen hätte, sondern diesem Rechtsinstitut der Pflichtverletzung auch leitende Prinzipien zugeordnet worden wären. Um das Vorliegen dieser Voraussetzungen festzustellen, also die Rechtswissenschaft auf Leistung dieser »technischen« Arbeit zu überprüfen, muss zunächst bestimmt werden, was genau die »Rechts«dogmatik (als Arbeitsgebiet der Rechtswissenschaft) ausmacht oder - anders gesprochen - *wo* nach den Ergebnissen dieser Arbeit gesucht werden kann.

¹⁹⁷ PUCHTA bezeichnet jene Rechtssätze dann auch konsequent als »Recht der Wissenschaft« oder - für ihn gleichbedeutend damit - als »Juristenrecht«, da es von diesen hervorgebracht werde, *ibid.* S. 36 f.

¹⁹⁸ JHERING, S. 371 f.

Exkurs: Zum Begriff der Dogmatik in der Rechtswissenschaft

Um die praktischen Auswirkungen der Aufgabenteilung bei der Begriffsbildung in Bezug auf das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung nachvollziehen zu können, ist es lohnend, Inhalt und Funktion der *Dogmatik* innerhalb der Rechtswissenschaft zu konkretisieren.

aa) Definitionselemente und Funktionsbeschreibungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur

In der Fachliteratur und juristischen Methodenlehre existiert kein einheitliches Bild der Dogmatik¹⁹⁹. Ihren begrifflichen Ursprung hat die Dogmatik nach herrschender Ansicht in der römisch-katholischen Theologie²⁰⁰. Wortgeschichtlich stammt »Dogma« (δόγμα) aus dem Griechischen (*dokei moi* = »es leuchtet mir ein«) und bezeichnet zum einen den philosophischen (verbindlichen) Lehrsatz, das (religiöse) unanfechtbare Gebot, den Glaubenssatz, zum anderen aber auch den Beschluss, sowie die Verordnung²⁰¹. Im Lateinischen entspricht »dogma« ebenfalls dieser Bedeutung²⁰². In der Fachsprache der römischen Juristen findet das Wort Dogma keine Verwendung, es wird dort allenfalls zur Bezugnahme auf nichtjuristische - nämlich religiöse - Inhalte gebraucht²⁰³. Allenfalls ließe sich aus der Hauptquelle des römischen Rechts, dem *Corpus Juris Civilis* des Kaisers JUSTINIAN, eine Ordnung, Systematisierung und Abstimmung von

¹⁹⁹Vgl. hierzu allein die Diskussion um den Begriff der Rechtsdogmatik auf der Zwölften Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung vom 27. bis 29. September 1971 in Baden bei Wien, berichtet von KÖTZ, S. 172 ff., sowie DIEDERICHSEN, Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, S. 65.

²⁰⁰Vgl. Brockhaus, s.v. Dogma, Dogmatik. Auch wenn sich diese begriffliche Herleitung der »Dogmatik« aus der Theologie bis heute durchgesetzt hat, so werden auch in neuerer Zeit davon abweichende begriffsgeschichtliche Ansätze vertreten, die das »dogmatische« Denken im Zusammenhang mit der Methodenlehre der Erfahrungswissenschaften sehen, insbesondere den Verfahrensweisen der »analysis« und »synthesis«. So tritt HERBERGER den Nachweis an, dass die Juristen ihren Dogmatikbegriff nicht aus der Theologie, sondern aus der medizinisch orientierten Wissenschaftstheorie der Erfahrungswissenschaften übernommen haben, HERBERGER, S. 5 ff.

²⁰¹Vgl. MENGE, s.v. δόγμα; SCHMIDT, s.v. Dogma und RITTER, ebenda. Die protestantische Theologie, die den Begriff Dogmatik Anfang des 17. Jh. entwickelt hat, geht gerade *nicht* von absoluten vorausgesetzten Offenbarungsformeln aus, sondern kritisiert diese als »papierenen Papst« und versteht unter »dogmata« die Resultate der kirchlichen Reflexion und den von ihr bestätigten Kontrollformeln, vgl. dazu. DE LAZZER, Rechtsdogmatik als Kompromissformular, in DUBISCHAR, S. 85 (87).

²⁰²Übersetzt als »philosophischer Lehrsatz, Glaubenssatz (mittellat.), christliche Glaubenslehre (im Sinne einer nach kath. Lehre durch Bibel und Tradition geoffenbarte Wahrheit), vgl. PERTSCH, s.v. dogma; in diese »ursprüngliche« Bedeutung von »Dogmatik« fügt sich auch der Ansatzpunkt LUHMANNs ein, demzufolge für das »gewohnte Verständnis« von »Dogmatik« das »Negationsverbot« das wichtigste Kennzeichen sei, vgl. LUHMANN, S. 15.

²⁰³So etwa zur Bezeichnung der Lehre in Bezug auf Glaubenssachen, etwa »haereticum dogma« (Glaubenslehre der Ketzler), vgl. HERMANN/SECKEL, S. 156, s.v. Dogma.

Rechtsinstituten, Begriffen und Regelungen entnehmen, die zumindest inhaltlich (wenn auch nicht unter Verwendung dieses Begriffs) eine »Dogmatik« verkörpern²⁰⁴. Da diese römischen Rechtstexte bereits seit dem 11. Jahrhundert in den italienischen Universitäten in Bologna und Padua von den sog. »Glossatoren« im weitesten Sinne wissenschaftlich bearbeitet wurden²⁰⁵, könnte somit bereits seit dieser Zeit von einer systematisierten, in sich abgestimmten und mithin vielleicht in *diesem* Sinne »dogmatischen« kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft gesprochen werden²⁰⁶. Die Tatsache, dass sich sowohl die Terminologie der Glossatoren, als auch der Rechtsanwender jener Zeit weitab von Begriffen wie Dogmatik oder Dogma bewegten - trotz ihrer Existenz in der christlichen Glaubenslehre - legt nahe, dass sich die Bedeutung dieser Begriffe in der Rechtswissenschaft zum einen nicht in der Ordnung und Systematisierung von Rechtsquellen erschöpft, zum anderen die *Rechtsdogmatik* auch nicht mit der Dogmatik und dem Dogma religiösen Ursprungs vergleichbar ist. Die *Rechtsdogmatik* wird - anders als das in der Rechtswissenschaft offenbar nicht allgemein anerkannte *Rechtsdogma* - in der juristischen Fachliteratur regelmäßig aus unterschiedlichen Motiven heraus und in unterschiedlichen Zusammenhängen (meist zur Begründung oder Ablehnung einer bestimmten Rechtsauffassung) bemüht und - wenn überhaupt - mannigfaltig definiert. Aus einem - verkürzten - Überblick über diese Definitionen lassen sich jedoch möglicherweise Schwerpunkte und Kerngedanken herauslesen, welche dann zu einheitlichen Definitionselementen und Funktionsbeschreibungen für taugliche »Arbeitshypothesen« zusammengefasst werden könnten. Dieser Schritt ist erforderlich, um den hier entscheidenden Arbeitsbereich der Rechtswissenschaft, in dem allein sich die *technische* Arbeit am Rechtsinstitut der Pflichtverletzung vollzogen haben könnte, nämlich die Rechtsdogmatik, hinreichend genug bestimmen zu können.

Für BEHREND'S ist die Dogmatik das Medium der Kommunikation zwischen Gesetzgeber und rechtsanwendenden Instanzen, wobei sich der Gesetzgeber einen großen Zuwachs an Geltungsintensität dadurch verschaffen könne, indem er sich auf geltende Dogmatik stütze und dies auch im Gesetz deutlich mache²⁰⁷. Inhaltlich sei Dogmatik bestimmt durch all das, was eine (richterliche und akademische) Jurisprudenz in einer positiven Rechtsordnung als gültige Rechtssätze ansehe²⁰⁸. Daraus - so BEHREND'S - resultiere das Grundproblem des Verhältnisses von Gesetzgebung und Dogmatik, nämlich die Frage, ob die Dogmatik zu allem bereit und zu allem formbar sei, was legislative Zwecke forderten. BEHREND'S antwortet hierauf mit einer Differenzierung in drei Stufen von Dogmatik: Eine höchste, deren rechtliche Wertungen und rechtliche Strukturen der Verfügungsgewalt des Gesetzgebers entzogen sind, eine mittlere, deren Struk-

²⁰⁴So jedenfalls WIEACKER, S. 54; SEILER, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in SCHMIDT, 109 (114).

²⁰⁵EBEL/THIELMANN, Rdnr. 237 f.; MEDER, Rechtsgeschichte, S. 178 ff.; LUIG, S. 522.

²⁰⁶Insbesondere bemühten sich die Glossatoren um die Bereinigung und Aufklärung der im *Corpus Juris Civilis* enthaltenen Widersprüche, vgl. MEDER, Rechtsgeschichte, S. 178.

²⁰⁷BEHREND'S in BEHREND'S/HENCKEL, S. 9.

²⁰⁸ibid., S. 10.

turen und Wertbegriffe gelten, weil der Gesetzgeber sie als Mittel zum Zweck gewählt habe und schließlich die unterste Stufe der Dogmatik, die zwar aus den gesetzlichen Kategorien entwickelt sei, jedoch als mangelhaft oder verfehlt gelte, da sie das vom Gesetz erstrebte Regulationsergebnis nicht (vollkommen) erreiche²⁰⁹.

HERBERGER verzichtet im Zusammenhang mit der Untersuchung der Rangstufen der Rechtsdogmatik ausdrücklich auf eine genauere Ausarbeitung der Definition und versteht mit BROHM Rechtsdogmatik als

»die Tätigkeit des Richters und des Rechtswissenschaftlers in gleicher Weise, sofern sie unter der Mindestbedingung operiert, »ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln« als Orientierungsgröße zu akzeptieren, »die als Bestandteil der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen«²¹⁰.

Anders als etwa PICKER²¹¹ unterscheidet er also nicht zwischen »Richterrecht« und »Rechtsdogmatik«.

ESSER beschäftigt sich mit dem Bedeutungsgehalt der Dogmatik aus der Frage heraus, wie der praktisch tätige Jurist - insbesondere der Richter - die Methoden der Rechtsfindung auswählt, insbesondere vor dem Hintergrund, dass viele Entscheidungen ergebnisorientiert und rechtspolitisch motiviert seien²¹². Für ihn bezeichnet Dogmatik »die Erarbeitung innersystematischer Beurteilungsmerkmale in einem Ordnungssystem und ihre Ergebnisse«, vorrangig mit dem Zweck eine ständige Neuargumentation in gleichgelagerten Fällen zu vermeiden, durch »das wertungsfreie Ordnen bereits bekannter Gesichtspunkte in einem vernünftigen Zusammenhang«²¹³. Als eine sich zum eigenen System abschließende Elementarlehre von Rechtsbegriffen und -institutionen stelle die Dogmatik den von SAVIGNY erstrebten inneren Zusammenhang aller Begriffe her und bilde ein positives Entscheidungssystem, »in welchem Wertungen und Urteile die Qualität des Subjektiven und den Verdacht des Emotionalen verlieren und objektive Bedeutung gewinnen« könnten²¹⁴. Dadurch - so ESSER - könne ein Vorrat signifikanter Entscheidungsmerkmale gebildet werden, deren »ständige Verfeinerung und Verbesserung die notwendige Steigerung juristischer Selektionsleistung zuwege bringt«²¹⁵. Die von der Dogmatik erwartete Leistung sei

²⁰⁹ *ibid.*

²¹⁰ HERBERGER in BEHREND/SCHNEIDER, S. 67 und Fn. 1 ebenda; BROHM, 246 f.

²¹¹ PICKER, Richterrecht und Rechtsdogmatik, JZ, S. 1 (3).

²¹² ESSER, Vorverständnis, S. 7 ff.

²¹³ *ibid.*, S. 91; zur Entlastungsfunktion der Dogmatik für den Richter und Rechtsanwender vgl. auch SEILER, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in SCHMIDT, 109 (111 f.), sowie STEINDORFF, zitiert in KÖTZ, S. 175 und DIEDERICHSEN in ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, S. 65 (67).

²¹⁴ ESSER, ACP 172 (1972), S. 97 f.

²¹⁵ Zum Vorstehenden ESSER, Vorverständnis, S. 97.

mithin die »Transformation der Wertungs- in Erkenntnis- oder Wahrheitsfragen«²¹⁶. Diese Arbeitsmethode werde bestimmt durch die Autorität verbindlicher Texte, Gesetze und Urteile sowie deren relevanten Kriterien. Dogmatik sei in dieser Rechtskultur gleichbedeutend mit »Jurisprudenz« in Abgrenzung zur Rechtsphilosophie, -soziologie, -vergleichung, -geschichte oder der allgemeinen Rechtstheorie²¹⁷.

Auch für LUHMANN kommt der Dogmatik eine besondere Entlastungsfunktion und Bedeutung für die Rechtssicherheit zu: Da sowohl die Auslegung der Rechtsnormen, wie auch die Lebenssachverhalte selbst stets variabel seien - LUHMANN spricht hier von »doppelseitiger Variabilität«²¹⁸ - habe die Dogmatik die Aufgabe, die Beliebigkeit von Variationen einzuschränken, wodurch erreicht werde,

»dass jenes oft beschriebene Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Normen und Fakten nicht ohne Führung bleibt, sich nicht nur der Entscheidungssituation, sondern auch dem Rechtssystem verpflichtet weiß und sich nicht aus dem Rechtssystem hinauspiralt«²¹⁹.

Gerade im Gegensatz zu ESSER versteht LARENZ die Dogmatik nicht als wertungsneutrale Begriffsarbeit, sondern als wertorientiertes Denken²²⁰. Diesen Ansatz sieht LARENZ bereits darin bewahrheitet, dass die Beschreibung von (Fall-)Typen anstelle der Bildung subsumtionsfähiger Begriffe zunehmend an Bedeutung gewinne, ebenso wie teleologische Gesichtspunkte bei der Auslegung gesetzlicher Regelungsinhalte²²¹. Ebenfalls im Bereich des wertorientierten Denkens bewege sich das »Aufsuchen der ›tragenden‹ Rechtsprinzipien, das Ausmessen ihrer Tragweite, die Erkenntnis ihres Zusammenspiels, ihrer Bedeutung für das Verständnis einer Regelung, deren Begrenzung oder Ergänzung«²²², denn »Rechtsprinzipien« seien im Ergebnis letztlich Wertungsmaßstäbe und Wertvorzüge hinsichtlich einer Rechtsidee, aus der sich zwar noch keine Rechtsregel habe formen lassen, für die aber aufgrund eines konkret-praktischen Bedarfs »Rechtfertigungsgründe« erforderlich und (in Form des Rechtsprinzips) auch vorhanden seien. Rechtsprinzipien entzögen sich aufgrund dieses Charakters einer begrifflichen Definition, ihr Sinngehalt ließe sich jedoch an Beispielen verdeutlichen, die dann wiederum zu Falltypen abstrahiert werden könnten²²³. So seien dogmatische Figuren - wie etwa das »Anwartschaftsrecht«, der »Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter« etc. - gerade nicht aus dem begrifflichen System deduziert, sondern in Hinblick auf ein Verkehrsbedürfnis oder

²¹⁶ibid., S. 98 f.

²¹⁷ESSER, AcP 172 (1972), S. 97; ESSER, Vorverständnis, S. 96; eine derartige Negativ-Definition findet sich auch bei BYDLINSKI, Gedanken über Rechtsdogmatik, in MARTINEK et al., S. 3 (5).

²¹⁸LUHMANN, S. 17.

²¹⁹ibid., S. 18.

²²⁰LARENZ, Methodenlehre, S. 224 ff.

²²¹ibid., S. 226.

²²²ibid., S. 227.

²²³Zum Vorstehenden ibid., S. 226 f.

bestimmte Gerechtigkeitsanforderungen und unter Auswertung der Rechtsprechung (weiter-)entwickelt worden. Dies zeige, dass die Dogmatik das begriffliche System regelmäßig durchbrochen habe, um neue Rechtsfragen beantworten zu können²²⁴. Aus diesen Überlegungen heraus bezeichnet für LARENZ »Rechtsdogmatik« eine Tätigkeit,

»die in der Entfaltung inhaltlich bestimmter Begriffe, der weiteren Ausfüllung von Prinzipien und der Rückführung von Normen und Normkomplexen auf diese Grundbegriffe und Prinzipien besteht«²²⁵.

Auch für BROHM gehört das wertende Moment geradezu selbstverständlich zur Dogmatik, indem sie in ihren Formen und Typiken Wertungen impliziere, die als »ratio juris« die »ratio legis« der einzelnen gesetzlichen Regelungen übergreife²²⁶. Gerade darin, dass Sach- und Wertungsfragen nicht bei jeder Rechtskonkretisierung erneut erörtert werden müssten, sieht BROHM den Vorteil und die Entlastungsfunktion der Rechtsdogmatik²²⁷.

Den *Systemgedanken* in der Rechtsdogmatik betonend, trennt RÖHL zwischen »äußerem System«, etwa der Einteilung des Rechts in bestimmte Sachgebiete und »innerem System«, verstanden als die innere Einheit der Rechtsordnung, ihre logische oder wertungsmäßige Folgerichtigkeit oder ihre (von innen kommende, aus sich selbst heraus entwickelte) Vernünftigkeit²²⁸. LUHMANN folgend, sieht er darin die Gewährleistung einer »dynamischen Stabilität des Rechts«, indem eine systematisch ausgearbeitete Rechtsdogmatik den fortlaufenden Umbau des Rechts ermöglicht, indem sie Neuerungen akzeptiere oder abweise, je nachdem, ob sie in den Kontext benachbarter Rechtsvorstellungen passe. Auch wenn das System selbst nicht als Rechtsquelle dienen könne, da es keine neuen Lösungen hervorbringen könne, die nicht schon von Beginn an in ihm enthalten waren, so sei es dennoch sinnvoll, neu auftauchende Probleme systemkonform zu lösen, da die Anlehnung an das System heuristisch zu möglichen Lösungen führe und zugleich die Begründungslast erleichtere²²⁹.

Den innersystematischen Zusammenhang von juristischen Begriffen und Regeln, die allgemeine Anerkennung und Befolgung beanspruchen, betont auch STARCK in seiner Definition von (Rechts-)Dogmatik²³⁰.

Nach Auffassung BALLERSTEDTS sind die Theologie und die Rechtswissenschaft die beiden einzigen Wissenschaften, welche mit der Verbindlichkeit geistiger Formen befasst seien. Nur sie könnten folglich überhaupt »Dogmatik«

²²⁴ *ibid.*, S. 228 f.

²²⁵ *ibid.*, S. 229.

²²⁶ BROHM, S. 246 f.

²²⁷ *ibid.*, S. 247.

²²⁸ RÖHL, S. 416.

²²⁹ *ibid.*, S. 417 f., 419.

²³⁰ STARCK, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in BEHRENDT/HENCKEL, S. 106, dieser Definition im Zivilrecht folgend: SEILER, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in SCHMIDT, S. 109 (111).

beinhalten, verstanden als »Lehre von den verbindlichen Verkörperungen des Geistes im systematischen Zusammenhang einer Wissenschaft«²³¹.

Für RAISCH handelt es sich bei der Rechtsdogmatik um rechtswissenschaftlich entwickelte »Regeln, Interpretationsvorschläge oder sonstige Erkenntnisse [...] von meist mittlerer Abstraktionshöhe«, die als eine reine »Empfehlung« an den Richter herangetragen werden, der ihnen durch Anwendung Autorität verleihen und durch sie typische Fälle nach einem einheitlichen Lösungsmodell entscheiden könne²³². Um die so beabsichtigte Stabilisierung der Rechtswissenschaft zu erreichen, müsste ein dogmatischer Begriff jedoch so »einleuchtend konzipiert« sein, dass man ihn als Kürzel einer zutreffenden Herleitung mittels der Auslegungskanonnes erkenne²³³.

Für ein verstärkt pragmatisches Verständnis von Dogmatik tritt BYDLINSKI ein²³⁴. So betreibe jeder Jurist Rechtsdogmatik, »der in Bindung an das geltende Recht und in rationaler und für andere nachvollziehbarer Argumentation Antworten auf ihm vorgelegte Rechtsfragen zu geben suche«²³⁵. Die applikative Haltung des Juristen gegenüber seinen Texten sei vergleichbar mit der entsprechenden Haltung der Angehörigen einer Religionsgemeinschaft oder eines philosophischen Systems, jedoch mit dem Unterschied, dass den Gesetzestexten keine Unveränderlichkeit im Sinne metaphysisch begründeter »Wahrheiten« innewohne und mithin auch kein streng axiomatisch-deduktives Denken - wie etwa in den Naturwissenschaften - möglich sei, sondern nur von »festen Prämissen« ausgegangen werde, um so endlose Diskussionen zu vermeiden und eine - möglichst einheitliche - Falllösung zu erreichen²³⁶.

Die Reduktion des Verständnisses der Dogmatik auf die rein deduktive Entfaltung einer Klasse von Dogmen im Sinne autoritativer Lehrsätze bezeichnet DE LAZZER sogar als »Missverständnis« des Begriffs, da er nur dessen sekundäre Rezeption in der römisch-katholischen Theologie erfasse und dabei außerdem die *induktive* Herkunft der dogmatischen Leitsätze - wohl wegen der logischen Formalstruktur der Dogmatik - übersehen werde²³⁷.

Die axiomatisch-deduktive Funktionsweise der Dogmatik im ursprünglichen (theologisch-philosophischen) Sinn betont MEYER-CORDING, indem er jener Dogmatik die Aufgabe überträgt, die aus dem gesellschaftlichen Bewusstsein kommenden Dogmen formallogisch zu entfalten und zu einem Weltanschauungssystem zu entwickeln²³⁸. Schließlich erklärt MEYER-CORDING die *Rechtsdogmatik* für »tot«, da sie - in der heutigen Zeit - weder auf entsprechende »Autorität«

²³¹ BALLERSTEDT, Dulceit als Rechtsdogmatiker, in KUNKEL/LARENZ/BALLERSTEDT, S. 27.

²³² RAISCH, S. 200 f.

²³³ *ibid.*, S. 202.

²³⁴ BYDLINSKI, Gedanken über Rechtsdogmatik, in MARTINEK et al., S. 3 ff.

²³⁵ *ibid.*, S. 15.

²³⁶ *ibid.*, S. 8 f.

²³⁷ DE LAZZER, Rechtsdogmatik als Kompromissformular, in DUBISCHAR, S. 85 (87 u. 105).

²³⁸ MEYER-CORDING, S. 9.

ten« wie Dogmen oder - zumindest - Prämissen berechtigt zurückgreifen könne, noch sich unter Verzicht auf Dogmen allein auf die Anwendung einer logisch-rationalen Methode oder gar die Arbeit und Arbeitsweise der Jurisprudenz im Allgemeinen reduzieren ließe²³⁹.

Aufgrund der für CANARIS im Vordergrund stehenden - nicht formal-logisch vornehmbaren - Wertentscheidungen im juristischen Denken lehnt dieser den Versuch einer axiomatisch-deduktiven Funktionsweise des Rechtssystems von vornherein als »überholt« ab²⁴⁰.

Für WIEACKER hingegen stellt sich die Frage nach der deduktiv-axiomatischen oder induktiv-pragmatischen Funktionsweise der Rechtsdogmatik erst in einem zweiten Schritt. Für ihn ist der »dogmatische Lehrsatz« Ergebnis einer allgemeinen wissenschaftlichen Einsicht, wobei die von der Dogmatik erwartete Leistung darin bestehe, intellektuell überprüfbare und öffentlich einsichtige Kriterien für die Handhabung des Bewertungsspielraums anzugeben, also ein Verfahren zur rationalen Verifizierung der gewählten Entscheidung bereitzustellen, durch einen selbständigen, nachprüf- und einsehbaren Begründungszusammenhang²⁴¹. Dogmatische Lehrsätze in diesem Sinne seien aber keineswegs zu verstehen als völlig freie Aussagen über Wahr oder Unwahr, sondern sie seien eben an »Prämissen« gebunden, im modernen Gesetzesstaat also an die »Vorentscheidungen« durch die verfassungsgemäß zustande gekommenen Gesetze²⁴². Jedoch existiere nicht in jedem Lehrsystem, welches über Prämissen oder Axiome verfüge - wie etwa die Mathematik -, auch eine Dogmatik: Dies sei vielmehr nur dort der Fall, wo man die »letzten Voraussetzungen« dem freien wissenschaftlichen Zweifel entziehe, so etwa in der Theologie, den ideologisch begründeten Parteidoktrinen und eben der Rechtswissenschaft. Letztere unterscheide sich aber von allen anderen dieser Lehrsysteme dadurch, dass

1. sie eine praktische - und nicht übervernünftige - *Aufgabe* habe, nämlich die rational einsichtige Lösung zwischenmenschlicher Konflikte,
2. ihre *Prämissen* nicht unumstößlich sondern wandelbar seien, da Gesetze geändert werden könnten und dürften,
3. schließlich die *Art der Diskussion* der Prämissen nicht mehr von Autorität oder Lehrtradition geleitet seien, sondern von der Überzeugungskraft der mit ihrer Hilfe zustandekommenden Lösungen²⁴³.

Erst *dann* stellt sich für WIEACKER die Frage nach der Art der Argumente und ihrer Verknüpfung - deduktiv-axiomatisch oder induktiv-pragmatisch - wobei nach seiner Auffassung keine der beiden Methoden für sich allein den praktischen Anforderungen an die Rechtsdogmatik genüge, da die erste oft aufgrund

²³⁹ MEYER-CORDING, S. 14 ff. und 32.

²⁴⁰ CANARIS, Systemdenken, S. 20 ff., 25 ff.

²⁴¹ WIEACKER in BUBNER/KRAMER/WIEHL, S. 311, 316 und 318 f.

²⁴² *ibid.*, S. 320.

²⁴³ Zum Vorstehenden *ibid.*, S. 320 f.

der Deduktion des Besonderen allein aus dem Allgemeinen und regelmäßig ohne Berücksichtigung der konkreten Lebensadäquanz die »Fallgerechtigkeit« verfehle, die zweite indes wegen ihrer vorrangig praktisch-vernünftigen Entscheidungsabsicht der »Normgerechtigkeit« nicht genüge²⁴⁴.

Aus einem gänzlich anderen Ansatz heraus versucht STRUCK Definitionselemente und Funktionsbeschreibungen der Dogmatik abzuleiten, nämlich aus einer »Metabetrachtung« in Form einer »Dogmatischen Diskussion über Dogmatik«²⁴⁵ Nach STRUCK setzt sich diese Diskussion aus drei Elementen zusammen²⁴⁶:

1. »Zirkuläre Definitionselemente«: Solche, die das Problem der Dogmatik nur erneut formulieren, wie etwa »logische Stringenz«, »axiomatische Richtigkeit« oder »Durchhalten von Prämissen«. Diese Elemente bedürften wiederum einer (Er-)Klärung, so etwa die Festlegung der Prämissen im letztgenannten Definitionselement²⁴⁷.
2. »Leerformelhafte Elemente«: Behauptungen, deren Wahrheitsgehalt noch fachgemäß nachgeprüft werden muss, so z.B. die Aussage, Dogmatik diene der Entlastung des Richters und vermeide die Schwierigkeit einer vollumfänglichen Neuargumentation in jedem Einzelfall. Diese Funktionsbeschreibung der Dogmatik sei (noch) nicht dahingehend verifiziert, dass alles andere illegitim oder mit dem Richteramt unvermeidbar wäre. Ebenso leerformelhaft seien die - angeblich durch dogmatische Figuren sichergestellten - Elemente der Rechtssicherheit und Rationalität, wobei zum einen nicht abschließend geklärt sei, ob nicht die dauernde Fortentwicklung gerade Wesensmerkmal der Dogmatik sei und zum anderen der Begriff der »Rationalität« rechtstheoretisch bei weitem nicht eindeutig bestimmt sei²⁴⁸.
3. »Ungeeignete Definitionselemente«, wie etwa rein metaphorische.

Diese Elemente führen STRUCK jedoch zu keiner eigenen Definition von Dogmatik, sondern dienen ihm nur zur Überprüfung der These, dass die Dogmatikdiskussion in einer »typisch dogmatischen Manier« geführt wird, so dass - aufgrund der Identität von Methode und Gegenstand der Diskussion - keine echten Erkenntnisse über den Gegenstand selbst gefunden werden könnten²⁴⁹.

²⁴⁴ibid., S. 322 und 332 f.; ganz ähnliche Bedenken vor allem hinsichtlich eines dogmatisch-deduktiven Systems bei RÖHL, S. 416, der den beiden hier genannten Ansätzen noch einen dritten hinzufügt, nämlich den eines deduktiv-axiologischen Systems, bei dem nicht mehr ein »allgemeiner Satz«, sondern ein »oberster Wert« an der Spitze steht. Letztlich greifen jedoch die Bedenken gegen eine ausreichende »Fallgerechtigkeit« bei der hier ebenfalls von oben nach unten vorgenommenen Deduktion wieder durch.

²⁴⁵STRUCK, S. 84.

²⁴⁶ibid.

²⁴⁷ibid., S. 85.

²⁴⁸ibid., S. 86; zur Schwierigkeit der Bestimmung des Begriffs »Rationalität« vgl. PRIESTER, S. 461 ff.

²⁴⁹STRUCK, S. 84 und 88.

bb) »Arbeitshypothesen« zum Begriff der Rechtsdogmatik

Die dargestellten unterschiedlichen Ansätze zur Definition und Funktionsbeschreibung der Dogmatik belegen die Spannbreite des Dogmatikverständnisses in der Rechtswissenschaft. Um die Frage nach den rechtsdogmatischen Grundlagen für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung beantworten zu können, sind diese Ansätze in Form von Arbeitshypothesen auszuwerten, um so festzulegen, wo letztlich die Grundlagen der Pflichtverletzung gelegt sein könnten. Dabei mag zu diesem Zweck überwiegend die Bildung einer Schnittmenge der häufigsten und dominierenden Funktions- und Definitionselemente genügen, um die Suche nach jenen Grundlagen möglichst operabel zu halten.

- Danach kann zunächst all das, was richterliche und akademische Jurisprudenz in einer positiven Rechtsordnung als gültige Rechtssätze ansehen, Inhalt der Dogmatik sein. Insoweit sind die Ergebnisse richterlicher und rechtswissenschaftlicher Tätigkeit für die Fortentwicklung von Dogmatik grundsätzlich gleichbedeutend, grenzen sich aber zugleich von der Rechtsgeschichte, -philosophie, -soziologie, -vergleichung und der allgemeinen Rechtstheorie ab.
- Diese »anerkannten Rechtssätze« können auch beschrieben werden als eine Reihe in sich zusammenhängender Lehren über das was Recht ist, die - mittels Rechtsprechung und Rechtswissenschaft - mitgeteilt, tradiert und als Grundlage weitergehender Überlegungen zur Lösung von Rechtsfragen herangezogen werden. Diese »Lehren« in Form von Regeln, Interpretationsempfehlungen oder sonstigen Erkenntnissen sind weder einzelfallbezogen, noch erschöpfen sie sich in übergeordneten Rechtsprinzipien, sondern sie bewegen sich zumeist auf mittlerem Abstraktionsniveau.
- Anders als bei gesetzlichen Regelungen resultiert die Autorität *dieser* Rechtssätze nicht bereits aus ihrer bloßen Existenz, sondern sie wird ihnen durch richterliche oder rechtswissenschaftliche Applikation immer wieder neu verliehen. Inhaltlich hat sich die Dogmatik an ihrem vorrangigen Ziel auszurichten, nämlich im Ergebnis Antworten auf Rechtsfragen in Bindung an das geltende Recht bereitzustellen, und dies in rationaler und für andere nachvollziehbarer Argumentation.
- Dabei muss sich die Rechtsdogmatik einer gewissen, wenn auch nicht dogmatischspezifischen, logischen Stringenz bedienen, die jedoch nicht zu verstehen ist als eine formallogische Entfaltung von Dogmen, sondern eher als ein »Durchhalten von Prämissen«. In diesem Zusammenhang ist der - begriffliche - theologisch-philosophische Ursprung der (Rechts-)Dogmatik irreführend. Zwar unterliegt der Jurist der Bindung an die gesetzlich gefassten Normen, muss diese widerspruchsfrei auslegen und anwenden, darf also grundsätzlich ihre Geltung nicht in Frage stellen, jedoch fehlt der Rechtsdogmatik jeglicher metaphysischer Bezugspunkt, d.h. der Rechtsdogmatiker setzt keine »höhere Wahrheit« der ihn bei der Falllösung bindenden Norm voraus, seinem Handeln und seiner Argumentation liegt - verkürzt gesprochen - mithin keine Überzeugung von der Unveränderlichkeit des (Gesetzes-)Textes zugrunde²⁵⁰. Ihm steht es frei nach Zweckmäßigkeits- oder

²⁵⁰Diese besondere Konstellation der Rechtsdogmatik verkennend DIEDERICHSEN in ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, S. 65 (67).

Gerechtigkeitsgesichtspunkten - also letztlich ergebnisorientiert motiviert - die angewandte Norm zu kritisieren und von der Notwendigkeit ihrer Abänderung oder ihrer Streichung überzeugt zu sein und diese zu verlangen²⁵¹.

- Grundsätzlich muss mit LARENZ der Dogmatik eine gewisse Wertentscheidungsfunktion zugestanden werden, denn bereits das Ordnen von Beurteilungskriterien und ggf. die Schöpfung von Falltypen ist zwangsläufig eine selektierende und damit nicht rein objektive Tätigkeit. Die im Gegensatz dazu von ESSER beschriebene Transformation von Wertungs- in Erkenntnis- oder Wahrheitsfragen stößt hierbei an ihre Grenzen. Bereits die Formulierung von Erkenntnis- oder Wahrheitsfragen setzt die Festlegung der Zielrichtung dieser Fragen voraus, wobei sich jedoch ebenfalls wieder Wertungsaspekte auswirken. Dass Rechtsdogmatik (auch) Wertentscheidungen trifft, ist folglich nicht als Versagen bei der Transformation von »Wertungs- in Erkenntnis- oder Wahrheitsfragen« zu deuten, sondern dient letztlich der Vermeidung unkontrollierbarer subjektiver Wertungen und übernimmt mithin wiederum eine Rationalisierungsfunktion. Selbst dies schließt aber abweichende Wertentscheidungen nicht aus, verlangt dann jedoch besondere Rechtfertigung und Begründung.
- Eine damit in Zusammenhang stehende und wohl wichtigste Grundüberlegung ist jene, ob sich Dogmatik auf einen rein axiomatisch-deduktiven Charakter beschränkt - also nur von allgemeinen Prämissen ausgehend auf den Einzelfall schließen lässt - oder (auch) induktiv-kasuistisch bestimmt ist, indem vom Einzelfall allgemeine Gesetzmäßigkeiten abgeleitet werden. Nur im ersteren Fall nämlich wäre ein innersystematisches, in sich weitgehend abgeschlossenes System von Begriffen denkbar, das es ermöglichte, neu auftretende Rechtsfragen durch logische Gedankenoperationen auf der Grundlage dieser Begriffe zu beantworten und sich gleichzeitig weitgehend von Wertentscheidungen zu distanzieren. LARENZ merkt in diesem Zusammenhang richtigerweise an, dass nur das abstrakt-begriffliche System der »Begriffsjurisprudenz« durch eine »voll abgedichtete Autorität« gekennzeichnet werden könne, nicht aber die heutige Dogmatik als Ganzes²⁵². Außerdem ist durchaus eine Arbeitsweise juristischer Dogmatik *außerhalb* des juristischen abstrakt-begrifflichen Systems denkbar. Anders ist auch das Zustandekommen von Rechtsfiguren wie das Anwartschaftsrecht, das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlung oder der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nicht zu erklären, die nicht axiomatisch-deduktiv aus dem bestehenden begrifflichen System abgeleitet, sondern die erkennbar außerhalb dieses Systems entwickelt und verfestigt wurden²⁵³. Dennoch darf die Frage nach axiomatisch-deduktivem und induktiv-kasuistischem Vorgehen nicht begrenzt werden auf eine Gegenüberstellung von Begriffs- und Interessenjurisprudenz. So beschäftigt sich die Dogmatik heute (auch) offensichtlich verstärkt mit der Beschreibung und Bildung von Falltypen²⁵⁴, sowie ganz wesentlich mit der Interpretation und weniger mit der Konstruktion subsumtionsfähiger Begriffe. Dogmatik tendiert ihrer Funktion nach mithin stets dazu, über die Begrifflichkeiten hinauszugehen und die tragenden Rechtsprinzipien aufzudecken.

²⁵¹Für die Zulässigkeit einer bestimmten Norminterpretation allein aus einem »praktischen Bedürfnis« und sogar ausdrücklich abseits einer »dogmatischen Begründung« vgl. auch SOERGEL/ZEISS, BGB, 11. Aufl. (1986), § 398, Rdnr. 15.

²⁵²LARENZ, Methodenlehre, S. 228 f.

²⁵³ibid.

²⁵⁴Vgl. dazu noch ausführlich unter *B.II.5*.

- Die Dogmatik ist zudem bestimmt durch ein besonderes Gefüge mit der Rechtspraxis, insbesondere der Rechtsprechung. So liefert die Dogmatik der Praxis zum einen Entscheidungskriterien, die von dieser übernommen und/oder modifiziert werden können, zum anderen erarbeitet die Dogmatik wiederum aus dem von der Rechtsprechung gelieferten Material neue Kriterien, im Wege der gründlichen Analyse der jeweiligen Entscheidungsbegründungen und der Beobachtung mittel- und langfristiger Rechtsprechungstendenzen und deckt damit zugleich auch Rechtsprobleme auf, für die keine »innersystematische Lösung« vorhanden ist. Zudem kommt der Dogmatik für die Rechtsprechung zweifelsfrei auf diesem Wege eine Entlastungsfunktion zu, welche die Notwendigkeit ständiger Neuargumentation vermeidet.

Eine so verstandene Dogmatik kann sicherlich - wie MEYER-CORDING²⁵⁵ und LARENZ²⁵⁶ dies tun - dahingehend hinterfragt werden, ob sie - vor dem Hintergrund ihrer nicht selten zweck- und ergebnisorientiert motiviert erscheinenden und damit *pragmatischen* Arbeitsweise - ihre Bezeichnung als »Dogmatik« zu Recht trägt oder treffender etwa als »theoretische Jurisprudenz« oder »theoretische Rechtslehre« beschrieben werden kann. Für die Frage nach den »rechtsdogmatischen Grundlagen« für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung kann diese - möglicherweise richtige - terminologische Differenzierung jedoch offen bleiben.

Entscheidend war und ist ausschließlich die genauere Bestimmung der möglichen Quellen für eine Dogmatik zur Pflichtverletzung, um so festzustellen, ob der Gesetzgeber mit dem Rechtsinstitut der Pflichtverletzung lediglich ein in der Jurisprudenz bereits geformtes »technisches Element« in Gesetzesform übernommen oder ohne das Vorhandensein dogmatischer Strukturen eine eigene Konstruktion eingeführt hat.

Danach ist somit der Frage nachzugehen, ob die richterliche und akademische Jurisprudenz Rechtssätze anerkannt hat und anerkennt, aus denen sich - unter den oben genannten funktionalen und definitorischen Gesichtspunkten - die *Pflichtverletzung* als hinreichend bestimmtes und operables Rechtsinstitut in das reformierte allgemeine Leistungsstörungenrecht einfügt.

²⁵⁵ MEYER-CORDING, S. 46.

²⁵⁶ LARENZ, Methodenlehre, S. 229 f.

II. Die rechtsdogmatischen Grundlagen für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung

In der ersten Kommentierung zu § 280 BGB nach der Schuldrechtsreform 2001 wird die Pflichtverletzung als die »zentrale Kategorie des neuen Leistungsstörungenrechts« hervorgehoben, die an den ungeschriebenen Tatbestand der positiven Vertragsverletzung (pVV) anknüpfe und sowohl Haupt-, Nebenleistungs-, als auch Schutzpflichten erfasse, unabhängig davon ob die Pflicht auf einem Vertrag, einem einseitigen Rechtsgeschäft oder einem gesetzlichen Schuldverhältnis beruhe²⁵⁷.

Dies entspricht auch der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts²⁵⁸, welche die Pflichtverletzung als jegliches Zurückbleiben des Schuldners hinter dem Pflichtenprogramm des jeweiligen Schuldverhältnisses beschreibt, ungeachtet dessen, ob es sich um Hauptpflichten oder Schutzpflichten oder andere Nebenpflichten handelt²⁵⁹. In eben jener Begründung zum Gesetzentwurf wird betont, die Schuldrechtskommission habe sich inhaltlich den Ausarbeitungen HUBERS²⁶⁰ von 1981 angeschlossen, sei ihm jedoch begrifflich insoweit nicht gefolgt, als dass statt der »Nichterfüllung« - so der Vorschlag HUBERS nun die »Pflichtverletzung« im Zentrum des Schadensersatztatbestandes stehe. Die Tatsache, dass das BGB den Begriff der »Nichterfüllung« wesentlich enger besetze, nämlich mit dem teilweisen oder vollständigen Ausbleiben der Leistung, erfordere diese verbale Modifikation²⁶¹. Außerdem hätte dem Umstand Rechnung getragen werden sollen, dass die »wichtigste Leistungsstörungsform« des Bürgerlichen Rechts - die pVV - bisher gar nicht im BGB geregelt sei, ein Umstand, der durch die Bezugnahme auf die Pflichtverletzung behoben werden sollte²⁶². Zwecks Vermeidung von »Missverständnissen und Anwendungsirrtümern« sei man daher auf den von DIEDERICHSEN entwickelten Begriff der »Pflichtverletzung« ausgewichen²⁶³. Der Verweis auf DIEDERICHSEN²⁶⁴ ist nicht nur inhaltlich falsch²⁶⁵, sondern auch in der Verfahrensweise fragwürdig: Auch wenn dem BGB in seiner Fassung vor der Schuldrechtsreform die Pflichtverletzung tatbestandlich unbekannt war, so finden sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur sowie in der Rechtsprechung zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht, auch schon sehr früh, verschiedene Diskussionen über

²⁵⁷PALANDT/HEINRICH, 62. Aufl. (2003), § 280, Rdnr. 2 f.; 64. Aufl (2005) ebenda.

²⁵⁸BT-Ds. 14/6040, S. 79 ff.

²⁵⁹ibid., S. 134.

²⁶⁰BMJ, Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 699 ff.

²⁶¹So BT-Ds. 14/6040, S. 133.

²⁶²ibid., S. 135.

²⁶³ibid., S. 133.

²⁶⁴DIEDERICHSEN, S. 101, 117 ff.

²⁶⁵In dem zitierten Aufsatz DIEDERICHSENS findet sich zwar eine Ablehnung des von HUBER vorgeschlagenen Zentralbegriffs der »Nichterfüllung«, jedoch - entgegen der Begründung zum Gesetzentwurf - keine Entwicklung eines Begriffs der Pflichtverletzung. Hauptargument DIEDERICHSENS gegen den Begriff der Nichterfüllung ist dessen mangelnde Anwendbarkeit auf die Fälle der Verletzung einer Schutz- und Verhaltenspflicht ohne korrespondierenden Leistungsanspruch, DIEDERICHSEN, S. 119. Zu dem insoweit fehlerhaften Verweis vgl. auch AHRENS, S. 417 (419).

Konstruktionen zur Falllösung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht, welche die Pflichtverletzung unbedingt mit einschließen. Möglicherweise lassen sich aus einem - oder dem Zusammenspiel mehrerer - dieser Ansätze dogmatische Grundlagen - im Sinne der oben aufgestellten Arbeitshypothesen zu diesem Begriff - erkennen, auf die der Gesetzgeber im SMG bauen konnte und die zu einer klaren und einfachen Anwendbarkeit des neuen Schuldrechts und insbesondere des allgemeinen Leistungsstörungenrechts - beitragen.

1. Die Pflichtverletzung im Rahmen der pVV bei STAUB

Eine der frühesten Erscheinungen der »Pflichtverletzung« ging einher mit der Entwicklung der »positiven Vertragsverletzungen« durch STAUB²⁶⁶. Da es - wie bereits erwähnt - das erklärte Ziel des Gesetzgebers war, gerade auch die Fälle der pVV durch die reformierte Schadensersatzregelung in § 280 BGB zu erfassen²⁶⁷, ist es lohnend der Frage nachzugehen, welcher Gedanke der pVV STAUBS Ausführungen zugrunde lag.

Ausgangspunkt für die Überlegungen STAUBS war seine Feststellung, dass das allgemeine Schuldrecht des BGB nur den Schadensersatz für jene Fälle regelt, in denen jemand etwas unterlasse, wozu er eigentlich aufgrund eines Schuldverhältnisses verpflichtet sei²⁶⁸. Es existiere jedoch keine Regelung für solche Fälle, in denen durch *positives Tun* die Verbindlichkeit verletzt oder die zu bewirkende Leistung fehlerhaft bewirkt werde²⁶⁹. Gerade diese Fälle - für die STAUB zahlreiche Beispiele anführt - bezeichnet er als *Pflichtverletzungen*²⁷⁰. STAUB betont insbesondere, dass bis zu jenem Zeitpunkt keinem der Nachweis gelungen sei, dass die Verpflichtung zum Schadensersatz bei einer schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit bereits im Gesetz ausgesprochen sei²⁷¹. Besonders betroffen seien Konstellationen der »positiven Pflichtverletzung« bei einem vertraglich vereinbarten *Unterlassen*. Hier würden die Rechtsfolgen just aus der *Pflichtverletzung* resultieren und eben nicht aus der »Unmöglichkeit« (i.S.v. § 280 BGB a.F.) die Zuwiderhandlung in einem bestimmten Zeitpunkt nicht (mehr) zu begehen²⁷².

Um jene Fälle nicht mittels »gekünstelter Konstruktionen«²⁷³ in die vorgegebenen Strukturen des Gesetzes fassen zu müssen, gelangte STAUB in analoger Anwendung des § 286 BGB a.F. zu dem Schluss, dass ein Rechtsgrundsatz bestünde,

»wonach derjenige der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletzt, dem anderen den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen hat«²⁷⁴.

Als mögliche zusätzliche Rechtsfolgen neben dem Ersatz des unmittelbar aus einer derartigen Pflichtverletzung entstehenden Schadens kommen nach STAUB -

²⁶⁶ HERMANN STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904 (1. Aufl.).

²⁶⁷ BT-Ds. 14/6040, S. 135.

²⁶⁸ So etwa § 280 BGB a.F.

²⁶⁹ STAUB, S. 5.

²⁷⁰ *ibid.*, sowie fortlaufend im daran anschließenden Text.

²⁷¹ *ibid.*, S. 7 f.; STAUB bezieht sich dabei im Wesentlichen zum einen auf die Arbeit von CROME, S. 65, welcher die Schadensersatzpflicht aus § 276 BGB a.F. herzuleiten bemüht war, sowie zum anderen auf GOLDMANN/LILIENHAL, S. 332 f., die zur Lösung dieser Fälle auf eine »zeitweise Unmöglichkeit« und daraus konsequent auf § 280 Abs. 1 BGB a.F. verweisen.

²⁷² STAUB, S. 10.

²⁷³ *ibid.*, S. 15.

²⁷⁴ *ibid.*, S. 15, 35.

insbesondere etwa beim Sukzessivlieferungsvertrag - sowohl Schadensersatz wegen Nichterfüllung des *gesamten* Vertrages, als auch Rücktritt in Betracht²⁷⁵. Dieses aus Analogie zu § 326 I BGB a.F. hergeleitete Wahlrecht begründete STAUB mit einer Wertungsgleichheit in Hinblick auf den Verzug und verdeutlichte damit ein weiteres wesentliches Element der Pflichtverletzung: Dem negativen Verhalten in Form einer schuldhaften Verzögerung der geschuldeten Leistung stünden danach die positiven Rechtsverletzungsakte insoweit gleich, als dass sie *die Erreichung des Vertragszwecks gefährdeten*²⁷⁶.

Dass STAUB bei der Entwicklung der pVV weniger an der Erfassung typischer Lebenssachverhalte mittels der im BGB bereits vorhandenen Regelungen arbeitete, sondern deutlich von Gerechtigkeitsabwägungen und Ergebnisorientiertheit geleitet war, zeigt sich in seiner ausdrücklichen Beipflichtung²⁷⁷ zu HACHENBURG, für den die Zulässigkeit des Analogieschlusses im Allgemeinen »nicht logisch erweisbar«, wohl aber aus dem »Lebensbedürfnis« heraus notwendig war²⁷⁸. Die Zustimmung STAUBs hierzu wird auch darin ersichtlich, dass er die für einige Vertragstypen ausdrücklich im Gesetz enthaltenen Rechtsfolgen von Leistungsstörungen für *alle* denkbaren Schuldverhältnisse in vergleichbarer Interessenlage - durch die pVV - aussprechen will, so etwa die Möglichkeit zum Rücktritt vom Vertrag, welche etwa für den Dienstvertrag in den Fällen der Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) vorgesehen wäre, bei allen Verträgen jedoch - nach Ansicht STAUBs - der Analogie zu § 326 BGB a.F. bedurfte²⁷⁹.

Weiteres Beispiel für STAUBs Bemühen, mittels der pVV die aus seiner Sicht im BGB enthaltenen »Regelungslücken« zu schließen, ist die Anwendung der pVV im - ansonsten erschöpfend geregelten - Kaufrecht, in den Fällen mangelhafter Leistung bei Sukzessivlieferungsverträgen²⁸⁰, sowie bei der expliziten Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung²⁸¹.

Aus dem Vorstehenden wird ersichtlich, dass die Pflichtverletzung für STAUB in der Entwicklung der pVV nur eine untergeordnete, rein rechtstechnische Bedeutung hatte. Vor dem Hintergrund der Entstehung der pVV, nämlich STAUBs offensichtlichem Bestreben nach der »Lückenschließung« im BGB, mit dem Ziel einheitlicher und der »Lebenssituation angepassten«, d.h. im Ergebnis »gerechten« Lösungen, kann aus seiner Arbeit kein allgemeiner Grundsatz zur Pflicht-

²⁷⁵ *ibid.*, S. 18 ff.; im Ergebnis kommt auch das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 17.12.1901 (Deutsche Juristenzeitung, Bd. 7, S. 118) im Fall der Schlechterfüllung einer Teillieferung bei einem Sukzessivlieferungsvertrag zu dem Schluss, dass dem Gläubiger der Leistung ein Rücktrittsrecht eingeräumt werden muss. Die Begründung stützt sich dort jedoch nicht auf das Rechtsinstitut der pVV, sondern auf allgemeine Gerechtigkeitsabwägungen, sowie die Annahme einer konkludenten Vereinbarung eines Rücktrittsrechts.

²⁷⁶ STAUB, S. 23.

²⁷⁷ *ibid.*, S. 40.

²⁷⁸ HACHENBURG, S. 437.

²⁷⁹ STAUB, S. 43 f.

²⁸⁰ *ibid.*, S. 48.

²⁸¹ *ibid.*, S. 50 f.; so im Ergebnis bereits diese Rechtsfolge aussprechend die Entscheidung des Reichsgerichts v. 11.07.1902, RGZ 52, 150 (151 f.); unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die pVV vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts vom 23.02.1904, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 9, S. 342 (345).

verletzung erkannt oder abgeleitet werden: Anders als nach § 280 BGB n.F. ist die Pflichtverletzung bei STAUB kein Ober- oder Zentralbegriff und die Unmöglichkeit und der Verzug sind mithin keine Unterfälle sondern dienen - umgekehrt - sogar der Herleitung und Begründung der pVV und ihrer Rechtsfolgen (§§ 286, 326 BGB a.F. analog).

Im Rahmen der von ihm entwickelten pVV beschränkt sich die *Bedeutung der Pflichtverletzung* allein auf ein

- positives Tun,
- welches die bestehende Verbindlichkeit verletzt oder
- die zu bewirkende Leistung fehlerhaft bewirkt und
- die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet,
- abseits von Unmöglichkeit und Verzug.

2. Begründung einer Schadensersatzpflicht allein aus der Pflichtverletzung

Bereits 1932 distanzierte sich STOLL von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen²⁸². Dies bezog sich jedoch weniger auf Inhalt und Funktion der von STAUB begründeten Lehre, als zunächst auf die angeblich missverständliche Begriffswahl und die bis dahin vorgesehene Begrenzung auf *positive* Verletzungen einer Forderung oder Verpflichtung. So verdunkelte nach Ansicht STOLLS das »gefährliche Schlagwort« der pVV »die wahre Sachlage«²⁸³. Vielmehr sollte nämlich nach Auffassung STOLLS die Forderungs- oder Pflichtverletzung schlechthin allgemein einen Schadensersatzanspruch auslösen, so dass die pVV nicht mehr als dritter Tatbestand - neben Unmöglichkeit und Verzug -, sondern als Auffangtatbestand zu erachten gewesen wäre und zugleich jene gesetzlichen Haftungstatbestände nur Anwendungsfälle eines allgemeinen Grundsatzes der Haftung wegen Forderungs- oder Pflichtverletzung dargestellt hätten²⁸⁴.

Wie bereits zuvor HIMMELSCHEN²⁸⁵, sah auch STOLL die Haftungs*grundlage* für den Schadensersatz wegen schuldhafter Pflichtverletzung in § 276 BGB a.F.²⁸⁶. Anders als HIMMELSCHEN erkannte er allerdings nicht in jeder Nichterfüllung einen Fall der ganzen oder teilweisen Unmöglichkeit²⁸⁷, sondern nahm vielmehr das Bestehen einer tatsächlichen Gesetzeslücke an, wobei sich diese weniger durch einen auffälligen Umfang des gesetzlich nicht erfassten Bereiches auszeichnete, als durch die mangelhafte Formulierung des Gesetzes, welche die Bedeutung des zu erfassenden Lebensbereichs nicht hinreichend würdige²⁸⁸. Wohl aber sei aus § 276 BGB a.F. als auch aus den Wertungen der einzelnen gesetzlichen Regelungen im allgemeinen Leistungsstörungenrecht der Grundsatz ableitbar, dass

»jede vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer Verbindlichkeit zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens [verpflichtet]«²⁸⁹.

In jenen Fällen nämlich entsprächen die Interessenlage, die Schutzwürdigkeit des Geschädigten und schließlich die Zumutbarkeit der Ersatzpflicht der Lage bei den typischen und präzisierten Formen des Verzuges und der Unmöglichkeit²⁹⁰.

Daher war STOLL bemüht, ein »System der Forderungsverletzungen« zu erstellen, welches sich nicht mehr primär an den drei Fallgruppen (Unmöglichkeit, Verzug, pVV) orientierte, sondern seine Grundlage in der sog. »Interessenverletzung« finden sollte²⁹¹. So dienten die Pflichten aus einem Vertrag zunächst der

²⁸² STOLL, AcP (136) 1932, S. 257 ff.

²⁸³ *ibid.*, S. 320.

²⁸⁴ *ibid.*, S. 314.

²⁸⁵ HIMMELSCHEN, S. 271.

²⁸⁶ STOLL, S. 279 f.

²⁸⁷ HIMMELSCHEN, S. 299; STOLL, S. 274.

²⁸⁸ STOLL, S. 281 f.

²⁸⁹ *ibid.*, S. 282.

²⁹⁰ *ibid.*, S. 284.

²⁹¹ *ibid.*, S. 285 f.

Verwirklichung des Leistungsinteresses (sog. »Erfüllungspflichten«), die ergänzt würden durch die Treu- und Glaubensverpflichtungen, welche primär die Gegenpartei vor Schädigungen bewahren sollte und mithin dem »Schutzinteresse« dienten. Sowohl Leistungs- als auch Schutzinteresse könnten auf unterschiedliche Art verletzt sein²⁹² (vgl. Abbildung auf dieser Seite).

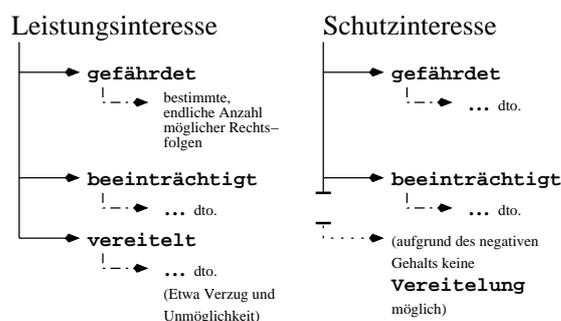


Abbildung 7: System der Forderungsverletzungen nach STOLL.

Mit diesem System beabsichtigte STOLL sämtliche Fälle der Haftungen aufgrund einer Pflichtverletzung zu erfassen. Ausgeschlossen blieb jedoch nach seiner Ansicht die Gewährleistung, da sie ohne das für den aus § 276 abgeleiteten Grundsatz notwendige Verschulden auskomme und folglich gerade Beispiel sei für eine Haftung *ohne* Pflichtverletzung, die allein auf vertraglicher Zusage oder besonderer Gesetzesvorschrift beruhe²⁹³.

Damit stellte STOLL zugleich ein System vor, welches durch die Betonung der Art der Interessenverletzung zwar jeweils einheitliche Rechtsfolgen ermöglichte, das zugleich aber die übliche Gruppenbildung der pVV auflöste, die bis dahin vor allem folgende Lebenserscheinungen umfasste: Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht, mangelhafte Erfüllungshandlungen, Gefährdung des Vertragszwecks sowie die Erfüllungsverweigerung des Schuldners²⁹⁴.

Mithin erreichte STOLL zwar eine Neuordnung der pVV, die nach seinem System - anders als bei STAUB und noch bei HIMMELSCHN - gerade keine dritte Gruppe der Leistungsstörung neben der Unmöglichkeit und dem Verzug mehr war, substituierte jedoch den seiner Ansicht nach »irreführenden Sammelnamen«²⁹⁵ der pVV und damit zugleich aber auch den Begriff der *Pflicht*verletzung durch die *Interessen*verletzung.

STOLL gelangt somit aufgrund seiner Beurteilung des § 276 BGB a.F. zu einem Haftungsgrundsatz der dem Wortlaut des § 280 I 1 BGB n.F. sehr nahe kommt. Auch deckt sich das Bestreben STOLLS mit dem des SMGs dahinge-

²⁹²Zum Vorstehenden vgl. *ibid.*, S. 287 ff. und 291 ff.

²⁹³*ibid.*, S. 290 und S. 301.

²⁹⁴*ibid.*, S. 261 ff.

²⁹⁵*ibid.*, S. 314.

hend, durch diesen Haftungsgrundsatz die - beiderseits angenommenen Regelungslücken zu schließen²⁹⁶. Von einem Zentralbegriff der Pflichtverletzung entfernt sich STOLL jedoch zumindest dadurch, dass er von der Verletzung einer »Verbindlichkeit« spricht und betont den bei ihm untergeordneten Stellenwert der Pflichtverletzung indem er nicht primär auf den *Inhalt* einer Pflicht abstellt, deren Verletzung dann unmittelbar einen Anspruch auf Schadensersatz auslöst, sondern vielmehr auf die Zielrichtung dieser Pflicht (das Leistungs- oder Schutzinteresse). Erst nach Bestimmung des betroffenen Interesses können dann - abhängig von der jeweiligen Form der Verletzung - die speziellen Rechtsfolgen festgestellt werden.

Ein deutlicher Unterschied zu dem vom SMG verfolgten Konzept wird zudem dadurch ersichtlich, dass für STOLL eine Pflichtverletzung niemals ohne Verschulden vorliegen kann und mithin die Gewährleistungsfälle von seinem Haftungssystem des allgemeinen Leistungsstörungsrechts von vornherein ausgeschlossen bleiben. Die §§ 280 I 2 und 437 Nr. 3 BGB n.F. zeigen jedenfalls den vollständig anderen Ansatz des SMG sowie eine vom Gedanken STOLLS abweichende Funktion und Bedeutung der Pflichtverletzung.

Während also bei STOLL der *Pflicht* (verletzung) lediglich eine »dienende« Rolle - als Zwischenschritt zum Ausspruch der Rechtsfolge - zukommt, stellt sie nach der Schuldrechtsreform im BGB doch gerade den Oberbegriff dar, der sowohl die Verletzung der Leistungs- als auch der Schutzpflichten umfassen soll²⁹⁷, eben in Anlehnung an die pVV, der - zumindest in begrifflicher Hinsicht - STOLL gerade bemüht ist »den Abschied zu erklären«.

Somit können auch aus dieser Entwicklung der pVV in der Literatur keine vertieften Erkenntnisse zum eigentlichen Begriff der Pflichtverletzung im Sinne des SMG resultieren. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass sich die Herleitung dieses allgemeinen Haftungsgrundsatzes aus § 276 BGB a.F. bei der Frage nach der Rechtsgrundlage für die Haftung aus pVV - deren Erfassung durch die Pflichtverletzung der Gesetzgeber des SMG besondere Bedeutung zugemessen hat²⁹⁸ - nicht dominierend behaupten konnte, sondern vielmehr gewohnheitsrechtliche Aspekte in den Vordergrund gerückt wurden. Dies zeichnete sich bereits in der STOLL und HIMMELSCHEIN nachfolgenden Literatur ab, in welcher zwar die Auffassung bestätigt wurde, dass jede Pflichtverletzung (im Rahmen der pVV) zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichte, die sich jedoch in der Legitimation dieses Grundprinzips deutlich abgrenzte²⁹⁹, was sich seitdem - insbesondere im Rahmen der Darstellung der pVV - in Literatur und Rechtsprechung durchgesetzt hat³⁰⁰.

²⁹⁶Zu den diesbezüglichen Absichten im SMG vgl. BT-Ds. 14/6040, S. 84 ff.

²⁹⁷Vgl. BT-Ds. 14/6040, S. 136; MÜNCHENER KOMMENTAR/ERNST, Bd. 2a, § 280, Rdnr. 9 f.

²⁹⁸Siehe etwa BT-Ds. 14/6040, S. 84 f. und 92.

²⁹⁹Bereits die gewohnheitsrechtlichen Grundlagen betonend SOERGEL/SCHMIDT, BGB, 10. Aufl. (1967), Vor § 275, Rdnr. 37; BLOMEYER, S. 160; LARENZ, Schuldrecht, Band 1, 14. Aufl. (1987), § 24 I, S. 367, deutlicher noch 11. Aufl. (1976), § 24 I, S. 299.

³⁰⁰Vgl. nur PALANDT/HEINRICHS, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 105; BGHZ 11, 80 (83 ff.) unter Aufgabe der Ansicht des RG; unter besonderer Würdigung des § 276 in diesem Zusammenhang aber MÜNCHENER KOMMENTAR/EMMERICH, Bd. 2, Vor § 275, Rdnr. 204 ff. und - für die c.i.c. Rdnr. 54 ff.

3. Der vereinheitlichende Tatbestand der Schutzpflichtverletzungen

Die »Lückenschließung« im Konzept der Vertragshaftung - etwa durch die Rechtsinstitute der pVV, c.i.c. und den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte - veranlasste in den 60er Jahren CANARIS zur Entwicklung eines einheitlichen Konzepts einer gesetzlichen Haftung für Schutzpflichtverletzungen³⁰¹. Da jenes Bestreben mithin wiederum vergleichbar ist mit dem Anliegen des SMG, mehrere Haftungstatbestände in *ein* Konzept zu fassen (hier der »Schutzpflichtverletzung«, dort der »Pflichtverletzung«), lassen sich möglicherweise daraus allgemeine dogmatische Aussagen zur Pflichtverletzung gewinnen.

Anknüpfend an STOLLS Differenzierung nach Schutzpflichten und Leistungspflichten sieht CANARIS die Rechtsgrundlage der Schutzpflichten in einem »besonderen Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen«, das unabhängig vom Parteiwillen entstehe, also gesetzlich zustande komme und seine »innere Rechtfertigung« dabei aus der »Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens« sowie § 242 BGB resultiere³⁰². Richteten sich die Leistungspflichten nach dem Parteiwillen und dem Vertragszweck, so bestimmten sich Schutzpflichten nach den tatsächlichen Beziehungen der Parteien zueinander oder - anders gesprochen - nach den tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten³⁰³. Für CANARIS waren die Schutzpflichten jedoch nicht nur im Rahmen der c.i.c. und pVV Teilmenge der verletzbaren Pflichten, sondern wurden seiner Ansicht nach auch durch den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte begründet, allerdings nicht - wie die h.M. dies konstruierte³⁰⁴ - durch ergänzende Vertragsauslegung, sondern wiederum aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Betroffenen. Da mithin die verschiedenen Schutzpflichten gleichen Ursprungs seien, dürfe auch hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht nach dem Zeitpunkt ihrer Verletzung unterschieden werden³⁰⁵, so dass sich die Schutzpflichtverletzungen damit zu einem einheitlichen und von der pVV losgelösten Tatbestand zusammenfassen ließen³⁰⁶.

Nach CANARIS haben - mit geringfügigen Abweichungen - insbesondere THIELE³⁰⁷ und GERHARDT³⁰⁸ die systematischen Zusammenhänge zwischen c.i.c., pVV und dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte bejaht.

³⁰¹ CANARIS, JZ 1965, S. 475 ff.

³⁰² CANARIS, JZ 1965, S. 475 (476) mit den Nachweisen in Fn. 8 u. 9 ebenda.

³⁰³ *ibid.*, S. 478.

³⁰⁴ Vgl. dazu etwa BGH, JZ 60, 124 f. (125); LORENZ, S. 108 (110); LARENZ, Schuldrecht, Band 1, 14. Aufl. (1987), § 17 II, S. 226 f.

³⁰⁵ CANARIS, JZ 1965, S. 475 (478 f.); a.A. BALLERSTEDT, S. 529 und 518 f., der offensichtlich *vor* Vertragsschluss von gesetzlichen und *nach* Vertragsschluss von vertraglichen Schutzpflichten ausgeht, ohne aber erkennbar den Grund für diese Wandlung herauszuarbeiten; ebenso ohne weitere Begründung die Entscheidung des BGH v. 10.06.1964, VersR 1964, 977 (979), in der betont wird, dass die Haftung (aus pVV) für die Verletzung von (Schutz-)Pflichten *nach* Vertragsschluss nicht mehr aus der Inanspruchnahme von Vertrauen, sondern allein aus der vertraglichen Bindung resultiere.

³⁰⁶ CANARIS, JZ 1965, S. 475 (479 ff.).

³⁰⁷ THIELE, S. 649 ff.

³⁰⁸ GERHARDT, S. 597 ff.

Die Vertreter eines einheitlichen Tatbestands der Schutzpflichtverletzungen sahen sich in ihrer Auffassung durch höchstrichterliche Rechtsprechung darin bestätigt, dass es keine notwendige Verbindung zwischen den dem Erhaltungsinteresse dienenden Schutzpflichten und den zum Erfüllungsinteresse gehörenden Leistungspflichten geben müsse³⁰⁹. Das allen Schutzpflichten zugrunde liegende Vertrauensverhältnis sei nicht abhängig von dem seitens des konkreten Partners im Einzelfall tatsächlich entgegengebrachten Vertrauen, sondern sämtliche Verhaltenspflichten resultierten daraus, was er - und jeder andere in seiner Partnerrolle - erwarten *dürfe*³¹⁰. Damit bestimmen sich also dieser Meinung nach die Schutzpflichten nach einer objektiven ex-ante Betrachtung³¹¹. Während also bei der pVV sämtliche Schutz- und Erhaltungspflichten aus dem Rechtsgeschäft selbst abgeleitet wurden³¹², trennen die Vertreter eines Konzepts der Haftung wegen Schutzpflichtverletzung deutlich zwischen den Entstehungsgründen für Leistungspflichten einerseits und Schutzpflichten andererseits, wenn auch ausdrücklich zugestanden wird, dass sich der Umfang der gegenseitigen Schutzpflichten mit rechtsgeschäftlicher Annäherung vergrößert³¹³.

Bereits aus diesem Zusammenhang wird ersichtlich, dass der Haftung aufgrund eines einheitlichen Tatbestandes der Schutzpflichtverletzung ein anderes Konzept zugrunde liegt, als dem SMG mit dem Rechtsinstitut der Pflichtverletzung, welche letztlich dem »ursprünglichen Konzept der pVV« folgt, nämlich nicht nur sämtliche (Haupt- und Neben-)Leistungspflichten, sondern auch alle Schutzpflichten aus dem Schuldverhältnis herzuleiten und diese eben nicht allein und unabhängig vom Schuldverhältnis aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zu konstruieren. Auch die Tatsache, dass § 280 I BGB n.F. sowohl rechtsgeschäftliche, als auch gesetzliche Schuldverhältnisse erfasst³¹⁴, vermag diesen Umstand nicht zu beeinflussen, da in letzterem Fall allein das gesetzliche Schuldverhältnis leistungs- und schutzpflichtbegründend ist. Weder in den Ausführungen der SRK 1992, noch in der Begründung zum SMG ist an irgendeiner Stelle ersichtlich, dass neben dem Schuldverhältnis besondere Aspekte eines Vertrauensverhältnisses für die Pflicht*bestimmung* und mithin die Pflicht*verletzung* relevant werden sollten. Demgegenüber muss - mangels anderer Lösungsansätze - auch nach der neuen Gesetzeslage für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs bei nichtigen und unwirksamen Verträgen für die (analoge) Anwendung der pVV auf

³⁰⁹So etwa THIELE, S. 650, unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1960, 720 f.; GERHARDT, S. 599.

³¹⁰THIELE, S. 652.

³¹¹Am weitesten geht in diesem Zusammenhang DÖLLE mit seinem Entwurf vom »sozialen Kontakt«, demzufolge bereits dort, wo ein solcher Kontakt zur Erreichung eines rechtlich nicht missbilligten Zwecks herbeigeführt worden ist, vermöge dessen eine Person ihre Rechtsgüter dem Einfluss eines anderen aussetzt, die Verpflichtung besteht, dafür zu sorgen, dass den Rechtsgütern kein Schaden erwächst aus Vorgängen, die der andere, der den Lebensbereich beherrscht, hätte verhindern können. Danach muss also nicht einmal der Abschluss eines Rechtsgeschäfts das Ziel der Kontaktaufnahme sein, sondern lediglich etwa deren möglicher Erfolg, vgl. DÖLLE, S. 73 ff., 84.

³¹²Vgl. nur PALANDT/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 105 f.; MÜNCHENER KOMMENTAR/EMMERICH, Bd. 2, Vor § 275 Rdnr. 261 ff.

³¹³THIELE, S. 653.

³¹⁴PALANDT/HEINRICH, 64. Aufl. (2005), § 280, Rdnr. 9.

die bisher notwendige - und nicht normierte - Konstruktion eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zurückgegriffen werden, »das auf dem durch den geschäftlichen Kontakt hervorgerufenen gegenseitigen Vertrauen beruht«³¹⁵, was wiederum bestätigt, dass die *gesetzlich geregelte* Pflichtverletzung i.S.d. SMG eben nicht in ihrem wesentlichen Kern auf der Vertrauensbeziehung aufbaut.

Aufgrund dieser unterschiedlichen Ansätze - trotz zunächst ähnlicher Begrifflichkeiten - lassen sich aus dem Konzept der Haftung für Schutzpflichtverletzungen keine allgemeingültigen dogmatischen³¹⁶ Aussagen zum Rechtsinstitut der Pflichtverletzung machen.

³¹⁵STAUDINGER/LÖWISCH, BGB, §§255-314,, Vorbem zu §§ 275-283, Rdnr. 31 f.; weniger deutlich, jedoch im Ergebnis gleich BGH, BB 1953, S. 956 f. (957).

³¹⁶In dem hier zugrundegelegten Sinn von Dogmatik, vgl. ausführlich oben *B.I.3.b)bb*).

4. Die Verkehrspflichtverletzungen im Deliktsrecht

Ein weiterer - rein begrifflich ebenfalls sehr nahe liegender - Ansatz für die Suche nach einem dogmatischen Prinzip für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung könnte sich in Anlehnung an die im Deliktsrecht relevanten »Verkehrspflichten« oder »Verkehrssicherungspflichten«³¹⁷ ergeben.

Insbesondere HUBER hat den Einfluss der Verkehrssicherungspflichten im allgemeinen Leistungsstörungenrecht betont, denn nach seiner Auffassung geht es in vielen Fällen der pVV gar nicht um die Verletzung spezieller Vertragspflichten, sondern letztlich »nur« um die Verletzung allgemeiner Verkehrspflichten³¹⁸. Damit sei zugleich die - von STOLL ausgehende - Differenzierung nach Leistungs- und Schutzpflichten unzutreffend, da gerade eben keine besonderen Pflichten aus dem Schuldverhältnis resultierten, sondern nur besondere Haftungsfolgen³¹⁹. Somit sei nicht zwischen Leistungs- und Schutzpflichten, sondern zwischen Leistungspflichten und allgemeinen Verkehrspflichten abzugrenzen³²⁰.

Konsequent erachtet HUBER diese Verkehrssicherungspflichtverletzungen in einem »zeitgemäß entwickelten Deliktsrecht« für besser aufgehoben als im Recht der Vertragsverletzungen. Anders als die h.M. in Lehre und Rechtsprechung stellt HUBER dann auch nicht länger die Pflicht- oder Forderungsverletzung - mit ihrer Vielzahl an Einzeltatbeständen in den Mittelpunkt des Systems der Leistungsstörungen des Bürgerlichen Rechts, sondern reduziert sämtliche Haftungsfragen auf zwei Tatbestände der Leistungsstörung: Die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit (die *Nichtleistung* und *Schlechtleistung* umfassend), sowie die Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht gegenüber der Gegenpartei oder einem in den Schutzbereich des Vertrages einbezogenen Dritten³²¹.

Damit trifft HUBER zwei wesentliche und »neue« Grundaussagen, die sich deutlich von dem Konzept der Schutzpflichtverletzung und schließlich auch von dem des SMG abgrenzen: Zum einen lehnt er deutlich die auf das *Schuldverhältnis* bezogene Pflichtverletzung als Mittelpunkt des Haftungssystems im allgemeinen Schuldrecht ab, zum anderen distanziert er sich - zumindest theoretisch³²² - von jeglicher Einbeziehung spezieller Vertrauensgesichtspunkte innerhalb oder außerhalb der (vor-)vertraglichen Beziehung.

³¹⁷Nach heute ganz h.M. stellen die Verkehrssicherungspflichten nur einen Unterfall der Verkehrspflichten dar, eine sachliche Differenzierung resultiert daraus jedoch nicht, vgl. FUCHS, S. 89; KÖTZ/WAGNER, Rdnr. 233.

³¹⁸HUBER in FICKER et al., S. 837 (862).

³¹⁹Wie etwa die Anwendung der §§ 278, 195 BGB a.F.

³²⁰HUBER in FICKER et al., S. 837 (865 f.).

³²¹ibid., S. 867 ff.

³²²Sofern HUBER nicht auf die Verletzung spezieller Vertragspflichten, sondern ausschließlich auf die Verletzung allgemeiner Verkehrspflichten abstellen will, bei der es notwendigerweise nicht auf besondere Vertrauens(schutz)aspekte ankommen kann, ist zweifelhaft, wie nach seiner Konzeption in den Fällen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte eben jener potentiell schützenswerte Personenkreis ermittelt werden soll, der ja i.d.R. gerade *nicht* ausdrücklich aus dem Vertrag hervorgeht und üblicherweise mittels Auslegung nach Treu und Glauben und damit grundsätzlich unter Einbeziehung der aus dem Schuldverhältnis resultierenden Vertrauensmerkmale bestimmt wird, vgl. PALANDT/HEINRICH, 61. Auflage (2002), § 328, Rdnr. 16 ff.

Gegen die umfassende Substitution von Schutzpflichten i.e.S. durch Verkehrssicherungspflichten spricht aber, dass hinter beiden eine gänzlich verschiedene und unbedingt zu berücksichtigende Zielrichtung steht; Pflichtverletzungen im Deliktsrecht einerseits und im Leistungsstörungenrecht andererseits sind vor diesem Hintergrund nicht vergleichbar: Bei den deliktsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten fehlt es gerade an einem gewollten und gezielten Kontakt bestimmter Personen. Es sind abstrakte, ungezielte und gegenüber einem unbestimmten Personenkreis eröffnete (Sorgfalts-)Pflichten, welche alle »Dritten«, die in dem Einwirkungsbereich des Pflichtigen kommen könnten, vor Schäden an den allgemein geschützten Rechten und Rechtsgütern bewahren sollen. Zudem resultiert (wie bereits einleitend angemerkt) - die Verkehrspflicht im Deliktsrecht anders als im Leistungsstörungenrecht nicht aus einem Schuldverhältnis, sondern ist dort vielmehr nur *eine* der Voraussetzungen für die Begründung eines deliktischen Schuldverhältnisses³²³. Hingegen rechtfertigt die - durch Verhandlungswie auch Vertragsverhältnisse begründete - Sonderverbindung die Pflicht zur erhöhten Rücksichtnahme. Nur jene Pflicht vermag dann auch »besondere Haftungsfolgen« auszulösen. HUBER indes lässt offen, *warum* jene besonderen Haftungsfolgen bei der Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht *innerhalb* der schuldrechtlichen Sonderverbindung eintreten sollen, *außerhalb* dieser Verbindung jedoch nicht³²⁴. Schließlich hat sich auch der Gesetzgeber im SMG nicht dieser Gegenüberstellung (Leistungspflicht ↔ allgemeine Verkehrspflicht) angeschlossen, sondern hält an der Abgrenzung zwischen *Leistungspflicht* und *Schutzpflicht* fest, wobei gerade - wie bereits oben festgestellt - beide Pflichtbereiche durch das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung erfasst werden sollen.

Daher, und auch wegen des unterschiedlichen Charakters von schuldrechtlicher Pflichtverletzung und deliktischer Verkehrspflichtverletzung verbietet sich auch aus diesem Ansatz heraus die Herleitung einer dogmatische Grundlage für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung i.S.d. SMG.

³²³SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (641, Fn. 20 ebenda), ders., JZ 2001, S. 583 (584).

³²⁴HUBER in FICKER et al., S. 837 (866).

5. Entwicklung einer Dogmatik zum Rechtsinstitut der Pflichtverletzung aus »Typisierungen« im allgemeinen Leistungsstörungenrecht

Im Zusammenhang mit der Einführung des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung durch das SMG wurden in der Literatur Bedenken geäußert, ob anstelle der Einarbeitung einer existierenden Dogmatik oder der Entwicklung eines neuen dogmatischen Konzepts zu diesem Rechtsinstitut nicht lediglich »Typisierungen« des allgemeinen Leistungsstörungenrechts in diesem neuen Zentraltatbestand aufgingen³²⁵. Bei diesen Überlegungen ist jedoch angemessen zu differenzieren zwischen einerseits der Bildung eines Zentraltatbestandes, hervorgehend allein aus der in Literatur und Rechtsprechung gesammelten, weitgehend zusammenhanglosen Kasuistik zu haftungsauslösenden Tatbeständen im allgemeinen Leistungsstörungenrecht und andererseits wirklichen Typisierungen im *methodischen* Sinn, aus denen möglicherweise deutlichere dogmatische Zusammenhänge gewonnen werden könnten, die dann die Konzeption des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung dogmatisch - und nicht nur kasuistisch - substantiierten³²⁶. Anders formuliert ist zu fragen, ob ausgeprägte methodische Pflichtverletzungstypen existieren, trotz der Tatsache, dass die alte gesetzliche Fassung des Leistungsstörungenrechts keinen allgemeinen Begriff der Pflichtverletzung kannte und diese auch im Rahmen der pVV und c.i.c. durch Rechtsprechung und Literatur im Wesentlichen als Schlechterfüllungen einer Leistungspflicht und Verletzung einer Sorgfaltspflicht in Erscheinung trat.

Dafür ist es lohnend zunächst nach den Erkenntnismöglichkeiten mittels des Typus zu fragen und anschließend nach den relevanten Formen der Typenbildung für die *Rechtswissenschaft* und ihren Besonderheiten.

a) Die Erkenntnismöglichkeiten mittels Typus

Ein Einblick in die Beiträge zu Erkenntnismöglichkeiten mittels des Typus belegt die Mannigfaltigkeit der Typus-Lehren, die gelegentlich sogar den Eindruck der »Willkürlichkeit« erzeugt³²⁷. Um die jeweiligen Ansätze dennoch für die (juristische) Methodik gewinnbringend zu systematisieren, ist zunächst eine Differenzierung zwischen »Typologik« einerseits und »Typologie« andererseits angebracht, aber auch erforderlich: Während sich die

³²⁵SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (641); SCHAPP, JZ 2001, S. 583 (584 ff.) .

³²⁶So verwendet SCHAPP (Fn. 325) gerade im Zusammenhang mit der »Pflichtverletzung« sehr häufig die Bezeichnungen »Typologie«, »Typisierung«, »Typus« etc. zur Veranschaulichung und Aufgliederung der neuen gesetzlichen Regelungen, allerdings ohne jeglichen *methodischen* Bezug, so dass ihnen dort zunächst eher die Bedeutung einer kompilatorischen Einordnung bestimmter Sachverhalte unter - nach der alten Fassung des BGB - etablierten Zentralbegriffen beizumessen ist. Ebenso - wenn auch weniger deutlich - AHRENS, S. 417 (419 f.).

³²⁷So ausdrücklich bei HEYDE, S. 235; ähnlich BYDLINSKI, S. 544; zu der Vielzahl der Wortbedeutungen des »Typus« WOLFF, S. 195 und LEENEN, S. 25.

• **Typologik**

unabhängig von den fachspezifischen geistes- oder naturwissenschaftlichen Besonderheiten, also ohne einzelwissenschaftlichen Sinnbezug, allein dem Typischen *als solches* zuwendet, so behandelt die

• **Typologie**

die fachabhängig *besonderen* Typen.

Die Typologik gehört mithin zur Aufgabe der Philosophie als Grundwissenschaft und - sofern es um das typologische Begreifen überhaupt geht - der Logik³²⁸.

Der Typusbegriff in der wissenschaftlichen Methodik geht zurück auf HEMPEL/OPPENHEIM, nach deren Ansicht dem traditionellen *begrifflichen* Denken, das als »Trennungdenken« den Ganzheiten des Lebens nur bedingt gerecht werden könne, eine Methodenlehre an die Seite zu stellen war, welche die »fließenden Übergänge« berücksichtige³²⁹. Um nicht nur - wie im Falle des Klassenbegriffs - eine »entweder-oder« Entscheidung treffen zu müssen, sondern durch ein »mehr oder minder« eine variable Grenzziehung zu ermöglichen, stellen HEMPEL/OPPENHEIM den sog. »Klassenbegriffen«, welche der *Subsumtion* zugänglich sind, »Ordnungsbegriffe« gegenüber, die vorrangig der *Einordnung* dienen³³⁰. Kann man unter die den jeweiligen Klassenbegriffen zugehörigen Merkmale subsumieren, indem man sie einer Einzelercheinung entweder zu- oder abspricht, so zeichnen sich die Ordnungsbegriffe gerade durch abstufbare Eigenschaften aus, die bei den jeweiligen Einzelercheinungen in unterschiedlichem Maß vorliegen können³³¹.

Dieser komparative Charakter der Ordnungsbegriffe verdeutlicht sich darin, dass sie sich - anders als Klassenbegriffe - nicht auf einstellige Prädikate beschränken, sondern durch ein zweistelliges Prädikat das Verhältnis zweier Variablen zueinander darstellen³³²:

Nimmt die Aussage

»*M ist leitender Angestellter*« (*mL*)

mittels eines einstelligen Prädikats (*L*) Bezug auf nur eine Individuenkonstante (*m*), benutzt die Aussage:

»*Straftäter x ist schlimmer als Straftäter y*« (*xSy*)

ein zweistelliges Prädikat (*S*), da sie das Verhältnis zweier Individuenvariablen zueinander beschreibt³³³.

³²⁸WANK, S. 131; HEYDE, S. 235.

³²⁹HEMPEL/OPPENHEIM, S. 1 ff.; siehe dazu auch RADBRUCH, S. 46.

³³⁰HEMPEL/OPPENHEIM, S. 44 ff.; RADBRUCH, S. 46; HEYDE, S. 242.

³³¹Vgl. hierzu RADBRUCH, S. 46, der in diesem Zusammenhang insofern auch zutreffend von der »Entdeckung des Komparativs für die wissenschaftliche Methodenlehre« spricht, sowie HEYDE, S. 242.

³³²HEMPEL/OPPENHEIM, S. 21 ff.

³³³Beispiele nach WANK, S. 125.

Wichtigste Form der Ordnungsbegriffe sind »Typenbegriffe«. Typen wollen keine Wirklichkeitserkenntnisse darstellen, sondern sind nur Mittel zur Erkenntnis der wirklichen Einzelercheinungen, bilden folglich ein Bezugs- und Koordinationssystem zur Einordnung der Einzelercheinungen und vereinfachen oder ermöglichen eine Individualisierung, indem innerhalb einer Reihe gewisse, besonders ausgeprägte und reine Erscheinungen ausgewählt werden - Extremformen ebenso wie Durchschnittsformen - um an ihnen subsequent andere Erscheinungen zu messen³³⁴. Die Methodik des Typus kann am prägnantesten - in Anlehnung an mathematische Formelsprache³³⁵ - an folgendem Beispiel³³⁶ verdeutlicht werden:

Alles was als »Typus« bezeichnet wird, ist stets ein »Allgemeines«, vielmals Anzutreffendes, steht also gleichsam für die »Mehrermaligkeit« des als Typus gekennzeichneten³³⁷. In der Aussage

»*Rothenburg - die typische mittelalterliche Stadt*«

wird ein einmaliges Etwas, nämlich *Rothenburg* (**T**) beschrieben, das als ihm eigentümlich den Typus (**t**) - in diesem Beispiel den der mittelalterlichen Stadt - *mit* aufzuweisen hat. Steht also

T – für das *Besondere*

und

t – für das *Mehrmalige*,

so unterscheiden sich die besonderen Erscheinungen ausschließlich durch die Besonderheiten β , was sich darstellen lässt als:

$$(1) \quad T - t = \beta$$

und

$$(1') \quad T = t + \beta$$

Bezeichnet \mathfrak{Z} *alle* Einzelwesen (wie z.B. die Einheit sämtlicher wesensverwandter mittelalterlicher Städte), so beruht diese Einheit gerade auf ihrer Gleichartigkeit im Typus (**t**), so dass gilt

$$(2) \quad \mathfrak{Z} = (t + \beta_1) + (t + \beta_2) + \dots + (t + \beta_n)$$

und da

$$(1') \quad t + \beta = T$$

gilt

$$(3) \quad \mathfrak{Z} = T_1 + T_2 + \dots + T_n$$

Zu beachten ist hierbei, dass die sprachliche Formulierung

³³⁴Zum Vorstehenden RADBRUCH, S. 47; ähnlich WOLFF, S. 196 f.; SAUER, S. 161.

³³⁵Zu deren Einführung durch die *neue Logik* vgl. HEMPEL/OPPENHEIM, S. 10 ff.

³³⁶Das folgende Beispiel sowie die darauf aufbauende Formelsprache wurde hier übernommen von HEYDE, S. 236 f.

³³⁷ibid.

»Typus (z.B.) der mittelalterlichen Stadt«

somit grammatisch nicht als *genitivus partitivus*, sondern als *genitivus explicativus* zu begreifen ist, also i.S.v

»Der besondere Typus, (nämlich) ›mittelalterliche Stadt‹«.

Wenn nun jeder Typus (t) stets etwas Allgemeines i.S.v Mehrmaliges ist, so verbietet sich dennoch der Umkehrschluss, mit jedem Allgemeinen auch Typus (t) festzustellen. Nur »ganzheitliches Allgemeines«, also Eigenschaftsganzheiten i.S.v Merkmalskomplexen qualifizieren sich als Typus (t)³³⁸, der mithin eine besondere Stellung zwischen der individuell-konkreten Erscheinung einerseits und dem Begriff andererseits einnimmt (vgl. Abbildung auf dieser Seite), indem er eben jene Erscheinungen verkörpert, »die sich im Wechsel der Dinge in mehr oder weniger großer Annäherung wiederholen«³³⁹.

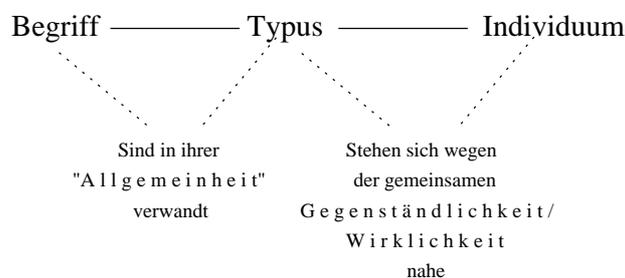


Abbildung 8: Die Abgrenzung des Typus.

Die Kernbedeutung des Typus (t) in systematischer Hinsicht liegt mithin in der Bezeichnung des Allgemeinen (Generellen) als identisch Gemeinsames für eine Vielzahl der Besonderungen, so dass der Typus (t) - verkürzt gesprochen - verstanden werden kann als die *Wesensform* im Unterschied zu den *Sonderformen*³⁴⁰.

Aus diesem Ansatz der Typologik heraus stellt sich nun die Frage, ob sich die Pflichtverletzung i.S.d. Schuldrechtsreform in eben jene *Wesensform* einerseits und den Sonderformen andererseits differenzieren lässt. Sofern dies der Fall sein sollte, könnte - ausgehend von der Wesensform - auf diesem Weg möglicherweise auch eine *Dogmatik* zur Pflichtverletzung ermittelt werden. Um den fachabhängigen Besonderheiten bei dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist es nun jedoch erforderlich - nach der Vergegenwärtigung des Ausgangspunkts der Typologik - die Ansätze der rechtswissenschaftlichen Typologie - wenigstens cursorisch - einzubeziehen.

³³⁸Zu den Merkmalskomplexen in der Rechtswissenschaft vgl. auch HEYDE, S. 237 f.; LARENZ, Methodenlehre, S. 462.

³³⁹KEMPSKI, S. 206, unter Bezugnahme auf das Verständnis des Typus in der Sozialwissenschaft seit CARL MENGER.

³⁴⁰HEYDE, S. 243 [Hervorhebungen durch den Verfasser].

b) Besonderheiten der rechtswissenschaftlichen Typologie

Auch die Ausführungen zur fachbezogenen Typologie in der Rechtswissenschaft sind bestimmt von der grundsätzlichen Differenzierung von Begriff und Typus, derzufolge bei den Typenbezeichnungen - anders als bei den Begriffen - die zur Kennzeichnung angegebenen Merkmale jeweils in unterschiedlicher, nicht generell festzulegender Stärke zutreffen können und es bei ihnen weniger auf solche Einzelmerkmale ankommt, als auf das »gesamte Erscheinungsbild«, welches aus der Erfahrung gewonnen wurde, dem also ein *empirischer* Typus zugrunde liegt³⁴¹. VOGEL verdeutlicht die Bildung von Typen und Typenreihen anhand der Beschreibung eines Fallvergleichsverfahrens: So diene der Fallvergleich letztlich der Bildung von Fallgruppen, indem zunächst eindeutige Fälle ermittelt werden, in denen die relevante Norm zur Anwendung komme, woraus sich »Wertungskriterien« ergäben, mit Hilfe derer dann eine Fallvergleichsskala zur Einordnung »zweifelhafter Fälle« errichtet werde, so dass im Ergebnis komparatives oder analogisches Denken zur Anwendung kommen könne. Genau jenes Wertungselement unterscheidet diese Fallgruppenbildung von »schlichter Kasuistik«³⁴².

Bei der Zuordnung eines Sachverhalts zu einem Typus ist somit nicht entscheidend, ob eine bestimmte Anzahl definierter Merkmale vorhanden ist, ausschlaggebend ist allein das durch die Verbindung der Merkmale erzeugte Gesamtbild, welches dann bestimmte Rechtsfolgen angemessen erscheinen lässt³⁴³.

Klassenbegriffe dienen indes der Abgrenzung und Begrenzung und zerteilen (Lebens-)Sachverhalte ganz deutlich und zweckgerichtet in subsumtionsfähige Abschnitte³⁴⁴.

Der Typus kann mithin in der Rechtswissenschaft insbesondere in jenen Konstellationen relevant werden, in denen der abstrakt-allgemeine Begriff nicht ausreicht, um einen Lebenssachverhalt oder einen Sinnzusammenhang erschöpfend zu erfassen und zu erkennen³⁴⁵. Hier kann typologisches Denken, verstanden als das Abstellen auf offene und abstufbare Merkmale, eine Rechtsgewinnung för-

³⁴¹ So etwa am Beispiel des »Idealtypus« des Vertragshändlers ULMER, S. 187 ff.; LARENZ, Methodenlehre, S. 464 f. Damit erfüllt der Typus - ganz im Sinne RADBRUCHS (Fn. 334 auf Seite 65) - grundsätzlich auch in der Rechtswissenschaft seine Funktion als Mittel zur *Erkenntnis* der Einzelercheinungen und nicht der *Darstellung* von Wirklichkeitserkenntnissen.

³⁴² Zum Vorstehenden vgl. SAUER, S. 145 ff.

³⁴³ Während LEENEN, S. 34 u. 42 hier von einem »elastischen Merkmalsgefüge« und einem »elastischen Komplex« spricht, betont ENGISCH, S. 242 beim Typus die »Variabilität und Graduierbarkeit der Merkmale« und den »allmählichen Übergang einer Art in die andere«, während LARENZ, Methodenlehre, S. 221 hervorhebt, dass der Typus nicht ohne »leitende Wertgesichtspunkte« gedacht werden könne, die den Gesetzgeber zu gerade dieser oder jener Verknüpfung von Typus und Rechtsfolge bewog.

³⁴⁴ Diese Darstellung gilt jedoch nur für die »klassische« Theorie vom Typus. Der Vollständigkeit halber ist hier jedoch darauf hinzuweisen, dass Teile der Literatur auch den »deutungsbedürftigen« und den »wertausfüllenden« Begriff - etwa den »wichtigen Grund« i.S.v § 626 I BGB - mit in den Typus einbeziehen, vgl. dazu die Darstellung bei LEENEN, S. 61 und Anmerk. 22 auf S. 28.

³⁴⁵ LARENZ, Methodenlehre, S. 461.

dern, die - wie BYDLINSKI zu Recht anmerkt³⁴⁶ - ein höheres Maß an rationaler Kontrolle ermöglicht, als etwa die »richterliche Eigenwertung«: Da die Zuordnung zu einem Typus und die gleichzeitige Aussage über die *Angemessenheit* der damit verknüpften Rechtsfolge zwangsläufig auch stets ein das Sachverhaltsmoment wertendes Element enthält, kann über den Einzelvergleich, mit dem dem Typus zugehörigen Merkmalen, eine systematischere und weitergehend nachprüfbare Annäherung an die der jeweiligen Norm zugrunde liegende Bewertung erfolgen, selbst wenn diese nicht von vornherein durch den Gesetzgeber artikuliert wurde und damit eine Rechtsfindung mittels teleologischer Auslegung ausscheidet³⁴⁷. Demgegenüber führt nach Auffassung WOLFFS die Vorstellung von einer Rechtswissenschaft mit (ausschließlich) exakten, starren, klassifikatorischen Begriffen und das Verständnis der richterlichen Entscheidung als logische Ableitung eines konkreten Satzes aus allgemeinen Prinzipien und Definitionen im Wege der Subsumtion letztlich zur »Begriffsjurisprudenz«, die nur solange unbedenklich sei, wie die Begriffe das rechtlich jeweils Wesentliche genau erfassen³⁴⁸. Die Berechtigung einer »Typenjurisprudenz« resultiere aber aus der Tatsache, dass das Recht die Funktion habe, das soziale Leben zu ordnen, dessen komplexe Erscheinungen regelmäßig eben nicht - i.S.v Klassenbegriffen - scharf gegeneinander abgegrenzt werden könnten³⁴⁹.

Ausgehend von der Einteilung nach WOLFF und LARENZ existieren in der Rechtswissenschaft maßgeblich fünf unterschiedliche Verwendungsarten von Typen³⁵⁰:

1. Die Typen der allgemeinen Staatslehre, der historischen und der vergleichenden Rechtswissenschaft,
2. die allgemein-rechtlichen, im engeren Sinne juristischen Typen,
3. die strafrechtlichen Typen und
4. die steuerrechtlichen Typen
5. die der Systematisierung dienenden, im engeren Sinne rechtswissenschaftliche Typen.

Für die Frage nach einer möglichen Typisierung von *Pflichtverletzungen* im allgemeinen Schuldrecht - durch Gesetz, Rechtsprechung und Wissenschaft - sind hier vor allem die *Verwendungsarten* der zweiten und der fünften Gruppe einschlägig.

Innerhalb dieser Gruppen können der Verwendung des Typus verschiedene Bedeutungen zukommen (Tabelle auf der nächsten Seite):

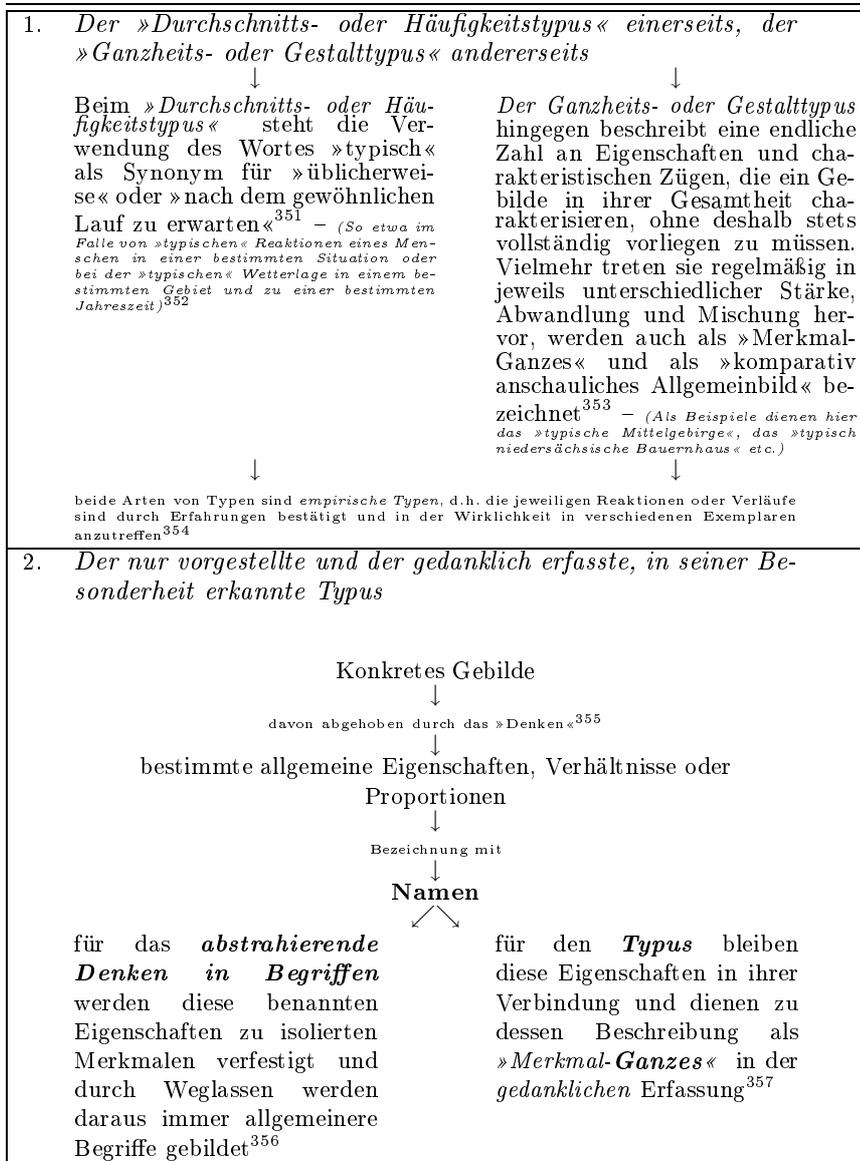
³⁴⁶BYDLINSKI, S. 548.

³⁴⁷Vgl. *ibid.*, S. 551.

³⁴⁸WOLFF, S. 199.

³⁴⁹*ibid.*, S. 199 f.

³⁵⁰*ibid.*, S. 195 ff.; LARENZ, *Methodenlehre*, S. 461.



³⁵¹ Vgl. ENGISCH, S. 240 ff.; ähnlich LEENEN, S. 43.

³⁵² Zu den Beispielen vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 461 f.

³⁵³ So bereits i.S.d. »ganzheitlichen Allgemeinen« HEYDE und LARENZ, Fn. 338 auf Seite 66.

³⁵⁴ In diesem Sinne ist wohl auch der »Normaltyp« bei SAUER, S. 160 ff. zu verstehen, der nach seiner Auffassung dem Konkreten und Tatsächlichen näher ist und daher tiefer als die der *Idee* folgenden »Norm« steht.

³⁵⁵ Die ersten beiden methodischen Schritte haben das »Denken in Typen« und das »abstrahierende Denken« gemein, vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 462.

³⁵⁶ *ibid.*

³⁵⁷ Der »Typus« nimmt somit eine Mittelstellung ein zwischen dem Individuellen, Anschauli-

<p>3. <i>Der empirische Typus, der logische Idealtypus und der normative Idealtypus</i></p>	
<p>Die zu 1. und 2. dargestellten Typen sind empirische Gestalttypen, zugleich jedoch auch Durchschnittstypen, indem sie in einer gewissen Zahl von Exemplaren ausgebildet und in der Wirklichkeit vorhanden sind. In diesem Punkt stehen ihnen der logische und der normative Idealtypus entgegen.</p>	
<p>Der <i>logische Idealtypus</i> nach MAX WEBER ist grundsätzlich empirisch abgeleitet, braucht aber in seiner Reinheit nicht verwirklicht zu sein. Er ist vornehmlich ein Produkt des Denkens und eine reine Modellvorstellung, bei der einzelne Züge gesteigert oder weggelassen werden können und die in Form eines Gedankengebildes als Vergleichsmaßstab benutzt wird³⁵⁸ – (Beispiele für den logischen Idealtypus sind etwa die »freie Marktwirtschaft« oder die »total gelenkte Marktwirtschaft«)</p>	<p>Der <i>normative Idealtypus</i> ist nicht mehr Abbild der Wirklichkeit, sondern <i>Vorbild</i> und <i>Urbild</i> – (so bspw. der »platonische Staat«, die »athenische Demokratie«, aber auch der »wahre« Staatsmann, Richter usw.)³⁵⁹</p>
↓	↑
<p>wird einem Idealtypus der Vorrang vor einem anderen oder einer Mischform gegeben, dann wird der »logische« zu einem »normativen« Idealtypus</p>	

Tabelle 1: Besonderheiten der rechtswissenschaftlichen Typologie.

Ausgehend von diesen Einteilungen des *Typus* ist nun der Frage nachzugehen, in welcher Form sich die Rechtswissenschaft der typologischen Methoden jeweils bedient und mit welchem Ziel.

c) Die Verwendung des Typus in der methodischen Arbeit

Auch wenn in der Rechtswissenschaft eine Vielzahl der oben vorgestellten *Typen* bekannt ist, so sind diese doch von ganz unterschiedlicher Bedeutung für die methodische Arbeit.

Der

- *Empirische Häufigkeitstypus*

chen und Konkreten einerseits und dem abstrakten Begriff andererseits, er ist folglich *konkreter* als der Begriff, KRETSCHMER, S. 400; ENGISCH, S. 238 f., 250 f. und 260.

³⁵⁸LARENZ, Methodenlehre, S. 463; WEBER, S. 9 f. (10) und WEBER in WINCKELMANN, S. 191.

³⁵⁹Zum normativen Idealtypus und zu den Beispielen vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 463 f.

findet in der Rechtswissenschaft etwa Verwendung bei dem Verweis durch Rechtsnormen auf »Verkehrssitten«, »Handelsbräuche« oder »gute Sitten«, die gleichsam die Funktion juristischer Standards übernehmen, die allerdings nicht zur einfachen Subsumtion taugen, sondern vielmehr als der laufenden Veränderung unterworfenen Maßstäbe zu begreifen sind, die aus einem »typischen« Verhalten erschlossen und im jeweiligen Einzelfall konkretisiert werden³⁶⁰. In diesem Sinne handelt es sich bei diesen Standards um einen *Realtypus*, der jedoch immer zugleich auch *axiologischer Idealtypus*³⁶¹ ist³⁶², allerdings nicht als *Ganzheits- oder Gestalttypus*, sondern als zur Norm erhobener *Häufigkeits- oder Durchschnittstypus*. Während der

- *Häufigkeits- oder Durchschnittstypus*

vor allem etwa eine Rolle beim »prima-facie-Beweis« spielt³⁶³, wenn es also um den »typischen Geschehensablauf« eines Kausalverlaufs geht, wird dem

- *Ganzheits- oder Gestalttypus*

für Recht und Rechtswissenschaft eine größere und weitergehende Bedeutung beigemessen³⁶⁴. Er kommt zur Anwendung etwa bei der Kennzeichnung einer Personengruppe in Hinblick auf eine soziale Rolle, die sich einer *rein begrifflichen* Festlegung entzieht³⁶⁵. Die Besonderheit liegt hierbei darin, dass die zur Kennzeichnung der Gruppe angegebenen Merkmale stets in unterschiedlich starker Ausprägung vorliegen können und nicht das Vorhandensein einzelner Merkmale, sondern das gesamte Erscheinungsbild über die Zugehörigkeit zu einer dieser (Personen-)Gruppen entscheidet³⁶⁶. Da die zur Kennzeichnung einer bestimmten Gruppe angegebenen Merkmale wesentlich durch den Normzweck und den hinter der Regelung stehenden Rechtsgedanken mitbestimmt werden, resultieren jene Merkmale mithin auch aus *normativen* Gesichtspunkten - neben den *empirischen* -, so dass LARENZ aufgrund dieses Zusammenspiels an dieser Stelle auch vom »*normativen Realtypus*« spricht³⁶⁷.

Im Unterschied dazu dienen die »*normativen Gestalttypen*« - auch als »*rechtliche Strukturtypen*« (LARENZ³⁶⁸) bezeichnet - als weiterer Unterfall des Ganzheits- und Gestalttypus der näheren Kennzeichnung ganz bestimmter Arten von Rechtsverhältnissen, insbesondere von subjektiven Rechten und vertraglichen Schuldverhältnissen. Um Typen in diesem Sinne handelt es sich daher

³⁶⁰STRACHE, S. 17 f. im Zusammenhang mit der Kennzeichnung des »Standards« als Typus.

³⁶¹Siehe zu diesem Typus Tabelle 1 auf Seite 69.

³⁶²STRACHE, S. 94.

³⁶³Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 464.

³⁶⁴ibid.

³⁶⁵So etwa im Falle des Tierhalters, Verrichtungsgehilfen, Besitzdieners, Handelsvertreters, leitenden Angestellten etc., zu den Beispielen vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 465.

³⁶⁶Vgl. dazu ULMER, S. 187 ff.; LARENZ, a.a.O.

³⁶⁷LARENZ, a.a.O.

³⁶⁸ibid., S. 466. Aufgrund eines Textsatzfehlers in der 6. Auflage a.a.O. vgl. LARENZ, Methodenlehre, (5. Aufl.) S. 448.

bei den gesetzlich geregelten Schuldverhältnissen (also dem Kauf-, Miet-, Werkvertrag etc.), die in der Rechtswirklichkeit, mithin im Rechtsverkehr entstanden sind³⁶⁹. Richtigerweise ist daher festzustellen, dass der Gesetzgeber diese (Vertrags-)Typen nicht »erfunden«, sondern nur »vorgefunden« hat, unter Weglassung oder Betonung ihm angemessen erscheinender Regelungszüge³⁷⁰, woraus sich grundsätzlich wiederum im Rechtsleben neue, außergesetzliche Vertragstypen entwickeln können.

Die Abgrenzung der soeben dargestellten *normativen Realtypen* und *rechtlichen Strukturtypen* fasst LARENZ auch unter folgendem Aspekt zutreffend zusammen: Typenbildend sind bei den *normativen Realtypen* - wie etwa die eine bestimmte soziale Rolle übernehmenden Personengruppen - gleichermaßen empirische wie auch normative Erwägungen, während bei den *rechtlichen Strukturtypen* - am Beispiel der (gesetzlichen) Vertragstypen verdeutlicht - als »typische Regelungen« hierfür der »sinnhafte Zusammenhang einer Regelung im Zusammenspiel ihrer Elemente« maßgeblich ist³⁷¹.

d) Kritik am Typus in der Rechtswissenschaft

Vor der Erörterung der Anwendung des Typus in der methodischen Arbeit der Rechtswissenschaft - auch und gerade in Hinblick auf die Erkenntnis einer Dogmatik zu der hier in Frage stehenden Pflichtverletzung - soll jedoch zwecks eines tiefer gehenden Verständnisses für den Typus in der Rechtswissenschaft - kurz auf die kritischen Betrachtungen diesbezüglich eingegangen werden, die gerade in der jüngeren Literatur in Erscheinung getreten sind.

In der ursprünglichen und klassischen Typuskonzeption - ausgehend von HEMPEL/OPPENHEIM ist der Typusbegriff stets ein komparativer Begriff, benutzt also - wie oben dargestellt - in seiner Anwendung ein *zweistelliges* Prädikat. Vielfach wird aber nun darauf hingewiesen, dass sich der Typusbegriff in der *juristischen* Typuslehre weitgehend auf qualitative Begriffe beziehe und *einstellige* Prädikate verwende - wie dies ursprünglich ausschließlich Klassenbegriffe taten - und damit eigentlich nur vage und nicht vage (Klassen-)Begriffe differenziert würden³⁷². Der Grund für dieses spezielle Verständnis von Typus

³⁶⁹LARENZ, Methodenlehre, S. 465 f.

³⁷⁰ibid.; ebenso PAWLOWSKI, Rdnr. 151; zu dieser Differenzierung im Allgemeinen vgl. auch HEYDE, S. 238 f., der deutlich die »Kenntnis von Typus« und die »Erkenntnis von Typus« unterscheidet. Nach Auffassung HEYDES ist Kenntnis auch ohne Erkenntnis möglich, so dass *neue* Typen unabhängig von der Erkenntnis ihrer einzelnen für sie typischen Einzelheiten entdeckt werden könnten, also durch eine Art »Intuition«, aufgrund gnoseologischer Priorität »des Ganzen vor den Teilen«, da nur das *Bekannte* zum *Erkannten* werden könne.

³⁷¹LARENZ, Methodenlehre, S. 466.

³⁷²BYDLINSKI, S. 545; WANK, S. 125 f., der unter Verweis auf neuere Untersuchungen zum Typus in der Rechtswissenschaft in diesem Zusammenhang sogar von einer »sinnverfehlenden« Rezeption der Begriffsformenlehre HEMPEL/OPPENHEIMS spricht, *ibid.*, S. 124; vgl. mit ähnlichem Ansatz auch KUHLEN, S. 83 f.

und Begriff in der Rechtswissenschaft liege im Verkennen der Leistungsfähigkeit auch des Klassenbegriffs, der längst nicht mehr nur Begriffe mit *additiv* verknüpften Merkmalen³⁷³ erfasse, sondern auch Disjunktionen³⁷⁴ und Implikationen³⁷⁵ zulasse³⁷⁶. Ebenso wie die »Verzichtbarkeit von Merkmalen« keine spezifische Eigenschaft des Typus sei, sondern mittels der Verwendung von Disjunktionen auch beim Klassenbegriff zur Anwendung kommen könne, sei auch die ansonsten dem Typus zugeschriebene »Offenheit« beim Klassenbegriff anzutreffen, da Definitionen stets unter dem Vorbehalt des gegenwärtigen Stands in der Tatsachenwelt und der Erkenntnis stünden, so dass der Typusbegriff der juristischen Methodenlehre letztlich auch als »Klassenbegriff mit abstufbaren und verzichtbaren Merkmalen« verstanden werden könne. *Insoweit* sei dessen Sonderstellung auch gerechtfertigt, auch wenn er regelmäßig dazu verwendet werde, »Begründungsdefizite in der Rechtsdogmatik zu verschleiern«, da auf diese Weise die als »Typusbegriffe« qualifizierten Begriffe nicht mehr mühsamer Auslegungsarbeit bedürften und damit auch Sachprobleme leichter, aber auch weniger tief gehend behandelt werden könnten³⁷⁷.

Schließlich hätten die so oft als Eigenheit des Typus betonten »konstituierenden Wertgesichtspunkte« oder »leitenden Wertgesichtspunkte« keine andere Funktion und keine andere Bedeutung als der »Sinnzusammenhang« zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, der bei jeder teleologischen Begriffsbildung für die Bestimmung der Art, Kombination und Inhalt der Merkmale zu berücksichtigen sei³⁷⁸.

Diese Kritik an der »klassischen Typuskonzeption« in der Rechtswissenschaft kann im Ergebnis nicht überzeugen. Zwar ist die Auffassung insoweit richtig, als dass auch bei (Klassen-)Begriffen Definitionselemente geändert werden oder hinzutreten können, aber es wird hierbei übersehen, dass sich zu einem bestimmten Zeitpunkt - eben anders als beim Typus - unabhängig vom zu erkennenden Objekt eine bestimmte Konjunktion, Disjunktion oder Implikation (ggf. auch in Kombination) der Merkmale für die in jenem Zeitpunkt anerkannte Definition feststellen lässt, also eine gewisse »Prägung« für diese Definition existiert. Beim Typus hingegen bleiben die Verbindungsstellen zwischen den einzelnen Merk-

³⁷³ Also in der Form, dass alle Merkmale durch Konjunktion verknüpft sind und das Vorliegen *sämtlicher* Merkmale zugleich notwendige aber auch hinreichende Bedingung darstellt.

³⁷⁴ Also mit Hilfe von »oder« gebildeten Definitionen.

³⁷⁵ Nach dem Schema: »Jedenfalls immer dann, wenn die Merkmale M_1, \dots, M_n erfüllt sind, ist der Begriff gegeben«.

³⁷⁶ WANK, S. 129 f.; KUHLEN, S. 128 ff.; BYDLINSKI, S. 545.

³⁷⁷ WANK, S. 128 f. und S. 131 f.; vgl. in anderem Zusammenhang eine klassifizierende Tendenz von Rechtsordnung und Jurisprudenz feststellend - wenn auch in der Konsequenz nicht so weitgehend - WOLFF, S. 200 ff., nach dessen Auffassung nur in der Generalklausel der Typus vollends zum Gesetz wird, während die Typen ansonsten meist nicht unmittelbar ins Gesetz eingingen, sondern dort in sehr vielen Fällen als Rechtsbegriffe zu »Klassen erstarren« oder lediglich »Muster« darstellten.

³⁷⁸ WANK, S. 132; ähnlich BYDLINSKI, S. 546 f., der die »leitenden Wertgesichtspunkte« mit der »ratio legis« gleichsetzt, sich jedoch insoweit widerspricht, als dass er einerseits der Verwendung »leitender Wertgesichtspunkte« im typologischen Verfahren eine besondere methodische Leistungsfähigkeit abspricht, andererseits aber diese Erkenntnismöglichkeit begrifflichem Denken zugänglich machen will, indem er »den gesetzlichen Begriff nur von der gesetzlichen Grundwertung her entsprechend präzisiert«.

malen flexibel, da hier ausschließlich das Gesamtbild, das »Merkmal-Gefüge« entscheidend ist, das sich ja gerade dadurch auszeichnet, sich aufgrund seiner *ordnenden* Funktion und seiner fehlenden Subsumierbarkeit einer Fixierung zu entziehen. Dies muss aber nicht zwangsläufig zugleich der »Verschleierung von Begründungsdefiziten in der Rechtsdogmatik« dienen. Im Gegenteil entzieht erst das Erkenntnismittel der Typologie - wie bereits oben dargelegt - den Sachverhalt zuverlässig etwa der u.U. weniger gründlich nachprüfbar richterlichen Eigenwertung, ggf. resultierend aus nicht immer methodisch reinen teleologischen Auslegungen der Norm, welche ja - nach Auffassung der Kritiker - letztlich in der Mehrzahl der Fälle über die gleiche Leistungsfähigkeit wie die Typologie verfügen sollte.

Die »konstituierenden Wertgesichtspunkte« beim Typus in ihrer Funktion mit dem »Sinnzusammenhang« zwischen Tatbestand und Rechtsfolge gleichzusetzen, greift zu kurz, da hierbei das wertende Element des Typus ausschließlich auf einen *einzigsten* - wenn auch durchaus zutreffenden - *Teilaspekt* reduziert wird. In der hier dargestellten »klassischen Typuskonzeption« ist keinerlei Ansatz ersichtlich, nach dem Wertgesichtspunkte zwangsläufig nur aus dem Bezug von Tatbestand und Rechtsfolge hervorgehen können.

Eine weitere Einschränkung der klassischen Typuskonzeption sieht WANK darin, dass die Abgrenzung mittels »entweder-oder« (für den Klassenbegriff) und »mehr oder weniger« (für Typusbegriffe) schon deswegen ungeeignet sei, als dass es bei der Anwendung eines Rechtssatzes *stets* nur ein »entweder-oder« geben könne, da ein (Tatbestands-)Merkmal i.E. nur vorliegen könne oder nicht. Nur die den Begriff bildenden Merkmale könnten stattdessen Typenbegriffe sein³⁷⁹. RADBRUCH hingegen sieht im aufkommenden Widerspruch gegen den »überkommenen klassifikatorischen Charakter der Rechtswissenschaft« eine »verringerte Schätzung«, eine »Entwertung« der Rechtssicherheit³⁸⁰.

Diese Auffassung erkennt jedoch, dass der Typus - wie bereits dargestellt - primär *Mittel* zur Einordnung eines Erkenntnisobjekts ist. Die Tatsache, dass diese Einordnung (nicht nur in der Rechtswissenschaft) zu einem *eindeutigen* Ergebnis führt, nämlich der Zuordnung zu einem *bestimmten* Typus, kann somit bei weitem nicht allein ein Tatbestandsmerkmal als »Klassenbegriff« qualifizieren, spricht aber auf der anderen Seite auch gegen die Bedenken hinsichtlich der Gefährdung der Rechtssicherheit, die ja gerade aufgrund der - eben keineswegs beliebigen - methodischen Mittel der Typologie gewahrt wird, durch nachvollziehbare und nachprüfbar Ergebnisse.

³⁷⁹WANK, S. 126 f. Dieser Kritikpunkt WANKS darf nicht verwechselt werden mit den bereits von OPPENHEIM, IXe Congrès de Philosophie, S. 73 f. (zitiert in RADBRUCH, S. 48) geäußerten Bedenken, dass Ordnungsbegriffe für die *Formulierung* von Rechtssätzen »ausgesprochen unzweckmäßig« seien, da sie nicht den Vergleich mehrerer Tatbestände, sondern die Beurteilung eines einzelnen Tatbestandes zum Ziel hätten, die dadurch erfolge, dass diesem ein bestimmtes Merkmal zu- oder abgesprochen werde. Unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit dieser Aussage, lässt auch OPPENHEIM damit unbestritten, dass durchaus auch in Rechtssätzen Typusbegriffe zur Anwendung kommen, welche dann auch der Methodik der »klassischen Typologie« zugänglich sind.

³⁸⁰RADBRUCH, S. 51 f.

Die dargestellten Einwendungen gegen die Typuskonzeption in der Rechtswissenschaft können aus den genannten Gründen nicht durchgreifen. Teilweise wird die methodische Auseinandersetzung mit der Typologie zudem beeinflusst von einer - in diesem Zusammenhang unangebrachten - »Nutzenfrage« hinsichtlich der Typologie³⁸¹, die aber zwangsläufig nichts über die Notwendigkeit dieses methodischen Ansatzes aussagt. Letztendlich kann die Tatsache nicht überwunden werden, dass sich gewisse Tatbestandsmerkmale einer (klassen-)begrifflichen Subsumierbarkeit entziehen, die mittels typologischen Vorgehens am schlüssigsten und nachvollziehbarsten erfasst und zur Anwendung auf einen beliebigen Lebenssachverhalt gebracht werden. Eine deutliche Differenzierung zwischen Begriff i.e.S. und Typus ist somit auch und gerade in der Rechtswissenschaft geboten, ein Verzicht darauf, eine Substitution dieses methodischen Werkzeugs allein durch eine teleologische Auslegung von Tatbestandsmerkmalen unter besonderer Berücksichtigung der Beziehung von Tatbestand und Rechtsfolge wird den Anforderungen einer nachvollzieh- und nachprüfbar Normanwendung nicht gerecht und dient somit auch nicht der »Klarheit«³⁸², sondern führt im Gegenteil zu einer undurchsichtigen Vermischung von Typus und Begriff.

e) Die Funktion des Typus im Rechtsinstitut der Pflichtverletzung

Vor dem Hintergrund der bisherigen Differenzierungen der Verwendung des Typus in der Rechtswissenschaft stellt sich nun die Frage, ob diesem methodischen Ansatz im Rechtsinstitut der Pflichtverletzung eine Funktion für die Entwicklung oder Erkenntnis einer tragenden Dogmatik zukommt, ob sich also die an der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs des SMG beteiligten Referenten auf eine - im *technischen*³⁸³ Sinne - typologische Methode berufen oder zumindest berufen könnten, die zur Systembildung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht beigetragen hat und beiträgt.

Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber durch das SMG die Pflichtverletzung zwar als Tatbestandsmerkmal - etwa in der neuen Zentralnorm des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, § 280 I BGB n.F. - eingeführt hat, dass jedoch der Umfang dessen, was von der Pflichtverletzung erfasst werden soll, nicht durch abschließende, Vollständigkeit beanspruchende Merkmale festgelegt ist. Abgesehen von der Regelung des § 241 I, II BGB, welche allgemein die aus einem Schuldverhältnis resultierenden Pflichten aufzeigt, existiert hier gerade keine Definition, unter die in einer Weise subsumiert werden kann, so dass beim

³⁸¹ Recht deutlich bei BYDLINSKI, S. 545.

³⁸² So aber ausdrücklich BYDLINSKI, *ibid.*

³⁸³ Auf eine (zu) häufige und möglicherweise vorschnelle Bezugnahme auf »Typen« im Schuldrecht weist bereits hin LEENEN, S. 118, der diese Frage als »wissenschaftlich nicht geklärt« erachtet und sich selbst dieser Fragestellung auch ausschließlich für das *besondere* Schuldrecht annimmt.

Vorliegen ihrer sämtlichen Merkmale in einem Objekt »nur dann und immer dann«³⁸⁴ dieses Objekt als Pflichtverletzung bezeichnet werden könnte. Folglich handelt es sich nach dem hier vertretenen Ansatz bei der Pflichtverletzung offensichtlich nicht um einen (Klassen-)»Begriff« im o.g. Sinne. Denkbar wäre aber, dass die »Pflichtverletzung« wiederum als umfassende Beschreibung einer Vielzahl an Pflichtverletzungstypen verstanden werden könnte, ähnlich wie mit der Bezeichnung »vertragliche Schuldverhältnisse« diverse Vertragstypen (Kauf-, Werk-, Mietvertrag etc. und ihre Mischtypen) erfasst werden³⁸⁵.

Eine typologische Erschließung des Tatbestandes der Pflichtverletzung mittels des »Durchschnitts- und Häufigkeitstypus« ist bereits deshalb abwegig, da es hierbei nicht um die Bezugnahme auf »Standards« geht, die aus einem »typischen«, im Sinne eines üblichen oder regelmäßig zu erwartenden, Verhalten oder Geschehensablauf gewonnen werden. Das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung lässt sich gerade nicht mittels Feststellung der durchschnittlichen oder häufigsten Gestaltung in einer Vielfalt der Erscheinung von Leistungsstörungen erschließen.

Methodisch näher liegen indes für die Pflichtverletzung die oben dargestellten Ausformungen des Typus als »normativer Realtypus« und als »rechtlicher Strukturtypus«. Gegen eine Substantiierung der Pflichtverletzung durch den *normativen Realtypus* spricht allerdings, dass die Pflichtverletzung - anders als die etwa bei LARENZ für diesen Typus genannten Beispiele³⁸⁶ - nicht Typenbezeichnung zur Beschreibung einer empirisch ermittelbaren »sozialen Realität« ist, deren Erscheinungsbild und Umgrenzung durch den Normzweck und Rechtsgedanken der Norm geprägt wäre, sondern vielmehr - den subjektiven Rechten und Rechtsverhältnissen vergleichbar und somit dem *rechtlichen Strukturtypus* näher - die möglichen Störungen eines Schuldverhältnisses nach ihren jeweils kennzeichnenden Zügen zu ordnen und zu strukturieren angelegt ist³⁸⁷.

Als Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht - nach dem SMG - lassen sich grundsätzlich die folgenden Fälle unterscheiden³⁸⁸:

- Nichtleistung, in den Formen des *Verzuges* und der *Unmöglichkeit*,
- die Schlechtleistung i.S.d. besonderen Gewährleistungsrechts - die §§ 437, 435, 633 BGB n.F. verweisen insoweit ausdrücklich auf §§ 280 ff. BGB n.F. und verdeutlichen so ausdrücklich im Gesetz ihre Zugehörigkeit zur Pflichtverletzung
- die bisherigen Fälle der pVV, die sich aufteilen in sog. »Nebenpflichtverletzungen« und »Schlechtleistungen« (die nicht speziell geregelt sind)³⁸⁹,

³⁸⁴LARENZ, Methodenlehre, S. 216.

³⁸⁵Vgl. hierzu eingehend LEENEN, S. 118 ff.; LARENZ, Methodenlehre, S. 301 ff.

³⁸⁶Vgl. Fn. 365 auf Seite 71.

³⁸⁷Selbst wenn die Betrachtung etwa auf die »Gruppe« der »Schlechtleistenden« oder »Nichtleistenden« gelenkt würde, wäre es offensichtlich abwegig, diese als Ausschnitt einer »sozialen Realität« mit einem eigenen »Erscheinungsbild« zu begreifen.

³⁸⁸Vgl. dazu auch BT-Ds. 14/6040, S. 92 f.

³⁸⁹PALANDT/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 107 ff., der hier sogar - allerdings ohne weitere Erläuterungen - von den Haupttypen der pVV spricht; SOERGEL/WIEDEMANN,

sowie die bisherigen Fälle der c.i.c., die nun ebenfalls aufgrund von § 311 II BGB n.F. in den Bereich des Zentraltatbestandes des § 280 I BGB n.F. fallen.

aa) Die Fälle der Nichtleistung

Für die Frage der Nichtleistung enthält das BGB - ausgehend von § 280 I BGB n.F. und der jeweiligen Weiterverweisung - dezidierte Vorschriften, wann der Fall einer jeweiligen Nichtleistung gegeben ist.

Für den Anspruch auf Schadensersatz wegen »Verzögerung der Leistung« ergeben sich die Voraussetzungen nach dem SMG aus §§ 280 I, II, 286 BGB n.F. und speziell für die »Pflichtverletzung« in Form des Verzuges aus § 286 BGB n.F. Diese Normen enthalten all jene Merkmale, die - teils kumulativ, teils alternativ - erfüllt sein müssen, um das Vorliegen der Verletzung der Pflicht zur (fristgemäßen) Leistung bejahen zu können³⁹⁰. In diesen Fällen - aber auch *nur* in diesen Fällen - will der Gesetzgeber das Vorliegen einer Pflichtverletzung in Form des Verzugs bejaht wissen. Folglich existieren hier gerade *keine* abstufbaren oder verzichtbaren Merkmale, sondern allenfalls »entweder-oder«-Bestimmungen.

Gleiches gilt i.E. für die Nichtleistung wegen des Ausschlusses der Leistungspflicht aufgrund von Unmöglichkeit oder wegen eines Leistungsverweigerungsrechtes i.S.v. § 275 BGB n.F. Sowohl bei der anfänglichen Unmöglichkeit i.S.v. §§ 275 I, 311a BGB n.F., als auch bei der nachträglichen Unmöglichkeit gem. §§ 280 I, III, 283 BGB n.F. fehlen jene - den *Typus* ausmachenden - abstufbaren oder verzichtbaren Merkmale. Auch die Deutungsbedürftigkeit des Merkmals »unmöglich« verleiht dieser Form der Leistungsstörung keine »Typusqualität«. Grundsätzlich gilt diese Erkenntnis auch für die Rechtslage *vor* dem SMG. Zwar unterschied sich die Systematik des allgemeinen Leistungsstörungenrechts - aufgrund einer fehlenden Zentralnorm vergleichbar dem § 280 n.F. -, jedoch waren hinsichtlich der Nichtleistung die Leistungsstörungen in der Form der Unmöglichkeit (§ 275 i.V.m. §§ 280 ff. und §§ 323 ff. BGB a.F.) und des Verzugs (§§ 284, 326 BGB a.F.) in ihren wesentlichen Zügen tatbestandlich an nahezu gleiche Voraussetzungen gebunden wie nach dem SMG und somit unter methodischen Gesichtspunkten ebenfalls *begrifflich* und nicht *typisch* geformt.

Die bereits angesprochene Deutungsbedürftigkeit eines Begriffs wie der »Unmöglichkeit« in § 275 geht in Verbindung mit der einschlägigen Kommentierung maßgeblich in der Bildung von »Unterarten«³⁹¹ auf, so etwa die Differenzierung

BGB, 12. Aufl. (1990), Vor § 275, Rdnr. 356 f.

³⁹⁰ So etwa das Ausbleiben der Leistung trotz des Setzens einer angemessenen Frist (§ 281 I 1 BGB n.F.) oder das Vorliegen einer Mahnung oder eines gesetzlich abschließend enumerativ aufgeführten Äquivalents (§§ 286 I, II BGB n.F.).

³⁹¹ LEENEN, S. 41 f. spricht in diesem Zusammenhang von einem »Begriffshof«, da es bei der Auslegung gerade nicht um einen Schnitt durch an sich kontinuierlich abgestufte Erscheinun-

nach subjektiver, objektiver, rechtlicher Unmöglichkeit, sowie nach Unmöglichkeit durch Zweckstörung oder Zeitablauf³⁹².

bb) Die Fälle der Schlechtleistung im besonderen Schuldrecht

Ebenso wie den Fallgruppen der Nichtleistung mangelt es - aus gleichen Gründen - i.E. auch der »Schlechtleistung« i.S.d. im besonderen Schuldrecht geregelten Gewährleistungsrechts an einer Typuseigenschaft. Wann eine Schlechtleistung vorliegt, war bereits unter der alten Fassung des BGB anhand von abschließend formulierten und subsumierbaren Merkmalen zu bestimmen, was insoweit vom SMG unberührt blieb: die alte Fassung etwa des Kaufrechts kannte in den §§ 434, 459 ff. die Differenzierung in Sach- und Rechtsmängel. In jenen Normen kam insoweit auch deutlich zum Ausdruck, worin der jeweilige Mangel denn zu bestehen hatte - so im Falle des § 459 BGB a.F. im Vorliegen eines Fehlers oder dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Zwar handelte es sich auch hier um deutungsbedürftige Begriffe - nicht zuletzt erkennbar anhand der Theorien zum Fehlerbegriff³⁹³ - jedoch gibt es auch hier nur ein »entweder-oder« und keine - für die Typisierung kennzeichnenden abstufbaren oder verzichtbaren Mängel. Entweder war nach der jeweils vertretenen Theorie, welche wiederum abschließende Merkmale formulierte, ein »Fehler« - und damit eine Schlechtleistung - zu bejahen oder abzulehnen³⁹⁴.

cc) Die Fälle der pVV und c.i.c.

Einer noch genaueren Betrachtung hinsichtlich der Differenzierung zwischen »klassenlogischem Begriff« und »Typus« bedürfen die Fälle der *culpa in contrahendo* und der *pVV*. Zur Systematisierung der *pVV* haben Rechtsprechung und Literatur die Hauptanwendungsfälle³⁹⁵ wie folgt unterteilt³⁹⁶:

- Schlechtleistung (bei Verträgen *ohne* gesetzliche Gewährleistungsvorschriften)

gen ginge.

³⁹²Vgl. zu den Beispielen PALANDT/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 275, Rdnr. 4 ff.; 64. Aufl. (2005), § 275, Rdnr. 6 und 13 ff.

³⁹³SOERGEL/HUBER, BGB, 12. Aufl. (2000), Vor § 459, Rdnr. 20 ff.; PALANDT/PUTZO, 61. Aufl. (2002), § 459, Rdnr. 8; STAUDINGER/HONSELL, BGB, §§433-534., 13. Aufl. (1995), § 459, Rdnr. 31; ERMAN/GRUNEWALD, 10. Aufl. (2000), Vor § 459, Rdnr. 3 ff.

³⁹⁴Zu den Fehlertheorien und ihren unterschiedlichen Voraussetzungen vgl. *ibid.*

³⁹⁵PALANDT/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 108 spricht sogar - aber offensichtlich nicht im methodischen Sinn - von den Haupttypen, ebenso wie neuerdings ERMAN/WESTERMANN, 11. Aufl. (2004), § 280, Rdnr. 40.

³⁹⁶PALANDT/HEINRICH, a.a.O.; MÜNCHENER KOMMENTAR/EMMERICH, Bd. 2, Vor § 275, Rdnr. 203, 207 ff., 240 ff.; SOERGEL/WIEDEMANN, BGB, 12. Aufl. (1990), Vor § 275, Rdnr. 357.

- Verletzung leistungsbezogener, der Schlechtleistung nahe stehender Nebenpflichten und den (reinen, sonstigen) Nebenpflichten, wobei wiederum - aufgrund der Vielzahl der möglichen Fälle - nach »typischen Beispielen« differenziert wird zwischen:
 - Leistungstreuepflichten
 - Schutzpflichten
 - Mitwirkungspflichten
 - Aufklärungspflichten
 - sonstigen Nebenpflichten³⁹⁷.

Bei der c.i.c., deren Gestalt im Vergleich zur pVV aufgrund des für sie maßgeblich relevanten *vorvertraglichen* Zeitpunkts weniger stark von der Vielfalt der *Vertrags*gestaltungen und den daraus resultierenden Formen vertragswidrigen Verhaltens abhängig ist, finden sich zwar in ähnlicher Weise Untergliederungen, die jedoch bereits konkreter und fallbezogener formuliert sind:

- Körper- und Eigentumschäden
- Nichtzustandekommen eines Vertrages
- Unwirksame Verträge
- Inhaltlich nachteilige Verträge³⁹⁸.

Beide bisherigen Rechtsinstitute - c.i.c. und pVV - jedoch besonders letzteres - offenbaren gerade aus der Kompilation dieser Anwendungsbereiche und -beispiele ihren eigentlichen Charakter: Es handelt sich um Anspruchsgrundlagen im Recht der Leistungsstörungen, die in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Pflichtverletzung gerade *keine* Merkmale im Sinne eines »Merkmal-Ganzen« aufweisen können, mithilfe derer sich eine Einordnung in, oder Abgrenzung zu anderen Fällen der Leistungsstörung vornehmen ließe.

Dies lässt sich vor allem mit der grundsätzlichen Ziel- und Zweckrichtung begründen, aus der heraus jene Anspruchsgrundlagen tatbestandlich im Hinblick auf das Merkmal der »Pflichtverletzung« als erfüllt erachtet werden. Hier betont etwa SCHMIDT ganz zu Recht, das »Dickicht der den Leistungsvorgang begleitenden Nebenpflichten, wie der sonstigen Schutzpflichten«, welche als »bunte Palette von Aufklärungs-, Warn-, Vorsichts-, Obhuts-, Rücksichts- und Treuepflichten« allesamt der Gewährleistung einer möglichst schadensfreien Abwicklung des aufgrund des (vor-)vertraglichen Verhältnisses gesteigerten Kontakts

³⁹⁷ Vgl. zu dieser Einteilung auch die Ausführungen bei KÖPCKE, Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart u.a. (1965), S. 30 ff., der - anders als der Werktitel zunächst nahe legen könnte - keine methodischen Ausführungen in Hinblick auf den Typus in der pVV macht, sondern sich ebenfalls im Wesentlichen auf eine Auflistung der möglichen (Neben-)Pflichten und der Rechtsfolge ihrer Verletzung beschränkt. Die Frage, ob es sich bei diesen Pflichtverletzungen aber um rechtliche Strukturtypen - oder einen anderen Typus - handelt, bleibt von KÖPCKE unberücksichtigt. Ebenso ungenau und ohne weitere Erläuterung in methodischer Hinsicht verwendet SCHUR, S. 84 f. den Begriff des »Typus« im Zusammenhang mit der pVV.

³⁹⁸ Zu diesen Unterteilungen vgl. PALANDT/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 71 ff.; SOERGEL/WIEDEMANN, BGB, 12. Aufl., Vor § 275, Rdnr. 128 ff., 153 ff., 172 ff.

dienten, wobei die Praxis stets frei sei in der Anerkennung neuer Pflichtenanforderungen³⁹⁹. So lässt sich denn auch die Art und Weise, in der etwa LEENEN exemplarisch die dogmatische Entfaltung des Gehalts der Wertformel von »Treu und Glauben« i.S.d. § 242 BGB zur Gewinnung eines »Typus« darstellt, nicht - auch nicht ihrem Sinn nach - auf die Pflichtverletzung übertragen: Die Konkretisierung bis hin zur methodischen Typisierung führt für LEENEN - im Beispiel des § 242 BGB - ausgehend von der Aufgliederung in »Funktionskreise« über die Bildung von »Rechtsgedanken« und »Komplexen von Rechtsgrundsätzen« zur Verdichtung von »Rechtsinstituten«. In einem letzten Schritt, - in dem dann nicht mehr die Verdeutlichung des Wertgehalts der Norm im Vordergrund steht, sondern die Bestimmung des von der Regelung erfassten Objektbereichs - wird ausgehend von den konkretisierten Rechtsgedanken versucht, Fallgruppen zu bilden⁴⁰⁰.

Dienen diese Fallgruppen also am Beispiel des § 242 BGB zur Bestätigung der Typisierung der Leistung nach Treu und Glauben, so erfüllen die »Fallgruppen« im Rahmen der pVV und c.i.c. unter Berücksichtigung der o.g. Ziel- und Zweckrichtung diese Funktion gerade nicht. Die Fallgruppen stellen hier nämlich nicht den »letzten Schritt« in einer Annäherung an eine methodische Typisierung dar, sondern sind Kennzeichen einer von Literatur und Rechtsprechung hervorbrachten zusammenhanglosen und ergebnisorientierten *Fallansammlung*, die auf gänzlich heterogenen Tendenzen, Zwecken und Funktionen aufbaut. So fehlen also bei der pVV ebenso wie bei der c.i.c. die vorausgehenden Entwicklungsschritte zur Bestimmung eines Wertgehalts (beginnend mit dem o.g. Bestimmen der »Funktionskreise«). Gerade aber dieser Wertgehalt, diese »Wertungskriterien« im Sinne SAUERS sind es, die Fallgruppenbildung im Rahmen eines Fallvergleichsverfahrens und damit *Typisierung* von reiner Kasuistik unterscheidet⁴⁰¹.

Die auf »Lückenschließung« angelegte⁴⁰² pVV und c.i.c. lassen somit trotz - oder gerade wegen - der sich ihnen zuordnenden Fallgruppen keine abstufbaren oder verzichtbaren Merkmale eines »Ganzen« erkennen.

Es sind außerhalb der reinen Fallbeispiele keine Kriterien ersichtlich, die sich in der für den Typus charakteristischen Weise und Intensität zu einem einheitlichen, anschaulichen Gesamtbild zusammenfügen, so dass keine »Vollform« der tatbestandlichen Voraussetzungen im Sinne eines repräsentativen Tatbestandes abgeleitet werden kann⁴⁰³.

³⁹⁹ESSER/SCHMIDT, § 29 III 2, S. 154; ähnlich SCHÜNEMANN, S. 2 mit dem Hinweis auf die »beängstigende Bandbreite eventueller positiver Vertragsverletzungen« sowie KÖPCKE, S. 28, der die »vielgestaltigen« und »wenig voraussehbaren« Tatbestände und Verhaltensweisen im Rahmen der pVV betont.

⁴⁰⁰LEENEN, S. 67 ff. am Beispiel der »Verwirkung« im Rahmen des § 242 BGB.

⁴⁰¹Vgl. hierzu bereits oben B.II.5.b).

⁴⁰²So jedenfalls die ganz h.M. seit der Entwicklung der pVV durch Staub, vgl. nur PALANDT/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 67 und 104; die Regelungslücke in Frage stellend, jedoch der pVV ein »berechtigtes Bedürfnis« zusprechend ERMAN/BATTES, 10. Aufl. (2000), § 276, Rdnr. 85 unter Verweis auf MÜNCHENER KOMMENTAR/EMMERICH, Bd. 2, Vor § 275, Rdnr. 204 f.. Zur Frage des Vorliegens einer »Regelungslücke« überhaupt vgl. auch unten B.II.6.).

⁴⁰³Wiederum am Beispiel des § 242 BGB veranschaulicht von LEENEN, S. 69.

dd) Die (Un-)Möglichkeit der Bildung einer Typenreihe

Weiteres Argument dafür, dass - anders als bei den Vertragstypen⁴⁰⁴ - die Pflichtverletzungen im Sinne des SMG keine *rechtlichen Strukturtypen* darstellen, wäre die Unmöglichkeit der Bildung einer *Typenreihe*, als »Erweiterung der im Strukturtypus gelegenen Systembildung«⁴⁰⁵. Am Beispiel der unterschiedlichen Typen von Schuldverhältnissen lässt sich eine solche Reihe - in der Abbildung auf dieser Seite - veranschaulichen.

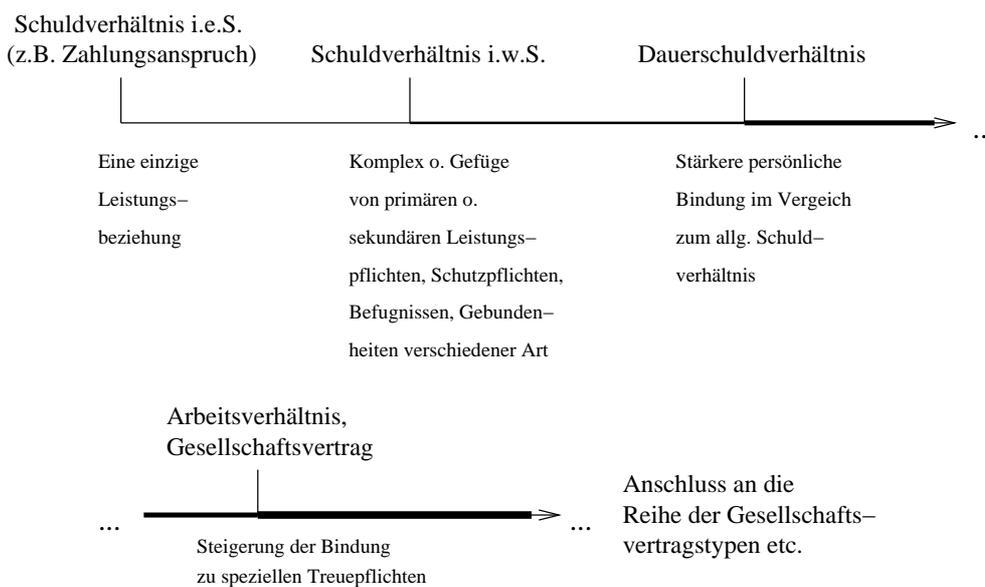


Abbildung 9: Eine Typenreihe am Beispiel der Schuldverhältnisse.

Wo eine solche Reihenbildung möglich ist⁴⁰⁶, lassen sich nicht nur die einzelnen Typen verdeutlichen, vielmehr können so auch die zahlreichen Misch- und Übergangstypen erfasst werden, die vor dem Hintergrund der Variabilität der Typuselemente und -merkmale gerade die bereits betonten fließenden Übergänge zwischen den Typen verdeutlichen. Daraus kann sich dann konsequent auch die Vermischung von anwendbaren Regeln im Falle eines »Zwischentypus« ergeben. Bei den hier in Frage stehenden Pflichtverletzungen i.S.d. SMG ist aber eine derartige Steigerungsfähigkeit wie in dem dargelegten Beispiel der Schuldverhältnisse nicht feststellbar. Zwar sind - nach neuem wie nach altem Recht - die Formen der Leistungsstörung ggf. zueinander abzugrenzen⁴⁰⁷, es konnten

⁴⁰⁴ Vgl. dazu LARENZ, Methodenlehre, S. 467 ff.

⁴⁰⁵ *ibid.*, S. 470.

⁴⁰⁶ Zur Fortsetzung der Reihe etwa mit den verschiedenen Gesellschaftsvertragstypen vgl. *ibid.*, S. 467 f. u. 471 f.

⁴⁰⁷ So beispielsweise nach altem Recht zwischen »Nichtleistung« und »Schlechtleistung« in

und können sich daraus aber keine »Mischformen« ergeben, sondern durch Definition und Abgrenzung der entsprechenden Voraussetzungen ist stets eindeutig festzustellen, nicht nur *ob* eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt war, sondern auch *welche*. Nicht auf die Erstellung eines »gesamten Erscheinungsbildes« kommt es an, sondern auf die Subsumtion im syllogistischen Schlussverfahren. Dabei sind nur verhältnismäßig wenige, abstrakte Merkmale relevant, die über keinen auf einen entscheidenden Wertungsaspekt basierenden inneren Zusammenhang verfügen⁴⁰⁸.

Damit ergibt sich insgesamt für die Pflichtverletzung, dass die von ihr erfassten Formen der Leistungsstörung also *keine* Typen im methodischen Sinn darstellen, sondern stattdessen klassenlogische Begriffe und - im Fall der pVV und c.i.c. - ausschließlich Sammelbegriffe für zweckorientierte Fallansammlungen. Die Verfasser des SMG können sich danach nicht auf eine typologische Methode zur Substantiierung der Pflichtverletzung berufen. Es existieren keine Einzelzüge der Pflichtverletzung, welche - vereint in einem Typus - ihre »sinnvolle Verbindung« offenbaren.

den Fällen der aliud-Lieferung, vgl. PALANDT, 61. Aufl. (2002) Vorbem. § 459, Rdnr. 5; § 459, Rdnr. 3.

⁴⁰⁸Ganz anders im besonderen Schuldrecht, so etwa verdeutlicht am Beispiel des Gesellschaftsvertrages bei LARENZ, Methodenlehre, S. 467.

6. Dogmatische Vervollständigung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ohne Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung

Nachdem verschiedene Zusammenhänge, in denen die »Pflichtverletzung« bereits vor dem SMG begrifflich oder konzeptionell verwendet wurde, auf ihre Schlüssigkeit und Ergiebigkeit für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung nach der Schuldrechtsreform hin erörtert wurden, ist es ebenso lohnend der Frage nachzugehen, ob durch ein systematisches Verständnis des (ursprünglichen) Gesetzestextes der BGB-Verfasser zusammen mit den Entstehungsmaterialien eine ebenso »lückenlose« Erfassung aller denkbaren Leistungsstörungen im allgemeinen Schuldrecht zu erreichen ist. So stellten durchaus auch neuere Untersuchungen in der Literatur - vor dem SMG - bereits die Notwendigkeit der pVV zur Lückenschließung in Frage⁴⁰⁹.

Wie bereits oben⁴¹⁰ dargelegt, sollte schon nach Ansicht STOLLS die Schadensersatzpflicht nicht nur Folge der positiven Verletzung einer Forderung oder Verpflichtung sein, sondern Folge der Forderungs- oder Pflichtverletzung schlechthin. Dadurch sollten dem Schuldner auch all jene Pflichtverletzungen zuzuordnen sein, deren Folge nicht im Unmöglichwerden oder im Aufschub der Leistung bestand⁴¹¹, was den Charakter der pVV als »Auffangtatbestand« betonte, zugleich aber auch verdeutlichte, dass jede Pflichtverletzung den Schuldner i.E. zum Schadensersatz verpflichten sollte.

Die Notwendigkeit und die dogmatische Richtigkeit dieses Konzepts war und ist jedoch nicht unbestritten. So erläutert etwa JAKOBS ein Konzept, welches die Existenz der vielbeklagten und - angeblich - nur mit Hilfe der pVV zu schließenden »Gesetzeslücke« widerlegt. Der Ansatz JAKOBS unterscheidet sich insoweit überaus signifikant von anderen, ebenfalls eine Gesetzeslücke verneinenden Lösungswegen, als dass er nicht § 276 BGB a.F. als gesetzliche Anspruchsgrundlage für die Haftung für jede schuldhaftige Pflichtverletzung in Betracht zieht⁴¹², sondern sich allein aus historischer, teleologischer und logischer Argumentation bemüht, der Kritik der »Unvollständigkeit« der Haftungsregelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts⁴¹³ zu begegnen.

Seinen Ausgangspunkt nimmt JAKOBS bei der Feststellung, dass eine *Pflicht* dadurch *verletzt* wird, dass sie *nicht erfüllt* wird. Da aber das Gesetz als Schadensersatzbegründende Nichterfüllungen nur die Unmöglichkeit oder Verzug kenne, sei der auf STAUB zurückgehende Grundsatz, dass jede Verletzung einer Forderung, Vertrags- oder Schuldnerpflicht Schadensersatzpflichtig mache,

⁴⁰⁹So etwa EMMERICH, 4. Aufl. (1997), S. 224 ff., ebenso in MÜNCHENER KOMMENTAR/EMMERICH, Bd. 2, Vor § 275, Rdnr. 204 ff.; JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 13 ff.; MOTZER, S. 884; WESTHELLE, S. 12 ff., der in diesem Zusammenhang auf die richterliche Freiheit bei der Würdigung des Sachverhalts und somit auch der Feststellung von »Pflichten« i.S.d. pVV hinweist und von »Billigkeitsrecht und Einzelfalljudikatur« spricht, *ibid.*, S. 14.

⁴¹⁰Vgl. oben B.II.2.

⁴¹¹So auch BLOMEYER, S. 159 im Anschluss an BGHZ 11, 80 (83).

⁴¹²So aber bspw. noch EMMERICH, 4. Aufl. (1997), S. 224 ff.; siehe dazu auch oben Abschnitt B.II.2.

⁴¹³Vgl. dazu Fn. 402 auf Seite 80.

»völlig frei erfunden«⁴¹⁴. Dies ergebe sich bereits aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Haftungsregelungen: So sei in § 224 des Ersten Entwurfs (E I) zum BGB - nicht aber dem späteren § 276 BGB a.F. - grundsätzlich die Haftung für jede schuldhaftige Pflichtverletzung enthalten gewesen. Der Absatz 1 des § 224 E I lautete:

»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. [...]«

Nach Auffassung JAKOBS war jedoch die inhaltliche Veränderung von § 224 E I bis hin zu § 276 BGB a.F. kein Redaktionsfehler - so dass der ursprüngliche Inhalt des § 224 E I wieder in den Gesetzestext hätte hineingelesen werden dürfen -, sondern eine bewusste Änderung, mit der die Redaktionskommission habe verdeutlichen wollen, dass die Frage der Schadensersatzpflicht nicht schon in § 224 E I, sondern erst in den §§ 237 ff E I (= §§ 275 ff. BGB a.F.) geregelt war, dass also der Schuldner eben *nicht* ohne weiteres wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung schadensersatzpflichtig habe werden sollen⁴¹⁵. Grundgedanke der BGB-Verfasser sei mithin gewesen, dass die Nichterfüllung solange nicht zum Schadensersatz habe führen sollen, solange die Primärleistung (i.S.d. Naturalerfüllung) möglich war. Im Falle der im BGB vorgesehenen Nichterfüllung (in Form der Unmöglichkeit) sei gerade entscheidend, dass der Gläubiger etwas nicht bekomme, was der Schuldner ihm eigentlich leisten solle: Sein Schaden bestünde also nicht in dem Verlust des Erfüllungsanspruchs, sondern im Ausbleiben der Leistung. Solange die Leistung noch möglich sei, sei die Ersatzpflicht des Schuldners - i.S.d. § 280 BGB a.F. - somit nicht schon durch jede »Pflichtverletzung« begründet, es solle folglich nicht die Nichterfüllung als *solche*, sondern diese nur unter der Voraussetzung eines Unmöglichwerdens der Leistung eine Schadensersatzpflicht begründen. Dies bedeute aber zugleich, dass nicht jede Verletzung einer Verbindlichkeit zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichten könne, dass folglich nicht jede Pflichtverletzung, die weder Unmöglichkeit noch Verzug sei, als »pVV« schadensersatzpflichtig mache⁴¹⁶.

Die Ansicht STOLLS⁴¹⁷ und der ihm folgenden Lehre⁴¹⁸, derzufolge jede Pflichtverletzung grundsätzlich ausreichende Voraussetzung für eine Ersatzpflicht des Schuldners sei, könne mithin nur auf einem anderen (fehlgehenden) Verständnis der Pflichtverletzung beruhen:

⁴¹⁴JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 16.

⁴¹⁵ibid., S. 17 ff.; ebenso JAKOBS, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 16 f. Die gewisse Widersprüchlichkeit im Zusammenhang mit dem Ersten Entwurf des § 224 - der Haftung einerseits schon bei jeder schuldhaften Nichterfüllung und andererseits der Bestimmung des § 240 E I, derzufolge erst beim als *feststehend geltenden* Ausbleiben der Leistung (wie im Falle der Unmöglichkeit) die Schadensersatzpflicht entstehen sollte - umging HIMMELSCHIN, indem er sowohl die Primärleistung als auch die Ersatzleistung als »Haftung« (i.w.S.) verstand, HIMMELSCHIN, S. 273.

⁴¹⁶JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 25.

⁴¹⁷Vgl. dazu oben B.II.2.

⁴¹⁸So etwa FIKENTSCHER, Rdnr. 312 f.

1. Die reine Nichterfüllung - auch nach Fälligkeit - sieht man nicht als Pflichtverletzung an, die bloße Nichterfüllung, das »Nichtleisten« ist noch keine »Störung« der Leistung⁴¹⁹, *stattdessen*
2. wertet man als Verletzung der Leistungspflicht nur die »Herbeiführung« der verschuldeten Unmöglichkeit, des Verzugs, der Schlechterfüllung und sonstiger Verhaltensweisen, aber gerade nicht die »Nichterfüllung nach Fälligkeit«,

d.h. man definiere als Pflichtverletzung nur ein solches Verhalten, an das auch die Ersatzpflicht des Schuldners geknüpft ist⁴²⁰.

Nach jener Auffassung hafte der Schuldner also nicht deswegen aus § 280 BGB a.F. weil er *nicht erfüllt*, sondern weil er sich *pflichtwidrig verhalten* habe⁴²¹, so dass es dann tatsächlich nahe läge, jedes pflichtwidrige Verhalten sowie jede Pflichtverletzung schadensersatzbegründend zu verstehen und die »Unmöglichkeit« und den »Verzug« nur als kasuistische Hervorhebungen zweier Pflichtverletzungsfälle⁴²². Die Anhänger dieser Ansicht würden jedoch die Begriffe »Nichterfüllung« und »Pflichtverletzung« verwechseln und verkennen, dass der eigentliche Tatbestand, an den das Gesetz die Rechtsfolge des Schadensersatzes knüpfe, die vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung sei, *wenn* das Ausbleiben der Erfüllung als feststehend gilt (= sog. »Vorrang der Leistungspflicht«). Es müsse mithin nicht darum gehen, das gesetzliche Nichterfüllungsrecht unter dem Gesichtspunkt der pVV neu zu gestalten, sondern die Dogmatik habe die Aufgabe dieses gesetzliche System der Nichterfüllung fortzuführen für die Fälle der pVV: Die Frage könne daher nur sein, ob die durch das Gesetz vorgenommene Beseitigung der Haftung des Schuldners als Rechtsfolge unmittelbar der schuldhaften Nichterfüllung (durch die Abänderung des § 224 E I bis hin zur Fassung des § 276 BGB a.F.) allgemein gültig sein solle oder in gewissen Fällen nicht gelten könne⁴²³.

Wann eine pVV vorliege, wann also vom Schuldner Schadensersatz an den Gläubiger gezahlt werden müsse, obwohl weder Unmöglichkeit noch Verzug vorliege, könne nur aus dem Grund heraus beantwortet werden, aus dem es für die Ersatzpflicht auf Unmöglichkeit und Verzug überhaupt ankomme. Dies sei nämlich dann nicht der Fall, wenn eine Pflicht verletzt wurde, deren Erfüllung gar keine *Leistung* darstelle, da dann keine Konkurrenz zwischen Leistungspflicht und Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung denkbar sei. So sei es weniger wichtig zu wissen, was die Unmöglichkeit, als was die Leistung bedeute, um so feststellen zu können, ob die Beschränkung der Haftung (auf Unmöglichkeit und Verzug) gelte oder eben nicht⁴²⁴.

⁴¹⁹So ausdrücklich FIKENTSCHER, Rdnr. 307.

⁴²⁰JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 26.

⁴²¹So ausdrücklich WIEACKER in DIETZ/HÜBNER, S. 783 (802).

⁴²²JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 26.

⁴²³ibid., S. 29; JAKOBS versteht somit die Unmöglichkeit der Leistung nicht als *Grund* der Haftung des Schuldners, sondern als einen der besonderen Gründe für das Recht des Gläubigers statt der Leistung etwas anderes - nämlich Schadensersatz - verlangen zu können.

⁴²⁴ibid., S. 29 ff.

Besondere Relevanz erlange diese Differenzierung in den Fällen der Nichterfüllung einer *Unterlassungspflicht*, wenn es also nicht darum gehe dem Gläubiger etwas zu verschaffen, was er nicht hat, sondern wenn dieser in seinem Tun und Haben nicht gestört und beeinträchtigt werden solle: In letzterem Fall habe die Erfüllung der Pflicht keinen vermögenswerten Sinn, sondern beabsichtige nur das Ausbleiben des gegensätzlichen Verhaltens. Seien keine nachteiligen Folgen für das Gläubigervermögen eingetreten, so komme Schadensersatz bereits mangels eines Schadens nicht in Betracht; andererseits wäre im Falle eines Schadens aufgrund der Natur der rechtlichen Verpflichtung nur die Ersatzpflicht relevant. Nur insoweit sei anzuerkennen, dass eine schuldhafte Pflichtverletzung (unmittelbar) zum Schadensersatz verpflichte⁴²⁵. Da Unterlassungs- und Schutzpflichten - dem negativen Interesse des Gläubigers dienend - das Bestehen einer Leistungspflicht nicht voraussetzen, sei auch ihre regelmäßige Bezeichnung als »Nebenpflicht« zu ungenau und fehlleitend, was zur unangebrachten »Vervielfältigung der Haftungsgründe« (c.i.c., pVV und Verletzung einer Schutzpflicht zugunsten Dritter) - je nach Zusammentreffen mit einer Leistungspflicht - führe, so dass JAKOBS i.E. eine Zusammenfassung dieser Haftungsgründe in *einem* Haftungstatbestand - ähnlich dem von CANARIS vorgeschlagenen Konzept⁴²⁶ - befürwortet⁴²⁷.

Die BGB-Verfasser hätten somit die Nebenpflichten nicht übersehen, sondern nur eine andere Grenzziehung vollzogen, indem sie nur die Fälle regelten - nämlich jene der Leistungspflichten -, bei denen das Eintreten der Ersatzpflicht im Falle der Nichterfüllung nicht selbstverständlich, sondern problematisch sei und daher einer besonderen Regelung bedürftig hätte. Dem Glauben an die »Lückenhaftigkeit« des Gesetzes im allgemeinen Leistungsstörungenrecht läge folglich zum einen nur der Wunsch zugrunde, der Gesetzgeber solle auch das Selbstverständliche regeln, zum anderen die Vorstellung von der Vollständigkeit des Gesetzes und ein »unkritischer Positivismus«⁴²⁸.

Nach dem gleichen Ansatz müsste nach Meinung JAKOBS dann auch die - nach h.M. als besonderer Fall der pVV behandelte - »Schlechterfüllung« gelöst werden, für die - neben den speziellen Regelungen des besonderen Schuldrechts - die auch *dafür* vorgesehenen Regeln der §§ 280 ff. gelten würden, da die Schlechterfüllung nichts anderes sei als eine (teilweise) Nichterfüllung⁴²⁹. Die Beantwortung der Frage, ob Schadensersatz wegen Schlechterfüllung zu leisten sei, richte sich demnach wieder nach den gleichen Kriterien wie bei den sonstigen »Pflichtverletzungen«: Nach der Abgrenzung von positivem und negativem Interesse, wobei auch hier im ersten Fall nur bei Unmöglichkeit und Verzug eine

⁴²⁵ibid., S. 32 ff.; eine ähnliche Differenzierung findet sich interessanterweise bereits in STAUBS Ausführungen bei der Entwicklung der pVV: So war auch seiner Ansicht nach der § 280 auf die Fälle beschränkt, in denen eine positive Leistung geschuldet war, während er die Anwendung des § 280 auf Fälle des Zuwiderhandelns gegen eine Unterlassungspflicht als »unnatürlich und gekünstelt« bezeichnete, STAUB, S. 9 f.

⁴²⁶vgl. dazu oben Abschnitt B.II.3.

⁴²⁷JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 39 f.

⁴²⁸ibid., S. 41.; JAKOBS, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 16 f.

⁴²⁹JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 42; beachte hierbei jedoch die Abgrenzung etwa zu HIMMELSCHNIG, der stets auch zugleich immer von einer teilweisen *Unmöglichkeit* ausging, HIMMELSCHNIG, S. 291 ff.

Schadensersatzpflicht bestünde⁴³⁰.

Ebenso müsse bei der Gefährdung des Vertragszwecks durch vertragswidriges Verhalten des Vertragspartners verfahren werden.

Nach dem von JAKOBS dargelegten Verständnis des allgemeinen Leistungsstörungenrechts ist somit die Frage, wann der Gläubiger berechtigt sein soll, die ihm geschuldete positive Leistung zurückzuweisen und stattdessen Schadensersatz verlangen zu können, abschließend im Gesetz geregelt. Eine weitergehende Einschränkung des Grundsatzes »Leistungspflicht vor Ersatzpflicht« kommt für JAKOBS daher nur in Ergänzung zu den gesetzlichen Regelungen in Frage, mithin also in Fällen »ähnlich« der Unmöglichkeit und nicht mithilfe eines allgemeinen Grundsatzes der »Haftung wegen Pflichtverletzung«⁴³¹. Da die Nichtrealisierbarkeit der Leistung nicht *feststehen*, sondern nur als feststehend *gelten* müsse⁴³², seien auch von der Interessenlage her vergleichbare Fälle denkbar, in denen der Schuldner keines Schutzes mehr vor der verfrühten Inanspruchnahme auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (statt der Leistung) bedürfe. Dies aber sei vor allem in zwei Konstellationen denkbar, nämlich wenn:

1. der Schuldner die Leistungserbringung endgültig verweigere.
2. der Gläubiger infolge des Verzuges des Schuldners das Interesse an der Leistung verliere⁴³³.

Diese Fälle in eine Konstruktion der »Haftung wegen schuldhafter Pflichtverletzung« einzubinden, verkenne vollständig den Sinn der gesetzlichen Haftung des Schuldners: So gäbe es zum einen keine »Doppelverpflichtung« aus dem Schuldverhältnis, nicht nur die Leistung zu bewirken, sondern zusätzlich noch gem. § 242 BGB die Verweigerung der Erfüllung zu unterlassen, zum anderen läge insbesondere den Fallgruppen zu 2. der allgemeine Gedanke zugrunde, dass die Bindung an den Vertrag ihre Grenze finde, wo infolge des vertragswidrigen Verhaltens des einen Teils ein Festhalten am Vertrag für den anderen Teil nicht mehr zumutbar sei. Gerade diesen allgemeinen Grundsatz aber hätten die - gegenüber Generalklauseln zurückhaltenden - Verfasser des BGB nicht ausdrücklich im Gesetz formuliert, da er selbstverständlich und nur eine Ausnahme von der eigentlichen Regelung über die Voraussetzungen für die Haftung wegen Nichterfüllung sei, so dass es in diesen Fällen notwendiger-, aber auch sinnvollerweise bei einer »Kasuistik des Unzumutbaren« hätte stehen bleiben müssen.⁴³⁴

⁴³⁰ JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 43 f.

⁴³¹ *ibid.*, S. 48.

⁴³² *ibid.*, S. 49, mit dem Hinweis auf die §§ 283 und 326 I BGB a.F.

⁴³³ *ibid.*, S. 51 f. u. 55 ff.

⁴³⁴ *ibid.*; zum Vorstehenden vgl. auch JAKOBS, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 52.

III. Zwischenergebnis: Zur Frage der Legitimität gesetzgeberischen Handelns im allgemeinen Leistungsstörungenrecht

Die bis hierhin gewonnenen Erkenntnisse erlauben eine Schlussfolgerung hinsichtlich der Ausgangsfragestellung: Der *Legitimität gesetzgeberischen Handelns im allgemeinen Leistungsstörungenrecht*.

Aus der Entstehungsgeschichte der zivilrechtlichen Kodifikationen - und insbesondere der des BGB - ist ersichtlich, dass das BGB von seinen Verfassern nicht als einzige abschließende Quelle des »Rechts« konzipiert war, sondern im Geiste einer Rechtswissenschaft entstand, welche als Organ der Überzeugung des Volkes den eigentlichen Ursprung des Rechts stellte. Ausgehend von der Differenzierung nach technischem und politischem Element und dem daran anknüpfenden Vorbehalt der Rechtswissenschaft für bestimmte Fragestellungen, führten die Überlegungen zu der Untersuchung, ob bereits eine Dogmatik für das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung vorliegt, ob - anders gesprochen - das technische Element des Rechts in dieser Hinsicht in einer Form als ausgearbeitet betrachtet werden könnte, so dass der Gesetzgeber im Rahmen seiner Befugnis zur Behandlung des politischen Elements bei der Wahl zwischen verschiedenen Lösungswegen auf ein Rechtsinstitut der Pflichtverletzung hätte zurückgreifen können, ohne dadurch selbst auch das »technische Element« an sich zu ziehen. Gerade nach den Ergebnissen der Darstellungen im letzten Abschnitt zeigt sich, dass dies im Fall des SMG nicht zutrifft. Dazu war es zunächst erforderlich, die Rechtsdogmatik - als Arbeitsgebiet der Rechtswissenschaft - mittels Arbeitshypothesen zu beschreiben.

Daran anschließend hat sich gezeigt, dass weder richterliche noch akademische Jurisprudenz die Pflichtverletzung in der vom SMG gebrauchten Weise als gültigen Teil eines Rechtssatzes anerkannt haben. Zu diesem - neuen - Bedeutungszusammenhang der Pflichtverletzung existieren also keine in sich zusammenhängenden Lehren i.S.v. Interpretationsempfehlungen oder sonstigen Regeln auf mittlerem Abstraktionsniveau. Die gedanklichen Ansätze zur Herleitung oder Feststellung der Existenz entsprechender Rechtssätze führen weder auf axiomatisch-deduktivem, noch induktiv-kasuistischem Weg zum Erfolg.

Die Bestrebungen der Verfasser des SMG konnten nur aus einem Verständnis des BGB als völlig autonomes und originäres Werk ohne den Bedarf eines geschichtlich-genetischen Verständnisses resultieren. So spricht dieses Vorgehen in der Tat für eine - von PICKER in anderem Zusammenhang so bezeichnete - »Autarkieeuphorie«⁴³⁵, welche sich im Kodifikations- und Lückenlosigkeitstreben des SMG manifestiert. Deutliches Zeichen hierfür sind nicht zuletzt die Bemühungen des SMG, die c.i.c. und vor allem die pVV zu kodifizieren, um so der vermeintlichen Lückenhaftigkeit des BGB zu begegnen. Die Tatsache, dass die unter die pVV gefassten Fälle auch außerhalb der von STAUB entwickelten

⁴³⁵PICKER, AcP 201 (2001), S. 763 (777). An anderer Stelle merkt PICKER bezogen auf das energische Bestreben einer Schuldrechtsreform - etwas bildhaft aber zutreffend - an, es sei dem Gesetzgeber gelungen »eine beeindruckende Zahl von THIBAUTS [...] zu mobilisieren«, PICKER, AcP 183 (1983), S. 369 (373).

Konstruktion gelöst werden könnten - und dies teilweise sogar ohne ergänzende Unterstellungen oder Auslegungen des (ursprünglichen) Gesetzestextes -, blieb von den Verfassern des SMG in der Verknennung der Bedeutung und Erschließungskraft der Geschichte einer Rechtsfigur oder -norm vollständig unberücksichtigt. Stattdessen verließ sich der Gesetzgeber im Falle des SMG allein auf seine eigene intellektuelle Leistungsfähigkeit und seine intuitiven Fähigkeiten bei der Interpretation der Rechtslage zum Zeitpunkt der Fassung des SMG, überzeugt davon, Recht aus reiner Vernunft heraus erkennen zu können. Gerade die systematische Darstellung durch JAKOBS hat gezeigt, dass die sorgfältige Einbeziehung der historischen Entwicklungen bei der Verfassung des BGB ein gänzlich anderes, weniger »lückenhaft« Gesamtverständnis des BGB fördert, wenn auch nicht im Sinne eines »Selbstverständlichkeiten regelnden Kodifikationswerkes«, welches offensichtlich in gewissem Maße vom Gesetzgeber des SMG beabsichtigt ist.

Rechtshistorische Ansatzpunkte müssen dem Gesetzgeber des SMG nicht nur entbehrlich erschienen sein, sondern sogar als Hindernis für eine moderne Rechtswissenschaft - anders ist schließlich nicht zu erklären, warum rechtshistorische Erwägungen in der Begründung zum SMG gänzlich fehlen und im Abschlussbericht - bereits im Ansatz - mit der nicht näher ausgeführten Behauptung zurückgewiesen werden, eine »Vertiefung der Rechtswissenschaft habe stattgefunden«⁴³⁶. Dies lässt ein Bestreben nach der vollständigen Regelung eben auch bis hinein in »Selbstverständlichkeiten« erkennen⁴³⁷, ein Streben nach innerer Festigkeit eines allgemeinen Leistungsstörungsrechts, welches aber zugleich auch eine deutliche Abgeschlossenheit nach außen offenbart. Die Beachtung der Entwicklungsgeschichte des Leistungsstörungsrechts hätte dem Gesetzgeber jedoch einen Weg zum tieferen Verständnis und der Entschlüsselung dieses Rechtsgebietes ebnet können. Nun aber fügte der Gesetzgeber durch das SMG weder schlicht den Tatbestand der pVV in das BGB ein, noch führte er eines der Konzepte konsequent weiter, welche in der Rechtswissenschaft - mit oder ohne Einbeziehung einer »Pflichtverletzung« - das Leistungsstörungsrecht zu vereinheitlichen suchten, sondern verwendet das neue Rechtsinstitut der Pflichtverletzung in einem Kontext und mit einem Bedeutungsgehalt, welcher der Rechtswissenschaft bisher fremd ist. Damit durchbricht der Gesetzgeber jene »Zuständigkeitsaufteilung« zwischen Gesetzgebung und Wissenschaft, welche - wie oben dargelegt - die BGB-Verfasser wie selbstverständlich und sehr deutlich nicht nur in den Materialien zum BGB sondern auch in der Formulierung des Gesetzestextes zum Ausdruck brachten und betätigt sich ohne Legitimation im Arbeitsbereich der Rechtsdogmatik.

Der Gesetzgeber des SMG spricht in diesem Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der Pflichtverletzung Rechtssätze aus, die also eben *nicht* von der Rechtswissenschaft herausgearbeitet wurden und mithin nicht Ergebnis wissenschaft-

⁴³⁶ BMJ, Abschlußbericht, S. 42.

⁴³⁷ Als Beispiel sei hier nur § 323 VI BGB n.F. genannt, in welchem der Gesetzgeber es für notwendig erachtet hat, das Rücktrittsrecht des Gläubigers für die Fälle auszuschließen, in denen dieser für die das Rücktrittsrecht begründenden Umstände allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Vgl. dazu bereits FLUME, S. 1497 f.

licher Deduktion ist. An deren Stelle setzt er sein eigenes - willkürliches - Verständnis von Inhalt und Funktion der Pflichtverletzung. Damit aber übt er zugleich die methodische Operation ähnlich der Konstruktion aus, die der Wissenschaft als »technisches Element« vorbehalten war.

Gerade hinsichtlich der so oft zitierten Bemühungen um die Einbindung des angeblich wichtigsten Falls der Leistungsstörungen - der pVV - wäre es in der Tat nicht nur möglich, sondern geboten gewesen, bei einer reinen Begrenzung auf bestimmte Fallgruppen stehen zubleiben.

C. Das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung und internationale Regelungswerke

Bereits einleitend wurde darauf hingewiesen, dass sich aufgrund der eindeutigen Bezugnahmen und Äußerungen des Gesetzgebers eine Betrachtung des Zentralbegriffs der Pflichtverletzung im Zusammenhang mit internationalen Regelungswerken aufdrängt. Sowohl in den Gutachten und Vorschlägen der ersten Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1992, als auch in der Begründung zum SMG wird die angestrebte - begriffliche aber auch inhaltliche - Nähe zum UN-Kaufrecht (CISG)⁴³⁸ - allerdings auch überwiegend hierzu - betont⁴³⁹. Beachtenswert ist hierbei, dass in beiden Fällen ausdrücklich die rein *terminologische* Differenz zwischen dem im UN-Kaufrecht und auch im Vorschlag HUBERS⁴⁴⁰ gebrauchten Begriff der »Nichterfüllung« einerseits und der Pflichtverletzung andererseits festgestellt, in der Sache aber absolute Übereinstimmung angenommen wird⁴⁴¹. Interessanterweise werden evtl. Übereinstimmungen mit anderen (wenn auch »privaten«) internationalen Rechtsregeln für das Vertragsrecht vernachlässigt, so etwa bezüglich der »*Principles of European Contract Law 1998* (PECL)⁴⁴²« oder der »*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994* (UP)⁴⁴³«, welche ebenfalls wesentliche Rechtsfolgen auf der Grundlage der »non-performance« aussprechen⁴⁴⁴.

Zu bezweifeln ist bei diesem Ansatz des SMG nicht nur, ob »Nichterfüllung« und »Pflichtverletzung« im Ergebnis tatsächlich inhaltlich deckungsgleich sind, sondern auch, ob es überhaupt systematisch möglich ist, einen einzelnen Begriff des UN-Kaufrechts - oder eines anderen internationalen Regelungswerkes - ohne sein gesamtes Bezugssystem zu übernehmen.

Zunächst ist festzustellen, dass das UN-Kaufrecht, die PECL sowie die UP nicht nur sämtlich den Begriff »non-performance« oder »Nichterfüllung« an zentralen Stellen verwenden, sondern auch nach Aufbau und teilweise Inhalt untereinander große Ähnlichkeiten aufweisen, wie die folgende Tabelle 2 auf der nächsten Seite - beschränkt auf den hier relevanten Aspekt der Nichterfüllung (»non-performance«) - verdeutlicht.

⁴³⁸ Abkürzung für *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, vom 11. April 1980, BGBl. 1989 II S. 588.

⁴³⁹ BMJ, Abschlußbericht, S. 30; BT-Ds. 14/6040, S. 134 f. Insoweit unverständlich die Beschränkung des internationalen Vergleichs bei KLEY, S. 205, 209 f. auf die PECL.

⁴⁴⁰ HUBER in BMJ, Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 647 (671 ff.).

⁴⁴¹ BMJ, Abschlußbericht, a.a.O.; BT-Ds. 14/6040, S. 133.

⁴⁴² Die PECL waren bei ihrer erstmaligen vollständigen Vorlage 1995 immerhin das Ergebnis einer 14jährigen Ausarbeitung, vgl. dazu ZIMMERMANN, JZ 1995, S. 477 LANDO/BEALE, PECL, Part I and II, chapter 1-9; LANDO/BEALE, Part III, chapter 10-17.

⁴⁴³ Der Text der UP ist abrufbar unter <http://www.unidroit.org>

⁴⁴⁴ Zu den Normen und Rechtsfolgen im Einzelnen vgl. Tabelle 2 auf der nächsten Seite.

Regelungsinhalt	CISG	PECL	UP
<i>Übersicht über die Rechtsmittel im Falle der Nichterfüllung / non-performance</i>	Art. 45, 61	Art. 8.101 i.V.m. Chapter 9	–
<i>Legaldefinition der Nichterfüllung / non-performance</i>	–	Art. 1.301 (4): »any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract«	Art. 7.1.1: »failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance«
<i>Anspruch auf Erfüllung</i>	Art. 46, 62	Art. 9.1XX	Art. 7.2.X
<i>Nachfristsetzung</i>	Art. 47, 63	Art. 8.106	Art. 7.1.5
<i>Vertragsbeendigung</i>	Art. 49, 64	Art. 9.3XX	Art. 7.3.1
<i>Minderung</i>	Art. 50, 64	Art. 9.401	–
<i>Umfang des Schadensersatzes)</i>	Art. 74 ff.	Art.9.5XX	Art. 7.4.X
<i>Recht zur <u>kumulativen</u> Geltendmachung der Rechtsmittel</i>	Art. 45 (2), 61 (2)	Art. 8.102	Art. 7.4.1
<i>Exculpation / Höhere Gewalt</i>	Art. 79	Art. 8.108	Art. 7.1.7

Tabelle 2: Synopse der internationalen Regelungswerke (1).

I. Inhalt und Bedeutung der »non-performance« oder »Nichterfüllung« im UN-Kaufrecht

Beim UN-Kaufrecht, das sich in seinem Anwendungsbereich - bereits nach seinem Titel - ausdrücklich nur auf (Waren-)Kaufverträge beschränkt, bildet die Nichterfüllung das wesentliche Tatbestandsmerkmal für die Verweisung auf die dem Käufer (Art. 45 (1) CISG) und dem Verkäufer (Art. 61 (1) CISG) ggf. zustehenden Rechte.

In diesem Zusammenhang wird bereits die Doppeldeutigkeit der »Nichterfüllung« relevant: Diese kann zum einen verstanden werden als Nichteintreten eines Leistungserfolges oder aber auch einer Leistungshandlung. Die gleiche Bedeutung kam interessanterweise auch der Nichterfüllung im BGB vor dem SMG zu (so etwa in §§ 280, 283, 325, 326 BGB a.F.)⁴⁴⁵. Diese Doppeldeutigkeit ist unter Berücksichtigung eines grundlegenden Prinzips des CISG von entscheidender Bedeutung: Anders nämlich als das BGB ging das UN-Kaufrecht seit jeher nicht von einer Verschuldens- sondern von einer Garantiehaftung des Schuldners aus⁴⁴⁶. Zentrales Anliegen der Garantiehaftung ist der Erfolg eines Rechtsgeschäfts, welcher dann eben eintreten kann (performance) oder nicht (non-performance)⁴⁴⁷. Diesen Ansatz kann das UN-Kaufrecht - anders als das BGB selbst nach dem SMG - auch in jenen Fallkonstellationen konsequent durchhalten, in denen die Haftung der nichterfüllenden Partei aufgrund eines »außerhalb ihres Einflussbereiches liegenden Hinderungsgrundes« (Art. 79 CISG) ausgeschlossen ist: Systemkonform sind dann auch diese Fälle des Art. 79 CISG solche der »non-performance«, die dann aber hinsichtlich der Rechtsfolge eben nicht von der Garantiehaftung der Parteien erfasst werden.

Diese Verbindung von Nichterfüllung und Garantiehaftung hat das SMG jedoch nicht übernommen. Dabei war diese deutlichere Anlehnung an das UN-Kaufrecht noch im Entwurf HUBERS in den Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts 1981 vorgesehen⁴⁴⁸. Stattdessen hat sich der Gesetzgeber im SMG auch noch - nach seiner Auffassung nur begrifflich⁴⁴⁹ - dadurch vom UN-Kaufrecht entfernt, dass er anstelle der »Nichterfüllung« die »Pflichtverletzung« in den Mittelpunkt stellt.

⁴⁴⁵HUBER, ZIP 2000, S. 2273 (2279).

⁴⁴⁶Vgl. hierzu bereits den Wortlaut der Art. 45 (1) und 61 (1), sowie HONSELL/SCHNYDER/STRAUB, UN-Kaufrecht, Art. 45, Rdnr. 10 und 23; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN, Art. 45, Rdnr. 9 f. und 23; WITZ/SALGER/LORENZ/SALGER, Art. 45, Rdnr. 2; zum Verschuldensprinzip im BGB LARENZ, Schuldrecht, Band I, 14. Aufl. (1987), § 20 I, S. 277 f.

⁴⁴⁷Vgl. dazu HUBER, ZIP 2000, S. 2273 (2279).

⁴⁴⁸Vgl. dazu § 276 des Entwurfs HUBERS sowie seine diesbezüglichen Ausführungen zur Garantiehaftung in BMJ, Gutachten und Vorschläge, Bd. I, S. 673 und 788 f.

⁴⁴⁹Vgl. BT-Ds. 14/6040, S. 92 und 133.

Exkurs: Logische Probleme der »Pflichtverletzung«

Nicht zuletzt durch diese fehlende Beachtung des für die konzeptionelle Schlüssigkeit zwingend notwendigen Zusammenhangs von Nichterfüllung und Garantiehaftung unter gleichzeitigem Austausch und Gleichstellen der Nichterfüllung mit der Pflichtverletzung ergeben sich weitere, nicht zu vernachlässigende logische Probleme - in ganz naheliegenden, einfachen Fallkonstellationen:

Wenn im Leistungsstörungenrecht vorgesehen ist, dass ein bestimmtes Leistungshindernis den Schuldner dahingehend entlastet, dass er nicht mehr auf Erfüllung in Anspruch genommen werden kann, so muss dies korrespondierend zugleich so verstanden werden, dass dem Schuldner keine entsprechende Pflicht mehr obliegt, er aber daher auch keine Pflicht *verletzung* mehr begehen kann. Genau dieser logische Fehler im SMG manifestiert sich jedoch im Zusammenwirken von § 275 I mit den §§ 283, 280 I BGB n.F.: § 275 I BGB n.F. schließt im Falle der objektiven und subjektiven »wirklichen«⁴⁵⁰ Unmöglichkeit den Anspruch auf die Leistung aus, entbindet den Schuldner damit aber begriffsnotwendig - kraft Gesetzes - zugleich auch von der Pflicht zur Leistung. Zu den Anspruchsvoraussetzungen für den Schadensersatz (statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht aufgrund § 275 I-III BGB n.F.) gem. § 283 S. 1 BGB n.F. gehört jedoch aufgrund des Verweises auf § 280 I BGB n.F. wiederum die - logisch nicht mehr mögliche *Pflichtverletzung*.

Weiterhin verliert die Pflichtverletzung auch dadurch an Aussagekraft, dass sie auch in den Fällen des § 275 II BGB n.F. - wie § 283 S. 1 i.V.m. § 280 I BGB n.F. zeigt - Tatbestandsvoraussetzung ist, obwohl der Schuldner dort berechtigt ist die Leistung zu verweigern, mithin also eine »rechtmäßige Pflichtverletzung«⁴⁵¹ vorläge, was schon aus begrifflich-sprachlicher Perspektive an einer - vom SMG beabsichtigten - transparenten und Rechtssicherheit gewährenden Rechtslage zweifeln lässt.

Dass sich der Gesetzgeber des SMG selbst der in diesem Zusammenhang der Pflichtverletzung innewohnenden Widersprüchlichkeiten in gewissem Maße bewusst war, zeigt sich gleich auf mehrfache Weise: Zum einen findet sich eine kurze Anmerkung dazu in der Begründung zu § 283 BGB n.F.⁴⁵², welche der Gesetzgeber dann aber zu keiner Konsequenz führt und nur feststellt, dass die

»Verweisung doch jedenfalls klarstellt, dass die Unmöglichkeit bzw. die Einrede nach § 275 II doch zu einem Schadensersatzanspruch führt, wenn der Schuldner sich hinsichtlich seines Vertretenmüssens nicht entlasten kann.«

⁴⁵⁰Im Gegensatz zu der in § 275 II BGB n.F. geregelten »faktischen« Unmöglichkeit. Vgl. dazu auch die Begründung in BT-Ds. 14/6040, S. 129.

⁴⁵¹ERNST, JZ 1994, S. 801 (806).

⁴⁵²BT-Ds. 14/6040, S. 142, wo es heißt, dass »man die Auffassung vertreten könnte, dass die in § 280 Abs.1 Satz1 [des Entwurfs] vorausgesetzte Pflichtverletzung dann nicht vorliegen kann, wenn der Schuldner wegen § 275 Abs. 1 oder 2 [des Entwurfs] gerade keine Pflicht zur Leistung hat.«

Damit aber löst der Gesetzgeber keinesfalls die den Regelungen innewohnenden logischen Widersprüche sondern bricht diesbezügliche Bedenken nur zugunsten der Betonung des »Vertretenmüssens« ab⁴⁵³.

Eine gewisse - zumindest verbale - Entschärfung des Widerspruchs erreichte der Gesetzgeber durch die Änderung des Wortlauts des § 275. Wurde der Schuldner gemäß § 275 I BGB a.F. noch ausdrücklich »von der Verpflichtung zur Leistung frei«, so ist nach § 275 I BGB n.F. lediglich der »Anspruch auf Leistung [...] ausgeschlossen«.

Dass dennoch mit dem *Anspruch* auf die Leistung zwangsläufig auch die *Pflicht* zur Leistung entfällt, kann hierdurch letztlich aber nicht in Frage gestellt werden, was ein Vergleich von § 275 I und II BGB n.F. zeigt⁴⁵⁴. Fiele die Leistungspflicht nicht korrespondierend zum Anspruch weg, so müsste auch Absatz 1 - wie Absatz 2 - als *Einrede* formuliert sein. Tatsächlich sah noch der Diskussionsentwurf vom 04. August 2000⁴⁵⁵ eine derartige Funktion des § 275 I vor, so dass der Schuldner danach auch im Falle der Unmöglichkeit allein das Recht hatte, die Leistung zu *verweigern*⁴⁵⁶. Zumindest hiervon hat sich der Gesetzgeber sowohl im Normtext als auch in der zugehörigen Begründung ausdrücklich distanziert⁴⁵⁷.

Die bestehende Widersprüchlichkeit bei der Verwendung der »Pflichtverletzung« als zentralen Tatbestand im allgemeine Leistungsstörungenrecht lässt sich plastisch am Beispiel des englischen Falles TAYLOR vs. CALDWELL⁴⁵⁸ darstellen: Die Beklagten hatten sich vertraglich dazu verpflichtet dem Kläger eine Konzerthalle für einen Zeitraum von vier Tagen zu überlassen. Noch vor dem ersten Tag der Gebrauchsüberlassung wurde die Konzerthalle ohne das Verschulden einer

⁴⁵³ Dabei ist der einzige (wohl seltene) sachlogisch fehlerfreie Fall einer »nicht zu vertretenden Pflichtverletzung« - vor dem Hintergrund der dargelegten Widersprüche - der *entschuldigte Rechtsirrtum*, wenn sich somit der Schuldner bezüglich seiner tatsächlich bestehenden Pflicht in einem nicht vorwerfbaren Irrtum befindet, etwa weil er die Pflicht nicht kennt und nicht kennen kann, vgl. HUBER, ZIP 2000, S. 2273 (2278).

⁴⁵⁴ An anderen Stellen der Begründung heißt es zudem wieder, der Schuldner werde nach § 275 BGB n.F. von der Leistung »frei«, vgl. etwa BT-Ds. 14/6040, S. 176, was die allein begriffliche aber nicht inhaltliche Veränderung des § 275 I BGB n.F. unterstreicht.

⁴⁵⁵ Abrufbar unter <http://www.dnoti.de/DOC/2001/eschurmo.pdf>, sowie <http://www.bib.uni-mannheim.de/bereiche/jura/schuldrechtsreform/disk-entw-schldrmod.pdf>

⁴⁵⁶ Dies wäre allerdings aus folgendem Grund ein verfehelter, da logisch un schlüssiger Ansatz gewesen: Die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit des Schuldners im Falle einer Einrede - nämlich den einredebehafteten Anspruch zu erfüllen oder nicht - wäre im Falle der Unmöglichkeit von vornherein sachlogisch nicht gegeben, was das Bestehenbleiben des Anspruchs sinnlos machte. Wäre dann noch - wie von der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts in ihrem Abschlussbericht 1992 (S. 121) dargelegt - im Falle einer »evidenten Unmöglichkeit« eine unzulässige Rechtsausübung richterlich festgestellt worden, hätte die »Einrede« des § 275 tatsächlich die Gestalt einer anspruchsvernichtenden Einwendung angenommen. Dann wiederum - und hier zeigt sich der Widerspruch auch jenes (Diskussions-)Entwurfs - hätte aber der Schuldner mittels § 275 die von der Rechtsordnung an ihn erhobene Pflicht zur Leistung (dauerhaft) suspendieren können, womit zugleich aber zwangsläufig auch eine Verletzung der Rechtsordnung durch die Nichtleistung hätte ausgeschlossen sein müssen; vgl. hierzu auch SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (639).

⁴⁵⁷ So in BT-Ds. 14/6040 S. 128; zu den verbleibenden logischen Widersprüchlichkeiten der »Pflichtverletzung« vgl. auch SCHULTZ in WESTERMANN, S. 21 f.; STOLL, S. 593.

⁴⁵⁸ King's Bench, (1863) 3 B. & S. 826 = 122 Eng. Rep. 309 (1863).

der Parteien durch ein Feuer zerstört, die Herbeiführung des eigentlichen Vertragszwecks mithin vereitelt. In diesen Fällen der Vereitelung des Vertragszwecks (engl. »frustration«) sollte - so das erkennende Gericht - eine stets vorhandene konkludente Vereinbarung zur Geltung kommen, dass nämlich die Parteien von der Haftung befreit seien, wenn die Vertragserfüllung unmöglich sei, weil der Vertragsgegenstand ohne Einwirkung der Vertragsparteien untergeht⁴⁵⁹:

»When from the nature of a contract it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled, unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continues to exist, so that when entering into the contract they must have contemplated such continued existence, as foundation of what was to be done, then, in the absence of any express or implied warrent, that the thing shall exist, the contract is not to be considered a positive contract but subject to the implied condition that parties shall be excused, in case, before breach, performance becomes impossible, from the perishing of the thing without the default of the contractor.«

Diese Entscheidung aus dem Jahr 1863 ist deswegen von besonderer Relevanz, da sie zum ersten Mal im englischen Recht eine generelle Befreiung von der bis dahin strengen Garantiehafung (»rule as to absolute contracts«) erlaubte, derzufolge auch höhere Gewalt *kein* Befreiungsgrund darstellen konnte, da es jeder Vertragspartei vor Vertragsschluss möglich sei, sich durch ausdrückliche Vereinbarungen von der Verantwortung für bestimmte Risiken freizuhalten. Wer dies nicht tue, müsse umgekehrt auch für *jeden* Hinderungsgrund haften⁴⁶⁰.

Durch die Entscheidung in TAYLOR vs. CALDWELL wurde nicht nur das Prinzip der Garantiehafung im englischen Recht entscheidend modifiziert, sondern sie spiegelt auch eben jenen Gedanken wider, welcher der Befreiung von der Garantiehafung gem. Art. 79 CISG zugrunde liegt⁴⁶¹.

Während hier das englische Recht und mit ihm das UN-Kaufrecht aufgrund der in beiden Systemen verwirklichten Garantiehafung und dem von der »Pflichtverletzung« gänzlich verschiedenen Ansatz der Nichterfüllung zu einer sachlogisch fehlerfreien Lösung kommt, bleibt nach dem SMG unter den obigen Erwägungen in den Fällen ähnlich dem Sachverhalt⁴⁶² in TAYLOR vs. CALDWELL unbeantwortet, worin die eigentliche *Pflicht*verletzung bestehen soll⁴⁶³ - vorausgesetzt, der Schuldner erfüllt auch alle Nebenpflichten, wie etwa die

⁴⁵⁹(1863) 3 B. & S. 826 (883-884).

⁴⁶⁰So erstmals entschieden in PARADINE vs. JANE, (1647) Aley 26, Simpson 91 L.Q.R. 247 (269-273) und bis zur Entscheidung in TAYLOR vs. CALDWELL ständige Rechtsprechung, vgl. auch CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON, S. 569 ff.

⁴⁶¹Vgl. dazu auch HUBER, ZIP 2000, S. 2273 (2276 und Fn. 24 ebenda).

⁴⁶²Vgl. hierzu auch die gleichgelagerten Beispielfälle bei SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (638) und FLUME, S. 1497.

⁴⁶³SCHAPP formuliert diese Widersprüchlichkeit zutreffend, indem er anmerkt »als zusätzliche Voraussetzung des Anspruchs auf Schadenersatz statt der Leistung [wird] neben der Pflichtverletzung des § 280 I [BGB n.F.] das Freiwerden des Schuldners von der Leistungspflicht nach § 275 I [BGB n.F.] ... genannt«, SCHAPP, JZ 2001, S. 583 (586).

rechtzeitige Benachrichtigung des Gläubigers vom Untergang des Vertragsgegenstandes etc.

Die vom Gesetzgeber vermeintliche Gleichsetzung von Pflichtverletzung und Nichterfüllung - welche insbesondere durch die Bezugnahmen auf das UN-Kaufrecht an Plastizität gewinnt -, offenbart noch einen weiteren logischen Widerspruch im SMG: Diese Gleichsetzung hat - konsequent angewendet - zur Folge, dass ein Schuldner der von vornherein bestehenden Haftung nur durch Erfüllung entgehen kann⁴⁶⁴, da sich jeder entstandene Anspruch eben dadurch auszeichnet, dass er (noch) nicht erfüllt ist. Dieser gedankliche Ansatz ist aber nur dann schlüssig, wenn auch schon der Anspruch auf *Erfüllung* als Haftung des Schuldners interpretiert wird⁴⁶⁵. Weder aus dem Gesetzestext, noch aus der Begründung dazu geht aber hervor, dass sich der Gesetzgeber diesem systematischen Verständnis durch das SMG anschließen wollte.

Wann aber der Gläubiger vom Anspruch auf Leistung zum Schadensersatzanspruch übergehen kann, lässt sich aus den §§ 280 I, III, 281 I BGB n.F. entnehmen: Wenn nämlich der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. In diesem Zusammenhang merkt SCHUR⁴⁶⁶ zu Recht an, dass unklar bleibt, ob die Pflichtverletzung i.S.d. »ersten« Nichterfüllung der Leistungspflicht - die somit zunächst nur den Primäranspruch aufrechterhält - dieselbe Pflichtverletzung ist wie die fortdauernde Nichtleistung nach Fristablauf. Sollte hier aber die versäumte Frist tatsächlich schon fester Bestandteil der Pflichtverletzung sein, so lägen bereits bei dieser einfachen Abgrenzungsfrage zwei unterschiedliche Pflichtverletzungskonzepte vor.

Ein weiteres logisches Problem im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung ergibt sich für die anfänglichen Leistungshindernisse, also jene, die bereits *vor* Vertragschluss eintreten: Grundsätzlich können (Vertrags-)Pflichten zwangsläufig erst mit *Vertragsschluss* einsetzen⁴⁶⁷. Zuvor von »Pflichten« und deren »Verletzung« zu sprechen, ist nur möglich, soweit damit Pflichten aus einem Vertragsanbahnungsverhältnis beschrieben werden sollen, was § 311 II BGB n.F. bestätigt. Dem widerspricht aber, dass - anders als bisher in diesen Fällen - nun nicht mehr allein der Vertrauensschaden - also das negative Interesse - ersetzt werden soll, sondern § 311a II 1 BGB n.F. auch hinsichtlich des Vertragsanbahnungsverhältnisses die Haftung auf das *positive* Interesse einschließt. Dann aber kann der Gesetzgeber sich bei dieser Haftungsregelung nicht mehr allein auf eine Umsetzung der c.i.c. in § 311a II BGB n.F. stützen⁴⁶⁸. Wäre es aber das Anlie-

⁴⁶⁴ SCHUR, S. 77 f.

⁴⁶⁵ Ein derartiges Verständnis der Schuldnerhaftung vertrat etwa HIMMELSCHIN, S. 273, allerdings dort mit der Absicht, die Widersprüchlichkeit der Haftung des Schuldners einerseits nur als Rechtsfolge der schuldhaften Nichterfüllung, andererseits als Rechtsfolge der Unmöglichkeit zu überwinden und so den Grundsatz des § 224 I 2 des ersten Entwurfs des BGB wieder in § 276 BGB a.F. zu transportieren, vgl. dazu auch schon oben B.II.2.

⁴⁶⁶ SCHUR, S. 78.

⁴⁶⁷ So bereits RABEL, S.97.

⁴⁶⁸ Dass beim Rechtsinstitut der c.i.c. - von Ausnahmen abgesehen - grundsätzlich nur das *negative* Interesse ersatzfähig war, entsprach der ganz h.M., vgl. BGHZ 18, 248 (253), 49, 77

gen des Gesetzgebers gewesen, tatsächlich »nur« die c.i.c. zu normieren, so wäre auch dabei die Pflichtverletzung als einheitlicher Tatbestand ungeeignet gewesen: Dann nämlich hätte der Gesetzgeber an ein und denselben Tatbestand zwei unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen müssen, nämlich den Ersatz des negativen Interesses einerseits, des positiven Interesses andererseits - allein abhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dies ist nun im SMG nur aufgrund der »dogmatischen Inkonsequenz«⁴⁶⁹ des Gesetzgebers unterblieben.

Diese Erwägungen zur Widersprüchlichkeit des neuen allgemeinen Leistungsstörungenrechts im Detail machen deutlich, dass der Gesetzgeber mittels der Verwendung des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung einerseits und der zugehörigen Systematik des (neuen) Leistungsstörungenrechts andererseits ganz bewusst ein logisch fehlerhaftes Konzept konstruiert, ohne die vorliegenden »Denkfehler« vollständig aufzudecken und sie in ihrer Tragweite zu erkennen.⁴⁷⁰

Mit einem solchen - bereits für einfachste Fälle - denkfehlerhaften Gesetz entfernt sich der Gesetzgeber somit aber zugleich von seinem ganz wesentlichen Ziel der Schuldrechtsreform, nämlich der Vereinfachung des Leistungsstörungenrechts und vor allem dem angestrebten höheren Maß an Transparenz und Rechtssicherheit⁴⁷¹.

Wie die Darstellung der Funktionsweise des neuen Leistungsstörungenrechts - insbesondere auch anhand von Fällen wie TAYLOR vs. CALDWELL - gezeigt hat, kann von einer »Pflichtverletzung« sinnvollerweise nur hinsichtlich Schuldnerhandlungen gesprochen werden, ohne sachlogische Brüche vollziehen zu müssen. Das SMG bezieht jedoch alle denkbaren Fälle unter die Pflichtverletzung mit ein, von denen der vom Schuldner verursachten Nichterfüllung bis hin zu jenen der höheren Gewalt und des Handelns unbeteiligter Dritter oder gar des Gläubigers selbst. Damit nähert sich das SMG dem UN-Kaufrecht (mit dem dortigen Prinzip der Garantiehaftung) zwar an, indem bei der Pflichtverletzung zunächst nicht nach der Zurechenbarkeit der Handlung des Schuldners im Sinne eines Verschuldens gefragt wird (ebenso wenig wie im Fall der Nichterfüllung im UN-Kaufrecht), sondern erst beim »Vertretenmüssen« (bzw. im UN-Kaufrecht bei der Einschränkung der Haftung gem. Art. 79 CISG). Jedoch bleiben bei dieser Annäherung - wie bereits mehrfach angesprochen - systematische Inkompatibilitäten bestehen: So gibt schließlich das SMG das Verschuldensprinzip des BGB i.E. gerade *nicht* auf und nur für die Haftungs**begründung** wird das Konzept des UN-Kaufrechts übernommen, nicht aber für die Haftungs**beschränkung**. Letztere folgt nämlich im UN-Kaufrecht nicht aus der mangelnden Vorwerfbarkeit gegenüber dem Schuldner, sondern aus der mangelnden Beherrschbarkeit

(82); SOERGEL/WIEDEMANN, BGB, 12. Aufl. (1990), Vor § 275, Rdnr. 180; ERMAN/BATTES, 10. Aufl. (2000), § 276, Rdnr. 112; MÜNCHENER KOMMENTAR/EMMERICH, Bd. 2, Vor § 275, Rdnr. 182.

⁴⁶⁹So die Einschätzung von PALANDT/HEINRICHS, 64. Aufl. (2005), § 311a, Rdnr. 7 zu dieser weniger vom Gedanken als von ihrer Ausführung her neuen Haftungsregelung.

⁴⁷⁰Genau diese Konstellation beschreibt bereits SAVIGNY als Fall eines »logisch fehlerhaften Gesetzes« zu dessen Bereinigung allein die Rechtsfortbildung durch höchstrichterliche Rechtsprechung als geeignet zu erachten sei SAVIGNY, System I, S. 321, 329 f.

⁴⁷¹Diese Absicht ausdrücklich artikulierend etwa BT-Ds. 14/6040, S. 92.

eines Risikos, welche die Reichweite der Garantie beschränkt.

Das SMG vermischt folglich beide Prinzipien, ohne sich - systematisch - ganz für eines zu entscheiden.

II. Die *Pflichtverletzung* und die europäischen Vertragsrechtsprinzipien

Die *Principles of European Contract Law 1998* (PECL) sind das Ergebnis der Bemühungen um eine nichtlegislatorische europäische Rechtsvereinheitlichung durch die Kommission für Europäisches Vertragsrecht. Ziel dieser Grundregeln ist es, eine allgemeine Infrastruktur des Rechts der vertraglichen Schuldverhältnisse bereitzustellen, auf welche nicht nur Vertragsparteien, sondern auch die Europäische Gemeinschaft als Gesetzgeber, aber auch die nationalen Gesetzgeber zurückgreifen können⁴⁷². Wesentliches Anliegen dieses Regelungswerkes ist es zudem, die terminologischen und strukturellen Unterschiede zahlreicher Rechtsordnungen, vor allem aber des »common law« einerseits und des kontinentaleuropäischen Rechts andererseits zu überwinden.

Inspirationsquelle für die PECL waren neben dem UN-Kaufrecht europäische, aber auch außereuropäische Rechtsordnungen, wie etwa der amerikanische »Uniform Commercial Code« und die »Restatements« zum Vertrags- und Bereicherungsrecht⁴⁷³.

Wie bereits aus der Übersicht oben (Tabelle 2 auf Seite 92) zu entnehmen ist, basieren auch die *Principles of European Contract Law 1998* (PECL) und die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 1994* (UP) - auf dem Prinzip der Garantiehftung, d.h., auch sie bestimmen die Reichweite der Haftung nicht mittels des Verschuldens, sondern durch eine entsprechende Beschränkung der Garantie »kraft Gesetzes«⁴⁷⁴. Ebenso wie im UN-Kaufrecht ist auch hier das Merkmal der Nichterfüllung (»non-performance«) zentrales Tatbestandsmerkmal für die inhaltlich dem »allgemeinen Leistungsstörungenrecht« entsprechenden Normen⁴⁷⁵. Aufgrund der auch hier im Vergleich zum BGB (sowohl nach als auch vor dem SMG) gänzlich verschiedenen Haftungssysteme - Garantiehftung auf der einen, Verschuldenshaftung auf der anderen Seite - gelten die bei der Erörterung der Bezüge von SMG und CISG aufgezeigten Probleme und Widersprüchlichkeiten in vollem Umfang auch für diese europäischen Vertragsrechtsprinzipien. Der Anlehnung der »Pflichtverletzung« im BGB an die »Nichterfüllung« im Sinne dieser Regelungswerke oder gar ihrer Herleitung und Begründung stehen damit dieselben, oben dargelegten Bedenken entgegen, wie hinsichtlich des CISG⁴⁷⁶.

Allerdings tritt bei einem diesbezüglichen Vergleich der Prinzipien mit dem BGB noch eine Besonderheit hinzu, welche den Bemühungen des deutschen

⁴⁷²VON BAR/ZIMMERMANN, S. XXIII.

⁴⁷³ibid., S. XXVIII.

⁴⁷⁴Regelungen entsprechend der des Art. 79 CISG finden sich in Art. 8.108 PECL und 7.1.7 UP.

⁴⁷⁵Im Gegensatz zum CISG enthalten die PECL sowie die UP sogar Legaldefinitionen der »non-performance«, vgl. Art. 1.301 und Art. 7.1.1.

⁴⁷⁶Diese - hier im Zusammenhang mit dem CISG dargelegte, aber ebenso für die PECL geltende - unüberbrückbare Widersprüchlichkeit übersieht aber KLEY, wenn sie der Beibehaltung des Verschuldensprinzips bei gleichzeitiger Angleichung des Haftungsstatbestandes an die PECL zustimmt, KLEY, S. 210.

Gesetzgebers nach Angleichung und Anpassung des BGB an internationale Regelungenwerke zuwiderläuft: So liegt ein ganz wesentlicher Unterschied der PECL sowie der UP im Vergleich zum UN-Kaufrecht darin, dass die Prinzipien - die wesentlich jüngeren Datums sind als das aus dem EKG⁴⁷⁷ hervorgegangene UN-Kaufrecht - sehr deutlich und sauber differenzieren zwischen der anfänglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit (»impediment« steht dort für nachträgliche Leistungshindernisse, »initial impossibility« für die anfänglichen).

	PECL	UP
Anfängliche Unmöglichkeit (»initial impossibility«)	Art. 4.102	Art. 3.3
Nachträgliche Unmöglichkeit (»impediments«)	Art. 8.108	Art. 7.1.7
Erhöhte Aufwendungen zur Vertragserfüllung (»hardship« / »change of circumstances«) ⁴⁷⁸	Art. 6.111	Art. 6.2.1 - 6.2.3

Tabelle 3: *Synopse der internationalen Regelungswerke (2).*

Bereits HUBER hat gezeigt, dass die *ursprünglichen* Regelungen des BGB im allgemeinen Leistungsstörungenrecht und die der Prinzipien ein hohes Maß an Übereinstimmungen aufwiesen, wenn auch nicht im Begrifflichen, so aber unzweifelhaft im funktionalen und systematischen Zusammenhang⁴⁷⁹. Dies wird noch deutlicher durch ausdrückliche vergleichende Bezugnahmen in der Kommentierung der PECL auf das deutsche Recht (alter Fassung) in Hinblick auf die parallelen Vorschriften über die Unmöglichkeit⁴⁸⁰. Die in dieser Hinsicht also durchaus - wenn auch nur in Teilbereichen - vorhandene »Vorbildfunktion« des deutschen Zivilrechts in seiner Fassung vor dem SMG wird gelegentlich verkannt⁴⁸¹.

Die Aufhebung der Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, die das SMG durch die Vereinheitlichung mittels der »Pflichtverletzung« anstrebt, läuft somit den Rechtsentwicklungen auf internationaler Ebene in den Prinzipien entgegen. Ohne damit die Frage der zwingenden

⁴⁷⁷ Vorläufer des CISG waren das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EAG) vom 17. Juli 1973 (BGBl. I S. 856) und das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EKG) vom 17. Juli 1973 (BGBl. I S. 868).

⁴⁷⁸ Diese Regelungen erfassen jene Fälle vergleichbar der »faktischen Unmöglichkeit« wie sie in § 275 II BGB n.F. geregelt ist.

⁴⁷⁹ HUBER, ZIP 2000, S. 2137 (2143 f. und 2150 f.), mit der Bemerkung, die Regeln des BGB seien überwiegend »klarer, deutlicher, geschlossener, leichter anwendbar«, da sie nicht unter den schwierigen Bedingungen internationaler Rechtsvereinheitlichung wie insbesondere der notwendigen Kompromissbereitschaft zustande gekommen seien.

⁴⁸⁰ So in Bezug auf § 275 BGB a.F. LANDO/BEALE, PECL, Part I and II, Notes zu Art 8.108, S. 384.

⁴⁸¹ So etwa von ZIMMERMANN, JZ 1995, S. 477 (S. 480) und KLEY, S. 210 f.

Notwendigkeit jener Differenzierung zu beantworten⁴⁸², wird doch ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber bei der Konzipierung des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung nicht auf erfolgreiche Angleichungsbemühungen berufen kann. Vielmehr wird bei detaillierterer Betrachtung der den internationalen Regelungswerken zugrundeliegenden Haftungssysteme und ihres funktionalen Zusammenhangs deutlich, dass sich der deutsche Gesetzgeber bei der Fassung des SMG und seiner Begründung vorschnell an reinen Begrifflichkeiten orientiert und eine tiefer gehende Auseinandersetzung sowohl mit dem UN-Kaufrecht als auch mit europäischen Vertragsrechtsprinzipien unterlassen hat. Selbst wenn den internationalen Regelungen - insbesondere den PECL und den UP - neben der Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels auch eine »Inspirationsfunktion« für die Fortentwicklung des nationalen Rechts zugesprochen wird⁴⁸³, so muss diese Entwicklung doch stets von einem in sich schlüssigen und abgestimmten Konzept getragen werden und darf sich aus den genannten Gründen nicht nur auf die dargestellten Einzelaspekte beschränken.

Dabei wäre auch eine strukturelle Angleichung an die Prinzipien denkbar gewesen, so etwa der Verzicht auf die Nichtigkeitsfolge des § 306 BGB a.F. zugunsten eines Rechts zur Anfechtung wegen Irrtums im Falle eines von Anfang an auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages, wie dies unter den Voraussetzungen der Art. 4.103 PECL und Art. 3.4, 3.5 UP vorgesehen ist⁴⁸⁴. Während aber der Gesetzgeber des SMG diese Erwägungen offensichtlich erst gar nicht in Betracht gezogen hat, greift er bei seinem Vorhaben der Rechtsangleichung mit den - vermeintlichen - rein begrifflichen Parallelen zu den internationalen Regelungswerken deutlich zu kurz, vergibt damit nicht nur die Möglichkeit einer auch im internationalen Bezugsrahmen transparenteren und vereinfachten Anwendung des BGB, sondern erschwert diese noch durch die Schaffung eines aus dieser Sicht »inkompatiblen« und sachlogisch in bedeutenden Zusammenhängen unschlüssigen Haftungssystems im neuen allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

⁴⁸²RABEL, S. 40 f.

⁴⁸³So etwa ZIMMERMANN, JZ 1995, S. 477 (478).

⁴⁸⁴So der Vorschlag bei HUBER, ZIP 2000, S. 2273 (2280 f.).

D. Systematische Veränderungen durch das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung

Nach der Erörterung der Legitimität gesetzgeberischen Handelns im allgemeinen Leistungsstörungenrecht, also letztlich der Frage nach den *Voraussetzungen* für die Zulässigkeit der Einführung des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung und der sich anschließenden Überlegungen zu den Widersprüchlichkeiten im internationalen Kontext und den sachlogischen Zusammenhängen *bei der Einführung* dieses Rechtsinstituts - zusammen mit den zugehörigen neuen Regelungen -, stellt sich nun die Frage, inwieweit Auswirkungen auf die Systematik des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zu erkennen sind. Dies soll sich im Folgenden sowohl auf Detailausschnitte beziehen, als auch auf grundsätzlichere Fragen.

I. Der Konflikt zwischen Privatautonomie und richterlicher Vertragsanpassung

Mit dem neuen allgemeinen Leistungsstörungenrecht könnten Veränderungen eintreten, die das Verhältnis von Privatautonomie und richterlicher Vertragsanpassung betreffen. Nach dem SMG enthält das BGB nun zwei Regelungen, die im Fall der Leistungserschwerung Relevanz erlangen: Dies ist zum einen die Befreiung von der Leistungspflicht gem. § 275 II BGB n.F., zum anderen die richterliche Vertragsanpassung i.S.v. § 313 I BGB n.F. im Rahmen der »Störung der Geschäftsgrundlage«, die an das - bisher ungeschriebene - Rechtsinstitut des »Wegfalls der Geschäftsgrundlage« (WGG) anschließt⁴⁸⁵.

Auch die WGG sah - ebenso wie § 313 I BGB n.F. - primär eine Vertragsanpassung vor, die Auflösung nur als ultima ratio⁴⁸⁶. Ergeben sich somit in der Lösung der entsprechend gelagerten Fälle an sich keine systematischen Veränderungen, so könnten diese allenfalls durch ein neu geordnetes Verhältnis von § 275 II BGB n.F. und § 313 I BGB n.F. eintreten. In der Tat sah die Schuldrechtsreformkommission in ihrem Abschlussbericht 1992 noch vor, der richterlichen Vertragsanpassung als »lex specialis« stets den Vorrang zu geben⁴⁸⁷, also sogar in Fällen der teilweisen oder vorübergehenden Leistungshindernisse wären die Vertragsparteien - statt dem Schuldner ein (teilweises oder vorübergehendes) Leistungsverweigerungsrecht zu gewähren - vermehrt und überwiegend zu einer Vertragsanpassung geführt worden, was in der Tat eine beachtenswerte Einschränkung der Privatautonomie hätte erwarten lassen können. In der Begründung zum SMG hat der Gesetzgeber diese Priorität jedoch zurückgenommen und festgestellt, dass die Anpassung des Vertrages nur vorgenommen werden könne, wenn der Schuldner nicht schon nach § 275 (II) BGB n.F. von seiner

⁴⁸⁵ Vgl. nur BT-Ds. 16/6040, S. 174.

⁴⁸⁶ PALANDT/HEINRICHS, 61. Aufl. (2002), § 242, Rdnr. 130.

⁴⁸⁷ BMJ, Abschlußbericht, S. 151 sub 6; vgl. dazu auch ERNST, JZ 1994, S. 801 (801 f.).

Leistungspflicht frei geworden ist⁴⁸⁸.

Da somit nach dieser Auffassung (weiterhin) dem die Grenzen der Leistungspflicht bestimmenden § 275 BGB n.F. der Vorrang vor der Vertragsanpassung zukommt, sind aus dieser Sicht keine systemverändernden Voraussetzungen für den Eingriff in die Privatautonomie erkennbar.

⁴⁸⁸BT-Ds. 16/6040, S. 176.

II. Die Regelung der Befugnis zur Vertragsaufhebung mittels unbestimmter Rechtsbegriffe

Eine Betrachtung unter systematischen Gesichtspunkten verdienen des Weiteren die Voraussetzungen für den Rücktritt und damit die Vertragsaufhebung. Hier stellt das SMG insoweit einen Neuansatz vor, als dass nun grundsätzlich der Rücktritt bei jeder Art von Pflichtverletzung möglich ist, also auch bei der Verletzung von Schutz- und Nebenpflichten. Dies wird umso bedeutsamer, als dass anders als in §§ 325, 326 BGB a.F. für den Rücktritt kein Verschulden mehr erforderlich ist. Die Entscheidung, ob im Einzelfall ein Rücktritt zulässig ist oder nicht, hängt stattdessen im Wesentlichen nur noch von der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ab, die selbst wiederum in einer Mehrzahl auf engstem Regelungsraum gebraucht werden:

- Hat der Gläubiger zwar eine Leistung erbracht, war diese aber nicht vertragsgemäß, so richtet sich das Recht zum Rücktritt nach der *Erheblichkeit* der Pflichtverletzung (§ 323 V 2 BGB n.F.).
- Liegt indes nur eine Teilleistung vor, so ist der *Interessenwegfall* - hinsichtlich der Teilleistung - entscheidend (§ 323 V 1 BGB n.F.).
- Ist stattdessen ausschließlich eine Pflicht nach § 241 II BGB n.F. verletzt, dann kommt es für das Recht zum Rücktritt auf die *Zumutbarkeit* des Festhaltens am Vertrag an.

Sowohl im Gesetz selbst, als auch in der Begründung zum Entwurf bleiben die naheliegenden Fragen unbeantwortet, warum die Erfüllung der Voraussetzungen für den Rücktritt - und damit ein einseitiges Aufhebungsrecht des Gläubigers - deutlich herabgesenkt und zum anderen von verschiedenen - möglicherweise nicht immer kompatiblen - unbestimmten Rechtsbegriffen abhängig gemacht wurde. Hierfür fehlen sowohl rechtstechnische als auch rechtspolitisch nahe liegende Gründe die dagegen sprächen, gerade im Fall der *Nebenpflichtverletzung* am Vertrag festzuhalten und den Gläubiger für seine verletzten Interessen in Geld zu entschädigen⁴⁸⁹. Auch die Anlehnung an internationale Voraussetzungen kann diese Veränderungen in ihrer Gesamtheit nicht hinreichend begründen. So wird zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass sowohl das UN-Kaufrecht⁴⁹⁰ als auch die von UNIDROIT formulierten »Principles of international commercial contracts«⁴⁹¹ mit dem Rechtsbegriff der »wesentlichen Vertragsverletzung« als Voraussetzung für die Aufhebung des Vertrages arbeiten, was für sich allein die systematische Veränderung dieses Bereichs des Schuldrechts noch nicht zu begründen vermag.

Gerade mit dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit und Transparenz, welches ganz maßgebliche Motivation für das SMG war, lässt sich die neue Systematik nur schwer vereinbaren. Insbesondere bei einem so sensiblen Bereich wie

⁴⁸⁹ Vgl. ERNST, JZ 1994, S. 801 (806 f.).

⁴⁹⁰ Art. 25, 49 (1) a), 51 (2), 64 (1) a), 72 (1), 73 CISG.

⁴⁹¹ Art. 6.2.1, 7.3.1 (2) (a).

der Frage nach dem (Fort-)Bestand des Vertrages hätte der Gesetzgeber unbestimmte Rechtsbegriffe vermeiden müssen, um durch potentielle Rechtsstreitigkeiten der Parteien die Klärung dieser relevanten Frage nicht zu erschweren und zu verlängern.

III. Der systematische Bruch bei der Ableitung der *Pflichtverletzung* aus der pVV

Neben den bereits aufgezeigten⁴⁹² Differenzen im Verständnis der Pflichtverletzung im Rahmen der pVV im Sinne STAUBS einer- und dem SMG andererseits, tritt zudem ein systematischer Bruch bei der »Her-« oder »Ableitung« der Pflichtverletzung aus der pVV: Der Gesetzgeber beruft sich darauf, dass die pVV der eigentliche zentrale Fall des Leistungsstörungenrechts sei⁴⁹³. Den Bruch zur Pflichtverletzung führt der Gesetzgeber jedoch dann selbst herbei, wiederum indem er die Pflichtverletzung inhaltlich mit der Nichterfüllung (in Anlehnung an das UN-Kaufrecht) gleichsetzt⁴⁹⁴. Schon die Wahl der Bezeichnung »*positive* Vertragsverletzung« stellt die unmittelbare Gleichsetzung von Pflichtverletzung und Nichterfüllung in diesem Zusammenhang in Frage, auch wenn hier natürlich nicht übersehen werden soll, dass weithin Einigkeit darüber bestand, im Rahmen der pVV nicht nur positives Handeln, sondern auch ein Unterlassen als Schadensersatzbegründendes Ereignis zu begreifen⁴⁹⁵. Bei der Anwendung der pVV wurde nämlich das die Schadensersatzpflicht begründende Schuldnerverhalten wesentlich differenzierter betrachtet und schloss vor allem auch die Fälle der Schlechtleistung mit ein⁴⁹⁷. Ein Hauptanwendungsbereich der pVV war demnach, dem Gläubiger *neben* dem (i.d.R. weiterbestehenden) Erfüllungsanspruch den Schaden, resultierend aus einer *schlecht ausgeführten* Leistungshandlung, zu ersetzen. Diese - von der Rechtsprechung und Literatur intensiv geförderte - Differenzierung des relevanten Schuldnerverhaltens wird aber vom Ansatz des SMG ignoriert, indem die Pflichtverletzung neuerdings schlicht als *Nichterfüllung* verstanden wird. Damit widerspricht das neue Rechtsinstitut der Pflichtverletzung jedoch gerade der Entwicklungsgeschichte und der Fallgruppenbildung der pVV⁴⁹⁸ und kann - zumindest aus *dieser* Sicht - keinen systematischen Anspruch auf die Stellung als »Grundtatbestand« erheben.

⁴⁹²Vgl. oben *B.II.1.*

⁴⁹³Vgl. BT-Ds. 14/6040, S. 92 und 133; PALANDT/HEINRICHS, 61. Aufl. (2002) § 276, Rdnr. 107; ebenso HEINRICHS, S. 8 ff., der bereits Mitglied der ersten Schuldrechtsreformkommission war.

⁴⁹⁴BT-Ds. 14/6040, S. 92 und 133.

⁴⁹⁵LARENZ, Schuldrecht, Band 1, 14. Aufl. (1987), § 24 I, S. 367 f.; ERMAN/BATTES, 10. Aufl. (2000), § 276, Rdnr. 86. Dennoch hat sich die pVV vom positiven Schuldnerhandeln her entwickelt und ist in diesem Sinne auch überwiegend verstanden worden⁴⁹⁶; ERMAN/BATTES, a.a.O.

⁴⁹⁷Vgl. nur die ausführliche Darstellung hierzu in der Kommentierung, etwa bei PALANDT/HEINRICHS, 61. Aufl. (2002), § 276, Rdnr. 109 ff.; MÜNCHENER KOMMENTAR/EMMERICH, Bd. 2, Vor § 275, Rdnr. 207 ff.

⁴⁹⁸SCHUR, S. 85 f.

IV. Die Absenkung der Voraussetzungen für den Übergang vom Leistungs- zum Schadensersatzanspruch

Eine weitere systematische, wenn auch detailhafte, so doch nicht unerhebliche, Veränderung ergibt sich hinsichtlich des Übergangs vom Leistungs- zum Schadensersatzanspruch *statt der Leistung* im Falle des Schuldnerverzugs: Nach der bisherigen Regelung des BGB war ein Schadensersatz statt der Leistung gem. § 286 II BGB a.F. nur möglich, wenn an der Leistung infolge des (bereits vorliegenden) Verzuges *kein Interesse mehr* bestand, bei gegenseitigen Verträgen gem. § 326 I BGB a.F. nur unter der Voraussetzung der *Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung*. Nach der neuen Fassung des § 280 I, III i.V.m. § 281 I 1 genügen für diesen Übergang allein die Nichtleistung nach Eintritt der Fälligkeit⁴⁹⁹ und eine (erfolglose) Fristsetzung, die ggf. sogar entbehrlich ist, § 281 II BGB n.F.

Diese Änderung stützt sich vor allem auf zwei Argumente - die im Ergebnis jedoch nicht überzeugen können: Zum einen sei für den Gläubiger i.d.R. nicht erkennbar, warum ein Schuldner nicht leiste, ob dies also etwa

- für ihn unmöglich geworden sei (i.S.v. § 275 I BGB n.F.), was gemäß § 283 BGB n.F. zur sofortigen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs berechtige,
- für ihn nur die Einrede des § 275 II BGB n.F. bestünde, die er ggf. noch erheben müsse oder ob
- er gar keinen Grund zur Leistungsverweigerung habe.

Nach der neuen Regelung könne sich der Gläubiger schnell Klarheit über den Fortbestand des Leistungsanspruchs oder das notwendige Ausweichen auf den Schadensersatzanspruch verschaffen, wobei zugleich durch die Fristsetzung, die immer auch Mahnung sei, der Schuldner in Verzug gesetzt werde⁵⁰⁰.

Der zweite Grund für die Absenkung der Voraussetzungen zum Übergang auf den Schadensersatzanspruch sei, dass die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an die Ablehnungsandrohung i.S.v. § 326 I BGB a.F. gestellt habe, so hoch gewesen seien, dass sie praktisch nur von Rechtskundigen hätten erfüllt werden können⁵⁰¹.

Der Gesetzgeber des SMG verkennt bei dieser Begründung, dass die bis dahin geltende Regelung wesentlich besser dazu geeignet war, das Gleichgewicht der wirtschaftlichen Interessen von Gläubiger und Schuldner zu gewährleisten: Sowohl die bei § 286 BGB a.F. notwendige Voraussetzung des Verzuges, als auch des Interessenwegfalls und die im Rahmen des § 326 I BGB a.F. erforderliche Fristsetzung waren insoweit sinnvolle und zuverlässige Mittel, um dem

⁴⁹⁹Neben dem Nichtvorliegen eines Leistungshindernisses i.S.v. § 275 BGB n.F., da ansonsten §§ 280 I, III i.V.m. § 283 BGB n.F. gelten.

⁵⁰⁰Zum Vorstehenden vgl. BT-Ds. 14/6040, S. 138.

⁵⁰¹ibid., S. 139.

Schuldner eine letzte Möglichkeit zu geben, den Vertrag doch noch zu erfüllen - unabhängig von seiner ohnehin bestehenden Pflicht zum Ersatz des Verzugschadens - und damit auch das (eben dann weiterhin vorliegende) Gläubigerinteresse an dem schließlich ursprünglich beidseitig angestrebten Vertrag zu befriedigen. Auch die Tatsache, dass der Gläubiger nach der neuen Regelung den Schuldner zusammen mit der Fristsetzung in Verzug setzt, ist ein reines rechtstechnisches Moment, um die widersprüchliche Situation eines rechtmäßigen Schadensersatzanspruchs gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB n.F. ohne Verzug i.S.v. § 286 BGB n.F. zu vermeiden. Ein gleichwertiger Ersatz für die - nach alter Regelung gegebene Möglichkeit - zur »Rückkehr zur vertraglich eingeräumten Leistung« ist dies jedoch nicht. Soweit § 326 I BGB a.F. betroffen ist, bestehen durchgreifende Bedenken daran, dass die Anforderungen der Rechtsprechung tatsächlich so hoch lagen, als dass sie im Rechtsverkehr nur für Rechtskundige zu erfüllen waren. Schließlich musste aus der Androhung nur die klare Ablehnung der Leistung durch den Gläubiger hervorgehen⁵⁰².

Selbst im Falle der Anerkennung der Überzeugungskraft jener Begründung des SMG bleibt insoweit auch in diesem Bereich eine systematische Veränderung festzustellen. Ähnlich wie schon bei den Voraussetzungen zum Rücktritt⁵⁰³ wird auch hier eine rechtliche Umgebung geschaffen, die es allein dem Gläubiger vereinfacht, sich vom Vertrag zu lösen, selbst für den Fall, dass das Interesse des Gläubigers an der vertraglich vereinbarten Leistung fortbesteht und der Schuldner noch leistungsbereit ist.

Der Vollständigkeit halber soll auf eine weitere im *besonderen* Schuldrecht angelegte systematische Veränderung hingewiesen werden, die sich zwar nicht unmittelbar aus dem Rechtsinstitut der Pflichtverletzung ergibt, jedoch deutlich mit dem neuen Zentraltatbestand zur Pflichtverletzung - § 280 I 2 BGB n.F. - verbunden ist und ebenfalls einen erheblich vereinfachten Übergang vom Leistungs- auf den Schadensersatzanspruch ermöglicht: Nach der bis zum Inkrafttreten des SMG geltenden Rechtslage im Kaufrecht schuldete der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers, dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 BGB a.F.), sowie bei Verletzungen bestimmter Sorgfaltspflichten aus pVV und c.i.c., wobei die Beweislast für den Mangel, einschließlich der Zusicherung der Eigenschaft, sowie für die Erklärung aus der die Arglist zu entnehmen war, stets dem Käufer oblag, der Schadensersatz geltend machte⁵⁰⁴. Nach der neuen Konzeption des Kaufrechts verweist § 437 Nr. 3 BGB n.F. im Fall der Lieferung einer mangelhaften Sache für den Schadensersatzanspruch des Käufers auf § 280 BGB n.F. Damit aber verdeutlicht der Gesetzgeber, dass er eben jene Lieferung einer mangelhaften Sache beim Stückkauf unmittelbar als Pflichtverletzung begreift, für die wiederum die Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB n.F. gilt, so dass der Verkäufer sich dem Schadensersatzbegehren des Käufers nur durch eine

⁵⁰² PALANDT/HEINRICHS, 61. Aufl. (2002), § 326, Rdnr. 18.

⁵⁰³ Vgl. oben D.II.

⁵⁰⁴ PALANDT/PUTZO, 61. Aufl. (2002), § 463, Rdnr. 28.

Exculpation erwehren könnte⁵⁰⁵.

In der Begründung zum Gesetzentwurf des SMG beruft sich der Gesetzgeber darauf, dass die bis dahin geltende Normierung den tatsächlichen Rechtszustand - insbesondere hinsichtlich der bis dahin nur durch pVV und c.i.c. erfassten Fälle - falsch wiedergebe und daher der »Modernisierung« bedürfe⁵⁰⁶. Diese Argumentation mag zwar - unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit - einen Teil der gesetzlichen Änderungen erfassen, dennoch bleibt die Veränderung der Beweislast weitestgehend unkommentiert. Dies ist umso unverständlicher, als dass die Verschuldensvermutung neuerdings eben nicht nur für jene bisherigen Fälle der pVV und c.i.c. gilt - was für sich allein schon eine systematische Veränderung darstellte -, sondern für *jede* Lieferung einer mangelhaften Sache. Ebenso wie bei den dargestellten Änderungen im allgemeinen Schuldrecht ist auch dieser Eingriff in das Gleichgewicht der wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien - hier konzeptionell zu Lasten des Schuldners der Sachleistung - ohne erkennbaren Grund erfolgt und weitet die Inanspruchnahme des eigentlich stets als sekundär erachteten Schadensersatzanspruchs deutlich aus.

⁵⁰⁵Zur Verschuldensvermutung beim Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Leistung im Kaufrecht SCHAPP, JZ 2001, S. 583 (588). Zwar findet sich nach Inkrafttreten des SMG auch im Werkvertragsrecht im Fall einer mangelhaften Werkerstellung in § 634 Nr. 4 BGB n.F. für den Anspruch auf Schadensersatz des Bestellers ein Verweis auf § 280 BGB n.F., so dass die hier dargelegte Beweislastverteilung auch in diesem Teil des besonderen Schuldrechts zum Tragen kommt, allerdings war im Werkvertragsrecht vor dem SMG die Beweislastverteilung nicht so deutlich wie im Kaufrecht, sondern nach Gefahrenbereichen bestimmt, so dass der Unternehmer bereits nach altem Recht häufig den Beweis für fehlendes Vertretenmüssen zu führen hatte, PALANDT/SPRAU/HEINRICH, 61. Aufl. (2002), § 635, Rdnr. 9 i.V.m. § 282, Rdnr. 8.

⁵⁰⁶BT-Ds. 14/6040, S. 224 f.

V. Die Neigung zur vollständigen Integration einer privatrechtlichen Pflichtenordnung in das öffentliche Recht

Einen weiteren interessanten Ansatz zur Erörterung systematischer Veränderungen durch das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung entwickelt SCHAPP⁵⁰⁷, indem er die Meinung vertritt, die Begründung von Schadensersatzansprüchen im Zivilrecht knüpfe primär an den Gedanken der *Rechts*verletzung an und entspräche damit dem zivilrechtlichen Denken in subjektiven Rechten. Das Bewusstsein für diesen gedanklichen Ansatz würde nun aber durch das vereinheitlichende Konzept der *Pflicht*verletzung geschwächt, was sich etwa insbesondere an der neuen Überschrift des § 241 zeige, der nicht mehr - wie noch in der Klammerüberschrift der alten Fassung - vom »Inhalt des Schuldverhältnisses« spricht, sondern von den »Pflichten aus dem Schuldverhältnis«⁵⁰⁸. In einer Pflichtenkonzeption aber stünde immer der Gehorsam des Pflichtigen gegenüber der Rechtsordnung im Vordergrund und nicht mehr der Schutz und die Achtung der Rechtsgüter des anderen. Diese Auffassung mündet bei SCHAPP in der Feststellung, dass »die Lehre KELSENS gezeigt (hat), dass eine konsequente Auffassung des Privatrechts als Pflichtenordnung zu einer vollständigen Integration des Privatrechts in das öffentliche Recht führt«⁵⁰⁹.

Die von SCHAPP skizzierten Konsequenzen sind offensichtlich stark verkürzt und entbehren leider einer genaueren Herleitung oder weiteren Ausführungen. Insoweit ist zunächst zu bezweifeln, ob SCHAPPS Verständnis der Lehre KELSENS in diesem Zusammenhang zutreffend ist. Dies erfordert eine nähere Betrachtung zum einen der Bedeutung und des Verhältnisses von »Pflicht« und »Recht« bei KELSEN, sowie zum anderen seiner Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht.

1. Die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht nach KELSEN

a) Die Unzulänglichkeit der klassischen Einteilung in *ius publicum* und *ius privatum*

Grundsätzlich erkennt KELSEN die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht als eines der »fundamentalsten Prinzipien der modernen Rechts-

⁵⁰⁷ SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (642).

⁵⁰⁸ Diese Entwicklung hat sich nun sogar - zumindest aus der Perspektive SCHAPPS - verschärft, da es sich nach dem SMG nicht mehr nur um eine redaktionelle »Klammerüberschrift« handelt, wie noch in dem SCHAPP vorliegenden Kommissionsentwurf, sondern um eine *zum Gesetzestext* gehörende Überschrift, der mithin für die Auslegung und Bewertung der dem § 241 folgenden Abschnitte erhöhte Bedeutung zukommen könnte.

⁵⁰⁹ Hierzu und zum Vorstehenden vgl. SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (642), zur besonderen Betonung der »Berechtigung« im Zivilrecht SCHAPP, Grundlagen, § 7 I, Rdnr. 256 f.

wissenschaft« an⁵¹⁰, lehnt aber zugleich die klassische Einteilung in *ius privatum* und *ius publicum* ab⁵¹¹. Dabei tritt KELSEN den seiner Ansicht nach vorherrschenden Theorien zur obigen Einteilung, namentlich der

- Interessentheorie

und der

- Mehrwerttheorie

mit den folgenden Argumenten entgegen:

Die *Interessentheorie* zähle zum öffentlichen Recht all jene Rechtsnormen, welche auf das allgemeine oder das Gesamtinteresse gerichtet seien, zum Privatrecht hingegen solche Normen, die dem Individualinteresse oder dem Interesse der Einzelindividuen dienen. Damit aber werde ein metarechtlicher Standpunkt eingenommen, der keine rechtstheoretisch brauchbare Einteilung erlaube, denn welchem *Zweck* eine Rechtsnorm zuzuordnen ist, sei für ihre juristische Qualifikation i.E. unerheblich. Vielmehr müsse sich die Einteilung auf den Inhalt und die Gliederung von Tatbestand und Rechtsfolge beziehen, also nur auf rechtsimmanente, nicht rechtstranszendente Gegenstände⁵¹². Da alles objektive Recht (also alle Rechtsnormen) letztlich dem öffentlichen Interesse diene, weil auch der Schutz des Individualinteresses ein Kollektivinteresse sei, umgekehrt aber auch beim Verwaltungs- und Strafrecht - als »klassisches öffentliches Recht« - stets der individuelle Mensch mit seinem Interesse an diesem Rechtssatz zu ermitteln sei, führe diese Theorie zu keinen brauchbaren Ergebnissen, sondern basiere auf einer Unterscheidung der möglichen Betrachtungsweisen unter Zuhilfenahme unzulässiger materieller Zweckmomente⁵¹³.

Die *Mehrwerttheorie* definiere das öffentliche Recht mittels eines über- und eines untergeordneten Rechtssubjektes, das Privatrecht hingegen durch gleich geordnete Rechtssubjekte, und stelle damit auf einen Unterschied innerhalb der Schuldverhältnisse ab, also das *Gewalt- oder Herrschaftsverhältnis* einerseits und das *Rechtsverhältnis* andererseits⁵¹⁴. Dieses Zusprechen eines höheren rechtlichen Wertes an gewisse Rechtssubjekte gehe jedoch von der falschen Vorstellung aus, dass Rechtssubjekte und Rechtsverhältnisse dadurch entstünden, dass die Menschen und ihre natürlichen Verhältnisse zu ihren vom Recht unabhängigen Qualitäten noch eine »Rechtsqualität« hinzuerhielten⁵¹⁵. Rechtssubjekte stünden aber nicht außerhalb der Rechtsordnung, sondern seien Teile eines Ganzen *in* der Rechtsordnung, genauso wie das Rechtsverhältnis kein natürliches Verhältnis sei, zu dem die Rechtsordnung noch regulierend hinzutrete, sondern es stünde innerhalb der Rechtsordnung als eine durch den Rechtssatz hergestellte Beziehung von Tatbeständen: Wenn zwischen Schuldner und Gläubiger ein Rechtsverhältnis bestehe, so bedeute dies, dass ein bestimmtes Verhalten

⁵¹⁰KELSEN, Allgemeine Staatslehre, S. 80.

⁵¹¹KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 269.

⁵¹²Zum Vorstehenden KELSEN, Allgemeine Staatslehre, S. 80 f.

⁵¹³ibid., S. 81 f.; KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 269.

⁵¹⁴KELSEN, Allgemeine Staatslehre, S. 82 f.

⁵¹⁵ibid., S. 83 f.

des Schuldners und ein bestimmtes Verhalten des Gläubigers derart in einem Rechtssatz verbunden seien, dass das Verhalten des einen als Berechtigung, des anderen als Verpflichtung erscheine. Das Verhältnis sei somit eines zwischen Tatbeständen, nicht zwischen Personen, so dass konsequenterweise auch nur *Tatbestände* und nicht *Personen* differentielle Qualitäten haben könnten⁵¹⁶. Der Versuch, Rechtssubjekte nach anderen Qualitäten als den tatbestandlichen zu differenzieren, müsse jedoch von vornherein scheitern, was sich bei der Frage beweise, worin der Mehrwert, die Überordnung einer Person bestehe: Wenn dies im öffentlichen Recht darin gesehen werde, dass von einem Rechtssubjekt einseitig Verpflichtungen ausgesprochen werden könnten, im Privatrecht hingegen nur mit Zustimmung des Verpflichteten durch übereinstimmende Willenserklärungen, so greife dies zu kurz, da *beide* Verhaltensweisen nur eine von der generellen Rechtsnorm gesetzte Bedingung (einseitige Willenserklärung hier, beidseitige dort) seien und letztlich daher auch *beide* Rechtsgeschäfte in dem Sinne darstellten, dass sie auf Rechtswirkung gerichtete Willensäußerungen seien, als Bedingung der Rechtsordnung für diese Rechtswirkung⁵¹⁷. Nur diese Bedingungen für die Rechtswirkung, also die Rechtspflicht, seien jeweils unterschiedlich:

1. »verhaltet euch so, wie bestimmt qualifizierte Menschen es befehlen« (= nach der Mehrwerttheorie dem öffentlichen Recht zugeordnete Rechtswirkung),
2. »verhaltet euch so, wie ihr untereinander vereinbart« (= nach jener Theorie dem Privatrecht zugeordnete Rechtswirkung)

In beiden Fällen stelle die Willensäußerung aber - und dies verkenne die Mehrwerttheorie - eine Fortsetzung der staatlichen Willensbildung in der Form des Inhalts der Rechtsordnung dar, durch die Konkretisierung der generellen abstrakten Norm zur individuellen, konkreten Norm. In einem weiteren Sinne sei mithin auch das *Rechtsgeschäft* ein *Rechtsakt*, nämlich ein den Inhalt der Rechtsordnung vollendender Akt⁵¹⁸. Daraus folge aber auch, dass hinsichtlich des »Unterworfen-seins« unter eine Rechtspflicht für das Rechtssubjekt kein Unterschied (i.S.d. klassischen Differenzierung) zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bestehe⁵¹⁹.

b) Die Einteilung KELSENS

Auch wenn sich KELSEN gegen die übliche Einteilung wendet, so ist für ihn dennoch eine Grenzlinie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht von Bedeutung: Für KELSEN sind zunächst alle Rechtssätze öffentliches Recht, das Privatrecht nur eine Untergruppe, welche all jene Rechtssätze erfasse, die einen

⁵¹⁶ ibid.

⁵¹⁷ ibid., S. 84.

⁵¹⁸ Zum Vorstehenden ibid., S. 85.

⁵¹⁹ ibid., S. 150 f.

Willen des Staates zu einer besonderen Unrechtsfolge, der »Exekution«, beinhalten. Seine Konzeption lässt sich - in der Tabelle auf dieser Seite - wie folgt darstellen⁵²⁰:

Rechtssätze im weiteren Sinne

⇒ beinhalten den Willen des Staates zu irgendeiner Handlung
(und sind damit alles öffentliche Rechtssätze)



Rechtssätze im engeren Sinne



Privatrecht



Strafrecht



Statuieren neben der Rechtspflicht des Staates auch
Rechtspflichten anderer Personen, d.h. Untertanen, während die
Rechtssätze im weiteren Sinne lediglich die Rechtspflicht des
Staates zu einer (nicht in einer Unrechtsfolge bestehenden)
Handlung normieren.

Tabelle 4: *Öffentliches und privates Recht nach KELSEN.*

Die Grenzziehung muss nach KELSEN somit zwischen den Rechtssätzen i. w.S. und i. e.S. erfolgen. Nur die einen Willen des Staates zur Unrechtsfolge (Strafe oder Exekution, wie etwa auch das Urteil in einem Zivilprozess) enthaltenden *Rechtssätze im engeren Sinne* seien jener besonderen Relation fähig, in welcher der Rechtssatz als Rechtspflicht des Untertanen erscheine.

Diese Unterscheidung von Rechtssätzen im weiteren und im engeren Sinne wird noch plastischer bei der Erörterung KELSENS Verständnisses von *Pflichten* und *Rechten*.

⁵²⁰Hierzu und zum Vorstehenden, KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 655 f.

2. Das Verhältnis von »Pflicht« und »Recht« bei KELSEN

Für KELSEN stehen die Begriffe *Pflicht* und *Recht* im engen Zusammenhang mit der Funktion der *Norm*, wobei für ihn die Pflicht grundsätzlich nicht etwas von der Norm Verschiedenes darstellt, sondern »die Norm im Verhältnis zu dem Subjekt, dessen Verhalten geboten ist«⁵²¹. Hinsichtlich der Bedeutungsmöglichkeit von »Recht« oder »Berechtigung« differenziert KELSEN zwischen vier maßgeblichen Gruppen⁵²²:

1. das Recht, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten, d.h. das Verhalten ist weder geboten noch verboten, es ist im negativen Sinne erlaubt,
2. im positiven Sinne erlaubtes Verhalten,
3. jemand ist einem anderen gegenüber zu einem Verhalten *verpflichtet*, dann ist das Recht auf jenes bestimmte Verhalten ein »Reflex der Pflicht« (des anderen zu dem Verhalten), d.h. das Recht des einen ist die Pflicht des anderen⁵²³,
4. die spezifisch technische Bedeutung von »Recht«, wenn im Falle der (unjuristisch gesprochen) »Nichterfüllung der Pflicht« die anzuordnende Sanktion nur auf Antrag des durch die Nichterfüllung der Pflicht in seinen Interessen verletzten Subjekts erfolgt (durch Klage, Beschwerde etc.), d.h. die Setzung der individuellen Norm (etwa die Verurteilung zu einer Leistung), mit der die Sanktion angeordnet wird, ist von einer Aktion desjenigen bedingt, dem gegenüber die - nicht erfüllte - Pflicht besteht (= »Recht im subjektiven Sinne mit einer spezifisch technischen Bedeutung«).

Die Aufgabe der Rechtsordnung sei es nun, das besondere Verhältnis festzustellen, indem das subjektive Recht und die subjektive Pflicht zueinander stünden und sowohl das subjektive Recht als auch die subjektive Pflicht aus dem objektiven Rechtssatz (=der Norm) abzuleiten⁵²⁴. Dabei sei zu bemerken, dass lediglich das subjektive *Recht* und sein Verhältnis zum Rechtssatz eingehend untersucht worden seien, nicht aber der Begriff der subjektiven *Rechtspflicht*, obwohl letztere die weitaus wichtigere, primäre und ursprüngliche subjektive Erscheinungsform des objektiven Rechts sei, da die wesentliche Funktion eines Rechtssatzes gerade darin bestünde, eine Rechtspflicht zu statuieren, nicht aber zwangsläufig auch ein subjektives Recht. Eine unmittelbare Verknüpfung sei nur dann gegeben, wenn man das Recht allein als bloßen Rechtsreflex - im Sinne der oben unter »3.« genannten Gruppe - und das durch die Rechtspflicht eines anderen geschützte Interesse begreife. Anderenfalls aber sei - theoretisch - eine Rechtsordnung denkbar, die überhaupt keine subjektiven Rechte einräume⁵²⁵.

⁵²¹ KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen, S. 108.

⁵²² *ibid.*, S. 110.

⁵²³ Zu der Auffassung KELSENS, dass zwar jedem Recht eine Pflicht gegenüber stehen muss, nicht aber jeder Pflicht auch ein Recht, vgl. im nachfolgenden Text.

⁵²⁴ KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 311 f.

⁵²⁵ Zum Vorstehenden vgl. *ibid.*, S. 312.

Auch Rechte im technischen Sinne - wie oben unter »4.« erläutert - seien nie ohne Pflichten anderer möglich, wohl aber Pflichten ohne jene Rechte im technischen Sinne, d.h. Pflichten, die im Falle ihrer Nichterfüllung eben nicht durch eine Aktion des durch die Nichterfüllung in seinen Interessen verletzten Subjekts sanktioniert werden⁵²⁶.

Das subjektive *Recht* - der Bürger untereinander und gegenüber dem Staat - ist somit nach KELSEN der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Anspruch der im Rechtssatz erklärte Wille des Staates zu irgendeinem Handeln (wie etwa die Verurteilung zur Leistung durch ein staatliches Gericht) abhängig gemacht ist⁵²⁷. Der »Anspruch« bezeichnet in diesem Zusammenhang alle Akte, von denen der im Rechtssatz zum Ausdruck kommende Staatswille zum Handeln abhängt und durch den der Rechtssatz zum subjektiven Rechte einer Person gegen den Staat wird. Der Staat wird also »angesprochen«, seine nunmehr aktuelle Pflicht zu erfüllen⁵²⁸.

Aufgrund der dominierenden Stellung der »Pflicht« aber sei es von der traditionellen Jurisprudenz unzutreffend, stets den Begriff der Berechtigung in den Vordergrund zu stellen; vielmehr müsse der »Pflicht« als Ausdruck für die normative Funktion des Gebietens sowohl in der Ethik als auch in der Rechtswissenschaft die Priorität eingeräumt werden, ohne dabei allerdings »höherwertig« zu sein⁵²⁹.

Die Untersuchung des Systemverständnisses KELSENS - hier begrenzt auf ihre Bedeutung für die von SCHAPP⁵³⁰ angenommene Neigung der Pflichtverletzung zur Förderung der Integration des Privatrechts in das öffentliche Recht - zeigt, dass sich KELSENS Abgrenzung dieser Rechtsbereiche deutlich von der herkömmlichen und üblichen Differenzierung abhebt. Eine Reduzierung dieser Abgrenzung auf »Pflichtenkonzeption« (iSe öffentlichen Rechts) gegenüber »System von Rechten« (iSe Privatrechts) greift nicht nur zu kurz, indem es die Argumentationstiefe KELSENS unberücksichtigt lässt, sondern verkennt auch sein Verständnis von *Recht* und *Pflicht*. Dieses erschöpft sich nicht in der primären Zuordnung zu Rechtsgebieten, sondern orientiert sich vielmehr am Verhältnis der Norm zum Rechtssubjekt, wobei er sogar *generell* der Pflicht, wenn auch keine höherwertige, so aber doch die systematisch wichtigere und primäre Bedeutung zumisst. Daher kann schon die Betonung der »Pflicht« durch das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung aus dieser Sicht nicht per se den Wechsel eines Systemver-

⁵²⁶KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen, S. 111; diese Abgrenzung verdeutlicht KELSEN an folgendem Beispiel: Wenn der Staat durch eine Rechtsordnung *verpflichtet* werde, bei einer bestimmten Bevölkerungsanzahl in einer Gemeinde eine Schule zu errichten, dann liege ein korrespondierendes *Recht* der Gemeinde nur vor, wenn die objektiven Voraussetzungen in der Rechtsordnung zur Errichtung der Schule auch von der Zustimmung und dem Verlangen der Gemeinde abhängig gemacht würden. Sei der Staat indes ohne jegliche Mitwirkung der Gemeinde zur Errichtung der Schule verpflichtet, dann könne dieser verpflichtende Rechtssatz eben gerade nicht auch als Recht der Gemeinde verstanden werden, vgl. KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 661 f.

⁵²⁷KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 663.

⁵²⁸ibid., S. 662.

⁵²⁹KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen, S. 111.

⁵³⁰SCHAPP, JZ 1993, S. 637 (642).

ständnisses bedingen.

Hinzu tritt, dass die Pflichtverletzung i.S.d. SMG vornehmlich Pflichten der Gruppe enthält, die als Reflex ein Recht auslösen (mithin Pflichten im Sinne der oben unter »3.« dargestellten Gruppe sind), also i.d.R. parallel auch stets als Berechtigung eines anderen verstanden werden, so etwa bei den vertraglichen Haupt- und Nebenleistungspflichten.

Die Erörterung der möglichen Ansätze für ein geändertes Systemverständnis durch die Einführung des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung macht deutlich, dass eine große, grundlegende Veränderung - wie SCHAPP sie als Möglichkeit in Aussicht gestellt hat - nicht zu erwarten ist. Vielmehr werden sich in kleineren Teilbereichen und Einzelfragen veränderte Ansätze zeigen, so insbesondere bei der - durch das SMG vereinfachten - Lösung des Gläubigers vom Primäranspruch und vom Vertrag insgesamt. Um die Relevanz dieser Änderungen festzustellen, ist es lohnend, gerade in diesen Rechtsbereichen die sich in Zukunft abzeichnende Rechtsprechung aufmerksam zu beobachten, zu eben jenen, diese Systemveränderung bedingenden Normen.

E. Zusammenschau und Ausblick

Die hier vorgenommene Untersuchung und Erörterung der Pflichtverletzung, ausgehend von grundlegenden Fragestellungen, deutlich abseits der tagespolitischen Diskussion und zahlreichen - vorwiegend anwendungsbezogenen und überblickgebenden - Darstellungen, führt zu dem Ergebnis, dass gewichtige Bedenken gegen die Einführung dieses neuen Rechtsinstituts durchgreifen.

Der Gesetzgeber des SMG hat - im weitesten Sinne - sowohl historische und methodische, aber auch logische Umstände und Erfordernisse missachtet, deren Berücksichtigung bei der Neukonzeption eines allgemeinen Leistungsstörungsrechts - ausgehend vom zentralen Rechtsinstitut der Pflichtverletzung - nicht nur ratsam, sondern auch geboten gewesen wäre.

Die geringsten - wenn auch je nach Gestaltung des Einzelfalls u.U. äußerst relevanten - Bedenken sind dabei im Bereich des »Systemverständnisses« des bürgerlichen Rechts im Allgemeinen und des Leistungsstörungsrechts im Speziellen anzubringen. Bei einer sorgfältigen Betrachtung der neuen Regelungen ist keine Tendenz von einer »Rechte-« zu einer »Pflichtenordnung« festzustellen, auch und gerade nicht bei intensiverer Auseinandersetzung mit der Differenzierung KELSENS zwischen öffentlichem und privatem Recht, auf welche sich dieser Ansatz- und Kritikpunkt an der Schuldrechtsreform in der jüngeren Literatur gründet.

Dadurch, dass sich die noch im Kommissionsentwurf von 1992 enthaltenen Vorschläge nicht durchgesetzt haben, blieben zwar wesentliche Eingriffe in die Privatautonomie aus, dennoch ist aber in diesem Zusammenhang die nach dem SMG wesentlich häufigere Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen - etwa bei der Vertragsaufhebung - ebenso zweifelhaft, wie die Störung des wirtschaftlichen Gleichgewichts von Gläubiger und Schuldner durch den - für den Gläubiger - vereinfachten Übergang vom Leistungsanspruch zum Schadensersatzanspruch. Dies gilt umso mehr, als dass sowohl der Gesetzestext selbst, als auch die Begründung zum Gesetzentwurf eine (wenn auch »nur« rechts- oder wirtschaftspolitische) Begründung für jene Veränderungen schuldig bleiben und somit Raum bieten für die Spekulation über eine unsaubere und unbedachte Neukonstruktion in diesem Bereich. Gerade mit dem Aspekt der vorrangig mit dem SMG angestrebten Förderung der Rechtssicherheit und -klarheit kann dieses Vorgehen nicht in Einklang gebracht werden. Auch ein weiteres, für den Gesetzgeber nach seinem eigenen Bekunden wichtiges Ziel, die gesetzliche Regelung der positiven Vertragsverletzung (pVV) kann - wie dargelegt - aus dem Blickwinkel der strukturellen Konsistenz bei der Einfügung dieses »Gewohnheitsrechts« in das BGB nicht als gelungen erachtet werden.

Noch deutlicher muss die Kritik an den Angleichungsbemühungen des SMG an die internationalen Regelwerke des Privatrechts ausfallen: Die gravierendste Fehlleistung hierbei liegt in der fast isolierten (und bei näherem Hin-

sehen auch nur vermeintlichen) Übernahme eines Begriffs, im besten Falle einer allein stehenden Regelung, *ohne* das zugehörige Bezugssystem, in diesem Fall vor allem die Garantiehaftung, welche allen vom Gesetzgeber ausdrücklich erwähnten - wenn auch in unterschiedlicher Intensität berücksichtigten - Regelungswerken (CISG, PECL, UP) zugrunde liegt.

Bei genauerer Betrachtung kommt hinzu, dass die »UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*« (UP) sowie die »*Principles of European Contract Law 1998*« (PECL) aufgrund ihrer klaren Differenzierung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit dem BGB in seiner ursprünglichen Fassung (in der es ihnen sogar in dieser Hinsicht Vorbild war) wesentlich näher standen, sich das allgemeine Leistungsstörungenrecht nach Inkrafttreten des SMG somit in diesem Punkt inhaltlich weiter von den internationalen Regelungen entfernt hat.

Ohnehin bleibt auch nach der Schuldrechtsreform der Nutzen dieser Angleichnungsbemühungen sehr fraglich, da keine nennenswerten Vorteile ersichtlich sind, welche diese Vereinheitlichung (oder - bezogen auf das SMG - zumindest das Bemühen darum) unbedingt notwendig machen. Die genannten Regelungswerke bieten zum einen schon selbst - bei entsprechendem Bedarf der Vertragsparteien - einen (in sich schlüssigen) rechtlichen Bezugsrahmen, der - insbesondere bezogen auf das UN-Kaufrecht - bereits praxisbewährt ist und von reichhaltiger Kasuistik begleitet wird. Sofern sich das CISG, die PECL und die UP (die beiden letzteren gerade mit ihren Anlehnungen an das deutsche allgemeine Leistungsstörungenrecht alter Fassung) weiterhin durchsetzen, würde dies den nationalen Alleingang des deutschen Gesetzgebers mit dem SMG noch weiter verdeutlichen und zugleich in Frage stellen.

Aus diesen Erwägungen und auch den in jenem Zusammenhang aufgezeigten logischen Problemen bei der Verwendung der »Pflichtverletzung« als zentrales Rechtsinstitut wird - schon bei einfachen Fallgestaltungen - wiederum deutlich, dass der Gesetzgeber sein Ziel der Rechtssicherheit und -klarheit zumindest nicht durch eine sprachlich und inhaltlich bis ins notwendige Detail durchdachte Tatbestandsbildung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht gefördert hat.

Die schwerwiegendsten und umfangreichsten Bedenken bestehen jedoch in Hinblick auf die Legitimität des gesetzgeberischen Handelns im allgemeinen Leistungsstörungenrecht vor dem Hintergrund einer historisch begründeten Aufgabenteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft⁵³¹. Der Abschlussbericht der Kommission 1992 stellte - generell und nicht nur für das allgemeine Leistungsstörungenrecht - fest, eine »Vertiefung der Rechtswissenschaft« habe »inzwischen stattgefunden«⁵³² und meinte damit die seinerzeit von JAKOBS geltend gemachten Einwände in Anlehnung an SAVIGNYs Differenzierung von »technischem« und »politischem« Element des Rechts nicht beachten zu müssen. Diese Aussage im Abschlussbericht beruht - wie dargelegt - auf einer in jeder Hinsicht unzureichenden Auseinandersetzung mit der - den BGB-Verfassern

⁵³¹ Vgl. insoweit auch schon das »Zwischenergebnis« zu diesem Ansatzpunkt oben *B.III*.

⁵³² Vgl. nochmals BMJ, Abschlußbericht, S. 41.

selbstverständlichen - Aufgabentrennung zwischen Gesetzgebung und Wissenschaft. Der diesbezügliche Einfluss der historischen Rechtsschule - ausgehend von SAVIGNY - ist zum Zeitpunkt der Entstehung des BGB deutlich zu erkennen und kann letztlich nicht ernsthaft bezweifelt werden. Waren sich die Verfasser des BGB der Unvollkommenheit ihrer Arbeit stets bewusst und gingen sie zugleich davon aus, dass mit der Rechtswissenschaft ein Organ zur Seite stand, dem die Vervollkommnung der Ausbildung des technischen Elements oblag, so lässt der heutige Gesetzgeber durch das SMG erkennen, dass er diese Funktion allein durch »Vervollständigen« des Gesetzes zu substituieren beabsichtigt. Der Gesetzgeber ignoriert die historischen Hintergründe der Entstehung des BGB, indem er davon ausgeht, Rechtssicherheit und -klarheit könnten (und müssten) sich nur aus kodifiziertem Recht ergeben, stets auch unabhängig davon, ob die Rechtswissenschaft ein korrespondierendes technisches Element bereitstellt.

Selbst wenn der Gesetzgeber des SMG seinem Entwurf zumindest jene Form der Selbstbeschränkung zugrunde gelegt hätte, die auch im Abschlussbericht 1992 anerkannt wird, nämlich die Zurückhaltung des Gesetzgebers in den Fragen »der richtigen juristischen Konstruktion eines Rechtsinstituts« und in Fragen »die noch nicht genügend durchdacht erscheinen oder für deren legislatorische Lösung der von der Rechtsprechung zur Verfügung gestellte Schatz praktischer Erfahrungen noch nicht ausreicht«⁵³³, selbst dann hätte der Gesetzgeber von der jetzigen Konstruktion des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung Abstand nehmen müssen: Es gibt keine - kodifizierte oder unkodifizierte - Dogmatik zur »Pflichtverletzung« in der nun im BGB vorzufindenden Form. Es kann - mit anderen Worten - in den Fällen, in denen Rechtssätze zur Pflichtverletzung nicht aus sich selbst heraus verständlich sind, nicht auf einen dogmatischen Unterbau zurückgegriffen werden, sondern allenfalls - etwa bei den Fällen der bisherigen pVV - auf eine spezielle Kasuistik. Bei Fragen aber nach Wertgesichtspunkten existieren für die Pflichtverletzung keine dogmengeschichtlichen Grundlagen.

Der Gesetzgeber ignorierte mit dem SMG - und vor allem auch mit der begleitenden Begründung - die Offenheit der Kodifikation gegenüber einer sie ergänzenden Wissenschaft - oder tritt dieser Ignoranz zumindest nicht entgegen. Eine so verstandene Gesetzgebung wird aber nicht mehr - wie ursprünglich charakteristisch für das BGB - von der Wissenschaft »beherrscht«, sondern versucht - umgekehrt - selbst Herrschaft über die Wissenschaft zu erlangen, zu Lasten ihrer Bedeutung und Stellung. Im Fall der Pflichtverletzung wäre eine so verstandene Dominanz der Wissenschaft mangels einer entsprechenden Dogmatik zum Rechtsinstitut der Pflichtverletzung auch gar nicht möglich: Rechtswissenschaft und -praxis waren - wie dargelegt - schon im Bereich der pVV zu mehr als der Bildung von Fallgruppen nicht instande. Auch der Versuch der Erarbeitung eines »Typus« der Pflichtverletzung aus der bestehenden Dogmatik - verstanden als primär *wertorientiertes* Denken - zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht in seiner ursprünglichen Fassung bringt mangels der bisherigen Ausbildung eines technischen Elements zur »Pflichtverletzung« keine weiterführenden Ergeb-

⁵³³ibid.

nisse. Die »Idee«, das »Konzept« des allgemeinen Leistungsstörungenrechts ist eben nicht von der Wissenschaft in einer Art und Weise weiterentwickelt worden, die eine Kodifizierung in Form der »Pflichtverletzung« ermöglicht oder gar gebietet. Die beabsichtigte »Verbesserung« des allgemeinen Leistungsstörungenrechts wird im Fall des SMG mithin nicht - im Sinne der Verfasser des BGB - durch Vergleich mit den Ergebnissen einer inzwischen entsprechend fortgeschrittenen Wissenschaft angestrebt, bildet also nicht nur bereits bestehendes »Recht« innerhalb einer Kodifikation ab, sondern stattdessen maßt sich der Gesetzgeber mittels eigenen »technischen Handelns« an, einer - fälschlicher- oder zumindest fragwürdigerweise - angenommenen Lückenhaftigkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts durch das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung zu begegnen. Eben durch dieses Handeln mit gesetzpositivistischem Charakter wird aber die wissenschaftliche Auseinandersetzung über jene Lückenhaftigkeit nicht gelöst, sondern abgebrochen und blendet zugleich das allmähliche Fortschreiten der Rechtswissenschaft aus.

Im Vergleich zur Regelung nach dem SMG ist es mehr als zweifelhaft, ob die Rechtsfindung unter der bis dahin geltenden Rechtslage tatsächlich dadurch beeinträchtigt war, dass das Rechtsinstitut der Pflichtverletzung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB fehlte und sich die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft für die (angebliche) Regelungslücke der pVV bedienen »mussten«⁵³⁴. Dies gilt vor allem wiederum unter Berücksichtigung der logischen Probleme, welche im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung bei der Lösung von - bisher einfach und klar zu behandelnden - Fällen nachweislich entstehen.

Das Streben nach einer weitgehenden Lückenlosigkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts fördert zudem den Charakterzug einer gewissen »Lehrhaftigkeit« des Gesetzes durch die Aufnahme von beinahe kasuistisch anmutender Regelung auch noch des konkreten Falls, sowie die Aussprache des Selbstverständlichen⁵³⁵, was den BGB-Verfassern aus historischen Gründen nachweislich fern lag.

Viele der aufgezeigten Mängel mögen ihre Ursache darin haben, dass mit dem ursprünglich bloßen Auftrag der Richtlinienumsetzung zum Verbrauchsgüterkauf und zum Zahlungsverzug das wesentlich größere und komplexere (und ältere) Vorhaben einer Schuldrechtsmodernisierung aufgegriffen wurde, ohne diesem die Zeit und den Raum für eine Erneuerung und Vertiefung der - immerhin zehn Jahre zurückliegenden - Diskussion zu geben. Von der den BGB-Verfassern zu Recht zugesprochenen »weisen Selbstbeschränkung« des Gesetzgebers kann im Fall des Rechtsinstituts der Pflichtverletzung nicht mehr gesprochen werden.

Das Gelingen der hier in Frage stehenden Änderungen im BGB - auch und

⁵³⁴ Die Möglichkeit *allein* die pVV als Tatbestand in das BGB aufzunehmen, zog der Gesetzgeber nie ernsthaft in Betracht.

⁵³⁵ Das deutlichste Beispiel hierfür findet sich allerdings im besonderen Schuldrecht, § 434 II BGB n.F. (»Ikea-Klausel«) und insbesondere in § 434 II 2 HS 2 BGB n.F.

gerade in der Praxis - wird somit nicht nur durch eine fehlende Dogmatik behindert, sondern sieht sich darüber hinaus einer Vielzahl begründeter Einwendungen in dem hier dargestellten Zusammenhang ausgesetzt. Mehr als ein experimenteller Charakter kann der hier untersuchten Neuerungen im allgemeinen Leistungsstörungenrecht daher nicht zugesprochen werden.

Literaturverzeichnis

- Ahrens, Heinrich* Juristische Enzyklopädie. Wien, 1855 (Nachdruck 1970)
- Ahrens, Martin* Unmöglichkeit, Leistungsstörung, Pflichtverletzung. ZRP 1995, 417–422
- Anders, Holm* Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungenrechts als Modell de lege ferenda. Berlin, 2001
- Derselbe* Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht des Entwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. ZIP 2001, 184–189
- Ballerstedt, Kurt* Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter. AcP 151 [1950/1951], 501–531
- Bar, Christian von/Zimmermann, Reinhard* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II. München, 2002
- Behrends, Okko/Henckel, Wolfram (Hrsg.)* Gesetzgebung und Dogmatik. Göttingen, 1989
- Behrends, Okko/Link, Christoph (Hrsg.)* Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff. Göttingen, 1987
- Beseler, Georg* Volksrecht und Juristenrecht. Leipzig, 1843
- Bethmann-Hollweg, Moritz August* Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit. Bonn, 1876
- Blomeyer, Arwed* Allgemeines Schuldrecht. 4. Auflage. Berlin / Frankfurt a.M., 1969
- Blumenberg, Hans et al. (Hrsg.)* Paul Johann Anselm Feuerbach und Carl Joseph Anton Mittermaier - Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Einl. von Klaus Lüderssen. Frankfurt a.M., 1968
- Borst, Johann Nepomuk* Über die Beweislast im Civilproceß. Leipzig, 1824
- Braun, Johann* Vom Beruf unserer Zeit zur Überarbeitung des Schuldrechts. JZ 1993, 1–8

- Brohm, Winfried* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. VVDStRL 1972, 245–306
- Brüggemeier, Gert/Reich, Norbert* Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform. BB 2001, 213–222
- Bubner, Rüdiger/Kramer, Konrad/Wiehl, Reiner (Hrsg.)* Hermeneutik und Dialektik, Aufsätze II, Sprache und Logik. Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag. Tübingen, 1970
- Bundesministerium der Justiz* Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I. Köln, 1981
- Dasselbe* Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts. Köln, 1992
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. 2. Auflage. Wien / New York, 1991
- Canaris, Claus-Wilhelm* Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen. JZ 1965, 475–482
- Derselbe* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. 2. Auflage. Berlin, 1983
- Derselbe* Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. ZRP 2001, 329–336
- Cheshire, G. C./Fifoot, C. H. S/Furmston, M. P.* Law of Contract. 12. Auflage. London, Dublin, Edinburgh, 1991
- Christ, A.* Über deutsche National-Gesetzgebung. Karlsruhe, 1842
- Coing, Helmut/Wilhelm, Walter* Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. Band 1, Frankfurt a.M, 1974
- Conrad, Hermann* Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat. Graz, 1971
- Derselbe /Kleinheyer, Gerd (Hrsg.)* Carl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat. Köln / Opladen, 1960
- Creifelds, Carl* Rechtswörterbuch. 14. Auflage. München, 1997
- Crome, Carl* System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Goldbach, 1998 (Nachdruck der Ausgabe Tübingen 1902)
- Dauner-Lieb, Barbara* Die geplante Schuldrechtsreform - Durchbruch oder Schnellschuß? JZ 2001, 1–18

- Diederichsen, Uwe* Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts. AcP 182 [1982], 101–125
- Diestelkamp, Bernhard* Einige Beobachtungen zur Geschichte des Gesetzes in vorkonstitutioneller Zeit. ZHF 1983, 385–402
- Dietz, Rolf / Hübner, Heinz (Hrsg.)* Festschrift für Carl Nipperdey. Band 1, München / Berlin, 1965
- Dölle, Hans* Außergesetzliche Schuldpflichten. ZStW 103 (1943), 67–102
- Dubischar, Roland (Hrsg.)* Dogmatik und Methode: Josef Esser zum 65. Geburtstag. Kronsberg / Ts., 1975
- Ebel, Friedrich* Über Legaldefinitionen. Berlin, 1974
- Derselbe / Thielmann, Georg* Rechtsgeschichte. Von der römischen Antike bis zur Neuzeit. 3. Auflage. Heidelberg, 2003
- Eisele, Fridolin* Unverbindlicher Gesetzesinhalt. AcP 69 [1869], 275–330
- Emmerich, Volker* Das Recht der Leistungsstörungen. München, 1997 (4. Aufl.), 2003 (5. Aufl.)
- Engisch, Karl* Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. 2. Auflage. Heidelberg, 1968
- Erler, Adalbert / Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.)* Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Band 2, Berlin, 1978
- Erman, Walter* Bürgerliches Gesetzbuch. Band 1, Münster / Köln, 2000 (10. Aufl.), 2004 (11. Aufl.)
- Ernst, Wolfgang* Kernfragen der Schuldrechtsreform. JZ 1994, 801–809
- Derselbe* Die Schuldrechtsreform 2001/2002. ZRP 2001, 1–11
- Esser, Josef* Möglichkeiten und Grenzen dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht. AcP 172 [1972], 97–130
- Derselbe* Vorverständnis und Methodenwahl. Frankfurt a.M., 1972
- Derselbe / Schmidt, Eike* Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2. 8. Auflage. Heidelberg, 2000
- Ficker, Claudius et al. (Hrsg.)* Festschrift für Ernst Caemmerer. Tübingen, 1978
- Fikentscher, Wolfgang* Schuldrecht. 9. Auflage. Berlin / New York, 1997
- Flume, Werner* Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts. ZIP 1994, 1497–1501

- Fuchs, Maximilian* Deliktsrecht. 5. Auflage. Berlin / Heidelberg / New York, 2004
- Gerhardt, Walter* Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo). JuS 1970, 597–603
- Glück, Christian Friedrich* Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Band 1, 2. Auflage. Erlangen, 1797
- Goldmann, Eduard/Lilienthal, Leo* Das bürgerliche Gesetzbuch, Systematisch dargestellt. Band 1, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältniss, 2. Auflage. Berlin, 1903
- Hachenburg, Max* Der 54. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. DJZ 8 (1903), 436–440
- Hattenhauer, Hans (Hrsg.)* Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften. 2. Auflage. München, 2002
- Heinrichs, Helmut* Abschied vom BGB oder sinnvolle Weiterentwicklung des bürgerlichen Rechts? Regensburg, 1995
- Hempel, Carl G./Oppenheim, Paul* Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Leiden, 1936
- Herberger, Maximilian* Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz. Frankfurt a.M., 1981
- Hermann, H./Seckel, E.* Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 11. Auflage. Graz, 1971
- Heyde, Erich Johannes* Typus. Ein Beitrag zur Typologie. Studium Generale, Jahrgang V (1952), 235–247
- Himmelschein, Jury* Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. AcP 135 [1932], 255–327
- Hommel, Karl Ferdinand* Principis cura leges (1765), übersetzt und erläutert von Rainer Polley. Karlsruhe, 1975
- Honsell, Heinrich (Hrsg.)* Kommentar zum UN-Kaufrecht. Berlin / Heidelberg, 1997
- Derselbe* Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. JZ 2001, 18–21
- Huber, Ulrich* Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. ZIP 2000, 2273–2284
- Derselbe* Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. ZIP 2000, 2137–2151

- Hufeland, Gottlieb* Lehrsätze des Naturrechts. Jena, 1790
- Jakobs, Horst Heinrich* Unmöglichkeit und Nichterfüllung. Bonn, 1969
- Derselbe* Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht. Paderborn / München / Wien / Zürich, 1983
- Derselbe* Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht. Paderborn / München / Wien / Zürich, 1985
- Derselbe* Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Paderborn u.a., 1992
- Derselbe / Schubert, Werner* Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB. Berlin / New York, 1978
- Jhering, Rudolph von* Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abhandlung. 8. Auflage. Darmstadt, 1954
- Kelsen, Hans* Allgemeine Staatslehre. Berlin / Zürich, 1966 (Nachdruck der 1. Aufl. (1925))
- Derselbe* Allgemeine Theorie der Normen, herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter. Wien, 1979
- Derselbe* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Aalen, 1984, 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage, Tübingen (1923)
- Kempski, Jürgen von* Zur Logik von Ordnungsbegriffen, besonders in den Sozialwissenschaften. Studium Generale V, Heft 4 (Mai 1952), 205–218
- Kley, Britta* Unmöglichkeit und Pflichtverletzung. Berlin, 2001
- Koch, Christian Friedrich* Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Band 1, 8. Auflage. Berlin / Leipzig, 1884
- Kohler, Josef* Technik der Gesetzgebung. AcP 96 [1905], 345–375
- Köpcke, Günther* Typen der positiven Vertragsverletzung. Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz, 1965
- Kötz, Hein* Diskussionen zu den Referaten ESSER, SPIROS SIMITIS UND PLEYER. Bericht. AcP 172 [1972], 172–176
- Derselbe / Wagner, Gerhard* Deliktsrecht. 9. Auflage. Neuwied / Kriftel, 2001
- Kretschmer, Ernst* Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem. Studium Generale, Jahrgang IV (1951), 399–401
- Kuhlen, Lothar* Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie. Berlin, 1977
- Kunkel, Wolfgang / Larenz, Karl / Ballerstedt, Kurt (Hrsg.)* Gerhard Dulckeit. Reden zu seinem Gedächtnis. Kiel, 1955

- Laband, Paul* Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Band 2, 5. Auflage. Tübingen, 1911
- Lando, Ole/Beale, Hugh (Hrsg.)* Principles of European Contract Law, Part I and II. The Hague / London / Boston, 2000
- Dieselben* Principles of European Contract Law, Part III. The Hague / London / Boston, 2003
- Larenz, Karl* Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil. 11. Auflage. München, 1976 (11. Aufl.), 1987 (14. Aufl.)
- Derselbe* Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Auflage. Berlin u.a., 1991
- Leenen, Detlef* Typus und Rechtsfindung. Berlin, 1971
- Lorenz, Werner* Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung. JZ 1960, 108–114
- Luhmann, Niklas* Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz, 1974
- Luig, Klaus* Das Privatrecht im »Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten« von 1794. AcP 194 [1994], 521–542
- Martinek, Oswin et al. (Hrsg.)* Arbeitsrecht und soziale Grundrechte. Festschrift Hans Floretta zum 60. Geburtstag. Wien, 1983
- Meder, Stephan* Urteilen. Frankfurt a.M., 1999
- Derselbe* Rechtsgeschichte. 2. Auflage. Köln / Weimar / Wien, 2002
- Derselbe* Mißverstehen und Verstehen. Tübingen, 2004
- Menge, Hermann* Langenscheidts Taschenwörterbuch Griechisch-Deutsch. Band 1, 31. Auflage. Berlin / München / Zürich, 1967
- Meyer-Cording, Ulrich* Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Tübingen, 1973
- Mohl, Robert von* Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. Monographien. Band 2, I, Tübingen, 1862 (Nachdruck 1962)
- Motzer, Stefan* Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit. JZ 1983, 884–889
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§241–432), FernAbsG. Band 2, 4. Auflage. München, 2001
- Derselbe* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§241–432). Band 2a, 4. Auflage. München, 2003

- Nörr, Dieter* Savignys philosophische Lehrjahre. Frankfurt a.M., 1994
- Oertmann, Paul (Hrsg.)* Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen. Leipzig, 1904
- Ogorek, Regina* Richterkönig und Subsumtionsautomat. Frankfurt a.M., 1986
- Palandt, Otto* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München, 2002 (61. Auflage), 2003 (62. Auflage), 2005 (64. Auflage)
- Pawlowski, Hans-Martin* Methodenlehre für Juristen. 2. Auflage. Heidelberg, 1991
- Pertsch, Erich* Langenscheidts Großes Schulwörterbuch Lateinisch-Deutsch auf der Grundlage des Menge-Güthlin. Band 1, 5. Auflage. Berlin / München, 1987
- Picker, Eduard* Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftung »zwischen« Vertrag und Delikt. AcP 183 [1983], 369–520
- Derselbe* Richterrecht und Rechtsdogmatik - Alternativen der Rechtsgewinnung. JZ 1988, 1–12
- Derselbe* Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte. AcP 201 [2001], 763–859
- Priester, Jens-Michael* Rationalität und funktionale Analyse. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1 (1970), 457–489
- Puchta, Georg Friedrich* Das Gewohnheitsrecht. Erlangen, 1828 (Band 1) und 1837 (Band 2)
- Derselbe* Cursus der Institutionen. Band 1, Leipzig, 1841 (Nachdruck 1997)
- Rabel, Ernst* Gesammelte Aufsätze. Band 1, Arbeiten zum Privatrecht. Hrsg. von Hans G. Leser, Tübingen, 1965
- Radbruch, Gustav* Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken. Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts XII (1938), 46–54
- Raisch, Peter* Juristische Methoden: Vom antiken Rom bis zur Gegenwart. Heidelberg, 1995
- Reyscher, A.L.* Das Dasein und die Natur des deutschen Rechts. Zeitschrift für das deutsche Recht und deutsche Rechtswissenschaft 1 (1839), 11–53
- Ritter, Joachim (Hrsg.)* Historisches Wörterbuch der Philosophie. Band 2, völlig überarbeitete Ausgabe, Basel, 1972
- Röhl, Klaus F.* Allgemeine Rechtslehre. 2. Auflage. Köln / Berlin / Bonn / München, 2001

- Roth, Paul von* Über Codifikation des Privatrechts. Archiv praktischer Rechtswissenschaft 8 [1860], 26–54
- Sauer, Wilhelm* Juristische Methodenlehre. Stuttgart 1940, Nachdruck Aalen 1970
- Savigny, Friedrich Carl von* Über den Zweck dieser Zeitschrift. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1 (1815), 1–84
- Derselbe* System des heutigen Römischen Rechts. Band 1, Berlin, 1840
- Derselbe* Vorlesungen über juristische Methodologie. Herausgegeben und eingeleitet von Also Mazzacane. Frankfurt a.M., 1993
- Derselbe* Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften. Herausgegeben und eingeleitet von Hans Hattenhauer. 2. Auflage. München, 2002
- Schapp, Jan* Probleme der Reform des Leistungsstörungenrechts. JZ 1993, 637–642
- Derselbe* Grundlagen des bürgerlichen Rechts. 2. Auflage. München, 1996
- Derselbe* Empfiehlt sich die »Pflichtverletzung« als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts? JZ 2001, 583–589
- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.)* Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. 4. Auflage. München, 2004
- Schmidt, Heinrich* Philosophisches Wörterbuch. 19. Auflage. Stuttgart, 1974
- Schmidt, Karsten (Hrsg.)* Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. Berlin, 1990
- Schmoekel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.)* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band I, §§1-240, Tübingen, 2003
- Schünemann, Wolfgang B.* Die positive Vertragsverletzung - eine kritische Bestandsaufnahme. JuS 1987, 1–9
- Schur, Wolfgang* Leistung und Sorgfalt. Tübingen, 2001
- Soergel, Hans Theodor* Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht II, §§433-515. 12. Auflage. Stuttgart / Berlin / Köln, Stand: Frühjahr 1991
- Derselbe* Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2/1, Schuldrecht I/1, §§241-432 (11. Aufl.); Band 2, Schuldrecht I, §§241-432 (12. Aufl.); Schuldrecht, §§241-610 (10. Aufl.). Stuttgart / Berlin u.a., Stand: Juli 1990 (12. Aufl.), Frühjahr 1986 (11. Aufl.), Herbst 1967 (10. Aufl.)

- Stahl, Friedrich Julius* Die Philosophie des Rechts. Band 2, 1. Abteilung, Heidelberg, 1845 (2. Auflage), Tübingen, 1963 (6. Auflage, Nachdruck der 5., unveränderten Auflage 1878)
- Staub, Hermann* Die positiven Vertragsverletzungen. 1. Auflage. Berlin, 1904
- Staudinger, J. von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, §§433-534. 13. Auflage. Berlin, 1995
- Derselbe* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, §§255-314. Berlin, Neubearbeitung 2001
- Derselbe* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Geleitwort; Einleitung zum BGB; Erstes Buch. Allgemeiner Teil. §§1-14; VerschG. Berlin, Neubearbeitung 2004
- Stoll, Hans* Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen. JZ 2001, 589–597
- Stoll, Heinrich* Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. AcP 136 [1932], 257–320
- Strache, Karl-Heinz* Das Denken in Standards. Berlin, 1968
- Struck, Gerhard* Dogmatische Diskussion über Dogmatik. JZ 1975, 84–88
- Thibaut, Anton Friedrich Justus* Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, in: Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften. Herausgegeben und eingeleitet von Hans Hattenhauer. 2. Auflage. München, 2002
- Thiele, Wolfgang* Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. JZ 1967, 649–657
- Ulmer, Peter* Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren. München, 1969
- Unger, Joseph* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig, 1856
- Wach, Adolf* Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil. Band 6, Berlin, 1908
- Wank, Rolf* Die juristische Begriffsbildung. München, 1985
- Weber, Max* Wirtschaft und Gesellschaft. 5. Auflage. Tübingen, 1985
- Westermann, Harm Peter (Hrsg.)* Das Schuldrecht 2002. Stuttgart u.a., 2002

- Westhelle, Fritz* Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung. Köln / Stuttgart, 1978
- Wieacker, Franz* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Auflage. Göttingen, 1967
- Willoweit, Dietmar* Struktur und Funktion intermediärer Gewalten im Ancien Régime. Der Staat, Beiheft 2 (Gesellschaftliche Strukturen als Verfassungsproblem) 1978, 9–27
- Wilmowsky, Peter von* Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis. JuS 2002, Beiheft zu 1/2002, 1–31
- Winckelmann, Johannes (Hrsg.)* Max Weber. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. 7. Auflage. Tübingen, 1988
- Windscheid, Bernhard* Lehrbuch des Pandektenrechts. Band 1, Frankfurt a.M., 1867 (2. Auflage), 1870 (3. Auflage), 1875 (4. Auflage), 1906 (9. Auflage) - Nachdruck 1963
- Witz, Wolfgang/Salger, Hanns-Christian/Lorenz, Manuel* Internationales Einheitliches Kaufrecht. Heidelberg, 2000
- Wolff, Christian* Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen (Deutsche Politik). 4. Auflage. Frankfurt / Leipzig, 1736 (Nachdruck 1975)
- Wolff, Hans Julius* Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft. Studium Generale, Jahrgang V (1952), 195–205
- Zimmermann, Reinhard* Konturen eines Europäischen Vertragsrechts. JZ 1995, 477–491
- Derselbe* Schuldrechtsmodernisierung? JZ 2001, 171–181
- Derselbe /Knütel, Rolf/Meinke, Jens Peter (Hrsg.)* Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Heidelberg, 1999

Abkürzungsverzeichnis*

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abl.	Amtsblatt
Abb.	Abbildung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte(r) Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.08.1896, RGBl. 195, BGBI. III 4 Nr. 400-2
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BMJ	Bundesministerium der Justiz
B. & S.	Best and Smith's Queen's Bench Reports 1861–1865
BT-Ds.	Bundestagsdrucksache
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods v. 11.04.1980, BGBI. II 89, 588
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
E I	Erster Entwurf zum BGB
Einl.	Einleitung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen v. 17.07.1973, BGBI. I, S. 868
Eng. Rep.	English Reports
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß

*Abkürzungen sind nur insoweit aufgeführt, als nicht allgemein gebräuchlich oder nicht ohne Weiteres aus sich verständlich.

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.05.1949, BGBl. 1, BGBl. III 1 Nr. 100-1
ggf.	gegebenenfalls
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jh.	Jahrhundert
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
L.Q.R.	Law Quaterly Review
n.F.	neue Fassung
PECL	Principles of International Commercial Contracts
pVV	positive Vertragsverletzung
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
SMG	Schuldrechtmodernisierungsgesetz
SRK	Schuldrechtsreformkommission
u.a.	und andere, unter anderem
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UP	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994
u.U.	unter Umständen
vgl.	Vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZHF	Zeitschrift für historische Forschung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft