

HOLGER SUTSCHET

Garantiehaf­tung und
Verschuldenshaf­tung
im gegenseitigen Vertrag

Jus Privatum

110

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 110



Holger Sutschet

Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag

Mohr Siebeck

Holger Sutschet, geboren 1970; 1990–1995 Studium der Rechtswissenschaften in Trier; 1995 Erstes Staatsexamen; 1995–1996 wissenschaftlicher Mitarbeiter; 1998 Zweites Staatsexamen; 1999 Promotion; 2000–2006 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Trier; 2005 Habilitation, *venia legendi* für die Fachgebiete Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht; WS 2006/2007 Lehrstuhlvertretung an der Universität Trier.

978-3-16-157955-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148844-X

ISBN-13 978-3-16-148844-3

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2006 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Michaela

Vorwort

Die juristische Fakultät der Universität Trier hat vorliegende Schrift im Sommersemester 2005 als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind berücksichtigt bis Mai 2006.

Dank schulde ich vornehmlich meinem akademischen Lehrer Professor *Dr. Horst Ehmann*, der mich während der Assistentenjahre an seinem Lehrstuhl wie auch nach seiner Emeritierung nachhaltig gefördert hat. In kritischem Hinterfragen, Beharrlichkeit und dem Bestreben, Recht sinnvoll zu gestalten, ist er Vorbild.

Nach der Emeritierung meines Lehrers war ich dem Lehrstuhl seines Nachfolgers, Herrn Professor *Dr. Thomas Raab*, zugeordnet. Er hat mir jeden erdenklichen Freiraum gewährt und war stets auf meine Förderung bedacht; auch hat er die Mühen des Zweitgutachtens auf sich genommen und wertvolle Anregungen gegeben. Ich schulde ihm großen Dank.

Danken möchte ich auch Frau Professor *Dr. Gabriele Burmester* (Trier) und Herrn Professor *Dr. Rainer Zaczyk* (Bonn, ehemals Trier), die aus ihren Personalmitteln eine Bürgschaft für die Erhaltung meiner Assistentenstelle nach der Emeritierung meines Lehrers gewährt haben.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die großzügige Unterstützung der Drucklegung.

Trier, im Mai 2006

Holger Sutschet

Inhaltsübersicht

Einführung	1
§ 1. Historische Entwicklung der Obligation im Überblick	3
§ 2. Begriffliche Entwicklung der Obligation	17
§ 3. Geldkondemnation: Grundlagen des Ersatzes des Erfüllungsinteresses	83
§ 4. Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse in anderen Rechtsordnungen	181
§ 5. Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse im BGB alter Fassung	215
§ 6. Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse im BGB neuer Fassung	249
§ 7. Die Haftung auf das Integritätsinteresse	283
§ 8. Zusammenfassende Thesen	309
Schrifttum	317
Sachregister	337

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
§1. Historische Entwicklung der Obligation im Überblick	3
I. Römisches Recht	3
1. Strengrechtliche Klagen	3
2. bonae fidei iudicia	5
II. Gemeines Recht	6
III. Der Obligationsbegriff bei Schaffung des BGB: das Prinzip der Einheit der Obligation	8
IV. Nach Inkrafttreten des BGB	13
V. Zusammenfassung	16
§2. Begriffliche Entwicklung der Obligation	17
I. Die Obligation als Haftung	19
1. Römisches Recht	19
2. Schuld und Haftung	20
3. Ergebnis	23
II. Vom Anspruch zur Leistungspflicht	23
1. Der Obligationsbegriff Savignys	24
2. Jherings Theorie der schuldhaften Nichterfüllung	26
a) Darstellung	26
b) Kritik	27
c) Jhering und die Figur des Übernahmeverschuldens	30
d) Ergebnis	33
3. Der Obligationsbegriff Hartmanns	33
4. Kritik der Annahme, die Obligation sei auf eine Handlung des Schuldners gerichtet	36
a) Erfüllung durch Dritte	36
b) Ausbleiben des Erfolges nach Vornahme der Leistungs- handlung	37

c) Teilbare Leistungen	37
d) Unmöglichkeit im Falle des Untergangs einer Sache	39
e) Die Vereinheitlichung der Leistungsgegenstände	39
f) Der Anspruch im Prozeß und in der Vollstreckung	40
5. Ergebnis	41
III. Der unerledigte Streit um den Obligationsbegriff	42
1. Brinz: Obligatio = Haftung	43
2. Sohm	43
3. Siber	44
4. Oertmann	45
5. Wieacker	46
6. Jakobs	48
7. Ergebnis	51
IV. Die Lehre von der Leistungspflicht	52
1. Grundlagen der Lehre von der Leistungspflicht	52
a) Wer ist Adressat der Norm?	52
b) Was ist Inhalt der Pflicht?	53
(1) Durchsetzbarkeit der Pflicht	54
(2) Pflicht als Haftungsgrund	56
2. Die Beschränkung der Interessehaftung des Schuldners durch die Annahme von Leistungs(sicherungs)pfllichten	58
a) Die Natur der Leistungssicherungspflichten	58
b) Die Natur der Leistungspflicht	60
c) Leistungsverhalten und Erfüllung	61
3. Erweiterung der Haftung durch Leistungs- (sicherungs)pfllichten?	62
4. Das Leistensollen als Inhalt gesetzlicher Bestimmung?	63
a) Leistensollen als Inhalt des § 241 Abs. 1 BGB	63
b) Leistensollen als Inhalt des § 194 BGB	64
5. Der Erfüllungsanspruch im Falle unverschuldeter Nichtleistung	66
6. Leistungspflicht und Opfergrenze	66
7. Das Mittel der Erfolgsherbeiführung als Inhalt der Obligation	67
8. Die Auffassung Lobingers	70
9. Ergebnis	74
V. Die Lehre von der Schutzpflicht	75
1. Die Grundlagen der Schutzpflichtlehre	75
2. Schutzpflichtverletzung als »Leistungspflichtverletzung«? ..	76

VI. Handlung und Erfolg	77
1. Handlung = Erfolg?	77
2. Handlung oder Erfolg als Gegenstand der Obligation	80
VII. Zusammenfassung	81
§3. Geldkondemnation: Grundlagen des Ersatzes des Erfüllungsinteresses	83
I. Die Unterscheidung von Schaden und Interesse	84
1. Mommsen	84
2. Neuner	85
3. Mertens	86
4. Keuk	87
5. Knütel	89
II. Leistung und Geldäquivalent	90
1. Geldkondemnation und Schadensersatz wegen Nichterfüllung	91
a) Erfüllungsanspruch und Garantiehaftung	91
b) Verschiedenheit von Erfüllungsanspruch und Schadensersatzanspruch?	93
c) Umfang des Erfüllungsanspruchs und des Geldersatzanspruchs	96
2. Keine Geldkondemnation im Falle der Nichterfüllung nicht auf Mehrung des Vermögens gerichteter Obligationen	97
3. Insbesondere: die Minderung im Dienstvertrag	99
a) Putzkraft als Buchhalterin	99
b) Das Argument des gesetzlich nicht vorgesehenen Gewährleistungsrechts	100
c) Die Entgeltminderung als Interesseersatz	102
4. Ergebnis	103
III. Die Haftung auf das Interesse als Verschuldenshaftung?	104
1. Die Nichterfüllung als Verschuldenstatbestand	104
2. Die Haftung im Falle nachträglicher Leistungshindernisse als Verschuldenshaftung	105
a) Die herrschende Auffassung	105
b) Kritik dieses Verständnisses	107
(1) Verschulden und Vertretenmüssen	107
(2) Beweislast und Darlegungslast	109
c) Ergebnis	113

3. Die Haftung im Falle anfänglicher Leistungshindernisse als Verschuldenshaftung	114
IV. Geldäquivalent und Naturalrestitution	118
1. Ersatz in Geld	118
2. Ausnahmen?	119
a) Herausgabe regelrechter Handelsware	119
b) Sicherheitsleistung	122
c) Eingeschränkte Differenztheorie beim Tausch	123
d) Urlaubsanspruch	124
3. Die Auffassung Fischers	125
4. Die Auffassung Gebauers	125
a) »Weiterentwickelter Schaden«	126
b) »Substitutive Restitution«	126
c) Kosten der Interessebefriedigung durch Drittleistung ...	128
5. Ergebnis	129
V. Die Berechnung des Geldäquivalentes	129
1. Minderwert	130
a) Ausgleich des Fehlbestandes im Vermögen des Gläubigers	130
b) Kein Ausgleich für das Ausbleiben nicht vermögenswerter Leistungen	131
c) Vermögensbezogene Handlungen	132
2. Herstellungskosten	133
a) Anspruch auf Herstellungskosten als Erfüllungsanspruch	133
b) Arten der Deckungsgeschäfte	136
(1) Zwangsvollstreckung	136
(2) Materiell-rechtliche Selbstvornahmerechte	138
(3) Minderung	138
(4) Schadensersatz	138
c) Begrenzung der Herstellungskosten: zur Theorie der Opfergrenze	139
(1) Die Heck'sche Opfergrenze	139
(2) Rahmenbedingungen einer Theorie der Opfergrenze	140
(a) Sachschulden	141
(b) Vertretbare Handlungen (mit Ausnahme der Mangelbeseitigung)	145
(c) Mangelbeseitigung	147
(3) Zusammenfassende Kritik	151
d) Ersatz »fiktiver« Erfüllungskosten?	152
3. Ergebnis	154

VI. Der Vorrang der Naturalerfüllung	155
1. Vorrang der Naturalerfüllung zugunsten des Gläubigers? ...	155
2. Vorrang der Naturalerfüllung zugunsten des Schuldners ...	156
3. Insbesondere: die vorzeitige Mangelbeseitigung	158
a) Im Werkvertragsrecht	158
b) Im Mietrecht	160
c) Im Reisevertragsrecht	161
d) Im Kaufrecht	162
4. Das Verhältnis von Naturalerfüllung und Geldersatz	164
5. Ergebnis	166
VII. Haftung auf das Interimsinteresse im Falle »unverschuldeten Verzugs«	167
1. Entschädigung des Vermieters bei verspäteter Rückgabe, § 546a Abs. 1 BGB	167
2. Haftung bei Herausgabepflicht, § 292 BGB	168
3. Geld	172
a) Prozeßzinsen, § 291 BGB	172
b) Fälligkeitszinsen gemäß § 452 BGB a.F.	172
c) Fälligkeitszinsen im geltenden Recht	173
4. Gattungsschulden	174
a) Nach Konkretisierung	174
b) Vor Konkretisierung	176
5. <i>facere</i>	177
6. Interesseersatz ohne Verschulden	178
VIII. Zusammenfassung	178
§ 4. Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse in anderen Rechtsordnungen	181
I. Französisches Recht	181
1. Das Haftungskonzept des Code civil	181
2. Das vertragliche Haftungsmodell in der französischen Lehre	183
II. Common Law	187
1. Überblick	187
2. Historische Entwicklung	187
3. Verschuldensunabhängige und verschuldensabhängige Haftung	189

III. UN-Kaufrecht	192
IV. Unidroit-Prinzipien	196
V. Principles of European Contract Law	201
1. Die Haftungsregelung	201
2. Das Prinzip der Haftung und Entlastung	202
3. Die Reichweite des Entlastungstatbestandes	203
a) Der Wortlaut des Art. 8:108 PECL	203
b) Die Voraussetzungen der Befreiung	205
c) Insbesondere: die Überwindung des Leistungs- hindernisses	206
VI. Principles of European Sales Law / Services	208
VII. Gandolfi	210
VIII. Zusammenfassung	212
§ 5. Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse im BGB alter Fassung	215
I. Das Verständnis der gesetzlichen Regelung auf Grundlage des Prinzips der Einheit der Obligation	215
1. Das Prinzip der Haftung des Schuldners	215
2. Das Prinzip der Befreiung des Schuldners	216
a) § 275 Abs. 1 BGB a.F.	217
(1) Befreiung des Schuldners	217
(2) Das Mißverständnis: Beschränkung der Befreiungswirkung auf die Primärleistung	218
(3) Das Vertretenmüssen i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB a.F.	219
(a) Vertretenmüssen als Verschulden gegen sich selbst	219
(b) Die Einbeziehung vorvertraglicher Umstände in den Begriff des Vertretenmüssens	223
(4) Beweislast, § 282 BGB a.F.	227
b) § 275 Abs. 2 BGB a.F.	228
c) Opfergrenze	231
d) Ergebnis	231
3. Der Funktionswandel des § 275 Abs. 1 BGB a.F.	232
a) Befreiung und Gefahrtragung	232
b) Ergebnis	235
4. Der Vorrang des Erfüllungsanspruchs	236
a) § 283 BGB a.F.	237
(1) Funktion: Ersparen des Zwangsvollstreckungsversuchs ...	237
(2) Voraussetzungen: kein Verschuldenserfordernis	238
b) Sonstige Befreiungstatbestände	240

5. Ergebnis	241
II. Das Verständnis der gesetzlichen Regelung des BGB alter Fassung im 20. Jahrhundert auf Grundlage der überwiegend vertretenen Auffassung	241
1. Das Prinzip der Haftung des Schuldners	241
a) Gesetzliche Anspruchsgrundlagen des Schadensersatzanspruchs	241
b) Verschulden und verschuldensunabhängige Haftung	242
c) Die Aufgabe des Prinzips der Einheit der Obligation	243
2. Das Prinzip der Befreiung des Schuldners	244
III. Zusammenfassung	245
 § 6. Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse im BGB neuer Fassung	 249
I. Methodische Vorüberlegung	249
II. Das fehlerhafte Verständnis des Rechts alter Fassung als Grundlage des Rechts neuer Fassung: Zum Prinzip der Einheit der Obligation	250
III. Die Befreiung des Schuldners vom Geldersatz	251
1. Die Haftung im Falle anfänglicher Leistungshindernisse	251
a) Die Dogmatik des § 311a BGB aus der Sicht des Gesetzgebers	251
b) Die Dogmatik des § 311a BGB aus der Sicht der Literatur	254
(1) Die überwiegend vertretene Auffassung	254
(2) Die Auffassung Schapps	256
(3) Die (gewandelte) Auffassung von Canaris	256
c) Die Dogmatik des § 311a BGB aus der Sicht der hier vertretenen Auffassung	258
(1) Die Funktionen von § 311a Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB	259
(2) Die Funktion von § 311a Abs. 2 S. 2 BGB	261
d) Ergebnis	264
2. Die Haftung im Falle nachträglicher Leistungshindernisse	264
a) Die Dogmatik der §§ 280ff. BGB aus der Sicht des Gesetzgebers	264
b) Die Dogmatik der §§ 280ff. BGB aus der Sicht der Literatur	266

c) Die Dogmatik der §§ 280ff. BGB aus der Sicht der hier vertretenen Auffassung	268
(1) Die Haftungskonzeption des § 280 Abs. 1 BGB	268
(2) Vertretenmüssen i. S. d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB	269
(3) Umfang des Vertretenmüssens	270
d) Geldersatz ohne positiv geregelte Anspruchsgrundlage	273
e) Ergebnis	276
3. Der Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung	276
IV. Die Befreiung des Schuldners vom Erfüllungsanspruch	278
V. Zusammenfassung	279
§ 7. Die Haftung auf das Integritätsinteresse	283
I. Grundlagen der Haftung auf das Integritätsinteresse	284
1. Haftung für Integritätsschäden als Verschuldenshaftung	284
a) Integritätsschäden durch »unerlaubte Handlung«	284
b) Integritätsschäden durch Nichterfüllung	285
(1) Verletzung der Leistungspflicht (Nichterfüllung) als haftungsbegründendes Verhalten?	286
(2) Verletzung einer Schutzpflicht als haftungsbegründendes Verhalten	286
(3) Das haftungsbegründende Verhalten	287
c) Integritätsschäden durch Schlechtlieferung	288
(1) Das vertragswidrige Verhalten	288
(2) Das Verschulden	291
d) Ergebnis	293
2. Haftung für Integritätsschäden als Garantiehftung	293
a) Die Auffassung Raapes	293
b) Erfolg und Verhalten als Inhalt der Obligation	295
c) Prototypen der Garantiehftung auf das Integritätsinteresse	296
(1) Custodia	296
(2) Haftung des Gastwirts	299
(3) Haftung des Frachtführers	300
3. Garantiehftung und Verschuldenshaftung für Integritätsschäden	300
II. Die konzeptionelle Umsetzung der Schadenshaftung im BGB	303
1. Vertragswidriges Verhalten als Pflichtverletzung	303
2. Erfolg als Pflichtverletzung	305
III. Zusammenfassung	306

§ 8. Zusammenfassende Thesen	309
I. Grundlagen der vertraglichen Haftung	309
II. Geldkondemnation	311
III. Umsetzung der Erfüllungshaftung im BGB	313
IV. Haftung auf das Integritätsinteresse	316
Schrifttumsverzeichnis	317
Sachregister	337

Einleitung

»In einer modernen Welt ... wird man dem inneren Sinn des Lebensverhältnisses ›Vertrag‹ besser gerecht, wenn man in den Vertragserklärungen der Parteien grundsätzlich nicht bloß das Versprechen erblickt, daß jeder nach besten Kräften auf die Herbeiführung des zugesagten Erfolges hinwirken wolle, sondern wenn man – was auch rechtspolitisch gesünder ist – dieses Versprechen prinzipiell als die Übernahme einer entsprechenden Garantie auffaßt«.

Diesem Votum von *Zweigert/Kötz* für die Garantiehftung liegt die Vorstellung zugrunde, das deutsche Recht sei von dem Verschuldensprinzip beherrscht, wodurch es sich von anderen Rechtsordnungen, insbesondere dem *common law* und Einheitsrechten, grundlegend unterscheidet.

Vorliegende Arbeit untersucht, inwieweit die Auffassung zutrifft, daß für das deutsche Leistungsstörungenrecht das Verschuldensprinzip gilt. Ihr wichtigstes Anliegen besteht in dem Bemühen um den Nachweis, daß die Haftung des Schuldners für das Leistungsinteresse des Gläubigers im Grundsatz nicht eine Verschuldenshaftung ist, sondern eine Garantiehftung: soweit die Parteien einen Erfolg zum Gegenstand des Vertrags machen, hat der Schuldner für die Erreichung des Erfolgs einzustehen.

Gegenüber der Annahme, im deutschen Recht hafte der Schuldner nur für die verschuldete Nichterfüllung, zeigt die Betrachtung der historischen (§ 1) und begrifflichen (§ 2) Entwicklung der Obligation ein ganz anderes Bild: der Schuldner muß den geschuldeten Erfolg bewirken oder statt seiner ein Geldäquivalent leisten. Das Geldäquivalent erscheint nicht als eigener Anspruch, sondern als alternativer Inhalt des Erfüllungsanspruchs (Einheit der Obligation). Damit aber entbehrt der Anspruch auf das Geldäquivalent des Verschuldensanfordernisses. Diese im Erfüllungsanspruch gelegene Haftung findet ihre Grenze dort, wo der Schuldner von der Obligation befreit wird, weil die Voraussetzungen eines Befreiungstatbestandes (§ 275 BGB) gegeben sind. Das Konzept, welches der Haftung für das Erfüllungsinteresse zugrunde liegt, ist also die Garantiehftung mit Entlastungsmöglichkeit. Auf das Verschuldensprinzip hingegen kann die Haftung auf das Erfüllungsinteresse hinsichtlich anfänglicher Leistungshindernisse nicht und hinsichtlich nachträglicher Leistungshindernisse nicht sinnvoll gestützt werden.

Die Garantiehftung des Schuldners für das Erfüllungsinteresse ist darauf gerichtet, dem Gläubiger das in Geld zukommen zu lassen, was ihm in Natur ver-

sprochen, aber nicht geleistet wurde (Geldkondemnation). Voraussetzung dieser Haftung ist daher, daß die Schuld darauf gerichtet ist, einen Erfolg im Vermögen des Gläubigers herbeizuführen, welcher durch Geld substituierbar ist. Das ist nicht hinsichtlich aller Leistungsgegenstände der Fall: insbesondere Handlungen können als solche nicht Bestandteil des Vermögens werden. Aus dem Prinzip der Geldkondemnation erklären sich vielfältige Erscheinungen des geltenden Rechts, insbesondere die Zusammenhänge zwischen den verschiedenen »Ansprüchen«, mit denen der Gläubiger dasselbe Ziel, nämlich die Befriedigung seines Leistungsinteresses, verfolgen kann (§3).

Ein Blick in die Konzeption der Nichterfüllungshaftung anderer Rechtsordnungen zeigt, daß diese vornehmlich dem Prinzip der Garantiehaftung mit Entlastungsmöglichkeit folgt und daher mit dem hier vertretenen Verständnis des Haftungsrechts, wie es sich aus dem Bau der Obligation ergibt, übereinstimmt (§4).

Das BGB alter Fassung war in solcher Weise konzipiert, daß der Ersatz des Erfüllungsinteresses sich aus dem Fortbestand der Obligation ergab, welche einheitlich auf die Naturalleistung oder deren Geldwert gerichtet war (Einheit der Obligation). Von der einheitlichen Obligation wurde der Schuldner entweder befreit oder er blieb verpflichtet. Demgegenüber wurde zum BGB alter Fassung überwiegend die Auffassung vertreten, daß eine »Primärebene« und eine »Sekundärebene« zu unterscheiden seien, daß also die Frage der Befreiung des Schuldners von der Naturalleistung eine andere Frage sei als die Frage nach der Haftung auf das Erfüllungsinteresse. Dieses Verständnis wurde Grundlage des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (§5).

Den geänderten Vorschriften des BGB neuer Fassung liegt also zum Teil ein Verständnis zugrunde, welches nach unserer Auffassung unzutreffend ist. Die Konzeption des Nichterfüllungsrechts enthält nunmehr Verwerfungen, deren Beseitigung umso erschwerter ist, je mehr Gewicht auf den »Willen des Gesetzgebers«, welcher von einem nicht stringenten Verständnis des Leistungsstörungenrechts ausging, gelegt wird (§6).

Anders als die Haftung auf das Erfüllungsinteresse, welche, soweit das Schuldverhältnis auf einen Erfolg gerichtet ist, grundsätzlich als Garantiehaftung zu begreifen ist, ist die Haftung des Schuldners für Schäden grundsätzlich vom Verschulden abhängig. Auch der Integritätsschutz kann aber als Erfolg zum Gegenstand des Vertrags gemacht werden mit der Folge, daß den Schuldner im Falle der Schädigung eine Garantiehaftung trifft (§7).

§ 1. Historische Entwicklung der Obligation im Überblick

I. Römisches Recht

Die ursprüngliche Wirkung des Schuldverhältnisses im altrömischen Recht besteht in der *Haftung* des Schuldners¹. Erfüllt er ein Versprechen, das ihn zum Schuldner macht, nicht, so wird er mit seiner Person dem Zugriff des Gläubigers unterworfen. Indem der Schuldner die Leistung erbringt, wird dieses Zugriffsrecht des Gläubigers beseitigt. In dieser Vorstellung *schuldet* der Schuldner nicht², sondern er haftet nur. Die Leistung erfolgt nicht zur Erfüllung einer Schuld, sondern zur Abwendung des Zugriffs des Gläubigers auf die Person des Schuldners.

Mit dem Gedanken, daß der Schuldner nicht bloß in eigenem Interesse die Haftung vermeiden soll, sondern daß er sich im Interesse des Gläubigers durch Leistung befreien soll, tritt die Vorstellung der Schuld neben die Haftung³. In vor-klassischer Zeit umfaßt der Begriff der obligatio daher bereits beides: Schuld und Haftung⁴. Das dem römischen Recht typische aktionenrechtliche Denken führt dazu, daß der jeweilige Inhalt der obligatio wesentlich dadurch bestimmt wird, welche actio der Gläubiger aus dem Schuldverhältnis erheben kann. Hierbei ist im wesentlichen zu unterscheiden zwischen strengrechtlichen Klagen und bonae fidei iudicia.

1. Strengrechtliche Klagen

Im Falle der Stipulation war die Verpflichtung des Schuldners auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs gerichtet; eine Feststellung von Verhaltenspflichten des Schuldners kam nicht in Betracht. Für die Klage des Gläubigers war daher

¹ Kaser, Das römische Privatrecht I, §§ 39f.; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, § 32 Rdz. 3.

² Kaser (Das römische Privatrecht I, § 39 II 3) spricht von einer Obliegenheit; Zimmermann, Law of Obligations, S. 5.

³ Kaser, Das römische Privatrecht I, § 40 III.

⁴ Kaser, Das römische Privatrecht I, § 113; Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, S. 124f.; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 173; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, § 32 Rdz. 21.

nicht entscheidend, wie der Schuldner sich verhalten hatte, sondern alleine, ob der Erfolg eingetreten oder nicht eingetreten war. War allerdings der Erfolg unmöglich geworden, so konnte eine Verurteilung nicht stattfinden: der Schuldinhalt war in solchem Falle gegenstandslos. Wegen des Prinzips der Geldkondemnation⁵ hatte die Verurteilung zwar nicht auf die unmögliche Leistung zu lauten, sondern auf Zahlung einer Geldsumme. Jedoch setzte die Verurteilung voraus, daß die Klageformel⁶ wahr war⁷, und an dieser Voraussetzung fehlte es im Falle der Unmöglichkeit. Eine Änderung der Klageformel kam aber nicht in Betracht, weil infolge der Strenge der Formularklage nur diese bestimmte Klage mit dieser Formel erhoben werden konnte⁸. Dies führte dazu, daß im Falle der Unmöglichkeit eine Verurteilung des Schuldners notwendig ausscheiden mußte⁹; es kam weder darauf an, ob die Unmöglichkeit – nach heutigem Verständnis – eine anfängliche oder nachträgliche, noch darauf, ob es eine zu vertretende oder nicht zu vertretende war¹⁰.

Freilich führte diese Auffassung zu einer Haftungslücke zumindest hinsichtlich der nachträglichen Unmöglichkeit, deren Eintritt der Schuldner verschuldet hatte. Diese Haftungslücke wurde überwunden durch die *perpetuatio obligationis*, die Fiktion¹¹ des Fortbestandes des Leistungsgegenstandes¹². Diese Fiktion ließ die Verurteilung des Schuldners in eine bestimmte Summe Geldes zu. Angenommen wurde eine *perpetuatio obligationis* allerdings lediglich dann, wenn die Unmöglichkeit während des Verzugs des Schuldners eintrat oder dann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit durch positives Tun herbeiführte¹³; trat die Unmöglichkeit hingegen infolge eines Unterlassens des Schuldners ein, wurde keine *perpetuatio obligationis* angenommen, weil hierdurch der Pflichteninhalt des

⁵ Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, § 54 IV 1; anders sodann im Kognitionsverfahren, Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, § 74 I 2.

⁶ Die *intentio* war auf die ursprüngliche Leistung zu richten; der Geldwert, in den verurteilt wird, gehörte hingegen erst zur *condemnatio* (Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, § 45 II mit Fn. 7).

⁷ Die *intentio* war als Bedingung formuliert (Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, § 45 II). Die Unmöglichkeit der Leistung hatte zur Folge, daß die Bedingung für die Verurteilung nicht vorlag.

⁸ Windscheid meinte, zur Entwicklung der *perpetuatio obligationis* habe die Erwägung geführt, daß der Umfang des zu leistenden Interesses von dem ursprünglichen Leistungsgegenstand abhängig ist (Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., § 264 Fn. 7). Träfe dies zu, so hätte es der *perpetuatio obligationis* auch bei Innominatkontrakten bedurft, was aber gerade nicht der Fall war; Brinz, Lehrbuch der Pandekten 2,1, § 266 Ziff. 3.

⁹ Kaser, Das römische Privatrecht I, S. 513; Kley, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, S. 74f.

¹⁰ A. A. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 178ff., der die *perpetuatio obligationis* alleine durch das Vertretenmüssen bedingt sieht; dagegen Harke, JbJgZivRWiss 2001, S. 40 mit Fn. 49.

¹¹ Anders Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, S. 104.

¹² Kaser, Das römische Privatrecht I, S. 513f.; Kley, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, S. 75; Zimmermann, Law of Obligations, S. 784f.

¹³ Rabel, FS Bekker, S. 195, der diesen Satz auch auf die *bonae fidei iudicia* bezieht (s. auch S. 201); Kaser, Das römische Privatrecht I, S. 514.

Schuldners erweitert worden wäre. Der darin liegenden Inkonsistenz dieser Auffassung, daß auch die Verpflichtung des Schuldners zum Unterlassen der Herbeiführung der Unmöglichkeit durch positives Tun eine Erweiterung des Pflichteninhalts gegenüber dem Wortlaut der *stipulatio* begründete, verschloß man sich¹⁴.

Ebenso wie bei der strengrechtlichen Obligation die Erweiterung der Schuldnerpflichten ausschied, weil nur der Erfolg, nicht aber ein Verhalten geschuldet war, mußte andererseits der Umstand unberücksichtigt bleiben, daß der Erfolg nicht eintrat, obgleich der Schuldner sich sorgfältig verhalten hatte¹⁵. Die Berücksichtigung dieses Umstandes hätte eine Reduzierung des Schuldinhalts auf sorgfältiges Verhalten bedeutet. Dies aber war gerade nicht der Inhalt der Obligation; diese ging vielmehr auf Herbeiführung des versprochenen Erfolges. Trat dieser nicht ein, so konnte der Schuldner sich der Verurteilung nur im Falle der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit, nicht aber in sonstigen Fällen entziehen¹⁶. Das Unvermögen und die bloße Schwierigkeit der Leistung waren daher grundsätzlich¹⁷ unbeachtlich.

2. bonae fidei iudicia

Die bonae fidei iudicia, zu denen insbesondere Klagen aus Kaufvertrag gehörten¹⁸, sind hingegen auf *quidquid dare facere oportet ex fide bona* gerichtet¹⁹. Diese Klageformel erlaubt es dem Richter, den Pflichteninhalt des Vertrages²⁰ zu bestimmen und das Verhalten des Schuldners hieran zu messen. Eine Verurteilung in eine bestimmte Summe Geldes findet dann statt, wenn der Schuldner gegen diese

¹⁴ Harke, JbJgZivRWiss 2001, S. 42, 44.

¹⁵ Es ist daher schief, wenn Kaser (Das römische Privatrecht I, § 119 I 1) diesen Tatbestand unter der Überschrift »Die Obligationsverletzungen« abhandelt. Richtig stellt er (im Hinblick auf Geld- und Gattungsschulden) fest: »Die Leistung bleibt objektiv immer möglich«. Die Nichterbringung der möglichen Leistung verhilft der Klage also zum Erfolg; ein Verschulden des Beklagten, worauf der Begriff »Obligationsverletzung« hindeutet, ist für die Verurteilung nicht erforderlich.

¹⁶ Ausgehend von dem Begriff der Obligationsverletzung meint Kaser (Das römische Privatrecht I, § 119 I 2) gerade umgekehrt, die *perpetuatio obligationis* habe nur die zu vertretende Unmöglichkeit und die Unmöglichkeit während des Schuldnerverzugs als Tatbestände der Obligationsverletzung zugelassen. Diese Annahme ist unverträglich mit den Grundsätzen des Formularprozesses, nach denen der Kläger die actio gerade nicht auf den Tatbestand einer Obligationsverletzung stützen konnte.

¹⁷ Ausnahmsweise kam ein Ruhen der Verpflichtung in Betracht; Harke, JbJgZivRWiss 2001, S. 43 mit Fn. 68.

¹⁸ Kaser, Das römische Privatrecht I, § 114 IV und § 130 V.

¹⁹ Kaser, Das römische Privatrecht I, § 114 IV.

²⁰ Zu der Verrechtlichung ursprünglich ethischer Pflichten Kaser, Das römische Privatrecht I, § 114 IV 1: »Sie [sc. die Prätores] stützen diese Klagen mangels einer *lex* auf die *bona fides* und damit auf eine ethische, mithin zunächst außerrechtliche Verhaltensbindung, die sie aber in eine rechtliche Gebundenheit umprägen und damit in einer Reihe von Rechtsgeboten konkretisieren«. Diese Entwicklung durchläuft jüngst (nochmals) Schur, Leistung und Sorgfalt, S. 96ff.

Pflichten verstoßen hat²¹. Entscheidend für die Verurteilung ist also nicht das Ausbleiben der Erfüllung, sondern das Verhalten des Schuldners. Hat etwa der Verkäufer die Unmöglichkeit der Leistung nachträglich herbeigeführt, indem er die Sache zerstört oder den Sklaven freigelassen hat, so wird er auf die Klage des Käufers hin verurteilt, nicht, weil die versprochene Leistung ausbleibt, sondern weil der Verkäufer sich nicht so verhalten hat, wie er es hätte müssen. Der Vorstellung einer *perpetuatio obligationis* bedurfte es im Falle der Unmöglichkeit nicht, weil die Klageformel durch ihre Flexibilität die Verurteilung aufgrund des Verstoßes gegen Verhaltenspflichten zuließ²². Ebenso wenig bedurfte es überhaupt Unmöglichkeitsregeln, denn die Klageformel wie auch das Urteil waren im Falle zu vertretender Verzögerung und im Falle zu vertretender Unmöglichkeit identisch, auf die Möglichkeit der Leistung kam es daher nicht an. Die *bonae fidei iudicia* eröffneten zugleich die Möglichkeit, die Bindung des Schuldners an das Schuldverhältnis über die Pflicht zur Leistungserbringung hinaus zu erweitern und auch aus der Verletzung von Schutz- und Treuepflichten zu verurteilen²³. Die Flexibilität dieser Klage ermöglicht es also, den Inhalt der Obligation über die Leistungserbringung hinaus zu erweitern und weitere Verhaltenspflichten zu ihrem Inhalt zu machen.

II. Gemeines Recht

Im gemeinen Recht erscheint die Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung lediglich als anderer Gegenstand der Obligation. Die Obligation wurde als einheitlich begriffen; eine Aufgliederung in Primärleistung und Sekundärleistung fand nicht statt²⁴. Der Schuldner war entweder obligiert oder frei. War er obligiert, so schuldete er die Leistung und, wenn er sie nicht erbrachte, ein Geldäquivalent²⁵; war er frei, so schuldete er weder die Leistung noch ein Äquivalent. Um-

²¹ Kley, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, S. 72ff.

²² Zimmermann, Law of Obligations, S. 806f.

²³ Kaser, Das römische Privatrecht I, § 114 IV 3.

²⁴ Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 67; Dernburg, Pandekten, § 23 V: »Bei allen Obligationen ist Geldersatz der eventuelle Gegenstand der Obligation. Er ist dem Gläubiger stets zu gewähren, wenn ihm das Geschuldete nicht geleistet wird und wenn sich diese Leistung nicht oder nicht füglich erzwingen läßt.«

²⁵ Mommsen, Interesse, S. 65, für den Fall des anfänglichen unbeheblichen Sachmangels: »In diesen Fällen muß, da die Obligation trotz der theilweisen Unmöglichkeit ihrem ganzen Umfange nach wirksam ist, ein Äquivalent für die Leistung, soweit sie nicht beschafft werden kann, prästirt werden«; für den Fall anfänglicher Hindernisse, die keine »wahre Unmöglichkeit« begründen: »Die Obligation ist in diesen Fällen regelmäßig wirksam, und eben deshalb ein Äquivalent für die Leistung zu geben«; S. 65f. für den Fall der nachträglichen zu vertretenden Unmöglichkeit: »... so ist immer ein Äquivalent für den ursprünglichen Gegenstand der Obligation zu prästiren«; S. 66 für den Fall nachträglicher Hindernisse, die keine »wahre Unmöglichkeit« begründen: »Da diese auf die Wirksamkeit der Obligation keinen Einfluß haben, so ist hier der Schuld-

stritten war lediglich, ob der Schuldner stets (sofern keine Befreiung eintrat) das Interesse zu leisten hatte, wie *Mommsen* meinte, oder ob er nur im Falle einer Verschuldung das Interesse leisten mußte²⁶, im übrigen aber nur den »gemeinen Werth«²⁷. Man glaubt, daß im Falle der verschuldeten Unmöglichkeit die Obligation eine Veränderung erleide, indem ihr ursprünglicher Gegenstand in eine Geldleistung umgesetzt wird²⁸.

*Windscheid*²⁹ unterscheidet im Anschluß an *Mommsen*³⁰ die anfängliche von der nachträglichen Unmöglichkeit; innerhalb der anfänglichen Unmöglichkeit unterscheidet er die objektive und die subjektive Unmöglichkeit, innerhalb der nachträglichen Unmöglichkeit die schuldhaft und die nicht schuldhaft; dieses Modell sollte das des BGB werden³¹. Die anfängliche objektive Unmöglichkeit lasse eine Forderung weder auf die Leistung selbst noch auf ein Geldäquivalent entstehen³²; die anfängliche subjektive Unmöglichkeit hindere die Entstehung des Forderungsrechtes nicht, dieses habe aber ein Geldäquivalent statt der unmöglichen Leistung zum Gegenstand³³. Im Falle nachträglicher nicht schuldhafter Unmöglichkeit (worunter auch das Unvermögen begriffen wird) sei der Schuldner frei; im Falle des Verschuldens müsse der Schuldner das Interesse des Gläubigers leisten.

Für den Fall, daß der Schuldner zur Leistung des Interesses verpflichtet bleibt, nimmt *Windscheid* den Fortbestand der ursprünglichen Forderung, nunmehr gerichtet auf einen anderen Gegenstand, an³⁴:

»Das dabei stattfindende rechtliche Verhältniß ist nicht etwa so zu denken, daß das bisher bestandene Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen, zugleich aber durch die Verschuldung des Schuldners ein anderes Forderungsrecht gegen denselben begründet worden sei. Sondern das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist das alte ...«

ner verpflichtet, ein Äquivalent zu leisten«; endlich hinsichtlich der alleine auf dem Willen des Schuldners beruhenden Nichterfüllung: »Hier kann es gleichfalls nicht zweifelhaft sein, daß, sofern die ursprüngliche Leistung nicht erzwungen werden kann, ein Äquivalent geleistet werden muß.«

²⁶ *Arndts*, Pandekten, § 206.

²⁷ *Arndts*, Pandekten, § 222.

²⁸ *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, 2,1, § 264; auch § 281 (S. 344); *Arndts*, Pandekten, § 250.

²⁹ Insgesamt zum folgenden Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., § 264.

³⁰ Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, 1853.

³¹ Vgl. *U. Huber*, Leistungsstörungen I, S. 77; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band II, S. 464.

³² § 315.

³³ § 315: »Ist die Unmöglichkeit eine bloß subjective, so thut sie der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag; der Schuldner muß statt der Leistung, welche ihm unmöglich ist, dem Gläubiger sein Interesse in Geld vergüten«.

³⁴ § 264 Fn. 7.

Im Falle nachträglicher schuldhafter subjektiver Unmöglichkeit bleibe auch der Gegenstand des Forderungsrechts derselbe und die Beitreibung eines Geldäquivalentes sei lediglich ein Notbehelf³⁵.

An anderer Stelle³⁶ formuliert *Windscheid* den Gedanken so: »Das Forderungsrecht kann, ohne seine Existenz zu verlieren, verändert werden« und erläutert die Wendung »ohne seine Existenz zu verlieren« mit den Worten³⁷: »das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist kein neu erzeugtes; es ist kein anderes Individuum, als das früher vorhandene Forderungsrecht«. Unter einer solchen »Veränderung des Forderungsrechts«³⁸ begreift *Windscheid* insbesondere auch die Unmöglichkeit der Leistung.

Ob *Windscheid* eine Verurteilung des Schuldners zu einer unmöglichen Leistung zulassen wollte, ist unklar, seine Bemerkungen hierzu erscheinen widersprüchlich. Einerseits meinte er, im Falle schuldhafter nachträglicher Unmöglichkeit könne »das Forderungsrecht auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand ebensowenig fortbestehen, wie es darauf hätte entstehen können; es besteht nur mit verändertem Leistungsgegenstand fort«³⁹. Andererseits meint *Windscheid*, im Prozeß berufe sich der Kläger auf sein Forderungsrecht und der Schuldner müsse nicht bloß Unmöglichkeit der Leistung darlegen und beweisen, sondern auch sein fehlendes Verschulden, weil nicht jede irgendwie eingetretene Unmöglichkeit der Leistung das Forderungsrecht aufhebe⁴⁰.

III. Der Obligationsbegriff bei Schaffung des BGB: das Prinzip der Einheit der Obligation

Bei Schaffung des BGB war die Unterscheidung des römischen Rechts zwischen strengrechtlichen und anderen Klagen längst überwunden. Der im Hinblick auf die strengrechtlichen Klagen entwickelten Unmöglichkeitsregeln des römischen Rechts hätte es daher dann nicht mehr bedurft⁴¹, wenn man als Inhalt der Obligation alleine die Schuldnerpflichten, nicht den zu bewirkenden Erfolg angesehen hätte. Im Hinblick darauf wurde die Vorschrift des § 275 Abs. 1 BGB a.F. in der zweiten Kommission für entbehrlich gehalten, weil sie nur etwas Selbstverständliches ausspreche, nämlich daß der Schuldner nichts schulde, was er nicht ver-

³⁵ § 264 Fn. 7.

³⁶ § 327.

³⁷ § 327 Fn. 1.

³⁸ So die Überschrift zu Ziffer VI. des Ersten Kapitels.

³⁹ § 264 Fn. 7.

⁴⁰ § 265 Fn. 17. Die Stelle läßt die Möglichkeit zu, daß der Antrag des Klägers auf Schadensersatz gerichtet ist, erzwingt diese Interpretation aber nicht.

⁴¹ Weshalb *Rabel* dem Gesetzbuch vorgeworfen hat, sein Heil in der Stipulationstheorie zu suchen; FS Bekker, S. 201.

sprochen habe⁴². Inhalt des Erfüllungsanspruchs ist aber, wenn die Parteien einen Erfolg zum Gegenstand des Schuldverhältnisses gemacht haben, dieser Erfolg, nicht aber ein Verhalten des Schuldners und deshalb dient eine Regelung wie die des § 275 Abs. 1 BGB a.F. dazu, den Schuldner von der darin gelegenen Garantiefhaftung zu befreien⁴³.

Die Einheitlichkeit der Obligation liegt der Konzeption des BGB zugrunde⁴⁴. Es wurde nicht einmal erwogen, den auf dem Boden des gemeinen Rechts selbstverständlichen Satz⁴⁵, daß der Schuldner, wenn er die bestehende Verpflichtung nicht erfüllt, ein »Äquivalent zu prästieren« habe, besonders auszusprechen. Durch den einklagbaren Erfüllungsanspruch⁴⁶ und dessen Vorrang vor Schadensersatzansprüchen drohte allerdings die Einheitlichkeit der Obligation, die unter dem Prinzip der Geldkondemnation keiner Erwähnung bedurfte und deren man sich nicht einmal bewußt zu werden brauchte, zwar nicht vergessen zu werden, jedoch war die Sicherung des Vorrangs des Erfüllungsanspruchs ein erster Ansatz zur *Trennung* des »Primärleistungsanspruchs« von dem »Sekundäranspruch« und somit ein erster Schritt weg von der Einheitlichkeit der Obligation. So schrieb *v. Kübel* in der Begründung seines Vorentwurfes⁴⁷:

»... ebensowenig, als der Schuldner dem Gläubiger statt der Naturalerfüllung etwas anderes, etwa ein Äquivalent aufdringen kann, [kann] der Gläubiger nach seinem Belieben von dem Schuldner statt Naturalerfüllung ein Äquivalent verlangen⁴⁸ ... Jedes Schuldverhältnis berechtigt und verpflichtet eben nur zu derjenigen Leistung, auf welche es gerichtet ist. Es müssen also besondere Gründe vorhanden sein oder eintreten, welche dem Gläubiger das Recht gewähren, statt der Naturalerfüllung oder neben derselben etwas Anderes oder Weiteres zu verlangen«.

In dieser Formulierung erscheint das Schuldverhältnis nicht mehr auf Geld als alternativen Inhalt der Obligation gerichtet, vielmehr wird der Geldersatz ausdrücklich als »etwas Anderes« bezeichnet, auf welches das Schuldverhältnis nicht gerichtet ist. Hinsichtlich der infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes nachträglich eingetretenen und der zufälligen Unmöglichkeit bemerkt *v. Kübel* hingegen an anderer Stelle:

⁴² Mugdan, S. 528f.

⁴³ Den Eingang der Unmöglichkeitvorschriften in das Gesetz begreift *Harke* als »List der Vernunft« (JbJgZivRWiss 2001, S. 47): der Erfüllungsanspruch sei an die Stelle der strengrechtlichen Klage getreten und bedürfte der Unmöglichkeitslehre, um den Schuldner von der im Erfüllungsanspruch angelegten Erfolgshaftung zu befreien, weil ein nicht zu bewirkender Erfolg nicht geschuldet sein dürfe.

⁴⁴ *Zimmer*, NJW 2002, 2.

⁴⁵ *Würthwein*, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, S. 69ff.

⁴⁶ Zu dessen Entstehung *Nehlsen-von Stryk*, AcP 193 (1993), 529ff.

⁴⁷ Recht der Schuldverhältnisse, S. 857.

⁴⁸ Dieser Satz geht wohl zurück auf *Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 67.

»Während die erstere das Bestehen des Schuldverhältnisses unberührt läßt und nur demselben einen anderen Gegenstand an Stelle des ursprünglichen Leistungsgegenstandes giebt, wirkt die »unverschuldete« Unmöglichkeit als Aufhebungsgrund der Verbindlichkeit des Schuldners«⁴⁹.

Der entscheidende Punkt für die Haftung des Schuldners ist also der Fortbestand der Obligation, nicht das Verursachen der Unmöglichkeit. Das Verursachen der Unmöglichkeit hat nur keine befreiende Wirkung, das Bestehen des Schuldverhältnisses bleibt hiervon unberührt. Die Wirkung ist »nur« die, daß ein anderer Gegenstand an die Stelle des ursprünglichen Leistungsgegenstandes tritt. Die Auffassung, daß die eingetretene Unmöglichkeit die Obligation zum Erlöschen bringe und durch die Verschuldung eine neue Obligation entstehe, sei

»weder mit dem Wesen des Schuldverhältnisses vereinbar, noch quellenmäßig richtig.«⁵⁰

Auch bei *v. Kübel* ist somit die Obligation auf die Primärleistung und in zweiter Linie, wenn der Schuldner nicht befreit wird, auf Geld gerichtet. Die Aussage, das Schuldverhältnis sei nicht auf etwas anderes als die Primärleistung gerichtet, ist somit ausschließlich im Hinblick auf den Vorrang des Erfüllungsanspruchs zu verstehen. Wenn aber Unmöglichkeit vorliegt und deshalb der Vorrang des Erfüllungsanspruchs entfallen muß, so tritt auch in der Ansicht *v. Kübels* mit Selbstverständlichkeit ein Äquivalent an die Stelle des ursprünglichen Leistungsgegenstandes, wenn nicht der Schuldner von der Obligation befreit wird.

Planck hatte in der ersten Kommission beantragt, die Vorschrift wie folgt zu fassen⁵¹:

»Wird die geschuldete Leistung zufolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder theilweise unmöglich, so verwandelt sich mit diesem Zeitpunkte die Verbindlichkeit des Schuldners in eine Verbindlichkeit zum Ersatze des dem Gläubiger durch die Nichterfüllung verursachten Schadens«.

Die Mehrheit beschloß, weder das Fortbestehen der Verbindlichkeit noch die Verwandlung der Verbindlichkeit auszusprechen:

»es sei bedenklich von einem Fortbestande der früheren Obligation zu reden, da, so richtig die Fortdauer der Obligation sei, die Verbindlichkeit zum Schadensersatz jedenfalls einen anderen Gegenstand habe, so daß bei wörtlichem Verständniß eine Art von Widerspruch oder doch eine Inkorrektheit sich herausstelle. ... Auch die Ausdrucksweise des Antrags 1 unterliege ähnlichen Bedenken. Wenn von einer Verwandlung der ursprünglichen Obligation geredet werde, so gewinne es nämlich umgekehrt den Anschein, die alte Obligation sei völlig erloschen und durch eine neue ersetzt.«⁵²

⁴⁹ Recht der Schuldverhältnisse, S. 860.

⁵⁰ Recht der Schuldverhältnisse, S. 861.

⁵¹ *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs II, S. 259.

⁵² *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs II, S. 260.

Sachverzeichnis

Wichtige Fundstellen sind durch Kursivdruck hervorgehoben.

- actio 3
 - quanti minoris 101
 - redhibitoria 101
- action of assumpsit 188ff., 299
- action of debt 188
- action of trespass 188, 191
- ädilzische Rechtsbehelfe 101
- agrimensor 283
- aléa 185, 302, 307
- Annahmeverzug 72, 79, 175
- Anzeigepflicht 14, 222, 290ff.
 - s. *auch* Informationspflicht
- Äquivalenzinteresse s. Erfüllungsinteresse
- Äquivalenzprinzip 100, 102
- Arbeitsvertrag 99, 123f., 136ff.
- Ästimation 297
- Auflassungsvormerkung 144
- Auftrag 173

- bailment 190
- Bauvertrag 67
- Bedingung 67, 73, 121f.
- Beförderungsvertrag 188, 300, 306
- Befreiungsgrund für den Gläubiger 15,
48, 167, 179, 240, 259, 264, 273
 - im neuen Recht 275f., 281
 - s. *auch* Unmöglichkeit
- Befreiungsgrund für den Schuldner *siehe*
Entlastungsgrund
- Bekommensollen 17f., 22, 38, 41, 44ff.,
65, 77, 81, 193, 309f.
- Beschaffungspflicht 17, 34f., 47, 61f., 142,
170
- Betriebsausfallschaden 285, 287
- Beweislast 107, 109ff., 181f., 184ff., 189,
227f., 266ff., 292ff., 301f., 305
 - für Untersuchungspflicht 292
- bon père de famille 183
- bona fides 5, 19, 35
- breach of contract 18, 102, 157, 187, 212,
261
- Bürgschaft 11

- cas fortuit 182
- casus a nullo praestantur 233, 246, 313
- CISG 192ff., 204, 235
- Code civil 181ff.
- common law 18, 91, 101, 131, 157, 187ff.,
195, 198, 236, 261, 299
- condemnatio 4, 91, 236
- culpa 26ff., 145, 186, 283, 297
- custodia 186, 296ff., 306f.

- dare 39f., 62, 64, 139, 142, 150
- dare facere oportere 5, 33
- Darlegungslast 109, 111, 179, 293, 312
- Deckungsgeschäft 133ff.
- Deckungskauf 121, 141
- depositum 26, 121, 297
- Differenzhypothese 84, 87
- Differenztheorie 83, 98, 119, 123
- diligentia 296, 297
- Diligenzgrad 60
- doctrine of frustration 67, 190, 261
- doppeltes Versprechen 92, 216
- Doppelverkauf 55
- dreistufiger Aufbau 106, 284

- Effektenkommissionär 121
- Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 168,
170
- Eigentumserwerb nach § 950 BGB 117

- Einheit der Obligation 6, 8ff., 90ff., 196, 215ff., 243, 259, 268ff., 278
 – im Gandolfi-Entwurf 212
 – im BGB n.F. 250
 – in den Unidroit-Prinzipien 198
 Einkaufskommissionär 144
 Einständerschaft 20
 einstweiliger Rechtsschutz 55
 entgangener Gewinn 87ff., 154, 228, 277, 285
 Entgeltfortzahlung 124
 Entlastung von der Garantiehaftung 2, 183ff., 193f., 196ff., 201ff., 212f., 222f., 226, 232, 257, 261, 264, 276, 280f., 283f., 295, 297ff., 300f., 306, 309ff.
 – *siehe auch* Garantiehaftung
 – *siehe auch* Unmöglichkeit als Befreiungsgrund für den Schuldner
 Erbe 26, 34
 erfolgsbezogene Auffassung 267
 Erfüllung 66, 91ff., 133ff.
 – durch Dritte 36f.
 Erfüllungsanspruch
 – als Sanktion 17, 24, 198, 243
 – Umfang 93, 96f., 129ff., 273ff.
 Erfüllungsgehilfe 26, 28
 Erfüllungsinteresse 83ff.
 Erfüllungsklage 17, 47, 145, 279
 – Gegenstand 40, 46
 Erfüllungskosten 66ff., 133ff.
 – fiktive 152
 erste Kommission 10, 72
 Eviktion 26, 28f.
 Exkommunikation 23
 extent 199f.
 facere 5, 33, 39f., 64, 142, 150, 177f., 236
 Fahrlässigkeit 28, 35, 77, 106, 219ff., 242, 261, 267, 270f., 280, 291, 303, 305, 315
 Fahrlässigkeitsmaßstab 31, 60
 Fälligkeitszinsen 172f., 178
 faute 182ff.
 Fehler *siehe* Mangel
 Festpreis 68ff.
 Fiktion 4, 216, 256
 Fixgeschäft 121, 239
 Formularklage 4
 Frachtführerhaftung 300
 frustration time 157
 Fuge zwischen Schuld und Haftung 18, 34, 45f., 77, 207, 243, 275
 Gandolfi-Entwurf 210ff.
 Garantiehaftung mit Entlastungsmöglichkeit 1ff., 90ff., 183, 205, 212, 215ff., 257, 258ff., 268ff., 293ff., 306, 310, 313f.
 Gastwirthaftung 299
 Gattungskauf 71, 126
 Gattungsschuld 242
 Gebrauchsvorteil 168ff., 176ff.
 Gefährdungshaftung 57
 Gefahrtragung 232ff.
 Gegenleistungsgefahr 18, 61, 232ff.
 Geldäquivalent 6ff., 12, 83ff., 215, 229, 231, 235f., 250, 263, 277, 279, 281, 309
 Geldkondemnation 2, 4, 9, 83ff., 90ff., 129ff., 166f., 179, 245, 272
 Geldschuld 141, 172ff., 175, 189
 Geldwirtschaft 128
 Gemeines Recht 6ff., 9, 16, 22f., 25, 28, 93f., 107 Fn. 123, 164, 233, 237, 246, 259, 296
 Gemeinschaftszweck 146
 Gerichtsvollzieher 41, 45, 139, 141, 238
 Gesamtschuld 135
 Geschäftsführung ohne Auftrag 134, 161
 Gesellschaft 173, 297
 Gestaltungsrecht 95
 Gläubiger als Schuldner 21
 Güterbewegung 75f.
 Güterschutz 54, 75f., 283ff.
 Haftung *s. auch* Schuld und Haftung
 – als Inhalt der obligatio 19ff., 43
 – auf das Erfüllungsinteresse 83ff.
 – auf das Integritätsinteresse 283ff.
 – beschränkte 21
 – für Erfüllungsgehilfen 26, 28
 – Gegenstand 56
 – ohne Schuld 21
 Haftungsgeschäft 21
 Handelsgeschäfte 173
 Handelsware 119
 Handlung
 – als Inhalt der Obligation 24, 36ff., 52ff.

- als Sammelbegriff aller Leistungsgegenstände 39
- materiell-rechtlicher und zwangsvollstreckungsrechtlicher Begriff 132
- Handlungsqualität des Unterlassens 105
- Herstellungskosten 72, 99, 103, 129, 132, 133ff., 179, 312
- Höchstmaßtheorie 303
- Höchstpreis 121f.
- höhere Gewalt 181, 196ff., 235, 295, 297, 299, 301, 307, 316
- Holzstapel im Walde 79
- Hypothek 65, 143f., 221

- implied term theory 67 Fn. 245
- Informationspflicht 114, 252
 - s. *auch* Anzeigepflicht
- innere Sorgfalt 28f., 114f., 267, 305, 316
- intentio 4, 91, 236
- Interesse 84ff.
 - allgemeines und besonderes 89
 - negatives 188, 225, 243, 250 Fn. 5, 252ff.
 - positives 42, 84ff., 114 Fn. 145, 188, 252ff., 280
- Interessefortfall 233 Fn. 80, 241, 313
- Interimsinteresse 167ff., 285, 313
- Irrtum 31, 66, 197, 254, 304 Fn. 101
- ius ad rem 38, 41, 55

- janusköpfiger Tatbestand 109, 306

- kategorischer Imperativ 24
- Kausalität 78, 106, 108, 110f., 114ff., 118, 179, 206, 246, 255, 262, 264, 269, 281, 284, 288, 290, 292f., 304f.
 - adäquate 288, 293
 - unaufklärbare 305
- kleiner Schadensersatz 102f., 134f., 147, 149
- Kombinationsmodell 256, 263
- Konkretisierung 174ff.
- Kraftanstrengungslehre 34, 35, 40, 58ff., 81, 206f., 232, 271ff., 310, 315

- Lagervertrag 95f., 119
- Lando-Gruppe 201, 208, 213
- Leistensollen 17ff., 44f., 63ff.
- Leistungser schwerung 5, 51, 199, 207, 232, 235f., 313
- Leistungspflicht 52ff.
- Leistungssicherungspflicht 54ff., 58ff., 70, 75, 222f., 242
- (Leistungs)treuepflichten 6, 58
- Leistungsversprechen 1, 3, 12, 17f., 23, 41, 52, 67, 73, 75, 91f., 99ff., 116 Fn. 152, 127, 131, 133 Fn. 215, 150f., 152, 187ff., 192, 203, 207, 212f., 215f., 217, 225, 228, 233, 241, 243f., 250ff., 268, 273, 281, 287, 290, 295 Fn. 66, 312
- Leistungsverzeichnis 67ff.
- lex Aquilia 283
- Lieferung unbestellter Waren 289
- Liquidationsverfahren 237
- Löschungsbewilligung 144
- loss 209
- Luxustier 57

- Mangel 6 Fn. 25, 26, 72, 76f., 100ff., 134f., 138, 147ff., 155, 158ff., 167, 179, 196, 221, 231, 288ff., 312
- Marktwert 34, 143
- mauvaise foi 182
- Mehrwert 18, 102, 232f., 236, 246
- Mietvertrag 101, 138, 147, 148 Fn. 294 und Fn. 298, 149 Fn. 299, 150f., 160f., 162f., 166, 167f., 169, 185, 221, 289, 297
- Minderung 99, 100ff., 134, 136, 138, 141, 147ff., 154f., 163, 179, 193, 201, 234, 312
- Minderwert 98, 129f., 132, 151f., 154, 179, 312
- Mindestschaden 130
- Mitverschulden 90, 99, 102, 166, 220, 222, 287, 291
- mora 26ff.
 - *siehe auch* Verzug
- Moraltheologie 23

- Nachbesserung 126, 135, 147f., 160, 162
- Nachlieferungsanspruch 126f.
- Naturalobligation 22f.
- Naturalrestitution 118ff., 143, 145, 149, 153, 179, 312
- negatorischer Rechtsschutz 304
- nexum 19, 43

- Nichterfüllung
 – als Verschuldenstatbestand 104ff.
 – unverschuldete 18, 47, 66, 77, 150, 167ff., 238, 243
 nominal damages 131
 Normadressat 52f.
 Nutzungen 97, 167ff.
 Nutzungsvergütung 176f.
- obligatio 3ff., 17ff., 42ff., 80f.
 – *siehe auch* Einheit der Obligation
 obligation de moyens 184ff., 200, 212, 296, 302, 316
 obligation de prudence et de diligence 186
 obligation de résultat 183ff., 200, 212, 296, 302, 316
 obligation de sécurité déterminée 186
 Ohnmacht als Wesen der obligatio 44
 ökonomische Analyse des Rechts 70
 Opfergrenze 40f., 51, 60, 66, 139ff., 179, 206, 216, 231, 312
 – im Gandolfi-Entwurf 212
 – im BGB a.F. 231
 – in den Principles of European Contract Law 207
 – in den Unidroit-Prinzipien 198, 199
 periculum est emtoris 233, 236, 246
 perpetuatio obligationis 4ff., 164, 167, 313
 Personalexekution 3, 19f., 43
 Persönlichkeit 25, 137
 Pfand 11, 20, 297
 Pfandbriefe 119 Fn. 166
 Pfändung 43
 Pflicht *siehe* Leistungspflicht, Schutzpflicht
 Pflichtverletzung 17 Fn. 1, 184, 192, 254, 264ff., 279f., 286, 291, 303ff.
 positive Forderungsverletzung 56 Fn. 203, 188, 284, 288, 293f., 304f.
 Positivismus 12f., 16
 praestare 33, 39f., 64
 Präklusion 196, 279
 Primär- und Sekundärebene 2, 6, 9, 14, 16, 165, 218f., 244ff., 279, 313ff.
 Principles of European Contract Law 201ff., 212, 261, 313
 Principles of European Sales Law / Services 208ff.
 Prioritätsprinzip 55
 Privatautonomie 15 Fn. 70, 67, 116, 146f.
 Prozeß 8, 40f., 110ff., 131, 136, 145, 156, 172, 179, 238 Fn. 100, 305
 Prozeßzinsen 172ff.
- Rechtshängigkeit 168ff.
 Rechtsirrtum 66, 172, 305
 Rechtskauf 169, 230, 243f.
 rechtsverfolgende Ansprüche 85
 Rechtswidrigkeit 57, 59, 106ff., 222ff., 284ff., 304, 312
 Redaktionskommission 49, 229f., 245
 Reichweite
 – der Garantie 295
 – der Entlastung in den Principles of European Contract Law 203ff.
 – der Entlastung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB 270ff.
 – des Erfüllungsanspruchs 93, 96f., 129ff., 273ff.
 – des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung 93, 96f.
 – des Schadensersatzes statt der Leistung 276ff.
 – der Schutzpflichten 75, 283ff.
- Reine Rechtslehre 57
 Reisevertrag 101, 138, 147, 150f., 161, 163
 Rezeption 101
 Risiko 68ff., 175, 184ff., 191f., 197f., 296f., 301f., 307
 Risikoabschlag 86f.
 Rücktritt 95, 103 Fn. 114, 130f., 199, 221, 239ff., 304 Fn. 99, 313
 rückwirkend entstehende Vertragspflichten 165, 224
- Sachmangel *siehe* Mangel
 Sanktion *siehe* Erfüllungsanspruch als Sanktion
 Schaden 84ff.
 Schadensberechnung 98, 141, 143, 154
 Schadensersatz statt der Leistung 251ff.
 Schadensersatz wegen Nichterfüllung 91ff., 215ff.
 – als hybrides Gebilde 97, 103f.

- Schadensverteilung 31f.
 Schenkung 34f., 90, 221
 Schienenbahn 57
 Schlechtleistung 76, 101, 188, 285, 288ff., 307, 316
 Schuld und Haftung 3, 16, 18ff., 33f., 43f., 46, 51, 198f., 212, 217, 245, 260, 304
 – *siehe auch* Fuge zwischen Schuld und Haftung
 Schuldknechtschaft 19
 Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht 254, 260
 Schutzbereich der Norm 287
 Schutzpflicht 6, 75ff., 283ff.
 Schutzzweckgesamtschuld 135 Fn. 230
 Sekundärebene *siehe* Primär- und Sekundärebene
 Selbstbelieferungsvorbehalt 177
 Selbstvornahme 133ff., 155ff.
 Sicherheitsleistung 119, 122
 Sicherungshypothek 122
 Sorgfaltsmaßstab 29, 31
 Soviesokosten 68, 70
 specific performance 157, 187, 195, 211, 236
 Spekulation 63 Fn. 229, 143, 156, 176
 Speziaikauf 49, 55, 71f., 126f., 143, 155f., 170f., 176f., 181f., 195, 212, 230f., 235 Fn. 90, 238 Fn. 100, 289
 Sphärentheorie 226 Fn. 51, 243 f., 295
 Strafe 23, 31f., 131
 – *siehe auch* Erfüllungsanspruch als Sanktion
 Straffunktion des § 463 BGB a.F. 243
 Streik 95, 265
 Strenghrechtliche Klagen 3ff., 8, 9 Fn. 43, 16, 34 Fn. 89, 49 Fn. 169
 strict liability 189f., 212
 Stückkauf *siehe* Speziaikauf
 Study Groups 208
 Sünde 23
 Supply of Goods and Services Act 190

 Tausch 119, 123, 234f.
 Teilleistung 37f., 39, 103 Fn. 114, 234f., 241, 246, 313
 Treuepflichten 6, 58

 Treuhänder 144
 Typenpluralismus 71

 Übernahmeverschulden 26ff., 30ff., 287f.
 unerlaubte Handlung 284f., 289, 293, 304, 306f.
 Unidroit 196ff., 212, 261, 313
 UN-Kaufrecht 192ff., 204 Fn. 92, 212, 235 Fn. 91, 313
 Unkenntnis 26f., 28f., 34f., 68, 114f., 254ff.
 Unmöglichkeit
 – als Befreiungsgrund für den Gläubiger 15, 48, 240, 259, 273
 – als Befreiungsgrund für den Schuldner 14, 48, 112, 217, 274
 – anfängliche 4, 6 Fn. 25, 7, 114ff., 225, 243, 251ff., 264, 280, 314
 – bei bonae fidei iudicia 6
 – nachträgliche 4, 6ff., 46f., 95, 105ff., 164, 182, 216, 218, 223, 225, 228, 232f., 245f., 262f., 264ff., 280f., 309f., 311, 313, 316
 – teilweise 39, 241; *siehe auch* Teilleistung
 – wahre 6 Fn. 25, 84
 Untergang 7, 39, 174, 192, 212, 233ff.
 Unterlassen 4f., 44, 55, 56 Fn. 203, 57f., 60, 64ff., 75, 89, 104f., 107f., 113, 219ff., 242, 252f., 255, 265ff., 280, 284, 286f., 289ff., 296, 307, 312, 316
 Untersuchungspflicht 76 Fn. 284, 291f.
 Unvermögen 5, 7, 13, 15, 31, 47, 49, 72, 165, 223, 228ff.
 – anfängliches 12ff., 34, 47, 49, 216, 225f., 230f., 242, 244, 246, 256, 309
 – finanzielles 231, 242
 – nachträgliches 47, 49, 228ff.
 unvertretbare Handlung 40, 103 Fn. 113, 132f., 136ff., 141, 156
 Urlaubsanspruch 119, 123f.

 Veränderung des Leistungsgegenstandes 7f., 94, 107 Fn. 123, 109
 Verantwortlichkeit des Gläubigers 221
 Veräußerungsverbot 55
 verhaltensbezogene Auffassung 76, 266f., 272

- verhaltensbezogene Pflichten 295, 305ff.
 Verhaltensprogramm 17, 23, 52
 Verität 243
 Vermächtnis 34, 151f.
 Vermögensfunktionsstörung 86
 Vermögensinteresse 84ff., 99, 143
 Verschlechterung 174, 289
 Verschulden als Haftungsgrund 10, 13, 29, 93, 104ff., 284ff.
 Verschulden gegen sich selbst 206, 219, 226, 232, 245, 262, 264, 270, 280f., 314f.
 Verschuldensprinzip 1, 19, 24, 26, 30, 49, 51, 57, 59, 61, 76, 81, 104ff., 179, 181, 183, 190f., 205f., 223, 226, 231, 243, 256, 261f., 264, 269, 294, 310, 312, 314
 Versprechen *siehe* Leistungsversprechen
 Vertrag ohne primäre Leistungspflicht 254, 260
 Vertragsstrafe 19, 89, 96, 99, 104, 277f., 285, 287, 311
 vertretbare Handlung 40, 63, 132ff., 136ff., 145ff., 156
 vertretbare Sachen 38, 119 Fn. 164, 155
 Verwahrung 120f., 173, 186
 Verwendungsrisiko 296 Fn. 68
 Verzug 6, 11, 13, 47, 66, 95, 108, 139 Fn. 253, 160f., 165f., 167ff., 201f., 210, 221, 286, 313
 Videotheken 166
 VOB 158f.
 Vollstreckung *siehe* Zwangsvollstreckung
 Vollstreckungsgegenklage 279 Fn. 143
 Vorbereitungshandlung 54, 59ff., 80, 153
 Vorkommission 239
 Vormund 173
 Vorrang der Naturalerfüllung 9f., 49 Fn. 166, 125, 147 Fn. 292, 153, 155ff., 179, 236ff., 259, 274, 312f.
 Vorsatz 77, 106, 219f., 228, 242, 261, 267, 270f., 280, 291, 303
 Vorteilsausgleichung 90
 vorzeitige Mangelbeseitigung 158ff.
 Waschstraßenfälle 302
 Werkvertrag 67, 69, 71f., 78f., 100f., 131, 134, 147ff., 158ff., 191, 238 Fn. 100 a.E., 285 Fn. 15
 Wert 7, 18f., 34, 36, 38, 81, 83ff., 90ff., 129ff., 166, 167ff., 181, 211, 232ff., 236, 246, 276ff., 305, 312
 – *siehe auch* Marktwert, Minderwert
 Wertpapiere 119 Fn. 164 und Fn. 166, 121f.
 Zwangsvollstreckung 39ff., 52, 62f., 65, 79 Fn. 296, 95f., 117, 132f., 136ff., 155f., 165, 178f., 195, 237f., 312
 Zweckerreichung 61f.
 zweite Kommission 8, 72, 229f., 239
 Zwischenhändler 292f.

Jus Privatum

Beiträge zum Privatrecht – Alphabetische Übersicht

- Adolphsen, Jens*: Internationale Dopingstrafen. 2003. *Band 78*.
- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Barnert, Thomas*: Die Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts. 2003. *Band 82*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Benecke, Martina*: Gesetzesumgehung im Zivilrecht. 2004. *Band 94*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
- Bitter, Georg*: Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. *Band 107*.
- Bittner, Claudia*: Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht. 2000. *Band 46*.
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Brors, Christiane*: Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. 2002. *Band 67*.
- Bruns, Alexander*: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung. 2003. *Band 74*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Callies, Graf-Peter*: Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. 2006. *Band 103*.
- Casper, Matthias*: Der Optionsvertrag. 2005. *Band 98*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Dethloff, Nina*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts. 2001. *Band 54*.
- Dreier, Thomas*: Kompensation und Prävention. 2002. *Band 71*.
- Drexel, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung. 2000. *Band 45*.
- Ebert, Ina*: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. 2004. *Band 86*.
- Einsele, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Ellger, Reinhard*: Bereicherung durch Eingriff. 2002. *Band 63*.
- Escher-Weingart, Christina*: Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht. 2001. *Band 49*.
- Füller, Jens T.*: Eigenständiges Sachenrecht. 2006. *Band 104*.
- Giesen, Richard*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. 2002. *Band 64*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Gruber, Urs Peter*: Methoden des internationalen Einheitsrechts. 2004. *Band 87*.
- Gsell, Beate*: Substanzverletzung und Herstellung. 2003. *Band 80*.
- Habersack, Matthias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.
- Haedicke, Maximilian*: Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. 2003. *Band 77*.

- Hanau, Hans*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht. 2004. *Band 89*.
- Hau, Wolfgang*: Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. 2003. *Band 83*.
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
- Heinemann, Andreas*: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. 2002. *Band 65*.
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. *Band 47*.
- Henssler, Martin*: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12*.
- Hess, Burkhard*: Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26*.
- Hofer, Sibylle*: Freiheit ohne Grenzen. 2001. *Band 53*.
- Huber, Peter*: Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung. 2001. *Band 58*.
- Jacobs, Matthias*: Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens. 2005. *Band 97*.
- Jakob, Dominique*: Schutz der Stiftung. 2006. *Band 111*.
- Jänich, Volker*: Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum? 2002. *Band 66*.
- Jansen, Nils*: Die Struktur des Haftungsrechts. 2003. *Band 76*.
- Jung, Peter*: Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. 2002. *Band 75*.
- Junker, Abbo*: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2*.
- Kaiser, Dagmar*: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. 2000. *Band 43*.
- Katzenmeier, Christian*: Arzthaftung. 2002. *Band 62*.
- Kindler, Peter*: Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16*.
- Kleindiek, Detlef*: Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22*.
- Koch, Jens*: Die Patronatserklärung. 2005. *Band 99*.
- Körper, Torsten*: Grundfreiheiten und Privatrecht. 2004. *Band 93*.
- Koppenfels-Spies, Katharina von*: Die *cessio legis*. 2004. *Band 106*.
- Krause, Rüdiger*: Mitarbeit in Unternehmen. 2002. *Band 70*.
- Lipp, Volker*: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. *Band 42*.
- Löhnig, Martin*: Treuhand. 2006. *Band 109*.
- Lohse, Andrea*: Unternehmerisches Ermessen. 2005. *Band 100*.
- Looschelders, Dirk*: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38*.
- Luttermann, Claus*: Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32*.
- Mäsch, Gerald*: Chance und Schaden. 2004. *Band 92*.
- Mankowski, Peter*: Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute. 2003. *Band 81*.
- Meller-Hannich, Caroline*: Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. 2005. *Band 101*.
- Merkel, Hanno*: Unternehmenspublizität. 2001. *Band 51*.
- Möllers, Thomas M.J.*: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18*.
- Muscheler, Karlheinz*: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5*.
– Universalsukzession und Vonselbsterwerb. 2002. *Band 68*.

- Oechsler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21*.
- Oetker, Hartmut*: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9*.
- Ohly, Ansgar*: „Volenti non fit iniuria“ Die Einwilligung im Privatrecht. 2002. *Band 73*.
- Oppermann, Bernd H.*: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3*.
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Individualität im Zivilrecht. 2001. *Band 52*.
- Peters, Frank*: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1*.
- Piekenbrock, Andreas*: Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. 2006. *Band 102*.
- Preuß, Nicola*: Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger. 2005. *Band 96*.
- Raab, Thomas*: Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41*.
- Reiff, Peter*: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19*.
- Reppen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. 2001. *Band 60*.
- Röhbel, Anne*: Normkonkretisierung im Privatrecht. 2004. *Band 91*.
- Robe, Mathias*: Netzverträge. 1998. *Band 23*.
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von*: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39*.
- Saenger, Ingo*: Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27*.
- Sandmann, Bernd*: Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten. 2001. *Band 50*.
- Schäfer, Carsten*: Die Lehre vom fehlerhaften Verband. 2002. *Band 69*.
- Schnorr, Randolph*: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 – 758 BGB). 2004. *Band 88*.
- Schubel, Christian*: Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften. 2003. *Band 84*.
- Schur, Wolfgang*: Leistung und Sorgfalt. 2001. *Band 61*.
- Schwab, Martin*: Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten. 2005. *Band 95*.
- Schwarze, Roland*: Vorvertragliche Verständigungspflichten. 2001. *Band 57*.
- Seiler, Wolfgang*: Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten. 2006. *Band 108*.
- Sieker, Susanne*: Umgehungsgeschäfte. 2001. *Band 56*.
- Sosnitza, Olaf*: Besitz und Besitzschutz. 2003. *Band 85*.
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15*.
- Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse. 2001. *Band 59*.
- Sutschet, Holger*: Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag. 2006. *Band 110*.
- Taeger, Jürgen*: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13*.
- Trunk, Alexander*: Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28*.
- Veil, Rüdiger*: Unternehmensverträge. 2003. *Band 79*.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. 1998. *Band 33*.

- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.
- Weber, Christoph*: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. *Band 44*.
- Wendeborst, Christiane*: Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37*.
- Wiebe, Andreas*: Die elektronische Willenserklärung. 2002. *Band 72*.
- Wimmer-Leonhardt, Susanne*: Konzernhaftungsrecht. 2004. *Band 90*.
- Wüsthwein, Susanne*: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001. *Band 48*.