

SONDERDRUCK AUS
DIE BEDEUTUNG DER
WÖRTER

Studien zur europäischen
Rechtsgeschichte

FESTSCHRIFT FÜR STEN GAGNÉR
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

MICHAEL STOLLEIS
zusammen mit
MONIKA FROMMEL
JOACHIM RÜCKERT
RAINER SCHRÖDER
KURT SEELMANN
WOLFGANG WIEGAND

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1991

WOLFGANG WIEGAND

Die Verhaltenspflichten
Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte

Zu den Dingen, die sich den Teilnehmern an Sten Gagnér's weit über die Münchner Universität hinaus bekanntem „Seminar für nordische und vergleichende Rechtsgeschichte“ auf Dauer eingepägt haben, zählte seine Neigung, einige immer wiederkehrende formelhafte Wendungen zu gebrauchen, in denen sich in komprimierter Form Forschungserfahrung mit programmatischen Aussagen verbanden. Exemplarisch ist etwa die nur scheinbar triviale Feststellung „es hängt eben alles mit allem zusammen“, mit der er versuchte, Doktoranden die Komplexität rechtshistorischer Vorgänge zu verdeutlichen und sie von einer allzu engen Sicht der Dinge abzubringen. Ähnliche Bewandnis hat es mit dem keineswegs nur als Bonmot zu verstehenden Satz: „Die Rechtsgeschichte reicht immer bis zum gestrigen Tag“. Vielmehr stand dahinter die Überzeugung, daß die Analyse und Aufarbeitung auch der jüngsten Rechtsentwicklung selbstverständliche und notwendige Aufgabe rechtshistorischer Forschung sei. So hat Sten Gagnér, lange bevor dies ein verbreiteter Topos wurde, „juristische Zeitgeschichte“ als Postulat formuliert. Dabei war ihm, der sich während seiner ganzen wissenschaftlichen Tätigkeit mit der „Methodik“ auseinandergesetzt hat, die Problematik einer so verstandenen rechtshistorischen Arbeit durchaus bewußt. Gerade im Hinblick auf das geltende Zivilrecht, mit dem ihn eine zumindest heimliche Liebe verband, erschien ihm ungeachtet aller methodischen Probleme eine mit historischen Mitteln arbeitende Analyse der Entwicklung dogmatischer Konzeptionen und eine darauf aufbauende Beurteilung der von Rechtsprechung und Doktrin erzielten Ergebnisse unerläßlich und für eine sinnvolle Rechtsfortbildung unverzichtbar. Im folgenden soll versucht werden, die Möglichkeiten und die Konsequenzen, die sich aus einer derartigen Betrachtungsweise ergeben, anhand eines konkreten Beispiels aus dem Zivilrecht aufzuzeigen. Dazu sind einige Vorüberlegungen und Standortbestimmungen erforderlich.

I.

Seit gut zehn Jahren ist in der rechtshistorischen Diskussion die nie ganz zur Ruhe gekommene Debatte nach dem Sinn und den Zielen rechtshistorischer Forschung unter dem Aspekt neu belebt worden, ob, und wenn ja inwieweit, Erkenntnisse historischer Analysen zum Verständnis, zur Interpretation und zur Weiterentwicklung des geltenden Rechts herangezogen werden könnten. Diese Diskussion war nicht auf das Privatrecht beschränkt und hat ihre Ursache primär in einer seit langem schwelenden Legitimationskrise der Rechtsgeschichte¹ als Teil der Jurisprudenz. Das hat vor allem im Zivilrecht, auf das ich mich im folgenden konzentriere, zu zahlreichen Versuchen geführt, eine Verknüpfung zwischen Rechtsgeschichte und der Dogmatik des geltenden Rechts herbeizuführen. Dies geschieht auf zweierlei Weise: einmal durch eine auffällige Zunahme von Arbeiten, die Probleme des geltenden Rechts auf historischer Basis analysieren und mit Hilfe dieser Analyse Korrekturen und Neuorientierungen der Zivilrechtsdogmatik vorschlagen und zugleich legitimieren wollen.² Parallel dazu haben verschiedene Autoren sich mit der Tauglichkeit dieses Ansatzes auseinandergesetzt und den Versuch unternommen, die Problematik in generalisierender Weise zu erfassen. Exemplarisch hierfür ist die Schrift von Thomas Honssell über „Historische Argumente im Zivilrecht“³ und Dilchers Vortrag am Zivilrechtslehrtag 1983 in Aachen über den „Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft“.⁴ Ist Dilchers Ansatz vor allem noch durch die Frage geprägt, ob „jenseits der Kodifikationsschwelle etwas für das geltende Recht zu holen sei“,⁵ so hat wenig später Klippel⁶ unter dem Schlagwort „Juristische Zeitgeschichte“ eine Konzeption entworfen, die die Kodifikationsschwelle nicht mehr als Hemmschwelle betrachtet und juristische Zeitgeschichte diesseits und

¹ Übersicht und Dokumentation bei Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, Gießen 1985, S. 1 f., 16 ff.

² Vgl. etwa die Besprechung der Arbeiten von Krampe durch Luig unter dem Titel „Bestätigung durch Rechtsgeschichte“ in *Quaderni Fiorentini* 1985, S. 601 ff. mit weiteren Nachweisen.

³ Münchener Habilitationsschrift, Ebelsbach 1982.

⁴ AcP 1984, S. 247 ff.; dazu die Bemerkungen von Simon und Wiegand im rechtshistorischen Journal 1985, S. 272 ff. und 275 ff.

⁵ AaO. S. 283.

⁶ Zu der oben (Fn. 1) genannten Arbeit.

jenseits des Gesetzes betreiben will. Wenn auch beide Ansätze noch stark von jenem erwähnten Legitimationsbedürfnis geprägt sind, so verstehen sie sich doch zugleich als Beitrag zu einer zeitgemäßen Privatrechtstheorie.⁷ Dies ist zumindest insofern zutreffend, als damit ein methodisches Element postuliert wird, das Klippel folgendermaßen umschreibt: „Insbesondere wird die Zivilrechtswissenschaft auf die Dauer gar nicht umhin können, mit der Hilfe der Rechtsgeschichte ihre eigene Entwicklung unter der Geltung der Kodifikationen aufzuarbeiten.“⁸

Daß dies dringend erforderlich ist, wird heute niemand mehr ernsthaft bestreiten können, der sich Gedanken über den derzeitigen Zustand und die zukünftige Entwicklung der Zivilrechtsdoktrin macht. Es gibt weite Bereiche des Bürgerlichen Rechts, deren Anwendung und Interpretation durch Orientierungslosigkeit gekennzeichnet sind. Ich beschränke mich darauf, das wohl signifikanteste Beispiel, die Entwicklung der gesamten Sicherungsrechte, zu erwähnen, in der sich seit Jahrzehnten unvereinbare Postulate gegenüber stehen und die von der Rechtsprechung betriebene Rechtsfortbildung mehr vom Zufall als von Einsichten bestimmt wird.⁹ Auf anschauliche Weise wird dieser Zustand dokumentiert in dem sechsbändigen, in einem Zeitraum von mehr als 20 Jahren erschienenen Werk von Serick,¹⁰ das als solches schon Gegenstand einer rechtshistorischen Analyse sein könnte. Ähnliche Erscheinungen, wenn auch vielleicht nicht in so eklatanter Form, lassen sich in zahlreichen Gebieten des Privatrechts beobachten, so etwa im Verhältnis Sachenrecht und Schuldrecht¹¹ oder in besonders symptomatischer Form im Bereich des vertraglichen und außervertraglichen Haftungsrechts.¹² Gekennzeichnet ist die Situation immer durch die gleichen Merkmale: Zielkonflikte und damit verbundene Wertungswidersprüche, Überlagerungen oder Überschneidungen von Rechtsinstituten, mangelnde Konsistenz und Kohärenz.

⁷ Dies gilt auch für *Dilcher*, der sich zwar formal dagegen verwahrt (aaO. S. 283), in der Sache aber gerade dies anstrebt.

⁸ AaO. S. 41.

⁹ Dazu *Staudinger-Wiegand*, Kommentar zum BGB (12. Aufl.), Berlin 1989, Anhang zu §§ 929 – 931 Rz 1 ff.

¹⁰ Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung etc., Heidelberg 1965–1986.

¹¹ Dazu *Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 1990, S. 112 ff.

¹² Vgl. dazu und zur ganzen Symptomatik die „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“, Band I–III, Bonn 1981–83, sowie die fundamentale Abhandlung von *Picker*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, AcP 1983, S. 371 ff.

Nun fällt es freilich nicht schwer, die Ursachen dieses Zustandes aufzudecken. Zunächst ist ein Grund zu nennen, der spezifisch für Deutschland gilt: die juristische Literatur hat einen Umfang und ein Ausmaß angenommen, das nur noch wenige zu überblicken vermögen.¹³ Und selbst diese wenigen sind gezwungen, sich in gewissen Teilbereichen zu spezialisieren. Das führt dazu, daß der Blick fürs Ganze zunehmend verloren geht und Sonderkonstruktionen und Lösungen entworfen werden, die mit anderen Teilbereichen und deren Entwicklung nicht mehr vereinbar sind. Das Gleiche gilt für die völlig unüberschaubare Masse an Urteilen, die nicht nur nicht von den juristischen Kommentatoren, sondern auch von den Gerichten selbst nicht mehr in vollem Umfang verarbeitet werden können. Damit ist zugleich ein zweiter Aspekt benannt: Mit zunehmendem Alter der Kodifikation hat das case-law an Bedeutung gewonnen¹⁴ und vielfach auch dort, wo es sich nicht um richterliche Rechtsfortbildung handelt, den Charakter einer primären Rechtsquelle erlangt. Dieser wie die im folgenden angeführten Aspekte sind nicht auf Deutschland beschränkt, sie gelten für alle „bürgerlichen“ Privatgesetzbücher – und sind als solche seit langem bekannt. Ich benenne sie nur schlagwortartig: Die Veränderung des den Gesetzen zugrundeliegenden Sozialmodells hat zu einem Paradigmawechsel geführt.¹⁵ Im Mittelpunkt des Privatrechts steht nicht mehr der privatautonome Bürger, der seine Lebensverhältnisse selbständig ordnet.¹⁶ Die daraus resultierenden Umorientierungen sind vielfach beschrieben und unter Schlagworten wie Rematerialisierung,¹⁷ Entindividualisierung und Kollektivierung des Schuldrechts diskutiert worden. Derartige Diskussionen werden jedoch in der Regel auf großer Abstraktionshöhe und mit dementsprechend

¹³ Zu den Ursachen und Konsequenzen dieser „Überproduktion“ Arzt, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 839 ff.

¹⁴ Dazu etwa Laufs, Beständigkeit und Wandel – achtzig Jahre deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, Jus 1980, S. 853 ff., 857.

¹⁵ Zusammenfassend Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 620 f.

¹⁶ Exemplarisch die Formulierung: „... Lösung entspricht dem Trend der Entwicklung im Privatrecht. Gefragt wird nicht nach den willensgemäß ausgerichteten Rechten des Individuums, sondern nach seinen sozialen Pflichten, die der Sachlage entsprechen“, aus Luig, Von Savignys Irrtumslehre zu Jherings culpa in contrahendo, ZNR 1990, S. 68 f., 75.

¹⁷ Vgl. etwa Joerges, Die Liberalisierung des BGB – Schuldrechts, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts, Krit. Justiz 1987, S. 166 ff., sowie Reuter, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik und materiale Verantwortungsethik, AcP 1989, S. 199; beide mit breiter Dokumentation.

geringer praktischer Relevanz geführt. Gerade dieses Defizit kann dadurch behoben werden, daß die Entwicklung einzelner Rechtsfiguren und Institute analysiert und in ihren Auswirkungen beschrieben wird. Dies soll im folgenden für denjenigen Komplex geschehen, der mit Sammelbegriffen wie „Nebenpflichten“ oder (in neuerer Zeit vorwiegend) „Verhaltenspflichten“ bezeichnet wird.¹⁸

II.

In den modernen Handbüchern und Kommentaren des Schuldrechts nimmt die Darstellung der Verhaltenspflichten breiten Raum ein.¹⁹ Eine nähere Analyse zeigt, daß es sich um ein Konglomerat unterschiedlichster Pflichten handelt, die ein breites Spektrum von Verhaltensweisen abdeckt. Während in der Terminologie und der Gruppierung dieser Pflichten starke Divergenzen zu beobachten sind, besteht Einigkeit über folgende Punkte: Die rechtsethische Grundlage finden diese Pflichten im Prinzip von Treu und Glauben, weshalb sie positivrechtlich an den § 242 BGB oder an Art. 2 ZGB²⁰ angeknüpft und dann aus diesen Generalklauseln abgeleitet werden. Die Rechtsfolgen, die sich aus einer Nichtbeachtung der Verhaltenspflichten ergeben, werden durch die Rechtsinstitute der positiven Vertragsverletzung und der culpa in contrahendo geregelt. Die Verhaltenspflichten bilden das Bindeglied zwischen diesen beiden durch richterliche Rechtsfortbildung zum Gewohnheitsrecht gewordenen dogmatischen Figuren, deren innerer Zusammenhang gerade erst dadurch erkannt worden ist.²¹ Die Konsequenzen, die sich daraus für das Verständnis des Schuldverhältnisses insgesamt ergeben haben, finden in Begriffen wie „gesetzliches Schuldverhältnis“ oder „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ Ausdruck. Ehe die Bedeutung dieser Veränderungen gewürdigt werden kann, ist es notwendig, die Entstehung, die Ausweitung und die Funktion der Verhaltenspflichten zu beschreiben und zu analysieren.

¹⁸ Diese Bezeichnung hat *Larenz* als Oberbegriff eingeführt, sie wird heute überwiegend verwendet.

¹⁹ Als Beispiel mögen genügen: Einerseits *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, § 2 I; die dort gegebene Darstellung ist von Auflage zu Auflage gewachsen (Zitate erfolgen nach der 13. Aufl. München 1982); zuletzt *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, § 2 III. IV.

²⁰ Für die Schweiz vgl. etwa *Merz*, Berner Kommentar (1960), Art. 2 ZGB N 260 ff.

²¹ Dazu und zu den folgenden Begriffen unten V.

III.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Entwicklung der hier zu untersuchenden Pflichten in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Figuren der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung stehen. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil damit schon klargestellt ist, daß die in Rede stehenden Pflichten nicht ‚aus Prinzipien deduziert‘, sondern primär anhand konkret zu lösender Fragestellungen entwickelt wurden. Exemplarisch dafür ist die Beschreibung, die Hermann Staub²² für seine „Erfindung“ der „positiven Vertragsverletzung“ gibt. Staub beginnt mit einer Schilderung von Beispielen, die er der Praxis entnimmt:

„Die Fälle, um die es sich hier handelt, sind von der allergrößten Wichtigkeit. Sie kommen im Rechtsleben täglich tausendfach vor. Sie begegnen uns auf Schritt und Tritt. Es verpflichtet sich jemand, die ihm verkauften Lampen nicht nach Frankreich weiter zu verkaufen; er tut es doch. Es liefert ein Kaufmann einem andern einen von ihm fabrizierten Leuchtstoff, der explosive Bestandteile hat, ohne den Käufer darauf aufmerksam zu machen; der Leuchtstoff richtet im Laden des Käufers großen Schaden an. Ein Agent gibt aus Nachlässigkeit unrichtige Berichte über die Solvenz eines von ihm gewonnenen Kunden, ein anderer arbeitet fortgesetzt für ein Konkurrenzgeschäft, obwohl darin nach Lage der Sache eine arge Pflichtverletzung zu erblicken ist. Ein Kommis verkauft aus Fahrlässigkeit weit unter dem Einkaufspreis. Ein Prinzipal gibt seinem Handlungsgehilfen ein unrichtiges Zeugnis. Niemand wird zweifeln, daß in allen diesen Fällen der pflichtverletzende Teil die Verpflichtung hat, dem anderen Teil denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Pflichtverletzung erwachsen ist.“

Staub setzt mit Selbstverständlichkeit zwei Dinge voraus: einmal, daß Schadenersatz zu leisten sei und zum anderen, daß diese Obligation ihren Grund in einer Pflichtverletzung habe. In den Beispielfällen geht es jedoch um die Verletzung ganz unterschiedlicher Pflichten. Dessen ungeachtet wird weder der Versuch einer näheren Qualifizierung der Pflicht unternommen, noch gar die Frage nach ihrer Begründung aufgeworfen. Vielmehr diskutieren Staub und die Mehrzahl derjenigen, die sich in der Folgezeit an der durch ihn ausgelösten Debatte beteiligen, vorwiegend

²² Die positiven Vertragsverletzungen, (als selbständige Schrift zuerst) Berlin 1904; besonders aufschlußreich die 2. Aufl. von Müller (1913), die die dadurch ausgelöste Diskussion schildert; das folgende Zitat S. 5–6.

über die Verankerung des als richtig erkannten Prinzips im Gesetz. Daß es die von Staub angenommenen Pflichten, deren Verletzung er mit Schadensersatz und Rücktrittsfolgen sanktionieren will, überhaupt gibt, wird nicht eigentlich in Frage gestellt.

Im Vordergrund der Diskussion steht vielmehr die Frage, ob die von Staub postulierten Rechtsfolgen durch die gesetzlichen Kategorien der Unmöglichkeit bzw. des Verzuges erfaßt oder aber unmittelbar aus § 276 BGB abgeleitet werden könnten. Im Rahmen dieser Auseinandersetzung stellt sich dann allmählich heraus, daß die von Staub angenommene Verletzung von Vertragspflichten eine nähere Spezifizierung erfordert. Nachdem dies schon von Krückmann²³ angedeutet wurde, hat Siber im Planck'schen Kommentar²⁴ die zentrale Stellung der Pflichtverletzung deutlich gemacht. Siber, dem es einerseits darum geht, die Unhaltbarkeit einer direkten Ableitung von Schadensersatzansprüchen aus § 276 BGB aufzuzeigen und andererseits die weitgehende Überflüssigkeit einer dritten Kategorie von Vertragsverletzungen nachzuweisen, geht von folgender Feststellung aus:

„Der Fehler der älteren Lehre bestand aber nicht darin, daß sie keine dritte Art der ‚Vertragsverletzung‘ neben der Unmöglichkeit und dem Verzuge anerkannte, sondern darin, daß sie . . . die zahlreichen akzidentellen, aber keineswegs nebensächlichen Nebenverpflichtungen übersah, deren endgültige oder zeitweilige Nichterfüllung gleichfalls zu einer Schädigung des Gläubigers führen kann“.

Siber zieht hieraus den Schluß, daß die von Staub eingeleitete Entwicklung an sich begrüßenswert sei, ihre Fragestellung jedoch die Dinge in unzulässiger Weise vereinfache. Dies begründet er wie folgt: „. . . es gibt keine Schadensersatzpflichten wegen eines Verschuldens, das nicht Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Berechtigten wäre. Man kann deshalb bei Schadensersatzpflichten wegen Verschuldens nicht mit dem subjektiven Tatbestand des Verschuldens allein operieren, ohne zuvor zu untersuchen, welches objektiv rechtswidrige Verhalten verschuldet ist, d. h. welche primäre Vertragspflicht der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat. Diese grundlegende Frage wird völlig ausgeschaltet,

²³ Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, AcP 1907, S. 1, 200 ff. „Es ist wahr: eine abstrakte Sorgfaltspflicht gibt es nicht, es muß immer je nach dem betreffenden Rechtsverhältnis festgestellt werden, in Bezug auf welche konkrete Pflicht und ihre Erfüllung eine Sorgfaltspflicht besteht.“ (S. 202)

²⁴ Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, 1 (4. Aufl.) Berlin 1914, bearbeitet von Siber, Zitate aus Vorbem. 3a zu §§ 275–292.

wenn man nur von einer Haftung wegen Vertragsverletzung spricht und nicht erst prüft, welchen Inhalt die verletzte Vertragspflicht hat, und in welcher Weise sie ‚verletzt‘ worden ist. Der Anschein, daß es sich bei den sog. positiven Vertragsverletzungen um eine dritte Art der Pflichtverletzung, des Verschuldens u. dergl. handle, damit aber auch die vielgerühmte scheinbare Einfachheit und Natürlichkeit dieser Denkform, entsteht nur dadurch, daß man ein unentbehrliches logisches Zwischenglied, nämlich den Tatbestand der Nichterfüllung einer primären Pflicht bestimmten Inhaltes, einfach überspringt. Das gilt namentlich von der Begründung durch § 276“.

Auf dieser Basis diskutiert nun Siber die verschiedenen Formen der Pflichtverletzung. Ausgangspunkt bildet für ihn der Begriff der Nebenverpflichtung, den er im folgenden primär in Erhaltungs- und Anzeigepflichten sowie allgemeine Sorgfaltspflichten untergliedert, welche er freilich nicht als eigene Kategorie verstanden wissen will. Zwar versucht Siber gerade im Rahmen dieser Darstellung der Nebenverpflichtungen nachzuweisen, daß ihre Nichtbeachtung keine eigenständige Form der Vertragsverletzung darstelle; dessen ungeachtet hat er mit seinen Ausführungen die zentralen Elemente dieses Rechtsinstituts in besonders klarer Weise formuliert und deren zukünftige Entwicklung vorgezeichnet:

Er rückt die Frage der Pflichtverletzung in den Mittelpunkt. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit das Bedürfnis, die Pflichtverletzungen zu spezifizieren und zu gliedern. Damit aber wird ein Mechanismus in Gang gesetzt, dessen Ende bis heute noch nicht abzusehen ist. Mit der Aufgliederung und Auffächerung der Nebenverpflichtungen wird die praktisch unbegrenzte Möglichkeit eröffnet, diese durch immer weitere Spezifizierung zu verfeinern, aber auch auszuweiten.²⁵

IV.

Diese Ausweitung geschieht in der Folgezeit in einem sehr komplexen Prozeß, in dem eine Reihe von Faktoren ineinandergreifen, die ihrerseits wiederum Elemente einer sich grundsätzlich verändernden Konzeption des Schuldverhältnisses darstellen. Die Nebenverpflichtungen, die Siber noch ausschließlich als Ausfluß der Leistungspflicht betrachtet, werden

²⁵ Dazu unten V., VI.

in zunehmendem Maße von dieser abgelöst und durch die Bezugnahme auf § 242 BGB gestützt. Diese Verankerung im Grundsatz von Treu und Glauben hat einen doppelten Effekt. Einerseits eröffnet sich damit die Möglichkeit, beliebige, daraus deduzierbare Pflichten zu entwickeln, zum anderen ist damit zugleich eine gewisse Verselbständigung dieser Pflichten verbunden. Die sich hier andeutende Aufgliederung des Schuldverhältnisses in verschiedene Schichten und Grade von Verpflichtungen ist wiederum Ausdruck und zugleich Teil einer weiteren Entwicklung. Die Sicht des Schuldverhältnisses als eine reine Austauschbeziehung wird ersetzt durch eine differenzierte Betrachtungsweise, die „das Schuldverhältnis als komplexe Einheit“²⁶ auffaßt. Von besonderer Bedeutung sind auch hier die Darlegungen Sibers geworden, der zur Kennzeichnung dieser veränderten Betrachtungsweise den Begriff des Schuldverhältnisses als „Organismus“ eingeführt hat.²⁷ Damit wird die auf den Leistungsaustausch bezogene und vielfach als statisch bezeichnete Konzeption durch eine Anschauungsweise ersetzt, die Larenz²⁸ später auf die Formel gebracht hat, das Schuldverhältnis sei „als Gefüge und als Prozeß“ zu begreifen.

In diesem Rahmen ist schließlich auch der Ansatz von Kress zu sehen, dessen Lehre die weitere Entwicklung der Nebenpflichten maßgeblich beeinflußt hat. In der Explikation der allgemeinen Begriffe, die er seinem Schuldrecht²⁹ voranstellt, gliedert er den Anspruch in zwei Teilbereiche. Neben die auf Erlangung einer Leistung gerichteten „Erwerbsansprüche“ stellt er den „Schutzanspruch“, der entweder auf Gesetz oder Vereinbarung beruhen kann. Letztere nennt er relative Schutzansprüche und führt im Anschluß daran aus:

„Von allgemeiner Bedeutung sind diejenigen Schutzansprüche, welche sich auch ohne ausdrückliche Vereinbarung aus Schuldverhältnissen ergeben und durch ergänzende Auslegung (157) feststellbar oder unmittelbar auf gesetzliche Bestimmungen (Treu und Glauben; . . . manchmal auch auf Einzelvorschriften, z. B. 523, 524, 600, 694) zurückzuführen sind; sie sind relativ, stehen dem am Schuldverhältnis Beteiligten nur gegen den anderen zu, nicht auch gegen dritte Verletzer. Sie dienen dem Schutze

²⁶ so *Gernhuber* (Fn. 19), § 2, dort auch Nachweise zum folgenden.

²⁷ Besonders prägnant in der Einleitung zum Planckschen Kommentar (Fn. 24), Vorbem. I. 1.

²⁸ AaO. (Fn. 19), § 2 V.

²⁹ Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, Neudruck der Ausgabe München 1929, S. 1 ff., Zitat S. 5.

derjenigen Güter, welche bei der Abwicklung der schuldrechtlichen Beziehungen oder schon bei dem Abschlusse der Verträge berührt werden“.

Richtungsweisend sind diese Ausführungen von Kress aus mehreren Gründen: zwar geht er noch von der Bindung an den rechtsgeschäftlichen Willen aus, betont aber, daß die Schutzpflichten letztlich auch ohne Parteivereinbarung durch Rückgriff auf die §§ 157 und 242 begründet werden können. Um so wesentlicher ist der Umstand, daß die Funktion der Schutzansprüche in einer Weise umschrieben wird, die die Brücke von der culpa in contrahendo zur positiven Vertragsverletzung schlägt; ein Gedanke, den Kress dann später im Zusammenhang mit dem dritten wesentlichen Gesichtspunkt näher ausführt.³⁰ Kress bildet gewissermaßen als Vorstufe des Schutzanspruches den sogenannten „unentwickelten Schutzanspruch“, dem er eine verhaltenssteuernde Funktion zuweist. Mit Hilfe dieses Begriffes entwirft er eine sowohl die positive Vertragsverletzung wie die culpa in contrahendo umfassende Schutzkonzeption, die trotz formaler Anknüpfung an den Parteiwillen eine deutliche Tendenz zur Verselbständigung des gesamten Komplexes erkennen läßt.

Aufbauend auf dem von Kress entwickelten Konzept hat dann Heinrich Stoll³¹ in seinem „Schwanengesang“ auf die positive Vertragsverletzung eine strikte Trennung von Leistungs- und Schutzinteressen gefordert und das Schutzpflichtverhältnis folgendermaßen begründet:

„Jedes Schuldverhältnis ist heute ein bonae fidei iudicium. Treu und Glauben ist der beherrschende Grundsatz, der für das Verhalten beider Parteien, des Schuldners wie des Gläubigers, maßgebend ist. Das bedeutet, daß nach modernem Recht bei allen Schuldverhältnissen nicht nur die genaue Verwirklichung des positiven Leistungszieles gefordert wird, sondern auch das gesamte Verhalten der Parteien nach Treu und Glauben zu beurteilen ist. Durch das Schutzverhältnis ist unter den Parteien eine Sonderbeziehung geschaffen worden, die von unserm Recht als ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis angesehen wird. Die Sonderbeziehung eröffnet für beide Parteien die Möglichkeit der Einwirkung auf Personen und Sachen der andern Partei; die Folge der Treu- und Glaubensverpflichtung ist die Pflicht, sich hierbei jeder schädigenden Einwirkung zu enthalten. Diese Treu- und Glaubensverpflichtung hat notwendigerweise ein negatives Ziel: sie soll die Gegenpartei vor Schädigungen bewahren,

³⁰ AaO. S. 5 Anm. 11 sowie § 23 insgesamt.

³¹ Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 1932, S. 257 ff., Zitat S. 288–289.

die sich aus der Sonderbeziehung und durch sie ergeben könnten. Sie dient also nicht dem Leistungsinteresse, sondern dem Schutzinteresse des Gläubigers. Wir sprechen von Schutzpflichten“.

Auf dieser Basis versucht Stoll dann anhand der seit Jahrzehnten diskutierten Fallbeispiele die positive Vertragsverletzung zu „verabschieden“. Dieses Ziel hat er wie manche andere vor ihm nicht erreicht; seine dazu angestellten Vorüberlegungen haben jedoch die weitere Entwicklung maßgeblich beeinflusst. Die Verankerung des ‚gesamten Verhaltens‘ im Grundsatz von Treu und Glauben, die Schutzpflicht als Konkretisierung der ‚Treu- und Glaubensverpflichtung‘ und die damit verbundene Ablösung von den Leistungspflichten haben die endgültige Verselbständigung dieses Pflichtenkomplexes ebenso ermöglicht wie deren nahezu beliebige Ausweitung. Von nicht geringerem Einfluß ist die damit einhergehende Qualifizierung der Sonderbeziehung als Vertrauensverhältnis, aus dem sich die Schädigungsmöglichkeit und die Pflicht zu deren Verhinderung ergeben.

V.

Auf diesen Elementen aufbauend hat die Literatur der Nachkriegszeit³² ein umfassendes System der Verhaltenspflichten konzipiert. Die von der Leistungspflicht abgelösten, auf Treu und Glauben basierenden Nebenpflichten werden generalisierend als Pflichten zu loyalen Verhalten zusammengefaßt. In einem zweiten Schritt wird daraus der Schluß gezogen, daß es Schuldverhältnisse gebe, „die sich zunächst in der Begründung allgemeiner Verhaltenspflichten unter bestimmten Personen erschöpfen“. Mit Hilfe dieser Figur wird nun endgültig die Brücke zur culpa in contrahendo geschlagen, indem das „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen“ als ein solches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht bezeichnet und die Erstreckung der Verhaltenspflichten auf nicht am Vertrag beteiligte Personen ermöglicht wird. Sowohl bei diesem „Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte“ wie bei der Erfassung der culpa in contrahendo wird die Ausdehnung der Verhaltenspflichten auf den Vertrauensschutz gestützt und aus § 242 abgeleitet.

Die Anknüpfung der Verhaltenspflichten an den (aufgrund des Partei-

³² Exemplarisch Larenz (Fn. 19), § 2 I, Zitat S. 13, und § 9.

willens bindenden) Vertrag wird damit immer weiter gelöst. So war bereits vorprogrammiert, was dann Canaris³³ mit seiner Konzeption des einheitlichen Schutzverhältnisses vollzog:

„Alle Schutzpflichten finden ihre Grundlage in einem einheitlichen Schutzverhältnis, das mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes beginnt und sich über mehrere Stufen – Beginn der Vertragsverhandlungen, Vertragsschluß, Eintritt in das Erfüllungsstadium – verdichtet; es entsteht unabhängig vom Willen der Parteien, ist also ‚gesetzlicher‘ Natur und findet seine Rechtfertigung im Vertrauensgedanken und seine positiv-rechtliche Grundlage in § 242 BGB. Dies bedeutet, daß die Schutzpflichtverletzung vor und nach Vertragsschluß zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefügt. . .“.

Canaris will zwar nur einen Teil der Fälle der positiven Vertragsverletzungen miteinbeziehen, wobei freilich die Abgrenzung schwierig bleibt. Dieser Umstand und die nach Vertragsschluß eintretende Verdoppelung der Schuldverhältnisse sind vor allem Anlaß zur Kritik³⁴ gewesen; dennoch hat die heute wohl überwiegende Meinung sich der Konzeption von Canaris angeschlossen.

Für die hier zu analysierende Entwicklung kommt es auf diese Streitfrage nicht an. Entscheidend ist vielmehr folgendes: Gerade die Theorie von Canaris macht deutlich, was in dem hier nur punktuell aufgezeigten Prozeß geschehen ist. Mit der „Entdeckung“ der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung und ihrem Einsatz zum Ausgleich von Schädigungsarten, die zumindest in dieser Form im Gesetz nicht geregelt waren,³⁵ entstand die Notwendigkeit, die Pflichtverletzungstatbestände namhaft zu machen. Bei der culpa in contrahendo war dieser Vorgang weniger schwierig, da die Anbindung an die vertraglichen Leistungspflichten von vornherein nicht bestand. Mit der von Kress³⁶ ausgehenden isolierten Betrachtung der Schutzpflichten wird ihre schrittweise Verselbständigung eingeleitet, die dann auch den Blick öffnet für die strukturelle Übereinstimmung der vorvertraglichen und der vertraglichen Verhaltenspflichten. Diese bilden nunmehr ein zentrales Element eines

³³ Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, S. 475 ff., Zitat S. 479.

³⁴ Vgl. dazu *Larenz* (Fn. 19), § 9 II und *Gernhuber* (Fn. 19), § 2 IV 4.

³⁵ Dazu zusammenfassend das Nachwort von *Schmidt*, zur Edition der Abhandlungen von *Jhering* (culpa in contrahendo) und *Staub* (Die positiven Vertragsverletzungen), Bad Homburg 1969, S. 131 ff.

³⁶ Bemerkenswert ist, daß schon Kress die aus Treu und Glauben abgeleiteten Schutzansprüche als „gesetzliche“ bezeichnet, vgl. Zitat bei Fn. 29.

jeden Schuldverhältnisses, dessen praktische Bedeutung bei den Störungen heute bald gewichtiger ist als das der traditionellen Leistungsstörungen.

Mit Hilfe der Verhaltenspflichten ist es möglich, die Risikoverteilung in Austauschverhältnissen zu beeinflussen oder zu verlagern und zudem einen „umfassenden Integritätsschutz“³⁷ zu gewährleisten, der sogar über die rechtliche Sonderverbindung hinaus wirkt.³⁸ Daß die Verhaltenspflichten dabei nur das Instrumentarium bilden und die eigentlichen Entscheidungen auf einer anderen Ebene durch ein Werturteil gefällt werden, ist evident,³⁹ bedarf aber der Diskussion. Zuvor ist jedoch die Wirkungsweise dieses Instrumentariums anhand einiger Beispiele zu verdeutlichen.

VI.

Im Rahmen eines Symposiums⁴⁰ über bankrechtliche Fragen wurden allein drei Referate unter dem Titel „Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen“ gehalten, die sich mit den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an das Verhalten der Banken bei der Krediteinräumung befassen. Deren Bedeutung und Wirkung umschreibt Westermann⁴¹ folgendermaßen:

„Insgesamt geht es also darum, ob bei Verbraucherdarlehen die Kreditinstitute besonderen Nachforschungs-, Beratungs- und Aufklärungspflichten in bezug auf die sinnvolle Durchführbarkeit des Geschäfts für ihren Vertragspartner, eben den Verbraucher, unterliegen, bei deren Verletzung sie Gefahr laufen, die ausgeliehenen Mittel zu verlieren oder auch nur die Zinsen als ihr Entgelt nicht verlangen zu können. Man geht hiermit über die . . . Erkenntnisse zu den Aufklärungs- und Informations-

³⁷ Picker (Fn. 12), S. 460 ff.

³⁸ Die an die Stelle der vertraglichen Verhaltenspflichten tretenden „Verkehrspflichten“ (vgl. etwa Huber, Gutachten [Fn. 12] I, S. 647 ff.; von Bar, ebenda S. 1681 ff.) bewirken zwar eine Zurückführung des Schutzes in das Deliktsrecht, sie sind aber ein geradezu exemplarischer Beleg für die Eigendynamik der verselbständigten Verhaltenspflichten (dazu unten VII.)

³⁹ So wohl auch Picker (Fn. 12), S. 400.

⁴⁰ Bankrechts – Symposium der ZHR (Januar 1989), publiziert in ZHR 1989 Heft 2. Die im folgenden genannten Beiträge stammen von H. P. Westermann (S. 123 ff.), Brandner (S. 147 ff.) und von Rottenburg (S. 162 ff.).

⁴¹ AaO. S. 126.

pflichten ein Stück hinaus, und zwar insoweit, als den Kreditinstituten die Beachtung nicht nur, aber zumindest auch von Fragen in der Sphäre des Vertragspartners, des Kreditkonsumenten aufgegeben werden soll, die seine Fähigkeit und Kapazität betreffen, für eine bestimmte Anschaffung eine vorgegebene Menge Geldes auszugeben“.

Hier wird die oben abstrakt beschriebene Wirkung der Verhaltenspflichten, nämlich die Risikoverteilung und Risikoverlagerung ganz deutlich. Daneben wird ein zweiter, mit dem ersten zwar zusammenhängender, aber darüber hinausgehender Aspekt sichtbar, der mir heute zu einer zentralen Funktion der Verhaltenspflichten geworden zu sein scheint. Ich bezeichne ihn als kompensatorische Wirkung, die auch in den folgenden Beispielen eine entscheidende Rolle spielt.

In einem Urteil vom 8. 5. 1985 hat das Schweizerische Bundesgericht⁴² festgestellt, es bestehe die „Pflicht des Architekten, den Bauherrn auf die Notwendigkeit einer Haftpflichtversicherung hinzuweisen, wenn der Bau mit besonderen Risiken verbunden ist, die er als Fachmann besser überblicken kann als der Bauherr“. Das Gericht hat dem Bauherrn, der wegen eines Erdbebens vom Nachbarn in Anspruch genommen wurde, aufgrund der Verletzung dieser Hinweispflicht einen Schadensersatzanspruch wegen nichtgehöriger Erfüllung⁴³ des Vertrages zuerkannt.

Der Tatbestand der nichtgehörigen Erfüllung wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht wurde auch angenommen,⁴⁴ weil ein Arzt es versäumt hatte, die kostentechnischen Vorfragen einer Operation mit der zuständigen Versicherung zu klären. Die daraufhin von der Versicherung nicht übernommenen Mehrkosten mußte der Arzt dem Patienten zurückerstatten. Das urteilende Gericht führt in diesem Zusammenhang aus, „daß aufgrund des Arztvertrages grundsätzlich keine vertragliche Nebenpflicht des Patienten besteht, medizinische und versicherungstechnische Fragen in eigener Regie abzuklären; vielmehr obliegt es dem Arzt, aufgrund seiner Fachkenntnisse die medizinisch-technischen Fragen zu beurteilen und die Versicherung von geplanten Heileingriffen zwecks Abklärung der versicherungstechnischen Fragen rechtzeitig in Kenntnis zu setzen“.

⁴² BGE 111 II 72.

⁴³ Dieser Tatbestand ist im Gesetz (Art. 97 OR) zusammen mit der Nichterfüllung geregelt; dennoch spricht die Doktrin in der Schweiz heute in diesen Fällen von „positiver Vertragsverletzung“; zum ganzen *Wiegand*, *Die Leistungsstörungen*, recht 1983, S. 1 ff., 118 ff.; 1984, 13 ff.

⁴⁴ Urteil des Bezirksgericht Zürich, Schweiz. Juristenzeitung 1989, S. 249 ff., Zitat S. 251.

Besonders bemerkenswert ist an dieser Begründung zunächst der Umstand, daß die Nebenpflicht praktisch zugeteilt wird, und zwar in erkennbarer Weise der „stärkeren“ Partei. Vollends deutlich wird diese Tendenz dadurch, daß in diesem Urteil zum ersten Mal auf das in der Schweizerischen Bundesverfassung ausdrücklich genannte Institut des Konsumentenvertrages⁴⁵ hingewiesen und auf den der Verfassungsbestimmung zugrundeliegenden Gedanken der Kompensation von Ungleichgewichtslagen Bezug genommen wird.

Schließlich ist auf ein letztes Beispiel zu verweisen, in dem das Schweizerische Bundesgericht⁴⁶ „nach Treu und Glauben eine vertragliche Pistensicherungspflicht“ begründet hat. Bemerkenswert daran ist nicht dieser Umstand als solcher, sondern die Tatsache, daß die Pistensicherungspflicht im außervertraglichen Bereich im Sinne einer Verkehrssicherungspflicht seit langem unbestritten war. Da jedoch der Kläger die deliktsrechtlichen Fristen versäumt hatte, hat das Gericht entsprechende Nebenpflichten in deutlich erkennbarer Weise dazu kreiert, um dem Kläger zu seinem Anspruch zu verhelfen.

VII.

Anhand dieser Beispiele lassen sich Wirkungsweise und Funktion der Verhaltenspflichten verdeutlichen und die oben skizzierten Tendenzen sichtbarer machen.

Der Entwicklung und Ausbildung immer neuer Verhaltenspflichten sind praktisch keine Grenzen gesetzt. Es kann beinahe jedes denkbare Interesse dadurch geschützt werden, daß eine dementsprechende Schutzpflicht begründet wird. Dies ist eine Konsequenz daraus, daß die Verhaltenspflichten vom Parteiwillen abgelöst und in dem Prinzip von Treu und Glauben verankert wurden. Die Gefahr dieser Verselbständigung liegt darin, daß eine gewisse Eigendynamik entsteht und die Entwicklung außer Kontrolle gerät. Diese Gefahr ist besonders groß im Grenzbereich zwischen vertraglichem und außervertraglichem Haftungsrecht, wo in nahezu beliebiger Weise vertragliche Schutzpflichten konstruiert werden,

⁴⁵ Art. 31 *sexies* der Bundesverfassung.

⁴⁶ BGE 113 II 246 ff.; dazu und zum Diskussionsstand aus schweiz. Sicht *Weber*, Schutzpflichten – ein Sozialstaatsgedanke?, Festschrift *Giger*, Bern 1989, S. 735 ff.

um – wie das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts zeigt – Schwächen des deliktischen Rechtsschutzes zu kompensieren.⁴⁷

Noch klarer tritt dieser oben schon angedeutete kompensatorische Effekt der Verhaltenspflichten bei all denjenigen Fallgestaltungen in Erscheinung, in denen Ungleichgewichtslagen bestehen. So entspringen die Verhaltenspflichten für die Banken bei der Kreditvergabe oder die Beratungspflichten des Architekten und des Arztes dem Bedürfnis, Ungleichgewichtslagen zwischen den Parteien, die auf wirtschaftlicher Macht oder Fachkenntnis beruhen, durch die Aufstellung von Verhaltenspflichten auszugleichen.⁴⁸ Gerade in diesen Fällen wird ganz deutlich, daß die Verhaltenspflichten nur das Instrumentarium bilden. Die eigentliche Entscheidung fällt in der Wertung darüber, ob und auf welcher Seite schützenswerte Interessen bestehen. Die Bewertung dieser Schutzinteressen ist die eigentliche zu treffende Entscheidung. Nur wenn ein solches Schutzinteresse bejaht wird, ist es auch berechtigt, eine ihm korrelierende Verhaltenspflicht anzunehmen. Allein so kann vermieden werden, daß sich die Verhaltenspflichten völlig verselbständigen und beliebig vermehrt werden, ohne daß eine wirkliche Kontrolle ihrer Funktion und Angemessenheit stattfindet.

Damit ist zugleich festgehalten, daß die Frage, ob und in welchem Umfang Verhaltenspflichten anzunehmen sind, entscheidend von rechtspolitischen Zielsetzungen abhängt. Deshalb geht es im Grunde auch weniger um die dogmatische Aufarbeitung und Qualifizierung oder darum, ob nun Interessenschutz im Wege des Deliktsrechts oder des Vertragsrechts erfolgen soll. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob man mehr oder weniger beschützen will, ob man Schwächen kompensieren und bestimmte Rechtsgüter, wie etwa das allgemeine Vermögensinteresse, in den Schutz einbeziehen will.

Die darüber bestehenden Zielkonflikte sind die eigentlichen Ursachen zahlreicher Widersprüchlichkeiten und Ungereimtheiten, die auch mit Hilfe noch so durchdachter dogmatischer Konzeptionen nicht beseitigt werden können. Daß dessen ungeachtet eine dogmatische Aufarbeitung und Aufbereitung der Theorie von den Verhaltenspflichten unverzichtbar ist, kann nicht bezweifelt werden. Gerade die vorliegende Skizze hat

⁴⁷ Dazu prinzipiell die Abhandlungen von *Huber* und *von Bar* (Fn. 38).

⁴⁸ Daß diese „soziale Sensibilisierung“ schon in der Konzeption Jherings (oder auch Staubs) angelegt war, trifft in dieser Form sicher nicht zu. Daß man heute ihre „Erfindungen“ in diesem Sinne verwendet, hat die im Text dargelegten Gründe. Vgl. auch *Luig* (Fn. 16) mit weiteren Nachweisen.

aber gezeigt, wie die Entstehung und Ausbreitung der Verhaltenspflichten eng verwoben ist mit grundlegenden systematischen Umorientierungen, die ihrerseits wiederum nur Reflexe veränderter Verhältnisse und dadurch ausgelöster neuer Wertungen sind. Deshalb läßt sich das, was anhand der Verhaltenspflichten beobachtet wurde, auch in größere Zusammenhänge einfügen: Die Loslösung dieser Pflichten von den Leistungspflichten ist nichts anderes als ein Teil der Entwicklung des Schuldverhältnisses vom reinen Austauschverhältnis zu einer komplexen Einheit. Im Rahmen dieses „Organismus“ tritt der pflichtbegründende Parteiwille immer mehr in den Hintergrund, während die unabhängig vom Parteiwillen geltenden Rahmenregeln immer stärker an Bedeutung gewinnen. Symptomatisch dafür ist die Abhandlung von Canaris,⁴⁹ in der von „einem vom Parteiwillen unabhängigen Vertrauensverhältnis“ die Rede ist oder von der Lösung eines Problems, „das bisher durch das Festhalten am ‚Willensdogma‘ außerordentliche Schwierigkeiten bereitet hat“.

Dieser Vorgang hängt seinerseits wiederum zusammen mit der schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einsetzenden Tendenz, der unserem Vertragsrecht zugrundeliegenden Idee der formalen Gleichheit der Rechtssubjekte durch flankierende Maßnahmen die Schärfe zu nehmen und zu einer Rematerialisierung⁵⁰ des Schuldrechts beizutragen. Die Verwendung der Verhaltenspflichten gerade zu diesem Zweck hat in letzter Zeit deutlich an Gewicht gewonnen und bildet heute das vielleicht flexibelste, sicher aber das wirksamste Element zur Ausbalancierung von Ungleichgewichtslagen.

Die notwendigerweise kurze Skizze der Entwicklung der Verhaltenspflichten und der Versuch einer Analyse dieser Entwicklung zeigen mit aller Deutlichkeit, daß gerade die dem Rechtshistoriker geläufige Betrachtungsweise dazu beitragen kann, die Grundlagen des geltenden Rechts und seiner Anwendung durchschaubarer zu machen und damit zugleich die Möglichkeit für eine an bewußt gewählten Zielen orientierte Rechtsfortbildung zu eröffnen.

⁴⁹ Fn. 39; vgl. auch das Zitat von *Luig* (Fn. 16).

⁵⁰ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 17.