

Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht

Von

Stephan Scholz



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einführung	23
§ 1 Problemdarstellung	23
§ 2 Gang der Untersuchung	25

1. Teil

Die Gestaltungsrechte im Privatrecht	26
---	----

1. Kapitel

Die Stellung der Gestaltungsrechte im Rechtssystem	26
---	----

§ 3 Die Entwicklung der Gestaltungsrechte	26
§ 4 Das Gestaltungsrecht als subjektives Recht	36
I. Das subjektive Recht	37
1. Willens- und Interessentheorie	37
2. Die normtheoretische Diskussion	38
II. Gestaltungsrechte als subjektive Rechte	41
1. Diskussion	41
2. Stellungnahme	42
3. Abgrenzung gegenüber anderen Befugnissen	45
a) Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB	45
b) Erfüllung gem. §§ 267 f. BGB	46
c) Annahme der bindenden Offerte	47
d) Aneignung gem. §§ 928, 958 BGB	48
4. Ergebnis	48

2. Kapitel

Inhalt und Wirkung von Gestaltungsrechten	49
--	----

§ 5 Allgemeines	49
I. Funktion von Gestaltungsrechten	49
II. Einteilung der Gestaltungsrechte	51

§ 6	Das Gestaltungsrecht	54
I.	Entstehungstatbestand	54
	1. Vertrag und Gesetz	56
	2. Numerus clausus der Gestaltungsrechte?	56
II.	Inhalt des Gestaltungsrechts	59
	1. Die rechtlich verselbstständigte Verfügungsberechtigung	59
	2. Das Gestaltungsrecht – eine Anwartschaft mit Bedingungseintritt? ..	60
	a) Die Untersuchungen Würdingers und Forkels	60
	b) Stellungnahme	61
	3. Der Einfluss des Gestaltungsrechts auf das Gestaltungsobjekt	64
	a) Materielle Wirkungen des Gestaltungsrechts	64
	b) Das „schwebende“ Gestaltungsobjekt	66
	c) Gestaltungsrechtliche Akzessorietät?	69
	4. Das Gestaltungsrecht als Vermögensrecht	71
	a) Diskussion	72
	b) Stellungnahme	75
	c) Ergebnis	76
	5. Das Gestaltungsrecht als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB ..	76
	a) Diskussion	76
	b) Stellungnahme	77
	c) Ergebnis	78
III.	Inhaber des Gestaltungsrechts	78
	1. Problem der Dritt-Inhaberschaft	79
	2. Stellungnahme	79
IV.	Gegner des Gestaltungsrechts	80
	1. Der richtige Gestaltungsgegner	80
	2. Die freiwillige Unterwerfung und das Unterworfensein	81
	3. Der richtige Gestaltungsgegner bei der Abtretung (§ 404 BGB)	82
	a) Streitstand	83
	b) Stellungnahme	85
	4. Gestaltung zu Lasten Dritter?	86
	a) Diskussion	87
	b) Stellungnahme	87
	c) Ergebnis	88
V.	Verzicht auf das Gestaltungsrecht	89
	1. Verzichtsmöglichkeit bei Gestaltungsrechten	89
	2. Verzichtsausübung bei Gestaltungsrechten	90
	3. Verzichtsbeschränkungen	91
VI.	Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten	92
	1. Seckels Überlegungen	93

2. Weiterentwicklung in der Wissenschaft	94
a) § 413 BGB	94
b) §§ 399 f. BGB	95
c) Akzessorietät und Vertragsfreiheit	97
(1) Seckels Überlegungen	97
(2) Die anschließende Diskussion	97
(3) Der Rechtsgedanke des § 401 BGB	99
(4) Die Theorie von der Vertragsfreiheit	100
d) Die Gestaltungswirkung in der Sphäre des Zedenten	101
(1) Rechtsnatur des Schuldverhältnisses i. w. S.	102
(2) Eingriffsermächtigung aufgrund von Vertragsfreiheit	103
e) Schuldnerschutz	103
3. Heutiger Streitstand	104
a) Selbstständige Gestaltungsrechte	104
b) Unselbstständige Gestaltungsrechte	104
(1) Rechtsprechung	104
(2) Literatur	107
4. Stellungnahme	111
§ 7 Die Gestaltungsrechtsausübung	115
I. Mögliche Äußerungen des Gestaltungswillens	116
II. Ausübung durch Klageerhebung	118
1. Streitstand	119
2. Stellungnahme	121
3. Ergebnis	123
III. Die Gestaltungserklärung als einseitiges Verfügungsgeschäft	123
1. Das einseitige Verfügungsgeschäft	124
2. Gestaltungsrechte als Ausnahme gem. § 311 Abs. I a.E. BGB	125
3. Die Gestaltung durch einen Nichtberechtigten	125
a) Streitstand	126
b) Stellungnahme	126
4. Verfügung über das Gestaltungsrecht selbst?	127
a) Die Ansicht v. Tuhrs	127
b) Stellungnahme	128
IV. Rechtsausübung und Rechtsdurchsetzung?	129
V. Die mögliche Pflicht zur Ausübung	130
§ 8 Die Gestaltungswirkung	131
I. Die Endgültigkeit der Gestaltungswirkung	132
1. Ungewisser Eintritt der Gestaltungswirkung	134
a) Genehmigungsfeindlichkeit	134

(1) Streitstand	134
(2) Stellungnahme	134
b) Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit	136
(1) Streitstand	137
(2) Stellungnahme	137
2. Ungewisser Bestand der Gestaltungswirkung	141
a) Streitstand	142
(1) Einseitiger Widerruf	142
(2) Einvernehmlicher Widerruf	144
(3) Widerruf der Einrede	145
b) Stellungnahme	145
(1) Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung	146
(2) Wiederherstellung des Gestaltungsobjekts	147
(a) Einseitige Wiederherstellung	148
(b) Einverständliche Wiederherstellung	149
(c) Ergebnis	150
II. Eingeschränkte Gestaltungswirkung	150
1. Relative Gestaltungswirkung	150
a) Die Ansicht Ramraths	151
b) Stellungnahme	152
2. Teilweise Gestaltungswirkung (Teilkündigung und Teilrücktritt)	153
a) Ausgangslage	153
b) Streitstand	154
(1) Teilkündigung	154
(2) Teilrücktritt	156
c) Stellungnahme	157
3. Einredeweise Gestaltungswirkung	158
a) Die Einrede der Gestaltbarkeit nach Verfristung	158
b) Die zufällige Überschneidung von Gestaltungsrecht und Einrede	158
c) Einrede der Gestaltbarkeit durch Dritte	159
(1) Einreden des Bürgen gem. § 770 BGB	160
(2) Die analoge Anwendung des § 770 BGB	160
(a) Befreiende Schuldübernahme	160
(b) Sicherungsschuldbeitritt	161
(c) Ergebnis	161
d) Stellungnahme	162
§ 9 Der Gestaltungsgrund	163
I. Grundabhängige und grundunabhängige Gestaltungsrechte	163
II. Tatbestand des Gestaltungsgrundes	164

III. Der gesetzlich eingeschränkte Anwendungsbereich	165
IV. Zeitpunkt für das Vorliegen des Gestaltungsgrundes	165
1. Problem	165
2. Stellungnahme	166
a) Grundsatz: § 130 BGB	167
b) Nachträglicher Wegfall des Gestaltungsgrundes	168
V. Angabe des Grundes bei Ausübung des Gestaltungsrechts	169
1. Gesetzliche Begründungspflichten	169
2. Die Diskussion der Begründungspflicht im Mietrecht	171
3. Stellungnahme	172
4. Generelle Begründungspflicht?	173
a) Einleitung	173
b) Erste Ansicht	173
c) Zweite Ansicht	175
d) Stellungnahme	177
(1) Lehre von der Anspruchskonkurrenz	177
(2) Konkurrenz verschiedener Gestaltungsgründe	179
(3) Ergebnis	179
VI. Nachschieben von Gründen	180
1. Diskussion	180
2. Stellungnahme	181
a) Nachschieben bei fehlender Grundangabe	182
b) Nachschieben bei Angabe eines unzutreffenden Grundes	182
§ 10 Beschränkung und Ausschluss	184
I. Rechtsgeschäftlicher Ausschluss	185
II. Gesetzlicher Ausschluss	185
1. Ausgangslage	185
2. Einzelne Ausschlusstatbestände	186
3. Allgemeine Unwirksamkeitsgründe	187

3. Kapitel

Das Wahlrecht im BGB 188

§ 11 Die echte Wahlschuld	188
§ 12 Ersetzungsbefugnis	191
§ 13 Die unechte Wahlschuld	193
§ 14 Der verhaltene Anspruch	195

2. Teil

Die Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht 198

4. Kapitel

Gestaltungswirkungen und Konkurrenzen 198

§ 15 Gestaltungswirkungen der Sekundärrechte	198
I. Rücktritt und Minderung	198
1. Die Entwicklung im Leistungsstörungenrecht	198
2. Stellungnahme	201
II. Schadensersatz und Aufwendungsersatz gem. §§ 281, 284 BGB	202
1. Erlöschen der Leistungspflicht	203
a) Rechtslage im alten Recht	203
b) Aktuelle Rechtslage	204
c) Stellungnahme	205
2. Erlöschen der Gegenleistungspflicht	206
a) Rechtslage im alten Recht	206
b) Aktuelle Rechtslage	207
c) Stellungnahme	208
d) Ergebnis	209
3. Das Schadensersatzverlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB	210
a) Entstehungsvoraussetzung für den Schadensersatzanspruch?	210
(1) Ausgangslage	210
(2) Diskussion	211
(3) Ergebnis	212
b) Das zugrunde liegende Wahlrecht	212
c) Ergebnis	213
4. Die Rücknahme des Schadensersatzverlangens	214
a) Ausgangslage	214
b) Meinungsstand	214
c) Stellungnahme	215
III. Surrogatverlangen, § 285 BGB	215
1. Ausgangslage	215
2. Das Schicksal der Gegenleistung	216
3. Stellungnahme	217
IV. Rückforderungsanspruch gem. § 326 Abs. 4 BGB	218
1. Die Vorschrift in der Gesetzgebung	219
2. Stellungnahme	219
V. Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB	220
1. Umfang des Nacherfüllungsrechts	220

2. Rechtsnatur des Nacherfüllungsrechts	221
§ 16 Das Wahlrecht zwischen Primär- und Sekundärrecht	222
I. Leistungsansprüche und Rücktrittsrecht	222
1. Entstehung des Wahlrechts	222
2. Erlöschen des Wahlrechts	223
a) Erlöschen durch das Leistungsverlangen des Gläubigers	223
(1) Streitstand	223
(2) Stellungnahme	224
(3) Ergebnis	225
b) Erlöschen durch ein Gestaltungsgegenrecht des Schuldners	225
(1) Streitstand	225
(2) Stellungnahme	226
c) Erlöschen durch nachträgliche Leistungserbringung	227
(1) Ausgangslage	228
(2) Der nachträgliche Wegfall des Gestaltungsgrundes	228
(3) Stellungnahme	229
(a) Veränderungen im Gestaltungsgrund	229
(b) Schützenswerte Interessen des Gläubigers?	230
d) Erlöschen durch das nachträgliche Leistungsangebot	231
II. Leistungsanspruch und Schadensersatz gem. § 281 BGB	231
1. Entstehung des Wahlrechts	231
a) Rechtslage im alten Recht	232
b) Aktuelle Rechtslage	232
2. Erlöschen des Wahlrechts	233
a) Erlöschen durch das Leistungsverlangen des Gläubigers	233
(1) Streitstand	233
(2) Stellungnahme	234
b) Erlöschen durch ein Gestaltungsgegenrecht des Schuldners	235
(1) Gesetzgeber	235
(2) Streitstand	236
(3) Stellungnahme	237
c) Erlöschen durch das nachträgliche Leistungsangebot	238
(1) Streitstand	238
(a) 1. Ansicht	238
(b) 2. Ansicht	240
(c) 3. Ansicht	241
(2) Stellungnahme	242
(a) Wegfall der Nichtleistung durch Annahmeverzug	242
(b) Die Leistungsankündigung gem. § 299 BGB	243
(c) Gesetzliche Ausübungsfristen?	244

(d) Haftung wegen Informationspflichtverletzung?	245
(e) Kostenabwicklung beim Deckungsgeschäft	246
III. Die Ausübung des Wahlrechts vor Ablauf der Nachfrist	247
1. Ausgangslage	247
2. Die bedingte Erklärung	248
a) Streitstand	248
b) Stellungnahme	249
(1) Abhängigkeit von der Entstehung des Gestaltungsrechts	249
(2) Abhängigkeit von der Mitwirkung des Gläubigers	251
(3) Widerruf vor Bedingungeintritt	252
§ 17 Das Wahlrecht zwischen Nacherfüllung und Sekundärrecht	252
§ 18 Das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung	253
I. Meinungsstand	254
II. Konsequenzen der unterschiedlichen Sichtweisen	255
III. Untersuchung der Rechtsnatur	258
1. Historische Auslegung	259
2. Grammatische Auslegung	259
3. Systematische Auslegung	260
4. Richtlinienkonforme Auslegung	261
5. Teleologische Auslegung	261
IV. Stellungnahme	262
1. Zweck des Wahlrechts	262
2. Der notwendige Einfluss des Verkäufers auf das Wahlrecht	263
3. Wechsel des Käufers zwischen den Alternativen	264
4. Das Verhältnis von § 265 BGB und § 439 Abs. 3 BGB	266
5. Rechtsnatur des Wahlrechts	266
§ 19 Das Wahlrecht zwischen den Schadensersatzarten	267
I. Kleiner und großer Schadensersatz	267
1. Wahlrecht	267
2. Wechsel zwischen großem und kleinem Schadensersatz	268
a) Streitstand	268
b) Stellungnahme	269
II. Differenz- und Surrogationsmethode	270
1. Wahlrecht	270
a) Die Entwicklung in der Rechtswissenschaft	270
b) Wahlbeschränkungen im alten Recht	272
(1) Ausschluss der Differenzmethode	272
(2) Ausschluss der Surrogationsmethode	273
(3) Zusammenfassung	274

c) Aktuelle Rechtslage	275
(1) Der Streitstand bei Möglichkeit der Leistung	275
(2) Der Streitstand bei Unmöglichkeit der Leistung	276
(3) Stellungnahme	278
(a) §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB	279
(b) §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 und § 311a Abs. 2 BGB ...	280
(c) Ergebnis	282
2. Wechsel zwischen Differenz- und Surrogationsmethode	283
a) Streitstand	283
b) Stellungnahme	283
(1) Wechsel von der Surrogations- zur Differenzmethode	283
(2) Wechsel von der Differenz- zur Surrogationsmethode	284
§ 20 Das Wahlrecht zwischen den Sekundärrechten	284
I. Rechtsnatur	285
II. Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz	286
1. Kombination von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung ...	286
a) Rechtslage im alten Recht	286
b) Aktuelle Rechtslage	287
c) Rücktritt und Schadensersatz nach der Surrogationsmethode	289
d) Rücktritt und Schadensersatz nach der Differenzmethode	290
(1) Ausgangslage	290
(2) Streitstand	291
(3) Stellungnahme	292
(4) Ergebnis	293
e) Rücktritt und großer Schadensersatz	294
(1) Rechtslage im alten Recht	294
(2) Aktuelle Rechtslage	294
(a) Diskussion	295
(b) Stellungnahme	295
f) Rücktritt und kleiner Schadensersatz	296
g) Teilrücktritt und kleiner Schadensersatz	296
h) Teilrücktritt und großer Schadensersatz	297
2. Kombination von Rücktritt und Aufwendungsersatz	297
a) Die mögliche Kombination	297
b) Die notwendige Kombination im Einzelfall	298
c) Die notwendige Kombination im Allgemeinen	299
3. Wechsel vom Rücktritt zum Schadensersatz	300
a) Rechtslage im alten Recht	300
(1) Gesetzesmaterialien	300
(2) Streitstand im alten Recht	300

(3) Stellungnahme	302
b) Aktuelle Rechtslage	303
(1) Rücktritt und Schadensersatz nach der Surrogationsmethode	303
(a) Streitstand	303
(b) Stellungnahme	305
(c) Zwischenergebnis	306
(d) Endergebnis	308
(2) Rücktritt und kleiner Schadensersatz	308
(a) Ausgangslage	308
(b) Streitstand	309
(c) Stellungnahme	311
(d) Ergebnis	312
4. Wechsel vom Schadensersatz zum Rücktritt	313
a) Rechtslage im alten Recht	313
b) Aktuelle Rechtslage	314
(1) Ausgangslage	314
(2) Streitstand	315
(3) Stellungnahme	316
(4) Ergebnis	317
III. Das Verhältnis von Rücktritt und Minderung	318
1. Gesetzgebung	318
2. Meinungsstand	320
a) Gesetzesmaterialien	320
b) Ansichten in der Literatur	320
3. Stellungnahme	321
a) Wechsel bei Entdeckung weiterer Mängel	322
b) Wechsel im Fall des Verkäuferprotests	323
(1) Streitstand	323
(2) Stellungnahme	324
c) Wechsel in den sonstigen Fällen	325
(1) Grundsatz	325
(2) Allgemeine gesetzliche Legitimation	325
(3) Besondere gesetzliche Legitimation	326
(4) Konkurrierende Gestaltungswirkungen im Schuldverhältnis ..	327
(a) Nachträgliche Minderung	327
(b) Nachträglicher Rücktritt	328
(5) Ergebnis	328
IV. Das Verhältnis von Minderung und Schadensersatz	329
1. Kombination von Minderung und Schadensersatz	329

a) Streitstand	329
b) Stellungnahme	329
2. Wechsel zwischen Minderung und Schadensersatz	330
a) Streitstand	331
b) Stellungnahme	331
V. Das Verhältnis von Surrogaterausgabe, Schadensersatz und Rücktritt ..	332
1. Problem	332
2. Stellungnahme	333
3. Ergebnis	334
§ 21 Zusammenfassung	334

5. Kapitel

Gestaltungsrechtsspezifische Folgeprobleme 335

§ 22 Schadensersatzklage vor Ablauf der Leistungsfrist	335
I. Sofortiges bedingtes Schadensersatzverlangen	335
1. Rechtslage im alten Recht	336
2. Aktuelle Rechtslage	337
a) Streitstand	338
b) Stellungnahme	338
c) Ergebnis	340
II. Späteres Schadensersatzverlangen	340
1. Streitstand	340
2. Stellungnahme	341
§ 23 Einrede der Gestaltbarkeit wegen Mängeln	342
I. Einrede nach Verlust des Sekundärrechts	342
1. Rechtslage im alten Recht	342
2. Aktuelle Rechtslage	343
3. Problem	344
4. Stellungnahme	345
5. Ergebnis	346
II. Einrede neben dem Sekundärrecht	347
1. Diskussion bei § 2083 BGB	347
2. Diskussion im Kaufrecht	348
3. Stellungnahme	348
a) Allgemeine Mängleinrede	348
b) Mängleinrede bei Ausschluss des § 320 BGB	349
(1) Streitstand	349
(2) Stellungnahme	350

(3) Ergebnis	352
§ 24 Verjährung der Sekundärrechte	353
I. Verjährung der allgemeinen Sekundärrechte	353
1. Rechtslage im alten Recht	353
2. Aktuelle Rechtslage	354
a) Problem	354
b) Streitstand	355
c) Verjährungsbeginn bei verhaltenen Ansprüchen	355
(1) §§ 199, 200 BGB a.F.	356
(2) §§ 695 S. 2, 696 S. 3, 604 BGB	357
(3) Aktuelle Diskussion	357
d) Stellungnahme	359
(1) Verjährungsbeginn mit Vorliegen des Entstehungsgrundes ..	359
(2) Entsprechende Anwendung der §§ 438, 634a BGB?	360
II. Verjährung der Mängelrechte	361
1. Rechtslage im alten Recht	361
2. Aktuelle Rechtslage	361
a) Problem	362
b) Streitstand	363
c) Stellungnahme	365
§ 25 Übertragung von Sekundärrechten	366
I. Die Übertragung von Gestaltungsrechten	366
1. Vertragsübernahme	366
2. Forderungszession	366
a) Inhalt der Vertragsauslegung	367
b) Stellungnahme	369
c) Ergebnis	369
II. Einzelne Gestaltungsrechte	371
1. Fristsetzungsrecht	371
2. Schadensersatz nach der Surrogationsmethode	372
3. Schadensersatz nach der Differenzmethode	373
a) Ausgangslage	373
b) Notwendige Kombination mit dem Rücktritt	374
c) Stellungnahme	375
4. Rücktritt und Minderung	377
a) Problem	377
b) Stellungnahme	378
III. Übertragung von Gestaltungsrechten im Leasingrecht	379
1. Rechtslage im alten Recht	379

2. Aktuelle Rechtslage	382
a) Minderungs- und Rücktrittsrecht in der Abtretungskonstruktion ..	382
(1) Streitstand	382
(2) Stellungnahme	383
b) Einrede der Mangelhaftigkeit	384
(1) Streitstand	384
(2) Stellungnahme	385
c) Wegfall der Geschäftsgrundlage	385
(1) Streitstand	386
(2) Stellungnahme	387
3. Ergebnis	389
§ 26 Rechtskraft und Präklusion	389
I. Rechtskraft und präjudizielles Rechtsverhältnis	390
II. Die Präklusion im Aktivprozess	392
1. Rücktritt und Anfechtung	392
2. Rücktritt, Minderung und Schadensersatz	394
3. Großer und kleiner Schadensersatz	396
4. Stellungnahme	396
III. Die Präklusion im Passivprozess	397
1. Das Gestaltungsrecht bei § 767 Abs. 2 ZPO	397
2. Die Gestaltungserklärung als erledigendes Ereignis	398
3. Stellungnahme	398
IV. Ergebnis	399

6. Kapitel

Wesentliche Ergebnisse	401
Literaturverzeichnis	405
Sachwortverzeichnis	434