

# Inhalt

Vorwort .....	IX
Abkürzungen und Siglen.....	XXIII
Einleitung.....	1

## Erster Teil

### Geschichte der einseitigen privaten Rechtsgestaltung bis zu Seckels Lehre der „Gestaltungsrechte“

5

#### 1. Kapitel

##### Vorläufer heutiger einseitiger privater Gestaltung im antiken römischen Recht

9

I. Anfechtung von Rechtsgeschäften.....	9
II. Aufrechnung .....	18
III. Rücktritt.....	24
1. Allgemeines Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung .....	24
2. Besondere Rücktrittsrechte .....	26
3. Rücktrittsvorbehalte beim Kauf .....	27
IV. Kündigung .....	30
1. Miete, Pacht, Dienst- und Arbeitsvertrag .....	31
2. renuntiatio bei der Gesellschaft.....	33
3. renuntiatio beim Auftrag.....	34
V. Wahlschuld und Leistungsbestimmungsrechte.....	35
VI. Ausbleiben der dogmatischen Erfassung einseitiger Rechtsgestaltung .....	37
1. Grundsätzlich aktienrechtliche Orientierung .....	38
2. Fehlen eines Privatrechtssystems .....	41
3. Denken in Rechtsakten .....	43

## 2. Kapitel

Vorläufer heutiger einseitiger privater Gestaltung  
in deutschen Rechtsquellen

47

I.	Anfechtung von Rechtsgeschäften.....	48
II.	Aufrechnung .....	48
III.	Rücktritt.....	51
IV.	Kündigung .....	52
V.	Ergebnis.....	54

## 3. Kapitel

Die dogmatische Grundlage: Rechtshandeln als Rechtsgeschäft  
mit Fremdbindung

57

I.	Handlung, Willenserklärung, Rechtsgeschäft .....	58
II.	Die Bestandteile des Vertragsschlusses – <i>pacta sunt servanda</i> im gemeinen Recht und in der kanonistischen Entwicklung.....	62
	1. Die Entwicklung im gemeinen Recht .....	62
	2. Die Entwicklung in der Kanonistik .....	63
III.	Die naturrechtliche Entwicklung .....	65
	1. Die Ausbildung einer allgemeinen Handlungslehre .....	65
	2. Die Lehre vom Versprechen.....	66
	3. „ <i>actus iuridicus</i> “ und „ <i>negotium iuridicum</i> “.....	69
	4. „Von Willenserklärungen“ .....	73
IV.	Rechtsgeschäft und Willenserklärung in der deutschen Pandektistik .....	78
	1. Die Lehre Friedrich Carl von Savignys .....	78
	2. Die Willenserklärung als Mittel zur Fremdbindung.....	83
	3. „Rechtsgeschäft“ im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/65 .....	84
	4. Die Lehre vom Rechtsgeschäft und von der Willenserklärung – ein deutscher Sonderweg.....	85

## 4. Kapitel

**Vom prozessualen zum materiellen Rechtsdenken – Grundlage  
der Lösung einseitiger Rechtsgestaltung aus dem Prozess**  
87

I.	Aktionenrechtliche Orientierung vom klassischen römischen Recht bis zum 19. Jahrhundert.....	87
II.	„Materiellrechtliches Aktionenrecht“ .....	89
III.	Subjektives Recht und „Rechtsverhältnis“.....	91
IV.	Die römische <i>actio</i> als „Anspruch“ und „Klagerecht“.....	93
V.	Der Liberalismus als rechtspolitischer Hintergrund .....	94

## 5. Kapitel

**Der Weg zur einseitigen privaten Rechtsgestaltung beim  
allgemeinen Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung**  
97

I.	Der Rücktritt als Aufhebungs- und als Abwicklungsbehelf.....	97
II.	Die Entwicklung in Kanonistik und Legistik .....	100
	1. Die kanonistische Regel „frangenti fidem fides non est servanda“ .....	100
	2. Der Widerstand der Legistik gegen ein allgemeines Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung.....	101
III.	Die naturrechtliche Entwicklung .....	103
	1. Das allgemeine Rücktrittsrecht in der Naturrechtslehre ( <i>condicio tacita</i> ) .....	103
	2. Die Lösungen des preußischen Allgemeinen Landrechts (1794) und des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (1811/12).....	105
	3. Die Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung in der französischen Entwicklung bis zu Art. 1184 <i>Code civil</i> (1804).....	107
IV.	Die Haltung des gemeinen Rechts .....	110
	1. Grundsätzliche Ablehnung eines allgemeinen Rücktrittsrechts wegen Nichterfüllung .....	110
	2. Rücktritt als Form des Interesses bei Nutzlosigkeit verspäteter Erfüllung .....	113
	3. Das vertragliche Rücktrittsrecht der <i>lex commissoria</i> – Rücktritt durch Privaterklärung.....	115

V.	Die Ausbildung eines handelsgewohnheitlichen Rücktrittsrechts beim Lieferungskauf in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts – Rücktritt außerhalb des Prozesses .....	116
VI.	Die Einführung einseitiger privater Rechtsgestaltung beim Rücktritt wegen Verzugs und beim Fixgeschäft im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861.....	123
	1. Der Verlauf der Beratungen .....	124
	a) Das allgemeine Rücktrittsrecht in den Art. 250, 251 des Entwurfs eines preußischen HGB – Rücktritt durch richterliche Vertragsaufhebung.....	125
	b) Die Aufnahme des preußischen Entwurfs – Ablehnung „richterlicher Einmischung“ .....	128
	2. Das Rücktrittsmodell der Art. 354, 355 ADHGB (1861) .....	132
VII.	Die Entwicklung bis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch .....	136
	1. Die deutsche und die Schweizer Gesetzgebung bis zu den Beratungen des BGB.....	136
	2. Das Rücktrittsrecht im BGB von 1896/1900 .....	138
	a) Der Verlauf der Beratungen.....	138
	b) Das Rücktrittsmodell des BGB von 1896/1900 .....	144
	aa) „Rücktritt“ als Aufhebungs- und Abwicklungsbehelf.....	144
	bb) Alternativität der Abwicklung über Rücktritt und über Schadensersatz.....	146

## 6. Kapitel

### Der Weg zur einseitigen privaten Rechtsgestaltung bei Anfechtung und Aufrechnung

149

I.	Anfechtung von Rechtsgeschäften.....	149
	1. Die Lösungen der drei großen Naturrechtskodifikationen.....	149
	2. Die Ansätze in der Pandektistik .....	150
	a) Friedrich Carl von Savigny.....	151
	b) Georg Friedrich Puchta.....	152
II.	Aufrechnung .....	154
	1. Prozessaufrechnung ipso iure in den drei großen Naturrechtskodifikationen.....	154
	2. Ansätze zur Aufrechnung durch (außerprozessuale) Erklärung.....	157
III.	Die Einführung einseitiger privater Rechtsgestaltung bei Anfechtung und Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/65 .....	159
	1. Der Verlauf der Beratungen .....	159

2. Motive für die Einführung einseitiger privater Rechtsgestaltung .....	162
3. Der Einfluss von Bernhard Windscheids „Actio“ auf die Neuerungen des sächsischen Rechts.....	164
4. Die Reaktion der Wissenschaft auf die Neuerungen des sächsischen Rechts.....	168
5. Die Rolle des pandektistischen Vertragsmodells für die Aufrechnung durch Privaterklärung .....	171
IV. Die Entwicklung bis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch .....	176
1. Anfechtung von Rechtsgeschäften .....	176
a) Die Gesetzgebung bis zu den Beratungen des BGB .....	176
b) Die Lösung des BGB .....	177
2. Aufrechnung .....	182
a) Die Gesetzgebung bis zu den Beratungen des BGB .....	182
b) Die Lösung des BGB .....	183

### 7. Kapitel

#### Die dogmatische Erfassung der Macht zur einseitigen Rechtsgestaltung bis zu Seckels „Gestaltungsrechten“

187

I. Die Einordnung der Macht zur einseitigen Rechtsgestaltung vor Emil Seckel.....	188
II. Emil Seckels Lehre von den „Gestaltungsrechten“ .....	192

### Zweiter Teil

#### Dogmatik der einseitigen privaten Rechtsgestaltung – Die Lehre vom Gestaltungsrecht

197

### 8. Kapitel

#### Einseitige private Rechtsgestaltung und Rezeption von Seckels Begriff und Lehre vom Gestaltungsrecht

197

I. Einseitige private Rechtsgestaltung und Rezeption der Lehre im Seckels deutschen Rechtskreis .....	197
1. Einseitige private Rechtsgestaltung und die Lehre vom Gestaltungsrecht in der Schweiz und in Österreich.....	197

2. Das Gestaltungsrecht: Konjunkturen eines Begriffs .....	199
II. Einseitige private Rechtsgestaltung und Rezeption der Lehre vom Gestaltungsrecht außerhalb des deutschen Rechtskreises .....	204
1. Nationale Rechtsordnungen .....	205
a) Frankreich und Italien als Beispiele für den romanischen Rechtskreis .....	205
aa) Frankreich .....	205
(1) Tendenz zur richterlichen Rechtsgestaltung .....	205
(2) Fehlen von Kategorie und Lehre vom Gestaltungsrecht .....	207
(3) Einseitige private Rechtsgestaltung in der Praxis .....	209
(4) Reformansätze in der Diskussion des „Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription“ (2005) .....	211
bb) Italien .....	217
(1) Eingeschränkte Tendenz zur richterlichen Rechtsgestaltung .....	217
(2) Rezeption der Lehre vom Gestaltungsrecht .....	217
b) Niederlande .....	219
c) England .....	220
2. Verbraucherschützende Widerrufsrechte im Gemeinschaftsprivatrecht .....	222
3. Anfechtung, Rücktritt und Aufrechnung in gemeinsamen Rechtsgrundsätzen .....	224
4. Ergebnis .....	226

## 9. Kapitel

### Die herkömmliche Lehre vom Gestaltungsrecht

229

I. Das Gestaltungsrecht als subjektives Recht .....	229
II. Die eigenständige Rechtskategorie „Gestaltungsrecht“ .....	233
III. Gestaltungsrecht und Anspruch – Mitwirkungspflicht des Gestaltungsgegners? .....	234
IV. Einteilung der Gestaltungsrechte .....	238
V. numerus clausus der Gestaltungsrechte? .....	240
VI. Gestaltungsrecht und Wollensbedingung .....	243
VII. Einordnungsfragen, insbesondere bei der Einrede .....	247
VIII. Der Schutz des Gestaltungsgegners .....	254
IX. Gestaltungsrechte als Gegenstand des Rechtsverkehrs .....	257

## 10. Kapitel

### Die Schwächen der herkömmlichen Lehre

259

I.	Faszinierendes Gestaltungsrecht.....	260
II.	„Das“ Gestaltungsrecht als Rechtsinstitut? – Begriffsdenken statt lebensnaher Wertung .....	261
III.	Missachtung des Rechtsverhältnisses .....	264
	1. Fixierung auf die Gestaltungssituation .....	264
	2. Flucht in Schlagworte und Bilder.....	264
	a) „Unterwerfung“ des Gestaltungsgegners.....	265
	b) Einseitige private Rechtsgestaltung als „Einbruch in das Vertragsprinzip“, „Selbsthilfe“, „private Zwangsvollstreckung“ .....	271
	aa) Der vermeintliche „Einbruch in das materielle Vertrags- oder Mitwirkungsprinzip“ .....	272
	bb) Die vermeintliche „Selbsthilfe“ .....	275
	cc) Die vermeintliche „private Zwangsvollstreckung“ .....	276
IV.	Konflikt mit der Freiheitsgarantie.....	277
	1. Freiheitsgarantie und juristische Dogmatik .....	277
	2. Im Zweifel für die Freiheit.....	279
V.	Ergebnis.....	280

## 11. Kapitel

### Die „Dogmen“ der Bedingungs- und der Befristungsfeindlichkeit des Gestaltungsgeschäfts

283

I.	Das „Dogma“ der Bedingungsfeindlichkeit .....	283
	1. Untauglichkeit von Einzelnormen als Grundlage des „Dogmas“ .....	286
	2. Durchbrechungen des „Dogmas“ .....	287
	a) Lockerungen bei der Kündigung.....	287
	b) Eventualaufrechnung und Eventualanfechtung .....	289
	3. Grundsätzliche Zulässigkeit des bedingten Gestaltungsgeschäfts.....	290
	a) Beispiel: Das Direktionsrecht des Arbeitgebers .....	291
	b) Beispiel: Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und wegen Irrtums.....	292
	aa) Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....	292
	bb) Die Anfechtung wegen Irrtums .....	294

c) Beispiel: Die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten .....	294
aa) Die Interessen des Erwerbers .....	297
bb) Die Interessen des Dritterwerbers .....	298
cc) Die Interessen des Nichtberechtigten .....	299
II. Das „Dogma“ der Befristungsfeindlichkeit.....	301
III. Ergebnis.....	303

## 12. Kapitel

**Das „Dogma“ der Unwiderruflichkeit  
des Gestaltungsgeschäfts**

305

I. Ursachen und Wirkungen des „Dogmas“ der Unwiderruflichkeit .....	306
1. Juristischer Naturalismus sowie Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz .....	310
2. Gleichsetzung einseitiger privater und richterlicher Rechtsgestaltung.....	321
3. Beeinträchtigung der Privatautonomie .....	325
4. Entfernung von den Vorstellungen des Rechtsverkehrs .....	328
II. Rücknehmbarkeit des Gestaltungsgeschäfts nach der Interessenlage .....	329
1. Die Interessen des Gestaltungsgegners.....	330
2. Die Interessen Dritter.....	331
a) Akzessorische Sicherheiten .....	334
b) Nicht-akzessorische Sicherheiten.....	336
3. Die Interessen des Rechtsverkehrs .....	337
III. Gemeinsame Rücknahme des Gestaltungsgeschäfts – Beispiele .....	339
1. Neubegründung oder Fortsetzung eines gekündigten Mietverhältnisses (BGHZ 139, 123)? .....	339
2. Leistungsannahme nach Fristablauf bei § 326 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB 1896/1900.....	345
IV. Einseitige Widerruflichkeit des Gestaltungsgeschäfts.....	346
1. Widerruflichkeit des Gestaltungsgeschäfts bei Widerstand des Gestaltungsgegners .....	348
a) Widerruflichkeit der Anfechtungserklärung (BGE 128 III 70).....	351
b) Widerruflichkeit der Arbeitgeberkündigung .....	355
aa) Widerruf vor Erhebung der Kündigungsschutzklage .....	360
bb) Widerruf nach Erhebung der Kündigungsschutzklage .....	362

cc) Ergebnis.....	363
2. Widerruflichkeit des Gestaltungsgeschäfts nach den Wertungen des Rechtsverhältnisses – Beispiele .....	364
a) Widerruf der Arbeitgeberweisung.....	364
b) Widerruflichkeit beim gesetzlichen Rücktritt.....	367
aa) Die Diskussion zu den §§ 325, 326 BGB 1896/1900.....	367
(1) Von der Unwiderruflichkeit beider Abwicklungsbehelfe nach Ausübung zum „Dogma“ der Unwiderruflichkeit (nur) des Rücktritts .....	368
(2) Verkappte schadensrechtliche Vertragsaufhebung über die Differenzmethode und „Rücktrittsfalle“.....	370
(3) Reformpläne im Jahr 1940 in den Beratung eines Volksgesetzbuchs.....	374
(4) Die Wissenschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Interessenabwägung statt Gestaltungsdogma .....	375
(5) Beibehaltung des Gestaltungsdogmas in der Rechtsprechung .....	378
bb) Die Regelung durch die Schuldrechtsreform (2002) .....	380
(1) Neugestaltung des Verhältnisses von Rücktritt und Schadensersatz .....	380
(2) Schadensersatz neben Rücktritt als vermeintlicher Ausweg aus der „Rücktrittsfalle“ .....	383
(3) Regelung der Bindungswirkung als bessere Lösung.....	386
(4) Grundsätzliche Bindung an den aufhebenden Rücktritt.....	386
(5) Probleme wegen des schillernden Begriffs „Rücktritt“ .....	387
cc) Ergebnis.....	390
c) Widerruflichkeit bei Rücktritt und Minderung .....	391
aa) Widerruflichkeit bei Rücktritt und Minderung im BGB .....	391
bb) Widerruflichkeit bei Rücktritt und Minderung im Wiener UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (CISG) .....	394
d) Widerruflichkeit der Einrede .....	397
V. Ergebnis.....	400

### 13. Kapitel

## Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten – Das „Dogma“ der Untrennbarkeit

403

I. Die Entstehung der herrschenden Auffassung mit dem Kriterium der „Verknüpfung“ .....	405
1. Anwendung und Reichweite des § 413 BGB .....	405
2. Die Lehre Emil Seckels .....	406
3. Die Unterscheidung zwischen „selbständigen“ und „unselbständigen“ „vertrags-“ bzw. „forderungsbezogenen“ Gestaltungsrechten.....	408

II.	Die grundsätzliche Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte	
	kraft Privatautonomie .....	412
1.	Die Schwächen der herkömmlichen Lehre .....	413
a)	Fragwürdige Unterscheidung zwischen Forderung und	
	Gestaltungsrecht .....	414
b)	Der vermeintlich unzulässige Eingriff in die fremde	
	Rechtssphäre .....	416
c)	Der Schutz des Gestaltungsgegners .....	417
d)	Das Kriterium der „Verknüpfung“ .....	419
aa)	„Verknüpfung“ bei „forderungsbezogenen“ Gestaltungsrechten .....	420
bb)	„Verknüpfung“ bei „vertragsbezogenen“ Gestaltungsrechten .....	421
e)	Die heutige Vorstellung vom Schuldverhältnis als	
	„Organismus“ – „Theoriendefizit“ und Bilderdenken .....	422
f)	Die Vorbehalte gegenüber der isolierten Übertragbarkeit	
	der Gestaltungsrechte .....	423
aa)	Die Ermächtigung zur Ausübung als Ausweg .....	426
bb)	Die Parallele zur Diskussion um die Forderungsabtretung im 19.	
	Jahrhundert .....	427
2.	Grenzen der Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten .....	431
a)	Höchstpersönlichkeit .....	431
b)	Inhaltsänderung .....	433
III.	Die Verteilung „sekundärer“ Gestaltungsrechte am Beispiel	
	der Forderungsabtretung .....	434
1.	Verteilung nach Maßgabe des Kausalverhältnisses .....	435
2.	Die „Lehre von der funktionsorientierten Verteilung der	
	Sekundärrechte“ .....	435
a)	Ausgangspunkte .....	435
b)	Kritik .....	436
aa)	Das Zuwendungsverhältnis als alleiniger Verteilungsmaßstab? .....	437
bb)	„Zweck“ der Zession .....	438
cc)	„Funktion“ des Sekundärrechts .....	441
dd)	Bedenken hinsichtlich des Trennungs- und Abstraktionsprinzips .....	443
ee)	Ergebnis .....	444
3.	Verteilung in erster Linie aus Sicht des Schuldners .....	444
4.	Orientierung an typischen Interessenkonstellationen .....	445
a)	Erste Fallgruppe: Verteilung nach dem Zweck des	
	Gestaltungsrechts (leistungs- und	
	verpflichtungsbezogene Gestaltungsrechte) .....	447
b)	Zweite Fallgruppe: Verteilung „vertragsbezogener“	
	Gestaltungsrechte am Beispiel des Anfechtungs- und	
	des Rücktrittsrechts .....	450
aa)	Erster Schritt: Verteilung nach dem im Kausalverhältnis	
	begründeten Zweck der Zession .....	450
	(1) Inkassozession .....	451

(2) Mittelbare Stellvertretung .....	451
(3) Sicherungszession .....	451
bb) Zweiter Schritt: Verteilung nach dem Zweck des Gestaltungsrechts .....	453
(1) Anfechtungsrecht wegen Willensmangels .....	454
(2) Rücktrittsrechte .....	456
IV. Ergebnis .....	459
Ergebnisse .....	461
Quellen und Literatur .....	469
Rechtsquellen .....	501
Personen .....	511
Sachregister .....	515