

WALTER DORALT

Langzeitverträge

Jus Privatum

224

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 224



Walter Doralt

Langzeitverträge

Mohr Siebeck

Walter Doralt, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien und der Università Cattolica in Mailand; 2005 Promotion; Wiss. Mitarbeiter am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; University of Oxford/Institute of European and Comparative Law, St. Catherine's College (2007/2008); Visiting Professor, Università Luigi Bocconi, Mailand (2008/2009); Referent am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg (bis 2017); Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School (seit 2013); Habilitation (Bucerius Law School, 2017); Lehrstuhlvertretungen an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und an der Universität Regensburg (2017/2018).
orcid.org/0000-0003-2535-1109

ISBN 978-3-16-155618-0 / eISBN 978-3-16-155619-7
DOI 10.1628/978-3-16-155619-7

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

41 b gewidmet

Vorwort

Das vorliegende Buch ist während meiner Zeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg entstanden, wo ich Mitarbeiter der Arbeitsgruppe von Professor Reinhard Zimmermann war. Es beruht auf meiner im Jahr 2016 abgeschlossenen Habilitationsschrift. Für die Erstellung der Gutachten im Rahmen des Habilitationsverfahrens danke ich herzlich den Professoren Reinhard Zimmermann, Dirk Looschelders und Karsten Thorn. Dankbar bin ich auch Professor Mehrdad Payandeh, der als Vorsitzender der Habilitationskommission das Verfahren transparent und freundlich geleitet hat. Der glückliche Abschluss des Habilitationsverfahrens an der Bucerius Law School im Juli 2017 und die unmittelbar danach erfolgte Überarbeitung des Manuskripts sind willkommene Anlässe, um zurück, ebenso wie nach vorne zu blicken. Wohl jede Habilitationsschrift ist mit Höhen und Tiefen verbunden: Neben die Glücksmomente neuer Einsichten treten auch immer wieder solche des Zweifels. Beide haben diese Arbeit gefördert, beide waren für mich, im Rückblick, bereichernd. Mit der Veröffentlichung ist nun die Hoffnung verbunden, einen Beitrag zur Fortentwicklung der angesprochenen Probleme zu leisten.

Dieses Buch und mein bisheriger Werdegang haben in einer Weise von dem einzigartigen Umfeld der Arbeitsgruppe Zimmermann am Max-Planck-Institut profitiert, wie es schwer in Worte zu fassen ist. Freiräume, Unterstützung und Ansporn wurden mir immer wieder großzügig gegeben. Dafür und für vieles mehr bin ich Reinhard Zimmermann sehr dankbar. Nicht selbstverständlich ist auch die kollegiale und teils freundschaftliche Atmosphäre zwischen den vielen, durchaus kompetitiven, jungen Wissenschaftlern.

Darüber hinaus danke ich dem Max-Planck-Institut für die finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung; zu dieser haben auch Dr. Christian Eckl und Janina Jentz mit zahlreichen Hilfestellungen bei der Vorbereitung der Drucklegung beigetragen, ebenso wie bei den Korrekturen Martin Nachtweyh und in früheren Etappen noch Hanna Grade, Cara Warmuth, Tilman Koops, Lisa-Kristin Klapdor, Dirk Erdelkamp und Angelika Okotokro. Ihnen allen danke ich dafür sehr herzlich.

Inhaltlich haben mehrere glückliche Umstände meine Habilitationsschrift gefördert. Zu diesen zählt eine mehrere Jahre zurückliegende Entscheidung

der Direktoren des Max-Planck-Instituts, mich mit dem Frankreich-Referat zu betrauen. Der damit verbundene Sprung ins eiskalte Wasser der Gerichtsgutachten zum französischen Recht und die nähere Auseinandersetzung mit dieser Rechtsordnung sowie der Austausch mit französischen Kollegen haben mir rechtsvergleichende Arbeiten seitdem sehr erleichtert. Hilfreich für die Beschäftigung mit dem englischen Recht war ein Jahr als Mitarbeiter des Institute of European and Comparative Law der University of Oxford, das auch meine Neugierde für die Erkenntnisse benachbarter Disziplinen, insbesondere der ökonomischen Forschung, gefördert hat. Damit hängt eines der Anliegen dieses Buches unmittelbar zusammen, nämlich die Überwindung der unnötigen und leider oft schädlichen juristischen Selbstabschottung. Auf der Suche nach neuen Erkenntnissen kann der Blick über die Grenze der eigenen Rechtsordnung hinaus in eine andere ebenso bereichernd sein, wie der über die Grenzen des eigenen Fachs in eine benachbarte Disziplin. In diesem Zusammenhang war der häufige inhaltliche Austausch mit Professor Susanne Augenhofer und Privatdozent Dr. Felix Steffek stets anregend und hilfreich.

Ohne die Bibliothek des Max-Planck-Instituts wäre dieses Buch so nicht entstanden. Dass neben den exzellenten Bibliotheksbeständen stets ein freundlicher und angenehmer Austausch mit den Bibliotheksmitarbeitern möglich war und das gesamte Team auf alle Fragen und Wünsche mit Geduld und Hilfsbereitschaft eingegangen ist, hat die Arbeit sehr erleichtert.

Erwähnen will ich an dieser Stelle noch meinen ersten akademischen Lehrer, Professor Helmut Koziol, von dem ich besonders in den ersten Jahren meiner wissenschaftlichen Arbeit vieles lernen durfte und der meine Neugierde für den juristischen Blick über die Grenzen geweckt und stets gefördert hat.

Der Leserkreis einer Habilitationsschrift ist üblicherweise nicht groß. Umso dankbarer bin ich für die Auszeichnung mit dem Kardinal-Innitzer-Förderungspreis 2017, der vielleicht die Rezeption in der Literatur fördern wird und jedenfalls eine große Ehre und Freude für mich ist.

Schließlich danke ich an dieser Stelle meiner Familie, die mir auf meinem bisherigen Weg Rückhalt und Freiheit in gleicher Weise gegeben hat.

Hamburg, im April 2018

Walter Doralt

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI

Einleitung und Überblick.....	1
-------------------------------	---

Erster Teil: Vom dauernden Schuldverhältnis zum Dauerschuldverhältnis – Kategorienbildung und Begrifflichkeit

I. Entwicklung des Systembegriffs.....	7
II. Rechtsvergleich.....	61
III. Zwischenergebnisse und Zusammenfassung.....	88

Zweiter Teil: Ökonomische Grundlagen

I. Erkenntnisinteresse.....	93
II. Ausgangspunkte und Entwicklung.....	100
III. Neue Institutionenökonomik.....	131
IV. Verhaltensökonomik.....	181
V. Folgen für die Rationalitätsannahme(n) und Nutzenmaximierung.....	202
VI. Methode und neue Methodenvielfalt.....	205
VII. Vertragliche Kooperation und erste Folgerungen für die rechtlichen Rahmenbedingungen.....	207

Dritter Teil: Zur gegenwärtigen Rechtslage

I. Überblick zum Gang der weiteren Untersuchung und Eingrenzung.....	213
II. Langzeitvertrag und Treupflicht.....	224
III. Zulässigkeit und Grenzen sehr langer und ewiger Vertragsverhältnisse.....	295

IV. Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände	345
V. Kündigung aus wichtigem Grund	409
VI. Vertragsstrafe	446

Resümee

I. Zum ersten Teil	487
II. Zum zweiten Teil	489
III. Zum dritten Teil	491

Zusammenfassende Thesen

I. Treuepflichten	497
II. Zulässigkeit und Grenzen außerordentlich langer und ewiger Vertragsverhältnisse	503
III. Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände	504
IV. Kündigung aus wichtigem Grund	507
V. Vertragsstrafe	509

Literaturverzeichnis	513
Sach- und Personenverzeichnis	547

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX

Einleitung und Überblick.....	1
-------------------------------	---

Erster Teil: Vom dauernden Schuldverhältnis zum Dauerschuldverhältnis – Kategorienbildung und Begrifflichkeit

I. <i>Entwicklung des Systembegriffs</i>	7
1. Fehlen einer gesetzlichen Definition.....	7
2. Das Dauerschuldverhältnis und die Anfänge des BGB – historische Ausgangslage am Anfang des 20. Jahrhunderts	9
a) Vor dem BGB: <i>Friedrich Carl v. Savigny</i>	9
b) Zur Rolle der Wissenschaft am Anfang des 20. Jahrhunderts.....	11
c) Der Eingang in die Rechtsprechung und Kommentarliteratur	23
d) Die Fortentwicklung.....	25
aa) Definition und Abgrenzung im Überblick.....	26
bb) Der Eingang in das Gesetz (AGBG 1976).....	34
cc) Weiterentwicklung in der Literatur	37
dd) Vorarbeiten für die Schuldrechtsmodernisierung	38
ee) Habilitationsschriften.....	41
ff) Schuldrechtsmodernisierung und neuere Literatur	44
e) Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses in der Rechtsprechung	51
aa) Gebrauchsüberlassungsverträge.....	52
bb) Sukzessivlieferungsverträge, Versorgungsverträge, Bezugsverträge und Rahmenverträge.....	53
cc) Dienst- und Dienstleistungsverträge	54
dd) Unternehmerische Kooperationsverträge	56
ee) Vergesellschaftung	57
ff) Weitere dauernde Vertragsverhältnisse	57
gg) Abgrenzung	58
f) Verbleibende Unklarheit.....	60

II. Rechtsvergleich	61
1. Frankreich	61
a) Ausgangslage im Code civil	61
b) Systematisierung im Vertragsrecht heute	62
aa) Systematisierungsansätze der Lehre	62
bb) Gesetzliche Grundlagen	66
(i) <i>Bonne foi</i>	67
(ii) Die <i>cause</i> und ihr Wegfall im neuen Schuldrecht	67
(iii) <i>Imprévision</i>	70
(iv) <i>Nature du contrat</i>	71
c) Folgen für die Systematisierung	72
2. England	72
a) Fragen der Systembildung und Entwicklung im englischen Privat- und Vertragsrecht	72
b) Systembildung im englischen Vertragsrecht heute	79
c) Langzeitverträge und der Einfluss der Ökonomik	84
3. Restatements, Prinzipien und Einheitsrecht	86
a) UN-Kaufrecht (CISG) und PECL	86
b) UNIDROIT PICC	86
c) DCFR	88
III. Zwischenergebnisse und Zusammenfassung	88

Zweiter Teil: Ökonomische Grundlagen

I. Erkenntnisinteresse	93
II. Ausgangspunkte und Entwicklung	100
1. Individualismus und die Untersuchung menschlichen Handelns als Ausgangspunkte	100
2. Rationale Zielverwirklichung und Nutzen: Begriff, Messung, und Maximierung	101
a) <i>Adam Smith</i> und das Wohlwollen des Fleischers	101
b) Der Nutzenbegriff im Utilitarismus	103
c) Von der objektiven Messung des Nutzens zur Theorie des abnehmenden Grenznutzens	105
d) Pareto-Optimum und Kaldor/Hicks-Effizienz: Indikatoren für die Möglichkeit effizienter Vertragslösungen und Nachverhandlungen	106
e) Weitere Nutzenprobleme und <i>revealed preferences</i>	108
3. Erfindung der Spieltheorie	109
a) Gegenstand der spieltheoretischen Analyse	110

b) Annahmen und Einschränkungen.....	112
c) Kooperative Spiele und nichtkooperative Spiele.....	115
d) Weitere Einteilungen: Versteigerung und Ultimatumspiele.....	116
e) Nash-Gleichgewicht	117
f) Faktoren für rationale und irrationale Abweichungen vom Nash-Gleichgewicht	118
g) Altruistisches Verhalten und Nutzenmaximierung: Stets ein Widerspruch?	121
h) Unvollständige Information, <i>John Harsanyi</i> und das <i>Bayes'sche</i> Gleichgewicht	122
i) <i>Reinhard Selten</i> : Analyse der fehlerhaften Umsetzung und methodische Fortentwicklung.....	122
4. Zur Entstehung kooperativen Verhaltens	124
5. Spieltheorie und Vertrag.....	126
6. Entwicklungsetappen in der neoklassischen Ökonomik	127
a) Perfekter Wettbewerb, Risiko und Unsicherheit	127
b) Rationalität und Ausdehnung der ökonomischen Analyse in neue Gebiete.....	130
 <i>III. Neue Institutionenökonomik</i>	131
1. Der Begriff der Transaktionskosten und <i>Ronald Coase</i>	134
a) Hierarchie statt Markt: Relative Effizienz der unternehmerischen Organisationsform	134
b) Externalitäten und Effizienz	136
c) Wirkung	140
2. Transaktionskosten bei <i>Oliver Williamson</i>	142
3. Verfügungsrechte	146
4. Prinzipal-Agent-Theorie und Informationsasymmetrien im Vertrag	149
5. Theorie sich selbst durchsetzender Verträge.....	151
6. Vollständiger und unvollständiger Vertrag	153
7. Theorie „relationaler“ Verträge: Der Vertrag als Beziehung.....	154
a) Vertragsbeziehung und Bildung außerrechtlicher Normen.....	156
b) Kooperatives Verhalten – nicht immer, aber im Zweifel.....	158
c) Die „fundamentale Transformation“ mit Vertragsschluss, vertragspezifische Investitionen und der Verlust von Handlungsspielräumen	162
d) Langzeitvertrag: Dauer, Unvollständigkeit und Risikoverteilung	164
aa) Faktoren für die Dauer des Langzeitvertrags.....	164
bb) Kategorien der Unvollständigkeit	165

cc) Eigeninteressen der Vertragsverfasser – Anreiz für den maßgefertigten Vertrag und eine Reduktion der Unvollständigkeit	167
dd) Motive der Parteien für die Unvollständigkeit des Langzeitvertrags	168
ee) Unvollständigkeit und Risikoverteilung im Langzeitvertrag.....	170
e) Welche Rolle spielt der Vertrag?	172
f) Netzwerke und Netzverträge als ergiebige Ergänzung?	178
IV. <i>Verhaltensökonomik</i>	181
1. <i>Satisficing</i> und <i>bounded rationality</i> an Stelle von <i>maximizing</i> und <i>rationality tout court</i>	181
2. Übergang zur modernen Verhaltensökonomik	184
3. Erkenntnisziele und Methode	187
4. Problembereiche und Forschungsfelder	188
a) Heuristik, <i>biases</i>	189
b) Entscheidungsabläufe und <i>framing</i>	190
c) <i>Sunk costs</i> – wie Vergangenes die Gegenwart und Zukunft prägt	191
d) Wie die Zukunft in der Gegenwart Verwirrung stiftet: Bewertung, Diskontierung und Präferenzenstabilität	192
e) Lerneffekte: Folgen für Langzeitverträge mit „repeat players“	196
f) Die Bedeutung von Fairness und altruistischem Verhalten	197
5. Erklärungen für irrationales Verhalten und der Brückenschlag zu Neuroeconomics	199
V. <i>Folgen für die Rationalitätsannahme(n) und Nutzenmaximierung</i>	202
VI. <i>Methode und neue Methodenvielfalt</i>	205
VII. <i>Vertragliche Kooperation und erste Folgerungen für die rechtlichen Rahmenbedingungen</i>	207

Dritter Teil: Zur gegenwärtigen Rechtslage

I. <i>Überblick zum Gang der weiteren Untersuchung und Eingrenzung</i>	213
1. Schwerpunktsetzung: Allgemeine Regelungen und geltendes deutsches Recht	213
2. Zum Arbeitsbegriff des Langzeitvertrags an Stelle des Dauerschuldverhältnisses	214
3. Keine „neue“ Systematisierung statt dem Dauerschuldverhältnis	215

4. Exemplarische Problemfelder des Langzeitvertrags als thematische Schwerpunkte	215
5. Ziele und Grenzen des Vertragsrechts für Langzeitverträge	216
6. Vertragsgestaltung	220
a) Klarheit soweit möglich, Anhaltspunkte für die spätere Auslegung und ergänzende Auslegung	220
b) Informationsverteilung und Informationszugang	221
c) Risikoverteilung, Vertragsstrafe und Lösungsmöglichkeiten – Stabilisierung und Flexibilisierung	222
d) Vorsorge zur Vermeidung, Deeskalation und Lösung von Konflikten	222
II. Langzeitvertrag und Treuepflicht	224
1. Treuepflichten als Vertragstreue – gesteigerte Bedeutung im Langzeitvertrag?	224
2. Aktive Pflichten als Folge der Vertragstreue	229
a) Informationspflichten	229
aa) Gesteigerte vorvertragliche Informations- oder Aufklärungspflichten für Langzeitverträge?	229
bb) Gesteigerte Informationspflichten während des Langzeitvertrags generell?	236
cc) Rechnungslegungspflicht als Ausdruck der Treuepflicht im Langzeitvertrag	240
(i) Grundsatz	240
(ii) Interessenabwägung	241
(iii) Lösung bei kollidierenden Interessen	243
b) Vertragsbindung und Leistungstreue: Erfüllung, Rücksichtnahme- und andere Nebenpflichten	246
c) Unangemessene Benachteiligung entgegen Treu und Glauben in AGB	251
d) Nachwirkende Pflichten	257
3. Zum Problem der Verwirkung	259
a) Einordnung: Verwirkung als eine Folge oder ein Fall widersprüchlichen Verhaltens?	259
b) Zusammenhang mit der Verjährung	261
c) Voraussetzungen der Verwirkung	262
d) Zur Einordnung der Verwirkung – Rechtsgeschäft oder § 242 BGB?	265
aa) Das Problem des Erklärungsbewusstseins und die Folge der Irrtumsanfechtung	267
bb) Spannungsverhältnis zum Erlass nach § 397 BGB	268

cc) Folgen der rechtsgeschäftlichen Einordnung für die Systematisierung.....	271
e) Verwirkung und das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund	273
aa) Fristlose Kündigung und kurze Frist zur Kündigung, § 314 Abs. 1 und 3 BGB.....	273
bb) Verwirkung bei der Kündigung und Unzumutbarkeit der Kündigungsfrist?	273
cc) Verwirkung nach § 314 Abs. 3 BGB und die angemessene Frist für das Aussprechen der Kündigung	276
4. Sind Treuepflichten und das Gebot von Treu und Glauben dispositiv?	280
a) Ausgangspunkt: Privatautonomie und zwingendes Recht	280
b) Kriterien einer erhöhten Begründungslast	282
aa) Fehlende gesetzgeberische Entscheidung über den zwingenden Charakter	282
bb) Fehlen einer spezifischen gesetzlichen Grundlage und Flucht in die Generalklausel	283
c) Befund für das Gebot von Treu und Glauben.....	283
d) § 138 BGB als positivrechtliche Grenze der Abdingbarkeit von Treu und Glauben	284
e) Treu und Glauben und gesellschaftsrechtliche Treuepflichten	284
f) Abgrenzung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten zum Vertragsrecht	290
g) Ergebnisse für die Grenzen der Disponibilität von Treu und Glauben im Langzeitvertrag	291
5. Zwischenergebnisse.....	294
<i>III. Zulässigkeit und Grenzen sehr langer und ewiger Vertragsverhältnisse.....</i>	<i>295</i>
1. Zwingende Grenzen der Bindungsdauer?	295
2. Ausdrückliche gesetzliche Grenzen der vertraglichen Bindungsdauer – eine Bestandsaufnahme	299
a) Miete und Pacht.....	299
b) Leihe	300
c) Energielieferung: Fernwärme	302
d) Darlehen.....	305
e) Allgemeine Zweijahresfrist in § 309 Nr. 9 lit. a BGB	306
f) Dienstverhältnisse	306
g) Handelsvertreter	309
h) Telekommunikationsdienstleistungen.....	311

3.	Flexiblere Ansätze in der Rechtsprechung: Rolle und Grenzen gerichtlicher Eingriffsmöglichkeiten bei überlanger Dauer.....	311
	a) Bierbezug	313
	b) Weitere Beispiele	315
	aa) Automatenaufstellvertrag.....	315
	bb) Tankstellen	317
	cc) Breitbandkabelvertrag und Amortisationsdauer	318
	dd) Wäschereivertrag und Ausschluss der ordentlichen Kündigung.....	318
	ee) Wettbewerbsverbot.....	318
4.	Umgekehrte Fragestellung beim Gebot der Mindestdauer – ein weiterer Beitrag zum besseren Verständnis der Höchstdauer.....	319
	a) Franchising.....	319
	b) Vertragshändler	320
	c) Unzulässige Unterschreitung gesetzlich zwingend gestellter Mindestdauer als Problem der Vertragsdauer?.....	320
5.	Beispiele außerordentlich langer oder ewiger vertraglicher Bindung in der Rechtswirklichkeit	321
	a) Erbbaurecht	321
	b) Langlaufende und ewige Schuldverschreibungen.....	323
	c) Leibrente	328
	d) Gemeinschaft.....	328
	e) Gesellschaft	329
	f) Unterlassungsansprüche, Verschwiegenheitspflicht	329
6.	Verallgemeinerungsfähige Wertungen.....	330
	a) Persönliche Freiheit	333
	b) Wirtschaftliche Bewegungsfreiheit	334
	c) Allgemeine Interessen, insbesondere Schutz des Wettbewerbs und des Marktes als institutioneller Freiheitsgarantie, Drittinteressen	336
	d) Paternalistischer Schutz vor langen Bindungen wegen kognitiver Grenzen	338
7.	Rechtsvergleich	339
	a) Frankreich	339
	b) England	341
8.	Zwischenergebnis: Keine allgemeine, ungeschriebene, zwingende Grenze der Vertragsdauer	342
<i>IV.</i>	<i>Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände.....</i>	<i>345</i>
1.	Schwerpunktsetzung.....	345
2.	Unmöglichkeit als verwandtes Problem.....	349

3. Geschäftsgrundlage als Problem der Vertragsinterpretation und Risikoverteilung – Parallelität rechtlicher und ökonomischer Ansätze.....	350
a) Wesentlich veränderte Umstände, Risikoverteilung und Leistungsfähigkeit	350
b) <i>Ex ante</i> -Perspektive	352
c) Vertragliche Vorsorgen und Transaktionskosten.....	353
d) Wegfall der Geschäftsgrundlage – Lücke im Vertrag.....	356
e) Nicht bloß vorübergehende Störung	359
f) Verhältnis vertraglicher und gesetzlicher Lösungsebenen.....	360
4. Beispiele der gesetzlichen Risikoverteilung im besonderen Vertragsrecht.....	361
5. Abgrenzung zum Irrtumsrecht?	363
6. Probleme und Beispiele richterlicher und gesetzlicher Vertragsanpassungen	363
a) Erbbaurechtsvertrag.....	363
b) Wohnraummietrecht und die Anpassung an veränderte Marktverhältnisse	366
c) Vertragshilfe.....	369
7. Risikoverteilung, vertragliche Vorsorge für Veränderungen des Geldwerts und die Problematik des Preisklauselgesetzes.....	370
8. Äquivalenzstörung und Unzumutbarkeit.....	375
a) Unzumutbarkeit unter Berücksichtigung aller Umstände	375
b) Kostenexplosion oder verringerter Nutzen der Leistung als Merkmale typischer Fälle	376
c) Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit: Differenzierte Betrachtung zur Opfergrenze im Langzeitvertrag	376
d) Äquivalenzstörung bei unerwartet positiven Veränderungen: Wegfall der Geschäftsgrundlage und Zufallsgewinn.....	378
9. Zum Streitpunkt der Nachverhandlungspflichten nach § 313 BGB	381
10. Zu Rücktritt und Kündigung als Rechtsfolgen nach § 313 Abs. 3 BGB	387
a) <i>Ex tunc</i> - und <i>ex nunc</i> -Wirkung – Orientierung am unscharfen Begriff des Dauerschuldverhältnisses?	387
b) Verhältnis von § 313 Abs. 3 BGB zu § 314 BGB	388
11. Rechtsvergleich	389
a) Frankreich: Eine Kehrtwende im neuen Art. 1195 Code civil	389
b) England: <i>Frustration</i>	392
c) Art. 6:111 PECL.....	393
d) DCFR	394
e) UNIDROIT PICC.....	394
12. Ökonomische Aspekte.....	395

a) Geschäftsgrundlage und ihr Wegfall.....	395
b) Vertragsanpassung: Nachverhandlung oder gerichtliche Anpassung?	400
13. Zwischenergebnisse.....	407
<i>V. Kündigung aus wichtigem Grund</i>	<i>409</i>
1. Schwerpunktsetzung.....	409
2. Zusammenhang zum Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	409
3. Ordentliche und außerordentliche Kündigung – Raum und Grenzen der Parteiendisposition	410
4. § 314 Abs. 1 S. 1 BGB – „Dauerschuldverhältnisse“.....	412
5. Zentrale Regelungskriterien in § 314 BGB: Wichtiger Grund und Unzumutbarkeit.....	413
6. Vertragstypus und vertragliche Risikoverteilung als weitere Kriterien.....	414
7. Fallgruppen der Kündigung aus wichtigem Grund.....	416
a) Leistungsstörungen.....	416
b) Verlorenes und zerstörtes Vertrauen.....	419
c) Sonstige Fälle.....	422
8. Erfordernis der Abmahnung: Vertragstreue und Vorrang des Vertragserhalts	422
9. Kündigung nur binnen angemessener Frist ab Kenntnis des Kündigungsgrunds.....	423
10. Außerordentliche Kündigung stets fristlos?.....	424
11. Grundsatz der Vermeidung der Rückabwicklung – Charakteristikum des Dauerschuldverhältnisses?.....	426
a) Vermeidung der Rückabwicklung nur im Dauerschuldverhältnis?.....	426
b) Rückführung auf den Vertrag	428
c) Folgen für die Abmahnung	429
12. Aspekte der Vertragsgestaltung.....	430
a) Lange Bindungsdauer, einseitige Bindung und AGB.....	430
b) Kündigungsparadox: Stabilisierung und Destabilisierung durch Ausschluss der ordentlichen Kündigung	433
13. Rechtsvergleich.....	434
a) Frankreich	434
b) England	437
c) PECL und DCFR.....	438
d) UNIDROIT PICC.....	440
14. Zwischenergebnisse.....	444

VI. Vertragsstrafe.....	446
1. Rechtslage nach BGB und HGB.....	446
a) Funktionen und Formen der Vertragsstrafe.....	446
b) „Unverhältnismäßig“: § 343 Abs. 1 BGB.....	448
c) Relevanter Zeitpunkt der Unverhältnismäßigkeit.....	450
d) Anspruch auf Herabsetzung als Folge der Unverhältnismäßigkeit der Vertragsstrafe – richterliche Moderation.....	453
e) Handelsrecht.....	454
f) Unverhältnismäßige Vertragsstrafe und Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	454
g) Weitere gesetzliche Schranken.....	458
aa) § 309 Nr. 5 und 6 BGB – Schadenspauschalierung und Vertragsstrafe im Verbrauchervertrag.....	458
bb) § 242 BGB.....	460
cc) § 138 BGB.....	461
dd) Sonderregelungen.....	462
ee) Verhältnis zu §§ 313 f. BGB.....	463
2. Rechtsvergleich.....	464
a) Frankreich.....	464
b) England.....	466
c) Rechtsvereinheitlichung.....	468
3. Ökonomische Argumente.....	470
a) Argumente gegen die freie Vereinbarung von Vertragsstrafen.....	471
b) Argumente für die Zulässigkeit der Vertragsstrafe.....	473
aa) Risiko der Verleitung zum Vertragsbruch: Grund für ein Verbot der Vertragsstrafe?.....	473
bb) Widersprüchlichkeit des efficient breach-Arguments.....	474
(i) <i>Efficient breach</i> , Vertragsstrafe und Effizienz.....	474
(ii) <i>Efficient breach</i> und die Problematik der undercompensation des Gläubigers.....	476
cc) Steigerung der Insolvenzhäufigkeit durch die Zulässigkeit hoher Vertragsstrafen?.....	477
dd) Vertragsstrafe als Risiko: Einschätzung und Beherrschbarkeit.....	477
ee) Mögliche Effizienzgewinne durch die Vertragsstrafe.....	478
c) Ergebnisse für die Zulässigkeit und gerechtfertigte Grenzen der Vertragsstrafe aus ökonomischer Sicht.....	481
4. Zwischenergebnisse.....	483

Resümee

<i>I. Zum ersten Teil</i>	487
<i>II. Zum zweiten Teil</i>	489
<i>III. Zum dritten Teil</i>	491
1. Arbeitsbegriff des Langzeitvertrags.....	491
2. Verzicht auf einen Systembegriff und Verzichtbarkeit des Dauerschuldverhältnisses	492
3. Problembereiche.....	493

Zusammenfassende Thesen

<i>I. Treuepflichten</i>	497
1. Aktive Treuepflichten: Leistungstreue, Informationspflichten und Informationszugang	497
2. Verwirkung	499
3. Möglichkeit und Grenzen der Abdingbarkeit von Treuepflichten	502
<i>II. Zulässigkeit und Grenzen außerordentlich langer und ewiger Vertragsverhältnisse</i>	503
<i>III. Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände</i>	504
<i>IV. Kündigung aus wichtigem Grund</i>	507
<i>V. Vertragsstrafe</i>	509
Literaturverzeichnis.....	513
Sach- und Personenverzeichnis.....	547

Einleitung und Überblick

Ein einfacher Blick auf die Titel vorhandener Monographien und die reichhaltige Literatur zum Vertragsrecht von der Zeit des Inkrafttretens des BGB bis heute deutet auf eine herausragende Bedeutung des Kaufrechts hin. So wird dem BGB im Vertragsrecht oft eine Prägung durch das Kaufrecht nachgesagt.¹ Bei der Rechtsentwicklung stand das Kaufrecht jedenfalls im internationalen Kontext meist im Vordergrund: Ausgehend von *Ernst Rabels* „Recht des Warenkaufs“² kam es zu immer neuen Bemühungen um eine internationale Regelungsgrundlage für den Kaufvertrag. Über mehrere Zwischenstufen³ mündete dies schließlich im Jahr 1980 im UN-Kaufrecht.⁴ Dieses hat seinerseits wiederum die Rechtsvergleichung belebt und eine Fülle rechtsvergleichender Studien befördert, deren Aufmerksamkeit auf den Warenkauf gerichtet war. Weitere Meilensteine der Entwicklung lassen sich anführen. So ist für die USA der *Uniform Commercial Code* (UCC) zu nennen, der zwar über das Kaufrecht hinaus reicht,⁵ dessen Herzstück aber gewiss die Rege-

¹ In diese Richtung bereits *Otto v. Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 64 (= 2. Folge, Band 28) [1914], 355–411, insbesondere 410 f.; s. auch *Frank Peters*, Das geplante Werkvertragsrecht I, in: *Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 277–302, 278 m. w. N.; *Ralf Michaels*, in: *HKK-BGB*, vor § 241, Rn. 17: „Der Kauf steht als Prototyp der Schuldverhältnisse am Anfang.“

² *Ernst Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band I, 1936, Band II, 1958.

³ Zu nennen ist insbesondere das Haager Kaufrechtsübereinkommen, 1.7.1964.

⁴ UN-Kaufrecht, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 11.4.1980 (in Kraft getreten am 1.1.1988). Für Deutschland s. *BGBI.* 1989 II 588. Zur Geschichte und den Entwicklungsetappen s. *Peter Schlechtriem*, Bemerkungen zur Geschichte des Einheitskaufrechts, in: *Peter Schlechtriem* (Hg.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, 1987, 27–36 (online abrufbar unter <http://25.cisg.info/content/publikation.php?id=8>).

⁵ Der *Uniform Commercial Code* (UCC) wurde vom *American Law Institute* und der *Uniform Law Commission* gemeinsam vorbereitet und 1952 veröffentlicht, seitdem aber mehrfach überarbeitet. Entgegen verbreiteter Annahme wird der Harmonisierungseffekt des UCC aber nur indirekt und dabei nicht vollständig erzielt, weil die Gesetzgeber der einzelnen US-Bundesstaaten den UCC nicht übernehmen müssen und Modifikationen nicht ausgeschlossen sind. Dennoch ist der UCC insgesamt ein erfolgreiches Instrument, mit dem der Handelskauf immerhin weitgehend harmonisiert werden konnte. S. zum UCC

lungen zum Handelskauf bilden (Art. 2 UCC). Für England ist der *Sale of Goods Act 1979* zu nennen, der weit über den früheren *Sale of Goods Act 1893* hinausgeht.⁶ Auch aus der Wissenschaft kamen immer wieder neue Impulse, teilweise ganze Regelungsmodelle, wie etwa die *Principles of European Contract Law* (PECL).⁷ Zwar beschränken sich die PECL auf das allgemeine Vertragsrecht, doch ihre Orientierung am grenzüberschreitenden Handel⁸ legt eine kaufrechtliche Prägung nahe.⁹ Die mehrfach überarbeiteten UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICC)¹⁰ waren ursprünglich am Handelskauf ausgerichtet; im Jahr 2016 wurde diese Ausrichtung im Rahmen einer Überarbeitung durch Ergänzungen für *long term contracts* allerdings erheblich verändert.¹¹ Manche Etappen der europäischen Harmonisierung durch Richtlinien betrafen ebenfalls das Gebiet des Kaufrechts,¹² doch können für die Europäisierung gewiss auch zahlreiche Beispiele von Regelungen in anderen Rechtsgebieten gefunden werden. Die besondere Fokussierung auf das Kaufrecht war schließlich bei den Plänen für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (*Common European Sales Law*, CESL)¹³ der Europäischen Kommission erkennbar, ein Vorhaben, das mittlerweile allerdings wieder aufgegeben wurde.¹⁴

etwa die Hinweise auf der Website des *American Law Institute* (<http://www.ali.org>) und der *Uniform Law Commission* (<http://www.uniformlaws.org>).

⁶ *Sale of Goods Act*, 1979 c. 54. Für den Handelskauf bildet dieses Gesetz weiterhin die zentrale Regelungsgrundlage; für Verbrauchergeschäfte s. hingegen den *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15.

⁷ *Ole Lando/Hugh Beale* (Hg.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, 2000; *Ole Lando/André Prüm/Eric Clive/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.

⁸ S. dazu nur die Einleitung von *Lando/Beale*, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, S. xxi und die Hinweise dort zu den Zielen der PECL, an deren erster Stelle der Bezug zum grenzüberschreitenden Handel in Europa steht („Facilitation of Cross-Border Trade Within Europe“).

⁹ Das Vertragsrecht der PECL ist im späteren DCFR in weiten Teilen aufgegangen; der DCFR beschränkt sich als Regelungsmodell jedoch nicht auf das Vertragsrecht. S. *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, *Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke/Hugh Beale/Johnny Herre/Jérôme Huet/Matthias Storme/Stephen Swann/Paul Varul/Anna Veneziano/Fryderyk Zoll*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, 2009.

¹⁰ *International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT* (Hg.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2010.

¹¹ PICC Working Group on Long-Term Contracts, Second session, UNIDROIT 2016, Study L – Misc. 32, Januar 2016, Report, Rn. 8; s. darin in Annex 3, Notion of “long-term contracts”, Study L – Doc. 128, September 2015 mit den Entwürfen von *Michael Joachim Bonell* und *Neil Cohen*. Dazu näher auf S. 86 f.

¹² Zu denken ist etwa an die durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ausgelöste Flut an Publikationen in ganz Europa.

Seit Jahrzehnten haben diese Entwicklungen die Rechtsvergleichung in Europa und darüber hinaus belebt. Sie haben außerdem zur Annäherung an die Praxis beigetragen, weil sich in manchen Bereichen die rechtsvergleichenden Bezüge aufdrängten. Das gilt etwa für das UN-Kaufrecht. Vielfach war damit aber gleichzeitig eine Bündelung der Ressourcen auf das Kaufrecht verbunden. Denn im Verlauf der vergangenen 100 Jahre standen zahlreiche der großen Entwicklungen des Privatrechts, jedenfalls des Bürgerlichen Rechts, in einem unmittelbaren Bezug zum Kaufrecht. Das 20. Jahrhundert kann insoweit für das Bürgerliche Recht als ein Jahrhundert des Kaufrechts bezeichnet werden.

Verträge, die auf Dauer angelegt sind, hatten dagegen eher eine auf die Praxis beschränkte Aufmerksamkeit erfahren.¹⁵ Der sofort erfüllte Barkauf ist in der Rechtswirklichkeit gewiss eine der wichtigen und häufigen Transaktionsformen, daneben stehen aber zahlreiche Vertragsformen, bei denen eine längere Zusammenarbeit geplant ist. Gedacht werden kann beispielhaft an längere Werkverträge, Miet- und Pachtverträge, Bezugsverträge, Versicherungsverträge, Arbeits- und Dienstleistungsverträge, Verlagsverträge, Abonnements, Kooperationsvereinbarungen, Joint Ventures, Franchising, Lizenzvereinbarungen sowie die Vergesellschaftung.

Diese Arbeit befasst sich mit einigen Problemen langfristiger Verträge. Mit einer langen Vertragsdauer entstehen Herausforderungen, die typischerweise nicht (oder zumindest seltener) in kurzfristigen Vertragsbeziehungen auftreten. Ein Aspekt ist die Ungewissheit über zukünftige Entwicklungen. Mit zunehmender Dauer sind relevante Einflüsse von „außerhalb“ des Vertragsverhältnisses zu erwarten. Gleichzeitig kann im Lauf der Jahre von „innen“ ein Bedürfnis für Anpassungen und Veränderungen entstehen. Anlässe dafür können sich aus geplanten oder bereits getätigten Investitionen ergeben, aus der Bildung oder Erschütterung von Vertrauen, aus Verträgen und ihren

¹³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, 11.10.2011, KOM(2011) 635 endgültig, 2011/0284 (COD).

¹⁴ Zum CESL erschien eine Flut von Publikationen, darunter sogar mehrere Kommentare zum Regelungsentwurf. Selbst wenn das Projekt nie wieder aufgegriffen würde, wäre ihm immerhin der Rang des wohl bestkommentierten Gesetzesentwurfs aller Zeiten gesichert.

¹⁵ Eine jüngere Ausnahme bildet der Sammelband von *Luca Nogler/Udo Reifner* (Hg.), *Life Time Contracts, Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, 2014; wie der Untertitel deutlich macht, wird der Fokus allerdings auf wenige und dabei auch besondere Vertragsverhältnisse gerichtet (das innere Titelblatt führt neben anderssprachigen Begriffen auch das „soziale Dauerschuldverhältnis“ als Untertitel an). Eine weitere Ausnahme, mit rechtsvergleichendem Fokus (deutsches und russisches Recht sowie skandinavische Rechtsordnungen), ist die Arbeit von *Soili Nystén-Haarala*, *The Long-Term Contract, Contract Law and Contracting*, 1998.

Ergänzungen oder aus der Veränderung und Fortentwicklung der Leistungen, um nur einige der möglichen Faktoren zu benennen.

Bei Verträgen, die auf Dauer angelegt sind, denken deutschsprachige Juristen zuerst an das Dauerschuldverhältnis als übergeordnete Kategorie. Die Konturen dieses Begriffs sind aber unscharf und nicht nur in Randbereichen ist die Abgrenzung bis heute vielfach zweifelhaft. Zumindest besteht kein Konsens über eine allgemein akzeptierte Definition. Das liegt zum Teil daran, dass die Systematisierung mit dem Begriff des Dauerschuldverhältnisses von den Vertragstypen, wie sie im BGB angelegt sind, geprägt ist. Nimmt man stattdessen die konkreten Probleme der Dauer des Vertragsverhältnisses in das Blickfeld, muss die Systematisierung hingegen relativiert werden. Da die Systematisierung und Terminologie nicht bloß um ihrer Ästhetik willen Bedeutung haben, sondern im geltenden Recht mit Rechtsfolgen verbunden sind, wird hier zuerst die deutsche Entwicklung und die Herausbildung des Begriffs des Dauerschuldverhältnisses untersucht (Erster Teil). Ziel ist dabei nicht die Entwicklung eines neuen Systembegriffs an Stelle des Dauerschuldverhältnisses, sondern die Einordnung und kritische Würdigung des vorhandenen Standes der Diskussion. Rechtsvergleichende Bezüge zur französischen und englischen Systematisierung sowie zu den internationalen Modellregelungen sollen dabei helfen, die deutsche Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse auf den Prüfstand zu stellen. Zum Teil ergibt sich dabei der Befund einer Systembildung, die sich in einer Eigendynamik etabliert hat, bei der jedoch nicht immer geklärt ist, welche Probleme mit einer gemeinsamen Lösung erfasst werden sollten.

Anschließend werden die ökonomischen Grundlagen und Entwicklungsstränge mit Bezug zu lange dauernden Vertragsverhältnissen beleuchtet (Zweiter Teil).

Darauf aufbauend sollen in einem weiteren Teil einige spezifische Probleme lange dauernder Verträge untersucht werden (Dritter Teil). Der Schwerpunkt dieses Teils liegt im geltenden deutschen Recht, wobei Gestaltungsfragen an einigen Stellen berücksichtigt werden. Rechtsvergleichende Bezüge zum französischen und englischen Recht sowie zu internationalen Regelungsmodellen kommen hinzu, wo dies als Kontrast oder wegen bedeutsamer, jüngerer Entwicklungen im Vergleich von besonderem Interesse ist. Inhaltlich geht es in dieser Arbeit nicht um einen bestimmten Vertragstypus oder um ein bestimmtes Sonderprivatrechtsgebiet, sondern vorrangig um Fragen des allgemeinen Vertragsrechts. Wo nichts anderes ausdrücklich angesprochen wird, geht die Untersuchung vom Vertragsverhältnis zwischen zwei Parteien aus. Mit Blick auf den Befund der nicht restlos gelungenen Konturierung des Dauerschuldverhältnisses (Erster Teil) und zur Vermeidung von Missverständnissen wird dabei der Begriff des Langzeitvertrags verwendet, der in der ökonomischen Literatur geläufig ist, hier aber vor allem als Abgrenzung gegenüber dem Begriff Dauerschuldverhältnis benutzt wird (näher

dazu auf S. 214). Anders als im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungen des BGB vielleicht vermutet werden könnte, hat die gesetzliche Systematisierung auf die Ergebnisse nicht immer großen Einfluss. Korrekturen der gesetzlichen Einteilung im Interesse angemessener Lösungen relativieren die Systematisierung oft erheblich. Folglich dürfte aus praktischer Sicht kaum ein Bedarf für eine neue Systematisierung bestehen. Das ist ein Grund dafür, eine solche nicht zum Gegenstand dieser Arbeit zu machen. Hingegen sollen fünf konkrete Problembereiche näher untersucht werden, die typischerweise für Verträge von langer Dauer eine besondere Relevanz haben. Dabei wird die gegenwärtige Rechtslage auf den Prüfstand gestellt und, wo diese unbefriedigend erscheint, eine Suche nach angemessenen Lösungen auf Grundlage des geltenden Rechts unternommen. Häufig kann dabei die Rückführung spezifischer Fragestellungen auf das allgemeine Schuldrecht entscheidend zur Lösung beitragen. Nur zu wenigen Punkten werden Vorschläge zur Änderung der Rechtslage *de lege ferenda* erarbeitet. Die fünf Problemfelder, die für diese Analyse in den Mittelpunkt gestellt werden, sind die folgenden:

Treuepflichten im Langzeitvertrag: Dabei ist zuerst der Frage nachzugehen, ob Treuepflichten im Langzeitvertrag prinzipiell gesteigert sind, um danach einige Aspekte vertraglicher Informationspflichten zu untersuchen. Im Anschluss ist die Rolle der Verwirkung im Langzeitvertrag zu beleuchten, bevor schließlich darauf eingegangen wird, ob das Gebot von Treu und Glauben der Parteiendisposition unterliegt.

Als zweiter Punkt sollen Zulässigkeit und Grenzen sehr langer und ewiger Vertragsverhältnisse untersucht werden. Wo liegen die zeitlichen Grenzen langfristiger vertraglicher Bindungen? Wie haben sich die aktuellen Grenzen herausgebildet und nach welchen Kriterien bestimmen sie sich? Lässt sich ein gemeinsamer Kern erkennen? Dabei soll wiederum, neben dem deutschen Recht, ein rechtsvergleichender Bezug zum englischen und französischen Recht hergestellt werden.

Drittens wird Fragen der Geschäftsgrundlage und veränderter Umstände nachgegangen. Die Analyse des deutschen Rechts geht dabei auf die Risikoverteilung und die vertragliche Gestaltung sowie deren Zusammenhang zum Wegfall der Geschäftsgrundlage ein. Anpassung und mögliche Anpassungsmechanismen in langfristigen Verträgen werden näher betrachtet, insbesondere gesetzliche Anpassungsmechanismen für besondere Vertragstypen, vertraglich vereinbarte Anpassungen und die ihnen im Wege stehenden rechtlichen Grenzen (etwa bei der Indexierung). Außerdem wird die Rechtsprechung zur Nachverhandlungspflicht behandelt. Rechtsvergleichende Hinweise berücksichtigen insbesondere die grundlegend reformierte und damit noch ganz neue französische Rechtslage. Schließlich wird in diesem Punkt auf einige Argumente aus der ökonomischen Analyse eingegangen.

Im Anschluss daran werden die Probleme der Kündigung aus wichtigem Grund untersucht. Der Bezug zur ordentlichen Kündigung und deren Gestal-

tungsfragen sowie zu den Grenzen der Gestaltung wird berücksichtigt, wo sich daraus – teils unerwartete – Auswirkungen auf die außerordentliche Kündigung ergeben. Behandelt wird im Zusammenhang mit der Kündigung aus wichtigem Grund auch das Problem der Rückabwicklung gescheiterter Verträge. Rechtsvergleichend betrachtet werden neben dem französischen und englischen Recht die internationalen Prinzipienwerke, insbesondere die ursprünglich für das Jahr 2016 geplante Neufassung der UNIDROIT PICC. Auf dieser Grundlage soll für die deutsche Rechtslage untersucht werden, ob die Ausgestaltung von Sonderregelungen zur Beendigung langfristiger Verträge gelungen ist, ob eigene Regelungen für die Beendigung erforderlich sind und inwieweit die vorhandene Gesetzeslage als *law on the books* von der Rechtswirklichkeit der Rechtsprechung (und Literatur) abweicht.

Der fünfte und letzte Unterpunkt wirft ein Schlaglicht auf die Vertragsstrafe, weil ihr als Gestaltungsinstrument in lange dauernden Vertragsverhältnissen eine herausragende Bedeutung zukommen kann. Das ist etwa dann der Fall, wenn für eine Vertragspartei am Anfang des Vertragsverhältnisses erheblicher Investitionsbedarf besteht und beide Parteien ihre Leistungen und Leistungsbereitschaft durch entsprechende Anreize in Form von Vertragsstrafen einerseits signalisieren, andererseits absichern wollen. Die Analyse zum deutschen Recht wird durch rechtsvergleichende Hinweise, dabei insbesondere zur kürzlich radikal veränderten englischen Rechtslage, ergänzt. Näher wird dabei wiederum auf ökonomische Argumente eingegangen, weil sich auf deren Grundlage Fragen der Bewertung des geltenden Rechts stellen.

Es folgt danach für die drei Teile dieser Arbeit ein Resümee und schließlich werden die Ergebnisse in Thesenform zusammengefasst.

Erster Teil

Vom dauernden Schuldverhältnis zum Dauerschuldverhältnis – Kategorienbildung und Begrifflichkeit

I. Entwicklung des Systembegriffs

1. Fehlen einer gesetzlichen Definition

Das BGB enthielt von Anfang an keine Definition des Begriffs Dauerschuldverhältnis, woran sich bis heute nichts geändert hat. Verwendet wird der Begriff vom Gesetzgeber mittlerweile etwa im AGB-Recht (§ 308 Nr. 3 BGB, § 309 Nr. 1 sowie Nr. 9 BGB), in §§ 313 f. BGB oder außerhalb des Bürgerlichen Rechts im Insolvenzrecht (§ 55 Abs. 2 S. 2 InsO, § 209 InsO). In allen Fällen sucht man vergebens nach einer Legaldefinition – der Gesetzgeber hat diese bewusst nicht vorgenommen.¹

Im Schrifttum wird bereits auf den ersten Blick deutlich, dass sich kein allgemein akzeptierter Konsens herausgebildet hat.² Auch aus der Rechtsprechung lässt sich keine einheitliche Terminologie ableiten (zu beidem näher unter 2.).³ Die begrifflichen Konturen sind damit nicht geklärt, obwohl kein Mangel an Vorschlägen und Ansätzen besteht.⁴ Der fehlende Konsens bringt es mit sich, dass zwar jeder deutschsprachige Jurist eine Vorstellung mit dem Begriff Dauerschuldverhältnis verbindet, doch gerade die Grenzen nur vage Konturen aufweisen. Wo bereits ein Dauerschuldverhältnis beginnt

¹ Begr. RegE zu § 314 Abs. 1 S. 1, BT-Drucks. 14/6040 S. 177: „Auf eine Definition des Begriffs ‚Dauerschuldverhältnis‘ wird verzichtet, weil dies zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen und möglicherweise künftige Entwicklungen beeinträchtigen würde.“

² Vgl. z.B. *Reinhard Gaier*, in: Münchener Kommentar, BGB, Band 2, 7. Auflage, 2016, § 314, Rn. 5.

³ Vgl. nur die Nw. bei *Christian Grüneberg*, in: *Palandt* (Begr.), BGB Kommentar, 75. Auflage, 2016, § 314, Rn. 5; s. auch *Rudolf Meyer-Pritzl*, in: *Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK-BGB)*, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2. Teilband, 2007, §§ 313–314, Rn. 76.

⁴ S. z.B. die konsistente Vorgehensweise in der Arbeit von *Hartmut Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, sowie darin die Übersicht zu den verschiedenen Ansätzen der Literatur und den unverändert aktuellen Befund eines mangelnden Konsenses zur Begriffsbestimmung (66 ff.).

oder doch noch ein anderes Schuldverhältnis anzunehmen ist, kann im Einzelfall oft fragwürdig sein. So wird der Kaufvertrag in der Form des Ratenkaufs regelmäßig nicht als Dauerschuldverhältnis behandelt. Hingegen wird eine Miete fast immer als Dauerschuldverhältnis begriffen, selbst dann, wenn der Zeitraum nur kurz ist und die Zahlung der gesamten Miete mit einer einzigen Zahlung im Voraus zu leisten ist.⁵ Werkverträge werden hingegen, selbst wenn sie sehr langfristig angelegt sind, üblicherweise nicht zu den Dauerschuldverhältnissen gezählt.⁶ Begründet wird das üblicherweise mit dem gesetzlichen Vertragstypus, der den Ausschlag geben soll, ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung ankäme.⁷ Nach allgemeinem oder wenigstens verbreitetem Verständnis ist im Übrigen das Kriterium der Dauer keine notwendige Voraussetzung des Dauerschuldverhältnisses.

In der deutschen Dogmatik hat das Dauerschuldverhältnis damit in gewisser Weise ein Eigenleben entwickelt: Die Dauer macht das Schuldverhältnis nicht notwendig zu einem Dauerschuldverhältnis, jedoch kann ohne längere Dauer durchaus ein Dauerschuldverhältnis vorliegen. Ob diese Begrifflichkeit der Klarheit dient, ist fraglich. Die Antwort hängt davon ab, welche Funktion man von Begriffen allgemein erwartet und erwarten darf: Eine klare Terminologie kann zunächst das Verständnis erleichtern, indem sie die Struktur verschiedener Phänomene aus der Wirklichkeit sinnvoll ordnet. Diese Aufgabe kann man als Ordnungsfunktion bezeichnen. Sie hat sowohl für die Lehre als auch für die Praxis einen Wert. Wichtiger noch als die Ordnungsfunktion sind aber die Rechtsfolgen, die mit einer Einteilung verbunden sein können. Nur wenn an die Einteilung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen anknüpfen, steht die Ordnungsfunktion isoliert im Vordergrund. Dann mag man allein darauf abstellen, ob eine gewählte Einteilung das Verständnis erleichtert, und eventuell vorhandene Unschärfen tolerieren.

Knüpfen hingegen an eine Einteilung Rechtsfolgen an, werden Unschärfen problematisch.⁸ Im geltenden Recht verbindet das Gesetz an mehreren der

⁵ Vgl. etwa *Hubert Schmidt*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand 1.7.2017, § 535, Rn. 30; wesentlich beweglicher ist hingegen der Ansatz von *Gaier*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 314, Rn. 6, der auch auf die konkrete Ausgestaltung der Verträge Wert legen will.

⁶ *Fritz Nicklisch*, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?, *JZ* 1984, 757–808, 757 ff.; vgl. hingegen *Gaier*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 314, Rn. 6.

⁷ Vgl. z.B. dafür die Begründung von *Franz Gschnitzer*, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 75 (= 2. Folge, Band 39) [1925], 317, 351 f.: Das Rechtsverhältnis „kann an sich noch länger, ja dauernd gedacht werden.“

⁸ Vgl. bereits *Franz Bydlinski*, in: *Heinrich Klang* (Begr.), *Franz Gschnitzer* (Hg.), *Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Auflage, IV. Band, 2. Halbband, 1978, § 1053, 193.

genannten Stellen wichtige Rechtsfolgen mit dem Dauerschuldverhältnis, so etwa bei der Unterscheidung zwischen der Beendigung eines Vertrags im Wege des Rücktritts mit der Rückabwicklung erbrachter Leistungen und der Kündigung mit ihrer *ex nunc*-Wirkung. Ein vielleicht allgemein erleichtertes Verständnis genügt dann nicht mehr ohne weiteres als Rechtfertigung für eine Schwäche in der Einteilung. Vielmehr sollte bei einer mit Rechtsfolgen verbundenen Einteilung das Ziel gerechterer und effizienterer Ergebnisse erreicht werden. Eine klare Terminologie sollte im Übrigen der Rechtssicherheit dienen. Ob das Dauerschuldverhältnis, wie es in der deutschen Rechtsprechung, Gesetzgebung und Dogmatik als Rechtsinstitut ausgeformt ist, diese Funktionen erfüllt, soll im Folgenden näher untersucht werden. Um das Verständnis für die gegenwärtige Rechtslage zu verbessern, soll zuerst die bisherige Entwicklung in Deutschland betrachtet werden. Dabei wird bei der ursprünglichen Herausbildung des Rechtsinstituts Dauerschuldverhältnis in der deutschen Dogmatik angesetzt.

2. Das Dauerschuldverhältnis und die Anfänge des BGB – historische Ausgangslage am Anfang des 20. Jahrhunderts

a) Vor dem BGB: Friedrich Carl v. Savigny

Die Herausbildung der Dauerschuldverhältnisse als eigene Kategorie war nicht vorgezeichnet. Im BGB fanden sich, wie erwähnt, keine eigenen allgemeinen Regeln zu Dauerschuldverhältnissen. Selbstverständlich sind im BGB Dauerschuldverhältnisse als spezifische Vertragstypen erfasst; Gedanken zu möglichen Gemeinsamkeiten und allgemeinen Regelungen hatten aber keinen Niederschlag im Gesetzgebungsprozess gefunden. Dass im Sinne der erwähnten Ordnungsfunktion eine Abgrenzung von kurzzeitigen oder mit einer bestimmten Handlung zu erfüllenden Schuldverhältnissen und solchen, die auf Dauer angelegt sind, zumindest nahe liegt, wird bereits durch das Schrifttum vor dem BGB belegt. Eine der ersten und bis heute einflussreichen Fundstellen dazu findet sich im „Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts“ bei *Friedrich Carl v. Savigny*:⁹

„2. Ein zweiter Gegensatz in der Natur der Leistungen besteht darin, daß sie entweder *vorübergehende* oder *dauernde* sind.

Unter den vorübergehenden Leistungen sind solche zu verstehen, die nur ein augenblickliches Daseyn haben, oder die als keinen Zeitraum erfüllend gedacht werden, indem die auch für sie allerdings erforderliche geringe Zeit nicht in Betracht kommt, und als gleichgültig erscheint. Zu diesen, im Verkehr besonders wichtigen und häufigen, Handlungen gehört die Uebergabe von Geld (Zahlung) und anderen Sachen.

⁹ *Friedrich Carl v. Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1851, 302 f.

Das Eigenthümliche dieser Klasse von Obligationen besteht darin, daß ihre Erfüllung stets zusammen fällt mit der Auflösung oder Vernichtung der Obligation.

Die dauernden Leistungen verbreiten sich stets über einen ganzen Zeitraum, so daß diese Zeiterfüllung zu ihrem Wesen gehört.

Der erwähnte Zeitraum kann ferner begränzt oder unbegränzt seyn. Jene können begränzt werden durch ein voraus bestimmtes Zeitmaß (Monat, Jahr, u.s.w.), oder aber durch ein zufälliges, willkürliches Ereignis (z.B. Kündigung). Im ersten Fall ist die Dauer und das Ende gewiß, im zweiten ungewiß.

Ist der Zeitraum unbegränzt, so ist die Obligation immerwährend, oder von ewiger Dauer. Dahin gehören oft die oben erklärten negativen Obligationen, die jedoch meist in der Natur der Verhältnisse selbst ein nicht sehr entferntes Ende finden werden [...].“

v. Savigny ist in dieser Textstelle im Wesentlichen deskriptiv, auch wenn die Unterscheidung zwischen „vorübergehenden“ und „dauernden“ Schuldverhältnissen bis heute nachwirkt. Angesprochen sind noch die Fragen der Kündigung und der Erfüllung dauernder Schuldverhältnisse. Inhaltlich ist damit für eine Abgrenzung jedoch nicht viel gewonnen: Vorübergehende Schuldverhältnisse erstrecken sich nach dieser Einteilung nicht über einen „ganzen“ (längeren) Zeitraum, hingegen können dauernde Schuldverhältnisse vorliegen, wenn ihr zeitlicher Rahmen von Anfang an begrenzt ist.¹⁰

Deutlich wird hingegen bereits in den ersten Absätzen, dass v. Savigny sich um einen lehrbuchartigen Überblick bemüht. Die Darstellung soll primär der Kategorienbildung dienen – in der Unschärfe der Begriffe ist daher kein Vorwurf zu sehen. v. Savigny bringt dabei primär die Beobachtung zum Ausdruck, dass manche Schuldverhältnisse auf Dauer angelegt sind und andere nicht. Was sich bei v. Savigny an dieser Stelle lediglich im Ansatz findet, ist eine daran anknüpfende Rechtsfolgenebene. Angesprochen sind zwar Aspekte der Erfüllung und Kündigung, allerdings wiederum nur in vorrangig deskriptiver Form.

Der Schritt zu einem Rechtsinstitut mit möglichen eigenen Rechtsfolgen vollzieht sich erst später. Im Hintergrund steht dabei noch immer die Herausbildung des Begriffs des Schuldverhältnisses überhaupt.¹¹ Dennoch ist mit der Beobachtung v. Savignys über dauernde und nicht dauernde Schuldverhältnisse der Grundstein für die später folgende Systembildung gelegt, deren Wirkung im deutschen Recht bis in die Gegenwart reicht.

¹⁰ Interessant ist schließlich der letzte Absatz zur ewigen Obligation. Liest man diesen allerdings im Zusammenhang mit der Möglichkeit der im vorangehenden Absatz erwähnten Kündigung, ist der Textstelle nur wenig oder nichts für das interessante Problem ewiger Verpflichtungen zu entnehmen (s. dazu S. 295 ff.).

¹¹ Ganz ähnlich der Hinweis bei Oetker, Dauerschuldverhältnis, 48 unter Verweis auf Hans Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 1982, 86 ff. (s. dort auch 89 ff., wo es um die Lehre zum Wegfall der Geschäftsgrundlage und ihre Herausbildung im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen geht); vgl. insbesondere Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, 1992, 1, 4 ff.

b) Zur Rolle der Wissenschaft am Anfang des 20. Jahrhunderts

Nach Inkrafttreten des BGB findet für den hier interessierenden Problem-
bereich zunächst keine nennenswerte Fortentwicklung gegenüber v. Savigny
statt. So ist im Jahr 1906 bei *Bernhard Windscheid* und *Theodor Kipp* zu
lesen: „Die Leistung kann eine vorübergehende oder eine dauernde sein [...].
Dauernd ist die negative Leistung; aber auch die positive kann es sein [...]“.¹²
In einer Fußnote wird auf v. Savigny verwiesen. Nur andeutungsweise finden
sich das Problem der dauernden Schuldverhältnisse und deren Verhältnis zu
den einzelnen Leistungen nochmals im darauf folgenden Absatz, wo es um
die Unterscheidung zwischen einfachen und zusammengesetzten Leistungen
geht. Die Darstellung ist aber nicht vertiefend oder weiterführend. *Josef*
Kohler unterscheidet zur selben Zeit zwischen Vertragsverhältnissen,

„je nachdem [ob] das Geschäft sich ohne weiteres erledigt oder daraus ein Rechts-
verhältnis, d. h. eine Organisation von Leistungen und Gegenleistungen entsteht, welche
sich erst allmählich durch Einwirkung von Rechtshandlungen entwickelt und Schritt für
Schritt ihre Wirtschaftsaufgaben erfüllt“.¹³

Obwohl die darauf aufbauenden Gedanken *Kohlers* zwar überwiegend
abstrakt bleiben, nähert er sich den Problemen der Dauerschuldverhältnisse
bereits deutlich:

„Aus den Schuldverträgen können Rechtsverhältnisse hervorgehen, sofern die aus ihnen
entspringenden Verpflichtungen dauernder Natur sind und verschiedene Stufen durch-
laufen, so daß sich eine ‚dramatische‘ Entwicklung abspielt. Bei dem Kauf und bei der
Schenkung findet solches nicht statt, da bestimmungsgemäß mit der einen Erfüllung sich
alles erledigt; und wenn auch ausnahmsweise die Erfüllung geteilt und in verschiedene
Zeiten verlegt wird [...], so ist doch das Geschäft nicht nach diesen Ausnahmefällen,
sondern nach dem regelmäßigen Verlauf zu kennzeichnen [...]“.¹⁴

Kohlers zuerst zitierte Unterscheidung je nach Vorliegen einer dauernden
Beziehung mit Leistungen und Gegenleistungen kann als ein früher Schritt in
Richtung einer Herausbildung des Dauerschuldverhältnisses gewertet
werden.¹⁵ Der Begriff geht aber, soweit ersichtlich, auf eine Kommentierung
von *Paul Oertmann* zur positiven Vertragsverletzung zurück.¹⁶ Dabei ging es
um die Analogie zur Unmöglichkeit bei der positiven Vertragsverletzung im
Zusammenhang mit Sukzessivlieferungsverträgen. Unter Bezugnahme auf
eine Entscheidung des Reichgerichts verweist *Oertmann* darauf, dass bei

¹² *Bernhard Windscheid/Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band,
2. Auflage, 1906, § 252, Nr. 2 (S. 15 f.).

¹³ *Josef Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Vermögensrecht, 1. Teil,
Schuldrecht, 1906, 230.

¹⁴ *Kohler*, Bürgerliches Recht, II./1, 259.

¹⁵ Vgl. *Meyer-Pritzl*, in: HKK-BGB, §§ 313–314, Rn. 75.

¹⁶ *Paul Oertmann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Neben-
gesetzen, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, 1910, § 325 (S. 201).

„solchen Dauerschuldverhältnissen, für die durch Anerkennung einer außerordentlichen Kündigung bereits Fürsorge getroffen ist“, die §§ 325 f. BGB nicht anwendbar sein sollen. Daran anknüpfend findet sich bei *Heinrich Siber* – unter Verwendung des Begriffs Dauerschuldverhältnis – der Hinweis, die Beendigung nach Beginn der Abwicklung wirke im Grundsatz nur für die Zukunft und nicht *ex tunc*.¹⁷ Im selben Kommentar findet man an anderer Stelle die Einteilung der Leistungsarten – je nach geschuldetem Erfolg – in vorübergehende, dauernde und periodische.¹⁸ Bei den dauernden Pflichten wird in der Folge noch zwischen Leistungs- und Unterlassungspflichten unterschieden.¹⁹

Wenige Jahre danach erscheint die wohl erste vertiefende Abhandlung über Dauerschuldverhältnisse im deutschsprachigen Raum: *Otto v. Gierke* gliedert seinen Beitrag nach einer Einleitung in die Teile Begriffliches, Erfüllung, Ansprüche, Beendigung, Einzelfälle und Funktionen.²⁰ Erst damit beginnt eine nähere Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit dauernden Verträgen.

Mehrere Gründe dürften dafür verantwortlich gewesen sein, dass dieser Prozess nicht früher einsetzte: Die Lehre war mit dem zuerst lange vorzubereitenden und dann neu eingeführten BGB beschäftigt. Außerdem fanden sich im BGB, auf das nun die volle Aufmerksamkeit gerichtet war, keine allgemeinen Regelungen für dauernde Vertragsbeziehungen. Diesen Umstand führt *v. Gierke* auf den Einfluss des Römischen Rechts und der Historischen Rechtsschule zurück.²¹ Zwar waren im Römischen Recht Miete, Pacht (*locatio conductio rei*),²² Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*)²³ und der Werkvertrag (*locatio conductio operis*)²⁴ durchaus bekannt. Doch kam es im Römischen Recht nicht zur Herausbildung allgemeiner Regeln für diese Verträge, zur Bildung rechtlich relevanter Kategorien²⁵ oder zu einer Einteilung, die dauernde Vertragsverhältnisse zusammengefasst hätte.²⁶ Wenig überraschend wird das bei *v. Gierke* besonders betont, ebenso wie das Bedürfnis einer stärkeren Berücksichtigung der germanischen Tradition, der er sich (im Gegensatz zur römischrechtlichen) verbunden sah.²⁷ Ob allerdings die germanische Tradi-

¹⁷ *Heinrich Siber*, in: *Emil Strohal* (Hg.), *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II. Band, 1. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse*, 4. Auflage, 1914, § 361 (S. 468).

¹⁸ *Siber*, in: *Planck*, BGB, § 271 (S. 159).

¹⁹ *Siber*, in: *Planck*, BGB, § 271 (S. 162).

²⁰ *v. Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 355.

²¹ *v. Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 410 f.

²² *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 338 ff.

²³ *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 384 ff.

²⁴ *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 393 ff.

²⁵ *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 10 ff., 19 ff.

²⁶ Vgl. m. w. N. *Oetker*, *Dauerschuldverhältnis* 48; s. auch *Weller*, *Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik?*, *JZ* 2012, 882–891.

²⁷ *v. Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 410 f., insbesondere 411: „Alles vielmehr, was wir im geltenden Recht als rechtlich ausgeprägte Eigentümlichkeiten dauernder Schuld-

tion tatsächlich einen wesentlichen Beitrag hätte leisten können, erscheint fraglich.²⁸ Diese Umstände erklären möglicherweise, warum die Bearbeitung dauernder Schuldverhältnisse als eigene Kategorie nicht früher einsetzt, obwohl die Einteilung in dauernde und nicht dauernde Schuldverhältnisse bereits bei *v. Savigny* Jahrzehnte früher angelegt war. Andererseits ist zu bedenken, dass das Erbe des römischen Vertragstypensystems lange der Entwicklung des allgemeinen Vertragsbegriffs entgegenstand.²⁹ Damit mag zusammenhängen, dass eine nähere Auseinandersetzung mit den verschiedenen Formen der Verträge und ihrer Ordnung nicht bereits früher stattgefunden hatte.

Dennoch dürfte das Thema der dauernden Vertragsbeziehungen zur Zeit der Einführung des BGB bereits „in der Luft“ gelegen haben.³⁰ Darauf deuten abgesehen von dem Beitrag *Oertmanns* zumindest einzelne Nachweise im Beitrag *v. Gierkes* hin, bei denen er sich unter anderen auf *Heinrich Lehmann* und dessen Werk zur Unterlassungspflicht bezieht. Dort ist bereits mehrfach eine Unterscheidung zwischen dauernden und nicht dauernden Verpflichtungen angelegt.³¹ Weitere Fundstellen aus der damaligen Literatur deuten ebenfalls erste verallgemeinernde Überlegungen zu dauernden Schuldverhältnissen an.³² Einen Beitrag dazu haben die Sukzessivlieferungsverträge und

verhältnisse erkannt haben, ist germanischen Ursprungs. Soll das heutige deutsche Schuldrecht voll erfaßt und allseitig durchdrungen werden, so bedarf in diesem wie in so manchem anderen Punkte die romanistische Gedankenarbeit der Ergänzung durch germanistische Mitarbeit.“

²⁸ Vgl. *Meyer-Pritzl*, in: HKK-BGB, §§ 313–314, Rn. 75; s. auch die Zweifel bei *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, 51 f. Zu Recht hebt er dabei allerdings die Bedeutung der Kündigung hervor und betont, dass konkret für die Kündigung „eine deutschrechtliche Tradition“ bestand.

²⁹ *Zimmermann*, Law of Obligations, 21 ff. (dabei insbesondere in Bezug zur Entwicklung der Einteilung im BGB und der möglichen Kritik daran).

³⁰ Ähnlich auch die Bewertung von *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, 703.

³¹ *Heinrich Lehmann*, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, 1906, 59 ff. (zitiert bei *v. Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 359, Fn. 2). Der bei *v. Gierke* a. a. O., 357, Fn. 1 zitierte Beitrag von *Rudolph Sohm* führt hingegen dazu nicht weiter – darin findet sich lediglich eine knappe Beschreibung zum Forderungsrecht allgemein, aus der für die Einteilung in dauernde und vorübergehende Verpflichtungen nichts zu gewinnen ist. Vgl. *Sohm*, Bürgerliches Recht, in: Kultur der Gegenwart, in: *Paul Hinneberg* (Hg.), Die Kultur der Gegenwart, Systematische Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1913, S. 66, 99 (Fehlzeit bei *v. Gierke*: die von ihm wiedergegebene Textstelle findet sich auf S. 99 und nicht 35).

³² Vgl. z.B. *Paul Oertmann*, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Zweites Buch, Schuldrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Schuldverhältnisse, 1907, 36 ff., wo nach der Erörterung des „Schuldverhältnisses des Güterumsatzes“, insbesondere des Kaufs, die „Schuldverhältnisse der Gebrauchsüberlassung“, der „Geschäftsbesorgungsverhältnisse“, der „Güterverwahrung“, die „Schuldverhältnisse der Gemeinschaft“, die „gewagten Geschäfte“ behandelt werden, also im Grunde praktisch alle Kategorien, die nach heutigem Verständnis dem Bereich der Dauerschuldverhältnisse zuzurechnen sind; vgl. darin etwa S. 35 zu den Schuldverhältnissen der Gebrauchsüberlassung: „Sie begründen also [...] ihrer

Bezugsverträge geleistet, mit denen vor allem die Praxis vermehrt befasst war.³³ Die Rechtsstreitigkeiten aus diesen Verträgen und die daraus hervorgegangene Rechtsprechung zogen gelegentlich die Aufmerksamkeit der Lehre auf diese Vertragsverhältnisse.³⁴ Die Lehre erörterte die Probleme dann als solche der Sukzessivverträge „und ähnlicher Verträge“.³⁵ Trotz solcher Ansätze scheint das wissenschaftliche Interesse für diese Art von Vertragsverhältnissen noch eher punktuell gewesen zu sein, so etwa für Sukzessivlieferungsverträge,³⁶ für Bezugsverhältnisse (insbesondere Bierbezug),³⁷ Ratenkäufe oder Unterlassungsvereinbarungen³⁸ und natürlich für Dienst- und Arbeitsverträge. Gerade Unterlassungsvereinbarungen finden sich in wissenschaftlichen Werken überraschend häufig. Wie den Beispielen zu entnehmen ist, waren diese in der Praxis ein weit verbreitetes Instrument, das vor der

Natur nach Dauerverhältnisse, erschöpfen sich allmählich durch Ablauf einer Zeitspanne. So lange diese auch sein mag; irgend eine bestimmte oder doch bestimmbare Zeitgrenze muß jedem Schuldverhältnisse dieser Gruppe innewohnen; eine ewige Gebrauchsüberlassung wäre in Wahrheit Übertragung des zu gebrauchenden Rechtsgutes selbst, also Kauf oder Schenkung, nicht Miete oder Leihe [...]“ . Vgl. auch *Siber*, in: *Stroh* (Hg.), *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 4. Auflage, 1914, II. Band, 1. Hälfte, § 271 Anm. 1 a), S. 159 f.: „Dauernd ist die Leistung, deren Erfolg in gleichmäßigem ununterbrochenem Fortschreiten eintritt, gleichviel ob auch das Leistungsverhalten des Schuldners gleichmäßig und ununterbrochen ist, wie bei der Gewährung des Mietgebrauches, der Unterlassung von Konkurrenzunternehmungen, oder ob es ungleichmäßig ist und Unterbrechungen duldet, wie bei der Unterhaltsleistung in Natur, der Unterrichtsleistung, der Vermögensverwaltung und jeder anderen Dienstleistung für längere Zeit; [...]“ . In der Folge lehnt *Siber* die gedankliche Aufteilung einer Dauerverpflichtung in „atomistische“ Einzelteile, etwa bei der Miete, ab, weil sie der Lebensauffassung widerspreche, und führt fort: „Im Sinne des dem Schuldner obliegenden Leistungsverhaltens sind Augenblicksleistungen von zeitraubenden Leistungen zu unterscheiden, je nachdem dadurch die Tätigkeit des Schuldners nur vorübergehend oder dauernd in Spannung erhalten wird.“ Ebenso, später, *Joachim Gernhuber*, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, 2. Auflage, 1994, § 3 III 4. (S. 59).

³³ Dies mag allgemein mit den Modernisierungsschüben im Wirtschaftsleben der damaligen Zeit und mit dem Einsetzen flächendeckender Versorgungsleistungen und dem daraus entspringenden Bedürfnis nach entsprechenden vertraglichen Regelungen zu tun gehabt haben.

³⁴ Vgl. *Rudolf Müller-Erbach*, Ueber den Rücktritt bei ‚sukzessiven Lieferungsge­schäften‘ und ähnlichen Verträgen, DJZ 1904, 1158–1162.

³⁵ So die Beobachtung von *Meyer-Pritzl*, in: HKK-BGB, §§ 313–314, Rn. 75 mit Bezug auf *Müller-Erbach*, DJZ 1904, 1158.

³⁶ Vgl. dazu *Alfred Hueck*, *Der Sukzessivlieferungsvertrag*, 1918, 5 ff., wo auf die „große Bedeutung im Handelsverkehr“ hingewiesen wird.

³⁷ S. die Nw. zum bayrischen Recht bei v. *Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, S. 361 f.; vgl. auch etwas später *Leopold Künstler*, *Der Bierlieferungsvertrag*, 1926, und die in dessen Vorwort (S. XI) genannten vorangehenden Arbeiten zum Thema.

³⁸ Vgl. auch *C. A. Julius Caesar*, *Der Ratenlieferungsvertrag*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 67 (1911), 525–550.

Entwicklung eines marktorientierten Wettbewerbsrechts oft eingesetzt wurde. Insbesondere konnten so Kartelle oder andere wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen vertraglich abgesichert werden.³⁹

v. *Gierkes* Beitrag bringt für die Entwicklung der Dauerschuldverhältnisse als Rechtsinstitut erstmalig wesentliche Ansätze. Eingangs enthält sein Beitrag eine Weiterentwicklung der Terminologie. Zur Definition findet man darin Folgendes:⁴⁰

„Der *begriffliche Gegensatz* läßt sich darauf zurückführen, ob die den Inhalt von Schuld und Forderung bildende Leistung *in einem Zeitpunkte* oder *während eines Zeitraumes* bewirkt werden soll.

Wir sprechen von einem *vorübergehenden* Schuldverhältnis, wenn die Verpflichtung sich auf eine in einem bestimmten Zeitpunkt konzentrierte Leistung richtet. Die Schuld soll bei Eintritt ihrer Fälligkeit befriedigt werden und mit ihrer Befriedigung untergehen. Für ein solches Schuldverhältnis ist *Erfüllung* der normale *Beendigungsgrund*. Seine Lebenskraft verzehrt sich in dem Augenblick, in dem sie sich erfolgreich betätigt [...].

Wir werden sehen, daß aus dauernden Schuldverhältnissen vorübergehende Einzelschuldverhältnisse mannigfachen Inhaltes fließen [...].

Demgegenüber haben wir ein *dauerndes Schuldverhältnis* anzunehmen, wenn den Schuldinhalt eine Leistungspflicht bildet, die sich auf einen Zeitraum erstreckt. Die Dauerschuld als solche soll nicht bei Eintritt eines bestimmten Fälligkeitstermins, sondern während der ganzen Dauer ihres Bestandes erfüllt werden. Darum ist das dauernde Schuldverhältnis darauf angelegt, eine konstante Wirkungskraft zu äußern. Ihm eignet eine in den Grenzen seiner Bestimmung erschöpfliche Lebenskraft. Hieraus ergibt sich, daß es *durch Erfüllung nicht erlischt*. Sein normaler Beendigungsgrund ist vielmehr *Zeitablauf*.“

v. *Gierke* stellt seine Beobachtungen zu dauernden Schuldverhältnissen den vorübergehenden Schuldverhältnissen gegenüber. Zu den vorübergehenden zählt er dabei den Kaufvertrag, auch wenn für den Kaufpreis eine Ratenzahlung vereinbart ist. Ein dauerndes Schuldverhältnis läge nicht vor, denn mit jeder Rate wird ein Teil der geschuldeten Leistung erfüllt. In v. *Gierkes* Terminologie zehrt sich das Schuldverhältnis ratenweise auf und die letzte Rate bewirkt das Erlöschen.

Hinter der Frage der „konstanten Wirkungskraft“ (dauerndes Schuldverhältnis) oder der „erschöpflichen Lebenskraft“ (vorübergehendes Schuldverhältnis) steht der Wortlaut von § 362 BGB, wonach das Schuldverhältnis *durch Erfüllung* der geschuldeten Leistung an den Gläubiger *erlischt* (Abs. 1). Beim Kaufvertrag ergibt sich daraus keine besondere Komplikation.⁴¹

³⁹ Vgl. *Heinrich Lehmann*, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, in: *Otto Fischer* (Hg.), Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 15. Band, 1906, 139: „Allen anderen Unterlassungspflichten stehen an praktischer Bedeutung voran die Konkurrenzausschlussverträge“; s. auch v. *Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 360, 404.

⁴⁰ v. *Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 357 ff.

Von den vorübergehenden Schuldverhältnissen grenzt v. Gierke die dauernden Schuldverhältnisse ab. In seiner Konzeption enden diese stets *nur* durch Zeitablauf.⁴² Gleichgültig ist, wie der Zeitablauf bestimmt wird: ob von Anfang an ein Zeitraum festgelegt war, ob die Parteien gemeinsam später eine Vereinbarung über den Endzeitpunkt treffen oder das Gestaltungsrecht der Kündigung dem Verhältnis wirksam ein Ende setzt. In diesem Konzept ist also die Kündigung, selbst die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, ein Unterfall der Beendigung des Vertrags durch Zeitablauf.⁴³

Erhebliche Mühe und argumentativen Aufwand setzt v. Gierke für die Frage ein, wie die Erbringung der wiederkehrenden Leistungen zu bewerten ist. Dies ist vor dem Dilemma zu sehen, dass die Einordnung als Erfüllung nach dem Wortlaut von § 362 BGB das Erlöschen zur Folge hätte.⁴⁴ v. Gierke geht dabei den verschiedenen, denkbaren Ansätzen nach: Die Möglichkeit, jede Leistung während des Schuldverhältnisses lediglich als Vorbereitung auf die Erfüllung zu werten, die erst mit der letzten geschuldeten Leistung eintritt, verwirft er.⁴⁵ Ebenso verworfen wird die Sichtweise, dass jede Handlung eine Teilerfüllung darstelle.⁴⁶ Überzeugend ist hingegen das Ergebnis, wenn man dem Wortlaut des Gesetzes derart großes Gewicht zukommen lassen will: Demnach entstehen bei einem dauernden Schuldverhältnis laufend neue Leistungspflichten, die durch Leistung zu erfüllen sind und erfüllt werden. Die „Stammschuld“ (also das Schuldverhältnis an sich) bleibt von der Erfüllung der Teilleistungen hingegen unberührt. Es kommt also nicht zu dessen Erfüllung auf Raten, nur weil eine Teilleistung erbracht wird. v. Gierke fasst das wie folgt zusammen:

„Es bleibt also kein Ausweg. Das dauernde Schuldverhältnis ist auf *dauernde Erfüllung* angelegt und erlischt darum nicht durch Erfüllung.“⁴⁷

⁴¹ Erlöschen bedeutet allerdings nicht unbedingt, dass damit der Vertrag ganz „aus der Welt wäre“. Denn auch nach der Erfüllung kann es fortbestehende Pflichten geben. Geht man davon aus, dass der Vertrag im Grunde mit der Erfüllung erloschen ist, so ist die Bezeichnung dieser Pflichten als nachvertragliche Pflichten konsequent. Glücklicherweise erscheint die Bezeichnung aber nicht, da auch diese Pflichten ihren Ursprung und ihre Grundlage im Vertrag haben, selbst wenn die Hauptleistungspflichten erfüllt sind; passender ist daher wohl die Bezeichnung nachwirkende Pflichten (zu diesen unten, S. 257 f.).

⁴² Zu den Folgen dieser Sichtweise für die Fragen der Erfüllung und der Unmöglichkeit s. Paul Krückmann, Einige Bemerkungen zu den „dauernden Schuldverhältnissen“, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 66 (= 2. Folge, Band 30) [1916], 1–77.

⁴³ v. Gierke, Jherings Jahrbücher 1914, 383 ff.; kritisch dazu Gschnitzer, Jherings Jahrbücher 1925, 326 f.

⁴⁴ v. Gierke, Jherings Jahrbücher 1914, 363 ff.

⁴⁵ v. Gierke, Jherings Jahrbücher 1914, 363 f.

⁴⁶ v. Gierke, Jherings Jahrbücher 1914, 364 ff.

⁴⁷ v. Gierke, Jherings Jahrbücher 1914, 367.

Aus heutiger Sicht erscheint es verwunderlich, dass für dieses naheliegende Ergebnis großer argumentativer Aufwand erforderlich schien. Das BGB war zu dieser Zeit allerdings noch neu und die Wissenschaft widmete daher möglicherweise nicht nur dem positiven Recht an sich größere Aufmerksamkeit als zu anderen Zeiten, sondern sie orientierte sich in besonderem Maße noch an den Begriffen, der Systematik und dem Wortlaut des Gesetzes. Die Zurückdrängung der Begriffsjurisprudenz war noch nicht erfolgt.⁴⁸ Sucht man heute in den aktuellen Kommentaren danach, scheint dieses Problem im Grunde überwunden zu sein.⁴⁹

Für die nähere Eingrenzung der dauernden Schuldverhältnisse orientiert sich v. Gierke sehr deutlich an der Typenbildung des BGB. Daher nimmt er – jedenfalls im Grundsatz – ein dauerndes Schuldverhältnis an, wo der Vertrag zwar konkret nur für eine kurze Dauer abgeschlossen wurde, der gesetzliche Vertragstyp aber unbegrenzt wäre (z.B. eine kurzfristige Miete). Dennoch hält er andererseits den Sukzessivlieferungsvertrag für einen dauernden Vertrag, wenn dieser – kraft Vertragsfreiheit – so gestaltet ist, dass „eine auf wiederkehrende Einzelleistungen gerichtete dauernde Leistungspflicht [...]“ begründet wird.⁵⁰ Darin liegt zumindest teilweise ein Widerspruch.⁵¹ Denn grundsätzlich nimmt v. Gierke ein dauerndes Schuldverhältnis an, wenn der Vertrag zu den gesetzlich geregelten Vertragstypen gehört, die auf Dauer angelegt sind (Miete, Pacht, Darlehen etc.); obwohl bei diesen die vertragliche Gestaltung zu berücksichtigen sei (z.B. Befristung), liege jedenfalls „ein dauerndes Schuldverhältnis vor, das als solches analog zu behandeln ist, wie andere dauernde Schuldverhältnisse.“⁵² Insoweit käme es auf die Gestaltung dann nicht an. Umgekehrt wird beim Sukzessivlieferungsvertrag angenommen, dass – je nach Gestaltung – trotz Kaufvertrags ein dauerndes Schuldverhältnis vorliegen kann. In diesem Fall soll es also nicht auf den gesetzlichen Typus ankommen, sondern allein auf die Ausgestaltung durch

⁴⁸ So war der grundlegende Beitrag von *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1 ff. zu dem Zeitpunkt noch neu und die Auseinandersetzung mit der Methodenfrage der Rechtswissenschaft damit gewiss in einem anderen Stadium, als man heute voraussetzen würde. Zu *Heck* vgl. *Marietta Auer*, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz. Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 2008, 517–533.

⁴⁹ Vgl. etwa *Rhona Fetzer*, in: Münchener Kommentar, BGB, 7. Auflage, 2016, § 362, Rn. 27: „Die aus einem *Dauerschuldverhältnis* resultierenden Einzelansprüche erlöschen nach den für alle Forderungen geltenden Regeln. Erfüllung tritt ein, sofern der Schuldner schuldgerecht leistet. Die Dauerschuld, dh die vom Schuldner zu erbringende Gesamtleistung, erlischt nach und nach durch Teilerfüllung. Das Dauerschuldverhältnis als ‚Organismus‘ oder ‚Rahmenbeziehung‘ erlischt nach den in ‚Vor § 362, Rn. 8‘ dargestellten Grundsätzen.“

⁵⁰ v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 361.

⁵¹ Kritisch dazu auch *Arthur Nikisch*, Die Grundformen des Arbeitsvertrags, 1926, 144 f.

⁵² v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 362.

die Parteien. Warum in einem Fall die Vertragsgestaltung und im anderen der Vertragstypus entscheidend ist, bleibt offen.⁵³

Demgegenüber möchte etwa *Alfred Hueck* beim Sukzessivlieferungsvertrag keinen „Dauervertrag“ annehmen, weil er einen solchen nur dann für möglich hält, wenn die Verpflichtung auf Dauer im Sinne einer prinzipiell unbegrenzten Dauer angelegt ist. Daher zählt er lediglich Vereinbarungen wie das Wettbewerbsverbot, die Miete und den Gesellschaftsvertrag zu den „Dauerverträgen“.⁵⁴

Über die genannten Aspekte hinaus sind bei *v. Gierke* weitere, neue Ansätze zu finden. Soweit ersichtlich wird in seinem Beitrag erstmalig die besondere Bedeutung der Kündigung für dauernde Schuldverhältnisse erkannt. Nach *v. Gierke* ist die Kündigung sogar ein „kennzeichnendes Merkmal des dauernden Schuldverhältnisses.“⁵⁵ Ebenfalls von Bedeutung ist seine Abgrenzung der Kündigung vom Rücktritt. Während dies heute selbstverständlich erscheinen mag, waren zur damaligen Zeit weder die Begrifflichkeit noch die Inhalte geklärt. So finden sich beispielsweise bei *Heinrich Lehmann* (acht Jahre früher) noch Überlegungen, den Rücktritt nur mit der Wirkung für die Zukunft zu versehen, weil die Parteien in der Regel die Rückabwicklungen bei Verträgen, die in Teillieferungen zu erfüllen sind, vermeiden wollen.⁵⁶ Dies geht auf *Hermann Staub* zurück,⁵⁷ der den Rücktritt für Dauerverträge so ausgestaltet wissen wollte, dass er nur für die Zukunft wirkt. Mangels allgemeiner Regelung bestand zunächst kein Konsens über die Frage der Rückwirkung bei Beendigung dauernder Vertragsverhältnisse. Immerhin bereits im Vordringen war aber die Tendenz, eine Beendigung in der Regel nicht zurückwirken zu lassen.⁵⁸

Unter Bezugnahme auf verschiedene Dauerschuldverhältnisse arbeitet *v. Gierke* hingegen deutlich heraus, dass die Rückabwicklung für bereits in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse unterbleiben sollte. Im Grundsatz soll für die Beendigung dauernder Vertragsverhältnisse der Kündigung ein Vorrang etwa gegenüber einem mit Rückwirkung verbundenen Rücktritt

⁵³ Zuzugeben ist aber, dass *v. Gierke* seinen Beitrag unter den Vorbehalt stellt, dass die genaue Zuordnung einzelner Verträge zu dauernden und nicht dauernden Schuldverhältnissen ein eigenes Buch erfordern würde (*v. Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 394).

⁵⁴ *Hueck*, *Sukzessivlieferungsvertrag*, 23 f.

⁵⁵ *v. Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 386.

⁵⁶ Vgl. etwa *Heinrich Lehmann*, *Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht*, 261; dazu *Gschnitzer*, *Jherings Jahrbücher* 1925, 387.

⁵⁷ *Hermann Staub*, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 1904 (2. Auflage, 1913, herausgegeben und ergänzt von *Eberhard Müller*), 23 ff., 36.

⁵⁸ Vgl. etwa zum Beispiel der Sukzessivlieferungsverträge, allerdings mit durchaus auch allgemein gehaltenen Positionen zu „dauernden Rechtsverhältnissen“ bereits *Müller-Erbach*, *DJZ* 1904, 1159.

zukommen.⁵⁹ Daran knüpfen die weiteren Arbeiten an, die das Rechtsinstitut des Dauerschuldverhältnisses fortentwickelten. Elf Jahre nach v. Gierke veröffentlicht Franz Gschnitzer einen umfangreichen Beitrag zum österreichischen und zum deutschen Recht.⁶⁰ Der Artikel monographischen Ausmaßes hat zwar die Kündigung zum Gegenstand, geht dabei aber auf zahlreiche Aspekte dauernder Schuldverhältnisse ein, weil die Kündigung nicht isoliert von ihrem Grundverhältnis zu erörtern sei.⁶¹

Bedeutend ist der Beitrag Gschnitzers zunächst einmal schon deswegen, weil er durchgängig den Begriff *Dauerschuldverhältnis* verwendet. Damit kann etwa ab 1925, also dem Zeitpunkt des Erscheinens des Artikels, angenommen werden, dass die heutige Terminologie gebräuchlich geworden war und sich etabliert hatte. Ein Konsens über eine bestimmte Definition – die bis heute fehlt – war damit allerdings nicht verbunden. Obwohl sich Gschnitzer für den Begriff ausdrücklich auf v. Gierke bezieht, ist eine Entwicklung zu bemerken: v. Gierke hatte noch von „dauernden Schuldverhältnissen“ und nicht Dauerschuldverhältnissen geschrieben.⁶² Der Unterschied mag auf den ersten Blick belanglos erscheinen, war es aber möglicherweise nicht. Sieht man als Ausgangspunkt den reinen Ordnungsbegriff, der nur zur besseren Veranschaulichung diente,⁶³ so ist spätestens mit diesem Beitrag, wohl aber in Ansätzen bereits bei v. Gierke, eine Systembildung zu beobachten. Schon bei v. Gierke war der Begriff „dauerndes Schuldverhältnis“ nicht mehr *rein* deskriptiv wie etwa noch bei v. Savigny; dennoch blieb es für die normativ relevanten Fragen im Wesentlichen bei den erörterten Aspekten der Erfüllung. Gschnitzer geht hingegen weiter und wechselt die Perspektive, die nicht mehr vorrangig beobachtend ist, sondern sehr deutlich die Rechtsfolgen der Kündigung und die damit verbundenen Fragen der Rückabwicklung (bzw. deren Vermeidung) in den Vordergrund rückt. Sein Beitrag hatte also systembildenden Charakter und das Dauerschuldverhältnis wurde als Rechtsinstitut Gegenstand seiner Untersuchung. Dieser Schritt der Veränderung vom *dauernden Schuldverhältnis* zum *Dauerschuldverhältnis* hat in der Folge

⁵⁹ v. Gierke, Jherings Jahrbücher 1914, 376, 386.

⁶⁰ Gschnitzer, Jherings Jahrbücher 1925, 317.

⁶¹ Gschnitzer, Jherings Jahrbücher 1925, 322 (u. a. in Fn. 1, mit einem Verweis auf Heck).

⁶² Ebenso noch das für das österreichische Recht sehr einflussreiche System von Armin Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (= 6. Auflage des von Leopold Pfaff aus dem Nachlass von Josef Krainz herausgegebenen Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts), Band II, 1. Hälfte, 1920, § 350 (S. 319 ff.): „[...] die Leistungen nach der Dauer des Verhältnisses richten und nicht umgekehrt die Dauer des Verhältnisses nach den Leistungen.“

⁶³ So etwa im Wesentlichen noch wie bei v. Savigny: Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, zweite Abteilung, Recht der Schuldverhältnisse/Enneccerus, 23.–27. Auflage, 10. Bearbeitung, 1927, § 228 Anm. IV.4. (S. 14).

zu einem „Eigenleben“ des neuen Rechtsinstituts geführt, dessen Konturen bei *Gschnitzer* einen ihrer Ausgangspunkte finden:

„Die Dauerschuldverhältnisse [...] sind *unverbrauchbare* Schuldverhältnisse, das sind solche, die durch bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht verbraucht werden. Jedes Dauerschuldverhältnis kann unerlöschlich gedacht werden, ohne daß das mit seinem Wesen in Widerspruch geriete; sogar ein Darlehen mit oder ohne Zins kann als Ewiggeld vorgestellt werden. Die vorübergehenden Schuldverhältnisse belegen hingegen klassisch den Verbrauch durch Gebrauch [...]. Ebenso wie eine unverbrauchbare Sache Früchte trägt, ohne dadurch in ihrem Bestande vermindert zu werden, werfen viele dieser Verhältnisse Nutzungen ab und bleiben in ihrem Stamme unversehrt oder erzeugen eine Reihe von Berechtigungen und Verpflichtungen, ohne dadurch eine Einbuße zu erleiden. Die Namensgebung *Gierkes* sei als die bereits übliche beibehalten. Gut ist der Name Dauerschuldverhältnis, die Bezeichnung vorübergehendes Schuldverhältnis kann jedoch leicht irreführen: Als ob nicht auch Dauerschuldverhältnisse vorübergingen; auch sie dauern in der Regel ja nicht ewig.

Allein die Kündigung kommt nicht nur bei den Dauerschuldverhältnissen vor, sie begegnet uns auch bei anderen Dauerrechtsverhältnissen. [...] Wenn wir Dauerschuldverhältnisse in den Mittelpunkt unserer Darstellung rücken, dürfen wir nicht außer acht lassen, daß es noch andere Dauerrechtsverhältnisse gibt.“⁶⁴

Diese Definition entspricht im Wesentlichen der Sichtweise von heute. Eine besondere Bedeutung hat dies, weil in dieser Arbeit auch zu untersuchen sein wird, ob die vorhandene deutsche Terminologie und die auf dieser aufbauende Systematisierung sinnvoll ist. Ein Aspekt für die Beurteilung ist dabei, ob die Begriffe und die Einteilung zu den tatsächlichen Problemen dauernder Rechtsverhältnisse passen. Bereits deutlich findet sich bei *Gschnitzer* die Besonderheit des heute noch aktuellen Verständnisses: Er betont, dass jedes Dauerschuldverhältnis ohne begrenzte Dauer gedacht werden könne, die tatsächliche Dauer aber keine Voraussetzung sei. Aber selbst wenn das Schuldverhältnis⁶⁵ auf Dauer angelegt wäre, müsse noch keineswegs notwendig ein Dauerschuldverhältnis vorliegen. Anders formuliert könnte man sagen: Im konkreten Fall ist die Dauer weder notwendige Komponente eines Dauerschuldverhältnisses noch ist ihr Vorliegen Grund genug, ein Dauerschuldverhältnis anzunehmen. In Abgrenzung zu *v. Gierke* bringt er dies wie folgt auf den Punkt:

„Während *Gierke langdauernd* betont, betone ich *dauernd*.“⁶⁶

Ganz zutreffend ist dieser Punkt zwar nicht, weil *v. Gierke* die „Miete eines Pferdes für einen Spazierritt“ oder „eines Opernglases für eine Vorstellung“ und andere kurzzeitige Verträge dennoch als Miete und ausdrücklich als „dau-

⁶⁴ *Gschnitzer*, *Jherings Jahrbücher* 1925, 324 f.

⁶⁵ Nicht geklärt wird bei *Gschnitzer*, wo er zwischen Dauerrechtsverhältnis und Dauerschuldverhältnis einen klaren Unterschied sieht.

⁶⁶ *Gschnitzer*, *Jherings Jahrbücher* 1925, 326.

ernden Schuldvertrag“ einordnet.⁶⁷ Allerdings fügt er hinzu: „Nur ist freilich bloß ein kleiner Teil der gesetzlichen Regeln über die Miete anwendbar.“⁶⁸ Näher begründet wird diese Feststellung jedoch nicht. Das Erfordernis der längeren Dauer betont er im Anschluss dafür beim Dienstvertrag.

Gschnitzer baut auf der typisierenden Erfassung der Vertragsverhältnisse auf und führt diese sogar noch weiter. Die konkrete Ausgestaltung der Verträge, die v. *Gierke* wenigstens teilweise zur Abgrenzung noch heranziehen wollte, wird bei *Gschnitzer* bereits ausdrücklich verworfen. Die typisierende Betrachtung ist spätestens zu diesem Zeitpunkt in der Lehre angekommen – prägend sind damit also die gesetzlich geregelten Vertragstypen des BGB.⁶⁹

Fast zur selben Zeit erscheint ein Buch von *Nikisch*, in dem begrifflich noch an die „dauernden Schuldverhältnisse“ angeknüpft wird. Kritisch und mit Recht wird dort angemerkt, dass der Begriff allein noch keine Konturen klärt.⁷⁰ Entgegen v. *Gierke* wird wie folgt argumentiert:

„Zunächst ist nicht einzusehen, warum sämtliche dem gleichen Vertragstypus angehörenden einzelnen Verträge notwendig als dauernde Schuldverhältnisse angesprochen werden müssen, warum nicht vielmehr die Trennungslinie mitten durch die einzelnen Vertragstypen soll hindurchgehen können. *Gierke* selbst rechnet den Kaufvertrag ganz offenbar zu den vorübergehenden Schuldverhältnissen, führt aber auf der anderen Seite den Nachweis, daß der Sukzessivlieferungsvertrag – der doch auch eine Form des Kaufvertrags darstelle – eine dauernde Verpflichtung begründet, [...] weshalb hier ein *dauerndes* Schuldverhältnis vorliege.“

Nikisch selbst sieht das Besondere der dauernden Schuldverhältnisse darin, dass sie die Herbeiführung eines Zustandes bezwecken,

„in dessen Aufrechterhaltung eben die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung besteht. Dadurch wird die Dauerleistung unterschieden von der einzelnen, vorübergehenden, wenn auch vielleicht ‚zeitraubenden‘ Leistung [...]. Daraus ergibt sich zunächst, daß Dauerleistungen niemals erfolgsbestimmt sein können [...]“.⁷¹

⁶⁷ v. *Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 394 f.

⁶⁸ v. *Gierke*, *Jherings Jahrbücher* 1914, 394 f.

⁶⁹ Die Bedeutung von *Gschnitzers* Beitrag für die deutsche Dogmatik hatte gewiss weniger mit dessen wissenschaftlichem Einfluss oder seiner späteren Laufbahn in Österreich zu tun, sondern eher damit, dass er sich früh einem wichtigen Thema zuwandte und sein Beitrag in einem für den gesamten deutschsprachigen Raum prominenten Veröffentlichungsforum (*Jherings Jahrbücher*) erschienen war. Die Beachtung und intensive Rezeption im deutschen Schrifttum ist allerdings aus heutiger Sicht trotzdem ungewöhnlich; vgl. in diesem Zusammenhang allgemeiner *Peter Rummel*, Franz Bydlinki – Im Dienste der Gerechtigkeit, in *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber* (Hg.), *Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Band II, 2010, 19, der seinen Beitrag zur Würdigung Franz Bydlinkis mit den Worten eröffnet: „*Austriaca non leguntur*“ (allerdings um im konkreten Fall auf der folgenden Seite hinzuzufügen, dass er über eine Ausnahme von diesem Grundsatz referiert).

⁷⁰ *Nikisch*, *Die Grundformen des Arbeitsvertrags*, 144 f.

⁷¹ *Nikisch*, *Die Grundformen des Arbeitsvertrags*, 148 (sowie *ders.*, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 1947, 9 f.).

Nikisch betont auf dieser Grundlage vor allem die Bedeutung der durch ein Dauerschuldverhältnis geschaffenen Beziehung zwischen den Parteien und der Nebenpflichten, die sich aus dem Schuldverhältnis ableiten.⁷² Deren „Intensität“ hänge auch von der Dauer ab, so dass eine längere Bindung durch ein Schuldverhältnis zu einer intensiveren Pflichtenbindung führt.

Zusammenfassend für diesen ersten Teil der Entwicklung kann hier festgehalten werden, dass der Begriff des Dauerschuldverhältnisses sich spätestens im Verlauf der 1920er Jahre eingebürgert hatte.⁷³ Nicht geklärt wurden die Konturen des Begriffs. So blieb umstritten, ob ein Sukzessivlieferungsvertrag als Kaufvertrag zu sehen war.⁷⁴ Ebenso ungeklärt blieb darüber hinaus, ob Garantie,⁷⁵ Bürgschaft⁷⁶ und Versicherungsvertrag⁷⁷ zu den Dauerschuldverhältnissen zählten. Bei der kurzfristigen Miete⁷⁸ gab es zumindest unterschiedliche Grenzziehungen, wobei die Miete (selbst die kurzfristige) fast einhellig zu den Dauerschuldverhältnissen gezählt wurde. Die Bedenken gegenüber dem Begriff blieben zwar ohne Folgen; sie belegen aber gleichzei-

⁷² Vgl. *Nikisch*, Das Recht der Schuldverhältnisse, 28; dagegen aber *George Löning*, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930, 24 (Fn. 17).

⁷³ Vgl. *George Löning*, Die Grundstücksmiete, 19: „Gierke’s Absonderung der dauernden Schuldverhältnisse hat sich fast unmerklich eingebürgert, ohne ernstlichem Widerspruch zu begegnen. Und doch gelingt es nicht restlos, die Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit den Merkmalen, die Gierke als entscheidend herausgestellt hat, voneinander zu sondern [...]“. Und weiter (bei 21 f.): „Dauerrechtsverhältnisse sollten nur solche genannt werden, denen Erhaltungsinteressen innewohnen. Es sind also Merkmale der ‚Dauer‘ zu suchen, die eine dieser Forderung entsprechende Unterscheidung der Rechtsinstitute ermöglichen; d.h. die nur bei solchen Rechtsinstituten angetroffen werden, welche ein Erhaltungsinteresse verkörpern. [...] Die Eignung zur Dauer in diesem Sinne bedeutet: die Möglichkeit fortlaufender (‚andauernder‘) Befriedigung des zugrundeliegenden Interesses[...]“.

⁷⁴ *Gschnitzer*, Jherings Jahrbücher 1925, 364 f. stellt etwa darauf ab, ob die Leistung unbegrenzt bzw. unverbrauchbar ist („Zeitschriftenabonnement“): „Die Zusammenfassung mehrerer gleichartiger, vorübergehender Leistungen oder Schuldverhältnisse zu einer Kette ergibt ein Dauerschuldverhältnis.“ Anders hingegen *Löning*, Die Grundstücksmiete, 23.

⁷⁵ v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 401; vgl. *Gschnitzer*, Jherings Jahrbücher 1925, 366 ff., der auf das Grundverhältnis abstellt.

⁷⁶ Dafür v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 401, weil sich die Bürgschaft immer über eine Dauer erstreckt; a.A. *Gschnitzer*, Jherings Jahrbücher 1925, 366, der wiederum auf das Grundverhältnis abstellt.

⁷⁷ v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 401 f.; teilweise abweichend hingegen *Gschnitzer*, Jherings Jahrbücher 1925, 368 f., der zunächst die Pflichten des Versicherungsnehmers und Versicherungsgebers je nach Vertragsgestaltung erörtert (einmalige Prämienzahlung, mehrmalig, laufend, einmalige Leistungspflicht, Leistungspflicht für eine Dauer etc.) und für die Annahme eines Dauerschuldverhältnisses teilweise auf die genannten Kriterien abstellen will.

⁷⁸ Dafür v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 394 f., allerdings mit Einschränkungen, ohne diese näher zu erläutern; hingegen stets für die Annahme eines Dauerschuldverhältnisses wegen des Vertragstypus *Gschnitzer*, Jherings Jahrbücher 1925, 350 f.

tig, dass die terminologischen Schwächen und die mangelnde Abgrenzung bereits früh bemerkt worden waren.⁷⁹

c) *Der Eingang in die Rechtsprechung und Kommentarliteratur*

Die Entwicklung der Rechtsprechung im späten 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts soll hier nicht erneut in allen Aspekten nachgezeichnet werden.⁸⁰ Die wesentlichen Entwicklungen seien aber im Folgenden, als Grundlage für die weiteren Teile dieser Arbeit, kurz dargestellt.

Inhaltliche Parallelen zur Wissenschaft werden in der Entwicklung der Rechtsprechung deutlich. So finden sich zunächst eher deskriptive Ordnungsbegriffe im Zusammenhang mit dauernden Vertragsverhältnissen. Allgemeine Grundsätze zu dauernden Schuldverhältnissen finden sich hingegen meist nicht. Ob das Reichsgericht dem „Dauerschuldverhältnis als Ordnungsbegriff“ tatsächlich „äußerst zurückhaltend“ gegenüberstand,⁸¹ ist kaum eindeutig zu belegen. Eher scheint es mit der Rolle der Gerichte zusammenzuhängen, dass ein lehrbuchartiger Ordnungsbegriff nicht unmittelbar übernommen wurde. Hingegen hatte sich das Gericht mit den inhaltlichen Fragen auch schon früher auseinanderzusetzen.

Soweit ersichtlich wird der Begriff Dauerschuldverhältnis zum ersten Mal⁸² im Jahr 1933 in einer Entscheidung des Reichsgerichts verwendet.⁸³ Interessant ist diese Entscheidung auch deshalb, weil der Begriff Dauerschuldverhältnis dort so *en passant* verwendet wird, als wäre er zu dem Zeitpunkt bereits allgemein gebräuchlich.⁸⁴ Im Hinblick auf die skizzierte, zeitlich vorangehende Entwicklung in der Rechtswissenschaft ist davon auszugehen, dass der Begriff zumindest bekannt war. Offen bleibt in der Entscheidung die Konturierung des Begriffs, die bereits die Wissenschaft schuldig geblieben war. Vielmehr wird der Begriff vorausgesetzt.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Streit eines Autors mit seinem langjährigen Verleger ging es unter anderem um die Frage der Kündi-

⁷⁹ Heinrich Titze, *Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse*, 4. Auflage, 1932, 13: „Der in der Literatur geprägte und nur scheinbar fruchtbare Begriff des ‚Dauerschuldverhältnisses‘ ist nicht mit unseren Forderungsrechten auf fortgesetzte Leistung identisch, da er möglicherweise auch solche auf wiederkehrende, ja selbst solche auf einmalige Leistung umfaßt.“

⁸⁰ Eine sehr sorgfältige Aufarbeitung findet sich bei *Oetker*, *Dauerschuldverhältnis*, 52 ff.

⁸¹ So *Oetker*, *Dauerschuldverhältnis*, 53 f.

⁸² Vgl. etwa kurz davor noch das Lehrbuch von *Heinrich Siber*, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht*, 1931, 13 f., wo noch immer an die Dauerleistung angeknüpft wird (und damit inhaltlich, nicht bloß begrifflich, stärker das Kriterium der Dauer betont wird).

⁸³ RG 26.4.1933, I 303/32, RGZ 140, 50.

⁸⁴ RG 26.4.1933, RGZ 140, 50 (S. 275).

gung, nachdem vertraglich eine Bindung für alle Folgeauflagen vereinbart worden war. Die sorgfältige Argumentation des Reichsgerichts geht insbesondere darauf ein, ob eine Kündigung aus wichtigem Grund in Frage kommt, weil der Verleger den Verkaufspreis des Werkes von RM 10,50 auf 19,50 erhöht hatte, wodurch aus Sicht des Autors der Absatz erheblich erschwert wurde.⁸⁵ Dahinter steht die Frage, ob allgemein bei Dauerschuldverhältnissen eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich sein muss, wenn das Vertrauensverhältnis zerstört wurde. Das Gericht entschied dazu:

„[...] Eine Auflösung durch fristlose Kündigung läßt sich auch nicht aus dem allgemeinen Rechtssatz herleiten, daß Dauerschuldverhältnisse vernünftigerweise lösbar sein müssen, wenn das nötige Vertrauen geschwunden oder schwer erschüttert ist, die ersprießliche Verfolgung des Vertragszwecks deshalb ausgeschlossen erscheint und die Fortsetzung dem Teil, der die Auflösung betreibt, nicht mehr zugemutet werden kann [...]“

Diese frühe Linie der Rechtsprechung hatte inhaltlich keinen Bestand, vielmehr wurde die Lösungsmöglichkeit im Fall des verlorenen Vertrauens bald anerkannt (näher dazu auf S. 419). Hier interessiert allerdings weniger die konkrete, inhaltliche Streitfrage, sondern zunächst lediglich die Anerkennung des Dauerschuldverhältnisses als Systembegriff. Dafür war die zitierte Entscheidung eine wichtige Etappe.

In der Kommentarliteratur ist ab den späten 1920er Jahren der Begriff regelmäßig zu finden. Etwa eine Seite ist dem Dauerschuldverhältnis bei *Oertmann* gewidmet, wo sich neben der begrifflichen Abgrenzung eine kurze Auseinandersetzung mit den vorangehenden Arbeiten und der Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsverhältnissen findet.⁸⁶ Im Vordergrund steht dabei die Frage der Beendigung, insbesondere Kündigung und Zeitablauf werden kurz genannt. Zur Rückabwicklung findet sich lediglich der Hinweis, dass sie immerhin dort zu erfolgen hat, wo noch keine Leistungen ausgetauscht wurden. Auch im *Palandt*-Kommentar finden sich zum Begriff Dauerschuldverhältnis bereits in der ersten Auflage (1939) folgende Hinweise:⁸⁷

⁸⁵ In der Tat erinnern viele der Details des in der Entscheidung genannten Vertrags an die heute im wissenschaftlichen Bereich üblichen Verlagsverträge. Dass die oft anstößigen Klauseln (meist sogar nach sorgfältiger Durchsicht) von den Autoren unterschrieben werden, ist überraschend und dürfte mit der Scheu, in eigenen Angelegenheiten zu verhandeln, zusammenhängen. Trotz Wettbewerbs um gute Autoren und Werke hat sich – interessanterweise – kein Wettbewerb der (besseren) Verlagsbedingungen gegenüber Autoren entwickelt. Das Marktversagen dürfte – abgesehen von der Anreizsituation der Verlage – auf die kollektive Passivität der Autoren zurückzuführen sein.

⁸⁶ *Paul Oertmann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung, §§ 241–432, 5. Auflage, 1928, Vorbemerkungen, S. 14 f.

⁸⁷ *Johannes Friesecke*, in: *Otto Palandt* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 1939, Einl vor § 241, Rn. 5.

„Dauerschuldverhältn (Ggsatz: einmalige Schuldverh). – Unterart: Bezugs(Sukzessivlieferungs-)verträge [...]. Bei ihnen besteht die geschuldete Leistung in einem Dauerverhalten (vielfach Unterlassen) oder in einem zwar vorübergehenden u in sich abgeschlossenen, aber wiederkehrenden Verhalten. Dauerschuldverh sind Miete, Dienstvertrag, Leihe, Darlehen, uU Auftrag, Werkvertrag, Kauf. Das BGB wird dem Unterschied nicht gerecht, seine Bestimmungen, insbes für Leistungsstörung u Beendigung, gehen meist vom einmaligen Schuldverhältnis aus. – Die Verknüpfung der Vertragsgenossen beim Dauerschuldverh ist eine engere. Erhöhte Pflichten, die zT über das rein schuldrechtl Verhältnis (das Schuldrecht ist in erster Linie Rechtsverkehrsrecht) hinaus ins personenrechtliche gehen [...].“

Rein begrifflich ist an dieser Stelle der genannte „Gegenbegriff“ des einmaligen Schuldverhältnisses interessant, der sich nicht durchgesetzt hat.⁸⁸ An anderer Stelle der Kommentierung wird zu den genannten Vorbemerkungen dann konkret ergänzt:⁸⁹

„Bei Dauerschuldverh, die die Genossen eng aneinander knüpfen u ein besonderes gegseitiges Vertrauensverhältnis zur Folge haben, führt der Grundsatz zur Gewährung eines fristlosen KündigRechts (Lösung *ex nunc*) bei wichtigem Grunde, auch wo solches nicht, wie in §§ 626, 723, gesetzlich bestimmt ist, vgl auch RG 148, 92, 150, 199 (Mietvertragsgenosse wird als Volksschädling erkannt).“

Inhaltlich belegt diese Kommentarstelle,⁹⁰ dass in der zweiten Hälfte der 1930er Jahre der Begriff des Dauerschuldverhältnisses gebräuchlich war⁹¹ und dass manche Fragen um das Dauerschuldverhältnis als *allgemeine Problemstellungen* erkannt worden waren. Neben der Terminologie gehören dazu der Problemkreis der gesteigerten Treuepflichten im Dauerschuldverhältnis sowie die Fragen der Kündigung und ihrer Wirkung. Der Streit über die Wirkung der Kündigung (*ex nunc* oder *ex tunc*) war im Grundsatz offenbar entschieden.

d) Die Fortentwicklung

Von der neuen Lehrbuchliteratur in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gingen gewiss zuerst didaktische Einflüsse aus; über die Ausbildung hatte sie aber nach und nach sicher eine Ausstrahlung auf die Praxis. In engem Zusammenhang mit der neu aufkommenden Lehrbuchliteratur ab den späten

⁸⁸ In Österreich hat sich hingegen als „Gegenbegriff“ zum Dauerschuldverhältnis die Bezeichnung „Zielschuldverhältnis“ durchgesetzt.

⁸⁹ Friesecke, in: Palandt, BGB (1939), § 242, Rn. 4.

⁹⁰ Nicht näher zu erörtern ist hier der schockierende Gehalt der Kommentierung, bei dem deutlich wird, mit welcher Selbstverständlichkeit der Autor (im konkreten Fall ein Richter) und vor ihm die zitierte Entscheidung den Boden des Rechtsstaates verlassen.

⁹¹ Die zitierten Stellen belegen das, weil der Palandt-Kommentar von der ersten Auflage an eine enorme Verbreitung hatte. Der unerwartete Absatz der gesamten ersten Auflage (5.000 Stück) binnen weniger Wochen machte umgehend eine zweite Auflage erforderlich. Schon allein wegen dieser Verbreitung dürfte die Kommentarstelle Einfluss gehabt haben.

1940er Jahren ist, gewissermaßen als eine Spätfolge der Kodifikation, auch ein erneuter Drang zur Systematisierung zu beobachten. Neben der Lehrbuchliteratur wächst in derselben Zeit die Kommentarliteratur stark an. Diese verlangte den Autoren allerdings die Anpassung an die Struktur des Gesetzes ab – das enge Korsett der Gesetzessystematik musste weitgehend befolgt werden. Eine darüber hinausgehende Systembildung ist in Lehrbüchern mit mehr Freiheit möglich. Konkret für das Thema Dauerschuldverhältnis lag darin sicher ein Vorzug, weil die Problemkreise teilweise noch nicht geordnet, jedenfalls aber noch nicht gelöst waren. Im Rahmen der Lehrbücher konnten sich die Autoren diesen Problemen besser widmen und dabei Zusammenhänge aus unterschiedlichen Gesetzesbereichen weiterentwickeln. Im Folgenden wird daher neben den Monographien und Kommentaren auch auf Lehrbücher eingegangen. Nicht zuletzt erscheint das durch die Praxis gerechtfertigt, die auch manchen Lehrbüchern Aufmerksamkeit schenkte, so dass diese gleichzeitig einen Einfluss auf Praxis und Ausbildung hatten.

aa) Definition und Abgrenzung im Überblick

Ein mit der Systematisierung verbundenes Risiko liegt in der Gefahr zu weit gehender Abstraktion von konkreten praktischen Problemen. Für das Dauerschuldverhältnis wird diese Gefahr besonders bei der Definition deutlich, wie die bereits zitierten Ansätze aus der Literatur belegen. Zwei Aspekte der Dauerschuldverhältnisse wurden hingegen stets konkret und in ihrer praktischen Dimension erörtert: Gemeint sind die *Kündigung* und ihre Voraussetzungen⁹² sowie die *Folgen der Beendigung* von Dauerschuldverhältnissen.⁹³

Die evidente Bedeutung dieser Probleme erklärt, warum sie bereits in den ersten Abhandlungen zu Dauerschuldverhältnissen beachtet wurden. Doch zu diesen Fragen benötigte die Herausbildung eines Konsenses erst weitere Schritte. Einen Beitrag dazu hat das Arbeitsrecht geleistet, das sich erst nach und nach zu einem Sonderrechtsgebiet entwickelte.⁹⁴ In einer kleineren Mo-

⁹² Vgl. z.B. RG 5.1.1927, RGZ 115, 71 zur Kündigung eines auf Lebenszeit abgeschlossenen Herausgebervertrags wegen „ernstlicher, nachhaltiger Störung des Einvernehmens“ zwischen den beiden Herausgebern; zur angemessenen Kündigungsfrist bei einem Alleinvertriebsvertrag RG 10.11.1899, RGZ 45, 54; sowie RG 8.1.1929, JW 1929, 1291; RG 8.6.1896, RGZ 37, 49 zum Kündigungsrecht bei einem Verwertungsvertrag einer Gesellschaft, die die Verwertungsrechte für Urheber geltend macht und für den Urheber die ordentliche Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen hatte, so dass das RG den Vertrag für nichtig erklärte, unter anderem mit Verweis auf § 723 Abs. 3 BGB.

⁹³ Vgl. dazu etwa RG 9.6.1926, JW 1926, 2529 (Anm. *Paul Oertmann*, der auf § 723 BGB verweist und aus dieser Wertung für die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen die *ex nunc*-Wirkung ableitet, indem § 326 BGB entsprechend verdrängt wird).

⁹⁴ Vgl. insbesondere die Monographie von *Erich Molitor*, *Die Kündigung*, 1935 (sowie die später veröffentlichte 2. Auflage, 1953). *Molitor* hatte in der Nachkriegszeit auf die

nographie widmete sich *Günther Beitzke* den hier benannten Problemen der Kündigung und den Rechtsfolgen der Beendigung.⁹⁵ Er geht auf den erreichten Stand ausführlich ein,⁹⁶ um im Anschluss daran den mittlerweile akzeptierten Grundsatz der Vermeidung der Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen weiterzuentwickeln.⁹⁷ Insbesondere tritt er bei der Nichtigkeit je nach Nichtigkeitsgrund und je nach konkreten Umständen für eine differenzierte Behandlung ein. Entgegen v. *Gierke*⁹⁸ und *Gschnitzer*⁹⁹ erkennt *Beitzke* der Kündigung nicht dieselbe Wirkung wie der Erfüllung (im Sinne einer Beendigung des Dauerschuldverhältnisses) zu.¹⁰⁰

Während *Beitzke* die Sachprobleme in den Vordergrund rückt, spielt die Systembildung bei ihm nur eine untergeordnete Rolle. Den Systembegriff Dauerschuldverhältnis setzt er voraus – eine Abgrenzung zum Inhalt des Begriffs oder seiner Definition findet sich bei ihm nicht. Da *Beitzke* sich aber nach einer kurzen allgemeinen Grundlage den verschiedenen einzelnen Dauerschuldverhältnissen zuwendet, ist dieser Umstand nicht weiter verwunderlich. Als Begriff kurz dargestellt findet man das Dauerschuldverhältnis im selben Jahr, allerdings ohne eingehendere Problematisierung, im Schuldrechtslehrbuch von *Erich Molitor*.¹⁰¹ Eine Abgrenzung zu den anderen Schuldverhältnissen oder eine Definition bleibt auch er schuldig. Dafür behandelt *Molitor* kurz die Frage, wie das Verhältnis der dauernden oder wiederkehrenden Leistung zum Schuldverhältnis insgesamt ist.¹⁰²

Entwicklung des Arbeitsrechts erheblichen Einfluss. Neben seinen Publikationen war dies auf seine praktische Tätigkeit als Präsident des Obersten Arbeitsgerichts Rheinland-Pfalz zurückzuführen. Deutlich wird das etwa bei *Molitor*, Kündigung, 2. Auflage, 1 f. (vgl. dort z.B. Fn. 4).

⁹⁵ *Günther Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948.

⁹⁶ *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen; bemerkenswert ist in dem Werk auch der wiederholte Hinweis auf die *rechtsökonomischen* Bedürfnisse (s. z.B. S. 16) – lange vor dem Aufkommen der ökonomischen Analyse des Rechts als verbreiteter Disziplin.

⁹⁷ Diesen Ansätzen folgt später auch mit kleineren Fortentwicklungen und klarer Darstellung der kürzere Beitrag von *Hans Brox*, Die Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen, BB 1964, 523–528. Darin wird das Dauerschuldverhältnis nicht näher definiert. *Brox* erwähnt nur, es sei „zeitlich notwendigerweise“ durch „andauernde Rechte und Pflichten“ gekennzeichnet (523).

⁹⁸ v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 363 ff.

⁹⁹ *Gschnitzer*, Jherings Jahrbücher 1925, 29.

¹⁰⁰ *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 19 (m. w. N.).

¹⁰¹ *Erich Molitor*, Schuldrecht, 1948, 6 f.

¹⁰² Unergiebig für die hier primär interessierenden Probleme der Abgrenzung und Definition des Dauerschuldverhältnisses bleibt auch *Ludwig Ennecerus* (Begr.)/*Heinrich Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearbeitung 1950, § 4, Rn. 3 (ebenso die Folgeauflagen aus 1954 und 1958), sowie *Ludwig Ennecerus* (Begr.)/*Hans Carl Nipper-*

Wesentlich ergiebiger ist für den Leser das Lehrbuch *Josef Essers*,¹⁰³ das für die Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse eine erkennbare Vertiefung bringt. Die Zwischenüberschrift dort lautet „Das Dauerschuldverhältnis als Zusatzproblem“ und beginnt bemerkenswerterweise nicht mit einer Definition, sondern mit dem Satz: „Treuhand- wie auch Gesellschaftsverhältnis sind Dauerrechtsverhältnisse. Doch kann der gewöhnliche Austauschvertrag sich im Rahmen eines solchen abspielen.“¹⁰⁴ Er unterscheidet in der Folge das „eigentliche Dauerschuldverhältnis“, bei dem es „wie bei der Gesellschaft, aber auch bei Miete und Verwahrung, auf ein fortgesetztes Verhalten (Tun und Unterlassen) für den Vertragszeitraum ankommt“, vom Sukzessivlieferungsvertrag, „der bei vorbestimmter, einheitlicher Gesamtleistungszeit oder -menge die Lieferung in Raten (gleichmäßigen oder durch Abruf bemessen) vorsieht, also nicht auf eine Einheits- sondern auf eine Summe von Teilleistungen geht“ und weiter vom Wiederkehrschuldverhältnis, „bei dem nur der Rahmen einheitlich ist, während das Schuldverhältnis selbst durch fallweise Wiederholung des Abschlusses über eine jeweils neue Menge stets neu entsteht.“¹⁰⁵ Erst durch eine an anderer Stelle in dem Lehrbuch gemachte Aussage wird deutlich, dass *Esser* hier keine Hierarchie im Sinne von Ober- und Unterbegriffen zu unterstellen ist. Die Leibrente hält er für „kein Wiederkehrschuldverhältnis, sondern [für] ein Dauerschuldverhältnis“.¹⁰⁶ Das Wiederkehrschuldverhältnis ist demnach nicht als Unterfall des Dauerschuldverhältnisses zu begreifen, sondern bildet eine eigene Kategorie. Dieser Gedanke findet sich deutlich und mit näheren Argumenten in der zehn Jahre später veröffentlichten Neuauflage.¹⁰⁷ Entscheidend scheint für *Esser* dabei zu sein, dass das sogenannte Wiederkehrschuldverhältnis, anders als der Raten- oder Dauerlieferungsvertrag,¹⁰⁸ kein einheitliches Schuldverhältnis bilde.¹⁰⁹

dey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Auflage, 1955, § 177 Fn 18 (wo es wiederum um die Vermeidung der Rückabwicklung bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen geht, wofür auf die Regelungen des Arbeits- und Gesellschaftsrechts verwiesen wird).

¹⁰³ *Josef Esser*, Lehrbuch des Schuldrechts, 1949, 11, 32 f., 388.

¹⁰⁴ *Esser*, Schuldrecht, 32.

¹⁰⁵ *Esser*, Schuldrecht, 33.

¹⁰⁶ *Esser*, Schuldrecht, 388 m. w. N.

¹⁰⁷ *Esser*, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, 1960, § 20, Rn. 1 ff. (S. 61 ff.).

¹⁰⁸ *Esser*, Schuldrecht, 2. Auflage, § 20, Rn. 3 (S. 62 f.); daran anschließend geht er auf die Abgrenzung beim Energielieferungsvertrag ein (Rn. 4, S. 63 f.) und stellt dabei – konsequent – auf die Vertragsgestaltung und -auslegung als entscheidendes Kriterium ab.

¹⁰⁹ Die Erörterung des Wiederkehrschuldverhältnisses im Schuldrecht stand lange Zeit unter dem bestimmenden Einfluss des Insolvenzrechts. Denn für die typischen Bezugsverträge mit Versorgern hatten die h.L. und Rsp. lange Zeit hindurch ein solches Wiederkehrschuldverhältnis angenommen, weil andernfalls, also bei Annahme eines Dauerschuldverhältnisses, § 17 KO zur Anwendung gekommen wäre (die Bestimmung lautete: „(1) Wenn

Nach den Definitionen und Abgrenzungen folgt eine gemeinsame inhaltliche Konturierung durch die erhöhte Treuepflicht, die als „Besonderheit aller Dauerschuldverhältnisse“ hervorgehoben wird. Aus dieser leitet *Esser* auch die Kündigung aus wichtigem Grund beim erschütterten Vertrauensverhältnis ab.¹¹⁰ Darüber hinaus finden sich wesentlich weitergehende Gedanken zum Dauerschuldverhältnis und seiner Abgrenzung gegenüber den sonstigen Schuldverhältnissen. Dort definiert *Esser* Dauerschuldverhältnisse als solche, für die „zeitlich notwendig andauernde Leistungspflichten charakteristisch sind (Dauerleistung mit für die Vertragszeit ständiger Pflichtanspannung).“

In der Folge werden von *Esser* Arbeits-, Dienst-, Miet-, Leih-, Verwahrungs-, Verlags-, Kontokorrent- und Gesellschaftsverträge (eigenartigerweise nicht aber der Darlehensvertrag) zu den Dauerschuldverhältnissen gezählt.¹¹¹ Der anschließende Absatz „Abgrenzung“ erläutert, dass das Dauerschuldverhältnis sich durch das Kriterium der Zeit oder Dauer bezogen auf „das Wesen der Leistungspflicht“ von den anderen Schuldverhältnissen unterscheidet.¹¹²

ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen [...]“. In dem Fall drohte, dass der Konkursverwalter zur Aufrechterhaltung der Bezugsverträge für Strom, Wasser oder Gas etc. die noch nicht beglichenen Kosten vollständig entrichten müsste, wodurch aber diese Gläubiger gegenüber den anderen Gläubigern bevorzugt gewesen wären. Um diese – unbillige – Sonderbehandlung der Versorger zu vermeiden, hatten die Rsp. und Lehre hier das Wiederkehrschuldverhältnis ins Spiel gebracht. Gedanklich konstruiert wurde es so, als würde jeder tatsächliche Bezug für sich allein genommen einen neuen Vertrag begründen (und als ob der geschlossene Vertrag nur ein Rahmenvertrag sei). Dies wurde allerdings als realitätsfremd kritisiert: Löst etwa allgemein der von einem Kleinkind betätigte Wasserhahn einen Vertragsabschluss aus? Macht jeder Bezug im Rahmen eines solchen Vertragsverhältnisses eine rechtsgeschäftliche Willensbetätigung erforderlich? Kritisiert wurde auch, dass diese Konstruktion gar nicht erforderlich wäre, um zum selben Ergebnis zu gelangen: Denn trotz Kündigung des bisherigen Schuldverhältnisses durch den Konkursverwalter wäre der Abschluss eines neuen Vertrages bereits aufgrund des Kontrahierungszwangs bei Versorgungsunternehmen möglich gewesen. Die insolvenzrechtlichen Ursprünge des Problems sind durch die ausdrücklichen Regelungen in §§ 103, 105 InsO beseitigt. Vgl. zu alledem *Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, 2015, Rn. 10 ff.; *Esser*, Schuldrecht, 2. Auflage, § 20, Rn. 4 (S. 64); *Karl Lorenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, 1982, § 2 VI, Fn. 45 (S. 31) m. w. N. (u. a. auf RG 13.9.1935, RGZ 148, 53, S. 330 für die Rechtsprechung sowie auf die andere Ansicht von *Wolfgang Fikentscher*, Schuldrecht, 6. Auflage, 1976, § 8, 7 d., für die Lehre); vgl. aber die differenzierte Sichtweise bei *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, 125 ff.

¹¹⁰ *Esser*, Schuldrecht, 33.

¹¹¹ *Esser*, Schuldrecht, 2. Auflage, § 20, Rn. 1 (S. 62).

¹¹² *Esser*, Schuldrecht, 2. Auflage, § 20, Rn. 2 (S. 62); ähnlich und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf *Esser*, *Richard Allf*, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes –

In dem erstmals im Jahr 1953 veröffentlichten Lehrbuch von *Karl Larenz*¹¹³ wird hingegen das Dauerschuldverhältnis damit definiert, dass es „einen mehr oder minder langen Zeitraum ausfüllt,“ weil „entweder ein dauerndes Verhalten oder in bestimmten Zeitabschnitten wiederkehrende einzelne Leistungen“ seinen Inhalt bilden.¹¹⁴ Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung, Arbeitsverhältnis, Gesellschaft und Bezugsvertrag zählt er zu den Dauerschuldverhältnissen,¹¹⁵ nicht hingegen den Ratenkauf sowie Lieferverträge, wenn die Menge bereits im Voraus bestimmt ist, aber nur in Raten bezahlt werden soll oder zu liefern ist.

„Entscheidend für den Charakter als Dauerverhältnis ist, daß der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während derer die Leistungen fortgesetzt werden sollen.“¹¹⁶

Dieses Kriterium als entscheidend aufzustellen, ist allerdings mit der direkt vorangestellten Aufzählung nicht ganz vereinbar. Denn bei der Gesellschaft ist die Leistungspflicht von der Dauer gänzlich losgelöst.

Überzeugend ist die Auseinandersetzung von *Larenz* mit der Ansicht v. *Gierkes*¹¹⁷ und *Gschnitzers*,¹¹⁸ nach der Kündigung und Erfüllung beide in gleicher Weise zur Beendigung des Dauerschuldverhältnisses führen. *Larenz* lehnt diese pauschale Gleichstellung im Anschluss an *Beitzke*¹¹⁹ ab und verweist auf die typischerweise infolge einer Kündigung verbleibenden Abwicklungspflichten. Vollständig erloschen sei hingegen das Dauerschuldverhältnis nur bei Erfüllung aller geschuldeten Pflichten.¹²⁰ Wichtig ist darüber hinaus

Kommentar (RGRK), herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, 1976, Band II, 1. Teil, Vor § 241, Rn. 15 f.

¹¹³ Entgegen einer mittlerweile bei jüngeren Autoren bestehenden Tendenz, *Larenz* wegen seiner NS-Vergangenheit grundsätzlich nicht mehr zu zitieren, wird hier auf seine einschlägigen Arbeiten Bezug genommen. Wegen seines Einflusses als akademischer Lehrer und der enormen Bedeutung seiner Publikationen nach 1945 für die Entwicklung des deutschen Zivilrechts in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist es m. E. wissenschaftlich nicht vertretbar, die späteren Arbeiten von *Larenz* zu ignorieren. Das heutige Bild von *Larenz* ist sicher ein anderes, als man noch in den 1970er oder 1980er Jahren von diesem Autor hatte. Dennoch muss die Auseinandersetzung mit der Literatur dieser Zeit Autoren, deren Einfluss erheblich war, einbeziehen (selbst wenn die persönliche Vergangenheit und die früheren Publikationen, wie im Fall von *Larenz*, das Werk aus heutiger Sicht in seiner Gesamtheit belasten).

¹¹⁴ *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 1953, § 2 VI (S. 18).

¹¹⁵ *Larenz*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, § 2 VI (S. 18).

¹¹⁶ *Larenz*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, § 2 VI (S. 18).

¹¹⁷ v. *Gierke*, Jherings Jahrbücher 1914, 363 ff.

¹¹⁸ *Gschnitzer*, Jherings Jahrbücher 1925, 29.

¹¹⁹ *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 19.

¹²⁰ *Larenz*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, § 2 VI (S. 19).

eine generelle Einschränkung, wonach *Larenz* sowie *Beitzke*¹²¹ zwar im Grundsatz anerkennen, dass ein „gewisses *personenrechtliches Element* allen Dauerschuldverhältnissen eigen sei“. Dennoch möchte *Larenz* dieses nicht pauschal und für alle Dauerschuldverhältnisse in gleicher Weise annehmen.¹²² Als Beispiel, für das es keine besondere Bedeutung habe, führt er den Bezugsvertrag an. Schließlich ist noch die Ablehnung des Wiederkehrschuldverhältnisses zu nennen, bzw. die Feststellung von *Larenz*, dass dieses jedenfalls kein Dauerschuldverhältnis sei.¹²³

Eine tiefere Aufarbeitung in Kommentarförmigkeit findet sich in den 1960er Jahren im *Staudinger*-Kommentar.¹²⁴ Darin wird nicht nur die bisherige Literatur umfassend ausgewertet, sondern auch die Rechtsprechung. Zur Einteilung der Dauerschuldverhältnisse wird eine Dreiteilung vorgeschlagen: Zu den Dauerschuldverhältnissen zählen danach das eigentliche Dauerschuldverhältnis und der Sukzessivlieferungsvertrag (beides „Einheitsverträge“) sowie das – aus heutiger Sicht wohl überwundene – Wiederkehrschuldverhältnis.¹²⁵

In der Kommentierung wird zudem deutlich, dass die bisherigen Arbeiten ebenso wenig wie die Rechtsprechung einen Konsens entwickeln konnten. Die Definition bleibt vage:

„Das eigentliche Dauerschuldverhältnis ist auf ein fortgesetztes Tun oder Verhalten, häufig persönlicher Art, gerichtet, so Miete, Pacht, Leihe, Gesellschaft, Verwahrung, Geschäftsbesorgung, Verlags-, Lizenzvertrag, Kontokorrentvertrag; hierzu gehören auch das Dienst- und Arbeitsverhältnis, [...]“

Abgelehnt wird die Ansicht,¹²⁶ Dauerschuldverhältnisse als eine Vielzahl einzelner Handlungspflichten (oder Unterlassungspflichten) zu begreifen.¹²⁷ Die darauf folgende Definition des Sukzessivlieferungsverhältnisses ist in einer Abgrenzung zum „eigentlichen“ Dauerschuldverhältnis angelegt, von dem es sich dadurch unterscheidet, dass es nicht auf eine fortdauernde oder lediglich zeitweise unterbrochene Dauerleistung gerichtet sei, sondern „von vornherein auf Teilleistungen geht“.¹²⁸ Fraglich ist, ob diese Unterscheidung wirklich belastbar ist und Klarheit schafft. Als zweite Abgrenzung wird das Sukzessivlieferungsverhältnis von *Weber* als Gegenstück zum Wiederkehr-

¹²¹ *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 10.

¹²² *Larenz*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, § 2 VI (S. 20, Fn. 1).

¹²³ *Larenz*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, § 2 VI (S. 19 f., Fn. 2).

¹²⁴ *Wilhelm Weber*, in: *Staudinger* (Begr.), BGB-Kommentar, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1a (§§ 241, 243–248), 11. Auflage, 1967, Einl., Abschnitt O.

¹²⁵ *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. O Rn. 3 ff.; zum Wiederkehrschuldverhältnis s. auch bereits oben Fn. 109.

¹²⁶ *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. O Rn. 5, wendet sich damit gegen eine Ansicht von *Lehmann* und *Siber* (die allerdings zu dem Zeitpunkt bereits wieder aufgegeben war, wie *Weber* auch vermerkt); m. w. N. zu diesen Ansichten a. a. O.

¹²⁷ *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. O Rn. 5.

¹²⁸ *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. O Rn. 9.

schuldverhältnis skizziert (dieses liege vor, wenn keine beidseitige Bindung, sondern durch jede Leistung ein neuer Vertrag gegründet würde).¹²⁹ *Weber* orientiert sich insbesondere an der früheren Rechtsprechung,¹³⁰ die allerdings insolvenzrechtliche Hintergründe hatte (und jedenfalls aktuell durch die Regelungen der Insolvenzordnung überholt ist).¹³¹ Die Zweckmäßigkeit der Abgrenzung erscheint fragwürdig, ebenso wie das Wiederkehrschuldverhältnis an sich.¹³² Als Besonderheit der Dauerschuldverhältnisse wird die Treuepflicht betont,¹³³ bevor die Fragen der Kündigung im Lichte der damaligen Rechtsprechung aufgearbeitet werden.¹³⁴

Die in anderen Lehrbüchern enthaltenen Ausführungen zum Dauerschuldverhältnis vertiefen die hier interessierende Abgrenzung zu anderen Schuldverhältnissen nicht.¹³⁵

*Peter Ulmer*¹³⁶ nimmt in seiner Arbeit zum Vertragshändler auf die Vorarbeiten und insbesondere auf v. *Gierke*, *Beitzke*,¹³⁷ *Esser* und *Larenz* Bezug. Ein Unterschied kennzeichnet allerdings die Arbeit *Ulmers* im Vergleich zu den anderen: Zum Ausgangspunkt nimmt er die konkreten Fragen des Vertragshändlers, in deren Zusammenhang er sich mit der damals aktuellen Lehre zur Kategorie der Dauerschuldverhältnisse auseinandersetzt. Er arbeitet also vom Konkreten zum Allgemeinen, während sonst meist versucht wurde, von einem allgemeinen Ansatz ausgehend die Probleme der Dauerschuldverhältnisse zu erörtern, und dies regelmäßig losgelöst von bestimmten Vertragstypen oder praktischen Einzelfragen erfolgte. *Ulmer* legt sich in seinem Werk auf keine eigene Definition des Dauerschuldverhältnisses fest. Eine Mindestdauer ist nach seiner Ansicht nicht erforderlich. Ebenso mache aber die Dauer allein ein Schuldverhältnis noch nicht zum Dauerschuldverhältnis, wofür er das Beispiel eines Werkvertrages mit „zeitraubender“ Herstellung des geschuldeten Werkes nennt. Den Ratenkauf zählt *Ulmer*, unter Berufung auf die herrschende Meinung,¹³⁸ nicht zu den Dauerschuldverhältnissen, wohl aber Sukzessivlieferungsverträge.¹³⁹ Als Abgrenzungsmerkmale hervorgeho-

¹²⁹ *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. O Rn. 9 und 16.

¹³⁰ RGZ 148, 330.

¹³¹ S. auch bereits oben Fn. 80, 109.

¹³² Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, AT, 20. Auflage, Rn. 13.

¹³³ *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. O Rn. 27 ff.

¹³⁴ *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. O Rn. 32 ff.

¹³⁵ Vgl. etwa *Wolfgang Fikentscher*, Das Schuldrecht, 1965, § 8, Rn. 7 c (S. 30).

¹³⁶ *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, 252 ff.

¹³⁷ *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen.

¹³⁸ Er verweist auf *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 46, *Esser*, Schuldrecht, 62 f., und *Larenz*, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, (S. 23).

¹³⁹ *Ulmer*, Vertragshändler, 253, mit Verweis auf die abweichende Ansicht von *Hueck*, Sukzessivlieferungsvertrag, 14 f., 23.

ben werden von ihm die Kriterien der fortdauernden Pflichtenanspannung sowie das „personenrechtliche Element im Dauerschuldverhältnis“. Daran anschließend arbeitet *Ulmer* den erreichten Stand zur praktisch wichtigen Frage der Kündigung auf.¹⁴⁰

Einen weiteren Beitrag enthielt das Lehrbuch von *Ernst Wolf*, in dem das Dauerschuldverhältnis wie folgt definiert wird: Ein

„Gattungsschuldverhältnis mit dem Inhalt, so lange immer neue Pflichten, Rechte oder Ausschlussgründe zu begründen, bis ein besonderer Beendigungstatbestand eintritt“, während das als begriffliches Gegenstück gegenübergestellte „Nichtdauerndschuldverhältnis ein Schuldverhältnis [sei], das kein Dauerschuldverhältnis ist.“¹⁴¹

Und weiter:

„Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Menge der zu erbringenden gattungsmäßig bestimmten Gegenstände nicht nach Zahl, Maß oder Gewicht, sondern durch die Dauer bestimmt, während derer das Schuldverhältnis existiert. Hier entstehen so lange immer neue [...] Pflichten, Rechte oder Ausschlußgründe, bis ein Beendigungstatbestand eintritt. Die Dauer des Schuldverhältnisses ist hier das Mengenmaß.“

Wolf präzisiert dies in der Folge (in ausdrücklicher Abgrenzung zu anderen Ansätzen aus der Literatur¹⁴²):

„Die Dauer der Leistung selbst hat keine allgemeine Bedeutung und ist daher kein Artmerkmal.“¹⁴³ „Auf die Länge der Zeit, während der ein Schuldverhältnis existiert, kommt es für den Unterschied zwischen Dauerschuldverhältnis und Nichtdauerndschuldverhältnis nicht an.“¹⁴⁴

Mit diesem Ansatz wird zwar eine Abgrenzung gegenüber anderen Konzeptionen des Dauerschuldverhältnisses versucht und sogar ausdrücklich betont. Dennoch erscheint diese Abgrenzung nur teilweise gelungen. *Wolf* rückt die Dauer an sich in den Hintergrund und stellt stattdessen wie bereits andere vor ihm auf das Merkmal der Bestimmung der Vertragsleistung durch die Dauer ab.¹⁴⁵

¹⁴⁰ *Ulmer*, Vertragshändler, 256.

¹⁴¹ *Ernst Wolf*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 1978, 43.

¹⁴² Insbesondere in Abgrenzung zu *Larenz, Nikisch, Siber* und v. *Gierke* (alle Nw. bei *Wolf*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 44 in Fn. 157 ff.).

¹⁴³ *Wolf*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 44.

¹⁴⁴ *Wolf*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 45.

¹⁴⁵ Ein weiterer Beitrag zum Dauerschuldverhältnis findet sich in der Hamburger Dissertation von *Phoebus Christodoulou*, der den historischen Ursprüngen des Begriffs Dauerschuldverhältnis nachgeht und eine eigene Definition erarbeitet: *Phoebus Christodoulou*, Vom Zeitelement im Schuldrecht, Vorstudien aus der Sicht des Dauerschuldverhältnisses, 1968. Das Element der Zeit spielt dabei zwar eine Rolle, für den Begriff der Dauer sei aber nicht der „Chronometer“ ausschlaggebend, sondern nur, „ob dieses Dauern rechtlich erheblich in dem Sinne [ist], dass es eine besondere Problematik verursacht. Die Pflicht auf ein dauerndes Verhalten ist also kein physikalischer oder logischer Begriff, sondern ein nor-

bb) Der Eingang in das Gesetz (AGBG 1976)

Mit der Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)¹⁴⁶ fand der Begriff Dauerschuldverhältnis Eingang in das Gesetz. An mehreren Stellen bezog sich das Gesetz ausdrücklich auf Dauerschuldverhältnisse, so etwa bei den Klauselverboten mit Wertungsmöglichkeit in § 10 Nr. 3 AGBG, wo inhaltlich die Regelung des heutigen § 308 Nr. 3 BGB zu finden war. Ein anderes Beispiel bestand bei den Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit in § 11 Nr. 1 AGBG (heute § 309 Nr. 1 BGB). Darüber hinaus gab es in § 11 Nr. 12 AGBG die Regelung zur Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen und deren stillschweigender Verlängerung (Vorläuferbestimmung zu § 309 Nr. 9 BGB).

In allen diesen Fällen wurde vom Gesetzgeber keine Definition des Begriffs Dauerschuldverhältnis aufgestellt, obwohl den Gesetzesverfassern die nicht geklärten Abgrenzungen gewiss bewusst waren. So enthält der Ausschussbericht etwa folgende Passage: „Der Ausschuß geht übereinstimmend davon aus, daß unter den ‚Dauerschuldverhältnissen‘ auch die sog. Wiederkehrschuldverhältnisse zu verstehen sind.“¹⁴⁷ Zur Laufzeit findet sich darin Folgendes:

„Der Ausschuß erkennt an, daß bei Verträgen, welche die regelmäßige Lieferung von Waren oder regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand haben, die vereinbarte Laufzeit – z.B. bei Zeitschriftenabonnements, längerfristigen Wartungsverträgen, Mitgliedschaft in Buch- oder Schallplattengemeinschaften – für beide Vertragsseiten sehr große Bedeutung haben kann [...]“.¹⁴⁸

Auch in den einschlägigen Publikationen zu dem neuen Gesetz wurde eine klare Abgrenzung des Begriffs nicht versucht, sondern meist auf die vorhandene Literatur und den Bericht des Rechtsausschusses verwiesen.¹⁴⁹ Teilweise

mativ korrigierender dogmatischer Begriff“ (a. a. O., 140). Gleichwohl könnte man, ähnlich dem chronologisch nachfolgenden Ansatz von *Dieter Medicus*, einschränken, dass die Dauer (wie auch immer man sie abgrenzt) faktisch bestimmte Probleme häufiger generiert. *Christodoulou* will an die „Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten einerseits und an den Gedanken [des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn] andererseits“ anknüpfen und definiert das Dauerschuldverhältnis demnach „als [Schuldverhältnis im weiteren Sinn], das mindestens eine Verbindlichkeit auf dauerndes Verhalten umfasst, welche eine Hauptpflicht für [dieses Schuldverhältnis im weiteren Sinn] darstellt“ (142).

¹⁴⁶ AGBG vom 9. Dezember 1976, BGBl. I S. 3317.

¹⁴⁷ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5422, S. 8, zu § 11 Nr. 1.

¹⁴⁸ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5422, S. 9, zu § 11 Nr. 12.

¹⁴⁹ So z.B. bei *Hans Erich Brander*, in: *Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst Diether Hensen* (Hg.), AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977, § 10 Nr. 3, Rn. 15, wo für den Begriff Dauerschuldverhältnis auf *Weber*, in: *Staudinger*, BGB, II/1a (1967), Einl. vor 241 BGB, Anm. O verwiesen wird (dazu auch oben im Text, bei Fn. 124). Ähnlich *Dagmar Coester-Waltjen*, in: *Peter Schlosser/Dagmar Coester-Waltjen/Hans-Ulrich Graba* (Hg.), Kom-

geht die Literatur, wenn auch kurz, auf die Abgrenzung ein. So weist *Ulmer* in seiner Kommentierung zu einer der Bestimmungen des AGBG darauf hin, dass für Dauerschuldverhältnisse „das *ständige Neuentstehen* gegenseitiger Verpflichtungen während der Vertragsdauer“ kennzeichnend sei.¹⁵⁰ Dass der Gesetzgeber des AGBG keine Definition gewagt hatte, mag daran gelegen haben, dass in Kernbereichen der Begriff ausreichend klar schien, für die Randbereiche aber kein Konsens zur Abgrenzung bestand, an dem sich der Gesetzgeber hätte orientieren können. Aus politischer Sicht war offenbar das praktische Bedürfnis einer Definition nicht besonders ausgeprägt, der Aufwand für die präzise Abgrenzung hingegen erheblich und außerdem verbunden mit dem Risiko einer schlechten Lösung. Die Kommentarliteratur hat dieses Problem nicht entschärfen können. Unbefriedigend ist dabei, dass Gesetzgeber und Literatur die Definition meist voraussetzten.¹⁵¹

Inhaltlich interessant von den Regelungen des AGBG war für das hier erörterte Thema insbesondere § 11 Nr. 1 AGBG (jetzt § 309 Nr. 1 BGB) mit der Regelung zu kurzfristigen Preiserhöhungen und der dort angeordneten Unwirksamkeit entsprechender Vorbehalte in AGB. Ausgenommen davon wurden Dauerschuldverhältnisse allgemein sowie Rechtsgeschäfte, bei denen die Leistungsfrist mehr als vier Monate betrug. Die Annahme dahinter war, dass bei längeren Zeiträumen erhebliche Unsicherheiten bestehen können und für diese vertragliche Vorsorgen auch in AGB nicht ausgeschlossen werden sollten.¹⁵² Für die an dieser Stelle noch vorrangig interessierende Definition ist relevant, dass Dauerschuldverhältnisse jedenfalls zur Ausnahme vom Verbot führen, bei ihnen also der Vorbehalt kurzfristiger Preiserhöhungen dem Wortlaut der Norm nach immer zulässig ist. Das gilt daher auch für kurzfristige Dauerschuldverhältnisse. Zum Zeitpunkt der erstmaligen Einführung dieser Norm wurde der Begriff des Dauerschuldverhältnisses, wie vielleicht bis heute, primär mit Blick auf die entsprechenden gesetzlichen Vertragstypen des BGB verstanden. Von diesen ausgehend wurde und wird ein Dauerschuldverhältnis bei der befristeten Miete, Pacht, Leihe oder beim Darlehen angenommen. Das ist bemerkenswert, weil bei diesen meist nur

mentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977, § 11 Nr. 1, Rn. 26, wo auf *Fikentscher*, Schuldrecht § 8, S. 32 verwiesen wird.

¹⁵⁰ *Peter Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB Kommentar (1977), § 23, Rn. 48: Mit Bezug auf die in § 23 Abs. 2 Nr. 6 AGBG ausgenommenen „Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen“ verweist *Ulmer* darauf, dass für sie der Regelungszweck des § 11 Nr. 12 AGBG ohnehin nicht einschlägig sei, weil sie keine Dauerschuldverhältnisse seien.

¹⁵¹ Vgl. etwa die Kommentierung von *Thomas Finkenauer*, in: Münchener Kommentar, BGB, Band 2, 7. Auflage, 2016, § 313 BGB.

¹⁵² Anknüpfungspunkt ist die Unsicherheit der vier Monate übersteigenden Dauer. Die Länge des Zeitraums erscheint vertretbar – ob sie eher zu kurz oder zu lang ist, hängt wohl primär vom konkreten Geschäfts- bzw. Vertragsgegenstand ab.