

**Das commodum ex negotiatione beim  
Doppelverkauf.**

Eine juristische und ökonomische Analyse.

Inauguraldissertation zur Erlangung  
des Grades eines Doktors des Rechts

am Fachbereich Rechtswissenschaft  
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

**Saskia Au**

Rechtsanwältin in Berlin

2001

D 188

Erstgutachter: Univ.-Prof. Dr. Detlef Leenen

Zweitgutachter: Univ.-Prof. Dr. Helmut Schirmer

Tag der mündlichen Prüfung: 13. November 2002

Berichte aus der Rechtswissenschaft

**Saskia Au**

**Das commodum ex negotiatione beim Doppelverkauf**

Eine juristische und ökonomische Analyse

D 188 (Diss. Freie Universität Berlin)

Shaker Verlag  
Aachen 2003

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

*Au, Saskia:*

Das commodum ex negotiatione beim Doppelverkauf : Eine juristische und ökonomische Analyse / Saskia Au.

Aachen : Shaker, 2003

(Berichte aus der Rechtswissenschaft)

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2002

ISBN 3-8322-0937-9

Copyright Shaker Verlag 2003

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 3-8322-0937-9

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Postfach 101818 • 52018 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: [www.shaker.de](http://www.shaker.de) • eMail: [info@shaker.de](mailto:info@shaker.de)

## Vorwort

Die Arbeit wurde Ende des Jahres 2001 als Dissertation bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität eingereicht. Sie basiert auf der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Schuldrechtsreform hat im wesentlichen keine Berücksichtigung gefunden, da sie auf das untersuchte Problem keine Auswirkungen hat. Aus diesem Grund entsprechen alle Paragraphen-Nennungen noch dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Ende 2001 berücksichtigt.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Detlef Leenen, auf dessen Anregung das Thema dieser Arbeit zurückgeht. Außerdem möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Leenen für die umfassende und hilfreiche Betreuung während der Erstellung dieser Arbeit bedanken.

Herrn Prof. Dr. Helmut Schirmer danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens.

Meinen Freunden und Kollegen, Frau Heike Hartmann, Herrn Jens Rottloff, Herrn Oliver Pampel-Jabrane und Frau Katharina Jabrane, danke ich für anregende Diskussionen und Korrekturarbeiten. Nicht zuletzt danke ich meinem Mann, Herrn Dr.-Ing. Jörg Au, für seine Unterstützung.



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
A. Das Problem	2
B. Aufbau und Methodik der Arbeit	7
<b>Erster Teil: Vertragsbruch und die Rechtsfolgen des § 281 BGB</b>	<b>11</b>
A. Definition des Begriffs Vertragsbruch	11
I. Der Grundsatz <i>pacta sunt servanda</i>	11
II. Ausnahme vom Grundsatz <i>pacta sunt servanda</i> : Unzumutbarkeit der Leistung	15
III. Vertragsbruch	18
B. Zivilrechtliche Folgen des Vertragsbruchs	19
I. Schadenersatzverpflichtung nach § 325 Abs. 1 S. 1 BGB	20
II. Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, § 281 BGB	20
<b>Zweiter Teil: Rechtliche Analyse des § 281 BGB</b>	<b>23</b>
A. Auslegung von § 281 BGB	23
I. Wortlaut	23
1. „Infolge des Umstandes“	24
2. „für den geschuldeten Gegenstand“	26
3. „Ersatz“	27
a. Die herrschende Meinung	28
b. Die Mindermeinung	28
c. Der Ansatz Römers	28
d. Stellungnahme	30
4. Exkurs: Vergleich mit den §§ 816 Abs. 1 und 818 Abs. 1 BGB	30

a. Wertungswiderspruch bei § 816 Abs. 1 BGB: Eigentümerschutz.....	31
b. Wertungswiderspruch bei § 818 Abs. 1 BGB: Schutz des gutgläubigen Bereicherungsschuldners .....	33
II. Systematik.....	36
1. Verschuldensprinzip.....	36
2. Surrogationsprinzip.....	37
3. Andere Regelungen mit überkompensatorischen Sanktionen.....	39
4. Prinzip der Gewinnabwehr .....	40
5. Stellungnahme.....	41
III. Historische Auslegung.....	42
1. Römisches Recht .....	42
2. Gemeines Recht.....	44
3. Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuches.....	44
a. Erste Kommission („Motive“) .....	45
b. Zweite Kommission („Protokolle“).....	46
IV. Normzweck.....	47
1. Lückenfüllung unvollständiger Verträge.....	47
2. Prävention .....	48
3. Sanktion .....	49
4. Ausgleich .....	51
V. Entwicklung der Rechtsprechung und Literatur zu § 281 BGB.....	54
1. Rechtsprechung.....	55
a. Reichsgericht .....	55
b. Bundesgerichtshof.....	59
2. Literatur .....	63
a. Ältere Literatur.....	63

---

b. Neue Tendenzen in der Literatur.....	67
VI. Ergebnisse der Schuldrechtskommission.....	70
VII. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts.....	71
VIII. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	74
1. Common Law.....	74
a. Ersatz des Erfüllungsinteresses .....	75
b. Begrenzung auf vorhersehbare Schäden.....	76
c. Keine dem § 281 BGB entsprechende Regelung.....	78
d. Punitive Damages .....	79
2. Romanischer Rechtskreis: Code Civil .....	81
3. Niederländisches Recht .....	83
4. Österreichisches Recht.....	83
5. Schweiz.....	84
6. Convention on Contracts for the International Sale of Goods -CISG- .....	85
7. UNIDROIT-Principles und Principles of European Contract Law.....	89
IX. Argumentum ad absurdum.....	91
1. Prinzip der Gewinnabwehr als argumentum ad absurdum...93	
2. Zuweisung an den Rechtsinhaber als argumentum ad absurdum.....	93
B. Exkurs: Vergleich mit dem Institut der Vertragsstrafe .....	94
I. Inhaltskontrolle der Vertragsstrafe .....	95
1. Die individuell vereinbarte Vertragsstrafe .....	96
2. Inhaltskontrolle nach dem AGBG.....	98
II. Vergleich von § 281 BGB und der Vertragsstrafe .....	99
1. Gemeinsamkeiten zu § 281 BGB .....	100
2. Unterschiede zu § 281 BGB.....	101

3.	Ergebnis .....	101
C.	Zusammenfassung des zweiten Teils .....	102
<b>Dritter Teil: Ökonomische Analyse: Theorie des effizienten Vertragsbruchs</b>		<b>105</b>
A.	Theorie des effizienten Vertragsbruchs.....	107
B.	Der vollständige Vertrag.....	111
C.	Property-Rights-Ansatz.....	113
D.	Risikoverhalten.....	114
I.	Risikoverteilung: „Cheapest Cost Avoider“ .....	115
II.	Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit.....	115
E.	Das Informationsproblem.....	117
F.	Transaktionskosten .....	119
G.	Externe Effekte.....	120
H.	Theorie von der sozialen Wohlfahrt .....	121
I.	Pareto-Kriterium .....	122
II.	Kaldor-Hicks-Kriterium.....	123
III.	Das Coase-Theorem .....	123
<b>Vierter Teil: Effizienter Vertragsbruch und § 281 BGB .....</b>		<b>127</b>
A.	Entscheidung für oder gegen Vertragsbruch.....	127
B.	Anreize zum Informationsaustausch.....	128
C.	Anreize zur Kostenminimierung .....	128
D.	Property-Rights-Theorie und § 281 BGB.....	129
E.	Risikoverteilung und § 281 BGB .....	130
F.	Opportunistischer Vertragsbruch und § 281 BGB .....	132
G.	Theorie der sozialen Wohlfahrt und § 281 BGB .....	134
I.	Das Pareto-Kriterium .....	134
II.	Das Kaldor-Hicks-Kriterium.....	138
1.	Kosten-Nutzen-Vergleich .....	138
2.	Auktions-Entscheidungsregel .....	139
3.	Vermögensmaximierungsprinzip nach Posner.....	139
III.	Das Coase-Theorem .....	140

---

H.	Ergebnis.....	141
<b>Fünfter Teil: Optimale Haftungsregel für den Vertragsbruch.....</b>		<b>143</b>
A.	Entscheidung für Vertragsbruch und Allokationseffizienz..	143
B.	Einfluß der Kosten auf eine effiziente Regel.....	145
I.	Das Informationsproblem.....	146
II.	Kosten im Fall der strikten Vertragsdurchführung.....	146
III.	Kosten im Fall des Vertragsbruchs.....	148
IV.	Externe Effekte.....	149
C.	Anreize zur Informationsbeschaffung.....	151
I.	Bei Vertragsschluß.....	152
II.	Bei Vertragsbruch.....	152
D.	Höhe der Haftung.....	154
I.	Kein Schadenersatz durch den Schuldner der Leistung.....	154
II.	Negatives Interesse.....	155
III.	Konkretes Vertragsinteresse.....	156
IV.	Schadenersatz auf das Erfüllungsinteresse (positiver Schaden).....	158
1.	„Moral Hazard“-Problem.....	162
2.	Kompensation von Nichtvermögensschäden.....	163
3.	Schadensbegrenzung auf vorhersehbare Schäden.....	165
E.	Haftung des Zweitkäufers.....	168
I.	Schadenersatzanspruch.....	168
II.	Herausgabeanspruch des Erstkäufers.....	171
III.	Stellungnahme und Ergebnis.....	172
F.	Zielsetzung des § 281 BGB trotzdem erreicht.....	173
I.	Ziel der Beweislastleichterung.....	173
II.	Sanktionsgedanke von § 281 BGB.....	174
III.	Präventionsgedanke.....	176
IV.	Ausgleichsgedanke.....	177
G.	Zustimmung nach der sozialen Wohlfahrt.....	178
I.	Konsensprinzip.....	178
II.	Ex-Post-Konsens: ergänzende Vertragsauslegung.....	181

H.	Vergleich: Ökonomische Analyse der Vertragsstrafe .....	182
I.	Effizienz der gesetzlichen Regelung der Vertragsstrafe.....	182
II.	Schlußfolgerungen für § 281 BGB.....	183
I.	Schlußfolgerungen für die Anwendbarkeit des § 281 BGB	183

**Sechster Teil: Widerspruch zwischen effizientem Vertragsbruch und Werteordnung des geltenden Rechts .....** 185

A.	Zielsetzung des Gesetzgebers: Pacta sunt servanda .....	186
I.	Zielsetzung des Gesetzgebers: Effizienz.....	188
II.	Gerechtigkeit .....	189
1.	Normative Vertragsgerechtigkeit und § 281 BGB .....	191
2.	Gerechtigkeit des effizienten Vertragsbruchs .....	193
B.	„Rechtsvergleichendes Grundgesetz“ .....	194

**Siebenter Teil: Auswirkungen auf das europäische einheitliche Vertragsrecht.....** 197

A.	Zielsetzungen der Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts .....	197
B.	Zielvorstellungen der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts.....	198
C.	Folgerungen für die Anwendbarkeit von § 281 BGB.....	199

**Achter Teil: Thesen .....** 201

A.	§ 281 BGB nicht auf commodum ex negotiatione anwendbar .....	201
B.	§ 281 BGB führt zu ineffizienten Ergebnissen .....	204
C.	Moralische Grundsätze des Vertragsrechts nicht verletzt ...	208
D.	Rechtspolitische Forderung: Streichung des § 281 BGB....	209

**Abkürzungsverzeichnis .....** 213

**Literaturverzeichnis .....** 217