
Teil 5 – Die zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation

§ 12 Einleitung

Teil 5 der Arbeit dient dazu, den rechtswissenschaftlich richtigen Realisationszeit- 1
punkt eines Mehrkomponentengeschäfts zivilrechtsakzessorisch bestimmen zu können. Dazu müssen Mehrkomponentengeschäfte zwischen Verbrauchern auf der Abnehmer- und Unternehmern auf der Anbieterseite rechtsdogmatisch bewältigt werden. Es geht also um eine systemkonforme Fortbildung der Dogmatik und insbesondere nicht um einen rechtspolitischen Vorschlag. Ziel von Teil 5 aus bilanzrechtsdogmatischer Sicht ist es, Rechtssicherheit zu vermitteln. Dem liegt die These zugrunde, dass eine zivilrechtsakzessorische Rechnungslegung im Vergleich zu einer Bilanzrechtsdogmatik, die sich in der Wiedergabe einer immer längeren Kette von Einzelfallentscheidungen des BFH erschöpft, eine rechtssichere Möglichkeit der Ertragsrealisation darstellt. Denn mit ihrer Hilfe können Aussagen getroffen werden, die über die konkrete Fallgestaltung hinausweisen. Sofern sich das hier aufgezeigte Konzept fest etabliert, können bei Mehrkomponentengeschäften etwaig auftretende Störungen genauso selbstverständlich in die Bilanzierung einfließen, wie allgemeine Leistungsstörungen im bilateralen Vertrag. Auf die Frage, inwiefern die in Teil 5 gefundenen Ergebnisse darüber hinaus für die Bilanzierungspraxis sogar handlungsleitend wirken *müssen*, wird in § 18 gesondert eingegangen. Ganz unabhängig davon, ist Teil 5 auch so angelegt, dass er sich als eigenständiger Beitrag zu einer privatrechtlichen Mehrkomponentendogmatik lesen lässt. Dadurch trägt er zum in § 1 B. formulierten Nebenuntersuchungsziel des kreisförmigen Erkenntnisgewinns bei.

A. Die Vertragsverknüpfung als dogmatische Kategorie

Gedanklicher Ausgangspunkt von Teil 5 ist, dass sich ein mehrkomponentendog- 2
matisches Denken in Leistungskomponentenbezügen längst etabliert hat und es allein noch an einer allgemein anerkannten privatrechtsdogmatischen Kategorie fehlt, welche Legislative und Judikative als Leitstern dienen könnte. Wenn es um die Herausbildung dieser Kategorie geht, ist der auf Trennung von einzelnen Leistungskomponenten angelegten Regelungsstruktur des BGB sodann eine grundsätzliche Weichenstellung zu entnehmen: Das BGB überlässt es den Parteien, frei zu bestimmen, wo sie bei mehreren Leistungskomponenten die Vertragsgrenzen ziehen (näher § 14 B.). Eine Mehrkomponenten*privatrechts*dogmatik muss deshalb, anders als dies bei einer Mehrkomponenten*bilanzrechts*dogmatik zwingend der Fall ist, auf eine Brückenbildung zwischen rechtlich getrennten Verträgen abzielen. Mit den

§§ 358 ff. BGB existieren sogar bereits (auf die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft aufbauende) Rechtsnormen, die an eine wirtschaftliche Einheit verschiedener Schuldverträge anknüpfen. Sie sind aber so eng gefasst, dass sie allein kaum eine vollwertige dogmatische Orientierung ermöglichen. Aussichtsreicher ist es, eine bis in die Gegenwart reichende Rechtsprechungslinie, deren zentraler Auslegungsgegenstand das miteinander „Stehen und Fallen“-Sollen zweier getrennter Verträge ist, zu analysieren. Auch in dieser Rechtsprechungslinie unterlässt es der BGH jedoch, die von ihm vertretene Auffassung selbst zu einer dogmatischen Kategorienbildung zuzuspitzen. Aus diesem Grund schließt sich die Arbeit einem älteren Rechtsfortbildungsvorschlag aus der Feder von *Gernhuber* an, der in Vergessenheit geraten zu sein scheint.

B. Parteivereinbarungen widersprechende Vertragsverknüpfungen

- 3 Im Hinblick auf das finanzierte Abzahlungsgeschäft haben der BGH, die einschlägige Literatur und (später) der Gesetzgeber schon früh eindeutig und übereinstimmend die Wertung getroffen, dass eine beobachtete Vertragsverknüpfung von Kauf und Darlehen nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung wieder aufgelöst werden kann. Es war und ist mit anderen Worten weithin anerkannt, dass die Verknüpfung von Kauf- und Darlehensvertrag besondere vertragliche Ungleichgewichtslagen hervorbringen kann und deshalb Möglichkeiten existieren sollten, um heteronom in die Parteivereinbarungen einzugreifen. Die Arbeit unternimmt es, diese Wertung auch allgemein im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte nachzuvollziehen. Der Kern der zu beantwortenden Wertungsfrage ist, ob die Gerichte gewährleisten können, dass der eigentliche Verursacher die negativen Folgen von Leistungsstörungen bei Mehrkomponentengeschäften tragen muss. Diese negativen Folgen können sich zum einen daraus ergeben, dass einzelne Leistungskomponenten eine andere Rechtswirksamkeit haben als andere. Weiterhin kann sich die mangelhafte Leistungserbringung bei Einzelkomponenten auf das Interesse der Kunden an anderen Komponenten auswirken.

C. Abgrenzung von einer Dogmatik der Vertragsnetze

- 4 Im hier untersuchten, durch die Bedürfnisse der Rechnungslegung vorgegebenen Zusammenhang, geht es maßgeblich um das privatrechtliche Verhältnis des Kunden eines Mehrkomponentengeschäfts zu dem oder den Anbietern. Privatrechtsdogmatisch ebenfalls untersucht werden könnten darüber hinaus die rechtlichen Verhältnisse der Mehrkomponentenanbieter untereinander. Sie werden hier aber bewusst

ausgeblendet. Denn die geschäftserfahrenen Mehrkomponentenanbieter werden in der Praxis regelmäßig hinreichende vertragliche Vorkehrungen zur Innenabwicklung getroffen haben und scheinen ansonsten nicht schutzbedürftig. Aus diesem Grund geht es in der Untersuchung nicht erneut um die in der Literatur bereits umfassend behandelten Netzwerkproblematiken, die entstehen, wenn einzelne Mitglieder eines Vertragsnetzes untereinander keine vertraglichen Beziehungen pflegen.⁶³⁵

D. Aufbau von Teil 5

Teil 5 rekapituliert zunächst die bilanzrechtliche Theorie der zivilrechtsakzessorischen Gewinnrealisation und bewertet ihr dogmatisches Potenzial (§ 13). Daran anknüpfend werden die bereits existierenden Ansätze für eine zivilrechtsakzessorische Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften aufgezeigt und sie anschließend von einer privatrechtsdogmatischen Warte aus kritisiert (§ 14). Beides legt die Grundlage für die sich anschließende privatrechtsdogmatische Kategorienbildung (§ 15 und § 16). Dabei wird in einem ersten Schritt aufgezeigt, dass sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber Versuche unternommen haben, wirtschaftlichen Vertragsverknüpfungen Rechnung zu tragen, dabei jedoch bis heute über punktuelle Lösungen nicht hinausgekommen sind und im Rahmen der jüngsten Verbraucherrechtsreformen sogar ein aus rechtstheoretischer Sicht rückschrittlicher Ansatz gewählt wurde (§ 15 A.). Im Lichte dessen wird vertreten, dass der Vertragsverknüpfung mit einer eigenen rechtsdogmatischen Kategorie Rechnung getragen werden muss.

In § 15 B. wird demonstriert, dass der BGH auch abseits der Fallgruppe des finanzierten Abzahlungsgeschäfts den Weg zu einer neuen Rechtsfigur bereits lange beschritten hat, ohne aber seine Ergebnisse auf diese Weise zu deuten und zu benennen. Hier wird die These vertreten, dass die Mehrkomponentengeschäfte den von *Gernhuber* beim finanzierten Abzahlungsgeschäft beobachteten rechtsgeschäftlichen Verbund zum Ausdruck bringen (§ 15 C.). Die Rechnungslegung führt der Rechtswissenschaft vor Augen, dass es längst an der Zeit ist, diese Kategorie privatrechtsdogmatisch (wieder) aufzugreifen und zu verallgemeinern, da die Konturierung der wirtschaftlichen Vertragsverknüpfung seit *Gernhubers* ersten Überlegungen auf breiter Front vorangeschritten ist (§ 15 D.). In § 16 wird daran anschließend begründet, weshalb es bei Mehrkomponentengeschäften zwischen einem oder mehreren Unternehmeranbietern und einem Verbraucher (Verbraucher Mehrkomponentenge-

635 Vgl. dazu insbesondere *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, *passim*; *ders.*, in: Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. 11; *ders.* KritV 76 (1993), 367; *Rohe*, Netzverträge, *passim*; *Grundmann* AcP 207 (2007), 718; *ders.*, in: FS Westermann, 2008, S. 227 ff.; *Druey*, in Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. 123; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 3, S. 710.

schäften) ausgeschlossen sein sollte, anzunehmen, dass die wirtschaftliche Vertragsverknüpfung durch eine anderweitige vertragliche Gestaltung überlagert wird. Die insofern erlangten Erkenntnisse (§ 17) werden schließlich wieder in die Sphäre der Rechnungslegung übertragen. Dabei werden die verbleibenden bilanzrechtsdogmatischen Akzeptanzschwierigkeiten im Hinblick auf die erarbeitete Lösung aufgezeigt (§ 18).

§ 13 Theorie der zivilrechtsakzessorischen Gewinnrealisation

A. Theorie der Realisation

Wenn es darum geht, zu welchem Zeitpunkt der Anbieter bei der Abwicklung eines 1
Geschäfts von einer Gewinnrealisation im Sinne des § 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 HGB
auszugehen hat, muss denknotwendig eine Verbindung zwischen Bilanzierung und
Privatrechtsdogmatik hergestellt werden. Die Maßgeblichkeit der zivilrechtlichen
Vorgaben für den Gefahrübergang ist insoweit auch in der Bilanzrechtswissenschaft
weitgehend unstrittig. Theoretisch kommen bei Umsatzgeschäften zumindest drei
Zeitpunkte für die Realisation in Betracht: (1) wenn der Vertrag geschlossen wird,
(2) wenn der Leistungsschuldner seine Pflicht erfüllt und (3) wenn der Anspruch auf
die Gegenleistung erfüllt wird.⁶³⁶ Im Hinblick auf jeden der genannten Zeitpunkte
lassen sich valide Gesichtspunkte anführen, weshalb er maßgeblich sein sollte: Für
eine Realisation mit dem Vertragsschluss spricht etwa, dass dann die vertraglichen
Forderungen und Verbindlichkeiten aus rechtlicher Perspektive bereits entstanden
sind. Allerdings impliziert der Vertragsschluss noch nicht den Eigentumserwerb an
der Gegenleistung, da nach dem Trennungsprinzip bekanntlich streng zwischen der
schuldrechtlichen Causa und dem Erfüllungsgeschäft getrennt wird.⁶³⁷ Sofern man
auf die (vollständige) Bezahlung des Entgelts abstellen würde, würde demgegenüber
dem Vorsichtsprinzip am ehesten Rechnung getragen, da Ertrag und Gewinn dem
Kaufmann erst dann ganz sicher sind, wenn ihm die Gegenleistung tatsächlich
zugeflossen ist, also in liquider Form zur Verfügung steht.⁶³⁸ Zudem steht, wenn
von einem früheren Realisationszeitpunkt ausgegangen wird, zu befürchten, dass
der Bilanzierende infolge der Realisation steuerlichen Pflichten ausgesetzt ist, die
er (mangels eines tatsächlichen Zuflusses der Gegenleistung) noch nicht erfüllen
kann, sofern er dafür nicht (ersichtlich zweckwidrig) ein Darlehen aufnimmt. Hier-
an anknüpfend wurde früher ein „reines“ Realisations- oder Barrealisationsprinzip
befürwortet.⁶³⁹

636 Vgl. nur BFH Urt. v. 29.11.1973 – IV R 181/71 = BFHE 111, 89 = BStBl. II 1974, 202 = BeckRS 1973, 22002395; aus der Literatur *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 411.

637 Vgl. *Crezelius*, in: *FS Döllerer*, S. 81 (86).

638 Vgl. *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 412.

639 Vgl. insofern nur *Schneider*, in: *FS Leffson*, 1976, S. 101 ff.

B. Das Quasisicherheitsprinzip

- 2 Obschon dafür also theoretisch verschiedene Zeitpunkte in Betracht kommen, hat der HGB-Gesetzgeber darauf verzichtet, im Gesetz eine eindeutige Regelung darüber zu treffen, wann die Realisation erfolgen darf. Insbesondere bietet der Gesetzeswortlaut des § 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 HGB dem Rechtsanwender keine Hilfe. Vielmehr hat er, wie *Crezelius* es einmal formuliert hat, einen allenfalls programmatischen Charakter.⁶⁴⁰ Für die Rechnungslegungspraxis ist dies aber, zumindest im Ausgangspunkt unproblematisch, da sie – unter Anwendung der dargestellten „außerpositivistischen“ Methode – einem im Gerichtsgebrauch des BFH etablierten Vorgehen folgt. Danach steht heute wie selbstverständlich fest, dass Gewinne – so *Georg Döllerer* schon 1974⁶⁴¹ – „erst ausgewiesen werden dürfen, wenn sie verwirklicht sind“ und dies voraussetze, dass „der Anspruch des Verkäufers, Werkunternehmers oder sonst zur Sachleistung, Dienstleistung oder Gebrauchsüberlassung Verpflichteten auf die Gegenleistung im wesentlichen als gesichert erscheint.“ *Döllerer* spricht insofern von „einem alten“, ja sogar „uralten“ Grundsatz ordnungsmäßiger Bilanzierung. In der zeitgenössischen bilanzrechtlichen Rechtsprechung und Literatur wird dieser regelmäßig mit dem Lehrsatz zusammengefasst, dass es in der Bilanz des Sachleistungsschuldners (erst) dann zur Gewinnrealisierung kommen darf, wenn der Zufluss der Gegenleistung (also zumeist des Entgelts) „so gut wie sicher“ ist.⁶⁴² Mit anderen Worten soll also auf den Zeitpunkt abzustellen sein, zu dem das Risiko eines Ausfalls der Gegenleistung bewältigt erscheint. Dementsprechend wird auch vom „Quasisicherheitsprinzip“ gesprochen.
- 3 Den Entscheidungen des BFH und Stellungnahmen der bilanzrechtlichen Literatur⁶⁴³ ist teilweise ausdrücklich zu entnehmen, dass es insofern maßgeblich auf

640 *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81 (86). *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 60 spricht – ebenso passend – von einer rudimentären Regelung.

641 Vgl. *Döllerer* BB 1974, 1541 (1543).

642 Vgl. zum Ganzen etwa BFH Urt. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. 2014, II 968 = DStR 2014, 2010 Rn. 10; BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BFH/NV 2013, 1548 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29; BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BFHE 210, 398 = BStBl II 2006, 20 = BeckRS 2005, 24002311; BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BFHE 71, III = BStBl III 1960, 291 = NJW 1960, 1638 (1639); BFH Beschl. v. 11.12.1985 – I B 49/85 = BFH/NV 1986, 95 = BeckRS 1985, 4940; BFH Urt. v. 26.2.1986 – VIII R 134/80 = BFHE 147, 8 = BStBl. II 1986, 788 (789) = NJW-RR 1987, 533; s. in der Literatur etwa *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 79; *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, § 5 I 1, S. 45 f.; *Wüstemann/Kierzek* Zfbbf 2007, 882 (888).

643 BFH DStR 2014, 2010 Rn. 10; BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BFH/NV 2013, 1548 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29; BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BeckRS 2005, 24002311 = BFHE 210, 398 = BStBl II 2006, 20; BFH Urt. v. 12.5.1993 – XI R 1/93 = BFHE 171, 448 = BStBl II 1993, 786 = DStR 1993, 1554; BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BFHE 71, III = BStBl III 1960, 291 = NJW 1960, 1638 (1639); BFH Beschl. v. 11.12.1985 – I B 49/85 = BFH/NV 1986, 95 = BeckRS 1985, 4940; BFH Urt. v. 26.2.1986 – VIII R 134/80 = BFHE 147, 8 = BStBl. II 1986, 788 (789) = NJW-RR 1987, 533; vgl. aus der Literatur bereits *Döllerer* BB 1974, 1541 (1543): „Dieser Zeitpunkt [d.h. derjenige, zu dem ein Gewinn „verwirklicht“ ist,] kann nur mit Hilfe des Schuldrechts bestimmt werden.“ Sowie heute nur *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, § 9 Rn. 412, 414; *Crezelius*, in: FS Döllerer, S. 81 (85); *Wüstemann/Kierzek* Zfbbf 2007, 882 (890).

die im Hinblick auf das konkrete Geschäft getroffenen Wertungen des Privat- bzw. (präziser) des Schuldrechts ankommen, der Realisationszeitpunkt also „zivilrechtsakzessorisch“ zu bestimmen sein soll. Dahinter steht der Gedanke, dass die „Quasisicherheit“ des Zuflusses der Gegenleistung mit dem Zeitpunkt gleichzusetzen ist, zu welchem der Schuldner einen „so gut wie sicheren“ schuldrechtlichen Anspruch auf sie hat (man könnte also auch von einem Prinzip des quasisicheren Anspruchs sprechen). Dieses Vorgehen kann nicht im eigentlichen Sinne als eine bilanzrechtliche Methode eingeordnet werden. Erst Recht handelt es sich nicht um eine bilanzrechtsspezifische Sondermethode, welche neben die anerkannten allgemeinen Auslegungsgrundsätze treten würde.⁶⁴⁴ Wenn nachfolgend dennoch von der Methode einer zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung bzw. Ertragsrealisation die Rede ist, so ist dies also untechnisch zu verstehen. Der Begriff der Methode bezeichnet hier zunächst nur ein Vorgehen, welches zudem noch gesondert gerechtfertigt werden muss (dazu D.).

I. Strenge Privatrechtsakzessorietät beim Kauf

Im Hinblick auf Absatzgeschäfte des Bilanzierenden, die schuldrechtlich als einfache Kaufverträge bzw. (allgemeiner) Austauschverträge einzuordnen sind, vertreten sowohl Rechtsprechung als auch Literatur ganz überwiegend eine zivilrechtsakzessorische Bilanzierung. In der finanzgerichtlichen Rechtsprechung sowie im Schrifttum wird der Realisationszeitpunkt beim Absatzgeschäft oftmals schlicht mit dem Zeitpunkt gleichgesetzt, zu dem der Bilanzierende die seinerseits geschuldete Leistung erbracht hat.⁶⁴⁵ Weitergehend wird – worauf noch zurückzukommen ist – explizit darauf abgestellt, ob die „Hauptleistung“ erbracht wurde.⁶⁴⁶ Hier kommt es aber auf

644 Vgl. zur (Nicht-)Existenz (steuer-)bilanzrechtlicher Sondermethoden: *Merkt*, in: Hopt, HGB, Einleitung vor § 238 Rn. 44; *Meyer*, JbJZ 2011, 69 (70, 75, 77); *AK Bilanzrecht* NZG 2014, 892 (894); *Beisse* StW 1981, 1 (12).

645 BFH Urt. v. 31.8.2011 – X R 19/10 = DStR 2012, 17 Rn. 16; BFH Urt. v. 23.3.2011 – X R 42/08 = BFHE 233, 398 = DStR 2011, 1603 Rn. 19; BFH Urt. v. 17.1.1963 – IV 335/59 S = BFHE 76, 702 = BStBl. III 1963, 257 = BeckRS 1963, 21000445; BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/81 = BFHE 137, 448 = BStBl. II 1983, 369 = BeckRS 1982, 22006360; BFH Urt. v. 22.8.1984 – I R 198/80 = BFHE 142, 370 = BStBl. II 1985, 126 = BeckRS 1984, 22006980; BFH Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 (204) = BStBl. II 1997, 735 (737) = DStR 1997, 1442 (1443); BFH Urt. v. 30.1.2002 – I R 71/00 = BStBl. II 2003, 279 (280) = BFHE 198, 420 = DStR 2002, 1295 (1297); BFH Urt. v. 29.11.1973 – IV R 181/71 = BFHE 111, 89 = BStBl. II 1974, 202 = BeckRS 1973, 22002395; aus der Literatur grundlegend *Döllner* BB 1980, 1333 (1335); vgl. daran anschließend *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214; *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 38; *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 71 f.; *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (890); *Crezelius*, in: FS Döllner, 1988, S. 81 (86); *ders.* ZGR 1987, 1 (39 f.). Der Reichsfinanzhof ging noch davon aus, dass von einem schwebenden Geschäft nur so lange die Rede sein könne, wie noch von keiner Seite eine Leistung erbracht worden sei, vgl. auch bereits RFH, Urt. v. 24.1.1933 – I A 218/31 = RStBl. 1993, 337 (338); s. auch IDW RS HFA 4 Rn. II ff.

646 BFH Beschl. v. 23.6.1997 – GrS 2/93 = BFHE 183, 199 (204) = BStBl. II 1997, 735 (737) = DStR 1997, 1442 (1443); *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, 102; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 76.

die präziser differenzierenden Darstellungen an. In diesen wird (ergänzend oder ausschließlich) der schuldrechtliche Übergang der Preisgefahr als maßgeblicher Indikator für die Quasisicherheit genannt.⁶⁴⁷ Die Preisgefahrregelungen des BGB sollen demnach das „normative Fundament“ der Gewinnrealisation bilden.⁶⁴⁸

- 5 Die unterschiedlichen Darstellungsweisen lassen sich zum Teil damit erklären, dass bei vereinfachenden Ausführungen zu Absatzgeschäften – ebenso wie es im Zivilrecht geschieht – implizit auf den Kaufvertrag bzw. den Austauschvertrag abgestellt wird. Auf eine nuancierte Formulierung kommt es insofern nicht an, da es beim Kaufvertrag regelmäßig keinen bilanziellen Unterschied macht, ob man auf die Leistungserbringung oder den Preisgefahrübergang Bezug nimmt. Denn wie man aus § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB ablesen kann, geht die Preisgefahr in aller Regel erst in dem Zeitpunkt über, zu dem der Kaufmann bei einem Absatzgeschäft die ihm selbst auferlegte Leistungspflicht i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt hat. Hinzu tritt, dass der Sachleistungsgläubiger sich dann nicht mehr auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§§ 320, 322 BGB) berufen kann.⁶⁴⁹ Der Grund für die generell hohe Akzeptanz der streng schuldrechtsakzessorischen Bilanzierung beim Kaufvertrag liegt darin, dass sich die Bilanzrechtsdogmatik hier auf eine klare Aussage des dispositiven Privatrechts zum Zeitpunkt der Risikominimierung stützen kann: Es ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, dass der Gegenleistungsanspruch aus zivilrechtlicher Sicht erst ab dem Zeitpunkt des Preisgefahrübergangs (und nicht bereits ab Vertragsschluss) durch einen zufälligen Untergang oder eine zufällige Verschlechterung des Leistungsgegenstands nicht mehr gefährdet wird (vgl. §§ 326 Abs. 1, 2, 275 BGB).⁶⁵⁰ Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner die Gegenleistung trotz des Preisgefahrübergangs nicht erhält, es also zum Zahlungsausfall kommt, zum Beispiel weil der Gläubiger zahlungsunfähig ist, oder sich erfolgreich auf Gewährleistungsrechte beruft. Dieses „Restrisiko“ lässt sich aber – jedenfalls annähernd – quantifizieren. Aus diesem Grund wird akzeptiert, dass ihm durch Wertberichtigungen des als Forderung angesetzten Erfüllungsanspruchs oder mittels einer Rückstellung Rechnung getragen wird.⁶⁵¹ Insbesondere soll dann (nur) eine

647 BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BeckRS 2005, 24002311 = BFHE 210, 398 = BStBl. II 2006, 20; BFH Urt. v. 8.9.2005 – IV R 40/04 = BStBl. II 2006, 26 (27 ff.) = DStR 2005, 1892 (1893); FG Niedersachsen Urt. v. 23.6.2005 – 6 K 13/14 = BeckRS 2015, 95494; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, 162; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 412; *Lüders*, Zeitpunkt der Gewinnrealisierung, S. 76 ff.; *ders.* DB 1986, 1944 (1945); *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip, S. 162 ff.; *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81 (88); *Krawitz* DStR 1997, 886 (888); *Moxter* ZVglRWiss 103 (2004), 268 (274).

648 Formulierung von *Weber-Grellet*, Steuerbilanzrecht, S. 60.

649 *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81 (86).

650 Darauf abstellend etwa *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 412; *Crezelius*, in: FS Döllerer, 1988, S. 81 (86); *Hommel/Berndt* BB 2009, 2190 (2193).

651 Vgl. zu dieser Argumentation bereits BFH Urt. v. 29.11.1973 – IV R 181/79 = BFHE III, 89 = BStBl. II 1974, 202 (204) = BeckRS 1973, 22002395; BFH Urt. v. 27.2.1986 – IV R 52/83 = BFHE 146, 383 = BStBl. II 1986, 552 = BeckRS 1986, 22007590; *Döllerer* BB 1974, 1541 (1543); aktuell etwa BFH DStR 2014,

Rückstellung zu bilden sein, wenn dem Vertragspartner zum Bilanzstichtag ein Gewährleistungsrecht zusteht, dessen Ausübung wahrscheinlich ist.⁶⁵²

II. Beharren auf der Privatrechtsakzessorietät beim Werkvertrag

Eine klar schuldrechtsakzessorische Bilanzierung lässt sich daneben noch bei der 6
Abbildung von Werkverträgen nachweisen. In einem Urteil aus dem Jahr 1960 ist der IV. Senat des BFH noch davon ausgegangen, dass der Honoraranspruch aus einem Werkvertrag bereits zu aktivieren sei, sobald der Werkunternehmer seine Verpflichtungen aus dem Werkvertrag in vollem Umfange erfüllt, d.h. alles zur Erbringung seiner Leistung Erforderliche getan habe.⁶⁵³ Auf die Abnahme des Werks wurde in dieser Entscheidung hingegen noch nicht abgestellt, da ihr „keine Bedeutung“ für die Entstehung des Honoraranspruchs zukomme.⁶⁵⁴ Davon ist man aber längst abgerückt. Im Hinblick auf den (gewinnerhöhenden) Ansatz der Werklohnforderung durch den Werkunternehmer stellen Rechtsprechung und Literatur⁶⁵⁵ ganz überwiegend streng auf die Werkabnahme ab. Dies trägt dem Gedanken der Schuldrechtsakzessorietät Rechnung. Denn bekanntlich ist die Werkvergütung grundsätzlich erst nach Abnahme fällig (§ 641 BGB). Zudem bestimmt die Abnahme über den Übergang der Preisgefahr (§ 644 BGB bzw. § 640 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB bei der

2010 Rn. 10; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 412; widersprüchlich *Moxter* ZVglRWiss 103 (2004), 268 (272 f.); vgl. einerseits: „Die geschuldete Leistung muß [...] vertragsgemäß erbracht sein. Eine Schlechterfüllung schließt die Ertragsrealisierung aus; der Forderungszugang ist dann nicht so gut wie sicher“; jedoch andererseits: „Das Erfordernis des so gut wie sicheren Gewinnzugangs bildet jedoch eine auf mehrjährige Leistungserstellung beschränkte Ausnahmeregelung. Zwar kann auch bei anderen Sachverhalten der Gewinnzugang zweifelhaft bzw. eine Verlustdrohung gegeben sein, doch läßt sich dies durch Abstriche vom Nennwert der Forderung bzw. durch entsprechende Rückstellungen berücksichtigen. Wenn etwa bei bestimmten bereits realisierten Umsätzen Gewährleistungsverpflichtungen in verlustbringender Höhe drohen, wird dem durch Passivierung einer Gewährleistungsrückstellung entsprechen und der Gewinnausweis dadurch vermieden.“

652 Vgl. etwa BFH Ur. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233 zur Relevanz etwaiger Schadensersatzansprüche wegen vertragswidrigen Verhaltens; BFH Ur. v. 25.1.1996 – IV R 114/94 = BFHE 180, 57 (59 f.) = BStBl. II 1997, 382 (383 f.) = DStR 1996, 916 (917); *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 243; zu notwendigen Differenzierungen: *Hennrichs*, in: *BeckOGK HGB*, Stand 15.9.2023, § 246 Rn. 49 f.

653 BFH Ur. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.).

654 Vgl. BFH Ur. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.). Die damalige Entscheidung des BFH könnte allerdings zusätzlich durch die Tatsache, dass die Abbildung der Werklohnforderung eines Architekten – also eines Freiberuflers – zu beurteilen war, beeinflusst worden sein.

655 BFH Ur. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. II 2014, 968 = DStR 2014, 2010 Rn. 11; vgl. auch BFH Ur. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Ur. v. 24.1.2008 – IV R 87/06 = BFHE 220, 385 = BStBl. II 2008, 428 = DStR 2008, 665 (667); BFH Ur. v. 8.9.2005 – IV R 40/04 = BStBl. II 2006, 26 (27 ff.) = DStR 2005, 1892 (1893); FG Niedersachsen Ur. v. 23.6.2015 – 6 K 13/14 = BeckRS 2015, 95494; vgl. zur Gewinnrealisierung bei Werkverträgen in der Literatur grundlegend *Döller* BB 1974, 1541 (1544) sowie auch *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16; *Hennrichs*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 9 Rn. 415; *Wüstemann/Wüstemann* ZfBf 79 (2009), 31 (34); *Krawitz* DStR 1997, 886 (888); *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, S. 94; *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip, S. 357.

Abnahmefiktion und § 646 BGB bei Ersetzung der Abnahme durch Vollendung des Werks).

III. Methode der „zivilrechtsakzessorischen“ Teilertragsrealisierung

- 7 Sowohl beim Kauf als auch bei Werkverträgen propagieren Rechtsprechung und Literatur also eine zivilrechtsakzessorische Bilanzierung in Reinform. Für Mehrkomponentengeschäfte ist darüber hinaus von besonderer Relevanz, dass der Gedanke der Schuldrechtsakzessorietät auch dann verfängt, wenn es um eine Teilertragsrealisierung geht. *Döllerer* hat bereits 1974 dargelegt, dass, sofern ein Erfolg geschuldet ist, für den es einer sich über mehrere Rechnungslegungsperioden erstreckenden Leistung bedarf, eine Ertragsrealisierung grundsätzlich erst mit dem Eintritt dieses Erfolgs in Betracht kommt. Die Ertragsrealisierung werde also „hinausgezögert“.⁶⁵⁶ Daraus folgt, dass Teilertragsrealisierungen grundsätzlich ausscheiden müssen. Sie kommen nur insofern in Betracht, als die auf einen bereits erfüllten Teil der Leistung entfallende Fraktion der Gegenleistung dem Bilanzierenden bereits quasi-sicher ist. Dies richtet sich danach, ob der Bilanzierende diesen Teil der Gegenleistung schuldrechtlich auch dann erhalten und behalten dürfte, sofern die sonstigen Leistungsbestandteile nicht erbracht würden („qualifizierte Teilerfüllung“⁶⁵⁷). Andernfalls darf der (Gesamt-)Ertrag aus dem Geschäft erst dann realisiert werden, sofern dem Bilanzierenden die vollständige Gegenleistung „so gut wie sicher“ ist, was – wie aufgezeigt – regelmäßig von der vollständigen Erfüllung der eigenen Leistungspflicht abhängt. Dieser Grundsatz lässt sich auch unmittelbar der BFH-Rechtsprechung entnehmen:

1. Aktivierungspflicht des Honoraranspruchs

- 8 So hat der IV. Senat des BFH, nachdem er sich bereits am 2.9.1954 im Hinblick auf Anwaltskostenvorschüsse andeutungsweise dahingehend geäußert hatte,⁶⁵⁸ in einem Urteil vom 28.1.1960 ausgeführt, dass eine Pflicht zur gewinnrealisierenden Aktivierung des Honoraranspruchs hinsichtlich einer Teilleistung nur dann bestehe, sofern diese selbständig abrechenbar und vergütungsfähig sei, was sich aus einer Gebührenordnung oder Sonderabmachungen zwischen den Beteiligten ergeben könne.⁶⁵⁹ Es soll nach dem IV. Senat darauf ankommen, ob das bisherige Honorar „endgültig verdient“ ist und nicht mehr verloren geht, wenn es aus irgendwelchen

656 Vgl. bereits *Döllerer* BB 1974, 1541 (1544); zusammenfassend *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2654.

657 *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2654.

658 Vgl. BFH Urt. v. 2.9.1954 – IV 159/53 U = BFHE 59, 266/BFHE 59, 272 = BStBl. III 1954, 314 = NJW 1955, 280; s. auch schon RFH, Urt. v. 16.4.1942 – IV 135/41.

659 BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II).

Gründen nicht mehr zur Erbringung der restlichen Teilleistungen kommt.⁶⁶⁰ Ob der Auftraggeber tatsächlich einen Vorschuss gezahlt hat, hält der IV. Senat hingegen zu Recht für unmaßgeblich.⁶⁶¹ Denn es kommt allein darauf an, ob der Vorschuss oder Abschlag behalten werden dürfte, sofern die noch geschuldeten Leistungsbestandteile nicht mehr erbracht würden.⁶⁶² Dieses Teilertragsrealisationskonzept hat der BFH in späteren Entscheidungen beibehalten.⁶⁶³ Große Teile der Literatur sehen es genauso.⁶⁶⁴

2. Teilertragsrealisierung bei Werkverträgen

Weiterhin geht der BFH davon aus, dass bei Werkverträgen eine Teilgewinnrealisierung durch Ansatz eines separat abzurechnenden Teils des Werklohns nur dann in Betracht komme, wenn dieser aufgrund einer Teilabnahme bereits endgültig geschuldet (und fällig geworden) sei (vgl. § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB)⁶⁶⁵ (s. daneben noch § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB⁶⁶⁶). In den Gesetzesmaterialien zum BilMoG wird diese Auffassung gestützt. Es ist insofern davon die Rede, dass eine „rechtliche Zahlungsverpflichtung“ entstanden sein müsse.⁶⁶⁷ Auch dies entspricht einer in der Literatur weitverbreiteten Auffassung.⁶⁶⁸

660 BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.): vgl. hierzu auch BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233.

661 BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BeckRS 1960, 21000405 (unter II.).

662 Krumm, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2654.

663 Vgl. etwa BFH Urt. v. 24.1.2008 – IV R 87/06 = BFHE 220, 385 = BStBl. II 2008, 428 = DStR 2008, 665 (667); BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/08 = BFHE 137, 448 = BStBl. II 1983, 369 = BeckRS 1982, 22006360; BFH Urt. v. 13.12.1979 – IV R 69/74 = BFHE 129, 380 = BStBl. II 1980, 239 = BeckRS 1979, 22005142.

664 S. etwa Tiedchen, in: BeckOGK HGB, Stand 1.9.2023, § 252 Rn. 92; Jeffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 268 f.; Backhaus, in: FS Ludewig, 1996, S. 21 (25); Gelhausen, Das Realisationsprinzip, S. 77; Euler, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, S. 85 f.

665 Vgl. dazu BFH Urt. v. 5.5.1976 – I R 121/74 = BStBl. II 1976, 541 = BeckRS 1976, 22003506; BFH Urt. v. 8.12.1982 – I R 142/81 = BFHE 137, 448 = BStBl. II 1983, 369 = BeckRS 1982, 22006360; BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BFHE 220, 85 = BStBl. II 2007, 557 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Urt. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. II 2014, 968 = DStR 2014, 2010 Rn. II; BFH Urt. v. 18.12.1956 – I 84/56 U = BFHE 64, 70 (71 f.) = BStBl. III 1957, 27 f. = BeckRS 1956, 21000593; vgl. bereits RFH, Urt. v. 11.1.1939 – VI 744/38 = RFHE 46, 44 (46).

666 Im Anschluss an die Entscheidung des BFH 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = DStR 2014, 2010 Rn. II ff., wonach die Gewinnrealisierung bei Planungsleistungen eines Ingenieurs nicht erst mit der Abnahme oder Stellung der Honorarschlussrechnung eintritt, sondern bereits dann, wenn der Anspruch auf Abschlagszahlung nach der HOAI entstanden ist, hatte das BMF zunächst eine Teilgewinnrealisierung auch bei Abschlagszahlungen für Werkverträge gemäß § 632a BGB befürwortet (BMF v. 29.6.2015 – IV C 6 – S 2130/15/10001 = BStBl. I 2015, 542). Ein knappes Jahr später wollte es die Auswirkungen der Entscheidung jedoch auf die alte Fassung der HOAI begrenzt wissen (BMF v. 15.3.2016 – IV C 6 – S 2130/15/10001 = BStBl. I 2016, 279); ähnlich wie hier Krumm, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2655.

667 Vgl. Begr. RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, S. 38.

668 S. etwa Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 104; Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 415; Euler, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, 1989,

IV. Bilanzierung bei Parteidispositionen

- 10 Konzeptionell erscheint das Privatrecht trotz der aufgezeigten Annahmen nur graduell dazu geeignet, der Rechnungslegung verbindliche Vorgaben zu machen. Denn ebenso, wie dies beim dispositiven Privatrecht allgemein anerkannt ist, muss für die aus den gesetzlichen Preisgefahrübergangsregeln abgeleiteten Bilanzierungsvorgaben gelten, dass sie von aus den vertraglichen Vereinbarungen abzuleitenden Sonderwertungen überlagert werden können.⁶⁶⁹
- 11 Das bedeutet aber nicht, dass das Privatrecht für die Rechnungslegung irrelevant wäre, sofern kein dispositives Recht einschlägig ist bzw. die Parteien es abbedungen haben. Seine Relevanz ergibt sich dann nur nicht mehr aus den gesetzlichen Regeln selbst, sondern aus seiner Methode. Konkret bleibt das Recht für die Rechnungslegung insofern relevant, als es das Instrumentarium zur Auslegung vertraglicher Vereinbarungen liefert. So ist eine (Teil-) Gewinnrealisierung infolge einer Teilleistung auch abseits der gesetzlichen Sonderwertungen vorzunehmen, sofern dem Bilanzierenden der Anspruch auf den darauf entfallenden Teil der Gegenleistung nach den vertraglichen Vereinbarungen nicht mehr entzogen werden kann.⁶⁷⁰ Umgekehrt kann der Erhalt der Gegenleistung, trotzdem Preis- und Leistungsgefahr bereits übergegangen sind, noch unwahrscheinlich sein, weil dem Leistungsgläubiger vertraglich ein Rücktrittsrecht eingeräumt wurde, für dessen Ausübung es keines wichtigen Grundes bedarf.⁶⁷¹ Ebenso ist zu verfahren, wenn die Parteien eine (bedingungslose) Rückerwerbspflicht des Bilanzierenden vereinbart haben.⁶⁷²
- 12 Gleichermäßen kann es vorkommen, dass der Schuldner durch eine entsprechende Versicherung bereits bei Vertragsschluss dem Ausfallrisiko der Gegenleistung hinreichend Rechnung getragen hat. Auch bei der Abbildung des Werkvertrags ist von den sich aus dem dispositiven Privatrecht ergebenden Grundsätzen abzuweichen, sofern dem Unternehmer aufgrund einer einzelvertraglichen oder in AGB enthaltenen Sonderregelung bereits vor der Abnahme „quasi-sicher“ ein Entgeltanspruch zusteht.⁶⁷³ Sofern die Bilanzierung allein der durch das dispositive Recht vorgegebenen Zivilrechtsstruktur folgen würde, bestünde in den genannten Fällen jeweils die

S. 95; Hommel, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 70 f.; Döllerer BB 1974, 1541 (1544); Clemm DSjG 1980, S. 117 (126 f.); Wüstemann/Wüstemann Zbf 79 (2009), 31 (40).

669 Vgl. Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 414.

670 BFH Urt. v. 29.11.2007 – IV R 62/05 = BeckRS 2007, 24003233; BFH Urt. v. 28.1.1960 – IV 226/58 S = BFHE 71, III = BStBl. III 1960, 291 = NJW 1960, 1638 (1639); Leffson, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, S. 268 f.

671 BFH Urt. v. 25.1.1996 – IV R 114/94 = BFHE 180, 57 (59) = BStBl. II 1997, 382 (383) = DStR 1996, 916 (917); a.A. Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, der dafür plädiert bereits die Forderung zu aktivieren, jedoch nur mit dem Buchwert des Leistungsgegenstands.

672 Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16.

673 So hat der VIII. Senat des BFH entschieden, dass die Gewinnrealisierung bei Planungsleistungen eines Ingenieurs nicht erst mit der Abnahme oder Stellung der Honorarschlussrechnung eintritt, sondern

Gefahr einer Fehlinformation der Bilanzadressaten. Zugleich schließen schuldrechtliche Zusatzabreden eine dem dispositiven Recht folgende Ertragsrealisierung aber nicht immer aus. Wird dem Bilanzierenden etwa eine Rückzahlungsverpflichtung auferlegt, die unter einer aufschiebenden Bedingung steht, so ist dem mittels einer Rückstellung Rechnung zu tragen, wohingegen sich am Zeitpunkt der Ertragsrealisation nichts ändert.⁶⁷⁴

C. Eintrübung des Ausgangsbefunds

Der unter B. dargestellte Ausgangsbefund wird bei näherer Betrachtung allerdings 13 erheblich eingetrübt. Tatsächlich lässt sich die geltende Praxis der Ertragsrealisation nur bedingt anhand des Kriteriums der Schuldrechts- oder Zivilrechtsakzessorietät kategorisieren. Im Hintergrund könnte zunächst stehen, dass es allgemein an einer ausgereiften Dogmatik der Ertragsrealisation fehlt, da eine solche aus bilanzieller Sicht gar nicht erforderlich ist.⁶⁷⁵ So werden Verträge über gegenstandsbezogene und zeitbezogene Leistungen aus Sicht der Gewinnrealisierung, meist wenig problematisch erscheinen, da Leistung und Gegenleistung innerhalb einer Rechnungslegungsperiode aufeinander abgestimmt sind. Es wird selten vorkommen, dass der zur Überlassung eines Gegenstands oder Erbringung einer Dienstleistung Verpflichtete Vorleistungen erbringt, für die nicht innerhalb derselben Rechnungslegungsperiode die entsprechende Gegenleistung erbracht wird. Die bilanzrechtsdogmatischen Ausführungen zu solchen Verträgen können sich deshalb auf Hinweise zum Umgang mit Vorleistungen des Geldleistungsschuldners beschränken, wohingegen es wenig Grund dafür gibt, überhaupt zu erörtern, wie Erträge möglichst zivilrechtsakzessorisch realisiert werden. Der Grund für die fehlende Privatrechtsorientierung könnte aber auch darin liegen, dass eine frühe, privatrechtsferne finanzgerichtliche Entscheidung nachwirkt. Die vormalige Privatrechtsferne könnte mit anderen Worten als ein starker Anker im Hinblick auf die nachfolgende Gesetzesauslegung fungieren. Wie fragil der bilanzrechtsdogmatische Ableitungszusammenhang zwischen schuldrechtlichen Wertungsvorgaben und bilanzieller Gewinnrealisation ist, vermag ein kursorischer Blick auf weitere, durch den BFH aufgestellte Gewinnrealisationskonventionen zu verdeutlichen, insbesondere solche abseits der „klassischen“ im BGB ausdifferenzierten Vertragstypen.

bereits dann, wenn nach der HOAI ein Anspruch auf Abschlagszahlung entstanden ist, vgl. BFH BFH Urt. v. 14.5.2014 – VIII R 25/11 = BFHE 246, 155 = BStBl. II 2014, 968 = DStR 2014, 2010 Rn. 11 ff.

674 BFH Urt. v. 3.7.1997 – IV R 49/96 = BFHE 183, 513 (517) = BStBl. 1998, II, 244 (246) = NJW 1997, 3335 f.; s. dazu auch *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16.

675 Vgl. *Döllerer* BB 1974, 1541 (1546).

I. Tendenzen bei der Bilanzierung des Kaufs

- 14 Ganz im Gegensatz zur vorstehenden Analyse, lassen sich selbst im Hinblick auf die Gewinnrealisation beim Kaufvertrag Rechtsprechungsäußerungen finden, die als Ablehnung des Postulats einer Einheitsbetrachtung der Rechtsordnung gedeutet werden können. So hält es der BFH bis in neueste Entscheidungen hinein auch für maßgeblich, dass der Bilanzierende mit seiner Leistungserbringung den Vertrag „wirtschaftlich erfüllt“ habe,⁶⁷⁶ obschon rechtswissenschaftlich kein Kaufvertrag vorstellbar ist, bei dem es auf eine ergänzende „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ ankommen könnte.⁶⁷⁷

II. Bilanzierung des Sukzessivlieferungsvertrags

- 15 Auch bei Sukzessivlieferungsverträgen wird den schuldrechtlichen Wertungen teilweise bilanziell ein zu geringes Gewicht beigemessen. Exemplarisch verdeutlichen lässt sich dies an einer Entscheidung des X. Senats des BFH aus dem Jahr 2013. Der Steuerpflichtige hatte im zugrundeliegenden Fall einem Dritten auf vertraglicher Grundlage über dessen Lebenszeit weisungsungebunden hauswirtschaftliche und pflegerische Leistungen erbracht, wofür ihm als Gegenleistung ein Hausgrundstück übereignet worden war. Im Ergebnis selbstverständlich zutreffend, ging der BFH hier von einer Gewinnrealisation mittels Umsatzaufgliederung aus: Der Steuerpflichtige sollte anteilig zu den Zeitpunkten und entsprechend der Höhe, in der er seine geschuldeten Leistungen erbrachte, einen Gewinn ermitteln müssen. Keine Rolle spielen sollte einerseits der Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags und die damit einhergehende rechtliche Entstehung der Forderung auf einen Eigentumsübergang am Grundstück sowie andererseits die Übertragung des (wirtschaftlichen) Eigentums am Grundstück.⁶⁷⁸ Zur Begründung dieser Festlegung führte der X. Senat zwar das „schuldrechtliche“ Argument an, dem Schuldner der Gegenleistung

⁶⁷⁶ BFH DStR 2014, 2010 Rn. 10; BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BFH/NV 2013, 1548 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29; BFH Urt. v. 3.8.2005 – I R 94/03 = BFHE 210, 398 = BStBl. II 2006, 20 = BeckRS 2005, 24002311; BFH Urt. v. 12.5.1993 – XI R 1/93 = BFHE 171, 448 = BStBl. II 1993, 786 = DStR 1993, 1554; weit verbreitet ist diese Auffassung auch in der betriebswirtschaftlichen Literatur, vgl. nur *Hommel*, Bilanzierung für Dauerschuldverhältnisse, S. 103 ff.; *Siebler*, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214; *Wüstemann/Kierzek Zfbf* 2007, 882 (890).

⁶⁷⁷ Das Bedürfnis für diese Ergänzung könnte daher rühren, dass – wie dies in vereinfachenden Darstellungen teilweise geschieht – die „zivilrechtliche“ Betrachtung mit der Frage, ob eine Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB zu bejahen ist, gleichgesetzt wird. So soll etwa im Hinblick auf die Gewinnrealisierung beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt nach einem Urteil des IV. Senats des BFH aus dem Jahr 1986 auf die wirtschaftliche Erfüllung abzustellen sein, weil der Käufer dann „zwar nicht rechtlicher, aber doch wirtschaftlicher Eigentümer der verkauften Sache geworden ist“, vgl. BFH Urt. v. 27.2.1986 – IV R 52/83 = BFHE 146, 383 = BStBl. II 1986, 552 = BeckRS 1986, 22007590; bezugnehmend darauf auch *Moxter ZVglRWiss* 103 (2004) 268 (274).

⁶⁷⁸ BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 31.

stehe dann jeweils nicht mehr die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) zu, offenkundig lag das maßgebliche argumentative Gewicht hier aber auf den „wirtschaftlichen“ Gegebenheiten bzw. dem Umstand der wirtschaftlichen Erfüllung des Vertrags.⁶⁷⁹

III. Bilanzierung von Dauerschuldverhältnissen

Ebenso privatrechtsfern agiert die Rechnungslegungspraxis, sofern es um die Gewinnrealisierung bei Dauerschuldverhältnissen geht, die nicht eine gegenstands-, sondern eine zeitbezogene Leistung beinhalten.⁶⁸⁰ So hat der IV. Senat des BFH etwa bei einem (schuldrechtlich als zeitraumbezogener Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB eingeordneten) Unterrichtsvertrag eine – die Gewinnrealisierung auslösende – Verpflichtung zum Ansatz der Honorarforderungen zeitanteilig mit jedem Unterrichtstag angenommen.⁶⁸¹ Dabei hat der BFH es explizit dahinstehen lassen, wer von den Vertragspartnern die Gegenleistungsgefahr für bereits erbrachte Unterrichtsleistungen nach den Regeln des bürgerlichen Rechts zu tragen hatte.⁶⁸² Bei „der in Bilanzierungsfragen gebotenen“ wirtschaftlichen Betrachtungsweise spiele es keine Rolle, inwiefern der Bilanzierende zivilrechtlich im Fall unverschuldeter Unmöglichkeit zur Leistung der verbleibenden Unterrichtsstunden den Anspruch auf Vergütung des bereits abgehaltenen Unterrichts verlieren würde.⁶⁸³

IV. Bilanzierung von Mietverhältnissen

Zu verweisen ist schließlich auf die BFH-Rechtsprechung zur Gewinnrealisierung bei Mietverhältnissen. Nach der in der Literatur geteilten,⁶⁸⁴ vom BFH in ständi-

679 Vgl. BFH Urt. v. 20.3.2013 – X R 15/11 = BeckRS 2013, 95757 Rn. 29: „Bei einer Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich ist der Gewinn [...] erst [realisiert], wenn der zur Sach- oder Dienstleistung Verpflichtete den Vertrag wirtschaftlich erfüllt hat“; eine vergleichbare Deutung der BFH-Rechtsprechung zur Gewinnrealisierung bei Sukzessivlieferungsverträgen findet sich bei *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EstG, § 5 Rn. 2649: „Maßstab für eine gebotene Aufteilung des Entgelts wird i. d. R. der anteilige Zeitablauf sein; ggf. kann aber auch eine Orientierung an Stückzahlen, Kosten oder anderen Werten geboten sein [...]“. Insbes. bei Sukzessivlieferungsverträgen dürfte i. d. R. eine Gewinnrealisierung stets mit Erfüllung einer Teilleistung anzunehmen sein und das dann in dem Umfang, wie sich die Teilleistung zur voraussichtl. Gesamtleistung verhält (sofern letztere feststeht). *Entscheidend ist stets, welcher Modus bei wirtschaftl. Betrachtung sachgerecht erscheint*“ [Hervorhebung durch Verfasser].

680 Vgl. zu dieser Kategorisierung *Döllerer* BB 1974, 1541 (1546).

681 BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 = BStBl. II 1999, 21 = DStR 1998, 1827; ähnlich BFH Urt. v. 10.5.1994 – VIII R 65/91 = BStBl. II 1995, 312 = DStR 1995, 561 (562) (Ausbeutevertrag); vgl. allgemein zur Gewinnrealisierung bei „zeitbezogenen“ Dienstleistungen *Döllerer* BB 1974, 1541 (1546).

682 BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 = BStBl. II 1999, 21 = DStR 1998, 1827.

683 BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 = BStBl. II 1999, 21 = DStR 1998, 1827 f.

684 Vgl. etwa *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16, 254; *Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 132; *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EstG, § 5 Rn. 2649; *Euler*, Grundsätze ordnungsmäßiger Gewinnrealisierung, S. 76 f.; *Adler/Düring/Schmaltz*, § 252 HGB Rn. 82; *Baetge/Ziesemer/Schmidt*, in: Baetge/Kirsch/Thiele, BilKomm, § 252 HGB Rn. 197; *Kleindiek*, in: Staub,

ger Rechtsprechung vertretenen Auffassung, soll der Gewinn aus den Leistungen des Vermieters *pro rata temporis* während der Mietzeit verwirklicht werden.⁶⁸⁵ Dies wird damit begründet, dass der Vermieter „wirtschaftlich betrachtet“ von Tag zu Tag „erfüllt“, solange er in gehöriger Weise seinen Pflichten aus §§ 535, 536 BGB nachkommt. Dies soll unabhängig davon gelten, ob er auch zivilrechtlich erfüllt hat.⁶⁸⁶ Die Tatsache, dass die Preisgefahr beim Mietvertrag aufgrund der verschuldensunabhängigen Erhaltungspflicht (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB) und des daran anknüpfenden Mieterrechts zur Mietminderung (§ 536 BGB) zivilrechtlich beim Vermieter verbleibt, stellt für den BFH kein ausschlaggebendes Kriterium dar. In der Konsequenz muss hier – ebenso wie es der BFH 2013 zum (gegenstandsbezogenen) Pflegevertrag entschieden hat – gelten, dass es selbst dann zu einer zeitanteiligen Gewinnrealisierung infolge einer Forderungsbilanzierung *pro rata temporis* kommt, sofern die Gegenleistung ausnahmsweise erst ganz am Ende des Dauerschuldverhältnisses erbracht wird.⁶⁸⁷

D. Deutung des Quasisicherheitsprinzips als Angebot des Rechts

- 18 Der BFH wendet die Methode einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation also nicht konsequent an, wobei die Gründe dafür teilweise unklar bleiben. In den zuletzt aufgezeigten Tendenzen wird hier eine Fehlentwicklung gesehen, da grundsätzlich für ein Maximum der Zivilrechtsakzessorietät bei der Bilanzierung zu plädieren ist. Dies liegt nicht daran, dass die Zivilrechtsakzessorietät schon aus dem Jahresabschlusszweck folgt, wie in der Literatur teilweise vertreten wird (I.). Vielmehr ist die Methode der zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation unter Bezugnahme auf die früheren systemtheoretischen Erwägungen dahingehend zu deuten, dass die Rechnungslegung hier ein bestechendes Angebot des Rechts annimmt. Denn sofern sich die Bilanzierung der Kommunikation des Rechts anschließt, kann sie den (abseits empirischer Feststellungen) maximal möglichen Grad an Realitätsnähe erreichen (II.).

HGB, § 252 Rn. 33; Böcking/Gros/Wirth, in: Wiedmann, Bilanzrecht, § 252 HGB Rn. 30; Schuster Ubg 2013, 312 (314).

685 BFH Urt. v. 20.5.1992 – X R 49/89 = BFHE 168, 182 = BStBl. II 1992, 904 = DStR 1992, 1234;

BFH Urt. v. 20.5.1992 – X R 49/89 = BFHE 168, 182 = BStBl. II 1992, 904 = DStR 1992, 1234 (Vermietung von Kraftfahrzeugen an Selbstfahrer); vgl. auch BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 (431) = BStBl. II 1999, 21 (22); vgl. zu zeitraumbezogenen Leistungspflichten weiterhin BFH Urt. v. 18.12.2002 – I R 11/02 = BStBl. II 2003, 400 = DStR 2003, 499; BFH Urt. v. 10.9.1998 – IV R 80/96 = BFHE 186, 429 (430) = BStBl. II 1999, 21 (22) = DStR 1998, 1827.

686 BFH Urt. v. 20.5.1992 – X R 49/89 = BFHE 168, 182 = BStBl. II 1992, 904 = DStR 1992, 1234.

687 Vgl. in diese Richtung BFH Urt. v. 7.12.2017 – IV R 37/16 = BeckRS 2017, 142093 Rn. 28 f. in Auseinandersetzung mit FG München Urt. v. 17.6.2016 – 1 K 266/12 = BeckRS 2016, 95618; dahingehend auch Krumm, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2651; a.A. Lüdicke DB 2015, 1070 (1072).

I. Distanzierung von der Verortung beim Jahresabschlusszweck

In der Literatur wird die Verknüpfung von Gewinnrealisation, Quasisicherheit und zivilrechtlichen Wertungen teilweise primär mit dem gesetzlichen Schutzzweck begründet. Man leitet sie also aus der vorrangigen Ausschüttungsbemessungs- bzw. Gläubigerschutzfunktion der „Bilanz im Rechtssinne“ ab.⁶⁸⁸ Für diese Überzeugung spricht auch eine verbreitete apodiktische Darstellung des „Quasisicherheitsprinzips“, bei der es als (zwingende) Schlussfolgerung aus dem Realisationsprinzip dargestellt wird.⁶⁸⁹ Angesichts dessen, dass sich hierfür im Gesetz keine Anhaltspunkte finden lassen, ist diese Verknüpfung irreführend.

Selbstverständlich ist die zivilrechtsakzessorische Bilanzierung auch und vor allem eine vorsichtsgeprägte Bilanzierung. Sofern man bei dieser Gleichsetzung stehenbliebe würde aber, insofern der Vorrang des Gläubigerschutzes als Mythos entlarvt wird, auch die Verbindung zwischen den zivilrechtlichen Wertungsvorgaben und der Realisation nach der Quasisicherheit brüchig erscheinen. Zudem erhält die schuldrechtsakzessorische oder „verrechtlichte“ Bestimmung des Gewinnrealisationszeitpunkts bei dieser Betrachtung eine negative Konnotation: Sie wird als vermeintlicher Hemmschuh für eine wahrlich periodengerechte Gewinnermittlung bzw. eine bessere Information über die Unternehmensertragslage dargestellt. Dies bietet wiederum ein implizites Einfallstor für verfehlte „wirtschaftlichere“ Betrachtungsweisen.

688 Vgl. Döllner BB 1959, 1217 (1219 f.): Das Handelsrecht könne es „nicht gestatten“, auf bloße Zukunftserwartungen hin Gewinn auszuschütten; vgl. auch Moxter, in: FS Döllner, 1988, 447 (450), unter wörtlicher Bezugnahme auf Beisse StW 1984, 1 (2 f.): Die Bilanz im Rechtssinne bedürfe einer gewissen Mindestobjektivierung und einer gewissen Mindestvereinfachung. Es sei dieses Objektivierungs- und Vereinfachungserfordernis, dessen stärkere Betonung in den letzten Jahrzehnten zu einer Zurückdrängung des Prinzips periodengerechter Gewinnermittlung zugunsten von Objektivierungs- und Vereinfachungsprinzipien geführt hat. Es sei in diesem Sinne zu einer „statischen Wende der Rechtsprechung“ gekommen und weil Objektivierung „nur durch gesteigerte „Verrechtlichung“ zu erreichen“ sei, zu einer „statischen Verrechtlichung der Bilanz“; s. sodann auch Moxter BB 1984, 1780 (1782); ders., in: FS Baetge, 2007, S. 405 (409 ff.); ders., in: FS Goerdeler, 1987, S. 361 (368); ebenso Siebler, Internationalisierung der Rechnungslegung, S. 214; Groh BB 1989, 1586 f.; Hommel/Berndt BB 2009, 2190 (2191); ganz augenfällig schließlich Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (888): Das Quasi-Sicherheitsprinzip folge aus der „vorrangigen Ausschüttungsbemessungsfunktion der handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsnormen“.

689 Vgl. Hommel/Berndt BB 2009, 2190 (2193): „Das Realisationsprinzip gebietet, Einnahmen im Umsatzzeitpunkt erfolgswirksam zu erfassen. Der Umsatz ist realisiert, wenn der Vergütungsanspruch des Unternehmens „so gut wie sicher“ ist und nicht mehr durch ausstehende, bedeutsame und risikobehaftete Leistungshandlungen bedroht wird“; s. auch Wüstemann/Wüstemann Zfbf 79 (2009), 31 (38): „Schon seit den sechziger Jahren orientiert sich die Feststellung und Auslegung von GoB durch die höchstrichterliche Rechtsprechung [...] nicht mehr an dem dynamischen Bilanzzweck der Bestimmung des periodengerechten Gewinns als Maßstab der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens, sondern vielmehr an dem ausschüttungsstatischen Ziel der Ermittlung des ‚vorsichtig bemessenen ausschüttbaren Betrag[s]‘. Aus der sog. ‚statischen Wende‘ in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs folgt, dass Gewinne erst realisiert sind, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung quasi-sicher zugegangen ist.“

II. Realitätsnahe Bilanzierung durch Einordnung in die juristische Kommunikation

- 21 Die Rechtfertigung der Methode einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation mit dem Jahresabschlusszweck Gläubigerschutz geht, abgesehen von den aufgezeigten Bedenken, jedenfalls nicht weit genug. Denn sie liefert noch keinen Grund dafür, weshalb die Methode auch unabhängig von der Verknüpfung zwischen Handelsbilanzrecht und Gesellschaftsrecht aus bilanzrechtstheoretischer Sicht überzeugt und deshalb im Weiteren zu vertiefen ist. Bei näherem Hinsehen überzeugt die Zivilrechtsakzessorietät vor allem, weil die Bilanzierung, wenn sie sich der Kommunikation des Rechts anschließt, den (abseits empirischer Feststellungen) maximal möglichen Grad an Realitätsnähe erreicht. Das Angebot, welches das Recht der Rechnungslegung unterbreitet, ist im Hinblick auf das zwingende Privatrecht ganz offenkundig. Es besteht darin, dass zwingendes Privatrecht der Bilanzierung eine tragfähige Richtschnur verschafft. Auch in Form des dispositiven Schuldrechts stellt das Privatrecht der Bilanzierung zumindest eine Möglichkeit zur Verfügung, zu ermessen wie ein Geschäft im Zweifel gewollt ist. Indem die Standardvereinbarungen, auf die sich gleichberechtigt handelnde Parteien voraussichtlich geeinigt hätten, kodifiziert wurden, wurde im Privatrecht eine stabile Rückfallregelung geschaffen. Sofern die Rechnungslegung zivilrechtsakzessorisch agiert, übernimmt sie diese und profitiert so von der privatrechtlichen Realitätsanbindung. Haben die Parteien eine vom dispositiven Privatrecht abweichende vertragliche Regelung getroffen, so liefert das Recht der Rechnungslegung zumindest ein Instrumentarium, anhand dessen sich ermitteln lässt, welche Gestalt einem Geschäft gegeben worden ist. Durch seine anerkannten Regeln zur Ermittlung des Parteiwillens präsentiert das Recht der Rechnungslegung damit grundsätzlich sogar eine Lösung für jeden abzubildenden Einzelfall. Konkret geht es bei der Zivilrechtsakzessorietät also um die (Rechts-)Sicherheit, welche die Zwangswirkung unabdingbaren Rechts, die Typisierungsfunktion des dispositiven zivilrechtlichen Regelungskorsetts und die Methoden der Vertragsauslegung zu gewährleisten vermögen.
- 22 Sofern die vertraglichen Vereinbarungen präzise herausgearbeitet werden, ist schlussendlich – jedenfalls der Theorie nach – eine umfassende zivilrechtsakzessorische Bilanzierung eines jeden Geschäfts möglich, ohne dass es überhaupt „wirtschaftlich“ bewertet werden müsste. Ein umfassender „Vorrang der rechtlichen vor der betriebswirtschaftlichen Betrachtung“⁶⁹⁰ muss also deshalb gelten, da die Rechnungslegung, sofern sie sich im Wege einer schuldrechtsakzessorischen Bilanzierung in das System Recht einordnet, umfassend von den Vorteilen der rechtlichen Kommunikation profitiert. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht ist diese Einordnung zwingend, da sie für die Rechnungslegung, abseits der empirischen Ermittlung von

690 Döllerer BB 1974, 1541 (1548).

Erfahrungswerten, die einzige erkennbare Möglichkeit darstellt, ihre Wahrscheinlichkeitsrechnungen darüber, ob eine Gewinnchance und -erwartung nicht mehr als vage anzusehen ist, realitätsnah zu gestalten. Es ist mit anderen Worten nur bei schuldrechtsakzessorischer Bilanzierung gewährleistet, dass dem Kernanliegen des Realisationsprinzips, zu verhindern, dass sich bloße Gewinnchancen und -erwartungen bereits gewinnerhöhend auswirken,⁶⁹¹ zumindest annäherungsweise Rechnung getragen wird. Im Kontrast dazu gibt eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ jeweils nur einen anekdotischen Einzelbefund wieder, der in keiner Weise geeignet ist, über den konkret zu entscheidenden Sachverhalt hinaus argumentative Überzeugungskraft zu entfalten. Der eigentliche Grund für die Vorzugswürdigkeit einer schuldrechtsakzessorischen Gewinnrealisation ist also in der dadurch vermittelten Systemeingliederung der Rechnungslegung zu erkennen.

691 Vgl. bereits *Schmalenbach*, *Dynamische Bilanz*, S. 173: Das Realisationsprinzip habe „den großen Vorzug, den kein anderes Wertungsprinzip in gleichem Maße hat, daß es besonders sicher und frei von Willkür ist“; s. bezugnehmend darauf auch *Leffson*, *Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung*, S. 184; zum Zusammenhang zwischen „Realisationsprinzip“ und „Objektivierungsprinzip“ auch *Moxter ZVglRWiss* 103 (2004), 268 (270).

§ 14 Zivilrechtsakzessorische Gewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften

- 1 Da das Angebot, welches das Privatrecht der Bilanzierung unterbreitet, überzeugt (§ 13 D.), sollte sich auch die Teilgewinnrealisierung bei Mehrkomponentengeschäften an den Wertungen des dispositiven Privatrechts orientieren. In der Literatur wurden bereits eine Reihe dahingehender Gewinnermittlungskonzepte entwickelt. Hier zeigt sich jedoch, dass die Methode einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation, weitergehen muss und eine vertiefte Rekapitulation der zivilrechtlichen Wertungen voraussetzt.

A. Der Meinungsstand im Schrifttum

- 2 Als Wegbereiter eines zivilrechtsakzessorischen Gewinnermittlungskonzepts für Mehrkomponentengeschäfte ist *Georg Döllerer*⁶⁹² anzusehen. Ihm zufolge sei für den Zeitpunkt der Bilanzierung von Forderungen und Verbindlichkeiten aus einem schwebenden Vertrag grundsätzlich die schuldrechtliche Erfüllung oder Teilerfüllung maßgeblich und nicht die betriebliche Leistung oder gar das Entstehen von Aufwendungen. Insofern der Anspruch auf den Teil der Gegenleistung, der auf die Teilerfüllung entfällt, gesichert erscheine, bestünden gegen die Aktivierung dieses Anspruchs, der auch einen Teilgewinn enthält, aber keine Bedenken. Vorauszusetzen sei, dass der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) nicht erheben kann und dass der Anspruch in seinem rechtlichen Bestand von den Rechten des Schuldners wegen Unmöglichkeit des restlichen Teils der Leistung oder wegen Verzugs mit dem restlichen Teil der Leistung nicht beeinträchtigt wird. Ergänzend sei dabei allerdings zu beachten, dass bei teilweiser, vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit und bei teilweiseem Verzug des Schuldners der ganze Vertrag scheitern kann, wenn die Teilerfüllung kein Interesse für den Gläubiger hat (§ 325 Abs. 1 Satz 2, § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB).
- 3 Dieser Gedankengang wurde später im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte fortgeführt. Eine Teilgewinnrealisierung bei Mehrkomponentengeschäften soll danach (ausnahmsweise) dann ausscheiden, sofern die Leistungskomponenten auf Wertungsebene des Schuldrechts ein gemeinsames Schicksal erfahren.⁶⁹³ *Wirth*⁶⁹⁴

692 Vgl. *Döllerer* BB 1974, 1541 (1544, 1548); vgl. später auch *Gelhausen*, Das Realisationsprinzip, S. 212 ff., 215 ff.

693 Vgl. grundlegend *Wüstemann/Kierzek* Zfbf 2007, 882 (893); vgl. auch *Wüstemann/Wüstemann* Zfbf 79 (2009), 31 (41).

694 *Wirth*, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 104 sowie S. 104 ff.; vgl. auch *Krumm*, in: *Heuermann/Brandis*, EStG, § 5 Rn. 2645.

schreibt etwa, dass bei Mehrkomponentengeschäften die zivilrechtlichen Regelungen zum Teil- und Totalrücktritt der entscheidende Anknüpfungspunkt für die bilanzrechtliche Risikobeurteilung seien. Die zivilrechtlichen Rücktrittsrechte des Gläubigers bei einer Teilleistung erlaubten im Rahmen eines Mehrkomponentengeschäfts einen Rückschluss auf den Risikoverlauf der Geschäftstransaktion beim zur Sach- oder Dienstleistung verpflichteten Bilanzierenden. Insofern komme den zivilrechtlichen Rücktrittsrechten des Gläubigers bei Mehrkomponentengeschäften – ähnlich wie dem Preisgefahrenübergang bei normalen Geschäftstransaktionen – bei der Bestimmung des bilanzzweckadäquaten Gewinnrealisationszeitpunkts eine Indizienfunktion zu. Vergleichbare Ausführungen finden sich bei *Joisten*.⁶⁹⁵ Er geht davon aus, dass eine Verzögerung der Ertragsrealisation immer dann geboten sei, wenn der Kunde bei Teilstörungen den gesamten Vertrag terminieren wird. Hierzu sei er berechtigt, wenn die Gesamtleistung unteilbar ist oder er an den Teilleistungen kein Interesse hat. *Joisten* problematisiert darüber hinausgehend, wie ermittelt werden kann, ob eine oder mehrere Komponenten geleistet werden und möchte zur Abgrenzung auf den Einzelbewertungsgrundsatz (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) abstellen.⁶⁹⁶ *Hoffmann* und *Lüdenbach* vertreten demgegenüber, dass der Einzelbewertungsgrundsatz erst dann zum Tragen kommen könne, wenn (logisch vorgelagert) die zugehörigen Bewertungsobjekte identifiziert worden seien. Denn der Grundsatz sage nichts darüber aus, ob ein oder mehrere Vermögensgegenstände bzw. Transaktionen vorliegen.⁶⁹⁷ Die Abgrenzung zwischen einem Leistungsbündel, das bilanzsteuerrechtlich nur eine Leistung verkörpert, einerseits und einer Mehrheit bilanzsteuerrechtlich selbständiger Leistungselemente andererseits soll nach *Krumm* dabei wiederum nach zivilrechtlichen Grundsätzen vorgenommen werden.⁶⁹⁸ Das Vorsichtsprinzip gemahne in diesem Fall zu einer Hinauszögerung der Gewinnrealisation bis zur Erbringung der letzten Leistungskomponente.⁶⁹⁹

Zusammenfassend lässt sich das durch die Literatur entwickelte Modell für eine 4
Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften als Versuch, die schuldrechtliche Dogmatik zur Rechtsfigur der „Teilleistung“ im Sinne von §§ 323 Abs. 5 Satz 1, § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Rechnungslegung fruchtbar zu machen, umschreiben. Dafür spricht, dass der Begriff der Teilleistung schuldrechtlich nicht zwingend quantitativ ausgelegt werden muss, sondern darunter auch der Fall einer tatsächlich und rechtlich abtrennbaren Einzelleistung aus einem Leistungsbündel gefasst werden kann. Sofern der Abnehmer an der bereits erhaltenen Leistungskomponente kein Interesse hat, soll er danach zum „Gesamtrücktritt“ befugt sein, sofern im

695 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 363, s. auch S. 202.

696 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 53 ff.

697 *Hoffmann/Lüdenbach* DStR 2005, 1331 (1332).

698 *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2646.

699 Vgl. insofern *Krumm*, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 5 Rn. 2645 f.

Hinblick auf die noch nicht geleisteten Komponenten eine Leistungsstörung auftritt und die sonstigen Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen. Eine hieran anknüpfende Bilanzierungsregel für Mehrkomponentengeschäfte könnte wie folgt lauten: Eine Teilgewinnrealisierung ist so lange möglich und geboten, wie der Abnehmer bei einer Leistungsstörung im Hinblick auf eine noch ausstehende Leistungskomponente auf einen Teilrücktritt bzw. die Forderung von Schadensersatz ausschließlich hinsichtlich des gestörten Leistungsteils beschränkt ist. Diese Bilanzierungsregel begegnet aber in zweierlei Hinsicht Einwänden. Zunächst folgen die schuldrechtlichen Rechtsbehelfe, auf welche dabei zurückgegriffen wird, einem anderen Denkansatz. Sie orientieren sich (nur) am Schicksal der (Einzel-)Forderung und sind nicht auf Leistungsverknüpfungen ausgelegt. Selbst wenn man diesen Aspekt überwindet, müssen sich die vorgestellten Auffassungen weiterhin entgegenhalten lassen, dass die vertraglichen Grenzen zwischen den einzelnen Komponenten eines Mehrkomponentengeschäfts weitgehend frei definierbar sind. Darauf wird in § 16 gesondert eingegangen.

B. Kritik der bestehenden Ansätze

„Isolierend und abstrahierend ist der Denkstil des BGB.

[...] Isoliert gedacht wurden die Leistungspflichten;

isoliert gesehen wurden Schuldner und Gläubiger;

isoliert blieb im wesentlichen Schuldvertrag von Schuldvertrag.“

Gernhuber, in: FS Larenz, 1973, S. 455.

- 5 Die Essenz des ersten Einwands gegen das durch die Literatur entwickelte Modell für eine Umsatzaufgliederung bei Mehrkomponentengeschäften kommt im obigen Gernhuber-Zitat noch einmal greifbar zum Ausdruck. Es muss sich entgegenhalten lassen, dass die schuldrechtlichen Rechtsbehelfe, auf welche es abstellt, insofern einem mit ihm nicht kompatiblen Denkansatz folgen, als sie sich (nur) am Schicksal der (Einzel-)Forderung orientieren. Bereits ein aus mehreren Forderungen auf Leistung zusammengesetzter Vertrag bzw. ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne wird durch sie nur indirekt adressiert. Vielmehr führt eine Zusammenschau verschiedener Regelungskomplexe schnell vor Augen, dass das BGB-Vertragsrecht konzeptionsbedingt zu der für Mehrkomponentengeschäfte charakteristische Verknüpfung von Leistungskomponenten nicht positiv Stellung nimmt. Insbesondere, werden Mehrkomponentengeschäfte durch drei Negativbewandnisse der geltenden Regeln bestimmt: Den Grundsatz von der Abstraktion und Isolation der einzelnen Forderung (dazu I.), der objektiven Relativität des Schuldverhältnisses (dazu II.) und dem Leitbild der Bilateralität (dazu III.). Für sich genommen haben die im BGB zu (Gesamt-)Rücktritt und Schadensersatz bei Teilleistungen getroffenen Wertungen

deshalb einen geringen Aussagegehalt für die Bilanzierung. Wer *wirklich* zivilrechts-akzessorisch bilanzieren will, muss weiter gehen.

I. Ausgangspunkt: Forderungsabstraktion und -isolation

Mit dem Grundsatz der Forderungsabstraktion und -isolation soll ausgedrückt werden, dass die einzelne Forderung im Kontext der sie betreffenden BGB-Regelungen grundsätzlich jeweils abstrahiert und isoliert zu denken ist. Dem BGB-Schuldrecht ist eine Art Selbstbeschränkung auf die Forderung als kleinste Einheit und – daran anknüpfend – die Struktur von Leistungsverhältnissen eigen. Funktionale Zusammenhänge zwischen Leistungspflichten, wie sie für das Denken in Mehrkomponentengeschäften maßgeblich sind, spielen hingegen allenfalls eine untergeordnete Rolle.⁷⁰⁰ Dies lässt sich zunächst historisch belegen. Der Gesetzgeber hat bei der Konzeption des Schuldrechts im BGB bekanntlich das römisch-rechtliche Verständnis vom obligatorischen Recht zugrunde gelegt⁷⁰¹ und es „vom Sachenrecht her“ konstruiert.⁷⁰² Dementsprechend betrachteten die Entwurfsverfasser des BGB das Schuldverhältnis nicht als „Verhältnis“ im sprachlichen Sinne einer Verbindung, sondern primär aus der Sicht des Gläubigers⁷⁰³ als erzwingbares Herrschafts- oder Forderungsrecht⁷⁰⁴ bzw. als Recht auf die Leistung⁷⁰⁵. Einer näheren Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses hat sich der Gesetzgeber bekanntlich enthalten, um sie der Wissenschaft zu überlassen und den Begriff überhaupt nur deshalb demjenigen der Obligation vorgezogen, um sowohl das gesamte obligatorische Verhältnis, das Forderungsrecht als auch die entsprechende Verbindlichkeit zu erfassen.⁷⁰⁶

Bereits für die über das enge Verständnis des Schuldverhältnisses hinausweisende Lehre vom Gegenseitigkeitsverhältnis gilt, dass sie zur Zeit des Gesetzesentwurfs zwar bereits erarbeitet worden war, sich aber sowohl im Grundsatz als auch in ihren einzelnen Folgerungen noch nicht durchgesetzt hatte.⁷⁰⁷ Der Gedanke, dass das Schuldverhältnis nicht zwingend mit der Forderung oder einer Mehrheit von Forderungen gleichzusetzen ist, sondern darüber hinaus eine Basis der Pflichten

⁷⁰⁰ So auch *Michaels*, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 82.

⁷⁰¹ Motive, Bd. II, S. 1: Der Entwurf gebrauchte den Ausdruck „Schuldverhältnis“ zur Bezeichnung desjenigen Rechtsverhältnisses, welches im Anschluss an das römische Recht von den Juristen Obligation genannt zu werden pflegt; vgl. zur Trennung von Eigentum und Rechtsinhaberschaft aus pandektistischer Sicht: *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. I, § 168, S. 63 f.

⁷⁰² *Michaels*, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 28, s. auch Rn. 38.

⁷⁰³ Vgl. zum fehlenden Aussagegehalt des „Rechtsverhältnisses“ in Abgrenzung zu v. Savigny und Puchta: *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. I, § 37a, S. 100 f.

⁷⁰⁴ Vgl. Motive, Bd. II, S. 1, 3; dazu auch *Dorn*, in: HKK-BGB, § 241 Rn. 85.

⁷⁰⁵ Vgl. näher *Dorn*, in: HKK-BGB, § 241 Rn. 71.

⁷⁰⁶ S. dazu Motive, Bd. II, S. 2; vgl. auch *Mugdan*, Bd. 2, S. 1.

⁷⁰⁷ Vgl. dazu *Pennitz*, in: HKK-BGB, §§ 320 – 322 Rn. 12 ff.; zum Ganzen auch *Larenz*, SchuldR, Bd. 1, § 1, S. 1, 5.

der Parteien und der bei ihrer Verletzung eingreifenden Rechtsverhältnisse gedacht werden kann (Gedanke vom Schuldverhältnis als sinnhaftes Gefüge⁷⁰⁸), kam erst später auf.⁷⁰⁹ Bis heute ist deshalb im Einzelnen unklar, welcher Wert dem Begriffsverständnis vom Schuldverhältnis im weiteren Sinne im Rahmen der dogmatischen Arbeit zukommen kann.⁷¹⁰ Zumindest indiziell zeigen lässt sich dieses Primärverständnis auch an einzelnen gesetzlichen Regelungen, insbesondere an § 241 BGB a.F., der – wie bereits der Wortlaut aller Entwurfsfassungen des BGB⁷¹¹ – insofern § 241 Abs. 1 Satz 1 BGB in seiner heutigen Gestalt entsprach.

- 8 Die Forderungsabstraktion und -isolation macht das BGB beständig.⁷¹² Das Beispiel der Mehrkomponentengeschäfte zeigt, dass sich Funktionszusammenhänge im Verlauf der Zeit ändern können und alte wirtschaftliche Gestaltungen dem modernen Rechtsanwender nicht mehr reizvoll erscheinen. Im Lichte dessen gewährleistet nur eine Orientierung der grundlegenden Gesetzssystematik an der Einzelforderung, dass Veränderungen der Lebenswirklichkeit keinen beständigen Reformbedarf auslösen. Mit anderen Worten hält gerade die Fragmentierung der Leistungsbeziehungen das BGB innovationsoffen. Der Gesetzgeber sollte also Gegebenheiten wie die wirtschaftliche Verknüpfung von Leistungspflichten auch künftige nicht in den Mittelpunkt der allgemeinen Schuldrechtskonzeption stellen.

II. Objektive Relativität des Schuldverhältnisses

- 9 Eng mit dem Grundsatz der Forderungsisolation verbunden ist die hier zentrale Negativbewandtnis, dass nach der Konzeption des BGB der eine Vertrag im Wesentlichen als vom anderen isoliert gedacht wird. Insofern kann auch von einem Grundsatz der objektiven Relativität des Schuldverhältnisses bzw. einem Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit die Rede sein. Damit gemeint ist, dass sich das BGB nicht dazu verhält, ob Parteien, welche mehrere, miteinander wirtschaftlich verknüpfte Leistungspflichten (und Gegenleistungspflichten) vereinbart haben, einen Gesamtvertrag oder mehrere rechtlich voneinander isolierte Einzelverträge abgeschlossen haben. Ebenso ist es den Parteien überlassen, zu bestimmen, ob die Leistungspflichten ein Schicksal teilen sollen (mit der Folge der Gesamtnichtigkeit bei Nichtigkeit eines Vertragsteils gemäß § 139 BGB). Anders als dies bei der personalen Relativität des Schuldverhältnisses der Fall ist, die sich unmittelbar aus der (negativen) Privatautonomie ableiten lässt, handelt es sich beim Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit nicht um ein Rechtsprinzip des BGB im eigentlichen

708 Larenz, SchuldR, Bd. 1, § 2 V, S. 26 ff.

709 Vgl. Larenz, SchuldR, Bd. 1, § 1, S. 1; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 519.

710 Ernst, in: MüKo-BGB, Einl. § 241 Rn. 10.

711 Vgl. Motive, Bd. II, S. 5; s. auch Mugdan, Bd. 2, S. I.

712 Vgl. Michaels, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 82.

Sinne. Stattdessen muss von einer im Regelungsansatz begründet liegenden Auslassung ausgegangen werden, die erst bei einer Gesamtschau des Regelungskomplexes ersichtlich wird. Denn Einheit und Mehrheit von Schuldverhältnissen scheiden sich „nicht an einem Maßstab, der allen Rechtsordnungen vorgegeben wäre“. ⁷¹³ Jeder Rechtsordnung bleibt Gestaltungsfreiheit ohne Bindung an das einmal Anerkannte. Frühere Einheiten könnten durch einen Akt der Legislative ebenso in eine Mehrheit aufgelöst wie frühere Mehrheiten zu einer Einheit zusammengefügt werden. ⁷¹⁴

1. Dominanz des Spot-Vertrags im Gesetz

Bei der angesprochenen Gesamtschau ist zunächst auf das dem BGB in seinem „Besonderen Teil“ des Schuldrechts eigene typologische Denken zu verweisen, ⁷¹⁵ da dabei Verträge nicht unter dem Gesichtspunkt, auf welches Gut sie sich beziehen, sondern danach, was mit diesem Gut geschehen soll, typologisiert werden. ⁷¹⁶ Bereits aufgrund dieser Herangehensweise, kann, ob Vertragsgüter komplementär zueinander sind, kaum ein im Besonderen Schuldrecht berücksichtigtes Element sein. Hinzukommt, dass die das Zustandekommen, die Wirksamkeit oder die Beendigung von Verträgen und Leistungsstörungen betreffenden allgemeinen Gesetzesregelungen sich in aller Regel zumindest implizit auf Spot-Verträge beziehen. Als Spot-Vertrag werden Verträge bezeichnet, deren Erfüllung sich in einem Akt erschöpft. ⁷¹⁷ Mit den Dauerschuldverhältnissen wurde die bedeutsamste Abweichung vom dominierenden Spot-Vertrag bekanntlich eigentlich erst im 20. Jahrhundert entdeckt. ⁷¹⁸ In das BGB hat der Begriff des Dauerschuldverhältnisses überhaupt erst im Zuge der Schuldrechtsreform Einzug gefunden. ⁷¹⁹ Auch jetzt noch reibt sich die Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse aber an den „unpassenden“ Vorschriften. Denn die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen wird durch die funktionale Systematisierung des BGB weiterhin zum Ausnahmefall erklärt. ⁷²⁰

Die fehlende Passgenauigkeit von BGB und Dauerschuldverhältnissen muss dabei insbesondere deshalb aufmerken lassen, da die letztgenannten dem Spot-Vertrag

⁷¹³ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

⁷¹⁴ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

⁷¹⁵ Dazu etwa Motive, Bd. II, S. 1 f.; Larenz/Canaris, SchuldR, Bd. II/2, § 63 I, S. 42.

⁷¹⁶ Vgl. dazu Faust, Gutachten 71. DJT 2016, S. A 15 f.

⁷¹⁷ Ernst, in: MüKo-BGB, Einl. SchuldR Rn. 29.

⁷¹⁸ Zwar beobachtete bereits Savigny Unterschiede zwischen „vorübergehenden“ und „dauernden“ Leistungen (Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. I, S. 302), eine ausdifferenzierte Dogmatik des Dauerschuldverhältnisses sei, so die Bewertung der Literatur, aber erst 1914 bei Otto v. Gierke zu beobachten, vgl. zum Ganzen nur Meyer-Pritzel, in: HKK-BGB, §§ 313 – 314 Rn. 75; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 50, 52 ff.

⁷¹⁹ Vgl. §§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1, 9, 313 Abs. 3, 314 BGB n.F.

⁷²⁰ Michaels, in: HKK-BGB, Vor § 241 Rn. 85. Ein Beispiel hierfür bildet die Auseinandersetzung mit der Frage, wann die Leistungsstörung im Dauerschuldverhältnis Gesamtwirkung entfaltet, vgl. dazu nur Larenz, SchuldR, Bd. I, § 2 VI, S. 31.

noch vergleichsweise nahe stehen. Denn bei Dauerschuldverhältnissen entstehen zwar über einen mehr oder weniger langen Zeitraum ständig neue Leistungspflichten, diese sind inhaltlich jedoch regelmäßig gleichartig und in gleichbleibender Qualität zu erfüllen.⁷²¹ Demgegenüber bezieht sich die Bezeichnung Mehrkomponentengeschäft auf ein Bündel ungleichartiger Leistungen, die von einer oder mehreren Personen zu erbringen sind.⁷²² Dass solche Bündel der BGB-Konzeption noch weniger nahestehen, als die Dauerschuldverhältnisse, zeigt sich, wenn es um gemischttypische Verträge geht. Bei Typenkombinationsverträgen handelt es sich allein um einen einzigen Vertrag. Es fehlt also noch das für Mehrkomponentengeschäfte prägende Element der Verbindung mehrerer Verträge zu einer Einheit.⁷²³ Schon auf die dogmatische Behandlung dieser besonderen Einzelverträge wirkt sich die dem BGB zugrundeliegenden Denkstruktur aber entscheidend aus. Denn sie hat zur Folge, dass man ihnen am besten gerecht werden kann, sofern sich eine den Vertrag dominierende Hauptpflicht herausstellen lässt. Wenn dies nicht gelingt, wird der Vertrag herkömmlich in seine Einzelkomponenten zerlegt und auf jede der Komponenten das für sie einschlägige besondere Schuldrecht angewendet.⁷²⁴

2. Das teilbare Rechtsgeschäft und Teilleistungsbestimmungen im BGB

- 12 Abseits des Spot-Vertrags, lässt sich der Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit an denjenigen Gesetzesbestimmungen ablesen, welche den Begriff der teilbaren Leistung (§§ 266, 281 Abs. 1 Satz 2, 323 Abs. 5, 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) bzw. des teilbaren Rechtsgeschäfts (§ 139 BGB) verwenden. Denn sie setzen eine Teilbarkeit der Leistung zwar voraus, sagen aber nichts darüber aus, ob und unter welchen Voraussetzungen Leistungspflichten als in einem einzigen Rechtsgeschäft zusammengefasst anzusehen sind. Vielmehr treffen sie jeweils allein eine Bestimmung zu den Rechtsfolgen der Teilbarkeit. Den Regelungen fehlt es also an einer Definition des eigenen Anwendungsbereichs.⁷²⁵ Dementsprechend lässt sich ihnen nichts dazu entnehmen, wann Leistungspflichten, obwohl sie vertraglich getrennt wurden, dennoch ein einheitliches Schicksal erfahren müssen, wodurch die Beantwortung beider Fragen jedenfalls implizit den Parteien überlassen wird. Demonstrieren lässt sich dieser Umstand sowohl an § 139 BGB als auch an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB: In § 139 BGB heißt es, dass wenn ein „Teil“ eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze

721 Vgl. nur die Begriffserklärung „Dauerschuldverhältnis“, in: Weber Rechtswörterbuch, 29. Ed. 2022.

722 Vgl. zu den Unterschieden *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 11.

723 Vgl. zur Abgrenzung von Vertragseinheiten und Typenkombinationsverträgen bereits *Larenz/Canaris*, SchuldR, Bd. II/2, § 63 I, S. 43.

724 Vgl. etwa BGH Urt. v. 29.3.1978 – VIII ZR 220/76 = BGHZ 71, 175 = BeckRS 1978, 106436; BGH Urt. v. 12.10.1978 – VII ZR 288/77 = BGHZ 72, 229 = NJW 1979, 156; zum typengemischten Fitnessstudiovertrag auch BGH Urt. v. 8.2.2012 – XII ZR 42/10 = NJW 2012, 1431 Rn. 17 f., 27; allgemein *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 63, S. 43 ff.

725 So die Formulierung von *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 2, S. 570 im Hinblick auf § 139 BGB.

Rechtsgeschäft nichtig sein soll, „wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“

Darauf, dass diese (starre) Regel in der Literatur verbreitet für verfehlt gehalten wird,⁷²⁶ kommt es hier zunächst nicht an. Relevant ist vielmehr, dass sich über den Bedeutungsgehalt des hier zentralen Begriffs des „Rechtsgeschäft“ weder in der Regelung selbst noch im sonstigen BGB eine explizite Aussage finden lässt. Dementsprechend bestehen drei Möglichkeiten: Das Wissen darum wird vom Gesetz entweder vorausgesetzt oder die Ausdifferenzierung des Begriffsverständnisses der Rechtspraxis überlassen. Die dritte Möglichkeit besteht darin, dass es den Parteien überlassen bleibt, zu bestimmen, wo ihr Rechtsgeschäft endet. Für letzteres lassen sich die Motive anführen, wo es heißt, dass es hier um die Frage gehe, inwieweit bei einem als einheitlich sich darstellenden Rechtsgeschäft eine Bestimmung wegen Nichtigkeit oder infolge Anfechtung hinfällig werden kann, ohne den Bestand des Rechtsgeschäfts im Übrigen zu gefährden. Der maßgebende Grundsatz in dieser Hinsicht müsse sein, dass das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist, sofern sich nicht erhele, dass es auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde.⁷²⁷ Die gewählte Formulierung („einheitlich sich darstellende[s] Rechtsgeschäft[.]“) legt nahe, dass man hier an eine Vertragsauslegung dachte.⁷²⁸ Demgegenüber spräche es für die erste oder zweite der angeführten Möglichkeiten, wenn sich Indizien dafür finden ließen, dass es dem Gesetzgeber an dieser Stelle schlichtweg darum ging, den Aussagegehalt des § 139 BGB offen zu halten, damit die Gesetzesmaterie möglichst anpassungsfähig bleibt.

Dem steht allerdings entgegen, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts im Sinne von § 139 BGB seit Inkrafttreten des BGB konturlos geblieben ist, ihm also nie eine im hiesigen Zusammenhang aussagekräftige, allgemeingültige Bedeutung zugeschrieben wurde. In Form des „mehrseitigen Rechtsgeschäfts“ kann er bekanntlich⁷²⁹ den Vertrag bezeichnen. Zugleich kann mit ihm aber durchaus auch ein „Mehr“ oder „Weniger“ gemeint sein. Angesichts des offenen Wortlauts ist es in der Auseinandersetzung mit § 139 BGB nie gelungen, zu klären, ob in Anwendung der Vorschrift, um eine Äußerung *Gernhubers* aufzugreifen, eine genetische Abhängigkeit zwischen

726 Vgl. zu allgemeinen Zweifeln an der in § 139 BGB vorgenommenen Wertung: *Kozioł* AcP 212 (2012), I (8, 47); *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 152 f.

727 Motive, Bd. I, S. 222; vgl. auch *Mugdan*, Bd. I, S. 475.

728 In dieselbe Richtung deuten die weiteren Ausführungen, wonach man der Regelung ihren Gehalt gegeben hat, da die Bedeutung, welche der Verbindung von mehreren, in einem Zusammenhange stehenden Willenserklärungen zukommt, lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen werden könne, die Verbindung aber für die innere Zusammengehörigkeit spreche, vgl. Motive, Bd. I, S. 222; vgl. auch *Mugdan*, Bd. I, S. 475.

729 Vgl. nur die Definition des Begriffs „Rechtsgeschäft“, in Creifels Rechtswörterbuch, 23. Ed. 2019 (Bearbeiter: *Fuchs*).

Verträgen gegen den Parteiwillen hergestellt werden darf.⁷³⁰ In der Literatur gab es immer Stimmen, die davon ausgingen, dass für die Anwendung des § 139 BGB beim Vorliegen zweier rechtlich getrennter Verträge kein Raum sei.⁷³¹ Der unumstrittene und vom Wortlaut eindeutig gedeckte Aussagegehalt des § 139 BGB beschränkt sich aber auf die Rechtsfolgenbestimmung. Es geht in der Norm also nicht per se um die Einheitsbetrachtung eines Rechtsgeschäfts, sondern nur um eine Einheitsbetrachtung im Hinblick auf die hieraus resultierenden Rechtsfolgen.⁷³²

- 15 Zum Ergebnis einer freien Ausgestaltbarkeit kraft Parteiwillens kommt man auch im Hinblick auf § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB. So ist jedenfalls § 323 Abs. 1 BGB einer Koordinierung von Leistungskomponenten über die Vertragsgrenzen hinaus nicht zugänglich. Der Gläubiger kann danach zurücktreten, sofern der Schuldner *bei* einem gegenseitigen Vertrag eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt. Die Regelung ermöglicht also keinen Rücktritt von einem Vertrag wegen einer Pflichtverletzung in einem parallel dazu bestehenden anderen Vertragsverhältnis. Gemäß Abs. 5 Satz 1 kann der Gläubiger, sofern der Schuldner eine Teilleistung bewirkt hat, vom ganzen Vertrag (nur) zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Auch hier wird nicht näher bestimmt, was es mit der Teilleistung auf sich hat, obschon die Teilleistung zwingend eine Teilbarkeit voraussetzt.⁷³³ Hinzu kommt, dass es sich bei § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB um eine innervertragliche Regelung handelt. Anders als insbesondere in § 139 BGB wird im Normwortlaut nicht der – weitere – Begriff des „Rechtsgeschäfts“ verwendet, sondern es ist ausdrücklich vom „Vertrag“ die Rede (vgl. bereits § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. und § 469 Satz 2 BGB a.F.). Die Bestimmung der Grenzen des einen Vertrags und der Beginn des nächsten bleibt damit hier ebenfalls den Parteivereinbarungen überlassen.

3. Folge: Außerachtlassung von Vertragsverbindungen

- 16 *Gernhuber* hat den dargestellten Befund dahingehend zusammengefasst, dass das BGB die Parteien nie daran gehindert habe, Mehrheiten an sich getrennter Verträge in der Einheit eines einzigen (zusammengesetzten) Schuldvertrags zusammenzufassen.⁷³⁴ Zugleich, und darauf kommt es eigentlich an, werden sie aber auch nicht daran gehindert, ein objektiv einheitliches Geschäft in eine Mehrheit (dann dem BGB

730 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, 455 (468).

731 Vgl. etwa früh zutreffend *Donau* NJW 1955, 1666 (1667); *Meyer* MDR 1958, 79; s. auch *Esser*, in: FS Kern, 1968, S. 87 (107); *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (201) (z.T. von der unpassenden Rechtsfolgenseite her argumentierend); zur Gegenauffassung etwa *Vollkommer*, in: FS Merz, 1992, S. 595 (606); für § 139 BGB analog schließlich *Larenz/Canaris*, SchuldR, Bd. II/2, § 63 I, S. 43.

732 RG JW 1908, 445; vgl. auch *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 I, S. 570; *Dorn*, in: HKK-BGB, §§ 139–141 Rn. 1.

733 Vgl. dazu etwa *Ernst*, in: MüKo-BGB, Einl. § 241 Rn. 28; *Müller/Matthes* AcP 204 (2004), 732 ff.; *Heiderhoff/Skamel* JZ 2006, 383 (385 ff.).

734 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

nach grundsätzlich unverbundener) Verträge aufzulösen. Der rechtsgeschäftliche Wille soll also im Ausgangspunkt die einzige Gestaltungskraft sein, welche trennend und verbindend wirkt.⁷³⁵ Der V. Senat des BGH hat aus diesem Umstand bereits 1953 geschlossen, dass bei äußerlich voneinander getrennten Verträgen eine tatsächliche Vermutung dafür spreche, dass sie auch nach der Absicht der Parteien nicht als einheitlicher Vertrag, sondern als verschiedene selbständige Geschäfte gewollt sind und dies gerade durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden sollte.⁷³⁶ Abgesehen davon, ist dem BGB für eine Lehre von den Vertragsverbindungen⁷³⁷ „fast nichts zu entnehmen“.⁷³⁸ Der Zugang zu ihr wird durch den abstrahierenden und isolierenden Denkstil des BGB nachhaltig verschüttet.⁷³⁹ Daran hat sich auch durch die Schuldrechtsreform von 2001 und andere Reformprojekte nichts Grundlegendes geändert. Eine bedeutsame Ausnahme bildet der finanzierte Abzahlungskauf, bei dem Kauf und Darlehen eine multilaterale Vertragsverbindung bilden, weil sie in einer Art aufeinander bezogen sind, dass eine die beiden Schuldverhältnisse voneinander isolierende Betrachtung im Recht ausgeschlossen ist.⁷⁴⁰ Er wurde insofern aus dem „toten Winkel“ des BGB befreit, als an den Umstand einer objektiven Untrennbarkeit ausdrücklich gesetzliche Folgen geknüpft wurden (§§ 358 ff. BGB), die auch gegen einen explizit erklärten abweichenden Willen der Vertragsparteien eintreten (dazu näher § 15 A.).

III. Das bipolare Vertragsleitbild des BGB

1. Personale Relativität des Schuldverhältnisses

Die dritte maßgebliche Negativbewandtnis, auf die es bei Verortung der Mehrkomponentengeschäfte im BGB ankommt, ist das bilaterale Vertragsleitbild. Damit ist eine Steigerung des unter II. angesprochenen Befunds gemeint: Im BGB lassen sich nur ganz punktuell Regelungen zu Vertragsverbindungen finden. Bei solchen Verknüpfungen handelt es sich aber erst Recht um *terra incognita*, sofern ihnen eine multilaterale Parteienkonstellation zugrunde liegt. Durch ein rechtsgeschäftlich nur auf vertraglicher Basis begründbares Schuldverhältnis werden bekanntlich grund-

⁷³⁵ Vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 2, S. 710.

⁷³⁶ BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270.

⁷³⁷ Mit dem Begriff der Vertragsverbindung hat Gernhuber eine Mehrheit aufeinander bezogener Schuldverhältnisse bezeichnet, deren Verknüpfung unmittelbar eintretende Einwirkungen (genetischer, funktioneller oder konditioneller Art) zur Folge hat, unabhängig davon, ob lediglich ein Schuldverhältnis Einwirkungen auf ein anderes (oder andere) zeitigen oder wechselseitige Einwirkungen festzustellen sein mögen, vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 1, S. 710.

⁷³⁸ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 4, S. 711.

⁷³⁹ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 4, S. 711.

⁷⁴⁰ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 31 I 1, S. 710.

sätzlich „nur die an ihm Beteiligten berechtigt und verpflichtet.“⁷⁴¹ Dritte werden vom Schuldverhältnis nicht erfasst, müssen aus ihm also weder Rechte noch Pflichten ableiten (Verbot des Vertrags zulasten Dritter) (und können dies im Übrigen auch nicht).⁷⁴² Zusammengefasst wird das skizzierte Regelungsanliegen des BGB-Gesetzgebers⁷⁴³ bekanntlich unter dem Topos Relativitätsgrundsatz.⁷⁴⁴ Am ehesten zum Ausdruck kommt es (jedenfalls indiziell) in der zweigliedrigen Einteilung der subjektiven Rechte: Da es das wesentliche Merkmal des Eigentums ist, dass es seine ausschließende Wirkung absolut, also gegenüber jedermann entfaltet, sich eine solche Wirkung für sein dichotomes Gegenstück, das Forderungsrecht, aber nicht feststellen lässt, liegt nahe, dass letzteres allein relativ wirken soll.⁷⁴⁵ Das BGB enthält zudem nur wenige Regelungen, in welchen das bipolar gedachte Schuldverhältnisses um Drittbeziehungen erweitert wird.⁷⁴⁶

741 *Neuner* JZ 1999, 126; vgl. grundlegend *Esser/Schmidt*, SchuldR AT, § 5 V, S. 99 ff.; s. auch *Möslin*, Dispositives Recht, S. 24.

742 S. BVerfG NJW 1987, 827 (828): Den Gerichten sei grundsätzlich eine Auslegung verwehrt, durch die ein Rechtssubjekt ohne legitimierenden Rechtsgrund den Vereinbarungen anderer Parteien unterworfen wird; vgl. auch *Neuner* JZ 1999, 126 (127) („externe“ Konsequenz des Relativitätsgrundsatzes) sowie daneben *Michaels*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 7, 88, § 241 Rn. 7; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1; *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 7; *Maultzsch/Czarnecki* ZEuP 2016, 832 (837); *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280); s. auch *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, S. 11: Das Schuldverhältnis ist „eine sich von anderen zwischenmenschlichen Beziehungen abhebende Sonderverbindung, die den Gläubiger und den Schuldner [...] einschließt, andere Personen von den im Schuldverhältnis festgelegten Rechten und Pflichten dagegen ausschließt.“

743 Vgl. zur Relativität des Forderungsrechts Motive, Bd. II, S. 2: Es stehe außer Zweifel, dass durch das Schuldverhältnis nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in demselben stehenden Parteien begründet werden, der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Leistung, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zur Bewirkung der Leistung. Über die Personen des Gläubigers und des Schuldners greife die Wirkung des Schuldverhältnisses an sich nicht hinaus; vgl. zu den römischrechtlichen bzw. pandektistischen Grundlagen der Relativität *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 520.

744 Vgl. *J. Schmidt* AcP 190 (1990), 650 (653): eines der grundlegenden Rechtsprinzipien des modernen Vertragsrechts; vgl. auch *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280): „Grundpfeiler“ des modernen Vertragsrechts; *Neuner* JZ 1999, 126 (127): prägendes Element eines Schuldverhältnisses.

745 *Grundmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 61 (84): Die „Nichtberücksichtigung von Drittwirkungen von Verträgen“ entspreche dem „Grundcredo zur Ordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches, mit einer Trennung der relativen von den absoluten Rechten in Buch 2 und 3“; vgl. auch etwa *Michaels*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 21; *Bachmann*, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 11; *J. Schmidt* AcP 190 (1990), 650; *Neuner* JZ 1999, 126.

746 Zu nennen sind insbesondere der Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB). Darüber hinaus wurden durch richterliche Rechtsfortbildung der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die Drittschadensliquidation und die (heute in § 311 Abs. 3 BGB kodifizierte) Haftung Dritter aus Culpa in Contrahendo entwickelt, vgl. zum Ganzen vor dem Hintergrund des Relativitätsgrundsatzes: *Medicus* JuS 1974, 613 (622); *Neuner* JZ 1999, 126 (127 ff.).

2. Bekannte Literaturkritik

Kritik an der Relativität wurde in der Literatur bereits verschiedentlich vorgebracht.⁷⁴⁷ So spricht *Teubner* etwa von einem politischen „Tunnelblick“,⁷⁴⁸ bei *Maultzsch* und *Czarnecki* ist davon die Rede, dass der Relativitätsgrundsatz fragwürdige Konsequenzen hervorruft,⁷⁴⁹ *Grundmann* sieht den Relativitätsgrundsatz im Vertragsrecht in einer Krise mit langer Tradition, welche auch die Vertragsrechtswissenschaften erfasse⁷⁵⁰ und *Grünberger* schreibt von einem „Defizit des BGB“.⁷⁵¹ Insbesondere wird dabei kritisiert, dass die Vertragsrechtsdogmatik infolge der Relativität nur unzureichend dazu in der Lage sei, den sich bei arbeitsteiligen Wirtschaftsprozessen ergebenden Problemen hinreichend Rechnung zu tragen. So sei der Relativitätsgrundsatz, nach *Grünberger*, „Stärke und Schwäche des Privatrechts zugleich“.⁷⁵² Denn die auf Relativität gepolten Regelungen des BGB sorgten dafür, dass sich (faktische) Außenwirkungen zweipoliger Schuldverhältnisse nicht erfassen ließen. Da diese Außenwirkungen keinen Platz in der hergebrachten Rechtsdogmatik fänden, werde eine Art Versteckspiel ermöglicht: Betrachte man wirtschaftliche Vorgänge im Ganzen, werde erkennbar, dass die hergebrachte Zivilrechtsdogmatik nicht flächendeckend dafür Sorge trage, dass bei Leistungsstörungen deren eigentlicher Verursacher auch ihre negativen Folgen zu tragen habe.⁷⁵³ *Grundmann* vertritt, dass die Nichtberücksichtigung von Drittwirkungen von Verträgen maßgeblich zur Finanzkrise ab 2008 beigetragen habe. Denn sie sei dafür verantwortlich, dass nicht beachtet wurde, dass eine sorglose Kreditvergabe auch Dritte betreffen könne; dass Verbriefung und Weiterverkauf zwischen Special Purpose Vehicle und Anlegern die Risikobereitschaft des ursprünglichen Kreditgebers exponentiell wachsen lasse; dass ein unverantwortliches Rating vor allem Dritte, Vierte und Fünfte schädige; und dass massenweise gleiches Anlageverhalten (Herdenverhalten) überhaupt erst Risiken zu systemischen mache.⁷⁵⁴ *Michaels* führt als Beispiel für einen Vorgang, der angesichts des Relativitätsgrundsatzes zivilrechtlich nur defizitär aufgearbeitet werden könne, globale Lieferketten mit zahlreichen, untereinander wiederum verbundenen Untervertragsverhältnissen an.⁷⁵⁵

747 Vgl. bereits *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.519; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, S. 8 (15 ff.).

748 *Teubner*, in: Amstutz, Die vernetzte Wirtschaft, S. II (17).

749 *Maultzsch/Czarnecki* ZEuP 2016, 832 (838).

750 *Grundmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 61 (85).

751 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280).

752 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280).

753 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (280).

754 *Grundmann*, in: FS Hopt, 2010, S. 61 (84 f.).

755 *Michaels*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 69.

C. Zwischenergebnis

- 19 Im Lichte der vorstehenden Ausführungen, ist den existierenden Konzeptionen einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation bei einem Mehrkomponentengeschäft entgegenzuhalten, dass sie die bei diesem Geschäft zentrale Frage, ob seine Leistungskomponenten ein gemeinsames Schicksal teilen, nicht hinreichend berücksichtigen. Denn der Gesetzgeber hat die nach der BGB-Struktur für die rechtliche Behandlung von Mehrkomponentengeschäften entscheidende Weichenstellung, ob ein einheitlicher Vertrag oder eine Vertragsmehrheit gebildet wird, der freien privatautonomen Bestimmung überantwortet. Zumindest dem ersten Anschein nach, respektiert das Privatrecht die Implikationen der freien Bestimmung der Vertragsgrenzen auch vollumfänglich. Das beobachtete Kriterium der wirtschaftlichen Verbindung von Leistungskomponenten, welches den Wesensgehalt der Mehrkomponentengeschäfte ausmacht, stellt bis heute keine dem allgemeinen BGB-Schuldrecht bekannte Kategorie dar. Angesichts dieses Ausgangsbefunds ergeben sich im Einzelnen vier Möglichkeiten: Entweder stellen willkürliche Vertragsaufspaltungen schon kein rechtlich greifbares Risiko dar oder den Parteien ist es jeweils überlassen, sich selbst vor diesem Risiko zu schützen. Die dritte Möglichkeit besteht darin, dass das BGB insofern eine Schutzlücke aufweist. Die vierte – schlussendlich zutreffende⁷⁵⁶ – Möglichkeit ist, dass der Vertragsverbund zwar grundsätzlich nicht zur abstrahierenden und isolierenden Regelungsstruktur des BGB passt, es aber vor allem unser gewohnter, an der BGB-Struktur geschulter Denkstil ist, der uns daran hindert, ihn in den Mittelpunkt dogmatischer Betrachtungen zu rücken.

756 Ähnlich die Vermutung von *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (469).

§ 15 Ansätze zu einer Mehrkomponentendogmatik

A. Mehrkomponentengeschäfte als gesetzgeberische Regelungsobjekte

Gegen die Annahme, dass das Recht blind gegenüber Vertragsverbindungen sei, und die am Ende von § 14 angesprochene Möglichkeit nichtvorhandener rechtlicher Risiken bei solchen Verbindungen spricht, dass sich im europäischen und nationalen Recht eine wachsende Anzahl an rechtlichen Regeln ausmachen lassen, welche sich über die Parteiautonomie im Hinblick auf Vertragsaufspaltungen hinwegsetzen. In Gestalt dieser Regelungen vollziehen der europäische und der deutsche Gesetzgeber den rechtstheoretischen Gedanken, anstatt dem Vertrag in den von den Parteien willkürlich gesetzten Grenzen, eine objektive Leistungskomponentenverknüpfung zur Tatbestandsgrundlage von Verbraucherschutzregelungen zu machen, explizit nach. Damit wird anerkannt, dass wirtschaftliche bzw. objektive Vertragsverbindungen unmittelbare rechtliche Folgen haben müssen, sofern die mit dem Respekt vor dem Parteiwillen einhergehende Risikoverteilung unter Verbraucherschutzgesichtspunkten problematisch ist. 1

Die Untersuchung nimmt dabei zunächst die Behandlung von Mehrkomponentengeschäften im europäischen Wettbewerbsrecht (I.) und anschließend gleichgerichtete Bestimmungen in der telekommunikationsrechtlichen Richtlinie 2018/1972/EU in den Blick (II.). Im Hinblick auf das Privatrecht kann auf die Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen abgestellt werden (§§ 358 ff. BGB) (III.). Der BGB-Gesetzgeber hat sich, zurückgehend auf eine im Angesicht des finanzierten Abzahlungsgeschäfts vorgenommene rechtstheoretische Weichenstellung („Trennungstheorie“), insofern dagegen entschieden, die Vertragsverbindung explizit als ein über den Einzelverträgen schwebendes Rechtsinstitut anzuerkennen. Nichtsdestotrotz werden hier Rechtsfolgen an die wirtschaftliche Verbindung zweier Verträge geknüpft. Von diesen Regelungen aus, scheint es rechtspolitisch nur noch ein kleiner Schritt zu einem allgemeinen privatrechtlichen Mehrkomponentenbegriff zu sein. Es zeigt sich aber, dass ein sektorenübergreifendes Schutzprogramm für Verbraucher bei Mehrkomponentengeschäften im BGB tatsächlich wohl nicht in Sicht ist. Denn die rechtstheoretische Verallgemeinerung der insbesondere in den §§ 358 ff. BGB aufgegriffenen Verbindung tritt angesichts ihres streng umgrenzten Anwendungsbereichs zwangsläufig in den Hintergrund. Auch vom europäischen Gesetzgeber sind insofern keine Impulse zu erwarten. Bereits die hinter den §§ 358 ff. BGB stehenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sind „ein Flickenteppich“.757 Der EuGH hat in 2

757 Habersack, in: FS Picker, 2010, S. 327 (339).

der Rechtssache *Schulte* zudem auch ganz ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass im Hinblick auf Verbraucherschutzrichtlinien, die keine Vorschriften über verbundene Verträge enthalten, nicht angenommen werden kann, dass diese stillschweigende derartige Vorschriften enthielten.⁷⁵⁸ Diese These wird abschließend anhand der mehrkomponentenspezifischen Inhalte von Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie untermauert (IV).

I. Mehrkomponentengeschäfte im Wettbewerbsrecht

- 3 Am Weitesten anerkannt sind die mit Mehrkomponentengeschäften zu assoziierenden Problemstellungen im Wettbewerbsrecht. Die Geschäftspraxis einer Bündelung von Angeboten⁷⁵⁹ für verschiedene Leistungskomponenten bzw. „Kopplungsgeschäfte“ werden in Richtlinie 2005/29/EG⁷⁶⁰ unmittelbar adressiert.⁷⁶¹ Bündelangebote oder Kopplungsgeschäfte sollen danach nicht per se wettbewerbsrechtlich unzulässig, sondern jeweils im Einzelfall anhand den Richtlinienbestimmungen daraufhin zu überprüfen sein, ob sie den Wettbewerbsprozess beeinflussen und den Verbrauchern schaden.⁷⁶² Der BGH hat dementsprechend schon mehrfach zur Frage der Wettbewerbswidrigkeit unterschiedlicher Kopplungsgeschäfte entschieden.⁷⁶³

II. Sektorspezifische Regelungen zu Paketen

- 4 Daneben werden Mehrkomponentengeschäfte im Telekommunikationsrecht adressiert, wobei jedoch wiederum eine abweichende Bezeichnung gewählt wurde. So behandelt die mit dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz⁷⁶⁴ in deutsches

758 EuGH Urt. v. 25.5.2005 – C-350/03 („Schulte“) = ECLI:EU:C:2005:637 Rn. 76; dazu *Habersack*, in: FS Picker, 2010, S. 327 (329).

759 Ein Angebot im wettbewerbsrechtlichen Sinne umfasst dabei über den §§ 145 ff. BGB zugrunde liegenden Wortsinn hinaus auch die invitatio offerendum, nicht jedoch allgemeine Werbeaussagen, die nur der Aufmerksamkeitserheischung dienen sollen, vgl. *Köhler* GRUR 2003, 729 Fn. 3.

760 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22.

761 Vgl. zum Stand der wettbewerbsrechtlichen Dogmatik auf europäischer Ebene insbesondere Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2019/770/EU (Warenkaufrichtlinie).

762 Vgl. Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2019/770/EU (Warenkaufrichtlinie).

763 Vgl. BGH Urt. v. 13.6.2002 – I ZR 173/01 = BGHZ 151, 84 = NJW 2002, 3403 (3404) – Kopplungsangebot I und BGH Urt. v. 13.6.2002 – I ZR 71/01 = GRUR 2002, 979 (981) – Kopplungsangebot II; dazu aus der Literatur: *Köhler* GRUR 2001, 1067 ff.; *ders.* GRUR 2003, 729; *Kügele* GRUR 2006, 105; *Ohly* NJW 2003, 2135.

764 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) v. 23.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 1858).

Recht umgesetzte Richtlinie 2018/1972/EU⁷⁶⁵ unter anderem so genannte „Pakete“, da sie inzwischen immer weiter verbreitet und ein wichtiger Wettbewerbsfaktor seien (Erwägungsgrund 283). Diese Einschätzung deckt sich mit den referierten Beobachtungen der Rechnungslegungspraxis. Charakteristisches Merkmal solcher Pakete soll sein, dass sie, „mindestens entweder einen Internetzugangsdienst oder einen öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst sowie weitere Dienste, etwa einen öffentlich zugänglichen nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienst, den linearen Rundfunk und einen Dienst der Maschine-Maschine-Kommunikation oder eine Endeinrichtung, umfassen“ (vgl. Erwägungsgrund 283). Die Bestandteile des Pakets müssten vom selben Anbieter auf Grundlage desselben Vertrags oder eines mit diesem eng zusammenhängenden oder verknüpften Vertrags bereitgestellt oder verkauft werden (Erwägungsgrund 283, vgl. auch Art. 107 Abs. 1). Der Begriff des „Pakets“ im Sinne von Richtlinie 2018/1972/EU umfasst also alle Formen der durch die Rechnungslegungspraxis in den Blick genommenen Mehrkomponentengeschäfte. Insbesondere geht es sowohl um einzelne Verträge als auch Vertragsverbindungen. Die Definition des Pakets als Rechtsfigur dient dazu, seine einzelnen Leistungskomponenten telekommunikationsrechtlich einem einheitlichen Rechtsregime zu unterwerfen. Anknüpfungspunkt des Telekommunikationsrechts ist damit nicht mehr nur der Einzelvertrag, sondern das auf einer höheren begrifflichen Ebene anzusiedelnde Paket. Insbesondere sollen die in der Richtlinie getroffenen Bestimmungen zu Vertragslaufzeit und -beendigung auf das gesamte Paket Anwendung finden. Verbraucher sollen, wenn sie das Recht haben, einen Bestandteil eines Pakets, das mindestens einen Internetzugangsdienst oder einen öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst umfasst, vor dem Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit wegen Vertragsverstoßes oder nicht erfolgter Bereitstellung zu kündigen, alle Bestandteile des Pakets kündigen können (Erwägungsgrund 283 i.V.m. Art. 107 Abs. 2).

Weitergehend führt Erwägungsgrund 283 aus, dass einige als wesentlich angesehene 5
Richtlinienbestimmungen, die die Vertragszusammenfassung, Transparenz, Vertragslaufzeit und Vertragsbeendigung sowie den Anbieterwechsel betreffen, ebenfalls auf alle Elemente eines Pakets anwendbar sein sollen. Dies soll auch für Endeinrichtungen, andere Dienste wie digitale Inhalte oder digitale Dienste sowie elektronische Kommunikationsdienste gelten, die von den Richtlinienbestimmungen eigentlich nicht direkt erfasst werden. Schließlich sollen alle Verpflichtungen gegenüber dem Endnutzer, die nach der Richtlinie für einen bestimmten elektronischen Kommuni-

765 Vgl. dazu den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Bearbeitungsstand: 9.12.2020).

kationsdienst gelten, wenn er als unabhängiger Dienst bereitgestellt oder verkauft wird, auch gelten, wenn dieser Dienst Bestandteil eines Pakets ist, das mindestens noch einen Internetzugangsdienst oder einen öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst umfasst.

- 6 Zusammenfassend benennt die Richtlinie also zum einen spezifische Gefahren, die von Mehrkomponentengeschäften für Verbraucher ausgehen können. Zum anderen wird es unternommen, diese Gefahren einer plausiblen, dem Gedanken eines hohen Verbraucherschutzniveaus Rechnung tragenden Lösung zuzuführen. Diese Lösung besteht darin, den Gerichten mit dem „Paket“ ein Rechtsinstitut an die Hand zu geben, das es ermöglicht, rechtliche Bezüge zwischen Leistungskomponenten auch ohne oder gegen den auf Vertragstrennung gerichteten Parteiwillen herzustellen. Von Relevanz ist schließlich, dass sich die Richtlinie nicht nur auf einen Mehrkomponentenverbraucherschutz beschränkt. Auch Endnutzer „in Gestalt von Kleinstunternehmen, kleinen Unternehmen oder Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht“ sollen vor Geschäftspraktiken, welche den Versuch umfassen, an die nachträgliche Entstehung eines Angebotspakets durch Zubuchung von Diensten oder Endgeräten eine Vertragsverlängerung zu knüpfen, geschützt werden (vgl. Art. 107 Abs. 3, 4 von Richtlinie 2018/1972/EU).

III. Die Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen

1. Einleitung

- 7 Die Ausführungen unter I. und II. haben gezeigt, dass das Europarecht die Verknüpfung von Leistungskomponenten teilweise explizit anerkennt. Auch die im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte im nationalen Recht maßgeblichen §§ 358 ff. BGB dienen dazu, Verbraucher vor den Belastungen und Risiken (willkürlicher) Vertragsaufspaltungen zu schützen. Die seitens der Parteien vordergründig getroffene Entscheidung, ein wirtschaftlich zusammenhängendes Geschäft in mehrere Einzelverträge aufzuspalten, wird hier aber, in Anknüpfung an die vom BGH zum finanzierten Abzahlungsgeschäft entwickelte „Trennungstheorie“, nicht grundsätzlich hinterfragt. Zwar wird also ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Verträge als Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen gewählt, anders als im Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht, wird jedoch nicht versucht, die einzelnen Leistungskomponenten begrifflich einem über der Vertragsebene auszumachenden, höherrangigen Rechtsinstitut zuzuordnen. Dieser Ansatz hat den Vorteil, dass er dem ursprünglichen Denkstil des BGB (§ 14 C.) Rechnung trägt und weniger „quer“ zu ihm steht. Grundsätzlich ist es dem Gesetzgeber natürlich unbenommen, so vorzugehen. Dem weiteren Rechtsfortschritt ist dieses Vorgehen aber eher abträglich. Denn so bleibt im Unklaren, wie der wirtschaftliche Zusammenhang, an den angeknüpft wird,

rechtstheoretisch einzuordnen ist. Problematisch ist dies, da die Wirtschaft im Lauf der Jahre immer mehr Unterformen von finanzierten Geschäften entwickelt hat. Aufgrund des im BGB gewählten Ansatzes, lassen sich diese nurmehr im Wege der Auslegung, Analogiebildung oder Gesetzesreform, also schrittweise-tastend rechtlich bewältigen, obschon, wie Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht zeigen, längst ein zur umfassenden Problemerkennung und -lösung geeignetes rechtstheoretisches Denkmodell verfügbar ist.

2. Wirtschaftliche Verknüpfung von Leistungskomponenten

Um dies näher zu erfassen, gilt es sich zunächst vor Augen zu führen, dass schon 8 die §§ 358 f. BGB eine seit langem verbreitete und Gegenstand rechtsdogmatischer Überlegungen bildende Sachverhaltskonstellation adressieren. Sie kam, wie *Gernhuber* ausführt, in einer Zeit auf, in welcher die Warenkäufer nicht mehr über ausreichendes Kapital für Kreditverkäufe verfügten und deshalb neue Methoden der Kauffinanzierung erdacht werden mussten.⁷⁶⁶ Es geht also darum, dass Unternehmen, wenn ein Verbraucher, der von ihnen eine Leistung beziehen will, nicht zur Barbezahlung in der Lage ist, nach Wegen suchen, dennoch einen Geschäftsabschluss herbeizuführen. Einerseits besteht dann die Möglichkeit, eine Ratenzahlung zu vereinbaren. Dieser Fall wird heute in den §§ 506 f. BGB geregelt. Alternativ kann das wirtschaftliche Gesamtgeschäft in zwei separate Verträge (einen Beschaffungs- und einen Finanzierungsvertrag) aufgespalten werden, wobei der Grundfall dieser Aufspaltung als finanzierter Abzahlungskauf bezeichnet wird, die §§ 358 f. BGB aber heute auch auf vergleichbare Finanzierungsgeschäfte Bezug nehmen.⁷⁶⁷ Auf den Regelungsgehalt der §§ 358 f. BGB wird – soweit er für die Arbeit von Interesse ist – unter II. zurückgekommen. Zunächst geht es um die Regelungsstruktur: Sie folgt bis heute der in richterlicher Rechtsfortbildung zum finanzierten Abzahlungskauf entwickelten „Trennungstheorie“, wonach Kauf und Darlehensvergabe grundsätzlich als zwei getrennte Verträge anerkannt werden.⁷⁶⁸

Insofern gab es selbst abseits finanzierter Abzahlungsgeschäfte zunächst Tendenzen, 9 einen auf § 242 BGB gestützten Durchgriff über die Vertragsgrenzen hinweg zuzulassen. Zuletzt wurde noch nicht einmal mehr ein finanzierter Konsumgütererwerb vorausgesetzt. Vielmehr hat der BGH den Einwendungsdurchgriff auch zugelassen,

⁷⁶⁶ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 6, S. 717.

⁷⁶⁷ *Rosenkranz*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 22.

⁷⁶⁸ Vgl. zur Trennungstheorie nur BGH Urt. v. 26.3.1976 – V ZR 247/74 = BGHZ 66, 165 (168) = NJW 1976, 1093; BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 (303) = NJW 1982, 1694 (1695); BGH Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 214/83 = BGHZ 95, 350 = NJW 1986, 43 (44); BGH Urt. v. 13.11.1975 – III ZR 104/72 = WM 1975, 1298; BGH Urt. v. 21.6.1979 – III ZR 62/78 = NJW 1979, 2511; BGH Urt. v. 8.11.1979 – III ZR 115/78 = NJW 1980, 782 (783).

als es um den Bau einer Eigentumswohnung,⁷⁶⁹ die Anlage eines Tennisplatzes⁷⁷⁰ und die Beteiligung von Arbeitnehmern am Arbeitgeberunternehmen⁷⁷¹ ging.⁷⁷² Als es dann aber eine gesetzliche Regelung gab, fand die Rechtsprechung zu einer deutlich restriktiveren Linie. So hatte der XI. Zivilsenat 2006 über Realkreditverträge zur Finanzierung eines Immobilienerwerbs zu befinden. Hier ging es nicht unmittelbar um ein verbundenes Geschäft im Sinne von § 9 VerbrKrG a.F., weil die Regelung auf diese Verträge gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. keine Anwendung fand.⁷⁷³ Der XI. Zivilsenat entschied, dass auch ein Einwendungsdurchgriff nach den aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsätzen der Rechtsprechung zum verbundenen Geschäft nicht in Betracht komme. Der Gesetzgeber habe die bewusste Entscheidung getroffen, derartige Geschäfte aus dem Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG auszunehmen. Dies sperre auch den Rückgriff auf die richterrechtlich entwickelte Fallgruppe des § 242 BGB.⁷⁷⁴

- 10 Dementsprechend knüpfen die §§ 358 f. BGB in Anerkennung der vom Parteiwillen getragenen Vertragstrennung rechtliche Folgen an die nichtsdestotrotz ganz offenkundig bestehende (und gewollte) wirtschaftliche Verknüpfung von finanziertem Geschäft und Finanzierungsgeschäft. § 358 Abs. 1 BGB erstreckt die Rechtsfolgen des Widerrufs des finanzierten Geschäfts auf das Finanzierungsgeschäft (den Darlehensvertrag). § 358 Abs. 2 BGB erfasst demgegenüber den umgekehrten Fall: Die Rechtsfolgen des Widerrufs des Finanzierungsgeschäfts werden hier auf das finanzierte Geschäft erstreckt. Bei näherem Hinsehen ist der evolutionäre Gehalt der Regelungen begrenzt: Zwar modifizieren sie den personalen Relativitätsgrundsatz (§ 14 B. III.) insofern es keine Rolle spielt, inwiefern der Sachleistungsschuldner des finanzierten Geschäfts zugleich Darlehensgeber beim Finanzierungsgeschäft ist, den Grundsatz der freien Vertragstrennbarkeit (§ 14 B. II.) lassen sie aber unangetastet. Die objektiv bestehende Verknüpfung zwischen den Verträgen wird nur gerade so weit als rechtlich relevanter Umstand anerkannt, wie es sich nicht vermeiden lässt.
- 11 *Gernhuber* hat diese Art von Initiativen, um dem Phänomen der Vertragsverbindungen Rechnung zu tragen, treffend als Vorschläge, die um Legitimation aus dem

⁷⁶⁹ BGH WM 1979, 1059.

⁷⁷⁰ BGH WM 1982, 150 = ZIP 1982, 155.

⁷⁷¹ BGH NJW 1978, 2145.

⁷⁷² Vgl. auch den vom III. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 28.5.1984 (III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2818)) insofern erstellten Überblick.

⁷⁷³ Der Gesetzgeber des VerbrKrG hat die gesetzliche Regelung in § 9 VerbrKrG zwar in Anlehnung an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze geschaffen (vgl. Begr. RegE VerbrKrG, BT-Drucks. 11/5462, S. 12, 23 f.), dabei jedoch Modifikationen und Einschränkungen vorgenommen, vgl. insofern im Einzelnen BGH Urt. v. 27.1.2004 – XI ZR 37/03 = NJW 2004, 1376 (1378).

⁷⁷⁴ BGH Urt. v. 27.1.2004 – XI ZR 37/03 = NJW 2004, 1376 (1378); BGH Urt. v. 26.9.2006 – XI ZR 283/03 = NJW 2007, 361 Rn. 14; vgl. dazu *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 359 Rn. 20; a.A. u.a. *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 21 (vgl. bereits oben).

bereits Bekannten und Bewährten bemüht seien, bezeichnet.⁷⁷⁵ Denn sie ändern, auch wenn ihre Fülle im Laufe der Jahre angesichts der fortschreitenden Geschäftsentwicklung zwangsläufig steigen muss, nichts daran, dass die Vertragsverbindung insgesamt für das BGB terra incognita bleibt: Es wird definiert, wann ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder über die Erbringung einer anderen Leistung und ein Darlehensvertrag verbunden sind, was insbesondere voraussetzt, dass sie eine wirtschaftliche Einheit bilden, für die wiederum Kriterien benannt werden (§ 358 Abs. 3 BGB). Dem Gesetz lässt sich aber kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass Verbund oder wirtschaftliche Einheit verallgemeinerungsfähige Rechtsinstitute sind, an welche sich allgemeine Rechtsfolgen anknüpfen. Dieser Umstand wird durch den im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie⁷⁷⁶ nachträglich eingefügten § 360 BGB besonders deutlich, der seinem Wortlaut nach nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn Verträge nicht bereits im Sinne des §§ 358 f. BGB verbunden sind. Gemäß § 360 BGB ist das Schicksal zweier Verträge im Falle eines Widerrufs bereits dann verknüpft, sofern sie zusammenhängen. Die Regelung wäre aber gar nicht erforderlich geworden, sofern nicht legislatorisch neue Vertragsverbindungen entdeckt worden wären, auf die man in Ermangelung eines allgemeinen Rechtsinstituts wiederum nur im Wege der Einzelregelung Rechnung tragen konnte, ohne den Blick für das „große Ganze“ zu haben.

3. Punktueller Regelungsgehalt

a. Überblick

Die rechtstheoretische Durchdringung des Vertragsverbunds (§ 358 BGB) bzw. des 12 Vertragszusammenhangs (§ 360 BGB) musste seit den Ausführungen *Gernhubers* nicht erkennbar weiter fortschreiten, weil sich der Gesetzgeber andauernd auf die Regelungsprobleme finanzierter Verbrauchergeschäfte⁷⁷⁷ fokussiert hat. So sollen die modernen §§ 358 f. BGB allein die Risiken des finanzierten Erwerbs abmildern, erfassen also nur eine bestimmte Form des Mehrkomponentengeschäfts. § 360 BGB setzt als weitere Einschränkung eine Einteilbarkeit der maßgeblichen Verträge in Haupt- und Nebenvertrag (Akzessorietät) voraus. Darüber hinaus sollen die §§ 358 – 360 BGB vor allem das Verbraucherwiderrufsrecht effektuieren. § 506 BGB hat demgegenüber bislang keine nennenswerte rechtliche Relevanz entfalten können, da seine Tatbestandsvoraussetzungen sehr unbestimmt gefasst sind. Bei den Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen handelt es sich damit

⁷⁷⁵ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 5, S. 712.

⁷⁷⁶ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013, BGBl. I 2013, S. 3642.

⁷⁷⁷ Vgl. zur Frage der analogen Anwendbarkeit im B2B-Bereich nur *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 359 Rn. 20; *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 21.

offenkundig um Sondertatbestände. Es ist von einem gesetzgeberischen Regelungsplan, die Durchgriffsregeln auf wenige Sachverhalte zu begrenzen, auszugehen. Es geht hier nur darum, bei einer kleinen Anzahl von Sachverhalten einen umfassenden Verbraucherschutz zu gewährleisten.

- 13 Dieser Umstand muss eine rechtstheoretische Sperrwirkung entfalten. Erst die seitens der Rechnungslegungspraxis bereitgestellte, mit der Bezeichnung Mehrkomponentengeschäfte versehene Morphologie der Vertragsverbindungen erscheint dazu geeignet, sie aufzuheben. Die §§ 358 ff. BGB helfen bei der übergreifenden dogmatischen Bewältigung von aus wirtschaftlichen Komponentenverknüpfungen herrührenden Problemen nach hier vertretener Auffassung angesichts ihres engen Anwendungsbereichs hingegen nicht unmittelbar weiter. Insbesondere lassen sie sich nicht extensiv auslegen oder breit analog anwenden. Dementsprechend erweisen sich auch die drei Entscheidungen des XI. Zivilsenats des BGH, in denen er eine analoge Anwendung der Vorgängerregelungen aus dem alten Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) verneint hat,⁷⁷⁸ weiterhin als richtig⁷⁷⁹. In der Literatur wurde zwar eine beachtliche Gegenposition entwickelt. Die Literaturstimmen befürworten bei näherem Hinsehen aber keine Analogie im engeren Sinne, sondern stützen sich darauf, dass sich aus § 242 BGB ein allgemeines Rechtsinstitut des Einwendungsdurchgriffs ergebe, das in § 359 BGB bzw. § 9 VerbrKrG a.F. nur eine spezifische Ausprägung erfahren habe.⁷⁸⁰ Eine Position, die mit der hier nachstehend entwickelten Auffassung weitgehend übereinstimmt.
- 14 Auch eine Rechtsfindung praeter legem auf der Grundlage der europäischen Richtlinienbilder der §§ 358 ff. BGB scheidet aus. Denn die Literatur nimmt an, dass bereits keine „interne“, „europäisch zu füllende Lücke“ des europäischen Rechts vorliegt, sofern es an einem greifbaren Vollständigkeitsanspruch des europäischen Gesetzgebers fehlt.⁷⁸¹ Dementsprechend liegt, wenn sich eine umfassende Regelungsabsicht des europäischen Regelsetzers nicht nachweisen lässt, nahe, dass das europäische Recht jedenfalls nicht planwidrig unvollständig gelassen wurde.⁷⁸²

778 BGH Urt. v. 16.5.2006 – XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 Rn. 17, 25; BGH Urt. v. 26.9.2006 – XI ZR 283/03 = NJW 2007, 361 Rn. 14; BGH Urt. v. 27.1.2004 – XI ZR 37/03 = NJW 2004, 1376 (1378).

779 Habersack, in: MüKo-BGB, § 359 Rn. 20; Koch, in: Erman BGB, § 359 Rn. 2; Fuchs AcP 199 (1999), 305 (320 ff.) (zum VerbrKrG).

780 Vgl. etwa Herresthal, in: Staudinger BGB, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 21; Makowsky, Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis, S. 388 f.; Canaris ZIP 1993, 401 (411 f.); Finkenaue/Brand JZ 2013, 273 (277 f.).

781 Neuner, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 12 Rn. 28, 30; Krebs/Jung, in: Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 2 Rn. 169.

782 Krebs/Jung, in: Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 2 Rn. 169.

b. §§ 358 f. BGB

Gemäß § 358 BGB müssen entweder das finanzierte Geschäft (Abs.1) oder der Darlehensvertrag als Kreditgeschäft i.S.d. §§ 491 ff. BGB (Abs. 2) dem Widerruf zugänglich und die Widerrufsmöglichkeit wirksam ausgeübt sein. Im Rahmen des Abs.1 werden mithin allein finanzierte Verbrauchergeschäfte erfasst, bei denen es sich um Fernabsatzverträge (§ 312c BGB) oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§ 312b BGB) handelt. Damit verliert § 358 BGB seinen Geltungsgehalt, sobald die Widerrufsfrist abgelaufen ist. Allerdings besteht insbesondere bei Leistungsstörungen im Rahmen der Abwicklung des finanzierten Geschäfts die Möglichkeit eines Einwendungsdurchgriffs gemäß § 359 BGB. Einwendungen aus dem Darlehensvertrag darf der Verbraucher dem Unternehmer aber auch gemäß § 359 BGB nicht entgegenhalten.⁷⁸³ Die §§ 358 f. BGB dienen mithin in erster Linie dazu, die Verbraucherwiderrufsrechte bei Fernabsatzverträgen oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen abzusichern.⁷⁸⁴ Das Widerrufsrecht soll, auch wenn der finanzierte Erwerb – mehr oder weniger willkürlich – in mehrere Verträge aufgespalten wird, seine verbraucherentlastende Wirkung entfalten können. Dass die §§ 358 f. BGB allein die Gefahren des unmittelbar finanzierten Konsums adressieren,⁷⁸⁵ wird bereits am ersten, noch rein deskriptiven Bestandteil der – für § 358 BGB wie § 359 BGB gleichermaßen geltenden⁷⁸⁶ – Legaldefinition der Vertragsverbindung in § 358 Abs. 3 Satz 1 BGB deutlich. Danach muss das „Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags“ dienen.

c. § 360 BGB

Der zeitlich gesehen jüngere § 360 BGB erscheint neben den genannten Regelungen als Fremdkörper. Zwar adressiert auch er das den Verbraucher bei einer rechtlichen Trennung von Verträgen treffende Risiko, sein Wortlaut suggeriert aber einen viel weiter angelegten Regelungsgehalt als denjenigen der Parallelvorschriften. Da sich aber kaum Indizien dafür finden lassen, dass der europäische (sowie der deutsche) Gesetzgeber dies bezweckt bzw. überhaupt erkannt hätten,⁷⁸⁷ ist § 360 BGB eng auszulegen. Wenn überhaupt, sollten von der Regelung nur wenige Fälle erfasst werden. Tatbestandlich muss unter den im Zusammenhang stehenden Verträgen zudem ein Rangverhältnis bestehen, da es um Neben- bzw. Zusatzleistungen geht,

783 Dazu *Habersack*, in: *MüKo-BGB*, § 359 Rn. 8; *Herresthal*, in: *Staudinger BGB*, Updatestand 25.11.2024, § 359 Rn. 2.

784 Vgl. *Rosenkranz*, in: *BeckOGK BGB*, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 25; vgl. auch *Reg. Begr. Verbraucherrechtlichrichtlinienumsetzungsgesetz*, BT-Drucks. 17/12637, S. 66.

785 Vgl. *Maultzsch/Czarnecki ZEuP* 2016, 832 (843).

786 *Habersack*, in: *MüKo-BGB*, § 359 Rn. 8.

787 Vgl. im Einzelnen: *Freudenmacher*, *Zusammenhängende Verträge*, S. 84 f., 106 ff., 203: restriktiv zu verstehende Ausnahmegesetz.

die „im Zusammenhang“ mit einem Hauptvertrag erworben werden.⁷⁸⁸ Weiterhin muss es sich bei dem Hauptvertrag – wie in §§ 358 f. BGB – um einen dem Widerruf zugänglichen Verbrauchervertrag handeln, also einen Fernabsatzvertrag oder einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag, zu dem der Zweitvertrag in einem akzessorischen Verhältnis steht.

d. § 506 BGB

- 17 § 506 BGB, der atypische Finanzierungsformen erfassen soll, wird, wie § 360 BGB, verbreitet als Auffangtatbestand mit kleinem Anwendungsbereich charakterisiert.⁷⁸⁹ Insbesondere bestehen erhebliche Unsicherheiten darüber, was eine „unentgeltliche Finanzierungshilfe“ ist. Dies lässt sich an der Diskussion darüber, ob die Subventionierung von Mobiltelefonen (vgl. zur landläufigen Einordnung als Mehrkomponentengeschäft: § 1 A. II.) eine entgeltliche Finanzierungshilfe im Sinne von § 506 BGB darstellt, beispielhaft nachvollziehen. Eine – inzwischen wohl als herrschend zu bezeichnende – Auffassung in Rechtsprechung und Literatur bejaht dies, da dem Verbraucher ermöglicht werde, das Mobiltelefon früher zu erwerben, als er dies im Regelfall könnte.⁷⁹⁰ Vorauszusetzen sei aber, dass tatsächlich zunächst eine Subventionierung stattfinde, die der Verkäufer infolge der Abgeltung des Mobilfunkdienstleistungsvertrags refinanzieren. Zudem müssten infolge der Vorfinanzierung insgesamt Mehrkosten zulasten des Verbrauchers anfallen, was jedoch zu vermuten sein soll.⁷⁹¹
- 18 Unklar bleibt allerdings, welcher Vertrag genau von § 506 Abs. 1 Satz 1 BGB erfasst werden soll, weil der Unternehmer „durch“ ihn dem Verbraucher eine entgeltliche Finanzierungshilfe gewährt. Vor dem Hintergrund der im Bilanzrecht geführten Debatte, erschiene es willkürlich, gerade dem „Mobilfunkvertrag“ die Eigenschaft zuzuschreiben, (auch) einen „Kredit zum Gegenstand“ zu haben.⁷⁹² Die Schwerpunktsetzung ist vielmehr offen. Dazu passt, dass in der Literatur Stellungnahmen dominieren, die sich nicht schlussendlich festlegen wollen.⁷⁹³ Schließlich existiert in der Kommentarliteratur nach wie vor eine stark vertretene Gegenauffassung, der

788 Vgl. Begr. RegE Verbraucherrechtlichinienumsetzungsgesetz, BT-Drucks. 17/12637, S. 67.

789 Weber, in: MüKo-BGB, § 506 Rn. 24, 33; Haertlein, in: BeckOGK BGB, I.11.2024, § 506 Rn. 28.

790 LG Lüneburg MMR 2011, 735; ebenso Kessal-Wulf, in: Staudinger BGB, § 506 Rn. 4; Berger, in: Jauernig BGB, § 506 Rn. 7; Limbach NJW 2011, 3770; in der Tendenz zustimmend auch Weber, in: MüKo-BGB, § 506 Rn. 33; Möller, in: BeckOK-BGB, § 506 Rn. 9; Haertlein, in: BeckOGK BGB, Stand I.11.2024, § 506 Rn. 29.

791 Haertlein, in: BeckOGK BGB, Stand I.11.2024, § 506 Rn. 29.

792 So Limbach NJW 2011, 3770.

793 Haertlein, in: BeckOGK BGB, Stand I.11.2024, § 506 Rn. 29: die Eingruppierung als sonstige Finanzierungshilfe stehe „in der Diskussion“; vgl. auch Limbach NJW 2011, 3770 (3771); ders. ZGS 2009, 206 (208), demzufolge angesichts dessen, dass der Mobilfunkvertrag offenkundig (vor allem) eine Dienstleistungskomponente aufweist und nicht primär der Finanzierungshilfe dient, die Verträge (jedenfalls) „nach dem Gedanken des § 139 BGB“ ein einheitliches Schicksal erfahren würden.

zufolge – jedenfalls solange der Gedanke zutrefte, dass für den Verbraucher beim Geschäftsabschluss der Erhalt des Mobiltelefons nur von untergeordneter Bedeutung sein könne, da es ihm hauptsächlich auf den durch den Anbieter vermittelten Zugang zum Mobilfunknetz bzw. zum Internet ankomme – § 506 BGB hier gar nicht erfüllt sei.⁷⁹⁴

IV. Rückschrittiger Ansatz der jüngsten Verbraucherrechtsreformen

Insgesamt haben die Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen damit kaum zur Entwicklung eines privatrechtstheoretischen Mehrkomponentendenkens in Deutschland beigetragen. Auch die jüngsten Verbraucherrechtsreformen und ihre Umsetzung in deutsches Recht werden daran nichts ändern. Das Europarecht hat in Form der Richtlinie 2019/770/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 20.5.2019⁷⁹⁵ und der Richtlinie 2019/771/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (Warenkaufrichtlinie), datiert auf denselben Tag, zwar zuletzt eine Reform des BGB provoziert, welche das Phänomen wirtschaftlich verbundener Leistungskomponenten in Gestalt der Anerkennung von „Paketverträgen“ aufgreift. Der europäische und deutsche Gesetzgeber haben aus der Tatsache, dass Leistungskomponenten Verbrauchern in der Praxis heute oftmals vernetzt angeboten werden, aber nur unzureichende Konsequenzen gezogen. Anders als im Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht erscheint es angesichts dessen fernliegend, dass sich die zivilrechtstheoretische Stellung der Mehrkomponentengeschäfte bald grundlegend ändert.

1. Paketverträge in der Warenkaufrichtlinie

Der nationale Gesetzgeber hat Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen⁷⁹⁶ und dem Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags⁷⁹⁷, jeweils vom 25.6.2021, im BGB umgesetzt. Beide Richtlinien sollen nationale Alleingänge im Bereich des Vertragsrechts über digitale Inhalte ver-

⁷⁹⁴ Vgl. insofern *Nietsch*, in: Erman BGB, § 506 Rn. 13; vgl. bereits *Saenger*, in: Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 506 Rn. 13.

⁷⁹⁵ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABL 2019 L 136, 1.

⁷⁹⁶ BGBl. I 2021, S. 2123.

⁷⁹⁷ BGBl. I 2021, S. 2133.

hindern bzw. diesen zuvorkommen⁷⁹⁸ und zielen in ihren Regelungsbereichen dementsprechend auf eine Vollharmonisierung ab. Den Mitgliedstaaten wurden keine Abweichungen (auch nicht zugunsten der Verbraucher) erlaubt.⁷⁹⁹ Die Warenkauf-richtlinie erfasst neben „klassischen“ Kaufverträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher auch den so genannten „Paketvertrag“. Dabei soll es sich um einen Verbrauchervertrag handeln, der neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand hat.⁸⁰⁰

- 21 Im deutschen Recht findet sich der Paketvertrag in § 327a BGB. Davon erfasst ist insbesondere der Fall des Erwerbs eines Computers samt Software, jedoch nicht der Erwerb einzelner Softwareleistungen. Insofern soll es keine Rolle spielen, ob die Software im zweiten Fall auf einem Datenträger veräußert wird. Denn die Warenkaufrichtlinie soll, dem ihr zugrundeliegenden „Konzept der Medienneutralität“⁸⁰¹ folgend, bereits dann keine Anwendung finden, wenn ein Datenträger nicht um seiner selbst willen, sondern allein wegen der auf ihm verkörperten digitalen Inhalte erworben wird.⁸⁰² Den Beweggründen, welche die EU zur Regulierung von Paketverträgen bewogen haben, liegen dieselben Beobachtungen zugrunde, welche auch die Rechnungslegungspraxis gemacht hat. So geht die Warenkaufrichtlinie davon aus, dass Software und Hardware im Geschäftsleben heute regelmäßig vertraglich vernetzt werden.⁸⁰³ Digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen würden oft mit der Bereitstellung von Waren oder anderen Dienstleistungen kombiniert und dem Verbraucher in dem gleichen Vertrag, der in einem Paket unterschiedliche Elemente beinhaltet, angeboten.
- 22 Als Beispiel wird die Bereitstellung digitalen Fernsehens und der Kauf elektronischer Geräte genannt. In einem solchen Fall enthalte der Vertrag zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer Elemente eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder einer digitalen Dienstleistung, aber auch Elemente anderer Vertragsarten, beispielsweise von Verträgen über den Kauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.⁸⁰⁴ Hieran zeigt sich: Insofern § 327a Abs. 1 BGB bestimmte, in der Praxis vorkommende Sachverhaltsgestaltungen als „Paketvertrag“ definiert, wird damit wiederum ein Teilbereich der hier behandelten Mehrkomponentengeschäfte adressiert. Dafür spricht weiterhin, dass die Warenkaufrichtlinie näher zwischen

798 Vgl. Wendehorst, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, Wien 2016, S. 45 (47).

799 Bach NJW 2019, 1705.

800 Vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Warenkaufrichtlinie.

801 Bach NJW 2019, 1705 (1706); Staudenmeyer NJW 2019, 2497; ders. NJW 2019, 2889.

802 Vgl. Art. 3 Abs. 4 lit. a Warenkaufrichtlinie.

803 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

804 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

Sachverhalten, bei denen „die verschiedenen Bestandteile des Pakets von ein und demselben Unternehmer im Rahmen eines einzigen Vertrags ein und demselben Verbraucher angeboten werden“, und solchen, bei denen „ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen als verbunden mit oder akzessorisch zu einem anderen Vertrag betrachtet werden kann“, differenziert.⁸⁰⁵

2. Anknüpfung an den Gesamtvertrag als Rückschritt

Bereits die Definition der „Paketverträge“ sorgt dafür, dass die Neuregelungen das Phänomen Mehrkomponentengeschäfte schlussendlich nur unzureichend erfassen. Aus Sicht einer Mehrkomponentenrechtstheorie ist rückschrittig, dass unter den Begriff nur Verbraucherverträge zu fassen sein sollen, welche zwischen denselben Vertragsparteien geschlossen werden und neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben (§ 327a Abs. 1 BGB⁸⁰⁶). Damit gleicht der Paketvertrag strukturell dem Pauschalreisevertrag, bei dem ein Reisender mit einem Reiseveranstalter „eine Gesamtheit von mindestens zwei verschiedenen Arten von Reiseleistungen für den Zweck derselben Reise“ vereinbart (vgl. § 651a Abs. 1, 2 BGB). Zunächst wurde hier also nicht die inhaltliche Verbundenheit oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Leistungspflichten als Anknüpfungspunkt für die rechtliche Regelung gewählt. Anknüpfungspunkt ist vielmehr eine Verbindung der Leistungskomponenten in einem einzigen Vertrag.⁸⁰⁷ Die Rechtsfigur der verbundenen Verträge im Sinne des § 358 BGB oder zusammenhängenden Verträge im Sinne des § 360 BGB ist demgegenüber innovativer.⁸⁰⁸ Einen weiteren Rückschritt bedeutet es, dass „Personenidentität auf beiden Seiten des Vertrags“ vorausgesetzt wird.⁸⁰⁹ Die gerade im Bereich digitaler Produkte praktisch relevanten 3-Personen-Konstellationen werden mithin bereits definitorisch ausgeblendet. Auch insofern folgt das deutsche Recht den Selbstlimitierungen der europäischen Richtlinie.

805 Dabei unterfällt allerdings, was den Anwendungsbereich der Neuregelungen einschränkt, nur die erste Fallkonstellation der Richtlinie, vgl. Erwägungsgrund 34 Warenkaufrichtlinie.

806 Insofern wird Bezug auf die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 6 der Richtlinie 2019/770/EU genommen.

807 Vgl. Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 45.

808 Vgl. auch *Auer* ZfPW 2019, 130 (147): Leistungsbeziehungen über digitale Inhalte seien oftmals von wirtschaftlichen Verbindungen geprägt, die sich eher in vertraglichen Netzwerkstrukturen niederschlagen. Da die Architekten des BGB diese Entwicklung naturgemäß nicht hätten voraussehen können, hätte das Fundament des BGB-Schuldrechts gegebenenfalls entsprechend angepasst werden müssen.

809 Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 45: „Sowohl der Unternehmer als auch der Verbraucher müssen Vertragspartei für alle im Paket enthaltenen Vertragsbestandteile sein.“

3. Regelung bloßer Teilelemente des Paketvertrags

- 24 Entsprechend der europarechtlichen Vorgaben sind die Neuregelungen darüber hinaus „nur auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen“ (vgl. § 327a Abs. 1 Satz 2 BGB⁸¹⁰). Ansonsten solle das nationale Recht bzw. das sektorspezifisch bereits zuvor erlassene EU-Telekommunikationsrecht greifen.⁸¹¹ Der Fortbestand des nationalen Rechts gelte insbesondere auch im Hinblick auf „die Auswirkungen, die die Beendigung eines Elements eines Paketvertrags auf die übrigen Elemente des Paketvertrags haben könnte“. Dies hat zur Folge, dass die besonderen Verbraucherrechtsbehelfe für Paketverträge⁸¹² jeweils allein an Leistungsstörungen im Hinblick auf das digitale Produkt anknüpfen.⁸¹³ Das Schicksal der anderen Leistungskomponenten bleibt ausgeblendet und vermag nur nach den Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts Auswirkungen im Hinblick auf den Paketvertrag zu zeitigen.

4. Anlehnung an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB

- 25 Kritisch zu würdigen ist schließlich das in § 327c Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltene spezielle Vertragsbeendigungsrecht⁸¹⁴ für den Fall der Nichtbereitstellung eines digitalen Produkts im Rahmen eines Paketvertrags. Danach kann sich der Verbraucher, sofern der Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung eines digitalen Produkts auf Aufforderung nicht unverzüglich nachkommt, im Hinblick auf alle Bestandteile des Paketvertrags vom Vertrag lösen, wenn er an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das nicht bereitgestellte digitale Produkt kein Interesse hat (§ 327c Abs. 6 BGB). Spiegelbildlich ausgestaltet ist das neue Recht zur Beendigung eines Paketvertrags im Falle eines mangelhaften digitalen Produkts, das Bestandteil eines solchen Vertrags ist (vgl. §§ 327m Abs. 4 Satz 1, Abs. 1, 327o BGB). Beide Regelungen lehnen sich damit inhaltlich an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB an.⁸¹⁵ Angesichts dessen kommt den Neuregelungen vor dem Hintergrund der bestehenden schuldrechtlichen Regelungen (insbesondere des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB) ein weitgehend deklaratorischer Charakter zu. Ihre Existenz scheint der Tatsache geschuldet, dass

810 Vgl. auch Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

811 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Warenkaufrichtlinie.

812 § 327c Abs. 6 BGB sowie § 327m Abs. 4 BGB.

813 Vgl. Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 45.

814 Vgl. zum Begriff § 309 Nr. 8 BGB, mit umfasst sind insbesondere die Rechtsbehelfe Rücktritt und Kündigung, Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 50.

815 So soll sich das fehlende Verbraucherinteresse bei einer Leistungsstörung im Hinblick auf den digitalen Leistungsbestandteil des Paketvertrags an der Frage der Verwendbarkeit der weiteren Paketbestandteile ausrichten und dementsprechend unter Rückgriff auf die zu § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB ergangene Rechtsprechung zu bestimmen sein, vgl. Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 52, 69.

die Richtlinie 2019/770/EU, anstatt sich den herkömmlichen Rechtsbehelfskategorien zu bedienen, die allgemeinere „Vertragsbeendigung“ in den Mittelpunkt stellt.⁸¹⁶

V. Zwischenergebnis

1. Die Untersuchung hat aufgezeigt, dass der Denk- und Regelungsansatz des BGB einer dogmatischen Erfassung des Umstands einer wirtschaftlichen Verknüpfung von Leistungskomponenten zunächst entgegenstehen. Die gesetzlichen Regelungen knüpfen an einzelne Leistungspflichten an. Damit bleibt es implizit dem Parteiwillen überlassen, ob einzelne Leistungskomponenten in einem Vertrag zusammengefasst oder getrennt werden. Das Recht scheint sich über den Parteiwillen auch im Angesicht einer offenkundigen wirtschaftlichen Verbindung von Leistungskomponenten nicht hinwegzusetzen. In der Folge ist erst einmal nichts erkennbar, was den wirtschaftlichen Gestaltungswillen von Mehrkomponenten-anbietern einschränken würde. Die Arbeit scheint damit auch zivilrechtstheoretisch eine *Fata Morgana* zu behandeln.
2. Sofern eine Reihe von Regelungskomplexen neueren Datums in die Betrachtung einbezogen werden, ist dieses Zwischenergebnis teilweise zu revidieren: So hat sich im Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht bereits der Gedanke durchgesetzt, dass über der Ebene der Einzelverträge und unabhängig von dieser ein Rechtsinstitut anerkannt werden muss, um der Gefahr verbraucherschädlicher Aufspaltungen einheitlicher Geschäfte flächendeckend Rechnung tragen zu können. Das Privatrecht hinkt insofern noch hinterher. Dies zeigt sich insbesondere an den Regelungen zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen. Obwohl nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass infolge von Gesetzesreformen und -auslegung immer zahlreichere Vertragsverbindungen Berücksichtigung finden, erzwingen ausschließlich Normen mit einem sehr spezifischen Schutzzweck eine Abkehr vom gewohnten Denken in voneinander isolierten Rechtsverhältnissen mit einem rechtlich gleichgültigen Zweckzusammenhang. Die jüngsten europäischen Verbraucherrechtsreformen bleiben aber selbst hinter dem erst erreichten Stand noch zurück und implementieren ein rückschrittliches Regelungsmodell, bei dem es zwar unternommen wird, Vertragseinheiten aufzugreifen, nicht aber Vertragsverbindungen. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte und der darauf bezogenen (Kommentar-)Literatur, sondern der Rechtstheorie, an diesem

816 Vgl. dazu Begr. RegE DIDIUG, BT-Drucks. 19/27653, S. 50: „Da das Recht des Verbrauchers nach Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie gleichermaßen sowohl auf Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch als auch auf Dauerschuldverhältnisse Anwendung finden soll, waren weder der Rücktritt noch die Kündigung für sich genommen geeignete Rechtsbehelfe. Des Weiteren ist § 323 BGB nur auf gegenseitige Verträge anwendbar, was Verträge im Sinne des § 327 Absatz 3 BGB nicht zwingend umfassen würde. Aus diesem Grund enthält § 327c Absatz 1 BGB das im Verhältnis zu diesen anderen Rechtsbehelfen speziellere Recht auf Vertragsbeendigung.“

Zwischenstand etwas zu ändern. Die durch die Rechnungslegungspraxis zur Verfügung gestellte Morphologie der von ihr als Mehrkomponentengeschäfte bezeichneten Vertragsverbindungen bietet hierzu einen aktuellen, ganz besonders dringlichen Anlass.

3. Im Lichte dessen kann die Untersuchung in Teil 5 nach wie vor zu mehreren möglichen Ergebnissen kommen: Zunächst besteht die Möglichkeit, dass willkürliche Vertragsaufspaltungen ein Nischenproblem sind. Alternativ kann es jeweils den Parteien überlassen bleiben, sich selbst vor diesem rechtlich nicht greifbaren Risiko zu schützen. Eine dritte Möglichkeit besteht darin, dass das BGB im Hinblick auf diese Vertragsaufspaltungen eine Schutzlücke aufweist. Im letzteren Fall stellt sich die Frage, ob sich eine umfassende Mehrkomponentendogmatik erarbeiten lässt oder – alternativ – der auf die einzelne Leistungspflicht fokussierte Regelungsansatz des BGB nicht mehr zeitgemäß ist, weil er es nicht länger zulässt, neuartige Gerechtigkeitsdefizite zu bewältigen. Dann muss die Untersuchung rechtspolitisch für eine stärkere Berücksichtigung funktionaler Zusammenhänge im BGB plädieren. Für die Rechnungslegung würde dies bedeuten, dass die Umsatzaufgliederung den Regelfall bilden kann.

B. Institutionenbildung

I. Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung

- 26 Im Ausgangspunkt der übergreifenden dogmatischen Bewältigung von wirtschaftlichen Komponentenverknüpfungen steht die Beobachtung, dass der BGH in drei sich über Jahrzehnte erstreckenden Rechtsprechungslinien eine Auslegungsregel entwickelt hat, anhand derer zu ermitteln sein soll, ob mehrere verknüpfte Leistungskomponenten nach dem Parteiwillen ein einheitliches Schicksal erfahren sollen. Für die Arbeit ist das bedeutsam, weil so unabhängig von der Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft, den daran anknüpfenden §§ 358 ff. BGB und der „Trennungstheorie“ eine allgemeine Aussage darüber, wann Leistungskomponenten als rechtliche Einheit anzusehen sind, ermöglicht wird. Dadurch wird ein argumentatives Gegengewicht zu den skizzierten Rechtsprechungstendenzen beim finanzierten Abzahlungsgeschäft gesetzt. Insbesondere stützt sich diese Rechtsprechungslinie, anders als die §§ 358 ff. BGB und die vor allem auf das finanzierte Abzahlungsgeschäft fokussierte (frühere) Rechtsprechung, nicht auf die Beobachtung einer objektiven, sondern auf diejenige einer subjektiven Vertragsverbindung. Kernthese der verschiedenen Senate des BGH ist, dass sofern die Parteien den Willen hatten, die Komponenten miteinander zu verknüpfen, sie auch darauf abzielten, dass sie miteinander „stehen und fallen“, also ein einheitliches rechtliches Schicksal erfahren

sollen. Die Konzentration des BGH auf die Auslegung des Parteiwillens hat dabei weitreichende prozessuale Folgen: Denn die Erstreckung der Unwirksamkeit wird damit zur Tatsachenfrage. Die einschlägigen Feststellungen der Untergerichte sind damit einer höchststrichterlichen Überprüfung nicht zugänglich.⁸¹⁷

Inhaltlich weisen die Sachverhalte der einschlägigen BGH-Entscheidungen kaum Gemeinsamkeiten auf. Sowohl die entscheidungsrelevanten Problemkreise als auch die Wertungen, welche für eine vertragsgrenzenunabhängige Rechtsfolgenerstreckung sprechen könnten, sind jeweils unterschiedlich. Dennoch hat sich im Zuge zeitlich nah beieinanderliegenden Entscheidungen die genannte, einheitliche, auslegungsleitende Regel herausgebildet. Im Lichte dessen erscheint diese Auslegungsregel verallgemeinerbar. Es kann also von einer Auslegungslösung für Mehrkomponentengeschäfte die Rede sein. Aus methodischer Sicht wird im Rahmen dieser Auslegungslösung auf ein induktiv aus dem Richterrecht entwickeltes neues Rechtsinstitut verwiesen, welches der Arbeit im Folgenden zugrunde liegen kann.

Nachfolgend wird dargestellt, wie die hier „Stehen und Fallen-Sollen“ getaufte Auslegungsregel maßgeblich anhand dreier Problemkomplexe entwickelt wurde: der Frage nach einer vertragsgrenzenüberschreitenden Erstreckung der Rechtsfolgen von Wirksamkeitshindernissen (II.), der Reichweite von Formerfordernissen (III.) sowie im Leistungsstörungsrecht. Im letztgenannten Bereich steht die Frage im Mittelpunkt, inwiefern die Rückabwicklung eines Vertrags auch die Rückabwicklung eines anderen bedingt (IV.). Anschließend zeigt die Untersuchung auf, inwiefern sich aus den drei Fallgruppen auf eine Rechtsfigur der wirtschaftlichen Vertragsverbindung schließen lässt (V.).

II. Anwendungsfall I: Rechtsfolgenerstreckung bei Wirksamkeitshindernissen

1. Untersuchungsprämissen

Unter einem Wirksamkeitshindernis wird hier eine Regelung verstanden, welche der rechtlichen Gültigkeit eines (tatbestandlich vorliegenden) Vertrags entgegenstehen kann. Der BGH hat die „Stehen und Fallen“-Regel angesichts zweier Fragestellungen im Zusammenhang mit solchen Wirksamkeitshindernissen erarbeitet. Zunächst geht es um die Frage, inwiefern aus der Unwirksamkeit der einen Leistungsbeziehung die Unwirksamkeit der anderen folgt, also um eine Rechtsfolgenerstreckung. Daneben lassen sich eine Reihe von Entscheidungen finden, in denen es um eine Erstreckung von Wirksamkeitsvoraussetzungen – bzw. präziser: Formerfordernissen – geht. Insofern stellt sich die Frage, wann bei mehreren Leistungsbeziehungen alle

⁸¹⁷ Vgl. BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954 = DB 1966, 1390.

formbedürftig sind. Die Beziehung der beiden Problemkomplexe zur Untersuchung werden greifbarer, wenn man sie mit den Begriffen einer Mehrkomponentendogmatik umschreibt. Konzentriert man sich zunächst auf die Rechtsfolgenerstreckung, ist Prüfungsgegenstand, ob in unterschiedlichen Verträgen enthaltene und ggfs. sogar von unterschiedlichen Anbietern zu erbringende Leistungskomponenten ein einheitliches Schicksal erfahren, sofern einer der Verträge unwirksam ist. Damit liegen Regelungen, aus denen sich die Unwirksamkeit eines Vertrags im Ganzen ergibt, im Fokus. Andere Normen – wie etwa §§ 305 ff. BGB –, aus welchen nur die punktuelle Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestandteile folgt, bleiben hingegen außen vor.⁸¹⁸

2. Herausbildung eines Leitkriteriums

- 30 Bereits im Jahr 1966 hat der V. Zivilsenat ausgeführt, dass nach gefestigter Rechtsprechung die Nichtigkeit eines Erbvertrags wegen Sittenwidrigkeit bzw. infolge einer erfolgreichen Anfechtung auch die Nichtigkeit eines davon äußerlich getrennten anderen Erbvertrags zur Folge haben könne.⁸¹⁹ Tatsächlich konnte von einer gefestigten Rechtsprechung zu diesem unmittelbaren Problemkreis damals noch keine Rede sein. Zwar konnte der BGH eine längere Reihe von Reichsgerichts-Entscheidungen zitieren, diese befassten sich aber ausschließlich mit dem Aspekt, dass in unterschiedlichen Akten getroffene rechtsgeschäftliche Regelungen Teile eines Gesamtgeschäfts sein können, unabhängig davon, ob sie verschiedenen Rechtsgeschäftstypen des BGB angehören.⁸²⁰ Im weiteren Sinne gab es aber durchaus schon eine gefestigte Rechtsprechung. So konnte sich der V. Senat jedenfalls auf eine Entscheidung des IV. Senats aus dem Jahr 1953, sowie auf seine erste Entscheidung zur Erstreckung des Formerfordernisses in § 313 BGB a.F. berufen.⁸²¹ Bereits hier wird also deutlich, dass die hier im Mittelpunkt stehenden Rechtsprechungslinien aus Sicht des Gerichts eine Einheit bilden.
- 31 Die Erstreckung der Nichtigkeitsfolgen setze, so der V. Senat weiter, voraus, dass „der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet ist, daß die äußerlich getrennten Geschäfte miteinander stehen und fallen sollen“.⁸²² Der BGH bringt damit klar zum Ausdruck, dass er die Frage der Vertragsverknüpfung für im Wege der erläuternden Vertragsauslegung lösbar hält. So soll es (allein) auf den „Einheitlichkeitswillen“ der Beteiligten zur Zeit des Vertragsschlusses ankommen.⁸²³ Im Zentrum steht mit anderen Worten die Ermittlung des „miteinander stehen und fallen sollen“ nach dem

818 Einteilung übernommen von Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 197.

819 BGH 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

820 RG, Urt. v. 18.12.1917 – III 356/17 = RGZ 91, 359 ff.; RG, Urt. v. 10.12.1919 – V 249/19 = RGZ 97, 273 ff.; RG, Urt. v. 15.3.1915 – VI 593/14 = RGZ 86, 323 ff.

821 BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270.

822 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

823 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

(beiderseitigen) Parteiwillen.⁸²⁴ Formal-objektive Kriterien, insbesondere ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den getrennten Geschäften spielen hingegen – jedenfalls für sich genommen – keine Rolle. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang könne – so der V. Senat – allenfalls insofern von Belang sein, als er ein „maßgebendes Indiz für das Vorliegen des entscheidenden Parteiwillens zur Einheitlichkeit“ sei.⁸²⁵ Damit kommt es nicht darauf an, inwiefern die beiden Rechtsgeschäfte aus der Sicht eines Beteiligten allein im Zusammenspiel wirtschaftlich Sinn ergeben. In der Folge erscheinen Überlegungen zur Risikoverteilung zwischen den Parteien oder zur Vertragsgerechtigkeit überflüssig. Dementsprechend zieht die Entscheidung gar nicht erst in Erwägung, ob das im Sachverhalt angelegte Problem nicht eigentlich unter Heranziehung von Rechtsinstituten, bei denen Risikoverteilung und Vertragsgerechtigkeit eine Rolle spielen könnten (ergänzende Vertragsauslegung, § 242 BGB, Geschäftsgrundlagenlehre) gelöst werden muss.

Die – soweit ersichtlich – einzige weitere Entscheidung, welche in diese Reihe 32 einzuordnen ist, erging im Jahr 2011 durch den VIII. Zivilsenat. Im zugrunde liegenden Fall ging es darum, ob ein Leasingvertrag als nichtig anzusehen sei, weil der Leasingnehmer mit einem Dritten einen potentiell sittenwidrigen „Werbevertrag“ geschlossen hatte, der eine Erstattung der Leasingraten gegen die Empfehlung von Neukunden vorsah.⁸²⁶ Der BGH ließ offen, ob der Werbevertrag tatsächlich nichtig war. Entscheidend ist, dass der Senat bei der Frage nach einer Erstreckung der Sittenwidrigkeit auf den Leasingvertrag wiederum nur eine Lösung im Wege der Vertragsauslegung in Betracht zog. Dabei griff er auf dieselben Kriterien zurück, die der V. Senat 1966 entwickelt hatte. Es käme – so der VIII. Senat – entscheidend auf den Parteiwillen zur Einheitlichkeit an. Zu dessen Ermittlung seien die im Rahmen der Rechtsprechung zur Erstreckung des Formerfordernisses entwickelten Kriterien heranzuziehen. Zur Untermauerung des gefundenen Ergebnisses werden demnach die bereits angesprochenen Vorentscheidungen zitiert.⁸²⁷ Die heutige Literatur folgt dieser Rechtsprechungslinie ganz überwiegend, – soweit ersichtlich – kritiklos.⁸²⁸

3. Unmaßgeblichkeit der Parteigrenzen

An der skizzierten Rechtsprechungsauffassung ist weiterhin von Interesse, dass ein 33 Parteiwille zur Geschäftseinheit auch, wenn an den Einzelvereinbarungen „zum Teil

824 Ebenso die Auslegung bei Heiss, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 159.

825 BGH 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

826 BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874.

827 BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24.

828 Vgl. nur H. Roth, in: Staudinger BGB, Updatestand 30.4.2022, § 139 Rn. 27; Busche, in: MüKo-BGB, § 139 Rn. 19.

verschiedene Personen beteiligt sind“⁸²⁹, also in einem dreipersonalen Verhältnis, feststellbar sein soll. Dabei soll es keine Rolle spielen, ob die Beteiligten untereinander auch vertraglich verbunden sind. Einer allseitigen Übereinkunft im Sinne eines dreiseitigen Vertrags soll es nicht bedürfen. Zugleich hat der VIII. Senat 2011 die einer Lösung des Dreiparteienverhältnisses über die erläuternde Vertragsauslegung immanenten Grenzen aufgezeigt:⁸³⁰ Denn im vom VIII. Senat entschiedenen Fall hatte der Leasinggeber keine Kenntnis von der Existenz des parallel abgeschlossenen „Werbevertrags“. Es war daher bereits von vornherein ausgeschlossen, dass er wissen konnte, dass der Leasingnehmer und Partner des „Werbevertrags“ beide Verträge als Einheit verstanden und er demgemäß einen darauf gegründeten Einheitlichkeitswillen gebildet hatte.

4. Zwischenfazit

- 34 Aus methodischer Sicht überzeugt der Versuch des BGH, den Einheitswillen aus dem tatsächlichen Parteiwillen abzuleiten und Kriterien für dieses Vorgehen zu entwickeln. Denn so wird das Primat der erläuternden Vertragsauslegung gegenüber heteronomen Eingriffen in die Parteibeziehungen mittels einer ergänzenden Vertragsauslegung oder eines Rückgriffs auf dispositives Recht gewahrt. Die entscheidende Frage ist, ob sich ein solcher Parteiwille bei Mehrkomponentengeschäften überhaupt feststellen lässt. Gerade wenn die Grenzen der bipolaren Vertragsbeziehung überschritten werden, erscheint dies zweifelhaft. Auf diese Zweifel wird an späterer Stelle näher eingegangen.

III. Anwendungsfall 2: Die Formerstreckung

1. Problemaufriss

- 35 Die Schwierigkeiten, welche mit dem seitens der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg einhergehen, werden noch deutlicher, wenn der Blick auf die Rechtsprechung zur Formerstreckung gerichtet wird. Es geht hier um Fälle, in denen nicht die Erstreckung der (Nichtigkeits-)Rechtsfolge, sondern die Ausweitung eines Formerfordernisses in Rede steht. Insofern gilt bekanntlich grundsätzlich § 125 Satz 1 BGB, wonach es zur Nichtigkeit führt, wenn ein Rechtsgeschäft eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht einhält. Im Hinblick auf die Nichteinhaltung einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Form enthält § 125 Satz 2 BGB eine dahingehende Vermutungsregel. Daneben gibt es eine Reihe von Formvorschriften mit europarechtlichem

829 BGH Ur. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954; s. ebenso BGH Ur. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24.

830 Vgl. BGH Ur. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24.

Hintergrund, welche die Nichtigkeit unmittelbar vorschreiben (vgl. etwa §§ 494 Abs. 1, 655b Abs. 2 BGB). § 125 BGB ist auf Tatbestandsseite weniger eindeutig gefasst, als es zunächst den Anschein hat. Denn wie in § 139 BGB wird in § 125 Satz 1 BGB auf das „Rechtsgeschäft“ abgestellt, der Begriff aber nicht näher definiert. Aus den auf § 125 BGB verweisenden Normen lässt sich ebenfalls kein einheitliches Begriffsverständnis ableiten. Denn im BGB gibt es sowohl Formvorschriften, welche lediglich die Formbedürftigkeit einer Willenserklärung vorschreiben (vgl. etwa § 518 Abs. 1, § 766 Satz 1, § 780, § 781 Satz 1, § 1154 Abs. 1 Satz 1 BGB), als auch solche, nach denen ein gesamtes Rechtsgeschäft formbedürftig ist, sofern darin eine Verpflichtung enthalten ist, zu deren Begründung die Einhaltung einer Form erforderlich ist. Zur letzteren Gruppe zählt insbesondere § 311b Abs. 1 BGB. Insofern gilt, wie bereits das Reichsgericht zu § 313 BGB a.F. entschieden hat,⁸³¹ dass wenn sich eine Partei verpflichtet, „das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben“, der gesamte Vertrag der notariellen Beurkundung bedarf. Dies bedeutet, dass grundsätzlich alle Erklärungen, die nach dem objektiv erkennbaren Willen der Parteien zum Vertragsinhalt gehören, dem Formzwang unterliegen. Sobald ein Vertrag *auch* die Verpflichtung einer Partei zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks enthält, ist also der Gesamtvertrag formbedürftig, unabhängig von der Rechtsnatur der sonstigen Pflichten, die er begründet. In Fortentwicklung dessen, nimmt die Rechtsprechung an, dass die Formbedürftigkeit sich auch über die Vertragsgrenzen hinaus auf ein – isoliert betrachtet – an sich nicht formbedürftiges weiteres Rechtsgeschäft erstrecken könne.⁸³² Zumeist geht es dabei um Fälle, bei denen die Parteien sowohl einen formgültigen Grundstückskaufvertrag als auch – formlos – einen weiteren, zum Erstvertrag in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Zweitvertrag abgeschlossen hatten.

2. Bestätigung der Auslegungsregel

Ob ein Zweitvertrag ebenso formbedürftig wie der Grundstückskaufvertrag ist, entscheidet sich nach Auffassung des BGH nach der bereits bekannten Auslegungsregel. Entscheidend sei, ob die Parteivereinbarungen dahingehend ausgelegt werden 36

831 RG, Beschl. v. 12.4.1902 – V 64/02 = RGZ 51, 179 (181); RG, Urt. v. 7.6.1902 – V 111/02 = RGZ 52, 1 (3 f.); RG, Urt. v. 5.7.1906 – VI 586/05 = RGZ 64, 35 (40); RG, Urt. v. 29.11.1919 – V 260/19 = RGZ 97, 219 (220); RG, Urt. v. 20.10.1934 – V 208/34 = RGZ 145, 246 (247); vgl. sodann auch BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270; vgl. nachgehend BGH Urt. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/86 = BGHZ 101, 393 (396) = NJW 1988, 132; BGH Urt. v. 13.4.1978 – III ZR 89/76 = BeckRS 1978, 31119099; BGH Urt. v. 10.2.2005 – VII ZR 184/04 = NJW 2005, 1356; BGH Urt. v. 7.12.1989 – VII ZR 343/88 = NJW-RR 1990, 340 f.; BGH Urt. v. 17.3.1988 – IX ZR 43/87 = NJW 1988, 2880.

832 S. die vorangehende Fn. Die Literatur hat diese Rechtsprechung weitgehend gebilligt, vgl. nur *Einsele*, in: MüKo-BGB, § 125 Rn. 32; *Ruhwinkel*, in: MüKo-BGB, § 311b Rn. 55 ff.; *Arnold*, in: Erman BGB, § 125 Rn. 13 ff.; *Neuner* BGB AT, § 44 Rn. 20 f.

können, dass beide Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen.⁸³³ Auch hier wird die Vertragsverknüpfung mithin als Tatsachenfrage verstanden und somit der (alleinigen) tatrichterlichen Wertung überantwortet. Dabei haben die Erstreckung eines Unwirksamkeitstatbestands und die Erstreckung der Formbedürftigkeit auf den ersten Blick nicht viel miteinander zu tun. Aus beidem kann nur dieselbe Rechtsfolge, nämlich die Doppelnichtigkeit zweier rechtlich unverbundener Verträge folgen. Dennoch verweisen die erkennenden Senate aufeinander, ohne danach zu unterscheiden, ob das miteinander „stehen und fallen“ zweier Verträge nun dazu führt, dass beide formbedürftig sind oder, dass beide von der Sittenwidrigkeit eines von ihnen erfasst werden. Zuzugestehen ist allein, dass der BGH, wenn es um die Formerstreckung geht, weniger stringent argumentiert. So erfüllt ein einseitiger, aber nicht erklärter Verknüpfungswille die Auslegungsregel eigentlich nicht.⁸³⁴ Der Sachverhalt wäre damit eher der Geschäftsgrundlagenlehre zuzuordnen. Nichtsdestotrotz, hat es der V. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 6.12.1979 für ausreichend gehalten, dass einer der Vertragspartner einen Einheitswillen erkennen lässt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt.⁸³⁵ Auch darüber hinaus werden in den einschlägigen Entscheidungen immer wieder Kriterien genannt, die nicht auf eine Auslegung, sondern vielmehr auf eine objektive Ermittlung der Vertragsverknüpfung hindeuten. Sie spielen allerdings jeweils nur am Rande eine Rolle und sollen nie allein entscheidungserheblich sein.

3. Überschreitung der Parteigrenzen

- 37 Der BGH sieht kein Problem darin, die Formbedürftigkeit auch auf Rechtsgeschäfte zu erstrecken, die der Sachgläubiger mit einem Dritten geschlossen hat.⁸³⁶ Auch insofern soll es also möglich sein, einen auf die Rechtseinheit beider Verträge hindeutenden Parteiwillen zu ermitteln. Auslöser der einschlägigen Entscheidung war die Klage eines Werkunternehmers, welcher mit den beklagten Eheleuten einen nicht notariell beurkundeten „Bauwerkvertrag“ über die Errichtung eines Fertighau-

833 BGH Ur t. v. 6.11.1980 – VII ZR 12/80 = BGHZ 78, 346 = NJW 1981, 274; BGH Ur t. v. 27.10.1982 – V ZR 136/81 = NJW 1983, 565; BGH Beschl. v. 12.4.1984 – III ZR 221/83 = BeckRS 1984, 31070813; BGH Ur t. v. 7.2.1986 – V ZR 176/84 = BGHZ 97, 147 = NJW 1986, 1983; BGH Ur t. v. 10.10.1986 – V ZR 247/85 = NJW 1987, 1069; BGH Ur t. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/86 = BGHZ 101, 393 = NJW 1988, 132; BGH Ur t. v. 16.9.1988 – V ZR 77/87 = NJW-RR 1989, 198; BGH Ur t. v. 14.10.1988 – V ZR 73/87 = NJW 1989, 898; BGH Ur t. v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91 = NJW 1992, 3237; BGH Ur t. v. 9.7.1993 – V ZR 144/91 = NJW-RR 1993, 1421; BGH Ur t. v. 12.2.2009 – VII ZR 230/07 = NJW-RR 2009, 953.

834 Vgl. bereits zutreffend RG, Ur t. v. 7.12.1921 – V 141/21 = RGZ 103, 295 (299).

835 Nur wenige Sätze später wird indes wieder ein beidseitiger Verknüpfungswille gefordert, vgl. BGH Ur t. v. 6.12.1979 – VII ZR 313/78 = BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829 (830).

836 Ein rechtlicher Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag, der zur Beurkundungsbedürftigkeit einer für sich allein genommen nicht formbedürftigen Vereinbarung führe, setze – so entschied der VII. Zivilsenat bereits Ende der 1970er Jahre – nicht zwingend voraus, dass an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt seien, vgl. BGH Ur t. v. 6.12.1979 – VII ZR 313/78 = BGHZ 76, 43 = NJW 1980, 829 (830).

ses abgeschlossen hatte und Schadensersatz verlangte, als er nicht mit dem Bau beginnen konnte, weil die Beklagten das im Bauvertrag genau bezeichnete Grundstück nicht von der – mit dem Kläger inkongruenten – Baugesellschaft erworben hatten. Der VII. Senat verneinte die rechtliche Einheit zwischen Bauwerkvertrag und Grundstückskaufvertrag zwar im Ergebnis, ging jedoch anstandslos von einer Betrachtung bipolarer Vertragsverbindungen zu einer Berücksichtigung multipolarer wirtschaftlicher Vernetzungen über.⁸³⁷

4. Zwischenfazit

Bei der Formerstreckung handelt es sich auf den ersten Blick um eine Fallgruppe, 38 die nicht in das hiesige Untersuchungsprogramm hineinzupassen scheint, da der BGH hier nicht die Rechtsfolgen einer Unwirksamkeitsregelung zu erstrecken sucht, sondern eine Tatbestandsanknüpfung vollzieht: Ein gesetzliches Formerfordernis (meist dasjenige in § 313 BGB a.F. bzw. § 311b Abs. 1 BGB n.F.) wird auf einen für sich genommen nicht formbedürftigen Vertrag übertragen. Wendet man sich dem von der Rechtsprechung gewählten methodischen Ansatz zu, ergibt sich, wie gezeigt, aber das Bild einer Rechtsprechungseinheit.

IV. Anwendungsfall 3: Der Gesamtrücktritt

Zuletzt einzubeziehen, ist die Rechtsprechung zum sog. Gesamtrücktritt⁸³⁸ infolge 39 einer Leistungsstörung⁸³⁹. Der BGH hat insofern über die Jahre immer wieder bejaht, dass sich ein Rücktritt – bzw., in der Zeit vor der Schuldrechtsreform, eine Wandelung – über die Vertragsgrenzen hinaus erstrecken kann. Anlass dafür boten zunächst Fälle, in denen die Parteien Grundstückskaufverträge und Verträge, in denen eine Bebauung dieses Grundstücks vereinbart wurde (Bebauungsverträge)

837 Vgl. zum rechtlichen Zusammenhang zwischen Kausalverhältnis und Vollmacht auch BGH Urt. v. 12.2.2009 – VII ZR 230/07 = NJW-RR 2009, 953 Rn. 14; BGH Urt. v. 13.2.1996 – XI ZR 239/94 = NJW 1996, 1279 (1280); BGH Urt. v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91 = NJW 1992, 3237 (3238); BGH Urt. v. 14.10.1988 – V ZR 73/87 = NJW 1989, 898 f.; BGH Urt. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/86 = BGHZ 101, 393 (396) = NJW 1988, 132.

838 Das Recht, bei einer Leistungsstörung sog. großen Schadensersatz statt der Leistung zu fordern, bedarf daneben keiner gesonderten Betrachtung. Denn die hier vertretene Einteilung, wonach den §§ 320 ff. BGB eine Ergänzungsfunktion bei gegenseitigen Verträgen zukommt, setzt voraus, dass im Verlangen nach großem Schadensersatz ein Rücktritt inbegriffen ist. Demgegenüber wird die hier vertretene funktionale Trennung durchbrochen, sofern man bei Schadensersatzansprüchen statt der Leistung unabhängig von einer Rücktrittserklärung die Differenzmethode zur Schadensersatzberechnung verwendet, vgl. etwa Schwarze, in: Staudinger BGB, Updatestand 27.3.2024, Vor §§ 320 – 326 Rn. 20.

839 Zum Begriff *Dauner-Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, § 2 Rn. 3; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, Rn. 1; *Medicus* JuS 2003, 521. Zur Begriffsentwicklung *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, § 1 I 1, 2 ff. Nicht ganz unter diese Definition lässt sich § 282 BGB fassen, wonach eine Leistungsstörung auch bei einer einwandfrei erbrachten Hauptleistung anzunehmen sein kann.

wirtschaftlich verknüpft hatten.⁸⁴⁰ Zudem hatte sich der VIII. Zivilsenat ab Ende der 1980er-Jahre mit Parallelverkäufen von Hardware und dazu passender (Spezial-) Software zu befassen, also „echten“ Mehrkomponentengeschäften, wenn man die bilanzrechtliche Terminologie zugrundelegt. Die Ausdehnung der Wandelungs- bzw. Rücktrittsfolgen wurde dabei anhand der bereits bekannten Formel geprüft: Es komme – so der BGH – darauf an, ob „die beiden an sich selbständigen Vereinbarungen durch den erklärten Willen der Beteiligten derart zu einem einheitlichen Geschäft miteinander verbunden wurden, daß die Gültigkeit des einen Rechtsgeschäfts von der des anderen abhängen sollte.“⁸⁴¹ Maßgeblich sei, „ob nach den Vorstellungen der Vertragschließenden die Vereinbarungen nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander „stehen und fallen“, somit kraft ihrer rechtlichen und nicht nur wirtschaftlichen Verbindung Teile eines Gesamtgeschäfts bilden sollten.“⁸⁴² Die Geschäftseinheit wird damit wiederum (nur) vom Ergebnis einer erläuternden Auslegung des Parteiwillens abhängig gemacht. Auch im Leistungsstörungenrecht sollen sich so die Grenzen bipolarer Vertragsbeziehungen überschreiten lassen. In Bezug auf Mehrpersonenkonstellationen findet sich in den einschlägigen Entscheidungen die Ausführung, dass eine Geschäftseinheit nicht dadurch ausgeschlossen werde, dass an mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.⁸⁴³

V. Schlussfolgerung: Überschreitung der Schwelle zur Institutionenbildung

- 40 Die durch die Rechtsprechung herausgearbeitete Auslegungsregel, wonach mehrere, rechtlich voneinander eigentlich unabhängige Vereinbarungen einheitlich behandelt werden müssen, sofern sie nach dem Parteiwillen miteinander „stehen und fallen“ sollen, ist zunächst nur ein wiederholt verfolgter Lösungsansatz für die bei Mehrkomponentengeschäften typischerweise auftretenden Problemlagen. Dies entspricht wohl auch dem eigenen Blick der Rechtsprechung. Denn wie aufgezeigt, will der BGH die Mehrkomponentenproblematik als reine Tatsachenfrage behandeln. Die Instanzgerichte sollen ermitteln, ob (rechtlich getrennte) Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen. Aus rechtsmethodischer Sicht geht die Auslegungslösung jedoch darüber hinaus, da bei ihr auf ein induktiv, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ermitteltes Rechtsinstitut verwiesen wird, welches losgelöst von den spezifischen Sachverhaltsgestaltungen (Fernwirkungen eines Rücktritts, Formnichtigkeit etc.) existiert. Dafür, dass die Grenzen einer am jeweiligen Einzelfall orientierten Billigkeitsrechtsprechung überschritten sind und eine (nicht offengelegte) Verdichtung

840 Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 45 III 5, S. 431 sprach insofern sogar noch im Jahr 1999 vom in der Praxis häufigsten Fall, in dem es auf einen Einheitswillen ankomme.

841 BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

842 BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

843 BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

zu generellen Regeln eingesetzt hat, spricht zunächst, dass die Judikatur als in sich geschlossen erscheint.

Die Entscheidungen weisen über die Kasuistik, also den Einzelfall und die Interessenabwägung in der konkreten Situation hinaus. Insbesondere beziehen sich die einzelnen Entscheidungslinien, obwohl sie mit Gesamtunwirksamkeit, Erstreckung von Formerfordernissen und Totalrücktritt disparate Sachverhaltsgestaltungen betreffen, wie selbstverständlich aufeinander. Ein weiteres Indiz ist, dass die Entwicklung der hier im Mittelpunkt stehenden Rechtsprechungslinien im Zeitpunkt der Schuldrechtsmodernisierung bereits weitgehend abgeschlossen war. Die große Mehrheit der einschlägigen Entscheidungen stammt aus der Zeit davor. Es hat also keinen durch die Reform des dispositiven Rechts ausgelösten Systembruch gegeben. Zudem überzeugen die unter Berufung auf die Auslegungsregel gefundenen Ergebnisse jeweils auf Wertungsebene. Es gelingt der Rechtsprechung mit anderen Worten, durch den Verweis auf die unveränderliche Auslegungsregel jeweils Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten. Vor allem ist die Auslegungslösung aber deshalb als Verweis auf ein neu herausgebildetes Rechtsinstitut zu verstehen, weil das Privatrecht für den bei dieser Lösung in den Blick genommenen Zustand noch keinen Ausdruck kennt. Das BGB enthält als hier interessierende Rechtsfiguren die einzelne Willenserklärung, den Vertrag und die Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Zu allen diesen bekannten Rechtsfiguren ist eine auf dem Parteiwillen basierende Vertragsverknüpfung aber ein *Aliud*.⁸⁴⁴ Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Rechtsprechungsentscheidungen in ihrer Begriffswahl voneinander abweichen. Es ist wahlweise von einem aus mehreren separaten Verträgen zusammengesetzten einheitlichen (atypischen) Rechtsgeschäft, von einem einheitlichen Vertrag trotz äußerlicher Trennung, einer „Einheit“ zwischen (selbständigen) Vereinbarungen, (äußerlich getrennten) „Geschäften“ bzw. Akten und Verträgen mit in Zusammenhang stehenden Vertragsteilen sowie von einer Verbindung von Willenserklärungen die Rede.

C. Nähere dogmatische Kategorisierung

Wie unter B. dargelegt wurde, knüpft die Rechtsprechung – allerdings ohne dies offen zu legen – Rechtsfolgen an ein vom Vertrag losgelöstes Rechtsinstitut. Wenn es darum geht, diese Rechtsprechung dogmatisch näher einzuordnen, kommen, sofern man der hier vertretenen Auffassung folgt, dass es nicht um eine analoge Anwendung der §§ 358 ff., 506 BGB gehen kann, theoretisch drei Modelle in Betracht, wobei Mehrkomponentengeschäfte auf der Grundlage eines jeden dieser Modelle

844 So explizit *Habersack*, in: FS Picker, 2010, S. 327 (328): das verbundene Geschäft als (weiterer) Grundbegriff des Bürgerlichen Rechts.

eigenständige Privatrechtswirkungen zeigen. Die seit Jahrzehnten einheitliche dogmatische Herangehensweise an finanzierte Abzahlungsgeschäfte führt dabei schnell vor Augen, dass der Blick auf zwei Modelle verengt werden muss (I.). Man kann indes einerseits – in Anknüpfung an *Larenz* und andere – davon ausgehen, dass bei Mehrkomponentengeschäften die Verträge untereinander jeweils die Geschäftsgrundlage der anderen Verträge bilden (II.) und andererseits *Gernhubers* Rechtsfigur des Finalnexus aufgreifen und adaptieren (III.). Hier wird für die letztgenannte Lösung plädiert.⁸⁴⁵

I. Grundentscheidung für freie Vertragstrennbarkeit

- 43 Das in dieser Arbeit vorzustellende Modell einer zivilrechtsakzessorischen Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften muss zentral dadurch geprägt sein, dass sich im Zuge der Evolution des deutschen Privatrechtsdenkens der Gedanke durchgesetzt hat, dass privatautonom gesetzte Vertragsgrenzen zu respektieren seien. Festmachen lässt sich dieser Gedanke konkret an der von BGH im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit dem finanzierten Abzahlungsgeschäft entwickelten „Trennungstheorie“. In Abgrenzung zu sog. „Einheitstheorien“ bezeichnet der Begriff den Umstand, dass der BGH den Schutz der Käufer- bzw. Darlehensnehmerpartei beim finanzierten Geschäft von Beginn an „trotz des engen wirtschaftlichen Zusammenhangs“ in Anerkennung und unter Beibehaltung der formalen rechtlichen Trennung der Verträge gewährleisten wollte.⁸⁴⁶ An dieser Trennungstheorie hielt der BGH selbst nach Inkrafttreten des Abzahlungsgesetzes fest, als er über von der ursprünglichen Fassung des Abzahlungsgesetzes noch nicht erfasste multipersonale Verhältnisse, also die Erweiterung des finanzierten Erwerbs zu einem Dreipersonenverhältnis – insbesondere in Form des finanzierten Erwerbs unter Einschaltung einer sog. Teilzahlungsbank –, zu entscheiden hatte.⁸⁴⁷ Spätestens im Zuge der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie und der damit einhergehenden Schaffung des Verbraucherkreditgesetzes (VerbrKrG) setzte sich das Beharren auf der Vertragstrennung aber endgültig durch. So knüpfte § 9 VerbrKrG a.F., der schlussendlich im Zuge der

845 Unberücksichtigt bleibt hier insbesondere der von *Emmerich* unterbreitete und – soweit ersichtlich – vereinzelt gebliebene Vorschlag, dass Verkäufer und Bank sich beim finanzierten Abzahlungsgeschäft zu einer BGB-Gesellschaft zusammenschließen, in welcher zwar jeder von ihnen je für sich einen eigenen Endzweck verfolge, diesen jedoch mit gemeinsamen Mitteln, deren Förderung der gemeinsame Zweck sei, und als solche dem Käufer gegenüberstehen, vgl. dazu: *Emmerich* JuS 1971, 273 (279 ff.).

846 Vgl. explizit BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (167); ähnlich später BGH Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2817).

847 Vgl. später BGH Urt. v. 19.5.2000 – V ZR 322/98 = NJW 2000, 3065 (3066); BGH Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814); BGH Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2817 f.); BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (167) (entsprechende Anwendung des §§ 5, 6 AbzahlG); BGH Urt. v. 20.3.1980 – III ZR 172/78 = NJW 1980, 1514 (1516); BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 (303 f.) = NJW 1982, 1694 (1695); BGH Urt. v. 5.5.1992 – XI ZR 242/91 = NJW 1992, 2560 (2562).

Schuldrechtsmodernisierung –ohne inhaltliche Modifikation⁸⁴⁸ – in die §§ 358 ff. BGB transformiert wurde, ausdrücklich an die wirtschaftliche Einheit zweier Verträge an. Dementsprechend gehen auch die §§ 358 ff. BGB – wie aufgezeigt – von der Existenz zweier (Verbraucher-)Verträge (Liefer- und Darlehensvertrag) aus, die rechtlich selbständig sind und es unter Berücksichtigung der verbraucherschützenden Wertungen bleiben.⁸⁴⁹

Dieser Betrachtungs- und Lösungsansatz ist nicht selbstverständlich. Alternativ lie- 44
ße sich etwa davon ausgehen, dass die Parteien eigentlich einen Gesamtvertrag geschlossen und diesen schlicht falsch als mehrere Verträge ausgewiesen haben. Aus rechtsevolutionärer Perspektive betrachtet erscheint die Versteifung auf die Dekomposition in Einzelverträge beim finanzierten Abzahlungskauf sogar als ein recht ungewöhnlicher Schritt, wenn man bedenkt, wie einig man sich in der eigentlichen Wertungsentscheidung, dem Käufer beizuspringen, war. Bei Fallgestaltungen abseits des finanzierten Geschäfts, wie der Kombination von Mobilfunkdienstleistung und Handywerb, läge die Annahme eines Gesamtvertrags sogar noch näher.

Ein anderer Alternativansatz zur „Trennungstheorie“ hätte darin bestanden, die Ver- 45
knüpfung der Leistungskomponenten unter der Ebene des Einzelvertrags anzusiedeln. Denn wenn nach der herkömmlichen Betrachtungsweise, wie angesprochen, auf eine wirtschaftliche Verknüpfung zwischen Verträgen abgestellt wird, ist damit eigentlich nur eine rechtstheoretische Zwischenstufe erreicht. Präziser wäre es, auch im Kontext der §§ 358 ff. BGB unmittelbar von einer Verknüpfung von Leistungskomponenten auszugehen. Diese Betrachtungsweise hätte den Vorteil, dass dann die Frage, wo bei einem Mehrkomponentengeschäft die Vertragsgrenzen liegen, die dogmatische Lösung nicht belastete. Dass es schlussendlich nicht zielführend ist, diese Frage zu stellen, zeigt sich bereits daran, dass die Parteien oftmals gar keine Notwendigkeit gesehen haben werden, sie eindeutig zu beantworten (vgl. § 8). Auch der noch in den Blick zu nehmende IFRS 15 zeigt die Vorteile eines Denkens in Leistungs- anstelle von Vertragsverknüpfungen auf (dazu §§ 27 ff.). Schlussendlich ist also kein überzeugender rechtsdogmatischer Grund dafür ersichtlich, weshalb sich die „Trennungstheorie“ und das damit einhergehende Denken in Vertragsverknüpfungen in Deutschland evolutionär durchgesetzt haben. Den Umstand, dass die Auftrennung in Einzelverträge dennoch so weitgehend akzeptiert wurde, kann man schlussendlich vielleicht nur mit der am Spot-Vertrag ausgerichteten und auf Regelungen zu Verträgen, die sich aus mehreren Leistungskomponenten zusammen-

848 Begr. FraktionsE, BT-Drs. 14/6040, 200: „Durch die Schaffung des § 358 RE wird keine Änderung der geltenden Rechtslage, wohl aber eine weitere Vereinheitlichung der Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen bewirkt.“

849 Vgl. BGH Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 45/09 = BGHZ 184, 1 = NJW 2010, 531 Rn. 21, 25; BGH Urt. v. 14.6.2004 – II ZR 393/02 = NJW 2004, 2736 (2739); s. auch BGH Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 45/09 = BGHZ 184, 1 = NJW 2010, 531 Rn. 25.

setzen, verzichtenden Struktur des BGB erklären (vgl. § 14 B. II. 1.). Angesichts dessen, ist sie als Eigenheit des deutschen Privatrechtsdenkens wohl zu tief verankert, als dass es eine Chance gäbe, noch einen Bewusstseinswandel herbeizuführen. Die beiden angesprochenen Alternativen werden in der Untersuchung deshalb nicht weiterverfolgt.

II. Finanzierter Abzahlungskauf und Geschäftsgrundlagenlehre

- 46 Die erste Möglichkeit für eine rechtsfortbildende Lösung der Mehrkomponentenproblematik, welche tatsächlich hoffen kann, akzeptiert zu werden, bestünde im Lichte dessen darin, § 313 BGB als gesetzliches Instrument zum Eingriff in die den Mehrkomponentengeschäften zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen heranzuziehen. Dazu könnte auf schuldvertraglicher Ebene – dem Parteiwillen entsprechend – weiterhin von getrennten Verträgen ausgegangen werden, zugleich jedoch von einer Verknüpfung auf „höherer Ebene“. Umsetzen ließe sich das, indem rechtsfortbildend eine neue Fallgruppe des § 313 BGB entwickelt wird, der zufolge die Norm als Rechtsgrundlage dient, sofern ein nach den bilanzrechtlich entwickelten Kriterien als Mehrkomponentengeschäft einzuordnendes Geschäft eingegangen wird und die Leistung einer Komponente gestört ist. Dabei ermöglichte § 313 BGB ein weiteres Störungsverständnis als das herkömmliche Schuldrecht. Denn die Regelung vermag sowohl Störungen zu adressieren, die darin bestehen, dass eine Leistungskomponente eine andere Rechtswirksamkeit hat als die anderen, als auch, dass die Komponente nicht geleistet wird oder einen Mangel aufweist oder, dass der Verbraucher im Hinblick auf eine der Leistungskomponenten ein Widerrufsrecht ausübt. Auf § 313 BGB abzustellen, wäre weiterhin vorteilhaft, da die Regelung von den jeweiligen vertraglichen Strukturen und Personenkonstellationen unabhängige Eingriffe ermöglicht. Es käme nicht darauf an, ob die einzelnen Leistungskomponenten einem oder mehreren Verträgen zugeordnet wurden. Ebensowenig spielte eine Rolle, ob die Leistungskomponenten von einem oder mehreren Anbietern stammen.

1. Einordnung in die Geschäftsgrundlagenlehre

- 47 Dieser potenzielle Lösungsweg kann an Ausführungen von *Larenz* und anderen zum Käuferschutz beim finanzierten Abzahlungskauf anknüpfen. *Larenz* sah den Darlehensvertrag durch die ihm von beiden Parteien gegebene Zweckbestimmung und durch die im Zusammenhang damit weiter getroffenen Bestimmungen so eng an den Kaufvertrag angelehnt, dass man dessen Zustandekommen und Wirksamkeit als Geschäftsgrundlage des Darlehensvertrags ansehen müsse. Denn das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Kaufvertrags sei ein Umstand, den

beide Parteien des Darlehensvertrages bei dessen Abschluss als gegeben ansahen und ohne den sie den Darlehensvertrag nicht geschlossen hätten.⁸⁵⁰ Er konnte dabei auf eine ganze Reihe älterer Auffassungen Bezug nehmen, die ebenfalls bereits davon ausgegangen waren, dass das Schicksal des einen Vertrags vom Bestand des anderen abhängig sei, weil sich der Käufer im Zweifel auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen könne.⁸⁵¹ Die Parallellösung *Essers*,⁸⁵² wonach bei Nichtigkeit des Kaufvertrags der Darlehensvertrag wegen Zweckverfehlung nichtig sei, weil jetzt ein bestimmter Kaufvertrag nicht mehr kreditiert werden könne, ist zwar eher der Unmöglichkeit zuzuordnen und *Gernhuber* ist davon ausgegangen, dass damit ein Standpunkt erreicht sei, der in einem viel stärkeren Maße zur Überwindung der Trennungstheorie tendiere als die Lehre von der Verknüpfung über die Geschäftsgrundlage,⁸⁵³ *Esser* selbst hat aber die Nähe zum „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ explizit herausgestellt. Auch in der Kommentarliteratur zum Abzahlungsgesetz vom 16.5.1984 hatte sie bereits Anhänger gefunden⁸⁵⁴ und würde es in den Kommentaren zum Verbraucherkreditgesetz vom 17.12.1990⁸⁵⁵ wieder tun.

Larenz und *Essers* Erklärung dafür, in welcher Form Kauf und Darlehen trotz Trennung aufeinander zugeordnet sind, bewegte sich nahe an der BGH-Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf, wobei sich der BGH allerdings einer klaren dogmatischen Einordnung seiner Lösungen – soweit ersichtlich – selbst immer entzogen hat. Die Nähe folgt schon daraus, dass die Geschäftsgrundlagenlehre ursprünglich aus § 242 BGB heraus entwickelt wurde, bevor man sie als eigenständiges Institut (gewohnheitsrechtlich) anerkannte⁸⁵⁶ und auch die für Abzahlungsgeschäfte entwickelte Trennungstheorie bzw. Einwendungslösung ihre Wurzeln im § 242 BGB hat.⁸⁵⁷ Später ist die Lösung über die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage für

850 *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (203); vgl. darauf beziehend später *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (319 ff.).

851 *Hörter*, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 224 ff.; *Möllers* NJW 1955, 1421 (1423); *Donau* NJW 1955, 1666 (1667) (in Reaktion auf *Möllers*); *Meyer* MDR 1958, 79.

852 Vgl. *Esser*, in: FS Kern, 1986, S. 87 (107 f.).

853 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (469).

854 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1420 ff.

855 Vgl. *Ott*, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, § 9 Rn. 129; *Lwowski*, in: *Lwowski/Peters/Gößmann*, VerbrKrG, S. 209; s. auch *Lwowski/Münscher*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 81, Rn. 566 f.

856 Vgl. zur Anerkennung der Geschäftsgrundlagenlehre bereits vor der Kodifikation des § 313 BGB *Meyer-Pritzel*, in: HKK-BGB, §§ 313 – 314 Rn. 40.

857 Vgl. BGH Urt. v. 29.10.1956 – II ZR 79/55 = BGHZ 22, 90 = NJW 1957, 17 (19) und etwas später BGH Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814): Wenn ein Abzahlungsgeschäft in zwei selbständige Verträge – einen Kaufvertrag und einen Darlehensvertrag – aufgespalten ist, könne der Käufer gegenüber dem Zahlungsbegehren des Darlehensgebers nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf die ihm gegenüber dem Verkäufer als Zweitgläubiger zustehenden Sachmängleinwendungen zurückgreifen, wenn dieser seiner Pflicht zur Nachbesserung nicht ordnungsgemäß nachkomme. Denn es widerspreche Treu und Glauben, das Risiko der (ordnungsgemäßen) Erfüllung des finanzierten Vertrags durch den Verkäufer allein dem Käufer aufzubürden. Nach § 242 BGB sei dem Käufer vielmehr das Recht zuzubilligen, gegenüber dem Darlehensgeber die Tilgung des Finanzierungsdarlehens zu verweigern bzw. auf Mängel der

finanzierte Erwerbsgeschäfte dann allerdings in Vergessenheit geraten. Der Grund dafür ist wohl darin zu sehen, dass erst im Verbraucherkreditgesetz und später im BGB immer mehr und detailliertere explizit einschlägige gesetzliche Regeln für die Abwicklung fehlerhafter finanzierter Geschäfte geschaffen wurden.⁸⁵⁸ Die Frage, ob die §§ 358 ff. BGB lediglich ein allgemeines Rechtsinstitut (die Geschäftsgrundlagenlehre) konkretisieren, kann angesichts dessen im Hinblick auf die Bewältigung nicht explizit geregelter Finanzierungsfälle heute als akademisch abgetan werden.

- 49 Eine Lösung über die Geschäftsgrundlagenlehre könnte sich aber weiterhin immerhin darauf berufen, dass sich der BGH auch in einigen Entscheidungen aus der „Stehen-und-Fallen“-Reihe sprachlich sehr deutlich an sie angelehnt hat. So heißt es in einer Entscheidung des V. Zivilsenats aus dem Jahr 1974, dass zwei Leistungskomponenten schon dann ein einheitliches Schicksal erfahren sollen, wenn nur der eine Vertragspartner einen Einheitlichkeitswillen hatte, dieser aber dem anderen Partner erkennbar war und von ihm gebilligt oder mindestens hingenommen wurde.⁸⁵⁹

2. Widerspiegelung in der BGH-Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing

a. Die Geschäftsgrundlagenlehre beim Finanzierungsleasing

- 50 Anknüpfen könnte die Fallgruppenbildung darüber hinaus an die BGH-Rechtsprechung zur Bewältigung von Leistungsstörungen beim Finanzierungsleasing, im Hinblick auf das der BGH vertritt, dass bei einem Mangel des Leasinggutes der Leasingnehmer (nach vorheriger Abtretung) das Rücktrittsrecht des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten geltend machen kann. Denn im Anschluss soll hier die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags wegfallen und der Leasingnehmer gemäß § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB vom Leasingvertrag zurücktreten können. In der Anfangszeit ist diese Rechtsprechung auf Kritik gestoßen.⁸⁶⁰ Nichtsdestotrotz hat sie sich halten können und scheint heute wohletabliert. Es sind keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass für das Finanzierungsleasing nach einer anderen Lösung, etwa im Wege der Spezialgesetzgebung, gesucht würde. Für eine Parallele spricht dabei, dass der

Kaufsache gestützte Einwendungen geltend zu machen, wenn der Verkäufer seine Verpflichtungen aus dem finanzierten Geschäft nicht erfüllt; vgl. weiterhin BGH Ur. v. 19.5.2000 – V ZR 322/98 = NJW 2000, 3065 (3066), wonach an die (objektive) Tatsache der „wirtschaftliche[n] Verflechtung“ angeknüpft werden müsse, aus der folge, dass „die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit des Darlehensvertrags gegen Treu und Glauben verstößt“. Dabei ist allerdings zuzugeben, dass die Grenzen zwischen objektiver Betrachtung und Willensauslegung in der letztgenannten Entscheidung teilweise verschwimmen.

858 Vgl. *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (320).

859 Vgl. BGH Ur. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

860 Vgl. *Canaris* AcP 190 (1990), 410 (416 ff.); *Larenz/Canaris*, SchuldR, Bd. II/2, § 66 IV, S. 113: Die in Leasingverträgen enthaltenen Gewährleistungsklauseln entfalten eine Sperrwirkung gegenüber der Geschäftsgrundlagenlösung des BGH. Zudem falle das Sachmängelrisiko in die Sphäre des Leasingnehmers. Schließlich trage die BGH-Lösung zu einer Kumulierung von Insolvenzrisiken bei.

BGH die Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 BGB hier nicht mehr im Einzelnen prüft.⁸⁶¹ Wenn es um das Finanzierungsleasing geht, bekleidet § 313 BGB damit nicht mehr länger die Funktion einer bloßen Ausnahmeregelung, die dazu dient, Treu und Glauben im Einzelfall zu gewährleisten. Vielmehr wurde die Regelung insofern in den Rang eines Standardrechtsbehelfs gehoben und unterscheidet sich strukturell nicht mehr von allgemein-schuldrechtlichen Rechtsbehelfen wie dem Rücktrittsrecht. Anders ausgedrückt, hat der BGH hier § 313 BGB genutzt, um einen neuen Geschäftstypus mit den Mitteln des Rechts einzuhegen und so (eine Form von) Gerechtigkeit zu gewährleisten. *Canaris* benennt dies in seiner Rechtsprechungskritik sehr klar: Der BGH habe hier eine von den Rechtsfortbildungskompetenzen des Gerichts nicht gedeckte und ungerechte „Zwangsversicherung zu Lasten des Leasinggebers“ oder „Pflichtversicherung der Leasingnehmer“ etabliert.⁸⁶²

b. Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung durch Grundmann

Zu verweisen ist schließlich auf *Stefan Grundmann*, der bereits versucht hat, 51 die BGH-Rechtsprechung zur Rolle von § 313 BGB beim Finanzierungsleasing zu verallgemeinern. *Grundmann* geht dabei davon aus, dass § 313 BGB auch bei anderen, dem Finanzierungsleasing vergleichbaren Leistungsverbindungen als Standardrechtsbehelf in Betracht komme, sofern man die dogmatischen Vorarbeiten der Rechtsprechung aufgreift. *Grundmann* zufolge werde nach der BGH-Lösung eine wirtschaftliche Verbindung von Leistungskomponenten, die nicht Vertragsinhalt geworden ist, zur Geschäftsgrundlage, sofern alle Beteiligten in ihr den Grund für den wirtschaftlichen Erfolg des Geschäfts ausmachen.⁸⁶³ Hierdurch eröffne sich ein Weg, um einer klar zutage liegenden wirtschaftlichen Verbundenheit von Leistungskomponenten Rechnung zu tragen, ohne dass man dafür zugleich den (vermeintlichen) Willen der Parteien zur rechtlichen Separierung vernachlässigen müsste.⁸⁶⁴ Zudem bleibe so Raum, um Störungen anders zu behandeln, die sich nicht unmittelbar aus der wirtschaftlichen Verbundenheit ergeben, sondern von außerhalb kommen.⁸⁶⁵ Es liegt nahe, dass sich die BGH-Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing, sofern man sie um *Grundmanns* Gedanken anreicherte, auch unmittelbar für das hiesige Vorhaben adaptieren ließe.

861 Vgl. BGH Urt. v. 25.11.2020 – VIII ZR 252/18 = BGHZ 228, 1 = NJW 2021, 1093 Rn. 34; BGH Urt. v. 16.6.2010 – VIII ZR 317/09 = NJW 2010, 2798 Rn. 24; BGH Urt. v. 23.2.1977 – VIII ZR 124/75 = BGHZ 68, 118 (126) = NJW 1977, 848 (850); BGH Urt. v. 16.9.1981 – VIII ZR 265/80 = BGHZ 81, 298 = NJW 1982, 105 (106 f.).

862 *Canaris* AcP 190 (1990), 410 (424).

863 *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

864 *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

865 *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

3. Ausgestaltung der Lösung im Einzelnen

a. Vertragsanpassung und Neuverhandlung auf Rechtsfolgenreite

- 52 Sowohl für als auch gegen eine Lösung über die Geschäftsgrundlagenlehre spricht zunächst der Umstand, dass gemäß § 313 Abs. 3 bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zunächst jede der Vertragsparteien eine Vertragsanpassung verlangen kann, und erst sekundär, bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Anpassung, dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht, bzw., bei Dauerschuldverhältnissen, ein Kündigungsrecht, eingeräumt wird.⁸⁶⁶ Einerseits kann dann kaum mehr von der Existenz eines einheitlichen Mehrkomponentenprivatrechts unter Einbeziehung aller sich explizit auf wirtschaftliche Vertragsverbünde beziehender gesetzlicher Regeln ausgegangen werden. Denn die Rechtsfolge des § 313 BGB ist nicht mit derjenigen, welche in den §§ 358 ff. BGB vorgegeben wird, vereinbar.⁸⁶⁷ Andererseits erscheint die Neuverhandlungspflicht aber gerade bei „gestörten“ Verbrauchermehrkomponentengeschäften aus vertragsökonomischer Sicht als die erstbeste Lösung.⁸⁶⁸ Zwar besteht, wenn Gerichte über mehr entscheiden können als die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Vertrags, bekanntlich die Gefahr einer Gängelung der Parteien, da das vom Gericht gefundene Ergebnis eines sein kann, auf das sich die Parteien privatautonom nicht eingelassen hätten. Eine weitgehende Aufrechterhaltung der vertraglichen Vereinbarungen, wie sie § 313 Abs. 3 BGB ermöglicht, kann den Eingriff in den Vertrag aber zugleich abmildern und dafür Sorge tragen, dass er weniger mit der Privatautonomie kollidiert.⁸⁶⁹ Schlussendlich für die mit der Anwendung von § 313 BGB einhergehende Rechtsfolge spricht, dass sie sorgfältiger kalibrierte Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte ermöglicht. Hierauf kommt es an, da Alleinstellungsmerkmal und Quelle der Attraktivität von Mehrkomponentengeschäften nicht der Inhalt der einzelnen Leistungskomponenten, sondern die wirtschaftliche Verknüpfung ist. Die zu präferierende Lösung sollte aus diesem Blickwinkel nicht darauf abzielen, mittels § 313 BGB in einzelne Verträge einzugreifen. Es sollte vielmehr darum gehen, die gerichtliche Ordnung einer spezifischen Produktkategorie, für die es Angebot und Nachfrage gibt, zu ermöglichen.
- 53 Deshalb muss umgedacht werden: Um einen Erdrosselungseffekt im Hinblick auf den Mehrkomponentenmarkt zu vermeiden, müssen für die Parteien – trotz des zwischen ihnen bestehenden asymmetrischen Verhältnisses – Freiheiten verbleiben, um – unter durch § 313 BGB gewährleisteter Richteraufsicht – flexible Standards

866 Vgl. dazu auch etwa *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 380.

867 Vgl. zu diesem Einwand noch unter Geltung des VerbrKrG bereits *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (321, 323).

868 So allgemein aus rechtsökonomischer Perspektive auch *Eidenmüller* ZIP 1995, 1063 ff.; kritisch gegenüber der in § 313 BGB angeordneten Rechtsfolge: *Kozioł* AcP 212 (2012), 1 (8).

869 Vgl. zum Ganzen unter Einbeziehung rechtsvergleichender Überlegungen: *Reiter*, Vertrag und Geschäftsgrundlage, S. 288 f.

zu entwickeln. § 313 BGB sorgt dafür, dass dieser Prozess des Austarierens stattfinden kann. Zweifelhaft erscheint allenfalls, ob die Anpassungsoption bei Verbrauchermehrkomponentengeschäften überhaupt praktisch genutzt würde, da es hier letztlich nur um Anpassungen gehen kann, die für eine Seite (den Anbieter) klar nachteilig ausfallen. Angesichts dessen könnten die Gerichte versucht sein, den Abnehmer – entgegen der gesetzlichen Regelungsentention – leichterhand auf seine Rücktritts- oder Kündigungsmöglichkeit zu verweisen.⁸⁷⁰ Dies wird aber jedenfalls dann vermieden, sofern man davon ausgeht, dass die Neuverhandlung zwingend Primärrechtsfolge des § 313 BGB ist.⁸⁷¹ Denn dann ist den Gerichten der vermeintlich leichtere Weg verschlossen.

b. Einzubeziehende Parteien bei Mehrpersonenkonstellationen

Dem Grundsatz der Relativität entsprechend wäre in einer Mehrpersonenkonstellation in die Neuverhandlung nur derjenige Komponentenanbieter einzubeziehen, 54
der Vertragspartner des störungsfreien Komponentenvertrags ist. Dies legt auch der Wortlaut des § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB nahe, wonach der *Vertrag* an die geänderten Umstände anzupassen sein soll. Dies würde die Verhandlungen vereinfachen: Grundsätzlich kann jede Störung des Mehrkomponentenverhältnisses bereits in einer bipolaren Gläubiger-Schuldner-Beziehung behoben werden. Die sonstigen am Mehrkomponentengeschäft beteiligten Anbieter müssen nicht zwingend einbezogen werden. Richtigerweise sollte im Störfall aber eine „Generalüberholung“⁸⁷² des gesamten Mehrkomponentengeschäfts unter Einbeziehung aller daran beteiligter Personen erfolgen. Da vertragsgrenzenübergreifende Beziehungsgeflechte vom Wortlaut des § 313 BGB nicht erfasst sind, muss die Regelung insofern analog angewendet werden. Dieser Lösungsweg entspricht der Interessenlage, welcher der Verhandlungsgedanke Rechnung zu tragen versucht.⁸⁷³ Denn danach soll die Verhandlungsbasis der Beteiligten möglichst vollständig berücksichtigt werden. Zudem lassen sich die notwendigen Anpassungen des Mehrkomponentengeschäfts zwischen den Parteien so besser austarieren, als wenn allein Gläubiger und Schuldner der von einer Störung nicht tangierten Leistungskomponente miteinander verhandeln. Andernfalls droht sich das der Anpassungslösung innewohnende Hauptrisiko zu verwirklichen: Die Gerichte könnten ein Verhandlungsergebnis billigen, welches den nicht-störenden und deshalb nicht am Verfahren beteiligten Komponentenanbieter einseitig benachteiligt. In einem multipolaren Dialog lässt sich dieses Ergebnis

870 Bach, Leistungshindernisse, S. 477; demgegenüber hat Reiter, Vertrag und Geschäftsgrundlage, S. 289 die gegenteilige Auffassung zur Praktikabilität der gesetzlichen Regelung vertreten.

871 So BGH Urt. v. 30.9.2011 – V ZR 17/II = BGHZ 191, 139 = NJW 2012, 373 Rn. 33 f.; vgl. auch etwa BGH Urt. v. 26.9.2018 – VIII ZR 187/17 = BGHZ 220, 19 = NJW 2019, 145 Rn. 15 f.; BGH Urt. v. 4.5.2022 – XII ZR 64/21 = BGHZ 233, 266 = NJW 2022, 2024 Rn. 31 ff.

872 Begriff übernommen von Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 381.

873 Vgl. auch Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 382 im Kontext mehrseitiger Verträge.

besser auffangen und verhindern. Praktisch könnte es weit eher dazu kommen, dass der störende Drittanbieter im Rahmen einer Vertragsänderung seinen Anteil an den (mittelbaren) Störungsfolgen übernimmt.

4. Einwände gegen die Verortung in § 313 BGB

a. Einwand des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens

- 55 Gegen die vorgestellte Lösung können eine Reihe von Einwänden vorgebracht werden. Zunächst könnte sie gegen den Willen des Gesetzgebers des § 313 BGB verstoßen. Ziel der Kodifikation der Geschäftsgrundlagenlehre in § 313 BGB war es allerdings bekanntlich (nur), den bereits erreichten Rechtszustand stärker wörtlich im BGB zum Ausdruck zu bringen bzw. die Transparenz im Hinblick auf die Geschäftsgrundlagenlehre zu erhöhen, um so (mittelbar) die Rechtssicherheit zu erhöhen.⁸⁷⁴ Der Gesetzgeber sah es als unbefriedigenden Zustand an, wenn wichtige, seit vielen Jahren erprobte und bewährte Rechtsinstitute auf Dauer von einer Kodifikation ausgeschlossen bleiben.⁸⁷⁵
- 56 Dagegen, den gesetzgeberischen Willen als Hürde für die Rechtsfortbildung des § 313 BGB anzusehen, spricht auch, dass die Regelung aufgrund ihrer Verbindung zur Geschäftsgrundlagenlehre nicht auf herkömmlichem Weg eingeeht und fortentwickelt werden kann. Denn in den Gesetzesmaterialien wird an keiner Stelle dazu Stellung genommen, welcher der zahlreichen über Jahrzehnte seitens der Literatur entwickelten ganz unterschiedlichen, uneinheitlichen und vielfach disparaten⁸⁷⁶ Begründungsansätze für Vertragskorrekturen in § 313 BGB Gesetz werden sollte. Die unterschiedlichen dogmatischen Konzepte zum Gehalt der Geschäftsgrundlagenlehre sollten vielmehr allesamt für die Auslegung der gesetzlichen Regelung herangezogen werden können. Die Reform war insbesondere auch insofern rein deklaratorisch angelegt.⁸⁷⁷ Diese Ausgangslage lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber dem Rechtsanwender die Aufgabe auferlegt habe, § 313 BGB möglichst im Lichte der bereits im Vorfeld der Schuldrechtsreform bestehenden Rechtsprechungsgrundsätze

874 Vgl. Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 2, 79; zur Kritik vgl. *Dauner-Lieb*, in: Zimmermann/Ernst, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305 (321): „Kodifikation als Lehrbuchzitat“; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, S. 161 ff., 162: „Merkzettelgesetzgebung“.

875 Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 175; *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 743.

876 So *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 512; vgl. zu diesen Ansätzen im Einzelnen *Huber*, in: Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, 1981, S. 647 (651).

877 Vgl. Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 175: in § 313 BGB solle „das ohnehin schon Anerkannte wiedergegeben“ werden; s. auch *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 184/743 sowie bereits die Befürchtung bei *Huber*, in: Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, 1981, S. 647 (748 ff., 751).

und Lehrmeinungen auszulegen. Angesichts dessen, dass die Kontroversen um den Wesensgehalt der Geschäftsgrundlagenlehre vor der Reform, wenn man vom allgemein anerkannten Subsidiaritätspostulat absieht (dazu sogleich), nicht ansatzweise überwunden waren, ist dies aber ein beinahe aussichtsloses Unterfangen. Der Gesetzeswortlaut legt zwar gewisse Grundtendenzen nahe, es werden aber – wie vor der Reform⁸⁷⁸ – weiterhin Rechtsprechungsentscheidungen ergehen, die jede bekannte Lehrmeinung stützen. Die Rechtsprechung und (damit auch) die Kommentarliteratur werden § 313 BGB im Lichte dessen absehbar nicht einhegen und fortentwickeln können.⁸⁷⁹ Daher ist die Praxis, wenn es darum geht, den Wesensgehalt des § 313 BGB näher zu konturieren auf die Privatrechtswissenschaft angewiesen. Dem Reformgesetzgeber kann sogar unterstellt werden, dass er durch sein eigenes Unterlassen von Weichenstellungen genau diesen Zustand herbeiführen wollte. § 313 BGB ist dann als eine innovationsoffene Regelung zu verstehen, die insbesondere auch neue „soziale“ Funktionszuschreibungen, wie die vorstehend skizzierte, erlaubt.

b. Einwand der Subsidiarität

Der Haupteinwand gegen *Larenz* Begründung des Einwendungsdurchgriffs mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage war stets und muss bleiben, dass seine Subsidiarität gegenüber entgegenstehenden vertraglichen Vereinbarungen oder gesetzlichen Bestimmungen einen maßgeblichen Eckpfeiler des Rechtsinstituts bildet. Nach wohl allgemein geteilter Auffassung soll § 313 BGB eine Korrektur vertraglicher Vereinbarungen deshalb nur bei einem „Restbestand“ von Fällen zulassen.⁸⁸⁰ Das Subsidiaritätspostulat lässt sich nicht wegargumentieren. Es ist aber zu berücksichtigen, dass es sich bei ihm nach wie vor eher um eine dogmatische Behauptung, denn um ein beachtetes Tatbestandsmerkmal handelt.⁸⁸¹ Der Vorwurf, der Einsatz von § 313 BGB im Rahmen einer Verbrauchermehrkomponentendogmatik verstoße gegen den Subsidiaritätsgedanken, adressiert also nur eine neue Ausprägung des festgefahrenen Standardmissstands der Geschäftsgrundlagenlehre.

⁸⁷⁸ Vgl. *Medicus*, in: FS Flume, 1978, S. 629.

⁸⁷⁹ Weitergehend *Meyer-Pritzl*, in: HKK-BGB, §§ 313–314 Rn. 69: Der BGH wolle allgemein nicht an der dogmatischen Konturierung der Geschäftsgrundlagenlehre mitwirken. Ein Dialog zwischen Rechtsprechung und Lehre, wie er für andere Bereiche des Zivilrechts symptomatisch sei, finde hier nicht statt.

⁸⁸⁰ Vgl. nur *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (320); *Teubner* ZHR 146 (1982), 625 (626) spricht von einer drastischen Beschränkung der Anzahl der bei der Anwendung der Geschäftsgrundlage juristisch zugelassenen Argumente; (zu) weitgehend *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (236); *ders.*, BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 525: verbleibend im Anwendungsbereich allein Fälle einer „Änderung der Sozialexistenz“.

⁸⁸¹ Vgl. zu diesem Einwand speziell *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (467); *Fuchs* AcP 199 (1999), 305 (320): Der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sei eine ergebnisorientierte Betrachtung immanent.

aa. Ausgehen von der Risikoverteilung zwischen den Parteien

- 58 Der wohlbegründeten Kritik an den Generalklauseln im BGB im Allgemeinen⁸⁸² und an der Geschäftsgrundlagenlehre im Besonderen⁸⁸³, wird heute bekanntlich durch die Annahme Rechnung getragen, dass § 313 BGB sowohl ein im konkreten Vertrag als auch ein im dispositiven Recht angelegtes Modell der Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien akzeptieren müsse. § 313 BGB berechtigt also grundsätzlich nur dann zu einem externen Eingriff in den Vertrag, sofern im Hinblick auf eine nachvertraglich eingetretene Störung keine vertragliche Risikoverteilung stattgefunden hat, bzw. die Grenze des auferlegten Risikos im Einzelfall überschritten ist.⁸⁸⁴ Im Grundsatz muss also gelten, dass eine gewählte Zuordnung des „Vertragsrisikos“⁸⁸⁵ unter Einsatz der Geschäftsgrundlagenlehre weder außer Kraft gesetzt noch rückgängig gemacht oder umverteilt werden kann.⁸⁸⁶ In der Folge vermögen die Parteien § 313 BGB im Wege einer vertraglichen Vereinbarung effektiv abzubedingen.⁸⁸⁷ Die vertragliche Risikoanordnung kann mit anderen Worten zu einer „Umverteilung

882 Vgl. zu den „Kuckuckseier[n] im liberalistischen Rechtssystem“ (*Lange*, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, S. 5) etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 477: § 242 BGB ermutige den „Richter guten Willens, persönliche Wertungen, naturrechtlichen Enthusiasmus oder zeitgemäße moralisierende Tendenzen gegen Buchstaben und Geist der gesetzlichen Ordnung durchzusetzen“; s. auch *Esser/Schmidt*, SchuldRAT, § 2 II, S. 34: .

883 *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 26; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (208 ff.); Weiterentwicklung dieser Gedanken zunächst vor allem durch *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, *passim*, *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage, *passim*; zur Ideengeschichte aus rechtsvergleichender Sicht: *Reiter*, Vertrag und Geschäftsgrundlage, S. 148 ff.

884 Vgl. nur *Teichmann*, in: Soergel BGB, § 313 Rn. 22. Dies gilt unabhängig davon, dass der Risikogedanke im Wortlaut des heutigen § 313 BGB nur sehr indirekt Niederschlag findet. Jedenfalls erscheint die Risikoverteilung danach nicht gleichbedeutend zu sein mit der Geschäftsgrundlage, bzw. den „Umstände[n], die zur Grundlage des Vertrags geworden sind“, von denen die Regelung spricht. Vielmehr suggeriert die Formulierung, dass die Risikoverteilung der Vertragsparteien nur im Hinblick auf die Rechtsfolgen des § 313 BGB relevant sei. So heißt es, Anpassung des Vertrags könne verlangt werden, soweit einem Teil das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, wobei insbesondere die „vertragliche[.] oder gesetzliche[.] Risikoverteilung“ Berücksichtigung finden soll.

885 So die von *Fikentscher* gewählte Bezeichnung, vgl. *ders.*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos. Die nahezu zeitgleich erschienene Arbeit *Köhlers* (vgl. *ders.*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage, *passim*; s. dazu auch *ders.*, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. I, S. 295 (300)) differenziert – im Anschluss an *Larenz* – nach dem Primärzweck, bei dessen Verfehlung ohnehin nur das Recht der Leistungsstörungen zur Anwendung kommen könne, und dem für die Geschäftsgrundlage einzig maßgeblichen „weiteren Gläubigerzweck“, dem Sekundärzweck, ohne dass hiermit ein erkennbarer Mehrwert verbunden wäre.

886 Vgl. aus Sicht einer Risikolehre: *Ulmer* AcP 174 (1974), 167 (182 ff.); *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 44, 171; *ders.*, in: FS Huber, 2006, 739 (740); *Huber* AcP 202 (2002), 179 (218); *Canaris* AcP 190 (1990), 410 (419); s. aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 516. Bei Befolgung der so genannten subjektiven Theorie wäre das Vertragsrisiko dabei ein positives Merkmal: Die Vorstellungen und Wertungen der Parteien machen dabei bereits (alleinig) die Geschäftsgrundlage aus, vgl. etwa *S. Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.10.2024, § 313 Rn. 9.

887 *Henssler*, in: FS Huber, 2006, 739 (747). Vor der Schuldrechtsreform wurde die Dispositivität der Geschäftsgrundlagenlehre damit begründet, dass die aus § 242 BGB abgeleiteten „*naturalia negotii*“ ihrerseits nur dispositives Recht enthielten, vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 44.

des gesetzlichen Konzepts“ genutzt werden,⁸⁸⁸ was wiederum bedeutet, dass der Vertrag auch in der Sphäre des § 313 BGB die „speziellere Regelung“ bleibt⁸⁸⁹.

Dieser Gedanke ist – jedenfalls indirekt – auch Bestandteil der auf *Paul Oertmann* zurückgehenden rein subjektiven Theorie zur Bestimmung der Geschäftsgrundlage,⁸⁹⁰ an der die Rechtsprechung, nachdem sie das Reichsgericht erstmalig im so genannten „Vigognespinnerei“-Fall übernommen hatte,⁸⁹¹ im Grundsatz bis heute festhält.⁸⁹² Dies lässt sich bereits daran erkennen, dass schon das Reichsgericht auf der Grundlage eben dieser Theorie teilweise auf die ausschließende Funktion der vertraglichen Risikoverteilung abgestellt hat und auch der BGH dies regelmäßig tut.⁸⁹³

888 Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 44.

889 Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 95; vgl. auch Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage, S. 32.

890 Vgl. Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 148 ff. und insbesondere 174 ff. Danach wird die Geschäftsgrundlage als die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut, definiert.

891 Vgl. RG, Urt. v. 3.2.1922 – II 640/21 = RGZ 103, 328 (331 f.).

892 Vgl. BGH Urt. v. 26.9.2018 – VIII ZR 187/17 = BGHZ 220, 19 = NJW 2019, 145 Rn. 15 f.; BGH Urt. v. 4.5.2022 – XII ZR 64/21 = BGHZ 233, 266 = NJW 2022, 2024 Rn. 31 ff.; aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform etwa BGH Urt. v. 10.10.1984 – VIII ZR 152/83 = NJW 1985, 313 (314); BGH Urt. v. 26.2.1987 – IX ZR 98/86 = NJW 1987, 1629 (1630); BGH Urt. v. 14.10.1992 – VIII ZR 91/91 = BGHZ 120, 10 (23) = NJW 1993, 259 (262); BGH Urt. v. 5.1.1995 – IX ZR 85/94 = BGHZ 128, 236 = NJW 1995, 592 (593); BGH Urt. v. 23.10.1957 – V ZR 219/55 = BGHZ 25, 390 (392) = NJW 1958, 297 (298); BGH Urt. v. 15.11.2000 – VIII ZR 324/99 = NJW 2001, 1204 (1205); BGH Urt. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819). Zum Teil wird die Aufnahme des Zumutbarkeitskriteriums in die Formel vom Wegfall der Geschäftsgrundlage als Änderung verstanden, vgl. insofern S. Martens ZIP 2021, 1521 f.

893 Eine gängige Formulierung lautet insofern, dass für eine Berücksichtigung der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage „grundsätzlich insoweit kein Raum [sei], als es um Erwartungen und um Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer Partei fallen sollen.“ Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließe für die Vertragspartei abgesehen von „extremen Ausnahmefällen“ regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen, vgl. RG, Urt. v. 6.7.1898 – I 174/98 = RGZ 42, 114 (116); RG, Urt. v. 15.3.1918 – III 522/17 = RGZ 92, 322 (324 f.); RG, Urt. v. 15.12.1941 – V 77/41 = RGZ 168, 121 (127) und aus der BGH-Rechtsprechung etwa BGH Urt. v. 23.10.2019 – XII ZR 125/18 = BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rn. 37; ganz ähnlich BGH Urt. v. 26.9.2018 – VIII ZR 187/17 = BGHZ 220, 19 = NJW 2019, 145 Rn. 15 f.; BGH Urt. v. 4.5.2022 – XII ZR 64/21 = BGHZ 233, 266 = NJW 2022, 2024 Rn. 31 ff.; BGH Urt. v. 9.3.2010 – VI ZR 52/09 = NJW 2010, 1874 Rn. 24; BGH Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 42/07 = BGHZ 181, 77 (97) = NJW-RR 2010, 960 Rn. 70 f.; BGH Urt. v. 21.9.2005 – XII ZR 66/03 = NJW 2006, 899 Rn. 30; BGH Urt. v. 12.2.2008 – VI ZR 154/07 = NJW-RR 2008, 649 Rn. 10; BGH Urt. v. 14.7.1983 – IX ZR 40/82 = BGHZ 88, 185 (191) = NJW 1983, 2442 (2243); BGH, Urt. v. 26.2.1987 – IX ZR 98/86 = NJW 1987, 1629 (1630); BGH Urt. v. 17.3.1994 – IX ZR 174/93 = NJW 1994, 2146 (2147); BGH Urt. v. 5.1.1995 – IX ZR 85/94 = BGHZ 128, 236 = NJW 1995, 592 (593); BGH Urt. v. 1.2.1984 – VIII ZR 54/83 = NJW 1984, 1177 (1178); BGH Urt. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819); BGH Urt. v. 10.6.1965 – II ZR 6/63 = BGHZ 44, 40 = NJW 1965, 1960; BGH Urt. v. 28.2.1961 – VI ZR 95/60 = BeckRS 1961, 31186478; BGH Urt. v. 3.7.1981 – V ZR 100/80 = BGHZ 81, 135 (143) = NJW 1981, 2241 (2242); BGH Urt. v. 14.7.1953 – V ZR 72/52 = NJW 1953, 1585; zum Ganzen in der Kommentarliteratur: Meyer-Pritzel, in: HKK-BGB, §§ 313–314 Rn. 40; Lorenz, in: BeckOK-BGB, § 313 Rn. 26 ff.; Finkenauer, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 59 ff.; vgl. auch S. Martens ZIP 2021, 1521 (1523).

- 60 Auf einer zweiten Ebene der Geschäftsgrundlagenlehre müssen bei Befolgung des Eingrenzungskonzepts, spezialgesetzliche Risikoverteilungen beachtet werden. Diese ergeben sich insbesondere aus BGB-Vorschriften des Besonderen Schuldrechts zu verschiedenen Vertragstypen und – noch vornehmlicher – den Sachmängelvorschriften zu Austauschverträgen.⁸⁹⁴ Der Gedanke eines Primats spezialgesetzlicher Risikoverteilungen trägt der dem dispositiven Recht landläufig zugesprochenen Typisierungsfunktion Rechnung: Das dispositive Recht wird danach als eine Rückfalloption verstanden, welche die Parteien – sofern sie sie nicht explizit abbedungen haben – als Grundlage ihrer vertraglichen Vereinbarungen akzeptieren.⁸⁹⁵
- 61 Auf einer dritten Tatbestandsebene soll bei Vertragsstörungen, in denen kein bereits nach den vorstehend angeführten Kriterien verteiltes Risiko zum Ausdruck kommt,⁸⁹⁶ darauf abzustellen sein, inwiefern sie – auch ihrem Umfang nach⁸⁹⁷ – vorhersehbar waren. Auch das Risiko einer für den Schuldner vorhersehbaren Erschwerung der Erbringung seiner Leistungspflicht soll danach grundsätzlich von diesem selbst zu tragen sein und nicht im Wege der Korrektur oder Ergänzung der vertraglichen Vereinbarungen über § 313 BGB nachträglich umverteilt werden können.⁸⁹⁸ Da die Vorhersehbarkeit im Wortlaut des § 313 BGB jedenfalls keine unmittelbare Erwähnung findet⁸⁹⁹ und auch die Gesetzesbegründung sie nicht unmittelbar fordert⁹⁰⁰, muss der Status dieses Kriterium allerdings – ohne dass es für die Untersuchung eine Rolle spielen würde – unsicher bleiben.

894 *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 45.

895 Vgl. zum Ganzen *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 85; vgl. auch bereits *Schmidt-Rimpler*, in: FS Nipperdey, 1955, S. 1 (9).

896 Vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 50: „Liegt nach der allgemeinen Grundregel [d.h. nach den Regelungen des dispositiven Rechts] das Risiko einer Störung bei der Gegenpartei, so besteht für denjenigen, der die Störung vorhersehen konnte, gar kein Anlaß, sich – nochmals ausdrücklich – von einer Haftung freizuzuzeichnen“, um dem Risiko zu begegnen.“

897 Vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 54: „die konkret eingetretene Veränderung der Kosten-Nutzen-Relation“.

898 Vgl. zu diesem Kriterium bereits RG, Urt. v. 19.12.1930 – II 296/30 = RGZ 131, 92 (96); s. sodann BGH Urt. v. 14.7.1953 – V ZR 72/52 = NJW 1953, 1585; BGH Urt. v. 23.10.1957 – V ZR 219/55 = BGHZ 25, 390 (393 ff.) = NJW 1958, 297 (298); BGH Urt. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819); BGH Urt. v. 30.3.1984 – V ZR 119/83 = BGHZ 91, 32 = NJW 1985, 126 (127); aus der Literatur etwa grundlegend *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage, S. 31 ff.; *Nicklisch* BB 1980, 949 (951); *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 51.

899 Der Wortlaut nimmt explizit allein Bezug auf die konkrete Voraussicht der Parteien („vorausgesehen hätten“) und nicht dasjenige, was sie hätten voraussehen können bzw. müssen. Jedenfalls wird hier nicht im Sinne einer strikten Negativabgrenzung herausgestellt, dass alles, was vorausgesehen wurde, nicht mehr als Geschäftsgrundlagenstörung gelten könne, vgl. *Teichmann*, in: Soergel BGB, § 313 Rn. 83 ff.; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 74.

900 Vgl. Begr. Entwurf Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 175 f. und demgegenüber nur *Teichmann*, in: Soergel BGB, § 313 Rn. 82.

bb. Zwischenergebnis

Eine Korrektur der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung erscheint vor diesem Hintergrund – wenn überhaupt – nur ganz ausnahmsweise zulässig und ist besonders begründungsbedürftig. Im Ausgangspunkt bestätigt sich hier aber vor allem die bereits herausgestellte Erkenntnis, dass es den Parteien eines Mehrkomponentengeschäfts auch im Angesicht von § 313 BGB in aller Regel überlassen bleibt, ob und inwiefern sie die wirtschaftlich verknüpften Leistungskomponenten „künstlich“ vertraglich trennen. Sofern das vertragliche Risikokzept schweigt, ist zwar auf die allgemeinen (dispositiven) gesetzlichen Regelungen abzustellen, zu diesem kann die vertragliche Risikoverteilung jedoch, wie es dem Wesen des dispositiven Rechts entspricht, wiederum ohne weiteres im Widerspruch stehen. 62

cc. § 313 BGB als spezielle Ausprägung des § 242 BGB

Darüber hinausgehend vermag der Subsidiaritätsgedanke im hiesigen Zusammenhang schlussendlich allenfalls zu einem vorsichtigen Umgang mit § 313 BGB anzuhalten, da er keinen echten Tatbestandsausschluss vermittelt. Denn auch die Risikolehren bringen letztendlich nur eine vom Theorem der „Richtigkeitsgewähr“ von Verträgen geprägte Sicht auf die Geschäftsgrundlagenlehre zum Ausdruck.⁹⁰¹ Wo die Bereitschaft zu einer Modifikation der parteilichen Risikoverteilung unter Berufung auf § 313 BGB tatsächlich beginnt, hängt vielmehr vor allem von der Einstellung zum Eigenwert vertraglicher Vereinbarungen ab. So ging es auch *Flume* bei seiner Geschäftsgrundlagenkritik vor allem darum, zu begründen, inwiefern für die Geschäftsgrundlagenlehre neben der ergänzenden Vertragsauslegung kein Raum sei.⁹⁰² Selbst das Ergebnis seiner Kritik ist daher allenfalls eine Problemverlagerung. Angesichts der Kodifikation der Geschäftsgrundlagenlehre in § 313 BGB kann sie heute nur noch insofern Bestand haben, als man zugleich ausschließt, dass die vertragliche Risikoordnung nicht anhand eines „hypothetischen Parteiwillens“ unter (versteckter) Berücksichtigung von Billigkeitserwägungen ermittelt wird. Denn dies liefe mit den Worten *Teubners* auf eine „subkutane Einführung heteronomer Wertungen“ bereits an der Basis der Geschäftsgrundlagenlehre hinaus.⁹⁰³ Man würde mit anderen Worten also vom Primat der vertraglichen Risikoordnung außer bei veränderter Sozialexistenz ausgehen, diese Zuordnung jedoch dazu nutzen, doch wieder auf breiter Front heteronom-wertend in den Vertrag einzugreifen. Dieser 63

901 Vgl. ausdrücklich *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage, S. 108.

902 Vgl. *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (236); *ders.*, BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 525; vgl. dazu auch *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 72 ff., 78, 85, 178 ff., 185; *ders.* JZ 1966, 761 (767); *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 102; *Nicklich* BB 1980, 949 (952 f.); *Littbarski* JZ 1981, 8 (13); dies klingt auch bei *Henckel* AcP 159 (1960), 106 (123) an.

903 *Teubner* ZHR 146 (1982), 625 (633).

Eingriff geschähe dann nur unter einem anderen Deckmantel, nämlich demjenigen der ergänzenden Vertragsauslegung und nicht demjenigen des § 313 BGB.

- 64 Auch unabhängig davon, stößt der Subsidiaritätsgedanke im Hinblick auf Mehrkomponentengeschäfte schnell an seine Grenzen. Wenn man bedenkt, dass sich in den allermeisten Fällen Verwendungs- und Entwertungsrisiko sicher zuordnen lassen, dürfte § 313 BGB danach eigentlich nie zur Anwendung kommen, was durch die Realität eindrucksvoll widerlegt wird. Vielmehr lässt sich – wie die Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing zeigt – weiterhin die Heranziehung des § 313 BGB in einer großen Vielzahl an Fällen rechtfertigen, sofern man sie nur als Extremfall deklariert, in dem ausnahmsweise doch eine Verlagerung der von den Parteien explizit oder implizit vorgenommenen ursprünglichen Risikoverteilung herbeizuführen ist, weil eine Art (relativer) „Opfergrenze“ überschritten ist.⁹⁰⁴

c. § 313 BGB als Instrument zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit

- 65 Gegen eine Lösung über § 313 BGB lässt sich weiterhin anführen, dass die Regelung grundsätzlich einen Rechtsbehelf für Extremlagen, also eine Art Ausnahmerechtsbehelf enthält, wohingegen ihr hier ein „Regelrechtsbehelf“ bei Störungen von Verbrauchermehrkomponentengeschäften entnommen würde. Ein entsprechender Zug ist den Generalklauseln aber ohnehin eigen. Er würde hier nur künstlich angestoßen. Zwar beruft man sich im Rechtsverkehr auf eine Generalklausel wohl tatsächlich, um Einzelfallgerechtigkeit zu erlangen, die daraufhin ergehenden Entscheidungen entfalten aber, indem sie vonseiten der (Kommentar-)Literatur auf vergleichbare Sachverhalte übertragen werden, Breitenwirkung, sodass sich schlussendlich Regeln herausbilden. Diese Regeln werden in Kommentaren als Fallgruppen dargestellt, auf die sich die Rechtsprechung dann wiederum berufen kann.⁹⁰⁵ Dieser Vorgang läuft umso schneller ab, wenn die Entscheidungen ein hohes Abstraktionsniveau aufweisen. Bei den zeitlich älteren generalklauselartig gefassten Vorschriften des BGB, wie § 138 BGB oder § 242 BGB ist eine solche, auf Außeneinflüsse reagierende Fallgruppenbildung über die Zeit eindeutig feststellbar. Bei der Geschäftsgrundlagenlehre zeigt sich diese Tendenz vor allem bei der Behandlung von Störungen, die aus

904 Vgl. exemplarisch BGH NJW 2010, 1874 Rn. 24; BGH Urt. v. 26.9.1996 – I ZR 265/95 = BGHZ 133, 316 (319 ff.) = NJW 1997, 1702 (1704); BGH Urt. v. 26.9.1996 – I ZR 194/95 = BGHZ 133, 331 (335 ff.) = GRUR 1997, 386 (388): Die Vertragsanpassung oder -auflösung komme trotz einer (vertraglichen) Risikoverteilung zulasten des von einer Störung Betroffenen in Betracht, sofern sie „zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Folgen unabweislich“ erscheine. Auch in der Literatur wird vertreten, dass die Grenzen der (vertraglichen) Risikoübernahme erreicht seien, wo der Kerngehalt des § 242 BGB (das Prinzip von Treu und Glauben) angetastet werde, da § 313 BGB eine Ausprägung von dessen Redlichkeitsgedanken sei, vgl. S. Martens, in: BeckOGK BGB, Stand 1.10.2024, § 313 Rn. 10; Henssler, in: FS Huber, 739 (752).

905 Vgl. zu diesem Kreislauf Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 315 ff.; Finkenauer AcP 213 (2013), 619 (640).

einer Änderung der wirtschaftlichen, politischen und sozialen Rahmenbedingungen resultieren.⁹⁰⁶ In der Rechtsprechung und Literatur werden Kriege, kriegsähnliche Entwicklungen, Währungsverfall, Naturkatastrophen und ähnliche Ereignisse, die tiefgreifende gesellschaftliche Umwälzungen bedingen, sehr weitgehend als Störungen der Geschäftsgrundlage anerkannt.⁹⁰⁷ Aus einer solchen Situation heraus ist die Geschäftsgrundlagenlehre ursprünglich überhaupt erst entstanden.⁹⁰⁸ Dabei bietet jeweils ein Einzelereignis, jedenfalls nachdem es zu einer einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidung gekommen ist, den Raum für ganze Entscheidungskaskaden von Untergerichten. Dadurch tritt der Vehikelcharakter des Rechtsinstituts hervor: Dem Gesetzgeber wird hier schlussendlich nur erspart, in Reaktion auf das maßgebliche Großereignis mit einer neuen Regelsetzung zu reagieren.

Die Fallgruppenbildung im Wege eines Dialogs zwischen Rechtsprechung und Literatur hat den Vorteil, dass sich hier idealiter eine Art Markt für Regelungsideen bildet, auf dem sich ein durch die Rechtsprechung gefundenes Auslegungsergebnis nur dann durchsetzt, wenn es schafft, sich gegen konkurrierende Auslegungsergebnisse durchzusetzen. Bei alldem spricht nichts zwingend dagegen, dass diese Fallgruppenbildung auch von einer anderen Stelle, als der Rechtsprechung, betrieben werden kann. Dies hat sich zuletzt besonders deutlich bei den durch die Corona-Pandemie ausgelösten Vertragsstörungen gezeigt. Hier wurde der Tatbestand des § 313 BGB nicht nur faktisch im Wege einer ständigen Gerichtspraxis „verfestigt“. Vielmehr hat der Gesetzgeber selbst normkonkretisierend eingegriffen und damit einen – trotz der zu berücksichtigenden Singularität der Pandemielage – verallgemeinerungsfähigen Präzedenzfall geschaffen. In den Blick genommen wird damit der zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie eingeführte und zwischenzeitlich wieder außer Kraft getretene Art. 240 § 7 EGBGB.⁹⁰⁹ Art. 240 § 7 EGBGB enthielt eine gesetzliche Vermutung, der zufolge eine Geschäftsgrundlagenstörung i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB vorliegt, wenn vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge einer staatlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie (eines Rechtsakts oder einer behördlichen Maßnahme) für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind. Es war danach zu vermuten, dass „sich ein Umstand im Sinne von § 313

906 Zum Teil ist insofern auch vom allgemeinen Lebensrisiko bzw. der „großen Geschäftsgrundlage“ die Rede, wohingegen alle sonstigen, sich auf das Vertragsverhältnis auswirkenden Veränderungen der „kleinen Geschäftsgrundlage“ zugerechnet werden, vgl. zu dieser Unterscheidung *Kegel*, Gutachten 40. DJT, S. 135 (201 ff.); *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 26 6; *Nicklisch* BB 1980, 949 (953).

907 Vgl. zum Zusammenbruch der DDR als Geschäftsgrundlagenstörung grundlegend BGH Urt. v. 14.10.1992 – VIII ZR 91/91 = BGHZ 120, 10 = NJW 1993, 259.

908 Vgl. zur „Geburtsstunde“ der Geschäftsgrundlagenlehre als aus Altverträgen resultierende Forderungen nicht mehr den inflationsbedingt geänderten Verhältnissen der Nachkriegszeit entsprachen RG, Urt. v. 21.9.1920 – III 143/20 = RGZ 100, 129 (131 f.); vgl. dazu auch *Vogener*, in: HKK-BGB, §§ 133, 157 Rn. 105; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 43; *ders.* AcP 213 (2013), 619 (644).

909 Eingeführt durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.3.2020 (BGBl. I, S. 569), am 30.9.2022 außer Kraft getreten.

Absatz 1 BGB, der zur Grundlage des Miet- oder Pachtvertrags geworden ist, [...] nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.“

- 67 Es ging also nur um das sog. tatsächliche bzw. reale Merkmal des § 313 BGB.⁹¹⁰ Die Gesetzesbegründung gab darüber hinaus aber noch weitere Fingerzeige, wie § 313 BGB auszulegen sein sollte. So sollte es auch naheliegen, „dass das sogenannte hypothetische Element, dass also die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, in Bezug auf die COVID19-Pandemie regelmäßig erfüllt“ sei.⁹¹¹ Schließlich sei „davon auszugehen“, dass ohne entsprechende vertragliche Regelungen Belastungen infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie regelmäßig weder der Sphäre des Vermieters noch des Mieters zuzuordnen seien.⁹¹²

III. Konstruktion eines rechtsgeschäftlichen Verbunds

1. Gernhubers Vorschlag

- 68 Eine Einbettung der Mehrkomponentenproblematik in die Geschäftsgrundlagenlehre (bzw. § 313 BGB) würde nach alldem zum Rechtsinstitut nicht zwingend im Widerspruch stehen und könnte sich zudem auf eine Reihe wohletablierter Vorbilder berufen. Schlussendlich würde sie die Geschäftsgrundlagendogmatik aber allenfalls mit Bauchgrimmen akzeptieren. Deshalb wird hier letztlich dafür plädiert, ihr einen von *Gernhuber* unterbreiteten Vorschlag vorzuziehen. Dies stellt die unter II. 3. präsentierten Einzelergebnisse nicht infrage, da der Vorschlag darauf nicht abzielt. Es soll aber der Kritik vorbeugen, die Anwendung von § 313 BGB sei hier ganz grundsätzlich fehl am Platze. Es geht darum, dass *Gernhuber* zunächst in der Festschrift für Larenz und dann im „Schuldverhältnis“ eine rechtsdogmatische Figur zur Erfassung des finanzierten Abzahlungsgeschäfts entwickelt hat. Er geht dabei von der Beobachtung aus, dass zwei Leistungspflichten zur Verwirklichung eines bestimmten Zwecks wechselseitig ihrem Inhalt nach aufeinander bezogen sein können, die Parteien dies aber regelmäßig nur andeuten, weil sie allein den Regelablauf der Geschäftsabwicklung vor Augen haben.⁹¹³ Diese Beobachtung kann sowohl bei bilateralen als auch bei multilateralen Parteibeziehungen gemacht werden.⁹¹⁴ *Gernhuber* findet für sie den Begriff des Finalnexus.⁹¹⁵ Anschließend möchte er unmittelbar aus dem Befund des Finalnexus (bzw. eines genetischen, konditionellen

910 Vgl. Begr. Beschlussempf. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz BT-Drucks. 19/25322, S. 19, 21; vgl. dazu auch S. *Martens* ZIP 2021, 1521.

911 Begr. Beschlussempf. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz BT-Drucks. 19/25322, S. 21.

912 Begr. Beschlussempf. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz BT-Drucks. 19/25322, S. 21.

913 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (470); *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 729.

914 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (471).

915 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (470); *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 712, 729.

und funktionellen Verbunds) konkrete Rechtswirkungen ableiten,⁹¹⁶ wobei er den Finalnexus – zu Recht – im Parteiwillen verortet. Dem steht es nicht entgegen, dass die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft die Verbindung von Kauf und Darlehen schlussendlich von objektiven Voraussetzungen abhängig machen wollte⁹¹⁷ und auch die §§ 358 ff. BGB sich auf objektiv verbundene/zusammenhängende Verträge beziehen. Denn dies soll primär verhindern, dass Verbraucher durch Hinweise auf das sie treffende Aufspaltungsrisiko rechtlos gestellt werden können (dazu noch § 16).⁹¹⁸ Es ändert aber nichts daran, dass es hier richtigerweise um eine der subjektiven Sphäre zuzuordnende Begebenheit geht, welche lediglich objektiv zum Ausdruck kommt.⁹¹⁹

Der hier befürwortete Hybrid aus Vertrag und verbundenem Rechtsgeschäft widerspricht insofern dem Regelungsplan des BGH, als der Gesetzgeber – wie aufgezeigt – konzeptionell noch von der Einzelforderung, dem Einkomponentenvertrag und einem bipolaren Vertragsleitbild ausgegangen ist, wohingegen schon wirtschaftliche Vertragsverbindungen allein in den §§ 358 ff. und in geringem Umfang anerkannt werden. Dadurch wird eine dergestaltige Rechtsfortbildung aber nicht illegitim. Dies zeigt die Geschichte der Geschäftsgrundlage, von deren Existenz der historische Gesetzgeber ebenfalls noch nicht ausgegangen ist. Dass es arg kleinteilig erscheint, anzunehmen, dass die Parteien mehr wollen als selbständige Verträge, sich aber zugleich gegen eine Verdichtung ihrer Beziehung in einem mehrseitigen Vertrag bzw. Gesamtvertrag stemmen,⁹²⁰ lässt sich dabei nicht ändern. Denn nur indem man eine dritte Kategorie der Willensübereinstimmung anerkennt und unmittelbar aus dem Befund ihrer Existenz auf Rechtswirkungen schließt, wie etwa diejenige, dass eine Leistungspflicht vernichtet sein muss, wenn auch die andere unwirksam ist, unterläuft man die sich bei Mehrkomponentengeschäften zeigende Problematik. Diese

916 Vgl. dazu im Einzelnen *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (478 ff.).

917 Vgl. zu diesen BGH Urt. v. 11.11.1953 – II ZR 124/53 = NJW 1954, 185 (187); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 260/64 = BGHZ 47, 253 (255) = NJW 1967, 1036; BGH Urt. v. 29.3.1984 – III ZR 24/83 = BGHZ 91, 9 (11) = NJW 1984, 1755; aus neuerer Zeit etwa BGH Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 45/09 = BGHZ 184, 1 = NJW 2010, 531 Rn. 30 f.; BGH Urt. v. 18.12.2007 – XI ZR 324/06 = NJW-RR 2008, 1436 Rn. 25 f.; BGH Urt. v. 17.9.1996 – XI ZR 164/94 = BGHZ 133, 254 (259) = NJW 1996, 3414; BGH Urt. v. 19.5.2000 – V ZR 322/98 = NJW 2000, 3065 (3066).

918 Vgl. insofern nur *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 358 Rn. 25, 27; *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 15.8.2024, § 358 Rn. 92; *Rosenkranz*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 25.

919 Dies zeigt besonders gut eine in BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 (304) = NJW 1982, 1694 (1695) verwendete Formel, wonach die wirtschaftliche Einheit zu bejahen sei, „wenn über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte innerlich derart verbunden sind, daß keines ohne das andere geschlossen worden wäre.“ Diese Feststellung setze, so der BGH weiter, voraus, dass objektiv bestimmte Umstände – Verbindungselemente – vorliegen und dadurch subjektiv beim Darlehensnehmer – für den Darlehensgeber erkennbar – der Eindruck erweckt wird, Verkäufer und Darlehensgeber ständen ihm als einheitlicher Vertragspartner gegenüber.

920 Vgl. dazu *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (456, 473 f.); ders., Das Schuldverhältnis, § 31 II 5, S. 715 (Konsequenz daraus ist insbesondere, dass es keine Möglichkeit gibt, das Problem in die AGB-Kontrolle zu verlagern).

Problematik besteht darin, dass sich die Parteien bei Mehrkomponentengeschäften auf den ersten Blick oftmals für etwas ausgesprochen haben, das *Gernhuber* als die „*contradictio in adiecto* eines rechtsgeschäftlichen Verbundes mit unverbundenen Verträgen“ bezeichnet⁹²¹ und zugleich evident ist, dass es den Parteien (jedenfalls in bestimmten Fällen, dazu § 16) nicht erlaubt sein darf, den Verbund zu negieren. Die argumentative Stärke von *Gernhubers* Vorschlag zeigt sich dann erneut auf der – nicht den Gegenstand der Arbeit bildenden – bereicherungsrechtlichen Ebene. Auch hier vertritt *Gernhuber* keine grundsätzlich von der „herrschenden“ abweichende Auffassung. Er vermag aber weitaus überzeugender als die herkömmliche Dogmatik zu erklären, weshalb bei wirtschaftlich verbundenen Verträgen in multilateralen Parteienkonstellationen – so wie es nahezu allgemein für „gerecht“ gehalten wird – keine Rückabwicklung „über’s Eck“ stattfindet.⁹²²

2. Ist die Zeit reif für eine Umsetzung?

- 70 Es bleibt dabei, dass immer wieder neu Kriterien dafür gefunden werden müssen, wann zwei Verträge so wirtschaftlich verknüpft sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ müssen, selbst wenn die Parteien explizit für eine rechtliche Vertragstrennung optiert haben sollten. Denn es macht für den Akt der Kriterienbildung keinen Unterschied, ob er dazu dienen soll, die Geschäftsgrundlage, also eine vorgelagerte Schicht, oder (präziser) den Leistungsinhalt zu ermitteln. Dafür, den etablierten Lösungsweg über § 313 BGB zugunsten von *Gernhubers* Vorschlag aufzugeben, spricht, dass sich der erstgenannte Weg fortwährend den Vorwurf gefallen lassen muss, dass er allein aufgrund der Billigkeit der mit ihm zu erzielenden Ergebnisse gegangen wird.⁹²³ Für den engen Bereich der finanzierten Abzahlungsgeschäfte konnte man dies gegebenenfalls noch akzeptieren, zumal sich schnell explizite gesetzliche Lösungen anbahnten. Dem Charakter der hier im Mittelpunkt stehenden Mehrkomponentengeschäfte wird dies aber nicht gerecht. Denn es geht hier gerade nicht um Umgehungsgeschäfte, sondern um eine Entwicklung, welche Ausdruck der beständigen Suche der Geschäftspraxis nach neuen Absatzmethoden geschuldet ist. Ferner ist der unter II. 1. dargestellten Lösung aus Sicht der Geschäftsgrundlagentheorie entgegenzuhalten, dass sie droht, ihre drei zentralen Errungenschaften jüngerer Zeit zunichtezumachen: Sie rüttelt sowohl am Primat der vertraglichen Vereinbarung als auch am Einzelfallcharakter des Geschäftsgrundlagenwegfalls und an der Rückbindung an die (wenigen) dem Wortlaut klar entnehmbaren Tatbe-

921 Vgl. *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (478); vgl. zu diesem Aspekt auch *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742).

922 Vgl. zur herkömmlichen Erklärung im Vergleich zu *Gernhubers* Ausführungen etwa BGH Urt. v. 26.3.2019 – XI ZR 228/17 = NJW 2019, 2780 Rn. 24 versus *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, 455 (475, 480 ff.); *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730.

923 *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (465) hat von einer von Billigkeitsrücksichten bestimmten Verbindung gesprochen; vgl. auch *ders.*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 5, S. 716.

standsvoraussetzungen. Hinzu kommt, dass die Geschäftsgrundlagenlösung auch nicht besser dazu geeignet ist, das Zentralproblem der Mehrkomponentendogmatik zu lösen, als dies *Gernhubers* Vorschlag kann.

Umso deutlicher muss das Plädoyer für den Vorschlag im Lichte der neuen Entwicklung im Geschäftsleben ausfallen: Zunächst ermöglicht er es, den gesetzlichen Regeln zu verbundenen und zusammenhängenden Verträgen und der BGH-Rechtsprechung zum „Stehen und Fallen-Sollen“ einen einheitlichen dogmatischen Überbau, losgelöst von den jeweiligen (zu) konkreten Bezügen, an die Seite zu stellen. Insofern ist erneut darauf hinzuweisen, dass die vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung gefundenen Einzellösungen sich im Großen und Ganzen als überzeugend erwiesen haben. Sie stehen zurecht kaum in der Kritik. Es geht hier also nur darum, sie zutreffender zu fundieren. Vor allem aber erscheint die Zeit nun reif für die von *Gernhuber* entwickelte Kategorie. Zu seinen Entstehungszeiten resümierte *Gernhuber*, sein Vorschlag habe die Praxis gar nicht und die Theorie nur wenig beeindruckt.⁹²⁴ Es ist zu vermuten, dass ein Grund hierfür in der Begeisterung der „klassischen“ Vertragsrechtstheorie für das verfehlte Informationsmodell (näher § 16 C.) lag.⁹²⁵ Angenommen werden kann weiterhin, dass *Gernhubers* Konzentration auf die Beziehung Kauf – Darlehen einen Beitrag zur ausbleibenden Anerkennung geleistet hat. Denn insofern bemühen sich der europäische und der deutsche Gesetzgeber bis heute – wie aufgezeigt – um ausformulierte gesetzliche Lösungen. Die „Stehen-und-Fallen“-Rechtsprechung (§ 15 B.) zeigt aber, dass sofern es – *Gernhubers* eigene Worte paraphrasierend⁹²⁶ – scheinbar nichts gibt, was nicht auch ohne einen neuen Begriff zur richtigen Entscheidung geführt werden könnte, die Dringlichkeit für eine strenge dogmatische Kategorisierung entfällt. Genau im Hinblick auf den letzten Aspekt hat nunmehr jedoch augenscheinlich eine Zeitenwende stattgefunden. Rechnungslegungspraxis, Marketing sowie Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht führen uns vor Augen, dass wirtschaftliche Vertragsverbindungen (Mehrkomponentengeschäfte) zu Alltagsphänomenen geworden sind. Es ist daher an der Zeit, *Gernhubers* Kategorieansatz neu zu bewerten und daraufhin aufzugreifen.

924 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730 Fn. 46. Zustimmung etwa *Vollkommer*, in: FS Merz, S. 595 (604, 606 Fn. 62). Es wäre aber insbesondere ein Fehlschluss, wenn man annehmen würde, dass die Dogmatik der Vertragsnetze *Gernhubers* Gedanken fortschreibt. Sie beschäftigt sich bei näherem Hinsehen mit anderen (z.T. komplexeren) Sachverhalten (vgl. Teil 5 § 1 C.).

925 Vgl. andeutungsweise *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730 Fn. 46.

926 Vgl. *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, S. 455 (477).

D. Mangelnde Konturierbarkeit des Rechtsinstituts und Teilauflösung des Problems

I. Das Grundproblem

- 72 Eine Schwachstelle in *Gernhubers* Konzept, die es genauso bei einer Einbettung in § 313 BGB gegeben hätte, war bislang, dass die Suche nach dem Verknüpfungswillen ein schwieriges Unterfangen ist. Die Parteien haben in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen jeweils nicht explizit festgelegt, ob sie wollen, dass die von ihnen abgeschlossenen Verträge verbunden sind. Zugleich gibt es Verträge, die zwar aus der Perspektive einer Partei auf ein gemeinsames ökonomisches Ziel ausgerichtet sind, das nur erreicht wird, sofern sie alle erfüllt werden, die aber nicht im hier gemeinten Sinne verbunden sind. Als Beispiel hierfür lässt sich auf eine Mehrzahl zur Errichtung eines Gebäudes geschlossener Werkverträge verweisen.⁹²⁷ Bereits der Gesetzgeber des BGB ist augenscheinlich davon ausgegangen, dass die Gerichte angesichts dessen eine Hilfestellung benötigen, wenn sie darüber entscheiden müssen, ob der Parteiwillen auf eine Zusammenfassung oder auf die Separation einzelner Leistungskomponenten gerichtet ist. Nicht anders sind § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB zu verstehen. Denn beide Regelungen enthalten einen (inhaltlich jeweils unterschiedlich ausgestalteten) Vermutungstatbestand, der nicht erforderlich wäre, wenn die Gerichte schon mittels einer Vertragsauslegung regelmäßig zu überzeugenden Ergebnissen gelangen würden. Dementsprechend gelang es der BGH-Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft, so zumindest das Urteil von *Gernhuber*,⁹²⁸ zunächst nicht, einförmige Kriterien für die wirtschaftliche Einheit hervorzubringen.
- 73 Jedenfalls vor Inkrafttreten von IFRS 15 (dazu sogleich) konnte sich die Bilanzrechtsliteratur ebenfalls nicht auf überzeugende Kriterien, wann Leistungskomponenten als verbunden anzusehen sind, einigen. Dies lässt sich anhand eines knappen Überblicks über die einschlägige Literatur zeigen: So schlug *Pilhofer* in seinem Pionierwerk zum Thema noch vor, dass die Komponenten in einem klar abgrenzbaren Verhältnis von Haupt- und Nebenleistung, also einem Über-/Unterordnungsverhältnis stehen müssten.⁹²⁹ Als weiteres Element komme hinzu, dass in der Regel ein fester Vertragspreis gezahlt werde, der mit der Hauptleistung in einer Summe geleistet werde. Diese Wertung schränkte er aber sogleich wieder dadurch ein, dass er davon ausging, auch Anzahlungen und kontinuierliche Teilzahlungen könnten unter die Mehrkomponentengeschäfte fallen.⁹³⁰ Der 2002 durch das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC) veröffentlichte Entwurf eines Deutschen

927 Vgl. zu diesem Negativbeispiel *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 1, S. 710.

928 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 7, S. 717.

929 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 366.

930 *Pilhofer*, Umsatz- und Gewinnrealisierung, S. 366.

Rechnungslegungsstandards zu Erlösen (E-DRS 17), der sich u.a. detailliert mit der Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften befasste, setzte dem Mehrkomponentengeschäft hingegen einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang⁹³¹ bzw. ein wirtschaftliches Gesamtpaket⁹³² voraus, wobei beide Kriterien allerdings augenscheinlich kaum zu einer näheren begrifflichen Konkretisierung beitragen. *Lüdenbach* und *Hoffmann* gingen in ihrer Untersuchung wiederum vom Erfordernis einer ermessensbehafteten Einzelfallwürdigung aus. Dabei sollte eine Rolle spielen, ob die Teilleistungen in technischer oder funktionaler Hinsicht komplementär zueinander sind.⁹³³ Nur als ergänzendes Indiz wollten auch sie darauf abstellen, ob ein Gesamtpreis vereinbart wurde.⁹³⁴ Weiterhin sollte eine Rolle spielen, ob die Verträge zeitnah zueinander geschlossen werden und parteigleich sind⁹³⁵. Ebenfalls auf den Nutzungs- und Funktionszusammenhang zwischen den Leistungen stellte *Joisten* ab,⁹³⁶ der darüber hinaus aber noch das Vorliegen einer rechtlichen Einheit für maßgeblich hielt, was, wie bereits aufgezeigt (§ 14), für sich genommen nicht unmittelbar weiterführt. Die (technische oder funktionale) Komplementarität der Leistungskomponenten erachtete schließlich auch *Baschus* für maßgeblich.⁹³⁷

II. Auflösung dieses Problems in jüngerer Zeit

Die vorstehenden Ausführungen lassen Zweifel daran aufkommen, ob das Rechtsin- 74
stitut der wirtschaftlichen Vertragsverbindung bereits hinreichend abgrenzbar ist, um als solches anerkannt zu werden. In der Zusammenschau ist das jedoch zu bejahen. In einem ersten Schritt lassen sich die Vermutungstatbestände für eine wirtschaftliche Einheit in § 358 Abs. 3 BGB zu allgemeinen Vermutungstatbeständen verallgemeinern (1.). Auf einer zweiten Ebene kann berücksichtigt werden, dass heute eine Vielzahl an Akteursgruppen implizit an der einzelfallbezogenen Konturierung des für das Rechtsinstitut prägenden Tatbestandsmerkmals der wirtschaftlichen Leistungs- oder Vertragsverknüpfung mitwirkt (2.).

1. Vermutungstatbestände des § 358 Abs. 3 Satz 1 BGB

Nach dem ersten, in § 358 Abs. 3 BGB kodifizierten Vermutungstatbestand ist von 75
einer wirtschaftlichen Einheit insbesondere dann auszugehen, wenn der Unterneh-

931 E-DRS 17 Ziff. 7.

932 E-DRS 17, Ziff. A8.

933 *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 (154). Als Beispiel führen sie Anlagenlieferungen an, bei denen Anlage B technisch auf Anlage A abgestimmt ist.

934 *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153.

935 *Lüdenbach/Hoffmann* DStR 2006, 153 (154).

936 *Joisten*, Mehrkomponentengeschäfte, S. 15.

937 *Baschus*, Mehrkomponentengeschäfte im IFRS-Konzernabschluss, S. 27 f. unter Bezugnahme auf den alten IAS 11.3.

mer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert (§ 358 Abs. 3 Satz 2 BGB). Aus rechtspolitischer Sicht überzeugt die darin zum Ausdruck kommende Wertung: Wenn Darlehen und finanziertes Geschäft „aus einer Hand“ stammen, bilden sie im Regelfall eine wirtschaftliche Einheit. Die allermeisten Verbraucher würden wohl nicht auf die Idee kommen, sich außerhalb des Bankensektors Liquidität für ihren Konsum zu verschaffen, sofern das entsprechende Angebot ihnen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der begehrten Leistung offeriert wird. Sachverhalte, in denen Unternehmen die Darlehensvergabe als von ihrem Kerngeschäft losgelöstes zweites Standbein aufgebaut haben, werden dadurch als die Sonderfälle, die sie aller Voraussicht nach auch sind, eingeordnet. Dem Unternehmen wird andernfalls zu Recht auferlegt, die Vermutung zu widerlegen. Der gesetzliche Vermutungstatbestand bezieht sich nur auf Verbindungen zwischen Darlehensvertrag und finanziertem Geschäft (A. III.). Auf einer höheren Ebene wird damit aber der Fall angesprochen, dass in einem rein zweiseitigen Verhältnis ein eigentlich wirtschaftlich zusammenhängender Vorgang künstlich rechtlich aufgetrennt wurde. Parallele zum Gesetz lässt sich daher die allgemeine Wertung formulieren, dass bei einem bilateralen, aus mehreren komplementär zueinanderstehenden bzw. zweckhaft aufeinander bezogenen Leistungspflichten bestehenden Geschäft das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zu vermuten ist, ohne dass noch weitere Kriterien hinzutreten müssten.

- 76 Im Hinblick auf dreiseitige Verhältnisse, bei denen Darlehensgeber und Sachleistungsschuldner des finanzierten Geschäfts auseinanderfallen, hat der Gesetzgeber eine – wiederum rechtspolitisch überzeugende – deutlich restriktivere Wertung getroffen. Im Dreipersonenverhältnis wird eine wirtschaftliche Einheit gemäß § 358 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BGB nur dann vermutet, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung des Anbieters des finanzierten Geschäfts bedient, insbesondere also dann, wenn der Unternehmer als Vertreter des Darlehensgebers fungiert. Der Verbraucher darf sich den Darlehensvertrag mithin nicht aus eigenem Antrieb im Wege selbständiger, vom Erwerbsgeschäft unabhängiger Verhandlungen beschafft haben, selbst wenn auch ein solches „auf eigene Faust“ beschafftes Darlehen dem ökonomischen Ziel der Finanzierung eines Erwerbsgeschäfts dienen kann. Es soll für sich genommen also keine Auswirkungen haben, dass der Darlehensgeber bei Abschluss des Darlehensvertrags Kenntnis von der Verwendung der Darlehenssumme erhält. Ebenso wenig soll das Wissen des Unternehmers darüber, dass der Verbraucher den Erwerb finanziert, eine entscheidende Rolle spielen. Der beim finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts eingreifende Vermutungstatbestand (§ 358 Abs. 3 Satz 3 BGB) ist noch restriktiver formuliert. Damit von einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen ist, muss der Darlehensgeber dem Verbraucher das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht selbst verschafft haben. Alternativ muss er über

die Zurverfügungstellung eines Darlehens hinaus den Erwerb des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts durch ein Zusammenwirken mit dem Unternehmer gefördert haben, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts, Veräußererfunktionen übernimmt, oder den Veräußerer einseitig begünstigt.

Die beiden zuletzt wiedergegebenen Vermutungstatbestände lassen sich dahingehend verallgemeinern, dass sich im multipersonalen Verhältnis der neuartige Vertriebsansatz geradezu manifestiert haben muss, damit von einer Leistungsverknüpfung im Sinne eines Mehrkomponentengeschäfts auszugehen ist.⁹³⁸ Objektiver Anhaltspunkt kann dabei primär die Geschäftsvermarktung sein. So kann von einer bewussten Verknüpfung ausgegangen werden, wenn der daraus resultierende Mehrwert für die Kunden gegenüber dem getrennten Bezug der Einzelkomponenten werbend herausgestellt wird. Bei Mehrpersonenverhältnissen sind die dem Anbieter offenstehenden Anpassungsmöglichkeiten ein weiterer objektiver Anhaltspunkt. Insofern besteht ein Verhältnis kommunizierender Röhren: Die Risikoumverteilung auf den Anbieter im Verhältnis zum Abnehmer muss davon abhängig gemacht werden, inwiefern der Anbieter im Innenverhältnis über Anpassungs- oder Rückgriffsmöglichkeiten im Verhältnis zu den Drittanbietern der anderen Leistungskomponenten verfügt. Ein besonderes Gewicht ist insofern auf die vertragliche Aufteilung der Mehrkomponentenrisiken im Anbieter-Innenverhältnis zu legen.⁹³⁹

2. Methodik des kreisförmigen Erkenntnisgewinns

Zu den Akteuren, welche das Mehrkomponentendenken über das, was uns § 358 BGB als Wertungsgrundlage liefert, hinaus vertiefen, zählen so disparate Gruppen wie der europäische (Wettbewerbs-, Telekommunikations- und Privatrechts-) Gesetzgeber, die Rechtswissenschaft und die Marketing- und Rechnungslegungspraxis. Weiterhin wird der Prozess der Kriterienbildung von rechtswissenschaftlicher Seite durch die andauernde „Stehen und Fallen“-Rechtsprechung vorangetrieben. Der wichtigste, hier bislang unbeleuchtet gebliebene Faktor ist aber IFRS 15 – Revenue from Contracts with Customers. Im Rahmen von IFRS 15 spielt die Vertragsverknüpfung, anders als aus herkömmlich-privatrechtsdogmatischer Sicht, nur eine untergeordnete Rolle, da gedanklich an die einzelne Leistungskomponente angeknüpft wird (dazu C. I.). Nichtsdestotrotz enthält IFRS 15 in seiner Rn. 17 eine Definition der Vertragsverbindung. Auf ihre Bedeutung im Rahmen des privaten Standards wird in § 28 zurückzukommen sein. Hier kommt es darauf an, dass die IFRS-Definition der Vertragsverbindung weitgehend der privatrechtlichen Definition entspricht:

⁹³⁸ Ähnlich die Überlegungen bei *Grundmann AcP* 207 (2007), 718 (720); *ders.*, in: FS Westermann, 2008, S. 227 (234 ff.) zum „Vertragsnetz“.

⁹³⁹ Vgl. dazu schon *Grundmann AcP* 207 (2007), 718 (746).

Gemäß IFRS 15 sollen zwei Verträge, die nach dem (insofern übereinstimmenden) herkömmlich-privatrechtlichen und IFRS-15-Verständnis als getrennt zu betrachten wären, als einer zu bilanzieren sein, sofern sie als Paket mit einem gemeinsamen wirtschaftlichen Ziel ausgehandelt wurden oder die Höhe der in einem Vertrag zu zahlenden Gegenleistung vom Preis oder der Leistung des anderen Vertrags abhängt.

- 79 Infolgedessen erweisen sich die sich auf IFRS 15 beziehenden Interpretationen und Fortbildungen als Fundgrube der Privatrechtsdogmatik, wenn es darum geht, Kriterien zur begrifflichen Präzisierung der Vertragsverbindung zu benennen. IFRS 15 enthält damit nicht etwa eine Definition der Vertragsverbindung, die präziser als die privatrechtliche wäre. Der ausschlaggebende Gesichtspunkt ist vielmehr, dass die internationale Rechnungslegungspraxis zur beständigen Einzelfallentscheidung gezwungen ist und damit die Kriterienpräzisierung in einer für das staatliche Rechtssystem unerreichbaren Geschwindigkeit vorantreiben muss. Hier wird vorgeschlagen, die Wertungen dieser diversen Akteursgruppen im Wege einer Rechtsdogmatik des kreisförmigen Erkenntnisgewinns (§ 1 B.) laufend auf ihre Gemeinsamkeiten hin zu untersuchen, um so die Privatrechtsdogmatik und – vermittelt dadurch – die zivilrechtsakzessorische Bilanzrechtsdogmatik übereinstimmend auszudifferenzieren. Im Lichte all dessen verliert der im Ausgangspunkt zutreffende Vorwurf mangelnder praktischer Handhabbarkeit des vorgestellten Rechtsinstituts seine Schärfe. Die gerichtliche Feststellung des Verknüpfungswillens erfolgt nur noch vermeintlich im luftleeren Raum. Tatsächlich ist sie aber längst gut vorgeprägt.

§ 16 Mehrkomponentengeschäfte und Privatautonomie

A. Einführung

Noch offen ist bislang, inwiefern sich die hier ins Auge gefasste Rechtsfolgengerweiterung, sofern man den Blick auf Mehrkomponentengeschäfte richtet, im Angesicht der Privatautonomie rechtfertigen lässt. *Gernhubers* Entwurf einer neuen dogmatischen Kategorie zielte insofern noch allein darauf ab, den Ergebnissen der Rechtsprechung ein adäquates theoretisches Gerüst zuzuordnen.⁹⁴⁰ Damit stand von vornherein außer Frage, dass sein Modell die Grenzen juristischer Definitionsmacht (§ 8 B.) verletzt. Diese Weichenstellung muss auch beachtet werden, sofern man das Modell zu einer Mehrkomponentendogmatik verallgemeinert: Der Begriff des Finalnexus dient zunächst einmal nur der präziseren Umschreibung des von den Parteien bei Mehrkomponentengeschäften vereinbarten Leistungsinhalts. Man kann es also so ausdrücken, dass die Rechtsprechung die unter § 15 D. angesprochenen Rechtsfolgen an den Finalnexus knüpft. Mit der davon zu trennenden Wertungsfrage, inwiefern sich eine solche Rechtsfolgenanknüpfung im Angesicht der Privatautonomie rechtfertigen lässt, hat sich *Gernhuber* nicht befasst. Denn er entwickelte seine Auffassung allein mit Blick auf eine spezifische Fallgruppe (das finanzierte Abzahlungsgeschäft), im Hinblick auf die der BGH anerkannt hatte, dass die eine Vertragspartei (der Käufer) vor den Nachteilen der „Spaltung“ der wirtschaftlichen Geschäftseinheit bewahrt werden müsse. Er hat sich mit anderen Worten allein mit der Frage befasst, auf welche Weise dieser BGH-Wertung rechtsdogmatisch Geltung verschafft werden kann und nicht mit der Begründung dieser Wertung.⁹⁴¹ Dementsprechend ist die Wertungsfrage auch im Kontext der Arbeit gesondert zu behandeln.

Der BGH plädiert in den unter § 15 B. angeführten Rechtsprechungsentscheidungen insofern für eine streng auf die Willensauslegung rekurrierende Lösung („reine Auslegungslösung“). Das Primat der Privatautonomie erscheint dann gewahrt. Ein heteronomer Eingriff in die Parteibeziehungen, wie er nun in § 16 untersucht wird, wäre verzichtbar. Die BGH-Lösung entspricht damit einem liberalen Privatrechtsdenken. Die reine Auslegungslösung suggeriert weiterhin, dass die weitgehend auf das einzelne Forderungsrecht beschränkte, gesetzssystematische Sichtweise des historischen Gesetzgebers im Angesicht von Mehrkomponentengeschäften nach wie vor voll tragfähig ist und allenfalls zu Scheinproblemen führt. Ein rechtspolitisches Plädoyer dafür, die §§ 358 ff., 506 BGB zu erweitern, um einer vermeintlichen ge-

⁹⁴⁰ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 II 13, S. 730.

⁹⁴¹ Vgl. zu dieser zentralen Unterscheidung beim finanzierten Abzahlungsgeschäft: *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (199, 214).

setzlichen Schutzlücke Rechnung zu tragen, entspräche vor diesem Hintergrund jeglicher Grundlage. Denn es würde sich bei den §§ 358 ff., 506 BGB dann um (systemwidrige) Ausnahmetatbestände handeln. Demgegenüber setzt ein Ansatz, bei dem das Mehrkomponentengeschäft in Anknüpfung an *Gernhubers* Lösung als eigenständige dogmatische Konstruktion mit Rechtsfolgenwirkungen anerkannt wird, eine Teilnegierung der Privatautonomie und eine Teilabkehr vom BGB-Grundkonstrukt voraus. Für diesen Ansatz spricht aber, dass die vom BGH entwickelte reine „Auslegungslösung“ nicht überzeugend ist.

- 3 Nach dem dies näher erläutert wurde (B.), nimmt die Arbeit dazu Stellung, unter welchen Voraussetzungen an die Beobachtung eines Mehrkomponentengeschäfts anknüpfende Rechtswirkungen im Lichte der Privatautonomie gerechtfertigt erscheinen. Dabei wird dreischrittig vorgegangen. Zunächst werden die Bedingungen für privatautonomienegierende Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte allgemein erörtert (C.). Dabei werden die anhand des zugrunde gelegten theoretischen Modells erlangten Ergebnisse in zweifacher Hinsicht abgesichert: einerseits auf der Grundlage eines Gebots der rechtlichen Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhaltskonstellationen und andererseits anhand der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes. Anschließend wird aufgezeigt, warum sich die Einschränkung der Privatautonomie hier nicht in einer Ermächtigung der Mehrkomponentenabnehmer zu einem eigenen Freiheitsgebrauch erschöpfen kann (D.), bevor die einzelnen Eingriffsvoraussetzungen konkretisiert werden (E.).

B. Schwächen der reinen Auslegungslösung

- 4 Der unter § 15 B. dargestellten Rechtsprechungslösung vom „Stehen und Fallen“ entsprechend, handelt es sich bei der wirtschaftlichen Verknüpfung von Leistungskomponenten um ein subjektives Element, auf dessen Grundlage Mehrkomponentengeschäfte als eigenes Rechtsinstitut über dem Vertrag anzuerkennen sind. In der Arbeit wurde dieses Element – im Anschluss an *Gernhuber* – als Finalnexus eingeordnet (§ 15 C.). Dagegen, die Rechtsprechungslösung im Lichte dessen unbesehen für die Zwecke der Arbeit zu adaptieren, sprechen aber rechtsfolgenbezogene Bedenken. Bei näherem Hinsehen legen diese zunächst eher (einmal mehr und sehr konkret) die Schwächen der vom Gesetzgeber in § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB getroffenen Wertungen offen (I.). Konkret gegen die Rechtsprechungslösung anführen lässt sich aber, dass sie nicht zu begründen vermag, weshalb an das von ihr implizit in Bezug genommene Rechtsinstitut auch ohne bzw. entgegen privatautonomer Parteivereinbarungen Rechtsfolgen geknüpft werden können. Die vom BGH vorgegebene Auslegungsregel und die an sie anknüpfende reine Willenslösung ist insofern in sich widersprüchlich (II.): Wenn von separaten Verträgen ausgegangen wird, liegt es

fern, zugleich anzunehmen, dass diese miteinander „stehen und fallen“ sollen. Dieser Grundwiderspruch wird noch dadurch verstärkt, dass der BGH in Einzelfällen trotz Bejahung eines Einheitlichkeitswillens angenommen hat, dass die Einzelverträge unterschiedliche rechtliche Schicksale erfahren können. Denn bei einer folgerichtigen Vertragsauslegung müsste dieser vermeintliche Ausnahmefall eigentlich den Regelfall bilden. Jedenfalls in Mehrpersonenkonstellationen überschreitet es aber regelmäßig die Grenzen der §§ 133, 157 BGB, wenn ein Willen zur schicksalhaften rechtlichen Verknüpfung der Leistungskomponenten bejaht wird. Daraus zieht die Arbeit den Schluss, dass eine eigenständige Theorie privatautonomienegrierender Mehrkomponentenrechtswirkungen erforderlich ist.

I. Offenlegung einer (partiellen) Fehlkonstruktion

Bei Bejahung eines Willens zum gemeinsamen „Stehen und Fallen“ müssten die Ver- 5
einbarungen der Parteien auf Rechtsfolgenreihe jeweils tatsächlich ein einheitliches Schicksal erfahren. Diese Wertung geben sowohl § 139 BGB als auch § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB vor. So soll es nach § 139 BGB im Zweifel zur (Gesamt-) Nichtigkeit kommen, um den Beteiligten, die einen einheitlichen, umfassenden Rechtserfolg verwirklichen wollten, eine nur teilweise Verwirklichung dieses Erfolgs nicht aufzudrängen.⁹⁴² Wenn die Mehrkomponentengeschäften zugrunde liegenden Vereinbarungen dahingehend auszulegen sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen, müsste demzufolge etwa der auf eine Leistungsstörung folgende Rücktritt vom hinsichtlich einer der Komponenten geschlossenen Vertrag grundsätzlich zwingend auch die Rückabwicklung des anderen Vertrags nach sich ziehen. Dem Abnehmer würde diese Rechtsfolge aufgedrängt. Er könnte sich nicht dafür entscheiden, an der nicht fehlerbehafteten Lieferung der Zweitkomponente festzuhalten. Dieses unflexible Ergebnis wäre aber oftmals unbefriedigend und zu hart. Rechtsprechung und Literatur haben im Lichte dessen unterschiedliche Wege beschritten, um das strenge gesetzliche Muster zu durchbrechen und den Parteien ein Wahlrecht zu eröffnen, obschon man hierzu im Lichte der Vertragsauslegung und der gesetzlichen Wertungen eigentlich nicht gelangen dürfte. Schon dieser Webfehler spricht gegen die Rechtsprechungslösung. Die Kritik wird insofern aber noch dadurch abgemildert, dass sich hier vor allem eine rechtspolitische Kritik an den § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB Bahn brechen muss. Zudem ist dieser Kritikpunkt, speziell wenn es um die Vermutung für Gesamtnichtigkeit in § 139 BGB geht, nicht neu. So gab es auch zuvor bereits Versuche, die gesetzgeberische Wertung umzudrehen bzw. sich (stillschweigend) von der verunglückten Regelung zu lösen.⁹⁴³

942 Vgl. dazu bereits RG JW 1908, 445; s. auch etwa *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 I, S. 570; *Dorn*, in: HKK-BGB, §§ 139–141 Rn. 1.

943 Vgl. dazu ausführlich *Koziol* AcP 212 (2012), 1 (8, 47); *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 152 f.

1. § 139 BGB

- 6 Dass die BGH-Lösung im Lichte des § 139 BGB eigentlich einen Konstruktionsfehler aufweist, wird erkennbar, wenn man die Rechtsfolgende mit einbezieht. Der Fehler tritt zutage, sobald man sich der rechtsfolgende Frage der Infektion einer Leistungskomponente durch die andere widmet. Beispielhaft sei der Fall angeführt, dass ein – für sich genommen – wirksamer Vertrag geschlossen wurde und die Parteien daneben einen zweiten geschlossen haben, der – wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist (dazu bereits § 15 B. II.). Wenn beide Verträge nach dem Parteiwillen miteinander „stehen und fallen“ sollen, so wie es die Rechtsprechung annimmt, steht die Frage im Raum, ob nun *beide* Verträge nichtig sind, also auch der eigentlich wirksame Erstvertrag. Eine ähnliche Frage stellt sich bei Untersuchung der Folgen einer Formunwirksamkeit des neben dem notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag abgeschlossenen Zweitvertrags (dazu bereits § 15 B. III.). Der Befund, dass die Formwirksamkeit sich auf den Zweitvertrag erstreckte und dieser daher mangels notarieller (Mit-)Beurkundung unwirksam sei, zieht unweigerlich die Frage nach sich, ob auch der (unter Verwendung der korrekten Form abgeschlossene) Erstvertrag infiziert wurde. Sofern man angesichts des nach der Auslegungsregel des BGH festgestellten Einheitswillens davon ausgeht, dass die beiden Verträge zwei Teile desselben „Rechtsgeschäfts“ sind, ist das Schicksal des eigentlich wirksamen Vertrags in § 139 BGB zu suchen.
- 7 Entsprechend lassen sich die beiden, bereits verarbeiteten Rechtsprechungsentscheidungen zur Erstreckung von Wirksamkeitsmängeln lesen. So ging der V. Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1966 davon aus, dass auch bei einer Mehrheit von äußerlich getrennten, insbesondere in getrennten Urkunden niedergelegten Geschäften, wenn der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet ist, dass die äußerlich getrennten Geschäfte miteinander stehen und fallen sollen, ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinn des § 139 BGB vorliegen könne.⁹⁴⁴ Das darin zum Ausdruck kommende Verständnis von § 139 BGB trifft zu: § 139 BGB sagt nichts darüber aus, ob getrennte Vereinbarungen als einheitlich zu behandeln sind. Der V. Senat bringt aber zum Ausdruck, dass der Regelung nichtsdestotrotz die aus einer Einheitsbehandlung resultierenden Folgen zu entnehmen sind. Auch in der Entscheidung des VIII. Senats aus dem Jahr 2011 heißt es, dass aus der Behandlung von selbständigen Vereinbarungen als einheitliches Rechtsgeschäft folgen könne, „dass die Nichtigkeit eines der Verträge gem. § 139 BGB zur Nichtigkeit der Gesamtvereinbarung führt.“⁹⁴⁵ Die – im Ergebnis abgelehnte – Behandlung von Leasing- und „Werbevertrag“ als Teile

⁹⁴⁴ BGH 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

⁹⁴⁵ BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 24; so auch das Verständnis der Entscheidung bei H. Roth, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2020, § 139 Rn. 39.

eines einheitlichen Rechtsgeschäfts hätte die Folge gezeitigt, „dass eine mögliche Nichtigkeit des „Werbevertrags“ [...] gem. § 139 BGB auch zur Nichtigkeit des Leasinggeschäfts führen würde.“⁹⁴⁶

Dem lässt sich entnehmen, dass in den einschlägigen Fällen zwei Fragen unterschieden werden müssen: Zunächst muss geprüft werden, ob § 139 BGB überhaupt 8
anwendbar ist, weil ein einheitliches Geschäft vorliegt. Jedenfalls nach BGH-Auffassung ist dies im Wege der erläuternden Vertragsauslegung zu klären. Anschließend ist – auf der Rechtsfolgenreihe – die nachgelagerte Frage zu behandeln, unter welchen Umständen § 139 BGB die Aufrechterhaltung eines Teils des Rechtsgeschäfts fordert. Insofern wurde und wird diskutiert, ob auch § 139 BGB nur eine „Auslegungsvorschrift“ sei. Gestritten wird mit anderen Worten darüber, inwiefern die Entscheidung, ob Teil- oder Gesamtnichtigkeit eintrete nach dem zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorhandenen und feststellbaren Willen der Parteien zu entscheiden sei oder ob nicht vielmehr der hypothetische Parteiwille bzw. das Parteiinteresse an der Aufrechterhaltung des an sich wirksamen Teils ermittelt werden müsse.⁹⁴⁷ Unabhängig davon, welcher der vertretenen Auffassung man folgt, erweist sich die Rechtsfolgenbestimmung, sofern man die als Mehrkomponentengeschäfte bekannten Fallgestaltungen in den Blick nimmt, als problematisch. Denn wenn sich schon das „miteinander Stehen und Fallen“ zweier Verträge – wie es der BGH vertritt – nach dem Parteiwillen bestimmt, dann stellt das erneute Abstellen auf den (hypothetischen) Parteiwillen, um im Rahmen des § 139 BGB zur Aufrechterhaltung des nicht formwidrigen Geschäfts zu gelangen, eine reine „Wiederholungsaufgabe“ dar.⁹⁴⁸ Dies bedeutet: Der Weg, den der BGH zur Bestimmung der Rechtsgeschäftseinheit auf Tatbestandsebene einschlägt, müsste bereits unwiederbringlich die Weichen auf Rechtsfolgenreihe, d.h. im Rahmen des § 139 BGB, stellen. Denn wenn zwei Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen, muss dies gerade auch heißen, dass die Nichtigkeit des einen Vertrags die Nichtigkeit des anderen begründen soll.⁹⁴⁹

Die Annahme, dass der eine Vertrag nach dem (hypothetischen) Parteiwillen „auch 9
ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde“ (vgl. § 139 BGB a.E.) und daher aufrecht zu erhalten ist, scheidet dann aus. Damit wird die eigentliche Regelungsintention des § 139 BGB ausgehebelt: Die Vorschrift ist gerade nicht darauf ausgerichtet, zwei „Teilrechtsgeschäfte“ einer einheitlichen Rechtsfolge zuzuführen. Vielmehr bringt § 139 BGB nur eine dahingehende Vermutung zum Ausdruck. So heißt es in den Motiven zum Regelungsgehalt des § 139 BGB, dass es darum gehe,

946 BGH Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10 = NJW 2011, 2874 Rn. 25; dementsprechend will *Einsele*, in: MüKo-BGB, § 125 Rn. 32 bei Fällen der Formerstreckung auf § 139 BGB abstellen; vgl. auch *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 170.

947 Vgl. dazu *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, § 32 5, S. 578 ff.

948 *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160.

949 *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160.

inwieweit bei einem als einheitlich sich darstellenden Rechtsgeschäft eine Bestimmung wegen Nichtigkeit oder infolge Anfechtung hinfällig werden kann, ohne den Bestand des Rechtsgeschäfts im Übrigen zu gefährden. In dieser Hinsicht müsse der maßgebende Grundsatz lauten, dass das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist, sofern sich nicht erhellte, dass es auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde. Die damit aufgestellte Vermutung kann aber gar nicht zum Tragen kommen, wenn das Ergebnis der erforderlichen Willensprüfung bereits aufgrund der Bejahung eines Einheitswillens auf Tatbestandsseite vorgegeben ist.⁹⁵⁰ Damit wird dem ohnehin reichlich doktrinen Charakter des § 139 BGB (beim *non liquet* ist von der Gesamtunwirksamkeit auszugehen) weiter Vorschub geleistet, und dies entgegen der gesetzgeberischen Intention. Das Gleiche gilt bei der Formerstreckung. Auch hier müsste es bei Annahme eines auf die Geschäftseinheit gerichteten Parteiwillens, eigentlich ausgeschlossen sein, dass die durch § 139 BGB aufgestellte Vermutung widerlegt wird. Man dürfte also nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Parteien den Grundstückskaufvertrag auch ohne die nicht beurkundete Regelung gewollt hätten, sodass der Vertrag mit dem beurkundeten Inhalt wirksam wäre.⁹⁵¹

- 10 Dieser, dem § 139 BGB immanente Rückkopplungseffekt ist aber offenkundig nicht interessengerecht, was etwa den V. Senat im Jahr 1966 dazu bewegte, dennoch mit zwei getrennten Prüfungsabschnitten zu arbeiten, wobei sich der Senat auf die Seite derjenigen stellte, welche die Teilnichtigkeit i.S.d. § 139 Hs. 2 BGB vom hypothetischen Parteiwillen abhängig machen. Die Frage, ob von einer Erstreckung der Nichtigkeit abzusehen sei, weil im Sinne des § 139 Hs. 2 BGB anzunehmen ist, dass die Verträge auch ohne den jeweils anderen geschlossen worden wären, sei, so der V. Senat, mit der Bejahung einer Einheitlichkeit der Verträge im Sinne des § 139 Hs. 1 BGB „noch nicht zwingend in verneinendem Sinne entschieden“.⁹⁵² Der Prüfungspunkt Vertragseinheit wird also von der Prüfung des Aufrechterhaltungswillens abgetrennt. Der Senat begründet dies damit, dass es bei der Prüfung der Einheitlichkeit auf den (im Wege der erläuternden Vertragsauslegung zu ermittelnden) Willen ankomme, den die Beteiligten beim Vertragsschluss wirklich gehabt haben, für den Ausnahmefall von Hs. 2 dagegen auf den Willen, „den sie – hypothetisch – gehabt hätten, wenn sie damals mit der Nichtigkeit des einen Geschäftsteils gerechnet hätten“.⁹⁵³ Dieser Versuch, die Wertung des § 139 BGB doch noch zu „retten“, bezeichnet Heiss zu Recht als „verschraubt“.⁹⁵⁴ Insbesondere würde in der Folge das Verhältnis

950 Heiss, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 162.

951 In diese Richtung allerdings BGH Urt. v. 4.6.1980 – V ZR 110/78 = WM 1980, 1238 = BeckRS 1980, 31074524; BGH Urt. v. 11.11.1983 – V ZR 150/82 = NJW 1984, 974 (975); BGH Urt. v. 10.12.1993 – V ZR 108/92 = NJW 1994, 720 (721); BGH Urt. v. 17.3.2000 – V ZR 362/98 = NJW 2000, 2100 (2101); vgl. dazu auch Einsele, in: MüKo-BGB, § 125 Rn. 38.

952 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

953 BGH Urt. v. 20.5.1966 – V ZR 214/64 = BeckRS 1966, 31173954.

954 Heiss, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160.

von erläuternder Vertragsauslegung und ergänzender Vertragsauslegung in sein Gegenteil verkehrt: Denn dem hypothetischen Parteiwillen würde im Ergebnis ein höheres Gewicht zukommen, als dem auf die einheitliche Behandlung der beiden getrennten Rechtsgeschäfte hindeutenden tatsächlichen Parteiwillen.⁹⁵⁵

2. Gesamtrücktritt

Ebenso zu Unbehagen führt eine nähere Betrachtung der rechtsfolgeseitigen Probleme der BGH-Lösung in Fällen des Gesamtrücktritts. Problematisch ist insofern, dass offenbleibt, aus welcher Norm sich – bei einem unterstellten Parteiwillen zum miteinander „Stehen und Fallen“ – die Rechtsfolgen eines berechtigten Rücktritts vom Erstvertrag für den Zweitvertrag ergeben. Offen bleibt auch, welche Voraussetzungen der Eintritt dieser Rechtsfolgen hat. Hierzu wurden in der Vergangenheit zwar eine Reihe von Auffassungen erarbeitet, die jedoch angesichts der unbefriedigenden gesetzgeberischen Wertungen allesamt auf wackligen Füßen stehen. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB adressiert – wie bereits gezeigt – in unmittelbarer Anwendung nur teilbare (Einzel-)Leistungen und nicht in verschiedenen Verträgen zu verortende Leistungsmehrheiten. Auch § 139 BGB hilft nicht weiter: Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass mehrere Verträge ein einheitliches „Rechtsgeschäft“ im Sinne der Norm bilden können, führt der Rücktritt vom Erstvertrag zur Entstehung eines Rückabwicklungsverhältnisses und nicht zur Nichtigkeit. Es ist daher nicht möglich, das Gesamt-Rechtsgeschäft als (gesamt-)nichtig im Sinne des § 139 BGB anzusehen. Schließlich scheidet eine analoge Anwendung des § 139 BGB bereits deshalb aus, da die dann eingreifende (aus Gründen der Folgerichtigkeit eigentlich zwingende) Gesamtnichtigkeitsfolge (wie aufgezeigt unter 1.) nicht zur in der Regelung vorgegebenen Wertung passt.

a. Analoge Anwendung von § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB

Vor der Schuldrechtsreform hat speziell *Huber* stattdessen für eine analoge Anwendung, der – dem heutigen § 325 Abs. 5 Satz 1 BGB vom Regelungsinhalt her entsprechenden – § 326 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB plädiert.⁹⁵⁶ *Schwarze* geht dementsprechend davon aus, dass wenn zwei Verträge miteinander „stehen und fallen“ sollen, der Gläubiger bei Ausbleiben der Leistung aus dem einen Vertrag ohne vorherige Nachfristsetzung wegen Interessenfortfalls *entsprechend* § 323 Abs. 5

⁹⁵⁵ *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen, S. 160, 161 f. *Heiss* folgert hieraus, dass bei wirtschaftlich verbundenen Verträgen die Vermutung der Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB nicht zur Anwendung komme. Die aufgezeigte Problematik unterfüttert aber eher rechtspolitische Zweifel an der in § 139 BGB getroffenen Wertung als dass sie die BGH-Lösung im eigentlichen Sinne infrage stellt.

⁹⁵⁶ *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. II, § 45 III 5, S. 431.

Satz 1 BGB vom „ganzen Vertrag“ zurücktreten könne.⁹⁵⁷ Die dem zugrundeliegende Intention liegt auf der Hand: Der Gläubiger soll die Wahl haben, ob er (auch) vom Zweitvertrag zurücktritt oder den Rücktritt auf das eigentlich gestörte Vertragsverhältnis beschränkt. Unter Wertungsgesichtspunkten ist diese Lösung auch durchaus überzeugend. Bereits terminologisch ergeben sich aber Schwierigkeiten. So bleibt unklar, von welchem „ganzen Vertrag“ der Gläubiger zurücktreten soll, sofern die Parteien eigentlich zwei verschiedene Verträge geschlossen haben. Gegen eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB spricht weiterhin, dass der dort geregelte Sachverhalt sich als kaum mit den hier in Rede stehenden Fällen vergleichbar erweist. Offen ist zunächst, woraus sich bei einer analogen Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB ergeben soll, dass der Rücktritt über die Vertragsgrenzen hinaus zu erstrecken ist, wenn nur einer der Verträge eine zum Rücktritt berechtigende Störung aufweist. Denn es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum sich der Schuldner des Zweitvertrags die Leistungsstörung des Erstvertrags entgegenhalten lassen muss, sofern sich nicht aus einem dritten Tatbestand (etwa § 278 BGB) ergibt, dass ihm das Verhalten des Erstschuldners zuzurechnen ist.

- 13 Ansonsten ergäbe sich ein wenig sachgerechtes Ergebnis, wie sich am vom BGH mehrmals entschiedenen Fall einer Kombination aus Grundstückskauf- und Bauvertrag zeigen lässt: Bei Vorliegen eines Dreiecksverhältnisses müsste sich der Grundstücksverkäufer bei der Annahme einer Geschäftseinheit die Pflichtverletzung des Bauträgers entgegenhalten lassen, obwohl dieser nicht sein Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB ist. Ohne dass der Zurechnungstatbestand erfüllt ist, lässt sich die analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB allenfalls dann rechtfertigen, sofern in einem ersten Schritt ein einheitlicher Parteiwille zur Erstreckung eines Rücktritts vom Erstvertrag auf den Zweitvertrag bejaht wird. Selbst wenn man im Einzelfall Anhaltspunkte für einen solchen Parteiwillen finden könnte, käme es dann aber jedenfalls auf Rechtsfolgenreise zu einer Kollision mit den Wertungen des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB. Denn gemäß § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB kann der Gläubiger, sofern der Schuldner einen Teil der Leistung erbracht hat, vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, sofern er an der Teilleistung kein Interesse hat. Maßgeblich hängt das Bestehen des Gläubigerwahlrechts⁹⁵⁸ also nicht vom Interesse an der ausgebliebenen Teilleistung ab, sondern vom durch den Schuldner tatsächlich erbrachten Leistungsteil.⁹⁵⁹
- 14 Daraus folgt: Sofern der Interessenfortfall zu verneinen ist, muss gemäß der gesetzlichen Regelung das Teilsynallagma aufrecht erhalten bleiben. Es kommt allein

⁹⁵⁷ Schwarze, in: Staudinger BGB, Updatestand 27.3.2024, § 323 Rn. D 27.

⁹⁵⁸ Vgl. Ernst, in: MüKo-BGB, § 323 Rn. 212.

⁹⁵⁹ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand 1.11.2024, § 323 Rn. 283. Dasselbe gilt gemäß § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung.

ein (Teil-)Rücktritt bezüglich des ausgebliebenen Teils der Leistungspflicht in Betracht.⁹⁶⁰ Der Gesetzgeber hat in § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB also einen aus Gläubigersicht restriktiven Standpunkt vertreten. Würde man § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB analog auf die Fälle einer Geschäftseinheit rechtlich unabhängiger Verträge anwenden, müsste, wenn man dieser ursprünglichen Regelungsintention folgt, gelten, dass der Gläubiger bei einer Verknüpfung von Grundstückskauf- und Bauvertrag vom Grundstückskauf (nur) dann zurücktreten könnte, wenn er an dem erworbenen Grundstück angesichts des Wegfalls des Bauvertrags kein Interesse mehr hat.⁹⁶¹ Wäre ein solcher Interessenfortfall zu bejahen, so stünde dem Gläubiger – wie im originären Anwendungsbereich des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB – ein Wahlrecht zu. Ihm stünde es frei, am Kaufvertrag festzuhalten und den Rücktritt auf den Bauvertrag zu beschränken. Der Verkäufer wäre nicht in der Lage, ihn zur Rückabwicklung (auch) des Kaufvertrags zu zwingen, indem er sich auf den Einheitswillen der Beteiligten beruft.⁹⁶² Dabei würde aber aus den Augen verloren, dass an eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB überhaupt nur dann zu denken ist, wenn anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Parameter zuvor das Vorliegen einer Geschäftseinheit bejaht wurde. Hierzu würde es in einem offenkundigen Widerspruch stehen, wenn nachträglich – der Wertung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB auf Rechtsfolge-seite folgend – doch wieder von einer Zweifelsfallregelung für das Überleben der nicht gestörten Teilleistungsbeziehung ausgegangen wird. Denn im Ergebnis würde man damit den Aussagegehalt der gesetzlichen Regelung in § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB bei ihrer analogen Anwendung geradewegs in ihr Gegenteil verkehren. Die Lösung über eine Analogie überzeugt daher nicht.

b. Vom BGH vor der Schuldrechtsreform vertretene Auffassung

Der BGH hat in seinen vor der Schuldrechtsreform ergangenen Entscheidungen 15 dann auch einen anderen Weg beschritten, der eine Differenzierung nach Rücktrittsgrund und -folgen zulässt. So kam der V. Zivilsenat, als sich ihm 1976 die Frage stellte, inwiefern ein – unstreitig berechtigter – Rücktritt von einem Bauvertrag einen parallel dazu abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag „in Wegfall“ gebracht haben könne,⁹⁶³ zu dem Ergebnis, dass es im Hinblick auf die „Auslösung des einheitlichen Rücktrittsrechts“ in Mehrparteienverhältnissen genügen solle, „daß dessen Voraussetzungen durch das Verhalten eines der Beteiligten geschaffen worden sind“.⁹⁶⁴ Die gewählte Formulierung zeigt, dass der V. Senat eine Ausdehnung des Rücktrittsrechts auf den Grundstückskaufvertrag gar nicht erst in Betracht gezogen

960 Vgl. Schwarze, in: Staudinger BGB, Updatestand 27.3.2024, § 323 Rn. D 27.

961 Vgl. zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 45 III 5, S. 431.

962 Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, § 45 III 5, S. 431.

963 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

964 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

hat. Wie auch die analysierte Literatur, geht er vielmehr von einem auf die Erstreckung des Rücktrittsgrunds gerichteten Parteiwillen aus. Wiederum ist schon diese Grundannahme bedenklich. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die einschlägigen Rechtsprechungsentscheidungen sämtlich aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform stammen. Aufgrund der fundamental abweichenden Ausgestaltung des Rücktrittsrechts im präreformierten Recht, sind die Ausführungen daher mit Vorsicht zu lesen. Jedenfalls erlaubt seine Grundannahme zum Parteiwillen es dem V. Senat nämlich, sich allein mit der Ausdehnung der Rücktrittsfolgen vertieft auseinander zu setzen. Insofern heißt es, dass bei Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, d.h. bei Verbindung der grundsätzlich selbständigen Vereinbarungen zu einem „einheitlichen Geschäft“, das „Rücktrittsrecht hinsichtlich der verbundenen Rechtsgeschäfte grundsätzlich nur einheitlich ausgeübt werden“ könne, sofern nicht „die Vertragspartner von der Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals jedes von mehreren Vertragsabschnitten ausgegangen sind.“⁹⁶⁵

- 16 Demnach soll der Gläubiger also grundsätzlich nicht die Wahl haben, ob er die Rückabwicklung auf einen der abgeschlossenen Verträge beschränkt. Der BGH geht mithin – anders als die Literatur – gerade nicht von einem allein durch das Merkmal des Interessenfortfalls beschränkten Wahlrecht des Gläubigers analog § 326 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB n.F. aus. Eine derartige Vertragskoordinierung im Störungsfall wird vielmehr abgelehnt. Sofern im Ausgangspunkt ein auf die Geschäftseinheit gerichteter Parteiwillen angenommen wird, ist diese Wertung konsequent. Jedenfalls der Geschäftsanbieter wäre mit dieser Rechtsfolge aber – hätte er sie vorhersehen können – kaum einverstanden gewesen. Auch der Abnehmer wird regelmäßig nicht wollen, dass es bei einem Rücktritt vom Erstvertrag zu einer Rückabwicklung des Zweitvertrags kommt, sondern vielmehr ein diesbezügliches Wahlrecht präferieren. Dementsprechend hat sich der V. Senat in der referierten Entscheidung auch eine Hintertür offengehalten: Der faktische Zwang zur einheitlichen Ausübung des Rücktrittsrechts solle nur „grundsätzlich“ gelten. Das Gegenteil solle gelten, sofern die Vertragspartner „von der Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals jedes von mehreren Vertragsabschnitten“ ausgegangen seien.⁹⁶⁶ Weitergehende Ausführungen hierzu sind der Entscheidung, da der BGH den „Einheitlichkeitswillen“ in Bezug auf das rechtliche Schicksal der Verträge bejaht, nicht zu entnehmen. Die mögliche Rückausnahme, schmälert die Überzeugungskraft des präsentierten Lösungswegs aber nur noch weiter: Es ist inkonsequent, den Parteien einerseits den Willen zusprechen zu wollen, dass ihre Vereinbarungen gemeinsam miteinander „stehen und fallen“ sollen und andererseits doch noch eine Hintertür für einen Teilrücktritt offen zu lassen, sofern die Möglich-

965 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

966 BGH 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

keit eines solchen Teilrücktritts auch wieder danach zu bestimmen sein soll, ob die Vertragspartner von der Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals jedes von mehreren Vertragsabschnitten ausgegangen sind.

c. Auffassung des OLG Hamm

Eine abweichende dritte Auffassung hat das OLG Hamm in einem Urteil aus dem Jahr 1994 vertreten.⁹⁶⁷ Danach könne, wer im Hinblick auf einen Vertrag über die schlüsselfertige Errichtung eines Einfamilienhauses zum Festpreis (damals ein Werkvertrag) eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 326 BGB a.F. gesetzt hat, von einem zu diesem ersten Vertrag in rechtlicher Einheit stehenden Grundstückskaufvertrag zurücktreten, ohne dass es einer (weiteren) Fristsetzung bedürfe. In Bezug auf den Grundstückskaufvertrag soll also zur Herbeiführung der Rücktrittsfolgen allein eine eigenständige Rücktrittserklärung erforderlich sein. Dies folgert das OLG aus einem Gebot zur rechtlichen Absicherung des Einheitswillens im Störungsfall: Das mit der Verbindung mehrerer Verträge zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft von den Beteiligten verfolgte und in der Rechtsordnung mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit abgesicherte Interesse sei nur dann in dem gebotenen Maß ausreichend rechtlich geschützt, wenn derjenige, der wegen einer Vertragsverletzung seines Vertragsgegners die Erfüllungspflichten aus dem mit ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäft beendet, den Rücktritt von anderen mit diesem Geschäft in rechtlicher Einheit stehenden Verträgen erklären kann mit der Folge, dass diese in ein Rückgewährsschuldverhältnis umgewandelt werden.⁹⁶⁸ Damit beschreitet das OLG bereits auf Tatbestandsseite einen anderen Weg als der BGH: Anders als der BGH, geht das OLG nicht von einem auf die Erstreckung der Rücktrittsfolgen auf den unbelasteten Zweitvertrag gerichteten Parteiwillen aus. Unklar bleibt aber, worauf das OLG seine Auffassung stattdessen stützt. Es könnte zwar um eine richterliche Rechtsfortbildung des Rücktrittsrechts gehen, angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber des BGB Vertragsverbindungen allgemein nicht adressiert hat, verließe eine solche Rechtsfortbildung aber den ursprünglichen Plan des Gesetzes. Ein derart weitreichender Eingriff in das Rücktrittsrecht müsste daher dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Ihn im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung in das BGB hineinlesen zu wollen, ist ausgeschlossen.

Auch auf Rechtsfolgenseite weicht das OLG Hamm vom BGH ab. Denn es geht davon aus, dass es die Rechtsordnung nicht gebiete, auch ohne darauf gerichtete Rücktrittserklärung die Erfüllungspflichten aus allen in rechtlicher Einheit stehenden Verträgen schon dann als erloschen anzusehen, wenn nach der Verletzung

⁹⁶⁷ OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

⁹⁶⁸ OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

eines dieser Verträge die mit ihm begründeten Pflichten aufgrund einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erlöschen.⁹⁶⁹ Vielmehr bleibe die Rücktrittserklärung erforderlich, um den Parteien des Kaufvertrags die Wiederherstellung des mit der ursprünglichen Gestaltung geschaffenen Vertragswerks ohne den Neuabschluss aller einzelnen Rechtsgeschäfte zu ermöglichen, wenn sie dies übereinstimmend wünschen.⁹⁷⁰ Auch diesem Ansatz kann jedenfalls auf Grundlage der heutigen Gesetzeslage nicht (mehr) gefolgt werden: Im reformierten Rücktrittsrecht ist die Rücktrittserklärung eine Gestaltungserklärung, welche das Vertragsverhältnis unmittelbar in ein Rückabwicklungsverhältnis transformiert. Eine Auffassung, nach welcher die Rücktrittserklärung die Parteien zur Neuverhandlung ihrer gestörten Rechtsbeziehung bewegen soll, ist damit unvereinbar. Denn die Vertragsanpassung ist allein als Rechtsfolge des § 313 BGB vorgesehen. Zudem läuft die Ansicht des OLG auf ein freies Wahlrecht des Gläubigers hinaus, ob er auch den Zweitvertrag rückabwickeln möchte, da er es – jedenfalls nach reformiertem Recht – in der Hand hat, ob er den Rücktritt ausübt. Es käme also weder auf einen Interessenfortfall an, wie bei einer analogen Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB, noch würden Erst- und Zweitvertrag, wovon der BGH ausgeht, regelmäßig ein einheitliches Schicksal erfahren müssen. Abgesehen davon, dass das Lösungsmodell auf eine freie Rechtsfortbildung des Rücktrittsrechts hinausläuft, begegnet es damit schließlich denselben Bedenken, wie die BGH-Auffassung: Ein freies Wahlrecht des Gläubigers im Hinblick auf die Erstreckung der Rücktrittsfolgen auf den Zweitvertrag ist ebenso wenig interessengerecht, wie die vom BGH präferierte Verweigerung jeglicher Wahlmöglichkeiten.

d. Zusammenfassung

- 19 Zum Rücktritt von bilanzpraktisch als Mehrkomponentengeschäften bezeichneten Geschäften wurden bislang also jedenfalls drei grundlegend unterschiedliche Auffassungen vertreten. So ist der BGH vor der Schuldrechtsreform davon ausgegangen, dass sich dem Parteiwillen bei einer Störung des hinsichtlich einer Leistungskomponente geschlossenen Vertrags eine Erstreckung des Rücktritts auf den Zweitvertrag entnehmen lasse. Dabei soll der Regelfall der Totalrücktritt von beiden Verträgen sein. Der Gläubiger soll also grundsätzlich nicht die Wahl haben, ob er den Rücktritt auf das gestörte Vertragsverhältnis beschränkt, oder nicht. Demgegenüber wird in der Literatur eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB präferiert. Dementsprechend soll der Gläubiger vom störungsfreien Zweitvertrag nur zurücktreten können, sofern er an der „Teilleistung“ aus diesem Vertrag kein Interesse hat. Beide Auffassungen müssen sich entgegenhalten lassen, dass ein auf die Erstreckung

969 OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

970 OLG Hamm Urt. v. 27.10.1994 – 22 U 51/94 = NJW-RR 1995, 1519 (1520).

des Rücktritts gerichteter Parteiwillen insbesondere in Dreipersonenkonstellationen fernliegend ist.

Zudem ist keine dieser Lösungen nach den vorstehenden Ausführungen mit dem Gesetz vereinbar. Insbesondere scheidet eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB aus, da die der Vorschrift zugrunde liegenden Wertungen auf Mehrkomponentengeschäfte nicht übertragbar sind: Wenn die Einzelverträge dahingehend ausgelegt werden, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen, kann nicht zugleich angenommen werden, dass der Gläubiger weiterhin ein Interesse am Erhalt der – nicht von einer Störung betroffenen – Leistungskomponente aus dem Zweitvertrag hat. Vielmehr muss man – wie es der BGH getan hat – zu dem Schluss kommen, dass der Totalrücktritt von beiden Verträgen den Regelfall bildet. Dieses Ergebnis ist jedoch wiederum nicht mit der Wertung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB vereinbar. Denn die Norm geht gerade vom Fortbestand des Interesses aus, beschränkt also – aus Gläubigersicht – die Gesamtrückabwicklung. Mithin würde bei einer analogen Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB der gesetzliche Regelungsansatz in sein Gegenteil verkehrt. Ebenso problematisch ist die vom OLG Hamm entwickelte Auffassung, derzufolge das Rücktrittsrecht dahingehend fortzubilden ist, dass es einen Rücktritt vom störungsfreien Zweitvertrag ermöglicht, ohne dass insofern ein eigener Rücktrittsgrund vorliegen müsste. Denn dies überschreitet, da vertragsübergreifende Rückabwicklungen dem Regelungsplan des Gesetzgebers widersprechen, die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung.

II. Verstoß gegen das Gebot einer folgerichtigen Vertragsauslegung

Die bislang unbefriedigenden Ergebnisse lassen eher rechtspolitisch an der gesetzgeberischen Wertung in § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB zweifeln, als dass sich aus ihnen ein echter Einwand gegen die BGH-Lösung ableiten ließe. Allenfalls vermögen sie die Vorteile des hier propagierten, inhaltlich weniger „absolutistischen“ Lösungsmodells aufzuzeigen. Die seitens der Rechtsprechung vertretene reine Willenslösung ist allerdings auch in sich nicht stimmig. Denn bei ihr wird den Parteien einerseits den Willen (und die unbeschränkte Macht) zugesprochen, ihre Vereinbarungen in rechtlich voneinander getrennte Verträge aufzuteilen. Andererseits wird aber aus dem Umstand der wirtschaftlichen Verknüpfung geschlossen, dass diese Vereinbarungen nach dem Parteiwillen dennoch rechtlich miteinander „stehen und fallen“ sollen. Das ist nicht plausibel. Die Auslegungslösung verstößt damit gegen das Gebot einer folgerichtigen Vertragsauslegung.

1. Grundsatz

- 22 Im Ausgangspunkt beinhaltet die Privatautonomie, dass sich Vertragsparteien bewusst inkonsequent verhalten können.⁹⁷¹ Es ist also nicht ausgeschlossen, dass das Ergebnis einer Vertragsauslegung inhaltlich inkonsistent ist. Irrationale Auslegungsergebnisse müssen jedoch mit Skepsis betrachtet werden. Denn insofern man von einem rationalen Handeln der Parteien ausgeht, muss auch die Auslegung grundsätzlich auf Folgerichtigkeit ausgerichtet sein. Andernfalls wäre es von vornherein ausgeschlossen, dass ein Auslegungsergebnis jemals „richtig“ sein könnte, also mit dem tatsächlichen Parteiwillen übereinstimmt, weil immer die Möglichkeit bestünde, dass die Parteien ein anderes Ergebnis gewollt hätten, selbst wenn es sinnfrei wäre. Widersprüchliche Zwecksetzungen können daher nur im Ausnahmefall das Auslegungsergebnis bilden. Es gibt aber keine Anzeichen dafür, dass sich die Parteien in den Rechtsprechungsfällen tatsächlich widersprüchlich verhalten wollen. Insbesondere gilt dies, da es den Parteien in den entschiedenen Sachverhaltskonstellationen jeweils ohne weiteres möglich war, der Verbindung zwischen den einzelnen Leistungskomponenten eine (bi- oder multilaterale) vertragliche Grundlage zu geben. Vor diesem Hintergrund erscheint es realitätsfern, von einer Parteientscheidung gegen einen solchen Mehrkomponentenvertrag auszugehen, zugleich aber davon auszugehen, dass die Parteien Rechtswirkungen an ihre Geschäftsverbindung knüpfen *wollten*. Denn die Willensentscheidung gegen den Vertrag müsste eigentlich mit einer Entscheidung gegen die rechtliche Einheitsentscheidung gleichgesetzt werden. Näher liegt deshalb ein konsistentes Auslegungsergebnis, wonach die Parteien, sofern sie rechtlich separate Vereinbarungen schließen wollten, den Willen hatten, dass diese Vereinbarungen, ihrer wirtschaftlichen Verknüpfungsabsicht zum Trotz, schuldrechtlich getrennt bleiben.
- 23 Zu überzeugen vermag demnach allein das folgende dreischrittige Auslegungsergebnis: Vereinbarungen in separaten Urkunden (1) sollen rechtlich getrennt sein (2) und rechtlich getrennt bleiben, also – anders als der BGH annimmt – nicht miteinander „stehen und fallen“ (3). Dass dieses Auslegungsergebnis konträr zur das Rechtsinstitut begründenden Beobachtung steht, dass die einzelnen Leistungskomponenten eine wirtschaftliche Verknüpfung aufweisen sollen, also in einem Sinnzusammenhang stehen, vermag es nicht zu erschüttern. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass diejenige Vertragspartei, welche ein Interesse an einer Zusammenfassung der Leistungskomponenten zu einer rechtlichen Einheit gehabt hätte (sprich: zumeist der Abnehmer) sich in den Vertragsverhandlungen nicht durchsetzen konnte.

971 Sie können, wie *Neuner* schreibt, Widersprüchliches vereinbaren und werden dabei nur durch die allgemeinen Vernunft- und Sachgesetze beschränkt, vgl. *Neuner*, in: FS Canaris, 2007, Bd. I, S. 901 (904) (in seinen Beispielen bezieht er sich auf Analogieschlüsse, der Grundgedanke erscheint jedoch übertragbar).

Auf derselben Überlegung beruhen – wie bereits gezeigt – im Übrigen auch die §§ 358 ff. BGB.

2. Weiteres Indiz

Ein weiteres Indiz für die fehlende Folgerichtigkeit der reinen Willenslösung ist, dass die Parteien bei Vertragsschluss (also *ex ante*) regelmäßig noch gar nicht wissen können, ob es sich für sie schlussendlich günstig auswirken wird, wenn sie das rechtliche Schicksal ihrer Leistungskomponenten verknüpfen. So möchten Anbieter und Abnehmer eines Mehrkomponentengeschäfts zwar gerne jeweils frei darüber bestimmen können, ob die Leistungskomponenten ein juristisches Bündel bilden. Da sie nicht wissen, wie sich ihr Geschäft entwickeln wird, haben sie insofern aber *ex ante* noch keine Präferenz (vgl. bereits § 8 C). 24

3. Nähere Demonstration

a. Einleitung

Dass die Argumentation mit dem Parteiwillen zum „Stehen und Fallen“ nicht überzeugt, lässt sich besonders an Entscheidungen aufzeigen, in denen die Rechtsprechung die Formbedürftigkeit eines nicht beurkundeten Zweitvertrags davon abhängig gemacht hat, ob der Bestand des Grundstückskaufvertrags von ihm abhängig ist, der Kaufvertrag also mit seiner Existenz „stehen und fallen“ soll. Denn dieses Ergebnis lässt sich in aller Regel nicht aus dem Parteiwillen ableiten. Insbesondere vermag der Ansatz des BGH, die Rechtsfolgenerstreckung mit einem durch erläuternde Auslegung ermittelten Einheitswillen begründen zu wollen, im Ergebnis nicht zu überzeugen. Zwar überzeugt das vom BGH insofern gefundene Ergebnis unter Wertungsgesichtspunkten, da die Erstreckung des Formerfordernisses auf die neben dem Grundstückskaufvertrag abgeschlossenen weiteren Verträge hilft, die Zwecke des Beurkundungserfordernisses in § 311b BGB zu wahren und andernfalls die Gefahr bestünde, dass der Grundstückskäufer – entgegen der Regelungintention des § 311b Abs.1 Satz1 BGB nicht über alle wirtschaftlichen Folgen des Grundstückskaufs aufgeklärt wird. Die damit eigentlich im Mittelpunkt stehende Warn-, Schutz-, und Beweisfunktion des § 311b Abs.1 BGB spielt in den einschlägigen Entscheidungen aber an keiner Stelle eine Rolle. Dementsprechend muss hier nicht die Lösung anders ausfallen als die des BGH, wohl aber ihre Begründung. Das überzeugende Ergebnis offenbart sich bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung. Denn danach bilden erst die mehreren Einzelverträge vereint das wirkliche Grundstücksveräuße- 25

rungsgeschäft.⁹⁷² Verwendet man die bilanzpraktische Terminologie, handelt es sich also um ein Mehrkomponentengeschäft.

- 26 Die BGH-Argumentation mit dem Parteiwillen ist hingegen verfehlt. Dies lässt sich besonders deutlich an Entscheidungen aus neuerer Zeit aufzeigen, in denen die Rechtsprechung die Formbedürftigkeit des nicht beurkundeten Zweitvertrags davon abhängig gemacht hat, ob der Bestand des Grundstückskaufvertrags von ihm abhängig ist, der Kaufvertrag also mit seiner Existenz „stehen und fallen“ soll (b. und c.). Überzeugender ist es, die aus Wertungssicht richtigen Entscheidungen unter Rückgriff auf das hiesige Modell zu begründen (d.).

b. Indiz für einen Trennungswillen

- 27 Angesichts der Tatsache, dass die Parteien in den maßgeblich Formerstreckungsfällen den – für sich genommen formfreien – Zweitvertrag erkennbar ohne notarielle Beurkundung abschließen wollten, überzeugt es nicht, aus dem vermeintlichen Verknüpfungswillen auf die Formbedürftigkeit des Zweitvertrags schließen zu wollen. Die Nichtbeurkundung legt für sich genommen vielmehr gerade den Gegenschluss nahe, nämlich, dass die Parteien den Zweitvertrag gerade formlos abschließen wollten. Der BGH spricht in ständiger Rechtsprechung der Tatsache, dass mehrere Vereinbarungen äußerlich voneinander getrennt sind, sogar selbst eine Vermutungswirkung dahingehend zu, dass sie als verschiedene selbständige Geschäfte gewollt sind.⁹⁷³ Sofern man diese Vermutung ernst nimmt, wäre die rechtliche Einheit in den entschiedenen Fällen überwiegend abzulehnen gewesen. Denn wenn die maßgeblichen Vereinbarungen durch die Parteien einmal mit dem Grundstückskaufvertrag urkundlich zusammengefasst wurden, werden sie regelmäßig auch zusammen mit diesem beurkundet worden sein. Somit hätte kaum Anlass dazu bestanden, überhaupt über eine Erstreckung der Formbedürftigkeit über die Vertragsgrenzen hinaus nachzudenken. Es lassen sich aber nur vereinzelt Anzeichen dafür finden, dass diese Vermutungswirkung einmal tatsächlich eine tragende Rolle gespielt hat.⁹⁷⁴

972 Es ist allerdings nicht so, als würde diese Auffassung in der Rechtsprechung gar keinen Wiederhall finden, vgl. schon RG, Urt. v. 29.11.1919 – V 260/19 = RGZ 97, 219 (220); RG, Urt. v. 20.10.1934 – V 208/34 = RGZ 145, 246 (248); ebenso im Anschluss daran dann BGH Urt. v. 14.7.1961 – VIII ZR 57/60 = NJW 1961, 1764.

973 BGH Urt. v. 16.3.1988 – VIII ZR 12/87 = NJW 1988, 1781 (1782); BGH Urt. v. 14.7.1961 – VIII ZR 57/60 = NJW 1961, 1764 (1765); BGH Urt. v. 13.11.1953 – V ZR 173/52 = BeckRS 1953, 31203270; übernommen aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. RG, Urt. v. 25.6.1912 – II 76/12 = RGZ 79, 434 (439); RG, Urt. v. 20.10.1934 – V 208/34 = RGZ 145, 246 (248).

974 Vgl. zu einem solchen Fall BGH Urt. v. 14.7.1961 – VIII ZR 57/60 = NJW 1961, 1764 (1765).

c. Rechtsprechung jüngerer Datums

Weitergehend als problematisch erweist sich das in der jüngeren Rechtsprechung entwickelte Kriterium der einseitigen Abhängigkeit.⁹⁷⁵ Hiernach soll sich die Formbedürftigkeit des Grundstückskaufvertrags nur dann auf einen (nicht formbedürftigen) Parallelvertrag erstrecken, sofern ersterer von letzterem abhängig ist, also mit ihm „stehen und fallen“ soll. Unter Wertungsgesichtspunkten überzeugt auch diese Präzisierung: Die Formzwecke des § 311b Abs. 1 BGB legen nur insofern eine Mitbeurkundung von Parallelverträgen nahe, wie sie darüber bestimmen, ob das Grundstücksgeschäft vollzogen wird. Wollen die Parteien das Grundstücksgeschäft hingegen unbedingt, so spielt es keine Rolle, inwiefern ein daneben abgeschlossener Zweitvertrag mitbeurkundet wird. Denn in letzterem Fall ist ausgeschlossen, dass eine der Parteien allein aufgrund des drohenden Scheiterns des Grundstückskaufs in den Abschluss dieses Zweitvertrags gedrängt wird. Zu diesem wertungsmäßig überzeugenden Ergebnis kann man aber jedenfalls bei Mehrparteienverhältnissen nicht im Wege der Auslegung gelangen. Denn wenn man hier tatsächlich allein auf den Parteiwillen abstellen will, ist es praktisch ausgeschlossen, von einer Beurkundungsbedürftigkeit des mit einem nicht am Grundstückskaufvertrag beteiligten Dritten geschlossenen Zweitvertrags (etwa des Bauvertrags) auszugehen: Der Käufer mag seinen Grundstückserwerb vom Zustandekommen und Fortbestand des Zweitvertrags abhängig gemacht haben. Der Dritte hat aber keinen Grund dafür, den Bestand „seines“ Vertrags ebenfalls vom „stehen und fallen“ des Kaufvertrags abhängig zu machen. Warum sollte ihm etwas daran liegen, eine solche wechselseitige Abhängigkeit herzustellen? Der Parteiwillen trägt also die Erstreckung des Formbedürfnisses regelmäßig nicht. Anders liegen die Dinge allein dann, wenn sich nachweisen lässt, dass alle Beteiligten einen dreiseitigen Vertrag geschlossen haben.⁹⁷⁶ Für die hier behandelten Sachverhalte ist dies aber – wie gezeigt – eher untypisch. Ohnehin würden die Parteien in diesem Fall aber schon von selbst das Gesamtgeschäft notariell beurkunden lassen, sodass sich die hier aufgeworfene Problematik gar nicht stellte.

d. Vorzugswürdige Lösung

Erkennt man an, dass die reine Willenslösung nicht den richtigen Lösungsweg darstellt, wird deutlich, dass auch diese spezielle Mehrkomponentenproblematik richtigerweise nur mittels eines heteronomen Eingriffs in die Parteibeziehungen gelöst werden kann. Überzeugender ist es dann, die – aus Wertungssicht durchweg überzeugenden Entscheidungen – mit dem (zwingenden) Recht zu begründen und

975 BGH Urt. v. 12.2.2009 – VII ZR 230/07 = NJW-RR 2009, 953 Rn. 14; BGH Urt. v. 13.6.2002 – VII ZR 321/00 = NJW 2002, 2559 (2560); BGH Urt. v. 26.11.1999 – V ZR 251/98 = NJW 2000, 951 f.; vgl. zu diesem in der Literatur etwa *Maier-Reimer* NJW 2015, 273 (276).

976 *Keim* RNotZ 2003, 44 (45).

nicht mit einer erläuternden Auslegung. Auf § 311b BGB lässt sich dieser Eingriff nicht unmittelbar stützen. Denn dort ist explizit von der Beurkundungsbedürftigkeit eines *Vertrags* die Rede. Angesichts dieses engen Wortlauts erscheint es ausgeschlossen, im Wege der Gesetzesauslegung von § 311b BGB auf die Beurkundungsbedürftigkeit eines für sich genommen formlos gültigen Parallelvertrags zu schließen. Ebenso wenig lässt sich hier § 139 BGB anführen. Die Regelung enthält allein eine Rechtsfolgenbestimmung, knüpft also an eine fremde Nichtigkeitsbestimmung an. Demgemäß wird die Reichweite von Formgeboten von § 139 BGB nicht beeinflusst. Auch § 125 BGB trifft allein eine Rechtsfolgenbestimmung und kann nicht fruchtbar gemacht werden. Insofern die Norm aussagt, dass ein formbedürftiges Rechtsgeschäft, welches dieser Form ermangelt, nichtig ist, bleibt offen, was mit dem Begriff „Rechtsgeschäft“ gemeint ist. Nahe liegt es aber, den Begriff des Rechtsgeschäfts in § 125 BGB anhand der in Bezug genommenen Formvorschrift zu bestimmen. Zwar spricht § 125 BGB nicht von einem Rechtsgeschäft, welches *seiner* durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, sondern neutraler von „*der* [...] Form“, die Intention des Gesetzgebers, auf eine Drittregelung mit Formvorgabe Bezug nehmen zu wollen, tritt aber dennoch deutlich hervor. Schlussendlich kommt für eine Erstreckung der Formbedürftigkeit daher neben der hier favorisierten Lösung auch eine analoge Anwendung des § 311b Abs. 1 BGB auf den ursprünglich nicht formbedürftigen Zweitvertrag bzw. auf das vom Parteiwillen umfasste Gesamtgeschäft aus formgültigen Grundstückskaufvertrag und formlos abgeschlossenen Zweitvertrag in Betracht. Angesichts der oben aufgezeigten vergleichbaren Interessenlage zu den von § 311b BGB unmittelbar erfassten Fällen, fällt die Begründung dieser Analogie nicht schwer.

4. Probleme bei multilateralen Parteikonstellationen

- 30 Die fehlende Überzeugungskraft einer reinen Auslegungslösung unter Verweis auf einen auf „Stehen und Fallen“ gerichteten Willen lässt sich schließlich anhand von Drei- oder Mehrpersonenverhältnissen demonstrieren. Dem BGH zufolge, werde nämlich eine Geschäftseinheit auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass an mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.⁹⁷⁷ Für sich genommen sollen (und können) die dahingehend tatrichterlich getroffenen Feststellungen hier nicht widerlegt werden. In Wahrheit werden die Gerichte in Mehrpersonenkonstellationen aber zumeist eine verdeckte Wertentscheidung zulasten derjenigen Partei, die nicht Vertragspartner der gestörten bipolaren Leistungsverbindung ist, treffen. Die vom BGH aufgestellte Auslegungsregel muss sich deshalb entgegenhalten lassen, dass ihr die Gefahr innewohnt, diese Wertentscheidung zu verdecken.

⁹⁷⁷ BGH Urt. v. 30.4.1976 – V ZR 129/74 = BeckRS 1976, 31117720.

a. Willensmangel

Die Parteien werden, sofern sie die Leistungskomponenten unterschiedlichen Verträgen zugeordnet haben, in aller Regel die Geschäftseinheit zwar anerkennen, aber keine Rechtswirkungen mit ihr verknüpfen wollen. Die Annahme, dass ein Anbieter in diesem Fall bereit sei, im Zweifel seinen Gegenleistungsanspruch aufzugeben, wenn im Parallelvertragsverhältnis eine Leistungsstörung auftritt, überschreitet die durch §§ 133, 157 BGB vorgegebenen Grenzen der Vertragsauslegung. Es ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, bei der Auslegung von Vertragsbestimmungen auch Verträge eines Vertragspartners mit einem Dritten einzubeziehen, da § 157 BGB eine umfassende Abwägung der Parteiinteressen fordert,⁹⁷⁸ es muss im Rahmen der Auslegung aber streng danach unterschieden werden, ob ein Auslegungsergebnis nur das sozialetisch optimale Verständnis der vertraglichen Regelungen widerspiegelt oder tatsächlich dem Parteiwillen entspricht. Die Auslegungslösung darf also nicht zulasten einer Partei einen mehrseitigen Quasi-Vertrag fingieren, obwohl sich die Parteien implizit gerade dagegen entschlossen haben, einen solchen zu schließen.⁹⁷⁹ 31

b. Fehlende Vergleichbarkeit mit Fällen des Ringtauschs

Die BGH-Auffassung lässt sich auch nicht anderweitig rechtfertigen. Zwar wurde in der Literatur in der Vergangenheit versucht, den §§ 320 ff. BGB zugrundeliegenden Gedanken des vertraglichen Synallagmas fortzuentwickeln, dabei stand mit mehrseitigen Austauschverträgen, in denen die Leistungen der Parteien in einem geschlossenen Kreis aufeinander bezogen sind („Ringtausch“)⁹⁸⁰ jedoch schon eine nicht verallgemeinerbare Fallgruppe im Mittelpunkt. Für die Fälle des Ringtauschs wurde in der Literatur vertreten, dass das den §§ 320 ff. BGB zugrunde liegende „do ut des“ zu einem „do ut des ut det“ fortzuentwickeln sei. Eine Reihe von Autoren hat dies mit einer analogen Anwendung der §§ 320 ff. BGB begründet, da dem BGB als Rechtsprinzip ein „allgemeiner Synallagmagedanke“ zugrundeliege.⁹⁸¹ Sie gingen 32

978 Insbesondere können Verträge durchaus so im Rahmen einer Gesamttaktion abgeschlossen worden sein, dass sich ihre eigentliche rechtliche Natur nur im Zusammenhang mit den Drittbeziehungen vollständig erfassen lässt, vgl. BGH Urt. v. 21.12.1954 – I ZR 13/54 = NJW 1955, 587 (588); vgl. auch *Busche*, in: MüKo-BGB, § 157 Rn. 7.

979 § 157 BGB steht insofern, wie *Busche* schreibt, „im Zeichen der Privatautonomie“, vgl. *Busche*, in: MüKo-BGB, § 157 Rn. 11, s. auch Rn. 10, 14, 15.

980 Vgl. dazu *Larenz*, SchuldR, Bd. 1, § 15 II, S. 209 ff.; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 1, S. 326.

981 So ist *Heermann*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, S. 95 ff. und *passim* davon ausgegangen, dass drei aufeinander abgestimmte zweiseitige Verträge von einem so genannten „trilateralen“ Synallagma überwölbt sein könnten, auch wenn sich die aus ihnen resultierenden einzelnen Pflichten sich nicht auf einen gemeinsamen rechtlichen Entstehungsgrund zurückführen lassen. Die Überwölbung bewirke, dass diejenigen Hauptleistungspflichten aus den zweiseitigen Verträgen, welche zusammen genommen den wirtschaftlich angestrebten ringförmigen Leistungsaustausch ergeben, in der Form eines „do ut des ut det“ verknüpft seien. Vgl. ergänzend: *Pfister* JZ 1971, 284; *Eberl-Borges* AcP 203 (2003), 633 (637). *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 1, 3, S. 326 f. hat demgegenüber angenommen, dass sich der

dabei davon aus, dass sich die Wirkungen der §§ 320 ff. BGB beim Ringtausch nicht auf die jeweils gestörte Austauschbeziehung beschränkten, sondern sich auch auf die gegenüber der Drittpartei zu erbringende Gegenleistung bzw. sogar den gesamten Vertrag auswirkten. Da jede Partei den Vertrag nur um des eigenen Leistungserhalts schließe, könne jeder Schuldner seinem Gläubiger die Einrede des nichterfüllten Vertrags entgegenhalten, wenn er selbst von seinem Schuldner noch nicht die Leistung erhalten habe.⁹⁸² Zudem sollten bei Unmöglichkeit einer Hauptleistungspflicht alle anderen Hauptleistungspflichten analog § 323 Abs. 1 BGB a.F. (heute: § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) entfallen.⁹⁸³ Allerdings ist die praktische Bedeutung des mehrseitigen Austauschvertrags und damit der daran vermeintlich anknüpfenden Rechtswirkungen schon „nicht sehr groß“.⁹⁸⁴ Denn beim ringförmigen Leistungsaustausch geht es um einen mehrseitigen Vertrag, bei dem jede der Parteien ihre eigene Leistung gegenüber einer anderen Partei, als derjenigen, von der sie die Gegenleistung erhält, erbringt.⁹⁸⁵ In den hier im Mittelpunkt stehenden BGH-Fällen erhielt aber jeder Leistungsanbieter grundsätzlich nur eine Gegenleistung vonseiten des (einzigen) Abnehmers. Die Geschäfte waren also nicht ringförmig angelegt, sondern als ein Dreieck.⁹⁸⁶

- 33 Darüber hinaus liegt es auch fern, hinter §§ 320 ff. BGB ein allgemeines Rechtsprinzip zu sehen, da der Gesetzgeber des BGB von der einzelnen Leistungspflicht ausging. Es ist daher jedenfalls anzunehmen, dass sich der Synallagmagedanke in den bestehenden gesetzlichen Regeln erschöpfen sollte.⁹⁸⁷ Sofern man das „do ut des ut det“ stattdessen aus dem Parteiwillen ableiten will, findet hingegen nur eine Problemverlagerung auf eine andere Ebene statt. Zwar haben die Parteien beim ringförmigen Leistungsaustausch bei Vertragsstörungen jeweils ein Eigeninteresse daran, nicht leisten zu müssen, es bleibt aber fraglich, weshalb sie sich auch dazu bereit erklären sollten, eine fremde Leistungsstörung gegen sich gelten zu lassen. Dabei ist zu beachten, dass es beim Ringtausch oftmals – wie bei Ackergrundstücken – um den Austausch von Leistungsgegenständen, die einzeln nicht anderweitig am Markt erworben werden könnten, geht und für alle Beteiligten der Erhalt der

Gedanke des „do ut des ut det“ beim Ringgeschäft aus einem entsprechenden Parteiwillen herleiten ließe. Die Rechtswirkungen dieser Gestaltung seien §§ 320 ff. BGB analog zu entnehmen.

982 Vgl. etwa *Larenz, SchuldR*, Bd. 1, § 15 II, S. 210; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 3, S. 327.

983 Vgl. *Larenz, SchuldR*, Bd. 1, § 15 II, S. 211; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 3, S. 327.

984 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 3, S. 326.

985 Das Standardbeispiel ist der ringförmige Tausch mehrerer Ackergrundstücke mit dem Ziel, dass jeder Beteiligte am Ende ein größeres zusammengehöriges Ackergrundstück erhält.

986 Vgl. zur Abgrenzung von Ringgeschäften und „anderen Geschäftsverbindungen, die zwar auch einen Zweckzusammenhang beinhalten, jedoch keinen mehrgliedrigen Leistungsaustausch bewirken und eben deshalb auch eine andere Parteikonstellation aufweisen“, insbesondere von „den finanzierten Geschäften als finaler Verknüpfung zweier synallagmatischer Schuldverhältnisse“ auch: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 13 V 1, S. 326.

987 Vgl. auch *Eberl-Borges AcP* 203 (2003), 633 ff.; monographisch: *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 285.

Gegenleistung deshalb schlussendlich über allem steht. Da Sekundäransprüche gegenüber dem mitbeteiligten Dritten den Verlust des eigenen Gegenstands hier nicht kompensieren könnten, liegt die Annahme, den Parteien ginge es um ein „ganz oder gar nicht“ nahe.⁹⁸⁸ Besteht hingegen die Möglichkeit einer Drittbeschaffung am Markt, braucht es einen besonderen Grund, weshalb einer Partei die Sekundäransprüche im gestörten zweipersonalen Verhältnis nicht genügen und es deshalb eines Einwirkungsmechanismus auf das nicht gestörte Verhältnis bedarf. Es vermag nicht einzuleuchten, warum allein aus der Tatsache der wirtschaftlichen Verknüpfung zu folgern sein sollte, dass der Abnehmer bei einer schlichten Nichtleistung des Drittbeteiligten uneingeschränkt dazu in der Lage ist, die gesamte Leistungskonstruktion zu Fall zu bringen („Gesamtrücktritt“), anstatt auf Vertragsdurchsetzungsansprüche gegen den Dritten und deren gerichtliche Durchsetzung beschränkt zu sein.⁹⁸⁹ Nicht aus den Augen verloren werden darf nämlich, dass mit der Annahme eines trilateralen Synallagmas erhebliche Unsicherheiten für die Anbieterseite einhergehen. So entsteht die Gefahr, ohne eigenes Zutun der eigenen vertraglichen Rechtsansprüche beraubt zu werden.⁹⁹⁰

III. Zwischenfazit

Im Ausgangspunkt sieht der BGH die wirtschaftliche Verknüpfung von Leistungs- 34
komponenten demnach alles in allem zu Recht als Auslegungsfrage an. Die einschlägige BGH-Rechtsprechung kommt, wie angesprochen, auch ganz überwiegend zu gerechten Ergebnissen. Nicht zielführend ist jedoch der sich an die Erstauslegung anschließende Versuch zu ermitteln, ob der Parteiwillen auch auf ein miteinander „Stehen und Fallen“-Sollen der in der Art eines Finalnexus verknüpften Leistungskomponenten gerichtet ist. Denn schlussendlich sind die insofern gefundenen Ergebnisse nicht Ausdruck eines Willensauslegungsprozesses im engeren Sinne, sondern eines Billigkeitsdenkens. Es bleibt nämlich unklar, worin sich der Wille der Parteien zu einheitlichen Rechtswirkungen niederschlagen soll, wenn zugleich davon ausgegangen wird, dass sie ihre Vereinbarungen bewusst rechtlich unterschiedlichen Verträgen zugeordnet haben. Die Auslegungslösung wird insofern also nur vorgeschoben, um die eigentlich notwendige Interessenabwägung, ob die Gefahren der Vertrags„spaltung“ hinzunehmen oder auf sie zu reagieren ist, zu verschleiern. In der Folge vermag die hier in den Blick genommene „Stehen und Fallen“-Rechtsprechung nicht, den Rechtsanwendern über den Einzelfall hinaus Rechtssicherheit zu vermitteln. Sofern sie Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung

988 Es wäre den Parteien aufgrund der besonderen Konstellation nicht zumutbar, bei einer Leistungsstörung den Verlust des eigenen Gegenstands zuzulassen und sich selbst auf Schadensersatzansprüche reduzieren zu lassen, vgl. *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 294.

989 Vgl. insofern auch *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 294.

990 Vgl. *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, S. 295.

fördern will, kann eine Mehrkomponentendogmatik deshalb nicht dabei stehenbleiben, die reine Auslegungslösung des BGH nachzuvollziehen. Vielmehr muss die Wertungsfrage beantwortet werden, inwiefern das vom BGH anerkannte Rechtsinstitut der wirtschaftlichen Vertragsverbindung zu einer Außenkorrektur etwaig widersprechender Parteivereinbarungen berechtigt. Hier geht es um die Möglichkeiten von nicht mehr mit dem Parteiwillen und seiner Durchsetzung begründbaren Rechtswirkungen.

C. Rechtfertigung privatautonomienegierender Mehrkomponentenrechtswirkungen

- 35 Eine widerspruchsfreie Lösung lässt sich vorliegend mithin nur unter Verweis auf nicht mehr mit dem Parteiwillen und seiner Durchsetzung begründbare Rechtswirkungen entwerfen. Solche Rechtswirkungen werden herkömmlich ausgehend von der These einer materialen Richtigkeitsgewähr unter Gleichen geschlossener Verträge gerechtfertigt (dazu I.), das jedoch nicht mehr vollends überzeugt (dazu II.). Auf der Grundlage der bekannten Kritik entwirft die Untersuchung ein alternatives Begründungsmodell für externe Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte (III.). Es basiert auf dem Gedanken, dass rechtsexterne Beobachtungen das liberale Privatrecht zu einer beständigen Materialisierung zwingen und diese Beobachtungen vonseiten der Privatrechtsdogmatik aufgegriffen werden müssen. Im Zuge der anschließenden Anwendung dieses Modells (IV.) greift die Untersuchung auf die Beobachtung zurück, dass Mehrkomponentengeschäfte ein Alltagsphänomen des modernen Wirtschaftslebens sind, gerade weil sie ihren Anbietern zusätzliche Absätze versprechen (vgl. bereits § 8). Nunmehr wird herausgearbeitet, dass diesem spezifischen Mehrkomponentenpotenzial spezifische Mehrkomponentenrisiken entsprechen (ein „Locked-In“-Effekt, rechtliche Unklarheiten, irrationale Verhaltensweisen). Die gefundenen Ergebnisse werden sodann zweifach abgesichert (V.). Einmal auf der Grundlage des Gedankens, dass gleich strukturierte Geschäftsmodelle gleichartig rechtlich behandelt werden sollten (Grundsatz der Gleichbehandlung) und dann unter Heranziehung der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes.

I. Herkömmliche Rechtfertigung neuer Einschränkungen der Privatautonomie

1. These von der materialen Richtigkeitsgewähr

- 36 Herkömmlich wird der gerichtliche Außeneingriff in geschlossene Verträge bekanntlich an Privatautonomie und Vertragsfreiheit gemessen.⁹⁹¹ Ihr Charakter als Grenz-

991 Vgl. nur Möllers ERCL 14 (2018), 101 (102).

marken externer richterlicher Eingriffe ergibt sich zunächst daraus, dass sie bereits bei den Beratungen zum BGB als einer Rechtsordnung, jedenfalls aber einer Privatrechtsordnung selbstverständlich eigene Rechtsprinzipien⁹⁹² vorausgesetzt wurden.⁹⁹³ Der Bedeutungsgehalt der beiden Prinzipien ist allgemein anerkannt und muss hier nicht vertieft werden.⁹⁹⁴ Daraus lässt sich allerdings für sich genommen noch wenig für die Dogmatik der Vertragseingriffe ableiten. Insbesondere lässt sich zwar der Schluss ziehen, dass externe Eingriffe in Konflikt mit der Vertragsfreiheit treten, aber nicht, in welchem Umfang sie dennoch zulässig sein können.

Dies ändert sich, wenn man auf die von *Schmidt-Rimpler* vorgebrachte Begründung für die Ausrichtung der Privatrechtsordnung an der Vertragsfreiheit abstellt, wonach vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich eine „Richtigkeitsgewähr“ innewohne.⁹⁹⁵ Damit ist bekanntlich die auch in der Rechtsprechung des BVerfG

37

992 *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S.1; *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (354); nach *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 50 f., handelt es sich hingegen bei näherer Betrachtung eigentlich um ein „auf der Verbindung mehrerer Rechtsgedanken“ beruhendes Institut: „so ist der Regelungskomplex der Privatautonomie, den man wohl als „Institut“ unseres Privatrechts ansehen darf, nur aus dem Zusammenwirken der Prinzipien der Selbstbestimmung, der Selbstverantwortung und des Verkehrs- und Vertrauensschutzes zu verstehen.“

993 Vgl. *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 6; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1; zum Ausdruck kommt dies bekanntlich insbesondere in der folgenden Passage der Einleitung der Motive zum Schuldrecht: „Vermöge des Prinzips der Vertragsfreiheit, von welchem das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht wird, können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen, soweit nicht allgemeine der bestimmte einzelne absolute Gesetzesvorschriften entgegenstehen“ (Motive, Bd. 2, S. 2, s. auch *Mugdan*, Bd. 2, S. 1). Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Privatautonomie als Berechtigung des Einzelnen zur Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach seinem Willen, einen Bestandteil der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG bilde, vgl. etwa BVerfG Beschl. v. 14.1.1987 – 1 BvR 1052/79 = BVerfGE 74, 129 (151 f.) = NZA 1987, 347; BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38); BVerfG Beschl. v. 5.8.1994 – 1 BvR 1402/89 = NJW 1994, 2749 (2750) (zu Verwandtenbürgschaften). Dazu nur *Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 49; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1.

994 Privatautonomie meint – in den Worten *Flumes* – „die Anerkennung der ‚Selbstherrlichkeit‘ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse“, vgl. nur *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 1, 6; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1960, S. 135 (136); s. auch etwa *Bork* BGB AT, 4. Aufl. 2016, § 99; *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (277). Dabei wird die Vertragsfreiheit wahlweise als das „bedeutendste Mittel zur Umsetzung der Privatautonomie“ (*Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 52), die „Manifestation“ der Privatautonomie (*Möllers* ERLC 14 (2018), 101 (113)) oder ihr anerkanntester Teilbereich (*Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 18) bezeichnet. Die Privatrechtssubjekte haben danach die Möglichkeit, nicht nur eigenständig über das „Ob“ der vertraglichen Bindung zu entscheiden, sondern können auch die Leistungen, zu denen sie sich verpflichten (mithin das „Wie“), inhaltlich frei bestimmen, vgl. dazu nur *Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 61; *Thier*, in: HKK-BGB, § 311 Rn. 1; *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 12.

995 Vgl. hierzu grundlegend *Schmidt-Rimpler* AcP 147 (1941), 130 (149 ff.); *ders.*, in: FS Nipperdey, 1955, S. 1 (7 ff.); *ders.*, in: FS Raiser, 1974, S. 1 (insbesondere 14 ff.); aus dem dazu ergangenen Schrifttum: *Brox* JZ 1966, 761 (762); *Raiser* JZ 1958, 1 ff.; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1960, S. 101 ff.; *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 48 ff.; *ders.*, in: FS Lerche, 1993, S. 873 (882 f., 886 f.); *ders.* AcP 200 (2000), 273 (284 ff.); die internationale Rechtstheorie trifft vergleichbare Annahmen, vgl. etwa *Ben-Shahar/Schneider*, UPenn Law Review 159 (2011), 647 (681): „[...] mandated disclosure serves the autonomy principle. It supposes that people make better decisions for themselves than anyone can make for them and that people are entitled to freedom in making decisions“.

anzutreffende These gemeint, dass das Zusammenwirken der Vertragsschließenden bei der vertraglichen Gestaltung zu einem sachgerechten Ausgleich der entgegengesetzten Interessen führe. Denn im Prozess des Geben und Nehmens im Rahmen der Vertragsverhandlungen schlifften sich die gegenläufigen Interessen ab, bis etwas übrig bleibe, das als „richtig“ gelten könne.⁹⁹⁶ Von der materialen Richtigkeitsgewähr vertraglicher Vereinbarungen soll aber nur dann auszugehen sein, sofern beim Vertragsschluss die in Frage stehenden Interessen von den Vertragsschließenden gegensätzlich gewahrt würden.⁹⁹⁷ Die *Schmidt-Rimpler'sche* Theorie hat mit anderen Worten eine gleiche Machtverteilung zwischen den Parteien zur Voraussetzung. Damit lassen sich gerichtliche Außeneingriffe in geschlossene Verträge auf das Theorem, dass „Vertragsfreiheit Selbstbestimmung voraussetzt, Selbstbestimmung aber (Macht-) Gleichgewicht verlangt“,⁹⁹⁸ stützen. Einen Anlass zu Eingriffen in die Privatautonomie bieten unter diesen Umständen „strukturelle Ungleichgewichtslagen“ bzw. die Tatsache, dass einer der Vertragspartner mit überwiegender Macht ausgestattet ist.⁹⁹⁹ Eine Gemeinschaftsordnung könne – so fasst *Brox* die Aussagen *Schmidt-Rimplers* zusammen – den einzelnen Rechtssubjekten nicht die Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zueinander überlassen, sondern müsse sie hoheitlich regeln, sofern die privatautonome Gestaltung zu ungerechten Ergebnissen führt und „die eine Partei der Willkür der anderen ausgeliefert“ wird.¹⁰⁰⁰

2. Verteilung der Argumentationslast

- 38 Im Lichte der These von der „Richtigkeitsgewähr“ sind Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch den Gesetzgeber oder die Gerichte nur dann legitim, wenn sie sich empirisch begründen lassen. Einen Anlass zu Eingriffen in die Privatautonomie

996 Vgl. *Schmidt-Rimpler*, in: FS Nipperdey, 1955, S.1 (9); s. zur entsprechenden Rechtsprechung des BVerfG: BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38) (zu Verwandtenbürgschaften); BVerfG Urt. v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 = BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 (958) (zu Eheverträgen über Unterhalt); vgl. dazu auch *Weller*, Die Vertragstreue, S. 282; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 41 ff.; *Schweitzer* AcP 220 (2020), 544 (549 ff.); *Hönn* JZ 2021, 693 f.

997 Vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG: BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38 f.) (zu Verwandtenbürgschaften); BVerfG Urt. v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 = BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 (958) (zu Eheverträgen über Unterhalt); vgl. dazu auch *Weller*, Die Vertragstreue, S. 282; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 42 ff.

998 So die Zusammenfassung von *Zöllner* AcP 196 (1996), 1 (35) in Auseinandersetzung mit *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 10.

999 *Schmidt-Rimpler*, in: FS Nipperdey, 1955, S. 1 (7 ff.); *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 90 f.; s. etwa auch *Henckel* AcP 159 (1960), 106 (114); vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG insbesondere BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 = BVerfGE 89, 214 (233) = BVerfG NJW 1994, 36 (38) (zu Verwandtenbürgschaften).

1000 *Brox* JZ 1966, 761 (762). *Flume*, obschon ein erklärter Gegner der *Schmidt-Rimpler'schen* Auffassung von der materialen Richtigkeitsgewähr, kommt zu vergleichbaren Ergebnissen (*Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 10), was, zumindest sofern man *Brox* Glauben schenkt, schon deshalb nicht überraschend ist, da *Flume* *Schmidt-Rimpler* nur falsch verstanden habe.

bietet unter diesen Umständen (nur!) eine tatsächlich feststellbare strukturelle Ungleichgewichtslage. Die Argumentationslast ist danach klar verteilt: In der Regel ist davon auszugehen, dass das Ergebnis der Vertragsverhandlungen richtig ist. Der Umstand, dass einer der Vertragspartner mit überwiegender Macht ausgestattet ist, also die Ungleichgewichtslage, welche die Richtigkeitsvermutung erschüttert, bildet – so die Annahme – den Ausnahmefall. Zumindest aus Sicht des Gesetzgebers sollen nicht einmal klar nachweisbare einzelne Schief lagen zum Eingriff berechtigen.¹⁰⁰¹ Es soll für die Intervention also nicht ausreichen, dass es einmal zu einem ungerechten Vertrag gekommen ist, sondern dieser muss in einer bestimmten Fallkonstellation das Regelergebnis sein. Interventionen in das liberale Privatrecht sollen angesichts von Privatautonomie und Vertragsfreiheit mit anderen Worten nur dann legitim sein, wenn sich weitverbreitete „ungerechte“ Vertragsschlüsse nachweisen lassen und das sich darin widerspiegelnde soziale Problem nicht anderweitig lösen lässt. Ziel ist es, das Privatrecht so möglichst von Interventionen freizuhalten.

II. Kritik

1. Angreifbarkeit beinahe jeder sozialen Intervention in das Privatrecht

Das herkömmliche Rechtfertigungsmodell muss sich entgegenhalten lassen, dass es in einem direkten Widerspruch zum durchschlagenden Erfolg der sozialen Kritik am Privatrecht steht. Denn sofern man die skizzierte Hürde ernst nimmt, lässt sich kaum einmal rechtfertigen, dass eine Intervention in den Vertrag stattfindet. Rechtswissenschaftliche Untersuchungen zu Vertragseingriffen müssen nahezu zwangsläufig zu dem Ergebnis kommen, dass sowohl „Ob“ als auch „Wie“ der Intervention zweifelhaft sind. Dieser Umstand lässt sich bekanntlich¹⁰⁰² gut belegen. Er kam bereits beim Entwurf des BGB zur Sprache. *Otto Gierke* forderte in seiner Kritik des ersten Entwurfs des BGB von 1888 bekanntermaßen einen „Tropfen sozialistischen Öles“ im Privatrecht.¹⁰⁰³ Schon in seiner Replik darauf gab *Gottlieb Planck* zu bedenken, dass „die Frage, wer der Schwächere und wer der Stärkere ist“, sich nicht nach allgemeinen Kategorien entscheiden lasse.¹⁰⁰⁴ „Die wichtigsten Faktoren wirtschaftlicher Macht und Schwäche, Reichthum und Armuth, lassen sich im Privatrechte überhaupt nicht als Voraussetzungen von Rechtssätzen verwenden. Ebenso wenig lässt sich allgemein behaupten, daß der Schuldner gegenüber dem

1001 *Brox* JZ 1966, 761 (762) schreibt, dass eine Gemeinschaftsordnung die Gestaltung der Rechtsbeziehungen der einzelnen Rechtssubjekte (erst dann) hoheitlich regeln müsse, sofern die privatautonome Gestaltung „in der Mehrzahl der Fälle zu ungerechten Ergebnissen“ führe (Hervorhebungen im Original).

1002 Vgl. *Zöllner* AcP 196 (1996), 1 (15 ff.); *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (362 ff.) und nachfolgend *Möslein*, Dispositives Recht, S. 28.

1003 *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 13.

1004 *Planck* AcP 75 (1889), 327 (408 f.).

Gläubiger der Schwächere sei.¹⁰⁰⁵ Wohl jeder nachfolgende sozial begründete (abstrakt-generelle und konkret-individuelle) Vertragseingriff muss sich ähnliche Vorwürfe entgegenhalten lassen.¹⁰⁰⁶

2. Generalkritik als Sackgasse

- 40 Das herkömmliche Rechtfertigungsmodell für Materialisierungen des liberalen Privatrechts führt die hiesige Untersuchung damit nicht weiter. Denn angesichts der Tatsache, dass soziale Interventionen in das Privatrecht heute beständig vorkommen, hat es sein konstruktives Potenzial längst verloren. Sofern man es zugrunde legt, beschränkt sich Privatrechtsdenken auf Generalkritik. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, so scheint es dann, sind soziale Interventionen grundsätzlich abzulehnen. Dem sich „sittlichen“ Anforderungen unterstellenden Privatrecht ist infolgedessen andauernd vorzuwerfen, dass es seine formale Konsistenz verloren habe. Angesichts der Tatsache, dass soziale Interventionen den Regelfall darstellen

1005 *Planck AcP* 75 (1889), 327 (409).

1006 Nicht an Bedeutung verloren hat etwa die Warnung bei *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 11 vor Eingriffen in die Preisautonomie über § 138 BGB. *Flume* bringt – zu Recht – vor, dass die Rechtsordnung ein vom Wert des Gutes abweichendes Entgelt nur dann guten Gewissens über § 138 BGB als ungerecht verwerfen könne, wenn dieser Wert feststehe. Der Wert eines Gutes lasse sich aber nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten bestimmen, weil es sich bei dem Wert um ein ökonomisches Phänomen handle, das auf die Gesamtheit der ökonomischen Zusammenhänge bezogen ist. Auch die zwingenden Gewährleistungsvorschriften des Reise- und Verbrauchsgüterkaufrechts lassen sich, obschon vordergründig wohlletabliert, fortdauernd im Lichte von Privatautonomie und Vertragsfreiheit hinterfragen (vgl. anhand konkreter Beispiele *Canaris AcP* 200 (2000), 273 (362 ff.)). Dasselbe gilt für das Wohnraummiet- und Arbeitsrecht, zwei Zivilrechtsgebiete die besonders von externen Gerechtigkeitsvorstellungen überformt wurden. Bei Inkrafttreten des BGB waren die Kräfteverhältnisse zwischen Vermietern und Mietern genau umgekehrt, als es das heute so stark ausgeformte soziale Mieterschutzrecht suggeriert: Der Mietmarkt war um die Wende zum 20. Jahrhundert nicht durch Wohnungsmangel geprägt. Dementsprechend waren es eher die Vermieter, die sich aufgrund der für den Hauserwerb aufgenommenen Darlehen in vertraglichen Drucksituationen befanden (vgl. dazu nur *Haferkamp*, Das BGB, S. 113). Im Laufe der Zeit haben sich die Verhältnisse geändert. Dies allein ist aber nicht dazu geeignet, den interventionistischen Ansatz des modernen BGB-Mietrechts zu rechtfertigen. Wenn der Staat nur die (öffentlich-rechtlichen) Rahmenbedingungen dafür schaffen würde, dass der Mietmarkt zur Zufriedenheit der auf ihm kontrahierenden Parteien „funktioniert“ und sich kein Marktversagen feststellen lässt, könnte *Schmidt-Rimplers* These von der Richtigkeitsgewähr bereits wieder voll greifen. Soziales Mietrecht und Kündigungsschutz erscheinen dann als ungerechtfertigte Eingriffe in die Vertragsfreiheit (s. zum Ganzen etwa *Möslein*, Dispositives Recht, S. 28). Dementsprechend wurde in der Literatur vorgebracht, dass der Gesetzgeber besser für ein Überangebot an Wohnung, bessere Informationen über die bestehenden Angebote, mehr Wohngeld für einkommensschwache Haushalte, eine Vergrößerung des Baulandangebots und eine Senkung der Baukosten sorgen sollte (vgl. zur Diskussion um die Zweckmäßigkeit des sozialen Mietrechts *Honsell AcP* 186 (1986), 115 ff., insb. „Ausblick“ (182 ff.): „negative[...] Bilanz“ der maßgeblich in den 1970er-Jahren etablierten zivilrechtlichen Mieterschutzmechanismen; vgl. dazu auch *Kletečka AcP* 220 (2020), 674 (694 ff.)). Auch die Interventionen des Arbeitsrechts können auf der Grundlage des herkömmlichen Begründungsmodells für Eingriffe in die Privatautonomie kaum argumentativ gerechtfertigt werden. Exemplarisch sei auf *Zöllner* verwiesen, der angezweifelt hat, dass überhaupt „mit ausreichendem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit behauptet werden [könne], daß die Parität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer typischerweise gestört sei“ und angesichts dessen bereits 1976 eine „Kontrollhektik“ beklagt hat (*Zöllner AcP* 176 (1976), 221 (246 und *passim*); vgl. dazu auch *Thüsing*, in: FS Wiedemann, 2002, 559 ff.).

und sich ständig wiederholen, erweist sich der Vorwurf aber als nichtssagend. Konstruktiver erscheint es da schon, für künftige Interventionen in Verträge noch mehr empirische Nachweise zu fordern, also einen Beweis durch die Rechtswirklichkeit. Allerdings fehlen Juristen regelmäßig sowohl die Fähigkeiten als auch die Mittel, um den empirischen Nachweis selbst zu führen. Angesichts dessen müsste sich eine Mehrkomponentendogmatik auf eine passive Rolle beschränken. So lassen sich zwar Indizien dafür anführen, dass die Mehrkomponentengeschäften zugrundeliegenden Verträge willkürlich abgegrenzt werden und dadurch gesetzgeberisch gewollte Schutzzusammenhänge ausgehöhlt werden. Man könnte aber nur darauf hoffen, dass der Verweis auf diese Indizien ausreicht, damit Dritte, sei es in Form einer Gesetzesreform oder einer Gerichtsentscheidung, reagieren.

III. Alternatives Begründungsmodell

1. Menkes Erklärung für die beständige Privatrechtsmaterialisierung

Als weitaus fruchtbarer erweist sich der Versuch einer Adaption von *Menkes* Definition des liberalen Privatrechts. Seinen Kerngehalt sieht *Menke* im rechtspositivistischen Ansatz. Anders als das „traditionelle Recht“, versuche das moderne Recht nicht mehr, das Nichtrecht erzieherisch zu verwandeln oder es aus Vernunft heraus zu beherrschen.¹⁰⁰⁷ Vielmehr habe das bürgerliche Recht, die Gesellschaft in ihre „unkontrollierbare Eigendynamik“ entlassen.¹⁰⁰⁸ Der Einzelne sei rechtlich von der politischen Regierung freigesetzt worden.¹⁰⁰⁹ Stattdessen beschränke sich das liberale Privatrechtsregime im Ausgangspunkt darauf, die bürgerliche Gesellschaft (gegen und durch das Recht) zu ihrem Recht kommen zu lassen.¹⁰¹⁰ Welche Erklärung liefert *Menke* nun dafür, dass dieses liberale Privatrechtsregime „materialisiert“ wird? *Menke* versteht die Materialisierung zutreffend als soziale Kritik am liberalen Privatrechtsregime.¹⁰¹¹ Den Anlass für diese Kritik liefere das bürgerliche Recht selbst, indem es dem Einzelnen ermögliche, seinen Einzelwillen zu verwirklichen.¹⁰¹² Denn dadurch ermögliche es auch Akteuren, welche durch gesellschaftliche Mechanismen politische Macht gewonnen haben, sich auf eigene, durch die Privatrechtsordnung gewährte und geschützte Rechte zu berufen.¹⁰¹³ Indem der Einzelne von der politischen Regierung rechtlich freigesetzt wurde, seien autonome soziale Zusammenhän-

1007 *Menke*, Kritik der Rechte, 142.

1008 *Menke*, Kritik der Rechte, 142; vgl. auch *Pistor*, Code of Capital, S. 209: „Autonomous law has become the law of rights, whatever its contents might be.“

1009 *Menke*, Kritik der Rechte, 322.

1010 *Menke*, Kritik der Rechte, 143.

1011 *Menke*, Kritik der Rechte, 144.

1012 *Menke*, Kritik der Rechte, 321.

1013 *Menke*, Kritik der Rechte, 321.

ge geschaffen worden, die in sich selbst die Tendenz zu einer autoritären Monopolisierung sozialer Macht trügen.¹⁰¹⁴ Menke umschreibt diesen Vorgang als perversierte Repolitisierung der rechtlich entpolitisierten bürgerlichen Gesellschaft.¹⁰¹⁵ Es drohe permanent die Gefahr, dass die bürgerliche Gesellschaft von innen her durch die Hervorbringung von radikal asymmetrischen Machtpositionen zersetzt werde.¹⁰¹⁶ Diese, ihm eingeschriebene Krisenhaftigkeit zwingt das Soziale bzw. das Nichtrecht zu einem permanenten Protest gegen das Recht und – daran anknüpfend – zu einer permanenten Intervention.¹⁰¹⁷

- 42 Im Lichte dessen wird erkennbar, dass die „Materialisierung“ des Rechts nichts anderes ist als die Berücksichtigung selbstausgelöster Effekte und Proteste im Recht.¹⁰¹⁸ Indem sich das Privatrecht materialisiert vollzieht es mit anderen Worten die selbst-reflexive Einsicht nach, dass die sich gegen es richtenden Proteste durch es selbst ausgelöst sind und daher in ihm selbst berücksichtigt werden müssen. Das materialisierte Recht ist also ein antwortendes oder verantwortliches Recht. Es ist infolge seiner Selbstreflexion responsiv.¹⁰¹⁹ Aus diesem Gedankengang lässt sich eine neue Idee der Gerechtigkeit für das moderne Recht ableiten: Das moderne Recht wird nach Menke dadurch gerecht, dass es die Möglichkeiten schafft, den andauernden Protest des Nichtrechts zu berücksichtigen. Recht sei, so schreibt Menke, gerecht, sofern es auf Selbsttransformation und Selbstrelativierung ausgerichtet sei.¹⁰²⁰ Gerechtes Recht setze jede seiner Bestimmungen als veränderlich:¹⁰²¹ „Materialisierung heißt Prozessualisierung“.¹⁰²²

2. Komplementärbeschreibungen

- 43 Vor Menke hat Luhmann dieses Gerechtigkeitskonzept ähnlich umschrieben. Luhmann schreibt, dass der auf Demokratie reagierende regulative Staat seinen Interventionen eine problematische, weil indirekte Form der Einschränkung von Eigentumsgebrauch und Vertragsfreiheit geben müsse.¹⁰²³ Diese beschreibt er so, dass das Rechtssystem mit der Konzession der Vertragsfreiheit zunächst Kontrolle aufgegeben habe. Denn die Wirtschaft könne so Transaktionen arrangieren, ohne dabei ein enges Netz möglicher Vertragstypen in Betracht zu ziehen. Sie könne sich, wenn Rechtsfragen im Blick stehen, auf die Beachtung oder Umgehung von Verbo-

1014 Menke, Kritik der Rechte, 322.

1015 Menke, Kritik der Rechte, 322.

1016 Menke, Kritik der Rechte, 321.

1017 Menke, Kritik der Rechte, 152.

1018 Menke, Kritik der Rechte, 148.

1019 Menke, Kritik der Rechte, 149.

1020 Menke, Kritik der Rechte, 151.

1021 Menke, Kritik der Rechte, 151.

1022 Menke, Kritik der Rechte, 150.

1023 Luhmann Recht der Gesellschaft, S. 467.

ten konzentrieren. Die aufgegebene Kontrolle gewinne das Rechtssystem aber in erheblichem Umfang wieder, wenn es sich die Freiheit nehme, den Willen der Vertragsschließenden im Rückblick zu interpretieren, etwa nicht ausdrücklich Bedachtes in den Sinn des Vertrages hineinzumplizieren, Vertragselemente über „ergänzende Auslegung“ einzubauen oder als Verstoß gegen „die guten Sitten“ auszubauen und Resultate solcher Gerichtspraxis in fallnahen Regelungen, etwa im Anmerkungssaparat zu § 242 BGB zu kodifizieren.¹⁰²⁴ Das so konzipierte Recht lerne aus Anlass von Konflikten. Es würde ohne Konflikte nicht entstehen bzw. nicht erneuert und vergessen werden. Dieses Recht folge nicht aus der Natur der Sache oder der Natur der Menschen, sondern entwickle sich auf der Suche nach Lösungen für Konflikte, die für mehr als nur einen Fall gelten sollen.¹⁰²⁵ Ein geschlossenes und autopoietisches Rechtssystem funktioniere als Immunsystem. Regelbildung sei in diesem System eine Art Antikörperbildung mit einer am Fall gewonnen Spezifität.¹⁰²⁶

Eine vergleichbare Beschreibung findet sich sodann bei *Gunther Teubner*. Er führt 44 aus, dass das Recht aufgrund seiner selbstreferentiellen Grundstruktur zwar ein geschlossenes System bilde, diese Geschlossenheit jedoch nur relativ bzw. relational sei. Denn sie lasse eine innere Reflexivität des Rechts zu. Das Recht stehe (infiniten) Veränderungen, insbesondere auch infolge gewandelter Umweltbedingungen, offen gegenüber.¹⁰²⁷ „Reflexiv“ wird dabei im Sinne eines „Sich-Rückbeziehens“ verstanden.¹⁰²⁸ Möller schreibt dazu, dass das Recht in der Lage sei, sich im Recht selbst zum Thema machen, sich veränderten sozialen Umweltbedingungen anpassen und verändern.¹⁰²⁹ Was bisher als Recht oder Unrecht galt, müsse revidiert werden können. Vorauszusetzen sei allein, dass die Beobachtung von Wandlungen in der Umwelt des Rechts und die Konflikte um einen daraus resultierenden vermeintlichen Anpassungsbedarf des Rechts in juristischer Grammatik ausgedrückt würden.¹⁰³⁰

Marietta Auer bezieht sich in ihrer Darstellung des privatrechtlichen Diskurses 45 der Moderne ebenfalls auf den Mechanismus der Reflexivität. Sie unterscheidet im Privatrecht zwei Modernen: Wohingegen in der ersten Moderne vor allem der Personenbegriff, das subjektive Recht und eine Trennung von Staat und Gesellschaft etabliert worden seien,¹⁰³¹ würden in der reflexiven Betrachtung der zweiten Moder-

1024 Luhmann *Recht der Gesellschaft*, S. 464.

1025 Luhmann *Recht der Gesellschaft*, S. 567.

1026 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 567.

1027 Vgl. Teubner, in: Grundmann/Thiessen *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, S. 145 (158 ff., 160); ders., in: Amstutz, *Die vernetzte Wirtschaft*, S. 11 (12 f., 18 f.); ders. ZHR 154 (1990), 295 (305 ff.); ders. KritV 76 (1993), 367 (370 ff., 381 ff.); ders. ARSP 68 (1982), 13 (46 f.).

1028 S. auch Auer, *Privatrechtlicher Diskurs der Moderne*, S. 47; dies. KJ 53 (2020), 45 (54).

1029 Möller, in: *Neue Theorien des Rechts*, S. 47 (51).

1030 Vgl. Teubner, in: Grundmann/Thiessen *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, S. 145 (160); ders. ZHR 154 (1990), 295 (305 ff.); ders. KritV 1993, 367 (370 ff., 381 ff.) (am Beispiel von Vertragsnetzen und ökonomischen Argumenten in Bezug auf sie).

1031 Auer, *Privatrechtlicher Diskurs der Moderne*, S. 13 ff., 46.

ne die Grenzen und Widersprüche der ersten Moderne aufgezeigt¹⁰³². Der Weg der Selbstreflexion werde dabei insbesondere deshalb eingeschlagen, weil der Erfolg der bürgerlichen Wirtschaftsverfassung deren institutionelle Grundlagen unterminierte und nach gesellschaftlich akzeptierten Alternativen gesucht werden müsse.¹⁰³³ Die Unterscheidung zwischen erster und zweiter Moderne skizziert *Auer* anhand der Entwicklung des Eigentumsbegriffs: In der ersten Moderne bilde sich das Verständnis von Eigentum als freier Wille heraus. Das Eigentum werde aus den gesamtgesellschaftlichen Bindungen der politischen Gesellschaft entlassen und zum Instrument insbesondere der wirtschaftlichen Rationalität. Es löse sich von seinen gesellschaftlichen Gründen und werde individualisiert.¹⁰³⁴ In der zweiten Moderne werde die fortgeschrittene Abkopplung des individuellen Eigentums von seiner Gemeinwohlbindung benannt und kritisiert.¹⁰³⁵

3. Leitbild einer Rechtsdogmatik als verantwortliches Handeln

- 46 Gestützt auf diese Erkenntnisse lässt sich eine neue Aufgabenstellung für die sich mit „Materialisierungen“ befassende Privatrechtsdogmatik formulieren. Herkömmlich wird der Auftrag der Privatrechtsdogmatik von der Privatautonomie bzw. dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgehend definiert (vgl. I.). Es ist dann Aufgabe der Dogmatik, Materialisierungen am Rechtsprinzip der Privatautonomie zu prüfen.¹⁰³⁶ Insofern davon auszugehen ist, dass vertraglichen Vereinbarungen eine Richtigkeitsgewähr innewohnt, impliziert diese Aufgabenstellung eine beständige Kritik der Materialisierung des Privatrechts. Wenn man die Materialisierung gerade nicht als einen Vorgang begreift, der potenziell die Autonomie des Rechts verletzt, ist dies anders. Mit *Menke*¹⁰³⁷ sind Interventionen in das Recht Ausdruck für seine Prozessualisierung und diese Prozessualisierung ist die Voraussetzung gerechten Rechts. Nichtrechtliche Einstellungen (etwa ökonomische Interessen, ethische Auffassungen oder sittliche Postulate), die nicht empirisch unterfüttert werden können erscheinen dann nicht als etwas, was fälschlich Gültigkeit im Recht erlangt. Sie sind vielmehr

1032 *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs der Moderne, S. 46 ff., 74 ff.; *dies.* KJ 53 (2020), 45 (52 f.).

1033 *Auer* KJ 53 (2020), 45 (54).

1034 *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs der Moderne, S. 106.

1035 *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs der Moderne, S. 130 ff.

1036 *Wieacker* umschreibt Rechtsdogmatik dementsprechend als „Wächteramt“. Ihr obliege eine Koordinierung der Rechtsprechung in die geistige und moralische Einheit der Gesamtrechtsordnung. Sie müsse für die „geistige Kontingenz“ der Privatrechtsordnung sorgen, vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 542.

1037 *Menkes* Vorhaben geht weit über den hiesigen Ansatz hinaus, ohne dass es darauf im hiesigen Zusammenhang ankäme. *Menke* fordert eine Re-Politisierung der Gesellschaft durch eine Umwandlung der Rechte. Sie sollen nicht mehr dauerhafte Privilegien einiger weniger Auserwählter sein, sondern bloß noch zeitlich begrenzte Ermächtigungen zum Wandel (vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 309 ff.).

„Trieb (oder Kraft)“ im Recht.¹⁰³⁸ Unter diesen Umständen ist es Hauptaufgabe der Rechtsdogmatik, die (notwendigen) Interventionen des Nichtrecht in das Recht zu leiten und zu moderieren. Wenn Dritte – etwa Rechnungslegungspraktiker – rechtsexterne Problemlagen an das Recht herantragen, muss die Dogmatik diese lösen, sofern es ihr Anspruch ist, die Gerechtigkeit des Rechtssystems (mit) zu gewährleisten. Die sich dem dogmatischen Rechtsdenken verschreibende Rechtswissenschaft steht mit anderen Worten unter einer Innovationspflicht.¹⁰³⁹ Sie muss, wie *Lomfeld* schreibt, an sich fortlaufend den Anspruch stellen, die Institutionen des wirtschaftlichen Austauschs für den praktischen Einsatz selbst zu definieren und zu konturieren (Konzept einer diskursiven Dogmatik).¹⁰⁴⁰

Dementsprechend ist es Pflichtaufgabe einer verantwortlich handelnden Rechtswissenschaft, die rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur (Re-)Allokation der Risikoverteilung bei Mehrkomponentengeschäften aufzuzeigen. Will man aus gesetzessystematischen Gründen einer weiteren Überfrachtung des BGB mit überschießend wirkenden und unübersichtlichen Sonderwertungsregelungen vermeiden, liegt es auf der Hand, in diesem Zusammenhang für eine Instrumentalisierung der Generalklauseln zu plädieren. 47

Dieses Verständnis findet in der sich mit einer Adaption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse im Wege der Rechtsdogmatik befassenden Literatur Vorbilder.¹⁰⁴¹ Insbesondere entspricht es jedenfalls im Ergebnis weitgehend dem von *Teubner* entwickelten Konzept einer reflexiven Rechtsdogmatik.¹⁰⁴² Weiterhin anführen lässt sich *Grünberger*, der – unter Bezugnahme auf *Teubner* – eine Jurisprudenz, die sich auch als „Realwissenschaft“ begreift, fordert. Eine „responsive Rechtsdogmatik“, die es schaffe, Umweltirritationen im Recht Rechnung zu tragen, sei ein „Forschungsdesiderat“ der Rechtsdogmatik.¹⁰⁴³ Es gehe darum, Operationen bereit zu stellen, um das Neue zu regeln, bevor es Wirklichkeit geworden ist.¹⁰⁴⁴ *Esser* und *Schmidt* haben in ihrem Lehrbuch zum Schuldrecht dargelegt, wie geradezu überlebensnotwendig es für eine moderne Rechtsordnung sei, nicht an einem Regelungskonzept festzuhal- 48

1038 *Menke*, Kritik der Rechte, S.149; vgl. auch *Schweitzer* AcP 220 (2020), 544 (562): Kriterien, die es erlauben, „legitime“ staatliche Ausgestaltungen privatrechtlicher Institute und Eingriffe in die Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie von „illegitimen“ Eingriffen ins Privatrecht zu unterscheiden, folgen auch aus dem Freiheitsgehalt der gesellschaftlichen Ordnung selbst, die ihrerseits verfassungsrechtlichen Schutz genießt, und aus den Funktionsprinzipien des Systems, das aus der Ausübung individueller Freiheitsrechte entsteht.

1039 Vgl. ähnlich *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, S. 30 ff.: „Innovationsverantwortung“.

1040 *Lomfeld*, in: *Grünberger/Jansen*, Privatrechtstheorie heute, S. 151 (166); zur diskursiven Dogmatik *ders.*, Die Gründe des Vertrages, S. 306 ff.; vgl. dazu auch bereits *Wiethölter*, in: FS Raiser, 1974, S. 645 ff.

1041 Vgl. etwa *E. Schmidt* JZ 1980, 153 (160 f.); *Knieper* KJ 1992, 1 ff.

1042 Vgl. dazu insbesondere *Teubner*, in: *Liber Amoricum* Esser, 1995, S. 191 (211 ff.); *ders.*, in: *Grundmann/Thiessen* Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, S. 145 (160); *ders.*, in: *Amstutz*, Die vernetzte Wirtschaft, S. 11 (12 f., 18 f.); *ders.* ZHR 154 (1990), 295 (305 ff.).

1043 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (243); *ders.* AcP 219 (2019), 892 (928 f.).

1044 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (256).

ten, dass durch einen Wandel in den Umweltbedingungen tendenziell gegenstandslos geworden ist. Andernfalls laufe das Recht Gefahr, seine für die Systemerhaltung unerlässliche Orientierungskraft zu verlieren. Es werde schlechtestenfalls parteiisch und somit untauglich zur gesamtgesellschaftlichen Konfliktregelung.¹⁰⁴⁵ Auch die modernen Debatten um Steuerungs- und Regulierungsfunktionen des Zivilrechts setzen aber einen vergleichbar erweiterten dogmatischen Erkenntnishorizont voraus. Denn es geht ihnen im Kern darum, zu prüfen, inwiefern Zivilrecht (auch) dazu dient bzw. als „Implementationsinstrument“¹⁰⁴⁶ dazu dienen sollte, um weitere, politische Zielsetzungen durchzusetzen.¹⁰⁴⁷ Dies kann jedoch nur erkennen, wer zuvor ermittelt, wie das Recht die Lebenswirklichkeit beeinflusst.¹⁰⁴⁸ Die Existenz dieser „Beobachterperspektive“ bzw. des „external point of view“¹⁰⁴⁹ impliziert, dass auch der Gegenschluss darauf, wie die Lebenswirklichkeit das Recht prägt, möglich sein muss.

IV. Anwendung des Modells

- 49 In Anwendung des unter III. vorgestellten Modells werden hier die bei Mehrkomponentengeschäften korrekturbedürftigen Ungleichgewichtslagen unmittelbar aus den im Geschäftsleben anzutreffenden Vertriebsformen abgeleitet. Die mehrkomponentenspezifischen Risiken, auf die das Recht in besonderer Weise reagieren muss, werden dabei durch eine Kombination der bereits dargestellten Beobachtungen von Betriebswirtschaftslehre, Marketing und Rechnungslegungspraxis mit neueren Erkenntnissen der Verhaltensforschung herausgearbeitet. Sie resultieren daraus, dass bei Mehrkomponentengeschäften ein „Locked-In“-Effekt wirkt (3.), „wirtschaftliche“ Intuition und rechtliche Gestaltungsmacht auseinanderfallen (4.), und den Kunden diese Art von Geschäften, da sie sich eine Reihe anerkannter menschlicher Verhaltensdefizite zunutze machen, zugleich besonders attraktiv erscheint (5.). Bevor dies näher erläutert wird, werden unter 1. und 2. aber zunächst zwei Aspekte dargelegt, die ganz im Gegenteil zu Zurückhaltung beim Mehrkomponentenkundenschutz anhalten und denen deshalb eine Leitplankenfunktion im Hinblick auf das entworfene Modell zukommt.

1045 Esser/Schmidt, SchulDR AT, § 1 IV, S. 19.

1046 Martin/Renk/Sudhof KJ 22 (1989), 244 (246).

1047 Vgl. zur „Regulierungsfunktion“ des Privatrechts etwa Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, S. 50 ff.; zum Privatrecht als Steuerungsinstrument mit unterschiedlichen Nuancen: Pölzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 255 ff. und *passim*; Franck, Marktordnung durch Haftung, S. 15 ff., 167 ff. und *passim*; zur folgenorientierten Auslegung und Anwendung des Rechts: Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, S. 405 ff.; Wagner, in: FS Canaris, 2017, S. 281 (287); ders. AcP 206 (2006), 352 (389 ff. 434 ff.); Calliess, in: FS Teubner, 2009, S. 465 (477 ff.); zur am Schutz einer dezentralen Koordinationsordnung ausgerichteten Auslegung: Schweitzer AcP 220 (2020), 544 (567 ff.).

1048 Möslin, Dispositives Recht, S. 130; dazu auch etwa Langenbucher, in: FS Canaris, 2017, S. 219 (234).

1049 Langenbucher, in: FS Canaris, 2017, 219 (234).

1. Das Verwendungsrisiko als Ausgangspunkt

Angesichts der nahezu allgemein geteilten Überzeugungen davon, wie das Verwendungsrisiko bei Absatzgeschäften verteilt sein sollte, muss die Möglichkeit eines privatautonomienegrierenden Eingriffs in ein Mehrkomponentengeschäft zunächst auf besonders problematische Fälle beschränkt werden. Denn aus dem Blickwinkel der vertraglichen Risikoordnung besteht bei Mehrkomponentengeschäften einstweilen kein Bedarf für einen Eingriff. So handelt es sich bei isolierter Betrachtung bei den einzelnen Bestandteilen eines Mehrkomponentengeschäfts jeweils um einfache Absatzgeschäfte. Für diese gilt, so die einhellige Wertung, dass das Verwendungsrisiko grundsätzlich der Abnehmer (Sachleistungsgläubiger) tragen muss.¹⁰⁵⁰ Dementsprechend soll, sofern es nach Abschluss eines Kaufvertrags zu Entwicklungen kommt, die sich negativ auf die Verwendbarkeit und den Wert des Kaufobjektes auswirken, das Risiko für diese Fehlentwicklungen beim Käufer liegen. Dabei wird unter anderem darauf abgestellt, dass der Käufer im Gegenzug allein von den Chancen, die sich aus einer für das Kaufobjekt günstigeren Entwicklung ergeben, profitiert.¹⁰⁵¹

Mehrkomponentengeschäfte sind also im Ausgangspunkt bloß zusammengesetzte Absatzgeschäfte. Auch bei ihnen muss man das Verwendungsrisiko dementsprechend regelmäßig dem Kunden zuordnen. Damit ist auch das Risiko gemeint, dass eine der Leistungskomponenten ausfällt bzw. es zu einer sonstigen Leistungsstörung kommt. Dabei wird nicht ausgeblendet, dass sich die Störung der Erstkomponente auf die Verwendung einer Zweit- oder Drittkomponente auswirken kann. So kann die Störung etwa dazu führen, dass der Kunde auch mit der Erstkomponente nicht anfangen kann oder sich erst am Markt überteuerten Ersatz beschaffen muss, um sie zu nutzen.¹⁰⁵² Derartige Infizierungen der Zweitkomponente spielen aber im Eingangsrisikomodell keine Rolle. Noch offensichtlicher ist die grundsätzliche Risikoverteilung, sofern die Leistungskomponenten multilateralen Parteikonstellationen entstammen. Wenn etwa ein Arzt für seine Praxis einen Fernseher erwirbt, weil ihm ein Dritter versprochen hat, die Finanzierung dieses Fernsehers zu übernehmen, sofern er auf dem Gerät im Gegenzug Werbefilme abspielen darf, so hat das Scheitern des Werbevertrags grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Beziehung zwischen Arzt und Verkäufer.

1050 Vgl. zur Geschäftsgrundlagenlehre: BGH Urt. v. 23.10.2019 – XII ZR 125/18 = BGHZ 223, 90 = NJW 2020, 331 Rn. 37; *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 43 ff., 82 ff.

1051 *Henssler*, in: FS Huber, 2006, S. 739 (748).

1052 Der Erwerber eines Hörgeräts ist zum Beispiel, wenn die versprochenen Wartungsarbeiten unterbleiben, im Zweifel gezwungen, hierfür einen anderen Hörgeräteakustiker zu finden. Auf § 323 Abs. 5 BGB kann er sich, weil er weiterhin ein Interesse an der Erstkomponenten hat und aufgrund der vertraglichen Trennung nicht berufen. Der andere Akustiker wird für seine Arbeit eine gesonderte Vergütung verlangen. Denn er konnte die Nachbetreuungsleistungen, anders als der ursprüngliche Verkäufer der Hörhilfe, nicht beim Kauf einpreisen.

- 52 Im Lichte der vorstehenden Ausführungen muss eine Normkonkretisierung des allgemeinen Schuldrechts, welche helfen soll, dem Umweltgeschehen „Mehrkomponentengeschäfte“ Rechnung zu tragen, auf die im engeren Sinne problematischen Fälle begrenzt sein.¹⁰⁵³ Der mehrkomponentenspezifische Eingriff bedarf also einer besonderen Rechtfertigung. Es darf keine anlasslose „Parteinahme“ für die Kunden propagiert werden.¹⁰⁵⁴

2. Keine Umgehungsgeschäfte

- 53 Es liegt zunächst nahe, die besondere Rechtfertigung von Eingriffen in Mehrkomponentengeschäfte daraus abzuleiten, dass es den Anbietern solcher Geschäfte darum gehe, die Kunden rechtlos zu stellen. Es handelt sich nach dieser Betrachtungsweise bei Mehrkomponentengeschäften um Umgehungsgeschäfte, welche darauf abzielen, das geltende Verbraucherschutzrecht, welches sie nicht erfasst, auszuschalten. Diese Begründung wurde in der Vergangenheit bereits vorgebracht, um das Schutzbedürfnis des Käufers beim finanzierten Geschäft (und damit die heutigen §§ 358 ff. BGB) zu rechtfertigen. So hat etwa *Larenz* den Käuferschutz beim finanzierten Geschäft damit begründet, dass mit der Aufspaltung des einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs auf mehrere Verträge und in eine multipersonale Parteibeziehung im Zweifel bezweckt sei, die Rechtslage, welche bei einem Einzelvertrag gelten würde, zum Nachteil des Käufers zu verändern. Es müsse beim finanzierten Geschäft deshalb gewährleistet sein, dass der Käufer trotz der Aufspaltung bei Unwirksamkeit des Kaufvertrages oder Störungen seiner Durchführung nicht schlechter stehe, als ihn das Gesetz bei einem normalen Ratenkauf stelle. Die Rechtslage dürfe nicht einseitig und grundlegend zu seinem Nachteil veränderbar sein.¹⁰⁵⁵ Auch der BGH hat in seinen Entscheidungen zum finanzierten Geschäft zum Teil darauf abgestellt, dass es Treu und Glauben widerspreche, das Risiko der (ordnungsgemäßen) Erfüllung des finanzierten Vertrags durch den Verkäufer allein dem Käufer aufzubürden.¹⁰⁵⁶
- 54 Diese Wertung war aber bereits, als es nur um finanzierte Geschäfte ging, angreifbar. So stellt *Gernhuber* zurecht heraus, dass der finanzierte Abzahlungskauf nie Umgehungsgeschäft war, sondern es primär darum ging, neue Methoden der Käuferfinanzierung in einer Zeit, in welcher die Warenverkäufer nicht mehr über ausreichendes Kapital für Kreditverkäufe verfügten, zu entwickeln.¹⁰⁵⁷ Auch mit den Mehrkomponentengeschäften moderner Prägung ist wohl nur selten einmal eine rechtliche Schlechterstellung der Kunden bezweckt. Vielmehr handelt es sich um eine – im

1053 Vgl. zu diesem Aspekt auch *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 3, S. 711; *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (244); *ders.* AcP 219 (2019), 892 (932).

1054 *Grünberger* AcP 219 (2019), 892 (931).

1055 *Larenz*, in: FS Michaelis, 1972, S. 193 (201).

1056 Vgl. so später etwa BGH Urt. v. 20.II.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814).

1057 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 31 I 3, S. 711.

Ausgangspunkt begrüßenswerte – Innovation der Wirtschaftspraxis (vgl. bereits § 8 C.). Die fehlende Schlagkraft herkömmlicher Verbraucherschutzinstrumente bei Mehrkomponentengeschäften ist eher ein (dem Anbieter ggfs. nicht einmal bewusstes) Nebenprodukt. Im Lichte dessen betrachtet, darf der beabsichtigte Kundenschutz nicht dazu führen, dass Mehrkomponentengeschäfte wieder aus der Wirtschaftspraxis verdrängt werden. Stattdessen muss es das Ziel sein, zu gewährleisten, dass Mehrkomponentengeschäfte angeboten werden, welche den gegenseitigen Parteipräferenzen besser entsprechen. Es muss also das Ziel der Rechtsfortbildung sein, die Anreize der Anbieter, Ressourcen in die Entwicklung von Produkten, welche darauf ausgerichtet sind, Defizite bei ihren Kunden auszunutzen, zu verringern.

3. Locked-In-Effekt

Zunächst kann zulasten der Abnehmer von Mehrkomponentengeschäften, wie auch die Telekommunikationsrichtlinie 2018/1972/EU (Erwägungsgrund 283) herausstellt, insbesondere ein vertraglicher „Lock-In“-Effekt wirken. Damit ist gemeint, dass die Kunden in besonderem Maße in die Vertragsbeziehungen eingeschlossen sind, was sich darin ausdrückt, dass Anbieterwechsel schwierig oder kostenträchtig sind. Der Effekt rührt daher, dass hier Geschäfte, die sich eigentlich auf einen einmaligen Leistungsaustausch beschränkt hätten, durch die Hinzufügung einer weiteren Komponente künstlich verlängert werden, was die Position des Abnehmers erheblich schwächen kann.¹⁰⁵⁸ Dies gilt zunächst und vor allem für seine objektiv-rechtliche Position. Wenn verschiedene, in einem Paket angebotene Leistungskomponenten unterschiedlichen (privatrechtlichen) Regeln in Bezug auf die Vertragskündigung und den Wechsel unterliegen, sind Abnehmer im Hinblick auf das gesamte Paket oder Teile davon effektiv an der Ausübung der ihnen eingeräumten Rechte auf den Wechsel zu wettbewerbsorientierten Angeboten gehindert.¹⁰⁵⁹

Dies ist auch der Fall, wenn sich die Bedingungen der vertraglichen Bindung unterscheiden. Auf Ebene des BGB liegt das daran, dass das Gesetz, wenn es um Mehrkomponentenprobleme geht, zu wenig ausdifferenziert ist. Insbesondere sind die herkömmlichen verbraucher- und allgemein-vertraglichen Schutzmechanismen – wie aufgezeigt – Mehrkomponentengeschäften nicht gewachsen. Im Lichte dessen, erscheint es zudem fernliegend, dass sich im täglichen Gerichtsgebrauch konsistente Fallgruppen herausbilden. Der Locked-In-Effekt beeinträchtigt aber auch abseits des rechtlich Möglichen das Verhalten der Kunden: So mag er unterbinden, dass Kunden den Anbieter wechseln, obschon sie in einem früheren Stadium der Leis-

1058 Vgl. auch Erwägungsgrund 252 des Richtlinienvorschlages über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (COM (2016) 590).

1059 Vgl. Erwägungsgrund 283 der Telekommunikationsrichtlinie 2018/1972/EU.

tungsbeziehung schlechte Erfahrungen machen. Weiterhin kann der Umstand, dass man sich in einer komplexen, langfristigen Geschäftsbeziehung befindet, Kunden daran hindern, im Hinblick auf einzelne Teile eines Leistungsbündels (z.B. die Einrichtung, Wartung und Instandsetzung des von ihm erworbenen Produkts) vertragliche Rechte auszuüben. Im Gegenzug ist die Position der Anbieterseite bei Mehrkomponentengeschäften besonders stark, da ihnen im Störfall besonders effektive Selbsthilfemittel zur Verfügung stehen. So haben sie etwa, wenn mehrere Leistungskomponenten geschuldet sind, mehr Möglichkeiten, um noch ausstehende Leistungen erst einmal zurückzubehalten.¹⁰⁶⁰

4. „Wirtschaftliche“ Intuition und „rechtliche“ Gestaltungsmacht

- 57 Die Kunden von Mehrkomponentengeschäften erscheinen zudem deshalb besonders gefährdet, weil die privatrechtliche Struktur dieser Geschäfte nicht zwingend den wirtschaftlichen Erwartungen entspricht. Insbesondere liegt es nahe, dass die Kunden vom wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den Leistungskomponenten auf das Bestehen eines rechtlichen Zusammenhangs schließen. Dieser Zusammenhang ist aber – wie aufgezeigt – keineswegs zwingend. Vielmehr haben es die Parteien im Ausgangspunkt weitgehend selbst in der Hand, wie sie ein Mehrkomponentengeschäft vertraglich strukturieren: Sie können frei darüber entscheiden, wie sie das Mehrkomponentenrisiko verteilen, also ob sie die wirtschaftliche Verknüpfung zwischen den Leistungskomponenten – etwa im Wege vorformulierter Vertragsbedingungen – in einen rechtlichen Zusammenhang übersetzen. Die „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise suggeriert mit anderen Worten eine rechtliche Eindeutigkeit, die so nicht existiert. Dementsprechend können Mehrkomponentengeschäfte kontraintuitiv vertraglich ausgestaltet sein, was zur Folge hat, dass den Kunden der bereits diskutierte Locked-In-Effekt nicht unbedingt bewusst sein wird. Dieser Umstand ist geeignet, einen spezifischen Kundenschutz durch Gerichte zu rechtfertigen. So wurde bereits der privatautonomienegierende Verbraucherschutz beim finanzierten Geschäft damit begründet, dass die Käufer das finanzierte Abzahlungsgeschäft, unabhängig von seiner rechtlichen Ausgestaltung (mehrere Verträge mit unterschiedlichen Vertragsparteien) als Einheit ansehen und diese Auffassung schutzwürdig sei. Dies lässt sich etwa anhand einer Entscheidung des VII. Zivilsenats aus dem Jahr 1960 nachvollziehen. Im entschiedenen Fall ging es um den Umgang mit der damals bei Abzahlungsgeschäften wohl verbreiteten Praktik, die Käufer schon vor der Lieferung der Ware formularmäßige Empfangsbescheinigungen erteilen zu lassen. Im Vertrauen darauf zahlten die Banken schon vor Lieferung der Ware die Darlehenssumme an den Verkäufer aus. Dies wiederum setzte die Käufer dem

1060 Vgl. zu diesem Aspekt Rott GRUR Int. 2018, 1010 (1013 f.).

Risiko aus, unter Umständen das Darlehen zurückzahlen zu müssen, auch wenn sie keine Ware erhalten hatten und erhalten würden.

Der BGH entschied, dass der Anbieter deshalb im Wege einer Aufklärung sicher stellen müsse, dass der Kunde die mit dem besonderen Geschäftsmodell verbundenen Risiken in vollem Umfang realisiert.¹⁰⁶¹ Denn andernfalls komme es verbreitet zu einem „rechtlichen Fehlschluß“ bzw. einem „Rechtsirrtum“, der aus dem engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Kauf und Darlehen resultiere.¹⁰⁶² Die These, dass der Fehlschluss sich beim finanzierten Geschäft durch Aufklärung vermeiden lässt, erscheint heute unvertretbar (näher § 16 C. I.). Die Grundwertung des BGH überzeugt aber weiterhin und erscheint verallgemeinerbar.

Die Folge des beschriebenen Fehlschlusses auf Kundenseite lässt sich als Koordinierungsdefizit bezeichnen. Der Begriff soll zum Ausdruck bringen, dass neben echten Regelungslücken auch eine bloße Vagheit im Recht wirtschaftliche Machtkonzentrationen und -missbräuche stützen kann. Denn ihr Fehlschluss auf eine rechtliche Einheit erschwert den Kunden den Preis- und Qualitätsvergleich zwischen verschiedenen Mehrkomponentenangeboten. Vor allem aber hindert er sie daran, sich vertraglich gegenüber dem beschriebenen Locked-In-Effekt abzusichern. Es ist anzunehmen, dass die Anbieter ihre Kunden nicht aktiv über einen möglichen Fehlschluss im Hinblick rechtlicher Ausgestaltung eines Mehrkomponentengeschäfts aufklären. Dies gilt insbesondere, weil (wenn man Reputationsfaktoren einmal außer Betracht lässt, vgl. dazu näher V. 2.) nicht erkennbar ist, welches Interesse sie daran haben sollten.¹⁰⁶³ Das beschriebene Koordinierungsdefizit versetzt die Anbieter aber sogar in die Lage, die tatsächliche rechtliche Ausgestaltung eines Mehrkomponentengeschäfts im Unklaren zu lassen, also selbst keine bewusste Entscheidung im Hinblick auf die Verteilung des Mehrkomponentenrisikos zu treffen. Denn sie können sich angesichts des Koordinierungsdefizits berechnete Hoffnungen machen, dass die Kunden in einem Störfall einer (opportunistischen) rechtlichen ex post-Beurteilung der eingetretenen Situation von ihrer Seite vertrauen werden. Sie

1061 Vgl. BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168): Es bestehe die vertragliche Pflicht, die Käufer „im Rahmen des [...] Zumutbaren in wirksamer Weise darüber aufzuklären, welche Risiken sich für die Beklagten [aus der Aufspaltung des Geschäfts in einen Kauf und einen Darlehensvertrag] ergaben [...]“; vgl. auch BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 = BGHZ 47, 207 (211) = NJW 1967, 1022 (1024); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 40/66 = NJW 1967, 1026 (1027); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 260/64 = NJW 1967, 1036; BGH Urt. v. 5.4.1962 – VII ZR 183/60 = NJW 1962, 1100; vgl. zu vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten der finanzierenden Bank auch noch BGH Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816 (2817); aus der Literatur kritisch *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 82 ff., 102; *Gernhuber*, in: FS Larenz, 1973, 455 (460 f.).

1062 BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168).

1063 Vgl. *Gabaix/Laibson*, Quarterly Journal of Economics 121 (2006), 505 (insbesondere 506) zu einer Studie, derzufolge Unternehmen sich sogar bewusst dazu entscheiden, ihren Kunden Informationen vorzuenthalten.

dürfen mit anderen Worten also darauf zählen, dass die Kunden sich dann damit abfinden werden (scheinbar) rechtlos gestellt zu sein.¹⁰⁶⁴

5. Verdeckung des Locked-In-Effekts

- 60 Der unter 3. beschriebene Locked-In-Effekt droht schließlich dadurch verdeckt zu werden, dass Kunden Mehrkomponentengeschäfte attraktiver erscheinen als Einkomponenten-Alternativen. Dies liegt daran, dass zusätzliche Leistungskomponenten – etwa Nachbetreuungsleistungen – den Kunden gegenüber oftmals als „kostenlos“ vermarktet werden, auch wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist, weil die Zweitkomponente auf Unternehmerseite bereits bei der Kalkulation des Verkaufspreises des Hauptprodukts berücksichtigt worden ist. Zudem wurde beschrieben, wie Kunden mittels eines Mehrkomponentengeschäfts eine Vorfinanzierung der Hauptleistungskomponente vermittelt wird. Hierdurch verlieren die Kunden das Gespür für die eigentlichen wirtschaftlichen Risiken des Geschäfts, da der nachträgliche Kaufkraftentzug schleichend, über eine zum Teil mehrere Jahre dauernde Zeit verteilt, erfolgt.¹⁰⁶⁵
- 61 Die auf Anbieterseite zu beobachtenden Verhaltensmuster legen nahe, dass ein weiterer Wesenszug von Mehrkomponentengeschäften darin besteht, dass sich dieser Geschäftstyp die eingeschränkte Fähigkeit von Menschen, Informationen (bzw. das Fehlen von Informationen) zu verarbeiten, zunutze macht. Es ist inzwischen allgemein anerkannt, dass Menschen nur über begrenzte kognitive Fähigkeiten verfügen und das menschliche Gehirn deshalb regelmäßig unterschiedliche Mechanismen einsetzt, um aufgenommene Informationen effizient zu verarbeiten. Die aus diesem Umstand resultierenden Entscheidungsprozesse sparen zwar Zeit, führen aber auch zu Fehlern, die sich wiederum darin ausdrücken, dass Menschen sich nicht durchgängig rational verhalten.¹⁰⁶⁶ Einige der in der verhaltensökonomischen Literatur diskutierten „Fehler“ sind hier besonders relevant: Zunächst legen Untersuchungen nahe, dass Menschen eine starke Präferenz für eine „sofortige Befriedigung“ haben.¹⁰⁶⁷ Diese Erkenntnis ist auch dazu geeignet, die empirisch beobachtete Trägheit

1064 Vgl. hierzu *Hart/Moore*, *Econometrica* 56 (1988), 755 (756).

1065 Vgl. allgemein *Joisten*, *Mehrkomponentengeschäfte*, S. 322.

1066 Vgl. allgemein *Dhami/Sunstein*, *Bounded Rationality, passim*, speziell zum verhaltensökonomischen Ausgangsmodell, dem Bayesian rationality approach: S. 23 ff. und allgemein zu Abweichungen davon: S. 109 ff.; s. auch: *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 621, zu Einschränkungen dieser Erkenntnisse vgl. allerdings *dies.*, a.a.O., S. 622; *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, *PFR*, S. 206.

1067 Dies beruht wohl darauf, dass bei Entscheidungen, welche die Gegenwart betreffen, ein „schneller“ bzw. „intuitiver“ Entscheidungsprozess zum Einsatz kommt. Denn solche Entscheidungen müssen sehr schnell getroffen werden. Im Gegensatz dazu eignen sich Entscheidungen über weiter in der Zukunft liegende Angelegenheiten eher für eine bewusste Abwägung. Sofern beide Prozesse – der „schnelle“ intuitive und der „langsame“ bewusste – parallel laufen, scheint aber der intuitive Prozess Ergebnisse zu liefern, die den bewussten Prozess übertrumpfen, vgl. zum Ganzen *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow, passim*; *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, S. 40 ff.

bzw. das Zögern von Menschen bei individuellen Konsumententscheidungen zu erklären.¹⁰⁶⁸ Weiterhin verschiebt der Einzelne, wenn eine Handlung – einschließlich einer Entscheidung – eine Zeitinvestition erfordert, die damit verbundenen Kosten auf „später“.¹⁰⁶⁹ Im Zweifel entscheidet sich der Einzelne bei komplexen Problemen im Lichte all dessen, was gerne für vorgegebene Standardoptionen.¹⁰⁷⁰ Schließlich scheint das menschliche Nervensystem auch so zu funktionieren, dass unsere Wahrnehmung von Ereignissen unweigerlich durch unsere jüngsten Erfahrungen geprägt ist.¹⁰⁷¹

Es liegt nahe, dass die Attraktivität von Mehrkomponentengeschäften, wie bereits in 62 Teil 4 angedeutet wurde, auch darauf beruht, dass sie sich die angesprochenen irrationalen menschlichen Verhaltensmuster zunutze machen. Insbesondere richtet sich die besondere Struktur von Mehrkomponentengeschäften speziell an kurzfristig agierende Kunden. So suggerieren sie, dass man „alles aus einer Hand“ erhalten könne, ohne sich mühsam an mehrere Anbieter zu wenden, (zu) kostspielige Erwerbe dank einer Vorfinanzierung möglich seien oder man Zusatzleistungen „umsonst“ erhalte, obschon dafür verdeckt Add-On-Preise bezahlt werden. Diese Attribute sprechen die starke Präferenz der Kunden für eine sofortige Bedürfnisbefriedigung an und ihre Angst, bereits erworbene Gegenstände wieder zu verlieren. Im Gegenzug könnten sie dazu geeignet sein, die Kunden dazu zu bewegen, den Locked-In-Effekt (3.) zu ignorieren.

Unternehmen sind heute immer besser dazu in der Lage, die skizzierten Verhaltensabweichungen in das Design neuer Produkte einfließen zu lassen.¹⁰⁷² Ein modern angelegter Mehrkomponentenabnehmerschutz muss deshalb auch darauf ausgerich-

1068 Vgl. dazu *Dhami/Sunstein*, *Bounded Rationality*, S. 385 ff.; s. auch *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 210.

1069 Denn die Kosten, die heute zu zahlen sind, empfinden Menschen augenscheinlich als viel höher als Kosten, die morgen anfallen. Am darauffolgenden Tag wird derselbe gedankliche Prozess dann wiederholt. In der Folge werden die Kosten wieder auf einen anderen Tag verschoben. Wenn ein Problem komplex ist, kommt hinzu, dass die Entscheidung darüber aufgrund der notwendigen Vorlaufkosten aufgeschoben wird, vgl. dazu *Dhami/Sunstein*, *Bounded Rationality*, S. 388 f.

1070 *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 210.

1071 Dies drückt sich auf experimenteller Ebene insbesondere darin aus, dass Menschen sich mehr darum zu sorgen scheinen, etwas zu verlieren, das sie bereits haben, als etwas zu gewinnen, das ihnen noch nicht gehört, vgl. *Kahneman/Tversky*, *American Psychologist* 39 (1984), 341 (348 f.); *Thaler*, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980), 39 (43 ff.); *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, S. 35 f.; vgl. hierzu auch *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 210; *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, S. 79 ff.

1072 Insbesondere im Hinblick auf komplexe Finanzdienstleistungen, die sich an Verbraucher richten, gibt es Untersuchungen, die nahelegen, dass die Unternehmen diese Produkte in einer Weise zu strukturieren versuchen, welche sich die referierten Verhaltens„fehler“ zunutze macht, vgl. ausführlich *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 207 ff.; *Célérier/Vallée*, *Quarterly Journal of Economics* 132 (2017), 1469 ff.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 621 sprechen insofern von der „Ausbeutungstheorie“. Die entsprechenden Praktiken beschränken sich aber nicht auf den Bereich der Finanzdienstleistungen, vgl. *Gabaix/Laibson*, *Quarterly Journal of Economics* 121 (2006), 505 m.w.N.

tet sein, die aufgezeigte Gefahr manipulativer und auf die Ausnutzung heuristischer Schwächen zielender Entscheidungsarchitekturen zu kontrollieren.¹⁰⁷³

V. Absicherung des gefundenen Ergebnisses

- 64 Das Plädoyer für gerichtliche Kontrollmöglichkeiten von Mehrkomponentengeschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern lässt sich in zweierlei Hinsicht absichern: Zunächst, indem die §§ 358 ff. BGB im Lichte eines Gebots der rechtlichen Gleichbehandlung untersucht werden (1.) und zusätzlich mittels der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes (2.).

1. Gebot der rechtlichen Gleichbehandlung

- 65 Für die Gewährleistung gerichtlicher Eingriffsmöglichkeiten spricht ergänzend der Umstand, dass der Gesetzgeber in den §§ 358 ff. BGB die Wertung getroffen hat, die Privatautonomie im Hinblick auf eine spezifische Form wirtschaftlicher Vertragsverknüpfungen mit Verbrauchern auf Kundenseite im Interesse des Verbraucherschutzes die Privatautonomie einzuschränken. In der damit einhergehenden Außerachtlassung anderer Verbrauchermehrkomponentengeschäfte ist eine auf Ebene der Rechtsanwendung korrekturbedürftige Ungleichbehandlung gleichartiger Geschäfte zu sehen. Rechtsmethodisch würde man einer solchen Ungleichbehandlung herkömmlich durch eine Rechtsfortbildung im Wege der Analogie Rechnung tragen. Hier wurde aber die Auffassung vertreten, dass die §§ 358 ff., 506 BGB, sofern man den Willen des europäischen und des deutschen Gesetzgebers, den Wortlaut, die Gesetzessystematik und den Regelungszweck, das Widerrufsrecht abzusichern, berücksichtigt, nicht analogiefähig sind (§ 15 A. III.). Dies schließt es aber nicht aus, die den Regelungen zugrundeliegenden Wertungen als Blaupause für die Auslegung der Generalklauseln des BGB heranzuziehen. Insbesondere bringt der Umstand, dass die §§ 358 ff. BGB zwingendes Recht sind (§ 361 Abs. 2 BGB) zum Ausdruck, dass Verbraucher nach Einschätzung des (europäischen) Gesetzgebers keine freie Wahl haben, ob sie die Leistungs- und die Finanzierungskomponente in einem Vertrag oder in zwei voneinander separaten Verträgen regeln möchten. Schließlich legt § 361 Abs. 2 BGB nahe, dass der Gesetzgeber augenscheinlich auch nicht davon ausgegangen ist, dass die Unternehmen von selbst faire Vertragsregelungen entwerfen werden, also im Eigeninteresse bereit sind, einen Teil des Mehrkomponentenrisikos zu übernehmen, etwa weil sie denken, dass anspruchsvolle Verbraucher andernfalls vom Geschäft Abstand nehmen oder geringere Preise zahlen.

1073 So auch Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 621; Schweitzer AcP 220 (2020), 544 (554); ausführlich zum Verhältnis zwischen empirisch festgestellter beschränkter Rationalität und normativer Rechtfertigung von Eingriffen: Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, S. 206 ff.

2. Ökonomische Theorie des Verbraucherschutzes

a. Das Effizienzkriterium der Wohlfahrtsökonomik

Bestätigt wird das vorstehende Ergebnis auch aus dem Blickwinkel einer ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes. Normativen ökonomischen Analysen wird herkömmlich das Kriterium einer gesamtwirtschaftlichen (Allokations-)Effizienz zugrunde gelegt.¹⁰⁷⁴ Dabei ist das Ziel, gesellschaftliche Institutionen – also etwa auch das dispositive Gesetzesrecht bzw. Verträge – in einer Weise auszugestalten, dass der gesamtgesellschaftliche Wohlstand gemehrt – bzw. im Optimalfall – maximiert bzw. eine Ressourcenverschwendung vermieden wird.¹⁰⁷⁵ Für das Wohlfahrtsoptimum gibt es unterschiedlich definierte Bemessungskriterien.¹⁰⁷⁶ Im Lichte des Kriteriums der Pareto-Effizienz¹⁰⁷⁷ dominiert ein individualistischer ökonomischer Ansatz. Danach sind Güter auf einem Tauschmarkt optimal verteilt, wenn sie bei demjenigen eingesetzt werden, bei dem sie am meisten Nutzen bringen. Eine Rechtsgestaltung ist demnach Pareto-effizient, sofern mindestens ein Gesellschaftsmitglied durch sie einen Nutzenzuwachs und kein anderes Mitglied eine Nutzenminderung hat. Das Pareto-Optimum ist erreicht, sofern kein Akteur mehr bessergestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter gestellt würde.¹⁰⁷⁸ Eine vertragliche Vereinbarung ist dementsprechend als Pareto-effizient zu bewerten, sofern keine andere Verfassung existiert, welche die Beteiligten vorziehen würden.¹⁰⁷⁹

Auf der Grundlage dieses Referenzsystems ist ein externer richterlicher Eingriff in die Mehrkomponentengeschäften zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen nicht schon dann zu befürworten, wenn dadurch die rechtliche Position der Kunden maximiert wird. Die Effizienz-Kriterien stehen unterschiedlichen Möglichkeiten der Güterverteilung (Allokation) vielmehr weitgehend neutral gegenüber.¹⁰⁸⁰ Ziel des

1074 Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 87; vgl. auch Siebler, *Internationalisierung der Rechnungslegung*, S. 88.

1075 Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 87; Lieth, *Die ökonomische Analyse*, S. 44.

1076 Namentlich das auf Vilfredo Pareto sowie das auf Nicholas Kaldor und John Hicks zurückgehende Effizienzkriterium. Das zweitgenannte Kriterium ist dabei eine Fortentwicklung des erstgenannten unter Berücksichtigung seiner Schwächen. Beide Kriterien können deshalb vergleichbare Schlüsse nahelegen, vgl. zum Ganzen grundlegend aus rechtsökonomischer Sicht Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 92 ff.; Becht/Bolton/Röell, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (14).

1077 Zurückgehend auf Vilfredo Pareto, *Manuel d'Économie Politique*, 1909, Kap. VI, Nr. 33 sowie Appendice, N° 88, 89; s. dazu Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 89.

1078 Vgl. Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 89 ff.; s. zum Ganzen auch Lieth, *Die ökonomische Analyse*, S. 45.

1079 Becht/Bolton/Röell, in: *Handbook of the Economics of Finance*, S. 1 (14).

1080 S. Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 2 Rn. 87, 88: Die „gerechte Verteilung“ der Güter, die den Juristen oftmals in erster Linie umtreibe, sei für den Ökonomen völlig belanglos, solange und soweit eine andere Güterallokation keine höhere Effizienz zur Folge habe. Vgl. auch Schmolke, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden*, § 5 Rn. 323. Insbesondere wird dabei berücksichtigt,

Eingriffs in die vertraglich vorgenommene Risikozuordnung muss es stattdessen sein, den Gesamtnutzen des Abnehmers zu maximieren. Dies hängt vom Produktpreis, von der Qualität der angebotenen Ware und von der Qualität der rechtlichen Eingriffe ab. Es ist damit Aufgabe der Rechtsprechung bzw. der Gesetzgebung mittels Vertragsergänzungen oder -korrekturen den vollständigen Vertrag zu „rekonstruieren“.¹⁰⁸¹ In der konkreten Entscheidungssituation hat der Richter demnach „Ob“ und „Wie“ seines Eingreifens danach auszurichten, welche Regelung die Vertragsparteien bei rationalem Verhalten unter den Bedingungen eines fairen und vollständigen Vertrags selbst als die für beide Seiten kostengünstigste und damit auch gesamtgesellschaftlich effizienteste Regelung getroffen haben würden.¹⁰⁸²

b. Gedanke einer effizienten Risikozuweisung

- 68 Hieraus lässt sich ein (lückenhaftes und grobes¹⁰⁸³) analytisches Gerüst ableiten. Der ökonomischen Vertragstheorie zufolge sind notwendigerweise alle Verträge – aus unterschiedlichen Gründen – unvollständig.¹⁰⁸⁴ Weiterhin wird unterstellt, dass jeder Vertragsschluss, da sich Verträge auf unsichere, künftige Ereignisse beziehen, notwendigerweise Risiken birgt und daher zwangsläufig Elemente der Risikoverteilung enthält.¹⁰⁸⁵ Insofern würden bei einem (hypothetischen) vollständigen Vertrag Risiken demjenigen zugeordnet, der sie am besten vermeiden kann bzw., wenn sie unvermeidbar sind, der Person, die sie am besten versichern kann.¹⁰⁸⁶ Unter ökonomischen Gesichtspunkten ist es empfehlenswert, das Risiko einer Störung im Rahmen der Vertragsabwicklung bei einem (notwendigerweise) unvollständigen Vertrag derjenigen Vertragspartei zuzuordnen, welche mit dem geringsten Aufwand risikomindernde Maßnahmen durchführen kann.¹⁰⁸⁷ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vertragsparteien bei rationalem Verhalten ihren gemeinsamen Nutzen aus dem

dass jede rechtliche Besserstellung des Verbrauchers im Falle von Leistungsstörungen die Kosten aller Hersteller und damit in einem Konkurrenzmarkt den Preis der angebotenen Waren erhöht (*Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 618 im Hinblick auf die Inhaltskontrolle von AGB). Schlussendlich muss dann der Verbraucher, oder allgemeiner: die aus Sicht des Gesetzgebers von der Regelung profitierende Partei, die Kosten der rechtlichen Intervention selbst tragen. Eine Umverteilung zwischen Unternehmer und Verbraucher fände in diesen Fällen überhaupt nicht statt (*Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 324, vgl. auch Rn. 325).

1081 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 518.

1082 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 518.

1083 Vgl. zu seinen Grenzen auch *Posner/Rosenfield*, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (117 f.).

1084 Vgl. nur *Williamson*, *Journal of Law & Economics* 22 (1979), 233 ff.; *Hart/Moore*, *Econometrica* 56 (1988), 755 ff.; sowie *Bolton/Faure-Grimaud*, *Review of Economic Studies* 77 (2010), 937 (938 ff.); *Coates*, *Harvard Discussion Paper* 729, S. 6.

1085 Vgl. grundlegend *Arrow*, *Journal of Risk and Uncertainty* 12 (1996), 103; s. auch *Coates*, *Harvard Discussion Paper* 729, S. 1.

1086 Vgl. *Schmolke*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden, § 5 Rn. 324 am Beispiel der kaufrechtlichen Mängelhaftung.

1087 Vgl. grundlegend *Posner/Rosenfield*, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 ff.; den Gedanken aufgreifend etwa *Finkenauer*, in: *MüKo-BGB*, § 313 Rn. 69; *Henssler*, *Risiko als Vertragsgegenstand*, S. 11, 122 f.

Vertrag dadurch vergrößern würden, dass jeweils derjenige ein spezifisches Risiko übernimmt, der es mit dem geringsten (Kosten-)Aufwand vermeiden kann (superior risk bearer).¹⁰⁸⁸ Sofern der Eintritt eines Risiko sich – unter Beachtung der dafür aufzuwendenden Kosten – nicht vermeiden lässt, sollte nach ökonomischer Analyse derjenigen Partei ein daraus resultierender Schaden auferlegt werden, die ihn besser (d.h. mit geringeren Kosten) zu tragen in der Lage ist.¹⁰⁸⁹ Insofern ist darauf abzustellen, wer die Fähigkeit hat, planwidrige Entwicklungen und ihr Ausmaß frühzeitig zu erkennen. Bei menschlich nicht vorhersehbaren Risiken soll es auf diejenige Partei ankommen, die sich gegen den bevorstehenden Schaden mit der geringsten Versicherungsprämie versichern oder das Schadensrisiko besser intern verteilen, d.h. streuen, kann.¹⁰⁹⁰

Beim Mehrkomponentengeschäft vermögen die Leistungsanbieter Störungen, die aus der eigenen Sphäre stammen, unmittelbar zu beeinflussen. Gegenüber Störungen aus der Sphäre eines Co-Anbieters werden sie sich, zumindest wenn mehrere Anbieter gezielt ein Leistungsbündel vertreiben, typischerweise jedenfalls mit weit geringerem Aufwand absichern können, als der Kunde. Denn die Anbieter setzen die einzelnen Leistungskomponenten nicht erst in ihrem internen Rechtskreis zu einer funktionalen Einheit zusammen. Vielmehr sind sie in einen Mehrkomponentenvertrieb eingebunden und haben umfassenden Einblick in die Störungsrisiken. Dies macht sie tendenziell zum cheapest insurer.¹⁰⁹¹ Angesichts dessen ist es bei einer Sphärenbetrachtung gerechtfertigt, das Mehrkomponentenrisiko den Anbietern zuzuweisen und damit eine vom gesetzlichen Regelfall bei regulären Absatzgeschäften abweichende Risikozuweisung zu befürworten. Schlussendlich ergibt sich so eine reizvolle Lösung: Die einzelnen Leistungsanbieter sind zwar weiterhin in der Lage, wirtschaftlich von den Vorteilen zu profitieren, welche ihre Spezialisierung mit sich bringt, müssen jedoch für den Fall von Störungen bei einzelnen Fremdleistungskomponenten eine über das Institut des Finalnexus vermittelte Versicherungslösung eingehen.

c. Ökonomische Rechtfertigung richterlicher Eingriffe

Schließlich vermag auch die ökonomische Theorie des Verbraucherschutzes auf Konkurrenzmärkten einen Rechtfertigungsansatz für externe Eingriffe in Verbrauchermehrkomponentengeschäfte zu vermitteln.

1088 Posner/Rosenfield, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (90).

1089 Posner/Rosenfield, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (90).

1090 Posner/Rosenfield, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 83 (90).

1091 Ähnliche Überlegungen klingen bei Maultzsch/Czarnecki ZEuP 2016, 832 (849) im Hinblick auf die von ihnen behandelten reiserechtlichen Bausteingeschäfte an.

aa. Aufwand für ein Mehrkomponentengeschäft

- 71 Der Aufwand für den Erhalt der Leistungskomponenten eines Mehrkomponentengeschäfts setzt sich aus deren Marktpreis zuzüglich seiner Informationskosten zusammen. Ein an der Nutzenmaximierung orientierter Nachfrager muss versuchen, sich die verschiedenen denkbaren, aus der wirtschaftlichen Verknüpfung resultierenden Risiken (die Mehrkomponentenrisiken) zu vergegenwärtigen. Daran anschließend muss er Überlegungen dazu anstellen, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie sich verwirklichen und wie hoch der in diesem Fall zu erwartende Schaden ist. Die daraus errechneten Erwartungswerte, der ihm vertraglich zugeordneten Risiken, müsste er anschließend zu dem zu zahlenden Marktpreis addieren. Auf dieser Grundlage müsste er schließlich den Mehrkomponentenanbieter auswählen, bei dem der errechnete Gesamtbetrag am niedrigsten ist.¹⁰⁹²

bb. Bedeutungsgehalt informeller (Reputations-)Mechanismen

- 72 Infolge der aufgezeigten Abläufe sollte theoretisch ein Wettbewerb einsetzen, der aus ökonomischer Sicht „schlechte“ Angebote vom Markt verdrängt. Dabei gilt, dass bereits informelle Mechanismen, wie Reputation, dazu geeignet sein können, opportunistisches Verhalten auf Anbieterseite einzuschränken.¹⁰⁹³ Reputation fungiert als ein Band zwischen Vertragsparteien, das verloren geht, sofern eine Partei etwa eine Lieferung in schlechter Qualität erhalten hat oder sich übervorteilt sieht. Wären Informationsasymmetrien die einzige Besonderheit von Mehrkomponentengeschäften, müsste man davon ausgehen, dass rational agierende Kunden sich dem verschleiernenden Verhalten der Unternehmen und ihrer unterlegenen Lage bewusst würden und nicht dazu bereit wären, derartige Geschäfte einzugehen.¹⁰⁹⁴ Von Anbietern, die auf einem Wettbewerbsmarkt um die Gunst der Kunden werben, könnte man sodann erwarten, dass sie freiwillig Maßnahmen ergreifen, um etwaige Bedenken der Kunden im Hinblick auf ihre rechtliche Lage zu zerstreuen.¹⁰⁹⁵ So können die Möglichkeit eines Reputationsverlusts und eines damit einhergehenden Verlusts künftiger Einnahmen an andere, konkurrierende Anbieter von Mehrkomponentengeschäften etwa einen Anreiz darstellen, um die Kunden über ihre Vertragspositionen aufzuklären, also rechtliche Unsicherheiten zu beseitigen.
- 73 Alternativ können sie die Anbieter dazu bewegen, im Falle mangelhafter Leistungen eine kooperative Problemlösung anzustreben bzw. sich ex post auf Neuverhandlung

1092 Vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 619.

1093 Awrey, *Yale J on Reg* 36 (2019), 495 (501).

1094 Vgl. Gabaix/Laibson, *Quarterly Journal of Economics* 121 (2006), 505 (507).

1095 Vgl. Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne, in: PFR, S. 209; Ben-Shahar/Schneider, *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (730); Gabaix/Laibson, *Quarterly Journal of Economics* 121 (2006), 505 (507).

gen mit den Kunden einzulassen.¹⁰⁹⁶ Aus ökonomischer Sicht wären diese informellen Mechanismen einem externen Eingriff in Mehrkomponentengeschäfte grundsätzlich vorzuziehen. Denn der Eingriff kann hier nur auf den Finalnexus, also einen weit gefassten Standard gestützt werden. Die Konkretisierung dieses Standards für die hier in Rede stehenden Zwecke ist extrem kostspielig und langwierig. Ganz abgesehen davon, ist es derzeit unvorhersehbar, ob es überhaupt dazu kommt. Demgegenüber wirkt der aufgezeigte Reputationsmechanismus flexibler und garantiert eine Vertragslückenschließung, bei der immer wieder neue Informationen verarbeitet werden.¹⁰⁹⁷ Ein externer Eingriff erscheint unter diesen Umständen nur dann sinnvoll, sofern er das Problem der Informationsasymmetrie besser lösen kann, etwa weil er geringere Kosten für die Kunden nach sich zieht.¹⁰⁹⁸

cc. Fehlende Wirkungskraft informeller Mechanismen

Hier ist jedoch davon auszugehen, dass ein rational agierender Konsument den 74 beschriebenen Suchvorgang angesichts der damit verbundenen hohen Informationskosten schon gar nicht durchführen wird. Die im Raum stehenden Informationskosten sind bei den hier untersuchten Geschäften deutlich höher als bei „regulären“ Verbraucherverträgen, da der Kunde hier mehrere Komponenten, die ggfs. von unterschiedlichen Anbietern stammen, überprüfen müsste. Zudem wird die Ermittlung des realen Marktpreises aufgrund der anbieterseits stattfindenden Quersubventionierungen erheblich erschwert. Ganz allgemein hängt die Stärke eines Reputationsmechanismus darüber hinaus von den künftigen Einnahmen ab, die eine Partei aus einer Vertragsbeziehung erwarten kann. Insofern die wirtschaftliche Bedeutung der Einzelbeziehung niedrig ist, sinkt auch die Wahrscheinlichkeit, dass der Reputationsmechanismus die Parteien zu einer kooperativen Problemlösung und Neuverhandlungen animiert bzw. dazu, auf opportunistisches Verhalten zu verzichten.¹⁰⁹⁹ Insofern Mehrkomponentengeschäfte nicht-individualisierte Massengeschäfte sind, wirkt die Drohung eines Abnehmers, bei einem unkooperativen oder opportunistischen Verhalten nicht erneut mit der Gegenpartei zu kontrahieren, demnach kaum. Deshalb ist zu vermuten, dass sich ohne externe Eingriffe etwas entwickeln würde, was – in Anknüpfung an *Akerlof* – als „Markt für Zitronen“ bezeichnet wird.¹¹⁰⁰ Die Anbieter haben Anreize, das spezifische Mehrkomponentenrisiko, welches sich aus der „wirtschaftlichen Verknüpfung“ von Leistungskomponenten ergibt, zu ihren Gunsten zu verlagern, da sie hierdurch Kosten aus Leistungsstörungen einsparen

1096 *Awrey*, Yale J on Reg 36 (2019), 495 (501); vgl. hierzu auch *Bolton/Faure-Grimaud*, Review of Economic Studies 77 (2010), 937 (939); *Gabaix/Laibson*, Quarterly Journal of Economics 121 (2006), 505 (507).

1097 *Awrey*, Yale J on Reg 36 (2019), 495 (501).

1098 Vgl. *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 209.

1099 *Awrey*, Yale J on Reg 36 (2019), 495 (501).

1100 Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 619.

und in der Folge ihre Gewinne erhöhen. Aufgrund der hohen Informationskosten brauchen sie nicht zu fürchten, dass es deshalb zu einer Abwanderung von Kunden kommt, „Qualitätsverschlechterer“ werden m.a.W. nicht sanktioniert.¹¹⁰¹ Denn den Abnehmern bleibt aufgrund ihres rationalen Verzichts auf Suchvorgänge unbekannt, inwiefern Konkurrenzanbieter eine für sie vorteilhaftere Risikoverteilung (z.B. eine dem Vorbild der §§ 358 ff. BGB nachgebildete Verteilung), also (gleiche Marktpreise vorausgesetzt) ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis anbieten.¹¹⁰²

dd. Bedarf für einen externen Eingriff

- 75 Sofern kein richterlicher Eingriff in die Privatautonomie erfolgt, würde von diesem Missstand über kurz oder lang eine Anreizwirkung für weitere Anbieter von Mehrkomponentengeschäften ausgehen. Die geschäftliche Praxis würde sich damit immer weiter vom Modell des vollständigen Vertrags entfernen. Zwar gingen damit auf einem Konkurrenzmarkt zugleich Preissenkungen einher. Dieser Vorteil wird aus Kundensicht jedoch überwogen durch die Belastung mit hohen Risiken, die bei einem vollständigen Vertrag die andere Seite übernommen hätte. Demgegenüber ist der aus dem geschilderten Mechanismus der Qualitätsverschlechterung resultierende Zusatzgewinn der Anbieter nur temporär, da sich der Wettbewerbsmarkt – der ökonomischen Theorie nach – hin zu einem Gleichgewicht entwickelt, bei dem der Preis wieder ihren Kosten entspricht.¹¹⁰³ Demgemäß ist es (auch) aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt, eine Qualitätsverschlechterung von Mehrkomponentengeschäften unter die Risikozuordnungen des vollständigen Markts mittels externer Eingriffe in die Privatautonomie zu verhindern.

D. Wie sollen Gerichte auf Mehrkomponentengeschäfte reagieren?

- 76 Die Untersuchung beantwortet die Frage, mit welcher Ausrichtung die Privatautonomie hier einzuschränken ist, dahin, dass unmittelbare richterliche Eingriffe in die vertraglichen Grundlagen von Verbrauchermehrkomponentengeschäften zulässig sein müssen, in deren Rahmen auf einen zwischen den Leistungskomponenten bestehenden Finalnexus verwiesen und so die „Spaltung“ der wirtschaftlichen Einheit im Angesicht der Leistungsstörung bei einer Leistungskomponente überwunden wird. Damit spricht sich die Untersuchung zugleich gegen einen bloß

1101 Die ökonomische Theorie spricht insofern von einer hohen Opportunismusprämie, der eine niedrige Vertrauensprämie entspricht, vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 620.

1102 Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 619 zur ökonomischen Rechtfertigung einer AGB-Kontrolle: „Selbst derjenige Käufer, der aktuell von einem Risiko betroffen ist und einen Schaden erleidet, wird möglicherweise wieder beim gleichen Anbieter kaufen, weil er nicht weiß, ob andere Verkäufer ihm nicht noch schlechtere AGB aufnötigen.“

1103 Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 620.

ermöglichenden Verbraucherschutz aus, der sich darauf beschränken würde, mittels der Herausarbeitung durch das Schadensersatzrecht abgesicherter, vorvertraglicher Informationspflichten zu gewährleisten, dass die Abnehmer über die spezifischen Problemlagen von Mehrkomponentengeschäften informiert werden.

I. Abgrenzung zweier Eingriffsmodelle

Der gedankliche Ausgangspunkt ist dabei, dass die These von der grundsätzlichen „Richtigkeitsgewähr“ vertraglicher Vereinbarungen (C. I.) für die Diskussion um die Zulässigkeit von Interventionen in geschlossene Verträge eine weitere kritikwürdige Implikation hat. Wie aufgezeigt, beruht die These zentral auf der Annahme eines Idealbilds vom Vertrag, nämlich darauf, dass dieser durch die Parteien frei ausgehandelt werde. In der Folge erscheint es zugleich als primäres oder sogar einziges Ziel von Außeninterventionen, diesen Akt des Zusammenwirkens zu gewährleisten. Dieses Ziel ist dann sowohl rechtspolitische Richtschnur als auch Leitstern der Gerichte, etwa beim Umgang mit gesetzlichen Generalklauseln. Interventionen dienen danach dazu, eine als schwächer erkannte Partei zu ermächtigen, sich trotz der anfänglichen Übermacht ihrer Gegenpartei ihr vorteilhafte private Ansprüche zu verschaffen, zu deren Durchsetzung ihr wiederum das Recht verhelfen kann. Es geht also um die Absicherung des Gebrauchs vertraglicher Gestaltungsmächte bzw. von Willensverwirklichung oder Aktivität. Konkret umgesetzt werden kann dies bekanntlich mittels eines hier „Informationsmodell“¹¹⁰⁴ genannten Eingriffs. Bei Mehrkomponentengeschäften könnten sich die Aufklärungsobliegenheiten bei Applikation eines solchen Modells auf die spezifischen Aufspaltungsrisiken konzentrieren. Die Gefahren, welche den Einzelverträgen aus Kundensicht ohnehin – unabhängig von der wirtschaftlichen Verbundenheit – innewohnen, müssten hingegen nicht gesondert adressiert werden. Denn eine Aufklärung kann der Abnehmer insofern ebenso wenig erwarten, wenn der Anbieter der störungsfreien Leistungskomponente für den Kunden erkennbar weder unmittelbar noch mittelbar in die gestörte Leistungsbeziehung einbezogen worden ist. Darauf, ob der Abnehmer die beiden Komponenten selbst „intern“ wirtschaftlich verknüpft haben mag, käme es bei einem Informationsmodell nicht an. Dies zeigt das für das Abzahlungsgeschäft entwickelte Informationsmodell des BGH, in dessen Rahmen es der Bank nicht

1104 Vgl. zum Begriff etwa *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 5; *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, S. 258 ff.; *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 172; *Grundmann* JZ 2000, 1133 ff.; vgl. zum Unternehmenskauf auch *Huber* AcP 202 (2002), 179 (218); ausführlich dazu *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, S. 395 ff.; aus dem internationalen Schrifttum dazu etwa *Ben-Shahar/Schneider*, UPenn Law Review 159 (2011), 647 (681); *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, S. 401 ff.; sowie *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 256 zur Regulierung von Finanzdienstleistungen; aus europarechtlicher Perspektive *Grundmann* JZ 2000, 1133 ff.

obliegen sollte, allgemein über Risiken bei der beabsichtigten Verwendung des Darlehens aufzuklären.¹¹⁰⁵

- 78 Vom Umfang her wären die den Anbieter bei Etablierung eines mehrkomponentenspezifischen Informationsmodells treffenden Aufklärungsobliegenheiten so weit zu ziehen, dass sichergestellt ist, dass der Abnehmer die Verbindungsrisiken voll realisiert hat. Insofern ist ein subjektiver Maßstab anzulegen: Kann der Anbieter dem Verhalten des Abnehmers entnehmen, dass dieser infolge seiner unzureichenden Geschäftserfahrung die Gefährlichkeit des eingegangenen Geschäfts nicht realisiert, so müssen die Aufklärungsbemühungen intensiviert werden. Demnach könnte es der Anbieter nicht bei einer formularmäßigen Aufklärung belassen. Auch allgemein beschränken sich Informationsmodelle nicht auf die bloße Kommunikation der aus Sicht der schutzbedürftigen Partei notwendigen Informationen. Ihr Ziel ist es vielmehr, sicherzustellen, dass die Partei die für sie notwendigen Informationen auch tatsächlich versteht, also tatsächlich aufgeklärt wird.¹¹⁰⁶ Um dies zu gewährleisten, müsste die Aufklärungsobliegenheit schließlich mittels einer (verschuldensabhängigen) Haftung abgesichert werden. In Deutschland käme als Anspruchsgrundlage dabei §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.
- 79 Dem Informationsmodell lassen sich Beschränkungen der Privatautonomie gegenüberstellen, die – negativ gewendet – als eindeutige „Bevormundungen“ des Individuums zu erkennen sind. Bei dieser zweiten Gruppe steht der am Gedanken der Vertragsgerechtigkeit bzw. am Fürsorgegedanken ausgerichtete Schutz Schwächerer durch den Staat im Mittelpunkt. Es wird angestrebt, im Verhältnis der Vertragsparteien eine konkrete, wechselseitige Gerechtigkeit zu gewährleisten. Die schwächere Partei wird hier deshalb gerade nicht dadurch geschützt, dass sie dazu in die Lage versetzt wird, die mit dem Vertragsschluss verbundenen Gefahren selbständig zu erkennen und Vorsorge zu treffen. Stattdessen wird dem in seiner Hilflosigkeit Belassenen im Nachhinein behütend unter die Arme gegriffen, indem seine „schlechte“ Wahlentscheidung entweder ausgeschlossen oder rückgängig gemacht wird.¹¹⁰⁷ In gewisser Hinsicht werden vertragliche Strukturen beim Eingriffsmodell also wie physische Produkte behandelt, denen Sicherheitsbestimmungen übergestülpt werden können.¹¹⁰⁸ Der dadurch gewährleistete Schutz verstärkt sich mit der Zeit infolge von Informations- und Reputationseffekten. Der Markt beginnt den drohenden

1105 Vgl. BGH Urt. v. 29.5.1978 – II ZR 173/77 = NJW 1978, 2547; BGH Urt. v. 17.5.1979 – III ZR 118/77 = NJW 1979, 2092 (2093); BGH Urt. v. 13.11.1980 – III ZR 96/79 = NJW 1981, 389 (391); BGH Urt. v. 25.4.1985 – III ZR 27/84 = ZIP 1985, 667 (669) = BeckRS 1985, 31070172; BGH Urt. v. 18.4.1988 – II ZR 251/87 = NJW-RR 1988, 1071 (1072); zu derartigen Sachverhaltskonstellationen auch Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 174.

1106 Vgl. allgemein Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne, in: PFR, S. 256.

1107 Vgl. Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne, in: PFR, S. 219.

1108 Vgl. zu diesem Vergleich Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne, in: PFR, S. 219.

Eingriff zu antizipieren und in der Folge damit, die Kunden selbst abzusichern. Es lassen sich eine ganze Reihe von gesetzlichen Regelungen anführen, in denen das skizzierte Modell verwirklicht ist. Sie könnten – jedenfalls im Ausgangspunkt – auch hier als regulatorisches Vorbild dienen.¹¹⁰⁹ Von der Warte eines primär präventiven bzw. „ermöglichenden“ Kundenschatzes“ aus betrachtet, ist einem solchen, zuvorderst repressiv ausgerichteter Kundenschatz seine fehlende Erforderlichkeit entgegenzuhalten. Denn danach hat der Kunde das Mehrkomponentenrisiko angesichts seiner Aufklärung darüber ex ante bewusst übernommen. Der Einwand lautet dann mit anderen Worten, dass der Kunde es in der Hand gehabt hätte, sich auf der Grundlage seines Wissens über die Risikoverteilung vertraglichen Schutz auszubedingen.

II. Hier vertretene Auffassung

Die Untersuchung spricht sich aus verschiedenen Gründen dagegen aus, bei Mehrkomponentengeschäften auf ein Informationsmodell zu setzen (näher IV.). Zunächst lässt sich das Argument, der „bevormundende“ Verbraucherschutz sei, da er auf (nie völlig überzeugende) Gerechtigkeitsvorstellungen abstelle, eine dem bürgerlichen Recht fremde Form staatlicher Herrschaftsausübung, widerlegen. Konkret gegen ein Mehrkomponenteninformationsmodell spricht sodann, dass seine Wirkungsmacht zweifelhaft ist und es in Mehrpersonenkonstellationen nicht umsetzbar erschiene.

III. Scheitern des Informationsmodells beim Abzahlungskauf

Dass hier eine ermöglichende Ausgestaltung des Kundenschatzes überhaupt in Betracht gezogen wird, mag bei einer historischen Betrachtung zunächst erstaunen. Denn die Rechtsprechung und (später) der Gesetzgeber haben sich zumindest der Überlegung, dass der Käufer beim finanzierten Geschäft nicht mehr schutzbedürftig sei, wenn er nur hinreichend über die Vertragsspaltung und ihre Implikationen aufgeklärt wurde, nicht angeschlossen. Nur im Ausgangspunkt hat der BGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf noch klar auf ein Informationsmodell abgestellt. Die Rechtsprechung optierte insofern für eine (schuldnersatzrechtlich abgesicherte) Kundeninformation zur Lösung der auch insofern bestehenden Mehrkomponentenproblematik. Die maßgeblichen BGH-Entscheidungen setzten sich mit der Frage auseinander, inwiefern der Darlehensgeber nach Treu und Glauben eine dem Schutz des Käufers dienende Aufklärungspflicht trifft. Der VII. Zivilsenat entschied insofern 1960, dass der Anbieter im Wege einer Aufklärung

¹¹⁰⁹ Das prominenteste Beispiel für „behütenden“ Verbraucherschutz ist die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Die nach dem Recht der AGB gewährleistete Inhaltskontrolle von Verträgen ist ein eindeutig fürsorgender Eingriff des Staates, vgl. nur *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 241 Rn. 5.

sicher zu stellen habe, dass der Kunde die mit dem besonderen Geschäftsmodell des Abzahlungskaufs verbundenen Risiken in vollem Umfang realisiert.¹¹¹⁰ Es bestehe die vertragliche Pflicht, die Käufer im Rahmen des Zumutbaren in wirksamer Weise darüber aufzuklären, welche Risiken sich für die Beklagten aus der Aufspaltung des Geschäfts in einen Kauf- und einen Darlehensvertrag ergaben. Dabei sollte ein subjektiver Maßstab anzulegen sein. Eine juristische und geschäftliche Unerfahrenheit auf Käuferseite sollte die Anbieter also dazu verpflichten, die Aufklärungsbemühungen zu intensivieren.¹¹¹¹ Die Aufklärung wurde dadurch abgesichert, dass eine schuldhaft Verletzung der entsprechenden Pflichten zu einem Schadensersatzanspruch des Darlehensgebers, gestützt auf das Rechtsinstitut der – damals noch nicht kodifizierten – culpa in contrahendo, führen sollte.¹¹¹²

- 82 Über die Jahre hat der BGH dieses Informationsmodell allerdings (implizit) zugunsten des auf § 242 BGB gestützten Einwendungsdurchgriffs aufgegeben. In der einschlägigen BGH-Rechtsprechung wird zunächst noch explizit davon ausgegangen, dass der Einwendungsdurchgriff subsidiär sein müsse, insofern sich der Käufer beim Verkäufer schadlos halten könne.¹¹¹³ Das Verhältnis von Aufklärungspflichtverstoß und Einwendungsdurchgriff wurde vor Inkrafttreten des § 9 VerbrKrG aber schon nie ganz deutlich. Teilweise wurden die einschlägigen Entscheidungen sogar dahingehend gedeutet, dass selbst bei voller Erfüllung der Aufklärungspflicht noch ein Einwendungsdurchgriff möglich sei.¹¹¹⁴ Später hat der BGH das Verhältnis zwischen den beiden Lösungsmodellen dann ausdrücklich umgekehrt: So heißt es in einem Urteil des III. Senats aus dem Jahr 1986, dass insofern ein auf § 242 BGB gestützter

1110 Vgl. BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168); später dann BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 = BGHZ 47, 210 (212) = NJW 1967, 1022 (1023 f.); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 122/65 = BGHZ 47, 217 (222) = NJW 1967, 1025 (1026); BGH Urt. v. 18.1.1979 – III ZR 129/77 = NJW 1979, 2194; vgl. zum Ganzen nur *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 761 f.

1111 Dieser strenge Ansatz wurde allerdings dadurch erheblich konterkariert, dass auch ein drucktechnisch hervorgehobener formularmäßiger Hinweis in AGB zur Aufklärung genügen sollte, vgl. BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (168); BGH Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 = BGHZ 47, 210 (212) = NJW 1967, 1022 (1023 f.); BGH Urt. v. 18.1.1973 – III ZR 69/71 = NJW 1973, 452 (454); anders bereits: BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 = NJW 1982, 1694 (1696); dagegen auch *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 171.

1112 S. nur BGH Urt. v. 17.11.1960 – VII ZR 56/59 = BGHZ 33, 293 = NJW 1961, 166 (167).

1113 So heißt es in einem Beschluss des III. Zivilsenats aus dem Jahr 1984, dass der Beklagte sich auf einen sog. Einwendungsdurchgriff (§ 242 BGB) nicht berufen könne, da nicht ersichtlich sei, dass es ihm unzumutbar wäre, die Streithelferin der Klägerin wegen Mängeln eines erstellten Fertighauses in Anspruch zu nehmen, vgl. BGH Beschl. v. 23.2.1984 – III ZR 192/82 = BeckRS 1984, 31070871; vgl. auch BGH Urt. v. 9.2.1978 – III ZR 31/76 = NJW 1978, 1427; BGH Urt. v. 18.1.1979 – III ZR 129/77 = NJW 1979, 2194; BGH Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 141/78 = NJW 1980, 1155 (1156); zur zeitgenössischen Kritik in der Literatur s. nur *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, Halbband I, 1980, § 6 AbzG Rn. 45; *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 172 spricht im Hinblick auf die Begründung des Subsidiaritätsverhältnisses von „methodisch äußerst mühsame[n] Kunstgriffe[n]“.

1114 Eine dahingehende Tendenz lässt sich insbesondere einigen jüngeren Entscheidungen entnehmen, vgl. BGH Urt. v. 25.3.1982 – III ZR 198/80 = BGHZ 83, 301 = NJW 1982, 1694 (1695 f.); offen gelassen durch BGH Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 141/78 = NJW 1980, 1155 (1157). Dazu *Vollkommer*, in: FS Larenz, 1973, S. 703 (707); *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 1423, anders aber bei Rn. 1428.

Einwendungsdurchgriff in Betracht komme, „ein Gegenanspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung von Aufklärungspflichten“ ausscheide.¹¹¹⁵

Heute gehört das Aufklärungsmodell beim finanzierten Geschäft ganz klar der Vergangenheit an: Verbraucher sollen, selbst wenn sie über das Risiko der Vertragsaufspaltung aufgeklärt wurden und im Lichte dieser Aufklärung individualvertraglich auf ihre Rechte aus §§ 358 f. BGB verzichtet haben, sie im Nachhinein dennoch geltend machen können. Dementsprechend soll es auch weder darauf ankommen, ob der Verbraucher die Verbindung der Verträge erkannt hat, noch darauf, ob ein typischer Verbraucher sie hätte erkennen können. Der Umgang mit den Abzahlungsgeschäften indiziert damit jedenfalls, dass sich bei Verfolgung eines Informationsmodells über kurz oder lang in der praktischen Anwendung Schwierigkeiten bemerkbar machen und das Modell nicht überzeugt. Dies kann im Rahmen der Arbeit aber als Begründung dafür, es für alle Mehrkomponentengeschäfte abzulehnen, nicht genügen. Vor allem fällt ins Gewicht, dass Verbrauchern ihre Rechte im Rahmen der §§ 358 ff. BGB auch bei einer hypothetisch hinreichenden Aufklärung deshalb nicht abgesprochen werden, da die wirtschaftliche Einheit zwischen Darlehens- und Konsumgeschäft insofern objektiv zu bestimmen sein soll,¹¹¹⁶ hier die wirtschaftliche Vertragsverknüpfung im Anschluss an *Gernhubers* Modell aber als ein subjektives Element verstanden wird.¹¹¹⁷ Im Lichte dessen bleibt es zumindest im Ausgangspunkt denkbar, den (nicht explizit gesetzlich ausdefinierten) Kundenschutz beim Mehrkomponentengeschäft über ein Informationsmodell zu gewährleisten.

IV. Was noch gegen ein Informationsmodell spricht

1. Verweis auf die Kosten

Aus regulatorischer Sicht spricht, wenn es darum geht neues Schutzrecht zu formulieren, für ein Informationsmodell, dass es aus staatlicher Sicht kostengünstig scheint, da die dabei entstehenden Aufwendungen vor allem der Informationsschuldner tragen muss.¹¹¹⁸ Darüber hinaus – und dies ist der maßgebliche Gesichtspunkt – lässt sich das Modell vergleichsweise leicht aufsetzen.¹¹¹⁹ Anders als bei einem Lösungsweg, der auf einem nachträglichen korrigierenden Eingriff in die

1115 BGH Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 115/85 = NJW 1987, 1813 (1814).

1116 Vgl. hierzu *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 358 Rn. 25, 27; *Herresthal*, in: Staudinger BGB, Updatestand 15.8.2024, § 358 Rn. 92; *Pfeiffer*, in: Soergel BGB, § 358 Rn. 30, 65; *Rosenkranz*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.2.2024, § 358 Rn. 25.

1117 Die §§ 358 ff. BGB verdecken diesen subjektiven Charakter entweder oder treffen eine Sonderwertung, vgl. § 4 B. IV.

1118 Die mit der Aufklärung der „schwächeren“ Partei verbundenen Kosten werden der vermeintlich „stärkeren“ Partei auferlegt, vgl. *Ben-Shahar/Schneider* UPenn Law Review 159 (2011), 647 (682).

1119 Vgl. *Ben-Shahar/Schneider* UPenn Law Review 159 (2011), 647 (682).

Vertragszwecke basiert, muss nicht zunächst eine vertragsexterne Gerechtigkeitsvorstellung ausformuliert und anschließend implementiert werden. Bereits diese Sicht auf die Dinge ist allerdings stark verkürzt. Denn dabei wird ausgeblendet, dass der durch das Modell erzwungene Informationsaustausch sowohl beim Informationsschuldner als auch beim -gläubiger – gerade bei komplexen Geschäften – hohe finanzielle Kosten verursacht, was aus gesamtgesellschaftlicher Sicht beträchtliche Effizienzverluste bedeutet.¹¹²⁰ Die bei der Alternativlösung auf Anbieterseite entstehenden (Versicherungs-)Kosten (vgl. B. V. 2.) fallen demgegenüber geringer aus und sind für die informationsschuldenden Anbieter jedenfalls besser kalkulierbar. Noch hinzukommt, dass bei einem Informationsmodell stets unklar bleiben muss, ob den Kunden nicht noch besser gedient wäre, sofern man die bereits existierenden Aufklärungsobliegenheiten ausweitet.¹¹²¹ Zugleich ist zu berücksichtigen, dass das Informationsmodell die Abnehmer von Mehrkomponentengeschäften nur teilweise schützen würde. Es verbliebe beim Abnehmer also ein „Restrisiko“. So liegt dem Modell zwar der Gedanke zugrunde, dass der Abnehmer, sofern er beim Vertragsschluss nicht hinreichend über mögliche Störungsfälle aufgeklärt wurde, Schadensersatz geltend machen kann. Die Tatsache, dass eine uneinheitliche Rechtswirksamkeit einzelner Leistungskomponenten eines Mehrkomponentengeschäfts oder die mangelhafte Leistungserbringung bei einer Einzelkomponente auf das Interesse des Kunden an anderen Komponenten ausgestrahlt hat, wird hierdurch aber nur indirekt adressiert und allein teil-kompensiert.

2. Komplexität eines Informationsmodells

- 85 Neuere rechtswissenschaftliche, verhaltensökonomische und empirische Forschungsergebnisse¹¹²² legen zudem nahe, dass es weitgehend ausgeschlossen ist, dass ein auf die Ermächtigung der formal unterlegenen Vertragspartei abzielendes Informationsmodell die mit ihm angestrebte Wirkung auch tatsächlich entfaltet. Das Informationsmodell ist also gar nicht dazu in der Lage, die „Richtigkeit“ vertraglicher Vereinbarungen zu gewährleisten. Das liegt daran, dass bei einem Informationsmodell, damit es funktioniert, die Informationen, welche die „benachteiligte“ Vertragspartei braucht, klar umrissen werden müssen. Sodann müssen sie an diese Partei übermittelt werden und von dieser vollständig verarbeitet werden.¹¹²³ Ein

1120 Schön, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 391 (394).

1121 Dem Informationsmodell wohnt mit anderen Worten naturgemäß ein expansives Element inne, welches die Kalkulierbarkeit der mit ihm verbundenen Kosten weiter erschwert, vgl. *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 121 ff.; *dies.* UPenn Law Review 159 (2011), 647 (684 f., 688).

1122 Vgl. dazu grundlegend: *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, *passim*; *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, S. 429 ff.; s. darüber hinaus etwa auch *Grünberger AcP* 218 (2018), 213 (257).

1123 *Ben-Shahar/Schneider*, UPenn Law Review 159 (2011), 647 (710).

Informationsmodell kann deshalb gleich auf mehreren Ebenen versagen. Wenn es darum geht, zu bestimmen, welche Informationen gebraucht werden, müsste der Maßstab sein, dass die bestehenden Informationsasymmetrien beseitigt werden und eine informationelle Gleichstellung der Parteien erreicht wird.¹¹²⁴ Sofern man versucht, dem bei komplexen Geschäften gerecht zu werden, kann es aber leicht zu einem „overload“ an Informationen kommen.¹¹²⁵

In den im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsamen Mehrpersonenkonstellationen bereitet die praktische Umsetzung eines Informationsmodells schon deshalb Schwierigkeiten, da sich der Informationsschuldner nicht sicher bestimmen lässt. Jedenfalls lassen sich aber die Grundsätze des BGH-Informationsmodells für Abzahlungsgeschäfte nicht unmittelbar auf alle Mehrkomponentengeschäfte übertragen. Denn bei Abzahlungsgeschäften ist das Störungsrisiko regelmäßig auf die Kaufvertragskomponente beschränkt, weshalb es allein auf die Verteilung dieses Risikos zwischen dem (störungsfrei erfüllenden) Darlehensgeber und dem Käufer ankommt. Im Hinblick auf die sonstige Risikoverteilung hält hingegen schon das allgemeine Leistungsstörungenrecht eindeutige Antworten bereit. Zwar lassen sich auch (sonstige) Mehrkomponentenfälle finden, in denen das Störungsrisiko derart klar verortet werden kann, es können jedoch auch alle Leistungskomponenten gleichermaßen störungsanfällig sein. Es bleibt unklar, wie ein Informationsmodell in der Lage wäre, diese Fälle einer sachgerechten Lösung zuzuführen. Auch die Informationsökonomie, welche versucht, die Grenzen der Informationsschuldnerschaft zu definieren, hilft insofern nicht unmittelbar weiter. Aus informationsökonomischer Sicht sollte die Informationsschuldnerstellung mit einem legitimen Informationszweck korrelieren, weshalb die Kernfrage lautet, ob der mit einer Information verfolgte Zweck für ihren Adressatenkreis relevant ist.¹¹²⁶

Beim Mehrkomponentengeschäft ist für den Abnehmer als Informationsadressat aber die künftige Entwicklung aller Leistungskomponenten gleichermaßen relevant. Es existieren aus seiner Sicht also mehrere, gleichberechtigte Informationszwecke. Erst im Nachhinein lässt sich feststellen, welche der Informationen tatsächlich bedeutsam geworden ist, weil genau die Leistungskomponente, auf die sie sich bezogen hat, gestört ist. Dementsprechend könnte in Mehrpersonenkonstellationen etwa jeder Anbieter gleichermaßen informationspflichtig sein oder man könnte vertreten,

1124 Vgl. zu aus Untersuchungen zum geringen tatsächlichen Alphabetisierungsgrad amerikanischer Verbraucher abgeleiteten Zweifeln am Informationsmodell: *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 79 ff.

1125 Da die Kunden bei komplexen Geschäften besonders viel Informationsmaterial erhalten müssen, erscheint es umso fernliegender, dass sie noch in der Lage sind, dieses zu verarbeiten. Denn mit der Lektüre weiteren Aufklärungsmaterials sind aufseiten der Kunden zwangsläufig Opportunitätskosten verbunden, vgl. zum Ganzen *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 71 ff., 94 ff.; *dies.* *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (687).

1126 Vgl. dazu *Schön*, in: FS K. Schmidt, 2019, S. 319 (396).

dass die Anbieter die Informationslast intern verteilen dürfen. Beide Lösungsansätze erscheinen aber umständlich und praktisch kaum umsetzbar. Insbesondere steht aber die Gefahr im Raum, dass der Abnehmer schlussendlich widersprüchliche Informationen erhält und der verfolgte Aufklärungsansatz hierdurch untergraben wird.

3. Informiertheit und informationsgestützte Risikoübernahme

- 88 Selbst wenn sich ein Informationsmodell im Angesicht der skizzierten Schwierigkeiten überhaupt implementieren ließe, und dann auch noch durch die Rechtsprechung, wäre es eine offene Frage, ob die informierten Parteien eine auf die übermittelten Informationen gestützte, also verständige Entscheidung trafen.¹¹²⁷ Ein Informationsmodell unterstellt, dass das informierte Individuum zu seinem Schutz Aktivität entfaltet. Das bedeutet zugleich, dass ein Kunde, dem das Störungsrisiko eines Geschäfts vor Augen geführt wurde und der das Geschäft dennoch eingegangen ist, nicht schutzwürdig ist. Denn es ist davon auszugehen, dass der Kunde das erkannte Störungsrisiko übernommen hat, weil er ihm keine Bedeutung zumisst, also auf seinen Nichteintritt spekuliert.¹¹²⁸ Andernfalls hätte er – so wird implizit unterstellt – das Geschäft gar nicht abgeschlossen oder sich um eine vertragliche Abwälzung bzw. kompensatorische Maßnahmen, etwa in Form einer Versicherung, bemüht.¹¹²⁹ Es ist aber schon ebenso gut möglich, dass man bei Vertragsschluss von dem Willen geleitet wird, nur dann uneingeschränkt leisten zu wollen, sofern sich das Risiko tatsächlich nicht verwirklicht. Unter diesen Umständen hat der Vertragsschließende das Risiko schlussendlich gar nicht übernehmen wollen.¹¹³⁰ Wird der Blick auf Sachverhaltsgestaltungen gerichtet, bei denen das verwirklichte Risiko tatsächlich nicht vorhergesehen wurde, sondern angesichts der stattgefundenen Aufklärung lediglich vorhersehbar war, so erweist sich der Verweis des Störungsbetroffenen auf eine Risikoversorge im Vorfeld des Vertrages endgültig als Fiktion.¹¹³¹ Denn es gibt keinen

1127 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (364 f.); ebenfalls skeptisch *Maultzsch/Czarnecki* ZEuP 2016, 832 (836) im Hinblick auf die in Art. 19 Abs. 2 (a) der ReiseRL angeordneten Informationspflichten.

1128 Dieser Gedanke liegt insbesondere dem im Rahmen von § 313 BGB vertretenen Tatbestandsmerkmal der Vorhersehbarkeit zugrunde, vgl. *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 74.

1129 Vgl. zu diesem Gedanken BGH Urt. v. 1.6.1979 – V ZR 80/77 = BGHZ 74, 370 = NJW 1979, 1818 (1819); *Henßler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 51; *ders.*, in: FS Huber, 2006, 739 (748); *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 516.

1130 Ein gewisses Indiz dafür lässt sich der Preisgestaltung entnehmen: Ein Spekulationsgeschäft wird sich in der Regel in einer für den Spekulierenden günstigeren Preisgestaltung niederschlagen. Hinter dieser Annahme steht der Gedanke, dass auch Risiken Transaktionsobjekte sein können und dann durch sog. Risikoprämien abgegolten werden. Allerdings wird sich nur selten sicher ermitteln lassen, ob eine Spekulation mit dem Risiko der Veränderung maßgeblicher Geschäftsumstände eingepreist wurde, oder nicht. Denn eine für den (vermeintlichen) Risikoübernehmer günstige Preisgestaltung kann auch einen ganz anderen Hintergrund haben. Vgl. zum Ganzen *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 59; *Bach*, Leistungshindernisse, S. 213.

1131 Vgl. in dieselbe Richtung *Bach*, Leistungshindernisse, S. 281.

Grund, davon auszugehen, dass ein Vertragsschließender bewusst das Risiko für (alle) unerkannten Hindernisse bei der Vertragsdurchführung übernehmen wollte. Wer ein Risiko nicht positiv kennt, der hat es auch nicht in seine dem Vertragsschluss vorangehende Analyse einbezogen,¹¹³² spekuliert also zugleich auch nicht mit dem Nichteintritt.

Aus Sicht der Verhaltensforschung spricht gegen die Gleichstellung von Informiertheit und impliziter Risikoübernahme, dass Menschen allgemein, d.h. selbst wenn sie über alle notwendigen Informationen verfügen, eine Aversion dagegen haben, darauf gestützte Entscheidungen zu treffen.¹¹³³ Die Entfaltung von aktiver Gestaltungsaktivität beim Vertragsschluss wird vielmehr vorbehalten für den Ausnahmefall. Sofern ein Modell zum Schutz der Kunden von Mehrkomponentengeschäften auf Ermächtigung abzielte, setzte es also einen Handlungswillen voraus, der gar nicht bestehen muss, da er nicht zwingend mit dem Willen zum Vertragsschluss einhergeht. Selbst bei hinreichender Information von Anbieterseite bestünde vielmehr die Gefahr fort, dass der Kunde seine durch die Herstellung eines Informationsgleichgewichts vermittelte Verhandlungsmacht nicht nutzen will oder kann. Verbraucher würden sich mithin, auch wenn man sie auf alles hinweist, nicht immer gegenüber den mit einem Mehrkomponentengeschäft verbundenen Sonderrisiken absichern. Am ehesten hilft ein Informationsmodell – wie *Ben-Shahar* und *Schneider* es formulieren – dabei noch denjenigen, welche diese Hilfe am wenigsten benötigen, also gut ausgebildeten und wohlhabenden Konsumenten. Denn diese verfügen über die Ressourcen und den Sachverstand, um ihnen übermittelte Informationen abzurufen, zu interpretieren und zu nutzen.¹¹³⁴ Die eigentlich vulnerablen Verbraucher wird ein Informationsgewinn äußerstenfalls dazu bewegen, vom Vertrag Abstand zu nehmen. Solange die schwächere Partei nur die Wahl hat, ob sie das Geschäft eingeht, oder nicht, ist aber kein Effizienzgewinn erreicht. Auf der Schadensersatzebene spielt das rationale Desinteresse ebenfalls eine Rolle. Denn der Kunde muss seinen c.i.c.-Schadensersatzanspruch bei mangelhafter Aufklärung aktiv begründen und beziffern. Dies dürfte ihm erheblich schwerer fallen als die Begründung der nach dem Gegenmodell möglichen Vertragsanpassung oder -auflösung.

1132 Vereinfacht gesprochen, fällt diese vorvertragliche Risikoanalyse positiv aus, wenn der mögliche Gewinn aus dem Vertrag (multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, dass das Hindernis ausfällt) größer ist als der mögliche Verlust (multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, dass das Hindernis eintritt), vgl. hierzu auch *Bach*, Leistungshindernisse, S. 213.

1133 *Ben-Shahar* und *Schneider* fassen die empirisch erlangten Forschungsergebnisse zum Treffen von Entscheidungen dahingehend zusammen, dass Menschen sich sogar dagegen sträuben, ganz grundlegende Entscheidungen zu treffen, und wenn sie es doch tun, dann auf der Grundlage sehr weniger Informationen und dürftiger Reflektion, vgl. *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 60 ff.; *dies.*, *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (727); vgl. zu diesem Aspekt aus rechtswissenschaftlicher Sicht auch *Grünberger AcP* 218 (2018), 213 (257).

1134 *Ben-Shahar/Schneider*, *UPenn Law Review* 159 (2011), 647 (740).

- 90 Die potenzielle Wirkungskraft eines Informationsmodells bei Mehrkomponentengeschäften wird aus Sicht der Verhaltensforschung noch zusätzlich dadurch eingeschränkt, dass es hier nicht nur um eine asymmetrische Information der Parteien geht. Dass die Abnehmer eines Mehrkomponentengeschäfts sich unbedarft auf die mit einem solchen Geschäft verbundenen Sonderrisiken einlassen, liegt, wie aufgezeigt, vielmehr wohl auch daran, dass Mehrkomponentengeschäfte aus verhaltensökonomischer Sicht „irrationale“ Denkmuster ausnutzen (C. IV. 5.). Es ist umstritten, ob irrationales Verhalten sich überhaupt durch Informationen verhindern lässt.¹¹³⁵ Jedenfalls setzen „irrationale“ Verhaltensweisen aber die Wirksamkeit eines Informationsmodells herab. So werden gerade diejenigen Personen, welche eine „sofortige Befriedigung“ präferieren, am wenigsten von einem Informationsmodell profitieren, da sie nicht dazu bereit sind, die Zeit zu investieren, die für die Aufklärung notwendig wäre.¹¹³⁶

4. Auseinandersetzung mit der autonomiebasierten Vertragstheorie

- 91 Die Erkenntnisse der neueren rechtshistorischen Forschung schließen es auch aus, ein Informationsmodell damit zu rechtfertigen, dass der Gesetzgeber des BGB von einem formalen Prinzip der Vertragsfreiheit ausgegangen sei, weshalb dieses Prinzip im Angesicht neuzeitlicher Änderungsbedürfnisse weitgehend bewahrt werden müsse.¹¹³⁷ Wenn die These von einem graduellen Wertewandel seit Inkrafttreten des BGB stimmte, käme die Befugnis, ihn weiter aktiv voranzutreiben, wohl nur der Gesetzgebung zu. Demgegenüber müssten die Generalklauseln des BGB und neu entwickelte Rechtsinstitute dann, wenn ihnen überhaupt ein materialer Gehalt zuzusprechen wäre, restriktiv gefasst werden. Einem auf dem Gedanken der Richtigkeitsgewähr fußenden Idealbild der Privatautonomie, würde dabei noch am ehesten entsprochen, wenn sich der materiale Gehalt darauf beschränkte, Eingriffe zuzulassen, welche die freie Willensbildung der Parteien gewährleisten sollen. Wenn Gerichte unter Rückgriff auf eine Generalklausel oder ein Rechtsinstitut wie den Finalnexus in vertragliche Vereinbarungen eingreifen, sollte dieser Eingriff dann also

1135 Vgl. zu den Befürwortern und zur Kritik: *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 112 ff.; *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 218.

1136 *Ben-Shahar/Schneider*, *More Than You Wanted To Know*, S. 115 f.; *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 218.

1137 In diese Richtung etwa noch *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 16: Der historische Gesetzgeber habe die Richtigkeitsgewähr vertraglicher Vereinbarungen nicht grundlegend in Frage gestellt. Die Konzeption des BGB sei also gerade noch nicht von dem Gedanken bestimmt worden, dass der Inhalt eines Vertrages inhaltlich im Sinne einer objektiven Parität ausgeglichen sein oder gleichwertige Positionen begründen müsse. Erst seit den 1970er-Jahren habe sich ein Modellwechsel, hin zum rein fürsorglichen Schutz und einer (aktiven) Beseitigung bzw. einem Ausgleich von „Ungleichgewichtslagen“ vollzogen. Dieser Wechsel schlage sich seither im Versicherungs-, Miet- und Arbeitsrecht, insbesondere aber in der Verbraucherschutzgesetzgebung nieder. Ähnlich *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, S. 135 (136 ff.); s. auch etwa *Olzen*, in: Staudinger BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 49, 341; *Esser/Schmidt*, SchuldR AT, § 2 II, S. 34.

(nur) darauf abzielen, die Rahmenbedingungen der Privatautonomie zu verbessern. Demgegenüber dürfte der Eingriff dann nicht darauf abzielen, die Willensbildung auch auf ihre objektive Richtigkeit hin zu überprüfen.

Die These, dass der Gesetzgeber des BGB noch von einem formalen Prinzip der Vertragsfreiheit ausgegangen sei, ist heute allerdings gründlich widerlegt.¹¹³⁸ Eine Reihe rechtshistorischer Arbeiten konnte belegen, dass bereits im gesamten letzten Drittel des 19. Jahrhunderts nicht mehr in Rede stand, dem Bürgerlichen Gesetzbuch den Gedanken einer grundsätzlich unbeschränkten Freiheit zugrunde zu legen.¹¹³⁹ Dementsprechend wollte auch der Gesetzgeber des BGB der Vertragsfreiheit keineswegs unabhängig von der Frage, ob Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen, eine regelmäßige Geltung zusprechen.¹¹⁴⁰

5. Argumentation mit der Privatautonomie

Das damit verbleibende Hauptargument gegen einen „bevormundenden“ Verbraucherschutz ist, dass die dabei (implizit) gewählte Eingriffsgrundlage zwar vordergründig ein Verkehrsinteresse oder eine Durchschnittsauffassung sei, eigentlich aber eine konkrete Gerechtigkeitsvorstellung des Gesetzgebers umgesetzt werde. Eine subjektive Gerechtigkeitsvorstellung und damit der bevormundende, an vertragsexternen Gerechtigkeitsvorstellungen orientierte Eingriff in die Privatautonomie bleiben aus dieser Stoßrichtung immer angreifbar.¹¹⁴¹ Dasselbe gilt für den Eingriffsweg

1138 Auer JZ 2020, 511 (512) spricht insofern von der „Wieacker’schen Legende“; Grünberger AcP 219 (2019), 892 (939) von einem „Mythos“; Haferkamp, in: Grünberger/Jansen, Privatrechtstheorie heute, 45 (48) von einer „Rückprojektion“, „die sich so in den Quellen nicht nachweisen lässt“.

1139 Vgl. nur Hofer, Freiheit ohne Grenzen?, S. 275 und *passim*: Abgesehen von einer verschwindend kleinen Zahl von Ausnahmen sei das 19. Jahrhundert keineswegs vom Gedanken grundsätzlich unbeschränkter Freiheit geprägt gewesen.

1140 Denn insbesondere war man, wie Haferkamp schreibt, in keinem Stadium der Gesetzesverfassung blind gegenüber den sich in Machtdifferenzen niederschlagenden sozialen Voraussetzungen der Vertragsfreiheit, vgl. Haferkamp, Das BGB, S. 116; s. etwa auch Schweitzer AcP 220 (2020), 544 (552, 554 f.). Dass die Verfasser des BGB sozialpolitisch nicht so naiv waren, wie es die berühmte, gegenüber dem ersten Entwurf von 1888 vorgebrachte Gierkesche Forderung nach einem „Tropfen sozialistischen Öles“ suggeriert, wird aus der bereits angesprochenen, 1889 in AcP 75 (1889), 327 ff. publizierten Antwort Gottlieb Plancks auf die Forderungen Gierkes deutlich. Planck stellt darin heraus, dass ein unbeschränkt liberales Privatrecht keinesfalls den Vorstellungen der Gesetzgebungskommission entspreche, sondern es ihr vielmehr und allein darum ginge, einen passenden Ort für soziale Schutznormen zu bestimmen. Um dem BGB eine stabile und beständige Form zu geben, sollten Interventionen in das Privatrecht möglich über flexible Sondergesetze erfolgen, die es ermöglichten „Schutzkonzepte dynamisch an die sich wandelnde Wirklichkeit anzupassen“. In diesen Äußerungen kommt der (heute nicht mehr verfolgte) Gedanke zum Ausdruck, dass das man liberales und soziales Privatrecht vorzugsweise auf unterschiedliche Gesetzestexte verteilen sollte. Auch kann man Plancks Worten entnehmen, dass er von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen liberalem und sozialem Privatrecht ausging. Keinesfalls bringt er aber eine strikt ablehnende Haltung gegenüber einer sozial-politischen Steuerung des Privatrechts vor.

1141 Möslin, Dispositives Recht, S. 27.

und die Eingriffsintensität.¹¹⁴² Angesichts dessen wird bekanntlich dafür plädiert, dass es nicht das Ziel von Vertragseingriffen sein könnte und sollte, dass die Vertragsparteien eine Regelung treffen, wie sie, zur allgemeinen Maxime erhoben, den Gerechtigkeitsansprüchen des Gesetzgebers genügen würde.¹¹⁴³ Es solle mit anderen Worten das Ziel sein, das Privatrecht (allein) aus sich selbst heraus erklären zu können, ohne auf (politisch motivierte) Außeneinflüsse abzustellen. Hierdurch würde das Privatrecht an sich zugleich dekontextualisiert bzw. autonom vom Politischen und dadurch erheblich entlastet.¹¹⁴⁴

- 94 Unter dieser Prämisse ist es Quintessenz der Privatautonomie, die Regelung des Vertrags bereits dann und insofern als „richtig“ gelten zu lassen, als sie auf der Selbstbestimmung und -verantwortung der Parteien beruht.¹¹⁴⁵ Die Richtlinie für Art und Umfang von Beschränkungen der Privatautonomie sollte dann allein die Freiheit selbst bilden, wohingegen Ungleichheiten in den Ausgangspositionen der Parteien hingenommen und weiter verfestigt werden können. Eingriffe sollten dem Individuum also nur eine „Selbsthilfe“ ermöglichen. Sie hätten dann nicht zum Ziel, „schlechte“ Entscheidungen auszuschließen, sondern dem Kunden dabei unter die Arme zu greifen, selbst „gute“, oder jedenfalls bessere Entscheidungen zu treffen.¹¹⁴⁶ Sobald der Zustand der Parität erreicht ist, sollte sich der Staat darauf beschränken, die vertraglichen Vereinbarungen effektiv durchzusetzen.
- 95 Auch an dieser Stelle zeigen die Ausführungen *Christoph Menkes* aber, dass die Argumentation mit der notwendigerweise fehlenden universellen Überzeugungskraft „externer“ Gerechtigkeitsvorstellungen, welche die Grundlage des vorgestellten Privatautonomieverständnisses darstellt, nicht überzeugt bzw. es sich – um *Menkes* eigene Formulierung aufzugreifen¹¹⁴⁷ – um eine reine Vulgärkritik handelt. Im Ausgangspunkt unterscheidet *Menke* Korrekturen sozialer Herrschaft im Recht danach,

1142 *Möslein*, Dispositives Recht, S. 28: Es fehlen der Rechtswissenschaft handfeste Maßstäbe, um zu entscheiden, welcher Grad relativer Ungleichgewichte hoheitliche Eingriffe erfordert, und welcher Qualität und Intensität diese Eingriffe jeweils sein dürfen bzw. müssen.

1143 *Zöllner* AcP 176 (1976), 221 (246).

1144 Vgl. *Grünberger* AcP 218 (2018), 213 (240); zur Entlastungsfunktion auch bereits *Zöllner* AcP 176 (1976), 221 (246); s. auch

1145 *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (358); vgl. auch *Flume* BGB AT, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 8.

1146 Vgl. dazu nur etwa *Hofer*, in: HKK-BGB, vor § 145 Rn. 5: Beschränkungen seien als Freiheitssicherung gemeint oder seien Zwillingsschwester der Freiheit; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 46 ff., 90; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 53; *Oechler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 145; *Riesenhuber* ZfPW 2018, 352 (358, 363): der Staat absichern müsse, dass der Einzelne von seiner Freiheit tatsächlich Gebrauch machen kann und deshalb die Freiheitsbetätigung zu einem materiell richtigen Ergebnis führen kann und auch praktisch führt. Vgl. aus rechtsökonomischer Perspektive auch *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 218. Schlussendlich lassen sich die meisten Privatautonomieeingriffe in dieses Denkmuster einpassen. So deutet etwa *Canaris* selbst die verbraucherschützenden Widerrufsrechte als Teil eines „Instrumentariums zum Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit“ bzw. als Chance für den Verbraucher, zum Prüfen und Abwägen, vgl. *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (344 f.).

1147 Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 306.

ob sie sich dem „liberalen Privatrecht“ oder dem „Sozialrecht“ zuordnen lassen.¹¹⁴⁸ Dies entspricht – jedenfalls in Grundzügen – der vorgestellten Unterscheidung zwischen ermöglichendem und bevormundendem Verbraucherschutz. Die Kritik an Versuchen, soziale Gerechtigkeit im Privatrecht zu implementieren, kennzeichnet *Menke* in seinen Ausführungen als eine Kritik des liberalen Privatrechts am Sozialrecht. Das liberale Privatrecht sehe in der Forderung nach sozialer Gerechtigkeit nur eine andere Form normalisierender Herrschaft, die der moderne Staat dadurch über seine Subjekte ausübt, dass er ihre Ansprüche auf soziale Teilhabe organisiert und verwirklicht.¹¹⁴⁹ Der bevormundende Verbraucherschutz muss dem liberalen Privatrecht also als eine Form staatlicher Herrschaftsausübung oder – auf die Spitze getrieben – als maximaler Despotismus erscheinen.

Damit könne dieser Ansatz im bürgerlichen Recht, so *Menke* weiter, nicht auf 96 Akzeptanz stoßen, da das bürgerliche Recht im Wesentlichen herrschaftskritisches Recht ist.¹¹⁵⁰ Liberale Eingriffsansätze hätten den Vorteil, dass man ihnen diese Kritik – zumindest vordergründig – nicht entgegenhalten könne. Denn sie zielten allein darauf ab, eine unbeeinträchtigte Bildung des Parteiwillens zu ermöglichen. Damit stützten sie sich auf eine formal geschlossene Argumentation. Die Eingriffsbegründung verzichte auf die Bezugnahme auf Außerrechtliches und belasse dem Recht so seine formale Konsistenz.¹¹⁵¹ Auch *Menke* stellt also die Vorzüge eines dekontextualisierten Privatrechtsverständnisses, wie es das Informationsmodell stützt, klar heraus. Seine Eingriffsbegründung verdeckt aber, dass auch das liberale Privatrecht sich die Kritik entgegenhalten lassen muss, schlussendlich nur soziale Herrschaft zu perpetuieren. Das liberale Privatrecht ist, mit den Worten *Menkes*, in Wahrheit bloß die andere Form einer Gestalt sozialer Herrschaft.¹¹⁵² Denn es ermöglicht, „Unterschiede an Besitz und daher an Marktmacht normativ zu invisibilisieren und dadurch Verhältnisse von kapitalistischer Ausbeutung und Zwang zu begründen“. Der Verzicht auf die Durchsetzung einer Gerechtigkeitsvorstellung hat damit denselben Gehalt wie die aktive Bezugnahme einer außerrechtlichen Gesinnung.¹¹⁵³

Anhand von *Menkes* Überlegungen lässt sich begründen, weshalb die auf Seiten der 97 Verfechter liberaler Privatrechtsvorstellungen formulierte Kritik an sozialrechtlich

1148 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 305.

1149 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 303.

1150 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 301.

1151 Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 145 f.

1152 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 302.

1153 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 302 f. Dieser Gedanke findet sich in veränderter Form auch schon bei *Luhmann* Recht der Gesellschaft, S. 466. *Luhmann* drückt ihn so aus, dass der Vertrag als Quelle von rechtsgültigen Ansprüchen dem Privatwillen Macht über den Einsatz politischer Gewalt gebe. Sie müsse bei der Durchsetzung von Vertragsansprüchen zur Verfügung stehen, obwohl sie am Vertrag gar nicht beteiligt war. Die Kühnheit dieser Form werde erst erkennbar, wenn man begreife, dass damit das Rechtssystem sich durch den Privatwillen konditionieren lasse.

motivierten Eingriffen schlussendlich kaum aussagekräftig ist. Denn die Kritik sozialrechtlich motivierter Eingriffe aus dem Blickwinkel eines liberalen Privatrechts begründe sich unter diesen Umständen, so *Menke*, allein in einer abweichenden normativen Deutung der Grundidee der bürgerlichen Rechtsordnung, dass der Eigenwille eines jeden gleich gelte. Die Auseinandersetzung drehe sich allein darum, wie diese Idee zu verstehen und zu verwirklichen ist.¹¹⁵⁴ Damit ließen sich beide Rechtsgestalten – das liberale Privatrecht und das Sozialrecht – unter einen gemeinsamen Oberbegriff fassen. Es handele sich jeweils um „Mechanismen der Selbstkorrektur“¹¹⁵⁵, auf die das bürgerliche Recht aus den unter III. 1. angeführten Gründen zwingend angewiesen ist. In der Folge werde die auf ein liberales Privatrechtsverständnis gestützte Kritik am bevormundenden Verbraucherschutz als strukturell begrenzte Vulgärkritik enttarnt. Sie entzünde sich allein an der Form, wie das bürgerliche Recht seinen Kampf mit sich selbst ausficht und sei deshalb aufzugeben.¹¹⁵⁶

V. Zwischenfazit und Schlussfolgerung

1. Die Untersuchung kommt damit zu dem Schluss, dass unmittelbare richterliche Eingriffe in die vertraglichen Grundlagen von Verbrauchermehrkomponentengeschäften zulässig sein müssen. Damit spricht sie sich zugleich gegen einen bloß ermöglichenden Verbraucherschutz aus, der sich darauf beschränken würde, mittels der Herausarbeitung durch das Schadensersatzrecht abgesicherter, vorvertraglicher Informationspflichten zu gewährleisten, dass die Abnehmer über die spezifischen Problemlagen von Mehrkomponentengeschäften informiert werden. Stattdessen plädiert sie für repressive bzw. paternalistische Eingriffe, in deren Rahmen auf einen zwischen den Leistungskomponenten bestehenden Finalnexus verwiesen wird.
2. Es sprechen verschiedene Gründe dagegen, bei Mehrkomponentengeschäften auf ein Informationsmodell zu setzen. Zunächst wurde es aus guten Gründen bereits im Hinblick auf den finanzierten Erwerb aufgegeben. Weiterhin lässt sich das Argument, der „bevormundende“ Verbraucherschutz sei, da er auf (nie völlig überzeugende) Gerechtigkeitsvorstellungen abstelle, eine dem bürgerlichen Recht fremde Form staatlicher Herrschaftsausübung, widerlegen. Außerdem haben jüngere Untersuchungen es vermocht, die Wirkungsmacht des Informationsmodells als privatrechtliches Steuerungsinstrument ganz generell in Zweifel zu ziehen. Insbesondere erscheint es in Mehrpersonenkonstellationen nicht umsetzbar. Denn es bleibt schon unklar, wer in diesen Konstellationen der Informationsschuldner sein soll.

1154 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 298.

1155 *Menke*, Kritik der Rechte, S. 305.

1156 Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 306.

3. Die bei einem Mehrkomponentengeschäft stattfindende Bündelung führt demzufolge im Sinne eines verbesserten Abnehmerschutzes zu einer Erweiterung der vertraglichen Rechtsbehelfe der Verbraucher. Dies gilt im Besonderen für ein Recht zur Vertragsbeendigung, also ein Widerrufsrecht im Hinblick auf einen dem Bündelangebot zugrundeliegenden Vertrag oder ein entsprechendes Rücktrittsrecht wegen Vertragswidrigkeit oder Nichterfüllung. Die Gerichte können sich hier auf den Finalnexus stützen, und damit die Tatsache, dass der Vertrag, den der Abnehmer beendet, nicht allein steht. Bei einem Mehrkomponentengeschäft bestimmt damit die Auswirkung einer Vertragsbeendigung auf die anderen Bestandteile des Bündels in hohem Maße die Wirksamkeit des Vertragsbeendigungsrechts in seiner Gesamtheit. Die Gerichte vermögen so sicherzustellen, dass der Abnehmer, wenn er ein Recht im Hinblick auf ein (Waren- oder Dienstleistungs-)Element des Mehrkomponentengeschäfts ausübt, die Möglichkeit hat, sich auch von den anderen verbundenen, aber nicht betroffenen Bündelkomponenten zu lösen. Die Rechtsbehelfserweiterung erfolgt dabei so, dass dem Verbraucher die Wahl gelassen wird, ob er das Vertragsversprechen des Anbieters in Bezug auf das verbundene Element aufrechterhalten will, oder nicht.

E. Voraussetzungen externer Eingriffe in Mehrkomponentengeschäfte

I. Elemente in der Anbietersphäre

In § 15 D. wurde die These vertreten, dass der für Mehrkomponentengeschäfte aus rechtswissenschaftlicher Sicht maßgeblich Finalnexus ein hinreichendes greifbares Tatbestandsmerkmal ist. Dies reicht nach dem Vorhergesagten aber noch nicht aus, um die unter § 16 D. beschriebene Erweiterung von Abnehmerrechtsbehelfen zu rechtfertigen. Hier wird zunächst vorgeschlagen, Eingriffen darüber hinaus die Prüfungsfrage vorzuschalten, ob redlicherweise nicht die Augen davor verschlossen werden kann, dass der Anbieter sich bewusst eines Mehrkomponentengeschäfts als Vertriebsform bedient hat, um die mit dieser Geschäftsform einhergehende Unwissenheit und Voreingenommenheit der Kunden (vgl. C. IV. 3.) auszunutzen. Es genügt danach nicht, dass die Geschäftsform aus wirtschaftlichen Gründen gewählt wurde, etwa um Quersubventionierungen zu gewährleisten oder durch das Kombinationsangebot außergewöhnliche Absatzvorteile zu erzielen. Zugleich ist aber nicht zu fordern, dass dem Anbieter eine echte rechtliche Benachteiligung der Kunden vor Augen stand. Denn bereits wenn es „nur“ um die Ausnutzung fehlerhafter Verhaltensmuster der Kunden geht, erscheinen die seitens des Unternehmens für

die Produktgestaltung aufgewendeten Ressourcen verschwendet und die Ergebnisse dieser Gestaltung unter Verteilungsgesichtspunkten unattraktiv.¹¹⁵⁷

II. Elemente in der Abnehmersphäre

99 Allein das Mehrkomponenten-„Plus“ auf Anbieterseite würde dem Durchgriff in die vertraglichen Vereinbarungen aber weiterhin nicht rechtfertigen. Denn es fehlt ein Element, welches sicherstellt, dass Eingriffe nur bei einem rechtlichen Schutzbedürfnis auf Abnehmerseite möglich sind. Die Reichweite der hier anvisierten Eingriffsmöglichkeit muss also noch (deutlich) eingeschränkt werden. Unter Berücksichtigung der Ausführungen unter I. werden insofern drei weitere Eingriffsvoraussetzungen vorgeschlagen:

1. Voraussetzung: Zunächst müssen die Mehrkomponentenvorteile bei wirtschaftlicher Betrachtung einseitig der Anbieterseite zugeschlagen worden sein, wohingegen die neu entstehenden Mehrkomponentenrisiken bei den Kunden verblieben. Diese erste Voraussetzung wird aus der Beobachtung abgeleitet, dass Mehrkomponentengeschäfte ihren Anbietern vom jeweils anzulegenden Marktstandard positiv abweichende Umsatzmöglichkeiten eröffnen.
2. Voraussetzung: Weiterhin muss die Kundenseite aufgrund eines bestehenden Informationsungleichgewichts außerstande gewesen sein, die einseitige Verteilung der Mehrkomponentenrisiken zu verhindern und die Anbieterseite muss diesen Umstand bewusst ausgenutzt haben. Die zweite Voraussetzung knüpft an den rechtspolitischen und rechtsphilosophischen Grundsatz an, dass Vorhersehbarkeit mit einer Obliegenheit, Vorsorge zu treffen, zu verknüpfen ist. Demnach müssen die Kunden eines Mehrkomponentengeschäfts grundsätzlich an den von ihnen eingegangenen vertraglichen Vereinbarungen festgehalten werden. Bei einem Mehrkomponentengeschäft, bei dem die Leistungskomponenten von unterschiedlichen Anbietern stammen, hätten sich die Kunden etwa grundsätzlich dadurch schützen können, dass sie das Geschäft als dreiseitigen Vertrag ausgestalten. Deshalb sind die Abnehmer rechtlich jedenfalls nicht bei jeder rechtsextern beobachteten Betroffenheit vom Mehrkomponentenrisiko rechtlich schutzwürdig. Dies gilt selbst dann, wenn sie das Risiko vollständig tragen. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Eingriff nur dann gerechtfertigt, sofern ein Kunde die ungleiche Verteilung der geschäftsspezifischen Vorteile weder vorhersehen noch verhindern konnte und die Anbieterseite die mangelnde Vorhersehbarkeit ausgenutzt hat, indem sie das Geschäft bewusst so gestaltet hat, dass die eigentliche Risikoverteilung verschleiert wird (vgl. C. IV. 2.). Es geht mit anderen Worten um Fälle, in

1157 Vgl. zur Regulierung auf Verbraucher ausgerichteter Finanzprodukte: *Armour/Awrey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne*, in: PFR, S. 206.

denen ein Informationsungleichgewicht bzw. – allgemeiner – eine Geschäftsunerfahrenheit ausgenutzt wird.

3. Voraussetzung: Ein vollständiges Eingriffskonzept muss schließlich berücksichtigen, dass es Fälle gibt, in denen die Kunden eines Mehrkomponentengeschäfts für die Übernahme des Mehrkomponentenrisikos bzw. die – auf den ersten Blick – ungleiche Verteilung der Mehrkomponentenvorteile kompensiert wurden. Um einen solchen Fall geht es etwa, wenn dem Kunden im Zuge des Kombinationsangebots ein Rabatt gewährt wird, der für sich allein bereits Anlass genug ist, sich auf eine möglicherweise nachteilige rechtliche Trennung der Leistungskomponenten einzulassen. Weiterhin geht es hier um Sachverhalte, in denen dem Kunden für den Störfall vertragliche Direktansprüche gegen seinen „störenden“ Vertragspartner eingeräumt werden. Ein vertraglich eingeräumter Schadensersatzanspruch schließt einen Eingriff insbesondere dann aus, wenn er das Risiko abdeckt, dass bei Ausbleiben oder Mangelhaftigkeit der Erstkomponente der Bezug der (für sich genommen störungsfreien) Zweitkomponente sinnlos wird. Voraussetzung dafür ist, dass die fortbestehende Pflicht zur Abnahme der Zweitkomponente und das dafür zu entrichtende Entgelt Schadenskomponenten im Rahmen eines Anspruchs gegen den Erstanbieter sind. Eine Außerachtlassung der privatautonom vereinbarten Risikoverteilung scheidet in all diesen Fällen aus.

III. Angebot einer Typisierung

Der vorgeschlagene Regelungsrahmen ist flexibel. Infolgedessen ist es, wenn man ihn anlegt, möglich, auch Einzelfälle überzeugend zu lösen. Es bleibt jedoch fraglich, ob das Konzept den Handlungsspielraum der Gerichte hinreichend einschränkt. Denn das Ziel muss es ja eigentlich sein, die Unberechenbarkeiten der bislang (implizit) an die „Stehen und Fallen“-Rechtsprechung anknüpfenden Justiz zu verringern und sie nicht noch zu steigern, indem zusätzlicher Raum für – vermeintliche – Flexibilität aufgezeigt wird. Diesen Bedenken lässt sich Rechnung tragen, indem der unterbreitete Vorschlag um ein typisierendes Element ergänzt wird, wobei es schon unter dem Gesichtspunkt der dahingehenden Pfadabhängigkeit naheliegt, die Verbrauchereigenschaft als typisierende Element zu wählen. Den Gerichten ist dann nur ein Eingriff in die Mehrkomponentengeschäften zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse zu eröffnen, wenn auf Kundenseite ein Verbraucher im Sinne von § 13 BGB steht. Die Eingriffsmöglichkeit würde sich dann auf „Verbrauchermehrkomponentengeschäfte“ beschränken. Infolge dieser Typisierung verliert der vorgestellte Regelungsrahmen wieder einen Teil seines responsiven Charakters. Denn die unter I. in Bezug genommenen Gefahren beschränken sich nicht zwingend auf Verbrauchermehrkomponentengeschäfte.

- 101 Zugleich wird das Konzept dadurch gebrauchstauglicher. Die (fiktive) Dichotomie Verbraucher-Unternehmer ist für den Gesetzgeber bereits seit langem ein gut eingeführtes Mittel der Wahl, um rechtliche Wertungen zu vereinfachen. Zudem ist es auch im europäischen Recht verankert. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber Verbrauchern im Hinblick auf eine Reihe von Mehrkomponentengeschäften bereits Sonderrechtsbehelfe zur Verfügung stellt, welche die Problematik der einseitigen Abwälzung des Mehrkomponentenrisikos auf den Kunden adressieren und zu vermeiden helfen. Insbesondere existieren mit den §§ 358 ff. BGB Regelungen, die auf formalrechtliche Umgehungsgestaltungen im Sinne einer Verteilung der Leistungskomponenten auf unterschiedliche Verträge reagieren. Das vorgestellte typisierte Konzept kann unmittelbar an diese Vorbildregelungen anknüpfen. Die strukturelle Gleichartigkeit von Mehrkomponentengeschäften lässt es sogar besonders naheliegend erscheinen, einen Verbraucherschutz bei bislang noch nicht explizit gesetzlich geregelten Geschäften zu gewährleisten. Auch wird bei lebensnaher Betrachtung eine mehrkomponentenspezifische Risikoverschiebung im unternehmerischen Rechtsverkehr nur in seltenen Ausnahmefällen unvorhersehbar sein. Hier müssten die indirekten Geschäftsvorteile, die sich aus einer einseitig die Anbieterseite bevorzughenden Angebotsausgestaltung ergeben, deshalb ohnehin regelmäßig auch dort verbleiben.

F. Zusammenfassung

1. Die Untersuchung zeigt, dass die aus der Komponententrennung drohende Gefahr, dass ein dem Abnehmer zustehender Rechtsbehelf seine Wirkung nicht voll entfaltet, da er an die der (nicht gestörten) Zweitkomponente zugrundeliegende vertragliche Vereinbarung gebunden bleibt, nicht bereits auf Auslegungsebene abwendbar ist (B.).
2. Angesichts dessen wird auf der Grundlage eines eigenen rechtstheoretischen Modells der Rechtfertigung von Privatrechtsmaterialisierungen herausgearbeitet, weshalb Gerichte befugt sind, den für Mehrkomponentengeschäfte nach § 15 charakteristischen Finalnexus zum Anlass für einen Eingriff in die vertraglichen Vereinbarungen zu nehmen. Das Modell basiert auf dem Gedanken, dass rechts-externe Beobachtungen das liberale Privatrecht zu einer beständigen Materialisierung zwingen und diese Beobachtungen vonseiten der Privatrechtsdogmatik aufgegriffen werden müssen.
3. Die Arbeit geht davon aus, dass in diesem Zusammenhang jedenfalls die Erkenntnisse der neueren Verhaltenswissenschaft aufzugreifen sind. In der Folge lassen sich, sofern man die Beobachtungen von Marketingforschung und Rechnungslegungspraxis an ihnen reflektiert, die spezifischen Risiken von Mehrkom-

ponentengeschäften aufzeigen. Die beiden zur Reflektion genutzten Disziplinen beobachten, dass Mehrkomponentengeschäfte ein Alltagsphänomen des modernen Wirtschaftslebens sind, gerade weil sie ihren Anbietern zusätzliche Absätze versprechen (vgl. bereits § 8 C.). In § 16 wird anhand der Erkenntnisse der Verhaltensforschung herausgearbeitet, dass diesem spezifischen Mehrkomponentenpotenzial spezifische Mehrkomponentenrisiken entsprechen (Locked-In-Effekte, rechtliche Unklarheiten, irrationale Verhaltensweisen).

4. Die Existenz dieser Mehrkomponentenrisiken und das Bedürfnis für einen daran anknüpfenden externen, gerichtlichen Eingriff lassen sich mittels einer Aufarbeitung des existierenden bereichsspezifischen Verbraucherschutzrechts und der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes bestätigen. Konkret wird die Korrekturbedürftigkeit also auch auf den Gedanken gestützt, dass gleich strukturierte Geschäftsmodelle gleichartig rechtlich behandelt werden sollten (Grundsatz der Gleichbehandlung). Außerdem wird darauf abgestellt, dass es Möglichkeiten zur Korrektur der Mehrkomponentenrisikoverteilung bedarf, da ansonsten ein Marktversagen droht.
5. Unter Rückgriff auf diese Erkenntnisse, lassen sich konkrete Voraussetzungen aufstellen, wann Gerichte die Wirkung eines dem Abnehmer zustehenden Rechts zur Vertragsbeendigung im Hinblick auf das gesamte Mehrkomponentengeschäft erweitern dürfen. Dabei wird in der Arbeit schlussendlich für eine typisierende Betrachtung plädiert, als deren Konsequenz sich die Eingriffsmöglichkeiten auf Verbrauchermehrkomponentengeschäfte beschränken würden.

§ 17 Fazit

1. Dem BGB sind kaum Anhaltspunkte für eine Mehrkomponentendogmatik zu entnehmen (§ 14). Der Regelungsansatz des BGB legt eine separate Einzelbetrachtung von Leistungskomponenten nahe. Zudem gibt es keine Regeln, die den Parteien eines Mehrkomponentengeschäfts Vorgaben dazu machen würden, wo sie die Vertragsgrenzen zu ziehen haben. Dies birgt die Gefahr, durch rein funktionale Zusammenhänge zwischen den Komponenten entstehende Vertragsungerechtigkeiten zu übersehen. Als mögliche Ungerechtigkeit kommt insbesondere in Betracht, dass der Abnehmer eines Mehrkomponentengeschäfts an den einer Leistungskomponenten zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen festgehalten wird, obwohl er sich im Hinblick auf eine andere Komponente vertraglich lösen durfte und deshalb das Interesse an der Zweitkomponente verloren hat.
2. Die Rechtsfigur der verbundenen und zusammenhängenden Verträge, welche den §§ 358 ff. BGB (und § 506 BGB) zugrunde liegt, kann als Reaktion auf das ursprüngliche Schweigen des BGB zu Mehrkomponentengeschäften gedeutet werden. Die Regelungen lassen sich nach hier vertretener Auffassung aber nicht im Wege der Analogie auf alle Mehrkomponentengeschäfte anwenden. Eine übergreifende Lösung für die Mehrkomponentenproblematik muss sich vielmehr auf allgemeine privatrechtsdogmatische Erwägungen stützen.
3. Der BGH hat anhand drei unterschiedlicher Fallgruppen eine Auslegungsregel entwickelt, die darauf abzielt, bei Mehrkomponentengeschäften drei Willenselemente der Parteien zu unterscheiden: (1) den Willen zur Begründung von Leistungspflichten, (2) den Willen zur Zusammenfassung dieser Leistungspflichten in einem Vertrag bzw. den – entgegengesetzten – Willen zur Vertragstrennung und (3) den Willen zur wirtschaftlichen Verknüpfung mehrerer, zunächst separater Verträge (§ 15 B). Auf die Beobachtung der Existenz der letztgenannten Ebene wird auch in den §§ 358 ff. BGB abgestellt. Dass ihre Existenz dort anhand objektiver Kriterien festgestellt werden soll, spielt allein auf Rechtsfolgen-seite eine Rolle.
4. Hier wird dafür plädiert, diese dritte Ebene unter Rückgriff auf die von *Gernhuber* im Hinblick auf das finanzierte Geschäft vorgenommene Kategorienbildung als Finalnexus zu bezeichnen (§ 15 C.). Der Anschluss an *Gernhuber* erscheint dabei gegenüber einer Anknüpfung an die von *Larenz* und anderen zum finanzierten Geschäft vorgeschlagene Lösung, wonach es hier um die Geschäftsgrundlage zwischen den separaten Verträgen gehe, aus heutiger Sicht vorzuzugswürdig. Denn der im Hinblick auf die Geschäftsgrundlagenlehre seit ihrer Kodifizierung in § 313 BGB erreichte dogmatische Stand würde erheblich

- gefährdet, sofern man andauernd versuchen würde, die Fallgruppe des Finalnexus in sie einzuordnen.
5. Die dadurch gewährleistete dogmatische Aufarbeitung der Geschäfte stellt den notwendigen formellen Hebel bereit, damit informellere Mechanismen, wie die Sorge der Unternehmen vor einem Reputationsverlust oder dem Verlust von Kunden, ihre präventiv-schützende Wirkung entfalten können.
 6. Die dogmatische Kategorienbildung sagt für sich genommen aber noch nichts darüber aus, inwiefern an gestörte Mehrkomponentengeschäfte privatautonomienegierende Rechtswirkungen wie eine „Erweiterung“ von Vertragsbeendigungsrechten geknüpft werden können. Hierfür sind in einem weiteren Schritt auf einer Wertungsebene Kriterien zu entwickeln.
 7. Die in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung (These Nr. 3) entwickelbare reine Auslegungslösung begegnet durchschlagenden Vorbehalten (§ 16 B.): Es verstößt gegen das Gebot einer folgerichtigen Vertragsauslegung, einerseits davon auszugehen, dass die im Hinblick auf die einzelnen Leistungskomponenten abgeschlossenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen rechtlich getrennt sind, andererseits aber anzunehmen, dass diese nach dem Parteiwillen miteinander „stehen und fallen“ sollen. Vor allem wird das von der BGH-Lösung in den Blick genommene Auslegungsergebnis aber in der Praxis höchst selten tatsächlich den Parteiwillen widerspiegeln. Es kann mit anderen Worten eigentlich nicht vorkommen. Gerade in Mehrpersonenkonstellationen erscheint es sogar ausgeschlossen, den Parteien einen Einheitswillen nachzuweisen. Schließlich vermag es nicht zu überzeugen, den Parteien, indem ihre Vereinbarungen im Wege der Auslegung zu einer Einheit zusammengefasst werden, auf Rechtsfolge-seite jegliches Wahlrecht im Hinblick auf die Verknüpfung der Leistungskomponenten zu verwehren. Denn hierdurch tritt die BGH-Lösung in einen Konflikt mit den gesetzgeberischen Wertungen in § 139 BGB und § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB.
 8. Die danach notwendige Kriterienbildung zielt darauf ab, für Fälle von Vertragsbeendigungsrechten im Hinblick auf eine Leistungskomponente den Bedarf für gerichtliche Eingriffe auch ohne bzw. gegen den Parteiwillen herauszustellen. Dazu ist ein Modell von Rechtsdogmatik als verantwortlichem Handeln zu entwickeln und anzuwenden (§ 16 C. I. – III.). Auf dieser Grundlage lassen sich drei bei Heranziehung von Erkenntnissen der neueren Verhaltensforschung, des Marketing und der Rechnungslegungspraxis erkennbar werdende spezifische Risiken für die Abnehmer von Mehrkomponentengeschäften identifizieren (§ 16 C. IV.): der bei Mehrkomponentengeschäften entstehende Locked-In-Effekt, das Auseinanderfallen von „wirtschaftlicher“ Intuition und rechtlicher Gestaltungsmacht sowie der Umstand, dass die besondere Struktur von Mehrkomponentengeschäften darauf abzielt, „fehlerhafte“ menschliche Verhaltensmuster auszu-

nutzen. Demgegenüber handelt es sich bei Mehrkomponentengeschäften nicht in dem Sinne um Umgehungsgestaltungen als die Mehrkomponentenanbieter notwendigerweise auf eine rechtliche Benachteiligung der Kunden abzielen. Umgangen wird vielmehr nur das in einem auf das Denken in Verträgen aufbauende rechtliche Kategoriensystem.

9. Diese Erkenntnisse lassen sich zweifach absichern: unter Heranziehung des Gedankens, dass gleichartig strukturierte Geschäftsmodelle auch rechtlich gleich behandelt werden sollten und anhand der Erkenntnisse der ökonomischen Theorie des Verbraucherschutzes (§ 16 C. V.).
10. Die hier demnach gerechtfertigte Gewährleistung von Abnehmerschutz im Wege eines gerichtlichen Eingriffs ließe sich grundsätzlich sowohl im Wege eines „Informationsmodells“ als auch eines „Eingriffsmodells“ umsetzen. Bei einer vergleichenden Gegenüberstellung überwiegen die Vorbehalte gegenüber dem erstgenannten Modell (§ 16 D.). So legt bereits die historische Auseinandersetzung des BGH mit dem Kundenschutz bei Abzahlungsgeschäften ein Scheitern des Mehrkomponenteninformationsmodells nahe. Zudem stellt das Informationsmodell zwar eine Art „minderschweren“ Eingriff in die Privatautonomie dar, ist jedoch nicht zwingend einem tendenziell repressiveren Verbraucherschutz vorzuziehen. Zentral ins Gewicht fallen darüber hinaus die in jüngerer Zeit allgemein formulierten Zweifel gegenüber der Wirkungsmacht des Informationsmodells als zivilrechtlichem Steuerungsinstrument. Hinzu kommt, dass es in seiner konkreten Ausgestaltung zwangsläufig vage bleiben muss. So lässt sich der Umfang der zum Schutz der Verbraucher notwendigen Informationen nicht abstrakt umreißen. Darüber hinaus bleibt in Mehrpersonenkonstellationen auch unklar, wer überhaupt der richtige Informationsschuldner wäre.
11. All dies spricht dafür, den notwendigen Kundenschutz bei Mehrkomponentengeschäften – trotz der auch demgegenüber begründeten Bedenken – über ein (repressives oder paternalistisches) Eingriffsmodell zu gestalten. Dabei liegt es nahe, den Kundenschutz zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gerichtlichen Handelns im Wege der Typisierung auf Verbrauchermehrkomponentengeschäfte zu beschränken.

§ 18 Übertragung der Erkenntnisse in die Sphäre der Rechnungslegung

1
Sofern sie sich an den §§ 15 ff. orientiert, steht der Rechnungslegung künftig ein anschlussfähiges Modell für eine zivilrechtsakzessorische Ertragsrealisation bei Mehrkomponentengeschäften zur Verfügung. Im Ausgangspunkt dieses Modells steht die allgemein anerkannte Überzeugung, dass ein Teilerlös aus einem Mehrkomponentengeschäft gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB realisiert werden darf, sobald dem Anbieter der entsprechende Teil der vom Kunden zu entrichtenden Gegenleistung „quasisicher“ ist (§ 13). Dabei ist davon auszugehen, dass die Einzelkomponenten aus privatrechtlicher Sicht grundsätzlich unverknüpft sind, solange die Parteien nicht – explizit oder konkludent – eine Verknüpfung herstellen. Daraus folgt, dass dem Anbieter bei Erbringung der Einzelkomponente regelmäßig bereits der ihr entsprechende Teil der Gegenleistung zusteht. Denn es kommt insofern allein auf die privatrechtlichen Preisgefahrregelungen im Hinblick auf die Einzelkomponente an. Demgemäß gilt, dass bei einer zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung die Umsatzaufgliederung den Regelfall bildet. Anders ist dies nach dem hier vorgestellten Konzept nur unter zwei Voraussetzungen. Zum einen müssen die dem Mehrkomponentengeschäft zugrundeliegenden Verträge im Sinne eines Finalnexus miteinander verknüpft sein. Zum anderen muss es sich beim Kunden des Mehrkomponentengeschäfts um einen Verbraucher handeln. Wenn dies der Fall ist, vermag sich der Kunde, obwohl die Gegenleistungsgefahr im Hinblick auf die Erstkomponente bereits übergegangen ist, bei einem Vertragslösungsrecht im Hinblick auf die Zweitkomponente auf der zivilrechtlichen Ebene noch unter Berufung auf den Finalnexus vom Gesamtgeschäft zu lösen. Dies gilt selbst bei einem zufälligen Untergang der Zweitkomponente, solange nicht auch insofern die Gegenleistungsgefahr übergegangen ist. In den umrissenen Fällen muss deshalb bei zivilrechtsakzessorischer Rechnungslegung die Erlösrealisierung hinausgezögert werden.

2
Aus bilanzieller Sicht lassen sich gegenüber diesem Ergebnis noch zumindest zwei Einwände vorbringen. Von diesen verfängt jedoch nach hier vertretener Auffassung schlussendlich nur einer. Der erste Einwand geht dahin, dass Leistungsstörungenrisiken, der finanzgerichtlichen Rechtsprechung zufolge, die Ertragsrealisation grundsätzlich nicht beeinflussen und daher dem Risiko einer Leistungsstörung der Zweitkomponente beim vorgestellten Modell ein (zu) hohes Gewicht zugesprochen wird. Damit zusammenhängend kann vorgebracht werden, dass das Modell keine Begründung dafür zu liefern vermochte, weshalb die wirtschaftliche Beurteilung des Risikos einer Totalabwicklung des Mehrkomponentengeschäfts bilanziell ausgeblendet werden sollte. Im Lichte dieser beiden Einwände erscheint der Status der zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung fragil. Sofern der Gesetzgeber an der derzeitigen Ausgestaltung der §§ 238 ff. HGB festhält, ist sie jedoch methodisch zwingend, sofern man sich nicht auf die in Teil 6 der Arbeit vertretene Neubestimmung des

Verhältnisses von Vorsichts- und Realisationsprinzip einlässt (A.). Auch wenn man die in Teil 6 näher dargestellten Überzeugungen nicht mitzutragen bereits ist, bedeutet dies nicht, dass die Rechnungslegung ihren Mindestabstand zum Privatrecht ganz aufgeben muss. Denn das Privatrecht vermag der Rechnungslegung jedenfalls keine Begründung für das Wesentlichkeitskriterium (dazu § 10 C.) zu liefern (B.).

A. Einwand: Realitätsverdrängung

I. Widerspruch zur Behandlung des Leistungsstörungsrisikos

- 3 Gegen das hier vorgestellte, auf der zivilrechtsakzessorischen Rechnungslegungsmethode aufbauende Konzept kann, wie angedeutet, zunächst der Einwand vorgebracht werden, dass es der herkömmlichen Bewertung des Leistungsstörungsrisikos im Bilanzrecht widerspricht, sofern, wie hier vertreten wird, die Gefahr eines Vertragslösungsrechts im Hinblick auf die Zweitkomponente in späteren Wirtschaftsjahren einer (Teil-)Gewinnrealisierung entgegenstehen soll. Damit wird in den Blick genommen, dass die finanzgerichtliche Rechtsprechung dem Gewährleistungsrisiko beim „einfachen“ Kaufvertrag jeden Einfluss auf die Ertragsrealisation abspricht. Obschon die Möglichkeit im Raum steht, dass sich der Käufer in Zukunft erfolgreich auf ein Gewährleistungsrecht beruft, soll die Kaufpreisforderung bereits beim Verkäufer angesetzt und damit der Ertrag aus dem Geschäft realisiert werden können. Das verbleibende Gewährleistungsrisiko soll (nur) im Wege einer Rückstellung abgebildet werden müssen (näher § 13 B.). Es ist zunächst nicht ersichtlich, weshalb die Leistungsstörungsgefahr bei Mehrkomponentengeschäften anders behandelt werden sollte. Denn der einzige Unterschied zu den Fällen einfacher Kaufverträge besteht darin, dass sich eine Leistungsstörung hier im Wege der „Gesamtwirkung“ auch auf den Teil der Gegenleistung, welcher auf die bereits erfüllte Leistungspflicht entfällt, auswirken kann. Wenn überhaupt, dann ist aufgrund der Verdoppelung der Tatbestandsvoraussetzungen in Mehrkomponentenfällen – Leistungsstörung und Gesamtwirkung – davon auszugehen, dass dem Bilanzierenden die Gegenleistung im Hinblick auf die erste, fehlerfrei erbrachte Leistungskomponente bereits sicherer ist als beim Einkomponentenvertrag.

II. Ausblendung „wirtschaftlicher“ Risikobeurteilungen

- 4 Weiterhin kann vorgebracht werden, dass das hier vertretene zivilrechtsakzessorische Konzept der finanzgerichtlichen Rechtsprechung zum Umgang mit Temporärverlusten bei Mehrkomponentengeschäften (§ 10 A.) widerspricht. Der BFH hat in den einschlägigen Entscheidungen – wie aufgezeigt – durchblicken lassen, dass er

eine Bilanzierung, die sich an einer „wirtschaftlichen“ Einschätzung des tatsächlichen Umfangs der Gewährleistungsrisiken bei Mehrkomponentengeschäften orientiert, befürwortet.¹¹⁵⁸ Döllerer hat dementsprechend bereits 1974 vorgebracht, dass es für eine Teilgewinnrealisation genügen dürfte, wenn eine Beeinträchtigung des Anspruchs auf den Teil der Gegenleistung, der auf eine Teilerfüllung entfällt, nach den tatsächlichen Umständen ausgeschlossen erscheint.¹¹⁵⁹

Vergleichbare Überlegungen finden sich nunmehr teilweise in der bilanzrechtsdogmatischen Literatur zur Abbildung von Mehrkomponentengeschäften wieder. *Joisten* zufolge soll etwa trotz einer unteilbaren Gegenleistung eine separate Ertragsrealisation zulässig sein, wenn der Unternehmer fest damit rechnen kann, dass der Kunde Schadensersatz nach Maßgabe der Surrogationsmethode wählen wird, er also trotz unteilbarer Gegenleistung beabsichtigt, an dem Vertrag festzuhalten.¹¹⁶⁰ Auch *Wirth* vertritt die Auffassung, dass ein „Totalrücktrittsrecht“ des Kunden bei Teilleistung des Bilanzierenden wie der Preisgefahrenübergang bei normalen Geschäftstransaktionen zwar ein gewichtiges, aber nicht unwiderlegbares Indiz für den bilanzzweckadäquaten Gewinnrealisationszeitpunkt darstelle.¹¹⁶¹ Es bedürfe seiner Meinung nach sogar stets noch der ergänzenden Prüfung, ob zu diesem Zeitpunkt tatsächlich sämtliche Risiken – ausgenommen der grundsätzlich durch Rückstellungsbildung zu erfassenden Forderungsausfall- und Gewährleistungsrisiken – soweit abgebaut sind, dass die bilanzielle Forderung und der Gewinn als quasisischer gelten können.¹¹⁶²

Im Gegensatz dazu, kommt es bei strenger Befolgung der vorstehend dargelegten zivilrechtsakzessorischen Methode allein darauf an, dass aus privatrechtsdogmatischer Sicht ein Gewährleistungsrisiko der Theorie nach zu bejahen ist. Ausgeblendet wird dabei, ob es überhaupt nahe liegt, dass der Abnehmer ein ihm im Hinblick auf die restlichen Leistungskomponenten hypothetisch zustehendes Recht zur Berufung auf den Finalnexus auch tatsächlich geltend macht und in der Lage ist, die daraus resultierenden Rechtsfolgen (gerichtlich) durchzusetzen. Dies gilt, obschon eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung wohl zu dem Ergebnis kommen müsste, dass die Mehrkomponentenanbieter insofern kaum Risiken ausgesetzt sind. Denn das Operieren mit dem Finalnexus dürfte weder den Kenntnissen noch den Fähigkeiten durchschnittlicher Verbraucher entsprechen. Dieselben Bedenken ließen sich, wenngleich in abgeschwächter Form, im Übrigen vorbringen, sofern, entgegen der

1158 So hat sich der I. Senat des BFH in seinem Beschluss zu Koppelungsgeschäften im Mobilfunksektor auf den Standpunkt gestellt, dass der Gefahr einer (Teil-)Kündigung des MFD-Vertrags und einem sich daran anschließenden Behaltendürfen des Mobiltelefons keine Bedeutung zukomme, da diese Gefahr jedenfalls keinen Einfluss auf das Kalkül der handelnden Parteien gehabt habe, vgl. BFH Beschl. v. 7.4.2010 – I R 77/08 = DStR 2010, 1015 Rn. 8.

1159 Döllerer BB 1974, 1541 (1544).

1160 Joisten, Mehrkomponentengeschäfte, S. 363.

1161 Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 105.

1162 Wirth, Die Bilanzierung von Mehrkomponentengeschäften, S. 106.

hier vertretenen Auffassung, eine Einordnung der Mehrkomponentengeschäfte unter § 313 BGB bzw. die Auslegungslösung des BGH bejaht wird.

- 7 Hinzukommt noch, dass das Ausmaß der durch eine strenge Befolgung der zivilrechtsakzessorischen Methode bei der Mehrkomponentenbilanzierung verursachten „Realitätsverengung“, wie bereits anhand der Behandlung von Drohverlustrückstellungen in Teil 4 der Arbeit verdeutlicht wurde, bedeutend sein kann: Nach der hier befürworteten Auslegung des § 249 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB kommt es etwa bei einer Hinauszögerung der Umsatzrealisation nicht zu einer Einheitsbetrachtung des Geschäfts zu Beginn. Vielmehr sind die aus ihm drohenden vorübergehenden Verluste über Drohverlustrückstellungen zu erfassen und nicht zu saldieren, selbst wenn das Geschäft insgesamt gewinnbringend ist und nur einzelne seiner Komponenten bewusst unterbewertet wurden (vgl. § 10 A.).

III. Einordnung dieser Einwände in die allgemeine Debatte

- 8 Die unter I. und II. dargelegten Einwände lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass, sofern man bilanziell an privatrechtliche Wertungen anknüpft, den Anbietern von Mehrkomponentengeschäften eine „übersichtliche“ Bilanzierung auferlegt wird. Der dem Gebot der zivilrechtsakzessorischen Bilanzierung gemachte Vorwurf lautet also, dass es den Rechtsanwender zu einer in Teilen schematischen, und die Realität ausblendenden Sichtweise zwingt bzw., dass die privatrechtskonforme Bilanzierung zwar objektive, nicht aber überzeugende Ergebnisse liefert. Dadurch wird zugleich erkennbar, dass in den hier formulierten Einwänden nur die allgemeine Auffassung zum Ausdruck kommt, dass die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien und die dispositive Gesetzesregelung bloße Indikatoren für die Quasisicherheit der Gegenleistungsforderung bei einer Lieferung und Leistung und damit die Bestimmung des Realisationszeitpunkts sein könnten¹¹⁶³ und die Risikolage des Kaufmanns im Hinblick auf den Erhalt der Gegenleistung immer noch aus wirtschaftlicher Sicht, also unter Einbeziehung der „wirklichen“ wirtschaftlichen Vorgänge und Zustände, analysiert werden müsse.¹¹⁶⁴ Bei dieser Ermittlung des eigentlichen wirtschaftlichen Gehalts eines Geschäfts, muss es dann eine Frage der Einzelfallabwägung bleiben, unter welchen Voraussetzungen die „wirtschaftliche“ Kontrollüberlegung anstelle des zivilrechtsakzessorischen Vorgehens das „richtige“

¹¹⁶³ Hennrichs, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rn. 414; Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (890).

¹¹⁶⁴ Vgl. allgemein zum Bedeutungsgehalt der so genannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Beisse StW 1981, 1 (12); ders., in: FS Müller, 2001, S. 731 (739): „substance over form“; Meyer, JbJZ 2011, 69 (95); Groh StW 1989, 227 (230 f.); Ekkenga ZGR 1997, 262 (267 f.). Insbesondere ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht gleichbedeutend und nicht zu verwechseln mit der ökonomisch geleiteten Auslegung des geltenden Rechts, vgl. Beisse StW 1984, 1 (10): „der juristische Zweckbegriff des „Wirtschaftlichen“ [ist] gerade nicht im Sinne einer ökonomischen Betrachtungsweise konzipiert [...], sondern [meint] vielmehr eine bestimmte, anders strukturierte Wirklichkeitsbezogenheit des Rechtlichen“; s. auch Meyer, JbJZ 2011, 69 (76, 95); Groh StW 1989, 227 (230).

Bilanzieren vorgibt. Schlussendlich endete man also bei einer freien Abwägbarkeit von zivilrechtsakzessorischer und „wirtschaftlicher“ Bilanzierung.

IV. Zur fehlenden Einbettung in das HGB

Dass eine wirtschaftliche Kontrollüberlegung statthaft sei, findet im HGB weder eine ausdrückliche noch eine mittelbare textliche Stütze. Insbesondere kann die Zulässigkeit nicht aus § 264 HGB hergeleitet werden.¹¹⁶⁵ Auch fände hier dann nicht etwa bloß eine teleologische Gesetzesauslegung statt. Wirtschaftliche Betrachtungsweisen lassen sich zwar teilweise als eine „auf das Recht der Rechnungslegung bezogene teleologische Auslegung des Gesetzes“ reformulieren, wodurch sie zugleich aus methodischer Sicht gerechtfertigt erscheinen,¹¹⁶⁶ hier scheidet dieses Vorgehen aber aus. Denn der Begriff der „wirtschaftlichen“ Kontrollüberlegung bezeichnet hier (nur) ein besonderes Vorgehen bei der Sachverhaltsbeurteilung, dessen einziger Zweck darin besteht, eine realistischere Bilanzierung in Distanz zu untauglichen privatrechtlichen Wertungen sicher zu stellen, die Ausfluss einer Auslegung des BGB (also des Gesetzes) oder einer Vertragsauslegung waren. Dementsprechend kann im hiesigen Kontext allenfalls von einer „wirtschaftlichen“ Methode in einem weiten, untechnischen Sinne die Rede sein. Auch das heißt aber nicht, dass der Kontrollüberlegung ihre fehlende gesetzliche Verankerung vorgeworfen werden kann. Denn derselbe Vorwurf könnte gegenüber der hier als vorzugswürdig angesehenen zivilrechtsakzessorischen „Methode“ erhoben werden.

V. Stellungnahme zum Einwand der Realitätsverengung

Angesichts der vorstehenden Ausführungen erscheint zweifelhaft, ob Teil 5 der Arbeit überhaupt für sich beanspruchen darf, allgemeingültige Aussagen zur Teilgewinnrealisation bei Mehrkomponentengeschäften zu treffen. Denn insofern die Befolgung der zivilrechtsakzessorischen Methode dazu führt, dass der Einblick in die Unternehmenslage erheblich verzerrt wird, kann sie nicht erwarten, aus Sicht der Rechnungslegungspraxis überzeugender zu sein als „wirtschaftliche“ Einzelfallbetrachtungen. Allgemein zeigt sich hier also eine Dissonanz zwischen der Leistungsfähigkeit des Privatrechtssystems und den Anforderungen des Rechnungslegungssystems. Die Arbeit vertritt aber die These, dass die deutsche Bilanzrechts-

1165 Vgl. zum methodischen Bedeutungsgehalt der Norm: *Ekkenga* ZGR 1997, 262 (267 f.); *Meyer*, JbJZ 2011, 69 (70, 72 ff.), der in § 264 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. HGB, § 39 Abs. 2 AO und §§ 40, 41, 42 AO eine gesetzliche Verankerung der „wirtschaftlichen“ Zurechnung von Vermögensgegenständen sieht. Vgl. aber § 4 RAO 1919, wonach bei der Auslegung der Steuergesetze „ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen“ waren.

1166 *AK Bilanzrecht* NZG 2014, 892 (894); vgl. auch *Merkt*, in: *Hopt*, HGB, Einleitung vor § 238 Rn. 71; *Beisse* StuW 1981, 1 (12).

ordnung diese Dissonanz aushalten und die zivilrechtsakzessorische Methode gegen den Vorwurf der Realitätsferne verteidigen muss, weil die vorgeschlagene Alternativlösung ist aus Sicht des Rechts schlichtweg unakzeptabel ist.

- 11 Wenn man einer wirtschaftlichen (Kontroll-)Betrachtung zivilrechtsakzessorisch erlangter Erkenntnisse das Wort redet, ist ein normatives Erwarten nicht möglich. Solange die wirtschaftliche Betrachtungsweise den Gerichten als Alternativoption zur Entscheidungsbegründung zur Verfügung steht, können die Rechtsanwender erst dann auf die Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns vertrauen, wenn der BFH konkret über dieses Handeln entschieden hat. Denn die Argumentation mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist immer eine Argumentation ad hoc und ad hominem. Sie stützt sich allein darauf, welche Sachverhaltsbetrachtung das Gericht konkret für „realistisch“ erachtet. Aus ihr lassen sich aber keinerlei Folgerungen für angrenzende Fragestellungen ableiten, auch wenn sie sehr vergleichbar erscheinen. Auf wirtschaftliche Erwägungen abstellenden Gerichtsentscheidungen fehlt es mit anderen Worten an einem Anhaltspunkt für Typisierungen.¹¹⁶⁷ Angesichts dessen muss die Rechnungslegung aus einer Funktionenperspektive des Rechts jedenfalls so weit wie möglich in das Privatrechtssystem integriert werden, indem neu abzubildende schwierige Fälle in juristische Begriffe überführt werden, selbst wenn dies bedeutet, dass die sich daran anschließende Bilanzierung im Ergebnis im Einzelfall „unrealistischer“ erscheint als eine auf wirtschaftliche Erwägungen abstellende Rechnungslegung. Es ist daher im Grundsatz dafür zu plädieren, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine präzisierte rechtsformalistische Sicht nicht verdrängen darf.¹¹⁶⁸ Davon ist nur abzuweichen, insofern es gelingt, die wirtschaftliche Betrachtungsweise selbst zu verrechtlichen. Hier wird die Auffassung vertreten, dass dies möglich ist, und zwar, indem man sie als Ausdruck einer Abwägung der zwei für die Ertragsrealisation zentralen Bilanzierungsprinzipien, des Vorsichts- und des Realisationsprinzips reformuliert. Dieser Gedanke wird im anschließenden Teil 6 näher dargestellt.

B. Fehlende dogmatische Anknüpfungspunkte für eine Wesentlichkeitsbetrachtung

- 12 Die vorstehenden Ausführungen bedeuten nicht, dass sich auf der Grundlage der Zivilrechtsakzessorietät (Teil 5) und bei dogmatischer Effektivierung von Vorsichts-

1167 Zu einem vergleichbaren Schluss kommt, wenngleich aus einer ganz anderen theoretischen Perspektive, Moxter, wenn er vorbringt, dass „wichtige Bilanzierungsfragen nicht oder jedenfalls nicht schlüssig“ beantwortet werden könnten, sofern es zulässig sei, eine „unter Umgehung der Fundamentalprinzipien unmittelbar auf die Objektivierungs- und Vereinfachungsprinzipien abstellende (oder eine jeder dogmatischen Basis entbehrende) Sicht“ einzunehmen (vgl. Moxter, in: FS Döllerer, 1988, S. 447 (449)).

1168 Vgl. zu abweichenden Auffassungen etwa Beisse Stuw 1984, 1 (12); Wüstemann/Kierzek Zfbf 2007, 882 (890).

und Realisationskonzept (Teil 6) bereits ein vollständiges Ertragsrealisationskonzept für Mehrkomponentengeschäfte entwerfen lässt. Die Bilanzrechtsdogmatik muss vielmehr weiterhin eine Lücke aufweisen, wenn es darum geht, eine rechtlich tragfähige Theorie für das Konzept der Kostenabgrenzung zu entwerfen. Wie in § 10 C. aufgezeigt wurde, vermag es die Bilanzrechtsdogmatik aus sich heraus nicht, die bei der Gewinnrealisation einer Reihe von Mehrkomponentengeschäften befürwortete Wesentlichkeitsbetrachtung mit im Recht tragfähigen Argumenten zu begründen. Auch unter Berücksichtigung der Privatrechtsakzessorietät der Gewinnrealisation ist dies nicht möglich. Eine Wesentlichkeitsbetrachtung von Leistungspflichten ist dem Schuldrecht zwar nicht per se unbekannt, bei privatrechtlicher Betrachtung muss aber gelten, dass es gerade für eine Einheitsbetrachtung von Leistungskomponenten spricht, wenn eine nachlaufende, am Periodenende noch ausstehende Leistungspflicht als „unwesentlich“ einzuordnen ist. Denn die Wertung wesentlich/unwesentlich impliziert eine Komponentenverbindung.

Bei Übertragung auf die bilanzielle Ebene würde dies gegen eine Vollgewinnrealisierung bereits in der Periode sprechen, so wie sie die Anhänger des Konzepts der Kostenabgrenzung befürworten. Bilanziell wäre das dann erzielte Ergebnis hochgradig kontraintuitiv. Demonstrieren lässt sich dies an § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB, der von den im BGB enthaltenen Regelungen noch am ehesten eine, wenngleich auf das Einzelvertragsverhältnis beschränkte Wesentlichkeitsbetrachtung enthält. Danach darf der Gläubiger (also der Kunde), sofern der Schuldner (also der Anbieter) bereits eine Teilleistung bewirkt hat, vom ganzen Vertrag nur noch zurücktreten, wenn er an dieser Teilleistung kein Interesse hat. Dementsprechend kommt (allein) im Fall der „unwesentlichen“ Teilleistung in der Erstperiode noch ein Gesamtrücktritt in Betracht, was jegliche Gewinnrealisation ausschließen muss, also auch diejenige im Hinblick auf die bereits erbrachte „unwesentliche“ Teilleistung. Umgekehrt kann im Fall einer „wesentlichen“ Teilleistung bereits eine Teilgewinnrealisation stattfinden. Hier endet der Aussagegehalt des Privatrechts zudem. Dass die „Unwesentlichkeit“ einer noch ausstehenden Leistungspflicht dazu führt, dass dem Mehrkomponentenanbieter der Gesamtgewinn aus dem Geschäft bereits „quasisicher“ ist, ist mithin eine privatrechtsfremde Wertung. Diese Stelle wird erst durch den in Teil 7 ausformulierten dritten Dogmatisierungsbaustein ausgefüllt.

13

