

PHILIPP SCHLÜTER

Rückabwicklung und Selbstbestimmung

*Freiburger
Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen*

Mohr Siebeck

FREIBURGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Band 28



Philipp Schlüter

Rückabwicklung und Selbstbestimmung

Mohr Siebeck

Philipp Schlüter, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. I der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; 2020 Promotion; seit 2020 Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht und wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.
orcid.org/0000-0003-4783-6289

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort.

ISBN 978-3-16-159919-4 / eISBN 978-3-16-159960-6

DOI 10.1628/978-3-16-159960-6

ISSN 1864-3701 / eISSN 2569-393X (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Printed in Germany.

Meiner Mutter

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Mein vornehmlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. Jan Felix Hoffmann, dessen hervorragende Betreuung und wertvollen Anregungen zur Entstehung dieser Arbeit in besonderem Maße beigetragen haben. Dank gebührt weiterhin Frau Professorin Dr. Sonja Meier, LL.M. (London) für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die eingehende Auseinandersetzung mit meiner Arbeit.

Für Diskussionsbereitschaft und Manuskriptdurchsicht habe ich vielen zu danken und möchte stellvertretend Herrn Dr. Ivan Labusga und Frau Victoria Marini hervorheben.

Schließlich danke ich meiner Familie für unschätzbaren Rückhalt in jeder Lebenssituation.

Hamburg, im April 2021

Philipp Schlüter

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| | |
| <i>Einleitung</i> | 1 |
| A. Problemaufriss | 1 |
| B. Zielsetzung und Gang der Darstellung | 8 |
| | |
| <i>1. Kapitel: Die unzureichende dogmatische Erfassung der Rückabwicklungsregime des BGB als historisch gewachsenes Problem</i> | 11 |
| A. Eine einheitliche Rechtsnatur der Rückabwicklungsregime? | 11 |
| B. Die Geschichte der Rückabwicklung | 12 |
| C. Stellungnahme | 72 |
| | |
| <i>2. Kapitel: Die Rückabwicklung im System des bürgerlichen Rechts</i> | 75 |
| A. Einführung | 75 |
| B. Regelungsanliegen und System des Privatrechts | 75 |
| C. Zuweisung und Schutz von Rechtspositionen | 104 |
| D. Die gemeinsame Dogmatik der dynamischen Substanzrechte | 127 |
| | |
| <i>3. Kapitel: Substanzrechtsbestimmung und Rechtsverletzung</i> | 173 |
| A. Das maßgebliche Substanzrecht | 173 |
| B. Die maßgebliche Rechtsverletzung | 182 |
| C. Zwischenergebnis und Synthese | 237 |
| | |
| <i>4. Kapitel: Die Leistungsfähigkeit der gewonnenen Kriterien</i> | 241 |
| A. Einführung | 241 |
| B. Die Saldotheorie | 241 |
| C. Die Dreiecksfälle | 318 |

| | |
|--|-----|
| <i>Schlussbetrachtung</i> | 389 |
| <i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i> | 393 |
| Literaturverzeichnis | 419 |
| Sachverzeichnis | 459 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsübersicht | IX |
| | |
| Einleitung | 1 |
| <i>A. Problemaufriss</i> | 1 |
| <i>B. Zielsetzung und Gang der Darstellung</i> | 8 |
| | |
| 1. Kapitel: Die unzureichende dogmatische Erfassung der Rückabwicklungsregime des BGB als historisch gewachsenes Problem | 11 |
| <i>A. Eine einheitliche Rechtsnatur der Rückabwicklungsregime?</i> | 11 |
| <i>B. Die Geschichte der Rückabwicklung</i> | 12 |
| I. Konkretes Erkenntnisziel des Rückblicks | 12 |
| II. Die Leistungskondiktion | 14 |
| 1. Die Geschichte der Kondiktionen und des Bereicherungsrechts | 14 |
| a) Das römische Kondiktionsrecht | 14 |
| aa) Der Tatbestand der römischen <i>condictio</i> | 14 |
| bb) Die Frage der Rechtsnatur der <i>condictiones</i> | 17 |
| b) Die spätscholastische Restitutionslehre als einheitlich rechtszuweisungsorientiertes Haftungsrecht | 20 |
| c) Die Bereicherungslehre des Grotius | 23 |
| d) Die Bereicherungslehre bei Pufendorf und Wolff | 27 |
| e) Die Bereicherungslehre des gemeinen Rechts | 31 |
| aa) Überblick | 31 |
| bb) Savignys Bereicherungslehre | 34 |
| (1) Die Kondiktionen | 34 |
| (2) Die Eigentumsübertragung | 38 |
| cc) Die Voraussetzungslehre Windscheids | 40 |

| | |
|---|----|
| dd) Zwischenergebnis | 41 |
| f) Die Kodifikation des BGB | 42 |
| aa) Der Vorentwurf von Kübels | 42 |
| bb) Die Fassung der Ersten Kommission | 46 |
| cc) Die Vorkommission zur Zweiten Kommission im Reichsjustizamt | 47 |
| dd) Die Fassung der Zweiten Kommission | 47 |
| g) Die bereicherungsrechtliche Trennungslehre | 52 |
| h) Die „neue“ bereicherungsrechtliche Einheitslehre | 57 |
| 2. Zusammenfassung und Stellungnahme | 58 |
| III. Die Rückgewähr infolge Rücktritts | 60 |
| 1. Das römische Recht | 61 |
| 2. Kanonisches Recht, Naturrechtslehre und gemeines Recht | 62 |
| 3. Die Kodifikation des BGB | 68 |
| 4. Entwicklung nach der Kodifikation | 69 |
| 5. Zusammenfassendes Zwischenergebnis | 70 |
| IV. Die Rückgewähr infolge Verbraucherwiderrufs | 70 |
| C. <i>Stellungnahme</i> | 72 |
| | |
| 2. Kapitel: Die Rückabwicklung im System des bürgerlichen Rechts | 75 |
| | |
| A. <i>Einführung</i> | 75 |
| | |
| B. <i>Regelungsanliegen und System des Privatrechts</i> | 75 |
| I. Die Unabhängigkeit des Systems vom Regelungsanliegen | 75 |
| 1. Das System des subjektiven Rechts als funktionale Denkform des Privatrechts? | 75 |
| 2. Historische Debatte und gegenläufige Tendenzen | 78 |
| II. Das Regelungsanliegen des Privatrechts | 85 |
| 1. Relevanz im hiesigen Kontext | 85 |
| 2. Gegenwärtiger Stand der Diskussion um die Funktion des Privatrechts | 88 |
| a) Die überkommene Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht | 88 |
| b) Konvergenzbestrebungen | 90 |
| c) Präventionsfunktion des Rechtsschutzes als verstecktes Vehikel zur Implementation kollektivistischer Tendenzen? | 94 |
| 3. Stellungnahme | 96 |

| | |
|--|------------|
| III. Das System des Privatrechts | 99 |
| 1. Grundsätzliche Weichenstellung | 99 |
| 2. Vorzüge rein ausschließenden Denkens | 101 |
| IV. Ergebnis: Rechtszuweisung zur Koordinierung individueller Freiheit . . | 103 |
| <i>C. Zuweisung und Schutz von Rechtspositionen</i> | <i>104</i> |
| I. Die unterschiedlichen Substanzenrechte | 106 |
| 1. Statische Substanzenrechte | 107 |
| a) Grundsätzliches | 107 |
| b) Absolute Wirkung | 109 |
| 2. Dynamische Substanzenrechte | 111 |
| a) Grundsätzliches | 111 |
| b) Vermögensaufstockende dynamische Substanzenrechte | 112 |
| c) Vermögenschützende dynamische Substanzenrechte | 114 |
| d) Relative Wirkung | 114 |
| II. Der Schutz von Substanzenrechten | 115 |
| 1. Die Zweckgebundenheit der Schutzrechte | 116 |
| 2. Der materielle Geltungsgrund unterschiedlicher Schutzrechte | 117 |
| a) Systembedingte Heteronomie bürgerlichen Rechtsschutzes? | 118 |
| b) Stellungnahme | 121 |
| 3. Unterscheidung nach Ziel und Wirkung | 124 |
| a) Vermögensverschiebung und Vermögenswahrung | 124 |
| b) Rechtsverwirklichender und rechtsfortsetzender Rechtsschutz . . . | 125 |
| 4. Zwischenergebnis | 127 |
| <i>D. Die gemeinsame Dogmatik der dynamischen Substanzenrechte</i> | <i>127</i> |
| I. Materiell-rechtliche Gründe für das verfügungsrechtliche Vollzugserfordernis | 128 |
| II. Verfügungsrechtlicher Vollzug und Rückabwicklung | 129 |
| 1. Teleologie des Abstraktionsprinzips | 129 |
| 2. Wirkung und Konsequenzen des Abstraktionsprinzips | 131 |
| 3. Abgrenzungsfragen | 134 |
| a) Abstraktion, Trennungsprinzip und dinglicher Vertrag | 135 |
| aa) Trennungsprinzip und dinglicher Vertrag | 135 |
| bb) Wirkungen des dinglichen Vertrags | 138 |
| cc) Heteronomie des dinglichen Vertrages | 141 |
| dd) Subjektives Element und rechtsstaatliche Substituierbarkeit . . | 143 |
| b) Abstraktion und Relativitätsdogma | 146 |
| c) Abstraktion und Gutgläubenserwerb | 147 |
| 4. Anwendungsbereich | 148 |
| a) Sachleistungen und absolut wirksame Rechtsänderungen | 148 |

| | |
|--|-----|
| b) Tathandlungen | 150 |
| c) Exkurs: Geld | 153 |
| 5. Drittschutz: Aussonderung „unterscheidbarer“ Rückabwicklungs- forderungen? | 161 |
| a) „Unterscheidbarkeit“ als ungeeignetes Kriterium | 161 |
| b) „Wirtschaftliches“ und „formaljuristisches“ Eigentum? | 163 |
| c) Fehlende Legitimierbarkeit eines Privilegs | 164 |
| d) Stellungnahme zur zwangsvollstreckungsrechtlichen Abstraktion | 166 |
| III. Schlussfolgerungen | 167 |
| | |
| 3. Kapitel: Substanzrechtsbestimmung und Rechtsverletzung | 173 |
| | |
| <i>A. Das maßgebliche Substanzrecht</i> | 173 |
| I. Die Unzulänglichkeit der These vom Rückabwicklungsversprechen | 174 |
| II. Die Unzulänglichkeit der These vom „sektoralen“ Vermögensschutz | 175 |
| III. Die Selbstbestimmungsfreiheit als die Rückabwicklung legitimierendes Substanzrecht | 181 |
| | |
| <i>B. Die maßgebliche Rechtsverletzung</i> | 182 |
| I. Die Nichtigkeit von Verträgen | 183 |
| 1. Das heterogene Nichtigkeitsverständnis der herrschenden Meinung | 184 |
| a) Die Gesetzgebungsgeschichte | 184 |
| b) Die Rezeption des Nichtigkeitsbegriffs des BGB | 189 |
| c) Der Versuch einer Neufundierung durch Pawlowski | 190 |
| 2. Die Vertragsnichtigkeit im Kontext des Rechtszuweisungsprinzips als zentrales Ordnungsinstrumentarium des Privatrechts | 193 |
| a) Rechtszuweisung und Privatautonomie | 193 |
| b) Störungen des Selbstbestimmungsaktes | 194 |
| aa) Der Konflikt zwischen Wille und Erklärung | 194 |
| bb) Störungen der Selbstbestimmung durch (vorläufige) heteronome Bindung an die Verfügung | 199 |
| II. Die verschiedenen Nichtigkeitsgründe | 200 |
| 1. Anfechtungsrechte | 200 |
| a) Störungen auf Willensbildungsebene | 201 |
| b) Störungen auf Erklärungsebene | 202 |
| c) Der inhaltliche Umfang der Nichtigkeitsanordnung | 203 |
| aa) Selbstbestimmung als Grund und Grenze der Nichtigkeit | 203 |
| bb) Das Problem des Reurechtsausschlusses | 204 |
| cc) Die Kipp'sche Doppelwirkungslehre | 210 |

| | |
|--|-----|
| d) Zwischenergebnis | 214 |
| 2. Dissens | 214 |
| 3. Rücktrittsrechte | 215 |
| a) Der begrenzte schuldnerische Bindungswille | 215 |
| b) Der subjektive Fehlerbegriff in Konsequenz der schuldnerischen Bindungsbegrenzung | 218 |
| c) Die unzureichende Erfassung des schuldnerischen Bindungswillens | 219 |
| aa) Die Vertragstreue als verselbstständigtes Prinzip | 220 |
| bb) Vergewisserung: Der Streit um die Voraussetzungslehre in ihrer Parallele zur Flume'schen Lehre vom Eigenschaftsirrthum | 222 |
| d) Zwischenergebnis | 226 |
| 4. Paritätsstörungen | 226 |
| 5. Heteronome Nichtigkeitsanordnungen | 229 |
| a) Äußere Grenzen der Privatautonomie | 230 |
| b) Formmängel | 231 |
| c) Nichtigkeitsumfang | 233 |
| d) Exkurs: Rücktrittsrecht wegen Störung der Geschäftsgrundlage und Minderung beim Kauf | 234 |
| III. Zwischenergebnis: Die Rechtsverletzung bei der Vertragsnichtigkeit | 235 |
| C. <i>Zwischenergebnis und Synthese</i> | 237 |
| | |
| 4. Kapitel: Die Leistungsfähigkeit der gewonnenen Kriterien | 241 |
| | |
| A. <i>Einführung</i> | 241 |
| B. <i>Die Saldotheorie</i> | 241 |
| I. Derzeitiger Diskussionsstand | 242 |
| 1. Die Saldotheorie | 242 |
| a) Der Geburtsfehler der Saldotheorie | 242 |
| b) Die Rechtsprechungsentwicklung | 247 |
| aa) Rezeption durch das Reichsgericht: Problem als Kausalitätsproblem | 247 |
| bb) Theoretische Abkehr des BGH bei gleichbleibenden Ergebnissen | 248 |
| 2. Gegenpositionen | 251 |
| a) Die Parallele zur Irrtumsanfechtung | 252 |
| aa) Theorie | 252 |
| bb) Stellungnahme | 255 |

| | | |
|-----|---|-----|
| b) | Gegenstandsorientierte Kritikversuche | 257 |
| aa) | Theorie | 257 |
| bb) | Stellungnahme | 262 |
| c) | Neuere vermögensorientierte Kritikversuche | 265 |
| aa) | Flumes Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung | 265 |
| (1) | Theorie | 265 |
| (2) | Stellungnahme | 267 |
| bb) | Mosslers „Lehre vom Rechtsgrundlosigkeitszusammenhang“ | 269 |
| (1) | Theorie | 269 |
| (2) | Stellungnahme | 271 |
| cc) | Friesers Vergleich zum Schadensersatzrecht | 273 |
| dd) | Zusammenfassende Stellungnahme | 279 |
| d) | Singers Theorie von der Maßgeblichkeit der Selbstbestimmungsbeeinträchtigung | 281 |
| II. | Die Saldotheorie unter dem Gesichtspunkt des Selbstbestimmungsschutzes | 283 |
| 1. | Ubiquität des Problems | 283 |
| 2. | Grenzen des rechtsfortsetzenden Selbstbestimmungsschutzes | 283 |
| 3. | Der Rückgriff auf den Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Teilnichtigkeit | 287 |
| a) | Zur Leistungskondition berechtigende Nichtigkeitsgründe | 288 |
| b) | Zur Rückabwicklung infolge Rücktritts berechtigende Nichtigkeitsgründe | 294 |
| aa) | Einführung | 294 |
| bb) | Gesetzliche Wertersatzvorschriften im Rücktrittsfolgenrecht | 294 |
| c) | Zur Rückabwicklung infolge Verbraucherwiderrufs berechtigende Nichtigkeitsgründe | 305 |
| aa) | Einführung | 305 |
| bb) | Gesetzliche Wertersatzvorschriften im Verbraucherwiderrufsrecht | 306 |
| d) | Pauschale Ausnahmen der materiellen Saldotheorie? | 314 |
| 4. | Konsequenzen für die Dogmatik der Rückabwicklungsmechanismen | 315 |
| a) | Geltungsgrund der saldotheoretischen Wertersatzforderung | 315 |
| b) | Ordnungsfunktion der saldotheoretischen Wertersatzforderung | 316 |
| c) | Konsequenzen für den Streit um Einheits- und Trennungslehre | 317 |
| C. | Die Dreiecksfälle | 318 |
| I. | Derzeitiger Diskussionsstand und Kritik | 319 |
| 1. | Die Kriterien der herrschenden Doktrin zur Bewältigung der Dreiecksproblematik im Einzelnen und ihre Kritik | 320 |
| a) | Der „finale Leistungsbegriff“ | 321 |

| | |
|---|-----|
| aa) Kohärenzbestrebungen | 321 |
| bb) Erfüllungstheorien | 323 |
| cc) Stellungnahme | 326 |
| dd) Zwischenergebnis | 331 |
| b) Die Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts | 332 |
| c) Das Subsidiaritätsdogma | 334 |
| d) Zwischenergebnis | 335 |
| 2. Die Ermittlung des Kondizienten anhand von Wertungskriterien | 336 |
| 3. Die Relevanz des Merkmals „auf dessen Kosten“ für die Leistungskondition | 338 |
| a) Die Leistung als „Legaldefinition des Kostenmerkmals“ | 338 |
| b) Die „Durchgangstheorien“ | 339 |
| 4. Kasuistik und Fallgruppen | 343 |
| II. Die Dreiecksfälle unter dem Gesichtspunkt des Selbstbestimmungsschutzes | 355 |
| 1. Drittleistungen und ihre Rückabwicklung | 355 |
| 2. Die Anweisung | 358 |
| a) Die Leistung auf Anweisung als Problem der Notwendigkeit eines Vollzugs von Verbindlichkeiten | 358 |
| b) Der Geheißerwerb als Reduktion vollzugsrechtlicher Erfordernisse | 363 |
| aa) Der Geheißerwerb als Problem des Traditionsprinzips | 365 |
| bb) Schuldnerwechsel | 367 |
| cc) Partielle Derogation des Traditionsprinzips | 370 |
| (1) Teleologie und Legitimität des Traditionsprinzips | 370 |
| (2) Zulässigkeit einer partiellen Derogation | 373 |
| dd) Das Problem des Durchgangserwerbs | 374 |
| (1) Sachenrecht | 374 |
| (2) Tathandlungen | 375 |
| c) Die Leistung auf eine Anweisung als Änderung des Deckungsschuldverhältnisses | 376 |
| aa) Auslegung des Deckungsschuldverhältnisses, der Anweisung und deren Befolgung | 376 |
| bb) Die Nichtigkeit des Deckungsschuldverhältnisses | 378 |
| cc) Das Zuwendungsverhältnis | 380 |
| d) Dogmatische Konsequenzen für die Rückabwicklung | 381 |
| e) Das Problem des Vertrauensschutzes | 383 |
| aa) Der Vertrauensschutz inter partes | 383 |
| bb) Ausblick: Kodifikation und erhöhte Darlegungslast | 387 |
| Schlussbetrachtung | 389 |

| | |
|---|-----|
| Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 393 |
| Literaturverzeichnis | 419 |
| Sachverzeichnis | 459 |

Einleitung

A. Problemaufriss

„Überall also erscheint die *condictio* als der Ersatz, der anstatt der verlorenen Vindication eintritt“.¹ Dies ist die Quintessenz dessen, was *Friedrich Carl von Savigny* als „sehr einfaches Princip“² der Konditionen bezeichnet. Die Vindikation schützt das Eigentum, daran besteht kein Zweifel.³ Ist die Kondition also nur der ersatzweise Schutz dessen, was verlorengegangen ist? Diese Frage beschäftigt die Rechtswissenschaft seit der Zeit, in der man begann, nach dem „hinter“ einer Rechtsschutznorm liegenden Grund zu fragen.⁴ Sie ist bis heute unbeantwortet. Dies ist umso misslicher, als sie sich in einer Zeit, in der Kohärenzbestrebungen zwischen einzelnen Rückabwicklungsregimen prominenter denn je sind,⁵ in ungeahnter Schärfe neu stellt.

Nach geltendem Recht reagieren unterschiedliche Rückabwicklungsregime auf unterschiedliche Störungstatbestände. Im Schuldrecht sind mit der Leistungskondition, der Rückgewähr infolge Rücktritts⁶ und derjenigen infolge Verbraucherwiderrufs drei Rückabwicklungsregime kodifiziert. Deren unbestreitbare Gemeinsamkeit liegt in ihrer Relativität: Sie wirken nur zwischen den Vertragsparteien und gegebenenfalls den sonstigen am Vertrag Beteiligten, nicht

¹ *Savigny*, System V, S. 515 [Hervorhebung im Original]. Zuvor hatte dies bereits *Eduard Gans* festgestellt, vgl. dazu unten 1. Kapitel, Fn. 167 und Fn. 168.

² *Savigny*, System V, S. 511.

³ Statt aller *Mugdan*, Band III, S. 218 f. = Motive III, S. 392 f.

⁴ Kritisch dazu *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 137. Der Frage nach der Zulässigkeit derartiger „Reflexionen“ wird die Arbeit an verschiedenen Stellen nachgehen; vgl. etwa unten S. 17 ff.

⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 194 f.: „Für die Regelung des Entwurfs spricht weiter der Gedanke, dass für die Rückabwicklung nach Rücktritts- und Bereicherungsrecht, soweit möglich, gleiche Prinzipien gelten sollten.“ Vgl. ferner unten zu neueren Entwicklungen Fn. 13 und Fn. 15; zu älteren, heute aber immer noch vertretenen Modellen Fn. 19.

⁶ Wenngleich die Begriffe „Rückgewähr infolge Rücktritts“ und „Rückgewähr infolge Verbraucherwiderrufs“ ein wenig sperrig erscheinen, sollen sie im Folgenden aus Transparenzgründen verwendet werden. Denn gemeint ist das Rückabwicklungsregime selbst, nicht das die Rückabwicklung auslösende Gestaltungsrecht.

jedoch gegenüber dem sonstigen Rechtsverkehr.⁷ Damit ist zugleich ein ganz wesentlicher Unterschied zu den „negatorischen“ Schutzrechten⁸ wie der Vindikation nach § 985 BGB angesprochen, die sich der Rechtsverkehr entgegenhalten lassen muss.⁹

Abgesehen von dieser Gemeinsamkeit ist das Verhältnis der verschiedenen Rückabwicklungsmechanismen zueinander umstritten.¹⁰ Die Rückabwicklung infolge Verbraucherwiderrufs ist auch heute noch dogmatisches Neuland.¹¹ In Ansehung der beiden anderen Rückabwicklungsmechanismen wird neuerdings¹² wieder die Notwendigkeit, die Rückabwicklung anhand einheitlicher Maßstäbe zu beurteilen, betont. Ob dabei „rücktrittsrechtliche Wertungen“ auf das Bereicherungsrecht übertragen werden¹³ oder das Bereicherungsrecht als „Leitstern bei der Bewältigung von Zweifelsfragen“¹⁴ dienen soll, ist umstritten. Die Frage, wie sich die einzelnen Rückabwicklungsregime sowohl in systematischer, aber

⁷ Nur ganz vereinzelt und im rein insolvenzrechtlichen Kontext wird *de lege ferenda* einer Absolutheit der Leistungskondition das Wort geredet, vgl. etwa *Eismann*, Bereicherungsanspruch, S. 153 ff. Zur sog. „Wertverfolgungstheorie“ und vergleichbaren Konzepten siehe unten S. 161 ff.

⁸ Zum Begriff siehe nur *Picker*, JZ 2014, S. 431, 439 in Fn. 46 m. w. N.

⁹ Statt aller BeckOK/*Fritzsche*, § 985 BGB, Rn. 1 f.

¹⁰ Vgl. aus jüngerer Zeit etwa *Clauss*, Vertragsrückabwicklung, passim; *Brinkmann*, Rücktritt, passim.

¹¹ Die Ungewissheit darüber, in welchem Verhältnis die Rückabwicklung infolge Verbraucherwiderrufs zu den beiden anderen Regimen steht, mag auch dem Umstand geschuldet sein, dass der Gesetzgeber „konstruktiv [...] nicht festgelegt“ war und das Verbraucherwiderrufsrecht nur deshalb *systematisch* in das Rücktrittsrecht eingegliedert hat, da die Rechtsfolgen die gleichen seien, vgl. Begr. RegE, BT Drucks. 14/2658, S. 42. Dagegen *Jürgen Kohler*, JZ 2001, S. 325, 335 f., der dem Verweis in § 357 BGB a. F. auf die §§ 346 ff. BGB entnimmt, dass es sich beim Verbraucherwiderrufsrecht der Sache nach um ein gesetzliches Rücktrittsrecht handle, das man sinnvollerweise auch als solches hätte regeln sollen. Ginge es tatsächlich um die „Beseitigung der Bindung einer Willenserklärung“, so hätte man das Widerrufsrecht, so *Kohler*, im Allgemeinen Teil regeln müssen. Zur geschichtlichen Entwicklung siehe unten im S. 70 f.

¹² Vgl. unten Fn. 19.

¹³ Aus neuerer Zeit vgl. etwa *Bockholdt*, AcP 206 (2006), S. 769, 773 ff.; *Bremecker*, Bereicherungsbeschränkung, S. 108 ff.; *Fest*, Einfluss, S. 17 ff., 76 ff.; 112 ff.; *Thier*, FS Heldrich, S. 439, 452 f.; *Linke*, Rückabwicklung, S. 60 ff.; 172 ff. Für eine umfassende Gleichbehandlung vgl. nur *Hellwege*, Rückabwicklung, S. 391 ff.; 520 ff.; *Hellwege*, JZ 2005, S. 337 ff.; *Zimmermann*, FS Kramer, S. 735, 746 ff.; *Huber*, Gutachten I, S. 647, 735 f., 853 ff.; *Schlechtriem*, EJCL 2003, Vol. 7.4, II. 3; kritisch statt vieler *Singer*, 2. FS Medicus, S. 487, 496 ff. m. w. N. („verfrüht, in den Vorschriften des Rücktrittsrechts ein Modell zu sehen, das ‚eins zu eins‘ ins Bereicherungsrecht übertragen werden könnte“).

¹⁴ *Soergel/Lobinger*, § 346 BGB, Rn. 63; ähnlich etwa *Jürgen Kohler*, ZfPW 2017, S. 404, 450 ff.

auch und immer zugleich in sachlicher Hinsicht zueinander verhalten, muss als ungeklärt bezeichnet werden.

Nimmt man etwa das Verhältnis von Leistungskondition und Rückgewähr infolge Rücktritts, so sind im Kern drei Möglichkeiten denkbar. Man könnte die Leistungskondition und die Rückgewähr infolge Rücktritts systematisch einheitlich dem Vertragsrecht im weitesten Sinne zuordnen.¹⁵ Andererseits wäre denkbar, die Rückgewähr infolge Rücktritts und die Leistungskondition als gänzlich disparate Rückabwicklungsregime zu begreifen, die systematisch im ersten Fall dem Vertrag¹⁶ und im zweiten den gesetzlichen Schuldverhältnissen

¹⁵ Aus rechtsvergleichender Perspektive etwa *Wendehorst*, Grundstrukturen, S. 47, 72 ff., die meint, die europäischen Rechtsordnungen (mit England als einer „echten Ausnahme“) vereine in diesem Zusammenhang, dass die Rückabwicklungsvoraussetzungen stets dem Vertragsrecht zu entnehmen seien und „dem Bereicherungsrecht als Abwicklungsrecht [...] damit allenfalls noch eine rein technische Funktion“ zukomme (a. a. O., S. 80; ähnlich a. a. O., S. 82; dazu vgl. auch 2. Kapitel, Fn. 185, Fn. 222 und 4. Kapitel, Fn. 190; zur Gegenansicht 2. Kapitel, Fn. 72). Ein europäisches Bereicherungsrecht solle daher „im Grundsatz davon ausgehen, dass der Vertragsmangel die einzige Voraussetzung der Rückforderung darstellt“ (a. a. O., S. 82), weshalb es einer „klare[n] Ausgliederung“ der Rückabwicklung bei Vertragsmängeln aus einem europäischen Bereicherungsrecht bedürfe; zu derartigen Vereinheitlichungsversuchen vgl. ferner *S. Meier/Zimmermann*, LQR 115 (1999), S. 556 ff.; *Hellwege*, Rückabwicklung, S. 521 ff.; 537 ff.; 554 ff.; *Zimmermann*, FS Kramer, S. 735 ff.; *Jansen*, AcP 216 (2016), S. 112, 230: „Vertragsrecht reinsten Wassers“; vgl. ferner *Büdenbender*, AcP 200 (2000), S. 627, 630 („funktional verwandt“). Die pauschale Gleichsetzung der Rückabwicklungsgründe mit dem Rückabwicklungsregime unter der Ägide des Vertragsrechts ist kein neues Phänomen. Vielmehr wurde bei den Vorläufern des heutigen Rücktritts ebenfalls über Jahrhunderte hinweg nicht deutlich zwischen Rückabwicklungsgrund und Rückabwicklungsregime getrennt, vgl. dazu eingehend S. 60 ff.

¹⁶ Zur vertraglichen Natur des Rücktritts grundlegend *Heinrich Stoll*, Rücktritt, S. 21 f.: „[...] während die Rücktrittswirkungen gerade im fortdauernden Schuldverhältnis wurzeln“; zum Schuldverhältnis als sich wandelnder „Organismus“ *Planck⁴/Siber* Vorb. § 347 BGB, 2b, S. 454; vgl. a. a. O. ferner bereits die Vorbemerkungen zum II. Band, 1. Hälfte, S. 3; die „organische Natur“ des Rechtsverhältnisses findet sich bereits bei *Savigny*, System I, S. 7; vgl. im Kontext des Schuldverhältnisses weiterhin *Heinrich Stoll*, Leipziger Zeitschrift 1923, S. 532, 544: „Das Schuldverhältnis als Organismus aber kann die Erscheinungsform beliebig wechseln“; *Heinrich Stoll*, JW 1928, S. 57, 58; *Heinrich Stoll*, AcP 131 (1929), S. 141, 183 ff.; zuvor bereits *Fürle*, Unterschiede, S. 43 ff.; vgl. ferner *Herholz*, AcP 130 (1929), S. 257 ff.; *Ernst Wolf*, AcP 154 (1954), S. 97, 102, der allerdings zwischen vertraglichem und gesetzlichen Rücktritt dergestalt unterscheidet, dass er meint, der erste basiere auf dem Vertrag und der letzte zwar „nicht auf dem Vertragswillen der Parteien, aber ebenfalls auf dem Inhalt der Schuldbeziehung“; die Vorstellung von der vertraglichen Natur des Rücktritts wird in der Sache von der Rechtsprechung und dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber geteilt, vgl. etwa BGH, WM 1981, S. 792, 794; BGHZ 88, 46, 48; BGH, NJW 1990, S. 2068, 2069; NJW 1994, S. 1161, 1162; NJW 1998, S. 3268 f.; Begr. RegE., BT-Drucks. 14/6040, S. 189, 191 („Abwicklungsverhältnis mit vertraglicher Grundlage“); kritisch zu Rechtsprechungsentwicklung und „legislatorischer Umwälzung“ *Jürgen Kohler*, ZfPW 2017, S. 404, 410 ff.; in Anse-

zuzuordnen sind.^{17, 18} Und schließlich könnte man beide Rückabwicklungsregime einheitlich als gesetzliche Schuldverhältnisse auffassen.¹⁹

Der Frage nach dem systematischen Verhältnis der drei Rückabwicklungsregime zueinander liegt das sachliche Problem zugrunde, worin die legitimatorische Grundlage der Rückabwicklung liegt. Ist sie autonom legitimiert, weil sich die Parteien die Rückabwicklung im Störfall ausbedungen haben, oder entspringt sie einer heteronomen Anordnung des Gesetzes, die durch den Eintritt des Störfalles sowie gegebenenfalls der Berufung des Berechtigten auf die

hung der Umwandlung noch unentschieden, den Rücktritt aber jedenfalls als „Vertragsverhältnis eigener Art“ bezeichnend BGHZ 16, 153, 156. Diese Entscheidung unterschlägt *Kohler* in seiner zum Teil ein wenig haarspalterischen Analyse freilich.

¹⁷ Vgl. etwa *Kaiser*, Rückabwicklung, S. 321 ff., 509 ff. Als „rechtspolitische und kodifikatorische ‚Ursünde‘“ des Common European Sales Law, da die Rückabwicklungsgründe „wertungsmäßig zumindest nicht durchwegs vergleichbar [...]“ seien, bezeichnet *S. Lorenz*, AcP 212 (2012), S. 702, 787 die fehlende Differenzierung zwischen Rückabwicklung nach Vertragsbeendigung und Rückabwicklung nach Vertragsanfechtung; früh zum BGB bereits *Fürle*, Unterschiede, S. 43 ff., der die §§ 346 ff. BGB als dispositives Recht dem Parteiwillen zuordnet („Das Gesetz setzt eben in diesem Falle einen praesumptiven Willen der Parteien fest, der solange gilt, bis eine gegenteilige Parteivereinbarung nachgewiesen wird.“), wohingegen „für die Conditionen [...] nun gerade das Entgegengesetzte [gelte], sie sind durchgängig obligationes ex lege“ (a. a. O., S. 45). Aus neuerer Zeit auch *Mossler*, Bereicherung, S. 162, der meint, dass Rücktritt und Bereicherungsausgleich „wirtschaftlich“ zwar gleiche Ergebnisse zeitigen, „die Grundlage [...] jedoch eine völlig verschiedene“ sei. Gegen diese Sichtweise neuerdings *S. Meier*, RabelsZ 81 (2016), S. 851, 886, die die Unterscheidung für „dogmatisch nicht zwingend geboten“ hält.

¹⁸ Eine umgekehrte Auffassung, nach der das Bereicherungsrecht vertraglich und das Rücktrittsrecht gesetzlich zu rekonstruieren sei, wird, soweit ersichtlich, nicht vertreten.

¹⁹ RGZ 50, 255, 266 f.: „Durch den Rücktritt vom Verträge [...] erlischt das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis auch für die Vergangenheit, und es können nur noch konditionsähnliche Ansprüche auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Abschluß des Vertrages gewesen, in Frage kommen.“ Vgl. im Übrigen RGZ 107, 345, 348; *Mezger*, JZ 1953, S. 67, 71 („modifiziertes Bereicherungsverhältnis“); besonders plastisch BGHZ 5, 337, 340, der einen Rücktritt wegen der Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB als *leges speciales* ablehnt; ferner *Wunner*, AcP 68 (1968), S. 425, 428 m. w. N. in Fn. 13; ähnlich bereits *Happeck*, ArchBürgR 35 (1910), S. 404, 426, der meint, der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung sei zwar im Rücktrittsfall gegeben, jedoch seien die §§ 346 ff. BGB maßgeblich, die eine Rückgewährpflicht statuieren, die sich „aus dem Urvertrage“ ablöse; vgl. ferner *F. Levy*, Rückgabe, S. 24 ff. und insbesondere S. 27 f., 31, 35; aus neuerer Zeit etwa *Zimmermann*, FS Kramer, S. 735, 747: „Dass der Rücktritt den Vertrag nach heutigem Verständnis nicht zum Erlöschen bringt, sondern ihn in ein Abwicklungsschuldverhältnis umgestaltet, ist eine dogmatische Konstruktion, die dafür sorgen soll, dass neben dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung [...] nicht auch andere vertragliche Schadensersatzansprüche ausgeschlossen sind.“ Ähnlich *Hellwege*, Rückabwicklung, S. 526 ff.; *Soergel/Lobinger*, Vorb. § 346 BGB, Rn. 15 ff., der allerdings bei vertraglichen Rücktrittsrechten differenziert. Zur Unterscheidung vertraglicher und gesetzlicher Rücktrittsrechte siehe sogleich in Fn. 29 und unten 3. Kapitel, bei und in Fn. 209.

Störung mittels Gestaltungsrechts bedingt ist? Das Zitat *Savignys* deutet eher in Richtung des Letzteren. Dementsprechend sehen sich die Lehren, die einen heteronomen Geltungsgrund annehmen, in dessen Tradition. Dieser bereicherungsrechtlichen Einheitslehre steht eine bereicherungsrechtliche Trennungslehre gegenüber, die im 20. Jahrhundert einen beispiellosen Siegeszug antrat und in jüngerer Zeit wieder bekämpft wird.²⁰ Wollte man den Streit stark verkürzend darstellen, so könnte man sagen, dass die Trennungslehre die Leistungskondition *systematisch* in der Nähe des Rücktrittsrechts verortet wissen, beziehungsweise sie jedenfalls von der (unbestritten heteronomen) Eingriffskondition²¹ unterscheiden will, wohingegen die Einheitslehre sachliche Unterschiede zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondition negiert und insbesondere darauf hinweist, dass die Ursache der Bereicherung für die Herausgabeverpflichtung irrelevant sei.²²

Diese Diskussion wirft verschiedene Fragen auf, die sich gleichermaßen bei den anderen Rückabwicklungsmechanismen stellen: Handelt es sich bei der Leistungskondition um einen Rückabwicklungsmechanismus, dessen Legitimität sich aus dem (objektiv feststellbaren) widerrechtlichen Haben²³ eines anderen ergibt und folglich um ein „Legalschuldverhältnis“²⁴, das in der Sache demjenigen aus Eingriffskondition entspricht?²⁵ Oder hat

„der römische Gedanke, dass Leistungen, die ihren Zweck verfehlen, kondiziert werden können, [...] nichts mit dem Grundsatz zu tun, dass, wer in ein fremdes Recht eingegriffen hat, eine daraus resultierende Bereicherung herausgeben muss“²⁶?

Ist der Rücktritt nur „spezielles Bereicherungsrecht“²⁷ oder beruht seine Wirkung „so auf dem zugrunde liegenden Vertrag [...] wie das Schuldverhältnis selbst“²⁸? Bestehen Unterschiede zwischen vertraglichen und gesetzlichen Rücktrittsrechten?²⁹ Angesichts der Ungeklärtheit dieser Fragen überrascht der Be-

²⁰ Jüngst für die Einheitslehre erst wieder *Jahn*, Bereicherungsausgleich, passim; *Pioch*, Nutzungen, passim.

²¹ *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung¹, § 2 II, S. 27: „Annex des fortwirkenden Eigentumsrechts“ und folglich „Güterschutzrecht“.

²² Vgl. unten S. 57 f. und S. 338 ff.

²³ *Savigny*, Obligationenrecht II, S. 294: „rechtswidriges, ungebührliches Haben“.

²⁴ Vgl. beispielsweise *Mezger*, JZ 1953, S. 67, 71; *Wunner*, AcP 68 (1968), S. 425, 428.

²⁵ Vgl. etwa *Wilhelm*, Rechtsverletzung, S. 173 ff.

²⁶ *Jansen*, AcP 216 (2016), S. 112, 158.

²⁷ *Reiner*, AcP 203 (2003), S. 1, 34, vgl. ferner oben Fn. 19.

²⁸ *Ernst Wolf*, AcP 154 (1954), S. 97, 116.

²⁹ *Soergel/Lobinger*, Vorb. § 346, Rn. 31 f. möchte zwischen „gesetzlichen“ und „vertraglichen“ Rücktrittsrechten unterscheiden, wobei er wohl die erstgenannten heteronom und die letztgenannten autonom fundiert; ähnlich *Flume*, AT II, § 1 3 d), S: 4; in eine andere Richtung geht *Flume* freilich, wenn er die Frage der Gefahrtragung beim vertraglichen Rücktritt und der

fund, dass man verbreitet davon ausgeht, es sei „übereinstimmendes Ziel der Rechtsinstitute [...], die Parteien so zu stellen, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre (*status quo ante contractum*)“.³⁰ Denn ohne die Ordnungsfunktion des einzelnen Rückabwicklungsregimes freigelegt zu haben, lässt sich schwerlich dessen Ziel bestimmen.

Es handelt sich hierbei nicht lediglich um ein dogmatisches Problem. Vielmehr schließen sich praktisch relevante Sachprobleme an. So ist bis heute die Gefahrtragung in der Rückabwicklung umstritten.³¹ Dabei geht es darum, wie damit umzugehen ist, wenn eine Rückabwicklung *in natura* daran scheitert, dass das Rückabwicklungsobjekt zufällig verschlechtert wird oder untergeht. Ungeklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage der inhaltlichen Abhängigkeit der Rückabwicklung von dem sie auslösenden Nichtigkeitsverdikt. Überraschend ist dabei der Befund, dass der Begriff der Nichtigkeit im bürgerlichen Recht, soweit nicht das Problem der personellen Reichweite betroffen ist,³² weitestgehend ungeklärt ist. Überhaupt sind Untersuchungen, welche betreffend die Rückabwicklung zunächst das Nichtigkeitsverdikt in den Blick nehmen, kaum zu finden.³³ Ebenfalls problematisch sind im Rückabwicklungszusammenhang die Dreiecksfälle, um die nahezu ausschließlich im Bereicherungsrecht gestritten wird.³⁴ Dabei geht es darum, zwischen welchen Parteien die Rückabwicklung stattzufinden hat, wenn eine der Parteien einen Dritten oder dieser sich selbst eingeschaltet hat und Zahlungen oder der Gütertransfer bei der Vertragsabwicklung gewisserma-

Wandlung, respektive dem heutigen gesetzlichen Rücktritt, von derjenigen der Gefahrtragung beim Bereicherungsausgleich geschieden wissen will, da bei Rücktritt und Wandlung der Vertrag vorbehaltlich beziehungsweise mangelbedingt imperfekt sei, vgl. *Flume*, FG BGH I, S. 525, 542; *Flume*, NJW 1970, S. 1161, S. 1164 ff.; zur Unterscheidung des vertraglichen und gesetzlichen Rücktritts ferner *Sickinger*, Gefahrtragung, S. 132 ff. Anders etwa BGH, NJW 1998, S. 3268, 3269, der für vertragliche und gesetzliche Rücktrittsrechte der „Umwandlungstheorie“ folgt. Zur Unterscheidung vertraglicher und gesetzlicher Rücktrittsrechte siehe unten 3. Kapitel, bei und in Fn. 209.

³⁰ Vgl. nur *Fest*, Einfluss, S. 2; ähnlich *Hellwege*, Rückabwicklung, S. 1, 28, 84, 104, 391 und passim; *Büdenbender*, AcP 200 (2000), S. 627, 631; *Flume*, AcP 194 (1994), S. 427, 441; dagegen *Soergel/Lobinger*, Vorb. § 346, Rn. 18.

³¹ *Jansen*, AcP 216 (2016), S. 112, 156 f. hält den „Fragenkreis“ um die Saldotheorie für „nicht wirklich geklärt“; ähnlich zur Gefahr des zufälligen Untergangs *Stadler*, Abstraktion, S. 337.

³² Diese Frage des Reurechtsausschlusses wurde bereits im gemeinen Recht intensiv diskutiert und frühzeitig für das BGB aufgegriffen, vgl. zum BGB nur *Gradenwitz*, Reurecht, S. 27 ff. und eingehend unten S. 204 ff. m. w. N.

³³ Eine Ausnahme bildet die Untersuchung *Pawlowski*, Willenserklärungen, S. 45 ff.; in Ansätzen neuerdings auch *Clauss*, Vertragsrückabwicklung, S. 145 ff.

³⁴ Zu der Rückabwicklung bei den sog. „verbundenen Verträgen“ nach Verbraucherwideruf und insbesondere derjenigen zwischen Darlehensgeber und Unternehmer vgl. *Lobinger*, FS Picker, S. 576 ff.

ßen „übers Dreieck“³⁵ verlaufen. Die in diesem Zusammenhang diskutierten Fälle dienen den verschiedenen Auffassungen der Einheits- und Trennungslehre als Probe aufs Exempel.³⁶

Die anhaltende Flut monographischer Abhandlungen sowohl zur Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge als auch zu den Dreiecksfällen fördert eine Mannigfaltigkeit an Vorschlägen zur „richtigen“ dogmatischen Erfassung einzelner Rückabwicklungsmechanismen zutage, die im bürgerlichen Recht ihresgleichen sucht. Dass es sich bei der verfolgten Thematik dennoch um ein Desiderat handelt, erweist sich daher bereits aus Gründen der Rücksichtnahme als besonders begründungsbedürftig, möchte man die Rechtswissenschaft nicht mit redundanten Untersuchungen inkommodieren. Dabei mag man geneigt sein, neuere europäische Rechtsentwicklungen wie etwa den Draft Common Frame of Reference (DCFR) als ausreichende Legitimation für eine neuerliche Untersuchung zu erachten.³⁷ Das viel grundlegendere Problem im Umgang mit den Rückabwicklungsmechanismen im Allgemeinen und der Leistungskondition im Besonderen zeigt sich allerdings in dem Vorwurf, den theoretischen Lösungen fehle die Vernunft zur Sache, da sich der Theoretiker „gefangen nehmen“ lasse von „Streifragen“ und „Problemen“.³⁸

In der Tat war und ist Anlass für Untersuchungen der Rückabwicklungsmechanismen zumeist der einzelne Fall. Im Wesentlichen widmen sich die zahlreichen Beiträge isoliert den einzelnen Problemen der Rückabwicklung. Lösungsvorschläge werden schließlich auch nur vor dem Hintergrund des einzelnen Falles erarbeitet, wengleich den Theorien vordergründig zuweilen ein Anstrich der Allgemeingültigkeit verliehen wird.³⁹ Diese induktive Herangehensweise überrascht vor allem vor dem Hintergrund, dass man dem Bereicherungsrecht insgesamt weithin eine ganz besondere Abstraktheit attestiert.⁴⁰ Die nicht abflauende

³⁵ Diese Formulierung ist gängig, vgl. etwa *Martinek*, JZ 1991, S. 395, 397; spöttisch *Jakobs*, NJW 1992, S. 2524, 2526 in Fn. 17: „Repetitorenjargon“.

³⁶ Vgl. etwa *Lieb*, AcP 186 (1986), S. 518, der beschreibt, dass der „Leistungsbegriff“ nur zur Lösung der Dreiecksfälle entwickelt wurde.

³⁷ Die bipolare Ausgestaltung von Rücktrittsfolgen- und Bereicherungsrecht im DCFR kritisiert neuerdings *Ptösch*, Nutzungen, S. 187 ff.

³⁸ *Henke*, Leistung, S. 115.

³⁹ Vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Schuldrecht¹³ II/2, § 73 III 3d, S. 337, die aufgrund der dogmatischen und praktischen Unterschiedlichkeit zu einem eigenständigen Konditionstyp, der sog. „Gegenleistungskondition“ gelangen. Kritisch zur Methode im Bereicherungsrecht – wengleich mit vollkommen unterschiedlichem Ausgangspunkt – bereits *F. Schulz*, AcP 109 (1905), S. 1, 3: „Man hat jeden einzelnen Fall isoliert für sich behandelt und die unvermeidliche Folge war hier wie immer: die rechtliche Normierung der einzelnen Fälle zeigt eine bunte Fülle von Besonderheiten und Verschörkelungen, zu denen die Gesetzgeber und die interpretierenden Juristen gelangt sind, weil sie die Verwandtschaft der Fälle nicht erkannt haben.“

⁴⁰ *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 BGB, Rn. 1.

Diskussionsbereitschaft legt Zeugnis darüber ab, dass die virulenten Fragen keineswegs als geklärt bezeichnet werden können und der „desolate Zustand der Bereicherungsdogmatik“⁴¹, ebenso wie derjenige der sonstigen Rückabwicklungsmechanismen, fortzudauern scheint. Die Rückabwicklungsmechanismen und insbesondere die Leistungskondition sind der zivilrechtlichen Dogmatik aktuell derart entrückt, dass sich diejenigen, die sich damit beschäftigen, zuweilen selbstironisch als „dubiose Spezies“ bezeichnen, deren Ziel die Verwirrung der Kollegen sei.⁴² Einen überzeugenden Versuch einer gesamtsystematischen Einordnung der Rückabwicklungsmechanismen in das System der Rechtszuweisung sucht man vergebens. Auch diejenigen Untersuchungen, welche für sich in Anspruch nehmen, eine systemgetreue Lösung gefunden zu haben, lassen einen Abgleich mit den Prinzipien der Rechtszuweisung und des Rechtsschutzes als Grundstrukturen des Privatrechts vermissen.⁴³

B. Zielsetzung und Gang der Darstellung

Die folgende Untersuchung soll einen Beitrag zu einem rechtszuweisungsorientierten Verständnis der Rückabwicklungsmechanismen des BGB leisten. Sie ist getragen von der Grundannahme, dass sich zivilrechtliche Problemfälle in der Regel dann widerspruchsfrei lösen lassen, wenn die axiomatischen Grundlagen des betroffenen Rechtsinstituts freigelegt werden. Wenn es also auch verwundern mag, dass die auf den ersten Blick so unterschiedlichen Problemkreise der Rückabwicklung gescheiterter Verträge und der Dreiecksbeziehungen in einer einzigen Arbeit besprochen werden, muss der vorläufige Hinweis genügen, dass beide Problemkreise bisher zumeist im gemeinsamen Zusammenhang der Leistungskondition thematisiert werden. Da um die Grundlagen der Leistungskondition nach wie vor ausgehend von den jeweiligen Problemfeldern gestritten wird, soll hier bewusst der umgekehrte Ansatz gewählt werden, der die Problemfelder zunächst ausklammert und die Leistungskondition sowie die Rückgewähr infolge Rücktritts und Verbraucherwiderrufs in das tradierte System des bürgerlichen Vermögensrechts einordnet, um diese Einordnung sodann anhand der virulenten Fälle auf die Probe zu stellen. Dies soll den Weg ebnen, um das „Odium der Unverständlichkeit“⁴⁴ im Bereicherungsrecht und den beiden ande-

⁴¹ Costede, Überlegungen, S. 7.

⁴² Canaris, Symposium Canaris, S. 187, 190.

⁴³ So ist vollkommen unklar, woraus sich – abseits historischer Argumente – der sachliche Grund für die *restitutio in integrum* ergeben soll, die etwa Hellwege, Rückabwicklung, passim, zum maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Rückabwicklung macht.

⁴⁴ Canaris, JZ 1992, S. 1114.

ren Rückabwicklungsregimen aufzulösen. Die folgende Untersuchung soll einen Beitrag leisten, um der dogmatischen Emanzipation der Rückabwicklungsmechanismen aus dem tradierten bürgerlich-rechtlichen System Einhalt zu gebieten und die heterogene Beurteilung durchaus homogener Fallkonstellationen zukünftig zu verhindern. Dabei muss bereits hier betont werden, dass eine schlüssige *dogmatische* Konzeption Wertungsentscheidungen nicht zu ersetzen vermag. Dies wird eindrücklich dadurch belegt, dass die Ergebnisdivergenzen weniger groß sind, als man dies angesichts der Flut an Stellungnahmen vermuten würde. Das Anliegen der Arbeit ist daher bescheiden und zielt zunächst auf eine Sortierung und Systematisierung des Stoffes ab. Dies soll dazu dienen, die Weichen so zu stellen, dass die unumgänglichen Wertungsentscheidungen an der richtigen Stelle getroffen werden können.

Im 1. Kapitel wird die Geschichte der Vertragsrückabwicklung skizziert, um die unterschiedlichen Lösungswege verschiedener Epochen, die – bewusst oder unbewusst – noch heute die Debatte prägen, aufzuzeigen. Dabei wird nachgewiesen, dass die grundlegenden Probleme der Rückabwicklung bereits zu den Anfängen moderner Rechtszuweisungslehren auftraten. Dies gilt insbesondere für die Deduktion des Rückabwicklungsanspruchs infolge Vertrags Scheiterns aus dem Eigentum des Rückabwicklungsberechtigten. Ferner dient der historische Überblick der Vergewisserung des grundlegenden Axioms dieser Untersuchung, dass sich die Privatrechtsordnung als Rechtszuweisungsordnung beschreiben lässt. Diese Prämisse soll im 2. Kapitel formuliert und verteidigt werden. Sie steht im Gegensatz zum in modernen Imperativtheorien fortlebenden römischen Aktionendenken, von dem auch heutige bereicherungsrechtliche Abhandlungen zuweilen noch beseelt sind. Die Vorgehensweise ist getragen von der Überzeugung, dass das „Prinzip der Verbindung von historischer und dogmatischer Methode“⁴⁵ den Ist-Zustand des Rechts am besten zu erfassen geeignet ist. Dies gilt bereits aufgrund des unmittelbaren Einflusses der historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts auf die Kodifikation des BGB⁴⁶, die in programmatischer Hinsicht⁴⁷ dieser Methode folgte.⁴⁸ In dogmatischer Hinsicht sollen die Rückabwicklungsmechanismen dabei aus ihrer spezifisch rechtszuweisungsorientierten Teleologie deduziert werden. Dabei bedarf es unweigerlich einer Auseinandersetzung mit grundlegenden, mit der Rückabwicklung eng verwobenen Instituten wie dem Abstraktionsprinzip, dem dinglichen Vertrag und den sachen-

⁴⁵ *Walter Wilhelm*, Methodenlehre, S. 23.

⁴⁶ Statt aller *Beyerle*, FS Boehmer, S. 164, 176 und eingehend *Jakobs*, Wissenschaft, S. 57 ff.

⁴⁷ Die umstrittene Frage der Quellentreue der historischen Schule ist aus hiesiger Sicht dabei unerheblich, vgl. dazu unten S. 17 ff. und speziell zu *Savigny* unten I. Kapitel, Fn. 186.

⁴⁸ *Walter Wilhelm*, Methodenlehre, S. 23.

rechtlichen Traditions- und Publizitätserfordernissen. Das 3. Kapitel widmet sich der dem Schutzrecht „Rückabwicklungsanspruch“ vorgelagerten Frage der Rechtsverletzung. Es soll untersucht werden, wann und warum eine Rückabwicklung überhaupt notwendig ist, in wessen Belieben sie warum steht und inwieweit den verschiedenen gesetzlichen Rückabwicklungsmechanismen sachlich eine gemeinsame Teleologie zugrunde liegt. Konkret stellt sich dabei die Frage, welches Substanzrecht⁴⁹ durch die Rückabwicklungsmechanismen geschützt ist. Damit ist zugleich auch die Frage nach dem Verhältnis der einzelnen Rückabwicklungsmechanismen zueinander aufgeworfen: Ist jeweils dasselbe Substanzrecht durch die jeweiligen Rückabwicklungsmechanismen geschützt, stehen sie zwangsläufig in einem Spezialitätsverhältnis.⁵⁰ Nachdem diese Frage geklärt ist, nachdem also die Rückabwicklungsmechanismen dogmatisch und sachlich durchdrungen sind, können die gewonnenen Ergebnisse anhand der eingangs erwähnten zwei problematischen Fallgruppen, namentlich der Gefahrtragung in der Rückabwicklung und der Dreiecksfälle, im 4. Kapitel exemplifiziert werden. Weitere assoziativ oder sachlich mit der Thematik verbundene Probleme, die vielfach einer konsistenten Lösung harren, müssen hier ausgeklammert werden, da andernfalls der Rahmen der Arbeit gesprengt würde.⁵¹ Wenn allerdings perspektivisch die Ergebnisse dieser Arbeit einen Beitrag zur Lösung jener Probleme leisten könnten, wäre ihr Anliegen erreicht.

⁴⁹ Zum Begriff siehe nur *Picker*, FS Bydlinski, S. 269, 275 in Fn. 31; *Picker*, JZ 2014, S. 431, 439 in Fn. 45 m.w.N.; *J. F. Hoffmann*, Zession, S. 40 in Fn. 28.

⁵⁰ Vgl. zur Notwendigkeit gleicher Regelungsmaterie für eine Spezialität unten 2. Kapitel, bei und in Fn. 292.

⁵¹ Genannt seien beispielsweise die Probleme der Nutzungen und Surrogate oder das der Berechnung des Wertersatzes; vgl. dazu nur *Soergel/Lobinger*, § 346 BGB, Rn. 46 ff. beziehungsweise Rn. 92 ff. Das Problem der Berechnung des Wertersatzes beim Verbraucherwideruf wird hier allerdings zumindest in Ansätzen besprochen, vgl. unten S. 306 ff.

1. Kapitel

Die unzureichende dogmatische Erfassung der Rückabwicklungsregime des BGB als historisch gewachsenes Problem

A. Eine einheitliche Rechtsnatur der Rückabwicklungsregime?

Es entspricht der herrschenden Meinung, wenn man davon ausgeht, dass die Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge die Parteien so stellen soll, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre und sie folglich in den *status quo ante contractum* zu versetzen sind.¹ Allein mit dieser Erkenntnis, so sie denn zutrifft, lässt sich allerdings keines der angesprochenen Rückabwicklungsprobleme bewältigen. Beispielhaft für die Versuche, die Sachfragen vom Ergebnis her zu beantworten, ist das Postulat der *restitutio in integrum*. Dessen historische Dimension soll hier nicht in Abrede gestellt werden. Für sich genommen ist es jedoch nicht in der Lage, die Einzelprobleme zu erfassen. Warum sollte beispielsweise bei einer *restitutio in integrum* der Empfänger einer Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs derselben in der Rückabwicklung tragen? Aus seiner Sicht würde eine echte *restitutio in integrum* doch nur erreicht, wenn er dies nicht täte – die Gegenleistung spielt für sein Zurückversetzen in den vorigen Stand doch keine Rolle. Hingegen wird derjenige, der die Sache weggibt, nur dann in den vorigen Stand gesetzt, wenn er entweder die Sache zurückerhält oder jedenfalls ihren Wert ersetzt verlangen kann. Bereits *Gustav Hanausek* hat daher festgestellt, dass es viele Fälle gebe, „in denen eine vollständige *in integrum restitutio* beider Theile einfach ein Ding der Unmöglichkeit ist.“² Weiterhin kann das Postulat der *restitutio in integrum* nur bedingt eine Aussage darüber treffen, wer die Person des Rückabwicklungsschuldners ist. Denn das Zurückversetzen in den vorigen Stand bedarf einer Rückabwicklung „übers Dreieck“ nicht. Außerhalb der Insolvenz wirkt sich dies zwar nicht aus, soweit man Bestehen und

¹ Vgl. oben in der Einleitung, Fn. 30. Dies lasse sich im Übrigen rechtsvergleichend (*Hellwege*, Rückabwicklung, S. 184 f.; 205 ff.; 233 ff.; 254 ff.; 293 f., 300 ff., 317 f., 348 ff. zum englischen und schottischen Recht) und rechtsgeschichtlich (*Hellwege*, a.a.O., S. 394 ff. und zusammenfassend S. 514 ff.) absichern.

² *Hanausek*, Haftung I, S. 135.

Durchsetzbarkeit aller Ansprüche unterstellt, denn auch eine Abwicklung über Dritte könnte letztlich zu einer *restitutio in integrum* führen. Der vielfach geäußerte³ Wunsch einer Rückabwicklung „übers Dreieck“ lässt sich damit allerdings alleine nicht erklären.

Über die Frage, ob die Rückabwicklung einen autonomen oder einen heteronomen Geltungsgrund hat, ob es sich dabei also im weitesten Sinne um Vertragsrecht oder um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt, ist mit dem Postulat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ebenfalls noch nichts gesagt. *Dass* man in den vorigen Stand wiedereingesetzt werden soll, hat mit der Frage, *warum* dies geschehen soll, nichts zu tun.⁴ Der Verweis auf einzelne Rückabwicklungsgründe⁵ ist zur Systembildung nur geeignet, wenn man erstens deren gemeinsame Legitimationsgrundlage nachweist und zweitens den Beweis antritt, dass die Rückabwicklungsmechanismen sich als rein technische Abwicklungsmodelle begreifen lassen, denen die Wertungsentscheidungen vorgelagert sind. Die Ermittlung des sachlichen Grundes der Rückabwicklung erscheint als unausweichlich, möchte man die Fragen des *wie* der Rückabwicklung beantworten. Wie auf eine Störung der Rückabwicklung zu reagieren ist und wer überhaupt zur Rückabwicklung berechtigt ist, hängt davon ab, warum überhaupt rückabgewickelt wird und warum es jeweils überhaupt einer relativen Rückabwicklungsforderung bedarf.

B. Die Geschichte der Rückabwicklung

I. Konkretes Erkenntnisziel des Rückblicks

Der Streit um die richtige Erfassung der Rückabwicklungsmechanismen ist deutlich älter als das BGB. Eine historische Analyse soll belegen, dass die heutige Kontroverse um das richtige Bereicherungsverständnis nicht weniger als eine grundlegende Systemfrage ist. Dabei soll vorangeschickt werden, dass es hierbei nicht darum geht, den Rechtszustand aus der jeweiligen Epoche heraus zu beurteilen. Vielmehr soll das historische Material dazu dienen, erstens einen Überblick über die Dogmengeschichte zu erhalten und zweitens die unterschiedlichen

³ Dazu siehe ausführlich S. 318 ff.

⁴ So neuerdings auch *Clauss*, Vertragsrückabwicklung, S. 190 in Fn. 784, der feststellt, die „Funktionalitätsäquivalenz der Rückabwicklungsgründe“ sei „argumentativ noch ein vorgelegter Schritt gegenüber der immer wieder betonten Zielgleichheit der Rückabwicklungsregime“.

⁵ *Hellwege*, Rückabwicklung, S. 435 ff.; neuerdings wieder *Clauss*, Vertragsrückabwicklung, S. 145 ff.

Ansätze mit den heutigen Figuren vergleichen zu können. Zwar ist *Franz Wieacker* darin zuzustimmen, dass bei jedem Versuch der Erklärung des Vergangenen aus der gegenwärtigen Perspektive unklar ist, „bis zu welchem Grade konkrete Geschichtsphänomene überhaupt ohne Verkürzung ihrer historischen Dimension in diesen allgemeinen Kategorien zureichend thematisierbar sind“, weil „in dem Augenblick, da wir die vergangenen Wirklichkeiten im Netz der allgemeinen Kategorien des diskursiven Erkennens einzufangen hofften, das Phänomen [...] wie Wasser durch die Finger der schöpfenden Hand versickert.“⁶

Allerdings hat eine Untersuchung, die das geltende Recht zum Gegenstand hat, nun mal mit dem *historisch gewachsenen* geltenden Recht Vorlieb zu nehmen.⁷

Die folgenden Ausführungen haben keineswegs einen Anspruch auf historische Vollständigkeit, sodass zum Teil größere geschichtliche Sprünge gemacht werden, soweit es für das verfolgte Erkenntnisziel zulässig erscheint. Insbesondere die Glosse und die Postglosse bilden aufgrund ihres „exegetischen Charakters“⁸ keinen größeren Erkenntnisgewinn für die Frage, was der tiefere Grund der Rückabwicklungsmechanismen ist.⁹ Das gleiche müsste man eigentlich auch über das klassische römische Recht sagen, sofern man die Frage nach der „Grundlage“ der römischen *condictiones* für unzulässig hält. Gleichwohl soll das klassische römische Recht hier nicht ausgeblendet werden, da ihm erstens die heute noch gängigen Begriffe entstammen und zweitens Reflexionen über die „Grundlage“ der römischen *condictio* das geltende Recht ungeachtet der Frage, ob die Römer diese angestellt haben, beeinflusst haben.¹⁰ Ausgeklammert werden kann infolge des spezifischen Anliegens des Rückblicks auch die Figur der *restitutio in integrum*. Auch wenn ihre entwicklungsgeschichtliche Relevanz hier nicht in Abrede gestellt werden soll, verspricht sie als außerordentlicher Billigkeitsbehelf, der im Übrigen weder in Rom, noch in Deutschland je eine wirklich große Rolle spielte,¹¹

⁶ *Wieacker*, FS Flume, S. 233, 254.

⁷ Vgl. dazu auch unten S. 17 ff.

⁸ *von Mayr*, Bereicherungsanspruch, S. 2.

⁹ Zur Glosse und Postglosse vgl. nur *von Mayr*, Bereicherungsanspruch, S. 2 ff.; *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 141 f.

¹⁰ Dazu sogleich S. 17 ff.

¹¹ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Hellwege* in seiner eingehenden Untersuchung, vgl. jeweils das Ergebnis zur geschichtlichen Bedeutung im römischen und im deutschen Recht *Hellwege*, Rückabwicklung, S. 425 beziehungsweise S. 551 und S. 469. Gerade zum deutschen Recht schließt er mit dem Befund, es habe keinen einheitlichen Rechtsbehelf zur Rückabwicklung gegeben, allerdings sollen alle existenten Rechtsbehelfe dasselbe Ziel verfolgt haben, weshalb ein einheitlicher Rechtsbehelf doch vorgelegen haben soll. Man kann sich nicht des Eindrucks erwehren, dass diese Aussage vom gewünschten Ergebnis getrieben ist. Natürlich haben alle Rückabwicklungsmechanismen zu einer Rückabwicklung geführt. Der bis heute andauernde und hier zu behandelnde Streit um ihren Geltungsgrund belegt aber, dass die *restitutio in*

keinen Mehrwert für die Frage des Geltungsgrundes der Rückabwicklung. Nachdem das klassische römische Recht skizziert wurde, soll mit der spätscholastischen Restitutionslehre ein anschauliches Beispiel für eine eher deduktive Annäherung an Fragen, die heute terminologisch dem Bereicherungsrecht zugeschlagen werden, nachgezeichnet werden. Das gemeine Recht und insbesondere das des 20. Jahrhunderts müssen aufgrund des großen Einflusses *Savignys* auf das geltende Bereicherungsrecht ebenfalls dargestellt werden.¹² Eine kurze Skizze des römisch-holländischen Rechts und insbesondere der Bereicherungslehre des *Hugo Grotius* sowie des säkularisierten Vernunftrechts am Beispiel *Christian Wolffs* und *Samuel Pufendorfs* soll dem voranstellen, da sich hier möglicherweise ein Bindeglied zwischen Kondiktions- und Restitutionslehre findet. Schließlich wird ein Blick auf die Kodifikation des BGB und die Folgezeit geworfen.

Da die Untersuchung kein eigenständiges rechtshistorisches Erkenntnisinteresse verfolgt, wird auf Stellungnahmen ob der historischen Richtigkeit der einen oder anderen Auffassung verzichtet. Der folgende Abschnitt lässt sich auf ein konkretes Ziel verengen: Er soll belegen, dass die Frage des „richtigen“ Systems des heutigen „Rückabwicklungsrechts“ aus heutiger Perspektive die grundlegende Frage des Zusammenspiels von schuldrechtlicher Bindung und verkehrsschützender Geltung betrifft. Dieses Zusammenspiel mag die Debatte nicht immer geprägt haben – sie ist älter als die Vorstellung einer Divergenz zwischen absoluter und relativer Rechtslage. Das Zusammenspiel wird jedoch umso virulenter, je eher man derartige Divergenzen für geboten hält.

II. Die Leistungskondiktion

1. Die Geschichte der Kondiktionen und des Bereicherungsrechts¹³

a) Das römische Kondiktionsrecht

aa) Der Tatbestand der römischen *condictio*

In der heutigen Romanistik ist man sich weitestgehend einig, dass das römische Recht bis auf wenige Ausnahmen nur Leistungskondiktionen kann-

integrum keineswegs als das gesicherte Ziel aller Rückabwicklungsmechanismen gelten kann – weder historisch, noch gegenwärtig. Aus diesem Grund ist die schlichte Gleichsetzung der *condictio indebiti* mit der *restitutio in integrum* bei *Hellwege* (a. a. O., S. 447 f.) aus heutiger Sicht nicht angängig, da der Streit, ob es sich um autonomes „Vertragsrecht“ oder heteronomes „Bereicherungsrecht“ handelt, damit einfach umgangen wird.

¹² *Dulckeit*, Verdinglichung, S. 42 beschreibt *Savigny* treffend als „in so vielen grundsätzlichen Fragen der geistige Ahnherr des BGB“.

¹³ Soweit die römischen Kondiktionstatbestände gemeint sind, wird im Folgenden der Einfachheit halber von *condictiones* gesprochen, das geltende Recht wird als Bereicherungsrecht

te.¹⁴ Die *condictio* war im klassischen Formularverfahren eine *actio in personam*, die ursprünglich dazu diente, bestimmte Konsensualforderungen durchzusetzen.¹⁵ Die strengrechtliche Klage war auf die empfangene *certa res* oder *pecunia* gerichtet, nicht hingegen auf die gegenwärtige Bereicherung.¹⁶ Dies galt auch für die justinianische Kompilation¹⁷ und somit – neben einigen Ausnahmen¹⁸ – letztlich für das römische Recht „aller Zeiten“¹⁹. Die Striktheit der Klage äußerte sich im Vergleich zur *vindicatio* darin, dass der Beklagte ihr nicht entge-

bezeichnet. Nichtsdestotrotz ist *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 140 darin zuzustimmen, dass der Begriff „Bereicherung“ nicht zwangsläufig in Antithese zum römischen Recht steht, sondern dieses vielmehr durch eine Gegenstandsorientierung des Anspruchs geprägt war. Diese Gegenstandsorientierung schließt den Bereicherungsgedanken hingegen (auch für das römische Recht) nicht aus, was sich bereits darin zeigt, dass man auch heutzutage bisweilen wieder von einer Gegenstandsorientierung ausgeht, ohne den Begriff „Bereicherungsrecht“ aufzugeben.

¹⁴ Vgl. etwa *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 137; *Jakobs*, Eingriffserwerb, S. 43; *Jansen*, Restitution, S. 149.

¹⁵ *Behrends*, Zwölf Tafelprozess, S. 97 ff.; *F. Schulz*, Classical Roman law, S. 613; *Kaser*, ZRG (RA) 101 (1984), S. 1, 51 ff.; *Kupisch*, Entwicklungen, S. 2 f.; *Schwarz*, Grundlage, S. 2; *Honsell*, Römisches Recht, S. 158; *Fu*, Causaproblem, S. 8; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 110; dagegen allerdings *Heine*, Condictio, S. 54 ff. und passim.

¹⁶ *F. Schulz*, Studie, S. 32; *von Tuhr*, FS Bekker II, S. 291, 297; *von Lübtow*, Beiträge, S. 21; *Rabel*, Grundzüge, S. 120; *Siber*, Römisches Recht II, S. 218 ff.; *Kaser*, Quanti ea res est, S. 114 ff.; *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 593; *Kupisch*, Entwicklungen, S. 3; *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 109; S. 598; *Niederländer*, Bereicherungshaftung, S. 1; S. 173 in Fn. 17; *Jakobs*, Eingriffserwerb, S. 43 ff.; *Wilhelm*, Rechtsverletzung, S. 24; *Hallebeek*, Unjust enrichment, S. 3; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 109 ff.; *Wendehorst*, Grundstrukturen, S. 47, S. 23 ff.; *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 897 ff.; ferner bereits *von Mayr*, Condictio, S. 296 ff.

¹⁷ Vgl. bereits *von Mayr*, Condictio, S. 356 ff.; *von Mayr*, Bereicherungsanspruch, S. 2; ferner etwa *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103 ff.; *Kupisch*, Entwicklungen, S. 2; anders statt einiger etwa *von Lübtow*, Beiträge, S. 20 ff., der meint, die *locupletior*-Haftung sei der Regelfall der „nachklassisch-byzantinischen Billigkeitshaftung“ (a. a. O., S. 21), in deren Folge „die Beschränkung der Kondiktionshaftung auf den gleitenden Betrag der jeweiligen Bereicherung mit der suggestiven Kraft eines überzeugenden Dogmas auf die Nachwelt bis ins moderne Recht unheilvoll eingewirkt“ habe (a. a. O., S. 22); dagegen wiederum *Flume*, a. a. O., S. 116 ff. mit dem Hinweis, dass die *locupletior*-Haftung (vgl. sogleich Fn. 18) der Ehegatten auf die vorhandene Bereicherung ein Sonderrecht und „geistiges Eigentum der Klassiker“ (a. a. O., S. 123) und folglich nicht der Byzantiner sei und gleiches im Pupillenrecht gelte (a. a. O., S. 125 f.); so im Ergebnis auch *Niederländer*, Bereicherungshaftung, S. 169.

¹⁸ Insbesondere die Frau und der Mündel hafteten mit der *quanto locupletior factus est* auf die bei Streitbeginn noch vorhandene Bereicherung, vgl. *Niederländer*, Bereicherungshaftung, S. 169 ff. und passim, der auch zeigt, wie *Justinian* diese *locupletior*-Haftung sukzessive ausweitete (a. a. O., S. 172).

¹⁹ *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 149.

genhalten konnte, nicht mehr im Besitz der geforderten Sache zu sein.²⁰ Allerdings wurde zuweilen auf ein Surrogationsprinzip zurückgegriffen, um etwa eine *condictio* bei Veräußerung der *certa res* zu gewähren.²¹ Bei vertretbaren Sachen bestand im Übrigen eine „unveränderliche Haftung“²² mit der *condictio indebiti*, soweit sie eben *pondere, numero, mensura* waren. Gleiches galt für die Haftung nach Geld, das nach römischer Auffassung nicht individuell bestand und folglich selbst bei Verlust des konkreten Geldstücks gegenständlich als fortbestehend gedacht wurde,²³ sowie für den Veräußerungserlös als Surrogat der Sache.²⁴ Bei nicht vertretbaren Sachen hingegen war die *condictio* ausgeschlossen, soweit sie verbraucht oder zerstört wurden.

Zwar setzte die *condictio* mit Ausnahme der *condictio furtiva* tatbestandlich eine Leistung voraus,²⁵ womit jedenfalls die Übertragung quiritischen Eigentums (*datio*) gemeint war.²⁶ Die *condictio* wurde beispielsweise aber auch gewährt, wenn bei der Hingabe von Geld die Eigentumsübertragung fehlschlug und das Geld sodann konsumiert wurde, soweit die Hingabe *sine causa* erfolgte.²⁷ Mit der *condictio furtiva* ist bereits ein zweites Charakteristikum der klassischen *condictio* angesprochen: ihre Abstraktheit.²⁸ Da die Klageformel den Klagegrund nicht nannte, konnte sie neben der förmlichen *stipulatio certi* eben auch das formlose *mutuum* klagbar machen und diente beim *furtum* als sachverfolgender Herausgabeanspruch.²⁹ Die Rückabwicklung gestörter Leistungsverhältnisse (*condictio indebiti* in Irrtumsfällen und *condictio ob rem*³⁰ zum Schutz bei Inno-

²⁰ Jansen, ZRG (RA) 2003, S. 106, 110 m.w.N. in Fn. 23.

²¹ von Lübtow, Beiträge, S. 75 f. geht davon aus, dass man die Veräußerung als Konsumtion des Wertes verstanden und deshalb bei der Veräußerung durch den Unwissenden eine *condictio* auf den durch den Erlös begrenzten Wert und bei Veräußerung durch den Wissenden eine nach Schadensersatz berechnete *condictio* gewährt habe; dagegen etwa F. Schulz, Studie, S. 28; Niederländer, Bereicherungshaftung, S. 4 f. in Fn. 16; Flume, FS Niedermeyer, S. 103, S. 110; Jakobs, Eingriffserwerb, S. 44, die meinen, der Surrogationsgedanke habe die ansonsten auf den konkreten Gegenstand begrenzte *condictio* erweitert, indem der Erlös vergleichbar einer Sachfrucht als das ursprünglich Hingegebene galt und folglich kondiziert werden konnte.

²² Flume, FS Niedermeyer, S. 103, 149.

²³ Vgl. statt vieler Jakobs, Eingriffserwerb, S. 44 ff.

²⁴ Zimmermann, Law of Obligations, S. 899 schließt zutreffend: „[...] the general rule was all or nothing. Predominantly this meant ‚all‘.“

²⁵ Vgl. von Mayr, Condictio, S. 315; Flume, FS Niedermeyer, S. 103, 137.

²⁶ Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 594; Schäfer, Bereicherungsrecht, S. 136.

²⁷ Kaser, Römisches Privatrecht I, S. 531 m.w.N. in Fn. 16; S. 594; Jakobs, Eingriffserwerb, S. 45 f.; Schwarz, Grundlage, S. 240; anders von Lübtow, Beiträge, S. 25 ff.

²⁸ Dazu Kaser, Ius, S. 248 ff.; Kaser, ZRG (RA) 101 (1984), S. 1, 52; Behrends, Zwölftafelprozess, S. 106 f.; Liebs, Legal Mind, S. 163, 165.

²⁹ Jansen, ZRG (RA) 2003, S. 106, 111; vgl. auch Hähnchen, Causa, S. 37 ff.

³⁰ Vgl. dazu etwa Zimmermann, Law of Obligations, S. 859 ff.

minatkontrakten), die im heutigen Mittelpunkt des Interesses um die Leistungskondition steht, ist vermutlich erst im Prinzipat mittels der *condictio* erfasst worden.³¹ Damit wurde das ältere strengere Recht überwunden, das den Leistenden an seiner Leistung festhielt, soweit die äußeren Voraussetzungen gegeben waren.³²

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Römer weniger systematisch-deduktiv ein System der *condictiones* entwickelten, sondern vielmehr „kasuistisch-analog“ argumentierten.³³ Für rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen galten dieselben Grenzen wie für den vertraglichen Rückgewähranspruch, sodass der Rückgewährschuldner frei wurde, soweit das empfangene Vermögensgut ersatzlos (kein Veräußerungserlös als Surrogat) wegfiel, allerdings eben mit Ausnahme der *res, quae pondere, numero, mensura consistunt*, zu denen man auch Geld zählte.³⁴ Das allgemeine Bereicherungsverbot des *Pomponius*³⁵ war keine spezifisch kondiktionsrechtliche Erscheinung und folglich für die *condictiones* auch nicht maßgeblich.³⁶ Ein einheitliches Bereicherungsrecht hat es im römischen Recht bis auf einige Ausnahmen³⁷ nicht gegeben.³⁸

bb) Die Frage der Rechtsnatur der *condictiones*

Die römischen *condictiones*, darin ist man sich einig, bilden den dogmengeschichtlichen Ursprung des modernen Bereicherungsrechts.³⁹ Um die Frage der Rechtsnatur der Leistungskondition *de lege lata* beantworten zu können, liegt daher eine Beantwortung der Frage, welches die Rechtsnatur der *condictiones* im römischen Recht war, nahe. Nun ist die Klassifikation der Rechtsbehelfe nach ihrem Klagegrunde tendenziell eine Methode, die der Klassik fremd war.⁴⁰ *Werner Flume* hält daher die Frage nach der Grundlage beziehungsweise dem

³¹ *Liebs*, Legal Mind, S. 163, 167; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 112 mit Quellennachweisen.

³² Vgl. mit Beispielen *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 113; ferner *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 596.

³³ *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 118.

³⁴ Vgl. *von Glück*, Pandecten, 4. Theil, Buch 2, S. 238; *Savigny*, Obligationenrecht II, S. 2 f.; 330 f.; *von Mayr*, Condictio, S. 293.

³⁵ D. 50, 17, 206; D. 12, 6, 14.

³⁶ Vgl. etwa *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 120 ff.; *Jansen*, Restitution, S. 149.

³⁷ Vgl. oben Fn. 18.

³⁸ *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, S. 132 und passim.

³⁹ Statt aller *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 835, 857 ff.; *von Mayr*, Bereicherungsanspruch, S. 1.

⁴⁰ Etwa *von Mayr*, Condictio, S. 287; *von Mayr*, Bereicherungsanspruch, S. 2; *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 136 f.

Rechtsgrund der klassischen *condictio* für unzulässig.⁴¹ Im Übrigen sei die Suche nach einem Rechtsgrund der *condictio* dogmatisch unbrauchbar und „von der kanonisierten Einteilung ‚Vertrag – Delikt‘“ beeinflusst.⁴² *Berthold Kupisch* hat dem widersprochen, wenn er meint, die Klassiker seien bereits um eine Systematisierung bemüht gewesen, wenngleich die *condictiones* ursprünglich nicht auf einem einheitlichen Gedanken beruht haben mögen.⁴³ Dieser Frage kann hier nicht nachgegangen werden. Für das hier verfolgte Thema bedarf es ihrer Klärung allerdings auch nicht. Denn selbst wenn man *Flume* darin zustimmen mag, dass derartige Reflexionen unzulässig sind, darf nicht außeracht gelassen werden, dass sie in der Vergangenheit nun mal angestellt wurden⁴⁴ und folglich die Rechtsentwicklung hin zur *lex lata* beeinflusst haben. Insbesondere im gemeinen Recht, aus dem heraus das geltende Recht kodifiziert wurde, stritt man um die Grundlage der *condictiones*.⁴⁵ Dabei hat man sich eben jener „kanonisierten“ axiomatischen Grundannahme, dass sich *de lege lata* Leistungspflichten stets in die Dichotomie autonomer und heteronomer Geltungsgründe einteilen lassen, bedient.⁴⁶

Das geltende Recht ist das Produkt einer Rechtsentwicklung, die zu größeren Teilen erst nach dem römischen Recht ihren Anstoß nahm, wenn auch vielfach die römischen Begriffe im heutigen Recht fortleben. Es mag daher unstimmt sein, derartige Reflexionen für ein System römischer Prägung anzustellen. Umso mehr ist dies jedoch die unerlässliche Methode des geltenden Systems. In Ansehung der entwicklungsgeschichtlich dem römischen Recht entstammenden *condictiones* wird man daher für das heutige Recht auf eine derartigen Einteilung nicht verzichten können. Sachlich ist das geltende Bereicherungsrecht von den *condictiones*, darin ist *Flume* uneingeschränkt rechtzugeben, weit entfernt. Unter dem Eindruck der „kanonisierten“ Dichotomie hat das gemeine Recht die mangelnde Abstraktion der römischen Fallgruppen außen vor gelassen und sich nachträglich auf die Suche nach einem gemeinsamen Legitimationsgrund der einzelnen Fallgruppen gemacht. Damit hat es sich die kasusistische, von Analogiebildungen geprägte römische Methode des Kondiktionsrechts zu eigen gemacht. Die Protagonisten dieser Zeit haben bei der Sortierung und Erfassung des römischen Fallrechts jedoch große Systematisierungsarbeiten geleistet, die vielfach geprägt waren durch deduktive Herangehensweisen nachrömischer Rechts-

⁴¹ *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 136 f.; ebenso *Liebs*, Klagenkonkurrenz, S. 100; vgl. außerdem *Hähnchen*, Causa, S. 36, 126 ff. und passim.

⁴² *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 137.

⁴³ *Kupisch*, Entwicklungen, S. 7, 23 ff.

⁴⁴ Vgl. nur die Nachweise bei *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 136 f.

⁴⁵ Dazu sogleich S. 31 ff.

⁴⁶ Zu dieser Dichotomie eingehend unten S. 117 ff.

epochen. So haben sie einen entscheidenden Schritt in Richtung moderner Rechtsfindung getan.

Im Übrigen muss sich die Legitimität einer Analogie auch in einem induktiven System an der Teleologie des entsprechend anzuwendenden Falles messen lassen (*ratio decidendi*).⁴⁷ Für die Beurteilung des geltenden Rechts spielt es aus heutiger Sicht daher schlichtweg keine Rolle mehr, ob den Römern eine Einteilung der Klagen nach ihrem Grund fremd war. Für die Frage, ob das römische Recht einen gegenständlich ausgerichteten und das geltende Recht einen abstrakt vermögensorientierten Kondiktionsanspruch kennen, mag die Einteilung hilfreich sein. Denn so vermeidet man in der Tat, dass man historische Zustände aus gegenwärtiger Perspektive heraus beurteilt. Will man den Grund für einen Anspruch als solchen im geltenden Recht ermitteln, so kann nur das geltende Recht dafür Anhaltspunkte bieten. Als Produkt einer historischen Rechtsentwicklung ist es allerdings auch geprägt durch möglicherweise unzutreffende oder unpräzise Rezeptionen, dogmatisch wenig folgerichtige Synthesen verschiedener Rechtsepochen und unbemerkte Interpolationen. Für die Beurteilung des geltenden Rechts sind Reflexionen über den Rechtsgrund der römischen *condictio* daher methodisch durchaus zulässig, solange sie erstens die Rechtsentwicklung hin zum geltenden Recht beeinflusst haben und zweitens nicht den Eindruck erwecken, damalige Rechtszustände wiederzugeben.

Verbreitet hat man betreffend die Frage der „Grundlage“ der *condictio* später versucht, sie als sogenannte „Quasikontrakte“ zu deuten, wobei darüber, ob die Figur des Quasikontrakts bereits eine klassische oder erst eine justinianische Schöpfung ist, in der modernen Romanistik Streit besteht.⁴⁸ Warum man die *condictiones* überhaupt dieser Kategorie zuordnen wollte, so man sie denn zumindest im historischen (justinianischen) Kontext anerkennt, ist nur spekulativ zu rekonstruieren.⁴⁹

⁴⁷ Vgl. etwa zum tendenziell fallorientierten *common law* Langenbucher, The Cambridge Law Journal 57 (1998), S. 481, 493 ff., 502 ff.

⁴⁸ Die Klassizität bezweifelnd bereits *Erleben*, *Conditiones* I, S. 23; *von Mayr*, *Condictio*, S. 287; ferner *Kaser*, *Römisches Privatrecht* I, S. 524; *F. Schulz*, *Classical Roman law*, S. 469 f., der sie bereits deshalb ablehnt: vgl. ferner a.a.O., S. 611: „The classical law was sound and cleverly contrived in spite of some gaps which ought to have been filled in; but the compilers have completely ruined the classical law. [...] This law [Anm.: Das Bereicherungsrecht] is one of the worst parts of Justinian's law; it has confused and irritated generations of lawyers and exercised an evil influence on continental codifications down to our times. The German Civil Code (*BGB*) is a warning example.“ Für eine Klassizität etwa *Mayer-Maly*, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 12 (1965), S. 437, 449 ff.; *Mayer-Maly*, *FS Wilburg*, S. 129, 131 ff.

⁴⁹ *Hallebeek*, *Unjust enrichment*, S. 19 etwa führt sie auf die Unterscheidung zwischen *actiones in rem* und *actiones in personam* sowie den römischen Typenzwang zurück. Die Unter-

b) Die spätscholastische Restitutionslehre als einheitlich
rechtszuweisungsorientiertes Haftungsrecht

Ein zum römischen Recht methodisch unterschiedlicher Ansatz findet sich in der spätscholastischen Restitutionslehre, wie sie insbesondere in der sogenannten „Schule von Salamanca“ gelehrt wurde.⁵⁰ Als zentrales Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit (*potissima moralium virtutum*⁵¹) und folglich Notwendigkeit zur Erlangung des Seelenheils⁵² sei nach dem Vorbild der Gerechtigkeitslehre *Thomas von Aquins*⁵³ und *Aristoteles*⁵⁴ die Restitution als charakteristischer Fall der kommutativen Gerechtigkeit⁵⁵ unverzichtbar.

Wer die Rechtssphäre eines anderen störte, indem er entweder etwas ihm nicht Gebührendes erlangte (*restitutio ratione rei alinae, quam accepit*) oder den anderen dadurch an seinen materiellen oder immateriellen Gütern schädigte (*restitutio ratione acceptionis*), war zur Restitution verpflichtet. Die Restitution richtete sich dabei immer konkret nach dem *dominium* beziehungsweise dem *ius* – aus heutiger Sicht könnte man von der Rechtsposition, dem subjektiven Recht oder dem Substanzrecht sprechen. Hierin liegt eine entscheidende Neuerung der Spätscholasten, die den bereits zuvor existierenden Begriff des *dominiums* aus seiner vorherigen, dem heutigen Eigentum funktional entsprechenden⁵⁶ Bedeutung herauslösten und ihn fortan als absolutes Herrschaftsrecht über individuell zuge-

scheidung zwischen persönlichen und dinglichen Klagen war im römischen Recht ebenfalls nicht verkehrsschutzbedingt, sondern verfahrensrechtlichen Gründen geschuldet, vgl. nur *Hallebeek*, a. a. O., S. 58 f., 81 ff.; *Michaels*, Sachzuordnung, S. 66 ff.; *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 127 f.; *Jansen*, Restitution, S. 51.

⁵⁰ Dazu und zum Folgenden *Decock*, Contract law, S. 514 ff.; *Dolezalek*, Acta Iuridica 104 (1992), S. 104 ff.; *Feenstra*, FS Wieacker, S. 209, 219 ff.; *Fu*, Causaproblem, S. 39 ff.; *Hallebeek*, Unjust enrichment, S. 19 ff.; *Jansen*, Struktur, S. 313 ff.; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 132 ff.; *Jansen*, Restitution, S. 24 ff. und insbesondere S. 59 ff.; *Jansen*, RabelsZ 76 (2012), S. 921 ff.; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 132 ff.; *HKK-BGB/Jansen*, §§ 249–253, 255, Rn. 16 ff.; *Kämpfer*, Forderungsbegriff, S. 22 ff.; *Nufer*, Restitutionslehre, S. 9 ff. und passim; *Otte*, Vitoria, S. 41 ff. und insbesondere S. 63 ff.; *Wendehorst*, Grundstrukturen, S. 47, 25 ff.

⁵¹ *Nufer*, Restitutionslehre, S. 11 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 11.

⁵² Vgl. dazu etwa und mit eingehender Analyse sonstiger theologischer Aspekte *Hallebeek*, Unjust enrichment, S. 7 ff.

⁵³ *von Aquin*, Summa theologica, Teil 2. II, Frage 61, vor Art. 1. Zu dessen Restitutionslehre vgl. eingehend *Weinzierl*, Hochscholastik, S. 164 ff.

⁵⁴ *Aristoteles*, Ethik, 5. Buch, S. 186 ff.

⁵⁵ Diese Einordnung findet sich bei den Spätscholasten, vgl. mit umfangreichen Nachweisen *Nufer*, Restitutionslehre, S. 12 in Fn. 18; zur Frage des Verhältnisses zwischen Restitutionslehre und distributiver Gerechtigkeit siehe *Jansen*, Restitution, S. 50; zur kommutativen Gerechtigkeit bei den Spätscholasten vgl. auch *Decock*, Contract law, S. 509 ff. Zur Frage der kommutativen Gerechtigkeit im geltenden Privatrecht eingehend *Rödl*, Gerechtigkeit, passim.

⁵⁶ Dazu und zur Entwicklung siehe *Kämpfer*, Forderungsbegriff, S. 18 ff.

ordnete Vermögensgüter begriffen.⁵⁷ Bereits bei *Aristoteles* und *von Aquin* machte es in Ansehung der Restitution keinen Unterschied, ob die Sache dem Rechtsverletzer gegeben wurde oder dieser sie sich genommen hat.⁵⁸

In heutigen Kategorien gesprochen erfolgte die Restitution immer in einem Dreischritt bestehend aus Rechtszuweisung – Rechtsverletzung – Restitution.⁵⁹ Dies machte es notwendig, die zugewiesene Rechtsposition, das *dominium*, konkret zu definieren. Auf welchem Abstraktionsniveau die Spätscholastiker die Rechtszuweisungsfrage besprachen, beweist die Diskussion um den Eingriffserwerb: Soweit dieser (auch) auf einem Einsatz der Fähigkeiten des Eingreifers beruhte, war er nach herrschender Meinung dem Eingreifer zu belassen.⁶⁰ Dies ergab sich aus dem strengen Bezug der Restitution auf das *dominium*, da stets nur das geschuldet sein konnte, was *aus dem fremden Recht* erlangt wurde.

Die Spätscholasten trennten folglich zwischen *fructus rei* und *fructus industriae*. Erstgenannte sind solche, die sich unmittelbar oder mittelbar aus einer Sache (gegebenenfalls auch durch menschliche Arbeitsleistung) ergeben. Unter letztgenannten wurden solche verstanden, die auf „menschlichem Gewerfleiß“⁶¹ basieren. Denn die Restitution durfte nicht zu einer Bereicherung des Gläubigers führen, weswegen eine Unterscheidung zwischen dem gut- und dem bösgläubigen Eingreifer bezogen auf den Bereicherungsanspruch, wie sie etwa der heutigen herrschenden Meinung entspricht⁶², der spätscholastischen Restitutionsleh-

⁵⁷ *Jansen*, Restitution, S. 23 ff.; *Kämpfer*, Forderungsbegriff, S. 22 f.

⁵⁸ Vgl. die Nachweise bei *Weinzierl*, Hochscholastik, S. 167 in Fn. 1; ferner *Hallebeek*, Unjust enrichment, S. 50; *Jansen*, Restitution, S. 54 jeweils m. w. N.

⁵⁹ Eindrücklich insoweit ist auch die Trennung von Rechtszuweisung und Sanktion: Die Spätscholastiker bezogen die Restitution stets nur auf das *dominium*, behielten sich aber eine gesonderte, nicht der kommutativen Gerechtigkeit angehörende Sanktion vor; dazu *Nufer*, Restitutionslehre, S. 18; *Weinzierl*, Hochscholastik, S. 170. Dies ist durchaus bemerkenswert, da so alle Zwecke, die über die Abgrenzung verschiedener Freiheitssphären der Privaten untereinander hinausgehen, als Strafnormen gewissermaßen aus dem der kommutativen Gerechtigkeit verpflichteten Privatrecht herausdestilliert werden. Zur institutionellen Trennung von öffentlicher Strafe und privater Restitution im größeren Zusammenhang des Regelungsanliegens des Privatrechts vgl. unten S. 88 ff.; entwicklungsgeschichtlich dazu etwa *Ebert*, Pönale Elemente, S. 13 ff.

⁶⁰ Vgl. *Jansen*, Restitution, S. 44 f. m. w. N.

⁶¹ *Nufer*, Restitutionslehre, S. 19. Der Begriff des „Gewerfleißes“ hat außerdem noch Bedeutung bei der Frage des Zinses: In der Diskussion um die Verzinsung von Geld wurde ebenfalls teilweise darauf hingewiesen, dass Geld als solches nicht gewinnbringend – oder in den Worten des *Aristoteles*: unfruchtbar – ist und vielmehr Zinsen nur aufgrund des Gewerfleißes der Kaufleute gewinnbringend wird, vgl. dazu *A. D. Weber*, Entwicklung, S. 67 ff. Zur Frage der Eigentumsfähigkeit von Geld siehe unten S. 153 ff.

⁶² Statt aller BGHZ 55, 128; differenzierend neuerdings *Prütting*, AcP 216 (2016), S. 459, 479 ff.

re fremd war.⁶³ Der Bereicherungsanspruch war damit für die spanische Spätscholastik selbstverständlich durch den Verlust des Gläubigers beschränkt.⁶⁴

Ein zu erwähnender Sonderfall der Spätscholasten ist derjenige des notstandsgerechtfertigten Mundraubs: „*est quod in necessitate sunt omnia communia*“ lehrte bereits von Aquin.⁶⁵ Die Spätscholasten beließen es jedoch nicht dabei, sondern postulierten eine Ausgleichspflicht bei Entfallen der Notlage.⁶⁶ Die Parallele zu den heutigen Aufopferungsansprüchen als Beschränkung der Rechtszuweisung ist frappierend und zugleich ein Beleg für die systemische Ähnlichkeit der Restitutionslehre zum Rechtsschutzsystem des geltenden Rechts.⁶⁷

Die Spätscholastik kannte die römische und gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen nicht: Die *restitutione ratione rei* umfasste beide Anspruchsarten.⁶⁸ Dies ist möglicherweise dem Umstand geschuldet, dass Verkehrsschutzinteressen für die spätscholastische Theorie irrelevant waren;⁶⁹ in den Worten Jan Hallebeeks: „Theology does not make a clear distinction between personal actions and real actions. Giving back is giving back.“⁷⁰ Im Ergebnis wurden trotz einiger Bedenken⁷¹ nichtige Verträge per Restitution rückabgewickelt, wenn sich auch bereits eine Entwicklung, die Fragen in den „vertragsrechtlichen“ Bereich⁷² zu verlagern, anbahnte.⁷³

⁶³ Jansen, Restitution, S. 75 m.w.N. auch zu Gegenmeinungen. Dennoch war der deliktische Besitzer nicht vor einer Strafe gefeit, die sich in einer (nicht-restitutorischen) Erstattungspflicht eines Vielfachen des Erlangten äußern konnte, vgl. die Nachweise oben in Fn. 59.

⁶⁴ Vgl. Nufer, Restitutionslehre, S. 22, 43 f.; Otte, Vitoria, S. 75; Jansen, Restitution, S. 68 ff., 71.

⁶⁵ von Aquin, Summa theologica, 2. Teil, II, Frage 66, Art. 7; ähnlich später de Soto, Relecciones y opúsculos, Band I, S. 146: „*in necessitate extrema omnia sunt communia*“.

⁶⁶ Eingehend Jansen, Restitution, S. 45 f. m.w.N. in Fn. 157 und Fn. 158.

⁶⁷ Siehe dazu auch sogleich S. 33.

⁶⁸ Feenstra, Unjust Enrichment, S. 197, 209; Hallebeek, Unjust enrichment, S. 47 f., 50, 81 ff.; Jansen, Restitution, S. 51; Jansen, RabelsZ 76 (2012), S. 921, 927.

⁶⁹ Jansen, Restitution, S. 51 f.

⁷⁰ Hallebeek, Unjust enrichment, S. 81.

⁷¹ Vgl. Decock, Contract law, S. 503 ff., der nachweist, dass für Pedro de Oñate die ungegerechtfertigte Bereicherung ein zum Vertrag nicht grundlegend unterschiedliches Prinzip ist.

⁷² In seiner modernen Form ist das Vertragsrecht in vielerlei Hinsicht ein Produkt der spanischen Spätscholastik, wie jüngst Decock, Contract law, passim eindrücklich nachgewiesen hat. Dazu passt es, dass Rödl, Gerechtigkeit, S. 267 ff. und S. 329 ff. das geltende Vertragsrecht mithilfe des Postulats ausgleichender Gerechtigkeit rekonstruiert.

⁷³ Jansen, Restitution, S. 54 und öfter.

c) Die Bereicherungslehre des Grotius⁷⁴

Eine aus der Retrospektive für das geltende Recht sehr relevante Synthese zwischen den römischen Begriffen und dem spätscholastischen System bildet die Lehre des *Grotius*, die der spätscholastischen Restitutionslehre folgt.⁷⁵ Danach können Schuldverhältnisse nach Naturrecht ihren Ursprung entweder in einer Zusage („Toezegging“), respektive einem Versprechen oder in einer Ungleichheit („Onevenheid“) haben.⁷⁶ Die Ungleichheit sei wiederum zu verstehen entweder als solche, die zur Bereicherung eines anderen führt oder als solche, die von einem anderen verursacht wird.⁷⁷

Diese Unterteilung entspricht den spätscholastischen Kategorien der *restitutio ratione rei* und der *restitutio ratione acceptionis*. Folgerichtig definierte *Grotius* die für Schadens- und Bereicherungsansprüche vorausgesetzte Ungleichheit als Verletzung individueller Rechte.⁷⁸ Tatbestandlich entstehe der Bereicherungsanspruch, wenn jemand ohne Rechtsgrund („zonder voorige recht-guninge“) einen Vorteil aus dem Vermögen eines anderen zieht oder ziehen könnte („baet-trekking“⁷⁹).⁸⁰ Diese Obligation komme dem Naturrecht am nächsten, da nach der Zuweisung des Privateigentums an den Einzelnen die Gleichheit gebiete, dass niemand auf fremde Kosten bereichert werde.⁸¹

⁷⁴ Hierzu und zum Folgenden *Visser*, Römisch-holländisches Recht, S. 369 ff.; *Feenstra*, Unjust Enrichment, S. 197 ff.; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 137 ff.; *Jansen*, RabelsZ 76 (2012), S. 921, 932 ff.; *Jansen*, Restitution, S. 176 ff.; HKK-BGB/*Jansen*, §§ 249–253, 255, Rn. 21 ff.; *Fu*, Causaproblem, S. 39 ff.

⁷⁵ Bereits 1947 stellte *Josef Höffner* fest, dass *Grotius* „sogar nicht wenige seiner systembildenden Gedanken“ aus „seiner wichtigsten Quelle“ – der spanischen Spätscholastik – geschöpft habe und sein Ruhm „zum großen Teil auf der Verschollenheit der spanischen Scholastiker“ beruhe, vgl. *Höffner*, Christentum, S. 300.

⁷⁶ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. I, 9.

⁷⁷ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. I, 14 ff.

⁷⁸ „Recht van toe-behoeren“, vgl. *Grotius*, Inleidinge, Buch II, Kap. I, 57–59; übersetzt nach *R.W. Lee* als „property right“. *Grotius* unterscheidet weiter zwischen „beheering“ (*jus in rem*) und „inschuld“ (*jus in personam sive creditum*), wobei er die lateinischen Begriffe ab der ersten Auflage selbst an den Rand notierte, vgl. zu den Randnotizen generell in der Übersetzung von *R.W. Lee*, preface, XV; zu *Grotius*’ teilweise inkohärenter Terminologie *Feenstra*, Unjust Enrichment, S. 197, 201.

⁷⁹ *R.W. Lee* übersetzt den Titel des 30. Kapitels von *Grotius*, Inleidinge, Buch 2 „Van verbintenisse uit baet-trekking“ mit „Of obligation from enrichment“; dagegen *Feenstra*, Unjust Enrichment, S. 197, 204, der die Übersetzung „of obligation from deriving profit“ vorzieht.

⁸⁰ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. XXX, 1 ff.

⁸¹ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. XXX, 3; ähnlich *Grotius*, De iure belli ac pacis, 2. Buch, Kap. 10, II. 1. ff.

Damit tradierte *Grotius* die spätscholastische Restitutionslehre in den naturrechtlichen und juristischen Diskurs der Neuzeit.⁸² Insbesondere die Kategorie der „Onevenheid“ ist eine solche der Spätscholasten.⁸³ Außerdem hat *Grotius* die *obligatio ex dominio* in ihrer spätscholastischen Konzeption übernommen,⁸⁴ wie sich etwa auch in dessen Vertragslehre zeigt.⁸⁵ Betreffend den Bereicherungsanspruch nutzte *Grotius* den *dominium*-Gedanken nur als gemeinsamen Nenner der römischen Kondiktionen, die er ansonsten einzeln abhandelte.⁸⁶ Der vierte von ihm behandelte Fall⁸⁷ löste eine seit dem 17. Jahrhundert andauernde Kontroverse um die Frage, ob *Grotius* damit eine allgemeine Bereicherungsklage⁸⁸ im Sinne einer Erweiterung der römischen *condictiones* einführen wollte, aus.⁸⁹ *Grotius* formulierte hier den Gedanken, dass alles, was in sonstiger Weise ohne Schenkung, Bezahlung oder Versprechen ohne rechtliche Ursache aus des einen Eigentums zu einem anderen gekommen ist, zurückgewährt werden müsse.⁹⁰

Die Bezogenheit des Bereicherungsverständnisses des *Grotius* auf das *dominium* im spätscholastischen Sinne wird ungeachtet dieses Streits aber an anderer Stelle deutlich.⁹¹ Indem *Grotius* im 10. Kapitel des 2. Buches von *De iure belli ac pacis* die Ansprüche auf Herausgabe vorhandener Sachen (*rei vindicatio*) und

⁸² Vgl. nur HKK-BGB/*Jansen*, §§ 249–253, 255, Rn. 21.

⁸³ Siehe etwa *Feenstra*, Unjust Enrichment, S. 197, 202; *Feenstra*, Negligence, S. 129, 133; *Visser*, Römisch-holländisches Recht, S. 369, 431; *Feenstra*, ZEuP 9 (2001), S. 585, 587; *Feenstra*, FS Wieacker, S. 209, 219 ff., 226 ff.; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 137 f.; *Jansen*, RabelsZ 76 (2012), S. 921, 932 f. m. w. N. in Fn. 71; *Jansen*, Restitution, S. 176 m. w. N. in Fn. 219.

⁸⁴ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. XXX, 19: „verbintnisse [...] uit eens anders goed“; deutlicher der Titel des 10. Kapitels bei *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, 2. Buch: „De obligatione quae ex dominio oritur“, nach *Schätzel* zu übersetzen mit „Über Verbindlichkeiten, welche aus dem Eigentum entspringen“ (a. a. O., S. 232).

⁸⁵ Vgl. dazu neuerdings *Kämpfer*, Forderungsbegriff, S. 25 ff.

⁸⁶ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. XXX, passim.

⁸⁷ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. XXX, 18.

⁸⁸ *Wollschläger*, Symposium Wieacker, S. 41, 42 meint, *Grotius* habe das klassische Bereicherungsverbot des *Pomponius* in das neuzeitliche Vernunftrecht eingeführt.

⁸⁹ Aus aktueller Zeit jeweils m. w. N. dafür vgl. nur *Feenstra*, Unjust Enrichment, S. 197, 198 f. und passim; zustimmend *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 886; *Visser*, Römisch-holländisches Recht, S. 369, 378 ff.; dagegen m. w. N. *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 138; anders hingegen offenbar *Jansen*, Restitution, S. 178 („bereicherungsrechtliche Generalklausel, obgleich sich dafür im römisch-gemeinen Recht keine Grundlage fand. [...] mit einer solchen Generalklausel [war] der Weg offen für Bereicherungsansprüche auch jenseits der von den Römern anerkannten Fallgruppen“); vgl. ferner *Schäfer*, Bereicherungsrecht, S. 94.

⁹⁰ Vgl. auch die Übersetzung bei *Visser*, Römisch-holländisches Recht, S. 369, 379: „alles (also: auch der Wert einer Handlung), was in anderer Weise als aufgrund von Leistung, Bezahlung oder Versprechen zu jemandem als Vorteil aus dem Vermögen eines anderen gelangt ist“.

⁹¹ Zutreffend *Jansen*, Restitution, S. 177 ff.; *Jansen*, RabelsZ 76 (2012), S. 921, 932 ff.

diejenigen auf Herausgabe der infolge nicht mehr vorhandener Sachen entstandenen Bereicherung einheitlich als „Verbindlichkeiten, welche aus dem Eigentum entspringen“⁹², bezeichnete und sie systematisch nach dem Eigentumserwerb behandelte (Kapitel 3–9), rechnete er die Bereicherungsansprüche den Eigentumsansprüchen zu. Sie waren demnach auf das Eigentum bezogen, so wie die (Bereicherungs-)Restitution der Spätscholasten auf das *dominium* bezogen war. *Nils Jansen* schließt daraus, dass *Grotius* die Bereicherungsansprüche als solche begriff, „die unmittelbar das (verletzte) Eigentumsrecht verwirklichen“.⁹³

Grotius übernahm, was als weiterer Beleg des Einflusses der Spätscholasten auf seine Bereicherungslehre dienen darf, verschiedene Beispiele aus der spätscholastischen Diskussion, wie etwa das des Anspruchs wegen Verzehr des eigenen Essens durch einen anderen⁹⁴ oder das des Anspruchs eines Grundstückseigentümers gegen den gutgläubigen Besitzer zur Herausgabe der Sachfrüchte⁹⁵. Illustrativ für das Rechtszuweisungs- und Bereicherungsverständnis ist auch bei *Grotius* der notstandsgerechtfertigte Mundraub.⁹⁶ Im Anschluss an die Spätscholasten⁹⁷ lebe, so *Grotius*, im äußersten Notstand das Gemeineigentum, wie es vor der Zuweisung des Privateigentums an Einzelne bestand, wieder auf.⁹⁸ Allerdings sei, obwohl man sich in der Not infolge der Aufhebung des Alleineigentums seines eigenen Rechts bediene, Ersatz zu leisten, sobald die Not nachgelassen habe.⁹⁹ Dies entspricht in der Sache dem heutigen § 904 BGB, da dem Eigentümer eine Duldungspflicht auferlegt wird, die kompensiert wird.¹⁰⁰

Damit bleibt festzuhalten, dass ungeachtet der Frage, ob *Grotius* eine allgemeine Bereicherungsklage formuliert hat, er jedenfalls die Bezogenheit der Bereicherung auf die zugewiesene Rechtsposition, in seinen Beispielen das Eigentum, aus der spätscholastischen Restitutionslehre adaptierte. Das Bereicherungs-

⁹² Vgl. oben Fn. 84.

⁹³ *Jansen*, Restitution, S. 178.

⁹⁴ Das Beispiel des gutgläubigen Verzehr eines fremden gestohlenen Kalbs bei einem Festmahl findet sich bei *Cajetan* und in der Folge bei weiteren Vertretern der Schule von Salamanca; eingehend dazu und m.w.N. *Jansen*, Restitution, S. 70 ff.; vgl. ferner *Feenstra*, Unjust Enrichment, S. 197, 203.

⁹⁵ Dieses Beispiel fügte *Grotius* handschriftlich als Randnotiz seiner eigenen Kopie der *Inleidinge* hinzu, vgl. *Grotius*, *Inleidinge*, Buch 3, Kap. 1, 15, siehe dazu *Feenstra*, Unjust Enrichment, S. 197, 204.

⁹⁶ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, Buch II, Kap. II, VI ff. Zum Notrecht bei *Grotius* und zu dessen Quellen eingehend *Recknagel*, *The concept of law*, S. 198 ff.

⁹⁷ *Jansen*, Restitution, S. 195 in Fn. 345; vgl. auch oben Fn. 65 und 66.

⁹⁸ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, Buch II, Kap. II, VI unter Rekurs auf *von Aquin*, *Summa theologiae*, 2. Teil, II, Frage 66, Art. 7.

⁹⁹ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, Buch II, Kap. II, IX.

¹⁰⁰ Zur Duldungspflicht und dem damit einhergehenden Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB eingehend *Katzenstein*, FS Picker, S. 425 ff.

recht des *Grotius* hat sich durch diesen Bezug auf die Rechtsposition sachlich zwangsläufig von den römischen *condictiones* emanzipiert – ob gewollt oder nicht, spielt im hiesigen Zusammenhang letztlich keine Rolle. Besonders deutlich zeigt sich dies schließlich darin, dass *Grotius* im Einklang mit den Spätscholasten feststellte, dass es weniger darauf ankomme, ob jemand einem anderen etwas weggenommen habe (wenngleich dies häufig der Fall sein werde), als darauf, inwieweit jemand durch das (Rechts-)Gut („goed“) eines anderen bereichert („baet heeft getrocken“) worden sei.¹⁰¹

Einen Sonderfall scheint *Grotius* dem Rechtsbehelf, der heute als Rücktritt wegen Nichterfüllung zu verstehen wäre,¹⁰² zgedacht zu haben: Er begriff ihn nicht als Restitution, sondern (auch systematisch gesondert) als Quasi-Vertrag.¹⁰³ Über die Gründe dieser Sonderrolle lässt sich heute nur spekulieren. Es erscheint naheliegend, dass *Grotius* davon ausging, dass mit einer freien, wirksamen Verfügung über ein Recht die aus diesem Recht (respektive dem Eigentum) resultierenden Ansprüche untergehen.¹⁰⁴

Dass *Grotius* die *condictio indebiti* bei dieser Argumentation außen vor ließ, führt *Jansen* darauf zurück, dass ihm die abstrakte Übereignung fremd gewesen sei, folglich jeder Irrtum immer zugleich auch den Eigentumserwerb verhindere und somit das *dominium* weiterhin dem Kondizienten zuzuweisen sei.¹⁰⁵ Unklar ist unter naturrechtlichen, von Verkehrsschutzerwägungen befreiten Gesichtspunkten, warum in den Fällen der *condictio ob rem* Kausalitäts- und Kon-

¹⁰¹ So die Übersetzung von *R.W. Lee* („enriched“); *Feenstra* würde wohl sagen „Nutzen gezogen hat“; vgl. Fn. 79. Die Übersetzung von *Feenstra* erscheint in der Tat naheliegender, „baet“ entspricht dem heutigen „baat“, was so viel wie „Nutzen, Vorteil, Gewinn“ heißt und „getrocken“ kommt von „trekken“, was „ziehen“ bedeutet.

¹⁰² Vgl. unten Fn. 357.

¹⁰³ *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. XXXI, 8 ff. *Visser*, Römisch-holländisches Recht, S. 369, 383 und zustimmend *Schäfer*, Bereicherungsrecht, S. 93 gehen davon aus, *Grotius* habe auch die *condictio ob rem* als Bereicherungsklage begriffen. Die zitierte Stelle *Grotius*, Inleidinge, Buch III, Kap. XXX, 13 bezieht sich, wie *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, S. 141 in Fn. 198 zutreffend erkennt, auf die Kondiktion eines abstrakten Schuldversprechens. *Grotius* führt aus (allerdings in Kap. XXX, 12), dass Versprechen ohne Rechtsgrund kondiziert werden können. Die Kondiktion eines Versprechens ist allerdings lediglich dann überhaupt notwendig, wenn es abstrakt ist. Zwar behandelt *Grotius* die „*condictio sine causa dati*“ (= *condictio ob rem*) in Inleidinge, Buch III, XXX, 15 ff., er erwähnt den Fall der wirksamen Eigentumsübertragung im Gegensatz zu *Grotius*, De iure belli ac pacis, Buch II, Kap. X, 12 hingegen nicht, sodass daraus jedenfalls keine Schlüsse darauf, ob er auch dann von einem Bereicherungsanspruch ausgeht, wenn der Kondizient des *dominiums* kraft wirksamer Verfügung verlustig gegangen ist, zu ziehen sind. Insofern ist *Grotius*' Verständnis der *condictio ob rem* ambivalent, präzise Rückschlüsse in die eine oder andere Richtung erscheinen schwierig.

¹⁰⁴ *Grotius*, De iure belli ac pacis, Buch II, Kap. X, 12; vgl. auch *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 141.

¹⁰⁵ *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 142.

sensprinzip auf einmal nicht mehr gelten sollen – auch in diesem Fall könnte man theoretisch von einem Rückfall des Eigentums ausgehen. Dabei ist allerdings auch in Rechnung zu stellen, dass *Grotius* – unter dem Einfluss von *Hugo Donellus*¹⁰⁶ und anderen Humanisten – (wieder) zwischen absoluten und relativen Rechten unterschied.¹⁰⁷ Dies ist der Programmatik des Humanismus geschuldet, das tradierte römische Recht rational zu systematisieren.¹⁰⁸ Die eigentumserschützende Funktion der *condictio ob rem* ist damit keine Selbstverständlichkeit mehr, da es prinzipiell möglich scheint, dass relative und absolute Rechtslage auseinanderfallen.¹⁰⁹ Hier tritt erstmals erkennbar ein Konflikt auf, der zumindest in theoretischer, möglicherweise aber auch in geschichtlicher Hinsicht die Tradition der umfassenden Restitutionslehre in das geltende Recht verhindert hat und der sich in der Spätscholastik bereits andeutete: Wie soll eine Position restitutorisch geschützt werden, die dem Schutzbedürftigen nicht mehr zusteht?

d) Die Bereicherungslehre bei Pufendorf und Wolff

Die Bereicherungslehre *Grotius*' wurde in der Folge teilweise übernommen.¹¹⁰ *Samuel Pufendorf* rekurrierte bei seiner Restitutionslehre zu größeren Teilen auf *Grotius*. Die Vorstellung der *obligatio ex dominio*, respektive des Prinzips der Rechtszuweisung, bildete auch für ihn zunächst den Ausgangspunkt seiner Bereicherungslehre.¹¹¹ So sei nach Einführung des Eigentums klar, dass „sich alle andre dessen/was jedem insonderheit angewiesen ist/gänzlich enthalten/und jedweder Herr fremde Sachen/so bald er Kundschaft davon erlanget/daß dergleichen bey ihm zu finden sey; ihrem rechten Herren wieder zuweisen wolle.“¹¹² Die Pflicht zur Rückgabe fremder Sachen entstehe ungeachtet der Gut- und Bösgläubigkeit des Besitzers „nicht aus irgendeiner Verschuldung/oder aus sonderbahrer Bündnis mit dem Eigenthums-Herrn; sondern aus der der Sachen

¹⁰⁶ *Jansen*, Struktur, S. 328 m.w.N. in Fn. 390.

¹⁰⁷ *Grotius*, Inleidinge, I, 1, § 8; II, 1, §§ 58 f. (*ius reale* und *ius personale*).

¹⁰⁸ *Jansen*, Struktur, S. 323 m.w.N.

¹⁰⁹ Vgl. dazu auch *Michaels*, Sachzuordnung, S. 127 ff.

¹¹⁰ Hierzu und zum Folgenden *Flume*, FS Niedermeyer, S. 103, 144 f.; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 143 ff.; *Jansen*, Restitution, S. 193 ff.; *Fu*, Causaproblem, S. 42 ff.

¹¹¹ *Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo, Buch IV, Kap. XIII, § 3; *Pufendorf*, De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem, Libri II, Buch 1, Kap. XIII (dies legt bereits der Titel des Kapitels nahe: „De Officiis, quae ex dominio rerum per se resultant“ = über die Verbindlichkeiten, die aus dem Eigentum als solchem resultieren).

¹¹² *Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo, Buch IV, Kap. XIII, § 3; ähnlich *Pufendorf*, De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem, Libri II, lib.I, cap. XIII, § 1, 2.

selbsten, welches der eigenthümlich besitzenden Herrschaft anzukleben erachtet wird [...].“¹¹³

In der Folge breitete *Pufendorf* eine gut ausdifferenzierte und in großen Teilen mit derjenigen des *Grotius* übereinstimmende Bereicherungslehre aus.¹¹⁴ Die Herausgabeverpflichtung bezüglich fremden Eigentums und der Nutzungen aus jenem beschränkte er auf die Bereicherung,¹¹⁵ widersprach *Grotius* aber im Geltungsgrund derselben: Nicht die durch Vorenthaltung fremder Sachen und der damit einhergehenden Bereicherung des Einen und Entreichung des Anderen herbeigeführte Ungleichheit, sondern unmittelbar das Bereicherungsverbot sei maßgeblich. Der Grund für die Herausgabeverpflichtung liege im „gemeine[n] Sprichwort/daß niemand mit eines andern Schaden reich werden solle.“¹¹⁶ Freilich sind die Unterschiede zur Auffassung *Grotius*’ marginal, da auch *Pufendorf* die Herausgabe fremder Sachen *in natura* und der Nutzungen aus fremden Sachen letztlich aus dem Eigentumsrecht deduzierte. Das, was *Grotius* im Anschluss an die Spätscholasten Ungleichheit nannte, ist für *Pufendorf* der Widerspruch zur Rechtszuweisung – sachlich bestehen keine Unterschiede.

Auch *Christian Wolff* ging von einer restitutorischen *obligatio ex dominio* aus und verstand das *dominium* im (weiten) spätscholastischen Sinne.¹¹⁷ Dabei deduzierte auch er die Bereicherungshaftung aus dem allgemeinen Bereicherungsverbot¹¹⁸ und maß deren Inhalt anhand der Rechtszuweisung.¹¹⁹

Der entscheidende Unterschied zu *Grotius* liegt darin, dass *Pufendorf* und *Wolff* die Leistungskondition umfassend vertraglich rekonstruierten.¹²⁰ Mit dem Problem konfrontiert, das bereits *Grotius* bei der *condictio ob rem* beschäftigte,

¹¹³ *Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo, Buch IV, Kap. XIII, § 3.

¹¹⁴ *Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo, Buch IV, Kap. XIII greift hier verschiedene Aspekte auf, die sich auch im heutigen Bereicherungsrecht finden, wie etwa die Nutzungsherausgabe (§ 5 und passim), die Aufwendungsersparnis (§ 6 und passim) oder die Surrogatsherausgabe, wie sie im heutigen § 816 BGB geregelt ist (§ 7); vgl. ferner *Pufendorf*, De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem, Libri II, Buch 1, Kap. 13 zur Entreichung (§ 4, § 8, § 9), zur Nutzungsherausgabe (§ 5), zum Verwendungsersatz des Besitzers (§ 5), zur Aufwendungsersparnis (§ 6, § 8) oder zum Luxuskonsum des gutgläubigen Besitzers (§ 7).

¹¹⁵ *Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo, Buch IV, Kap. XIII, § 4 und passim; *Pufendorf*, De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem, Libri II, lib.I, cap. XIII, § 2.

¹¹⁶ *Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo, Buch IV, Kap. XIII, § 4.

¹¹⁷ *Wolff*, Grundsätze, §§ 195, 198, 202, 206.

¹¹⁸ *Wolff*, Grundsätze, § 213; die Verwendung des Begriffs *locupletior* ist nicht im römischen Sinne (dazu oben, Fn. 17 und 18) gemeint, vgl. zu dieser terminologischen Vereinfachung bei den Spätscholasten *Jansen*, Restitution, S. 73.

¹¹⁹ Zur Ausschluss-, Nutzungs- und Fruchtziehungsbefugnis des *dominus* etwa *Wolff*, Grundsätze, §§ 195, 198, 199.

¹²⁰ Siehe etwa *Wolff*, Grundsätze, §§ 693 ff.; dazu ferner *Schäfer*, Bereicherungsrecht, S. 94 f.; *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 144.

sahen sie sich gezwungen, die *dominium*-bezogene restitutorische Konzeption der Leistungskondiktion(en) aufzugeben und gingen damit einen Schritt weiter als *Grotius*, der lediglich die *condictio ob rem* als Quasikontrakt begriff. Sie konnten nicht begründen, wie ein Anspruch aus dem Eigentum erwachsen solle, wenn dieses infolge einer wirksamen Übereignung nicht mehr besteht.¹²¹ Da derjenige, der „das Nichtschuldige bezahlt, es giebt, als wenn er es schuldig wäre“ und so „auf den andern das Eigenthum der Sache“ bringe, würden ihm die Rechte des Eigentümers nicht mehr zuteil.¹²² Er könne die Sache nicht mehr wie ein Eigentümer mit der *vindicatio* herausverlangen,¹²³ vielmehr dürfe der neue Eigentümer sie vermittels seiner Rechtsposition veräußern.¹²⁴ Das Bereicherungsverbot gebiete dem Empfänger der Sache allerdings, dass er diese nicht annehmen solle.¹²⁵ Derjenige, der etwas annehme, das ihm nicht geschuldet wird, sei, so *Wolff*, aufgrund eines Quasivertrags verpflichtet, dieses wiederzugeben oder dessen Wert zu restituieren.¹²⁶ Dabei verstand *Wolff* unter Quasivertrag die „erdichtete Verabredung, in welcher die Einwilligung des einen ausdrücklich da ist, die Einwilligung des andern aber nur vermuthet wird.“ Er führte weiter aus: „Weil aber die Contracte des Nutzens wegen gemacht werden; so kann man die Einwilligung im Contrahiren nicht vermuthen, wenn nicht der augenscheinliche Nutzen desjenigen erhellet, dessen Einwilligung man vermuthet.“¹²⁷ Es gelang *Wolff* kaum, diesen letztgenannten Aspekt, der erkennbar von der *negotiorum gestio* getragen ist,¹²⁸ mit den Konditionen zu versöhnen. Seine eigene Prämisse des Quasivertrags nötigte ihn zu der Vermutung, dass der Empfänger eines *indebitums*, da „Niemand den Vorsatz haben soll, den andern zu betrügen“¹²⁹, mit der Rückgabeverpflichtung einverstanden sei.¹³⁰ Dieses Problem entstand, wie *Kupisch* gezeigt hat, vereinzelt auch im gemeinen Recht, wenn die *condictio* von

¹²¹ Zur historischen Entwicklung des Übereignungstatbestandes vgl. unten Fn. 202.

¹²² *Wolff*, Grundsätze, § 693.

¹²³ Zu dieser Befugnis des Eigentümers *Wolff*, Grundsätze, § 262.

¹²⁴ Dazu *Wolff*, Grundsätze, § 257.

¹²⁵ *Wolff*, Grundsätze, § 693.

¹²⁶ *Wolff*, Grundsätze, § 693.

¹²⁷ *Wolff*, Grundsätze, § 686. Dies erinnert an die spätere Interessentheorie *Rudolf von Jherings*, vgl. unten 2. Kapitel, Fn. 37.

¹²⁸ Dazu *Wolff*, Grundsätze, § 690.

¹²⁹ Dazu *Wolff*, Grundsätze, § 286.

¹³⁰ *Wolff*, Grundsätze, § 693. Nur als Randnotiz ist zu bemerken, dass er im Übrigen Probleme haben müsste, darzutun, inwieweit beim irrtümlich Leistenden eine ausdrückliche Einwilligung in den Kondiktions-Quasikontrakt vorliegt, wie er sie für die Figur des Quasikontrakts einfordert (vgl. Fn. 127). Denn der Irrtum des Leistenden bedingt ja gerade, dass dieser keine ausdrückliche Erklärung darüber, die Sache zurückerhalten zu wollen, abgibt, ist er sich des Irrtums doch gerade nicht bewusst.

der *vindicatio* abgelöst wurde.¹³¹ Auch bei *Pufendorf* findet sich eine vertragliche Rekonstruktion der Leistungskondiktion; hier als stillschweigendes Darlehen (*mutuum tacitum*).¹³² Eine derart dezidierte Begründung wie *Wolff* ließ er zwar vermissen, zumindest das Bereicherungsverbot und die Billigkeit zog er zur Begründung indes heran.

Ein eindrückliches Beispiel für das mit dieser vertraglichen Rekonstruktion verbundene Dilemma ist das Beispiel des notstandsgerechtfertigten Mundraubs, das auch *Pufendorf* und *Wolff* beschäftigte. Während, wie sich gezeigt hat, die Spätscholasten und in der Folge *Grotius* im Falle des Notstands die Zuweisungsentscheidung revidierten und ausnahmsweise aus Privat- „wieder“ Gemeingut machten, mit anderen Worten also den *Inhalt* der Zuweisungsentscheidung definierten, ging zumindest *Pufendorf* einen anderen Weg. Er widersprach *Grotius* darin, dass man zugleich die Zuweisungsentscheidung revidieren und einen Restitutionsanspruch aus dem Eigentum herleiten könne. So sei, ginge man von der Abschaffung des Privateigentums aus, nicht ersichtlich, warum es beispielsweise nicht erlaubt sein solle, einem Bedürftigen in der eigenen Not dessen (vormaliges!) Eigentum abzunehmen.¹³³ Ebenso sei ein Erstattungsanspruch aus dem Eigentum nach *Grotius*' eigener Prämisse nicht begründbar, da „ein Dürftiger das Seinige [nimmet]“. Stimmt man *Grotius* hingegen zu, so sei erwiesen, „daß das Recht des Eigenthums-Herrn durch des andern Noth nicht verloschen sey.“ Folglich, so *Pufendorf*, komme lediglich eine vertragliche Erklärung in Betracht. Der gerechtfertigte Mundraub impliziere daher ein stillschweigendes Versprechen des Mundräubers.¹³⁴ Dieses Argument findet sich vereinzelt, wie *Jansen* gezeigt hat, bereits bei der Haftung für *culpa levissima* in der Spätscholastik.¹³⁵

Trotz der Bekräftigung des allgemeinen Bereicherungsverbots wird der Rückerstattungsanspruch bei *Pufendorf* und *Wolff* letztlich vertragsrechtlich rekonstruiert. Fraglich ist dann, inwieweit bei dieser Begründung das Bereicherungsverbot überhaupt noch eine Rolle spielt: Wenn das Versprechen der Parteien maßgeblich ist, kommt es auf den objektiven Gedanken der Bereicherung nicht mehr an.¹³⁶ Folgerichtig¹³⁷ differenzierten *Pufendorf* und *Wolff* – in heutigen Ka-

¹³¹ *Kupisch*, Unjust Enrichment², S. 237, 245 f. m.w.N. in Fn. 36.

¹³² *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo*, Buch 5, Kap. VII, § 4. Eine ähnliche Lehre wurde zuvor bereits von *Jacques Cujas* vertreten und ist insbesondere in Frankreich bedeutsam geworden, vgl. *Coing*, EP I, S. 495 m.w.N.

¹³³ *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo*, Buch II, Kap. VI, § 6.

¹³⁴ *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo*, Buch II, Kap. VI, § 6 und § 7.

¹³⁵ *Jansen*, *Restitution*, S. 196 und insbesondere S. 133 ff.

¹³⁶ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Jansen*, ZRG (RA) 2003, S. 106, 145.

¹³⁷ Dazu *Jansen*, *Restitution*, S. 196.